

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP140004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Urteil vom 8. April 2014

in Sachen

Erbengemeinschaft A._____ ,

- a) **B.**_____ ,
- b) **C.**_____ ,
- c) **D.**_____ ,

Beklagte und Beschwerdeführer

a, b, c vertreten durch E._____ , c/o F._____ AG

gegen

G._____ **AG**,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____

betreffend **Kollokationsklage**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichtes
Affoltern vom 23. Dezember 2013; Proz. FB060008**

Erwägungen:

I.

1. Im erstinstanzlich hängigen Kollokationsprozess gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG sind die Beklagten und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) als Gläubiger kolloziert worden, was die Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) anfigt (act. 5/1). In der Verfügung vom 1. November 2013 hob die Vorinstanz die zuvor angeordnete Sistierung des Verfahrens auf, ordnete das schriftliche Verfahren an und setzte den Beschwerdeführern Frist an, um die Klageantwort einzureichen (act. 5/43). Am 27. November 2013 stellten die Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf die Verfügung vom 1. November 2013 verschiedene Begehren: Sie ersuchten (1.) um Einholung von Streitwertangaben bei der Beschwerdegegnerin, (2.) um Erstreckung von Fristen, (3.) um aufschiebende Wirkung, (4.) um Vereinigung von Kollokationsklagen, (5.) um Aufforderung an die Parteien, an einer Einigung unter Leitung des gewählten Gerichtspräsidenten mitzuwirken und (6.) evtl. um Durchführung eines Mediationsverfahrens (act. 5/45 S. 1). Mit einer weiteren Verfügung vom 23. Dezember 2013 (act. 3/1) hat die Vorinstanz den Beschwerdeführern die Frist zur Klageantwort vorletztmals bis und mit 30. Januar 2014 erstreckt. Den Antrag um Prozessvereinigung mit den Geschäfts-Nrn. FB06008-12 sowie den Antrag um Durchführung einer Mediation bzw. Vergleichsverhandlung hat sie abgewiesen. Das von den Beschwerdeführern in der Folge gestellte Fristerstreckungsgesuch bis Mittwoch, 19. Februar 2014, hat sie – letztmals – bis zu diesem Datum bewilligt (act. 5/50; Prot. VI S. 8).

2. Die Verfügung vom 23. Dezember 2013 fochten die Beschwerdeführer am 28. Januar 2014 (Poststempel: 28. Januar 2014) mit Beschwerde an und stellten folgende Begehren (act. 2):

1. Es seien die Entscheide der Vorinstanz (5 Verfügungen vom 23. Dezember 2013) aufzuheben. Es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

2. Es seien die obigen Verfahren zusammenzufassen, es sei ein einziges Verfahren durchzuführen.
3. Es sei ein öffentliches Verfahren mit öffentlicher Gerichtsverhandlung durchzuführen.
4. Es sei die G._____ AG anzuweisen sämtliche Streitwerte in sämtlichen Verfahren zu beziffern.
5. Evt. sei die Vorinstanz als untere Aufsichtsbehörde des Konkursamtes Affoltern anzuweisen, das Konkursamt Affoltern zu beauftragen, sämtliche Gläubiger im Konkursverfahren H._____ AG in Liquidation (hängig seit August 1999) zu einer Gläubigerversammlung einzuladen.
6. Evtl. seien Akten von weiteren Verfahren FB060005 und FB060003 beizuziehen.
7. Es seien die Parteien (einerseits die G._____ AG, ... (Bank), andererseits sämtliche übrigen Grundpfandgläubiger, IG I._____, genannt aufzufordern, mitzuwirken, dass eine gütliche Einigung herbeigeführt werden kann, es soll eine Versammlung stattfinden unter der Leitung einer Person, welche durch das Gericht bestimmt wird.
8. Evtl. sei ein Mediationsverfahren durchzuführen, unter Leitung einer Person, welche durch das Gericht bestimmt wird.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der G._____ AG oder Gerichtskasse.

Mit Verfügung vom 13. Februar 2014 (act. 6) wurde das gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen und den Beschwerdeführern ein Kostenvorschuss auferlegt, welchen sie fristgerecht leisteten (act. 9).

3. Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort kann gemäss Art. 322 Abs. 1 ZPO (offensichtliche Unbegründetheit bzw. offensichtliche Unzulässigkeit) verzichtet werden. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Vorab ist festzuhalten, dass der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 23. Dezember 2013 eine prozessleitende Verfügung i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist. Prozessleitende Verfügungen betreffen die Gestaltung und den Ablauf des Verfahrens (ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N. 12 zu Art. 319), wozu Fristansetzungen sowie die Entscheidungen über die Vereinigung von Verfahren sowie die Durchführung von Mediation und Schlichtung ganz typischerweise gehören.

Damit die Anfechtung solcher Verfügungen zulässig ist, müssen alternativ besondere Voraussetzungen erfüllt sein: Es muss kraft Gesetz eine Weiterzugsmöglichkeit ausdrücklich vorgesehen sein oder ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen. Ein Fall der gesetzlich vorgesehenen Beschwerde liegt hier nicht vor, so dass die einzelnen Beschwerdeanträge auf ihre Beschwerdefähigkeit hin zu prüfen sind. Was den erforderlichen Nachteil anbelangt, ist er im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens zu konkretisieren (ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N. 23 zu Art. 319). Es kann sich um einen rechtlichen Nachteil handeln, der dann vorliegt, wenn auch ein günstiger Endentscheid ihn nicht mehr beheben kann (BK ZPO-Sterchi, N. 11 zu Art. 319). Dass auch ein tatsächlicher Nachteil genügt, dürfte vorherrschender Ansicht entsprechen (vgl. z.B. ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N. 27 zu Art. 319 m.w.H.). Weil eine zusätzliche Anfechtungsmöglichkeit immer auch eine Verfahrensverlängerung mit sich bringt, ist der dem Beschwerdeführer drohende Nachteil gegenüber der Verzögerung des Verfahrens abzuwägen (ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N. 27 zu Art. 319; KuKo ZPO-Brunner (2. Aufl. 2014), Art. 319 N. 12; ZK ZPO-Freiburg-Haus/Afheldt (2. Aufl. 2013), Art. 319 N. 13 ff.; Blickendorfer, Dike-Komm ZPO, Art. 319 N. 39 ff.). Im Entscheid vom 11. Oktober 2011 (OGer ZH PF110056) hat die Kammer im Zusammenhang mit der Vorladung zu einer mündlichen Verhandlung ausgeführt: "In seiner ... Eingabe argumentiert der Beschwerdeführer damit, dass er im Schlichtungsverfahren (betreffend Gültigkeit der Kündigung) nicht ausreichend angehört worden sei, und er besteht offenbar darauf, dass die Kündigung nicht gültig sei. Warum es ihm einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zufügen könnte, wenn er sich der Verhandlung vor Einzelrichter stellen muss, geht aus seiner Eingabe nicht hervor. Vielmehr ist die Vorladung zu einer mündlichen Verhandlung oder die Fristansetzung zur schriftlichen Beantwortung einer Klage geradezu der typische Fall einer verfahrensleitenden Anordnung, die keinen solchen Nachteil mit sich bringt. Sei es, dass die betreffende Instanz nicht zuständig wäre, dass der Anspruch nicht bestehe oder sich nicht gegen die beklagte Partei richte: all das soll der Vorgeladene dem Gericht vortragen, damit es überhaupt geprüft werden kann". Weiter hat die Kammer am 14. Februar 2011 entschieden, dass die Vereinigung von Verfahren gemäss Art. 125 ZPO nicht

nachteilig im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO sei (ZR 110/2011 Nr. 23), weil nicht ersichtlich, sei wie die Prüfung des Standpunktes des Beschwerdeführers dadurch relevant erschwert werde.

2. Im Rechtsmittelverfahren ist nur das anfechtbar, was bereits Gegenstand des vorinstanzlichen Entscheides war.

a) Diese Voraussetzung ist bei Ziff. 3 der Anträge der Beschwerdeführer (act. 2 S. 2), mit dem sie die Durchführung eines öffentlichen Verfahrens mit öffentlicher Gerichtsverhandlung verlangen, nicht gegeben. Ob sich dieser Antrag auf das vorinstanzliche oder auf das vorliegende Beschwerdeverfahren bezieht, ergibt sich weder aus seinem Wortlaut noch aus der diesbezüglich fehlenden Begründung. So oder so ist ihm jedoch nicht stattzugeben, weil im angefochtenen Entscheid davon nicht die Rede ist und weil das Verfahren vor der Kammer gemäss Art. 321 Abs. 1 und Art. 322 Abs. 1 ZPO von Gesetzes wegen ein schriftliches ist. Auf die Beschwerde gemäss Ziff. 3 der Anträge (act. 2 S. 2) ist daher nicht einzutreten.

b) Gleiches gilt hinsichtlich dem Eventualantrag Ziff. 5 der Beschwerde (act. 2 S. 2). Im angefochtenen vorinstanzlichen Entscheid, den es hier zu beurteilen gilt, ist nirgends von einer Anweisung an das Konkursamt Affoltern die Rede, eine Gläubigerversammlung durchzuführen. Und die Beschwerdeführer haben dies in ihrer Eingabe vom 27. November 2013 auch nicht verlangt (vgl. Anträge in act. 5/45 S. 1). Auf die Beschwerde wäre in diesem Punkt jedoch auch deshalb nicht einzutreten, weil damit von der Vorinstanz ein kompetenzwidriges Vorgehen verlangt wird. Kollokationsprozesse sind gerichtliche Verfahren und sind daher von den aufsichtsrechtlichen Verfahren gemäss Art. 17 ff. SchKG zu unterscheiden, auch wenn der Kanton Zürich auf Grund seiner Organisationsbefugnis für erstinstanzliche Klagen gemäss Art. 250 SchKG und für erstinstanzliche Beschwerden nach Art. 17 ff. SchKG die gleichen Behörden, nämlich die Bezirksgerichte, für zuständig bezeichnet hat. Funktional sind sie jedoch auseinander zu halten und dem Zivilrichter ist es verboten, den Zwangsvollstreckungsorganen Aufträge bzw. Anweisungen zu geben. Bezüglich Ziff. 5 der Anträge (act. 2 S. 2) ist auf die Beschwerde ebenfalls nicht einzutreten.

3. Die Beschwerdeführer verlangen die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides (Beschwerdeantrag Ziff. 1). Der vorinstanzliche Entscheid besteht u.a. aus der Erstreckung der Frist zur Klageantwort bis und mit 30. Januar 2014 (act. 5/47 S. 4). Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführer am 28. Januar 2014 eine weitere Fristerstreckung bis zum 19. Februar 2014 verlangt hatten, die ihnen (letztmals) ebenfalls bewilligt worden war (act. 5/50). Bezogen auf diesen Antrag macht eine Aufhebung keinen Sinn. Ausserdem ist die in der Verfügung festgesetzte und nachträglich nochmals erstreckte Frist inzwischen längst abgelaufen (die Kammer hat das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen, so dass die Frist ungehindert weiter gelaufen ist). Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auf den in Erwägung II./1. zitierten Entscheid der Kammer OGer ZH PF110056, woraus sich ergibt, dass die Obliegenheit zur Erstattung der obligatorischen Rechtsschriften, wozu die Klageantwort zweifellos gehört, keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil darstellt.

Die Erstattung der Klageantwort als solche ist – worauf auch bereits in der Verfügung der Kammer vom 13. Februar 2014 hingewiesen wurde (act. 6 S. 3 f.) – ein obligatorischer Teil des Verfahrens (§ 127 ZPO/ZH). Sie wird auch nicht deshalb überflüssig, weil die Beschwerdeführer um eine Schlichtung bzw. um eine Mediation ersucht haben (act. 6 S. 4). Dem Kollokationsverfahren geht kein Sühneverfahren voraus (§ 104 ZPO/ZH; dabei ist es auch im neuen Recht [Art. 198 lit. e Ziff. 6 ZPO] geblieben), und der Beschwerdeführer führt dafür lediglich die lange Verfahrensdauer von 14 Jahren und keine weiteren Gründe, die für allfällige Vermittlungsbemühungen sprächen, an (act. 2 S. 5). Da bis anhin nicht einmal die Klageantwort vorliegt, ist der Standpunkt der Beschwerdeführer auch noch nicht in den Prozess eingeführt worden, was zusätzlich gegen eine Vermittlung spricht. Jedenfalls kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz gute Gründe hatte, um von der verlangten Schlichtung abzusehen. Dass das Verfahren entsprechend den einschlägigen Regeln abgewickelt wird, kann nicht zu einem Nachteil führen, so dass auf den Antrag Ziff. 7 und den Eventualantrag Ziff. 8 nicht einzutreten ist.

4. Was das Begehren um Vereinigung sämtlicher Kollokationsprozesse anlässlich des Konkurses der H._____ AG anbelangt, sieht § 40 Abs. 3 ZPO/ZH

ausdrücklich die Möglichkeit der Vereinigung von getrennt eingereichten Klagen vor. Zur Vereinigung sind (neben der gleichen Zuständigkeit und der gleichen Verfahrensart) im Wesentlichen die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe erforderlich. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, liegt weitgehend im Dunkeln. Die Tatsache allein, dass es sich um Verfahren im Rahmen des gleichen Konkurses handelt, sagt nichts zur Gleichartigkeit der Ansprüche. Bei Kollokationsklagen handelt es sich um sog. betriebsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht bzw. um sog. Klagen mit materiellrechtlichem Hintergrund und dieser Hintergrund kann irgendwelche Zivilansprüche von Gläubigern gegen die Konkursitin betreffen, die völlig verschieden sein können. Für fünf der sieben Klagen behaupten die Beschwerdeführer, dass die Eingaben der Beschwerdegegnerin identisch und nur die Beträge verschieden seien (act. 2 S. 4). Aus der bisher einzig vorliegenden Rechtschrift, der Klage vom 6. April 2006 (act. 5/1 S. 4), ergibt sich, dass die Beschwerdeführer als einziges Beweismittel für ihre Forderung eine nicht revidierte Bilanz und die Erfolgsrechnung der Konkursitin per 31.12.1998 eingereicht hätten (act. 5/1 S. 6 Rz 3). Aber selbst wenn die Gleichartigkeit gegeben ist, ergibt sich keine Pflicht zur Vereinigung, weil "auch wenn alle Prozessvoraussetzungen für eine einfache Streitgenossenschaft erfüllt sind, ... der Rechtsstreit nach Abs. 3 jederzeit ... getrennt werden kann"

(Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N.17 zu § 40 ZPO/ZH). Ist schon eine Trennung gemeinsam eingereichter Klagen jederzeit möglich, so ist nicht davon auszugehen, dass es für die Ablehnung der Vereinigung einer besonderen Rechtfertigung bedürfte. Hinzu kommt, dass das Ermessen der befassten Instanz in Fragen der Prozessleitung gross ist, so dass sich die Rechtsmittelinstanzen entsprechend zurückhalten. Werden Verfahren nicht vereinigt, so führt dies jedenfalls nicht zu einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, da auch vereinigte Klagen grundsätzlich selbständig bleiben und unabhängig geführt werden und auch abweichend entschieden werden können (§ 40 Abs. 2 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/ Messmer, a.a.O., N. 18 zu § 40). Auf die Beschwerde betreffend Antrag Ziff. 2 ist daher nicht einzutreten. Ein förmlicher Beizug der Akten (Eventualantrag 6 in act. 2 S. 2) aus den

Verfahren FB060005 und FB060003, die ohnehin auch an die Kammer weitergezogen wurden, erübrigt sich daher ohne weiteres.

5. Die Beschwerdeführer verlangen, dass die G._____ AG, die Klägerin des vorinstanzlichen Verfahrens, verpflichtet werde, sämtliche Streitwerte in sämtlichen Verfahren zu beziffern (act. 2 S. 2): Die Aberkennungsklage CG090006 sei mit einem Nichteintretensentscheid erledigt worden, wie sich aus der Verfügung vom 1. November 2013 Ziff. 2 S. 3 (FB060010) ergebe. Die Beschwerdegegnerin habe seinerzeit in der Klageschrift geäussert, dass sich der Streitwert wegen der pendenten Aberkennungsklage nicht beziffern lasse. Dieser behauptete Grund sei nun weggefallen (act. 2 S. 4). Es sei möglich, den heutigen Wert der Liegenschaften zu berechnen und diesen Wert als Basis für die Streitsumme zu berücksichtigen. Sofern die G._____ AG nicht in der Lage sein sollte, den Wert der Liegenschaften I._____ -Strasse ... - ... in J._____ zu schätzen, sei diese Schätzung von Amtes wegen vorzunehmen.

Offenbar hat die Konkursverwaltung die mutmassliche Konkursdividende bis anhin nicht ermittelt (act. 3/1 S. 2 f.). Zur Begründung von Kollokationsklagen ist diese Angabe nicht erforderlich, da es dort um den Bestand der im Konkurs eingelebten Forderung geht. Ganz bedeutungslos ist der Streitwert dennoch nicht, insbesondere kann sich die Frage bezogen auf den adäquaten prozessualen Aufwand durchaus stellen, worauf die Beschwerdeführer denn auch hinweisen (act. 2 S. 6).

Die Beschwerdeführer werden im vorliegenden Verfahren (FB060008) durch E._____ vertreten, der im Verfahren FB060011 Beklagter ist, in den Verfahren FB060009 und FB060008 ist E._____ Vertreter der Beklagten, im Verfahren FB060010 Gesellschafter und Vertreter der Beklagten. Im Verfahren FB060005 ist E._____ selber Kläger (Kläger Nr. 9 und Vertreter der gesamten Klägerschaft) und im Verfahren FB060003 ist er der Kläger Nr. 2 und zusätzlich Vertreter des Klägers Nr. 1. Soweit die Beibringung der Angaben zur mutmasslichen Dividende Aufgabe des jeweiligen Klägers wäre (die Beschwerdeführer halten dafür zu Unrecht in sämtlichen Verfahren die G._____ AG für pflichtig), so hätte ihr Vertreter diese (gleichlautende) Angabe für "seine" Klageverfahren ebenfalls beschaffen

können und müssen und sie wäre ihm dann als Informationsbasis zur Verfügung gestanden.

a) Das Anliegen der Bezifferung des Streitwertes haben die Beschwerdeführer auch erstinstanzlich vorgebracht (act. 5/45 S. 1). Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 23. Dezember 2013 auf die Streitwertproblematik Bezug genommen (act. 5/47 S. 2) und gefolgert: "Die Streitwertbenennung ist vorliegend denn auch nur, aber immerhin, für die Bestimmung der Höhe einer allfälligen Gerichtsgebühr und einer Parteientschädigung sowie die Art eines allfälligen Rechtsmittels, nicht aber für die Zuständigkeit von Bedeutung. Weiter hat der Streitwert auch auf die allfällige "Endgültigkeit" des Entscheides im Sinne von § 22 Abs. 2 GVG keinen Einfluss, da sich die Rechtsmittel gegen einen solchen Entscheid nach der ZPO richten (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin ist auch nicht kautionspflichtig (§ 73 ZPO ZH). Es kann daher im Moment davon abgesehen werden, den Streitwert genau beziffern zu lassen. Hinzu kommt, dass die Streitwertberechnung und in der vorliegenden Kollokationsklage – aufgrund der noch komplexen Verhältnisse im Konkurs – im Speziellen, nur schwer zu benennen ist. ... So hat auch der Konkursverwalter auf die Schätzung der mutmasslichen Treffnisse der einzelnen Forderungen verzichtet (act. 3/1 und 3/3). Im Übrigen hat der Streitwert keinen Einfluss auf die im vorliegenden Verfahren im Streit stehende Forderung resp. auf die Beweislast".

b) Der Kollokationsprozess zwischen den Parteien richtet sich vor erster Instanz nach den Regeln der früheren Zürcher Zivilprozessordnung (Art. 404 Abs. 1 ZPO). § 106 ZPO/ZH sieht vor, dass der Streitwert (von der klagenden Partei) zu beziffern ist. Klagende Partei ist in diesem Verfahren die Beschwerdegegnerin. Allerdings weist die Kollokationsklage, um die es die hier geht, Besonderheiten auf, wozu neulich ein bundesgerichtlicher Leitentscheid ergangen ist (BGE 138 III 677 E. 3.1): "Der Streitwert bei der Kollokationsklage bemisst sich nach der Dividende, die auf den bestrittenen Betrag entfallen würde, also nach dem möglichen Prozessgewinn (BGE 65 III 28 E. 2 S. 31; BGE 81 II 473 S. 474; BGE 82 III 94 S. 95; BGE 135 III 127 E. 1.2 S. 129). Bei der Anfechtung der Kollokation eines Konkurrenten (Art. 250 Abs. 2 SchKG) berechnet sich diese Differenz auf der dem Be-

klagten zufallenden Dividende (BGE 114 III 114 S. 116; BGE 131 III 451 E. 1.2 S. 453; Tappy, a.a.O., N. 82 zu Art. 91 ZPO; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. III, 2001, N. 124 und 125 zu Art. 250 SchKG). Somit ist bei der negativen Kollokationsklage nicht das Streitinteresse des Klägers allein massgebend, sondern vielmehr dasjenige des Klägers und der Masse (Brunner/Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl. 2002, S. 55). Grund dafür ist, dass – je nach Umfang der bestrittenen Forderung und erwarteten Dividende – der Prozessgewinn höher sein kann, als es zur Tilgung von Forderung und Kosten des Klägers erforderlich ist, und dieser Überschuss nach Art. 250 Abs. 2 SchKG zugunsten der übrigen Gläubiger in die Konkursmasse fällt (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. 2008, § 46 Rz. 57)".

Auch zur Berechnung der Konkursdividende äussert sich der genannte Bundesgerichtsentscheid eingehend (E. 3.2, 3.2.1 und 3.2.2): "Die Berechnung der mutmasslichen Konkursdividende erfolgt durch die Konkursverwaltung, welche hierfür die Aktiven gemäss Inventar den Passiven gemäss Kollokationsplan gegenüberstellt und das zu erwartende Resultat im Kollokationsplan angibt (BGE 65 III 28 E. 3 S. 32; Brunner/ Reutter, a.a.O., S. 54 f.). ... Das Bundesgericht hat in BGE 65 III 28 (E. 3 S. 32) festgehalten, dass sich der Kollokationskläger bei Einleitung des Prozesses darauf verlassen kann, was die Konkursverwaltung als mutmassliche Dividende ermittelt hat. Grund dafür ist, dass sich (wie im Bundesgerichtsurteil ausgeführt) nicht bloss Zuständigkeit und Verfahren nach dem Streitwert richten können, sondern allgemein der Kollokationskläger nur auf diese Weise Prozessrisiko und Prozessnutzen abschätzen kann (Jeandin, Poursuite pour dettes et faillite: état de collocation, FJS Nr. 990b, Stand: 1999, Ziff. I.A.7; Brunner/Reutter, a.a.O., S. 55). ... Das Obergericht hat übergangen, dass die Schätzung, welche für jedes Vermögensstück vorzunehmen und im Konkursinventar anzugeben ist (Art. 227 SchKG), eine zwangsvollstreckungsrechtliche Verfügung (Art. 17 SchKG) darstellt, welche der Kontrolle der Aufsichtsbehörde nach Art. 18 SchKG untersteht. Die Schätzung ist nicht nur für die Frage der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven durch das Konkursgericht erheblich (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Die Angabe der mutmasslichen Dividende – gestützt auf

die Schätzung im Inventar – dient vielmehr auch dem Kollokationsrichter als zuverlässige Streitwertangabe (Brunner/Reutter, a.a.O., S. 55). Zu Recht wird in der Lehre bestätigt, dass die Schätzung der mutmasslichen Konkursdividende für das Gericht verbindlich ist (Hierholzer, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 49 zu Art. 250 SchKG; Sprecher, in: Kurzkommentar SchKG, 2009, N. 30 zu Art. 250 SchKG)".

c) Aus dem Mechanismus der Berechnung der Konkursdividende wird klar, dass es den Parteien des Kollokationsverfahrens nicht möglich ist, selber eine solche Berechnung anzustellen und auch das Gericht sieht sich den gleichen Schwierigkeiten gegenüber wie die Parteien – auch ihm fehlt der Gesamtüberblick über die für die Berechnung relevanten Faktoren. Entsprechend ergibt sich denn auch aus dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid, dass es zu den Aufgaben der Konkursverwaltung zählt, die mutmassliche Konkursdividende zu errechnen (vgl. BSK SchKG II-Hierholzer, N. 91 zu Art. 247; BGE 65 III 32 E. 3). Dass diese Berechnung Schwierigkeiten bereitet bzw. bereiten kann, ist keine Besonderheit des hier zu Grunde liegenden Konkurses, sondern Unsicherheiten bestehen in praktisch jedem Konkurs. Vor allem in grösseren und grossen Verfahren gibt es sowohl auf der Seite der Konkursaktiven als auch auf der Seite der Passiven eine Vielzahl von unbekanntem Faktoren, was notwendigerweise zu gewissen Unschärfen führt. Das ist systembedingt und daher in Kauf zu nehmen.

d) Damit ist allerdings noch nicht gesagt, wem es obliegt, dass die Angaben zur mutmasslichen Dividende in den Prozess eingebracht werden. Gemäss Frank/Sträuli/Messmer (Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N. 2 zu § 106 ZPO /ZH) ist Abs. 1 von § 106 ZPO/ZH, wonach die Parteien bei direkter Klageerhebung den Streitwert beziffern sollen, eine Ordnungsvorschrift, so dass die Nichtnennung des Streitwertes nicht unmittelbare Konsequenzen nach sich zieht. Das Bundesgericht hat – entsprechend der Kompetenzaufteilung zwischen Zivilgerichten und Aufsichtsbehörden nach Art. 17 f. SchKG – auf die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden hingewiesen (vgl. Erwägung 5. b), an die beide Parteien gelangen können und schon früher hätten gelangen können, um die bezüglichen Angaben erhältlich zu machen. Da das Zivil-

gericht nicht verfahrensbeteiligt ist, ist es zur SchK-Beschwerde nicht berechtigt und es kann der Vorinstanz – in ihrer Funktion als Zivilgericht und nicht als Aufsichtsbehörde – keine Unterlassung vorgeworfen werden, wenn sie die Konkursverwaltung diesbezüglich nicht angewiesen hat. Hingegen wäre es unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung denkbar, dass die Vorinstanz die Konkursverwaltung um die Angaben zur mutmasslichen Dividende bitten würde, ansonsten – und wenn die Streitwertangabe auf diesem Weg nicht erhältlich wäre – die Parteien auf dem Beschwerdeweg vorgehen müssen. Auch bezüglich Antrag Ziff. 4 ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführer kostenpflichtig; die Entscheidgebühr ist aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 500.– zu beziehen. Mangels Umtrieben steht der Gegenpartei keine Entschädigung zu.

Es wird erkannt:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Sie wird den Beschwerdeführern auferlegt und aus dem Kostenvorschuss bezogen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Affoltern, Einzelrichter, je gegen Empfangsschein.
5. 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. 92 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit unbeziffertem Streitwert (die Höhe der wegzuweisenden Forderungen beträgt rund Fr. 140'000).
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: