



Kass.-Nr. AA090171/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 25. Januar 2010

in Sachen

1. **A.**,

...,

2. **B.**,

...,

Kläger, Rekurrenten, Appellanten und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. _____

gegen

Konkursmasse der Y. AG,

Beklagte, Rekursgegnerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Konkursamt _____

betreffend

Kollokationsklage

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. November 2009 (NF090004/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Urteil vom 16. Juli 2009 wies die Einzelrichterin im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Q. (Erstinstanz) die von den Beschwerdeführern (Kläger, Rekurrenten und Appellanten) im Konkurs der Y. AG gegen die Beschwerdegegnerin (Beklagte, Rekursgegnerin und Appellatin) erhobene Kollokationsklage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführer ab; zudem wurde mit Verfügung desselben Datums vom Rückzug des klägerischen Begehrens auf Aufnahme des Wohnrechts im Lastenverzeichnis Vormerk genommen, das Verfahren in diesem Punkt als durch Rückzug erledigt abgeschrieben und das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Dabei ging die Erstinstanz für die Bemessung der Gerichtskosten von einem Streitinteresse von Fr. 682'800.-- aus (BG act. 94 = OG act. 106 = OG act. 111/2 = OG act. 111/8).

b) Gegen das erstinstanzliche Urteil erklärten die Beschwerdeführer mit Eingabe vom 31. August 2009 rechtzeitig Berufung, die sie mit einer Kostenbeschwerde verbanden (BG act. 101 = OG act. 107), und gegen die erstinstanzliche Verfügung erhoben sie gleichentags Rekurs (OG act. 111/1). Mit Beschluss vom 6. Oktober 2009 vereinigte die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) die beiden Rechtsmittelverfahren; zugleich setzte sie den Beschwerdeführern in Anwendung von § 73 Ziff. 4 ZPO eine Frist von zehn Tagen an, um für das zweitinstanzliche Verfahren eine Prozesskaution von Fr. 28'000.-- zu leisten (OG act. 110). In der Folge zogen die Beschwerdeführer die Berufung (als solche) und den Rekurs mit Eingabe vom 2. November 2009 zurück (OG act. 116).

Gestützt darauf schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Beschluss vom 10. November 2009 (OG act. 117 = KG act. 2) als durch Rückzug der Berufung und des Rekurses erledigt ab, und sie stellte fest, dass die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der erstinstanzlichen Verfügung sowie die Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des erstinstanzlichen Urteils rechtskräftig seien (Disp.-Ziff. 1). Ferner nahm sie den Beschwerdeführern die Frist zur Leistung der Prozesskaution ab (Disp.-Ziff. 2) und

aufgelegte ihnen in solidarischer Haftung die Kosten des (vereinigten) zweitinstanzlichen Verfahrens (Disp.-Ziff. 4), wobei die Gerichtsgebühr auf Fr. 10'000.- festgesetzt wurde (Disp.-Ziff. 3). Schliesslich überwies sie die Akten zuständigkeitshalber zur Behandlung der (nicht zurückgezogenen) Kostenbeschwerde an die Verwaltungskommission des Obergerichts (Disp.-Ziff. 6).

c) Gegen diesen den Beschwerdeführern am 11. November 2009 zugestellten (OG act. 118/1) obergerichtlichen Erledigungsbeschluss richtet sich die vorliegende, fristwährend (vgl. § 287 ZPO und §§ 191-193 GVG) eingegangene Nichtigkeitsbeschwerde vom 10. Dezember 2009 (KG act. 1), von deren Eingang den Parteien und der Vorinstanz mit Schreiben vom 14. Dezember 2009 Kenntnis gegeben wurde (KG act. 8). Damit verlangen die Beschwerdeführer (nur) die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses und – im Sinne eines neuen Sachentscheids gemäss § 291 Satz 2 ZPO – die Neufestsetzung der Gerichtskosten (Gerichtsgebühr) auf der Basis der voraussichtlichen Konkursdividende von Fr. 0.-- für Drittklassgläubiger; eventualiter sei (vor der Neufestsetzung) das Verfahren zu sistieren, bis die Verwaltungskommission des Obergerichts über den Streitwert und die erstinstanzlichen Kostenfolgen (gemeint: die erstinstanzliche Gerichtsgebühr) entschieden habe (KG act. 1 S. 2). Inhaltlich richtet sich die Beschwerde mithin einzig gegen die Höhe der von der Vorinstanz beschlossenen (zweitinstanzlichen) Gerichtsgebühr, welche nach beschwerdeführerischer Ansicht auf einer zu hohen Streitwertbeifferung beruht und nicht hätte vorgenommen werden dürfen, bevor die Verwaltungskommission über die bei ihr hängige Kostenbeschwerde entschieden hat (KG act. 1 S. 3 ff.).

d) Besondere prozessuale Anordnungen sind bislang nicht getroffen worden. Da sich die Beschwerde nach erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 4 und 5) sofort als unzulässig erweist (vgl. nachstehende Erw. 2) und die Sache somit spruchreif ist, erweisen sich solche auch als entbehrlich. Insbesondere kann davon abgesehen werden, die Beschwerde der Beschwerdegegnerin zur freigestellten Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen (§ 289 ZPO e contrario; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO). Ebenso wenig er-

scheint es angezeigt, das vorliegende Verfahren mit dem unter der Prozessnummer AA090170 geführten Parallelverfahren zu vereinigen (vgl. KG act. 1 S. 2, Ziff. 4). Es ist nämlich nicht ersichtlich, inwiefern die beantragte Vereinigung zu einer Vereinfachung des Verfahrens führen und damit der Prozessökonomie dienen sollte, nachdem die beiden Beschwerden thematisch zwar identisch sind (was bei der Kostenfestsetzung in beiden Verfahren als Reduktionsgrund zu berücksichtigen ist), sich aber gegen zwei verschiedene Entscheide richten und überdies auch von verschiedenen Rechtsmittelklägern erhoben wurden.

2. Vorab stellt sich die Frage nach der Beschwerdefähigkeit der angefochtenen Anordnung. Sie betrifft eine Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung und ist daher im Zusammenhang mit der Eintretensfrage von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 f. zu § 108 ZPO, N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; ZR 84 Nr. 138, Erw. 1).

a) Als Berufungs- und Rekurs(end)entscheid im Sinne von § 281 ZPO steht die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den vorinstanzlichen Beschluss als solchen zwar grundsätzlich offen (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 f. zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62). Beschwerdefähig (im Sinne von §§ 281 ff. ZPO) sind allerdings nur diejenigen Anordnungen, die rechtssprechender Natur sind, was für die vorliegend (ausschliesslich) angefochtene Festsetzung der Gerichtsgebühr im obergerichtlichen Entscheid (bzw. die in der Beschwerde in diesem Zusammenhang beanstandete Bezifferung des Verfahrensstreitwerts, die nach den einschlägigen Vorschriften der Verordnung über die Gerichtsgebühren [GGebV, LS 211.11] ihrerseits Grundlage der Festsetzung der Gerichtsgebühr bildet [vgl. §§ 4 ff. GGebV]) nicht zutrifft. Im Unterschied zu Anordnungen, welche die Kostenaufgabe und -verteilung sowie die zu leistenden Prozessentschädigungen zum Gegenstand haben, handelt es sich bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr (§ 201 Ziff. 1 GVG) nach ständiger Praxis nämlich nicht um einen Akt der Rechtsprechung, sondern um einen solchen der Justizverwaltung. Dementsprechend sind – wie aus § 284 Ziff. 2 ZPO abgeleitet wird –

diesbezügliche Mängel, d.h. Einwände gegen die Höhe der Gerichtsgebühr, nicht mittels kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde bei der Kassationsinstanz, sondern mittels Kostenbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machen (§ 206 GVG i.V.m. § 108 Abs. 1 GVG; ZR 102 Nr. 3, Erw. II/4; 90 Nr. 34, Erw. II/2; 69 Nr. 19; 56 Nr. 50; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 f. zu § 64 ZPO, N 3 zu § 284 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1, 4, 6 und 29 zu § 206 GVG; s.a. Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 39 Rz 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 57/58; ebenso bereits Kass.-Nr. AA090093 vom 6.11.2009 i.S. der Beschwerdeführer, Erw. 3 a.E.).

Daran ändert auch die Vorschrift von § 206 Satz 2 GVG nichts, wonach im Falle, in welchem gegen einen (unterinstanzlichen) Entscheid Berufung oder Rekurs erhoben wird, die (Kosten-)Beschwerde mit diesem Rechtsmittel zu verbinden ist. Denn diese Bestimmung sieht die gleichzeitige Anfechtung der Gebühren- bzw. Kostenansätze im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht vor. Dementsprechend hält die gefestigte Praxis eine solche – insbesondere bei an das Kassationsgericht zu richtenden Kassationsbeschwerden – für unzulässig (ZR 88 Nr. 29; Kass.-Nr. AA050120 vom 28.11.2005 i.S. S.c.F., Erw. 4.1; AA060061 vom 30.6.2006 i.S. T.c.T., Erw. 5/e; AA060042 vom 6.11.2006 i.S. L. und L.c.L., Erw. II/3; AA060159 vom 21.12.2006 i.S. M.c.H. et al., Erw. II/7; AA070045 vom 5.6.2007 i.S. T. und B.c.R., Erw. II/3.7/b; AA080009 vom 25.7.2008 i.S. K.c.N., Erw. 5.3/b; AA080175 vom 8.1.2009 i.S. L.c.P., Erw. 4/b/bb; s.a. Hauser/Schweri, a.a.O., N 4 zu § 206 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 64 ZPO).

Handelt es sich bei der (allein) bemängelten Festsetzung der Gerichtsgebühr somit um eine der kassationsgerichtlichen Überprüfung nicht zugängliche Angelegenheit der Justizverwaltung, kann mangels Beschwerdefähigkeit der angefochtenen Anordnung nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 494 und 504; ZR 84 Nr. 138, Erw. 1).

b) Anzufügen bleibt, dass sich das (zur Anfechtung von Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Beschlusses allein offenstehende) Kostenbeschwerdeverfahren im Einzelnen nach § 109 GVG richtet (vgl. § 206 Abs. 1 GVG; Hauser/Schweri, a.a.O., N 22 zu § 206 GVG). Danach ist die (auch Kosten-)Beschwerde in Fällen, in denen sie sich – wie hier – gegen einen bestimmten Entscheid richtet, innert zehn Tagen seit der Mitteilung oder Kenntnismahme des betreffenden Entscheids einzureichen. Nachdem die Beschwerdeführer den angefochtenen Beschluss am 11. November 2009 in Empfang genommen haben (OG act. 118/1), ist diese (Zehntages-)Frist am 23. November 2009 abgelaufen (vgl. §§ 191/192 GVG). Als sinngemässe Kostenbeschwerde (im Sinne von § 206 GVG i.V.m. §§ 108 ff. GVG) gegen die vorinstanzliche Festsetzung der Gerichtsgebühr wäre die Eingabe der Beschwerdeführer vom 10. Dezember 2009 (KG act. 1) demnach offensichtlich verspätet, womit auch eine Konversion der Nichtigkeitsbeschwerde in das zulässige Rechtsmittel (vgl. dazu BGE 134 III 382, Erw. 1.2; 131 I 296, Erw. 1.3; 126 II 509, Erw. 1/b, je m.w.Hinw.) ausser Betracht fällt. Es erübrigt sich deshalb, sie in Anwendung von § 194 Abs. 2 GVG an das zur Beurteilung von Kostenbeschwerden gegen Entscheide der obergerichtlichen Kammern zuständige Gesamtobergericht weiterzuleiten (vgl. § 206 GVG i.V.m. § 108 GVG und § 106 Abs. 1 GVG sowie § 8 lit. d der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 22.6.2005 [LS 212.51]; Hauser/Schweri, a.a.O., N 14 zu § 206 GVG), damit dieses prüfe, ob sie als (irrtümlicherweise bei der falschen Behörde eingereichte) Kostenbeschwerde entgegenzunehmen sei (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 2 und 11 zu § 194 GVG).

3.a) Gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden (§ 2 Abs. 3 GGebV) Gerichtsgebühr, deren Höhe – ausgehend von einem (Verfahrens-)Streitwert von Fr. 10'000.-- (vgl. § 13 Abs. 2 GGebV) – nach § 4 Abs. 1 GGebV zu bemessen (§ 13 Abs. 1 GGebV) und gemäss § 4 Abs. 2 GGebV und § 10 Abs. 1 GGebV (analog) zu reduzieren ist. Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18

zu § 64 ZPO). Da die Beschwerdeführer mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde (d.h. mit dem Antrag auf Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Beschlusses) in diesem Sinne unterliegen, sind ihnen die Kosten je zur Hälfte, jedoch unter solidarischer Haftung jedes Einzelnen für den gesamten Betrag, aufzuerlegen (§ 70 Abs. 1 ZPO).

b) Sodann hat nach § 68 Abs. 1 ZPO die unterliegende Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis für Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Der Beschwerdegegnerin sind vor Kassationsgericht indessen keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden. Die Zusprechung einer Prozessentschädigung fällt daher ausser Betracht.

4. Beim vorliegenden (Nichteintretens-)Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (Art. 90 BGG) über eine Schuldbetreibungs- und Konkursache im Sinne von Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG (vgl. BGer 5A_720/2007 vom 24.4.2008, Erw. 2.1). Deren (Rechtsmittel-)Streitwert richtet sich nach der vor Kassationsgericht (allein) strittig gebliebenen bzw. mit der Beschwerde bemängelten Höhe der Gerichtsgebühr im angefochtenen Entscheid (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG) und beträgt somit Fr. 10'000.--. Demzufolge ist gegen den kassationsgerichtlichen Erledigungsentscheid die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen (gemäss Art. 72 ff. BGG) nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a BGG), was mit Bezug auf die richtige Anwendung kantonalen Rechts allerdings nicht möglich ist (vgl. BGer 4A_12/2008 vom 14.3.2008, Erw. 2; 4A_150/2008 vom 20.5.2008, Erw. 2.2; BGE 134 I 188, Erw. 1.3.3). Andernfalls steht gegen ihn lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG offen.

Ferner beginnt gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG (allenfalls in Verbindung mit Art. 117 BGG) mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) grundsätzlich auch die dreissigtägige Frist zur (direkten) Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses vom 10. November 2009 mittels (ordentlicher oder subsidiärer Verfassungs-)Beschwerde ans Bundesgericht (neu) zu laufen (s.a. KG act. 2 S. 4, Disp.-Ziff. 8 Abs. 3; BGE 135 III 339 f., Erw. 1.3; BGer 4A_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1.2; 4A_398/2008 vom

18.12.2008, Erw. 1.3.2), soweit eine solche unter dem Aspekt des Erfordernisses der kantonalen Letztinstanzlichkeit (Art. 75 Abs. 1 und Art. 113 BGG) überhaupt zulässig ist (was wegen der Möglichkeit einer Kostenbeschwerde an das Gesamtobergericht zumindest bezüglich der Festsetzung der zweitinstanzlichen Gerichtsgebühr nicht zutreffen dürfte, letztlich aber vom Bundesgericht zu entscheiden wäre).

Das Gericht beschliesst:

1. Der Antrag, das vorliegende Kassationsverfahren AA090171 mit dem unter der Prozess-Nummer AA090170 geführten Kassationsverfahren zu vereinen, wird abgewiesen.
2. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 600.--.
4. Die Gerichtsgebühr wird je zur Hälfte den beiden Beschwerdeführern auferlegt, unter solidarischer Haftung jedes einzelnen Beschwerdeführers für den gesamten Betrag.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig.

Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 10'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichts vom 10. November 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheids (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die Einzelrichterin im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Q. (Proz.-Nr. FB060006), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: