

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE130013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

## Urteil vom 28. Januar 2014

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ Ltd.,**

Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

**Konkursmasse der B. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch die Liquidatorin C. \_\_\_\_\_ AG

diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_

und / oder Rechtsanwalt Dr. iur. X2. \_\_\_\_\_

betreffend **Kollokation (Nichteintreten)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts für SchKG-Klagen am Bezirksgericht Zürich vom 12. November 2013 (FO130021-L)**

**Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 12. November 2013:**

1. Das Fristerstreckungsgesuch der klagenden Partei vom 6. Oktober [recte: November] 2013 wird abgewiesen.
2. Auf die Klage wird nicht eingetreten und der Prozess als dadurch erledigt beschrieben.
3. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf CHF 23'520.--.
4. Die Entscheidegebühr wird der klagenden Partei auferlegt.
5. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von CHF 5'000.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

**Berufungsantrag (sinngemäss):**

Die angefochtene Verfügung vom 12. November 2013 sei aufzuheben und es sei der Klägerin "eine Fristverlängerung um 60 Tage zu gewähren, damit wir die Möglichkeit haben, die Vorgaben des Gerichts vollständig zu erfüllen."

**Erwägungen:**

1. a) Gemäss den Ausführungen der Klägerin standen die Parteien in den Jahren 2007 und 2008 in vertraglichen Beziehungen und erlitt die Klägerin mit einer Vermögensanlage von USD 2.8 Mio. aufgrund von vertragswidrigen Handlungen der Beklagten – die bis 3. Juli 2008 noch als D.\_\_\_\_\_ AG firmierte – einen Totalverlust. Die Beklagte beschloss am 12. Juli 2012 deren Liquidation; über sie wurde am 9. Oktober 2012 der Konkurs eröffnet (Urk. 1 S. 10-14). Mit Kollokationsentscheid Nr. 1 vom 11. April 2013 wies die Liquidatorin die von der Klägerin eingegebenen Forderungen von insgesamt rund CHF 5.2 Mio. vollständig ab (Urk. 3/157).

b) Am 30. April 2013 reichte die Klägerin (vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_, Y'.\_\_\_\_\_ AG) beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) eine Kollokationsklage ein mit dem Begehren, Forderungen in Höhe von insgesamt

CHF 2'628'930.-- nebst 5% Zins seit 4. März 2008 im Konkurs der Beklagten in der dritten Klasse als anerkannt zu kollozieren (Urk. 1 S. 2). Am 2. Mai 2013 teilte Rechtsanwalt Prof. Dr. Y. \_\_\_\_\_ mit, dass er die Klägerin nicht mehr vertrete (Urk. 4). Mit Verfügung vom 15. Mai 2013 setzte die Vorinstanz der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 47'040.-- und zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz an (Urk. 6). Am 3. Juli 2013 beantragte die Beklagte die Verpflichtung der Klägerin zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung von CHF 127'171.45 (Urk. 12) und am 9. Juli 2013 die Zustellung der Verfügung vom 15. Mai 2013 an den bisherigen Rechtsvertreter der Klägerin (Urk. 15). Nach entsprechender Stellungnahme verpflichtete die Vorinstanz mit Verfügung vom 7. August 2013 die Y'. \_\_\_\_\_ AG, für die Verfügungen vom 15. Mai 2013 und 7. August 2013 als Zustellempfänger für die Klägerin tätig zu sein (Urk. 21). Mit Eingabe vom 27. August 2013 ersuchte die Klägerin um eine Fristerstreckung um mindestens 30 bis 45 Tage, welche "vorletztmals" bis 23. September 2013 bewilligt wurde (Urk. 24). Mit Eingabe vom 19. September 2013 ersuchte die Klägerin um eine weitere Fristerstreckung bis zum 18. Oktober 2013, welche "letztmals" bewilligt wurde (Urk. 26). Am 16. Oktober 2013 ersuchte die Klägerin erneut und zum letzten Mal ("last time") um eine Fristerstreckung bis zum 8. November 2013 (Urk. 28). Mit Verfügung vom 22. Oktober 2013 setzte die Vorinstanz der Klägerin für den Gerichtskostenvorschuss (gestützt auf Art. 101 Abs. 3 ZPO) eine nicht erstreckbare Nachfrist bis am 8. November 2013 an und eine Frist bis ebenfalls zum 8. November 2013 für die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung von CHF 47'690.-- und für die Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz (Urk. 29). Mit Eingabe vom 6. November 2013 ersuchte die Klägerin erneut um eine Fristerstreckung bis zum oder um den 20. November 2013 herum (Urk. 34 S. 2; vgl. auch Urk. 35).

c) Am 12. November 2013 traf die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 36 = Urk. 45).

d) Hiergegen reichte die Klägerin mit Eingabe vom 17. Dezember 2013 (bei der schweizerischen Post eingetroffen am 24. Dezember 2013) fristgerecht Berufung mit dem eingangs wiedergegebenen Berufungsantrag ein (Urk. 44).

e) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Die Vorinstanz erwog, der verlangte Gerichtskostenvorschuss sei nicht geleistet worden. Die Erstreckung einer Frist rechtfertige sich nur aus zureichenden Gründen. Der Klägerin sei die Frist zur Leistung des verlangten Gerichtskostenvorschusses insgesamt drei Mal bis zum 8. November 2013 erstreckt worden, was einer Zeitspanne von mehr als zwei Monaten entspreche. Die Klägerin habe somit genügend Zeit gehabt, den Vorschuss zu leisten. In ihrem erneuten Fristerstreckungsgesuch vom 6. November 2013 seien keine stichhaltigen Gründe angegeben, welche eine erneute Erstreckung bzw. die Gewährung einer Notfrist rechtfertigen würden. Die Klägerin mache darüberhinaus nur vage Angaben zu der ihr anzusetzenden Nachfrist. Eine erneute Fristerstreckung könne nicht gewährt werden. Demzufolge sei androhungsgemäss auf die Klage nicht einzutreten und der Prozess als dadurch erledigt abzuschreiben (Urk. 45 S. 4 f.).

3. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll, sie hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinandersetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese nicht gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 36 zu Art. 311 ZPO). Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren ledig-

lich im Rahmen echter Noven zulässig; dies sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel, welche zudem (kumulativ) ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).

4. Die Klägerin legt in ihrer Berufung dar, dass sie und der für sie handelnde Dr. E.\_\_\_\_\_ zur Finanzierung der Überprüfungen und Nachforschungen wegen der Handlungen der Beklagten hätten Gelder leihen und Vermögenswerte veräussern müssen, was zur Folge gehabt habe, dass die Klägerin und Dr. E.\_\_\_\_\_ sowie dessen Familie immer mehr verarmten und ohne Geld dastünden. Die Verfügungen vom 15. Mai 2013 und 7. August 2013 seien der Klägerin erst am 27. August 2013 zugestellt worden; die darin gesetzte Frist sei technisch und praktisch unmöglich einzuhalten gewesen. Die erste Fristerstreckung habe nicht gereicht, um die notwendigen Gelder zu beschaffen. Unter schwierigen Bedingungen und mit hohem Arbeitsaufwand hätten in Afrika von dortigen Projekten Gelder in Form von Krediten entnommen werden müssen. Dies sei ein langwieriges Prozedere. Die Abwicklung dieser Vorgänge mit den dortigen Ämtern würde einige Wochen beanspruchen. Der Erhalt dieser Gelder werde gegen Ende Januar 2014 bzw. bis spätestens Mitte Februar 2014 erwartet. Es wäre stossend, wenn der Prozess aus formalen Gründen verloren werde, weil die Beklagte auf betrügerische Art und Weise die Gelder der Klägerin verloren habe (Urk. 44).

5. a) Die gerichtliche Frist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses kann erstreckt werden, wenn zureichende Gründe dafür vorliegen (Art. 144 Abs. 2 ZPO), wie schon die Vorinstanz korrekt erwogen hat (Urk. 35 S. 4). Solche zureichenden Gründe sind nur, aber immerhin glaubhaft zu machen (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 6 zu Art. 144 ZPO). Einem entsprechenden Fristerstreckungsgesuch kommt zumindest dann, wenn (wie vorliegend) eine Frist als letztmalig oder nicht erstreckbar bezeichnet wird, keine aufschiebende Wirkung zu, da die Partei nicht damit rechnen konnte, dass die Frist tatsächlich erstreckt werde. Vielmehr muss sich eine Partei bei einer ausdrücklich als "einmalig" oder "letztmalig" bezeichneten Fristerstreckung oder Nachfristansetzung nach Treu und Glauben darauf einstellen, dass – vorbehältlich besonders triftiger, noch

innert laufender Frist geltend zu machender Hinderungsgründe – keine weitere Fristerstreckung gewährt wird, zumal kein allgemeiner (gesetzlicher oder verfassungsrechtlicher) Anspruch auf Einräumung einer "kurzen Nachfrist" besteht (Frei, BE-Kommentar, N 8 zu Art. 144 ZPO; vgl. für den wie Art. 144 ZPO lautenden Art. 47 BGG: BSK BGG Amstutz/Arnold, N 3 und N 7 zu Art. 47 BGG). Die Klägerin bezahlte den Vorschuss innert der letztmaligen, bis 18. Oktober 2013 gewährten Fristerstreckung nicht, ersuchte aber am 16. Oktober 2013 fristgerecht um eine weitere "letzte" Fristerstreckung bis 8. November 2013 (Urk. 28). Die Vorinstanz wies dieses Fristerstreckungsgesuch implizite ab, gewährte der Klägerin aber im Sinne einer (nicht erstreckbaren) Nachfrist gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO die verlangte Verlängerung bis 8. November 2013 (Urk. 29). Dieses Vorgehen wird von der Klägerin berufsungsweise nicht beanstandet. Wenn die Vorinstanz diese letzte "Gnadenfrist" (vgl. für den wie Art. 101 ZPO lautenden Art. 62 Abs. 3 BGG: Commentaire LTF-Corboz, N 8 und N 46 zu Art. 62 LTF) auf zwar rechtzeitiges, aber mit Fristablauf eingehendes Gesuch der Klägerin vom 6. November 2013 hin mangels stichhaltiger Gründe (Urk. 45 S. 5) nicht nochmals bis ("on or around") 20. November 2013 verlängerte (Urk. 34), kann ihr kein Vorwurf gemacht werden. Die Klägerin rügt in ihrer Berufung auch gar nicht, dass die Vorinstanz – wie im Fristerstreckungsgesuch vom 6. November 2013 beantragt (Urk. 34) – noch bis (ungefähr) 20. November 2013 hätte zuwarten müssen, damit die damals bis Mitte nächster Woche erwarteten Gelder von Übersee noch rechtzeitig hätten einbezahlt werden können. Vielmehr macht sie – u.a. unter Hinweis auf den Tod Nelson Mandelas – geltend, sie benötige einfach noch mehr Zeit – nunmehr bis Ende Januar bzw. spätestens Mitte Februar 2014 –, um die benötigten Mittel aus ihrem Projekt in Afrika aufzutreiben (Urk. 44 S. 3 f.). Irgendwelche Belege, dass ihre Behauptungen zutreffen könnten, lagen weder dem Gesuch vom 6. November 2013 (Urk. 34) noch ihrer Berufung (vgl. Urk. 46/1-2) bei.

b) Die Vorbringen in der Berufungsschrift bestätigen die Erwägung der Vorinstanz, dass die Klägerin mehr als zwei Monate (vom 27. August 2013 bis zum 8. November 2013) Zeit gehabt hätte, um den fraglichen Gerichtskostenvorschuss aufzubringen. Dass die Klägerin bzw. deren Dr. E.\_\_\_\_\_ nach Afrika habe reisen müssen, um dort Gelder bzw. Darlehen zu beschaffen, dies eine langwierige

ge Angelegenheit sei und der Erhalt jener Gelder (wobei offen bleibt, in welcher Höhe) bis Ende Januar oder Mitte Februar 2014 erwartet werde, sind Behauptungen, welche vor Vorinstanz nicht vorgebracht wurden. Die Klägerin legt nicht dar, dass sie diese Behauptungen nicht schon im erstinstanzlichen Verfahren hätte aufstellen können. Sie können daher nicht zugunsten der Klägerin berücksichtigt werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dagegen widerlegen diese neuen Vorbringen die Vorbringen im letzten, abgewiesenen Fristerstreckungsgesuch vom 6. November 2013, in welchem die Klägerin dargelegt hatte, dass sie die nötigen Gelder "at any day around middle of next week" (d.h. ca. 13./14. November 2013) erhalten werde (Urk. 34 S. 1), und machen damit deutlich, dass jene Vorbringen von der Vorinstanz zutreffenderweise nicht als zureichende Gründe für die Einräumung einer Notfrist angesehen wurden.

c) Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zu Recht das Vorliegen zureichender Gründe für eine Notfrist verneint. Da somit der Gerichtskostenvorschuss auch innert der Nachfrist nicht geleistet wurde, ist die Vorinstanz zu Recht gemäss der Androhung auf die Klage nicht eingetreten (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Dies mag für die Klägerin hart sein, doch ist das Nichteintreten die vom Gesetz dafür zwingend vorgesehene Konsequenz; Art. 101 Abs. 3 ZPO lässt hier kein Ermessen zu (keine Kann-Vorschrift). Im Übrigen hatte die Klägerin nicht nur mehr als zwei Monate, sondern sogar über ein halbes Jahr Zeit für die Beschaffung des Gerichtskostenvorschusses, denn schon bei bzw. sogar vor der Einreichung der Klage am 30. April 2013 musste die – damals noch anwaltlich vertretene – Klägerin wissen, dass sie nach Einreichung derselben einen Gerichtskostenvorschuss in der von der Vorinstanz verfügten Höhe zu leisten haben würde.

d) Bei dieser Sachlage hat die Vorinstanz ebenso zu Recht ihre Kosten der Klägerin auferlegt und diese zur Zahlung einer Parteientschädigung an die Beklagte verpflichtet (Art. 95 Abs. 1 und 3 und Art. 106 ZPO). Die Höhe der Gerichtskosten und der Parteientschädigung wurde nicht beanstandet.

d) Demgemäss ist die Berufung der Klägerin abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

6. a) Auch für das Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von CHF 2'628'930.-- auszugehen (Urk. 35 S. 5). Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 2'000.-- festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), der Klägerin zufolge von deren Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts für SchKG-Klagen am Bezirksgericht Zürich vom 12. November 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf CHF 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 44 und 46/1, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 beträgt CHF 2'628'930.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. Januar 2014

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. F. Rieke

versandt am:  
mc