

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP120053-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Urteil vom 21. Februar 2013

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. X._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

gegen

Konkursmasse des B._____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Konkursamt C._____

betreffend **Kollokationsklage**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 12. Dezember 2012; Proz. FV120044

Erwägungen:

1. Im Konkursverfahren des B._____, der vom 6. Januar 2006 bis zum 6. September 2007 Verwaltungsrat der Klägerin gewesen war (act. 5/3/5), wies das Konkursamt C._____ mit Kollokationsverfügung vom 26. September 2012 eine von der Klägerin in die 3. Klasse im Betrage von Fr. 11'510'000.-- angemeldete Forderung teilweise ab und kollozierte sie als Drittklassforderung im reduzierten Betrag von Fr. 2'135'500.-- (act. 5/3/3 S. 25 Ord.-Nr. 66). Beim abgewiesenen Betrag soll es sich insbesondere um Schadenersatz wegen einer Solidarbürgschaft handeln, die der Konkursit eigenmächtig unterzeichnet hatte. Deshalb erhob die Klägerin am 18. Oktober 2012 bei der Vorinstanz Kollokationsklage i.S.v. Art. 250 Abs. 1 SchKG (act. 5/1). Die geschätzte Konkursdividende beträgt für 3. Klassforderungen 0 % (act. 5/3/3 S. 31). Die Vorinstanz hat im Zusammenhang mit dem zu leistenden Kostenvorschuss einen Streitwert von Fr. 1'350'000.-- angenommen und der Klägerin daher einen Kostenvorschuss von Fr. 34'250.-- auferlegt (act. 5/4 S. 2 und 3, Dispositiv-Ziff. 1). Dagegen richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Beschwerde (act. 2).

Die Beklagte ist in Streitigkeiten betreffend Höhe des Kostenvorschusses nicht anzuhören, da damit die endgültige Festlegung der Gerichtskosten nicht präjudiziert wird (KuKo ZPO-Schmid, N. 9 zu Art. 98). Die Sache ist spruchreif.

2. Die Bemessung des Kostenvorschusses nach Art. 98 ZPO richtet sich nach den mutmasslichen Gerichtskosten (KuKo ZPO-Schmid, N. 12 zu Art. 98; ZK ZPO-Suter/von Holzen, N. 13 zu Art. 98), wie sie im Zeitpunkt der Vorschlussverfügung antizipiert werden können und werden auf Grund der kantonalen Tarife berechnet (Art. 96 ZPO i.V.m. der zürcherischen Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 [LS 211.11]). Der Entscheid über den Vorschuss zu Beginn des Prozesses ist mit gewissen Unsicherheiten verbunden. Die Streitwertberechnung richtet sich nach Art. 91 ff. ZPO und ist bundesrechtlich geregelt (ZK ZPO-Suter/von Holzen, N. 12 zu Art. 96); für die SchK-Klagen sind zusätzlich die zwangsvollstreckungsrechtlichen Besonderheiten zu berücksichtigen.

Kollokationsklagen sind vermögensrechtliche Streitigkeiten. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine sog. positive Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 1 SchKG und sie richtet sich gegen die Masse, weil der (grössere) Teil des zur Kollokation in der 3. Klasse angemeldeten Gesamtbetrages von 11'510'000.-- aus dem Kollokationsplan abgewiesen und lediglich Fr. 2'135'500.-- (act. 5/3/3 S. 25 Ord.-Nr. 66) zugelassen wurden. Bei der Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 1 SchKG prozessiert der ganz oder teilweise abgewiesene Gläubiger ausschliesslich im eigenen Interesse. Da der Erlös der Aktiven den Konkursgläubigern entsprechend der Höhe ihrer zugelassenen Konkursforderungen zugewiesen wird, erhöht sich die Konkursdividende bei erfolgreichem Prozessieren entsprechend und die Dividenden der Mitgläubiger werden entsprechen gekürzt (vgl. BSK SchKG II-Hierholzer, N. 82 zu Art. 250). Wird die mutmassliche Konkursdividende in der 3. Klasse, wie hier, auf 0 % geschätzt (act. 5/3/3 S. 31), so wird durch die Klage zwar der kollozierte Betrag der Klägerin erhöht, jedoch entfällt darauf mutmasslich nach wie vor keine Dividende. Diesbezüglich stellt sich imperativ die Frage, ob und inwieweit an einer solchen Klage ein schützenswertes Interesse besteht. Die Kammer hatte im Entscheid vom 7. Dezember 2011 (PS110182, publiziert unter www.gerichte-zh.ch) eine negative Kollokations- bzw. Wegweisungsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG zu beurteilen, in der die Konkursdividende ebenfalls auf 0 % geschätzt worden war. Der Fall PS110182 wurde ans Bundesgericht weitergezogen (BGer 5A_84/2012, Urteil vom 19. September 2012 mit weiteren Hinweisen, zur Publikation bestimmt) und das Bundesgericht hat diesen Entscheid aufgehoben. Es wies darauf hin, dass – wenn die Konkursdividende 0 % betrage – "mit der Kollokationsklage im laufenden Konkurs kein geldwerter Prozessgewinn erzielt werden" könne (BGer 5A_84/2012 E. 3.3). Im Konkurs natürlicher Personen könne in dieser Situation der Kollokationsstreit z.B. mit Blick auf den Verlustschein dennoch Sinn machen. Bei juristischen Personen stelle sich die Frage nach dem rechtlich geschützten Interesse des Klägers an einer solchen Klage (a.a.O., E. 3.3). Weil es bei einer 0 %-Dividende für Niemanden, weder die klagende Partei noch für die Masse, einen (Prozess-) Gewinn gebe, könne in dieser Situation das Interesse des Klägers (und der Masse) nur ein mittelbares sein (a.a.O., E. 3.4). Das Bundesgericht geht (a.a.O., E. 3.4.1) weiter davon aus, dass

ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse auch bei einer Nulldividende vorliegen könne, z.B. wenn die Wegweisung eines Gläubigers mit Blick auf die Führung eines Verantwortlichkeitsprozesses verlangt werde. Wenn gemäss BGE 82 III 96 nur ein mittelbares Interesse bestehe, so sei nur "ein minimaler Streitwert, entsprechend dem mehr nur symbolischen, jedenfalls ausserhalb des unmittelbaren Prozesserfolgs liegenden Streitinteresse anzunehmen. Die blossе Möglichkeit, dass der zu Verlust gekommene Betrag sich später doch noch einbringen lasse, kann nur in solcher Weise berücksichtigt werden". Die Kammer wurde angewiesen, "einen minimalen Streitwert, entsprechend dem mehr nur symbolischen, jedenfalls ausserhalb des unmittelbaren Prozesserfolgs liegenden Streitinteresses anzunehmen" (BGer 5A_84/2012, E. 3.4.2 und 3.5).

Anders als im zitierten Fall handelt es sich hier um eine sog. positive Kollokationsklage, für die eine 0%-Dividende in Aussicht steht, so dass die Klägerin – gleich wie alle anderen 3. Klass-Gläubiger – voraussichtlich leer ausgehen wird. Die Klägerin begründet ihr Rechtsschutzinteresse mit der Tatsache, dass sie einen Konkursverlustschein erhältlich machen wolle, welcher als provisorischer Rechtsöffnungstitel diene und ermögliche, den Verlust in einem späteren Zeitpunkt doch noch einzutreiben (act. 5/1 Rz 8). Mit der Kollokationsklage gegen die Beklagte wolle sie verhindern, dass der Beklagten ebenfalls ein Konkursverlustschein ausgestellt werde, der später in Konkurrenz zum eigenen Verlustschein der Klägerin treten würde (act. 5/1 Rz 7; act. 2 Rz 6).

3. Die Vorinstanz hat den genannten Entscheid des Bundesgerichts (BGer 5A_84/2012. E. 3.5) zitiert und darauf verwiesen. Bei der vorliegend beantragten Kollokation handle es sich um die Kollokation eines zusätzlichen Forderungsbetrages von Fr. 9 Mio., so dass es angemessen erscheine, von einem symbolischen Streitwert von Fr. 1'350'000.-- auszugehen, was zu mutmasslichen Gerichtskosten von Fr. 34'250.-- und entsprechend zu einem Vorschuss in derselben Höhe führe (act. 5/4 S. 2 und S. 3 Dispositiv-Ziff. 1).

4. Die Klägerin weist im Beschwerdeverfahren darauf hin, dass sie – wegen der Bedeutung des Verlustscheins gegenüber einer natürlichen Person – ein Rechtsschutzinteresse am vorliegenden Verfahren habe (act. 2 Rz 6). Die Vor-

instanz hätte einen minimalen Streitwert, entsprechend dem mehr nur symbolischen, jedenfalls ausserhalb des unmittelbaren Prozesserverfolges liegenden Streitinteresses annehmen müssen. Ein Streitwert von Fr. 1'350'000.-- sei aber keinesfalls symbolisch und minimal (act. 2 Rz 8). Die Vorinstanz habe ihr Ermessen unterschritten und die Umstände des Einzelfalles nicht genügend berücksichtigt (act. 2 Rz 11; vgl. a.a.O., E. 3.4.2 und 3.5). Was die Höhe des Kostenvorschusses anbelangt, erinnert die Klägerin an das Kostendeckungsprinzip und an das Äquivalenzprinzip. Der mutmassliche Aufwand für die Kollokationsklage entspreche jedenfalls nicht dem erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 34'250.--, was das Kostendeckungsprinzip verletze. Und auch der wirtschaftliche Nutzen sei gering, so dass auch das Äquivalenzprinzip verletzt sei, weil völlig offen sei, ob vom Konkursiten je etwas erhältlich gemacht werden könne (act. 2 Rz 19, 20). Ausserdem sei nicht nachvollziehbar, warum die Vorinstanz bei ähnlich hohem Aufwand im Parallelfall einen Kostenvorschuss von Fr. 7'550.-- und hier einen solchen von Fr. 34'250.-- angesetzt habe (act. 2 Rz 21). Die Klägerin bezieht sich zudem auf die Bemerkung des Bundesgerichts, dass ein minimaler symbolischer Streitwert höchstens Fr. 10'000.-- betragen könne (a.a.O., E. 3.5; act. 2 Rz 22), so dass in Anwendung von § 4 GerGebV eine maximale Gerichtsgebühr von Fr. 1'750.-- angemessen sei.

5. Unstreitig ist, dass in besonderen Fällen auch bei einer mutmasslichen Dividende von 0 % ein Rechtsschutzinteresse an der Führung eines positiven wie auch eines negativen Kollokationsprozesses bestehen kann. Der Fall, dass zwei Gläubiger des gleichen Konkursiten – weil sie in einer späteren Phase um neues Vermögen desselben konkurrieren – ein schützenswertes Interesse haben, dass eine unberechtigte Forderung vorab weggewiesen und daher auch kein Verlustschein ausgestellt wird, ist als eine dieser besonderen Situationen ausdrücklich in BGE 82 III 96 erwähnt. "Freilich ist ein Kollokationsstreit wegen der Wirkungen des Verlustscheins auch dann zulässig, wenn das auf den bestrittenen Anspruch entfallende Konkursbetreffnis voraussichtlich Null sein wird. In diesem Fall ist aber nur ein minimaler Streitwert, entsprechend dem mehr nur symbolischen, jedenfalls ausserhalb des unmittelbaren Prozesserverfolges liegenden Streitinteresse, anzunehmen. Die geringe Möglichkeit, dass der zu Verlust kommende Betrag sich

später doch noch einbringen lasse, kann nur in solcher Weise berücksichtigt werden". An diese Aussage hat das Bundesgericht in 5A_84/2012, E. 3.4.2 angeknüpft. Im Falle des positiven Kollokationsprozesses ist die Situation nicht grundsätzlich anders. Wie aus dem Kollokationsplan ersichtlich (act. 5/3/3), werden gegen B._____ eine grössere Anzahl Verlustscheine ausgestellt werden. Die Verlustschein gläubiger stehen deshalb zur Deckung ihrer Forderungen in Konkurrenz um zukünftiges Einkommen und Vermögen des Konkursiten, und zwar unabhängig davon, ob er der Konkursbetreibung unterliegen wird oder nicht. Im Konkurs ist die Konkurrenz direkter, weil daran sämtliche (angemeldeten) Forderungen des Konkursiten teilnehmen. Aber auch in der Einzelzwangsvollstreckung kann es zu Konkurrenzsituationen kommen, wenn mehrere Gläubiger gemäss Art. 111 SchKG der gleichen Gläubigergruppe angehören. Weil der Zwangsvollstreckungserlös in beiden Fällen nach der Höhe der Forderungen der einzelnen Gläubiger zugewiesen wird, kann eine höhere Verlustscheinforderung ein Vorteil sein – wenn es dann etwas zu verteilen geben sollte.

Zu ermitteln ist demnach ein minimaler symbolischer Streitwert. Nach welchen Kriterien dies zu geschehen hat, erwähnt das Bundesgericht allerdings nicht. Bei der vom Bundesgericht (a.a.O. E. 3.5) **für den konkreten Fall genannten "Grössenordnung von Fr. 10'000.-- (wie der Beschwerdeführer im Ergebnis verlangt)"** (Hervorhebung durch die Kammer), sind letztlich keine allgemein formulierten und allgemeingültigen Kriterien ersichtlich, so dass der Klägerin nicht zugestimmt werden kann, wenn sie davon ausgeht, dass in BGer 5A_84/2012 E. 3.5 ein allgemeingültiger Höchststreitwert von Fr. 10'000.-- festgesetzt worden sei. Denkbar ist es, dass sich das Bundesgericht – obwohl es die eigene kollozierte Forderung des Kollokationsklägers ausdrücklich als unmassgeblich ansieht (a.a.O., E. 3.4.2 a.E.; BGE 82 III 95) – an der "Offerte" des Beschwerdeführers jenes Falles orientierte, der seine eigene kollozierte Forderung in der Höhe von Fr. 11'098.-- (vgl. Sachverhalt A. Aa) als Massstab für den Streitwert nehmen wollte.

Gibt es für ein zu lösendes Problem keine Regeln, so ist nach Art. 1 Abs. 2 ZGB vorzugehen. In der ZPO findet sich für die Fälle, in denen kein direktes, son-

dem nur ein mittelbares Streitinteresse besteht, keine Anweisung. Die Regel muss deshalb so aufgestellt werden, dass sie nicht nur den aktuellen pendenten Fall löst, sondern dass eine verallgemeinerungsfähige Regel geschaffen wird. Können keine nachvollziehbaren Grundsätze, wie ein minimales, symbolisches und mittelbares Interesse zu ermitteln ist, aufgestellt werden, so bleibt in den völlig vagen und offenen Fällen nur – allgemeingültig und entsprechend dem üblichen Wortverständnis – den Streitwert mit einem Franken zu beziffern. Das trägt grosser Unsicherheit und erheblichen Unwägbarkeiten Rechnung, ermöglicht aber auch, den nicht interessenlosen Prozess führen zu können.

Anzumerken bleibt, dass die Sichtweise der Vorinstanz jedenfalls nicht geteilt werden kann. Ein Streitwert von Fr. 1'350'000.-- ist jenseits vernünftiger Annahmen und weder symbolisch noch minimal, wie die Vorinstanz behauptet, ohne mit einem Wort zu erwähnen, warum der Streitwert gerade bei Fr. 1'350'000.-- angesetzt wurde (vgl. act. 5/4 S. 2). Den Kostenvorschuss auf Grund dieser Streitwerthöhe anzusetzen, ist offensichtlich willkürlich und er ist daher aufzuheben.

6. Im vorliegenden Zusammenhang geht es um den Kostenvorschuss, der (wie erwähnt) auf der Basis der Gerichtskosten zu erheben ist. Die Gerichtskosten basieren ihrerseits auf dem Streitwert bzw. – bei nicht Vermögensrechtlichem – auf einer Bandbreite (Fr. 300.-- bis Fr. 13'000.--), bei der das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falles berücksichtigt werden (§ 5 GerGebV). Obwohl ein Prozess mit einem symbolischen Streitwert von Fr. 1.-- streng genommen vermögensrechtlich ist, passt die Unterscheidung auf diesen Fall nicht. Dies schon deshalb, weil der symbolische Betrag im Wesentlichen dazu dient, dass ein Prozess mit mittelbarem Interesse überhaupt geführt werden kann und nicht gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO durch Nichteintreten beendet wird. Wenn das mittelbare Interesse nach Ansicht des Bundesgerichts im Kollokationsprozess nicht als Grundlage der Streitwertberechnung herangezogen werden kann, entspricht dieser praktisch einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit. Die Klägerin weist zu Recht auf die allgemeinen Grundsätze des Gebührenrechts hin (act. 2 Rz 14 ff.). Gebühren sind eine öffent-

lich-rechtliche Gegenleistung für die Veranlassung einer Amtshandlung oder für die Benützung einer öffentlichen Anstalt, mit denen die dadurch verursachten Kosten ganz oder teilweise gedeckt werden (vgl. Hauser/Schweri/Lieber, GOG, Zürich 2012, N. 4 zu Vorbem. zu §§ 199 ff. GOG).

Der angestrengte Kollokationsprozess unterscheidet sich bezüglich Aufwand und Schwierigkeit nicht von einem vergleichbaren Fall, in dem eine namhafte Dividende zu erwarten ist. Für die Berücksichtigung der drei Kriterien von § 5 GerGebV (tatsächliches Interesse, Aufwand, Schwierigkeit) spricht auch die Situation der Beklagten. Von einem unangemessen tiefen Streitwert ist nämlich auch die Beklagte betroffen, die den Prozess nicht freiwillig aufnimmt, sondern gegen ihren Willen eingeklagt wird, und im Falle ihres Obsiegens angemessen entschädigt werden muss. Besonders deutlich wird dies bei der unentgeltlichen Prozessführung (einer natürlichen Partei), deren Rechtsbeistand – gäbe es keine Korrektur – für einen allenfalls doch aufwändigen Kollokationsprozess nur höchst minimal entschädigt werden könnte.

7. Der von der Klägerin eingeleitete Kollokationsprozess betrifft offenbar die Frage, ob sich B._____ schadenersatzpflichtig gemacht hat, wenn er – wie behauptet wird – als einer von mehreren Verwaltungsräten eigenmächtig und ohne Rückversicherung im Verwaltungsratsgremium eine Solidarbürgschaft zu Lasten der Klägerin eingegangen ist. Das ist zunächst eine Rechtsfrage. Allerdings könnte – wie das Beweisanerbieten der Klägerin vermuten lässt – auch ein Beweisverfahren erforderlich werden, da möglicherweise die Frage der Eigenmacht bzw. der fehlenden Zustimmung des Verwaltungsratsgremiums zu beweisen sein könnte. Das dürfte zu einem etwas höheren Aufwand führen. Es erscheint daher als angemessen, den Vorschuss auf Fr. 3'500.-- anzusetzen, wobei – wie in jedem Prozess – eine nachträgliche Erhöhung vorbehalten werden muss.

8. Die Klägerin obsiegt im vorliegenden Beschwerdeverfahren praktisch vollständig, so dass die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf die Gerichtskasse zu nehmen ist. Der Beklagten ist kein Aufwand erwachsen, wobei es für eine Entschädigung aus der Staatskasse ohnehin keine gesetzliche Grundlage gibt.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde der Klägerin wird die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirks Horgen (Geschäft-Nr. FV120043) aufgehoben.
2. Der Klägerin wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die erstinstanzlichen Entscheidkosten einen Vorschuss in der Höhe von Fr. 3'500.-- zu leisten. Die spätere Erhöhung des Vorschusses bleibt vorbehalten.

Der Vorschuss ist bei der Kasse des Bezirksgerichts Horgen, Postkonto 80-5645-8 zu leisten.

Die Frist ist eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten des Gerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist (Art. 143 Abs. 3 ZPO).

3. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr fällt ausser Ansatz.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 2 und 3/1-3, sowie an das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen und an die Bezirksgerichtskasse Horgen, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: