Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PP160007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 25. Oktober 2016

in Sachen

1. **A._____ AG**,

Architekturbüro B._____ / C._____ (einfache Gesellschaft)
bestehend aus:
2. **B._____**,
3. **C._____**,
Kläger und Beschwerdeführer

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

D._____ AG,
Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Kollokation (ungesicherte Forderung im Konkurs der E._____ Generalunternehmung AG in Liquidation)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes für SchKG-Klagen des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Januar 2016; Proz. FV150209

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessverlauf

1.1 Die F._____ Anlagestiftung als Bauherrin liess die Überbauung "..." in G._____ ab Oktober 2012 von der E._____ Generalunternehmung AG (heute E._____ Generalunternehmung AG in Liquidation, nachfolgend "E._____") als Generalunternehmerin erstellen, welche während der Bauausführung am 6. Januar 2015 in Konkurs fiel. Nach der Konkurseröffnung beauftragte die Bauherrin die H._____ AG, … [Ort], mit der Fertigstellung der Überbauung "..." als Generalunternehmerin. Dabei verpflichtete sich die H._____ AG unter anderem, die den Subunternehmen durch den Arbeitsunterbruch entstandenen Auslagen im Namen der Bauherrin zu begleichen.

1.2 Mehrere Subunternehmen der E._____ meldeten in der Folge Forderungen im Konkurs an. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich, vertreten durch die Mobile Equipe des Notariatsinspektorats des Kantons Zürich, kollozierte dabei die Forderungen der I._____ AG G._____, der J._____ GmbH sowie der D._____ AG (nachfolgend: Subunternehmen) über Fr. 578'183.30, Fr. 24'840.00 und Fr. 107'515.85 jeweils in der dritten Klasse als Ord.-Nrn. 1, 2 und 3 im Kollokationsplan des Konkurses Nr. …. Der Kollokationsplan wurde am 2. Oktober 2015 öffentlich aufgelegt, woraufhin das Architekturbüro B._____/C._____ sowie die A._____ AG als ebenfalls in der dritten Klasse kollozierte Gläubiger (u.a. Ord.-Nr. 4 über Fr. 733'515.50 und Ord.-Nr. 5 über Fr. 253'800.00) und heutige Beschwerdeführer am 22. Oktober 2015 beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, Kollokationsklagen gegen die Subunternehmen erhoben. Die Kollokationsklage gegen die D._____ AG bildet Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Zur Begründung führten die Beschwerdeführer im Wesentlichen an, die Forderungen benannter Subunternehmen seien bereits mit Überweisungen vom 18. resp. 27. März 2015 durch die H._____ AG bezahlt worden, so-

weit sie berechtigt seien. Das Einzelgericht für SchKG-Klagen setzte das Konkursamt über die genannten Verfahren in Kenntnis. Mit Schreiben vom 16. resp. 17. November 2015 informierten die Subunternehmen das Konkursamt, dass keine Forderungen gegen die E._____ mehr bestünden. Daraufhin strich das Konkursamt die entsprechenden Forderungen aus dem Kollokationsplan und informierte das Einzelgericht für SchKG-Klagen mit Schreiben vom 17., 18. resp. 19. November 2015. Mit separaten Verfügungen vom 13. Januar 2016 schrieb das Einzelgericht für SchKG-Klagen die drei von den Beschwerdeführern angestrengten Kollokationsklagen zufolge Gegenstandslosigkeit ab (Geschäfts-Nrn. FV150203-L, FV150208-L und FV150209-L [letztere Geschäfts-Nr. entspricht dem vorinstanzlichen Verfahren; vgl. act. 1-18]). Das Konkursamt verfügte daraufhin am 11. Februar 2016, die Beschwerdeführer könnten nicht in das Treffnis der Subunternehmer einsteigen, da diese nachträglich ihre Forderungseingaben im erwähnten Konkursverfahren zurückgezogen hätten und die Forderungen bereits aus dem Kollokationsplan gestrichen worden seien (zum Sachverhalt vgl. act. 34 S. 2 f.).

1.3 Mit Eingabe vom 15. Februar 2016 erhoben die Beschwerdeführer Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelgerichts für SchKG-Klagen des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Januar 2016, womit der Prozess gegenüber der D._____ AG als gegenstandslos abgeschrieben wurde (act. 20). Sie beantragten die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Gutheissung der Klage (act. 20 S. 2).

Auch die F._____ Anlagestiftung als Bauherrin, welche selbständig ebenfalls Kollokationsklage gegen die erwähnten Subunternehmer eingereicht hatte, erhob Beschwerde gegen die Abschreibung ihrer Verfahren und stellte dieselben Anträge. Das Verfahren betreffend die D._____ AG wird unter der Geschäfts-Nr. PP160008 geführt.

Die Beschwerdeführer gingen daneben gegen die Handlungen des Konkursamts Oerlikon-Zürich im Zusammenhang mit der unter der Ord.-Nr. 3 kollozierten Forderung der D._____ AG vor: Mit Beschwerde vom 22. Februar 2016 gelangten sie an das Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde

über Konkursämter und verlangten die Feststellung der Nichtigkeit der Streichung dieser Forderung aus dem Kollokationsplan (act. 27/1).

1.4 Nachdem die Beschwerdeführer den Kostenvorschuss für das hiesige Beschwerdeverfahren fristgerecht geleistet hatten (act. 23-25), beschloss die Kammer am 5. April 2016 die Sistierung des Beschwerdeverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des bei der Aufsichtsbehörde über Konkursämter hängigen Beschwerdeverfahrens (act. 31).

Mit Zirkulationsbeschluss vom 30. Mai 2016 hiess die Aufsichtsbehörde über Konkursämter die Beschwerde gut und stellte fest, dass die vom Konkursamt Oerlikon-Zürich im Konkurs über die E._____ Generalunternehmung AG im Kollokationsplan vorgenommene Streichung der in der dritten Klasse mit der Ord.-Nr. 3 kollozierten Forderung sowie die Verfügung vom 11. Februar 2016 betreffend Verweigerung der Subrogation der Beschwerdeführer in das Treffnis der D._____ AG nichtig seien (act. 34). Dieser Beschluss wurde nicht angefochten und erwuchs in Rechtskraft.

Damit fiel der Grund für die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens weg und der Prozess wurde am 24. Juni 2016 mit Ansetzung der Frist zur Beschwerdeantwort fortgesetzt (act. 35). Die D._____ AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) erstattete mit Eingabe vom 27. Juli 2016 innert Frist (vgl. act. 36) die Beschwerdeantwort (act. 37). Sie beantragte die Gutheissung der Beschwerde vom 15. Februar 2016, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Gutheissung der von den Beschwerdeführern am 22. Oktober 2015 erhobenen Kollokationsklage, wobei ihr keine Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuerlegen seien, sondern ein allenfalls sie treffender Anteil auf die Gerichtskasse zu nehmen sei (act. 37 S. 2).

Die vorinstanzlichen Akten (Geschäfts-Nr. FV150209) wurden beigezogen (act. 1-18). Das Verfahren erweist sich als spruchreif; weitere Prozesshandlungen erübrigen sich. Den Beschwerdeführern ist zusammen mit dem vorliegenden Entscheid das Doppel der Beschwerdeantwort (act. 37) zuzustellen.

2. Erledigung des vorinstanzlichen Verfahrens

2.1 Bei den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin handelt es sich um Gläubiger der konkursiten E._____ Generalunternehmung AG in Liquidation. Alle Parteien meldeten Forderungen zur Kollokation an. Gemäss dem Kollokationsplan, der am 2. Oktober 2015 öffentlich aufgelegt wurde, wurden die Forderungen sowohl der Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegnerin kolloziert, diejenige der Beschwerdegegnerin im Betrag von Fr. 107'515.85 (vgl. act. 4/4). Im Nachhinein stellte sich heraus, dass die Kollokation der Forderung der Beschwerdegegnerin zum überwiegenden Teil zu Unrecht erfolgte, da diese bereits im März 2015 im Umfang von Fr. 101'213.15 getilgt worden war (act. 37 S. 4). Die Beschwerdeführer setzten sich dagegen zur Wehr und erhoben Kollokationsklage. Die Beschwerdegegnerin teilte darauf der Vorinstanz mit, dass sie ihre kollozierte Forderung mit Mitteilung an das Konkursamt zurückgezogen habe (act. 9). Das Konkursamt strich in der Folge kurzerhand die Forderung der Beschwerdegegnerin aus dem Kollokationsplan und beschied den Beschwerdeführern mit Verfügung vom 11. Februar 2016, dass keine Subrogation in das Treffnis der Beschwerdegegnerin erfolgen werde (act. 21/2). Mit der zutreffenden Begründung, dass nach Erhebung einer Kollokationsklage die Konkursmasse nicht mehr befugt ist, die angefochtene Forderung im Kollokationsplan zu streichen, da die anfechtenden Gläubiger dadurch um ihren Prozessgewinn (Subrogation in die Konkursdividende des beklagten Mitgläubigers) gebracht würden, erklärte die Aufsichtsbehörde über Konkursämter mit Zirkulationsbeschluss vom 30. Mai 2016 das Vorgehen des Konkursamtes – konkret die Streichung der Forderung aus dem Kollokationsplan sowie die Verweigerung der Subrogation in das Treffnis der Beschwerdegegnerin – für nichtig (act. 34).

2.2 Die Beschwerdegegnerin ist damit nach wie vor mit einer Forderung von Fr. 107'515.85 im Kollokationsplan kolloziert (Ord.-Nr. 3). Diese Kollokation ist zufolge Tilgung der Forderung bzw. Rückzugs unbegründet. Die Beschwerdeführer beantragen im vorliegenden Beschwerdeverfahren einerseits die Gutheissung der Kollokationsklage (act. 20 S. 2) und machen anderseits geltend, die Mitteilung der Beschwerdegegnerin ans Konkursamt Oerlikon-Zürich, wonach ihre im Kollokati-

onsplan zugelassene Forderung unbegründet sei, wäre als Anerkennung der Kollokationsklage zu werten gewesen (act. 20 S. 5).

Die Klageanerkennung ist eine prozesserledigende einseitige Parteierklärung zuhanden des Gerichts. Sie hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids. Formell beendet wird der Prozess durch gerichtliche Abschreibung des Verfahrens, wobei diesem Abschreibungsentscheid lediglich deklaratorische Wirkung zukommt (Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, 3. Aufl., Art. 241 N 9 und 21). Folglich konnte das vorinstanzliche Verfahren nicht gleichzeitig durch Abschreibung zufolge Anerkennung und Gutheissung der Kollokationsklage beendet werden. Eine explizite Erklärung der Beschwerdegegnerin an die Vorinstanz, wonach sie die Kollokationsklage (vorbehaltslos) anerkenne, lag nicht vor (vgl. act. 9 S. 2). Eine solche lässt sich auch nicht im Rechtsmittelverfahren nachreichen, wo die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführt, ihre Mitteilung hätte als Klageanerkennung gewertet werden müssen (act. 37 S. 4). Antragsgemäss ist die Kollokationsklage der Beschwerdeführer vom 22. Oktober 2015 daher gutzuheissen und die kollozierte Forderung aus dem Kollokationsplan zu streichen.

2.3 Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 259.– fest und auferlegte sie der Beschwerdegegnerin, weil diese durch die Forderungsanmeldung und die späte Mitteilung ans Konkursamt, dass die Forderung nicht bestehe, sowohl die Anhebung der Kollokationsklage als auch die Gegenstandslosigkeit verursacht habe (act. 22 S. 3). Ausserdem verpflichtete sie die Beschwerdegegnerin zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführer von total Fr. 601.– (inkl. 8% MwSt.; act. 22 Dispositivziffern 2-5). Das vorinstanzliche Verfahren wurde wie gesehen nicht gegenstandslos, sondern wäre gutzuheissen gewesen. Damit bleibt es jedoch – aus denselben Überlegungen – bei der durch die Vorinstanz vorgenommenen Kostenverteilung (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb diese zu bestätigen ist. Die Parteien setzen sich dagegen denn auch nicht zur Wehr.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Bei diesem Ausgang des Rechtsmittelverfahrens wird grundsätzlich die Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie macht geltend, es könne nicht ihr angelastet werden, dass die Vorinstanz das Verfahren zu Unrecht zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben habe. Daher seien ihr für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht keine Kosten aufzuerlegen (act. 37 S. 6). Dem ist zuzustimmen, zumal sich die Beschwerdegegnerin auch nicht mit dem unrichtigen vorinstanzlichen Entscheid identifiziert hat. Demzufolge ist von der Erhebung von Gerichtskosten für das aufgrund des vorinstanzlichen Entscheids erst notwendig gewordene Rechtsmittelverfahren abzusehen.

3.2 Sodann ist den Beschwerdeführern in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV aus der Gerichtskasse eine Parteientschädigung von Fr. 300.– (inkl. MwSt.) auszurichten.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, vom 13. Januar 2016 aufgehoben. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, die von der Beschwerdegegnerin im Konkurs über die E._____ Generalunternehmung AG in Liquidation beim Konkursamt Oerlikon-Zürich angemeldete und im Betrag von Fr. 107'515.85 in der dritten Klasse des Kollokationsplanes vom 23. September 2015 unter Ord. Nr. 3 kollozierte Forderung aus dem Kollokationsplan zu streichen.

2. Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfestsetzung (Dispositiv-Ziff. 2-5) wird bestätigt.

3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.

4. Den Beschwerdeführern wird eine Parteientschädigung von Fr. 300.– (inkl. MwSt.) aus der Obergerichtskasse zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführer unter Beilage eines Doppels von act. 37, sowie an das Konkursamt Oerlikon-Zürich, das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, 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 beträgt Fr. 2'339.40.
   Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:	Die Gerichtsschreiberin:
lic. iur. P. Diggelmann	MLaw N. Seebacher

versandt am: