

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PE170004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 23. April 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger / Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter / Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

betreffend **negative Feststellungsklage (unentgeltliche Rechtspflege und vorläufige Einstellung der Beteiligungen Nr. 1 und Nr. 2 des Betreibungsamtes Birmensdorf)**

Berufung und Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. November 2017; Proz. FO170001

Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 4/13, sinngemäss)

1. Es sei dem Kläger für das Verfahren der negativen Feststellungsklage gegen B. _____ vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
2. Es sei dem Verfahren die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Die Betreibungen des Betreibungsamtes Birmensdorf mit den Nrn. 1 und 2 seien vorläufig einzustellen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates.

Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. November 2017:

(act. 5)

- "1. Das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Dem Kläger wird eine nicht erstreckbare Nachfrist von **10 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt**, um für die Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Dietikon (85-403306-8) einen Kostenvorschuss von Fr. 32'456.– zu leisten.
[...].
3. Bei Säumnis wird auf die Klage nicht eingetreten.
4. Der Antrag des Beklagten auf Leistung einer Sicherheit für die Parteient-schädigung wird abgewiesen.
5. Die Betreibungen Nr. 1 und Nr. 2 des Betreibungsamtes Birmensdorf werden nicht eingestellt und sind fortzusetzen.
- [6./7. Mitteilung / Rechtsmittel]"

Berufungs- und Beschwerdeanträge:

des Klägers, Berufungsklägers und Beschwerdeführers (act. 2 S. 2):

- "1. Es seien die Ziffern 1 bis 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 23. November 2017 (Geschäfts-Nr. FO170001-M / Z05) vollumfänglich aufzuheben und die unentgeltliche Rechtspflege anzuordnen.
2. Es sei Ziffer 5 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 23. November 2017 (Geschäfts-Nr. FO170001-M / Z05) aufzuschieben.
3. Eventualiter seien die Ziffern 1 bis 3 und 5 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 23. November 2017 (Geschäfts-Nr. FO170001-M / Z05) aufzuheben und es sei die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht Dietikon zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates."

Erwägungen:

I.

1. Zwischen den Parteien ist vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (fortan Vorinstanz) seit April 2017 eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG hängig, in welchem Verfahren A. _____ (Kläger, Berufungskläger und Beschwerdeführer; fortan Kläger) die Feststellung der Nichtschuld hinsichtlich der von B. _____ (Beklagter, Berufungsbeklagter und Beschwerdegegner; fortan Beklagter) in Betreuung gesetzten Forderungen von Fr. 342'070.65, Fr. 178'548.95 und Fr. 650'000.– sowie die Aufhebung der entsprechenden Betreibungen des Betreibungsamtes Birmensdorf mit den Nrn. 1 und 2 beantragt hatte (act. 4/1 inkl. Beilagen act. 4/2/1-12). Anlass der vorliegend zu beurteilenden Beschwerde und Berufung ist die dem Kläger zufolge Aussichtslosigkeit seiner Begehren verweigerte unentgeltliche Rechtspflege sowie die verweigerte vorläufige Einstellung der vorerwähnten Betreibungen.

2. Nachdem die Vorinstanz dem Kläger mit Verfügung vom 11. April 2017 Frist angesetzt hatte, um einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 32'456.– zu leisten (act. 4/3), stellte der Beklagte den prozessualen Antrag, es sei der Kläger zur Zahlung einer Sicherheit für die Parteientschädigung von mindestens Fr. 47'553.– zu verpflichten (act. 4/5 inkl. Beilagen act. 4/6/1-4). Nach Wahrung des rechtlichen Gehörs des Klägers (act. 4/7 und act. 4/12) und der ihm bis 23. Mai 2017 gewährten Fristerstreckung für die Leistung des Kostenvorschusses (act. 4/8), reichte er am letzten Tag der Frist das eingangs angeführte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein (act. 4/13 inkl. Beilagen act. 4/14/1-3). Die Vorinstanz nahm mit Verfügung vom 30. Mai 2017 die Fristen zur Leistung des Kostenvorschusses wie auch der Sicherheit für die Parteientschädigung einstweilen ab und setzte dem Beklagten Frist an, um zum klägerischen Gesuch Stellung zu nehmen (act. 4/15). Die Eingabe des Beklagten (act. 4/20 inkl. Beilagen act. 4/21/1-13) wurde dem Kläger zur Kenntnis gebracht (act. 4/22), worauf er seinerseits Stellung nahm (act. 4/26). Die Vorinstanz fällte am 23. November 2017 den eingangs wiedergegebenen Entscheid (act. 4/28 = act. 5).

3. Dagegen erhob der Kläger mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2017 (Poststempel) innert Frist (vgl. act. 4/29/1) – geleitet von der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid – "Beschwerde" bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und stellte die oben angeführten Anträge (act. 2). Die Kammer erwog in ihrer Verfügung vom 15. Dezember 2017, dass die Rechtsmitteleingabe des Klägers in Bezug auf die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege als Beschwerde und hinsichtlich der Frage der vorläufigen Einstellung der Beteiligungen als Berufung zu behandeln sei, wobei weder der Beschwerde noch der Berufung gegen einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukomme (vgl. Art. 315 Abs. 4 lit. b und Art. 325 Abs. 1 ZPO) und der Kläger eine solche auch nicht beantragt habe. Sodann wurde vorgemerkt, dass die dem Kläger von der Vorinstanz angeetzte Nachfrist von zehn Tagen zur Leistung des Kostenvorschusses vor dem Entscheid über seine Beschwerde nicht säumniswirksam ablaufen könne (act. 6).

4. Nach Beizug der vorinstanzlichen Akten (act. 4/1-29) erweist sich die Sache als spruchreif. Von der Einholung einer Stellungnahme des Beklagten ist gestützt auf Art. 312 Abs. 1 und Art. 322 Abs. 1 ZPO abzusehen.

II.

1.1 Aktenkundig ist folgender Sachverhalt: Im Rahmen des vom Beklagten gestellten Konkursbegehrens gegen die C._____ AG sowie der dieser Gesellschaft im November 2015 gewährten provisorischen Nachlassstundung (vgl. act. 4/2/7) schlossen der Beklagte, der Kläger, die C._____ AG sowie weitere Beteiligte am 22. Februar 2016 zu Sanierungszwecken eine Vergleichsvereinbarung (act. 4/2/4). Darin wurde die ausstehende Darlehensschuld der C._____ AG gegenüber dem Beklagten (von ursprünglich Fr. 3 Mio.) unter Berücksichtigung des aufgerechneten Zinses auf Fr. 3'342'070.60 zzgl. Zins zu 5% seit 1. April 2015 beziffert. Sodann wurde eine von der Gesellschaft geschuldete Kosten- und Umtriebsentschädigung zu Gunsten des Beklagten von pauschal Fr. 250'000.– vereinbart (Ziff. 2.2. von act. 4/2/4). Der Kläger verpflichtete sich für die geschuldeten Beträge solidarisch und unbeschränkt im Sinne einer Garantie gemäss Art. 111 OR zu haften und zu diesem Zweck eine vollstreckbare öffentliche Urkunde nach Art. 347 ZPO zu errichten (Ziff. 2.3 von act. 4/2/4). Weitere vereinbarte Sicherheiten waren die Sicherungsübereignung einer Liegenschaft in D._____ (F) sowie die Sicherungsübereignung von Inhaberschuldbriefen (Ziff. 2.4 und 2.5 von act. 4/2/4).

Am 9. März 2016 unterzeichneten die Parteien einen "Addendum" genannten Zusatz zur Vergleichsvereinbarung, in welchem u.a. die vorerwähnten Ziff. 2.2 - 2.4 geändert wurden. Die Kosten- und Umtriebsentschädigung wurde neu auf pauschal Fr. 650'000.– festgesetzt (act. 4/2/9 S. 1 f.). Die Verpflichtung des Klägers gemäss Ziff. 2.3 wurde durch eine analoge Bestimmung ersetzt, wobei neu zwei öffentliche Urkunden zu errichten waren. Im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung der Liegenschaft in D._____ (F) einigte man sich auf eine von ursprünglich mehreren Vollzugsoptionen (act. 4/2/9 S. 3).

1.2 Die beiden öffentlichen Urkunden datieren vom 7. und 9. März 2016. In der Ersten anerkannte der Kläger (nebst der Darlehensschuld) aus der Vergleichsvereinbarung vom 22. Februar 2016 den Betrag von Fr. 400'000.– als Kosten- und Umtriebsentschädigung und im zweiten Dokument den Betrag von Fr. 250'000.– als Kosten- und Umtriebsentschädigung im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung der Liegenschaft in D._____ (F) solidarisch zu schulden (act. 4/2/5a-b).

1.3 Mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 26. August 2016 wurde dem Beklagten die definitive Rechtsöffnung erteilt in den Betreibungen des Betreibungsamtes Birmensdorf Nr. 1 für Fr. 342'070.65 zzgl. Zins und Fr. 178'548.95 sowie Nr. 2 für Fr. 650'000.– zzgl. Zins (act. 4/2/1).

2. Nach Darlegung der rechtlichen Voraussetzungen gemäss Art. 117 ZPO (act. 5 S. 2 f.), auf welche zwecks Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann, wies die Vorinstanz das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass sämtliche von ihm vorgebrachten Einwände gegen die beklagtischen Forderungen aufgrund vorläufiger und summarischer Prüfung als aussichtslos erschienen, weshalb die Prozesschancen als sehr gering einzustufen seien. Da folglich die Klage als unbegründet erscheine, sei von der vorläufigen Einstellung der Betreibung im Sinne von Art. 85a Abs. 2 SchKG abzusehen (act. 5 S. 5 f.).

3.1 Der Kläger hält dem zunächst entgegen, die Vorinstanz habe seine Ausführungen und die öffentlichen Urkunden, welche klar seinen Standpunkt beweisen würden, übersehen (act. 2 S. 3-5). Wie bereits vor Vorinstanz macht er geltend, Grund für die Erhöhung der Umtriebsentschädigung um Fr. 400'000.– auf Fr. 650'000.– seien die vom Beklagten im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung der Liegenschaft in D._____ (F) erwarteten Handänderungssteuern gewesen. Bei den beurkundeten Beträgen von Fr. 400'000.– und Fr. 250'000.– handle es sich nicht um Pauschalbeträge, sondern um zweckgebundene Kosten- und Umtriebsentschädigungen, die nur im Falle der Sicherungsübereignung geschuldet gewesen wären. Nach der am 25. April 2016 erfolgten Überweisung von

Fr. 3 Mio. an den Beklagten seien die Sicherungsübereignung und damit die zu erwartenden Steuern und Umtriebe entfallen, weshalb die Entschädigung gemäss Vereinbarung vom 22. Februar 2016 samt Addendum vom 6. März 2016 nicht geschuldet sei (act. 4/1 S. 3-5, act. 4/13 S. 12).

3.2 In der Vergleichsvereinbarung vom 22. Februar 2016 wurde zugunsten des Beklagten eine Kosten- und Umtriebsentschädigung von "pauschal" Fr. 250'000.– bzw. hernach im Addendum vom 6. März 2016 von gesamthaft "pauschal" Fr. 650'000.– vereinbart. Dass diese Entschädigung ausschliesslich Kosten bzw. Steuern und Umtriebe im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung der Liegenschaft in D._____ (F) umfasst und nur geschuldet sein soll unter der aufschiebenden Bedingung, dass es zur Sicherungsübereignung kommt, lässt sich weder der Vereinbarung noch dem Addendum zu dieser entnehmen. Vielmehr wurde in beiden Dokumenten eine Pauschalentschädigung vereinbart und zwar für die dem Beklagten entstandenen Umtriebe und Kosten für "diverse Vorkehrungen", welche er "zur Sicherung seiner Ansprüche sowie zur Wahrung seiner Interessen treffen" musste nach Ausbleiben der Darlehensrückzahlung im Fälligkeitszeitpunkt (vgl. act. 4/2/4 Ziff. 2.2 und act. 4/2/9 S. 2). Dass dies nicht ausschliesslich die Sicherungsübereignung der erwähnten Liegenschaft betraf, sondern zumindest auch die (gemäss Addendum vom Kläger vorzuschliessenden) Kosten im Zusammenhang mit den weiteren von den Parteien vereinbarten Sicherungsgeschäften (vgl. vorstehend Ziff. II.1.1), ergibt sich aus der Vereinbarung vom 22. Februar 2016 i.V.m. dem Addendum vom 6. März 2016 (act. 4/2/4 Ziff. 2.3 Abs. 2, Ziff. 2.4 Abs. 3 und Ziff. 2.5 Abs. 2 i.V.m. act. 4/2/9 S. 1 Absatz 3). Entscheidend ist, dass ungeachtet des Umstandes, dass die ursprüngliche Entschädigung von Fr. 250'000.– um Fr. 400'000.– erhöht wurde, weil gemäss den Vorbemerkungen im Addendum "die Kosten, Gebühren, Notarhonorare, Steuern, etc. für die Bestellung der Sicherheiten sowie Erstellung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunden bis zu CHF 400'000.00 betragen werden" (act. 4/2/9 S. 1), die Parteien hernach die Bezahlung einer Entschädigung von "pauschal" Fr. 650'000.– vereinbart und diese nicht an die vom Kläger behauptete Bedingung geknüpft haben (act. 4/2/9 S. 2).

Diese Vereinbarung samt Addendum liegt denn auch den in den vollstreckbaren öffentlichen Urkunden von 7. bzw. 9. März 2016 verbrieften Summen von Fr. 400'000.– bzw. Fr. 250'000.– zugrunde (vgl. vorstehend Ziff. II.1.2). Aus dem Umstand, dass in diesen Dokumenten von Beträgen und nicht von Pauschalbeträgen die Rede ist, wie der Kläger einwendet (act. 2 S. 5), ist daher im Ergebnis ohne Belang. Sodann ist einzig in der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde vom 9. März 2016 die Rede von Kosten und Umtrieben im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung der Liegenschaft in D._____ (F) in Höhe von Fr. 250'000.– (act. 4/2/5b), was sich aber insofern nicht mit der Darstellung des Klägers deckt, welcher diesem Geschäft (auch) den Betrag von Fr. 400'000.– zurechnet. Entsprechendes lässt sich wie erwähnt weder der Vereinbarung vom 22. Februar 2016 samt Addendum vom 9. März 2016 noch der öffentlichen Urkunde vom 7. März 2016 entnehmen.

Nach dem Gesagten ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Kläger – auch wenn es nicht zur Übereignung der fraglichen Liegenschaft gekommen ist – nicht darzulegen vermochte, weshalb die festgehaltene Kosten- und Umtriebsentschädigung von pauschal Fr. 650'000.– im gesamten Umfang nicht geschuldet sein sollte. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.

4.1 Den weiteren Einwand des Klägers, die Zinsforderung in Höhe von Fr. 178'548.95 sei nicht geschuldet, weil es einem Unternehmen in Nachlassstundung untersagt sei, Darlehen zu verzinsen (act. 4/1 S. 5, act. 4/13 S. 12), qualifizierte die Vorinstanz als von vornherein aussichtslos, mit der Begründung, die Nachlassstundung sei der C._____ AG in Liq. gewährt worden, die in den beiden vollstreckbaren öffentlichen Urkunden verbrieften Forderungen bestünden aber gegen den Kläger persönlich. Da er nicht der Nachlassschuldner sei, umfasse ihn der entsprechende Schutz von Art. 297 Abs. 7 SchKG nicht (act. 5 S. 4).

4.2 Selbst wenn man der Argumentation des Klägers folgen würde, wonach er nur für das solidarisch haften müsse, was die Darlehensnehmerin C._____ AG schulde (act. 2 S. 5), bleibt es bei der vorinstanzlichen Einschätzung. So wurde zwar mit Bewilligung der Nachlassstundung gegenüber der (Haupt-) Schuldnerin C._____ AG der Zinsenlauf für alle nicht pfandgesicherten Forderungen

gen gestoppt (Art. 297 Abs. 7 SchKG). Wird indes die Nachlassstundung widerrufen und wie im vorliegenden Fall über die (Haupt-)Schuldnerin C. _____ AG der Konkurs eröffnet (vgl. act. 4/2/7 und act. 4/6/3), lebt die Verzinslichkeit ex tunc wieder auf (vgl. etwa KUKO SchKG-Hunkeler, 2. Aufl. 2014, Art. 297 N 7 und 50 m.w.H.). Die Beschwerde des Klägers erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet.

5.1 Weiter rügt der Kläger, die Vorinstanz habe seine Ausführungen übersehen, wonach es sich bei der Vereinbarung vom 22. Februar 2016 samt Addendum vom 9. März 2016 um einen vollkommen zweiseitigen Vertrag handle. Die vom Beklagten geforderten Zahlungen seien nicht fällig. Um diese erhältlich machen zu können, hätte er seinen Teil der Vereinbarung, nämlich Rückzug der offenen Betreibungen gegen ihn (den Kläger) und weitere (hier nicht näher zu nennende) Personen, erfüllen müssen, was nicht geschehen sei (act. 2 S. 6 ff.).

5.2 Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass diesem Einwand der klare Wortlaut der Vereinbarung vom 22. Februar 2016 entgegensteht. In dieser wurde festgehalten, dass die vom Beklagten eingeleiteten Betreibungen gegen den Kläger und weitere Personen zurückzuziehen sind, sofern dem Beklagten bis zum Stichtag die in der Vereinbarung bezeichneten Dokumente ausgehändigt werden (vgl. act. 2/4 Ziff. 3). Der Rückzug der fraglichen Betreibungen steht somit in keinem direkten Austauschverhältnis mit der Fälligkeit der Forderung, weshalb die Klage auch in diesem Punkt zu Recht als aussichtslos qualifiziert wurde. Der Kläger, welcher in der Rechtsmittelschrift lediglich seine vorinstanzlichen Ausführungen wiederholt, bringt nichts vor, was eine andere Beurteilung nahe legen würde.

6. Zur Behauptung des Klägers, der Beklagte habe seine Notlage ausgenutzt, so dass es bei der Erstellung der Vereinbarung vom 22. Februar 2016 sowie dem Addendum vom 9. März 2016 zu einer Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR zugunsten des Beklagten gekommen sei, erwog die Vorinstanz, die Anfechtungserklärung nach Art. 21 OR müsse innert eines Jahres nach Vertragschluss gegenüber dem Vertragspartner erfolgen, wobei der Kläger die Rechtzeitigkeit einer solchen nicht behauptet habe und sich Entsprechendes auch aus den Unterlagen nicht ableiten lasse (act. 5 S. 5), weshalb dieser Einwand als einstwei-

len ausgeschlossen erscheine. Der Kläger setzt sich mit diesen Erwägungen mit keinem Wort auseinander (vgl. act. 2 S. 8), weshalb auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten ist.

7. Abschliessend räumte die Vorinstanz der Klage auch unter dem Aspekt, dass der Kläger sowohl in der Vereinbarung vom 22. Februar 2016 als auch im Addendum vom 9. März 2016 eingewilligt habe, uneingeschränkt auf sämtliche Einwendungen, Gegenklagen, welcher Art auch immer sowie Rechtsmittel, die ihm allenfalls gegen die oder im Zusammenhang mit der darin vereinbarte unmittelbare Vollstreckung offen stehen, zu verzichten, geringe Erfolgsaussichten ein (act. 5 S. 5). Dies blieb unangefochten.

8. Der Kläger, der an seinem Antrag um vorläufige Einstellung der Betreuung festhält und vorbringt, zufolge des beklaglichen Verwertungsbegehrens drohe ihm der Verlust des Eigenheims und damit ein unmittelbarer und nicht wiedergutmachender Nachteil (act. 2 S. 8), übersieht, dass eine vorläufige Einstellung der Betreuung nur in Frage kommt, wenn die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheint (Art. 85a Abs. 2 SchKG), was die Vorinstanz gemäss den vorstehenden Erwägungen zu Recht verneint hat. Die Berufung gegen die verweigerte vorläufige Einstellung der Betreuung ist somit abzuweisen.

9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Abweisung des klägerischen Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zufolge Aussichtslosigkeit seiner Begehren eben so wie die Abweisung seines Antrags, die Betreibungen des Betreibungsamtes Birmensdorf mit den Nrn. 1 und 2 vorläufig einzustellen, im Ergebnis nicht zu beanstanden sind. Demnach sind die Beschwerde des Klägers, soweit darauf einzutreten war, als auch seine Berufung abzuweisen.

10. Da die Erhebung der Beschwerde sinngemäss als Fristerstreckungsgesuch zu betrachten ist (vgl. vorstehend Ziff. I.3), ist im Interesse der Verfahrensbeschleunigung dem Kläger mit dem vorliegenden Entscheid die Nachfrist für die Leistung des Kostenvorschusses gemäss Verfügung der Vorinstanz vom 23. November 2017 um zehn Tage zu erstrecken (BGE 138 III 163). Die Modalität-

ten der Vorschussleistung richten sich nach den übrigen Bestimmungen jener Verfügung, insbesondere hat die Nichtleistung innert der (nunmehr zu erstreckenden) Frist das Nichteintreten auf die Klage zur Folge.

III.

Das Beschwerdeverfahren ist im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren (Art. 119 Abs. 6 ZPO) nicht kostenlos (BGE 137 III 470, E. 6.5, OGerZH, RU160002 vom 14. März 2016, E. 4). Ausgangsgemäss wird der Kläger kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Der Streitwert der Hauptsache von Fr. 1'170'619.60 ist Basis für die Gebühr, welche in Anwendung von § 12 i.V.m. § 9 Abs. 1 GebVOG auf Fr. 1'000.– festzusetzen ist.

Entschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Kläger nicht, weil er unterliegt, dem Beklagten nicht, weil ihm keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
3. Dem Kläger wird die mit Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. November 2017 angesetzte Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 32'456.– um 10 Tage ab Zustellung dieses Urteils erstreckt. Die Frist ist eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten des Bezirksgerichtes Dietikon der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist (Art. 143 Abs. 3 ZPO).

Säumnis hat gestützt auf die Verfügung vom 23. November 2017 das Nichteintreten auf die Klage zur Folge.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels der Rechtsmittelschrift (act. 2), an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon unter Beilage einer Kopie der Zustellbescheinigung für den heutigen Entscheid und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. 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. 1'170'619.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: