

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PE110025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

Unbekannter Gläubiger,

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Kollokationsklage / Kautionsauflage**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im beschleunigten
Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 25. Oktober 2011; Proz. FB100123-K**

Erwägungen:

I.

1. Im Konkursverfahren der B._____ erliess die Konkursverwaltung am 11. Juni 2010 hinsichtlich der im Eigentum der Konkursitin stehenden Liegenschaft Kat. Nr. ..., GB-BI. ..., C._____gasse ..., D._____, als Bestandteil des Kollokationsplanes mit Datum vom 10. Juni 2011 (Auflage bis 1. Juli 2010) das Lastenverzeichnis (act. 4). Darin wurde als grundpfandgesicherte Forderung das Kapital laut Namensschuldbrief (recte: Inhaberschuldbrief, act. 9 S. 3) über Fr. 3'200'000.-- zuzüglich Zins (insgesamt Fr. 4'051'200.--), lastend im ersten Rang, mit dem Vermerk, der Gläubiger sei unbekannt, aufgeführt (act. 4 S. 5).

2. Am 28. Juni 2010 erhob der Beschwerdeführer beim Einzelgericht b.V. des Bezirkes Winterthur Kollokationsklage (act. 1). Mit Eingabe vom 25. Mai 2011 stellte der Beschwerdeführer zudem ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung (act. 8). Mit Verfügung vom 25. Oktober 2011 wies das Einzelgericht b.V. des Bezirkes Winterthur dieses Gesuch ab und verpflichtete den Beschwerdeführer zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 10'000.-- (act. 11).

3. Hiegegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 10. November 2011 rechtzeitig Beschwerde (act. 15). Er beantragt, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, es sei der Kollokationsprozess durchzuführen, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung für das erstinstanzliche Verfahren zu gewähren und es sei auf das Erheben eines Kostenvorschusses zu verzichten (act. 15 S. 12). Er stellt zudem den Antrag, es seien die offenen Kosten von Fr. 3'000.-- auf die Staatskasse zu nehmen (act. 15 S. 11).

4. Mit Verfügung vom 21. November 2011 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 18). Die Gegenpartei ist nicht anzuhören (§ 84 Abs. 2 ZPO/ZH).

II.

Die Eröffnung des angefochtenen Entscheides erfolgte nach dem 1. Januar 2011 und somit nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich daher nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der angefochtene Entscheid ist indes im Lichte der bisher geltenden verfahrensrechtlichen Grundlagen zu prüfen.

III.

1. Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung setzt neben der Bedürftigkeit der gesuchstellenden Partei voraus, dass das Hauptbegehren nicht aussichtslos ist (§ 84 Abs. 1 ZPO/ZH). Als aussichtslos gelten Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich aus Vernunft zu einem Prozess entschliessen würde (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 84 N 21a).

2. Der Beschwerdeführer beantragte im vorinstanzlichen Verfahren sinn- gemäss, es sei der als Grundpfandgesicherte Forderung im Lastenverzeichnis aufgenommene Betrag von Fr. 4'051'200.-- zu streichen. Dies mit der Begrün- dung, der zugrunde liegende Inhaberschuldbrief sei weder im Bestand noch im Umfang oder Rang hinreichend belegt (act. 1).

3. Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, das Konkursamt sei recht- mässig vorgegangen, indem sie die sich aus dem Grundbuchauszug ergebende Grundpfandforderung gestützt auf Art. 246 f. SchKG auch ohne Anmeldung ins Lastenverzeichnis aufgenommen habe. Deshalb sei die Kollokationsklage des Beschwerdeführers mutwillig und sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Zum weiteren Vorgehen des Konkursam- tes fügte die Vorinstanz an, dieses hänge davon ab, ob nachgewiesen werden könne, ob der Schuldbrief vollständig abbezahlt sei, sich seit 1997 stets im Besitz der Konkursitin befunden habe und auch nicht mehr neu belehnt worden sei. Es

sei dann entweder nach Art. 69 VZG vorzugehen, wonach die Löschung des Grundpfandes im Grundbuch durch das Konkursamt zu veranlassen sei und nach der konkursamtlichen Versteigerung der Liegenschaft die Pfandsumme für eine bestimmte Zeit hinterlegt werden müsste, oder es sei das Kraftloserklärungsverfahren gemäss Art. 870 ZGB in die Wege zu leiten und nach dessen rechtskräftiger Erledigung die Verwertung des Grundstückes durchzuführen, mit dem Vorteil, dass die Hinterlegung der Pfandsumme diesfalls unterbleiben könne (act. 11 S. 3 f.). Der Beschwerdeführer sei ferner gestützt auf § 73 Ziff. 4 ZPO/ZH für das Verfahren kautionspflichtig, weil er dem Kanton Zürich aus einem anderen Verfahren (Proz. Nr. FB100017) Fr. 3'000.-- schuldig sei (act. 11 S. 4).

4.1 Dagegen bringt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift im Wesentlichen vor, das Konkursamt sei nicht rechtmässig vorgegangen, weil sich der Inhaberschuldbrief in den Händen der Direktoren der Konkursitin befinde würde. Der Vorderrichter habe diesbezüglich seine richterliche Fragepflicht verletzt (act. 15 S. 4 und S. 8 f.).

4.2 Zu Erhaltung der Konkursforderungen erstellt die Konkursverwaltung einen Kollokationsplan (Art. 247 Abs. 1 SchKG). Ferner erstellt sie als Bestandteil des Kollokationsplanes ein Lastenverzeichnis, welches sämtliche auf dem zur Masse gehörenden Grundstück haftende Forderungen und alle bei der Steigerung dem Erwerber zu überbindenden dinglichen Belastungen, soweit sie nicht von Gesetzes wegen bestehen oder übergehen, enthält (Art. 247 Abs. 2 SchKG, Art. 125 Abs. 1 und 2 VZG). Sie nimmt dabei von Amtes wegen auch die aus dem Grundbuch ersichtlichen Forderungen (und Lasten) auf (Art. 246 SchKG). Eine Pfandforderung ist auch dann in das Lastenverzeichnis aufzunehmen, wenn Zweifel an der Gläubigereigenschaft bestehen (BSK SchKG-HIERHOLZER, 2. Aufl. 2010, Art. 246 N 6). Die Bereinigung des Lastenverzeichnisses, namentlich die Feststellung der Existenz, des Umfangs und des Ranges eines beschränkten dinglichen Rechts, wird im Konkurs im Kollokationsverfahren durchgeführt (BRUNNER/REUTTER, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl. Bern 2002, S. 61 und S. 143 f.; BSK SchKG-HIERHOLZER, 2. Aufl. 2010, Art. 247 N 92). Ein Beteiligter, der die Zulassung eines pfandgesicherten Anspruchs

ches eines anderen Gläubigers bestreitet, hat demnach gegen diesen Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG zu erheben (BSK SchKG-HIERHOLZER, 2. Aufl. 2010, Art. 250 N 23, sog. Wegweisungsklage). Im Kollokationsprozess ist sodann zu beurteilen, inwieweit dieser Gläubigeranspruch bei der Liquidation der Aktivmasse zu berücksichtigen ist (BSK SchKG-HIERHOLZER, 2. Aufl. 2010, Art. 250 N 2; BRUNNER/REUTTER, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl. Bern 2002, S. 61). Das strittige Rechtsverhältnis wird vorfrageweise materiell-rechtlich überprüft (BRUNNER/REUTTER, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl. Bern 2002, S. 61 und S. 143). Im Wegweisungsprozess fällt dem beklagten Gläubiger materiell die Klägerrolle zu. Der beklagte Gläubiger hat zu begründen, dass sein grundpfandgesicherter Anspruch in diesem Rang und Umfang besteht und trägt hierfür die Beweislast (BSK SchKG-HIERHOLZER, 2. Aufl. 2010, Art. 250 N 60 f.; BRUNNER/REUTTER, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl. Bern 2002, S. 59). Ist hingegen der von der Konkursverwaltung erstellte Kollokationsplan beziehungsweise das Lastenverzeichnis nicht eindeutig, unverständlich oder mit Formfehlern behaftet, so ist Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG zu ergreifen (BSK SchKG-HIERHOLZER, 2. Aufl. 2010, Art. 250 N 8).

4.3 Daraus erhellt, dass ein Gläubigeranspruch bei der Liquidation der Aktivmasse nicht zu berücksichtigen und eine dagegen gerichtete Kollokationsklage gutzuheissen ist, wenn sich Bestand, Rang und Umfang des Anspruches nicht bereits aus den Akten ergeben und es der Kollokationsbeklagte verpasst, seinen Anspruch im Prozess rechtsgenügend zu begründen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz beurteilt sich die Aussicht eines Kollokationsprozesses somit nicht danach, ob das Konkursamt eine grundpfandgesicherte Forderung rechtmässig ins Lastenverzeichnis aufnahm, sondern grundsätzlich einzig anhand dessen, ob die Forderung materiellrechtlich begründet ist. Allerdings erscheint eine Kollokationsklage aber ohne Weiteres als aussichtslos, wenn sich die materielle Begründung des in Frage stehenden Anspruches bereits aus den Akten ergibt und der Kollokationskläger nichts dagegen vorzubringen vermag. Demnach bleibt im Folgenden die materielle Begründung des sich aus dem Inhaberschuldbrief ergebenden grundpfandgesicherten Anspruches zu überprüfen.

4.4 Am 1. Januar 2012 trat das revidierte Immobiliarsachenrecht in Kraft (vgl. BG vom 11. Dezember 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), AS 2011 4637; Botschaft, BBl 2007, S. 5283 ff.). In den Einführungsbestimmungen wird hierzu festgehalten, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehende Pfandtitel ohne Anpassung an das neue Recht in Kraft bleiben (Art. 22 Abs. 1 SchlT ZGB). Demgegenüber gilt für deren Wirkung, die Tilgung eines Grundpfandtitels, der Umfang der Pfandhaft sowie die Rechte und die Pflichten aus dem Grundpfand mit Ausnahme der Kündigung, der Übertragung, des Ranges und die Pfandstelle grundsätzlich und sofort das neu in Kraft stehende Recht, sofern dem getroffene, abweichende Verabredungen nicht entgegenstehen (Art. 24 ff. SchlT).

4.5 Vorliegend handelt es sich um einen nach bisherigem Recht errichteten Inhaberschuldbrief, mit welchem eine persönliche Forderung zugunsten des Inhabers des Schuldbriefes (Pfandtitel) begründet wurde, die grundpfändlich sichergestellt ist (Art. 842 aZGB i.V.m. Art. 859 Abs. 1 aZGB). Auch das neue Recht sieht weiterhin die Möglichkeit eines solchen Papier-Schuldbriefes vor (Art. 842 Abs. 1 und Art. 843 ZGB). Der Papier-Schuldbrief wird mit der Eintragung im Grundbuch und der Ausstellung eines Pfandtitels errichtet (Art. 860 ZGB). Wurde der Pfandtitel entkräftet oder durch das Gericht für kraftlos erklärt, kann die Löschung des (Papier-)Schuldbriefes im Grundbuch verlangt werden (Art. 855 ZGB). Erst mit der Löschung der Schuldbriefforderung im Grundbuch erlischt auch das Grundpfandrecht (BSK ZGB II-STAEHELIN, 4. Aufl. 2011, Art. 854 N 5). Die Schuldbriefforderung und das Pfandrecht bestehen dem Eintrag gemäss für jede Person zu Recht, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen hat (Art. 848 ZGB).

4.6 Gemäss dem Grundbuchauszug besteht zulasten des der Konkursitin gehörenden Grundstückes, C. _____gasse ... in D. _____, gestützt auf einen Inhaberschuldbrief datierend vom 12. Juli 1987 ein Grundpfandrecht im Umfang von Fr. 3'200'000.-- zuzügl. Zins von 8 % seit 1. Januar 2002 an 1. Pfandstelle (act. 9). Nach dem Gesagten ist gestützt auf diesen Eintrag im Grundbuch vom Bestand des Grundpfandrechts in diesem Umfang und Range auszugehen. Der Beschwerdeführer bringt dagegen sinngemäss vor, der Grundpfandtitel befinde

sich im Eigentum der Konkursitin (sog. Eigentümerschuldbrief). Soweit er damit im Lichte des Novenausschlusses im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 326 ZPO überhaupt zu hören ist, würde auch dieser Umstand nichts am Bestand des Grundpfandrechts ändern. Gegen den Bestand des Grundpfandrechts kann einzig vorgebracht werden, der Grundbucheintrag bestehe zu Unrecht. Letzteres behauptet der Beschwerdeführer in seiner Kollokationsklage sinngemäss, ohne es aber näher zu begründen. Damit vermag der Beschwerdeführer von vornherein das im Lastenverzeichnis aufgenommene Grundpfandrecht nicht in Frage zu stellen. Deshalb erscheint die Kollokationsklage des Beschwerdeführers als aussichtslos.

5.1 Ferner kritisiert der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift das vom Konkursamt zum weiteren Vorgehen eingeholte und der Vorinstanz zu Informationszwecken zu den Akten gereichte Kurzgutachten vom 2. November 2009 (vgl. act. 5) und wirft dem Konkursamt vor, nicht bereits früher, vor der Kollozierung, tätig geworden zu sein, einen Schuldenruf durchgeführt sowie ein Kraftlosklärungsverfahren eingeleitet zu haben (act. 15 S. 5 ff.). Mit bestehendem Grundpfand in dieser Höhe sei die Liegenschaft unverkäuflich (act. 15 S. 7 und S. 9). Zudem beziehen sich die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers in seiner Beschwerdeschrift auf Geschehnisse vor der Konkursöffnung, seine Beziehung zur Konkursitin und das Verhalten deren Direktoren und Verwaltungsräte. Er wirft diesen insbesondere kriminelle Machenschaften vor (act. 15 S. 1 ff.). Des Weiteren macht der Beschwerdeführer in Bezug auf die offenen Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3'000.-- geltend, diese seien nur entstanden, weil der Vorderrichter auch in diesem anderen Prozess Fehler gemacht habe. Sie seien deshalb auf die Gerichtskasse zu nehmen (act. 15 S. 11).

5.2 Soweit sich die Ausführungen des Beschwerdeführers auf das Verhalten der Konkursverwaltung bezieht, ist darauf hinzuweisen, dass Mängel des Konkursverfahrens – wie bereits ausgeführt – nicht Gegenstand des Kollokationsprozesses bilden. Für diesbezügliche Rügen ist der Beschwerdeführer auf das Beschwerdeverfahren nach Art. 17 SchKG zu verweisen. Im Übrigen beziehen sich seine Ausführungen offensichtlich nicht auf das Konkursverfahren, weshalb

nicht weiter darauf einzugehen ist. Insbesondere ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf die ausstehenden Kosten von Fr. 3'000.-- nicht geltend macht, dieses Verfahren sei noch nicht erledigt oder die ausstehenden Kosten seien bezahlt, weshalb die Vorinstanz in Anwendung von § 73 Ziff. 4 ZPO/ZH rechtmässig einen Kostenvorschuss verlangt.

6. Im Beschwerdeverfahren gegen einen Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden nach Praxis der Kammer keine Gerichtskosten erhoben (vgl. OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011). Eine Entschädigung an den Beschwerdeführer ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Dem Beschwerdeführer wird erneut eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um gemäss Ziff. 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 25. Oktober 2011 für die Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Winterthur (Postkonto 84-67-9) einen Kostenvorschuss von Fr. 10'000.-- zu leisten, ansonsten auf die Klage nicht eingetreten wird.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer sowie an das Einzelgericht b.V. des Bezirkes Winterthur, 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 Be-

schwerde 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 über Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Wili

versandt am: