

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PE180001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

Urteil vom 19. Juli 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

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

gegen

1. B. _____,

2. C. _____,

3. D. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

1, 2, 3 vertreten durch Fürsprecher Y. _____,

betreffend **Kollokation**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Uster vom 20. März 2018 (FO170004-I)**

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Am tt.mm.2016 wurde über E. _____ – den Ehemann der Beklagten und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) – der Konkurs eröffnet (SHAB vom tt.mm.2016, S. 36; Urk. 6/25). Am 1. September 2017 wurde im entsprechenden Konkursverfahren der Kollokationsplan vom 31. August 2017 aufgelegt, worin sich die Beklagte mit Forderungen von Fr. 97'391.52 in der ersten Klasse (Ord.-Nr. 1) und Fr. 1'534'332.88 in der dritten Klasse (Ord.-Nr. 6) kollozieren liess (Urk. 43 Rz 4; Urk. 6/1). Die Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) meldeten ihrerseits eine Konkursforderung von Fr. 1'222'767.60 an (Urk. 6/9), wovon schliesslich (in der dritten Klasse) ein Betrag von Fr. 1'204'476.85 im Kollokationsplan zugelassen wurde (Urk. 6/1, Ord.-Nr. 4). Das Konkursamt Uster schätzte im Kollokationsplan die voraussichtliche Konkursdividende wie folgt ein (Urk. 6/1 S. 9):

- 1 % in der 1. Klasse
- 0 % in der 2. Klasse
- 0 % in der 3. Klasse

1.2 Mit Eingabe vom 10. September 2017 erhob E. _____ als Gemeinschuldner Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG und beantragte, es sei sowohl der Kollokationsplan (Urk. 6/1) als auch das Konkursinventar (Urk. 6/3) aufzuheben (Urk. 16/3 E. 1.1; Urk. 25/1 E. 1.7).

1.3 Auch die Kläger erhoben mit Eingabe vom 11. September 2017 SchKG-Beschwerde gegen das Inventar (Urk. 6/3) sowie den Kollokationsplan (Urk. 6/1) und stellten folgende Anträge (Urk. 6/2 S. 2):

- "1. Der Schätzwert der Inventarposition Nr. 11 im Konkurs Nr. ... des Konkursamtes Uster sei auf CHF 1'235'000.00 zu beziffern.
2. Die Dividendenprognose im Konkurs Nr. ... des Konkursamtes Uster sei wie folgt anzupassen:
 - a. 1. Klasse: 100 %;
 - b. 3. Klasse: 38 %, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Nach den Ausführungen der Kläger ist ihre Beschwerde vom Bezirksgericht Uster mit Beschluss vom 22. Januar 2018 gutgeheissen worden (Urk. 43 Rz 6 und 36).

1.4 Neben der vorerwähnten Beschwerde erhoben die Kläger am 19. September 2017 zusätzlich eine Kollokationsklage, worin sie die vollständige Aufhebung der zugunsten der Beklagten kollozierten Forderungen beantragten (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der Kollokationsplan im Konkurs von E. _____ (Konkurs Nr. ... des Konkursamtes Uster) sei wie folgt abzuändern:
 - a. Die zugunsten der Beklagten in der ersten Klasse kollozierte Forderung im Betrag von CHF 97'391.52 (Ordnungsnummer 1 gemäss Kollokationsplan vom 31. August 2017 im Konkurs Nr. ... des Konkursamtes Uster) sei nicht zu kollozieren und Ordnungsnummer 1 des Kollokationsplans sei aufzuheben.
 - b. Die zugunsten der Beklagten in der dritten Klasse kollozierte Forderung im Betrag von CHF 1'534'332.88 (Ordnungsnummer 6 gemäss Kollokationsplan vom 31. August 2017 im Konkurs Nr. ... des Konkursamtes Uster) sei nicht zu kollozieren und Ordnungsnummer 6 des Kollokationsplans sei aufzuheben.
2. Mehrforderungen (im Sinne von Gegenforderungen der Masse gegen die Beklagte) bleiben vorbehalten.
3. Die Verfahrenskosten seien vollständig der Beklagten zur Bezahlung aufzuerlegen.
4. Die Beklagte sei zu verurteilen, den Klägern deren Anwaltskosten und Auslagen zu ersetzen."

Den Streitwert ihrer Kollokationsklage bezifferten die Kläger auf Fr. 701'918.68 (Urk. 1 Rz 8).

1.5 Mit Beschluss vom 19. Dezember 2017 hiess das Bezirksgericht Uster als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs die vorerwähnte Beschwerde von E. _____ (vgl. E. 1.2) teilweise gut. Auf das Begehren betreffend Aufhebung des Konkursinventars wurde zwar nicht eingetreten. Hingegen hob die Aufsichtsbehörde den Kollokationsplan vom 31. August 2017 (Urk. 6/1) hinsichtlich der beiden kollozierten Forderungen der Beklagten (Ord.-Nr. 1 und 6) auf (Urk. 25/1 Dispositivziffer 1 und 2). Unbestrittenermassen führte dieser Beschwerdeentscheid zur Gegenstandslosigkeit der klägerischen Kollokationsklage (Urk. 35 Rz 8; Urk. 43 Rz 12 und 35; vgl. auch Urk. 28). Entsprechend schrieb die Vorinstanz das streitgegenständliche Kollokationsverfahren mit folgendem Urteil vom 20. März 2018 ab (Urk. 36 S. 10):

1. Das Verfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 486.–.
3. Die Entscheidgebühr wird der Beklagten auferlegt. Sie wird von den Klägern unter Verrechnung mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sie ist ihnen aber von der Beklagten zu ersetzen.
4. Die Entscheidgebühr wird der Beklagten auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet den Klägern eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 8'000.– zu bezahlen.
6. [Mitteilungssatz].
7. [Rechtsmittelbelehrung; Beschwerde; 30 Tage].

1.6 Gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Urteils (Dispositivziffer 3-5) erhob die Beklagte fristgerecht Beschwerde im Sinne von Art. 110 ZPO, mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 35 S. 2):

"1. Ziff. 3 bis 5 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids seien aufzuheben;

2.a. die Gerichtsgebühren des erstinstanzlichen Verfahrens seien den Beschwerdegegnern aufzuerlegen;

2.b. eventualiter seien die Gerichtsgebühren dem Kanton Zürich aufzuerlegen;

2.c. subeventualiter seien die Gerichtsgebühren den Parteien hälftig aufzuerlegen;

2.d. subsubeventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung über die Kosten an die Vorinstanz zurückzuweisen;

3.a. die Beschwerdegegner seien zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 243 (zuzüglich 8% MWST) zu bezahlen;

3.b. eventualiter sei der Kanton Zürich zu verpflichten, den Parteien eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten;

3.c. subeventualiter seien die Parteientschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren wettzuschlagen;

3.d. subsubeventualiter sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, den Beschwerdegegnern für das erstinstanzliche Verfahren höchstens eine Parteientschädigung von CHF 243 zu zahlen;

3.e. subsubsubeventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung über die Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückzuweisen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner."

Überdies stellte die Beklagte in ihrer Beschwerdeschrift den prozessualen Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vollstreckung aufzuschieben (Urk. 35 S. 3). Mit Schreiben vom 27. April 2018 widersetzten sich die Kläger der beantragten Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht (Urk. 40). Entsprechend erteilte die Kammerpräsidentin mit Verfügung vom 30. April 2018 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Urk. 41).

1.7 Der mit Verfügung vom 18. April 2018 (Urk. 38) von der Beklagten eingeforderte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'500.– ging fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 39). Die Beschwerdeantwort der Kläger datiert vom 8. Juni 2018 (Urk. 43) und wurde der Gegenpartei mit Verfügung vom 15. Juni 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt. Weitere Eingaben erfolgten nicht.

2. Prozessuales

2.1 Die Beklagte wendet sich mit ihrer Beschwerde einzig gegen den vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsentscheid (Urk 36 Dispositivziffern 3-5). Dagegen steht das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung (Art. 110 ZPO); auf das Beschwerdeverfahren finden die Art. 319 ff. ZPO Anwendung. Mit der Kostenbeschwerde gemäss Art. 110 ZPO kann sowohl die Festsetzung als auch die Verteilung der Prozesskosten gerügt werden (Urwylter/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 110 N 2). Die Höhe der vorinstanzlichen Entscheidgebühr von Fr. 486.– (Urk. 36 Dispositivziffer 2) hat die Beklagte nicht angefochten. Entsprechend erübrigen sich weitere Ausführungen diesbezüglich. Was die Verteilung der Gerichtskosten anbelangt, handelt es sich bei Dispositivziffer 4 des angefochtenen Entscheids um eine unnötige Wiederholung von Dispositivziffer 3 (Urk. 36 S. 10). Aufgrund dieses offensichtlichen Versehens ist Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils ersatzlos aufzuheben.

2.2 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde führende Partei hat aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird, das heisst, sie hat darzulegen, an welchen

Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.).

2.3 Neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4).

3. Erwägungen der Vorinstanz und Parteistandpunkte

3.1 Die Vorinstanz erwog in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen zusammenfassend, gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO könne das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werde und das Gesetz nichts anderes vorsehe. Für die Kostenverlegung sei dabei je nach Einzelfall zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben habe, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten seien, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt hätten, und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht habe. Der Entscheid darüber, welchem Kriterium der Vorrang gegeben werde, stehe im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (Urk. 36 E. 4.2). Dem Argument der Beklagten, dass vorliegend das Konkursamt Uster durch die Erstellung des Kollokationsplanes Anlass zur Kollokationsklage gegeben habe, könne nicht gefolgt werden – so die Vorinstanz weiter. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Gründe, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt hätten, bei der Beklagten zu finden seien. So sei mit Beschluss vom 19. Dezember 2017 der entsprechende Kollokationsplan hinsichtlich der kollozierten Forderung der Beklagten aufgehoben worden. Daher sei sie gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO zu verpflichten, die Gerichtskosten zu übernehmen und den Klägern eine Parteientschädigung zu entrichten (Urk. 36 E. 4.3).

Was die Festsetzung der Prozesskosten anbelangt, hielt die Vorinstanz im Wesentlichen fest, sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung richteten sich nach dem Streitwert. Der Streitwert im Kollokationsprozess bemes-

se sich nicht nach der Höhe der eingeklagten Forderung, sondern nach dem mit der Klage höchstens erzielbaren Prozessgewinn, der Dividende. Die Berechnung der mutmasslichen Konkursdividende habe durch die Konkursverwaltung zu erfolgen und diene dem zuständigen Kollokationsrichter als zuverlässige Streitwertangabe. Vorliegend richte sich die Kollokationsklage der Kläger gegen die Zulassung der Forderungen der Beklagten von Fr. 97'391.52 in der ersten Klasse und Fr. 1'534'332.88 in der dritten Klasse. Das Konkursamt Uster, im vorliegenden Fall die zuständige Konkursverwaltung, habe die Konkursdividende in der ersten Klasse auf 1%, jene in der dritten Klasse auf 0% geschätzt. Der Streitwert berechne sich demnach wie folgt: 1% von 97'391.52, also Fr. 973.92 sowie 0% von Fr. 1'534'332.88, also Fr. 0.–. Somit betrage der Streitwert vorliegend Fr. 973.92 (Urk. 36 E. 5.1). Die Parteientschädigung bestimme sich gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren, wonach die Grundgebühr für die Führung eines Zivilprozesses grundsätzlich gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV berechnet werde. Bei einem Streitwert bis zu Fr. 5'000.– betrage die Grundgebühr 25% des Streitwertes, mindestens jedoch Fr. 100.–. Im vorliegenden Fall betrage der Streitwert Fr. 973.92, was einer Grundgebühr von Fr. 243.– entspreche. Diese Zahl entspreche jedoch in keiner Weise dem tatsächlichen Aufwand des klägerischen Anwalts. Bestehe ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung, könne die gemäss Verordnung berechnete Grundgebühr entsprechend erhöht werden (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Praxisgemäss gehe man pro Seite einer Eingabe von einer Stunde Zeitaufwand aus. Bei einem üblichen Stundenansatz von Fr. 220.– ergebe dies eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– (Urk. 36 E. 5.2 und 5.3).

3.2 Die Beklagte rügt vor Obergericht vorab die Verteilung der Prozesskosten durch die Vorinstanz. Die Kläger hätten die Kollokationsklage gegen die Beklagte angestrengt; sie hätten somit das vorinstanzliche Verfahren initiiert und veranlasst. Im Rahmen des SchKG-Beschwerdeverfahrens habe die Aufsichtsbehörde den Kollokationsplan des Konkursamtes Uster in Bezug auf die Forderungen der Beklagten wegen Verletzung von Verfahrensbestimmungen (Art. 244 SchKG) aufgehoben (Urk. 35 Rz 16 f.). Die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid lediglich festgehalten, dass die SchKG-Aufsichtsbehörde mit Beschluss vom

19. Dezember 2017 die Kollokation der Forderung der Beklagten, welche Gegenstand des Verfahrens gebildet habe, aufgehoben hätte. Auf die Begründung des Entscheides sei sie jedoch nicht eingegangen und sie habe auch den rechtserheblichen Sachverhalt diesbezüglich in keiner Weise festgestellt. Indem die Vorinstanz sämtliche Umstände des Aufhebungsentscheides ignoriert habe, habe sie den rechtserheblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig und vor allem auch unvollständig festgestellt (Urk. 35 Rz 27 f.).

Weil die Vorinstanz alleine aus dem Umstand, dass die Aufhebung der Kollokation die Forderungen der Beklagten betroffen habe, folgere, dass die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig sei, habe sie eine Rechtsverletzung begangen. Der Beklagten könne für die Aufhebung der Kollokation nicht der geringste Vorwurf gemacht werden – auch wenn ihre Forderung davon betroffen sei. Sie habe nicht das Geringste falsch gemacht. Die Pflichtwidrigkeit habe einzig und ausschliesslich das Konkursamt Uster betroffen. Indem die Vorinstanz dies schlicht ignoriert habe, habe sie eine Rechtsverletzung begangen. Gleichzeitig sei die Vorinstanz bei der Ausübung ihres Ermessens in Willkür verfallen. Richtig wäre es gewesen, die Gerichtskosten den Klägern aufzuerlegen, da die Beklagte im Kollokationsprozess obsiegt hätte. Eventualiter seien die Kosten dem Kanton Zürich aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO), nachdem Pflichtwidrigkeiten des Konkursamtes zur Gegenstandslosigkeit geführt hätten (Urk. 35 Rz 31 ff.).

3.3 Die Kläger bringen in der Beschwerdeantwortsschrift zusammengefasst vor, das angefochtene Urteil sei überzeugend begründet und die teilweise unsachliche oder gar polemische Kritik, welche die Beklagte daran übe, sei unberechtigt. Am Anfang des Verfahrens habe nicht die Kollokationsklage der Kläger gestanden, sondern die – unberechtigte – Forderungseingabe der Beklagten, die einen fiktiven Anspruch zum Gegenstand gehabt habe. Wenn der Kollokationsprozess nicht gegenstandslos geworden wäre, hätte die Kollokationsklage vom 19. September 2017 mutmasslich gutgeheissen werden müssen. Dies folge aus der Begründung der Klage, gegen welche die Beklagte keine stichhaltigen Einwände vorgetragen habe. In ihren Eingaben vom 18. Januar 2018 (Urk. 24) und 14. Februar 2018 (Urk. 30) habe die Beklagte keine Umstände genannt, welche diese Ausführungen der Kläger widerlegen oder dazu Anlass geben würden, die Kläger mit Kosten

zu belasten. Damit stehe fest, dass die Beklagte die ganzen Gerichtskosten tragen müsse und zu verpflichten sei, den Klägern deren Anwaltskosten zu ersetzen (Urk. 43 Rz 18, 23, 25-27 und 47).

Auch wenn die prozessualen Fehler, die zur Aufhebung der Kollokation geführt hätten, nicht von der Beklagten zu vertreten sein sollten, würde dies nichts daran ändern, dass diese prozessualen Fehler ausschlaggebend gewesen seien für die Aufhebung der Kollokation der Beklagten – was die Kläger mit ihrer Kollokationsklage genau angestrebt hätten. Ob die Beklagte unter prozessualen Gesichtspunkten "nicht das Geringste falsch gemacht" habe, wie sie behaupten lasse, könne letztlich offenbleiben. Fest stehe jedenfalls, dass sich (auch) die Kläger keine Fehler vorwerfen lassen müssten. Damit sei aber auch gesagt, dass die Kläger für den entstandenen Aufwand entschädigt werden müssten (Urk. 43 Rz 48 f.).

4. Materielle Beurteilung

4.1 Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen in Art. 106 ZPO abweichen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht. Dabei ist für die Kostenverlegung – wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt (vgl. vorstehend E. 3.1) – je nach Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat. Dabei darf sich das Gericht nach der Rechtsprechung grundsätzlich zwar nicht auf ein einzelnes dieser Kriterien versteifen. Vielmehr hat es im Rahmen seines Ermessensentscheids sämtliche Kriterien zu berücksichtigen. Je nach Sachlage ist allerdings anerkannt, dass vorab auf einzelne Kriterien – z.B. den mutmasslichen Prozessausgang – abgestellt werden kann. Ist der Grund für die Gegenstandslosigkeit des Prozesses dem Verhalten einer Partei zuzuschreiben, sind die Kosten in der Regel dieser Partei aufzuerlegen. Fällt dagegen das Rechtsschutzinteresse am Verfahren aus einem Grund dahin, den keine der Parteien zu vertreten hat, wird regelmässig zu prüfen sein, welche Partei materiell im

Unrecht war, d.h. es ist auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen. Dabei geht es nicht darum, die Prozessaussichten im Einzelnen zu prüfen und dadurch weitere Umtriebe zu verursachen. Vielmehr soll es bei einer knappen, summarischen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben. Auf dem Weg über den Kostenentscheid soll nicht ein materielles Urteil gefällt werden (BGE 142 V 551 E. 8.2; BGer 5A_78/2018 vom 14. Mai 2018, E. 2.3.1, je m.w.H.). Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne Weiteres feststellen, ist auf allgemeine prozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen. Danach wird in erster Linie jene Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat oder bei der die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben (BGer 4A_364/2014 vom 18. September 2014, E. 3, m.w.H.; BK ZPO I-Sterchi, Art. 107 N 18; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm ZPO, Art. 107 N 8).

4.2 Im Sinne des Gesagten ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz die gesamten Prozesskosten der Beklagten auferlegt hat. Dem angefochtenen Entscheid ist in diesem Zusammenhang lediglich die folgende pauschale Erwägung zu entnehmen (Urk. 36 S. 7 f.):

"4.3. Dem Argument der Beklagten, dass vorliegend das Konkursamt Uster durch die Erstellung des Kollokationsplanes Anlass zur Kollokationsklage gegeben habe (act. 30 S. 2), kann nicht gefolgt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Gründe, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, bei der Beklagten zu finden sind. So wurde mit Beschluss vom 19. Dezember 2017 (CB170031-I, act. 25/1) der entsprechende Kollokationsplan hinsichtlich der kollozierten Forderung der Beklagten aufgehoben. Daher ist sie gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO zu verpflichten, die Gerichtskosten zu übernehmen und den Klägern eine Parteientschädigung zu entrichten, wie dies von den Klägern beantragt worden ist."

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sind "die Gründe, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben" nicht bei der Beklagten, sondern beim Konkursamt Uster bzw. bei der entsprechenden Konkursverwaltung zu finden. Dem Beschluss des Bezirksgerichts Uster vom 19. Dezember 2017 sind unter dem Titel "Zusammenfassung - Fazit" folgende Erwägungen zu entnehmen (Urk. 25/1 S. 13 f., E. 3.1.15 und 3.1.17):

"3.1.15. Indem das Konkursamt nach Eingang der neuen bzw. ergänzenden Forderungseingabe der Verfahrensbeteiligten [= Beklagten] vom 13. Juli 2017

nicht nochmals ausdrücklich die Erklärung des Gemeinschuldners zu den neu geltend gemachten Forderungen und Ergänzungen einholte, verletzte es seine Pflicht zur Erhaltung der Konkursforderungen nach Art. 244 SchKG.

3.1.16. [...]

3.1.17. Der Kollokationsplan ist daher zufolge Verletzung von Art. 244 SchKG mit Bezug auf die kollozierten Forderungen der Verfahrensbeteiligten [= Beklagten] aufzuheben. Die Konkursverwaltung wird dazu angehalten, ihrer Abklärungs- und Prüfungspflicht bei der Erhaltung der Konkursforderungen nachzukommen, bevor der Kollokationsplan erneut erstellt und aufgelegt wird."

Es hat somit die Beschwerde von E. _____ vom 10. September 2017 (vgl. vorstehend E. 1.2) Anlass zur Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Kollokationsprozesses gegeben. Aufgrund dieser Beschwerde hob die Aufsichtsbehörde mit Entscheidung vom 19. Dezember 2017 den Kollokationsplan mit Bezug auf die Forderungen der Beklagten auf, weil es das Konkursamt versäumt hatte, den Gemeinschuldner nach Eingang der ergänzten Forderungseingaben nochmals im Sinne von Art. 244 SchKG anzuhören. Demnach führte also die Verletzung von Verfahrensvorschriften durch das Konkursamt zur Aufhebung des Kollokationsplanes und somit zur Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Prozesses. Die Beklagte war bei all diesen Vorgängen unbeteiligt; sie liess sich im Rahmen des erwähnten Beschwerdeverfahrens nicht einmal vernehmen (Urk. 25/1 S. 3, a.E.). Nach dem Gesagten ist die Erwägung der Vorinstanz unzutreffend, wonach die Gründe, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, bei der Beklagten zu finden seien (vgl. Urk. 36 E. 4.3). Die Gegenstandslosigkeit wurde einzig und allein durch eine Verfehlung des Konkursamtes Uster verursacht, was keiner der beiden Prozessparteien im vorliegenden Verfahren angelastet werden kann. Aus diesem Grund erscheint die Kostenaufgabe an die Beklagte unangemessen und nicht sachgerecht. Eine unnötige Verursachung von Kosten ist sodann im Beschwerdeverfahren von keiner Partei vorgebracht worden und im vorliegenden Fall auch nicht ersichtlich.

4.3 Nachdem in casu die Gegenstandslosigkeit des Prozesses nicht dem Verhalten einer Partei zugeschrieben werden kann, stellt sich alsdann die Frage nach dem mutmasslichen Prozessausgang (vgl. vorstehend E. 4.1). Mit Verfügung vom 24. November 2017 nahm die Vorinstanz der Beklagten die zuvor mit Verfügung

vom 7. November 2017 (Urk. 11) angesetzte Frist zur Einreichung der Klageantwort wieder ab (Urk. 18). Der vorinstanzliche Kollokationsprozess wurde demnach abgeschrieben, bevor die Beklagte ihre Klageantwort erstatten musste, d.h. zu einem Zeitpunkt, als das Verfahren noch nicht spruchreif war. Da die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren somit zur Klageschrift noch keine Stellung genommen und entsprechend auch keine Beweismittel eingereicht bzw. offeriert hat, lassen sich die jeweiligen Prozesschancen der Parteien nicht beurteilen. Da der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nach dem Gesagten nicht rechtsgenügend beurteilt werden kann, ist in Bezug auf die Kostenverteilung auf allgemeine prozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen. Danach wird in erster Linie jene Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (vgl. vorstehend E. 4.1). Dies sind die Kläger, welche die vorliegende Wegweisungsklage im Sinne von Art. 250 Abs. 2 SchKG am 21. September 2017 bei der Vorinstanz anhängig gemacht haben. Nach dem System der schweizerischen ZPO trägt in erster Linie die klagende Partei das Kostenrisiko eines Zivilverfahrens. Dies ergibt sich bereits aus der allgemeinen Vorschusspflicht für die Gerichtskosten (Art. 98 ZPO), wonach diejenige Partei, welche eine gerichtliche Instanz anruft, vorerst einmal die Kosten zu tragen hat (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Damit wird indirekt auch ausgedrückt, dass Private, welche die Leistungen eines Gerichts beanspruchen, diese zu bezahlen haben (Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 98 N 2). Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass das erwähnte Kostenrisiko Bestandteil des schweizerischen Justizsystems bilde und dazu beitragen solle, aussichtslose Verfahren zu vermeiden. Dem habe sich zu stellen, wer in einen Prozess einsteige (ZR 116 [2017] Nr. 77, S. 261, mit Verweis auf BGer 1C_33/2017 vom 23. Juni 2017, E. 3.3). Zusammenfassend liegt das Prozessrisiko vorab bei der klagenden Partei, so dass diese auch die Gefahr trägt, bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens für die Kosten und für die Entschädigung an die Gegenpartei aufkommen zu müssen, falls sich andere Kriterien für die Regelung der prozessualen Nebenfolgen als nicht anwendbar erweisen (vgl. ZR 86 [1987] Nr. 67, S. 168, wo die Gegenstandslosigkeit des Kollokationsverfahrens ebenfalls von keiner Partei verursacht wurde, sondern dem Verhalten des Konkursamtes zuzuschreiben war, und sich der mutmassliche Prozessausgang allein aufgrund der Klagebegründung ebenso

nicht prognostizieren liess, weshalb die Prozesskosten der klagenden Partei auferlegt wurden).

4.4 Nachdem die Anwendung der übrigen Kriterien (mutmasslicher Prozessausgang, Verursachung der Gegenstandslosigkeit, Verursachung von unnötigen Kosten) zu keiner angemessenen und sachgerechten Lösung führt, ist vorliegend für die Frage der Kostenverteilung darauf abzustellen, welche Partei das Verfahren ursprünglich veranlasst hat. Entsprechend haben – entgegen der Vorinstanz – die Kläger die Gerichtskosten zu tragen und sind überdies zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Da sich die Sache als spruchreif erweist, ist von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen und ein neuer Entscheid zu fällen (Art. 327 Abs. 3 lit b ZPO).

4.5 Was die Berechnung der Parteientschädigung anbelangt, ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 36 E. 5.1) von einem Streitwert von (gerundet) Fr. 974.– auszugehen (vgl. nachfolgend E. 4.5.1 ff.). Die Kläger beziffern den Streitwert ihrer Kollokationsklage entgegen dem angefochtenen Urteil auf Fr. 701'918.68 (Urk. 43 Rz 28, mit Verweis auf Urk. 1 Rz 8). Der Streitwertberechnung der Kläger kann – soweit diese nachvollziehbar ist (vgl. Urk. 1 Rz 8) – allerdings nicht gefolgt werden.

4.5.1 Der Streitwert im Kollokationsprozess im kantonalen Verfahren bestimmt sich seit Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO abschliessend nach Bundesrecht (Art. 1 lit. c i.V.m. Art. 91 ff. ZPO). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Streitwert im Kollokationsprozess im eidgenössischen Rechtsmittelverfahren ist nunmehr auch für das kantonale Verfahren massgebend (BGE 140 III 65, E. 3.1; BGE 138 III 675 E. 3.1; BGer 5A_26/2016 vom 17. August 2016, E. 3.1). Es besteht demnach kein Raum mehr für kantonale Streitwertregelungen (BSK SchKG II-Hierholzer, Art. 250 N 54).

4.5.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bemisst sich der Streitwert bei der Kollokationsklage nach der Dividende, die auf den bestrittenen Betrag entfallen würde, also nach dem mutmasslichen Prozessgewinn. Bei der Anfechtung der Kollokation eines anderen Gläubigers im Sinne von Art. 250 Abs. 2 SchKG (Wegweisungsklage) berechnet sich der Streitwert nach der Differenz zwischen

der dem Beklagten gemäss Kollokationsplan zukommenden Konkursdividende und derjenigen, welche sich bei Gutheissung der Klage ergeben würde. Demnach ist bei der negativen Kollokationsklage nicht das Streitinteresse der klagenden Partei allein massgebend, sondern zusätzlich auch dasjenige der Masse. Grund dafür ist, dass – je nach Umfang der bestrittenen Forderung und erwarteten Dividende – der Prozessgewinn höher sein kann, als es zur Tilgung von Forderung und Kosten der klagenden Partei erforderlich ist, und dieser Überschuss nach Art. 250 Abs. 2 SchKG zugunsten der übrigen Gläubiger in die Konkursmasse fällt (BGE 138 III 675 E. 3.1; BGE 140 III 65 E. 3.2; BGE 135 III 127 E. 1.2; BGE 131 III 451 E. 1.2; *OGer ZH PS150238 vom 15.03.2016, E. 4.2.2*; BSK SchKG II-Hierholzer, Art. 250 N 49 und 53; KUKO SchKG-Sprecher, Art. 250 N 30 und 32; Kren Kostkiewicz, OFK-SchKG, Art. 250 N 21; BK ZPO I-Sterchi, Art. 91 N 20e; Spühler/Dolge, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 7. Aufl., 2017, §11 Rz 183; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, §10 Rz 719). Die Berechnung der mutmasslichen Konkursdividende erfolgt durch die Konkursverwaltung, welche hierfür die Aktiven gemäss Inventar den Passiven gemäss Kollokationsplan gegenüberstellt und das zu erwartende Resultat im Kollokationsplan angibt. Diese Schätzung der mutmasslichen Konkursdividende ist bezüglich des Streitwerts für das Gericht verbindlich (BGE 140 III 65 E. 3.2; BGE 138 III 675 E. 3.2; BGer 5A_26/2016 vom 17. August 2016, E. 3.1; KUKO SchKG-Sprecher, Art. 250 N 30; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., 2013, § 46 Rz 55; Brunner/Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl. 2002, S. 54 f.).

4.5.3 Die negative Kollokationsklage der Kläger richtet sich vorliegend gegen die Zulassung der Forderungen der Beklagten von Fr. 97'391.52 in der ersten Klasse und Fr. 1'534'332.88 in der dritten Klasse (Urk. 1 S. 2). Das Konkursamt Uster schätzte gemäss Kollokationsplan vom 31. August 2017 die Konkursdividende in der ersten Klasse auf 1%, jene in der dritten Klasse auf 0% (Urk. 6/1 S. 9). Hätten die Kläger mit ihrer Wegweisungsklage obsiegt, betrüge die dadurch freiwerdende Konkursdividende und somit der Prozessgewinn (gerundet) Fr. 974.– (1% von 97'391.52 + 0% von Fr. 1'534'332.88). Die Kläger behaupten nun in ihrer Beschwerdeantwort, sie hätten gegen die erwähnte Dividendenschät-

zung des Konkursamtes Beschwerde erhoben, welche mit Beschluss vom 22. Januar 2018 gutgeheissen worden sei (Urk. 43 Rz 6 und 36). Den betreffenden Beschwerdeentscheid als Beleg für diese Behauptung reichen die Kläger allerdings nicht ein. Ohnehin könnte diese erst(mals) vor Obergericht vorgebrachte Tatsache im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Berücksichtigung finden (vgl. zum strikten Novenverbot E. 2.3 vorstehend). Damit bleibt es bei dem von der Vorinstanz berechneten Streitwert von Fr. 974.–, welcher Ausgangspunkt für die Berechnung der Parteientschädigung bildet.

4.6 Gemäss Art. 96 ZPO werden die Tarife für die Prozesskosten von den Kantonen festgesetzt. Im Kanton Zürich wird die Berechnung der Parteientschädigung durch die Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010 geregelt (§ 1 und § 23 AnwGebV). Besonders zu beachten ist, dass das Bundesrecht im Zusammenhang mit der Parteientschädigung keinen Anspruch auf einen minimalen Anwaltskostenersatz gewährt (BGer 5A_391/2017 vom 13. Februar 2018, E. 3.6; BGer 4C_1/2011 vom 3. Mai 2011 = Pra 100 (2011) Nr. 88, E. 6.2 und E. 9.1; BGer 4A_367/2011 vom 27. September 2011, E. 3.2; ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 37 und Art. 96 N 20). Die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters entwickelten Grundsätze sind bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht massgebend. Insbesondere begründet Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO keinen Anspruch auf volle Schadloshaltung der obsiegenden (entschädigungsberechtigten) Partei, d.h. auf Ersatz bzw. Erstattung der gesamten bei ihr angefallenen Anwaltskosten. Einen solchen Anspruch gewährt auch das kantonal-zürcherische Recht nicht. Die Differenz zwischen den Kosten der anwaltlichen Vertretung, die gemäss Tarif der AnwGebV zugesprochen werden, und dem Anwaltshonorar, das dem Anwalt gemäss individueller Vereinbarung geschuldet ist, hat die entschädigungsberechtigte Partei selbst zu tragen, und zwar auch dann, wenn sie vollständig obsiegt. Grundlage für die Festsetzung der Gebühr bilden der Streitwert bzw. Interessewert, die Verantwortung des Anwalts, dessen notwendiger Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Gebühr primär vom Streitwert abhängig (§ 4 AnwGebV). Die streitwertabhängigen Gebührenansätze basieren auch auf dem Gedanken der Misch-

rechnung und nehmen in Kauf, dass eine Parteientschädigung bei kleinen Streitwerten im Einzelfall ungenügend ausfällt, was aber durch verhältnismässig hohe Entschädigungen bei grossen Streitwerten kompensiert wird (KUKO ZPO-Schmid, Art. 96 N 14). Nach dem Gesagten besteht keine gesetzliche Grundlage, wonach die Parteientschädigung – so wie es die Vorinstanz getan hat (Urk. 36 E. 5.3) – konkret nach einer durch das Gericht festgelegten Stundenanzahl (eine Stunde pro Seite) multipliziert mit einem fiktiven Stundenansatz (Fr. 220.–) berechnet wird. Eine solche Berechnungsmethode zur Festsetzung der Parteientschädigung entspricht nicht der AnwGebV.

4.7 Nach § 4 Abs. 1 AnwGebV beträgt die Grundgebühr für die Parteientschädigung bei einem Streitwert bis Fr. 5'000.– 25% des Streitwertes, mindestens aber Fr. 100.–. Vorliegend ist von einem Streitwert von Fr. 974.– auszugehen (vgl. vorstehend E. 4.5.3), was einer Grundgebühr von (gerundet) Fr. 243.– entspricht. Die Beklagte beantragt in ihrer Beschwerdeschrift die Zusprechung einer Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren in genau dieser Höhe – zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (Urk. 35 S. 2, Beschwerdeantrag Ziff. 3.a). Im Gegensatz zu den Gerichtskosten (Art. 105 Abs. 1 ZPO) wird die Parteientschädigung (Art. 105 Abs. 2 ZPO) nicht von Amtes wegen festgesetzt. Das Gericht spricht die Parteientschädigung nur auf Antrag zu; das ist Ausfluss der Dispositionsmaxime, die auch die Parteientschädigung umfasst (BGer 4A_171/2017 vom 26. September 2017, E. 4, mit Verweis auf BGE 140 III 444 E. 3.2.2 und BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016, E. 4.2). Nach dem Gesagten erübrigen sich weitere Ausführungen zu einer allfälligen Erhöhung der Grundgebühr. In Gutheissung der Beschwerde sind die Kläger nach dem Gesagten solidarisch zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von (gerundet) Fr. 262.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens

5.1 Ausgangsgemäss werden die Kläger auch für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Vor Obergericht im Streit lag die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 8'000.– sowie die Verteilung der Gerichtskosten von Fr. 486.–. Entsprechend ist im Beschwer-

deverfahren von einem Streitwert von Fr. 8'486.– auszugehen. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG ist die den Klägern aufzuerlegende Entscheidgebühr auf Fr. 1'500.– festzusetzen und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss in ebendieser Höhe zu verrechnen.

5.2 Überdies sind die Kläger (solidarisch) zu verpflichten, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren gestützt auf den vorgenannten Streitwert eine Parteientschädigung von Fr. 1'750.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositivziffern 3, 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Uster vom 20. März 2018 (FO170004-I) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
"3. Die Entscheidgebühr von Fr. 486.– wird den Klägern auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. [ersatzlos gestrichen].
5. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 262.– zu bezahlen."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern auferlegt und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, der Beklagten den von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zu ersetzen.
4. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'750.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
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. 8'486.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Juli 2018

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:

bz