

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110182-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Beschluss und Urteil vom 7. Dezember 2011

in Sachen

A._____,

Kläger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin ,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.

Z._____

betreffend **Kollokation**

(ungesicherte Forderung im Konkurs der C._____ AG in Liquidation)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes für SchKG-Klagen des
Bezirktes Zürich vom 26. September 2011 (FV110130)

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) erhob mit Eingabe vom 19. Mai 2011 vor der Vorinstanz eine negative Kollokationsklage im Konkursverfahren über die C. _____ AG in Liquidation. Darin ficht er die Kollokation der Forderung der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) gemäss Kollokationsplan vom 29. April 2011 (act. 5/5) an und beantragt, ihre Forderung sei um Fr. 6'428'804.11 zu reduzieren und neu im Betrag von Fr. 8'031'060.00 zu kollozieren (act. 5/1).

Das Konkursamt reduzierte die Forderung der Beklagten darauf am 23. Mai 2011 von ursprünglich Fr. 14'459'864.11 um Fr. 4'777'506.30 auf Fr. 9'682'357.81 (vgl. act. 5/5 S. 5), nachdem die Forderung gemäss der Beklagten aufgrund eines Rechnungsfehlers versehentlich mit dem erstgenannten höheren Betrag aufgenommen worden war (act. 5/11 S. 4 unten, S. 7 oben, sowie act. 5/12/13). Zwischen den Parteien ist strittig, wie diese Reduktion zu behandeln ist (vgl. act. 5/11 S. 4 ff., 5/18 S. 5 ff.). Darauf ist nachfolgend noch einzugehen.

2. Die Vorinstanz holte zunächst mit Verfügung vom 6. Juni 2011 Stellungnahmen der Parteien zu den Auswirkungen der Reduktion der Forderung der Beklagten im Kollokationsplan auf das vorliegende Verfahren ein (act. 5/7) und führte daraufhin am 16. September 2011 eine Instruktionsverhandlung insbesondere zur Thematik des Streitwerts durch (Vi-Prot. S. 5 ff.).

3. Mit Verfügung vom 26. September 2011 setzte die Vorinstanz dem Kläger Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 34'075.00 für die Gerichtskosten an (act. 5/21 = act. 4).

4. Mit Eingabe vom 7. Oktober 2011 erhob der Kläger Beschwerde gegen die Verfügung vom 26. September und stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei die Kostenvorschussverfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 26. September 2011 aufzuheben und der Kostenvorschuss nach pflichtge-

mässigem richterlichem Ermessen, in einem CHF 1'903.85 nicht übersteigenden Betrag, festzulegen.

2. Es sei festzustellen, dass das prozesskostenrelevante tatsächliche Streitinteresse im vorliegenden Kollokationsprozess maximal CHF 11'098.90 beträgt.
3. Es sei dieser Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Art. 325 Abs. 1 ZPO).
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners."
5. Mit Verfügung vom 11. Oktober 2011 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen und wurde dem Kläger Frist angesetzt zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 3'000.00 für das Beschwerdeverfahren. Gleichzeitig wurde der Antrag des Klägers auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO einstweilen abgewiesen (act. 6).
6. Am 27. Oktober 2011 reichte der Kläger einen Beleg für die rechtzeitige Bezahlung des Kostenvorschusses zu den Akten und ersuchte um einen umgehenden definitiven Entscheid über seinen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 8, 9). Mit Verfügung vom 1. November 2011 wurde der Antrag abgewiesen (act.10).
7. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde mangels Beschwerde der Beklagten durch den vorliegenden Entscheid abgesehen.
8. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Vorbemerkungen:
 - 1.1 Das vorliegende Rechtsmittelverfahren gegen die Verfügung vom 26. September 2011, dem Kläger zugestellt am 28. September 2011 (act.5/22), untersteht der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

1.2 Erstinstanzliche Entscheide über die Leistung von Kostenvorschüssen sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO). Auf die vorliegende Beschwerde, die rechtzeitig schriftlich und mit Stellung und Begründung von Beschwerdeanträgen eingereicht wurde (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO), ist daher einzutreten.

1.3 Nachfolgend ist auf die Vorbringen des Klägers einzugehen, soweit dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

2. Zum Anspruch auf Feststellung des prozesskostenrelevanten tatsächlichen Streitinteresses:

2.1 Die Bemessung des Kostenvorschusses nach Art. 98 ZPO richtet sich nach den Gerichtskosten, die im Zeitpunkt der Vorschussverfügung wahrscheinlich erscheinen. Mit anderen Worten, es geht um die Deckung der mutmasslichen Gerichtskosten.

Die Höhe des Gerichtskostenvorschusses bildet für die Parteien zwar einen gewissen Anhaltspunkt über die Höhe der Gerichtskosten, doch die Festlegung der letzteren wird mit dem Entscheid über den Vorschuss entgegen der Ansicht des Klägers (act. 2 S. 9) nicht präjudiziert (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 98 N 13). Vielmehr wird der Entscheid über die Gerichtskosten grundsätzlich mit dem Endentscheid gefällt (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Die Ausnahmefälle, in welchen eine frühere Entscheidung über die Kosten gefällt werden kann, sind in Art. 104 Abs. 2 und 3 ZPO enthalten. Weitere Ausnahmen sind zwar grundsätzlich denkbar (Fischer, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 104 N 4), fallen vorliegend aber nicht in Betracht.

Ein definitiver und mit Blick auf den Kostenentscheid materiell rechtskräftiger Entscheid über die Höhe des "prozesskostenrelevanten tatsächlichen Streitinteresses" wird mit dem Entscheid über die Höhe des Vorschusses damit nicht gefällt.

2.2 Auch wenn kein Vorschuss verlangt wird, trägt die Partei, welche eine Klage erhebt, für den Fall ihres Unterliegens das Kostenrisiko, und es besteht kein Anspruch darauf, zu Beginn des Verfahrens bereits eine verbindliche Angabe

zur Höhe der Entscheidgebühr oder zu deren Berechnungsgrundlagen zu erhalten.

2.3 Ein schützenswertes Feststellungsinteresse des Klägers hinsichtlich eines solchen verbindlichen Entscheides über das prozesskostenrelevante tatsächliche Streitinteresse besteht nach dem Gesagten nicht. Überdies fehlt es diesbezüglich auch an der formellen Beschwer, da die Vorinstanz über einen entsprechenden Antrag nicht entschieden hat. Auf den Beschwerdeantrag 2 des Klägers ist daher nicht einzutreten.

3. Zur Bemessung des erstinstanzlichen Kostenvorschusses:

Die Höhe des Vorschusses richtet sich wie erwähnt nach den mutmasslichen Gerichtskosten, und diese bemessen sich nach den kantonalen Tarifen (Art. 96 ZPO), d.h. im Kanton Zürich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts GebV OG vom 8. September 2010. Nach § 2 Abs. 1 lit. 1 GebV OG richten sich die Gerichtsgebühren in Zivilprozessen nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse. Ob die Sache einen Streitwert hat (und gegebenenfalls dessen Berechnung) richtet sich nach Art. 91 ff. ZPO und damit nach Bundesrecht (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 96 N 12).

Nachfolgend ist daher auf die Bemessung des Streitwerts in negativen Kollokationsprozessen wie dem vorliegenden einzugehen.

3.1 Nach herrschender Ansicht richtet sich der Streitwert der negativen Kollokationsklage nach dem Prozessgewinn, welcher für den Kläger und für die Masse anfallen kann. Dies entspricht der Differenz zwischen der Dividende, welche gemäss Kollokationsplan auf die Forderung der Beklagten entfällt, und derjenigen, welche sich ergibt, wenn die Klage gutgeheissen würde. Massgeblich ist also nicht das Streitinteresse des Klägers alleine, sondern dasjenige des Klägers und der Masse. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass der negative Kollokationsprozess nicht nur im Interesse des Klägers, sondern auch im Interesse der Masse geführt wird (BGE 131 III 451 E. 1.2; Brunner/Reutter, Kollokations- und Wider-

spruchsklagen nach SchKG, 2. Auflage 2002, S. 55; BSK SchKG II-Hierholzer, 2. Auflage 2010, Art. 250 N 53).

Dies entspricht der auch unter der neuen ZPO anerkannten Regel, dass bei Klagen, die nicht auf eine bestimmte Geldleistung gehen und in welchen nicht beide Parteien dasselbe Interesse am Streit haben, der höhere Wert den massgeblichen Streitwert darstellt – auch wenn dies das Interesse der beklagten Partei ist (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 22; Schleiffer Marais, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 91 N 19; ZK ZPO-Stein-Wigger, Art. 91 N 26).

3.2. Das Konkursamt D._____ schätzte im Kollokationsplan vom 29. April 2011 die mutmassliche Konkursdividende in allen Klassen auf 0% (act. 5/5 S. 8). Der Kläger vertritt unter Hinweis auf die Lehrmeinung von Hierholzer (a.a.O., Art. 250 N 49) die Ansicht, die Angabe des Konkursamts zur mutmasslichen Dividende sei für das Gericht mit Blick auf die Streitwertbemessung verbindlich. Ergänzend verweist der Kläger auch auf die Ansicht von Kurt Stöckli (IWIR 1998 S. 147; vgl. act. 2 S. 3 f.). Dieser führt an der zitierten Stelle aus, jeder Kollokationskläger könne sich auf diese Schätzung, welche für die erstinstanzliche Zuständigkeit und für das einzuschlagende Verfahren massgeblich sei, verlassen. Zum Beleg verweist Stöckli auf BGE 65 III 32. In dieser Entscheidung hielt das Bundesgericht fest, die Konkursämter seien anzuweisen, in den Kollokationsplänen aufgrund der Schätzung der Aktivmasse die zu erwartende Höchstdividende anzugeben, und darauf werde sich jeder Kollokationskläger bei Einleitung des Prozesses verlassen können, indem sich darnach die erstinstanzliche Zuständigkeit und das einzuschlagende Verfahren zu richten habe (BGE a.a.O. E. 3).

3.2.1 Die Kammer hat bereits in einem Beschluss vom 20. April 2001 (NK010003) den Standpunkt vertreten, die erwähnte Ansicht von Hierholzer stütze sich nicht auf eine herrschende Lehre und Praxis, und es sei nicht nachvollziehbar, weshalb eine gerichtliche Behörde mit Blick auf den Rechtsmittelstreitwert (und basierend darauf auch auf den Streitwert für die Bemessung der Kosten- und Entschädigungsfolgen) an die Dividendenschätzung des Konkursamtes gebunden wäre (OGer ZH II. Zivilkammer, a.a.O., E. II./3b). Auch das Bundesgericht hat dies im erwähnten BGE 65 III 32 nicht so entschieden, sondern es hat

lediglich festgehalten, dass sich die Gläubiger mit Blick auf die *gerichtliche Zuständigkeit* und das *Verfahren* der Kollokationsklage auf die Dividendenschätzung verlassen könnten.

Sodann enthält auch die neue Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO keine Hinweise, welche die Ansicht von Hierholzer stützen würden. Das Rechtsbegehren im Kollokationsprozess richtet sich nicht auf Bezahlung einer bestimmten Summe. Vielmehr handelt es sich bei der Kollokationsklage um eine Gestaltungsklage, welche die Beteiligung der Gläubiger am Konkurserlös festlegt (Hierholzer, a.a.O., Art. 250 N 2). In solchen Prozessen hat das Gericht gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO den Streitwert zu bestimmen, sofern zwischen den Parteien keine Einigung zustande kommt oder wenn diese offensichtlich unrichtig ist. Die Vorinstanz hat dies richtig festgehalten (act. 3 S. 2). Weshalb im Kollokationsprozess etwas anderes gelten sollte und das Gericht mit Blick auf den Streitwert an die Schätzung des Konkursamtes gebunden wäre, ist nicht ersichtlich.

3.2.2 Entsprechend hat denn auch das Bundesgericht in BGE 82 III 94 entschieden. Zu beurteilen hatte das Bundesgericht damals eine Kollokationsklage in einem Konkursverfahren, in welchem der Konkurs zunächst mangels Aktiven eingestellt worden war. In der Folge, so das Bundesgericht, wäre es am Rechtsmittelkläger gewesen, darzutun, aus welchen Gründen er bei Kollokation seiner Forderung im geltend gemachten Umfang eine Dividende im Umfang von wenigstens Fr. 4'000.00 (d.h. im Umfang des damals für die Berufung an das Bundesgericht als Mindeststreitwert vorausgesetzten Betrags) zu erwarten hätte. Zu präzisieren ist, dass die Forderung des Klägers im damals beurteilten Fall diejenige des Beklagten überstieg, so dass die bei Obsiegen mit der Kollokationsklage beim Beklagten entfallende Konkursdividende auf jeden Fall ganz dem Kläger zugekommen wäre. Neben der Höhe der auf Seiten des Klägers bei Obsiegen zu erwartenden Dividende war daher ein Interesse der Masse gar nicht denkbar und wurde daher auch nicht geprüft.

Das Bundesgericht stellte in diesem Verfahren damit nicht etwa auf eine Schätzung des Konkursamtes ab. Vielmehr war es, gerade weil der Konkurs zunächst mangels Aktiven eingestellt worden war, am Rechtsmittelkläger, darzutun,

aus welchen Gründen er (trotz nach Ansicht des Konkursamts nicht vorhandener Aktiven) einen Prozessgewinn in der erwähnten Höhe erwarte. Das Bundesgericht hat somit die gerichtliche Schätzung des Streitwerts einer Kollokationsklage (die es aber selber mangels begründeter Streitwertangabe des Berufungsklägers nicht vornahm) nicht ausgeschlossen.

3.2.3 Dem vorerwähnten BGE 65 III 32 sowie dem Zitat von Kurt Stöckli könnte daher einzig entnommen werden, dass sich der Kollokationskläger mit Blick auf die Zuständigkeit und auf das einzuschlagende Verfahren auf die Schätzung des Konkursamtes verlassen darf. Mit anderen Worten, dem Kollokationskläger, der seine Klage rechtzeitig bei dem Gericht einreichte, welches nach Massgabe der Dividendenschätzung des Konkursamtes sachlich zuständig ist, darf aus einer abweichenden Streitwertschätzung des Gerichts kein Nachteil erwachsen (wobei der Nachteil, dass die Kosten allenfalls höher werden als es ausgehend von der konkursamtlichen Schätzung der Fall gewesen wäre, nicht zählt, weil die Schätzung diesbezüglich gerade nicht massgeblich ist). Wäre daher das angerufene Gericht der Ansicht, die Schätzung des Konkursamtes sei nicht richtig und daher sei eine andere Instanz sachlich zuständig, so müsste die Frist zur Erhebung der Kollokationsklage mit der Einreichung beim falschen Gericht wohl als gewahrt betrachtet werden. Darum geht es indes vorliegend nicht.

3.3 Da nach dem Gesagten die konkursamtliche Dividendenschätzung für das Gericht nicht verbindlich ist, gehen die weiteren Ausführungen des Klägers, wonach infolge eines grundsätzlich auf Fr. 0.00 zu beziffernden Streitwerts einzig sein eigenes tatsächliches Streitinteresse für die Kostenbemessung herangezogen werden könne (act. 2 S. 4 f.), ins Leere (vgl. dazu im Übrigen unten II./3.5.3 zweiter Absatz).

Nicht von Belang ist auch die vom Kläger erwähnte Praxis gemäss ZR 104 Nr. 37. Damals hielt das Kassationsgericht des Kantons Zürich fest, in Abweichung vom Streitwert gemäss dem mutmasslichen Prozessgewinn könnten im Sinne einer elastischen Anwendung der Grundregel Umstände, welche dem Gericht bekannt seien oder welche von einer Partei vorgetragen worden seien, nach Ermessen im Sinne einer Erhöhung des Streitwerts berücksichtigt werden – ins-

besondere dann, wenn sich ein Abstellen auf die mutmassliche Konkursdividende (bzw. den mutmasslichen Prozessgewinn) als unbillig erweise (ZR a.a.O. E. 4.1a). Vorliegend geht es entgegen dem geschilderten Präjudiz nicht um die Frage, ob ein Abstellen auf den mutmasslichen Prozessgewinn unbillig wäre, sondern vielmehr um die Schätzung des mutmasslichen Prozessgewinnes an sich. Die Frage, ob das Gericht bei dieser Schätzung an die Angabe des Konkursamtes gebunden sei, hat das Kassationsgericht in ZR 104 Nr. 37 nicht beantwortet. Auf dieses Präjudiz ist daher nicht weiter einzugehen.

Schliesslich ist auch der vom Kläger thematisierte Bezug zu konkursamtlichen Neuschätzungen der Dividende (vgl. act. 2 S. 8) nicht von Relevanz. Das Gericht bestimmt den Streitwert nach dem Gesagten unabhängig von der Schätzung des Konkursamtes. Daher hat auch eine allfällige Neuschätzung durch das Konkursamt nicht zur Folge, dass das Gericht auch seine eigene Schätzung entsprechend anpassen müsste.

3.4 Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den mutmasslichen Prozessgewinn, welcher für den Kläger und für die Masse anfallen kann, unabhängig von der Dividendenschätzung des Konkursamtes bemass. Umso mehr ist dies korrekt, wenn wie vorliegend der Kollokationskläger selber vorbrachte, er halte die Dividendenschätzung des Konkursamtes für falsch bzw. unrealistisch (act. 5/1 S. 4, act. 5/18 S. 15). Das Vorgehen des Klägers, der sich einzig mit Blick auf die Gerichtskosten auf die ansonsten von ihm selber für falsch gehaltene konkursamtliche Dividendenschätzung berufen will, ist nicht schützenswert.

Nachfolgend ist daher auf die Schätzung des Prozessgewinnes einzugehen.

3.5 / 3.5.1 Die Vorinstanz hielt fest, die Parteien seien sich hinsichtlich des Streitwerts nicht einig. Während der Kläger seine im Konkurs eingegebene Forderung von Fr. 11'098.90 als maximalen Streitwert bezeichne, gehe die Beklagte davon aus, der Streitwert belaufe sich infolge der auf 0% geschätzten Konkursdividende auf Fr. 0.00. Sodann erwog die Vorinstanz weiter, es sei gestützt auf die Vorbringen des Klägers von weiteren Konkursaktiven in Form eines Warenlagers

in E._____ im Wert von Fr. 1'000'000.00 sowie in Form von paulianisch anfechtbaren Darlehen von Fr. 5'000'000.00 auszugehen. Der Umstand, dass die Beklagte sich gegenüber dem Konkursamt zur unbedingten Übernahme der Kosten des Konkursverfahrens in unbeschränkter Höhe verpflichtet habe, sei ein Indiz für die Werthaltigkeit der Aktiven. Ermessenweise schätzte die Vorinstanz sodann diese Aktiven unter Berücksichtigung eines Abschlags von 50% für die Realisierungsrisiken auf Fr. 3'000'000.00 und errechnete gestützt darauf, ausgehend von im Konkurs eingegebenen Forderungen von (im Zeitpunkt der Klageanhebung) total Fr. 14'473'411.00 eine mutmassliche Dividende von 20,7%.

Auf die im Streit liegende Forderung der Beklagten übertragen, die der Kläger im Kollokationsplan um Fr. 6'428'804.00 reduziert haben will, führte diese Dividendenschätzung der Vorinstanz zu einem Streitwert von Fr. 1'332'541.00 (vgl. act. 3 S. 2 ff.).

3.5.2 Der Kläger hält diese Schätzung für willkürlich, da sie sich nicht auf konkrete sachliche Anhaltspunkte stütze. Er führt aus, die Vorinstanz bleibe jede Erklärung schuldig, woraus sich die Aktiven von 6 Millionen zusammensetzen sollen und woher sie den Faktor "Realisierungsrisiken" in Höhe von 50% hergeleitet habe. Er selber, so der Kläger weiter, sei in Übereinstimmung mit der Gegenpartei und dem Konkursamt immer der Ansicht gewesen, der Streitwert betrage Fr. 0.00. Seine Ausführungen, auf welche sich die Vorinstanz gestützt habe, hätten sich nur auf sein eigenes tatsächliches Streitinteresse bezogen (act. 2 S. 7).

3.5.3 Inwiefern der Vorinstanz mit Blick auf die vorgenommene Schätzung (deren Vornahme grundsätzlich wie geschildert geboten war) Willkür zur Last gelegt werden könnte, ist indessen nicht ersichtlich. Die Vorinstanz stützte sich in ihrer Schätzung auf nichts anderes als auf die Schilderung des Klägers selber, der angab, er halte die Dividendenschätzung des Konkursamtes für unrealistisch, weil von werthaltigen Aktiven auszugehen sei (Warenlager im Wert von mindestens einer Million Franken, Verantwortlichkeitsansprüche gegen natürliche Personen von über fünf Millionen Franken; vgl. act. 5/1 S. 4, 5/18 S. 15 f.). Nicht willkürlich, sondern im Rahmen der Ermessensausübung bei der Streitwertschätzung angemessen, ist auch die Annahme der Vorinstanz, diese Aktiven liessen sich im Um-

fang von 50% realisieren. Auch diesbezüglich ist der Vorinstanz daher nichts vorzuwerfen. Die danach massgeblichen Aktiven von Fr. 3'000'000.00 führten, wie die Vorinstanz richtig ausführt, ausgehend vom Total der eingegebenen Forderungen von Fr. 14'473'411.00 (da auf das Rechtsbegehren abzustellen ist, Art. 91 ZPO, ist auch für die Dividendenschätzung die Summe der eingegebenen Forderungen gemäss dem Kollokationsplan, wie er zu jenem Zeitpunkt vorlag, massgeblich) zu einer mutmasslichen Konkursdividende von rund 20,7%, und diese führt auf Basis der eingeklagten Reduktion der Forderung der Beklagten im Umfang von Fr. 6'428'804.00 zu einem Streitwert im Betrag von Fr. 1'332'541.00.

Der Kläger stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, er habe mit seinen Ausführungen nur sein tatsächliches Streitinteresse dartun wollen, welches er trotz des (auf Basis der massgeblichen konkursamtlichen Dividendenschätzung) fehlenden Streitwertes an der Kollokationsklage habe (act. 2 S. 7). Das so geltend gemachte tatsächliche Interesse an der Kollokationsklage ist indes in Wirklichkeit offenkundig wirtschaftlicher Natur und folgt unmittelbar dem Prozessausgang (anders als in Fällen, in welchen etwa das Interesse an der Verhinderung der Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 260 SchKG als genügendes, wenn auch ausserhalb eines unmittelbaren Prozesserfolgs liegendes Interesse an der negativen Kollokationsklage in Erwägung gezogen wurde, vgl. BGer vom 24. April 2008, 5A_720/2007, E. 2.3). Diese Konstellation zeigt auf, dass die vorstehend erwähnte Lehrmeinung, wonach die Dividendenschätzung des Konkursamts für das Gericht mit Blick auf den Streitwert verbindlich ist, zu in sich nicht stimmigen Konsequenzen führt. Nach dieser Ansicht könnte in der Tat aus der Dividendenschätzung des Konkursamts ein Streitwert von Fr. 0.00 folgen, aber auf Basis eines von dieser Schätzung abweichenden wirtschaftlichen Interesses am unmittelbaren Prozesserfolg, welches (nur um argumentativ ein Abweichen von der konkursamtlichen Schätzung zu vermeiden) als tatsächliches Interesse bezeichnet werden muss, doch auf ein Rechtsschutzinteresse geschlossen werden.

In dieser Situation, wie es der Kläger will (act. 2 S. 8), lediglich sein eigenes Interesse und nicht auch das der Masse zu berücksichtigen, kann nicht angehen,

da das Interesse der Masse am unmittelbaren Prozessergebnis wie geschildert grundsätzlich mit zu berücksichtigen ist. Von dieser Regel abzuweichen, lediglich weil das Konkursamt die Dividende auf 0% schätzte, die klagende Partei aber offensichtlich anderer Meinung ist und von einem wirtschaftlichen Interesse am unmittelbaren Prozessausgang ausgeht, wäre nicht sachgerecht.

Vielmehr ist dem Gericht die Kompetenz zu belassen, einen unabhängigen Entscheid über den Streitwert zu fällen, und so das wirtschaftliche Interesse am unmittelbaren Prozessausgang in allen Fällen gleich zu behandeln.

3.5.4 Nach dem Gesagten kann der Vorinstanz auch kein Verstoss gegen § 4 Abs. 1 GebV OG vorgeworfen werden. Ausgehend vom erwähnten Streitwert von Fr. 1'332'541.00 beträgt die einfache Gerichtsgebühr nach der genannten Bestimmung richtigerweise Fr. 34'075.00.

Weiter liegt darin, d.h. in der Anwendung der gängigen Bundesgerichtspraxis zur Streitwertberechnung bei negativen Kollokationsklagen (vgl. die vorstehenden Ausführungen, II./3.1) auch kein Verstoss gegen das Äquivalenzprinzip. Nach dieser Praxis ist das Interesse der Masse am Prozessgewinn mit zu berücksichtigen. Dass das Interesse des Klägers alleine im Vergleich dazu gering sein mag, kann danach keinen Verstoss gegen das Äquivalenzprinzip bedeuten.

3.5.5 Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, weshalb die geschilderte Praxis zu einer Gläubigerungleichbehandlung führen könnte (so der Kläger, act. 2 S. 8). Dass nur die vermögendsten Gläubiger einen Kollokationsprozess führen könnten, ist nicht zutreffend. Gläubiger, die zur Leistung des (nach Massgabe der geschilderten Praxis berechneten) Kostenvorschusses nicht in der Lage sind, können unentgeltliche Prozessführung beantragen (Art. 117 ff. ZPO).

3.6 Indessen hat die Vorinstanz einen Punkt übersehen: Bei der Schätzung der mutmasslichen Gerichtskosten wird wie gesehen von der Entscheidgebühr ausgegangen, welche sich gestützt auf den Streitwert nach Massgabe der GebV OG ergibt. Zu berücksichtigen sind dabei auch Reduktionsgründe, welche aller Voraussicht nach zu einer Ermässigung der Grundgebühr führen werden (sollten

sich die Reduktionsgründe entgegen dem Erwarteten nicht verwirklichen, käme eine nachträgliche Erhöhung des Vorschusses in Frage).

3.6.1 Wie eingangs bereits erwähnt, hat das Konkursamt vorliegend die Forderung der Beklagten auf einen Hinweis der Beklagten bereits auf rund Fr. 9,6 Mio. reduziert, weil der höhere Betrag offenbar Folge eines Rechnungsfehlers gewesen war (vorne I./1.). Die entsprechende schriftliche Mitteilung der Beklagten an das Konkursamt datiert vom 20. Mai 2011 (act. 5/12/13), während der Kläger seine Kollokationsklage bereits am 19. Mai 2011 der Post übergab (act. 5/1).

Der Entscheid der Vorinstanz über die Behandlung dieser Korrektur des Kollokationsplanes auch mit Blick auf Art. 65 KOV ist nicht vorweg zu nehmen. So oder so wird dieser Umstand aber aller Voraussicht nach bei der Bemessung der Entscheidgebühr zu einer Ermässigung führen. Nachdem die Beklagte selber dem Konkursamt gegenüber eine Reduktion der Forderung von ursprünglich Fr. 14'459'864.11 um Fr. 4'777'506.30 auf Fr. 9'682'357.81 erbat (act. 5/12/13) und das Konkursamt die entsprechende Korrektur auf dem Kollokationsplan vornahm (act. 5/5), kann in diesem Umfang (d.h. mit Blick auf die insgesamt verlangte Reduktion um rund Fr. 6,4 Mio., act. 5/1, zu ca. drei Vierteln) sowohl Anerkennung der Klage als auch teilweise Gegenstandslosigkeit in Frage kommen.

3.6.2 Die volle mutmassliche Gerichtsgebühr von Fr. 34'075.00 ist daher nach § 10 Abs. 1 GebV OG zu reduzieren. Strittig bleibt die Reduktion der Forderung von Fr. 9'682'357.81 (act. 5/12/13) auf Fr. 8'031'060.00 (act. 5/1 S. 2). Die Differenz von Fr. 1'651'297.81 entspricht nach Massgabe der geschilderten Dividendenschätzung von 20,7% einem Streitwert von Fr. 341'819.00, der zu einer vollen Gerichtsgebühr von Fr. 17'550.00 führt (§ 4 Abs 1 GebV OG). Hinzu kommt die Gerichtsgebühr für den anerkannten bzw. gegenstandslosen Teil.

Insgesamt rechtfertigt sich ausgehend von den vorstehenden Erwägungen eine Reduktion des Kostenvorschusses auf Fr. 25'000.00, in teilweiser Gutheissung der Beschwerde. Im darüber hinausgehenden Umfang ist die Beschwerde abzuweisen.

Der zu viel bezahlte Vorschuss ist dem Kläger zurückzuerstatten (ZK ZPO-Suter/vonHolzen, Art. 103 N 10).

III.

1. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Beschwerdeverfahren im Umfang seines Unterliegens kostenpflichtig. Im Übrigen sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Der zu bezahlenden Vorschuss wird mit dieser Entscheidung um ca. 3/10 reduziert, was ein Obsiegen des Klägers im diesem Umfang darstellt. Zusätzlich zu berücksichtigen ist das Unterliegen des Klägers mit seinem Feststellungsbegehren, auf welches nicht eingetreten wird. Insgesamt ist damit von einem Obsiegen des Klägers im Umfang von einem Viertel auszugehen. Damit sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens dem Kläger zu drei Vierteln aufzuerlegen.

Die Entscheidgebühr richtet sich nach dem Streitwert der Hauptsache, wobei der Umstand, dass mit der Bevorschussung nur ein Teilsaspekt zu beurteilen war, angemessene Rechnung zu tragen ist (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 7).

2. Die Beklagte kann mangels Aufwendungen im Beschwerdeverfahren für dieses keine Prozessentschädigung beanspruchen. Für einen Anspruch des Klägers auf eine Prozessentschädigung im Umfang seines Obsiegens gegenüber dem Staat fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N 26; Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12).

Es wird beschlossen:

1. Auf den Beschwerdeantrag 2 des Klägers wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Urteil.

3. Dieser Beschluss unterliegt denselben Anfechtungsmöglichkeiten wie das nachfolgende Urteil.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Vorschuss für die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht für SchKG-Klagen, Geschäfts-Nr. FV110130) gemäss Verfügung vom 26. September 2011, Dispositivziffer 1, auf Fr. 25'000.00 reduziert.

Ein bereits über den Betrag von Fr. 25'000.00 hinaus bezahlter Vorschuss ist dem Kläger zurückzuerstatten.

Im darüber hinaus gehenden Umfang wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu drei Vierteln auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Der dem Kläger auferlegte Anteil wird mit seinem Kostenvorschuss verrechnet, und der Überschuss wird dem Kläger zurückerstattet.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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. 1'332'541.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: