

2. Zivilrechtspflege

§ 43 Abs. 1 ZPO. – Sicherstellung der Parteientschädigung wegen fehlenden festen Wohnsitzes in der Schweiz und wegen Zahlungsunfähigkeit. Auslegung des Wohnsitzbegriffs und des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit.

Aus den Erwägungen:

2. Nach § 43 Abs. 1 ZPO kann die Sicherstellung von Parteientschädigungen von Amtes wegen oder auf Antrag der Gegenpartei verlangt werden, wenn der Kläger, Intervenient oder Widerkläger in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat, wenn seine Zahlungsunfähigkeit durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist, wenn er binnen der letzten fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt hat oder wenn er der Gerichtskasse von früher her noch Kosten oder Bussen schuldet.

Die Vorinstanz hat die Kautionsierungspflicht des Beschwerdeführers wegen des fehlenden schweizerischen Wohnsitzes bejaht, nachdem der Beschwerdeführer der Aufforderung des kantonsgerichtlichen Referenten zur Einreichung einer Wohnsitzbestätigung nicht nachgekommen war. Zu Unrecht macht der Beschwerdeführer dagegen zunächst geltend, da er ja bevormundet und von der Amtsvormundschaft der Gemeinden des Bezirkes Werdenberg vertreten sei, ergebe sich auch ohne entsprechende Angabe, dass er gemäss Art. 25 Abs. 2 ZGB am Sitz der Vormundschaftsbehörde in Buchs Wohnsitz habe. Der Wohnsitz bestimmt sich nämlich im Hinblick auf § 43 ZPO nach Art. 23 ZGB. Massgeblich ist der tatsächliche Wohnsitz, nicht der fiktive i.S. von Art. 24 ZGB bzw. derjenige am Sitz der Vormundschaftsbehörde (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 zu § 73). Im Übrigen steht keineswegs fest, dass der Beschwerdeführer tatsächlich bevormundet und nicht eher gemäss Art. 309 ZGB nur verbeiständet ist. Kautionspflichtig ist aber auch eine im Ausland lebende Person, für welche in der Schweiz eine Beistandschaft gemäss Art. 392 und 393 ZGB errichtet worden ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 zu § 73). Auch die weitere Argumentation des Beschwerdeführers, wonach die «Mitteilung» des kantonsgerichtlichen Referenten vom 11. Dezember 1998 nicht genügend klar und schon gar nicht mit Rechtsmittelbelehrung in Verfügungsform die Aufforderung zur Einreichung einer Wohnsitzbestätigung enthalten habe, geht offensichtlich fehl. Zum einen kann in Anbetracht des klaren Wortlautes nicht im Ernst behauptet werden, die Aufforderung im Schreiben des Referenten des Kantonsgerichts vom 11. Dezember 1998 sei unklar gewesen. Zum andern kann nach konstanter Praxis eine Referentenverfügung – wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist – auch durchaus in Briefform ergehen, und eine Rechtsmittelbelehrung ist nicht erforderlich, weil gegen diese prozessleitende Verfügung lediglich das ausserordentliche Rechtsmittel der Beschwerde gemäss § 208 Ziff. 4 in fine ZPO

gegeben ist. Fragen liesse sich einzig, ob die Vorinstanz von Amtes wegen weitere Abklärungen hätte vornehmen müssen, nachdem der Beschwerdeführer – ohne irgendwelche Belege vorzulegen – in seiner auf die vorerwähnte Aufforderung hin folgenden Eingabe vom 6. Januar 1999 geltend gemacht hatte, sein schweizerischer Wohnsitz ergebe sich aus der Tatsache, dass er hier ein Asylbegehren gestellt habe, über das noch nicht entschieden worden sei. Allein, er argumentierte dort selber, selbstverständlich sei der ununterbrochene Aufenthalt in der Schweiz im Rahmen eines Asylverfahrens ohne weiteres als festen Wohnsitz zu qualifizieren. Aus den Akten ergibt sich aber, wie die Beschwerdegegner zu Recht geltend machen, dass der Beschwerdeführer seine Fristerstreckungsgesuche vom 17. September und 12. Oktober 1998 gerade mit seinem und seiner Mutter Auslandsaufenthalt begründete. Unter diesen Umständen durfte aber vom anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer durchaus erwartet werden, dass er zumindest einen Nachweis über das hängige Asylverfahren einreichen würde, ohne dass er hierzu noch speziell aufgefordert würde, nachdem er es schon versäumt hatte, der Aufforderung zur Einreichung einer Wohnsitzbestätigung nachzukommen.

Wenn die Vorinstanz bei dieser Sachlage einen schweizerischen Wohnsitz des Beschwerdeführers verneinte, ist dieser Entscheid nicht zu beanstanden. Sie hat daher die Kautionsierungspflicht des Beschwerdeführers zu Recht bejahrt. Die Höhe der Kautions wird vom Beschwerdeführer nicht angefochten.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist demnach abzuweisen.

3. Die Beschwerde müsste im Übrigen wohl auch aus einem weiteren, bereits von der Vorinstanz erwähnten Grunde abgewiesen werden. Zu Recht bemerkte diese, es wäre fraglich, ob die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdeführers durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen werden müsste, nachdem dieser seine Mittellosigkeit selbst zugestanden habe (vgl. UP 1998 107). Es wäre den Beklagten nach Treu und Glauben wohl kaum zumutbar, ohne Kautions gegen eine offensichtlich mittellose Partei prozessieren zu müssen, deren Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen worden sei.

Wenn der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers dagegen argumentiert, die von ihm im Rahmen des Verfahrens über unentgeltliche Prozessführung bekundete Mittellosigkeit sei nicht gleichzusetzen mit dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit, bei der es sich um einen qualifizierten Begriff der Mittellosigkeit handle, kann dem zwar grundsätzlich beigegeben werden. Allein, es geht hier nicht darum. Der Beschwerdeführer liess in seinem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung vortragen, sowohl er als auch seine Mutter seien mittellos im Sinne des Gesetzes, «weil sie (seine Mutter) doch als Asylbewerberin hier in der Schweiz sei und über keinerlei Einkommen oder Vermögen verfügt». Das kann nun aber nichts anderes heissen, als dass sie

beide in einem weiteren Sinne mittellos sind, also nicht nur nicht «die nötigen Mittel besitzen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Prozesskosten aufzubringen» (§ 46 Abs. 1 ZPO), sondern eben bereits zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts auf die Unterstützung der öffentlichen Hand angewiesen sind. Darin liegt aber zweifellos das Eingeständnis, zahlungsunfähig zu sein. Zahlungsunfähig i.S. von § 43 ZPO ist, wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2.A., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, N 13 zu § 105 mit Hinweis auf BGE 111 II 206 E.1). Gesteht eine Partei aber selber ein, zahlungsunfähig zu sein, darf nach der ratio des § 43 ZPO wohl nicht verlangt werden, dass noch eine entsprechende Urkunde vorliegen muss. Die Berufung einer Partei auf den an sich klaren Wortlaut der Bestimmung dürfte hier einem Rechtsmissbrauch gleichkommen. Es müsste m.a.W. von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke gesprochen werden, die der Richter hier aber ausnahmsweise zu füllen hätte (vgl. BGE 121 III 219 E. 1 d).

(Justizkommission, 20. August 1999, i.S. M./D. Eine gegen diesen Entscheid erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 28. Oktober 1999 abgewiesen.)

§ 208 Ziff. 4 und 10 ZPO; § 54 GOG. – Wird in einem gerichtlichen Entscheid festgelegt, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand für den Fall der Uneinbringlichkeit der seiner Partei zugesprochenen Parteientschädigung aus der Staatskasse entschädigt wird, so ist der Entscheid über die Frage, ob die Uneinbringlichkeit vorliegt, administrativer Art. Gegen einen solchen administrativen Entscheid ist nur die allgemeine Aufsichtsbeschwerde möglich (E. 1).

§ 48 ff. ZPO; § 51 Abs. 1 ZPO. – Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs des unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Frage offen gelassen, ob die unentgeltliche Prozessführung auch rückwirkend entzogen werden kann. [Frage mit der Änderung von § 51 Abs. 1 ZPO vom 16.12.1999 mittlerweile bejaht]. Eine allfällige Rückwirkung könnte aber jedenfalls nur gegenüber der betroffenen Partei, nicht aber gegenüber dem unentgeltlichen Rechtsbeistand eintreten, sofern diesem kein täuschendes Verhalten zur Last gelegt werden kann (E. 2 c).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Beschluss vom 19. März 1997 schrieb das Kantonsgericht die Scheidungsklage des P.H. gegen dessen Ehegattin H.H. zufolge Nichtleistung des Kostenvorschusses angebrachtermassen am Protokoll ab und verpflichtete den Kläger, die Beklagte für die prozessualen Umtriebe zu entschädigen. Für den Fall der Uneinbringlichkeit und für den Fall, dass der Beklagten die