

2. Zivilrechtspflege

§ 21 Abs. 2 ZPO. – Im Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG in den Aktivprozess der Konkursitin kann kein Parteiwechsel erblickt werden. Die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung durch den Abtretungsgläubiger lässt sich daher nicht auf § 21 Abs. 2 ZPO stützen.

Aus den Erwägungen:

1. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer in den vor Kantonsgericht hängigen Forderungsprozess Nr. ... der X. AG gegen Z. an die Stelle der X. AG eingetreten ist. Unstreitig ist ferner, dass er gestützt auf § 36 ZPO einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von CHF 3'200.- zu leisten hat. Umstritten ist demgegenüber, ob – und gegebenenfalls in welcher Höhe – der Beschwerdeführer der Gegenpartei in diesem Prozess eine allfällige Parteientschädigung sicherzustellen hat.

2. a) Die Vorinstanz begründete die Sicherstellung der Parteikosten im Wesentlichen damit, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Frage des kantonalen Rechts sei, ob, wann und in welcher Form der Abtretungsgläubiger den Prozess tatsächlich aufnehme. Dieses habe zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Prozessrechtsverhältnis zwischen einer Partei und dem Gericht bzw. der Gegenpartei zustande komme. Der in den Prozess eintretende Abtretungsgläubiger übernehme dagegen nach Bundesrecht das ganze Prozessrisiko. Er habe, wenn er den Prozess verliere, die gesamten Prozesskosten und die Kosten der Gegenpartei vollumfänglich zu tragen (BGE 105 III 135 ff.). Gemäss § 21 Abs. 2 der Zuger Zivilprozessordnung sei bei der Rechtsnachfolge die Gegenpartei grundsätzlich erst dann verpflichtet, den Wechsel der Partei anzunehmen, wenn ihr Sicherheit geleistet werde, dass dem Urteil in Haupt- und Nebensache stattgegeben werde. Die vom Beklagten geforderte Sicherstellung der Parteikosten im Umfang von CHF 10'000.- sei angemessen. Der Beschwerdeführer habe daher eine allfällige Parteientschädigung an den Beklagten in dieser Höhe sicherzustellen.

b) Der Beschwerdeführer wendet ein, die Abtretung nach Art. 260 SchKG stelle keine zivilrechtliche Abtretung dar. In der Abtretung liege nur die Erteilung einer Prozessvollmacht, d.h. es werde nicht der Streitgegenstand – entsprechend dem Parteiwechsel – sondern nur die Prozessführungsbefugnis übertragen. Damit falle aber die Abtretung nach Art. 260 SchKG eben gerade nicht unter die in § 21 Abs. 2 ZPO aufgeführten Fälle von Rechtsnachfolge. Auch das Bundesgericht habe in BGE 106 II 145 ausgeführt, dass die Konkursmasse oder die Abtretungsgläubiger nicht Dritte seien, insbesondere nicht Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners, sondern an seine Stelle treten würden. Sowohl die zürcherische (§ 49 Abs. 1 ZH-ZPO) als auch die thurgauische Zivilprozessordnung (§ 23 Abs. 1 TG-ZPO) besagten, dass, wenn

eine Partei das eingeklagte Recht einbüsse oder sie von der eingeklagten Verpflichtung frei werde, weil sie den Streitgegenstand während des Prozesses veräussert habe, der Erwerber berechtigt sei, an ihrer Stelle in den Prozess einzutreten, und zwar ohne Zustimmung der Gegenpartei. Abs. 2 der besagten Paragraphen füge an, dass im Übrigen ein Parteiwechsel unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Gesamtnachfolge nur mit Zustimmung aller bisherigen Parteien zulässig sei. Die Möglichkeit eines Parteiwechsels während des Prozesses ergebe sich teilweise aus dem materiellen Bundesrecht. Auch der Eintritt des Konkursgläubigers in einen anhängigen Prozess des Gemeinschuldners sei bundesrechtlich geordnet. Dabei handle es sich nicht um einen gewillkürten Parteiwechsel, weshalb dieser Eintritt in den Prozess nicht von einer Zustimmung der bisherigen Parteien nach § 49 Abs. 2 ZH-ZPO abhängig gemacht werden könne. Für den neuen Kläger gelte ausschliesslich die Kautionspflicht gemäss § 73 ff. ZH-ZPO. Art. 41 BE-ZPO bestimme sodann, dass in anderen Fällen von Rechtsnachfolge (gewillkürte Einzelrechtsnachfolge) die Gegenpartei erst dann verpflichtet sei, dem Parteiwechsel zuzustimmen, wenn ihr Sicherheit geleistet werde, dass dem Urteil in Haupt- und Nebensache stattgetan werde. Diese Bestimmung decke sich im Wesentlichen mit § 21 Abs. 2 ZPO. Gerade aber im Falle des Konkurses (Nachfolge der Konkursmasse in den Prozess oder des Abtretungsgläubigers) gelte diese Bestimmung nicht. Im vorliegenden Fall sei es daher rechtswidrig, die Sicherstellungspflicht für allfällige Parteientschädigungen auf die Änderung der Prozessvollmacht zu stützen. Für eine allfällige Kautionspflicht seien allein die persönlichen Eigenschaften des Abtretungsgläubigers massgebend. Das bedeute wiederum, dass lediglich gestützt auf § 43 ZPO eine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden könnte. Er (der Beschwerdeführer) erfülle jedoch die dort aufgeführten Kriterien, welche zu einer Kautionspflicht führen könnten, in keiner Weise. Es dürfe ihm daher keine Sicherstellung der Parteientschädigung auferlegt werden.

c) Gemäss § 21 der Zuger Zivilprozessordnung («Parteiwechsel») ist die Rechtsnachfolge einer Partei infolge Erbanges stets zulässig (Abs. 1). In anderen Fällen von Rechtsnachfolge ist die Gegenpartei auch bei Nachweis der Rechtsnachfolge erst dann verpflichtet, den Wechsel der Partei anzunehmen, wenn ihr Sicherheit geleistet wird, dass dem Urteil in Haupt- und Nebensache stattgegeben werde (Abs. 2). Bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG handelt es sich – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht um eine Rechtsnachfolge im Sinne von § 21 Abs. 2 ZPO. In BGE 106 II 145 hat das Bundesgericht ausdrücklich ausgeführt, dass die Konkursmasse oder die Abtretungsgläubiger nicht Dritte, insbesondere nicht Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners sind. Praxisgemäss verlangt denn auch das Kantonsgericht beim Eintritt der Konkursmasse in den Prozess keine Sicherstellung der Parteientschädigung. Es ist nun aber nicht einzusehen, weshalb es sich beim Abtretungsgläubiger anders verhalten soll. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG

um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis, das Ähnlichkeit mit der Abtretung gemäss Art. 164 ff. OR und dem Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR aufweist. Danach wird der Gläubiger durch die Abtretung ermächtigt, den streitigen Rechtsanspruch anstelle der Masse, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen (vgl. BGE 105 III 138). Die Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG unterscheidet sich vom gleichnamigen Institut der Art. 164 ff. OR dadurch, dass sie sich inhaltlich in einem Prozessführungsrecht erschöpft. Die abgetretenen Ansprüche gehören auch nach der Abtretung zur Konkursmasse. Der Gläubiger wird durch die Abtretung lediglich ermächtigt, die streitigen Ansprüche anstelle der Masse, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen. Er kann sich nach aussen auf diese Ermächtigung berufen und braucht sich von Dritten nur Einreden entgegenhalten zu lassen, die ihnen gegenüber der Konkursmasse zustehen (BGE 111 II 83). In der Abtretung liegt nur die Erteilung einer Prozessvollmacht (vgl. Guldenner, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 143). Der Abtretungsgläubiger klagt als Prozessstandschafter, d.h. als Partei im eigenen Namen, allenfalls mit einem auf die konkursrechtliche Abtretung hinweisenden Zusatz (z.B. «als Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG im Konkurs der X AG»). Die Masse ist nicht Partei, bleibt aber Rechtsträgerin des behaupteten materiellen Anspruchs (Stephen V. Berti, Basler Kommentar zum SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 56 zu Art. 260). Es handelt sich nicht um eine materielle Abtretung von Rechten, sondern um die Erteilung der Ermächtigung, an Stelle der Masse den Prozess zu führen (vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/99, S. 489, mit Hinweisen). Die Prozessstandschaft – wie die Abtretung nach Art. 260 SchKG – ist vom Parteiwechsel zu unterscheiden. Beim Parteiwechsel scheidet eine Partei aus dem Prozess aus und wird durch eine andere ersetzt. Demgegenüber ist die Prozessstandschaft die Berechtigung einer Person, den Prozess anstelle des Berechtigten oder Verpflichteten in eigenem Namen zu führen (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 4 zu Vorbem. §§ 62–65 AG-ZPO). Kann mithin im Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG in den Aktivprozess der Konkursitin kein Parteiwechsel erblickt werden, lässt sich die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung durch den Abtretungsgläubiger, hier also durch den Beschwerdeführer, nicht auf § 21 Abs. 2 ZPO stützen.

d) Auch nach der Praxis zur bernischen Zivilprozessordnung, die in Art. 41 eine praktisch gleich lautende Bestimmung aufweist wie die Zuger Zivilprozessordnung in § 21 Abs. 2, ist diese Bestimmung im Falle des Konkurses nicht anwendbar. Die massgeblichen Kommentatoren führen dazu aus, die Nachfolge der Konkursmasse in einen ihren Bestand berührenden Prozess sei – vorbehältlich der Fälle gemäss Art. 207 Abs. 4 SchKG – bedingungslos

zulässig. Das Verfahren werde nach Massgabe von Art. 207 Abs. 1 SchKG eingestellt, bis es nach den konkursrechtlichen Bestimmungen von der Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung, oder durch Gläubiger, die sich die Rechte der Masse nach Art. 260 SchKG abtreten lassen, aufgenommen werde (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 4 zu Art. 41). In Art. 53 Abs. 3 der St. Galler Zivilprozessordnung wird sodann ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Regelung des Parteiwechsels in Fällen der Rechtsnachfolge, die vom Bundesrecht gesetzlich geregelt sind, keine Anwendung findet. Es geht dabei insbesondere um die Rechtsnachfolge im Falle des Konkurses (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 7a zu Art. 53 SG-ZPO). In den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft, deren Prozessgesetze keine Bestimmungen über den Parteiwechsel enthalten, fällt der Parteiwechsel unter die Klageänderung. Dabei gehen aber die Normen des Bundesrechts vor, so z.B. beim Eintritt eines Konkursgläubigers in den Aktiv- oder Passivprozess eines Gemeinschuldners aufgrund einer Abtretung nach Art. 260 SchKG (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 13 N 41 und § 18 N 40). Man kann sich aufgrund dieser Äusserungen in der Lehre durchaus fragen, ob das Bundesrecht nicht überhaupt ausschliesst, den Prozesseintritt des Abtretungsgläubigers an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen, die nicht allgemein für jede Prozesspartei unabhängig von ihrer Stellung als Abtretungsgläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG gelten, sondern einzig an die Tatsache der Abtretung anknüpft. Die Frage mag hier dahin gestellt bleiben, nachdem sich eine Sicherstellung – wie oben erwähnt – schon nach dem Wortlaut von § 21 Abs. 2 ZPO nicht auf diese Bestimmung stützen lässt.

e) Die Voraussetzungen für eine Sicherstellung nach § 43 ZPO sind im vorliegenden Fall – unbestrittenermassen – aber nicht erfüllt. Weder fehlt es dem Beschwerdeführer an einem festen Wohnsitz in der Schweiz, noch ist seine Zahlungsunfähigkeit durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen, noch hat er binnen der letzten fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt oder schuldet er der Gerichtskasse von früher her noch Kosten oder Bussen. Ebenso wenig wurde der Beschwerdeführer vom Beklagten durch Erwirkung einer gerichtlichen Verfügung zur Erhebung der Klage genötigt. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Praxis des Obergerichts hinzuweisen, wonach die Konkursmasse nicht als zahlungsunfähig im Sinne von § 43 Abs. 1 ZPO gilt und demzufolge auch nicht sicherstellungspflichtig ist (vgl. OG 1989/17). Das Gleiche muss auch für den Abtretungsgläubiger gelten, der – wie erwähnt – mit der Abtretung nach Art. 260 SchKG nicht den streitigen Rechtsanspruch, sondern nur die Prozessführungsbefugnis übertragen erhält.

f) Anzumerken bleibt Folgendes: Wenn das Bundesgericht in BGE 105 III 139 ausführt, es sei eine Frage des kantonalen Rechts, ob, wann und in welcher Form der Abtretungsgläubiger den Prozess tatsächlich aufgenommen

men hat, so beziehen sich diese Ausführungen einzig auf die Frage, unter welchen formellen Voraussetzungen ein Prozessrechtsverhältnis zwischen einer Partei und dem Gericht bzw. der Gegenpartei zustande kommt. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer bereits in den Prozess eingetreten ist, mithin ein Prozessrechtsverhältnis begründet wurde. Die Frage der Sicherstellung der Parteientschädigung bestimmt sich zwar im Allgemeinen ebenfalls nach kantonalem Recht, hängt aber nicht mit der Frage des Prozesseintritts zusammen. Insofern lässt sich aus BGE 105 III 139 nichts in Bezug auf die Sicherstellung der Parteientschädigung herleiten.

g) Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nicht zur Sicherstellung der Parteikosten verpflichtet werden kann.

Justizkommission, 30. Dezember 2004

§§ 25, 26 und 27 Abs. 1 ZPO – Die Zulässigkeit der Streitverkündung im summarischen Verfahren ist in der Lehre umstritten. Soweit die Streitverkündung jedoch der Einfachheit und Raschheit des summarischen Verfahrens nicht entgegensteht, ist sie zuzulassen.

Aus den Erwägungen:

1. Wer für den Fall des Unterliegens in einem Rechtsstreit auf einen Dritten zurückgreifen will oder den Anspruch eines Dritten befürchtet, kann diesem unter Angabe der Gründe den Streit verkünden lassen. Der Dritte (Litisdenuziat) ist zu weiterer Streitverkündung berechtigt (§ 26 ZPO). Durch die Streitverkündung erhält der Litisdenuziat das Recht, an der Führung des Streites in der Weise teilzunehmen, dass er entweder dem Streitverkünder bloss Angriffs- und Verteidigungsmittel an die Hand gibt, oder ihm als Nebenintervenient beitrifft oder mit Einwilligung des Streitverkünders als dessen Stellvertreter die Prozessführung übernimmt (§ 27 Abs. 1 ZPO). Der Nebenintervenient hat den Prozess in der Lage aufzunehmen, in der er ihn findet (§ 25 Abs. 1 ZPO). Er ist berechtigt, die Vorträge und Beweisführung der unterstützten Partei zu ergänzen; soweit diese Ergänzungen nicht zu den eigenen Prozesshandlungen der Hauptpartei im Widerspruch stehen, gelten sie als von ihr selbst vorgebracht (§ 25 Abs. 2 ZPO). Die Zulässigkeit der Beteiligung Dritter auf dem Wege der Streitverkündung im summarischen Verfahren ist in der Lehre umstritten. Soweit die Streitverkündung der Einfachheit und Raschheit des summarischen Verfahrens nicht hinderlich ist, besteht jedoch kein vernünftiger Grund, sie nicht zuzulassen.