

2. Zivilrechtspflege

§ 43 Abs. 1 ZPO. – Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers.

Aus den Erwägungen:

1. Nach § 43 Abs. 1 ZPO kann die Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers nur angeordnet werden, wenn sie durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist. Diese Aufzählung ist grundsätzlich abschliessend (vgl. GVP 1977/78, S. 182 ff.). Zahlungsunfähig ist nach Lehre und Rechtsprechung, wer weder über die Mittel verfügt, um fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen (BGE 111 II 206). Aus dem Umstand, dass im zugerischen Recht die Zahlungsunfähigkeit mittels öffentlicher Urkunden nachgewiesen werden muss, ist zu schliessen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers auf einfache und verlässliche Art und Weise abzuklären ist, ob die Voraussetzungen für die Sicherstellung der Parteientschädigung gegeben sind oder nicht. Abgesehen davon, dass damit eine erhöhte Rechtssicherheit für die Parteien geschaffen wird, können dadurch auch langwierige Rechtsstreitigkeiten über dieses Thema vermieden werden. Somit ist es an sich ausgeschlossen, die Zahlungsunfähigkeit der klagenden Partei auch auf weitere, vom Gesetz nicht erwähnte Fälle auszudehnen (JZ 2003/22). In Übereinstimmung dazu erkannte die Justizkommission in dem in der GVP 2003 auf S. 213 f. publizierten Entscheid vom 18. Dezember 2003, mit der eingangs zitierten Bestimmung habe der Gesetzgeber dem Anspruchsberechtigten eine einfache und klare Beweisführung in die Hand geben und andererseits das Gericht von einem aufwendigen Beweisverfahren zur Frage der Zahlungsunfähigkeit entbinden wollen. Dagegen spricht auch nicht, dass nach der Auffassung der Justizkommission in dem von den Beschwerdeführerinnen zitierten Entscheid vom 20. August 1999 (GVP 1999, S. 152 ff.) auf den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit durch die oben erwähnten Urkunden verzichtet werden kann, wenn die zur Sicherstellung der Parteientschädigung verhaltene Partei selbst eingesteht, zahlungsunfähig zu sein. Auch damit wird der ratio legis entsprochen, wonach auf einfache und verlässliche Art und Weise abgeklärt werden kann, ob die Voraussetzungen für die Sicherstellung der Parteientschädigung gegeben sind.

2. a) Im vorinstanzlichen Verfahren machten die Beschwerdeführerinnen in ihrem Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung vom 16. September 2004 geltend, der Beschwerdegegner sei bis über beide Ohren verschuldet und seit Jahren illiquid. So hätten – gemäss dem eingereichten Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes X. – am 1. Juli 2004 gegen den Beschwerdegegner Betreibungen der Ausgleichskasse des Kantons Zug und der Steuerverwaltung des Kantons Zug in der Höhe von CHF 33'974.60

vorgelegen. Ferner nahmen die Beschwerdeführerinnen Bezug auf einen Zeitungsartikel der Neuen Zuger Zeitung vom ..., gemäss welchem ein Kaufmann Anleger um CHF 1 Mio. geschädigt und bis heute noch keinerlei Anstrengungen zur Schadenswiedergutmachung getätigt habe. Dabei handle es sich anscheinend – so die Beschwerdeführerinnen weiter – um den Beschwerdegegner, und es sei nicht anzunehmen, dass die Geschädigten darauf verzichten würden, ihr Geld zurückzufordern. Dem Beschwerdegegner dürften überdies vom Strafgericht Verfahrenskosten in unbekannter Höhe und die Kosten der amtlichen Verteidigung auferlegt worden sein, die bisher nicht bezahlt worden seien. Zudem habe sich der Beschwerdegegner aus dem elterlichen Vermögen CHF 1'033'685.20 auszahlen lassen, rückzahlbar bis spätestens am 31. August 2004. Das Darlehen sei jedoch bislang noch nicht zurückbezahlt worden. Der Beschwerdegegner habe – wie schon im Strafverfahren – geltend gemacht, er sei unfähig, das Geld in nächster Zeit zurückzuzahlen. Ihr Versuch, für diese Schuld eine Bankgarantie zu erhalten, sei gescheitert, da der Beschwerdegegner ihre an ihn gerichteten Briefe mit diesem Inhalt nicht beantwortet habe.

b) Aufgrund dieser Vorbringen hat die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Sicherstellung der Parteientschädigung zu Recht abgewiesen. Die Beschwerdeführerinnen machten weder geltend, dass über den Beschwerdegegner der Konkurs eröffnet worden ist noch wiesen sie nach, dass gegen den Beschwerdeführer ein oder mehrere offene Verlustscheine bestehen. Ferner können sie aus dem von ihnen eingereichten Betreibungsregistrauszug über den Beschwerdegegner nichts zu ihren Gunsten ableiten. So hat die Justizkommission in dem oben zitierten Entscheid Nr. JZ 2003/22 ausgeführt: «Insbesondere taugen Betreibungen, selbst häufige, nicht zum Beweis, wenn sie wegen Rechtsvorschlages des Schuldners weder zu einer Pfändung noch zu einer Konkursandrohung geführt haben (BGE 111 II 207; vgl. dazu auch Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 13 ff. zu § 105 AG-ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 29 f. zu § 73 ZH-ZPO; Leuenberger/Uffertobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 4b zu Art. 276 SG-ZPO; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, N 23 zu § 77 TG-ZPO; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Luzern 1994, N 4 zu § 125 LU-ZPO).» Auch wenn die gegen den Beschwerdegegner in den Jahren 2002 und 2003 in Betreibung gesetzten Forderungen der Ausgleichskasse und der Steuerverwaltung des Kantons Zug begründet gewesen sein dürften, ist zu berücksichtigen, dass diese entweder bezahlt oder nach der Zustellung des Zahlungsbefehls bzw. erfolgtem Rechtsvorschlag nicht weiter verfolgt wurden. Unter diesen Umständen kann der vorliegende Betreibungsregistrauszug offensichtlich nicht als ähnliche Urkunde im Sinne von § 43 Abs. 1 ZPO betrachtet werden. Unbehelflich ist sodann, wenn sich die Beschwerdeführe-

rinnen zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners auf das von A. gewährte Darlehen an den Beschwerdegegner sowie an C. und D. über CHF 1'033'685.20 berufen. Wie erwähnt, kann die in einem Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung behauptete Zahlungsunfähigkeit des Prozessgegners nach § 43 Abs. 1 ZPO nur durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen werden. Ein Darlehensvertrag genügt diesen Anforderungen offensichtlich nicht. Daran ändert auch nichts, dass dieses Darlehen gemäss der im vorinstanzlichen Verfahren erfolgten Darstellung der Beschwerdeführerinnen vom 16. September 2004 trotz Fälligkeit per Ende August 2004 nicht zurückbezahlt worden ist. Soweit die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren geltend machen, der Beschwerdegegner habe zur Ablösung des Darlehens samt Zinsen am 2. November 2004 mit A. einen neuen Darlehensvertrag über CHF 1'090'000.- geschlossen, und damit auf Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners schliessen, handelt es sich um eine neue tatsächliche Behauptung, die die Beschwerdeführerinnen bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten geltend machen können: Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners hat die Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 7. Dezember 2004 über den Abschluss dieses Darlehensvertrags informiert. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt der Schriftenwechsel im erstinstanzlichen Verfahren bereits abgeschlossen war, hat die 1. Abteilung des Kantonsgerichts über das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdeführerinnen erst anfangs Januar 2005 entschieden. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher nicht nur die Möglichkeit gehabt, dieses Novum im erstinstanzlichen Verfahren geltend zu machen. Vielmehr bestand eine entsprechende prozessuale Obliegenheit, weshalb dieses Vorbringen im Beschwerdeverfahren gestützt auf das Novenverbot nicht mehr berücksichtigt werden kann (§ 212 in Verbindung mit § 205 Abs. 1 ZPO). Doch selbst wenn darauf abgestellt werden könnte, ist den Beschwerdeführerinnen damit nicht geholfen. So haben die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Darstellung, der Beschwerdegegner habe das per Ende August 2004 fällig gewordene Darlehen nicht zurückzahlen können, sondern mit der Darlehensgeberin einen neuen Darlehensvertrag schliessen müssen, die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners nicht rechtsgenügend dargelegt. Es liegt – wiederum – keine öffentliche Urkunde vor, aufgrund derer die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners erstellt wäre. Unbeachtlich ist schliesslich die Darstellung der Beschwerdeführerinnen, wonach dem Beschwerdegegner aufgrund seiner Verurteilung des Strafgerichts Verfahrenskosten und die Kosten der amtlichen Verteidigung auferlegt worden seien, die bisher nicht bezahlt worden seien, und er mit Forderungen Geschädigter im Umfang von CHF 1 Mio. rechnen müsse. Zwar räumt der Beschwerdegegner ein, vom Strafgericht verurteilt worden zu sein. Indes machte er geltend – und es ist gerichtsnotorisch –, dass er gegen dieses Urteil Berufung bei der Strafrechtlichen Abteilung des Obergerichts eingereicht hat. Unter diesen Umständen sind diese Forderungen – zumindest einstweilen – nicht

ausgewiesen, weshalb bereits von daher weder die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners abgeleitet werden kann, noch die anderen in § 43 Abs. 1 ZPO erwähnten Gründe für eine Sicherstellung der Parteientschädigung vorhanden sind.

Justizkommission, 12. April 2005

§ 43 Abs. 1 und 3 ZPO – Von der klägerischen Partei, die einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG erlangt hat, kann keine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 43 ZPO kann die Sicherstellung der Parteientschädigung 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 (Abs. 1). Von einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, die sich in Liquidation befindet, oder welcher der Aufschub der Konkurseröffnung bewilligt wurde, kann ebenfalls Sicherheitsleistung verlangt werden (Abs. 3).

2. Der Nachlassrichter des Bezirksgerichts A. hat mit Verfügung vom (...) den von der X. AG vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt (s. KB 2). Die X. AG hat mithin binnen der letzten fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt. Im Weiteren ist zu beachten, dass sich – entgegen der Auffassung der Klägerin – aus dem Wortlaut von § 43 Abs. 1 ZPO kein Ermessen des Richters ergibt, die Sicherstellung der Parteientschädigung zu verfügen oder nicht. Das Wort «kann» bezieht sich lediglich auf die alternative Berechtigung, wonach entweder das Gericht von Amtes wegen oder die Gegenpartei die Sicherstellung verlangen kann. Die Konsequenz ist hingegen eindeutig: Ist eine der Tatbestandsvarianten von § 43 Abs. 1 ZPO erfüllt, muss der Kläger, Intervenient oder Widerkläger auf Antrag der Gegenpartei die Gerichtskosten und die Parteientschädigung sicherstellen (vgl. ROG 1975/76, S. 70). Trotzdem ist das Sicherstellungsbegehren der Beklagten abzuweisen, und zwar aus folgenden Gründen:

2.1 Nach der konstanten Praxis des Kantonsgerichts kann von der Konkursmasse als Prozesspartei weder gestützt auf § 43 Abs. 1 ZPO noch gestützt auf § 43 Abs. 3 ZPO Sicherstellung verlangt werden. Zum einen ist die Konkursmasse – auch wenn unter dieser Bezeichnung lediglich die Gesamt-