

geforderten Kostenvorschusses den von der X. AG momentan prognostizierten Maximalkosten. In Anbetracht dieser Umstände sowie des grossen Ermessens der Referentin bei der Festsetzung von Kostenvorschüssen erscheint die angefochtene Verfügung daher zumindest vertretbar. Aufgrund der beschränkten Kognition der Justizkommission im vorliegenden Beschwerdeverfahren erweist sich die Rüge der Verletzung klarer Prozessvorschriften in diesem Punkt somit als unbegründet. (...)

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 30. September 2010

## 2. Internationales Zivilprozessrecht

§ 43 ZPO. – Der Einleger des Rechtsbehelfs gemäss Art. 36 LugÜ kann nicht zur Sicherstellung der Parteientschädigung im Rechtsbehelfsverfahren verpflichtet werden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 43 Abs. 1 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. Die Bestimmung findet nach konstanter Praxis analog auch im Rechtsmittelverfahren Anwendung, da unter dem Begriff «Kläger» auch der Rechtsmittelkläger zu verstehen ist (JZ 2007 18 E. 2a; JZ 1995 6 E.1; ROG 41/42, S. 76).

1.1.1 Die Beschwerdeführerin wendet gegen das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdegegnerin ein, im vorliegenden Fall sei keine einzige der Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 ZPO erfüllt. Sie macht diesbezüglich zunächst geltend, sie sei im Verfahren vor der Vorinstanz weder Klägerin noch Intervenientin noch Widerklägerin gewesen. Die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung ohne Anhörung der Beschwerdeführerin – superprovisorisch – erlassen. Das heisse, dass die Beschwerdeführerin bis zur Einreichung ihrer Beschwerde gar keine Möglichkeit gehabt habe, sich als Partei am Verfahren zu beteiligen. Da sie weder Klägerin noch Intervenientin noch Widerklägerin sei, müsse die Anwendbarkeit von § 43 Abs. 1 ZPO im vorliegenden Fall bestritten werden.

1.1.2 Das Lugano-Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, ein Vollstreckungsverfahren zur Verfügung zu stellen, welches dem Antragsteller erlaubt, für das im Ursprungsstaat erstrittene Urteil im Vollstreckungsstaat vorerst «überraschend» eine Vollstreckbarerklärung zu erwirken und vorläufig abzusichern, d.h. ohne dass der Schuldner vorgewarnt wird. Dieser wird erst in der zweiten Phase des Vollstreckbarkeitsprozederes angehört (Franz Kellerhals, Umsetzung des Lugano-Übereinkommens ins kantonale Recht, in: ZBJV 128, 1992, S. 79). Hierzu muss er den Rechtsbehelf gemäss Art. 36 LugÜ einlegen. Bei diesem handelt es sich gemäss Art. 37 LugÜ formal um ein Rechtsmittel, welches bei der obersten kantonalen Gerichtsbehörde in Zivil- und Handelssachen einzureichen ist (BGE 125 I 412 ff. E. 1b). Die Funktion des Rechtsbehelfs besteht freilich primär darin, nachträglich den Gehörsanspruch des Schuldners zu erfüllen und diesem mithin die (erstmalige) Stellungnahme zum Vollstreckungsbegehren des Gläubigers zu ermöglichen. Materiell hat er daher den Charakter einer Einsprache gegen die Entscheidung über den Vollstreckungsantrag, mittels welcher das erstinstanzliche Vollstreckungsverfahren, nunmehr unter Einbezug des Schuldners, in der obersten kantonalen Instanz weitergeführt wird. Es handelt sich dabei somit um ein Rechtsmittel *sui generis* (vgl. Daniel Staehelin, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 36 LugÜ, N 15). Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob es sich rechtfertigt eine Partei, die den Rechtsbehelf des Art. 36 LugÜ einlegt, welcher im Kanton Zug die Form der Beschwerde gemäss § 208 ZPO hat, im Einklang mit der vorstehend zitierten Praxis zu § 43 Abs. 1 ZPO als Kläger im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren und als solchen zur Sicherstellung der Parteikosten der Gegenpartei zu verpflichten. Nach der *ratio legis* ist dies zu verneinen. Denn die Sicherstellungspflicht soll den Beklagten davor schützen, dass ihm der Kläger durch die Verfahrenseinleitung Kosten und Schäden verursacht, die er dann später nicht tragen kann oder will. Der Schuldner, welcher den Rechtsbehelf gemäss Art. 36 LugÜ einlegt, tut dies indessen nicht, um ein neues Verfahren einzuleiten, sondern will dadurch vielmehr erstmalig seinen Gehörsanspruch im Vollstreckungsverfahren gemäss Art. 31 ff. LugÜ wahrnehmen. Genau besehen leitet er somit gar kein neues Verfahren ein, sondern nimmt lediglich ein verfassungsmässig garantiertes Verfahrensrecht in einem bereits durch den Gläubiger eingeleiteten Verfahren wahr. Es würde nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, ihm dies durch eine Kautionspflicht hinsichtlich der Parteientschädigung der Gegenpartei zu erschweren. Faktisch bleibt er damit Beklagter trotz seiner formellen Stellung als Rechtsmittelkläger. Aus diesem Grund ist das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdegegnerin abzuweisen.