

*§ 43 Abs. 1 ZPO. – Vom zahlungsunfähigen Kläger kann die Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden. Der Zahlungsunfähige zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um solche handelt es sich bei der im Streite liegenden Forderung und den damit zusammenhängenden Gerichts- und Parteikosten nicht. Allfällige künftige Verbindlichkeiten bei der heute zu beurteilenden Zahlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit können nicht berücksichtigt werden.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beklagte stützt sein Begehren um Sicherstellung der Parteientschädigung auf den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit der Klägerin. Er macht geltend, die Klägerin habe selber mehrmals eingestanden, sie wäre überschuldet und könnte ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen, wenn sie die Urteilsforderung, die Gerichtskosten und die Parteientschädigungen bezahlen müsste. Damit ist nach Auffassung des Beklagten die Zahlungsunfähigkeit der Klägerin nachgewiesen.

3. Gemäss § 43 Abs. 1 ZPO kann die Sicherstellung der Parteientschädigung von Amtes wegen oder auf Antrag der Gegenpartei u.a. dann verlangt werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Klägers durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist.

Unter Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) ist die Unfähigkeit des Schuldners zu verstehen, aus einem nicht nur vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln fällige Geldschulden zu begleichen (Brunner, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N 2 zu Art. 191 SchKG; Isler, Die Kautionspflicht im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1967, S. 26). Der Zahlungsunfähige zeichnet sich demnach dadurch aus, dass er nicht über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um solche handelt es sich bei der im Streite liegenden Forderung und den damit zusammenhängenden Gerichts- und Parteikosten nicht. Es ist vielmehr ungewiss, ob die Klägerin diese Forderungen zu begleichen haben wird. Ob sie dereinst bei einem für sie negativ ausfallenden Urteil in der Lage sein wird, diese Verbindlichkeiten zu erfüllen, lässt sich heute nicht beurteilen. Demnach können allfällige künftige Verbindlichkeiten bei der heute zu beurteilenden Zahlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit nicht berücksichtigt werden (vgl. dazu SJZ 77 [1981], S. 198 ff.). Dass die Klägerin nicht in der Lage ist, ihren fälligen Verpflichtungen nachzukommen, wird vom Beklagten nicht behauptet, geschweige denn bewiesen (Art. 8 ZGB). Auch aus den von der Klägerin ins Recht gelegten Bilanzen per 31. Dezember 2003 und 2002 lässt sich weder auf eine Zahlungsunfähigkeit noch auf eine Überschuldung der Klägerin schliessen. Selbst wenn die Klägerin überschuldet wäre – wie dies der Beklagte anzunehmen scheint – hiesse dies nicht notwendigerweise, dass sie zahlungsunfähig ist, denn Insolvenz ist nicht mit Überschuldung gleichzu-

setzen. Eine Überschuldung wird zwar in der Regel zur Zahlungsunfähigkeit führen, möglich sind indessen Fälle, bei welchen die Überschuldung nicht zur unmittelbaren Zahlungsunfähigkeit führen muss. Andererseits ist Zahlungsunfähigkeit in solchen Fällen möglich, die keine Überschuldung aufweisen (Brunner, a.a.O., N 1 zu Art. 191 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, S. 305).

4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsunfähigkeit der Klägerin nicht nachgewiesen ist. Dies führt zur Abweisung des Kautionsbegehrens.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 20. Juli 2004

*§ 94 f. ZPO, § 208 Ziff. 4 ZPO. – Weist der kantonsgerichtliche Referent ein gegen die von ihm nominierten Gutachter gestelltes Ausstandsbegehren ab und stellt fest, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet hat, handelt es sich dabei um eine Beweisverfügung. Gegen diese Verfügung ist die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben. Die Beschwerde an die Justizkommission nach § 208 Ziff. 4 ZPO ist damit ausgeschlossen.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Es stellt sich vorab die Frage, ob gegen die vorliegende Referentenverfügung die Beschwerde überhaupt zulässig ist. Die Frage ist von Amtes wegen zu prüfen.

a) Mit der angefochtenen Verfügung hat der kantonsgerichtliche Referent einerseits das vom Beschwerdeführer gegen die nominierten Gutachter Prof. D. und Prof. R. gestellte Ablehnungsbegehren abgewiesen und andererseits festgestellt, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den auf den 15. Januar 2004 angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das medizinisch-psychiatrisch-neurologische Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet habe. Beide Entscheidungen sind prozessleitender Natur und beziehen sich auf das Beweisverfahren. Prozessleitende Verfügungen und Beschlüsse der Friedensrichter, des Kantonsgerichtspräsidenten als Einzelrichter und des Kantonsgerichts sind gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO nur in den dort abschliessend aufgezählten Fällen (lit. a-f)