

3.2 Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO

Regeste:

Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO – Als zahlungsunfähig im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erscheint auch der Kläger, über den in Deutschland ein Insolvenzverfahren nach der deutschen Insolvenzordnung (InsO) eröffnet wurde.

Aus den Erwägungen:

5. Die klagende Partei erscheint nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO als zahlungsunfähig, wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, ist der Nachweis der Zahlungsfähigkeit unwiderlegbar erbracht und von einer Kautionspflicht auszugehen (Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 13 – 15; Suter/von Holzen; in Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 27).

6.1 Es ist unbestritten, dass in Deutschland ein Insolvenzverfahren gegen den Beschwerdeführer nach der deutschen Insolvenzordnung (InsO) eingeleitet wurde. Nach § 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Allgemeiner Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 17 InsO). Das Insolvenzverfahren kann auf Antrag des Schuldners auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet werden (§ 18 InsO) und bei juristischen Personen ist ferner die Überschuldung ein Eröffnungsgrund (§ 19 InsO). Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Ist der Schuldner eine natürliche Person, wird er von den im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern befreit (§§ 286 ff. InsO). Die Restschuldbefreiung kann allerdings innert eines Jahres auf Antrag eines Insolvenzgläubigers widerrufen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schuldner seine Obliegenheiten verletzt und dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger erheblich beeinträchtigt hat (§ 303 InsO).

6.2 Aus dem Gesagten erhellt, dass das deutsche Insolvenzverfahren mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in welchem ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geschlossen wird (Art. 293 ff. SchKG), vergleichbar ist. Es stellt sich daher die Frage, ob das deutsche Insolvenzverfahren ebenfalls ein Grund für die unwiderlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit des klagenden deutschen Insolvenzschuldners ist. Nach der Lehre ist die Aufzählung der Gründe, die zur An-

nahme einer Gefährdung zufolge Zahlungsunfähigkeit führen, nicht abschliessend. Sicherheit hat daher auch derjenige Kläger zu leisten, der im Ausland in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren steht (Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, Art. 99 N 6).

(...)

5. Die klagende Partei erscheint nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO als zahlungsunfähig, wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, ist der Nachweis der Zahlungsfähigkeit unwiderlegbar erbracht und von einer Kautionspflicht auszugehen (Rüegg, in: Spühler/Ten-chio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 13 - 15; Suter/von Holzen; in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 27).

6.1 Es ist unbestritten, dass in Deutschland ein Insolvenzverfahren gegen den Beschwerdeführer nach der deutschen Insolvenzordnung (InsO) eingeleitet wurde. Nach § 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Allgemeiner Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 17 InsO). Das Insolvenzverfahren kann auf Antrag des Schuldners auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet werden (§ 18 InsO) und bei juristischen Personen ist ferner die Überschuldung ein Eröffnungsgrund (§ 19 InsO). Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Ist der Schuldner eine natürliche Person, wird er von den im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern befreit (§§ 286 ff. InsO). Die Restschuldbefreiung kann allerdings innert eines Jahres auf Antrag eines Insolvenzgläubigers widerrufen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schuldner seine Obliegenheiten verletzt und dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger erheblich beeinträchtigt hat (§ 303 InsO).

6.2 Aus dem Gesagten erhellt, dass das deutsche Insolvenzverfahren mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in welchem ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geschlossen wird (Art. 293 ff. SchKG), vergleichbar ist. Es stellt sich daher die Frage, ob das deutsche Insolvenzverfahren ebenfalls ein Grund für die unwiderlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit des klagenden deutschen Insolvenzschuldners ist. Nach der Lehre ist die Aufzählung der Gründe, die zur Annahme einer Gefährdung zufolge Zahlungsunfähigkeit führen, nicht abschliessend. Sicherheit hat daher auch derjenige Kläger zu leisten, der im Ausland in einem Kon-

kurs- oder Nachlassverfahren steht (Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, Art. 99 N 6).

6.3 In der Lehre ist umstritten, wie lange die klagende Partei bei einem Nachlassverfahren als unwiderlegbar zahlungsunfähig gilt. Während Suter/von Holzen (a.a.O., Art. 99 N 27) dafür halten, der betroffene Kläger erscheine ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zahlungsunfähig, bis ein Nachlassvertrag abgeschlossen sei, postuliert Rüegg (a.a.O., Art. 99 N 14), entgegen dieser Ansicht ende die Zahlungsunfähigkeit einer Nachlassmasse nicht bei Abschluss des Nachlassvertrags, sondern erst nach dessen Vollzug. Dieser Meinung ist der Vorzug zu geben. Zwar kann nicht übersehen werden, dass nach Abschluss eines Nachlassvertrags die Schuldensituation geregelt ist. Eine Schuldbefreiung tritt hingegen einzig beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ein. Gleichwohl ändert auch hier nichts an der an-gespannten finanziellen Situation des Schuldners. Ein Nachlassvertrag kommt generell nur zustande, wenn nebst der Sanierungsfähigkeit des Schuldners die Interessen der Gläubiger ausreichend gewahrt werden (vgl. Art. 306 SchKG). Der Abschluss des Nachlassvertrags ist denn auch von der Zustimmung der Gläubiger abhängig (Art. 305 SchKG). Das ist unweigerlich mit erheblichen finanziellen Zugeständnissen des Schuldners verbunden, was sich negativ auf die Zahlungsfähigkeit auswirkt. Hinzu kommt, dass jeder Gläubiger beim Nachlassrichter den Widerruf eines auf unredliche Weise zustande gekommenen Nachlassvertrag verlangen kann (Art. 312 SchKG). Damit besteht erst nach Abschluss des Nachlassverfahrens Klarheit über das Schicksal des Nachlassvertrags. Es ist daher angezeigt, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bis zum Abschluss des Nachlassverfahrens anzunehmen. Dies entspricht im Übrigen dem Gesetzeswortlaut, gemäss welchem die klagende Partei zahlungsunfähig erscheint, wenn «ein Nachlassverfahren im Gang ist».

6.4 Laut dem Beschluss des Amtsgerichts Esslingen vom 25. Februar 2014 dauert das Insolvenzverfahren über den Beschwerdeführer noch an und der Beschwerdeführer hat im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht, das Insolvenzverfahren sei inzwischen abgeschlossen. Der Beschwerdeführer steht damit im Ausland in einem Nachlassverfahren, womit er ohne weiteres als zahlungsunfähig im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erscheint. Die Vorinstanz hat ihn daher zu Recht zur Sicherstellung der Parteientschädigung verpflichtet. Die Kautionshöhe von CHF 7'800.- erweist sich angesichts des Streitwerts von rund CHF 50'500.- und des Umstandes, dass die Beschwerdegegnerin anwaltlich vertreten ist, als angemessen (vgl. § 3 ff. der Verordnung über den Anwaltstarif, AnwT).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 10. Juni 2014