

Begehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 145 ZGB, wenn beide Ehegatten an verschiedenen Orten geklagt haben. Damit sollen sich widersprechende Urteile vermieden werden (Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. A., N 4 und 5 zu § 13 ZPO und dort zitierte Entscheide; Bühler/Spühler, a.a.O., N 51 ff. zu Art. 144 ZGB und dort zitierte Entscheide; Lüchinger/Geiser, a.a.O., N 7 f. zu Art. 144 ZGB).

Vorliegend kann von einem Sachzusammenhang im Sinne der zitierten Lehre und Rechtsprechung nicht gesprochen werden. Im Prozess betreffend Änderung des Trennungsurteils geht es um die Frage, ob sich die finanzielle Situation des Klägers seit Erlass des Trennungsurteils vom 4. Dezember 1990 wesentlich und dauerhaft verändert hat, so dass sich eine Reduktion oder gar Aufhebung des Unterhaltsbeitrages an die Beklagte rechtfertigen würde. Im Scheidungsprozess stehen ganz andere Fragen zur Debatte. Dort ist das Vorliegen eines Scheidungsgrundes zu prüfen, und gegebenenfalls sind die Nebenfolgen der Scheidung zu regeln. Die Gefahr, dass in den beiden Prozessen sich widersprechende Urteile gefällt werden könnten, ist völlig ausgeschlossen. Schliesslich ist auch nicht einzusehen, weshalb es dem Kläger, welcher kurz nach Klageeinreichung seinen Wohnsitz in den Kanton Tessin verlegt hat, nicht zumutbar sein sollte, seine Abänderungsklage am Wohnsitz der Beklagten, nämlich beim Bezirksgericht Uster, welches das fragliche Trennungsurteil gefällt hat, einzureichen. Von einem Parallelprozess kann, wie oben dargelegt, nicht die Rede sein. Auch vor Bezirksgericht Uster hätte der Kläger grundsätzlich die Möglichkeit, in Analogie zu Art. 145 ZGB eine vorsorgliche Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge zu beantragen (vgl. Bühler/Spühler, a.a.O., N 91 f. zu Art. 153 ZGB). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Kantonsgericht Zug für die Beurteilung der vorliegenden Klage örtlich nicht zuständig ist. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.

(Kantonsgericht, 9. Juli 1997, i.S. B./B.)

*§ 43 ZPO. – Eine Kollektivgesellschaft gilt nur als zahlungsunfähig im Sinne von § 43 Abs. 1 ZPO, wenn nebst der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auch diejenige sämtlicher Kollektivgesellschaftser feststeht.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Zu prüfen bleibt somit, ob aufgrund der in der Beschwerde erneut geltend gemachten Zahlungsunfähigkeit der Kollektivgesellschaft der Beschwerdegegnerin zur Sicherstellung der Parteikosten zu verpflichten ist.

a) Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, es sei zu bedenken, dass die Kollektivgesellschaft von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ledig-

lich als Quasi-Rechtspersönlichkeit qualifiziert werde. Dies zeige auch die Haftungsregelung, gemäss welcher das Gesellschaftsvermögen primär und das Privatvermögen der Gesellschafter subsidiär hafte. Somit sei bei der Frage der endgültigen Kostentragung einer Parteientschädigung die Zahlungsfähigkeit der Gesellschafter sehr wohl von Bedeutung, auch wenn die Quasi-Rechtspersönlichkeit der Kollektivgesellschaft ihre Partei- und Prozessfähigkeit nicht berühre.

b) Nach Art. 562 OR kann die Kollektivgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden. Obwohl ihr aufgrund dieser Bestimmung Partei- und Prozessfähigkeit zukommt, verneint die herrschende Lehre und Rechtsprechung die Rechtspersönlichkeit der Kollektivgesellschaft. Sie beurteilt diese Rechtsform als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, die in mancher Hinsicht allerdings wie eine juristische Person behandelt wird. Dementsprechend ist auch die Haftungsregelung für Gesellschaftsschulden ausgestaltet: Für die Verpflichtungen der Gesellschaft haftet zunächst einmal das Gesellschaftsvermögen. Dieses Sondervermögen dient gemäss Art. 570 Abs. 1 OR ausschliesslich zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft; private Gläubiger einzelner Gesellschafter können also darauf nicht greifen, sondern nur auf den Anteil, der dem einzelnen Gesellschafter nach Liquidation der Gesellschaft und nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zukommt (Art. 572 OR, ferner Art. 575 und Art. 578 OR). Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht aus, haften subsidiär alle Gesellschafter persönlich, und zwar unbeschränkt und solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen (Art. 568 Abs. 1 OR). Der einzelne Gesellschafter kann für Gesellschaftsschulden jedoch erst dann persönlich belangt werden, wenn er selbst in Konkurs geraten oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist (Art. 568 Abs. 3 OR). Angesichts der subsidiären persönlichen Haftung der Gesellschafter bedarf es keines Minimalhaftungsfonds zugunsten der Gläubiger, wie er durch das Aktienkapital bei der Aktiengesellschaft bzw. das Stammkapital bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sichergestellt werden soll. Aus diesem Grunde stellt das Gesetz auch keine Mindestanforderungen an die richtige und vollständige Erbringung der Einlagen der Gesellschafter. Ebenso wenig besteht – im Gegensatz zu AG und GmbH – eine Kapitalerhaltungspflicht (zum Ganzen Meier- Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7.A., Bern 1993, § 9 N 15, 29 f. u. 31). Aufgrund dieser Haftungsregelung ist die Zahlungsfähigkeit der Kollektivgesellschaft sowohl von der Bonität der Gesellschaft selbst als auch von derjenigen der einzelnen Gesellschafter abhängig. Dementsprechend ist für die Zahlungsunfähigkeit einer Kollektivgesellschaft zu fordern, dass nebst der Gesellschaft auch jeder einzelne Gesellschafter zahlungsunfähig ist. Entsprechend wird der Kollektivgesellschaft gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auch nur zugestanden, wenn die Prozessarmut

sowohl der Gesellschaft als auch sämtlicher Gesellschafter erstellt ist (BGE 116 II 656). Im übrigen finden sich in der Rechtsprechung bei ähnlich gelagerten Fällen Hinweise dafür, dass bei der Prüfung, ob eine Partei zahlungsunfähig und damit zur Sicherstellung der Prozessentschädigung verhalten werden kann, nicht bloss auf den formalen Parteibegriff abzustellen ist. So vertrat die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Ansicht, es sei innerlich gerechtfertigt, eine Liquidationsmasse, die auf sich selbst gestellt sei und hinter der keine unbeschränkt haftbare Einzelperson stehe, zur Prozesskaution zu verpflichten, während auf eine Kautonierung verzichtet werden könne, wenn ein unbeschränkt Haftender vorhanden sei und, wie beizufügen sei, nicht dieser einen Kautionsgrund erfülle (ZR 51 Nr. 154). Noch weiter ging die 1. Abteilung des Amtsgerichts Luzern-Stadt, die eine Kautonierung einer klägerischen AG als zulässig erachtete, die von einem zahlungsunfähigen Einzelaktionär und alleinigen Verwaltungsrat beherrscht wurde, der seit Jahren ab einem Kontokorrentkonto der AG Geldbezüge für den Privatgebrauch tätigte (LGVE 1989 I Nr. 23).

c) Prüft man nach dem Gesagten demnach die Zahlungsfähigkeit des Kollektivgesellschafters M.O., ergeben sich diesbezüglich erhebliche Bedenken. Auch wenn mit den vorhin zitierten Gründen (E. 2.b) aufgrund des Novenverbots (§ 212 i.V.m. § 205 ZPO) der neu eingereichte Auszug aus dem Betreibungsprotokoll nicht berücksichtigt werden kann, ist aufgrund der bereits vor Vorinstanz und in diesem Verfahren – aktualisiert – eingereichten Betreibungsregistrauszüge vom 31. Oktober 1996 und 7. Februar 1997 ersichtlich, dass 1995 und 1996 gegen M.O. aufgrund zahlreicher Betreibungen Sach- und Lohnpfändungen durchgeführt wurden, deren Deckung ungenügend war. Stimmt man der Ansicht der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts zu, dass die Zahlungsunfähigkeit bereits nach durchgeführten Lohnpfändungen vorliegt (ZR 85 Nr. 109), wäre diese bei M.O. offenkundig gegeben. Jedoch braucht nicht abschliessend geklärt zu werden, ob es sich derart verhält. Abgesehen davon, dass vorliegend die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin selbst nicht erstellt ist, ist die zweite Kollektivgesellschaftlerin, Y.O., offenbar in der Lage, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Daran ändert auch nichts, dass sie gemäss dem eingereichten Betreibungsregistrauszug vom 7. Februar 1997 im Jahre 1996 zweimal betrieben worden ist, zumal sich die Betreibung über Fr. 4'674.- durch Zahlung erledigt hat und die Betreibung über Fr. 255.40 nach Zustellung des Zahlungsbefehls nicht fortgesetzt wurde.

4. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die in § 43 Abs. 1 ZPO genannten Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung nicht dargetan hat. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist daher abzuweisen.

(Justizkommission, 27. Juni 1997, i.S. U. AG / O.)