

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-

heit des pfändbaren Vermögens des Gemeinschuldners zu verstehen ist – eine selbständige Partei, die mit dem Gemeinschuldner nicht identisch ist und nicht ohne weiteres als zahlungsunfähig erklärt werden kann. Zum andern besteht, falls die Konkursmasse den Prozess führt, kaum Gefahr, dass Gericht oder Gegner zu Verlust kommen können, weil die Kosten der Prozessführung Massaschulden sind, die vor allen Konkursforderungen zu begleichen sind. Der amtliche Charakter der Konkursverwaltung bietet zudem erhöhte Gewähr, dass bei der Liquidation im Rahmen des Konkurses die Mittel zur Bezahlung der Kosten hängiger Prozesse zurückgestellt werden (vgl. GVP 1987/88, S. 129 f., mit weiteren Hinweisen; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 409, Fn 29; s. auch Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, 11. Kap., N 48, welche darauf hinweisen, dass eine Kautionspflicht der klagenden Konkursmasse zwar nicht bundesrechtswidrig, aber sinnwidrig ist, weil damit die Verfolgung von Masseansprüchen unnötig erschwert wird).

2.2 Die Argumente, die gegen eine Kautionspflicht der Konkursmasse sprechen, gelten auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG. Auch der Liquidationsvergleich stellt, ungeachtet des vertraglichen Elementes, das in der Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger zum Vorschlag des Schuldners zu sehen ist, eine Form der Zwangsvollstreckung dar. Er ist somit ein öffentlich-rechtliches Verfahren und eine abgeschwächte Form des Konkurses, da er zur gesamthaften oder teilweisen Liquidation des Vermögens des Schuldners führt. Auch das den Gläubigern abgetretene Vermögen bildet nach der Bestätigung des Nachlassvertrages eine Masse, mit den weitgehend gleichen Rechten am Vermögen des Schuldners wie eine Konkursmasse. Sie wird aufgrund eines öffentlichen-rechtlichen Auftrages ebenfalls durch besondere Organe vertreten, welche ein öffentliches Amt ausüben (Art. 320 Abs. 3 SchKG). Wie die Konkursmasse hat auch die Nachlassmasse keine Rechtspersönlichkeit. Sie besitzt aber dennoch einige ihrer Befugnisse, insbesondere die Parteifähigkeit im Prozess und in der Betreuung. Die Liquidatoren sind denn auch befugt, solche Klagen anzuheben, welche das Gesetz der Gläubigermasse zugesteht. Dazu gehören Anfechtungsklagen (Art. 331 SchKG) und Verantwortlichkeitsklagen gegen die früheren Organe des Schuldners (Art. 757 OR). Schliesslich gehören auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Kosten der Prozessführung zu den so genannten Masseschulden, die vorrangig, d.h. vor Ausrichtung der Dividenden an die Nachlassgläubiger, aus dem Bruttoergebnis der Liquidation bezahlt werden müssen und somit in der Liquidation privilegiert sind (vgl. Winkelmann und weitere Autoren, in: SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 4 f. zu Art. 317 SchKG, N 11 f. und 34 ff. zu Art. 319 SchKG und N 2 zu Art. 320 SchKG, mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

2.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich – jedenfalls unter dem Aspekt der Kautionspflicht – der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht wesentlich vom Konkurs unterscheidet. Es besteht daher kein Anlass,

die beiden Massen im Prozess unterschiedlich zu behandeln. Auch im vorliegenden Fall sind somit die Voraussetzungen für eine Sicherstellung der Parteientschädigung gemäss § 43 ZPO nicht erfüllt, da die X. AG (als Schuldnerin) nicht mit der Nachlassmasse (als Partei) identisch ist und kaum Gefahr besteht, dass die Beklagte im Falle des Obsiegens zu Verlust kommt. Dementsprechend ist das Sicherstellungsbegehren der Beklagten abzuweisen und ihr Frist zur Einreichung einer Klageantwort anzusetzen.

Kantonsgericht, 25. Juli 2005

*§§ 53 Abs. 1 und 84 Abs. 2 ZPO – Bestreitungslast. Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein substantiiertes Bestreiten der klägerischen Sachvorbringen. Mit Bezug auf das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens ist insbesondere die Einlässigkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Bei den – wie im vorliegenden Fall – von der Verhandlungsmaxime beherrschten Prozessverfahren haben die Parteien die Herrschaft über den Streitstoff, die Tatsachen. Sie sind es, die dem Richter die Tatsachen unterbreiten, über die er zu urteilen hat. Eine Tatsachenerforschung von Amtes wegen findet nicht statt. Die Verhandlungsmaxime schliesst ferner die Herrschaft über die Beweismittel ein. Das bedeutet, dass das Gericht grundsätzlich nur die Beweise erhebt, welche von den Parteien angeboten werden. Über unbestrittene oder zugestandene Tatsachen hat das Gericht nicht Beweis zu erheben (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, S. 166; Habscheid, Schweiz. Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, Rz 538). Die Verhandlungsmaxime ist im zugerischen Zivilprozessrecht in § 53 Abs. 1 ZPO statuiert. Nach dieser Bestimmung ist der Richter bei der Feststellung des streitigen Tatbestandes im Allgemeinen an die Behauptungen und Anträge der Parteien gebunden. Nach dem Verhandlungsgrundsatz hat das Gericht unbestrittene Sachbehauptungen als erwahrt anzunehmen. Aus der Verhandlungsmaxime ergibt sich demzufolge, dass der Prozessgegner der behauptungsbelasteten Partei deren Sachvorbringen zu bestreiten hat, ansonsten das Gericht diese Tatsachenbehauptungen ungeprüft seinem Urteil zugrunde legt: Die nicht behauptungsbelastete Partei trägt die Last zu bestreiten, die Bestreitungslast. Soweit die Kantone in der Ausgestaltung der Sachverhaltsermittlung frei sind, müssen sie auch die Anforderungen bestimmen dürfen, denen das Bestreiten zu genügen hat. Dem kantonalen Prozessrecht ist unbenommen, wirksames Bestreiten von der Erfüllung gewisser Voraussetzungen abhängig