

des Kostenvorschusses verstrichen ist, kann auf die Appellation und die Beschwerde des Beklagten gemäss ständiger Praxis androhungsgemäss nicht eingetreten werden (anstatt vieler: OGE vom 28.4.2000 i.S. M.P. gegen I. GmbH).

**12 § 105 lit. b ZPO; Sicherstellung von Parteikosten**

**Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung während der Hängigkeit des Konkursverfahrens ist beschränkt auf Klagen des Konkursiten; die Konkursmasse ist daher nicht per se sicherstellungspflichtig. Dies schliesst nicht aus, dass die Konkursmasse aus anderen Gründen als zahlungsunfähig erscheint (Erw. 1a).**

**Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse kann gegeben sein, wenn diese vermutlich nicht über genügend Aktiven verfügt, um die Prozesskosten zu decken. Aus der Anordnung des summarischen Konkursverfahrens darf nicht ohne weiteres auf die Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse geschlossen werden (Erw. 1a und b).**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 26. Februar 2001 i.S. Konkursmasse der U. AG in Liquidation gegen R.E.

*Aus den Erwägungen*

1. Gemäss § 105 lit. b ZPO hat eine Partei, die als Kläger oder Widerkläger auftritt, der Gegenpartei für die Parteikosten auf deren Begehren Sicherheit zu leisten, wenn gegen sie ein Konkursverfahren hängig ist, Verlustscheine bestehen oder wenn sie aus anderen Gründen als zahlungsunfähig erscheint. Sicherstellungspflichtig ist grundsätzlich jede natürliche und juristische Person. Das Bundesrecht lässt es zudem zu, auch der Konkursmasse eine Parteikostensicherstellung aufzuerlegen (BGE 105 Ia 252 ff. Erw. 2d; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aarg. Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 2 zu § 105 ZPO).

a) Während der Hängigkeit des Konkursverfahrens ist die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung beschränkt auf Klagen des Konkursiten (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 13a. zu § 105 ZPO).

Unter Konkursit ist nur eine natürliche Person zu verstehen, so dass eine Konkursmasse durch Eröffnung des Konkursverfahrens nicht per se sicherstellungspflichtig wird (LGVE 1998 I Nr. 27). Dies schliesst aber nicht aus, dass die Konkursmasse aus anderen Gründen als zahlungsunfähig erscheint und deshalb die Parteikosten sicherzustellen hat. Die Generalklausel der "Zahlungsunfähigkeit aus anderen Gründen" gestattet, in Fällen, die nicht unter die qualifizierten Tatbestände (hängiges Konkursverfahren, Verlustscheine) fallen, doch eine Sicherstellung anordnen zu können (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 13c. zu § 105 ZPO).

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn die betreffende Partei weder über Mittel noch über Kredite verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die Zahlungsunfähigkeit ist von der Partei zu beweisen, die Sicherheit von der Gegenpartei verlangt (AGVE 1992 S. 86 f.; SJZ 91 [1995] S. 96 ff.). Eine Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse im vorstehenden Sinn kann gegeben sein, wenn diese vermutlich nicht über genügend Aktiven verfügt, um die Prozesskosten zu decken (LGVE 1998 I Nr. 27; RBOG 1991 Nr. 23).

b) Der Beklagte machte im Sicherstellungsgesuch geltend, am 21. Mai 1999 sei gestützt auf die Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle der Klägerin gemäss Art. 729b Abs. 2 OR der Konkurs eröffnet worden. Weiter gab er unter Hinweis auf die Anzeige im Amtsblatt und die Akten des Konkursverfahrens an, dass das summarische Konkursverfahren durchgeführt werde. Die Zahlungsunfähigkeit sei aufgrund des laufenden und summarischen Konkursverfahrens als erwiesen zu betrachten. Weitere Ausführungen zur Zahlungsunfähigkeit der Klägerin machte der Beklagte nicht.

Die Prozesskosten stellen, wie weitere von der Konkursmasse nach Eröffnung des Konkurses eingegangene Verpflichtungen, Masseverbindlichkeiten dar, die aus dem Verwertungserlös der Aktivmasse vorweg zu begleichen sind. Reicht der Erlös des inventarisierten Vermögens voraussichtlich zur Deckung der Kosten aus oder leistet ein Gläubiger Sicherheit, wird das ordentliche Konkursverfahren durchgeführt (Art. 231 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 SchKG). Werden die Kosten des ordentlichen Verfahrens voraussichtlich nicht gedeckt oder sind die Verhältnisse einfach, sind die Bestimmungen

über das summarische Konkursverfahren anwendbar (Art. 231 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG). Dass vorliegend das summarische Konkursverfahren angeordnet wurde, kann somit durchaus in einfachen, rasch überblickbaren Verhältnissen begründet sein. Jedenfalls darf daraus nicht ohne weiteres auf Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse geschlossen werden. Diese ist vielmehr im Verfahren um Sicherstellung vom Antragsteller zu substantiieren und nachzuweisen.

Der Beklagte hat den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der Klägerin nicht erbracht. Insbesondere genügt sein pauschaler Hinweis auf die Durchführung des summarischen Konkursverfahrens und auf die Konkursakten nicht. Er hätte vielmehr darlegen müssen, weshalb beispielsweise die inventarisierten Aktiven zur Deckung der Massekosten nicht ausreichen oder aus welchen Gründen die Konkursverwaltung das summarische Konkursverfahren eröffnet hat. Auch aus der Tatsache der Konkurseröffnung aufgrund einer Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle kann im Übrigen nicht auf Zahlungsunfähigkeit der Klägerin geschlossen werden. Die Überschuldungsanzeige bedeutet nur, dass Aktiven und Passiven in einem Missverhältnis stehen, nicht aber, dass unzureichende Aktiven vorhanden sind, um die Kosten des Konkursverfahrens zu decken.

Die Klägerin kann nach dem Gesagten mangels Nachweises ihrer Zahlungsunfähigkeit nicht zur Sicherstellung der Parteikosten des Beklagten verhalten werden. Ihre Anschlussbeschwerde ist deshalb gutzuheissen.

**13 § 116 ZPO**

**Für die Kostenverteilung bei Gegenstandslosigkeit kann alternativ darauf abgestellt werden, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, wie der Prozess bei materieller Beurteilung mutmasslich ausgegangen wäre oder bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit geführt haben. Hat die Beklagte zwei dieser drei Kriterien zu vertreten und erweist sich das dritte Kriterium als unpraktikabel, so sind sie Prozesskosten der Beklagten aufzuerlegen.**

Aus dem Entscheid des Handelsgerichts vom 4. April 2001 in Sachen C. AG gegen X. Holding AG

*Aus den Erwägungen*

1. Das vorliegende Verfahren ist unstreitig gegenstandslos geworden. Streitig ist lediglich die Kostenverteilung. Gemäss § 116 ZPO entscheidet der Richter bei Gegenstandslosigkeit eines Prozesses nach Ermessen über die Kostentragung. Nach der aargauischen Rechtsprechung zu dieser Bestimmung ist je nach der Lage des Einzelfalles für die Kostenverteilung auf unterschiedliche Kriterien abzustellen; nämlich darauf:

- Welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat.
- Wie der Prozess bei materieller Beurteilung mutmasslich ausgegangen wäre.
- Bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit geführt haben.

(vgl. Bühler, in: Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 1 zu § 116)

Diese drei Kriterien sind alternativ und entgegen der Auffassung der Beklagten nicht kumulativ anzuwenden. Dies bedeutet, dass der Richter sie je nach Sach- und Rechtslage des Einzelfalles unterschiedlich gewichten und dem einen oder anderen Kriterium den Vorrang vor den beiden andern beimessen darf. Zu beachten ist überdies, dass es mitunter schwierig sein kann, den mutmasslichen Prozessausgang verlässlich zu prognostizieren, sei es, dass dies - bei