

S. 20 FN 33; vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 19 zu § 17 ZPO). Es handelt sich damit bei den Bestimmungen, welche die sachliche Zuständigkeit von Arbeits- und Handelsgericht regeln (§§ 362 und 404 ZPO), um teilzwingende Bestimmungen (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 18 der Vorbemerkungen zu §§ 10 - 22 ZPO). Bei der im vorliegenden Fall zu beurteilenden Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit (sachliche Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten als Einzelrichter einerseits und des Bezirksgerichts andererseits) darf eine vergleichbare teilzwingende Natur von §§ 11 und 12 ZPO jedenfalls mangels anders lautender Hinweisen im Gesetz oder den Gesetzesmaterialien nicht angenommen werden, dies umso weniger, als im Verhältnis von Gerichtspräsident und Bezirksgericht beliebige Zuständigkeitsverschiebungen denkbar sind, die es, weil die Schaffung der Zuständigkeitsordnung Sache des Gesetzgebers ist, von vornherein zu verhindern gilt. Wegen der zwingenden Natur der sachlichen Zuständigkeit scheiden per analogiam bestimmte sachliche Zuständigkeiten aus, zumal mit § 12 Abs. 2 ZPO, wonach das Bezirksgericht alle Streitsachen erledigt, für die kein anderes Gericht zuständig ist, dem Auftreten von Lücken in der Zuständigkeitsordnung vorgebeugt wird (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 2 zu § 12 ZPO).

e) Es ist daher zusammenfassend festzustellen, dass die sachliche Zuständigkeit für Abänderungsklagen gegen Scheidungsurteile gemäss § 12 Abs. 2 ZPO auch nach Einführung von § 11 lit. c und d ZPO ausschliesslich beim Bezirksgericht liegt.

## 12 § 105 lit. b ZPO

**Sicherstellung der Parteikosten im Verfahren gegen eine Kommanditgesellschaft. Damit der Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit bejaht und die Sicherstellung der Parteikosten gemäss § 105 lit. b ZPO angeordnet werden kann, muss die Insolvenz im kautionsrechtlichen Sinne sowohl auf Seiten der Gesellschaft als auch auf Seiten des Komplementärs gegeben und nachgewiesen sein.**

Aus der Verfügung des Instruktionsrichters des Handelsgerichts vom 9. April 2002

### *Aus den Erwägungen*

1. a) Die Gesuchstellerin beruft sich auf den Kautionsgrund von § 105 lit. b ZPO. Danach ist eine als Kläger oder Widerkläger auftretende Partei zur Sicherstellung der Parteikosten der Gegenpartei verpflichtet, wenn gegen sie ein Konkursverfahren hängig ist, Verlustscheine bestehen oder wenn sie aus anderen Gründen als zahlungsunfähig erscheint. Die Gesuchstellerin macht Zahlungsunfähigkeit der Gesuchsgegnerin im Sinne dieser Bestimmung geltend.

b) Zahlungsfähig ist, wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen (BGE 111 II 206 Erw. 1). Dabei ist allein die aktuelle ökonomische Situation des Sicherstellungspflichtigen von Belang und es darf nicht darauf abgestellt werden, ob er nach Prozessbeendigung mutmasslich in der Lage sein wird, die Prozesskostenersatzforderung der obsiegenden Gegenpartei zu bezahlen (Bühler, in: Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 13 zu § 105; SJZ 1981 Nr. 33 S. 200 Erw. 3 und 4). Zahlungsunfähigkeit im kautionsrechtlichen Sinne darf nicht leichthin angenommen werden, weil andernfalls der Justizgewährungsanspruch (Art. 29a BV) unverhältnismässig erschwert wird. Sie kann in der Regel nur bejaht werden, wenn sie durch feststellbare Rechtsakte des Betreibungsrechts ausgewiesen ist (BGE 111 II 207 Erw. 1; SJZ 1981 Nr. 33 S. 199 Erw. 2; Kasuistik bei Bühler, a.a.O., N 15 zu § 105).

2. Bei einer Kommanditgesellschaft stellt sich die Frage, ob bereits die Zahlungsunfähigkeit des oder der unbeschränkt haftenden Gesellschafter (Komplementäre) genügt, um auch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu bejahen und umgekehrt. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus der rechtlichen Struktur der Kommanditgesellschaft.

a) Die Kommanditgesellschaft ist eine vertragliche Vereinigung zweier oder mehrerer natürlicher oder juristischer Personen zum Zwecke des Betriebes eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes unter einer gemeinsamen Firma und mit unbeschränkter Haftung wenigstens eines Mitgliedes (Komplementär) sowie auf die Kommanditsumme beschränkter Haftung der anderen Mitglieder (Kommanditäre) [Art. 594 Abs. 1 OR]. Unbeschränkt haftende Mitglieder können nur natürliche Personen sein (Art. 594 Abs. 2 OR). Die Kommanditgesellschaft ist unter ihrer Firma handlungs-, prozess- und betreibungsfähig (Art. 602 OR), wodurch sich im Aussenverhältnis eine Annäherung an das Recht der juristischen Personen ergibt. Das ändert aber nichts daran, dass die Kommanditgesellschaft keine Rechtspersönlichkeit besitzt, d.h. kein selbständiges, von den Gesellschaftern unabhängiges Rechtssubjekt ist. Vielmehr ist sie wie die Kollektivgesellschaft und die einfache Gesellschaft eine Personengesellschaft mit gesamthandschaftlichem Charakter. Entgegen dem äusseren Anschein sind somit allein die Gesellschafter zu gesamter Hand und nicht die Kommanditgesellschaft Träger aller Rechte und Pflichten der Gesellschaft (BGE 116 II 655 Erw. 2d; Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des Gesellschaftsrechts, 8. A., Bern 1998, § 14 Rz 16 und § 2 Rz 59). Verglichen mit der einfachen Gesellschaft besteht die Besonderheit der (Kollektiv- und) Kommanditgesellschaft darin, dass das Gesellschaftsvermögen ein Sondervermögen darstellt, das vom Privatvermögen der Gesellschafter losgelöst ist. Die Gesellschaftsgläubiger haben Anspruch darauf, daraus unter Ausschluss der Privatgläubiger befriedigt zu werden (Art. 613 Abs. 1 OR). Im Vergleich zur Kollektivgesellschaft besteht die Besonderheit der Kommanditgesellschaft darin, dass nur der oder die Komplementäre persönlich und solidarisch mit ihrem ganzen Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden haften, während die Haftung des Kommanditärs auf seine Kommanditsumme beschränkt ist. Die unbeschränkte Haftung des oder der Komplementäre ist allerdings (gleich wie diejenige der Kollektivgesellschaftler) eine subsidiäre. D.h., der Komplementär kann für Gesellschaftsschulden erst persönlich in Anspruch genommen werden, wenn die Belangbarkeitsvoraussetzungen von Art. 604 OR erfüllt sind. Diese liegen dann vor,

wenn die Gesellschaft entweder erfolglos betrieben worden oder aufgelöst ist. Gründe für die Auflösung der Kommanditgesellschaft bilden u.a. der Konkurs der Gesellschaft (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 574 Abs. 1 Satz 1 OR), der Konkurs oder die Pfändung des Liquidationsanteils eines Komplementärs (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 575 OR) und der Konkurs oder die Pfändung des Liquidationsanteils eines Kommanditärs (Art. 619 Satz 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 575 OR).

Primäres Haftungssubstrat für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bildet somit das Gesellschaftsvermögen. Das Privatvermögen des Komplementärs haftet den Gesellschaftsgläubigern erst, wenn die Kommanditgesellschaft erfolglos betrieben worden ist oder die Gesellschaft oder ein Gesellschafter in Konkurs gefallen oder ihr Liquidationsanteil gepfändet worden ist.

b) Konsequenz der dargelegten rechtlichen Struktur der Kommanditgesellschaft ist, dass die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft noch nicht bedeutet, dass die Forderungen eines Gesellschaftsgläubigers uneinbringlich sind. Das ist vielmehr erst der Fall, wenn auch die subsidiäre Haftung des Komplementärs versagt, d.h. auch dieser zahlungsunfähig geworden ist. Der Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit kann daher für die Gesellschaft nur bejaht werden, sofern Insolvenz im kautionsrechtlichen Sinne sowohl auf Seiten der Gesellschaft als auch auf Seiten des Komplementärs gegeben und nachgewiesen ist. Umgekehrt genügt aber kautionsrechtliche Insolvenz auf Seiten eines Komplementärs (oder Kommanditärs) noch nicht ohne weiteres, um auch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu bejahen. Denn erst die Konkurseröffnung über den Komplementär (oder Kommanditär) bildet die Grundlage für die Auflösung der Gesellschaft sowie als Folge davon für ihre Liquidation (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 582 OR) und damit für die Belangung des Komplementärs für Gesellschaftsschulden. Die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft kann indessen durch Befriedigung der Konkursmasse des Komplementärs (oder Kommanditärs) oder des betreibenden Gläubigers abgewendet werden (Art. 619 i.V.m. Art. 575 Abs. 3 OR). Abgesehen davon kann selbst eine aufgelöste Kommanditgesell-

schaft in der Lage sein, im Rahmen der Liquidation die vorhandenen Gesellschaftsschulden zu befriedigen.

c) Zusammenfassend kann somit gesagt werden, die Zahlungsunfähigkeit eines Komplementärs beinhaltet nicht notwendigerweise auch diejenige der Kommanditgesellschaft, während umgekehrt deren Zahlungsunfähigkeit auch diejenige des oder der Komplementäre voraussetzt. Mit Bezug auf die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft verhält es sich nicht anders als bei anderen Gesamthandschaften wie zum Beispiel bei Erbengemeinschaften (Art. 602 Abs. 1 ZGB), einfachen Gesellschaften (Art. 544 Abs. 1 OR) oder Gesamteigentümern (Art. 652 ZGB). Prozessrechtlich sind sie stets nur als notwendige Streitgenossen handlungsfähig. Bei solchen Gesamthandschaften kann daher eine Kautionspflicht stets nur bejaht werden, wenn für jeden der Streitgenossen ein Kautionsgrund gegeben ist (BGE 109 II 271 f. Erw. 2; Bühler, a.a.O., N 3 zu § 105).

3. Im vorliegenden Fall bedeutet demgemäss der Umstand, dass durch das Betreibungsamt A. am 26. August 1998 gegenüber dem Komplementär der Gesuchsgegnerin ein Verlustschein über Fr. 961'926.50 ausgestellt worden und damit für seine Person der Kautionsgrund von § 105 lit. b ZPO verwirklicht worden ist, nicht, dass dasselbe auch für die Gesuchsgegnerin selbst gilt. Vielmehr muss für sie selbst ein Kautionsgrund ebenfalls nachgewiesen sein. Davon kann keine Rede sein. Nicht nur sind gegenüber der Gesuchsgegnerin weder Verlustscheine noch andere Betreuungsurkunden ausgestellt worden, welche ihre Zahlungsunfähigkeit indizieren könnten. Aus der vorgelegten Erfolgsrechnung für das Jahr 2001 ergibt sich überdies, dass sie in den ersten acht Monaten ihrer Geschäftstätigkeit einen Bruttoumsatz von fast 1,5 Mio. und einen Nettogewinn von Fr. 32'647.-- erwirtschaftet hat. Die Gesuchsgegnerin ist daher jedenfalls im heutigen Zeitpunkt eine vorbehaltlos aufrechtstehende Schuldnerin.

**13 § 112 f. ZPO.**

**Ergeht in einem Verfahren wegen fehlender Prozessvoraussetzung (in casu Rechtshängigkeit einer identischen Klage im internationalen Verhältnis) ein Nichteintretensentscheid, findet die Ausnahmeregelung von**