

### III. Zivilprozessrecht

#### A. Zivilprozessordnung

- 4    **§ 105 lit. b ZPO. Sicherstellung der Parteikosten.**  
**Für die Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit der klagenden Partei ist (auch bei einer klägerischen Konkursmasse) auf den Zeitpunkt des Gesuchs um Sicherstellung der Parteikosten abzustellen.**

Aus dem Entscheid der 4. Zivilkammer des Obergerichts vom 6. Juni 2007 in Sachen G. AG im Konkurs gegen G.B. et al.

#### *Aus den Erwägungen*

2. Die Beklagten werfen der Vorinstanz vor, der angefochtene Entscheid widerspreche der Praxis des Obergerichts des Kantons Aargau, da er für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse auf deren jetzige ökonomische Situation und nicht darauf abstelle, wie sich diese nach Abschluss des Konkursverfahrens darstelle. Sie vertreten die Auffassung, Zahlungsunfähigkeit liege vor, wenn nach Abzug aller möglichen vorab zu tilgenden Massaschulden, zu denen auch Prozessentschädigungen gehörten, von den Konkursaktiven kein Überschuss mehr verbleibe (Appellation S. 5), und stützen sich dabei auf den Entscheid in den AGVE 2001 Nr. 12 S. 53 ff. bzw. auf den darin zitierten Entscheid in den LGVE 1998 I Nr. 27 S. 56 ff.

2.1. Vor Obergericht unbestritten ist, dass der klägerischen Konkursmasse grundsätzlich eine Parteikostensicherstellung auferlegt werden kann, dass dies aber nicht bereits deshalb geschehen darf, weil gegen den Konkursiten ein (summarisches) Konkursverfahren hängig ist, sondern erst dann, wenn die Konkursmasse aus anderen Gründen zahlungsunfähig erscheint (§ 105 lit. b ZPO; Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 13a zu § 105; AGVE 2001 Nr. 12 S. 53).

2.2. Bereits aufgrund des Gesetzeswortlauts von § 105 lit. b ZPO ist für die Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit der klagenden Partei auf den Zeitpunkt des Gesuchs um Sicherheitsleistung für die Parteikosten und nicht auf einen zukünftigen Zeitpunkt abzustellen. Dies muss auch deshalb so sein, weil nur der aktuelle Stand der finanziellen Situation der klagenden Partei und nicht ein mutmasslicher zukünftiger mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann. Schliesslich folgt das auch aus der Definition der Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsunfähig ist, wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 14 zu § 105 mit Hinweisen). Da diese Definition der Zahlungsunfähigkeit auf den Begriff der Fälligkeit abstellt, ergibt sich ohne weiteres, dass zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit allein die derzeitige ökonomische Lage der klägerischen Partei von Belang sein und es nicht darauf ankommen kann, ob sie nach Prozessbeendigung bzw. nach Abschluss des Konkursverfahrens mutmasslich in der Lage sein wird, die Parteikostenersatzforderung der Gegenpartei zu bezahlen (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O.). Entgegen der Meinung der Beklagten lässt sich aus dem Entscheid in den AGVE 2001 Nr. 12 S. 53 nichts Gegenteiliges im Sinne einer neuen Praxis des Obergerichts ableiten. Die Zahlungsunfähigkeit wird in diesem Entscheid genau gleich definiert wie allgemein üblich und wenn ausgeführt wird, eine Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse im vorstehenden Sinn könne gegeben sein, wenn diese vermutlich nicht über genügend Aktiven verfüge, um die Prozesskosten zu decken, kann dies deshalb nicht bedeuten, dass auch mutmasslich anfallende zukünftige Massschulden bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse zu berücksichtigen sind. Das lässt sich auch nicht auf den in diesem Entscheid gemachten Hinweis auf den Entscheid in den LGVE 1998 I Nr. 27 stützen. Das Zitat steht nach der Definition einer Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse und bezieht sich daher ganz offensichtlich auf die Definition der Zahlungsunfähigkeit im zitierten Entscheid, wo ausgeführt wird, gemäss feststehender Praxis des Obergerichts des Kantons Luzern gelte eine Partei als zahlungsunfähig im Sinne der Bestimmung über die

Kostensicherungspflicht, wenn ihre Aktiven wahrscheinlich nicht ausreichen werden, die Gegenpartei gemäss Urteilspruch zu entschädigen, und kann nicht als Übernahme der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern aufgefasst werden, wonach eine Partei zahlungsunfähig ist, wenn nach Abzug aller möglichen vorab zu tilgenden Massschulden, zu denen auch Prozessentschädigungen gehören, kein Überschuss übrig bleibt, zumal mit dem Ausdruck "alle möglichen, vorab zu tilgenden Massschulden" nicht mit Sicherheit das gemeint ist, was die Beklagten daraus entnehmen wollen, nämlich alle möglichen "mutmasslichen" Massschulden. Vor allem aber wird in dem in den AGVE 2001 Nr. 12 S. 53 ff. publizierten Entscheid nicht nur der Entscheid in den LGVE 1998 I Nr. 27, sondern auch der Entscheid in den RBOG 1991 Nr. 23 S. 110 ff. zitiert, welcher die Auffassung der Beklagten nicht stützt. Dort wird im Gegenteil und zu Recht ausgeführt, der Begriff der sonstigen Zahlungsunfähigkeit dürfe nicht extensiv ausgelegt werden, vielmehr bedürfe es konkreter Hinweise darauf, dass es der zu kautonierenden Partei in letzter Zeit effektiv nicht möglich gewesen wäre, eine Schuld vollumfänglich zu decken.

2.3. Zahlungsunfähigkeit bedeutet somit die Unfähigkeit, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, und der Nachweis, dass die Klägerin dazu nicht in der Lage ist, kann nicht dadurch erbracht werden, dass zu beweisen versucht wird, dass deren Aktiven dereinst nach Abschluss des Prozesses bzw. des Konkursverfahrens nicht zur Deckung der Prozesskosten bzw. Massaverbindlichkeiten ausreichen werden. Es lässt sich zur Zeit noch gar nicht abschätzen, wie hoch die Aktiven der Klägerin bzw. die Massaverbindlichkeiten dann sein werden. Obsiegt die Klägerin etwa im vorliegenden Prozess gegen die Beklagten, werden ihre Aktiven zunehmen und Prozesskosten bei ihr nicht anfallen. Es darf mit anderen Worten nicht von einem zukünftigen rein hypothetischen Zustand ausgegangen und von diesem auf die Gegenwart geschlossen werden (SJZ 1981 Nr. 33 S. 200 Erw. 4), sondern es müssen konkrete Anhaltspunkte vorgelegt werden, dass die klagende Partei zahlungsunfähig, das heisst derzeit nicht in der Lage ist, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen (Entscheid der 4. Zivilkammer des Obergerichts vom 23. Oktober 2006

[ZOR.2006.93] Erw. 2.4). Da durch die Sicherstellungspflicht der Zugang zu den Gerichten nicht unnötig erschwert werden soll, darf Zahlungsunfähigkeit nicht leichtthin angenommen werden (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 14 zu § 105). Es ist vielmehr in jedem Fall der konkrete Nachweis der Zahlungsunfähigkeit nötig, welcher von jener Partei zu erbringen ist, welche die Sicherheit von der Gegenpartei verlangt (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 2 zu § 109). Die Beklagten haben also den konkreten Nachweis zu erbringen, dass die Klägerin derzeit nicht in der Lage ist, fällige Verbindlichkeiten der Masse zu erfüllen.

**5 § 321 Abs. 1 ZPO, Art. 84 Abs. 2 SchKG. Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren.**

**Auch im summarischen Rechtsöffnungsverfahren kann vom Gläubiger nicht verlangt werden, zu Einwendungen des Schuldners, mit welchen er nicht rechnen konnte bzw. musste, bereits im Rechtsöffnungsbegehren Stellung zu nehmen, und es ist ihm daher im Beschwerdeverfahren Gelegenheit dazu zu geben, sofern er dies nicht schon mit Replik im erstinstanzlichen Verfahren tun konnte.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 21. August 2007 in Sachen S.H.-H. gegen G.J.H.-H.

*Aus den Erwägungen*

1.1 Gemäss Art. 84 Abs. 2 SchKG gibt der Richter des Betreibungsorts, welcher über Gesuche um Rechtsöffnung entscheidet, dem Betriebenen sofort nach Eingang des Gesuchs Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme und eröffnet danach innert fünf Tagen seinen Entscheid. Die Parteien haben deshalb ihre Behauptungen und Beweismittel mit dem Rechtsöffnungsbegehren bzw. der Stellungnahme vorzubringen und sind damit im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen, sofern sie nicht darlegen, dass sie diese