

8 Zivilprozess, Sicherstellung der Parteikosten

Die Zahlungsunfähigkeit einer Aktiengesellschaft lässt sich nicht daraus ableiten, dass ihr einziger Verwaltungsrat früher auch alleiniger Verwaltungsrat und Hauptaktionär einer konkursiten Gesellschaft gewesen ist.

Auszug aus der Verfügung des Instruktionsrichters des Handelsgerichts vom 5. März 2004 in Sachen Z. AG gegen MC. AG

Aus den Erwägungen

4. Die Gesuchstellerin will die Zahlungsunfähigkeit der Gesuchsgegnerin aus der Tatsache ableiten, dass die konkursite MT. AG vom gleichen Alleinverwaltungsrat geführt worden ist wie die Gesuchsgegnerin selbst und es sich bei diesem überdies wiederum um den Alleinaktionär der Gesuchsgegnerin handle. Letzteres wird von der Gesuchsgegnerin allerdings bestritten.

a) Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die Zahlungsunfähigkeit muss damit grundsätzlich in ihrer Person begründet sein. Dagegen reicht nach der Rechtsprechung die Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters nicht aus, um die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu begründen (KassGer ZH, SJZ 1995, 96 ff.; für die Kollektivgesellschaft HGer AG, AGVE 2002, 60 ff.). Umso weniger lässt sich die Zahlungsunfähigkeit der Gesuchsgegnerin aus dem Umstand ableiten, dass ihr einziger Verwaltungsrat auch alleiniger Verwaltungsrat und Hauptaktionär einer Aktiengesellschaft war, die in Konkurs gefallen ist (so auch BGE 111 II 206 Erw. 3). Die gegenteilige Ansicht hätte zur Folge, dass es dem Verwaltungsrat einer konkursiten Aktiengesellschaft nicht mehr möglich wäre, als Exekutivorgan einer neuen Aktiengesellschaft tätig zu sein, ohne diese dem andauernden Makel der Zahlungsunfähigkeit auszusetzen. Zahlungsunfähigkeit bedeutet eben mehr und etwas anderes als mangelnde Kreditwürdigkeit.

b) [...]

5. Aus diesen Gründen kann der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der Gesuchsgegnerin im vorliegenden Fall nicht als geleistet

gelten. Das Gesuch um Sicherstellung der Parteikosten der Gesuchstellerin im Hauptprozess ist abzuweisen.

9 § 321 Abs. 1 und 3 ZPO.

Novenrecht bezüglich zivilrechtlicher Einwendungen. Auch im Falle einer zivilrechtlichen Einwendung wie Erfüllung, welche als eine Frage der Rechtsanwendung in jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten ist, müssen die dafür erforderlichen Tatsachen, d.h. tatsächlichen Behauptungen und Beweismittel, wie bei den zivilrechtlichen Einreden rechtzeitig vorliegen, andernfalls sie vom Novenverbot erfasst werden und die zivilrechtliche Einwendung deshalb nicht geprüft werden kann (Präzisierung der Rechtsprechung zu AGVE 1996 Nr. 20 S. 69 ff.).

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 19. Mai 2004 in Sachen Z. F. GmbH gegen C. B.

Aus den Erwägungen

1. Gemäss § 321 Abs. 1 ZPO können in der schriftlichen Begründung von Appellation und Anschlussappellation sowie in der Antwort auf diese neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden, wenn eine Partei dartut, dass sie diese im erstinstanzliche Verfahren nicht mehr hat vorbringen können. Einer Partei, die vor erster Instanz säumig war, steht dieses Recht nicht zu (§ 321 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

Der Beklagte reichte trotz zweimaliger Aufforderung durch den Gerichtspräsidenten keine Klageantwort ein, d.h. er blieb vor erster Instanz säumig. Ihm steht deshalb das Recht, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, d.h. tatsächliche Behauptungen und Bestreitungen, Beweismittel, Beweisanträge und Beweiseinreden sowie zivilrechtliche Einreden und Gestaltungsrechte (Bühler, Das Novenrecht im neuen Aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich 1986, S. 80) im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, nicht zu. Sinngemäss macht er mit Appellation (zumindest teilweise) Erfüllung geltend. Dabei handelt es sich um eine zivilrechtliche Einwendung, welche zivilrecht-