

## **SO\_GERICHTE ZKREK.2002.204 vom 7. August 2002**

SO Obergericht, 2002-08-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKREK.2002.204](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKREK.2002.204)

FR: SO\_GERICHTE ZKREK.2002.204 du 7 août 2002

IT: SO\_GERICHTE ZKREK.2002.204 del 7 agosto 2002

### **Regeste**

Eine Konkursmasse hat für die Parteikosten des Prozessgegners keine Sicherheit zu leisten.

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

a) Die Kautionspflicht der Konkursmasse wird vom kantonalen Prozessrecht geregelt. Das SchKG (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1) enthält dazu keine Vorschriften (BGE 105 Ia 252). Namhafte Autoren erachten eine Kautionspflicht der Konkursmasse als sinnwidrig, weil sie die Verfolgung von Masseansprüchen unnötig erschwere (Max Guldener: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 409; Oscar Vogel: Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1997, 11. Kap., Rz 48). Auch das Bundesgericht hat sich kritisch zur Kautionspflicht der Konkursmasse geäußert (BGE 87 I 147), erachtete eine solche trotz ihrer unerwünschten Folgen jedoch nicht als bundesrechtswidrig (BGE 105 Ia 254).

b) Aus dem Wortlaut der solothurnischen ZPO lässt sich nicht herleiten, ob auch die Konkursmasse zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet werden kann. Im Kanton Basel-Landschaft, wo die Kautionspflicht an eine nachgewiesene Zahlungsunfähigkeit des Klägers geknüpft wird, wofür u.a. dessen Konkurs als schwerwiegendes Indiz gilt, entfällt für die inländische Konkursmasse die Kautionspflicht (Adrian Staehelin / Thomas Sutter: Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 15 Rz 18). Das aargauische Zivilprozessrecht nennt zunächst u.a. ein hängiges Konkursverfahren als Voraussetzung einer Sicherheitsleistung und fügt dem die Generalklausel der Zahlungsunfähigkeit aus anderen Gründen hinzu. Eine Sicherstellungspflicht der Konkursmasse kann nur bestehen, wenn deren Zahlungsunfähigkeit konkret nachgewiesen ist (Kurt Eichenberger: Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, Aarau/Frankfurt a.M. 1987, § 115 N 4). Die zürcherische Zivilprozessordnung hingegen hat in § 73 Ziff. 7 ZPO ausdrücklich eine Sicherstellungspflicht der klagenden Konkursmasse statuiert. Nach alt § 59 Ziff. 2 ZH-ZPO begründete eine Konkursöffnung innert der letzten

#### **E. 5**

dieser Bestimmung eine juristische Person oder Handelsgesellschaft, die sich in Liquidation befand, einer solchen Pflicht unterstellte (heute § 73 Ziff. 5). Nach der Rechtsprechung dazu war die Konkursmasse nach alt § 59 Ziff. 2 ZH-ZPO nicht kautionspflichtig, konnte dies aber nach alt § 59 Ziff. 5 ZH-ZPO sein (Zusammenfassung der Praxis in ZR 1976, Nr. 32; Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 40 zu § 73 ZPO). Den letzteren Entscheid hat das Bundesgericht wieder umgestossen und eine Kautionspflicht verneint (BGE 85 I 140). Die Zivilprozessordnung des Kantons Bern setzt für eine Sicherstellungspflicht den Nachweis

der Zahlungsunfähigkeit voraus, welcher durch eine Konkursöffnung erbracht wird (Art. 70 Abs. 1 Ziff. 2). Diese Kautionspflicht trifft die klagende Konkursmasse nicht (Georg Leuch/Omar Marbach/Franz Kellerhals: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 1a zu Art. 70 ZPO).

c) Ein rechtsvergleichender Blick auf die Ordnung verschiedener anderer Kantone zeigt, dass eine Konkursmasse als solche nirgends zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist. Dafür bedarf es entweder zusätzlicher Voraussetzungen oder einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Wo - wie im Kanton Zürich - eine solche besteht, fehlt es anders als im Kanton Solothurn an einer allgemeinen Vorschusspflicht für die Gerichtskosten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 73 ZPO), so dass hier das Sicherungsbedürfnis grösser sein dürfte. Ein Anlass, § 96 lit. b ZPO extensiv auszulegen, ist daher nicht ersichtlich, zumal bereits in SOG 1981 Nr. 2 eine restriktive Auslegung postuliert wurde. Zudem lehnt sich der Wortlaut dieser Bestimmung offensichtlich an die bernische Zivilprozessordnung an (a.a.O.). Dem ist auch in der Auslegung zu folgen.

d) Auch für eine schweizerische Konkursmasse besteht nach § 96 lit. b ZPO somit keine Kautionspflicht. Die Argumentation der Beklagten, die von einer Ungleichbehandlung einer inländischen und einer ausländischen Konkursmasse ausgeht und deshalb eine Gesetzeslücke erkennt, geht schon im Ansatz fehl.

Obergericht Zivilkammer, Urteil vom 07. August 2002 (ZKREK.2002.204)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.