

**Art. 119 Abs. 2 und Art. 126 ZPO; Art. 17 Abs. 1 der Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht. Sicherstellung der Prozessentschädigung** (Verfügung des Obergerichtspräsidenten Nr. 91/2001/49 vom 8. August 2001 i.S. S. GmbH in Gesamtvollstreckung).

*Der Kautionsgrund des fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz (Art. 119 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO) gilt nicht für Parteien mit Sitz bzw. Wohnsitz in Deutschland (E. 1a).*

*Der Kautionsgrund der Konkurseröffnung (Art. 119 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO) betrifft nur den Gemeinschuldner, der persönlich prozessiert; dagegen ist die als eigenständige Partei auftretende Konkursmasse unter diesem Titel nicht kautionspflichtig. Dies gilt angesichts der vergleichbaren Verhältnisse auch für eine deutsche GmbH, die sich im Gesamtvollstreckungsverfahren befindet (E. 1b).*

*Der Kautionsgrund der Liquidation (Art. 119 Abs. 2 Ziff. 3 zweiter Teil ZPO) bezieht sich nicht auf die zwangsweise (konkursrechtliche) Liquidation, sondern auf die freiwillige oder ordentliche Liquidation (E. 1c).*

*Der Kautionsgrund der offenkundigen Mittellosigkeit (Art. 119 Abs. 2 Ziff. 3 erster Teil ZPO) besteht nicht, wenn eine als Partei auftretende Konkursmasse freies Massevermögen aufweist (E. 1d).*

#### *Aus den Erwägungen:*

1.– Gemäss Art. 119 Abs. 2 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 (ZPO, SHR 273.100) kann das Gericht vom Kläger und Widerkläger sowie demjenigen, der ein Rechtsmittel ergreift, auf Antrag der Gegenpartei für deren Entschädigung die Leistung einer angemessenen Sicherstellung verlangen, wenn er in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat (Ziff. 1), wenn im Laufe der letzten fünf Jahre unter anderem der Konkurs über ihn eröffnet wurde (Ziff. 2) oder wenn er der Gerichtskasse noch Kosten schuldet oder offenkundig mittellos ist. Juristische Personen und Personengemeinschaften sind überdies sicherstellungspflichtig, wenn sie sich in Liquidation befinden (Ziff. 3). Vorbehalten bleiben die Bestimmungen von Staatsverträgen und internationalen Übereinkommen (Art. 126 ZPO).

a) Die Rekurrentin hat ihren Sitz in Deutschland. Wegen dieses Umstands als solchen darf nach einschlägigem internationalem Übereinkommen

keine Sicherstellung verlangt werden (Art. 17 Abs. 1 der Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 [SR 0.274.12]). Die Übereinkunft entbindet jedoch nicht von der besonderen, ungeachtet des in- oder ausländischen Sitzes geltenden Kautionspflicht gemäss Art. 119 Abs. 2 Ziff. 2 oder Ziff. 3 ZPO.

b) Der Kautionsgrund der Konkursöffnung betrifft – worauf die Rekursgegnerin zutreffend hingewiesen hat – gemäss Praxis grundsätzlich nur den *Gemeinschuldner*, der persönlich prozessiert. Dagegen ist die als eigenständige Partei auftretende *Konkursmasse* unter diesem Titel *nicht kautionspflichtig*. Dies wird damit begründet, dass beim Konkursiten Zahlungsunfähigkeit zu vermuten ist, diese Vermutung jedoch bei der Konkursmasse nicht besteht; die Kosten der Prozessführung durch die Konkursverwaltung sind Massakosten, die vor allen Konkursforderungen zu decken sind (OGE vom 7. April 1978, Amtsbericht 1978, S. 136 ff., mit Hinweisen). Diese auch in andern Kantonen geltende Praxis ist zwar zum Teil umstritten; immerhin wurde sie aber vom Bundesgericht bestätigt (vgl. etwa ZR 1961 Nr. 59; BGE 85 I 140 ff.; *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 73 N. 40, S. 319, mit weiteren Hinweisen; kritisch zu kantonalen Bestimmungen, welche ausdrücklich auch die klagende Konkursmasse unter Kautionspflicht stellen: *Oscar Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. A., Bern 1999, 11 N. 48, S. 300). Es besteht jedenfalls kein Grund, sie hier in Frage zu stellen.

Im vorliegenden Fall hat die Rekurrentin schon vor Kantonsgericht erklärt, dass sie die "Konkursmasse" der S. GmbH sei; diese befinde sich im deutschen Gesamtvollstreckungsverfahren, entsprechend dem hiesigen Konkursverfahren. In der Tat zeigt sich die hier massgebliche Parallelität etwa darin, dass die Schuldnerin nicht mehr über ihr Vermögen verfügen darf und dessen Verwaltung einem (Gesamtvollstreckungs-)Verwalter übertragen wurde, der befugt ist, die zur normalen Abwicklung des Gesamtvollstreckungsverfahrens notwendigen Ausgaben aus der Masse zu begleichen und Verbindlichkeiten einzugehen, soweit feststeht, dass der Aufwand auf dem Anderkonto gedeckt ist. Die in Frage stehenden Anfechtungsansprüche gemäss Art. 288 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1) gehören im übrigen offensichtlich zur Masse.

In dieser Situation liegen Verhältnisse vor, die – jedenfalls soweit hier massgeblich – im Grundsatz denjenigen der Konkursmasse nach schweizerischem Recht entsprechen. Demnach besteht für die Rekurrentin auch keine Kautionspflicht im Sinn von Art. 119 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO.

c) Art. 119 Abs. 2 Ziff. 3 zweiter Teil ZPO sieht die Sicherstellungspflicht auch für juristische Personen vor, die sich *in Liquidation* befinden. Dies bezieht sich jedoch nicht auf die zwangsweise (konkursrechtliche) Liquidation, wie sie hier in Frage steht, sondern auf die freiwillige oder ordentliche Liquidation (OGE vom 7. April 1978, Amtsbericht 1978, S. 139 f., mit Hinweisen). Daher ist die Rekurrentin auch insoweit nicht kautionspflichtig.

d) Bei *notorischer Mittellosigkeit* ist auch eine Konkursmasse sicherstellungspflichtig (Art. 119 Abs. 2 Ziff. 3 erster Teil ZPO). Dazu dürfte sie jedoch offenkundig weder Einkommen noch Vermögen besitzen. Zahlungsunfähigkeit als solche begründet dagegen die Kautionspflicht noch nicht (OGE vom 7. April 1978, Amtsbericht 1978, S. 140, mit Hinweisen). Von *offensichtlicher* Mittellosigkeit kann insbesondere auch dann nicht gesprochen werden, wenn sie nur mit näheren – insbesondere gutachtlichen – Abklärungen überhaupt festgestellt werden kann.

Der gerichtlich eingesetzte Gesamtvollstreckungsverwalter hat vorab festgestellt, dass eine die Kosten des (Gesamtvollstreckungs-)Verfahrens – einschliesslich Kosten des Verwalters – deckende Masse vorhanden sei ("freie Masse" mindestens rund DM 300'000,-; Verfahrenskosten ca. DM 250'000,-). ...

Angesichts des festgestellten freien Massevermögens steht aber nicht fest, dass die Rekurrentin "notorisch", d.h. *offenkundig* mittellos wäre.

e) Die Voraussetzungen für die beantragte Sicherstellung sind nach dem Gesagten nicht erfüllt. Das Gesuch der Rekursgegnerin erweist sich damit als unbegründet; es ist abzuweisen.