

## **Art. 99 Abs. 1 lit b ZPO. Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung.**

*Das Nachlassverfahren ist auch nach Bewilligung des Nachlassvertrages noch "im Gange". Entsprechend hat die Nachlassmasse im Aktivprozess für die Parteientschädigung Sicherheit zu leisten.*

(Aus den Erwägungen:)

"4. Nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO hat die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn sie zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Die Durchführung eines Nachlassverfahrens stellt einen unwiderlegbaren Kautionsgrund dar (VIKTOR RÜEGG, in: SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 14 zu Art. 99 ZPO; SUTER / VON HOLZEN, in: SUTTERSOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2010, N 27 zu Art. 99 ZPO; HANS SCHMID, in: OBERHAMMER (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 5 zu Art. 99 ZPO).

Vorliegend bewilligte das Bezirksgericht X. \_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 6. August 2008 der A. \_\_\_\_\_ AG X. \_\_\_\_\_ die provisorische Nachlassstundung für zwei Monate und mit Verfügung vom 7. Oktober 2008 die (definitive) Nachlassstundung für sechs Monate. Mit Verfügung vom 20. November 2009 bestätigte das Bezirksgericht X. \_\_\_\_\_ den vorgeschlagenen Nachlassvertrag (Liquidationsvergleich) und erklärte ihn auch für die nicht zustimmenden Gläubiger als verbindlich.

Es stellt sich nun die Frage, wie lange ein Nachlassverfahren "im Gange ist". Das Nachlassverfahren beginnt mit dem Gesuch um Nachlassstundung. Der gerichtliche Entscheid über die Verwerfung oder die Bestätigung des Nachlassvertrages schliesst – ob zustimmend oder ablehnend – das Nachlassverfahren ab. Indes

muss der mit dem rechtskräftigen Bestätigungsentscheid in Rechtskraft erwachsene Nachlassvertrag noch vollzogen werden (vgl. AMMON / WALTER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. 2008, N 4 ff. und N 83 ff. zu § 54, N 2 zu § 55).

Nach SUTER / VON HOLZEN erscheint der von einem laufenden Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) betroffene Kläger zahlungsunfähig, bis ein Nachlassvertrag abgeschlossen ist und kann nach Abschluss des Nachlassvertrages eine Kautionspflicht allenfalls noch gestützt auf Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO begründet sein (SUTER / VON HOLZEN, a.a.O., N 27 zu Art. 99 ZPO). Nach VIKTOR RÜEGG bedeutet der Wortlaut, dass ein Nachlassverfahren "im Gang ist" bei einer extensiven teleologischen Auslegung, dass die Sicherstellungspflicht bereits ab Einreichung des Nachlassgesuchs zu bejahen ist, mit anderen Worten die Bewilligung der Nachlassstundung oder des Nachlassvertrages nicht erteilt sein muss (VIKTOR RÜEGG, a.a.O., N 14 zu Art. 99 ZPO). Diese Aussage indiziert, dass das Nachlassverfahren auch nach Bewilligung des Nachlassvertrages noch "im Gange ist".

Die bundesrätliche Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung hält in Erläuterung der Artikel zur Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung fest, die Konkursmasse habe in einem Aktivprozess Sicherheit zu leisten (Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, S. 7294). Entsprechendes hat für die Nachlassmasse zu gelten. Die Kautionspflicht der klagenden Konkurs- oder Nachlassmasse ergibt sich daraus, dass die materielle Berechtigung und damit die Aktivlegitimation beim insolventen Schuldner bleibt und die klagende Masse für diesen Schuldner steht (HANS SCHMID, a.a.O., N 5 zu Art. 99 ZPO, unter Hinweis auf BGE 132 III 342, E.2.4, S. 348 f.).

Zudem gehört nach der Systematik des Gesetzes zum 11. Titel des SchKG, welcher mit "Nachlassverfahren" überschrieben ist, neben der Nachlassstundung auch die allgemeinen Bestimmungen über den Nachlassvertrag, der ordentliche Nachlassvertrag, der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, der Nachlassvertrag im Konkurs und die einvernehmliche private Schuldenbereinigung. Das Nachlassverfahren umfasst demnach nicht alleine die Nachlassstundung, sondern auch die Bestimmungen über den Nachlassvertrag. Wie die Beklagte zutreffend

ausführt, ist der Nachlassvertrag daher lediglich als Zwischenschritt im Nachlassverfahren zu sehen. Der Vollzug des Nachlassvertrages (Liquidation) als Teil des Nachlassverfahrens kann sich über längere Zeit hinziehen. So wird sich vorliegend gemäss dem Rechenschaftsbericht per 31. Dezember 2011 das Liquidationsverfahren in jedem Falle bis ins Jahre 2013 erstrecken. Es ist notorisch, dass Zivilprozesse, insbesondere im Falle der Durchführung eines Beweisverfahrens und bei Ausschöpfung der Rechtsmittel, mehrere Jahre dauern können. Das Risiko der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung ist daher bei einer Nachlassmasse, deren Ziel in der Liquidation besteht, ungleich grösser als im Falle anderer prozessführender Parteien, insbesondere juristische Personen, welche nach erfolgreichen Fortbestehen streben. Daran ändert nichts, dass die flüssigen Mittel der Nachlassmasse per 30. September 2012 CHF 1'592'849.62 betragen.

Auch unter § 73 lit. a Ziff. 7 ZPO/ZH wurde die Liquidationsmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung als kautionspflichtig angesehen (FRANK / STRÄULI / MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 40 zu § 73 ZPO, unter Hinweis auf ZR 60 [1961] Nr. 60 S. 121 ff und ZR 57 [1958] Nr. 65 S. 169 ff.).

5. Zusammengefasst ist demnach festzuhalten, dass bezüglich der Klägerin ein Nachlassverfahren im Gang ist, weshalb sie zahlungsunfähig erscheint. Entsprechend ist der Antrag der Beklagten auf Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO gutzuheissen. Der Klägerin ist zur Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung Frist anzusetzen.

6. Die Beklagte beantragt eine Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung im Umfang von CHF 38'100.–. Die Sicherheitsleistung ist nach der mutmasslichen Höhe der Parteientschädigung zu bemessen, wie diese im Verfahren der angerufenen Instanz nach dem massgeblichen Tarif voraussichtlich festzusetzen sein wird. Für die Sicherheitsleistung sind diejenigen Verhältnisse massgebend, die im Zeitpunkt der Entscheidfällung ausgewiesen sind (VIKTOR RÜEGG, a.a.O., N 5 f. zu Art. 99 ZPO).

Der Streitwert im vorliegenden Verfahren beträgt CHF 600'000.– (Art. 91 Abs. 1 ZPO; act. 1 S. 2). Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV erscheint es im gegenwärtigen Zeitpunkt angemessen, die Sicherheitsleistung für die Prozessentschädigung auf das eineinhalbfache der Grundgebühr, mithin CHF 38'100.–, festzusetzen, womit zumindest das Behauptungsverfahren inklusive Instruktions- und/oder Einigungsverhandlung abgedeckt ist."

Handelsgericht des Kantons Zürich,  
Prozess Nr. HG120133-O  
Beschluss vom 30. November 2012