

auszufüllen, wobei er in Befolgung von Lehre und Überlieferung nach der Regel zu entscheiden hat, die er als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

In diesem Lichte erscheint es richtig, dass die Aufsicht über die Schlichtungsstelle, soweit diese, wie hier, Aufgaben des Vermittlers versieht, durch die Justizaufsichtskommission wahrgenommen wird. Dem Schlichtungsverfahren kommt die gleiche prozessuale Bedeutung zu wie dem Vermittlungsverfahren; es soll deshalb auch nach den gleichen Grundsätzen durchgeführt werden. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und im Interesse einer Verfahrensvereinheitlichung liegt eine Gleichbehandlung bezüglich Aufsicht nahe.

Die Justizaufsichtskommission ist demgemäss sachlich zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

JuaK 24.3.1993

3232

Abstandserklärung im Erbeilungsprozess. Anforderung an die Prozessabstandserklärung bei notwendiger Streitgenossenschaft (Art. 112, 116 ZPO).

a) Als materiellrechtliche Frage ist vom Gericht die Sachlegitimation der am Prozess beteiligten Parteien zu prüfen (vgl. *Ehrenzeller*, Komm. zur ZPO des Kantons Appenzell Ausserrhoden, N. 18 zu Art. 116). Bei Fehlen der "Legitimation zur Sache" ist die Klage abzuweisen (vgl. *Lutz* in *SJZ* 1932/33, S. 276, und *M. Ehrenzeller*, a.a.O., N. 5c zu Art. 203 ZPO).

Sind mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt, über das für alle Beteiligten nur im gleichen Sinn entschieden werden kann, müssen sie als Kläger gemeinsam auftreten oder als Beklagte gemeinsam belangt werden (*O. Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Bern 1992, Kap. 5, N. 47). Sie bilden eine notwendige Streitgenossenschaft, die namentlich für Klagen auf Aufhebung von Gesamthandverhältnissen, wie Erbeilungsklagen oder Klagen auf ungeteilte Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes gilt (*Sträuli*/

Messmer, Komm. zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1982, N. 2 und 7 zu § 39). Sind nicht alle Streitgenossen in den Prozess einbezogen, so fehlt es an der Aktiv- bzw. Passivlegitimation der Partei. Die Klage ist diesfalls durch Urteil abzuweisen (*Sträuli/Messmer*, a.a.O., N. 12 zu § 39).

Ein notwendiger Streitgenosse, der sich am Prozess nicht beteiligen will, kann allerdings gestützt auf Art. 112 Abs. 2 ZPO den Abstand vom Prozess erklären und sich vorweg dem Entscheid des Gerichtes unterziehen (vgl. *M. Ehrenzeller*, a.a.O., N. 3 Anh. zu Art. 59; RB 1978/79 S. 36 Nr. 8). Die notwendige Streitgenossenschaft reduziert sich dann auf diejenigen Beteiligten, die sich dem Urteil nicht vorweg unterziehen wollen. Kraft dieser ausdrücklichen Gesetzesbestimmung hat die Erklärung somit zum Ausdruck zu bringen, dass das Urteil, wie es auch ausfallen werde, mithin auch ein abweisender Entscheid, als verbindlich anerkannt werde (vgl. die Formulierung im zit. RB 1978/79). Es genügt demnach nicht, offenbar entgegen der Praxis anderer Kantone (*O. Vogel*, a.a.O., Kap. 5, N. 54; *Sträuli/Messmer*, a.a.O., N. 5 zu § 39; vgl. dagegen die Formulierung in BGE 112 II 310; 100 II 441, 74 II 220), bloss das klägerische Rechtsbegehren anzuerkennen.

b) Gemäss Ziffer 1 des klägerischen Rechtsbegehrens wird die Teilung des Nachlasses von Frau H.X. verlangt, soweit er noch nicht aufgeteilt ist. Dass der Kläger nicht die Teilung des Nachlasses des bereits zuvor verstorbenen Herrn E.X. will, ergibt sich aus der Klageschrift, in welcher sich der Kläger bezüglich örtlicher Zuständigkeit am letzten Wohnsitz von Frau H.X. orientiert. Die Klage hat sich demnach gegen die Miterben, d.h. alle acht Mitglieder der Erbengemeinschaft von Frau H.X. zu richten. Der Kläger hat denn auch gemäss Leitschein des Vermittleramtes W. sämtliche genannten Personen ins Recht gefasst. Anlässlich des Vermittlungsvorstandes haben dann die Geschwister des Klägers E. U.-X., I. V.-X. und H. Y.-X. mit Ausnahme der Kostenfrage die klägerischen Rechtsbegehren anerkannt, worauf sie sich am weiteren Verfahren nicht mehr beteiligten. In der Folge beschränkte sich der Kläger darauf, die Klage gegen die restlichen Mitglieder der Erbengemeinschaft beim Gericht anhängig zu machen, womit nicht mehr alle Streitgenossen am Prozess beteiligt sind. Nachdem die Geschwister des Klägers die Klage nur (teilweise) anerkannt, aber nicht

im Sinne einer Prozessabstandserklärung dem Gericht mitgeteilt haben, sich dem Urteil, wie auch immer es ausfallen werde, zu unterziehen, hätten sie ebenfalls, sofern sie nicht als Kläger auftreten wollten, als Beklagte ins Recht gefasst werden müssen. Da dies unterblieben ist, mithin nicht alle Miterben am Prozess beteiligt sind, ist die Klage wegen fehlender Passivlegitimation abzuweisen.

KGer 18.1.1993

3233

Sicherheitsleistung. Im Verfahren betreffend Anordnung einer Sicherheitsleistung kann nur wegen Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung und Willkür Beschwerde geführt werden (Art. 96 Abs. 3, 280 ZPO).

Gemäss Art. 96 Abs. 3 ZPO können Verfügungen betreffend Sicherheitsleistung durch Beschwerde bei der Justizaufsichtskommission angefochten werden. Diese ausdrückliche Erwähnung der Beschwerdemöglichkeit ist offensichtlich darauf zurückzuführen, dass es sich bei der fraglichen Anordnung nicht um einen Endentscheid handelt, sondern um eine prozessleitende Verfügung, gegen die praxismässig eine Beschwerde an die Justizaufsichtskommission ausgeschlossen ist (vgl. dazu *M. Ehrenzeller*, Komm. N. 4 zu Art. 280 ZPO). Die Einräumung eines Rechtsmittels erscheint hier aber deswegen gerechtfertigt, weil die Verpflichtung zu einer Kautionsleistung eine Partei unter Umständen empfindlich treffen kann. Obwohl es sich nicht um einen definitiven Vermögenseingriff handelt, droht allenfalls mit dem Prozessverlust ein nicht wiedergutzumachender Nachteil. Das Bundesgericht hat deshalb auch Kautionsentscheide, obwohl Zwischenentscheide, aus diesem Grunde als beschwerdefähig anerkannt (BGE 77 I 46 Erw. 2; vgl. ferner 111 Ia 278, 116 Ia 183).

Dass Art. 96 Abs. 3 ZPO Kautionsentscheide ausdrücklich als beschwerdefähig erklärt, bedeutet nicht, dass bezüglich formeller Voraussetzungen, Beschwerdegründe, Kognitionsbefugnis usw. spezielle Regeln gelten. Art. 280 ff. ZPO sind jedenfalls solange ohne Ein-