

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-

schränkung anwendbar, als sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Insbesondere ist die Beschwerde gegen eine angeordnete Sicherheitsleistung kein ordentliches Rechtsmittel (vgl. unveröff. Entscheid der Justizaufsichtskommission vom 28.9.1992).

Gemäss Art. 280 Abs. 1 ZPO umfasst die Beschwerde an die Justizaufsichtskommission somit lediglich die Möglichkeit der Rüge von Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung oder Willkür bei der Ausübung der Rechtspflege.

JuaK 6.7.1993

3.2. Schuldbetreibung und Konkurs

3234

Rechtsöffnung. Die Fortsetzung der Betreibung setzt voraus, dass der Rechtsvorschlag **und** die Einrede mangelnden neuen Vermögens rechtskräftig beurteilt sind. Der Gläubiger hat die Wahl, wie er vorgehen will (Art. 265 Abs. 2 und 3 SchKG).

Der Schuldner hatte seinen Rechtsvorschlag mit dem Hinweis auf mangelndes neues Vermögen im Sinne von Art. 265 SchKG begründet. Damit wurde sowohl die Schuld bestritten als auch die Einrede erhoben, es sei kein neues Vermögen vorhanden (BGE 103 III 31). In diesem Falle kann die Betreibung nur fortgesetzt werden, wenn beide Rechtsvorkehren durch den jeweils zuständigen Richter abgewiesen worden sind. Die Frage, welches der beiden Verfahren zuerst durchzufechten ist, wird in Doktrin und Praxis unterschiedlich beantwortet. *Jaeger* (Bd. II, 1911, N. 6 zu Art. 265 SchKG) war schon vor Jahrzehnten der Ansicht, die Rechtsöffnung könne erst nach rechtskräftig festgestelltem neuem Vermögen gewährt werden. Gleicher Ansicht scheint heute *Amonn* zu sein (Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Auflage, Bern 1993, § 48 N. 28). *Amonn* verweist zur Begründung seines Standpunktes u.a. auf BGE 109 III 9. In diesem von