

La demande de restitution pour inobservation du délai de revision est donc mal fondée et dès lors il n'y a pas lieu d'entrer en matière, pour cause de tardiveté, sur la demande de revision.

3. — Au surplus, il convient d'observer, quant au fond, que l'instant affirme une chose absolument nouvelle lorsqu'il soutient que l'acte du 9 août 1897 n'aurait pas eu pour objet la vente d'une part de succession non partagée, mais bien la vente de choses et créances déterminées attribuées au vendeur dans un partage déjà effectué; dans sa déclaration de recours au Tribunal fédéral, lui-même parlait en effet d'une « cession de droits successifs. » Enfin le point de vue du Tribunal fédéral, suivant lequel l'art. 24 CO. aurait été appliqué par la Cour d'assises de Neuchâtel comme droit cantonal subsidiaire, est parfaitement fondé, attendu que l'art. 12 de la loi neuchâteloise d'introduction du Code des obligations dispose que ce code est applicable comme droit subsidiaire aux contrats réservés au droit cantonal. La Cour cantonale devait donc appliquer l'art. 24 CO., alors même qu'en vertu de la législation fédérale il n'était pas applicable en l'espèce comme règle de droit fédéral.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

La demande de restitution pour inobservation de délai étant déclarée mal fondée, il n'est pas entré en matière, pour cause de tardiveté, sur la demande de revision.

75. Urteil vom 17. September 1898 in Sachen Key gegen Zoller.

Art. 89 ff. Org.-Ges.: Kassationsbeschwerde. Inwieweit ergreift die Kassationsbeschwerde auch die dem Haupturteile vorausgegangenen Entscheide? Kassationsbeschwerde ist unstatthaft gegen selbständige prozessrechtliche Entscheidungen, auch wenn der betreffende Vorentscheid gleichzeitig mit dem Haupturteile gefällt wird. — Entstehung und Erlöschen eines Betreibungspfandrechtes, Abgrenzung der Bundes- und der kantonalen Kompetenzen. Art. 161 O.-R., Art. 85 und 232 Ziff. 4 Schuldb.-Ges.

Am 28. August 1896 stellte Alois Zoller, Metzger in Sarnen, an die Ordre des J. Key, Viehhändlers in Luzern, mit welchem er in Geschäftsverbindung stand, vier Eigenwechsel über je 250 Fr., zahlbar im Domizil der Luzerner Kantonalbank in Luzern, fällig auf Ende September, Ende Oktober, Ende November und Ende Dezember 1896, aus. Sämtliche vier Wechsel wurden bei Verfall mangels Zahlung protestiert. Durch Zahlungsbefehle vom 17. Oktober 1896, 9. November 1896, 7. Dezember 1896 und 14. Januar 1897 wurde für die Wechselbeträge samt Zins, Kosten u. s. w. die Betreibung eingeleitet. Gegen die drei ersten Zahlungsbefehle erhob der Schuldner keinen Rechtsvorschlag und es wurde daher am 30. Oktober und 13. November 1896 und 16. Januar 1897 die Pfändung vorgenommen; bei der ersterwähnten Pfändung wurden verschiedene bewegliche Sachen des Schuldners, bei der letztern, auf die Zahlungsbefehle vom 9. November und 7. Dezember 1896 gestützten, dessen Heimwesen Ey samt Wablung gepfändet. In der durch den Zahlungsbefehl vom 17. Oktober 1896 eingeleiteten Betreibung (Nr. 225, Gruppe 43) wurde die Versteigerung auf 10. Februar 1897 angesetzt; es wurde dann aber am 11. Februar der betriebene Wechselbetrag samt Protestkosten und Folgen mit 255 Fr. 35 Cts. bezahlt. Gegen den für den vierten Wechsel erwirkten Zahlungsbefehl vom 14. Januar 1897 wurde vom Schuldner Rechtsvorschlag erhoben; der Gläubiger erlangte indessen durch Entscheidung des Zivilgerichtspräsi-

denten des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 20. Februar 1897 die Rechtsöffnung und es wurde daher am 3. März 1897 provisorisch eine vom Vogte des Schuldners behauptete größere Gegenforderung des letztern an den Gläubiger, eventuell wiederum das Heimwesen Ey gepfändet. Auf die Mitteilung dieser Pfändungsurkunde hin protestierte der Gläubiger beim Betreibungsamte Sarnen, daß dem Joller irgendwelche Gegenforderung an ihn zustehe. Da der Schuldner nicht binnen der zehntägigen Frist des Art. 83 des Schuldbetr.- und Konf.-Ges. die Aberkennungsklage erhob, so wurde die Pfändung vom 3. März 1897 sowie die Rechtsöffnung zur definitiven. Am 2. März 1897 zeigte nun aber das Konkursamt Obwalden dem J. Rey an, daß vom Regierungsrate zur Ausmittlung von Soll und Haben des Metzgers Joller das beneficium inventarii bewilligt worden sei und daß die Gläubiger desselben ihre Forderungen bis 5. März nächsthin dem Konkursamte einzugeben haben und zwar, unter Vorbehalt des Art. 234 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, bei Verlust der Forderungsrechte. Desgleichen haben die Schuldner des Joller sich binnen der Eingabefrist als solche zu melden bei Straffolge. Am 5. März 1897 meldete infolgedessen Rey (Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten und Verzugszinsen ungerechnet) eine Forderung von Fr. 1197 05 abzüglich Zahlung vom 11. Februar 1897

" 255 35

Fr. 941 70

an, (welche Summe er indeß später infolge Berichtigung eines Rechnungsfehlers auf 941 Fr. 37 Cts. reduzierte) und bestritt jede Gegenforderung des Joller. Am 28. Juni 1897 wurde daraufhin dem Rey von der obwaldenschen Obergerichtskanzlei mitgeteilt, daß der Vormund des Joller die Ansetzung eines Fatastermins verlange, binnen welchem Rey seine am benef. inventarii angemeldete Forderung geltend zu machen habe, da seine Rechnung als unrichtig bezw. zu hoch bestritten werde. Rey bestritt die Statthaftigkeit dieser Provokation, indem er geltend machte, seine Ansprüche seien durch Unterlassung des Rechtsvorschlages und der Erhebung der Aberkennungsklage anerkannt worden. Die Justizkommission des obwaldenschen Obergerichtes setzte indeß durch Entscheidung vom 29. Juli 1897 dem Rey eine Klagefrist bis 31. August 1897 an, bei deren Nichtinhaltung

seine am benef. inventarii angemeldete Forderung als dahingefallen erklärt sei, indem sie ausführte, es sei nicht Sache der Justizkommission, zu untersuchen, welcher Teil der Forderung Rey's anerkannt und welcher bestritten werde. Für dieselbe genüge es, daß sie nicht in vollem Umfange anerkannt sei und daß somit Art. 114 der E.-P.-O. seine Anwendung finde, abgesehen davon, in welcher Höhe die Forderung Rey's dann im ordentlichen Verfahren richterlich geschützt werde. Rey klagte nummehr beim Civilgerichte Obwalden, indem er die Begehren stellte: 1. Der Kläger sei definitiv nicht gehalten, die Forderung von 766 Fr. 05 Cts. nebst Zins seit Ende Oktober, Ende November und Ende Dezember 1896 von je 255 Fr. 35 Cts. einzuklagen. 2. Dagegen sei der Beklagte gehalten, die Forderung von 175 Fr. 32 Cts. nebst Verzugszins seit dem Friedensrichtervorstand anzuerkennen und zu bezahlen. Eventuell: der Beklagte sei gehalten, die Forderung des Klägers von 941 Fr. 37 Cts. nebst Verzugszins 255 Fr. 35 Cts. seit 31. Oktober 1896, 255 Fr. 35 Cts. seit 30. November 1896, 255 Fr. 35 Cts. seit 31. Dezember 1896 und 175 Fr. 32 Cts. seit Friedensrichtervorstand anzuerkennen und zu bezahlen. Zur Begründung wurde in der Klageeingabe geltend gemacht: Soweit die Forderung durch die Belege 3—6 (d. h. die drei auf Ende Oktober, November und Dezember verfallenen Wechsel) repräsentiert werde, welche zusammen mit den Retourkosten 766 Fr. 05 Cts. ausmachen, sei die Klage definitiv nicht einläßlich und bloß eventuell einläßlich mit Rücksicht auf Art. 57 Abs. 3 Ziff. 1 bezw. 3 E.-P.-O. und Art. 77 und 86 eidg. Betreib. u. Konf.-Ges. Der Kläger sei durch die Provokation zur Klage gezwungen worden und der Provokationsrichter habe nicht untersuchen wollen, wie weit Anerkennungen vorliegen. Da aber die Anerkennungen amtlich bestätigt seien durch die Betreibungs- und Rechtsöffnungsakten, so kommen dieselben einem rechtskräftigen Urteile bezw. einer freiwilligen Verzichtleistung gleich und könne daher der Kläger nicht gehalten werden, diese Posten nochmals einzuklagen, ganz abgesehen davon, daß dieses Vorgehen, das einem nachträglichen Rechtsvorschlage gleichkomme, gesetzlich nicht zulässig sei und der Gläubiger bei einem veräußerten Rechtsvorschlag nicht in die Klägerrolle gedrängt werden dürfe. Bezüglich der Differenz von 175 Fr. 32 Cts. bis zum Ge-

samtforderungsbeträge von 941 Fr. 37 Cts. berufe sich der Kläger auf sein Rechnungsbuch, welches über seinen Geschäftsverkehr mit dem Beklagten Aufschluß gebe. Für den Fall der Verhaltung zur einläßlichen Einklagung des Ganzen berufe er sich ebenfalls auf dieses Buch und die Schuldanerkennungen und die Beseitigung des Rechtsvorschlages sowie auf Zeugen. Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage, soweit die Klageforderung den Betrag von 186 Fr. 17 Cts., welche er herauszuschulden anerkenne, übersteige. Vor dem Civilgerichte verständigten sich die Parteien, unter Genehmigung des Gerichtspräsidenten, dahin, daß die von der Klägerschaft in erster Linie aufgeworfene, nicht einläßliche Vorfrage gleichzeitig mit der Hauptfrage verhandelt werden solle, jedoch immerhin ohne jegliches Präjudiz für die prozessualische Stellung der Parteien. Nach durchgeführtem Urkunden- und Zeugenbeweise erkannte alsdann das Gericht am 16. Dezember 1897 dahin: I. Die vom Kläger aufgeworfene Vorfrage ist verneinend entschieden und es wird Kläger verhalten, seine dort bezeichnete Forderung gegenüber dem Beklagten einzuklagen. II. In der Hauptsache wird die klägerische Forderung bis auf einen Betrag von 737 Fr. 02 Cts. gerichtlich gutgesprochen und der Beklagte verhalten, die Summe an Kläger zu bezahlen. Es ist diese Summe vom Datum der Betreibung an zu verzinsen. In der Begründung dieses Urteils wird hinsichtlich der Vorfrage wesentlich ausgeführt: In seiner Eingabe am benef. inventarii des Beklagten habe der Kläger des Umstandes keine Erwähnung gethan, daß für seine in der Vorfrage bezeichnete Forderung bereits die Pfändung vollzogen worden sei. Dadurch habe der Kläger sein Pfandrecht verwirkt und sich überhaupt der aus der angegebenen und durchgeführten Betreibung erwachsenen Vorteile begeben. Infolge des Dazwischentretens des benef. inventarii und der unterlassenen Anmeldung der vollzogenen Pfändung könne der Kläger die Betreibung nicht ohne weiteres fortsetzen. Die Anmeldung der Gläubiger bei einem benef. inventarii habe in der ganz gleichen Weise zu erfolgen, wie dies beim Konkurse geschehen müsse. Gemäß Art. 232 Ziff. 4 B.-G. über Schuldbetr. u. Konf. habe derjenige, welcher für seine Forderung ein Pfandrecht beanspruche, dies in seiner Eingabe ausdrücklich festzustellen. Art. 20 der Vollziehungsverordnung zu diesem Gesetze bestimme,

daß die Gläubiger der Rechte, welche sie beim benef. inventarii nicht anmelden, verlustig gehen. Dies müsse um so mehr für Rechte oder Ansprüche gelten, welche nur dazu dienen, eine Forderung zu bekräftigen oder zu sichern. Die obergerichtliche Justizkommission habe sich auch auf den Standpunkt gestellt, daß die betreffende Forderung eingeklagt werden müsse. Ob und inwiefern, wie der Kläger behaupte, eine rechtsförmliche Schuldanerkennung des Beklagten vorliege, habe der Richter zu beurteilen und zwar, da es sich um eine laufende Forderung handle, der Richter des Wohnortes des Beklagten. Auch die Frage, ob der Kläger die Pfandverwertung verlangen könne, oder ob er dieses Recht durch Nichtangabe desselben beim benef. inventarii verwirkt habe, unterliege, sobald darüber Streit entstehe, der Beurteilung des Richters des Wohnorts des Schuldners. Nur dann hätte der Kläger den größeren Teil seiner Forderung nicht gerichtlich geltend zu machen, wenn deren Anerkennung seitens des Beklagten nicht bestritten wäre, oder wenn nicht durch die Nichtangabe der vollzogenen Pfändung das Betreibungs- bzw. Pfändungsverfahren seine Bedeutung verloren hätte. Wechselrechtlicher Exekution unterliege der Beklagte nicht, da er nicht im Handelsregister eingetragen sei. Übrigens sei die Vorfrage materiell von keiner erheblichen Bedeutung, da dem Beklagten, wenn er Wechsel für eine größere Summe ausgestellt hätte, als er dem Kläger wirklich schulde, und dieselbe infolge der Betreibung einlösen müßte, jedenfalls das Rückforderungsrecht zustände. In der Sache selbst sodann wird ausgeführt: Der Kläger sei beweispflichtig dafür, daß ihm die geltend gemachte Forderung thatsächlich zustehende. Die Wechsel bilden hiefür für sich allein keinen vollgültigen Beweis; dieselben haben keine wechselrechtliche Bedeutung und es komme auch im kaufmännischen Verkehre vor, daß Wechsel ausgestellt werden, ohne daß der Aussteller den betreffenden Betrag wirklich schuldig sei. Sofern der Beklagte Wechsel für eine größere Summe ausgestellt habe, als der Kläger nach seiner eigenen Buchführung an ihm zu fordern habe, können selbstverständlich die Wechsel nicht in Betracht kommen. Das klägerische Hauptbuch nun sei als ein beweiskräftiges Rechnungsbuch anzuerkennen. Nach demselben, sowie nach dem Ergebnisse des Zeugenbeweises sei insbesondere anzuerkennen, daß der Beklagte, was er bestreite, vom Kläger am 10. Sep-

tember 1895 einen Ochsen im Werte von 438 Fr. 90 Cts. empfangen habe und daß dieser Betrag dem Kläger gutzuschreiben sei. Wenn aber auch die klägerische Buchführung die korrektere sei, als diejenige des Beklagten, so sei doch auch der letztere nicht alle Beweisskraft abzusprechen. Es sei vielmehr, auch mit Rücksicht auf den geführten Zeugenbeweis, auf die Buchführung des Beklagten insoweit abzustellen, als es die von letzterem dem Kläger gemachten Lieferungen anbelange, während umgekehrt die Lieferungen des Klägers an den Beklagten auf Grund der klägerischen Bücher zu berechnen seien. Eine nach diesen Grundsätzen vorgenommene genaue Aus- und Abrechnung ergebe einen Saldo von 737 Fr. 20 Cts. zu Gunsten des Klägers. Auf Appellation beider Parteien hin hat das Obergericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald durch Entscheidung vom 18. Juni 1898 im wesentlichen unter Annahme der erstinstanzlichen Motivierung Dispos. I und II des civilgerichtlichen Urteils bestätigt. Gegen dieses Urteil ergriff der Kläger die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht, indem er das Begehren auf Kassation desselben und Rückweisung zu neuerlicher Beurteilung an die kantonalen Gerichte Obwaldens stellte. Zur Begründung wird in rechtlicher Beziehung ausgeführt: Das Kassationsgeheuch gründe sich darauf, daß die kantonalen Instanzen das nicht einläßliche Begehren des Klägers verneint und demzufolge die angehobenen, bis und mit der Pfändung durchgeführten Betreibungen als dahingefallen erklärt haben. In der Anwendung der Bestimmung des Art. 20 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetze auf die Wirkung der Betreibungsrechte liege ein Kassationsfall im Sinne des Art. 89 O.-G. Art. 20 cit. sei eine rein kantonale Bestimmung, welche den Vorschriften des eidgenössischen Rechts zu weichen habe. Das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetze bestimme nun genau, in welchen Fällen ein Betreibungsrecht, namentlich auch im Falle des Konkurses erlösche (Art. 251 Schuldb. u. Konk.-Ges.). Andere Erlösungsgründe als die bundesrechtlichen könne es keine geben, sofern nicht das kantonale Recht, innerhalb der Schranken seines Geltungsgebietes, das Erlöschen der Forderung, für welche die Betreibungsrechte erworben worden seien, anordne. Ein derartiger Fall liege aber hier nicht

vor, da die Forderung selbst zufolge der Eingabe am benef. inventarii fortbestehe. Der kantonale Richter gehe in seiner Begründung so weit, zu sagen, daß der Art. 232 Ziff. 4 Schuldb. u. Konk.-Ges. für den Art. 20 O. B. sachgemäße Anwendung finde, trotzdem die kantonale Bestimmung hievon mit keinem Worte etwas erwähne. Wie unrichtig es aber sei, diese eidgenössische Bestimmung in die kantonale hinein zu interpretieren, beweiße der Umstand, daß der Art. 232 Ziff. 4 bloß vertragliche bezw. außer der Betreibung begründete Pfandrechte im Auge habe und nur haben könne, weil ja durch den Konkurs über den Schuldner sämtliche angehobenen und nicht schon mit der Verwertung abgeschlossenen Betreibungen erlöschen. Selbst wenn also Art. 232 Ziff. 4 Schuldbetr. u. Konk.-Ges. auf das obwaldnerische benef. inventarii angewendet werden könnte, so würde daraus niemals die Erlöschung der Betreibungsrechte folgen. Endlich sei es schon deshalb unrichtig, die Anwendbarkeit des Art. 232 Ziff. 4 zu urgieren, weil das benef. inventarii, obgleich dasselbe im kantonalen Einföhrungsgesetze zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetze neu geregelt sei, mit dem Betreibungs- und Konkursgesetze absolut nichts zu thun habe, von demselben weder vorbehalten noch verboten sei. Es müsse also, abgesehen von der ganz unrichtigen Interpretation des Art. 20 cit., daran festgehalten werden, daß nach eidgenössischem Rechte ein Erlösungsgrund für die durch die Betreibungen für die drei Wechsel begründeten Pfandrechte nicht bestehe. Gepfändet sei nämlich die Liegenschaft des Schuldners, und die Verwertung könne, auch wenn die Zeit des Prozeßanstandes nicht in Abzug gebracht werde, noch im Jahre 1899 verlangt werden. Wenn also eidgenössisches Recht angewendet worden wäre, wie dies hätte geschehen sollen, so hätten die Betreibungspfandrechte nicht als dahingefallen erklärt werden dürfen. Die, noch dazu ganz unrichtige, Anwendung des kantonalen Rechts sei ganz unzulässig gewesen, so lange die Forderung nicht selbst als erloschen habe betrachtet werden können. Zudem sei endlich unrichtig, daß von der Betreibung in der Eingabe an das Konkursamt keine Rede gewesen sei. Es seien ausdrücklich die Betreibungs- und Rechtsöffnungs-kosten, sowie die Verzugszinsen vorbehalten und in dem der Eingabe beigegebenen Buch-

auszuge seien am Schlusse die Wechsel und die à conto-Zahlung von 255 Fr. 35 Cts. aufgeführt worden.

In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde beantragt der Kassationsbeklagte Abweisung derselben, indem er ausführt: Die obwaldnerischen Gerichte haben festgestellt, daß allfällige Pfandrechte des Rekurrenten durch Nichtanmeldung am benef. inventarii untergegangen seien. Diese Feststellung stütze sich auf kantonales Recht, nämlich den Art. 20 der E. V.-D. zum Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, dessen Vorschrift durch Art. 161 D.-R. vorbehalten sei. Wenn daher das Obergericht in seinem angefochtenen Urteile kantonales Recht angewendet habe, so gründe sich dessen Bejugnis hiezu auf die eidgenössische Gesetzgebung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kassationsbeschwerde ist rechtzeitig und in richtiger Form eingereicht worden.

2. Demnach muß sich denn fragen, ob materiell die Voraussetzungen der Kassationsbeschwerde gegeben seien. Da die Berufung mit Hinsicht auf den Streitwert nicht zulässig ist und behauptet wird, die kantonalen Instanzen haben zu Unrecht an Stelle des eidgenössischen Rechts kantonales angewendet, so hängt die Statthaftigkeit der Beschwerde davon ab, ob dieselbe sich gegen ein Haupturteil richtet. Denn, wie das Bundesgericht stets festgehalten hat, ist die Kassationsbeschwerde (gleich wie die Berufung) nur gegen Haupturteile, d. h. gegen solche Entscheidungen statthaft, welche über den eingeklagten privatrechtlichen Anspruch selbst materiell rechtskräftig entscheiden.

3. Nun ist unzweifelhaft, daß das angefochtene Urteil, insoweit es über die Hauptsache entscheidet, die klägerische Forderung teilweise gutheißt, teilweise abweist, ein Haupturteil ist, und daß also die Kassationsbeschwerde, welche Aufhebung dieses Urteils begehrt, formell gegen ein Haupturteil sich richtet. Allein die Kassationsbeschwerde wird nun nicht darauf begründet, daß im Entscheide in der Hauptsache über den Bestand des klägerischen Anspruchs die kantonalen Instanzen zu Unrecht, anstatt des eidgenössischen, kantonales Recht angewendet haben, und sie konnte dies auch nicht. Denn bei Beurteilung der Hauptsache mögen die

kantonalen Instanzen vielleicht das eidgenössische Recht unrichtig angewendet haben, dagegen ist nicht ersichtlich, daß sie kantonales Recht angewendet hätten, vielmehr scheint klar, daß sie das eidg. Obligationenrecht haben zur Anwendung bringen wollen. Der Kassationsgrund wird vielmehr ausschließlich darin gesucht, daß die Vorinstanzen in ihrem Vorentscheide bei Beurteilung des vorfraglichen Begehrens des Klägers, daß er zu Einklagung seiner Forderung, soweit dieselbe sich auf die drei Ende Oktober, November und Dezember 1896 verfallenen Wechsel gründe, definitiv nicht gehalten sei, kantonales Recht statt des eidgenössischen angewendet haben; es wird geltend gemacht, daß die Abweisung der klägerischen Vorfrage darauf beruhe, daß die kantonalen Instanzen in Anwendung kantonalen Rechts über die Wirkungen des benef. inventarii (des durch das kantonale Recht gestatteten leibzeitigen Schuldenrufs) angenommen haben, es seien die aus den für die drei Wechsel eingeleiteten Betreibungen erwachsenen Rechte des Klägers wegen Nichtanmeldung der Betreibungsrechte und Pfändungen am benef. inventarii erloschen, während die Erlösungsgründe der Betreibungsrechte durch das eidgenössische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz erschöpfend, unter Ausschluß kantonalrechtlicher Erlösungsgründe, normiert worden und nach dem Betreibungsgesetze die Betreibungsrechte in casu nicht erloschen seien. Es muß sich nun fragen, ob aus diesem Grunde, weil der fragliche Vorentscheid zu Unrecht kantonales statt eidgenössisches Recht anwende, die Kassationsbeschwerde gegen das Haupturteil ergriffen werden kann, bezw. ob eine gegen letzteres gerichtete Kassationsbeschwerde den erwähnten Vorentscheid mit ergreift, so daß wegen eines dem Vorentscheide anhaftenden Mangels das Haupturteil im Kassationswege angefochten werden kann.

4. Darüber ist folgendes zu bemerken: Es ist anzuerkennen, daß die Kassationsbeschwerde nicht nur darauf gestützt werden kann, es sei auf das streitige Rechtsverhältnis im ganzen zu Unrecht kantonales statt eidgenössisches Recht angewendet worden, sondern auch darauf, es sei dies hinsichtlich eines einzelnen für die Sachentscheidung maßgebenden Präjudizialpunktes geschehen (etwa hinsichtlich der Frage der Handlungsfähigkeit bei einem im

übrigen kantonalrechtlichen Rechtsgeschäfte), sowie daß es für die Zulässigkeit der Kassationsbeschwerde keinen Unterschied macht, ob die eidgenössische Rechtsnorm, an deren Stelle bei der Sachentscheidung kantonales Recht angewendet worden sein soll, materiell-rechtlicher oder aber prozeß-rechtlicher Natur ist (es wird z. B. die Kassationsbeschwerde unbedenklich darauf begründet werden können, daß zu Unrecht, statt des § 11 des Eisenbahnpflichtgesetzes, eine kantonal-rechtliche Beweisregel angewendet worden sei). Ebenso ist anzuerkennen, daß die Kassationsbeschwerde gegen das Haupturteil (in gleicher Weise wie die Berufung) die demselben vorangegangenen Entscheidungen ergreift. Dies ist zwar für die Kassationsbeschwerde nicht, wie in Art. 58 Abs. 2 O.-G. für die Berufung, im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen. Es folgt aber doch wohl aus der Natur der Sache. Denn es ist nicht einzusehen, warum die Kassationsbeschwerde z. B. nicht darauf sollte begründet werden können, daß in einer dem Endurteile vorangegangenen besondern Entscheidung eine peremptorische Einrede (etwa diejenige der Verjährung) zu Unrecht nach kantonalem Rechte beurteilt und deshalb verworfen worden sei, während die Kassationsbeschwerde doch zweifellos statthaft ist, wenn über die Einrede nicht abgesondert, sondern erst im Endurteil erkannt wurde. Allein dieser Grundsatz, daß die Kassationsbeschwerde auch die dem Haupturteil vorangegangenen Entscheide ergreife, kann doch nur insoweit gelten, als diese Entscheide den Hauptstreit selbst, d. h. den Streit über den Bestand des eingeklagten materiellen Anspruches betreffen, also sachlich einen Bestandteil des Haupturteils, des Urteils über diesen materiellen Anspruch, bilden, nicht auch insoweit, als sie sich nicht auf den Hauptstreit selbst, sondern auf von demselben verschiedene prozeßuale Vorfragen darüber beziehen, bei welchem Gerichte der Hauptstreit anhängig gemacht werden könne oder müsse, ob die Partei verhalten werden könne, den Hauptstreit durch Klageerhebung anhängig zu machen u. dgl. Denn derartige Vorentscheide betreffen nicht die Verhandlung und Entscheidung des materiellen Streitverhältnisses, sondern die Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses über dasselbe und gehören daher in keiner Weise zum Haupturteil, gegen welches einzig das Rechtsmittel der Kassation (wie der Berufung) ge-

geben ist. Gegen derartige Entscheidungen ist, soweit überhaupt eine Beschwerde an eidgenössische Behörden gegen sie gegeben ist, nicht die Kassation (oder Berufung) gegen das Haupturteil, sondern der staatsrechtliche Rekurs gegen den fraglichen Vorentscheid das zutreffende Rechtsmittel.

5. Geht man nun hievon aus, so erscheint in casu die Kassationsbeschwerde als unstatthaft. Denn dieselbe richtet sich der Sache nach, wie gezeigt, ausschließlich gegen den Vorentscheid der kantonalen Instanzen, durch welchen das Begehren des Klägers, er sei definitiv nicht gehalten, seine Forderung, soweit sie sich auf die Wechsel stütze, einzuklagen, abgewiesen wurde. Dieser Vorentscheid aber betrifft, wie schon die Fassung des durch denselben abgewiesenen klägerischen Antrages zeigt, in keiner Weise das materielle Streitverhältnis, sondern bestätigt, der Sache nach, lediglich den frühern, von der obergerichtlichen Justizkommission erlassenen Provokationsentscheid, welchen der Kläger durch einen im ordentlichen Verfahren gestellten Klageantrag, er brauche nicht zu klagen, anzufechten beabsichtigte. Gegen derartige selbständige prozeß-rechtliche Entscheidungen aber sind die Rechtsmittel der Kassation und Berufung nicht gegeben, wobei es natürlich keinen Unterschied machen kann, daß im vorliegenden Falle der Vorentscheid gleichzeitig mit dem Haupturteile gefällt wurde.

6. Dabei ist dann aber hinsichtlich der Wirkung des angefochtenen Urteils folgendes zu bemerken: Durch dasselbe ist allerdings der Betrag der Forderung des Kassationsklägers an den Kassationsbeflagten rechtskräftig festgestellt. Dagegen kann keine Rede davon sein, daß durch dasselbe die eingeleiteten Betreibungen, speziell die Betreibungspfandrechte rechtskräftig als erloschen erklärt wären. Allerdings wird in den Urteilsgründen der kantonalen Instanzen der Anschauung Ausdruck gegeben, Betreibungen und Betreibungspfandrechte seien erloschen, und beruht deren Entscheidung auf dieser Voraussetzung. Allein im dispositiven Teile des Urteils, welcher einzig Rechtskraft erlangt, ist nicht auf Erloschen der Betreibungen und Betreibungspfandrechte erkannt, wie es denn auch gar nicht Aufgabe der Gerichte war, hierüber zu erkennen. Denn die Frage, ob eine Betreibung, Pfändung u. s. w. erloschen sei, ist regelmäßig nicht von den Gerichtsbehörden, son-

bern von den Betreibungsbehörden resp. den Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursfachen zu beurteilen, welche über Begehren um Fortsetzung der Betreibung zu entscheiden und dabei selbständig zu prüfen haben, ob die gesetzlichen Voraussetzungen eines solchen Begehrens gegeben oder wegen Erlöschens der Betreibung dahingefallen sind.

Der Kläger kann daher, trotz der ergangenen gerichtlichen Urteile, auch heute noch Fortsetzung der Betreibung und Verwertung der Pfänder verlangen, sofern ein gesetzlicher Erlösungsgrund der Betreibung in Wirklichkeit nicht eingetreten ist.

Nun kann einem Zweifel gewiß nicht unterliegen, daß die Annahme der Vorinstanzen, die dem Kassationskläger durch die Betreibung erworbenen Rechte seien wegen ihrer Nichtanmeldung im Schuldenrufe des Beklagten untergegangen, eine durchaus unrichtige, das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs verletzende ist.

Allerdings sind die Kantone nach Art. 161 D.-R. befugt, das Erlöschen von Forderungen wegen unterlassener Anmeldung bei öffentlichen Auskündigungen vorzuschreiben, und stand es somit dem Kanton Obwalden frei, an die Unterlassung der Eingabe in einen Schuldenruf bzw. benef. inventarii den Untergang der nicht angemeldeten Forderungen zu knüpfen. Allein hierum handelt es sich in casu nicht, sondern vielmehr um die ganz andere Frage, ob das kantonale Recht anordnen könne, daß die Nichtanmeldung einer Betreibung bzw. Pfändung in einem öffentlichen Schuldenrufe das Erlöschen der Betreibung mit den durch dieselbe erworbenen Rechten (des Betreibungspfandrechts und des Anspruchs auf ungehemmte Exekution bei unterlassenem Rechtsvorschlage oder unterlassener Überkennungsklage) nach sich ziehe. Diese Frage aber ist durchaus zu verneinen. Entstehung und Erlöschen der Betreibungsrechte ist im Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs erschöpfend normiert und es behält dasselbe nirgends den Kantonen das Recht vor, an die unterlassene Anmeldung einer Betreibung in einem öffentlichen Schuldenrufe deren Erlöschen zu knüpfen. Kantonale Gesetzesvorschriften, welche dies anordnen sollten, sind daher bundesgesetzwidrig und folgeweise ungültig. Wenn allerdings eine in Betreibung befindliche Forderung während der Dauer der Betreibung durch Nicht-

anmeldung in einem öffentlichen Schuldenrufe erlischt, so zieht dies mittelbar auch das Erlöschen der Betreibung nach sich, indem der Betriebene gemäß Art. 85 Schuldbetr. u. Konk.-Ges. beim Gerichte die Aufhebung der Betreibung wegen nachgewiesener Tilgung der Schuld wird verlangen können. Allein einmal erlischt auch in diesem Falle die Betreibung nicht ohne weiteres ipso jure, und sodann liegt dieser Thatbestand in concreto gar nicht vor, da ja die klägerische Forderung zum benef. inventarii ordnungsgemäß ist angemeldet worden und zweifellos noch besteht. Wenn die Vorinstanzen zur Rechtfertigung ihrer Auffassung auf die Analogie des Art. 232 Ziff. 4 des Schuldbetr. u. Konk.-Ges. hinweisen, so ist dies durchaus unzutreffend. Diese Bestimmung bezieht sich selbstverständlich nicht auf die Betreibungspfandrechte, die ja durch den Konkursausbruch erlöschen, und droht übrigens nicht für die Nichtanmeldung von Pfandrechten im Konkurs, sondern für die Nichtablieferung von Pfändern, die sich im Besitze des Gläubigers befinden, im Fall von ungerechtfertigter Unterlassung der Ablieferung, das Erlöschen des Pfandrechtes an, hat also einen Thatbestand im Auge, der mit dem vorliegenden gar nichts gemein hat.

Ist aber danach die Annahme der Vorinstanzen, die Betreibungsrechte seien wegen Nichtanmeldung im betreffenden Schuldenrufe erloschen, eine unrichtige, so ist der Kläger, wie gesagt, berechtigt, die Fortsetzung der Betreibung bzw. die Pfandverwertung auch heute noch zu verlangen, sofern nicht (was sich aus den Akten durchaus nicht ergibt) ein anderweitiger gesetzlicher Erlösungsgrund der Betreibung eingetreten sein sollte. Nur freilich ist durch das über den Bestand der Forderungen des Klägers ergangene gerichtliche Urteil rechtskräftig festgestellt, daß der Kläger einen höhern Betrag, als den durch dieses Urteil festgestellten, nicht zu fordern hat und daher jedenfalls mehr nicht definitiv behalten darf.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Kassationsbeschwerde wird als unstatthaft nicht eingetreten.