

V. Schuldbetreibung und Konkurs.**Poursuites pour dettes et faillite.**

Siehe hierüber, außer den nachstehenden Urteilen, auch noch Nr. 6 Erw. 2. — Voir, outre les arrêts ci-dessous, n° 6 consid. 2.

15. Urteil vom 26. März 1909 in Sachen

**Firma Robert Aebi & Cie., Kl. u. Kass.-Kl., gegen
Konkursmasse des Th. Leutenegger, Bekl. u. Kass.-Bekl.**

Kassation im Sinne der Art. 89 ff. OG: nur Antrag auf Aufhebung und Rückweisung zulässig (Art. 94 OG). Art. 242 Abs. 2 SchKG: « Anhebung der Klage », bundesrechtlicher Begriff.

A. — Im Konkurs des Wagners Th. Leutenegger in Mollis machte die Klägerin an einer in der Werkstatt des Gemeinshulbners stehenden Drehbank einen Eigentumsanspruch geltend, worauf ihr von der Konkursverwaltung eine Frist von 10 Tagen zur Anhebung der Klage im Sinne von Art. 242 Abs. 2 SchKG angesetzt wurde. Am 16. November 1908, dem letzten Tage der Frist, und zwar vor 6 Uhr abends, gab die Klägerin ein an das Vermittleramt Mollis gerichtetes Begehren um Ansetzung eines Vermittlungsvorstandes gegen die Konkursverwaltung zur Post, unter Formulierung folgender Rechtsfragen: „Ist nicht die „Beflagte verpflichtet, die Eigentumsansprüche der Klägerin an „einer Patent-Facon-Drehbank C. R. mit Vorgelege und Zubehör „im Werte von 1800 Fr. anzuerkennen, und dieselbe unbeschwert „an die Klägerin herauszugeben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge?“ Das Vermittleramt erließ hierauf am 17. November die Vorladung an die Konkursverwaltung, und der Prozeß wurde, nachdem der Vermittlungsversuch gescheitert war, an das zuständige Gericht geleitet. Die Konkursverwaltung bestritt in einer Vorfrage die Rechtzeitigkeit der Klagerhebung, da nach ihrer Auffassung nicht nur die Einreichung des Begehrens um Ansetzung eines Vermittlungsvorstandes, sondern auch die Anlegung der

Vorladung zu diesem Vorstand, vor Ablauf der zehntägigen Frist hätte erfolgen sollen.

B. — Durch Urteil vom 28. Dezember 1908 erkannte das Zivilgericht des Kantons Glarus:

„Es sei die Vorfrageklägerschaft resp. Beflagtschaft von einläßlichem Benehmen entbunden, da der Klägersche Anspruch infolge „Nichtinnehaltung der Klagefrist verwirkt ist.“

Gegen dieses Urteil erklärte die Klägerin die Appellation ans Obergericht Glarus, das am 25. Januar 1909 erkannte:

I. In Bestätigung des Erkenntnisses der Vorinstanz ist die Rechtsvorfrage der Beflagtschaft (Appellatschaft) gutgeheißen und dieselbe von einläßlichem Benehmen entbunden.

II. Gerichtskosten 55 Fr.

III. Die rechtlichen Kosten hat die Appellantschaft zu zahlen, die außerrechtlichen sind weitgeschlagen.

Das obergerichtliche Urteil ist wie folgt begründet: Das Verfahren bei Klagen der vorliegenden Art (nach Art. 242, 107 zc. SchKG) richtet sich ganz nach kantonalem Recht. Der Hinweis der Klägerin auf die Art. 31 und 32 des Bundesgesetzes sei daher unbehelflich. Maßgebend sei § 43 der ZPO, welcher bestimme: „Der Rechtsstreit ist als tatsächlich anhängig zu betrachten, sobald Vermittlungsvorladung oder Rechtbot angelegt ist.“ Unter dem Ausdruck „angelegt“ werde nach konstanter Praxis und speziell einem Entscheid des Obergerichts vom 17. März 1908 verstanden, daß die Vermittlungsvorladung dem Beflagten bestellt, d. h. eingehändigt sei, und zwar habe die Zustellung, wenn sie für den Tag der Bestellung Gültigkeit haben soll, nach § 73 leg. cit. vor abends 7 Uhr zu erfolgen. Dem Vermittleramt Mollis sei es im vorliegenden Falle nicht möglich gewesen, dem Konkursamt in Glarus die Vorladung am 16. November vor 7 Uhr abends zu bestellen.

C. — Gegen das den Parteien am 28. Januar 1909 mitgeteilte obergerichtliche Urteil hat die Klägerin am 12. Februar die Kassationsbeschwerde ans Bundesgericht nach Art. 89 ff. OG ergriffen mit dem Antrag:

Es sei die von der Konkursmasse des Th. Leutenegger vor Zivil- und Obergericht Glarus aufgestellte und von letzteren Instanzen geschützte Rechtsvorfrage, wonach die Beflagte wegen

Nichteinhaltung der Klagefrist von einläßlicher Beantwortung der Klage entbunden sei, als unbegründet und die Klage der Nichtigkeitskläger im Sinne des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs als rechtzeitig eingeleitet zu erklären.

Am Schlusse der Refursschrift wird der weitere Antrag gestellt, es sei die Sache nach Art. 94 OG an die kantonalen Gerichte zurückzuweisen.

Zur Begründung wird ausgeführt, der kantonale Richter habe bei Berechnung der in Art. 242 Abs. 2 SchRG vorgesehenen Frist, insbesondere bei Beantwortung der Frage, wann die „Anhebung der Klage“ stattgefunden habe, zu Unrecht kantonales statt eidgenössisches Recht zur Anwendung gebracht.

D. — Die Beklagte hat auf Abweisung der Kassationsbeschwerde angetragen.

E. — Die Klägerin hat zugleich mit der Kassationsbeschwerde den staatsrechtlichen Refurs gegen das Urteil des Obergerichts Glarus vom 25. Januar 1909 ergriffen. Mit Urteil vom 10. März 1909 ist die II. Abteilung des Bundesgerichts auf den staatsrechtlichen Refurs wegen Unzulässigkeit des Rechtsmittels nicht eingetreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Das mit der Kassationsbeschwerde angefochtene Urteil ist ein Haupturteil, weil dadurch die Klage und damit der Anspruch der Klägerin definitiv abgewiesen ist; das Rechtsmittel der Berufung ist mangels des erforderlichen Streitwertes unzulässig (OG Art. 59); die Klägerin macht sodann geltend, daß statt eidgenössischem kantonales Recht angewendet worden sei; und die Kassationsfrist des Art. 90 leg. cit. ist gewahrt. Es ist daher auf die Kassationsbeschwerde einzutreten (Art. 89 leg. cit., vergl. US 33 II S. 454 Erw. 2). Doch kann nach der Natur des Rechtsmittels (Art. 94 leg. cit.) nur der Antrag der Klägerin auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache an den kantonalen Richter in Betracht kommen.

2. — In seinem Urteil vom 21. September 1907 i. S. Hög. gegen Ropp, US 33 II S. 455 Erw. 3 f., hat das Bundesgericht abweichend vom früheren Urteil i. S. Feusi, US 22 S. 69 Erw. 3, ausgeführt, daß es da, wo, wie in Art. 242 SchRG, das Bundesrecht eine Frist zur Anhebung der Klage setzt und

an deren Nichtinnehaltung Verwirkung knüpft, eine Frage des eidgenössischen Rechtes ist, was man unter Anhebung der Klage zu verstehen hat, welcher kantonale Prozeßakt diesen Begriff erfüllt; ferner, daß hier als Klageanhebung im Sinne des Bundesrechtes die erste Handlung des Klägers zu gelten hat, die den Prozeß einleitet, dem richterlichen Rechtsschutz ruft, ihn in gesetzlich gültiger Weise vorbereitet; und daß, wenn das kantonale Prozeßrecht der gerichtlichen Klage vorgängig eine Anrufung des Friedensrichters vorschreibt, schon diese Anrufung als Anhebung der Klage anzusehen ist (s. auch die weitere Nachweise a. a. O.). Nach dieser Auffassung, an der festzuhalten ist, haben die kantonalen Gerichte vorliegend insofern statt eidgenössisches kantonales Recht angewendet, als sie bei der Frage, in welchem Moment die Klage angehoben worden sei, nicht auf den bundesrechtlichen Begriff der Klageanhebung im angegebenen Sinne, sondern auf das kantonalrechtliche Moment der Streithängigkeit abgestellt haben und dadurch zur Gutheißung der Vorfrage der Beklagten gelangt sind, während diese bei Anwendung des eidgenössischen Rechts hätte verneint werden müssen, da ja von der Klägerin der Friedensrichter innert der 10-tägigen Frist des Art. 242 leg. cit. angerufen war (s. auch Art. 32 leg. cit.).

Nach dem Gesagten ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das kantonale Gericht zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird dahin gutgeheißen, daß das Erkenntnis des Obergerichts des Kantons Glarus vom 25. Januar 1909 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Instanz zurückgewiesen wird.