



Fall-Nr.: BZ.2007.37
Stelle: Kantonsgericht
Rubrik: Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum: 29.10.2007
Entscheiddatum: 29.10.2007



Entscheid Kantonsgericht, 29.10.2007

Art. 75, Art. 77, Art. 134 ff., Art. 156 ZPO (sGS 961.2); Art. 4, Art. 19 GerG (sGS 941.1); Art. 32, Art. 250 Abs. 2 SchKG (SR 281.1) Im negativen Kollokationsprozess ist die beklagte Partei formell beschwert, wenn die Vorinstanz die kollozierte Forderung lediglich in einem Teilbetrag bestätigte und die Kollokationsverfügung im Übrigen aufhob. Ist die Festlegung des Streitwerts durch die Parteien erstinstanzlich zulässig (weil nicht offensichtlich falsch), ändert sich daran nichts mehr. Sie kann nicht einseitig durch eine Partei widerrufen werden. Der Streitwert bei der negativen Kollokationsklage bestimmt sich nach den für die beklagte Partei eintretenden Wirkungen. Er entspricht dem gesamten Forderungsbetrag, wenn zu erwarten ist, dass die einzuklagenden Verantwortlichkeitsansprüche mindestens diesen Betrag abdecken. Ist ein Vermittlungsverfahren ausgeschlossen, findet ein solches zwingend nicht statt. Der st. gallische Vermittler ist eine Gerichtsbehörde. Gemäss kantonalem Prozessrecht besteht für den trotz Unzuständigkeit angerufenen Vermittler keine richterliche Weiterleitungspflicht beziehungsweise es findet keine Prozessüberweisung von Amtes wegen statt. Die Kollokationsklage stellt ihrem Sinn und Zweck nach ein Rechtsmittel gegen die im Kollokationsplan enthaltene Verfügung der Konkursverwaltung dar. Der Kläger muss in seiner Kollokationsklage - wenigstens in den Grundzügen - begründen, weshalb er die Anerkennung durch die Konkursverwaltung nicht akzeptiert. Ein Kollokationskläger erhält keine Nachfrist zur Klageeinreichung und Verbesserung seiner Eingabe, wenn die richterliche Behörde mangels Erkennen der eigenen Unzuständigkeit zwar tatsächlich keinen Rückweisungsentscheid fällte, aber einen solchen bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte fällen müssen (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 29. Oktober 2007, BZ.2007.37). Das Bundesgericht ist auf eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde nicht eingetreten (Urteil 5A_720/2007 neues Fenster vom 24. April 2008).

Erwägungen

I.



1. Der Kläger war ursprünglich Eigentümer und einziger Verwaltungsrat der im Kanton St. Gallen domizilierten A-AG, deren Hauptaktivum ein Mehrfamilienhaus im Kanton Tessin bildet. Die A-AG fiel im Jahre 1998 in Konkurs. Das Konkursamt liess eine Forderung der Beklagten in Höhe von Fr. 175'228.85 zu und nahm diese als ungesicherte Forderung in den Kollokationsplan vom 26. April 2000 auf (kläg. act. 1). Daneben figurieren im Kollokationsplan weitere, vorliegend aber nicht relevante Forderungen der Beklagten. Gesellschafter der in Österreich domizilierten Beklagten sind E und die mit der Ehefrau des Klägers verwandte F (Klage S. 6). Gegenstand der vorliegenden Klage bildet die erwähnte Kollokationsforderung über den Betrag von Fr. 175'228.85, deren Bestand vom Kläger angefochten wird.

2. Die umstrittene Kollokationsforderung hat ihre Grundlage in geschäftlichen Vorgängen, die in das Jahr 1997 zurückreichen. Der Kläger schloss damals mit der Beklagten bzw. mit E sowie F folgende zwei Verträge ab, die das im Eigentum der A-AG stehende Mehrfamilienhaus im Kanton Tessin zum Gegenstand haben:

a) Die Beklagte offerierte der A-AG am 17. Juni 1997 den Abschluss eines Vertrages über die Verwaltung, Instandstellung, Vermietung und gegebenenfalls Verwertung der Liegenschaft im Tessin mit Vertragsbeginn am 1. Juli 1997 (kläg. act. 5). Für die Instandstellung der Liegenschaft beanspruchte sie ein Honorar von 8% der auflaufenden Instandstellungskosten. Damit sollten alle administrativen Aufwendungen wie Telefonate, Angebotseinholungen, Bauüberwachung, Rechnungsprüfung und Abrechnung abgegolten werden. Dagegen sollten die technischen Instandstellungskosten durch die A-AG getragen werden und waren ihr auch direkt zu fakturieren. Weitere Honorare betrafen die Vermietung der Liegenschaft (ein Monatszins pro neu vermietete Wohnung), die Liegenschaftsverwaltung (5% der Mieteinnahmen) und den Verkauf der Liegenschaft (Maklergebühr von 3% des Verkaufspreises). Diese Offerte wurde von der A-AG wenig später unverändert angenommen, wie sich aus der Unterschrift des Klägers auf dem Vertrag ergibt, wobei sich das genaue Datum des Akzeptes nicht mehr rekonstruieren lässt.



b) Am 30. Juni 1997 wurde zwischen der A-AG einerseits sowie E und F als einfacher Gesellschaft andererseits ein Vertrag mit folgendem Inhalt abgeschlossen (kläg. act. 6):

- Der einfachen Gesellschaft wurde "im Sinne von Beratung und Dienstleistungen" bzw. "im Sinne eines Managements und einer Zusammenarbeit" eine Einflussnahme bei der A-AG eingeräumt. "Als Vertreter und Treuhänder" der A-AG wurden der einfachen Gesellschaft alle im Besitz des Klägers befindlichen 1'000 Inhaberaktien im Nominalwert von 1 Mio. Franken ohne Quittung übertragen, wobei die Aktien einer nicht näher bezeichneten "Stelle" auszuhändigen waren, mit der naheliegenderweise wohl die Beklagte gemeint war. Der einfachen Gesellschaft wurde weiter ein Inhaberschuldbrief über 300'000 Franken zuhanden der erwähnten "Stelle" ausgehändigt.
- Die der einfachen Gesellschaft eingeräumte Einflussnahme bei der A-AG war mit Gegenleistungen verknüpft. So hatte sie die Steuern 1997 der A-AG in Höhe von 84'000 Franken zu tragen. Weiter wurde ein vom Kläger der Beklagten geleistetes Darlehen ("Hypothekarvorschuss") auf 500'000 Franken reduziert und die Rückzahlungsforderung an die Ehefrau abgetreten. Die einfache Gesellschaft musste dieses Darlehen in fünf Ratenzahlungen bis Mai 2002 zurückbezahlen. Zur Sicherstellung dieser Rückzahlung wurden über diese Raten von der Beklagten (und nicht etwa der einfachen Gesellschaft) fünf Wechsel ausgestellt.

Mit der Vertragsunterzeichnung wurden die fünf Wechsel unter den Vertragsparteien Zug um Zug gegen die Aktien und den Schuldbrief ausgehändigt, wobei die Wechsel mittels Indossierung in den Besitz der Ehefrau des Klägers gelangten.

3. Einige Zeit nach diesem Vertragsabschluss kam es zum Streit zwischen den Vertragsparteien. Mit Schreiben vom 9. Dezember 1997 wies E den Kläger darauf hin, dass die Mietzinsen nach Abschluss der Liegenschaftsrenovation wegen der Marktsituation rund 50% unter den Erwartungen liegen würden und der Liegenschaftswert die Hypotheken nicht mehr decke (kläg. act. 18). Der Kläger warf in



seinem Antwortschreiben vom 11. Dezember 1997 E und F vor, dass sie die Liegenschaft völlig unprofessionell renoviert hätten und vermieten würden (kläg. act. 17). Darauf traten diese gemäss Schreiben vom 19. Dezember 1997 vom Vertrag vom 30. Juni 1997 mit sofortiger Wirkung zurück und verlangten dessen Rückabwicklung (bekl. act. 5). Sie beklagten sich darüber, dass sie vom Kläger über die rechtlichen Voraussetzungen, die es für den Liegenschaftserwerb durch ausländische Personen in der Schweiz brauche, getäuscht worden seien. Aus dem Schreiben ergibt sich, dass E und F sich per 30. Juni 1997 als Eigentümer der A-AG betrachteten. Mit Schreiben ihres Rechtsvertreters, Rechtsanwalt H, vom 9. Januar 1998 (kläg. act. 27) verlangten E und F unter anderem die Rückerstattung des ihnen mit der Erfüllung des Vertrages vom 30. Juni 1997 entstandenen Aufwandes in Höhe von Fr. 130'843.94 sowie von ATS 386'627.92; weiter forderten sie auch die Rückgabe der an die Frau des Klägers ausgehändigten fünf Wechsel. Sie stellten sich auf den Standpunkt, dass der Vertrag vom 30. Juni 1997 nichtig sei, da er ein Umgehungsgeschäft darstelle und die Lex Friedrich verletze. E und F reichten in der Folge gegen den Kläger Strafanzeige ein. Dieser wurde in der Folge wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom Kreisgericht am 6. Februar 2003 rechtskräftig zu einer Busse von 15'000 Franken verurteilt (bekl. act. 14 bis 16), während E und F freigesprochen wurden (bekl. act. 17).

Die A-AG musste am 25. Februar 1998 ihre Bilanz deponieren, worauf anschliessend der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet wurde. Konkurschluss war am 11. Dezember 2000 (bekl. act. 14 S. 4).

4. Mit Urteil vom 22. November 2006 schützte die Vorinstanz wie eingangs dargelegt die Klage teilweise mit entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge. Am 30. März 2007 erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung. Die Berufungsantwort datiert vom 24. Mai 2007. Am 7. Juni 2007 reichte die Beklagte eine nachträgliche Eingabe ein, auf welche die Beklagte am 15. Juni 2007 antwortete (dazu unten Ziff. II.).

Mit Schreiben vom 2. Juli 2007 teilte die Verfahrensleiterin den Parteien mit, dass anstelle der mündlichen Verhandlung eine Schriftenwechsel zum Rechtlichen stattfinde. Endgültig über das Eintreten auf die Berufung (Streitwert) werde die Kammer entscheiden. Sodann beschränkte sie den Berufungsprozess auf die Frage des



Eintretens auf die Berufung und die Verwirkung der Klage. Die Beklagte reichte am 21. August 2007 eine Eingabe zum Rechtlichen ein. Der Kläger teilte mit Schreiben vom 24. September 2007 mit, dass er auf eine Duplik verzichte.

II.

1. Die Beklagte beantragt mit Eingabe vom 7. Juni 2007 einerseits die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beziehungsweise die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels gemäss Art. 234 ZPO und andererseits die Beschränkung des Berufungsprozesses auf die Frage, ob der Kläger sein Klagerecht verwirkt hat und Erlass eines Teilentscheids. Der Kläger bestreitet in seiner Vernehmlassung vom 15. Juni 2007 die Zulässigkeit der Eingabe. Die Voraussetzungen von Art. 164 lit. a ZPO seien offensichtlich nicht gegeben. Auch das rechtliche Gehör habe keine Eingabe gemäss Art. 164 lit. b ZPO erfordert.

Der Richter kann sich bis zum Abschluss des Verfahrens entschliessen, einen Teilentscheid zu fällen (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 4 zu Art. 84). Dementsprechend ist es einer Partei auch unbenommen, im Laufe des Verfahrens einen entsprechenden prozessualen Antrag zu stellen. Die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten sind somit zulässig. Bei den entsprechenden Ausführungen der Beklagten handelt es sich im Übrigen um rechtliche Ausführungen. Solche müssen nicht im Rahmen des Art. 164 ZPO gemacht werden.

Im Übrigen äussert sich die Beklagte zum Streitwert und davon abgeleitet zum Verfahrensfortgang (mündliche Verhandlung bzw. zweiter Schriftenwechsel, Art. 234 ZPO). Auch hier handelt es sich weitgehend um rechtliche Erörterungen. Die Beklagte macht unter diesem Titel aber auch tatsächliche Ausführungen, indem sie neu vorbringt, bei den zur Diskussion stehenden Verantwortlichkeitsansprüchen gehe es um Schadenersatz "in mehrfacher Millionenhöhe" (B/11, Ziff. II.10). Somit ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 164 ZPO erfüllt sind. Erstinstanzlich hatten die Parteien - nachdem für die Vorinstanz die Höhe des Streitwerts aus den



Rechtsschriften nicht ersichtlich war - den Streitwert übereinstimmend (Art. 75 ZPO) auf den Betrag der kollozierten Forderung festgelegt. Dementsprechend ging die Vorinstanz von einer übereinstimmenden Wertung aus und verzichtete auf eine eigene Bestimmung des Streitwerts. Mit der Berufungsantwort widerruft der Kläger sinngemäss seine eigene Angabe zum Streitwert. Damit musste die Beklagte nicht rechnen. Die Voraussetzungen von Art. 164 lit. b ZPO sind daher erfüllt. Auch bei zumutbarer Sorgfalt musste die Beklagte entsprechende Ausführungen angesichts des prozessualen Verhaltens der Gegenpartei nicht früher vorbringen. Sofern der sinngemässe Widerruf der Streitwertangabe durch den Kläger überhaupt zulässig ist, sind daher auch die entsprechenden Ausführungen der Beklagten dazu in der nachträglichen Eingabe vom 7. Juni 2007 zulässig.

2. Der Kläger beantragt Nicht-Eintreten auf die Berufung. Die Beklagte sei durch das vorinstanzliche Urteil nicht beschwert. Nachdem der Kläger in der Klageschrift (S. 18) ausgeführt hatte, das Festhalten der Beklagten an der Kollozierung ihrer Forderung sei nicht sinnvoll, da sie ohnehin aus dem Konkurs der A-AG keine Konkursdividende zu erwarten hätten, forderte der Gerichtspräsident den Kläger auf, sein Rechtsschutzinteresse an der Klage darzulegen. Denn wenn die Konkursdividende null Prozent sei, sei auch der Streitwert der Klage null (vi-act. 4). Der Kläger begründete darauf hin sein Interesse zum Einen mit seiner gleichzeitigen Stellung als Verwaltungsrat der A-AG. Es sei zu befürchten, dass die Beklagte gegen ihn Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen könnte. Jeder rechtskräftig kollozierte Gläubiger sei zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage berechtigt. Sein Interesse bestehe somit darin zu verhindern, dass die Forderung der Beklagten rechtskräftig kolloziert werde. Zum Andern komme hinzu, dass die Kollokationsklage zivilprozessual eine Gestaltungsklage und keine Leistungsklage und damit der Streitwert nicht von Bedeutung sei (vi-act. 5). Die Vorinstanz bejahte das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Hinblick auf die mögliche Verantwortlichkeitsklage. Wenn der Kläger sich gegen die - möglicherweise ungerechtfertigte - Kollokation der beklagtischen Forderung nicht wehren könnte, könnte sich die Beklagte mit der Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen durch die Konkursmasse erhebliche Vorteile zu seinen Lasten verschaffen (Urteil, C.I.3). Der Kläger macht nun geltend, nachdem die Beklagte mit dem erstinstanzlichen Urteil grundsätzlich Gläubigerstellung erworben habe, indem die Forderung im Betrag von Fr. 36'478.05 als zulässig qualifiziert wurde, habe sie kein



Rechtsschutzinteresse an der Berufung, denn an der bereits bejahten Gläubigerstellung ändere der geltend gemachte höhere Forderungsbetrag nichts (B/8, Rz 9-16).

Es ist zu unterscheiden zwischen dem Rechtsschutzinteresse des Klägers an der Klage einerseits und dem Rechtsschutzinteresse der Beklagten an der Berufung andererseits. Beschwer und damit zur Einreichung eines Rechtsmittels legitimiert, ist eine Partei, deren Anträge im Dispositiv des angefochtenen Entscheids nicht geschützt worden sind. Man spricht hier von formeller Beschwer. Eine Beschwer, die zur Ergreifung eines Rechtsmittels berechtigt, kann aber auch vorliegen, wenn den Anträgen der Partei zwar entsprochen worden ist, das Urteil die Rechtsstellung der betreffenden Partei aber dennoch beeinträchtigt. In diesem Fall liegt eine materielle Beschwer vor (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4 zu Art. 64 ZPO). Die Beklagte ist durch das Urteil des Kreisgerichts bereits formell beschwert. Die Beklagte beantragte erstinstanzlich vollumfängliche Abweisung der Klage, mit welcher die Verfügung des Konkursamtes, die beklagte Forderung im Betrag von Fr. 175'228.85 zu kollozieren, angefochten wurde. Klageabweisung beinhaltete somit den Antrag, die Kollokation der gesamten Forderung zu bestätigen. Indem die Vorinstanz lediglich einen Teilbetrag bestätigte und die Kollokationsverfügung im Übrigen aufhob, war die Beklagte im entsprechenden Umfang offensichtlich beschwert.

3. a) Die Parteien gingen erstinstanzlich von einem Streitwert von Fr. 175'000.- aus (Urteil, 23). Insbesondere ging auch der Kläger selber wiederholt davon aus. Nachdem ihn der erstinstanzliche Gerichtspräsident wie erwähnt darauf hingewiesen hatte, dass allenfalls auch der Streitwert null sei, wenn die mutmassliche Konkursdividende null sei (vi-act. 4), bestritt er dies (vi-act. 5). Mit Schreiben vom 10. Mai 2005 wies der neu zuständige Kreisgerichtspräsident sodann darauf hin, dass den Akten keine genaue Bezifferung des Streitwerts zu entnehmen sei, und er forderte die Parteien auf, eine solche vorzunehmen, da sonst die sachliche Zuständigkeit (einfacher Prozess vor Kreisgerichtspräsident oder Zuständigkeit des Kreisgerichts) nicht klar sei (vi-act. 32). Daraufhin bestätigte der Kläger, dass der Prozess zwar keine oder eine nur geringe Auswirkung auf die Konkursdividende habe. Vielmehr ergebe sich der Interessewert aus dem Umstand, dass offensichtlich seitens der Beklagten der Weg einer Verantwortlichkeitsklage gegen den Kläger als damaligen Verwaltungsrat gesucht werde, weshalb de facto der Streitwert sich zumindest im Gesamtbetrag der hier



bestrittenen Kollokationssumme von Fr. 175'228.85 nebst Zins und Prozesskosten beziffern lasse (vi-act. 33). Die Beklagte schloss sich dem unter gewissem Vorbehalt (richterliche Festlegung) an (vi-act. 39). Die Vorinstanz verzichtete auf eine eigene Festlegung des Streitwerts, da übereinstimmende Wertungen durch die Parteien vorlägen (Art. 75 Abs. 2 ZPO). Darauf dürfe nur dann nicht abgestellt werden, wenn diese offensichtlich falsch wären. Dies könne hier jedoch nicht gesagt werden. Zwar gelte nach der Lehre (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4i zu Art. 75 ZPO) als Streitwert die Differenz zwischen dem Betrag, den der Kläger aufgrund des aufgelegten Kollokationsplans erhalte, und jenem, der ihm nach der vom Kläger beantragten Änderung verbliebe. Dann wäre der Streitwert hier null. Werde aber darauf abgestellt, wie der Kläger geltend mache, dass der Prozessgewinn des Klägers in der Abwehr von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen ihn bestehe, könne deren Höhe grundsätzlich zur Bezifferung des Streitwerts herangezogen werden. Diese dürften aber mindestens den Betrag der kollozierten Forderung erreichen. Aufgrund dieser Überlegungen sei die Bestimmung des Streitwerts nicht klar und es könne daher nicht gesagt werden, dass die übereinstimmende Wertung durch die Parteien falsch sei (Urteil, 23).

Der Kläger macht nun geltend, der Streitwert für das Berufungsverfahren sei zu prüfen, nachdem es sich bei der Kollokationsklage um keine Leistungsklage, sondern um eine Gestaltungsklage zu einem verwaltungsrechtlichen Entscheid handle. Es dränge sich daher eine Neubewertung auf, ob der Berufungsstreitwert von Fr. 8'000.- erreicht werde. Dabei sei massgeblich, dass der Streitwert bei Kollokationsklagen dem Prozessgewinn aus der Veränderung der Konkursdividende entspreche. Hier sei aber offensichtlich, dass der Ausgang der Kollokationsklage keine Auswirkung auf die Konkursdividende habe. Sowohl bei Schutz der Klage wie auch bei deren Abweisung resultiere keine Konkursdividende (B/8, Rz 17-21). Er geht somit davon aus, nun müsse von einem Streitwert null ausgegangen werden, womit auf die Berufung nicht einzutreten wäre. Die Beklagte macht geltend, der Berufungsstreitwert betrage mindestens Fr. 138'750.80, da in dieser Höhe die kollozierte Forderung der Beklagten von der Vorinstanz weg gewiesen worden sei (B/11, 2).

b) Mit seiner Argumentation verhält sich der Kläger widersprüchlich. Sodann ist es auch nicht möglich, für die Klage von einem Streitwert von über Fr. 20'000.- auszugehen, für die Berufung dann aber - aufgrund des gleichen Sachverhalts - von



einem Streitwert von null. Die Festlegung des Streitwerts - durch die Parteien oder durch den Richter (Art. 75 ZPO) - erfolgt zu Beginn des Prozesses. Sie bestimmt die sachliche Zuständigkeit. Die solchermassen einmal begründete Zuständigkeit ändert sich dann nicht mehr (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3 zu Art. 75 ZPO i.V.m. N 1 zu Art. 76 ZPO). War die Festlegung durch übereinstimmende Wertung der Parteien erstinstanzlich zulässig (weil nicht offensichtlich falsch), ändert sich daran nichts mehr. Eine Partei kann diese nicht einfach einseitig widerrufen. Wäre der Streitwert wirklich null, wäre er dies vielmehr für die Klage als solche. Somit wäre nicht auf die Berufung nicht einzutreten. Vielmehr wäre auf die Klage nicht einzutreten gewesen.

Die Kollokationsklage ist - wie der Kläger zurecht ausführt - eine Gestaltungsklage, mit welcher der Kollokationsplan bereinigt wird. Bei einer Gestaltungsklage bemisst sich der Streitwert im allgemeinen entweder nach dem Wert des Vermögensvorteils, welcher dem Kläger im Falle der Gutheissung der Klage zufällt, oder nach dem Wert des Rechtes oder Rechtsverhältnisses, welches durch die mit der Klage verlangte Rechtsgestaltung unmittelbar betroffen wird. Soll durch die Gestaltungsklage ein Recht des Beklagten vernichtet werden, so ist im allgemeinen der Wert des abzuerkennenden Rechtes massgebend (MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, 111). Bei der Kollokationsklage ist zu unterscheiden, zwischen jener des abgewiesenen Gläubigers gegen die Masse (Art. 250 Abs. 1 SchKG) und jener gegen einen Mitgläubiger, dessen Forderung kolloziert wurde (sog. Wegweisungsklage, Art. 250 Abs. 2 SchKG) (SchKG/HIERHOLZER, N 23 zu Art. 250). Hier handelt es sich um eine Wegweisungsklage. Diese ist ihrem Wesen nach nichts anderes als ein Anwendungsfall der in Art. 260 SchKG vorgesehenen Abtretung. Er ist daher analog zu behandeln. Der Wegweisungskläger nimmt nicht nur sein persönliches Interesse an der Deckung seiner eigenen Forderung wahr, sondern auch das Interesse der Masse an einem allfälligen Überschuss. Während im Kollokationsprozess gegen die Masse der Streitwert immer dem Prozessgewinn entspricht, den der Kläger erzielen kann, also dem Betrag der mutmasslichen Konkursdividende, bildet Gegenstand der Wegweisungsklage die gesamte Forderung des Beklagten bzw. die darauf entfallende Konkursdividende (BGE 115 III 71; SchKG/HIERHOLZER, N 31, N 49 und N 53 zu Art. 250; ALEXANDER BRUNNER/MARK A. REUTTER, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl., Bern 2002, 55). Massgeblich sind somit die für die Beklagte eintretenden Wirkungen. Der Wert des Rechts, das durch diese



Rechtsgestaltung betroffen ist, beläuft sich für die Beklagte auf den ganzen Forderungsbetrag, jedenfalls dann, wenn zu erwarten ist, dass die einzuklagenden Verantwortlichkeitsansprüche (vgl. die Abtretung gemäss bekl. act. 23) mindestens diesen Betrag abdecken. Dies ist hier der Fall. Die Beklagte machte in ihrer - diesbezüglich zulässigen - nachträglichen Eingabe geltend, es gehe um Schadenersatz in mehrfacher Millionenhöhe (B/11, Ziff. II.10). Dies blieb unbestritten.

Auf die Berufung ist somit einzutreten. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt Fr. 138'750.80. Im erstinstanzlichen Verfahren betrug er Fr. 175'228.85.

III.

Die Beklagte beantragt die Beschränkung des Prozessthemas (Art. 84 ZPO) auf die Frage der Verwirkung des Klagerechts wegen Fristversäumnis. Die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, die Einreichung des Vermittlungsbegehrens durch den Kläger innert zwanzigtägiger Verwirkungsfrist nach Art. 250 SchKG (am 17. Mai 2000) gelte als Anhebung der Klage im Sinn dieser Bestimmung. Der Kläger bestreitet die Fristversäumnis. Der Einwand erfolge vorweg verspätet und die Beklagte habe sich auf das Verfahren eingelassen. Die Kollokationsklage falle sodann unter Art. 136 lit. c ZPO, der unabhängig von der Frage der Verfahrensart, für die Aufhebung oder Änderung einer behördlichen Verfügung (hier die Verfügung des Konkursamtes vom 26. April 2000) dem Kläger die Wahl lasse, eine Vermittlung durchzuführen oder nicht. Würde die langjährige Praxis, wonach Kollokationsklagen sich für die Vermittlung auf Art. 136 lit. c ZPO stützten, geändert, so dürfte sich diese Praxisänderung nicht auf den vorliegenden Fall auswirken, sondern müsste zuerst in geeigneter Weise bekannt gemacht werden (B/8, Rz 22-27). Sodann sei das Vermittlungsbegehren vom 17. Mai 2000 auch formell und inhaltlich eine genügende "Klageschrift" für eine Wegweisungsklage gewesen, sodass auch bei einer Überweisung an das Gericht auf die Klage hätte eingetreten werden müssen. Selbst wenn der Vermittler die unzuständige Stelle gewesen wäre - was aber bestritten sei - wäre die Frist daher gewahrt gewesen, da die allenfalls amtliche Weiterbehandlung der rechtzeitig bei unzuständiger Stelle eingereichten Eingabe nicht schaden dürfe (B/8, Rz 28-34).



1. Die Kollokationsklage muss innerhalb von zwanzig Tagen nach der öffentlichen Auflage beim Richter am Konkursort erhoben werden (Art. 250 Abs. 1 SchKG). Bei der Klagefrist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist (SchKG/HIERHOLZER, N 42 zu Art. 250 SchKG). Ob die Frist eingehalten wurde, muss das Gericht von Amtes wegen prüfen. Der Kläger trägt die Beweislast dafür, dass er die gesetzliche Frist zur Anhebung der Kollokationsklage gewahrt hat (SchKG/HIERHOLZER, N 61 zu Art. 250 SchKG).

Der Kollokationsplan wurde vom 26. April bis zum 17. Mai 2000 aufgelegt (kläg. act. 1). Am 17. Mai 2000 stellte der Kläger das Vermittlungsbegehren (vi-act. 1). Die Vermittlerin stellte den Leitschein aus, mit einer Einschreibefrist bis zum 9. August 2000. An diesem Tag wurde die Klage eingereicht. Die Vorinstanz nahm an, massgeblich sei das Vermittlungsbegehren und da dieses am letzten Tag der Auflagefrist (17. Mai 2000) gestellt wurde, sei die Klage rechtzeitig eingereicht worden.

2. Ob die Frist eingehalten ist, bestimmt sich nach dem bundesrechtlichen Begriff der Klageanhebung. Die Klageanhebung ist diejenige prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft. Konkret bedeutet dies: Ist die Klage ohne Vermittlungsverfahren direkt beim Richter einzureichen, so sind innert Frist die für diese Klageeinleitung notwendigen Handlungen vorzunehmen. Ist die Klage nach kantonalem Recht beim Vermittler einzureichen, genügt dessen Anrufung innert Frist, falls mangels Aussöhnung der Kläger den Streit innert einer bestimmten Frist vor das Gericht bringen muss (SchKG/HIERHOLZER, N 57 zu Art. 250 SchKG).

Die Vorinstanz stützte sich auf Art. 136 lit. c ZPO. Auf diese Bestimmung stützt sich auch der Kläger. Mit dem II. Nachtragsgesetz zur ZPO vom 1. April 1999, in Kraft seit 1. Juli 1999 und somit auf die vorliegende Klage anwendbar, entfällt jedoch der Versöhnungsversuch bei Begehren im beschleunigten Verfahren (Art. 135 lit. d ZPO). Die Regelung ist unzweideutig. Sie macht keine Einschränkungen und muss aufgrund der klaren Formulierung auf alle Begehren im beschleunigten Verfahren angewendet werden. Das Bundesrecht schreibt für die Kollokationsklage das beschleunigte Verfahren vor (Art. 250 Abs. 3 SchKG). Somit fällt diese unter Art. 135 lit. d ZPO. In der Botschaft zum II. Nachtrag zur ZPO wurde denn auch unmissverständlich auf die



Streitigkeiten gemäss Art. 25 SchKG hingewiesen, welche innert sechs Monaten erledigt werden sollen. Der Verzicht auf die Durchführung einer Vermittlung erleichtere die Erfüllung dieser Vorgabe (Amtsblatt 1998, 1305 ff., 1311). Der Kläger macht demgegenüber geltend, Art. 136 ZPO, der die Fälle der freiwilligen Vermittlung regle, sei eine Ausnahme nicht nur zu Art. 134 ZPO, sondern auch zu Art. 135 ZPO. Das trifft offensichtlich nicht zu. Art. 134 ZPO regelt den Grundsatz, Art. 135 und 136 ZPO die Ausnahmen, nämlich einerseits "b) Ausschluss" (Art. 135) und andererseits "c) Freiwilligkeit" (Art. 136). Ausschluss bedeutet, dass zwingend keine Vermittlung stattfindet. Ein Verfahren kann somit nicht gleichzeitig unter Art. 135 und 136 ZPO fallen. Richtig ist, dass bis zum II. Nachtrag zur ZPO die Kollokationsklage als Klage auf Aufhebung oder Änderung einer behördlichen Verfügung unter Art. 136 lit. c ZPO fiel. Dementsprechend wird sie dort auch als Beispiel im Kommentar LEUENBERGER/UFFER-TOBLER erwähnt, auf den sich denn auch der Kläger bei seinem Vermittlungsbegehren vom 17. Mai 2000 (kläg. act. 59) stützte. Der Kommentar beruht aber auf dem Stand der Gesetzgebung vor Erlass des II. Nachtrags zur ZPO. Auf eine Gesetzesänderung muss sodann entgegen der Auffassung des Klägers (Berufung Rz 27) auch nicht besonders hingewiesen werden. Es geht hier nicht darum, dass eine langjährige Praxis unter einer gleichbleibenden gesetzlichen Regelung geändert wird.

3. Der Kläger macht weiter geltend, sein Vermittlungsbegehren vom 17. Mai 2000 (kläg. act. 59) sei genügend gewesen, um auch die Anforderungen an eine Klageschrift zu erfüllen. Selbst wenn das Stellen eines Vermittlungsbegehren grundsätzlich nicht genüge als fristwahrende Handlung, müsse somit im vorliegenden Fall auf sein Begehren vom 17. Mai 2000 abgestellt werden. Diesfalls hätte er einfach sein - den Anforderungen an eine Klage genügendes - Begehren der unzuständigen Stelle eingereicht. Die "allenfalls falsche Weiterbehandlung" durch das Vermittleramt könne ihm nicht zum Nachteil gereichen (Berufungsantwort Rz 28 - 34).

a) Gemäss Art. 32 Abs. 2 SchKG ist eine durch das SchKG bestimmte Frist auch dann gewahrt, wenn vor ihrem Ablauf eine unzuständige Behörde angerufen wird, weil diese zur unverzüglichen Überweisung der Eingabe an die zuständige Behörde verpflichtet ist. Das Bundesgericht hat jedoch in einem neuen Entscheid zur Abgrenzung zwischen Art. 32 Abs. 2 und Abs. 3 SchKG entschieden, dass die Weiterleitungspflicht gemäss Abs. 2 nicht gilt für die unzuständigensorts eingereichte Klage. Die "Klage" an ein



St.Galler Gerichte

"Gericht" werde von Art. 32 Abs. 2 SchKG nicht erfasst (BGE 130 III 515 ff., E. 4). Wie der in dieser Entscheidung betroffene Zuger Friedensrichter ist auch der st. gallische Vermittler eine Gerichtsbehörde (Art. 4, 19, 43 lit. a Gerichtsgesetz; Art. 134 ff. ZPO). Bundesrechtlich bestand somit keine Weiterleitungspflicht.

b) aa) Gemäss Art. 32 Abs. 3 SchKG weist ein unzuständiges Gericht eine Klage zurück. Das Bundesgericht hat entschieden, dass dies keine abschliessende Regelung ist. Art. 32 Abs. 3 SchKG belasse dem kantonalen Gesetzgeber die Kompetenz, eine richterliche Weiterleitungspflicht bzw. Prozessüberweisung von Amtes wegen vorzusehen mit der Folge, dass die Klage nach kantonalem Prozessrecht rechtshängig bleibt und die bundesrechtliche Klagefrist als gewahrt gilt (BGE 130 III 515 ff., E. 5). Somit ist zu prüfen, ob das kantonale Recht eine solche Regelung enthält.

Allgemein bestimmt Art. 72 Gerichtsgesetz (sGS 941.1, GerG), dass Eingaben an einen unzuständigen Richter der zuständigen Behörde überwiesen werden. Gemäss Art. 72 Abs. 2 GerG bleiben jedoch die Vorschriften über die Überweisung von Zivilprozessen vorbehalten. Wird eine an eine Frist gebundene Eingabe innert derselben einer unzuständigen Stelle eingereicht, gilt die Frist als eingehalten, "wenn die Überweisung an die zuständige Stelle vorgeschrieben ist" (Art. 84 Abs. 3 GerG). Daraus ergibt sich, dass die Überweisung gemäss Art. 72 GerG als solche (noch) nicht bedeutet, dass die Frist eingehalten ist. In diesem Sinn ist auch die Einschränkung von Abs. 2 zu verstehen, welche die Vorschriften des Zivilprozesses vorbehält (AUGUST HOLENSTEIN, Kommentar zum Gerichtsgesetz, Flawil 1987, N 3 zu Art. 72 GerG). Bei Schaffung des Gerichtsgesetzes galt noch das Gesetz über die Zivilrechtspflege von 1939 (ZP). Dessen Art. 182 bestimmte: "Wird ein Gesuch aus entschuldbarem Irrtum bei einer sachlich oder örtlich nicht zuständigen richterlichen Behörde angebracht, so ist es, wenn die Zuständigkeit klar ist, von Amtes wegen sofort an die zuständige Behörde zu leiten... Eine Frist gilt als eingehalten, wenn das Gesuch vor ihrem Ablauf bei der unzuständigen Behörde eingereicht worden ist". Entschuldbarer Irrtum im Sinn der alten ZP lag vor, wenn in guten Treuen die Zuständigkeit der einen oder andern Behörde angenommen werden konnte, weil z.B. noch keine Praxis feststand oder keine veröffentlichten Entscheide vorlagen. Als Hauptanwendungsfall wurde die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit des Handelsgerichts und jener der ordentlichen Gerichte betrachtet (OSKAR LUTZ, Kommentar zum Gesetz über die Zivilrechtspflege für den



Kanton St. Gallen, 2. Aufl., St. Gallen 1967, N 1 zu Art. 182 ZP). Mit dem Vorbehalt in Abs. 2 von Art. 72 GerG wollte der Gesetzgeber für den Zivilprozess bewusst nur in diesem engen Rahmen die Fristwahrung trotz Eingabe am falschen Ort zulassen (HOLENSTEIN, a.a.O., N 3 zu Art. 72 GerG). Entsprechend heisst es in der Botschaft: "Im Unterschied zu Art. 182 ZP wird auf das Erfordernis des "entschuldbaren Irrtums" und die Voraussetzung, dass "die Zuständigkeit klar ist", verzichtet. Für Zivilprozesse enthält Abs. 2 der vorliegenden Bestimmung immerhin einen Vorbehalt besonderer Vorschriften. Die "Prozessüberweisung" soll dort eigens geregelt werden. Dies liegt nahe, weil im Zivilprozess weitgehend die Verfügungsfreiheit der Beteiligten gilt und weil eine unsorgfältige Klageerhebung nicht gefördert werden darf" (Botschaft und Entwürfe des Regierungsrats vom 11. März 1986 zum Gerichtsgesetz, ABI 1986 861 ff., 904 f.).

Entscheidend ist somit, ob die ZPO die Weiterleitungspflicht des Vermittlers vorsieht. Die ZPO von 1990 enthält eine spezifische Bestimmung zur Unzuständigkeit des Vermittlers (Art. 139 ZPO) und eine allgemeine Bestimmung zur Prozessüberweisung (Art. 77 ZPO). Art. 139 ZPO bestimmt einzig: "Hält sich der Vermittler für unzuständig, so teilt er dies dem Kläger mit. Beharrt der Kläger auf dem Vermittlungsbegehren, so führt der Vermittler das Verfahren durch, wenn die Unzuständigkeit nicht offensichtlich ist." Der Vermittler hat nach dieser Bestimmung somit keine Pflicht zur Überweisung des Verfahrens an das Gericht (ebenso in bezug auf den mit Art. 139 ZPO-SG vergleichbaren § 139 ZPO-AG: AGVE 1992 80 ff., E. 2b a.A.). Zu prüfen ist somit, ob Art. 77 ZPO, der die Prozessüberweisung regelt, auch im Vermittlungsverfahren anwendbar ist. Im bereits zitierten AGVE 1992 80 ff. wurde das für das aargauische Zivilprozessrecht bejaht (vgl. auch BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, N 3 a.E. zu § 139), für das st. gallische Zivilprozessrecht trifft es aber nicht zu.

Mit der ZPO von 1990 wurde die Bestimmung über die Prozessüberweisung geändert. Gemäss Art. 77 ZPO wird "der Prozess auf Antrag des Klägers ohne Unterbrechung der Rechtshängigkeit dem vom Kläger nachträglich als zuständig bezeichneten Richter überwiesen". Bereits vom Wortlaut her setzt diese Bestimmung voraus, dass der Prozess, der überwiesen werden soll, "rechtshängig" ist (ebenso § 139 ZPO-AG). Die Rechtshängigkeit tritt aber gemäss Art. 156 ZPO erst mit Klage beim Gericht ein



(während sie nach aargauischem Prozessrecht bereits mit der Einreichung des Vermittlungsbegehrens eintritt). Hinzu kommt, dass selbst wenn Art. 77 ZPO grundsätzlich auch auf das Vermittlungsverfahren anwendbar wäre, dies dem Kläger nichts nützen würde. Selbst nach dieser Bestimmung erfolgt nämlich keine Überweisung von Amtes wegen, sondern nur auf Parteiantrag.

Gemäss kantonalem Prozessrecht besteht somit keine "richterliche Weiterleitungspflicht bzw. Prozessüberweisung von Amtes wegen" im Sinn von BGE 130 III 515 ff.

bb) Selbst wenn im Übrigen nach kantonalem Prozessrecht eine Überweisungspflicht des unzuständigen Vermittlers an das Kreisgericht zu bejahen wäre, hätte der Kläger mit seinem Vermittlungsbegehren vom 17. Mai 2000 die bundesrechtliche Klagefrist nicht eingehalten. In diesem Fall könnte nämlich von einer rechtzeitig angehobenen Klage nur ausgegangen werden, wenn das Vermittlungsbegehren die Anforderungen an eine Klageschrift gemäss Art. 156 Abs. 2 ZPO erfüllt hätte (LEUENBERGER/UFFERTOBLE, N 1c Abs. 1 a.E. zu Art. 77 ZPO). Davon geht auch der Kläger selber aus. Er ist der Meinung, dass diese Anforderungen erfüllt seien, denn bei der Wegweisungsklage sei schon durch die blossе Tatsache des Antrags auf Wegweisung das juristische Prüfprogramm vorgegeben. Der Beklagte müsse den Bestand seiner Forderung beweisen. Der Kläger seinerseits müsse nur beweisen, dass der Beklagte eine Forderung zur Kollokation angemeldet hat und dass diese kolloziert wurde. Der Kläger geht somit davon aus, bei der Wegweisungsklage genüge er seiner Begründungspflicht, wenn er überhaupt nur den Antrag auf Wegweisung einer bestimmten Forderung stelle. Eine weitere Begründung durch den Kläger könne nicht vorausgesetzt werden. Vielmehr müsse der Beklagte den Bestand der Forderung begründen und beweisen (Berufungsantwort Rz 28-34).

Im ordentlichen Prozess (wie hier) gilt nur die vollständige Klageschrift als Klage (Art. 156 Abs. 2 ZPO). Vollständig ist die Klage, wenn sie die in Art. 161 ZPO aufgeführten Punkte enthält. Dies ist namentlich nicht der Fall, wenn die "Darstellung des Sachverhalts", also die eigentliche Klagebegründung fehlt. In diesem Fall kann der Mangel auch nicht nach Art. 165 Abs. 2 ZPO verbessert werden (GVP 1993 Nr. 64). Die Begründung des Klägers läuft darauf hinaus, dass bei der Wegweisungsklage der



forderungsbegründende Sachverhalt erst in der Klageantwort dargelegt werden muss und die "Darstellung des Sachverhalts" in der Klage sich in der Nennung der kollozierten Forderung und dem blossen Antrag auf deren Wegweisung erschöpft. Er geht also davon aus, dass aufgrund der besonderen Natur der Wegweisungsklage die grundsätzlichen Anforderungen an die Klageschrift nicht ohne weiteres angewendet werden können. Es ist zutreffend, dass die Beklagte die Beweislast für den Bestand ihrer Forderung trifft. Entsprechend muss sie auch jene Behauptungen aufstellen, die ihre Forderung begründen. Trotzdem kann der Auffassung des Klägers nicht gefolgt werden. Der Gläubiger hat seine Forderung samt den entsprechenden Beweismitteln (Urkunden) dem Konkursamt einzugeben. Die Konkurseingabe hat eine prägnante und vollständige Umschreibung der Forderung mit kurzer Angabe des Schuldgrundes oder Forderungstitels aufzuweisen (SchKG/HIERHOLZER, N 11 zu Art. 244 SchKG). Die Konkursverwaltung prüft die Eingabe und holt dazu die Erklärung des Gemeinschuldners bzw. dessen Organe ein (SchKG/HIERHOLZER, N 19 ff. zu Art. 244 SchKG). Dann entscheidet sie über die Anerkennung der Forderung. Die in der Folge erhobene Kollokationsklage stellt ihrem Sinn und Zweck nach ein Rechtsmittel gegen die im Kollokationsplan enthaltene Verfügung der Konkursverwaltung dar (BGE 98 II 318 E. 4 m.H.; SchKG/HIERHOLZER, N 2 zu Art. 250 SchKG; VIKTOR FURRER, Die Kollokationsklagen nach schweizerischem Recht, Zürich 1979, 32 f. und 137). Der Kläger hat somit seine gegen den Bestand der von der Konkursverwaltung anerkannten Forderung gerichteten Angriffsmittel einredeweise geltend zu machen und nachzuweisen (FURRER, 71 m.H.). Daraus folgt, dass er zwar in der Klage nicht den die Forderung begründenden Sachverhalt darlegen muss, jedoch - wenigstens in den Grundzügen - zu begründen hat, weshalb er die Anerkennung durch die Konkursverwaltung nicht akzeptiert. In der Klageschrift vom 9. August 2000 hat er denn auch in diesem Sinn ohne weiteres unter dem Titel "Bestreitung der kollozierten Forderungen" (S. 19 ff.) die entsprechenden Einreden vorgebracht und begründet. Das Vermittlungsbegehren (kläg. act. 59) dagegen enthält nur die Anträge und formelle Hinweise und ist damit keine rechtsgenügende Klage.

c) Art. 139 und übrigens auch Art. 77 ZPO regeln den Fall, dass der Vermittler (bzw. der Richter) die Unzuständigkeit bemerkt und den Parteien mitteilt. Beide Bestimmungen lassen aber offen, welche Rechtswirkung eintritt, wenn eine richterliche Behörde dies unterlässt, weil sie ebenso wie der Kläger die Rechtslage irrtümlich nicht erkennt bzw.



wie hier die erfolgte Gesetzesänderung übersieht. Im Entscheid vom 21. Dezember 2004, den das Obergericht Zug im Anschluss an die Rückweisung durch BGE 130 III 515 ff. fällte, nahm es an, ein Weisungsschein, der ausgestellt werde, obwohl ein Sühneverfahren ausgeschlossen war, sei nichtig. Nichts ableiten lasse sich aus dem Umstand, dass sich der Friedensrichter nicht sofort für sachlich unzuständig erklärt habe, trage doch der Kläger das Risiko der rechtzeitigen Zurückweisung. In der Folge rügten die Beschwerdeführer mit staatsrechtlicher Beschwerde, der Friedensrichter hätte ihnen eine Nachfrist im Sinn des kantonalen Prozessrechts bzw. Art. 32 Abs. 3 SchKG bzw. Art. 139 OR ansetzen müssen. Das Bundesgericht liess diese Frage offen, da die Rüge verspätet erfolgt sei (BGE 5P.31/2005 vom 12. April 2005). Anders hat das Aargauer Obergericht im bereits erwähnten Entscheid geurteilt. Die Klagefrist sei mit der Einreichung beim Friedensrichteramt eingehalten, auch wenn im beschleunigten Verfahren (im konkreten Fall ging es nicht um eine SchKG-Klage) keine Vermittlung stattfinde, denn dem Kläger dürfe aus dem Fehler der Friedensrichterin kein Nachteil erwachsen (AGVE 1992 80ff. ohne weitere Begründung).

Auch der Kläger machte ähnlich wie im erwähnten Aargauer Entscheid geltend, ihm dürfe aus dem Fehler des Vermittlers kein Nachteil entstehen (Berufungsantwort Rz 34). Vorerst ist festzuhalten, dass ihm nach kantonalem Prozessrecht durch das Nichterkennen der Unzuständigkeit durch den Vermittler kein Nachteil entstand. Er stellte das Vermittlungsbegehren am letzten Tag der 20-tägigen Frist. Gemäss Art. 139 ZPO, der Art. 72 GerG vorgeht (lex specialis; unklar LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3 zu Art. 139), erfolgt keine Prozessüberweisung von Amtes wegen und Art. 77 ZPO, der die Prozessüberweisung auf Antrag der Parteien vorsieht, ist nicht anwendbar. Selbst wenn der Vermittler dem Kläger mitgeteilt hätte, er erachte sich als unzuständig, hätte dies nichts geändert.

Demgegenüber sieht Art. 32 Abs. 3 SchKG vor, dass bei Unzuständigkeit ein Rückweisungsentscheid gefällt wird, der eine neue Klagefrist auslöst. Es stellt sich somit einzig noch die Frage, ob Art. 32 Abs. 3 SchKG so ausgelegt werden kann, dass ein Kläger auch dann Anspruch auf eine solche Nachfrist (und damit die Möglichkeit zur Verbesserung seiner Eingabe) hat, wenn die richterliche Behörde zwar mangels Erkennen der Unzuständigkeit keinen Rückweisungsentscheid (tatsächlich) fällte, aber einen solchen (bei gehöriger Aufmerksamkeit) hätte fällen müssen. Das Bundesgericht



hat diese Frage aber in BGE 130 III 515 ff. in bezug auf Art. 32 Abs. 3 SchKG bereits implizit verneint, andernfalls es in jenem Entscheid direkt gestützt auf Art. 32 Abs. 3 SchKG die Berufung gut geheissen und auf die Klage eingetreten wäre, und nicht das Verfahren zur Klärung des kantonalen Prozessrechts zurückgewiesen hätte. Dieser Entscheid wurde zwar kritisiert, da als Folge davon die Kläger durch die fehlerhafte Ausstellung eines Weisungsscheins schlechter gestellt würden, als wenn der Vermittler in Anwendung des kantonalen Prozessrechts (§ 70 Abs. 2 ZPO/ZG) beziehungsweise von Art. 32 Abs. 3 SchKG das Vermittlungsbegehren zurückgewiesen hätte, denn diesfalls hätte den Klägern eine Notfrist für die Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht zu laufen begonnen (DAVID RÜETSCHI, Das Verhältnis von Art. 32 Abs. 2 zu Abs. 3 SchKG - Anmerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 4. März 2004 (BGE 130 III 515 ff.), Jusletter vom 25. Oktober 2004; FRIDOLIN WALTHER, Besprechung von BGE 130 III 515 ff. in: ZBJV 141, 2005, 833 ff.). Angesichts der Tatsache, dass es sich um einen neuen Entscheid handelt, sieht das Kantonsgericht keine Veranlassung, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen. Im Übrigen ist im vorliegenden Fall ein Vertrauensschutz wie ihn der Kläger dem Sinn nach für sich beansprucht, auch nicht angebracht. Die gesetzliche Zuständigkeitsregelung ist in diesem Fall wie vorne dargelegt ganz eindeutig. Ein Blick in den Gesetzestext anstelle des veralteten Kommentars hätte das gezeigt. Es lässt sich auch nicht sagen, die neue Regelung gemäss Art. 135 lit. d ZPO sei erst ganz kurz in Kraft gewesen. Vielmehr bestand sie im Zeitpunkt des Vermittlungsbegehrens seit gut drei Viertel Jahren. Schliesslich enthielt die Verfügung Nr. 2 des Konkursamtes (kläg. act. 1), um die es hier geht, als Rechtsmittelbelehrung den Hinweis: "Klagen auf Anfechtung dieser Verfügung können innert zwanzig Tagen (...) beim zuständigen Bezirksgericht anhängig gemacht werden (Art. 250 SchKG)" (Hervorhebung hinzugefügt). Die Verfügung war zwar an den Rechtsvertreter der Beklagten adressiert. Sie bildete jedoch als spezielle Verfügung integrierenden Bestandteil des Kollokationsplans. Entsprechend beantragte der Kläger als Mitgläubiger denn auch explizit die Aufhebung dieser Verfügung Nr. 2 (vgl. Ziff. 1.b des Rechtsbegehrens). Berücksichtigt man die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Vertrauensschutz bei verpassten Rechtsmittelfristen, wo selbst bei falscher Rechtsmittelbelehrung kein Schutz gewährt wird, wenn die Partei den Fehler durch Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes hätte erkennen können (BGE 5A_401/2007 vom 28. September 2007; 129 II 125; 124 I 255; 117 Ia 421), rechtfertigt



es sich hier - bei einer richtigen Rechtsmittelbelehrung - umso weniger, dem Kläger das Risiko der rechtzeitigen Zurückweisung abzunehmen.

4. Somit erfolgte die Einreichung der Klage verspätet. Der Kläger macht diesbezüglich noch geltend, die Beklagte hätten sich auf die Klage eingelassen. Einlassung gibt es jedoch nur bei örtlicher Unzuständigkeit (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 2 zu Art. 32 ZPO).

5. Wurde die bundesrechtliche Klagefrist verpasst, so ist auf die Klage nicht einzutreten (SchKG/HIERHOLZER, N 70 zu Art. 250 SchKG).

.....