

Da der Beklagte den erstinstanzlichen Entscheid nicht angefochten habe, sei nur noch streitig, ob dem Beklagten die Befolgung des Konkurrenzverbotes unter denjenigen Androhungen, welche in der Zürcher Prozeßordnung vorgesehen seien, anzubefehlen sei. Dies sei aber eine Frage des Vollstreckungsrechtes, welche als solche nach §§ 741 ff. des zürcherischen Rechtspflegegesetzes nicht dem Richter im ordentlichen Verfahren, sondern dem Richter im summarischen Verfahren zugewiesen sei. Allerdings gebe es Fälle, in denen der Richter im ordentlichen Verfahren über Fragen entscheiden könne, die sonst dem Richter im summarischen Verfahren zugewiesen seien; ein solcher Ausnahmefall liege aber hier nicht vor. Daher könne auf das Begehren des Klägers, soweit es sich auf die gegen den Beklagten zu erlassenden Androhungen beziehe, nicht eingetreten werden.

C. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht zu ergreifen erklärt, mit folgendem Antrag:

I. Es sei die Klage im ganzen Umfange zu schützen; also in Dispositiv 1 seien auch die Worte: „Unter den nach Zürcher Prozeßordnung zulässigen Androhungen“ aufzunehmen.

II. Eventuell sei im Dispositiv in anderer unmißverständlicher Weise festzustellen, daß sich der Erfüllungsanspruch des Klägers bei Erfüllungsverweigerung durch den Beklagten nicht restlos in einen Schadenersatzanspruch auflöse, daß also Art. 110 ff. OR die Anwendung kantonaler Erfüllungszwangsmittel nicht implicite verbiete; —

in Erwägung:

1. Daß nach Art. 56 OG die Berufung an das Bundesgericht nur in Bezug auf solche Streitpunkte ergriffen werden kann, welche von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden sind oder nach solchen Gesetzen zu entscheiden waren und bezüglich derer daher eine Verletzung eidgenössischen Rechtes im Sinne von Art. 57 OG in Frage kommen kann;

2. daß nun aber im vorliegenden Falle das kantonale Urteil, soweit es überhaupt angefochten ist, ausschließlich auf der Anwendung kantonaler Gesetzesbestimmungen, nämlich der Bestimmungen über die Kompetenzausscheidung zwischen dem ordentlichen

und dem Vollstreckungsrichter beruht, indem die Frage, ob eine Androhung, wie sie der Kläger verlangt, mit Art. 110 OR vereinbar sei, vom Obergericht gar nicht entschieden wurde;

3. daß die Frage, in welcher Weise obige Kompetenzausscheidung statzufinden habe, als prozeßrechtliche Frage in der Tat nach kantonalem Rechte zu entscheiden war;

4. daß somit in dem vorliegenden Kompetenzentscheid eidgenössisches Recht weder angewendet worden ist noch anzuwenden war, wie Art. 56 voraussetzt, und solches also auch nicht, wie Art. 57 voraussetzt, verletzt werden konnte;

5. daß unter diesen Umständen, da ein kantonaler Entscheid über die unter den Parteien streitige Frage (die Frage nämlich, ob gegen den Beklagten die „nach Zürcher Prozeßrecht zulässigen Androhungen“ zu erlassen seien) nicht vorliegt und die Weigerung der Vorinstanz, sich hierüber auszusprechen, gegen Bundesrecht nicht verstößt, das Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht in der Lage ist, zu untersuchen, ob und inwieweit bei Beurteilung jener Frage eidgenössisches Recht (insbesondere Art. 110 OR) hätte in Betracht kommen können; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

105. Beschluß vom 25. Oktober 1907

in Sachen **Berger**, Bekl., W.-Kl. u. Ber.-Kl., und **Keller**,
Litisdenunziat des Bekl. u. W.-Kl. u. Ber.-Kl., gegen
Laager, Kl., W.-Bekl. u. Ber.-Bekl.

Berufung des Litisdenunziaten. Einfluss des Rückzugs der Berufung der Hauptpartei auf sie. Art. 66 BZP; Bestimmungen des zürch. RPfG über die Stellung des Litisdenunziaten.

Das Bundesgericht hat

da sich ergeben:

A. Durch Urteil vom 24. April 1907 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich über die Rechtsbegehren:

a) der Klage:

1. Es sei das beklagliche schweizerische Patent Nr. 32,933 d. d. 12. Juli 1905 nichtig zu erklären;
2. Es sei dem Beklagten die Herstellung und der Vertrieb der durch das klägerische schweizerische Patent Nr. 34,334 d. d. 5. Oktober 1905 geschützten Ladeeinrichtung untersagt;

b) der Widerklage:

1. Das dem Kläger gehörende schweizerische Patent Nr. 34,334 vom 5. Oktober 1905 sei nichtig zu erklären;
2. Dem Kläger und Widerbeklagten sei die Herstellung und der Vertrieb von Ladebalken mit Aufzugsvorrichtungen, von denen die Querverbindungen der Tragbalken ohne Zuhilfenahme von Werkzeugen gelöst werden können, so daß alsdann beide Balken für sich transportierbar sind, zu untersagen;

erkannt:

1. Das schweizerische Patent Nr. 32,933 d. d. 12. Juli 1905 wird auf den Inhalt des deutschen Patentes Nr. 170,139 d. d. 18. März 1905 reduziert, im übrigen wird das erste klägerische Rechtsbegehren abgewiesen.

2. Dem Beklagten wird die Herstellung und der Vertrieb von Ladebalken nach dem schweizerischen Patent Nr. 34,334 d. d. 5. Oktober 1905 untersagt.

3. Die Widerklage wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben sowohl der Beklagte als auch der Litizdenunziat, je in selbständiger Eingabe, rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht erklärt.

Der Beklagte hat die Anträge gestellt:

1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben;
2. Es sei die Klage auf Nichtigerklärung des schweizerischen Patentes Nr. 32,933 d. d. 12. Juli 1905 abzuweisen;
3. Es sei dem Beklagten die Herstellung und der Vertrieb von Ladebalken nach dem schweizerischen Patent Nr. 34,334 d. d. 5. Oktober 1905 gestattet;

4. Es sei die Widerklage im ganzen Umfange gutzuheißen.

Die Anträge des Litizdenunziaten gehen ebenfalls auf gänzliche Abweisung der Haupt- und Gutheißen der Widerklage.

C. Mit Eingabe vom 14. Oktober 1907 hat der Vertreter des

Beklagten die Erklärung abgegeben, er ziehe namens seines Klienten die Berufung zurück; —

in Erwägung:

1. Vom Rückzug der Berufung des Beklagten — der Hauptpartei — ist lediglich Vermerkt zu nehmen.

2. Dagegen fragt es sich, welchen Einfluß dieser Rückzug auf die Berufung des Litizdenunziaten ausübe. Die Entscheidung dieser Frage hängt ab von der Rechtsstellung des Litizdenunziaten und der Bedeutung seiner Berufung einerseits, von der rechtlichen Natur der Zurücknahme der Berufung durch die Hauptpartei anderseits. Die Rechtsstellung des Litizdenunziaten zur Hauptpartei nun wird, da die Streitverkündung und der Beitritt zum Streit schon vor der kantonalen Instanz stattgefunden hat, durch das kantonale, hier also durch das zürcherische Prozeßrecht bestimmt. Die in Art. 66 Abs. 2 des US vorbehaltenen Bestimmungen der eidgenössischen ZPD über die Streitverkündung beziehen sich nur auf die erst vor Bundesgericht erfolgte Streitverkündung; die vor den kantonalen Gerichten erfolgte Streitverkündung beurteilt sich dagegen in allen Beziehungen nach kantonalem Recht, also auch die Rechtsstellung des Litizdenunziaten im Berufungsverfahren vor Bundesgericht. Nach § 251 Abs. 1 NPSG richtet sich die Teilnahme des Litizdenunziaten am Prozesse nach den Vorschriften über die Nebenintervention. Der Nebeninterventent seinerseits steht zur Hauptpartei im Verhältnis des unterstützenden Anschließers (§ 245 Abs. 1 leg. cit.); er kann in den Prozeß eintreten „wenn die Partei selbst den Prozeß nicht fortsetzen oder Beweismittel nicht ergreifen will“ (§ 245 Abs. 2). Er „hat den Prozeß in der Lage anzunehmen, in der er ihn findet. Er ist berechtigt, das, was er zur Unterstützung und Ergänzung der Vorträge und Beweisführungen der Hauptpartei erforderlich hält, vorzubringen, und es gilt dasselbe, soweit es nicht von dieser ausdrücklich bestritten ist oder mit ihren eigenen Erklärungen und Handlungen im Widerspruche steht, als von ihr selbst vorgebracht“ (§ 246). Diesen Bestimmungen ist zu entnehmen, daß der zürcherische Zivilprozeß hinsichtlich der Stellung des Nebenintervententen im wesentlichen auf dem gleichen Standpunkt steht, der der deutschen ZPD zu Grunde liegt; vergleiche

§ 245 zürch. RPfG mit § 66 (alt § 63) deutsch. ZPD, und § 246 jenes mit § 67 (alt § 64) dieser. Das ist denn auch der Standpunkt der zürcherischen Praxis, wie aus Sträuli, Komm. zum RPfG (I. Teil) Anm. 3 zu § 246 (S. 128) hervorgeht; vergl. auch Meili, Der Zivil- und Strafprozeß des Bundes und des Kantons Zürich, S. 96 f. Die theoretische Konstruktion der Stellung des Nebenintervenienten im deutschen ZP ist nun freilich kontrovers (vergl. u. a. nur: Schulze, in Zeitschr. f. d. ZP 2 S. 20 ff., und von Kries, Rechtsmittel S. 34 f., wonach der Nebenintervenient „Vertreter der Partei kraft eigenes Recht“ ist; sodann Petersen, Die Stellung des Nebenintervenienten in der von ihm veranlaßten Rechtsmittelinstanz, in Zeitschr. f. d. ZP 21 S. 305 ff., speziell 321 ff., wonach der Nebenintervenient „nicht allgemeiner Vertreter der Partei“ ist, aber „innerhalb gewisser Grenzen für sie handeln darf, wenn sie sich untätig verhält“; endlich — abweichend — Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2 S. 497 ff. (§ 137); speziell S. 508 ff.: er ist „Nebenpartei“, hat „die Befugnis, im Prozesse des Geschäftsherrn die Prozeßführung zu besorgen“). Mag man sich indessen der einen oder andern dieser theoretischen Konstruktionen anschließen, so folgt jedenfalls aus dem Wesen der Nebenintervention nach deutschem und danach, nach dem gesagten, auch nach zürch. Prozeßrecht, daß ein Vergleich der Hauptpartei mit dem Gegner auch den Nebenintervenienten bindet; vergleiche Sträuli und Meili a. a. O., und dazu Rechenschaftsbericht des zürch. Obergerichts pro 1895, Weil., Nr. 134, Bl. f. Zürcher Rechtsprechung 1 Nr. 246; ebenso die Klagenanerkennung durch den Beklagten dessen Litisdenunzianten; Bl. f. Zürcher Rechtsprechung 2 Nr. 133. Nach dieser rechtlichen Stellung des Litisdenunzianten (und Nebenintervenienten) könnte zunächst schon zweifelhaft erscheinen, ob er zur Einlegung von Rechtsmitteln neben der Hauptpartei (wie hier) überhaupt befugt sei: das könnte verneint werden mit der Begründung, der Nebenintervenient habe an der Einlegung eines Rechtsmittels dann, wenn die Hauptpartei selber es eingelegt hat, gar kein Interesse; das Rechtsmittel werde durch die Einlegung seitens der Hauptpartei überhaupt konsumiert; der Einlegung durch den Nebenintervenienten könne gar

keine selbständige Bedeutung zukommen, wenigstens für den Fall, daß die Berufung seitens der Hauptpartei gültig eingelegt sei. Indessen ist das Bundesgericht (allerdings in einem Falle, in dem die Berufung der Hauptpartei formungültig eingelegt war: *UC 26 II S. 624 ff.*), davon ausgegangen, der Litisdenunziant könne, wenn ihm nach der kantonalen Prozeßordnung Parteirechte zustehen, auch neben der Hauptpartei (nicht nur statt ihrer und für sie, worüber für das zürcherische Prozeßrecht nach § 245 RPfG kein Zweifel bestehen kann) die Berufung ergreifen. Aus dem gedachten Grunde kann daher die Berufung des Litisdenunzianten im vorliegenden Falle nicht als unzulässig zurückgewiesen werden. Wohl aber fragt es sich, ob sie nicht mit der Zurücknahme der Berufung seitens der Hauptpartei dahinfällt. Über diese entscheidende Frage ist zu bemerken: Nach jeder der hievorigen wiedergegebenen Theorien ist das Bestehen der Nebenintervention (hier nicht in Betracht fallende Ausnahmen vorbehalten) abhängig vom Bestand des Prozeßrechtsverhältnisses zwischen den Hauptparteien; erlischt dieses, so fällt auch die Nebenintervention dahin. Sofern daher die Zurücknahme der Berufung seitens der Hauptpartei die Beendigung des Prozeßrechtsverhältnisses zwischen ihr und dem Gegner bedeutet, erlischt auch die akzessorische Prozeßstandschaft des Nebenintervenienten. Jener Prozeßhandlung kommt nun in der Tat die gedachte Bedeutung zu: Die Zurücknahme eines Rechtsmittels, im besondern der Berufung, bedeutet, daß das angefochtene Urteil anerkannt wird; es tritt in Rechtskraft, und damit wird das Prozeßrechtsverhältnis, zu dessen Erledigung es gedient hat, beendet; die Zurücknahme des Rechtsmittels kommt also dem Abstände vom Prozesse in der Lage, in der er sich zur Zeit der Zurücknahme befindet, gleich. Im Rückzug der Berufung liegt nicht nur die Erklärung der Hauptpartei, die Weiterführung des Prozesses der Nebenpartei überlassen zu wollen, wozu die Hauptpartei berechtigt wäre und wodurch der gleiche Zustand herbeigeführt würde, wie wenn sie nicht Berufung eingelegt hätte; sondern mit dem der Gegenpartei gegenüber erklärten Rückzug der Berufung disponiert die Hauptpartei über das streitige Rechtsverhältnis zu Gunsten der Gegenpartei und diese Erklärung ist für die Gegenpartei rechtswirksam ohne Rücksicht darauf, ob der Erklärende da-

mit die Rechte der Nebenpartei verletzt oder nicht. Damit muß aber die Nebenintervention, sofern sie, wie eben nach zürcherischem Prozeßrecht, nicht zur Streitgenossenschaft führt, notwendig ihr Ende nehmen. (Vergl. dazu u. a. auch Struckmann und Koch, Komm. zur ZPO § 64 (alt) Anm. 1; Hellwig a. a. O. S. 500 Anm. 8a und S. 502 Anm. 20a.) Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall, daß mit dem Rückzug der Berufung des Beklagten (der Hauptpartei) die Berufung des Litizdenunziaten dahinfällt; der Prozeß ist daher als in diesem Sinne erledigt abzuschreiben, und ein weiteres Verfahren hat nicht stattzufinden; —

beschlossen:

Vom Rückzug der Berufung des Beklagten wird Vormerk genommen. Damit wird die Berufung des Litizdenunziaten des Beklagten als dahingefallen erklärt, und die Sache als in diesem Sinne erledigt abgeschrieben.

106. Urteil vom 26. Oktober 1907

in Sachen **Sprecher** und **Kunz**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen
Eigenmann und **Genossen**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Zulässigkeit der Berufung: Streitwert, Art. 59 OG. — *Streitwert bei Kollokationsanfechtungsklage (Art. 250 SchKG), speziell im Falle der Anfechtung der Zulassung der Verlustscheinsgläubiger im neuen Konkurse des Gemeinschuldners (Art. 265 SchKG) vor vollständiger Befriedigung der neuen Gläubiger.*

Das Bundesgericht hat

da sich ergeben:

A. Die Beklagten hatten in dem im Jahre 1898 vom Konkursamt St. Gallen durchgeführten Konkurse des J. Gut-Hanimann für die ungedeckt gebliebenen Beträge ihrer anerkannten Forderungen von zusammen 36,308 Fr. 56 Cts. Verlustscheine erhalten. Auf Betreibung der Beklagten Eigenmann und Spiez hin wurde mit Erkenntnis vom 30. September 1905 vom Kreisgerichtauschuß Chur (wohin der Betriebene gezogen war) festge-

stellt, daß der Betriebene zu neuem Vermögen gekommen sei; die Betreibungen führten alsdann am 4. Oktober 1906 zu einem neuen Konkurse über Gut-Hanimann. In diesem Konkurse meldeten die Beklagten ihre Verlustscheinsforderungen an, die Kläger als neue Gläubiger des Gut-Hanimann ihre laufenden Forderungen und zwar der Kläger Kunz 1300 Fr., der Kläger Sprecher 1700 Fr. Das Konkursamt Chur verwies beide Gläubigergruppen als gleichberechtigt in die V. Klasse. Hiegegen richtet sich nun die vorliegende Klage, mit der die neuen Gläubiger die Rechtsbegehren stellen:

a) Es sei der Kollokationsplan im Konkurse des J. Gut-Hanimann in Chur in der Weise abzuändern, daß die Kollokation der Forderungen der Beklagten in V. Klasse aufgehoben und nichtig erklärt wird.

b) Die Forderungen der Beklagten seien in dem Sinne aus der Kollokation zu weisen, daß sie an den Aktiven der Konkursmasse Gut erst Anteil bekommen sollen, nachdem die klägerischen Forderungen und eventuell nach ihnen auch die andern Konkursgläubiger, welche nicht Verlustscheinsgläubiger sind, volle Deckung erhalten haben.

B. Das Bezirksgericht Plessur hat mit Urteil vom 4. Februar 1907, den Anträgen der Beklagten stattgebend, die Klage abgewiesen, und durch Urteil vom 30. April 1907 hat das Kantonsgericht von Graubünden die von den Klägern hiegegen ergriffene Appellation verworfen.

C. Gegen das Urteil des Kantonsgerichts haben die Kläger nunmehr rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit der sie ihre Klagebegehren wieder aufnehmen. Eine die Berufung begründende Rechtschrift ist nicht beigelegt; —

in Erwägung:

1. Da der Berufungserklärung keine begründende Rechtschrift beigelegt ist, ist die Berufung nur dann formgültig eingelegt und kann auf sie nur dann eingetreten werden, wenn der Streitwert 4000 Fr. erreicht. In erster Linie, und von Amtes wegen (Art. 79 Abs. 1 OG), ist daher das Vorhandensein dieses Erfordernisses mündlicher Berufung zu prüfen.

2. Was als Wert des Streitgegenstandes erscheint, hängt zu-