

kannt war, in ihrem Hause stets Wein, Bier und Schnaps verkauft, und daß sie seit 1895 das kantonale Schnapspatent und seit 1898 das Gemeindegewerkschaftspatent von Zug gelöst haben, weshalb auch in dieser Beziehung die Servitut infolge Verjährung untergegangen sei.

C. — Gegen das Urteil des Kantonsgerichtes von Graubünden, zugestellt den 12. Dezember 1912, hat die Klägerin am 30. Dezember 1912 die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage: „Das Urteil des Kantonsgerichtes sei dahin abzuändern, daß dem Beklagten die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes auf seinem Bäckereigehöft in Landquart, sei es in Form eines eigentlichen Wirtschaftsbetriebes, sei es durch den Verkauf von Getränken über die Gasse untersagt werde, eventuell sei dem Beklagten zum mindesten der Betrieb einer eigentlichen Wirtschaft zu verbieten.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Nach Art. 56 OG findet die Berufung an das Bundesgericht nur in solchen Zivilstreitigkeiten statt, die von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden sind oder nach solchen Gesetzen zu entscheiden waren. Das erste Erfordernis trifft hier nicht zu, indem die Vorinstanz, wie aus der Begründung des Urteils hervorgeht, die Streitsache ausschließlich nach kantonalem Recht beurteilt hat. Andererseits war die Streitsache auch nicht auf Grund des eidgenössischen Rechtes zu entscheiden, da ja nach Art. 1 Abs. 1 Schl. L. ZGB die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die sich vor dem 1. Januar 1912 ereignet haben, auch nach diesem Zeitpunkte noch vom alten Recht beherrscht werden, im vorliegenden Falle aber ausschließlich solche Tatsachen in Betracht kommen, die der Zeit vor 1912 angehören (Bestellung der Servitut im Jahre 1876, Veränderung der Benutzungsweise der Gebäulichkeiten in den Jahren 1895, 1896 und 1898). Das angefochtene Urteil entzieht sich daher der Überprüfung durch das Bundesgericht.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

28. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Februar 1913  
in Sachen Bleier, Ber.-Kl., gegen R. S. Wanner,  
Ber.-Bekl.

Art. 58<sup>1</sup> OG: *Unzulässigkeit der Berufung gegen ein Urteil, das durch ein ordentliches, zu einer inhaltlichen Nachprüfung führendes kantonales Rechtsmittel anfechtbar gewesen wäre. Dass letzteres der Fall gewesen wäre, hat das Bundesgericht ohne selbständige Nachprüfung der jenes Rechtsmittel regelnden Bestimmungen anzunehmen, wenn die Ausführungen der kantonalen Gerichtsbehörden darüber — die nicht in dem durch Berufung angefochtenen Entscheide enthalten zu sein brauchen — erweisen, dass dem Berufungskläger die Weiterziehung an die betreffende kantonale Oberinstanz tatsächlich möglich gewesen wäre.*

Das Bundesgericht hat,

nachdem sich aus den Akten ergeben:

A. — Der im vorinstanzlichen Verfahren als Petent bezeichnete R. Hans Wanner ist alleiniger Erbe des verstorbenen Samuel Wanner in Horgen, der früher nebst Dr. Hugo Bleier Inhaber der Kollektivgesellschaft Samuel Wanner und Dr. H. Bleier, gewesen war. Im April 1912 stellte der Petent gegen Dr. Hugo Bleier als Impetraten vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich das Begehren um Bestellung eines Liquidators für die aufgelöste Gesellschaft, Anordnung der nötigen Eintragungen ins Handelsregister und Erlaß einer vorförmlichen Maßnahme, durch die dem Impetraten die Verfügung über das Guthaben der aufgelösten Firma bei der Bank in Horgen entzogen würde. Der Impetrat widersetzte sich der beabsichtigten Liquidation der aufgelösten Gesellschaft, da er nach dem Gesellschaftsvertrage ein Recht auf Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven habe, dessen Geltendmachung er sich ausdrücklich vorbehalten. Eventuell beantragte er, die Liquidation ihm zu überlassen, da jeder Grund fehle, sie einem Dritten zu übertragen. Auch dem Entzug der Verfügung über das Bankguthaben widersetzte er sich.

Das Handelsgericht hat am 30. August 1912 in der Sache beschlossen: „1. Dem Petenten wird eine Frist von 10 Tagen „von der schriftlichen Mitteilung dieses Beschlusses an gerechnet,

154 Oberste Zivilgerichtsinstanz. — II. Prozessrechtliche Entscheidungen.

„angesezt, um die Kosten der Liquidation durch eine Barkaution „von 1000 Fr. auf der Obergerichtskasse zu veröffentlichen, unter „der Androhung, daß sonst Rückzug seines Gesuches angenommen „würde. 2. Die gleiche Frist wird beiden Parteien angesezt, um „dem Gerichte Vorschläge für die Nomination eines Liquidators „zu machen, unter der Androhung, daß sonst das Gericht von sich „aus einen Liquidator ernennen würde.“ 3. (Mitteilung.)

B. — Gegen diesen Beschluß hat Dr. Bleier einerseits die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, andererseits beim Kassationsgericht des Kantons Zürich eine Nichtigkeitsbeschwerde nach § 704 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes eingereicht.

a) Der Berufungsantrag lautet dahin, es sei der angefochtene Beschluß aufzuheben und das Begehren des H. Hans Wanner auf Bestellung eines Liquidators gänzlich abzuweisen.

b) In der Kassationsinstanz hat der Beschwerdeführer Aufhebung des handelsgerichtlichen Beschlusses verlangt, unter Berufung auf die Nichtigkeitsgründe, die der § 704 cit. aufstellt in seinen Ziffern 1 (Unzuständigkeit des erkennenden Gerichts), 6 (Verweigerung des rechtlichen Gehörs), 7 (Offenbare Aktenwidrigkeit) und 8 (Zusprechung von mehr als verlangt und weniger als anerkannt wurde). In Hinsicht auf die Ziffer 6 wurde die Verweigerung des rechtlichen Gehörs damit begründet, daß die Angelegenheit nicht einfach durch Beschluß, sondern im ordentlichen, kontraktistischen Verfahren und durch Urteil, das der Beschwerdeführer an das Bundesgericht hätte weiterziehen können, habe erledigt werden sollen. Die Gegenpartei hat auf Abweisung der Beschwerde angetragen und dabei geltend gemacht, dem Kassationskläger habe nach Art. 702 RpfG das ordentliche Rechtsmittel des Rekurses an das Obergericht offen gestanden und seine Kassationsbeschwerde sei daher unzulässig. Auch das Handelsgericht hat in seiner Bernehmlassung auf die Beschwerde diese Auffassung vertreten. Der § 702 lautet, soweit hier von Bedeutung: „Rekurse . . . . gegen „Beschlüsse des Handelsgerichts außerhalb des Prozeßverfahrens sind „an das Obergericht zu richten.“

In seinem am 10. Dezember 1912 gefällten Entscheide hat das Kassationsgericht der erwähnten Ansicht beigepflichtet und demnach die Beschwerde wegen mangelnder Zuständigkeit als unzu-

lässig zurückgewiesen. In den Erwägungen wird ausgeführt: Das Handelsgericht erkläre in seiner Bernehmlassung, unter den in § 702 genannten „Beschlüssen des Handelsgerichts außerhalb des Prozeßverfahrens“ seien die nicht im ordentlichen Prozeßverfahren durchzuführenden Prozeßsachen zu verstehen. Das entspreche in der Tat der vom Handelsgericht geübten Praxis. Und von dieser Auffassung des § 702 ausgehend seien die zürcherischen Gerichte dazu gelangt, bei der Ernennung von Liquidatoren das schriftliche Beschlußverfahren anzuwenden, wofür auf einen Beschluß im „fog. kleinen Spruchbuch“ des Handelsgerichts von 1911 (S. 13 f.) und auf einen obergerichtlichen Beschluß vom 9. April 1902 (Blätter für zürcherische Rechtsprechung I Nr. 150) verwiesen werde. Allerdings habe sich eine abweichende Praxis in der Auslegung des § 702 hinsichtlich der daselbst ebenfalls als durch Rekurs an das Obergericht weiterziehbar erklärten „Beschlüsse der Bezirksgerichte außerhalb des ordentlichen Prozesses“ gebildet, indem darunter „Beschlüsse außerhalb des Verfahrens“, solche, die mit dem Verfahren nicht organisch zusammenhängen, verstanden würden. Allein in Hinsicht auf die Praxis des Handelsgerichts und angesichts der Mehrdeutigkeit der Worte „Beschlüsse außerhalb des Prozeßverfahrens“ könne das Kassationsgericht nicht erklären, das Handelsgericht stütze seine Beschlußfassung zu Unrecht auf den § 702. Siehe aber ein Beschluß nach § 702 vor, so sei die Beschwerde unzulässig; —

in Erwägung:

Die Berufung ist wegen mangelnder Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges nach Art. 58 Abs. 1 OG unzulässig: Die Vorinstanz führt in ihrer Bernehmlassung auf die Nichtigkeitsbeschwerde, die der Berufungskläger beim kantonalen Kassationsgericht eingereicht hatte, aus, daß ihm nach § 702 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes der Rekurs an das Obergericht zugestanden hätte, und die Kassationsinstanz pflichtet dieser Ansicht in den Erwägungen ihres Entscheides bei, der die Nichtigkeitsbeschwerde als unzulässig abweist. An diese Auffassung hat sich das Bundesgericht zu halten. Zwar ist sie nicht in dem Beschlusse selbst, gegen den sich die Berufung richtet, zum Ausdruck gekommen, und es läßt sich also nicht sagen, dieser Beschluß beruhe auf einer für

das Bundesgericht verbindlichen Anwendung kantonalen Prozeßrechts. Allein die übereinstimmende, mit Präjudizien belegte Rechtsansicht der beiden kantonalen Gerichtsbehörden über diese Kompetenzfrage tut dar, daß es dem Berufungskläger tatsächlich möglich gewesen wäre, den Fall an das Obergericht weiterzuziehen. Davan würde auch nichts geändert, wenn das Bundesgericht bei eigener Prüfung der Frage zu einer abweichenden Auslegung des § 702 käme. Unbestritten ist endlich und nach ihren Darlegungen offenbar auch die Ansicht des Handels- und des Kassationsgerichts, daß der Rekurs des § 702, im Gegensatz zur kantonalen Kassationsbeschwerde, ein ordentliches Rechtsmittel bildet und zu einer inhaltlichen Nachprüfung des angefochtenen Beschlusses, namentlich auch hinsichtlich der richtigen Anwendung eidgenössischen Rechtes, führt. Der hier an das Bundesgericht weitergezogene Beschluß ist somit kein in der letzten kantonalen Instanz erlassener nach Art. 58 O.G. Ob er ein Haupturteil im Sinne dieser Bestimmung sei, kann dahingestellt bleiben; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

## 29. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. Februar 1913

in Sachen **Böhlen**, Kl. u. Ber.-Kl.,

gegen **Straßenbahn Zürich-Orlikon-Seebach**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

*Der Antrag des Haftpflichtklägers auf Aufnahme eines Rektifikationsvorbehaltes bewirkt keine Erhöhung des für die Berufung massgebenden Streitwertes.*

A. — Durch Urteil vom 21. November 1912 hat das Obergericht des Kantons Zürich (I. Appellationskammer) über die Streitfrage:

„Ist die Beklagte schuldig, dem Kläger für einen Unfall, welcher ihm infolge Ausglitschen durch einen Straßenbahnwagen verursacht wurde, eine heute nicht genau festzustellende Entschädigung zu zahlen?“

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

In der Verhandlung vor Obergericht, wie auch schon vor Bezirksgericht, hatte der Kläger seine Forderung auf 2000 Fr. nebst Zins beziffert, „unter Rektifikationsvorbehalt für den Fall, daß sich später ein bleibender Nachteil herausstellen und der Kläger mit 2000 Fr. nicht gedeckt sein sollte.“

B. — Gegen das den Parteien am 11. Januar 1913 zugestellte obergerichtliche Urteil hat der Kläger am 29. Januar die Berufung an das Bundesgericht zu ergreifen erklärt, mit dem Antrag:

„Es sei in Abänderung des zweitinstanzlichen Urteils die Klage „in vollem Umfange gutzuheißen unter Kosten und Entschädigungsfolge im Betrage von 16.000 Fr. (sechszehntausend) zu Lasten „der Beklagten, indem der Kläger vollständig arbeitsunfähig gemacht worden sei.“

Eine, die Berufung begründende Rechtschrift ist nicht eingereicht worden, sondern es hat der Berufungskläger nur am Schlusse der Berufungserklärung summarisch angegeben, in welcher Weise er die Berufung „begründen möchte“.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da der Berufungskläger keine die Berufung begründende Rechtschrift eingereicht hat, könnte auf die Berufung nur dann eingetreten werden, wenn der Streitwert 4000 Fr. erreichen oder übersteigen würde. Dies würde seinerseits voraussetzen, daß bei der Bemessung des Streitwertes der vom Kläger gemachte „Rektifikationsvorbehalt“ zu berücksichtigen wäre. Nun hat aber der in Art. 8 Abs. 1 ZHG vorgesehene Rektifikationsvorbehalt nicht die Bedeutung, daß dem Kläger gestattet ist, sich eine spätere Erhöhung der Klageforderung vorzubehalten, sondern nur, daß der Richter sich die spätere Erhöhung der Urteilssumme vorbehalten darf. Auch bei einer allfälligen Rektifikation des Urteils kann also nicht über das ursprüngliche Klagebegehren hinausgegangen werden. Mit andern Worten: Nicht der Antrag des Klägers auf Aufnahme eines Rektifikationsvorbehaltes bildet den Rahmen, innerhalb dessen eine Haftpflichtentschädigung zugesprochen werden kann, sondern es wird dieser Rahmen durch die ziffernmäßig anzugebende Klagesumme als solche (in Verbindung mit einer allfälligen Anerkennung eines Teils der Klageforderung durch den Beklagten)