

Gesellschafter, durch den Ausschliessungsbeschluss vollzogen, sondern erst durch den Spruch des Richters, durch das Gestaltungsurteil; dieses erst hebt den bisherigen Rechtszustand auf und schafft mit Wirkung *ex nunc* (BGE 49 II 492) einen neuen Rechtszustand. Dagegen ist nicht einzusehen, weshalb ein solches Gestaltungsurteil nur durch ein staatliches Gericht, nicht aber auch durch ein Schiedsgericht soll gefällt werden können. Zwar gibt es Gestaltungsurteile, zu deren Erlass nur ein staatliches Gericht befugt ist, wie z. B. das Scheidungsurteil. Aber das liegt nicht im Wesen des Gestaltungsurteils, sondern hat seinen Grund darin, dass es sich dabei um ein Rechtsverhältnis handelt, das der freien Verfügung der Parteien entzogen ist. Hinsichtlich der Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft dagegen besteht dieses freie Verfügungsrecht, wie oben dargelegt worden ist.

VII. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

22. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. März 1943 i. S. Fränkel gegen Buch- und Kunstdruckerei Benteli A.-G. und Bern, Appellationshof.

Zivilrechtliche Beschwerde, Art. 87 Ziffer 1 OG; *vorsorgliche Massnahmen im Urheberrechtsprozess*, Art. 52/53 URG. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der zivilrechtlichen Beschwerde. *Vorsorgliche Massnahmen im Urheberrechtsprozess*: Da Art. 53 URG die Ordnung des Verfahrens abgesehen von gewissen Mindestanforderungen den Kantonen überlässt, liegt in der Anwendung der allgemeinen Vorschriften des kantonalen Prozessrechts über die einstweiligen Verfügungen, sofern sie den Mindestanforderungen von Art. 53 URG entsprechen, keine Verletzung von Bundesrecht, auch wenn Art. 53 URG im Entscheid nicht ausdrücklich erwähnt wird.

Recours de droit civil, art. 87 ch. 1 OJ; *mesures conservatoires dans les procès relatifs au droit d'auteur*, art. 52 et 53 LDA. *Conditions de recevabilité du recours de droit civil*. *Mesures conservatoires dans les procès relatifs au droit d'auteur*: L'art. 53 LDA laissant aux Cantons, sous certaines réserves, le soin de régler la procédure à suivre en matière de mesures con-

servatoires, il n'y a pas de violation du droit fédéral dans le fait qu'un tribunal a appliqué les dispositions générales de la procédure cantonale sur les mesures conservatoires, lorsqu'elles satisfont aux conditions posées à l'art. 53, et lors même que cet article n'aurait pas été expressément cité dans le jugement.

Ricorso di diritto civile, art. 87 cifra 1 OGF; *provvedimenti conservativi nelle cause riguardanti il diritto d'autore*, art. 52 e 53 LDA. *Condizioni di ricevibilità del ricorso di diritto civile*.

Provvedimenti conservativi nelle cause riguardanti il diritto d'autore: Siccome l'art. 53 LDA lascia ai Cantoni di determinare sotto certe riserve la procedura da seguire in materia di provvedimenti conservativi, il diritto federale non è violato pel fatto che un tribunale ha applicato le disposizioni generali della procedura cantonale sui provvedimenti conservativi, purché esse siano conformi alle condizioni previste dall'art. 53, anche se quest'articolo non fosse stato citato espressamente nella sentenza.

A. — Am 1. September 1930 schlossen Prof. Dr. Jonas Fränkel und die Buch- und Kunstdruckerei Benteli A.-G. einen Verlagsvertrag ab, durch den Prof. Fränkel der Benteli A.-G. das Verlagsrecht an der von ihm zum Teil bereits besorgten und in den noch nicht erschienenen Bänden noch zu besorgenden Gesamtausgabe der Werke Gottfried Kellers übertrug.

Da in der Folge zwischen den Parteien Differenzen auftraten, erhob die Benteli A.-G. Ende Dezember 1940 vor dem Appellationshof des Kantons Bern gegen Prof. Fränkel Klage mit dem Begehren um Feststellung, dass sie berechtigt sei, die kritische Ausgabe von Gottfried Kellers sämtlichen Werken, soweit dieselbe nicht bereits durch Prof. Fränkel besorgt sei, im Einverständnis mit der Erziehungsdirektion des Kantons Zürich durch einen Dritten vornehmen zu lassen.

Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an und erhob Widerklage auf Feststellung, dass die Benteli A.-G. nicht berechtigt sei, weiterhin irgendwelche Verlagsrechte auszuüben an der von ihm besorgten kritischen Ausgabe von Kellers Werken, an welcher ihm als dem Urheber des Bearbeitungsplanes das Urheberrecht zustehe.

B. — Da im Laufe des Prozesses die Benteli A.-G. in Katalogen usw. das Erscheinen eines von einem Dritten

bearbeiteten Bandes der Gesamtausgabe der Werke Gottfried Kellers ankündigte, stellte Professor Fränkel beim bernischen Appellationshof das Gesuch, es sei der Benteli A.-G. durch einstweilige Verfügung die Fortsetzung der Gesamtausgabe von Gottfried Kellers Werken zu untersagen.

C. — Der Appellationshof des Kantons Bern wies mit Entscheid vom 21. Januar 1943 das Gesuch ab mit der Begründung, da an einem noch gar nicht geschaffenen Werke kein Urheberrecht bestehe, könne ein solches auch nicht durch einstweilige Verfügung im Sinne von Art. 326 Ziff. 1 der bernischen ZPO gegen Veränderungen geschützt werden, und ebensowenig könne von einer zu befürchtenden Schädigung eines solchen Urheberrechts gemäss Art. 326 Ziff. 3 ZPO die Rede sein.

D. — Gegen den Entscheid des Appellationshofs hat Prof. Fränkel beim Bundesgericht zivilrechtliche Beschwerde nach Art. 87 Ziff. 1 OG erhoben mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung; eventuell hat er beantragt, das Bundesgericht möge die vorsorgliche Verfügung selber erlassen.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe « urheberrechtliche Bestimmungen ohne nähere Untersuchung prozessual abgelehnt » auf Grund der rechtsirrtümlichen Annahme, dass ihm an den noch nicht erschienenen, aber im Rahmen der Gesamtausgabe vorgesehenen Bänden kein Urheberrecht zustehe. Bei richtiger Anwendung der Bestimmungen des Urheberrechts seien die Voraussetzungen von Art. 326 bern.ZPO in Verbindung mit Art. 52 und 53 URG erfüllt, weshalb er Anspruch auf Erlass der verlangten einstweiligen Verfügung habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Voraussetzungen für die zivilrechtliche Beschwerde gemäss dem vom Beschwerdeführer angerufenen Art. 87 OG sind im vorliegenden Falle erfüllt: Der ange-

fochtene Entscheid des bernischen Appellationshofs kann mit keinem ordentlichen Rechtsmittel an eine andere kantonale Instanz weitergezogen werden und stellt somit ein letztinstanzliches Urteil dar (BGE 63 II 104, 327, 398). Er kann sodann auch nicht durch Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden, da er nicht abschliessend über einen streitigen Anspruch des materiellen Rechts entscheidet, also kein Haupturteil im Sinne von Art. 58 OG ist (BGE 68 II 245, 63 II 298, 53 II 74). Dass die in Frage stehenden vorsorglichen Massnahmen durch das Bundesrecht, nämlich durch Art. 52 und 53 URG, vorgesehen sind, ist ohne Bedeutung, da dadurch am rein provisorischen Charakter der vorsorglichen Massnahmen nichts geändert wird. Aus diesem Grunde ist denn auch die Berufungsfähigkeit von Urteilen über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess nach Art. 145 ZGB (BGE 41 II 329) sowie von Entscheiden zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft nach Art. 169 ff. ZGB (BGE 68 II 245) von jeher verneint worden. Endlich hat man es auch mit einem Entscheid in einer Zivilsache zu tun. Zwar gehört die Frage nach der Zulässigkeit einer einstweiligen Massnahme, um die sich der Streit der Parteien unmittelbar dreht, an sich dem Prozessrecht an. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes fallen aber unter den Begriff der « Entscheidung in einer Zivilsache » im Sinne von Art. 87 OG auch Entscheide über prozessuale Präjudizialpunkte, sofern nur das zu Grunde liegende Streitverhältnis als solches zivilrechtlicher Natur ist (BGE 56 II 322). Letzteres ist hier der Fall, da zwischen den Parteien Ansprüche aus dem Urheberrecht streitig sind.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. — Der Beschwerdeführer beruft sich auf Art. 87 Ziff. 1 OG, wonach ein Entscheid aufzuheben ist, wenn er auf kantonalem Recht an Stelle des allein anwendbaren Bundeszivilrechts beruht. Die Vorinstanz hat nun in ihrem Entscheid die Art. 52 und 53 URG, die von den vorsorglichen Massnahmen bei urheberrechtlichen Streitigkeiten

handeln, nicht erwähnt, sondern sie befasst sich ausschliesslich mit den Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts über die einstweiligen Verfügungen, Art. 326 Ziff. 1 und 3 der bernischen ZPO. Es ist daher zu prüfen, ob hierin eine Verletzung des anwendbaren Bundeszivilrechts liege.

Art. 52 und 53 URG betreffen Fragen des Prozessrechts und der Gerichtsorganisation, die nach Art. 64 BV grundsätzlich dem kantonalen Recht vorbehalten sind. Art. 53 URG überlässt es denn auch den Kantonen, das für den Erlass vorsorglicher Massnahmen einzuschlagende Verfahren zu bestimmen und beschränkt sich darauf, gewisse Mindestanforderungen vorzuschreiben, die erfüllt sein müssen, wie dies in zahlreichen Bundesgesetzen zur Sicherung des materiellen Bundeszivilrechts der Fall ist (vgl. ZGB Art. 8-10 betr. die Beweisregeln, Art. 158 für das Scheidungsverfahren, Art. 310 ff. für die Vaterschaftsklage, PatG. Art. 38-49 usw.). Auf Grund dieser Bestimmung stand es daher den Kantonen frei, entweder besondere Verfahrensvorschriften aufzustellen oder einfach die allgemeinen Vorschriften ihres Prozessrechts über die vorsorglichen Massnahmen zur Anwendung zu bringen. Diese letztere Lösung hat das bernische Prozessrecht getroffen; im Gebiete des Urheberrechtes gelten daher für das Verfahren bei vorsorglichen Massnahmen die Bestimmungen der Art. 326-332 ZPO. Soweit zwischen ihnen und den Vorschriften von Art. 52 und 53 URG Widersprüche bestehen, hat jedoch das Bundesrecht zufolge seiner derogatorischen Kraft den Vorrang. Immerhin ist bei der Prüfung des Zusammenspiels der beiden Ordnungen zu berücksichtigen, dass die Regelung des Prozessrechtes grundsätzlich Sache des Kantons ist; die bundesrechtlichen Vorschriften sind daher einschränkend auszulegen (BGE 56 II 323).

Eine Verletzung des Bundesrechtes wäre im vorliegenden Falle somit nur dann anzunehmen, wenn die Vorinstanz bei der Anwendung der Art. 326 ff. ZPO eine der in Art. 52 und 53 URG aufgestellten Vorschriften nicht berücksich-

tigt hätte. Dass dies der Fall sei, behauptet aber der Beschwerdeführer selber nicht. Insbesondere kann nicht gesagt werden, Art. 326 ZPO sei für den Gesuchsteller weniger günstig als Art. 53 URG; denn nach beiden Bestimmungen ist nicht der strikte Nachweis des behaupteten Rechtes und der bereits erfolgten oder drohenden Verletzung desselben erforderlich, sondern es genügt schon die blosser Glaubhaftmachung. Dass nach der Praxis zu Art. 326 ZPO die rechtliche Begründetheit des Anspruches, d. h. seine Existenz unter den vom Gesuchsteller behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen, restlos zu prüfen ist (vgl. LÉUCH, Kommentar zur bernischen ZPO, N. 3 Abs. 1 zu Art. 326), stellt ebenfalls keine Erschwerung gegenüber Art. 53 URG dar. Auch dieser kann vernünftigerweise nicht anders verstanden werden: Wer nur Tatsachen behauptet, aus denen das geltendgemachte Recht nicht abgeleitet werden kann, macht dieses nicht glaubhaft.

Da sich somit die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung im Sinne von Art. 326 bern. ZPO genau mit denjenigen der Art. 52 und 53 URG decken, kann der Vorinstanz keine Verletzung derselben vorgeworfen werden. Sie erwähnt zwar die einschlägigen Bestimmungen des eidgenössischen Rechtes nicht ausdrücklich, aber sie hat sie in Wirklichkeit doch angewendet. Damit ist der Beschwerde der Boden entzogen.

3. — Wie die Begründung der Beschwerde zeigt, behauptet der Beschwerdeführer übrigens gar nicht, dass die Vorinstanz kantonales an Stelle des eidgenössischen Rechtes angewendet habe. Er macht vielmehr nur geltend, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht ein Urheberrecht an den noch nicht erschienenen Bänden der Gesamtausgabe abgesprochen; er wirft mit andern Worten der Vorinstanz vor, sie sei von einer unzutreffenden Auffassung des bundesrechtlichen Begriffes des Urheberrechtes ausgegangen. Ob die Vorinstanz den Begriff des Urheberrechtes richtig oder unrichtig verstanden hat, ist jedoch im Rahmen der zivilrechtlichen Beschwerde nicht zu untersuchen. Es genügt,

dass die Vorinstanz diese Frage in Anwendung eidgenössischen Rechtes entschieden hat (BGE 63 II 400).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Vgl. auch Nr. 14, 16. — Voir aussi nos 14, 16.

VIII. URHEBERRECHT

DROIT D'AUTEUR

Vgl. Nr. 22. — Voir n° 22.

IX. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. III. Teil Nr. 8. — Voir III^e partie, n° 8.

I. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

23. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Mai 1943 i. S. Oppenheim gegen Glattfelder.

Entziehung der elterlichen Gewalt bei Wiederverheiratung usw., Art. 286 ZGB. Zuständigkeit des Richters im Rahmen des Verfahrens nach Art. 157 ZGB zu Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 284 und 286 ZGB.

Déchéance de la puissance paternelle en cas de nouveau mariage, etc., art. 286 CC. Compétence du juge pour prendre en vertu de l'art. 157 CC des mesures protectrices des enfants conformément aux art. 284 et 286 CC.

Privazione della patria potestà nel caso di nuove nozze, ecc. Art. 286 CC. Competenza del giudice per prendere, in virtù dell'art. 157 CC, misure di protezione dei figli a sensi degli art. 284 e 286 CC.

A. — Bei der Scheidung der Ehe Glattfelder-Leuenberger vom 3. Dezember 1935 teilte das Bezirksgericht Zürich den aus ihr hervorgegangenen Knaben Erich Eugen, geb. 1932, der Mutter zur Pflege und Erziehung zu. Am 21. September 1940 ging die geschiedene Frau eine neue Ehe mit Max Oppenheim ein. In der Folge erhob Eugen Glattfelder Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils gemäss Art. 157 ZGB in dem Sinne, dass der Knabe ihm zugeteilt, eventuell dass eine Vormundschaft für solange angeordnet werde, bis der Kläger nach seiner Rückkehr aus Afrika in die Schweiz die elterliche Gewalt ausüben könne.

Die Beklagte beantragte Abweisung sowohl des Haupt- als des Eventualbegehrens und verlangte ihrerseits widerklageweise, es sei die elterliche Gewalt über das zur Zeit bei ihrem Vater untergebrachte Kind definitiv und dauernd ihr zu übertragen und der vom Kläger zu leistende Unterhaltsbeitrag auf Fr. 150.— im Monat zu erhöhen.