

BGE 102 II 59

Bundesgericht (BGE), 1976-03-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_102 II 59](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_102_II_59)

FR: ATF 102 II 59

IT: DTF 102 II 59

Regeste

Regeste Art. 48 Abs. 1 OG; Begriff des Endentscheides. Gegen den letztinstanzlichen Entscheid, der ein im Verfahren nach § 292 Ziff. 5 der zürcherischen Zivilprozessordnung gestelltes Befehlsbegehren abweist, ist die Berufung nicht zulässig (Bestätigung der Rechtsprechung).

Erwägungen

E. 1

Es ist zu prüfen, ob ein mit Berufung anfechtbarer Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG vorliegt. Ein solcher setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass der kantonale Richter über den streitigen Anspruch materiell befunden oder dessen Beurteilung aus einem Grunde abgelehnt hat, der endgültig verbietet, dass der gleiche Anspruch zwischen den gleichen Parteien nochmals geltend gemacht wird (BGE 100 II 287 Erw. 1; BGE 98 II 154 /155 mit Hinweisen). Der angefochtene Entscheid wurde gestützt auf § 292 Ziff. 5 zürch. ZPO im Befehlsverfahren gefällt, das eine Unterart des summarischen Verfahrens darstellt. Die Rechtskraft einer solchen Entscheidung ist beschränkt, da der ordentliche Richter nach BGE 102 II 59 S. 62 § 105 Abs. 2 zürch. ZPO daran nicht gebunden ist. Eine im summarischen Verfahren beurteilte Sache kann daher dem ordentlichen Richter grundsätzlich nochmals zum Entscheid unterbreitet werden (vgl. BGE 100 II 287 Erw. 1 mit Hinweisen).

E. 2

Nachdem das Bundesgericht die Berufungsfähigkeit von Entscheiden, die im zürcherischen Befehlsverfahren ergangen waren, wegen deren beschränkten Rechtskraftwirkung früher allgemein verneint hatte (so noch in BGE 81 II 85), milderte es in der Folge die Voraussetzungen für die Zulassung der Berufung. Der heutige Stand der Rechtsprechung lässt sich in der Weise zusammenfassen, dass obergerichtliche Entscheidungen betreffend Befehlsbegehren auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden können, sofern das Begehren gutgeheissen und der Beklagte zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet worden ist, ohne dass dadurch zwangsläufig ein ordentliches Verfahren ausgelöst würde (wie dies bei den vorsorglichen Massnahmen der Fall ist). Der endgültige Charakter solcher Entscheidungen wird im Hinblick darauf bejaht, dass die dem Beklagten auferlegte Verpflichtung in der Regel doch während längerer Zeit ihre Wirkungen entfaltet und sogar Gegenstand von Vollstreckungsmassnahmen (z.B. Ausschaffung eines aus der Wohnung gewiesenen Mieters) bilden kann (vgl. BGE 100 II 288 /289 Erw. 1). Das zürcherische Obergericht hat in einem Entscheid, der noch vor dem letztgenannten Bundesgerichtsurteil ergangen, jedoch erst nach dessen Fällung publiziert worden ist, den Anwendungsbereich von § 105 Abs. 2 zürch. ZPO nunmehr in dem Sinne eingeschränkt, dass es gewissen Entscheidungen, die ein Befehlsbegehren schützen,

materielle Rechtskraft auch im Verhältnis zum ordentlichen Verfahren zuerkannt hat (ZR 73/1974, Nr. 10, S. 27/28). Damit wurde solchen Entscheiden über den Gesetzeswortlaut hinaus ein in jeder Hinsicht endgültiger Charakter verliehen.

E. 3

Im vorliegenden Fall wurde das Befehlsbegehren der Klägerin zur Hauptsache abgewiesen. Nur insofern ist es vor Bundesgericht streitig, da einzig die Klägerin Berufung erhoben hat. Nach der in BGE 100 II 288 /289 wiedergegebenen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Berufungsfähigkeit des angefochtenen Entscheides mithin zu verneinen. Da der ordentliche Richter daran nicht gebunden ist und dem Urteil der Vorinstanz deshalb kein endgültiger Charakter zukommt, BGE 102 II 59 S. 63 kann die Klägerin die zu ihren Ungunsten beurteilten Fragen jenem erneut zum Entscheid unterbreiten (vgl. STRÄULI/HAUSER, 2. A, N. 1 zu § 105 ZPO, S. 198). Anders verhielte es sich freilich, wenn die zürcherischen Gerichte auch einem solchen Urteil entgegen § 105 Abs. 2 zürch. ZPO unbeschränkte Rechtskraftwirkung zuerkennen sollten. Das ist bis heute aber nicht geschehen. Das Obergericht hat seine neue Praxis einstweilen ausdrücklich auf Verfügungen beschränkt, mit denen ein Befehlsbegehren geschützt wird (vgl. ZR 73/1974, Nr. 10, S. 28). Auch das Kassationsgericht ist bei der Beurteilung der von der Klägerin erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde davon ausgegangen, dem ein Befehlsbegehren abweisenden Entscheid komme im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis kein endgültiger Charakter zu. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Berufung weiter zu lockern, besteht kein Anlass. Der Grund für die Bejahung der Berufungsfähigkeit von Entscheidungen, die ein Befehlsbegehren schützen, liegt darin, dass dem zu einem bestimmten Verhalten Verpflichteten vor allem mit Rücksicht auf die Gefahr der Vollstreckung die Möglichkeit offenstehen soll, das Bundesgericht anzurufen. Der Rechtsschutz wäre in der Tat höchst unvollkommen, wenn vorerst die Vollstreckung einer bundesrechtswidrigen Entscheidung geduldet werden müsste und das Bundesgericht erst im Zusammenhang mit einem nachfolgenden ordentlichen Verfahren angerufen werden könnte. Wird hingegen ein Befehlsbegehren im kantonalen Verfahren abgewiesen, so ist dem unterlegenen Kläger zuzumuten, vor der Anrufung des Bundesgerichts einen materiell rechtskräftigen Entscheid des ordentlichen Richters herbeizuführen. Er muss dann zwar hinnehmen, dass es unter Umständen längere Zeit dauert, bis ein mit dem Bundesrecht übereinstimmender Zustand hergestellt werden kann; doch droht in der Zwischenzeit wenigstens keine Vollstreckung. Im übrigen ist einem Kläger unbenommen, von Anfang an den Weg des ordentlichen Prozesses zu beschreiten (vgl. STRÄULI/HAUSER, N. 1 zu § 277 ZPO, S. 396). Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.