

## **BGE 93 II 282**

Bundesgericht (BGE), 1967-11-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_93 II 282](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_93%20II%20282)

FR: ATF 93 II 282

IT: DTF 93 II 282

### **Regeste**

Regeste Berufung. Begriff des ordentlichen Rechtsmittels, Art. 48 Abs. 1 OG (Erw. 1). Begriff des Endentscheides, Art. 48 Abs. 1 OG (Erw. 2). Berufungsfähigkeit wegen vorfrageweiser Anwendung von Bundesrecht? (Erw. 3). Begriff des berufungsfähigen selbständigen Vor- oder Zwischenentscheides i.S. von Art. 50 OG (Erw. 4).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 344 ff. zürch. ZPO hemmt die Rechtskraft und Vollziehbarkeit der angefochtenen Entscheidung nicht ( § 348 Abs. 2 ZPO ), noch hat sie Devolutiveffekt ( § 349 ZPO ). Sie ist somit gemäss ständiger Rechtsprechung nicht ein ordentliches Rechtsmittel im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG ( BGE 39 II 156 oben, BGE 63 II 327 ff., BGE 71 II 184 f., BGE 78 II 189 , BGE 85 II 285 ). Soweit das Kassationsgericht den Nichtigkeitsgrund von § 344 Ziff. 9 ZPO bejaht hat, kann daher sein Entscheid von vorneherein mit der Berufung nicht angefochten werden. Abgesehen hievon wäre es eine mit der Berufung nicht überprüfbare Frage des kantonalen Prozessrechts, ob das Kassationsgericht den erwähnten Nichtigkeitsgrund zu Recht oder zu Unrecht als gegeben betrachtet habe. Nun hat aber das Kassationsgericht von der ihm durch § 349 ZPO eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht, nach der Aufhebung des nichtig erklärten Entscheides selber ein neues Sachurteil zu fällen. Gegen diesen Entscheid ist kein ordentliches kantonales Rechtsmittel zulässig. Insoweit steht daher Art. 48 Abs. 1 OG der Berufung nicht im Wege (BIRCHMEIER, BGE 93 II 282 S. 285 Bundesrechtspflege, S. 170, zweitletzter Absatz am Ende).

#### **E. 2**

Art. 48 Abs. 1 OG lässt die Berufung jedoch nur zu gegen Endentscheide. Ein solcher liegt nur vor, wenn der kantonale Richter den streitigen Anspruch materiell beurteilt oder dessen Beurteilung aus einem Grunde abgelehnt hat, der die Geltendmachung des gleichen Anspruchs endgültig ausschliesst ( BGE 84 II 230 , 398 und dort erwähnte Entscheide; BGE 86 II 123 . BGE 88 II 59 Erw. 2). Diese weitere Voraussetzung erfüllt der angefochtene Sachentscheid des Kassationsgerichts nicht. Dieses hat das Ausweisungsbegehren der Vermieterin abgewiesen, weil der Streit mangels Liquidität des Ausweisungsanspruches nicht im summarischen Verfahren entschieden werden könne, sondern im ordentlichen Verfahren auszutragen sei. Der Ausweisungsanspruch ist also nicht endgültig verneint worden. Die Berufungsklägerin hat vielmehr die Möglichkeit, ihn in einem andern Verfahren erneut geltend zu machen. Auf die vorliegende Berufung kann daher nicht eingetreten werden.

#### **E. 3**

Die Berufung ist übrigens auch noch aus einem weiteren Grunde nicht zulässig. Das Kassationsgericht hat die Zulässigkeit des Befehlsverfahrens nur deshalb verneint, weil der Anspruch auf Ausweisung des Berufungsbeklagten nicht im Sinne von § 292 Ziff. 1 ZPO liquid sei. Ob das zutrifft, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechtes, die gemäss Art. 43 Abs. 1 und Art. 55 Abs. 1 lit. c OG nicht Gegenstand der Berufung sein kann. Dass der Anspruch, den die Berufungsklägerin geltend macht, aus Art. 265 OR, also aus einer Bestimmung des Bundesrechts, abgeleitet wird, und das Kassationsgericht geprüft hat, ob ihm möglicherweise Art. 2 ZGB, also wiederum Bundesrecht, im Wege stehe, ändert nichts. Wie klar dieser Anspruch im vorliegenden Falle sei, war nur eine Vorfrage. Der kantonale Richter verstösst aber nicht schon dann gegen Bundesrecht, wenn er bei der Anwendung kantonalen Rechts eine bundesrechtliche Vorfrage unrichtig beurteilt. Bundesrecht ist in einem solchen Falle nur verletzt, wenn ihm das kantonale Recht von Bundesrechts wegen Rechnung tragen muss (BGE 80 II 183, BGE 84 II 132, BGE 85 II 363 f. Erw. 2). Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. Das Bundesrecht verlangt nicht, das kantonale Recht müsse für die Durchsetzung klarer Rechtsansprüche, insbesondere solcher aus Art. 265 OR, ein summarisches Verfahren zur BGE 93 II 282 S. 286 Verfügung stellen. Es überlässt es dem kantonalen Recht, ob es in solchen Fällen das ordentliche oder ein summarisches Verfahren vorsehen will. Die gleiche Überlegung liegt auch BGE 88 II 59 zugrunde, der ebenfalls einen Streit aus Art. 265 OR betraf, und ebenso wurde in BGE 83 II 143 Erw. 2 für den Fall der Besitzschutzklage entschieden.

#### **E. 4**

Aus den in Erw. 3 dargelegten Gründen kann sich die Berufung auch nicht auf den von der Berufungsklägerin subsidiär angerufenen Art. 50 OG stützen; denn auch mit der Berufung gegen selbständige Vor- und Zwischenentscheide kann nur die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden. Im vorliegenden Falle wären übrigens die Voraussetzungen des Art. 50 OG offensichtlich nicht erfüllt. Diese Bestimmung trifft nur zu, wenn der kantonale Richter bloss einzelne der ihm unterbreiteten Fragen eidgenössischen Rechts beurteilt, die übrigen dagegen vorläufig offen lässt. Sie will dem Bundesgericht ermöglichen, die vorweg behandelten Fragen auf Berufung hin seinerseits vorweg zu beurteilen, wenn dadurch sofort ein Endentscheid herbeigeführt und ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann. Das Kassationsgericht hat jedoch nicht die Beurteilung einzelner Fragen vorweggenommen, sondern einen Entscheid gefällt, der das eingeleitete Befehlsverfahren abschliesst. Dieses müsste also bei Abweisung der Berufung nicht über weitere Fragen fortgesetzt werden. Das Eintreten auf die Berufung und deren Gutheissung hätte somit nicht eine Abkürzung dieses Verfahrens zur Folge. Was die Berufungsklägerin vermeiden will, ist die Einleitung eines neuen Verfahrens: Sie will im Berufungsverfahren entscheiden lassen, ob ihr im summarischen Verfahren geltend gemachter Anspruch vom angerufenen Richter beurteilt und geschützt werden müsse, oder ob sie ihn nur im ordentlichen Verfahren allenfalls durchsetzen könne. Dispositiv

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