

2 OG aufzuheben und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 15. Oktober 1912 wird aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an das genannte Gericht zurückgewiesen.

27. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Februar 1913
in Sachen **Thätische Bahn**, Kl. u. Ver.-Kl.,
gegen **Egger**, Befl. u. Ver.-Befl.

Intertemporales Recht: Die Auslegung einer unter der Vorschrift des alten Rechts begründeten Servitut, sowie deren Untergang, welcher durch langjährige Duldung des Zuwiderhandelns gegen die Servitut und durch Verjährung schon vor dem 1. Januar 1912 eingetreten ist, beurteilen sich nach kantonalem Recht.

A. — Am 31. August 1876 erwarben die Erben des J. M. Kaspar das sogenannte Landquarteffekt, bestehend aus dem Hotel Landquart samt allen dazu gehörenden Gebäulichkeiten und 11,392 Quadratruthen Grund und Boden. Am 24. Oktober 1876 verkauften sie dem Schmiedmeister Wahl ein Stück dieses Bodens. Im Kaufbrief wurde bestimmt: „Das Kaufsobjekt darf ohne Einwilligung der jeweiligen Landquarteeigentümer mit keinen anderen Gebäulichkeiten überbaut werden, als zum Betrieb des Schmiedgewerbes notwendig ist, ebensowenig dürfen die bestehenden Gebäulichkeiten zum Betriebe eines andern Gewerbes verwendet oder umgebaut werden.“ Wahl errichtete in der Folge auf dem Grundstück eine Schmiede und verkaufte dasselbe am 11. März 1896 an Bäckermeister Thoma weiter, „mit gleichen Rechten und Lasten, wie es der bisherige Besitzer bis anhin besessen und genossen“ habe. Thoma eröffnete im Hause eine Bäckerei und einen Spezereiladen. Im Juni 1904 ging die Liegenschaft auf den heutigen Beklagten über, dem die Servitut in gleicher Weise überbunden wurde, wie

bisher. Am 28. März 1905 forderte der Beklagte die Klägerin als indirekte Rechtsnachfolgerin der Erben des J. M. Kaspar auf, allfällige Rechte, die sein Eigentum belasten und ihm die Ausübung irgend eines Gewerbes verhindern könnten, innert 8 Tagen geltend zu machen. Die Klägerin bestritt dem Beklagten das Recht, ihr derartige Zumutungen zu machen und Termine zu stellen und verwies auf ein Urteil des Bezirksgerichts Landquart vom 8. Februar 1892, das seinen Rechtsvorgänger Wahl pflichtig erklärte, ein von der Schmalspurbahn Landquart-Davos eingeklagtes Servitutsrecht anzuerkennen. Im Jahre 1911 löste der Beklagte ein Wirtschaftspatent zum Ausschank von Wein und Bier in seinem Laden und vermietete in dem ihm gehörenden Neubau ein Lokal zum Betrieb einer Wirtschaft. Die Klägerin ersuchte den Beklagten, den Wirtschaftsbetrieb einzustellen und leitete, da sich der Beklagte weigerte, der Aufforderung Folge zu leisten, die vorliegende Klage ein, mit dem Begehren, „der Beklagte sei nicht berechtigt, in irgend welcher Weise das Wirtschaftsgewerbe auszuüben, weder durch Betrieb einer eigentlichen Wirtschaft, noch durch Verkauf von Getränken über die Gasse“.

B. — Durch Urteil vom 2./4. März 1912 wies das Bezirksgericht Unter-Landquart, und durch Urteil vom 1. Oktober 1912 das Kantonsgericht von Graubünden die Klage ab. Zur Begründung führte das Kantonsgericht aus, der ursprüngliche Parteiville, wie er sich aus dem Vertrage vom 31. August und 24. Oktober 1876 ergebe, sei dahin auszulegen, daß dem Käufer Wahl außer dem Schmiedgewerbe der Betrieb sämtlicher Gewerbe verboten werden sollte. Nun habe der Rechtsnachfolger Wahl, Thoma, auf dem Grundstück eine Bäckerei eröffnet, ohne daß die Servitutsberechtigten dagegen Einspruch erhoben hätten, weshalb die Servitut als durch Verzicht erloschen betrachtet werden müsse. Überdies sei die Servitut verjährt, weil die Servitutsberechtigten während mehr als 10 Jahren einen dem Servitutsrecht entgegen gesetzten Zustand geduldet hätten. Als entgegengesetzten Zustand sei einmal die Errichtung der Bäckerei durch Thoma im Jahre 1896 zu verstehen, so daß die Verjährung schon von diesem Zeitpunkt an zu laufen begonnen habe. Sodann sei festgestellt, daß Thoma und nach ihm der Beklagte, wie dies in Landquart allgemein be-

kannt war, in ihrem Hause stets Wein, Bier und Schnaps ver-
kauften, und daß sie seit 1895 das kantonale Schnapspatent und
seit 1898 das Gemeinbewirtschaftspatent von Jgiz gelöst haben,
weßhalb 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. De-
zember 1912 die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit
dem Antrage: „Das Urteil des Kantonsgerichtes sei dahin abzu-
ändern, daß dem Beklagten die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes
auf seinem Bäckereigeschäft in Landquart, sei es in Form eines
eigentlichen Wirtschaftsbetriebes, sei es durch den Verkauf von
Getränken über die Gasse untersagt werde, eventuell sei dem Be-
klagten zum mindesten der Betrieb einer eigentlichen Wirtschaft zu
verboten.“

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 aus-
schließlich 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 an-
gehören (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, Ver.-Kl., gegen H. S. Wanner,
Ver.-Bekl.

Art. 58¹ OG: *Unzulässigkeit der Berufung gegen ein Urteil, das durch
ein ordentliches, zu einer inhaltlichen Nachprüfung führendes kanto-
nales 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 enthal-
ten 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 bezeich-
nete H. Hans Wanner ist alleiniger Erbe des verstorbenen Sa-
muel Wanner in Horgen, der früher nebst Dr. Hugo Bleier In-
haber 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 auf-
gelöste Gesellschaft, Anordnung der nötigen Eintragungen ins
Handelsregister und Erlaß einer vorsorglichen Maßnahme, durch
die dem Impetraten die Verfügung über das Guthaben der auf-
gelösten Firma bei der Bank in Horgen entzogen würde. Der
Impetrat widersetzte sich der beabsichtigten Liquidation der aufge-
lösten Gesellschaft, da er nach dem Gesellschaftsvertrage ein Recht
auf Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven habe,
dessen Geltendmachung er sich ausdrücklich vorbehalte. 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,