

teilweisen Deckung seines Guthabens dieser gegenüber zu verwenden.

Bestanden somit zwischen Engels und dem Beklagten keine ausreichenden Rechtsbeziehungen, so ist gemäss Variante a) der Theorie Zweigert/Raape der streitige Bereicherungsanspruch von der Rechtsordnung beherrscht, aus der sich der Erwerb des Beklagten herleitet. Das ist, da der Beklagte, wie erwähnt, die Zahlung im Zusammenhang mit seinen Lieferungen an die Frigalimint erhielt, das Recht, dem sein Vertragsverhältnis mit dieser unterstand, also das dänische Recht als das Recht der für das Vertragsverhältnis charakteristischen Leistung des Verkäufers, mit dem der engste räumliche Zusammenhang besteht (BGE 77 II 84 und dort erwähnte Entscheide und Literatur).

Untersteht aber die abgetretene Forderung dem dänischen Recht, so ist dieses auch für die Frage der materiellen Gültigkeit der Abtretungen massgebend, während sich deren formelle Gültigkeit nach holländischem Recht als dem Recht des Abschlussortes beurteilt (BGE 74 II 87 und dort erwähnte Entscheide). Das Recht der abgetretenen Forderung, also nach dem oben Ausgeführten dänisches Recht, ist schliesslich auch massgebend für die Frage allfälliger Schadenersatz- und Nebenrechte aus Verzug. Denn wie die Vorinstanz zutreffend ausführt und die Klägerin in ihrer Berufung nicht bestreitet, ist das einheitliche Obligationsstatut grundsätzlich für alle mit dem betreffenden Rechtsverhältnis zusammenhängenden Fragen massgebend.

Hat die Vorinstanz aber zutreffend auf das gesamte Streitverhältnis ausländisches Recht als anwendbar erklärt, so erweist sich die Berufung als unzulässig, da dem Bundesgericht die Kognitionsbefugnis zu dessen Überprüfung fehlt, und zwar gemäss ständiger Rechtsprechung auch, soweit die Vorinstanz ihrem Entscheid schweizerisches Recht als Ersatzrecht für das nicht nachgewiesene, primär anwendbare ausländische Recht zu Grunde gelegt

hat (BGE 77 II 275, 191 und dort erwähnte Entscheide).

3. — Wollte man annehmen, die Entgegennahme der Akkreditivsumme durch den Beklagten bilde einen ausreichenden Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des anwendbaren Rechts, so wäre das Ergebnis kein anderes. In diesem Falle wäre im Sinn von Variante b) der Auffassung Zweigert/Raape das Recht massgebend, welches das dem Akkreditiv zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Akkreditivsteller Engels und dem daraus begünstigten Beklagten beherrschen würde, falls es bestünde (RAAPE a.a.O. S. 331, SCHNITZER a.a.O. S. 634). Das wäre, da als unterliegendes Grundverhältnis der von Engels vorgegebene Bezug von Geflügel beim Beklagten zu gelten hätte, wiederum das dänische Recht als das Recht des Verkäufers. Auch bei Abstellen auf diese Auffassung wäre somit für eine Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts kein Raum.

**67. Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. September 1952
i. S. Inderbitzin gegen Schweiz. Tabakverband.**

Überprüfung der Zuständigkeit von Schiedsgerichten.

Die sachliche Zuständigkeit eines vertraglichen Schiedsgerichtes richtet sich, soweit nicht eine bundesrechtliche Regelung Platz greift, grundsätzlich nach kantonalem Recht. Auch dann fällt aber die Beurteilung einer präjudizierenden eidgenössischen Rechtsfrage in die Kompetenz des Bundesgerichtes (Art. 43 OG). Unter diesem Gesichtspunkte Bejahung der Schiedsgerichtsbarkeit für das gegebene Streitverhältnis (Art. 2 und 27 ZGB).

Contrôle de la compétence des tribunaux arbitraux.

A moins d'être régiee par le droit fédéral, la compétence ratione materiae d'un tribunal arbitral constitué en vertu d'un accord des parties relève en principe du droit cantonal. Mais, même alors, il appartient au Tribunal fédéral de trancher une question préjudicielle de droit fédéral (art. 43 OJ). Arrêt admettant à cet égard la compétence du tribunal arbitral dans l'affaire en discussion (art. 2 et 27 CC).

Sindacato della competenza dei tribunali arbitrali.

Salvo se è regolata dal diritto federale, la competenza « ratione materiae » d'un tribunale arbitrale, costituito in virtù d'un

accordo delle parti, dipende in linea di massima dal diritto cantonale. Ma anche allora spetta al Tribunale federale di decidere una questione pregiudiziale di diritto federale (art. 43 OG). A questo riguardo ammissione della competenza del tribunale arbitrale nel caso concreto (art. 2 e 27 CC).

Tatbestand.

Im Jahre 1948 eröffnete Karl Inderbitzin am Rosenberg in Winterthur einen Kiosk. Der Schweizerische Tabakverband gestattete die Belieferung mit Rauchwaren gegen Unterzeichnung eines Verpflichtungsscheines, der u.a. die Zusage enthielt, bei allen Differenzen « das in... der Konvention vorgesehene Schiedsgericht zur Beurteilung anzuerkennen, unter Verzicht auf den ordentlichen Prozessweg ».

Später erwarb Inderbitzin einen anderen Kiosk an der Wüflingerstrasse in Winterthur, der bereits bestanden und Rauchwaren geführt hatte, jedoch im Zusammenhang mit Umbauten verlegt wurde und deswegen während einiger Zeit stillgelegt war. Nach der Übernahme ersuchte Inderbitzin den Tabakverband am 4. Juni 1951 um die Erlaubnis zum Vertrieb von Tabakwaren. Auf Verlangen des Verbandes unterschrieb er mit Datum vom 11./12. Juli 1951 einen weiteren Verpflichtungsschein, der wiederum die erwähnte Schiedsklausel einschloss. In der Folge nahm der Verband den Standpunkt ein, dass es sich bezüglich des Kiosks an der Wüflingerstrasse nicht um Wiedereröffnung, sondern um Neueröffnung einer Verkaufsstelle handle, weshalb er mit Beschluss vom 28. August 1951 die Belieferung ablehnte.

Nummehr belangte Inderbitzin den Tabakverband vor dem staatlichen Richter auf Erteilung der vorenthaltenen Bewilligung und Bezahlung von Schadenersatz. Die Klage wurde durch den Appellationshof des Kantons Bern mit Urteil vom 31. März 1952 ohne Prüfung der Begründetheit zurückgewiesen, worauf Inderbitzin die Berufung an das Bundesgericht erklärte.

Erwägungen :

1. — Die Berufung macht in erster Linie geltend, dass die Schiedsgerichtsbarkeit für ein Streitverhältnis der vorliegenden Art von Bundesrechts wegen ausgeschlossen sei. Nach Auffassung des Klägers bedeutet der gegen ihn verhängte Verdrängungsboykott einen Verstoss gegen Art. 2 ZGB und eine Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Sinne von Art. 27 ZGB. So fundamentale Fragen des Zivilrechts dürften nicht von einem Verbandsschiedsgericht, sondern nur vom staatlichen Richter beurteilt werden, auch wenn es im ZGB nicht ausdrücklich gesagt sei.

Weiter lehnt die Berufung das Schiedsgericht des Verbandes ab, weil seine Unabhängigkeit nicht verbürgt sei ; weil der Streitgegenstand nicht, wie in Art. 380 der bernischen ZPO zur Bedingung gemacht, der freien Verfügung der Parteien unterliege ; weil kein gültiger Schiedsvertrag gemäss Art. 381 ZPO bestehe und keine gültige Schiedsklausel hinsichtlich des Kiosks an der Wüflingerstrasse in Winterthur.

2. — Nach Art. 43 OG ist, bei gegebenen übrigen Erfordernissen, die Berufung zulässig wegen Verletzung eidgenössischen Rechts mit Einbezug von Bestimmungen über die Zuständigkeit (vgl. Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 68 Abs. 1 lit. b OG). Weist das Bundesrecht die Parteien an den Richter, wie beispielsweise in Art. 83 Abs. 2 SchKG oder in Art. 577 und Art. 846 Abs. 3 OR, so ist die Frage, ob darunter der staatliche Richter mit Ausschluss des privaten Schiedsrichters zu verstehen sei, eine solche der eidgenössisch geregelten sachlichen Zuständigkeit. Dieser Fall liegt hier nicht vor. Darum richtet sich grundsätzlich die Zuständigkeit des vereinbarten Schiedsgerichtes nach dem kantonalen Recht. Denn die Schiedsabrede wird als prozessrechtlicher Vertrag betrachtet, der vom kantonalen Recht beherrscht ist (BGE 71 II 116, 179, 41 II 538).

Die bernische ZPO sieht in Art. 380 vor, dass Gegenstand des Schiedsvertrages nur Rechte sein können, die der freien Verfügung der Parteien unterstehen. Ob die Voraussetzung zutrefte, ist dort eine eidgenössische Rechtsfrage, wo durch Bundesgesetz verliehene Rechte erfasst sind. Ihre Beantwortung ist alsdann präjudiziell für die Beurteilung der Gültigkeit des kantonalrechtlichen Schiedsvertrages. Eine derartige Entscheidung fällt nach konstanter Praxis in die Kompetenz des Bundesgerichtes (BGE 48 II 355, 31 II 271, 29 II 377). Insoweit ist daher auf die Berufung einzutreten.

Dagegen scheiden von der Überprüfung die sonstigen Anfechtungsgründe aus, weil sie allein das kantonale Recht beschlagen.

3. — Weshalb die aus Art. 2 ZGB hergeleiteten Klageeinreden der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen sein sollten, ist im vorneherein unverständlich. Die Bestimmung spricht dem offenbaren Missbrauch eines Rechts den Rechtsschutz ab. Das heisst nicht zugleich, dass der von missbräuchlicher Rechtsausübung Betroffene sie nicht rechtsgültig anerkennen könne. Ob er letzteres will oder nicht, ist eine höchst private Angelegenheit, welche von Interessen der öffentlichen Ordnung, wie sie der Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit zugrunde liegen, nicht berührt wird. Im Rahmen des Art. 27 ZGB gibt es freilich Rechte, die der freien Verfügung des Inhabers entrückt sind. Aber das hier umstrittene zählt nicht zu ihnen. Zur Erörterung steht einzig, ob der Kläger dem Tabakverband gegenüber gültig darauf verzichten könne, für den Verkauf im Lokal an der Wülflingerstrasse Winterthur Tabakwaren geliefert zu bekommen (nicht ob die Lieferungsverweigerung des Verbandes nach Boykottgrundsätzen unerlaubt sei). Verzichte auf Eröffnung oder Weiterführung von Geschäften sind nun in den neuzeitlichen Bestrebungen zur Rationalisierung der wirtschaftlichen Konkurrenz häufig und werden vom Staat durch gewisse Einrichtungen sogar gefördert. Die öffentliche Ordnung verwirft sie an sich

nicht, sondern hält sie im Gegenteil unter Umständen für geeignet zur Herstellung gesunder Marktverhältnisse. In Anbetracht dessen lässt sich die Verzichtsbefugnis als solche unmöglich verneinen. Konnte der Kläger aber von ihr rechtswirksam Gebrauch machen, so konnte er sich auch verpflichten, den Streit darüber, ob der Verband zur Belieferung gehalten sei oder nicht, dem Schiedsgericht zu unterbreiten.

68. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1952
i. S. Berger gegen Berger.

Berufung nach Art. 50 OG.

Begriff des selbständigen Vor- und Zwischenentscheid. Voraussetzungen der Berufung gegen einen solchen Entscheid.

Recours en réforme selon l'art. 50 OJ.

Décision préjudicielle ou incidente. Condition du recours en réforme contre une décision de cette nature.

Ricorso per riforma a' sensi dell'art. 50 OG.

Decisione pregiudiziale o incidente. Presupposti del ricorso per riforma contro una siffatta decisione.

A. — Das Bezirksgericht Zürich wies die vorliegende Scheidungsklage des Ehemannes ab, weil die Ehe bloss gestört, jedoch nicht im Sinne von Art. 142 ZGB tief zerrüttet sei. Das Obergericht kam dagegen nach Ergänzung des Beweisverfahrens zum Ergebnis, die Ehe sei tief und unheilbar zerrüttet und müsse, weil den Mann kein überwiegendes Verschulden treffe, geschieden werden. « Die Berufungsinstanz kann jedoch die Scheidung nicht aussprechen, da die Akten zur Regelung der Nebenfolgen an die Vorinstanz zurückzuweisen sind, das Scheidungsurteil aber eine Einheit bilden muss. Die Vorinstanz hat jedoch das Urteil in der Frage der Scheidung nicht selbst zu finden, sondern nur, auf Grund der Erwägungen der Berufungsinstanz, auszusprechen. » Der auf diese Erwägungen gestützte « Beschluss » des Obergerichtes lautet: « 1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich... wird aufge-