

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 zutreffe, 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 Zwischenentscheides. 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-

hoben. 2. Die Akten gehen an die Vorinstanz zurück zur Ausfällung eines neuen Entscheides im Sinne der Erwägungen und zur Regelung der Nebenfolgen der Scheidung.»

B. — Mit vorliegender Berufung an das Bundesgericht verlangt die Beklagte die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses und die vollumfängliche Abweisung der Scheidungsklage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Der angefochtene « Beschluss » ist zweifellos kein Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG. Fraglich ist nur, ob er einen (nicht die Zuständigkeit betreffenden, sondern materiellen) Vor- oder Zwischenentscheid darstelle, der unter den besondern Voraussetzungen von Art. 50 OG gesondert (d. h. vor dem Endentscheid) der Berufung an das Bundesgericht unterläge. Auch das ist jedoch zu verneinen. Das Obergericht will allerdings, wie sich aus dem Dispositiv und den es erläuternden Erwägungen des angefochtenen Rückweisungsbeschlusses ergibt, die Scheidungsfrage rechtsverbindlich erledigen. Das Bezirksgericht soll, sobald einmal die ganze Sache spruchreif sein wird, die Scheidung ohne nochmalige Prüfung des dahingehenden Begehrens aussprechen und nur über die Nebenfolgen selbständig urteilen. Dennoch hat man es nicht mit einem « Entscheid » über das Scheidungsbegehren im Sinne von Art. 50 OG zu tun. Dahingestellt kann bleiben, ob diese Vorschrift nicht überhaupt ein die betreffende Vor- oder Zwischenfrage betreffendes ausdrückliches Dispositiv im Auge hat. Zumal wenn die Bejahung einer bestimmten positiven Anspruchsgrundlage in Frage steht, spricht sich ein darüber getroffener Entscheid ordentlichweise im Dispositiv über diesen vorweg erledigten Punkt aus. Ob dies für die Einlegung einer Berufung nach Art. 50 OG geradezu unerlässlich sei, ist allerdings fraglich. Was nun aber im besonderen die Scheidungsklage betrifft, so lässt sich ein massgebender Entscheid über das Scheidungsbegehren nur durch ein ausdrückliches Dispositiv

herbeiführen. Das ist eine Folge der Rechtsnatur solcher Klagen, die auf ein Gestaltungsurteil abzielen. Enthält sich das oberinstanzliche kantonale Gericht eines solchen Urteils, und behält es dessen Ausfällung dem Gericht erster Instanz vor, das zugleich über die Nebenfolgen der Scheidung zu urteilen haben wird, so kann von einem die Scheidungsfrage massgebend erledigenden Vor- oder Zwischenentscheid nicht die Rede sein. Die Ehe bleibt bestehen, bis die Scheidung allenfalls, eben durch Gestaltungsurteil, ausgesprochen wird und in Rechtskraft erwächst.

Übrigens würde es auch an der weitern Voraussetzung zu gesonderter Anrufung des Bundesgerichts nach Art. 50 OG fehlen, dass sich durch die von der Berufungsklägerin erbetene Entscheidung eine diesen aussergewöhnlichen Rechtsmittelweg hinreichend rechtfertigende Zeit- oder Kostenersparnis erzielen liesse. Art. 50 OG stellt die Berufung gegen Vor- und Zwischen-Entscheide nur in Ausnahmefällen zur Verfügung, dann nämlich, wenn es gilt, einen sonst zu gewärtigenden aussergewöhnlich grossen Zeit- oder Kostenaufwand zu vermeiden. Die Beurteilung der Nebenfolgen einer Scheidung nach Art. 150-152 und 156 ZGB erfordert aber kaum jemals nach Beurteilung der Scheidungsfrage noch ein weitläufiges Beweisverfahren. Die Schuldfrage ist gewöhnlich schon bei Prüfung des Scheidungspunktes abzuklären, und im übrigen handelt es sich in der Regel um Tatsachen, die sich verhältnismässig rasch und ohne übermässige Kosten abklären lassen. Was aber die (freilich mitunter umständliche Erhebungen erfordernde) güterrechtliche Auseinandersetzung betrifft (Art. 154 ZGB), so steht das Bundesrecht der Verweisung dieser speziellen Nebenfolge der Scheidung in ein getrenntes Verfahren nicht entgegen. Auf diese Weise lässt sich der Scheidungsprozess entlasten. Sollte aber eine kantonale Verfahrensordnung dem entgegenstehen, so wäre dies kein Grund, das Bundesgericht in aussergewöhnlicher Weise in Anspruch zu nehmen.

Über die Voraussetzungen der Berufung nach Art. 50 OG hat das Bundesgericht nach freiem Ermessen zu entscheiden, ohne öffentliche Beratung (Abs. 2 daselbst).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

Vgl. auch Nr. 50, 59. — Voir aussi nos 50, 59.

I. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

69. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1952 i. S. Eheleute Rüegg-Kaiser.

Ehescheidung. Einrede der abgeurteilten Sache.

Divorce. Exception de chose jugée.

Divorzio. Eccezione di res giudicata.

Die erste Scheidungsklage der Ehefrau wurde vom Bezirksgericht Zürich am 28. April 1948 abgewiesen. Als die Ehefrau 1950/51 im Kanton St. Gallen neuerdings auf Scheidung klagte, erhob der Ehemann die Einrede der abgeurteilten Sache. Die st.gallischen Gerichte schützten diese Einrede. Das Bundesgericht bestätigt das Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen.

Aus den Erwägungen :

1. — Die materielle Rechtskraft, d.h. die Verbindlichkeit für spätere Prozesse, wird den formell rechtskräftigen Urteilen der kantonalen Gerichte vom kantonalen Prozessrecht verliehen (für die Urteile des Bundesgerichts vgl. Art. 38 OG). Das kantonale Prozessrecht beherrscht jedoch diesen Gegenstand nicht ausschliesslich. Vielmehr greift das Bundesrecht in doppelter Hinsicht ein :

Einerseits bestimmt der im erstinstanzlichen Urteil angeführte Art. 61 BV, dass die rechtskräftigen Zivilurteile, die in einem Kanton gefällt sind, in der ganzen Schweiz sollen vollzogen werden können. Daraus folgt, dass eine Zivilsache, in der bereits ein rechtskräftiges kantonales Urteil vorliegt, nicht nochmals in einem andern Kanton beurteilt werden darf (BGE 30 I 681 Erw. 2, 71 I 26 Erw. 4 ; vgl.