

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	47 (1928)
Heft:	1
Artikel:	Der Schiedsvertrag nach schweizerischem Zivilprozessrecht
Autor:	Suter, Hans R.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895882

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 13.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Der Schiedsvertrag nach schweizerischem Zivilprozessrecht.

Von Dr. HANS R. SUTER in Basel.

INHALTSÜBERSICHT.	Seite
I. Der Begriff des Schiedsvertrages	9
1. Vereinbarung	9
2. Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit	10
3. Schiedsvertrag und Schiedsklausel	10
4. Selbstgewählte Richter	13
II. Die rechtliche Natur des Schiedsvertrages	18
1. Im Allgemeinen	18
2. Die positive gesetzliche Regelung und Praxis der Gerichte	22
3. Abgrenzungen	26
III. Der Abschluss des Schiedsvertrages	31
1. Form	31
2. Gegenstand	33
3. Inhalt	43
4. Abschluss durch Vertreter	47
5. Ungültigkeit und Anfechtbarkeit	49
IV. Schiedsvertrag und Hauptvertrag	51
1. Verhältnis zum Hauptvertrag	51
2. Umfang des Schiedsvertrages	53
3. Ungültigkeit	56
V. Die Wirkungen des Schiedsvertrages	57
1. Im Allgemeinen	57
2. Einrede des Schiedsvertrages	58
3. Ernennung der Schiedsrichter	61
VI. Der Wegfall des Schiedsvertrages	63
1. Vertrag zwischen den Parteien	63
2. Erfüllung	64
3. Unmöglichkeit	65

Als Schiedsvertrag (SchV.) bezeichnen wir eine Vereinbarung der Parteien, die Entscheidung von gegenwärtigen oder zukünftigen Rechtsstreitig-

keiten selbstgewählten Privatpersonen (den Schiedsrichtern) zu übertragen.¹⁾

Auf diesem Vertrag zwischen den Parteien beruht das Schiedsverfahren und auch der Schiedsspruch, er bildet die notwendige Grundlage aller privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Zu ihm muss ein Vertrag zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern (SchR.), das sog. Rezeptum, hinzutreten, durch dessen Abschluss diese sich zur Übernahme der schiedsrichterlichen Tätigkeit verpflichten: denn ohne SchR. kein Schiedsgericht. Dieser „Vertrag mit den Schiedsrichtern“ muss streng vom „Schiedsvertrag“ unterschieden werden; er wird in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt werden.

I. Der Begriff des Schiedsvertrages.

1. Die Schiedsgerichte im eigentlichen Sinne verdanken ihre Existenz und ihr Tätigwerden dem SchV., also einer Vereinbarung zwischen den Parteien; sie

¹⁾ Dies die übliche Definition. Zur Nomenklatur: unter dem „Schiedsvertrag“ (SchV.) verstehen wir die Vereinbarung ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine gegenwärtige oder um zukünftige Streitigkeiten handelt, unter der „Schiedsklausel“ (Schkl.) die Vereinbarung im Hinblick auf zukünftige, und unter dem „speziellen Schiedsvertrag“ (spez. SchV.) auf eine gegenwärtige Streitigkeit. — Schweizerische Literatur: Emil Fehr, Das Schiedsgericht in der schweizerischen Zivilprozess-Gesetzgebung (Zürcher Diss. 1903); Otto Schuppisser, Das zivilprozessrechtliche Schiedsgericht, besonders seine rechtliche Struktur (Berner Diss. 1922); ferner E. E. Steiner, Börsenschiedsgerichtsbarkeit (Zürcher Diss. 1925) und Georg Glystras, Schiedsgerichtsorganisation und kaufmännische Schiedsgerichte (Zürcher Diss. 1916); die Kommentare von Leuch (Berner ZPO), Streuli (Zürcher ZPO), Schnyder (Luzerner ZPO), Keller (Aargauer ZPO), Scherrer-Füleman (St. Galler ZPO). — Neben den üblichen Abkürzungen werden verwendet: Hellwig II (= Hellwig, System des Deutschen Zivilprozessesrechts Bd. II, [1919]); Garsonnet (= Garsonnet et César-Bru, Traité de procédure civile et commerciale, III. éd., Bd. 8 [1925]); Jahrbuch I (= Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen, herausg. von A. Nussbaum, Bd. I [1926]); von Tuhr (= A. von Tuhr, Allgemeiner

sind private „vertragsmässige Gerichte“²⁾; sie müssen deshalb von jenen andern Gerichten unterschieden werden, die wohl den Namen Schiedsgericht führen, aber ohne Rücksicht auf den konkreten Willen der Parteien zuständig sind. Wir nennen hier nur die kantonalen gewerblichen Schiedsgerichte, die landwirtschaftlichen Schiedsgerichte des Kantons Zürich³⁾ und die in Art. 25 des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes vom 13. Juni 1911 vorgesehenen Schiedsgerichte; bei all diesen Gerichten handelt es sich um staatliche Sondergerichte, die an Stelle der ordentlichen Zivilgerichte über einen bestimmten engbegrenzten Kreis von Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden haben, und deren Zuständigkeit auf Gesetzesbefehl beruht; das Verfahren ist ihnen meist genau vorgeschrieben und trägt oft einen stark offiziellen Einschlag;⁴⁾ ihre Entscheide sind ganz allgemein den staatlichen Urteilen gleichgestellt, gleichviel ob dies für eigentliche Schiedssprüche ebenfalls zutrifft oder nicht.⁵⁾

2. Der SchR. wird von den Parteien zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten ernannt; nicht Schiedsrichter ist deshalb der Taxator oder Schiedsgutachter, dessen Aufgabe in der Ergänzung des materiellen Tatbestandes besteht (siehe unten Seite 27).

3. Ein SchV. kann abgeschlossen werden im Hinblick auf eine bereits vorliegende Streitigkeit (spezieller Schiedsvertrag) oder mit Beziehung auf Streitigkeiten, die allfällig in Zukunft zwischen den vertragsschlies-

Teil des Schweiz. Obligationenrechtes, 1924/5); ZZPr. (= Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, begr. von Busch); code de pr. (= code de procédure civile français); DZPO (= Deutsche Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877, in der vom 1. Juli 1924 ab geltenden Fassung).

²⁾ So Schaffhausen § 491.

³⁾ Streuli I c vor § 359 und die dort angef. Literatur.

⁴⁾ z. B. Basel §§ 215 ff.

⁵⁾ Der Unterschied zwischen den beiden Arten von „Schiedsgericht“ zeigt sich am deutlichsten im Verhalten des ordentlichen Zivilrichters: wenn der vor ihm eingeklagte Anspruch unter die

senden Parteien entstehen können (Schiedsklausel [Schkl.]). In beiden Fällen soll die Entscheidung der staatlichen Instanz durch einen schiedsrichterlichen Spruch ersetzt werden; beide Formen verfolgen also denselben Zweck, unterscheiden sich aber in mehr als nur dem Namen nach voneinander.

Es könnte naheliegen, die Schkl. einfach als suspensiv bedingten SchV. aufzufassen, in der Weise, dass mit Ausbruch einer Streitigkeit dieser SchV. verbindlich werde, oder aber sie als Vorvertrag anzusehen, der für den Fall von Differenzen zum Abschluss eines SchV. verpflichtet (*pactum de compromittendo*).⁶⁾ Diese beiden Ansichten aber sind zurückzuweisen: die Schkl. ist schon mit der Aufnahme in den Hauptvertrag perfekt geworden und wandelt sich auch nicht mit dem Ausbruch einer Streitigkeit in einen SchV.⁷⁾; gerade zukünftige Streitigkeiten sollen ja unter die Schkl. fallen, und es darf deshalb nicht dieses ungewisse Element zur Bedingung ihrer Wirk-

Gerichtsbarkeit der gewerblichen Schiedsgerichte gehört, so wird er sich von Amtes wegen für unzuständig erklären müssen (sofern nicht eine Prorogation zulässig ist und vorliegt); einen SchV. wird er dagegen nur dann beachten, wenn sich die beklagte Partei in *limine litis* darauf beruft.

⁶⁾ Dies ist die Auffassung der belgischen Judikatur, die auf diese Weise davon Umgang nimmt, die strengen Vorschriften von code de pr. Art. 1006 (der bekanntlich auch in Belgien gilt) auf die Schkl. anzuwenden; und dasselbe gilt von der Literatur zu code de commerce Art. 631 Al. 2 (Gesetz vom 31. Dezember 1925), der die Vereinbarung einer Schkl. im Hinblick auf diejenigen Streitigkeiten, die in die Zuständigkeit der Tribunaux de commerce fallen, gestattet. (Vgl. Leray, *L'arbitrage et la loi nouvelle sur la clause compromissoire* 1927; César-Bru, *commentaire de la loi du 31 décembre 1925*, in *Les lois nouvelles* 1926, I, 177 ff.; Meili, *Das Internat. Zivilprozessrecht* (1904) S. 298; auch RG 116, 76).

⁷⁾ Trotzdem in der Praxis häufig noch ein spez. SchV. abgeschlossen wird, der die Namen der SchR. und die ihnen zur Entscheidung vorzulegenden Punkte enthält (Leuch N. 1 zu 382); dies ist z. B. ausdrücklich vorgesehen in Art. 34 des Reglementes des Schiedsgerichtshofes der Internat. Handelskammer (Jahrbuch I 232) und in Art. 4 des Internat. Wollsiedsgerichtes

samkeit gesetzt werden. Aber auch die Auffassung der Schkl. als eines Vorvertrags kann einer genaueren Prüfung nicht standhalten; mit dem Abschluss der Schkl. verpflichten sich die Parteien nach dem Recht unserer ZPO nicht zum Abschluss von SchV., sondern sie unterwerfen direkt ihre Streitigkeiten der Entscheidung von SchR. und führen damit, soweit und weil das Prozessrecht ihre Abmachung sanktioniert, direkt die Unzuständigkeit der staatlichen Gerichte herbei. Deshalb können sie auch beim Ausbruch der Streitigkeit vom staatlichen Richter ohne weiteres die Ernennung des oder der SchR. verlangen und der Umweg einer Klage auf Abschluss eines spez. SchV., die sich ja mit Schadenersatz begnügen müsste,⁸⁾ bleibt ihnen erspart.

Die Schkl. wird denn auch in den meisten ZPO neben dem spez. SchV. besonders geregelt oder wenigstens erwähnt,⁹⁾ und auch da, wo dies nicht der Fall ist, darf auf ihre Zulässigkeit geschlossen werden, soweit wenigstens in

(Jahrbuch I 264); vgl. ferner Tessin Art. 434. Dieser SchV. entspricht dem „uneigentlichen Kompromiss“ (Max Huber), das beim Ausbruch einer völkerrechtlichen Streitigkeit in Ausführung des generellen Schiedsvertrages zwischen den Staaten abgeschlossen werden muss (vgl. Schurter-Fritzsche I [1924] S. 645/7).

⁸⁾ So im französ. Recht, wo nach einstimmiger Meinung der Autoren trotz der nun weitgehenden Anerkennung der Schkl. der ordentliche Richter keine SchR. ernennen kann, und es also der vertragsbrüchigen Partei immer freisteht, durch die Weigerung, selbst ihren SchR. zu bezeichnen, das Schverf. zu verunmöglichen; denn es handelt sich um eine „obligation de faire“, die nach code civil Art. 1142 im Falle der Nichterfüllung lediglich Ansprüche auf Schadenersatz zur Folge hat (vgl. Garsonnet S. 520/23; Leray 42/44).

⁹⁾ So DZPO §§ 1025/26, österr. ZPO § 577, ital. codice di procedura Art. 1—34 („Del Compromesso“), Art. 8—11 und 12; engl. Arbitration Act 1889, section 27 (Text: Jahrbuch I, 174 ff.); so auch die meisten schweiz. ZPO, besonders eindrücklich Bern Art. 381/82 (SchV. und Schkl.) und Tessin Art. 429 ff. und 432 ff. (compromesso—clausola compromissoria). Nur den SchV. regelt Glarus § 327, im Gegensatz zu Basel § 219, das ausdrücklich nur die Schkl. vorsieht.

Gesetz oder Gerichtspraxis¹⁰⁾ nicht ausdrücklich das Gegenteil erklärt worden ist.

4. Von grundlegender Bedeutung beim Schiedsverfahren ist für die Parteien, dass sie selbst unter Privatpersonen ihre Richter wählen, dass sie ihren Streit „selbstgewählten Schiedsrichtern“¹¹⁾ zur Beurteilung vorlegen können; denn gerade diese freie Wahl soll ihnen Gewähr bieten für die Loyalität und Sachkenntnis der SchR. und ihnen ein Entgelt sein für den Verzicht auf das Verfahren vor dem staatlichen Richter. Davon nämlich, wie die SchR. den ihnen gewordenen Auftrag ausführen, hängt für die Parteien nun alles ab, besonders wenn die SchR. bei ihrer Entscheidung nicht an die Beachtung der Regeln des materiellen Rechtes gebunden sind.

a) Nichts aber hindert die Parteien daran, da die einschlägigen Bestimmungen der Prozessordnungen meist dispositiver Natur sind, ganz oder zum Teil auf dieses „Wahlrecht“ zu verzichten: so kann, wie dies häufig

¹⁰⁾ So Frankreich, cour de cassation, Entscheid vom 19. Juli 1843 (Sirey 1843, I. 561); auf die französ. Rechtsentwicklung kann hier nicht näher eingetreten werden; erwähnt sei nur, dass die Nichtigkeit der Schkl. als nicht d'ordre public erklärt wurde; deshalb wurden schon seit Jahren Schkl. auch von den franz. Gerichten in weitem Ausmass anerkannt, falls sie freiwillig erfüllt wurden oder in Verträgen des internationalen Handelsverkehrs enthalten waren (vgl. dazu Hamel in Revue de droit internat. privé [Lapradelle] 18 [1922] S. 721 ff. und 19 [1924] S. 15 ff.; Godron, La clause compromissoire (Thèse Paris 1916); ders. in Clunet Bd. 46 [1919] S. 57 ff.; André-Prudhomme in Jahrbuch I, 68 ff.; Garsonnet a. a. O.; E. E. Steiner, Die Schkl. nach französischem Recht, in SJZ Bd. 23, 104 f.).

¹¹⁾ So ausdrücklich Luzern § 364 und St. Gallen Art. 253; dieses Wahlrecht der Parteien wurde vom BG. als wesentlichstes Element des Schverf. aufgefasst: es hat deshalb den arbitrage légal („arbitrage ordonné par la loi“) der Waadtländer ZPO (Art. 499 und 503) als eigentliches Schverf. betrachtet, trotzdem es infolge gesetzlichen Befehles durchgeführt werden muss; den Parteien wird nämlich das Recht der Wahl der SchR. belassen (BGE. 12, 150; 26. II. 428; 31. I. 112; vgl. auch Freiburg Art. 623 Al. 3; siehe Fehr 12/13).

geschieht, ein Dritter mit der Ernennung des Schiedsrichters¹²⁾ oder Obmannes¹³⁾ betraut werden, so können sich die Parteien durch Unterwerfung unter eine bestimmte Schiedsgerichts-Ordnung verpflichten, ihre Richter aus Listen zu wählen, oder einem andern Ernennungsmodus zustimmen, ohne dass dadurch der rechtliche Charakter des Schiedsgerichts verändert würde. Im Gegenteil: diese Wahlarten bilden eine bedeutend grössere Garantie für die Unparteilichkeit, Zuverlässigkeit und Sachkenntnis der SchR., sofern nur die Wahl von einer wirklich unparteiischen Instanz, wie z. B. von einem Gerichtspräsidenten¹⁴⁾ oder Vorsitzenden einer Handelskammer¹⁵⁾, vorgenommen wird. Auch die Listen, die von Korporationen, wie von Börsen¹⁶⁾ und andern nationalen und

¹²⁾ Diese Delegation des Wahlrechts sieht vor ausdrücklich Wallis, Art. 364, Abs. 2; auch die „Verordnung betr. das schiedsrichterliche Verfahren in den vor das Zentralamt für den internationalen Transport gebrachten Streitfällen“ (vom 29. November 1892, in Bbl. 1892, V. S. 554): das Schiedsgericht, das auf Anrufen der Eisenbahnverwaltungen tätig werden muss, setzt sich zusammen aus dem Direktor des Zentralamtes (der in gewissen Fällen als Einzelrichter tätig wird) und zwei vom schweiz. Bundesrat gewählten (Schieds-)Richtern.

¹³⁾ Vgl. das St. Galler „Mieterschiedsgericht“, das aus je einem Vertreter des Mietervereins und des Haus- und Grund-eigentümerverbandes als Schiedsrichtern und dem Verwalter des städt. Wohnungsamtes als Vorsitzendem besteht. (Vgl. St. Galler Kantonsgericht in Entsch. 1919, S. 39).

¹⁴⁾ Vgl. den Tatbestand in BGE 31 I, 112 und 43 I, 52; ferner RG 53, Seite 1 ff. — Der Präsident verfügt diese Ernennung als Privater und nicht in seiner Eigenschaft als Gerichtspräsident, wenn er nicht dazu schon von Gesetzes wegen verpflichtet ist (wie z. B. Bern Art. 383).

¹⁵⁾ So in BGE 32 I, 40 und RG 53, 389.

¹⁶⁾ So z. B. Schiedsordnung der Zürcher Getreidebörsen §§ 2—5, 7 und 11; vgl. auch den deutsch-holländischen Schiedsvertrag vom 3./11. März 1921, der die Bildung von Einigungsstellen vorsieht, die auch als Schiedsgerichte tätig werden: die SchR. werden von den Parteien aus Listen gewählt, während der Obmann nach Turnus bestimmt wird (vgl. Wert-

internationalen wirtschaftlichen Organisationen aufgestellt werden, enthalten in der Grosszahl der Fälle eine Elite von zu SchR. geeigneten Persönlichkeiten. Dies ist einer der grossen Vorteile, die die sog. „ständigen Schiedsgerichte“ vor den „Gelegenheitsschiedsgerichten“ bieten;¹⁷⁾ der oder die SchR., die ohne Erfahrung in der Rechtsprechung für einen einzelnen Fall gewählt sind, werden nur zu oft auf unbefriedigende Art ihre Aufgabe erfüllen, während die Schiedsgerichte der wirtschaftlichen Organisationen infolge ihrer Erfahrung, Sachkenntnis und des häufig vorhandenen (ständigen) Sekretariates die Gewähr für rasche und billige Erledigung der Streitigkeiten und für die so ausserordentlich wichtige Kontinuität der Rechtssprechung bieten; sie werden, was für die Praxis von ausschlaggebender Bedeutung ist, mit Hilfe der hinter ihnen stehenden wirtschaftlichen Macht auch im internationalen Verkehr die Durchführung des Schiedsspruches erzwingen können. Als Beispiele nennen wir das Schiedsgericht der Corn Trade Association und der Produktenbörse in London, das der Bremer Baumwollbörse, der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien¹⁸⁾ oder der Chambre de commerce internationale in Paris,¹⁹⁾

heimer, Eine internationale Schiedsgerichtsorganisation, in JW Bd. 50 [1921], S. 723 ff.; auch Jahrbuch I, 246).

¹⁷⁾ Vgl. vor allem Nussbaum, Neuere Entwicklung und Ausbau des Schiedsgerichtswesens, in ZZPr. 42 (1912) S. 254 ff., vor allem 257 ff., 261 ff.; von Staff, Isolierte und institutionelle Schiedsgerichte, in DJZ Bd. 30 (1925) S. 775 ff.; vgl. auch das „Übereinkommen zwischen Österreich und Italien über Vollstreckungshilfe“ vom 6. April 1922, in dessen Art. 5 die „ständigen Schiedsgerichte“ ausdrücklich neben den „Schiedsgerichten, bei denen die Richter durch Übereinkunft der Parteien gewählt werden“, erwähnt werden (abgedruckt in „Auslandsrecht“, Bd. 6 S. 147).

¹⁸⁾ Vgl. die Entscheidungen in BlZR Bd. 19 (1920) Nr. 144; 18 (1919) Nr. 12; 17 (1918) Nr. 153.

¹⁹⁾ Vgl. das „règlement de conciliation et d'arbitrage“ (vgl. Schweiz. Handelsamtsblatt 1923 II S. 2317; ferner Clunet Bd. 50 [1923] S. 188 ff., Jahrbuch I 231).

und ganz allgemein die Schiedsgerichte der grössern Kartelle und Tarifgemeinschaften.²⁰⁾

Diese ständigen Schiedsgerichte, deren Zahl und Bedeutung stetig zunimmt,²¹⁾ sind wirkliche vertragliche Schiedsgerichte, denn ohne den SchV. der Parteien treten sie nicht in Funktion, und die Richter, auch wenn sie ihr „Amt“ als Beruf ausüben, bleiben eigentliche private Schiedsrichter.

b) Der Prorogationsvertrag wird, wie dies in der Regel auch für den SchV. zutrifft, ausserhalb des Prozesses abgeschlossen; er unterscheidet sich aber dadurch von ihm, dass er die Entscheidung der Streitigkeit nicht privaten Richtern überträgt, sondern einem staatlichen Gerichte; er bezweckt wohl, ein staatliches Gericht von der Entscheidung auszuschliessen, lässt aber nicht wie der SchV. überhaupt alle unzuständig werden, sondern ein anderes, wiederum staatliches Gericht an des ersten Stelle treten. Eine Verbindung von SchV. und Prorogationsvertrag ist ohne weiteres zulässig, wobei aber der Prorogationsvertrag nur soweit reichen kann, als die Zuständigkeit des staatlichen Gerichtes neben der des Sch.-gerichtes noch bestehen bleibt (vgl. unten S. 46).

Können die Parteien einen staatlichen Richter oder ein ganzes Gericht als SchR. bezeichnen, und muss dieses Gericht auf ihr Ersuchen in Tätigkeit treten? Es kann sich, wie das BG. ausgeführt hat, bei solchen meist als „Kompromiss“ bezeichneten Verträgen nur um zweierlei handeln: entweder meinen die Parteien mit ihrer Abmachung die einzelnen Mitglieder des Gerichtes, die ausseramtlich tätig werden sollen, und dann liegt ein gewöhnlicher und ohne weiteres zulässiger SchV. vor,²²⁾ oder aber es

²⁰⁾ Reichel, Einfluss des Krieges auf internationale Kartelle, in ZSR NF Bd. 37, 196, und Alfr. Wieland, Aus dem Schweiz. Kartellrechte, in ZSR NF Bd. 40 S. 111/113; Berner Appellhof in ZBJV Bd. 57 (1921) S. 370.

²¹⁾ Vgl. Nussbaum und Staff, a. a. O.

²²⁾ Die in Deutschland stark kontroverse Frage, ob ein staatlicher Richter überhaupt als SchR. tätig werden dürfe, wurde im schweiz. Rechtsgebiet bis jetzt unbedenklich bejaht.

handelt sich, was die Regel sein wird, um eine Vereinbarung der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit (Prorogation)²³⁾. Der Basler Zivilgerichtspräsident ist gehalten, „falls die Parteien es ausdrücklich verlangen (kompromittieren)“²⁴⁾ erst- und letztinstanzlich auch über Streitigkeiten zu entscheiden, die ihres Streitwertes wegen nicht unter seine gewöhnliche Kompetenz fallen; er entscheidet dabei nicht als SchR., sondern als durch Vereinbarung zuständig gewordener staatlicher Richter. Und dasselbe hat zu gelten, wenn das Basler gewerbliche Schiedsgericht infolge eines „Kompromisses“ über Streitigkeiten entscheidet, die — auch ihres Streitwertes wegen — vor die Kammer des Zivilgerichtes verwiesen werden sollten.²⁵⁾

Denn dass ein staatliches Gericht als Ganzes als „privater Richter“ entscheide, ist nicht denkbar: sein öffentlicher Charakter, wie auch die Unabänderlichkeit der prozessualen Normen, erlauben ihm nicht, vom gewöhnlichen Verfahren abzuweichen und ein von den Parteien nach freiem Ermessen oder vom Gericht ad hoc bestimmtes anzuwenden;²⁶⁾ so hat das BG. wiederholt erklärt, es sei weder berechtigt noch verpflichtet, als Schiedsgericht

²³⁾ BGE 49 II, 424; 41 I, 248; allerdings muss dabei die sachliche Prorogation nach kantonalem Recht zulässig sein. — Soll eine Verwaltungsbehörde als Schger. über zivilrechtliche Streitigkeiten entscheiden, so können nur deren Mitglieder als SchR. gemeint sein, da schon das Prinzip der Gewaltentrennung einer Entscheidung der Behörde als solcher entgegensteht (vgl. BGE 49 II, 424: Klausel, wonach der Bundesrat als Schgericht entscheiden sollte; ferner ZBJV 62 [1926] 563 ff.).

²⁴⁾ Gesetz betr. Wahl und Organisation der Gerichte § 27; undeutlich BGE 35 I, 555; vgl. auch code de pr. Art. 7 im Hinblick auf den juge de paix.

²⁵⁾ Cit. Gesetz § 28.

²⁶⁾ Gerade deshalb fehlt jegliches Interesse der Parteien an einer solchen Vereinbarung; vgl. Garsonnet a. a. O. S. 528 ff. — Nach Basler Recht z. B. müsste dieser „Schiedsspruch“ eines staatlichen Gerichtes erst noch vom ordentlichen Gericht vollstreckbar erklärt werden (ZPO § 258)!

tätig zu werden.²⁷⁾ Eine Ausnahme kann nur dann gelten, wenn die ordentlichen Gerichte von Gesetzes wegen verpflichtet sind, auf Wunsch der Parteien als Schiedsgerichte zu entscheiden;²⁸⁾ dementsprechend hat auch das BG. gegen einen Entscheid des Berner Appellationshofes, der noch unter der Herrschaft der Berner ZPO von 1883 gefällt worden war, die Berufung als unzulässig erklärt, weil das kantonale Gericht als zweitinstanzliches eigentliches Schiedsgericht entschieden habe.²⁹⁾ ³⁰⁾

II. Die rechtliche Natur des Schiedsvertrages.

1. Der Streit der Meinungen über die rechtliche Natur des SchV. dauert in der deutschen Literatur unvermindert fort; einer Gruppe von Autoren, die den Vertrag als privatrechtlichen betrachten und ihm lediglich gewisse prozessuale Wirkungen beilegen,³¹⁾ steht eine

²⁷⁾ BGE 18, 505; 43 II, 731.

²⁸⁾ St. Gallen Art. 254: Zu bemerken ist, dass nach St. Galler Prozessrecht auch die Schiedsgerichte verpflichtet sind, eines der ordentlichen Prozessverfahren einzuhalten. — A. M. das Zürcher Obergericht in BlZR 22 Nr. 57.

²⁹⁾ BGE 34 II, 803/04; vgl. auch BGE 31 I, 112; die Berner ZPO von 1883 verpflichtete nämlich die ordentlichen Gerichte, unter bestimmten Voraussetzungen als eigentliche Schgerichte tätig zu werden (§ 373); vgl. auch Zürcher ZPO von 1874, § 102 und Handelsgericht Zürich in ZSR NF. 17, 118.

³⁰⁾ Eine merkwürdige Erscheinung der Nachkriegszeit ist das durch die §§ 18—20 der Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte vom 1. Juni 1924 (R. Ges. Bl. 1924 S. 552) an den deutschen Gerichten erster und zweiter Instanz eingeführte „Schiedsurteilsverfahren“: Voraussetzung dafür ist bei einem Streitwert über 50 Mark eine Vereinbarung der Parteien; sie verzichten dabei zum voraus auf das Recht der Berufung und üben einen wesentlichen Einfluss auf die Besetzung des Gerichtes aus; das Gericht bestimmt frei sein Verfahren; das „Schiedsurteil“ steht einem staatlichen Endurteil gleich. (Vgl. dazu Bley in ZZPr. 49, 99 ff. und Stein-Jonas I, Seite 1054 ff.).

³¹⁾ Wach, Handbuch Bd. I (1885) 67; Schmidt, Lehrbuch II. A. (1910) 152 ff.; Regelsberger, Pandekten I (1893) S. 710; das RG in Anschluss an DZPO §§ 1025 ff.; vgl. ferner Kisch,

andere gegenüber, die in ihm einen prozessualen Vertrag sieht, konsequent Prozessrecht, und nur Prozessrecht auf ihn anwenden möchte,³²⁾ und die deshalb die positive Regelung der DZPO, die den SchV. als privatrechtlichen Vertrag mit gewissen prozessualen Wirkungen (Einrede, Rechtskraft) auffasst, als unrichtig bezeichnet. Die schweizerischen Autoren stellen sich in ihrer Mehrzahl mit kleinen Abweichungen auf die Seite der Prozessualisten.³³⁾

Dass der Frage nach der rechtlichen Natur nicht nur theoretische, sondern auch erhebliche praktische Bedeutung zukommt, ergibt sich schon daraus, dass es von deren Entscheidung abhängt, ob der SchV. als zivilrechtlicher Vertrag unter die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes fällt (BV Art. 64), oder als prozessualer, d. h. öffentlich-rechtlicher Vertrag mit den übrigen Verfahrensvorschriften der kantonalen Regelung überlassen worden ist. (ZGB Art. 6, Al. 1).

Wir gehen dabei mit Neuner davon aus, dass der Unterschied zwischen Privat- und Prozessrecht nicht darin gefunden werden kann, dass es sich einerseits um privates, anderseits um öffentliches Recht handelt, sondern dass ihm der Gegensatz zwischen materiellem Recht und formellem oder Verfahrensrecht zugrunde liegt.³⁴⁾ Zum Verfahrensrecht sind dabei alle diejenigen gesetzlichen Normen zu rechnen, die die Voraussetzungen eines über das materielle Recht eine sachliche Entscheidung

Einige Bemerkungen zum Wesen des Schiedsvertrages, in ZZPr. 51, 321 ff.; Neuner, Privatrecht und Prozessrecht (Beiträge zum Zivilprozess, Heft 3, 1925), 106 ff.; für das gemeine Recht Glück, Pandekten, 6. Teil 1, § 479; Windscheid-Kipp, Pandekten, § 415.

³²⁾ Hellwig, Prozesshandlung 45, 101 ff.; System II 102 ff.; Altenrath, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruchs (1907); Stein-Jonas, Die ZPO für das Deutsche Reich (13. Aufl., 1926), zu DZPO § 1025.

³³⁾ Fehr 20 ff., Schuppisser 26 ff., Steiner 54 ff.; anders Glystras 55.

³⁴⁾ Neuner 4 ff.

bringenden Urteils festlegen und im weitern die Durchsetzung und Realisierung des einmal festgestellten Anspruches sichern. Zum Verfahrensrecht gehören also beispielsweise die in den ZPO geregelten Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit der mit der Klage angegangene Richter ein Sachurteil zu fällen imstande ist, oder diejenigen Vorschriften, die von den Parteien eingehalten werden müssen, wenn sie über ihre Ansprüche eine richterliche Entscheidung verlangen und erreichen wollen.

Dieses Verfahrensrecht ist im allgemeinen zwingendes Recht, d. h. wenn die Parteien ihre Ansprüche durchsetzen wollen, — was ihnen anderseits vollkommen freisteht —, so müssen sie sich an die in der ZPO enthaltene Regelung halten; denn es gibt vor Gericht keinen Konventionalprozess, und eine willkürliche Abänderung der in der ZPO enthaltenen Verfahrensnormen ist unzulässig.

Daneben aber gibt es Fälle, wo den Parteien die Befugnis zusteht, durch ausserprozessuale Vereinbarung direkt auf das Verfahren einzuwirken und dem Richter ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben; unbestrittenermassen sind hierher zu zählen der Prorogationsvertrag, der vertragliche vorgängige Verzicht auf ein Rechtsmittel und der SchV. Diese Verträge, die in der Regel ausserprozessual, meist sogar vor Entstehung einer Streitigkeit, abgeschlossen werden, bilden eine einheitliche Gruppe;³⁵⁾ es wird deshalb in der Folge ohne weiteres zulässig sein, bei der Behandlung des SchV. von Fall zu Fall auf einen der anderen beiden Verträge zu verweisen.

Gegenstand des SchV. ist nicht das Privatrechtsverhältnis, sondern die Rechtsstreitigkeit, der Streit über

³⁵⁾ Kohler, Gruchot Bd. 31, 276 ff. und 481 ff.; Bunzen spricht von „Prozessrechtsgeschäften“ (ZZPr. 35, 401 ff.), während Oertmann von „privatrechtlichen Verträgen mit prozessrechtlicher Wirkung“ spricht (Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, in ZZPr. 45, 389 ff., vor allem 405). Neuner a. a. O. 106 ff., Planck, Lehrbuch I, 292.

jenes;³⁶⁾ sein Inhalt erschöpft sich in der Übertragung der Befugnis zur Entscheidung dieses Streites, also der Frage, wer Recht hat, an den oder die SchR.; denn soll der Verzicht auf das durch die Vorschriften der ZPO konkret gestaltete Recht, vom staatlichen Richter auf dem Wege des Urteils den Anspruch feststellen zu lassen, (Klagrecht im Sinne von Wach)³⁷⁾ nicht auch den Verzicht auf das materielle Recht mit sich bringen,³⁸⁾ so muss an Stelle des ordentlichen Richters der SchR. zur Entscheidung gerufen werden können; die Wirkung des SchV. zeigt sich negativ im Ausschluss der Verfolgbarkeit der unter den Vertrag fallenden Rechte vor dem staatlichen Richter und positiv in der dem nach Durchführung des Verfahrens ergangenen Schiedssprüche zuerkannten Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Nach Gegenstand, Inhalt und Wirkung ist der SchV. also ein Vertrag des Prozessrechtes³⁹⁾ und folglich nach Prozessrecht zu beurteilen.

Der Umstand aber, dass der SchV. wie auch der Prorogationsvertrag in der grossen Mehrzahl der Fälle wie die Verträge des Privatrechtes ausserhalb des Prozesses abgeschlossen wird, und Erwägungen rein praktischer Natur führen uns dazu, für die Beurteilung der Voraussetzungen seiner Gültigkeit per analogiam ganz allgemein das Vertragsrecht des OR herbeizuziehen, soweit nicht die ZPO besondere Bestimmungen aufgestellt haben.⁴⁰⁾ So muss nach den Grundsätzen des Privat-

³⁶⁾ Im Gegensatz zum Vergleich, durch den die Parteien gegenseitig auf ihre Rechte — wenigstens teilweise — verzichten und damit unmittelbar die Rechtslage verändern und gestalten; auch der SchV. bringt oft eine, aber nur mittelbare, Gestaltung des materiellen Rechtes mit sich.

³⁷⁾ Wach, 19; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 145 ff.; Langheineken, Der Urteilsanspruch, 45.

³⁸⁾ von Tuhr 449, 570; Oertmann 417; Hellwig I, 451.

³⁹⁾ Vgl. Hellwig II, 102 ff.; Kohler a. a. O. 321 ff.

⁴⁰⁾ In Anlehnung an Oertmann a. a. O., insbesondere 402/415; ders., SchR. und staatliches Recht, in ZZPr. 47, 105 ff., vor allem 125/127; ähnlich im Resultat Kisch und Neuner

rechtes entschieden werden, ob Willensmängel vorliegen, die zur Anfechtung des Vertrages führen können, oder ob dieser aus einem anderen Grunde ungültig ist; das gleiche gilt für die Frage, ob eine bestimmte Form eingehalten werden muss oder ein Vertreter zum Abschluss ermächtigt ist.

2. Nicht nur Erwägungen theoretischer Natur sprechen für die im wesentlichen prozessuale Natur des SchV., sondern auch die positive gesetzliche Regelung in den ZPO und die Praxis der schweizerischen Gerichte.

a) Die Stelle, wo eine konkrete Tatsache im Gesetz geregelt ist, ist für deren Beurteilung wohl von Bedeutung, für ihren Charakter aber nicht schlechthin entscheidend.⁴¹⁾ So erlaubt der Umstand, dass sich im heutigen geltenden Recht die wesentlichen Bestimmungen über den SchV. in den Zivilprozessordnungen⁴²⁾ finden und die Kodifikationen des Privatrechts dagegen nur einzelne neben-sächliche Hinweise⁴³⁾ enthalten, noch keinen direkten Schluss auf die prozessuale Natur des SchV., lässt dies aber als höchst wahrscheinlich erscheinen. Wenn der Bundesgesetzgeber, der sich die Gesetzgebung auf dem

a. a. O. — Die gleiche Ansicht wird ganz allgemein in der französischen Literatur vertreten. (Vgl. Garsonnet 464 ff.; weitergehend Glasson, *Précis de procédure civile II* [1908], 905/06); ähnlich Nussbaum, Probleme des internat. Schiedsgerichtswesens, im Jahrbuch I, 7 ff., der mit Nachdruck darauf hinweist, dass es vor allem auf die sachgemäße Entscheidung ankomme. Abweichend Schuppisser 28, 34/35.

⁴¹⁾ Hellwig, Prozesshandlung, S. 45.

⁴²⁾ So alle kantonalen Zivilprozessordnungen; keine Regelung findet sich in der Bundes-ZPO vom 22. November 1850 und in der ZPO von Uri und Appenzell I.-Rh.

⁴³⁾ OR Art. 135, Ziff. 2 (Klage oder Einrede vor Schiedsger. unterbricht die Verjährung); OR Art. 194 (Streitverkündigung vor Schger. im Prozess des Dritten gegen den Käufer); OR Art. 396, Abs. 3 und Art. 582, Abs. 1 (notwendig eine spezielle Ermächtigung zum Abschluss des SchV.) — ZGB Art. 421, Ziff. 8 (Zustimmung der Vormundschaftsbehörde, wenn der Vormund einen SchV. für das Mündel abschliesst).

Gebiete des Privatrechts vorbehalten hat (Art. 64 der BV), den SchV. als Rechtsgeschäft des Privatrechts aufgefasst hätte, so wäre eine Regelung im OR das normale oder ein Vorbehalt zugunsten der kantonalen Justizhoheit am Platze gewesen.

Der Gesetzgeber hat dies aber nicht für nötig oder zweckmässig erachtet und schon beim Erlass des alten OR von 1881⁴⁴⁾ und wiederum bei der Revision von 1911 die Regelung des SchV., „da er mit dem Prozessrecht in engster Verbindung“ stehe, „stillschweigend dem kantonalen Recht, soweit ein solches aufgestellt ist, und im übrigen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen überlassen“;⁴⁵⁾ er hat den SchV. damals also wohl als privatrechtlichen Vertrag aufgefasst, was der damaligen Praxis des BG entsprach und auch aus einer einschlägigen Abhandlung aus dem Jahre 1908 hervorgeht,⁴⁶⁾ hatte aber das Gefühl, dass infolge der „nahen Verwandtschaft mit der den Kantonen zustehenden Prozessgesetzgebung“⁴⁷⁾ eine Normierung im OR zum mindesten „unzweckmässig“ wäre.

Die kantonalen Zivilprozessordnungen enthalten in der Regel Bestimmungen über Inhalt und Wirkungen des SchV., über die Wahl und Tätigkeit der SchR., über das Verfahren und über allfällige Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch; dagegen sind die Voraussetzungen der Gültigkeit des SchV. in keiner ZPO eingehender geregelt worden; sie alle begnügen sich mit der Umschreibung des zulässigen Gegenstandes oder mit dem Verlangen nach einer bestimmten Form. Da aber das Institut als Ganzes de-

⁴⁴⁾ Haberstich, Handbuch, Bd. II, 332 ff.; Soldan, Le code fédéral des obligations et le droit cantonal (1896) S. 170.

⁴⁵⁾ Botschaft des Bundesrates vom 3. März 1905, betr. Anfügung des revidierten OR an das ZGB (Bbl. 1905, II, 55).

⁴⁶⁾ Egger, Zum sachlichen Geltungsbereich des schweiz. Zivilgesetzbuches in Zürcher Festgabe 1908, 185.

⁴⁷⁾ Haberstich a. a. O. 334; auch bewirkte die Klage vor Schiedsgericht schon nach a. OR Art. 154, Ziff. 2 die Unterbrechung der Verjährung; das Verfahren vor Schger. wurde also dem ordentlichen Verfahren insoweit gleichgestellt.

kantonalen Gesetzgebung unterstellt worden ist, wäre diese zuständig, auch hier gesetzgeberisch tätig zu werden: da sie es nicht getan hat, so wird der Richter — kraft gesetzlicher Anordnung⁴⁸⁾ oder aus eigener Initiative⁴⁹⁾ — die Bestimmungen des OR als des allgemeinen Vertragsrechtes als ergänzendes kantonales Recht anwenden und die Lücke im Gesetz durch Analogie ausfüllen, wobei er aber immer als unüberschreitbare Grenze die allgemeinen Grundsätze des Prozessrechtes zu berücksichtigen hat.⁵⁰⁾ Auch die Einrede des SchV. ist mit Ausnahme von Schwyz in keiner ZPO erwähnt, da keine unter ihnen, wie dies die DZPO getan hat, die prozessualen Einreden erschöpfend aufzählt.⁵¹⁾ Dagegen aber liegt eine grössere Zahl von Entscheidungen des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte vor, die die prozessuale Natur dieser Einrede und damit das Vorliegen einer direkten prozessualen Wirkung des SchV. selbst bejahen.

b) Das Bundesgericht hat bis zum Jahre 1914 mit wenig Ausnahmen⁵²⁾ den SchV. als privatrechtlichen unselbständigen Vertrag betrachtet und ihn, wenigstens soweit der Hauptvertrag dem Bundesprivatrecht angehörte,

⁴⁸⁾ Z. B. Berner EG zum ZGB Art. 172 und Zür. EG zum ZGB § 275; DZPO § 1027 verweist direkt auf die Bestimmungen des BGB; vgl. auch RG 88, 179.

⁴⁹⁾ Weiss, Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen (1908) S. 23.

⁵⁰⁾ So im Prinzip BGE 41 II, 538/39: „auf den SchV., als einer ausserhalb des zivilrechtlichen Gebietes liegenden Vertragsart“, können „dennoch die vom Privatrecht aufgestellten Grundsätze über den Vertragsabschluss (betr. Willenseinigung . . .) analog anwendbar sein, sei es kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, sei es aus Gründen sachlicher Natur“; vgl. auch BGE 45 I, 46 und 377, wo die Frage, ob ein gültiger Prorogationsvertrag vorliege, „nach den Grundsätzen des OR“ frei geprüft wird; ferner Berner App.Gericht in ZBJV Bd. 49 (1913) S. 519; Leuch Note 1 zu Art. 380 und Art. 27; für den SchV. vgl. ferner Basler App.ger. in Entsch. 5, S. 10.

⁵¹⁾ DZPO § 274.

⁵²⁾ So BGE 23 I, 779 und 26 II, 765.

dem eidgenössischen Privatrecht unterstellt;⁵³⁾ dann wird seine Haltung in einem Entscheid vom 17. Januar 1914 wegen der energischen gegenteiligen Ansicht des Beklagten schwankend,⁵⁴⁾ anfangs 1915 wird der Schkl. bereits ein selbständiger, vom zugrunde liegenden Vertrag unabhängiger Charakter zugesprochen⁵⁵⁾ und mit dem Urteil vom 28. Mai 1915⁵⁶⁾ im Hinblick auf die herrschende Meinung in der Theorie (Kohler, Hellwig, Fehr) die prozessuale Natur des Vertrages bejaht. Die selbstverständliche Folge dieser neuen Auffassung ist die Ablehnung der Zulässigkeit der Berufung ans Bundesgericht gegenüber kantonalen Endurteilen, die sich mit der Gültigkeit von Schiedsgerichtsvereinbarungen befassen; da der SchV. dem kantonalen Prozessrecht untersteht, können die Bestimmungen des eidgenössischen Privatrechts höchstens noch als subsidiäres kantonales Recht, also analog, Anwendung finden und sind dann nicht mehr Bundesrecht im Sinne von Art. 57 des Organisationsgesetzes.⁵⁷⁾ Das Bundesgericht wird sich als Berufungsinstanz also nicht mehr mit dem Institut des SchV. zu befassen haben; eine einzige Ausnahme bilden diejenigen Verträge, ohne die es als einzige Instanz zuständig gewesen wäre,⁵⁸⁾ da dann der Vertrag dem vom Bunde aufgestellten Verfahrensrecht unterliegt.

Eine ähnliche Entwicklung zeigen die Entscheidungen der Basler Gerichte: nachdem im Jahre 1909 das Zivilgericht in einem Vorentscheid die auf § 58 der Basler ZPO gestützte Kompetenzeinrede des Beklagten verworfen hatte,⁵⁹⁾ gab es ihr in einem späteren Fall Raum, wurde aber vom Appellationsgericht desavouiert; in der Be-

⁵³⁾ BGE 39 II, 52.

⁵⁴⁾ BGE 40 II, 79.

⁵⁵⁾ BGE 41 II, 310.

⁵⁶⁾ BGE 41 II, 536, Urteil der ersten Zivilabteilung vom 28. Mai 1915, i. S. Jörg c. Jörg; ebenso BGE 41 II, 417.

⁵⁷⁾ BGE 42 II, 522, Erw. 3; Weiss, a. a. O. S. 23.

⁵⁸⁾ BGE 41 II, 307; Leuch, Note 1 zu Art. 381.

⁵⁹⁾ Urteil vom 11. Februar 1909, in Entsch. Bd. I, S. 175.

gründung jenes Urteils wird es als den allgemeinen Grundsätzen der ZPO widersprechend bezeichnet, „dass der Richter auf Parteivereinbarungen, die seine Kompetenz beseitigen wollen, soll abstehen müssen“; zudem handle es sich um ein „vertragliches Recht“ und ein solches könne nur dann als Kompetenzeinrede geltend gemacht werden, wenn die ZPO dies (wie im Falle des Kompromisses und des Prorogationsvertrages) ausdrücklich gestatte.⁶⁰⁾ Diese Ansicht wurde dann im Anschluss an die bundesgerichtliche Praxis im Jahre 1920 aufgegeben und die prozessuale Natur des Vertrags und der Einrede bejaht.⁶¹⁾

3. Abgrenzungen. Der Vergleich und der Schiedsmannsvertrag, die auf den ersten Blick eine gewisse Ähnlichkeit mit dem SchV. zeigen, sollen im folgenden kurz dem SchV. gegenübergestellt werden.

a) Durch den Vergleich⁶²⁾ ordnen die Parteien durch gegenseitige materielle Zugeständnisse das ungewisse oder streitige Rechtsverhältnis, sie schaffen durch beidseitiges Nachgeben den Streit aus dem Wege; beim SchV. dagegen geht die Absicht der Parteien grundsätzlich auf das volle Recht, er bewirkt keine direkte Regelung oder Modifizierung des materiellen Rechtsverhältnisses,⁶³⁾ sondern überträgt lediglich die Entscheidung an private Richter. Der Vergleich, sofern er nicht im Prozess abgeschlossen wird, schafft nicht, wie der Schiedsspruch, Rechtskraft zwischen den Parteien⁶⁴⁾ und schliesst, wenn er nicht freiwillig erfüllt wird, die Klage vor dem staatlichen Richter nicht aus; denn er ist — wieder nur als ausserprozessuale Vereinbarung — ein gewöhnlicher

⁶⁰⁾ Urteil vom 11. November 1913 in Entsch. II, 112.

⁶¹⁾ Urteil vom 9. November 1920 in Entsch. III, 227.

⁶²⁾ Im schweiz. Recht ist der Vergleich nicht geregelt worden, wohl aber in BGB § 779 und ausführlich in code civil français Art. 2044—2058; vgl. Hellwig II, 104 und Fehr 21; Ennecerus, Lehrbuch I, 2 S. 567; Windscheid-Kipp, § 413.

⁶³⁾ BGE 41 II, 538.

⁶⁴⁾ Anders aber code civil Art. 2052; vgl. Garsonnet a. a. O. S. 459.

Vertrag des materiellen Rechtes ohne direkte prozessuale Wirkungen. Nur das hat er mit dem SchV. gemein, dass er den Streit aussergerichtlich zu beseitigen sucht; aber dieses rein negative Kriterium macht ihn weder zum SchV. noch überhaupt zu einem Vertrage des Prozessrechts.⁶⁵⁾

Die ungenügende Prüfung der rechtlichen Natur und als Folge davon die Gleichstellung von SchV. und Vergleich war wesentlich mit ein Grund für die heillose Verwirrung, die im Gemeinen Recht hinsichtlich der Schiedsgerichtsbarkeit herrschte.⁶⁶⁾ Heute lässt sich beider Natur von einander unterscheiden; wenn trotzdem noch immer von der „vergleichsähnlichen Natur des Schiedsvertrages“ gesprochen wird, so erklärt sich dies dadurch, dass in vielen ZPO die Zulässigkeit des Vergleiches Kriterium ist für die Zulässigkeit des SchV., und das Schiedsverfahren besonders geeignet ist zum Abschluss von Vergleichen.

b) Juristisch streng zu trennen⁶⁷⁾ vom SchV. ist weiterhin der Vertrag, der die Bestimmung eines Leistungsinhaltes durch einen Dritten vorsieht, der sog. Schiedsmannsvertrag.⁶⁸⁾ Der Dritte wird Experte, Schiedsmann, Schiedsgutachter oder Schätzer genannt.⁶⁹⁾ Im OR ist der Vertrag, der oft mit dem SchV. verwechselt

⁶⁵⁾ Altenrath a. a. O. S. 30/31.

⁶⁶⁾ Derselbe S. 32.

⁶⁷⁾ In der Praxis treten die beiden Vertragsarten sehr oft zusammengekoppelt auf; mit Oertmann darf wohl entschieden werden, dass der Vertrag, „um als SchV. mit prozessrechtlicher Wirkung gewertet zu werden, seinem wesentlichen Inhalte nach sich als echter SchV. ergeben müsse“; „die schiedsgutachtlichen Befugnisse dürfen den SchR. nur nebenbei mit übertragen werden.“ (a. a. O. 143.)

⁶⁸⁾ Kisch, Die rechtliche Bedeutung des Schiedsgutachtens in Versicherungssachen, in Rhein. Z. Bd. 9, S. 12 ff.; Otto Hagen, Versicherungsrecht (in Ehrenbergs Handbuch Bd. 8, Abt. I) S. 595 ff.; Oertmann, Schiedsrichter und staatliches Recht, S. 130 ff.; Hellwig II, 104/105; Garsonnet 462 f. — Ausführlich BGB §§ 317—319; speziell für den Kauf code civil Art. 1592.

⁶⁹⁾ Taxator oder arbitrator im Gegensatz zum arbiter.

wird, nicht geregelt worden; die Zulässigkeit desselben auch für das schweizerische Recht ergibt sich aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus Art. 67 Al. 2 des BG über den Versicherungsvertrag.⁷⁰⁾

Der Schiedsmannsvertrag findet sich besonders häufig in Versicherungsverträgen, wo z. B. über die Höhe der Entschädigung, über die Frage, ob der Versicherungsfall vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt worden sei, ob Kausalzusammenhang bestehe, oder ob und in welchem Grade Verminderung der Erwerbsfähigkeit eingetreten sei, ein oder mehrere Experten entscheiden sollen; weiterhin kommt er sehr oft in internationalen Kaufverträgen als „Arbitrageklausel“ vor; es wird damit dem Verkäufer die Verpflichtung überbunden, die Ware trotz allfälliger (geringfügiger) Mängel anzunehmen unter Vorbehalt der Ersetzung des Minderwertes, dessen Höhe durch Experten im Arbitrageverfahren festgestellt werden soll.⁷¹⁾

Hier, wie überall, darf nicht auf die äussere Bezeichnung abgestellt werden, die die Parteien ihrem Rechtsgeschäft mit auf den Weg geben, sondern es muss zur rechtlichen Beurteilung der Inhalt des Vertrages und der Wille der Parteien herbeigezogen werden.⁷²⁾ Aufgabe des Schiedsmannes ist es, den noch unvollständigen Inhalt

⁷⁰⁾ von Tuhr 168/9; Oser, Vorbem. VIII 5 vor Titel I; dagegen enthielten die Entwürfe zum OR eine einschlägige Vorschrift (Fick, Note 47 zu OR Art. 184). Vgl. Ostertag, Kommentar zum VVG (1915).

⁷¹⁾ Sog. „Qualitätsarbitrage“; vgl. Tore Almèn, Das skandinavische Kaufrecht (Deutsche Ausgabe von Neubecker, Heidelberg 1922), Bd. II S. 42 und 365; Staub Note 24b vor 373, Note 46b zu § 372; code civil Art. 1592; Becker, Note 4 zu Art. 205; Fick, Note 47 zu Art. 184. — Sollen die Experten zugleich als Schiedsrichter tätig werden, so muss dies in der Regel besonders bestimmt werden (anders die Usanzen an gewissen Plätzen, wie Hamburg; vgl. auch RG in JW 1917, S. 537); auch die Klauseln von Kaufverträgen in zwei vom Zürcher Obergericht beurteilten Fällen (BIZR 19 [1920] Nr. 144 und 18 [1919] Nr. 12).

⁷²⁾ von Tuhr S. 244; RG Bd. 87, 192; Bd. 67, 72.

eines Vertrages zu bestimmen und zu ergänzen, ein Stück⁷³⁾ des noch unvollkommenen Tatbestandes zu gestalten und zu normieren, während die Tätigkeit des Schiedsrichters, wie die des staatlichen Richters, darin besteht, über streitige Rechte, die sich auf Grund eines Tatbestandes aus dem Gesetz ergeben, zu entscheiden; in seinem Gutachten legt der Schiedsmann ein Tatbestandsmoment fest, bejaht, verneint oder normiert er eine Anspruchsvoraussetzung, gewährt er die Grundlage für eine spätere richterliche Entscheidung;⁷⁴⁾ der SchR. dagegen erschöpft durch seinen Schiedsspruch den zwischen den Parteien entstehenden Streit — ein solcher ist für das Tätigwerden des Schiedsmannes durchaus nicht Voraussetzung! — in Form einer die Eigenschaften des gerichtlichen Urteils tragenden Entscheidung: dort rechtsgeschäftliche Bestimmung, hier Streitentscheidung mit direkter prozessualer Wirkung.⁷⁵⁾

Der Schiedsmannsvertrag ist nach Inhalt und Wirkung ein Vertrag des materiellen Rechtes,⁷⁶⁾ während dem SchV. von den ZPO prozessuale Wirkungen beigegeben werden. Dies zeigt sich vor allem in den Fällen, wo unter Missachtung des SchV. oder des Schiedsmannsvertrags Klage vor den staatlichen Gerichten erhoben wird: das Vorliegen eines SchV. muss als verzichtbare prozessuale Einrede vom Beklagten vor dem materiellen Eintreten auf die Klage geltend gemacht werden; für den Fall des

⁷³⁾ Die Ansicht von Hellwig (Syst. II 109), es könne einem Schger. auch eine nur tatsächliche Frage vorgelegt werden, muss mit RG 67, 73 zurückgewiesen werden. Denn gerade dann hat man es mit Schiedsgutachtern zu tun. (Vgl. die Note von Kisch zu der in JW 47 (1918) S. 137 abgedruckten Entscheidung des RG).

⁷⁴⁾ Und ihm sind „gerade diejenigen Kompetenzen, die das Wesen der richterlichen Gewalt ausmachen, nicht eingeräumt“ (St. Galler Kantonsgericht, Entsch. 1910, Nr. 2).

⁷⁵⁾ Hellwig II, 105.

⁷⁶⁾ Er untersteht also grundsätzlich dem Rechte des Hauptvertrages, d. h. dem OR resp. dem Recht des Versicherungsvertragsgesetzes; vgl. BGE 26 II, 765.

Schiedsmannsvertrages dagegen hat der Beklagte seine Rechte durch eine materiellrechtliche Einrede, eine Einwendung, zu wahren, mit der er, wenn z. B. die Höhe des Schadens von Experten festgestellt werden soll, geltend macht, dass der Anspruch des Gegners durch den staatlichen Richter ziffernmässig gar nicht bestimmbar sei.⁷⁷⁾

Die Wahl eines SchR. muss der Richter auf Verlangen der rechtsuchenden Partei vornehmen, während er einen Schiedsgutachter nur dann ernennen wird, wenn ihn das Gesetz dazu verpflichtet, und sonst selbst einen endgültigen materiellen Entscheid fällen wird.⁷⁸⁾ Der Entscheid von Experten bildet keinen Titel zur Gewährung auch nur der provisorischen Rechtsöffnung⁷⁹⁾ und kann wegen offensichtlicher Unbilligkeit angefochten werden,⁸⁰⁾ während der Schiedsspruch direkt nach seiner Ausfällung oder nach Erfüllung gewisser Formalien die Wirkung eines gerichtlichen Urteils hat und im wesentlichen nur aus formellen Gründen aufgehoben werden kann; nach Erledigung des Rechtsstreites durch die SchR. steht der Klage vor dem staatlichen Gericht die Einrede der ab-

⁷⁷⁾ Vgl. v. Tuhr S. 22/23; OLG Frankfurt vom 10. Dezember 1919 in JW Bd. 49 (1920), S. 500 mit Note von Gerhard. — Kisch a. a. O. S. 17 spricht von mangelnder Fälligkeit — natürliche Voraussetzung für die Abweisung des Klägers ist es, dass der auf Leistung belangte Schuldner, also der Verkäufer oder der Versicherer, seinerseits alles getan hat, was zur Durchführung der Arbitrage oder Schätzung notwendig ist (Wahl seines Experten), denn sonst würde die Abweisung des Klägers gegen Treu und Glauben verstossen (vgl. RG in DJZ Bd. 15 (1910) S. 766; Staub, Note 24b vor § 373 und deutsches Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 § 64 Abs. 1; ähnlich BGE 37 II, 444.).

⁷⁸⁾ RG 94, 172; Entscheidungen des Kantonsgerichts St. Gallen 1910 Nr. 2; das deutsche VVG § 64 Al. 2 sieht die Wahl von Experten durch das Amtsgericht vor, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbart haben. (Vgl. auch DHGB § 884, Ziff. 4).

⁷⁹⁾ St. Galler Kantonsgericht in Entsch. 1916 Nr. 29.

⁸⁰⁾ BGB § 319.

geurteilten Sache entgegen, während das Vorliegen eines Schiedsgutachtens der Entscheidungsbefugnis des staatlichen Richters lediglich gewisse Grenzen setzt.

III. Der Abschluss des Schiedsvertrages.

1. Im Hinblick auf die Form lassen sich zwei Gruppen von Prozessgesetzen unterscheiden; die eine verlangt im Anschluss an das französische Recht⁸¹⁾ Schriftlichkeit des Vertrags als Voraussetzung seiner Gültigkeit, während die andere vom Requisit einer besonderen Form absieht.

a) Als Form genügt auch bei der ersten Gruppe⁸²⁾ die gewöhnliche Schriftform, bei der nur die eigenhändige Unterzeichnung des Textes verlangt wird;⁸³⁾ in Analogie zum Vertragsrecht ist auch Brief und Gegenbrief als gültige Form zuzulassen.⁸⁴⁾ Nicht notwendig ist der Abschluss eines selbständigen Vertrages: die Unterschrift unter den Kauf-, Miet- oder Transportvertrag, in denen eine Schkl. enthalten ist, genügt, und die Massgeblichkeit einer Schiedsklausel in Vereinsstatuten wird für das neu eintretende Mitglied dadurch begründet, dass es schriftlich seinen Beitritt zum Verein erklärt;⁸⁵⁾ nach Zürcher Recht genügt sogar der formlose Beitritt, „wenn nur der SchV. in einer Urkunde niedergelegt worden ist und glaubhaft vorliegt, dass die Parteien sich damit einverstanden er-

⁸¹⁾ Code de pr. Art. 1005, ebenso ital. codice di proc. Art. 1, engl. Arb. Act. section 27. — Im französischen Recht ist die Schriftlichkeit lediglich Beweiserfordernis; Formmängel werden durch Einlassung und Erfüllung geheilt und auch im Streitfalle kann der Abschluss des SchV. durch Geständnis oder Eid nachgewiesen werden (Garsonnet 486 ff., 494 ff.; Glasson II 910; Lyon - Caen et Renault, Traité I [1906] S. 652).

⁸²⁾ Dahin gehören alle kantonalen ZPO mit Ausnahme von Baselstadt, Genf und Freiburg.

⁸³⁾ Ausdrücklich Tessin Art. 429, Abs. 2 und Waadt Art. 501 für den SchV. (vgl. OR Art. 13, Abs. 1).

⁸⁴⁾ OR Art. 13, Abs. 2; vgl. Leuch Note 1 zu Art. 381 und Obergericht von Baselland im Amtsberichte 1920, S. 32.

⁸⁵⁾ Aargauer Obergericht in Vj. Bd. 10 (1910) S. 154.

klärt haben“.⁸⁶⁾ Weiterhin ist blosse Schriftform auch dort genügend, wo der Vertrag, wie z. B. die Eigentumsübertragung an Grundstücken, der öffentlichen Beurkundung bedarf, sofern nicht die ZPO weitere Erfordernisse aufstellt.⁸⁷⁾ Eine Besonderheit kennen die ZPO von Aargau, Schwyz und Zürich: alle drei verlangen Schriftlichkeit als Gültigkeitserfordernis, schreiben aber vor, dass nach widerspruchsloser Einlassung vor dem Schiedsgericht ihr Fehlen nicht mehr geltend gemacht werden könne;⁸⁸⁾ es handelt sich dabei um das gleiche Prinzip, wonach in dem Umstand, dass der Beklagte sich vor dem örtlich unzuständigen Richter eingelassen hat, der stillschweigende Abschluss eines Prorogationsvertrages erblickt wird; so gilt hier die Einlassung vor Schiedsgericht als Abschluss eines SchV. — Thurgau § 278 und Schaffhausen § 491 schreiben vor, dass das Vorliegen eines SchV. nur durch Urkunden bewiesen werden könne.

b) Die zweite Gruppe von Zivilprozessordnungen⁸⁹⁾ verlangt keine besondere Form, und es muss deshalb in Analogie zum OR, das auf dem Standpunkt der Formfreiheit steht, angenommen werden, dass der mündlich eingegangene SchV. gültig sei. Dies gilt auch für das deutsche Recht: § 1027 der DZPO verweist auf das bürgerliche Recht, das für den SchV. keine Form vorgeschrieben hat. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass der

⁸⁶⁾ Kassat.gericht Zürich in BIHE 17 (1898) S. 146.

⁸⁷⁾ Waadt verlangt in Art. 502: La clause doit être rédigée dans la même forme que le contrat qui la renferme; vgl. Leuch Note 1 zu Art. 382.

⁸⁸⁾ Zürich § 359, Schwyz § 403 Al. 1, Aargau §§ 356 Al. 3 und 367 lit. a; ausdrücklich gegenteiliger Ansicht Berner Appellhof in ZBJV 56 (1920) 379.

⁸⁹⁾ Basel-Stadt, Genf, Freiburg; ferner französ. code de commerce Art. 631 für die Schkl. in Handelssachen (César-Bru, Commentaire de la loi du 31 décembre 1925 in Les Lois Nouvelles 1926 I 177 ff.); Genf Art. 372 und 375 und Freiburg Art. 625 verlangen dafür Einhaltung einer Form für den „acte de nomination des arbitres“.

Beweis über das Vorliegen eines SchV. und vor allem über den Umfang der Kompetenz der SchR., der nur zu oft zu langwierigen Verzögerungen und Prozessen vor dem staatlichen Richter Anlass gibt, in den meisten Fällen beim Fehlen einer Urkunde nicht geführt werden kann; deshalb ist der schriftliche Abschluss unbedingt zu empfehlen.⁹⁰⁾

2. Gegenstand. a) Gegenstand eines Schiedsverfahrens können nur Streitigkeiten sein, die ihrer Natur nach vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden müssten.⁹¹⁾ Dies ergibt sich rein äusserlich schon daraus, dass sich alle wesentlichen Vorschriften über das Schiedsgericht in den Zivilprozessordnungen vorfinden, lässt sich aber auch aus der Natur der Sache folgern: die Verfolgung der strafbaren Handlungen liegt in den Händen des Staates und das öffentliche Interesse schliesst die private Willkür aus: Schiedsverträge bleiben ohne rechtliche Bedeutung;⁹²⁾ dasselbe hat überall dort zu gelten, wo der Staat als Herrscher dem Privaten gegenübertritt, also auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes.⁹³⁾ Eine Ausnahme gilt

⁹⁰⁾ Vgl. DZPO § 1027, der jeder Partei für den Fall des formlosen Abschlusses das Recht gibt, die Errichtung einer Urkunde (zu Beweiszwecken) zu verlangen.

⁹¹⁾ Ausdrücklich St. Gallen Art. 253.

⁹²⁾ Ausdrücklich Waadt Art. 500 Al. 1; möglich muss dagegen ein SchV. über zivilrechtliche Ersatzansprüche sein, sobald dieselben zur Beurteilung an den Zivilrichter gewiesen werden. So Waadt Art. 500, Abs. 2, vgl. Leuch Note 1 zu Art. 392; für das französische Recht ebenso Garsonnet a. a. O.

⁹³⁾ BGE 41 II, 314/15. Die Unzulässigkeit ergibt sich auch daraus, dass das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, soweit solche existieren, einen stark offizialen Einschlag hat und ihre Zuständigkeit eine exklusive ist (vgl. Basler Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. März 1905/27. April 1911, §§ 2 und 19; Berner Gesetz [1909] Art. 18 und 30). Zweifel können sich dort erheben, wo Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Rechtsverhältnis vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden müssen (vgl. z. B. BGE 46 I, 148 = Pr. Bd. 9, Nr. 69 und Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht [1923] S. 260 III.).

nur, wenn der Staat auf dem Fusse der Gleichberechtigung mit dem Privaten verkehrt und wie ein gewöhnliches Privatrechtssubjekt Dienst- oder Werkverträge abschliesst; nichts steht dann im Wege, dass die beiden gleichgestellten Kontrahenten durch SchV. ihre Streitigkeiten dem staatlichen Gericht entziehen.

b) Ferner muss es sich um Streitigkeiten aus Rechtsverhältnissen handeln, über die die Parteien objektiv berechtigt sind, einen Vergleich zu schliessen⁹⁴⁾ oder, was damit identisch ist, über die ihnen das freie Verfügungrecht zusteht;⁹⁵⁾ zur Illustration stellen einzelne ZPO einen Katalog von Gegenständen auf, die einem SchV. nicht unterstellt werden können,⁹⁶⁾ während Tessin auf den ordine pubblico verweist: sobald die öffentliche Ordnung — und zu ihr sind all die Normen zu zählen, an deren Bestand die Allgemeinheit ein erhebliches Interesse hat⁹⁷⁾ — an einer Streitigkeit interessiert ist, ist ein SchV. unzulässig.⁹⁸⁾

⁹⁴⁾ Genf Art. 371 Al. 4, Freiburg Art. 624, Luzern § 364; diese Parallelisierung mit der Vergleichbarkeit bedeutet ja noch keine Präzisierung, da die Gebiete des Vergleichbaren und Verfügbaren grundsätzlich zusammenfallen (vgl. code civil Art. 2045).

⁹⁵⁾ Wach S. 68 Note 20; z. B. Bern Art. 380, Zürich § 359, Baselland § 13. — Der Gesetzgeber verweist dabei auf das Privatrecht als Kriterium (dort allein finden sich Regeln über den ausserprozessualen Vergleich und über die „Verfügung“), trotzdem wir dem SchV. im wesentlichen prozessuale Bedeutung zuerkannt haben und folglich sinngemäss ein Kriterium des Prozessrechtes am Platze gewesen wäre; aber „da die prozessrechtliche Behandlung mindestens tatsächlich in bedeutsamer Weise auf das sachliche Schicksal des Rechtes einwirkt“ (Oermann, Schiedsrichter S. 127), darf den Parteien sinngemäss ein entscheidender Einfluss darauf nur für den Bereich verfügbarer Rechtsgüter zuerkannt werden. (Vgl. RG 90, 309 und Leist, Untersuchungen [1904] S. 173; dazu Bellot S. 326); vgl. Hellwig II 109.

⁹⁶⁾ Z. B. Aargau § 356 Al. 2: Vaterschafts- und Ehesachen sowie Zivilstandsfragen; Waadt Art. 500 fügt bei: procès en prise à partie, délits et contraventions; vgl. code de pr. Art. 1004.

⁹⁷⁾ von Tuhr 219.

⁹⁸⁾ Tessin Art. 426 Al. 2; ebenso Walliser ZPO von 1856.

Im allgemeinen kann gesagt werden, dass ein SchV. zulässig sein wird, soweit es sich um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt; unzulässig ist er deshalb z. B. bei Klagen auf Nichtigerklärung, Anfechtung oder Scheidung einer Ehe, auf Feststellung des Personenstandes, Anerkennung der Ehelichkeit und Beschränkung der Handlungsfähigkeit: überall fehlt es eben den Parteien an der Möglichkeit der Verfügung über das streitige Recht.⁹⁹⁾

Das gleiche gilt für diejenigen Rechtsgebiete, die der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind.¹⁰⁰⁾ Die Beurteilung durch Schiedsgerichte ist ferner unzulässig bei betreibungsrechtlichen Inzidenzstreitigkeiten, wie Rechtsöffnungs-, Widerspruchs-, Kollokations- und Arrestaufhebungsklagen,¹⁰¹⁾ da die betr. Verfahrensvorschriften im öffentlichen Interesse erlassen und deshalb zwingender Natur sind,¹⁰²⁾ bei Streitigkeiten, die bei der Vollziehung von Urteilen und Schiedssprüchen entstehen, und überhaupt überall da, wo von den Zivilprozessordnungen das summarische Verfahren angeordnet ist;¹⁰³⁾

⁹⁹⁾ Hieher gehören all die Streitigkeiten, bei deren Erledigung die Basler ZPO die Mitwirkung des Staatsanwaltes, als des Vertreters des öffentlichen Interesses, vorsieht (ZPO § 27); ebenso code de pr. Art. 1004 für alle Streitigkeiten, „qui seraient sujettes à communication au ministère public.“

¹⁰⁰⁾ Für das deutsche Recht: Eugen Josef im „Recht“ Bd. 11 (1917) S. 755.

¹⁰¹⁾ Leuch Note 2 zu 380 und Note 1 zu 381; BGE 33 II, 655 für die Kollokationsklage; ferner BlZR 16 Nr. 21; ZBJV 54, 84; 52, 353; 50, 558. Zu weit gehend das BG. a. a. O., wo der Meinung Ausdruck gegeben wird, dass überhaupt alle SchV. mit Eröffnung des Konkurses wegfielen; dies kann doch nur für Forderungen von Dritten an den Gemeinschuldner gelten, nicht aber für solche des Gemeinschuldners, da diese im ordentlichen Verfahren (und also auch vor Schger.) zu verfolgen sind. (Fehr S. 41.)

¹⁰²⁾ Aus demselben Grunde wurde eine Schkl. für ungültig erklärt, die das in Art. 222, Abs. 3 des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vorgesehene Moderationsverfahren vor ein Schiedsger. bringen sollte (BGE 29 II, 586; vgl. dazu ZBJV 38 [1902] S. 338).

¹⁰³⁾ Zürcher Obergericht in BlZR 17 (1918) Nr. 153.

zulässig ist sie dagegen bei den materiellrechtlichen Klagen des SchKG, so bei der Aberkennungsklage¹⁰⁴⁾, bei Vindikationsstreitigkeiten¹⁰⁵⁾ und bei der Arrestprosequeirungsklage.

Wie steht es mit Streitigkeiten aus Rechtsverhältnissen, die unter die Gerichtsbarkeit von staatlichen Sondergerichten fallen? Es ist davon auszugehen, dass der SchV. überall da zulässig sein wird, wo das betr. Sondergericht nicht mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse errichtet worden ist;¹⁰⁶⁾ bei Streitigkeiten, die vor dem Forum eines Handelsgerichtes geltend gemacht werden müssten, muss deshalb der SchV. immer zulässig sein. Wo aber das öffentliche Interesse zur Errichtung des Sondergerichtes geführt hat und das Verfahren vor ihm den Parteien gewisse besondere Garantien bieten soll (Entbindung von den Kosten, offizialer Einschlag, paritätische Besetzung), kann ein SchV. nur dann wirksam abgeschlossen werden, wenn seine Zulässigkeit ausdrücklich vorbehalten worden ist; so ist z. B. zweifellos ein SchV. über Zivilstreitigkeiten aus dem Dienstverhältnis zwischen Fabrikinhaber und Angestellten oder Arbeitern ungültig, da die in Art. 29 des BG betr. die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914 vorgesehenen Verfahrensvorschriften zwingender Natur sind.¹⁰⁷⁾

¹⁰⁴⁾ BGE, Urteil vom 18. April 1923 in Sem. jud. 45, 437; Berner Appell.hof in ZBJV 52, 353; Jaeger Note 7 zu Art. 83 SchKG.

¹⁰⁵⁾ So App.ger. Basel-Stadt in SJZ III 205; Jaeger Note 6 zu 242 SchKG; a. M. Blumenstein, Handbuch, S. 768.

¹⁰⁶⁾ Weitergehend Glystras 57, der die Zulässigkeit überhaupt verneint; auch Fehr 32/33 verlangt generell, dass auf den SchV. ausdrücklich oder durch deutliche Vorbehalte hingewiesen werden müsse; wie im Text Schuppisser 41.

¹⁰⁷⁾ So für die gewerbl. Schiedsgerichte: Basel (Ger.Org.Ges. § 28 Al. 2), Genf (Sem. jud. 35, 701); ausdrückl. Zulässigkeit in Bern (Ger.Org.Ges. Art. 56 Al. 3) und einschränkend Deutsches Gewerbegerichtsgesetz § 6 Al. 2; zulässig ist der SchV. in Aargau (anal. von § 18 Al. 2 des Gesetzes vom 4. Dezember 1908) und Zürich (Ger.Verf.Ges. § 15, Al. 2 und BlZR 22 Nr. 57). Zu vgl.

c) Zu der Natur der (streitigen) Rechte als verfügbarer muss die subjektive Verfügungsmacht (Dispositionsfähigkeit)¹⁰⁸⁾ hinzutreten; fehlt diese beim Abschluss eines SchV., so ist dieser für die Kontrahenten nicht verbindlich, auch wenn es sich dabei um objektiv verfügbare Rechtsgüter handelt. So ist z. B. der SchV., den der Gemeinschuldner nach Ausbruch des Konkurses abschliesst, ungültig, weil ihm das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Masse entzogen ist (SchKG Art. 204); ebenso braucht sich die Erbschaftsverwaltung oder der Testamentsvollstrecker nicht an den von den Erben im Hinblick auf Nachlassgegenstände eingegangenen SchV. zu halten (ZGB Art. 518, 554). Entsprechend der gesetzlichen Regelung in ZGB Art. 168, Al. 2 ist es der in Güterverbindung lebenden Ehefrau nicht möglich, bei Streitigkeiten mit Dritten um ihr eingebrachtes Gut einen SchV. abzuschliessen: denn auch wenn der Abschluss eines SchV. einen weitergehenden Eingriff in die Substanz des Rechtes darstellen sollte als die Führung eines Prozesses, so kann er doch nicht als Rechtsgeschäft bezeichnet werden, das über den Rahmen der ehemännlichen Verwaltung hinausgeht; dasselbe gilt für die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten im Hinblick auf Streitigkeiten, bei denen Vermögenswerte des Gesamtgutes in Frage stehen.¹⁰⁹⁾

ist das französische Gesetz über die Zuständigkeit in Versicherungssachen vom 2. Januar 1902 (DP 1902, 4. 26), wonach vertragliche Kompetenzabreden, die vor dem Vorliegen einer Streitigkeit abgeschlossen werden, nichtig sind; ferner das österr. Versicherungsvertragsgesetz, das generell den SchV. als unzulässig erklärt (cit. bei Hagen, Note 1 auf S. 595).

¹⁰⁸⁾ v. Tuhr S. 190 ff., 196/7.

¹⁰⁹⁾ Vgl. Gmür, Komm. zu ZGB Art. 168, 202, 217; Schuppisser S. 34; ebenso BGB § 1400, Al. 2 beim gesetzlichen Güterstande für Aktivprozesse um eingebrachtes Gut der Frau. (Hellwig II 110). — Die oben gegebene Lösung ist auch die einzige praktische: da eine Schkl. meist mit dem Hauptvertrag abgeschlossen wird, so wird sie, falls letzterer eine Verfügung über ein gebrachtes Gut oder Gesamtgut in sich schliesst, sowieso von der Ehefrau bestätigt werden müssen; und der spez. SchV. wird

d) Der spez. SchV. bezieht sich immer auf die Entscheidung einer Streitigkeit, die bereits entstanden ist, während die Schkl. für künftig zwischen den Parteien sich erhebende Streitigkeiten massgebend sein soll. Aber auch dies gilt nicht ohne Einschränkung; denn ein ganz generell einem Dritten gegenüber erklärter Verzicht auf Anrufung der ordentlichen Gerichte könnte höchstens als pactum de compromittendo aufgefasst werden, dem nur obligatorische Bedeutung zukäme, da die Prozessgesetze eine solche Abmachung nicht sanktionieren.¹¹⁰⁾ So bestimmt denn auch eine grosse Zahl von ZPO, dass ein SchV. über künftige Streitigkeiten nur möglich sei, wenn dieselben aus einem „bestimmten Rechtsverhältnis“ entstehen¹¹¹⁾ oder wenn die „Streitsache hinlänglich bezeichnet“ ist¹¹²⁾; und ganz allgemein kann gesagt werden, dass auch für ZPO, die nicht ausdrücklich auf diese Einschränkung hinweisen, das Vorliegen eines bestimmten Rechtsverhältnisses Voraussetzung des gültigen SchV. sei. Einem Kauf- oder Mietvertrag kann demnach jederzeit eine Schkl. angehängt werden, das gleiche gilt für das Gesellschafts- oder Kontokorrentverhältnis.¹¹³⁾ Hier

immer nach Ausbruch einer Streitigkeit abgeschlossen, sodass das Prozessführungsrecht des Ehemannes bereits im Vordergrund steht.

¹¹⁰⁾ Aus Gründen der Rechtspolitik (vgl. Kohler a. a. O. Seite 499); eine solche Abmachung könnte die vertragsuntreue Partei höchstens zu Schadenersatz verpflichten.

¹¹¹⁾ So Zürich § 360, Schwyz § 403, Abs. 2, Tessin Art. 432, Waadt Art. 502, aber auch Bern Art. 382 und Wallis Art. 363; so auch DZPO § 1026 und öster. ZPO § 577, Abs. 2. — Vgl. für den Prorogationsvertrag: z. B. Basel § 11, Abs. 2, DZPO § 40, Abs. 1. — Anders das englische Recht: ein SchV. kann alle in Zukunft zwischen den Parteien entstehenden Streitigkeiten umfassen (arbitration act von 1889, S. 1; vgl. Wilke, Das Engl. Schiedsverfahren in Niemeyers Z. Bd. 35 [1925] S. 201).

¹¹²⁾ Aargau § 356, Abs. III.

¹¹³⁾ Es ist auch zulässig, wie Leuch a. a. O. ausführt, in einer Schkl. als besonderem Vertrag auf mehrere bestimmte Verträge, z. B. mehrere Kaufverträge, Bezug zu nehmen.

soll noch auf die Schkl. in allgemeinen Geschäftsbedingungen, Usancen und in Vereinsstatuten eingetreten werden.¹¹⁴⁾

aa) Sog. „allgemeine Geschäftsbedingungen“, wie sie von Banken, Transport- und Versicherungsanstalten aufgestellt und ihren Kunden — meist gedruckt — mitgeteilt werden, stellen zum voraus und in typischer Weise fest, unter welchen Voraussetzungen die später abzuschliessenden einzelnen Rechtsgeschäfte wirksam werden sollen. Dabei wird nicht etwa objektives Recht geschaffen,¹¹⁵⁾ sondern es entsteht lediglich ein Rechtsverhältnis zwischen den Kontrahenten, auf das dann ausdrücklich oder stillschweigend Bezug genommen wird; so stellen diese allg. Geschäftsbedingungen insofern keinen selbständigen Vertrag dar, als sie nur Bestandteile der einzelnen, konkreten, in Zukunft abzuschliessenden Verträge werden (als Teile des rechtlich relevanten Tatbestandes). Die Bezugnahme auf diese „*leges contractus*“ kann stillschweigend geschehen, und die darin vorgesehenen Rechtsfolgen werden ohne weiteres eintreten.¹¹⁶⁾ Dies gilt auch für die Schkl., die in den Geschäftsbedingungen enthalten ist: auch sie wird Bestandteil der einzelnen konkreten Verträge, und sie muss es werden; denn solange sie lediglich in den allg. Bedingungen enthalten ist, ist sie prozessual ohne Bedeutung, weil das Erfordernis des bestimmten Rechtsverhältnisses fehlt.¹¹⁷⁾ — Da das Vorhandensein einer Schkl. nie vorausgesetzt werden darf, so wird der Beweis ihrer Aufnahme in die einzelnen konkreten

¹¹⁴⁾ Für die Schkl. in den Statuten und Reglementen der Börsen verweise ich auf Ernst Emil Steiner, Börsenschiedsgerichtsbarkeit.

¹¹⁵⁾ von Tuhr OR S. 121; RG 36, 422; 58, 155. Eine Ausnahme gilt für den Tarifvertrag (OR Art. 323), auf den wir hier nicht eintreten können.

¹¹⁶⁾ Dabei aber müssen sie vorher der Gegenpartei mitgeteilt werden und von ihr (zum mindesten stillschweigend) bestätigt worden sein. (Vgl. RG 66, 40 für das Transportgeschäft.)

¹¹⁷⁾ So auch Hellwig II 108 im Anschluss an RG 58, 155.

Verträge eventuell Schwierigkeiten bereiten; ein schriftlicher Hinweis auf die leges contractus aber wird immer genügen und eine stillschweigende Aufnahme wird anzunehmen sein, wenn dies der Gewohnheit der Vertragsparteien entspricht oder eine Usance schiedsgerichtliche Erledigung von Streitigkeiten vorschreibt.¹¹⁸⁾ Dabei darf mit dem RG¹¹⁹⁾ soweit gegangen werden, dass — wenigstens unter Geschäftsleuten — die Schkl. auch dann für den einzelnen Vertrag beachtet werden muss, wenn eine Partei gar keine Kenntnis von der usancemässigen Vorschrift gehabt hat, da den Parteien zugemutet werden muss, dass sie sich vor dem Abschluss eines Vertrages nach dem Vorhandensein einer Usance erkundigen; tun sie das nicht und treffen sie nicht ausdrücklich eine gegen-teilige Vereinbarung, so wird vermutet, dass sie sich stillschweigend dem Handelsbrauch unterwerfen wollten, auch soweit sie von dessen Bestehen oder Inhalt keine Kenntnis gehabt haben; der Beweis des tatsächlichen Nichtwissens von der Existenz der Usance wird nur dann gehört werden können und damit zur Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes führen, wenn die Partei nachzuweisen vermag, dass sie trotz Anwendung aller im Verkehr erforderlichen Sorgfalt keine Kenntnis davon erhalten hat.¹²⁰⁾

¹¹⁸⁾ von Tuhr 4, 46, 242; Gmür, Komm. zu Art. 2 und 5 ZGB; BGE 47 II, 163; Robert Wehrli, Die Zürcher Rohseideusancen (1923) S. 100 ff.

¹¹⁹⁾ RG, Urteil vom 6. Januar 1922 in JW 51, 706; dagegen Trops, Grenzen der Privatgerichtsbarkeit in ZZPr. 52, 284 ff.

¹²⁰⁾ Dies führt allerdings in praxi dazu, dass für weite Gebiete des Handels die Kognitionsbefugnis des staatlichen Richters überhaupt ausgeschlossen wird, und dazu, dass das Vorhandensein der Zuständigkeit dieses Richters nachgewiesen werden muss! Aber trotzdem liegt ein eigentlicher SchV. vor, da der Inhalt der Usance nicht wie das dispositive Recht (oder wie die Usance, auf die das Gesetz ausdrücklich verweist) ergänzend zum Parteiwillen hinzutritt, sondern nur dann Bestandteil des Vertrages wird, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend darin aufgenommen worden ist.

bb) Das Schiedsgericht spielt im innern Vereinsrecht eine ausserordentlich grosse Rolle, und sehr oft trifft man in Statuten von Vereinen, Aktiengesellschaften oder Genossenschaften auf Schiedsklauseln, die für Streitigkeiten zwischen dem Verein oder dessen Organen und den Mitgliedern schiedsrichterliche Erledigung vorsehen.¹²¹⁾ Dabei wird ganz allgemein das Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft als genügend „bestimmt“ angesehen, sodass eine Schiedsklausel für alle daraus entstehenden Streitigkeiten rechtsgültig vereinbart werden kann.¹²²⁾ So kann ohne weiteres bei der Gründung eines Vereins eine Schkl. in die Statuten aufgenommen werden;¹²³⁾ für ein später neu hinzutretendes Mitglied wird sie mit der Unterwerfung unter die Bestimmungen der Satzung bindend,¹²⁴⁾ wobei aber die Frage der Gültigkeit der Aufnahme in den Verein selbst nicht darunter fallen kann, da sie ja gerade die Voraussetzung für die Massgeblichkeit der Schkl. bildet.¹²⁵⁾ Dann aber werden in der Regel alle Streitigkeiten zwischen Verein und Mitglied von den

¹²¹⁾ Vgl. Leist, „Untersuchungen zum innern Vereinsrecht“ (1904) S. 169 ff. — Das Schiedsverfahren entspricht einer eingewurzelten Gewohnheit und entspringt dem Bedürfnis der wirtschaftlichen Verbände, die Beachtung der eigenen Satzungen selbst zu überwachen; es besteht vor allem im Interesse der Körporationen selbst; so bestimmte schon die franz. Ordinance du commerce von 1673, dass für solche Streitigkeiten nur Schiedsgerichte zuständig sein sollten; diese Bestimmung wurde in den code de commerce herübergenommen (Art. 51—63), aber durch Gesetz vom 17. Juli 1856 aufgehoben.

¹²²⁾ Ausdrücklich weisen auf die Schkl. in Statuten hin Zürich § 361, Bern Art. 382, Schwyz § 403, Abs. 3, St. Gallen Art. 253, Abs. 4 und Wallis Art. 363; ihre Zulässigkeit darf aber auch für die übrigen ZPO vermutet werden.

¹²³⁾ Auch wenn die Gründung nicht als „Vertrag“, sondern als Gesamtakt aufgefasst wird, so liegt doch ein analoger Vorgang vor (vgl. DZPO § 1048; v. Tuhr OR S. 123 und Allg. Teil I, 476 ff., 542).

¹²⁴⁾ Und zwar genügt der Beitritt zum Verein ohne weitergehende Erklärung (vgl. oben Ziff. 1).

¹²⁵⁾ Berner Appellationshof in ZBJV 56 (1921) S. 379.

SchR. zu entscheiden sein, auch solche, die bei Anlass und als Folge des Austrittes entstehen.¹²⁶⁾

Weniger einfach liegt der Fall bei der Aufnahme einer Schkl. in die Statuten einer bereits bestehenden juristischen Person: genügt dazu die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder, muss diese Mehrheit eine qualifizierte sein, oder gar Einstimmigkeit verlangt werden? Soweit die Mehrheit der Mitglieder oder Gesellschafter befähigt ist, Änderungen an den Statuten vorzunehmen und damit über Rechte und Pflichten aller Mitglieder zu disponieren (sie also das „Recht der freien Verfügung“ hat), wird sie auch eine rechtsgültige Schkl. einfügen können.¹²⁷⁾ Handelt es sich aber um Rechte, zu deren Beseitigung eine qualifizierte Mehrheit oder gar Einstimmigkeit vom Gesetz verlangt wird, so kann auch die Schkl., die diese Rechte treffen soll, nur unter Erfüllung der gleichen Bedingung in die Satzung aufgenommen werden.¹²⁸⁾ So

¹²⁶⁾ Zustimmend RG 88, 400; aber auch die Frage, ob eine Auflösung der Gesellschaft zu erfolgen habe, fällt unter die Schkl.; — und wenn das Gesetz die Auflösung der einfachen Gesellschaft (und also auch der Kollektiv-Gesellschaft, OR Art. 545, Abs. 1, Ziff. 7 und Abs. 2, Art. 572, Abs. 2) bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch Urteil des Richters ermöglicht, so muss auch hier der Schiedsspruch an dessen Stelle treten; denn die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages und damit der darin enthaltenen Schkl. ist nicht in Frage gestellt. (Vgl. RG 71, 254 und Staub, Note 21 zu § 133; ferner Wieland „Handelsrecht“ I, S. 675, Note 31).

¹²⁷⁾ Dies trifft im allgemeinen beim idealen Verein zu: ZGB Art. 67, Abs. 2. — Es darf nicht, wie das Bundesgericht es tut, allgemein erklärt werden, die „Änderung der korporativen Verfassung, welche durch Einführung einer Schkl. herbeigeführt wird“, betreffe lediglich die prozessuale Behandlung der Streitigkeiten und es sei deshalb auf alle Fälle ein Mehrheitsbeschluss genügend. (BGE 24 II, 565.)

¹²⁸⁾ Eine weitere Voraussetzung der Wirksamkeit der Schkl. bei der Aktiengesellschaft ist der Eintrag ins Handelsregister; da die Schkl. Bestandteil der Statuten wird, handelt es sich um eine Änderung derselben, die eingetragen werden muss (OR 626, Abs. 2 und 3); vgl. RG 88, 401, wo für den eingetragenen Verein des BGB dasselbe gefordert wird.

müssten alle Mitglieder zustimmen, wenn die Frage, ob der Verein seinen Zweck noch verfolge oder abzuändern habe, Schiedsrichtern vorgelegt werden soll; und dasselbe hätte zu gelten, wenn wohlerworbene Rechte der Aktionäre von der Schkl. erfasst werden sollen.¹²⁹⁾

Durch die Statuten können auch allfällige Streitigkeiten, die zwischen den Mitgliedern und nicht direkt aus dem Mitgliedschaftsverhältnis entstehen, einem Schiedsgericht unterworfen werden; denn eine prinzipielle Unmöglichkeit, in den Statuten Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedern zu ordnen, besteht nicht.¹³⁰⁾ Dagegen liegt aber kein bestimmtes Rechtsverhältnis vor, sodass die Mitglieder damit lediglich obligatorisch zum künftigen Abschluss von SchV. verpflichtet sind.

3. Wesentlicher Inhalt des Schiedsvertrages ist die Vereinbarung der Parteien, dass SchR. den Streit entscheiden sollen; der Wille, die streitigen Fragen durch Privatpersonen beurteilen zu lassen, muss sich also übereinstimmend darin äussern.¹³¹⁾ Darin zeigt sich nach der Meinung des Gesetzgebers auch der Wille, nicht vor dem staatlichen Richter zu klagen, bei der Ernennung der SchR. (sofern diese nicht schon im SchV. ernannt werden) mitzuhelfen und sich dem Schiedsspruch zu fügen.¹³²⁾

¹²⁹⁾ ZGB Art. 74; OR Art. 627 und 641; vgl. auch BlHE 12 (1893) S. 293.

¹³⁰⁾ Analogie zum Vertrag auf Leistung an einen Dritten (OR Art. 42 Al. 1). — Vgl. Rechtsprechung der OLG 20 (1910) 29, wo allerdings die Frage offen gelassen wird; zu weit gehend Stein-Jonas zu § 1048, der diesen SchV. als nichtig bezeichnet.

¹³¹⁾ Und zwar muss der wirkliche Wille der Parteien und nicht deren ungeschickte Formulierung berücksichtigt werden (OR Art. 18); deshalb ist der Standpunkt des Luzerner Oberger. bedenklich, das für die Schkl. die ausdrückliche Verwendung des Wortes „Schiedsrichter“ verlangt (Urteil vom 3. Juli 1917 in Auszüge 1917, Nr. 562) — vgl. auch Hellwig II, S. 110/113.

¹³²⁾ Einzig Glarus § 328c verlangt, dass der SchV. die „Erklärung, dass beide Teile sich dem Ausspruch des Schger. unterziehen“, enthalte.

Daneben stellen einzelne Gesetze im Hinblick auf den notwendigen Inhalt noch weitere Bestimmungen auf; sie sind verschieden für SchV. und Schkl. Während bei der Schkl. nur die Quelle für die allfälligen Streitigkeiten, das bestimmte Rechtsverhältnis, angeführt werden muss,¹³³⁾ verlangen beim SchV. einzelne ZPO ausdrücklich — bei Folge der Nichtigkeit — die Angabe der streitigen Punkte und die Bezeichnung der SchR. mit Namen,¹³⁴⁾ während andere sich mit der Umschreibung des Streites zufrieden geben¹³⁵⁾ oder überhaupt schweigen¹³⁶⁾.

Damit sind die notwendigen inhaltlichen Voraussetzungen erfüllt, und beim Schweigen der Parteien wird für alles weitere das grossenteils dispositivo Prozessrecht massgebend. Die Regelung weiterer Punkte im SchV. durch die Parteien ist vor allem da angezeigt, wo auch die ZPO keine eingehende Regelung enthält; aber auch da, wo dies der Fall ist, können damit Unsicherheiten behoben und die oft nachteiligen Folgen der gesetzlichen Ordnung vermieden werden.¹³⁷⁾ So wird es für die Parteien vorteilhaft sein, um sich vor Verschleppungen zu sichern — denn kein Verfahren bietet so sehr Gelegenheit dazu wie das Schiedsverfahren — die Ernennung der SchR. einem zuverlässigen Dritten zu übertragen (Gerichtspräsident, Vorsitzender einer wirtschaftlichen Körperschaft), für den

¹³³⁾ Und sich oft nur aus den Umständen (die Schkl. ist Bestandteil eines bestimmten Vertrages) ergeben wird.

¹³⁴⁾ So Bern Art. 381, Abs. 2, Luzern § 365, code de pr. Art. 1006; Tessin Art. 430 verlangt Datum, Namen, Vornamen und Wohnsitz von Parteien und SchR., genaue Bezeichnung des streitigen Gegenstandes und Angabe der Frist zur Abgabe des Schiedsspruchs.

¹³⁵⁾ So Waadt Art. 501, Aargau § 356, Abs. 3.

¹³⁶⁾ So z. B. Basel, Zürich § 360, St. Gallen Art. 254, Basel-Land § 271, ebenso DZPO § 1028 — vgl. weiterhin Genf Art. 375, das „désignation des objets soumis à la décision des arbitres“ im Rezeptum verlangt (dazu Sem. jud. Bd. 39 [1917] S. 91).

¹³⁷⁾ Bei den „ständigen Schiedsgerichten“ wird dies dadurch verwirklicht, dass sich die Parteien einem bereits festgelegten vereinfachten Verfahren unterwerfen.

Ersatz von wegfallenden SchR. zu sorgen und ihnen für die Fällung des Schiedsspruches eine Frist zu setzen, bei deren Nichteinhaltung der SchV. ausser Kraft zu treten hat;¹³⁸⁾ ferner werden Vorschriften über das Verfahren, über die Zulässigkeit allfälliger Rechtsmittel und darüber, ob sich die SchR. in ihrem Entscheid an das positive Recht zu halten haben oder nicht — sofern nicht der eine oder andere Punkt zwingend im massgebenden Gesetz festgelegt ist¹³⁹⁾ — von grossem Nutzen sein; denn die verschiedenen ZPO haben beim Schweigen der Parteien stark von einander abweichende Regelungen getroffen.¹⁴⁰⁾ Dasselbe gilt für die Bestimmung des zur Rechtshilfe und als Kassationsinstanz zuständigen Ge-

¹³⁸⁾ Wenn das nicht schon im Gesetz vorgesehen ist, wie bei Waadt Art. 508; Tessin Art. 431, 437, Ziff. 1; den im Text erwähnten Fall sieht vor Bern Art. 386.

¹³⁹⁾ So verlangt Glarus § 331 die Einhaltung des ordentlichen Verfahrens und St. Gallen Art. 256 lässt den Parteien nur die Wahl zwischen den verschiedenen ordentlichen Verfahren, die die ZPO kennt. — Ausdrücklich verlangen Beachtung der Normen des geltenden materiellen Rechts Zürich § 365, Abs. 2 und Schaffhausen § 493 Ziff. 5. — Soweit die ZPO ein ausserordentliches Rechtsmittel (Nichtigkeitsbeschwerde, Kassation), gegen den Schspr. kennen (was bei allen kantonalen ZPO mit Ausnahme von Basel-Stadt zutrifft), kann auf dieses jedenfalls nie verzichtet werden: so auch ausdrücklich Wallis Art. 371, Abs. 2, St. Gallen Art. 253, Abs. 3; vgl. dazu Leuch, Note 2 zu Art. 395, Streuli, Note 2 zu § 369 und Zür. Obergericht in BIZR 23 (1924), S. 248.

¹⁴⁰⁾ a) Verfahren: beim Stillschweigen der Parteien verlangt Bern Art. 387 das ordentliche und Schwyz auf jeden Fall ein freies Verfahren (ZPO § 406, Abs. 2 Ziff. 3); viele andere Zivilprozessordnungen überlassen die Wahl den SchR. (Baselland § 275, Zürich § 364; Waadt Art. 510 ff. und Genf Art. 380 ff.; Tessin Art. 438, Luzern § 370, Abs. 2, Wallis Art. 365, Abs. 1).

b) Bindung ans materielle Recht: frei sind die SchR. nach den ZPO von Tessin Art. 441, Wallis Art. 365 und Aargau § 364; gebunden in Bern Art. 388, Abs. 1 und 3, Luzern § 372 und Schwyz § 408, Abs. 1, ebenso code de pr. Art. 1019 — immer, soweit die Parteien nicht anderweitig vereinbart haben.

c) Rechtsmittel: auf die meist zulässige Nichtigkeitsklage kann nicht verzichtet werden (No. 139) und ein ordentliches ver-

richts, besonders im internationalen und interkantonalen Verkehr, da damit die Frage, welcher ordentliche Richter im Streitfalle angerufen werden muss, ihre Lösung findet.¹⁴¹⁾

Der gleiche Erfolg wird erreicht durch Angabe des Ortes, an dem das Schiedsgericht zusammenentreten soll (Sitz des Schiedsgerichts)¹⁴²⁾ und schon durch die Bezeichnung einer an einem bestimmten Orte oder in einem bestimmten Lande wohnhaften Person im SchV., welche die SchR. oder den Obmann ernennen soll; denn damit wird die Tätigkeit des Schiedsgerichts an einem bestimmten Orte lokalisiert, und es entspricht regelmässig dem Willen der Parteien, dass der dortige staatliche Richter die Rechtshilfe leisten soll.¹⁴³⁾ All diesen Vereinbarungen kommt die Bedeutung einer Prorogation zu, soweit das damit für die Rechtshilfe zuständig gewordene Gericht nicht mit dem Wohnsitzgericht des jeweiligen Beklagten örtlich zusammenfällt.

Ein ausdrücklicher Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes wird nur dann verlangt werden müssen, wenn auch die Frage nach der Rechtsbeständigkeit und dem Umfange des SchV. dem prorogenierten Gericht vor-

wichtbares Rechtsmittel an das staatliche Gericht kennen nur wenige ZPO: so gibt es in Genf im Zweifel die Appellation (Art. 395), (wie code de pr. Art. 1023), ebenso im Kanton Waadt für den Fall des arbitrage légal (Art. 532) und im Tessin, wenn die SchR. „a termini di diritto“ entscheiden sollen (Art. 441); nach der Walliser ZPO (Art. 369) muss die Appell. ausdrücklich vorbehalten werden (wie auch früher in Genf: ZPO von 1819, Art. 362).

¹⁴¹⁾ BGE 43 I, 52.

¹⁴²⁾ BGE 32 I, 44: der Sitz des Schiedsgerichtes ist im interkantonalen (BGE a. a. O.) und internationalen Verkehr der wichtigste Anknüpfungspunkt für die Frage des auf das Schiedsverf. und den Schiedsspruch anwendbaren Rechtes (vgl. die glänzende Abhandlung von Nussbaum in Jahrbuch I S. 20 ff.).

¹⁴³⁾ Dies kann sich auch aus den Umständen ergeben: so BGE 41 I, 275; 33 I, 745; die gleiche Bedeutung hat die Unterwerfung des Schiedsverf. unter das Recht einer bestimmten ZPO (BGE 31 I, 584).

gelegt werden soll,¹⁴⁴⁾ da der Anspruch auf Bildung eines Schiedsgerichts vom Bundesgericht in langjähriger Praxis als persönlicher Anspruch bezeichnet worden ist, der unter die Garantie von BV Art. 59 fällt;¹⁴⁵⁾ deshalb muss für den Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes der übliche strenge Maßstab angelegt werden.¹⁴⁶⁾ Liegt aber ein solcher Verzicht vor, so wird das proragierte Gericht selbst über die Gültigkeit von Prorogationsvertrag und SchV. zu entscheiden haben.¹⁴⁷⁾

4. Das OR schreibt in Art. 396, Abs. 3 vor, dass der Beauftragte zur Annahme eines Schiedsgerichts einer besondern Ermächtigung bedürfe, behält aber abweichende Bestimmungen des kantonalen oder eidgenössischen Prozessrechtes vor; keine besondere Ermächtigung benötigen diejenigen Vertreter, deren Vertretungsmacht bereits von Gesetzes wegen einen weiteren Umfang hat (z. B. Prokurst OR Art. 459) und die sog. gesetzlichen Vertreter, deren Vertretungsbefugnis sich grundsätzlich auf den ganzen Rechtskreis der Vertretenen erstreckt (z. B. der Kollektivgesellschafter, sofern es sich um ein Geschäft handelt, das der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann, OR Art. 561; der Verwaltungsrat der A.-G. OR Art. 654; ausdrücklich für die Liquidatoren der Kollektivgesellschaft und A.-G.: OR Art. 582 Al. 1 und 666 Al. 2.).

¹⁴⁴⁾ BIHE 14 (1895) S. 162.

¹⁴⁵⁾ BGE 41 I, 275; 43 I, 52; dies bedeutet insofern einen Widerspruch, als nun die Pflicht zur Unterwerfung unter das Schiedsgericht als prozessuale Verpflichtung aufgefasst wird und solche nicht unter BV 59 fallen (BGE 41 II, 536 Erw. 2); vgl. Burckhardt, Kommentar (II. Aufl., 1914) S. 567; Bern Art. 383 und 385; Leuch, Note 4 zu Art. 383 und 2 zu Art. 395.

¹⁴⁶⁾ Weitgehend Zürcher Obergericht in BIZR 11 (1912) S. 347 und 12 (1913) Nr. 240.

¹⁴⁷⁾ Dies in Analogie zu der Praxis, wonach der proragierte Richter selbst über die Rechtsbeständigkeit der Prorogation zu entscheiden hat: BGE 36 I, 604; 24 I, 60; Burckhardt a. a. O. S. 580; Meili a. a. O. S. 300/01. — Vgl. DZPO § 1045/46, die ganz allgemein eine Prorogation vorsehen (in einem schriftlichen Vertrag!).

Dagegen muss der Vormund laut besonderer gesetzlicher Vorschrift die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde einholen¹⁴⁸⁾ und auch dem Handlungsbevollmächtigten muss die Bewilligung zum Abschluss von SchV. ausdrücklich erteilt werden.¹⁴⁹⁾

Umfasst die übliche Prozessvollmacht die Befugnis, einen SchV. abzuschliessen? Eine Reihe von ZPO verneinen das ausdrücklich;¹⁵⁰⁾ andere¹⁵¹⁾ zählen, ohne den SchV. zu nennen, einen Katalog von Rechtsgeschäften und -Handlungen auf, zu deren Vornahme eine ausdrückliche Ermächtigung verlangt wird; zu ihnen ist auch der SchV. zu rechnen, da er in seiner Bedeutung dem Vergleich, Verzicht oder der Zahlung gleichsteht. Eine dritte Gruppe endlich¹⁵²⁾ erstreckt die Prozessvollmacht ausdrücklich auf jene eben genannten Geschäfte, ohne aber den SchV. darunter zu nennen; da dieser aber ganz allgemein ausserhalb des Prozesses abgeschlossen wird und also nicht unter die sog. „Prozessführungshandlungen“ fällt, die nur das konkrete Verfahren betreffen, und auf die allein sich die Prozessvollmacht bezieht, so wird auch hier eine besondere Ermächtigung verlangt werden müssen.¹⁵³⁾

¹⁴⁸⁾ ZGB Art. 421 Ziff. 8; ebenso BGB § 1822 Ziff. 12, aber nur, wenn der Streitwert 300 Mark übersteigt (im Gegensatz zum ZGB braucht ja nach BGB der Vormund zur gewöhnlichen Prozessführung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht einzuholen).

¹⁴⁹⁾ OR Art. 462 Al. 2: Dies ergibt sich daraus, dass er einer speziellen Ermächtigung schon zur Führung eines ordentlichen Prozesses bedarf. — Eine besondere Ermächtigung sieht auch SchKG Art. 237 Ziff. 3 von seiten der Gläubigerversammlung an den Gläubigerausschuss vor.

¹⁵⁰⁾ Bern Art. 85, Aargau § 47a, Bundes-ZPO Art. 38.

¹⁵¹⁾ Zürich § 52, Schwyz § 101, St. Gallen Art. 76, Wallis Art. 68; vgl. auch code civil Art. 1989: le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.

¹⁵²⁾ Basel § 31, DZPO § 81. Nach französ. Recht ist auch der Kollektivgesellschafter nicht ermächtigt, einen SchV. abzuschliessen (vgl. Garsonnet a. a. O. S. 478 Note 6).

¹⁵³⁾ Hellwig „Prozesshandlung“ S. 52 und Stein-Jonas IV Ziff. 2 zu § 1025; so für das französ. Recht Garsonnet a. a. O.; so auch Fehr 34 und Schuppisser 34.

5. Ungültigkeit und Anfechtbarkeit. Ein SchV. ist ungültig, wenn eine der von den ZPO speziell verlangten Gültigkeitsvoraussetzungen fehlt: so wenn die verlangte Form nicht eingehalten wurde, der Gegenstand des Streites nicht zu den verfügbaren gehört, die inhaltlichen Voraussetzungen nicht erfüllt oder das Rechtsverhältnis nicht ein bestimmtes ist. Ungültig ist er natürlich dann, wenn einer der Kontrahenten nicht handlungsfähig gewesen ist, und dann, wenn einer der allgemeinen zivilrechtlichen Nichtigkeitsgründe vorliegt.

In der Praxis wird von den in OR Art. 20 aufgezählten Nichtigkeitsgründen vor allem der Verstoss gegen die guten Sitten häufig geltend gemacht, und zwar dann, wenn durch den SchV. einer der Parteien ein überwiegender Einfluss auf die Besetzung des Schiedsgerichts eingeräumt worden ist.¹⁵⁴⁾

Ganz allgemein ist zu bemerken, dass die Delegation des Rechtes auf Wahl der SchR. an eine unparteiische Drittperson wohl möglich und zulässig ist, wobei es aber mit der Unparteilichkeit dieser Drittperson sehr streng genommen werden muss;¹⁵⁵⁾ dagegen ist die Bestimmung, dass die eine Partei für den Fall, dass sie nicht innert einer bestimmten Frist ihren SchR. ernenne, auf die Wahl verzichte und der von der andern Partei ernannte SchR.

¹⁵⁴⁾ Zu vergleichen ist der vom 34. Deutschen Juristentag (Cöln, September 1926) angenommene Leitsatz, wonach ein SchV. unwirksam sein soll, wenn er nicht jeder Partei „den gleichen Einfluss auf Bildung und Besetzung des Schger. einräumt“ (Verhandlungen II S. 610).

¹⁵⁵⁾ Anders die Praxis des BG. und des Zürcher Obergerichts; z. B. wurde entschieden, dass die Identität der politischen Ziele zwischen dem Dritten und einer Partei kein Hindernis sei, da sie eine unparteiische Wahl nicht hindere (stimmt das heute noch so allgemein?), und der Gegenpartei das Recht der Ablehnung vorbehalten bleibe (BGE 38 II, 558 Erw. 3 = BlZR 12, Nr. 64), und eine Schkl., wonach bei Streitigkeiten zwischen Mieter und Vermieter der Vorstand des Verbandes der Haus- und Grund-eigentümer die SchR. zu ernennen habe, geschützt (BlZR 15, Nr. 66); dagegen wurde in einem Fall, wo der Sekretär des eben

allein entscheide, unzulässig:¹⁵⁶⁾ denn sie würde gegen den Grundsatz der Parität verstossen und damit nichtig sein. Unzulässig, weil unsittlich, muss ferner eine Klausel sein, nach welcher eine Partei von vorneherein auf die Rekusation des vom Gegner zu ernennenden SchR. verzichtet¹⁵⁷⁾ oder wonach die Gegenpartei ganz generell oder für den Fall von Uneinigkeiten zwischen den SchR. den Obmann ernennen soll (so Zürich § 362: „Hinsichtlich der Anzahl der von ihr zu ernennenden SchR. darf keiner Partei ein Vorrecht vor der andern eingeräumt werden“)¹⁵⁸⁾, unzulässig ferner eine Bestimmung, durch die der Vorstand der Berufsorganisation der einen Partei als Schgericht eingesetzt wird,¹⁵⁹⁾ oder eine Klausel, nach

genannten Verbandes mitgewirkt hatte, der Schspruch als nichtig erklärt und die Sache zu neuer Verhandlung an ein unparteiisch zusammengesetztes Schger. zurückgewiesen.

¹⁵⁶⁾ A. M. das deutsche RG in JW 1919, 109; RG 90, 307/08, und Stein-Jonas Note 3 zu § 1029; ferner das Basler Zivilgericht (nicht publiziertes Urteil i. Sa. Fürst Bros. c. Bodenheimer & Cie. vom 29. X. 1924, vom Appell.gericht bestätigt am 16. I. 1925; vgl. auch Entscheidungen Bd. 5 S. 10/11); vgl. Nussbaum „Schiedsgerichte und Rechtsordnung“ in JW 55 (1926) S. 16/17. Der engl. Arbitration Act (section 6b) sieht für den Fall, dass jede Partei einen SchR. ernennen soll, vor, dass bei Weigerung der einen Partei, innert 7 Tagen ihren SchR. zu bezeichnen, nachdem sie von der diligenteren Partei dazu aufgefordert worden ist, der von dieser ernannte SchR. allein zu entscheiden hat; gegenteilige Abmachungen der Parteien sind vorbehalten.

¹⁵⁷⁾ Dieses Recht behält ausdrücklich vor Bern Art. 384 Al. 2. — Ein genereller Verzicht käme einer nach ZGB Art. 27 unsittlichen Beschränkung der Persönlichkeit gleich (vgl. auch BGE 38 II 588). Ein Verzicht auf die Rekusation nach Ernennung des betr. SchR. durch die Gegenpartei ist natürlich zulässig. (Vgl. z. B. Basel § 258 Ziff. 5.)

¹⁵⁸⁾ So BGE 26 II, 766 und 31 II, 694 für eine Klausel in einer Versicherungspolice, wonach die Versicherungsgesellschaft 2 von den vorgesehenen 3 Experten ernennen sollte.

¹⁵⁹⁾ So Silberroth, der ausführt, dass die Kompromissklausel in einer Vollmacht wegen Verstosses gegen ZGB Art. 27 und OR Art. 20 ungültig sei, wenn die Anwaltskammer als Sch.-gericht urteilen soll (in SJZ 23, 33 ff.).

welcher das Organ einer juristischen Person (Vorstand, Generalversammlung) bei Streitigkeiten zwischen dieser und einem Mitgliede als Schgericht entscheiden soll;¹⁶⁰⁾ dagegen wurde die Bestimmung, dass die SchR. von der Generalversammlung der G. m. b. H. gewählt werden und nur Mitglieder als solche wählbar sein sollen, vom RG. geschützt.¹⁶¹⁾ — Überall wird der staatliche Richter, dem eine solche oder ähnliche Klausel vorgelegt wird, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des einzelnen Falles entscheiden müssen, ob die Grenze des rechtlich Zulässigen, die ihm neben allfälligen Bestimmungen der ZPO in ZGB Art. 27 und OR Art. 20 gesteckt ist, nicht überschritten worden ist.¹⁶²⁾

Die Möglichkeit der blossen Anfechtbarkeit eines SchV. wegen Mängeln des Vertragsabschlusses wird selten gegeben sein, würde aber nach den in OR Art. 23 ff. enthaltenen Grundsätzen behandelt werden müssen.¹⁶³⁾

IV. Schiedsvertrag und Hauptvertrag.

1. Verhältnis zum Hauptvertrag: Die Schkl., die für allfällige Streitigkeiten aus dem Kauf- oder Mietvertrag schiedsrichterliche Entscheidung vorsieht, bildet

¹⁶⁰⁾ Denn niemand kann Richter in eigener Sache sein; RG 93, 288; dabei wurde entschieden, dass es nicht darauf ankomme, ob der Vorstand (der Genossenschaft) als solcher oder nur einzelne Mitglieder desselben als Schgericht tätig werden; ferner RG 55, 326; 113, 321.

¹⁶¹⁾ RG 90, 307; ebenso für den nicht rechtsfähigen Verein RG 51, 393, weil es zulässig sei, auf die Rekusation eines SchR. nur wegen seiner Eigenschaft als Mitglied des Vereines zu verzichten.

¹⁶²⁾ Auf die weitere Frage, wann und wie die Nichtigkeit einer solchen Klausel geltend gemacht werden muss und welches das Schicksal der übrigen Bestimmungen des SchV. sein wird, kann hier nicht näher eingetreten werden.

¹⁶³⁾ Vgl. BGE 41 II, 538/9; für den gleichliegenden Fall der Prorogation BGE 45 I, 46 und Berner Appell.hof in ZBJV 49 (1913) S. 519; ferner Keller Note 5 zu Aargau § 367; Leuch, Note 1 zu Art. 27; dagegen Schuppisser 34/35.

rein formell und äusserlich genommen einen homogenen Bestandteil dieser Verträge, der in gewissen Beziehungen als „Nebenrecht“ das rechtliche Schicksal derselben teilt, soweit nicht die ZPO das Gegenteil vorsehen: so gehen z. B. mit der Abtretung der Rechte aus dem Hauptvertrag auch die aus der Schkl. entspringenden Modifikationen derselben auf den Zessionar über¹⁶⁴⁾ und so tritt auch der Erbe mit Antritt der Erbschaft die Rechtsverhältnisse mit eventuellen Schkln. belastet an; denn es darf nicht das Schicksal des SchV. in das einseitige Belieben des Gläubigers oder Schuldners gestellt werden.¹⁶⁵⁾

Anders bei der Schuldübernahme, da es dem Übernehmer freisteht, sich von der Schkl. zu befreien, und beim speziellen SchV.: dieser beruht viel mehr noch als die Schkl. auf einem Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, enthält meist die Namen der SchR. und wird als persönliche Bindung zwischen den Parteien den Eintritt einer neuen Partei im allgemeinen nicht zulassen;¹⁶⁶⁾ eine Ausnahme mag nur der Wechsel in der Person einer Vertragspartei infolge Todes machen.¹⁶⁷⁾

Daneben aber ergibt sich, dass die „das Prozessrecht beschlagende“ Schkl. juristisch betrachtet nicht einen

¹⁶⁴⁾ So RG 56, 182; Berner App.Ger. in ZBJV Bd. 53 (1917) S. 462; so v. Tuhr S. 741; OR Art. 170; nach Stein-Jonas (Note 67 zu § 1025) muss von Fall zu Fall entschieden werden.

¹⁶⁵⁾ Dies kann allerdings im SchV. vorgesehen sein; so der Tatbestand, der dem Urteil des RG vom 28. März 1916 (in Bd. 88, 179) zu Grunde lag: die eine Partei muss vor Schger. klagen, während die andere die Wahl zwischen dem ordentl. Gericht und dem Schger. hat.

¹⁶⁶⁾ So Berner App.Gericht in ZBJV Bd. 53 (1917) 462; so gehen auch nach OR Art. 170, Abs. 1 „Nebenrechte, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind“, nicht auf den Zessionar über.

¹⁶⁷⁾ So ausdrücklich Neuchâtel Art. 480, und — nur für den Fall der Mehrjährigkeit aller Erben — code de pr. Art. 1013; so auch der Note 166 zitierte Berner Entscheid, und das deutsche Recht (Stein-Jonas, VI zu § 1025); abweichend, allerdings unter Vorbehalt anderweitiger Parteiabrede, Genf Art. 398 Ziff. 4.

Bestandteil des Hauptvertrags darstellt, sondern eine „dem Inhalt nach selbständige, unabhängige Nebenabrede“¹⁶⁸⁾ die wohl von dem nur materiellrechtliche Verpflichtungen erzeugenden Hauptvertrag zu trennen ist; dies zeigt sich vor allem in den besonderen Bedingungen ihrer Gültigkeit (besondere Formvorschriften, Vergleichbarkeit) und ihres Wegfalls.

2. Umfang des SchV.: Soweit der Umfang der Kompetenz des Schgerichts nicht unzweideutig aus dem Wortlaut des SchV. zu entnehmen und auch im Vertrag mit den SchR. nicht näher präzisiert worden ist, muss dem Sinn der gegenseitigen Erklärungen nachgegangen werden.¹⁶⁹⁾ Dabei ist in zweifelhaften Fällen eine restriktive Interpretation am Platze, da wir es mit einem Verzicht auf das Klagrecht zu tun haben, also mit einer weitreichenden und aussergewöhnlichen Abmachung.¹⁷⁰⁾ Der SchR. wird in jedem einzelnen Fall, wie der staatliche Richter, zu untersuchen haben, ob überhaupt ein SchV. abgeschlossen worden und ob er zur Beurteilung der konkreten Streitfrage zuständig ist.¹⁷¹⁾

¹⁶⁸⁾ Zür. Obergericht in BIZR Bd. 14 (1915) Nr. 9; BGE 41 II, 310; ebenso für den Fall der Prorogation BGE 45 I, 379.

¹⁶⁹⁾ von Tuhr S. 240 ff.; BGE 39 II, 50. — Die Schkl., die in einem Faustpfandvertrag enthalten ist, muss auch für Streitigkeiten gelten, die über den Bestand und Umfang der Faustpfandforderungen entstehen. (Vgl. BGE 58 I, 86 für die Prorogation.)

¹⁷⁰⁾ Vgl. Waadtländer Trib. cant. in Journal Bd. 66 (1918) S. 51; für den Prorogationsvertrag BGE 43 II, 730; 48 I, 88; auch RG in Gruchot Bd. 27, 1053.

¹⁷¹⁾ Zürich § 369, Al. 3; vgl. Genf Art. 375 und Tessin Art. 434, die vorschreiben, dass im Vertrag mit dem SchR. alle seiner Kognition zu unterstellenden Punkte enthalten sein müssen, resp. die SchR. nach ihrer Ernennung ein diese enthaltendes Protokoll aufzunehmen haben. — Auf diese häufig entstehenden „Kompetenzprozesse“ und das dabei vom Schgericht zu beachtende Verhalten kann hier nicht weiter eingetreten werden (vgl. z. B. Bern Art. 385 und Luzern § 377).

Soll das Schger. nur für eine ganz bestimmte Kategorie von Streitigkeiten in Funktion treten, so kann es nicht auch über weitere entscheiden: werden z. B. „allfällige Streitigkeiten, die sich bei der Auslegung des Vertrags“ oder „bei der Verteilung des jährlichen Reingewinnes“ ergeben, der Entscheidung dieses Schiedsgerichtes unterstellt, so fallen Differenzen, die bei der Auflösung des Vertrags oder bei der Zumessung der Liquidationsanteile entstehen, nicht unter seine Kompetenz.¹⁷²⁾ Lautet dagegen die Klausel ganz generell auf „alle Streitigkeiten, die aus dem Vertrage zwischen den Parteien entstehen“, so sind z. B. auch Forderungen auf Schadenersatz wegen nicht richtiger Erfüllung des Kaufvertrags¹⁷³⁾ oder Differenzen, die nachträglich noch aus dem bereits gekündigten Mietvertrag entstehen, der Kognition des staatlichen Richters entzogen.¹⁷⁴⁾

Abgesehen vom Umfang des SchV. muss das Schiedsgericht immer als ermächtigt gelten, über Präjudizialfragen zu entscheiden; dies ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen des Verfahrens und daraus, dass die Rechtskraft des Schiedsspruches derartige Entscheidungen nicht mitumfasst.

Die Geltendmachung einer Widerklage und folglich — soweit die zivilrechtlichen Erfordernisse erfüllt sind — auch der Verrechnung kann dagegen nur dann vom Schiedsgericht beachtet werden, wenn es sich um einen konnexen, ebenfalls unter die Schkl. fallenden Anspruch handelt (sofern nicht die Parteien noch vor Schiedsgericht einen weiteren SchV. abschliessen)¹⁷⁵⁾; ist dies nicht der Fall, so ist der SchR., wie der staatliche Richter, vor dessen Forum eine seine sachliche Zuständigkeit überschreitende Forderung widerklagsweise geltend gemacht

¹⁷²⁾ Waadtländer Trib. cant. in Journal Bd. 66 (1918) S. 51.

¹⁷³⁾ Berner App. Ger. in ZBJV Bd. 50 (1914) S. 27.

¹⁷⁴⁾ BGE 33 I, 745; für die Pacht vgl. den Berner Entsch. in SJZ Bd. 21, 140; ferner Aargauer Obergericht in Viertelj.-Bd. 17 (1917) S. 85.

¹⁷⁵⁾ Dies scheint in dem in Praxis 14 Nr. 59 publizierten Entscheid der Fall gewesen zu sein.

wird, nicht kompetent, über die Gegenforderung zu entscheiden, denn sein Schiedsspruch würde wegen Überschreitung der Zuständigkeit der Aufhebung ausgesetzt sein;¹⁷⁶⁾ das Schiedsgericht wird deshalb seinen Entscheid ohne Berücksichtigung der Gegenforderung fällen, da eine Ausstellung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung vor dem staatlichen Gericht von ihm nicht erwartet werden kann.¹⁷⁷⁾ Dasselbe hat dann zu gelten, wenn vor dem staatlichen Gericht eine unter einem SchV. stehende Gegenforderung geltend gemacht wird: der Richter wird nicht über sie entscheiden können, falls der Kläger replicando die Einrede des SchV. erhebt.¹⁷⁸⁾

Dies hat zur Folge, dass bereits im Abschluss eines SchV. ein Verzicht auf Geltendmachung der Verrechnung in einem bestimmten Verfahren liegen kann; dies mag in einzelnen Fällen zu Härten führen, ist aber im Interesse einer speditiven Erledigung der Streitigkeiten nur eine Konsequenz des Parteiwillens, der zum Abschluss eines SchV. geführt hat.

¹⁷⁶⁾ Z. B. Basel § 258 Ziff. 1, Bern Art. 395 Al. 3, Genf Art. 392 Al. 1.

¹⁷⁷⁾ Ein abweichender Parteiwille wird event. aus dem SchV. zu entnehmen sein; dabei spielt das freie Ermessen des SchR. natürlich eine wichtige Rolle.

¹⁷⁸⁾ BGE 23 I, 779; im Anschluss daran Leuch, Note 1, III zu Art. 380 und Becker, Note 1 zu OR Art. 126; vgl. Meili S. 300 und RG in JW Bd. 41 (1912) S. 358. — A. M. das Waadtländer Tribunal cantonal, das unter Berufung auf die kantonale Prozesshoheit die Verrechnung vor dem staatl. Gericht als zulässig erklärt (Journal 61 [1913] S. 2 ff.); ebenso Zürcher Obergericht in BlZR 8 Nr. 188 und 16 Nr. 150; wenn dabei ausgeführt worden ist, eine Gegenforderung müsse vor Schgericht direkt entschieden werden, so ist jedenfalls dieser Entscheid unhaltbar, da ja der Schiedsspruch wegen Kompetenzüberschreitung des SchR angefochten werden kann; ähnlich Fick, Note 8 zu OR Art. 126. — Wie die zürcher. Praxis auch das französ. Recht unter Berufung auf den Grundsatz: le juge de l'action est le juge de l'exception (Garsonnet 542) und die deutsche Literatur im Gegensatz zur Gerichtspraxis (vgl. Stein-Jonas I 5 zu § 1025; aber auch VI zu § 274.).

3. Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn einer der beiden Verträge (SchV. oder Hauptvertrag) nichtig oder anfechtbar ist; es stellt sich die Frage, ob die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des einen Vertrages die des andern mit sich bringen kann oder muss.

Soweit der SchV. allein von der Ungültigkeit betroffen wird, bleibt im Zweifel der HauptV. in Kraft, denn die Schkl. tritt gegenüber dem materiellrechtlichen Vertrag gewöhnlich derart in den Hintergrund, dass es einer speziellen Begründung bedürfte, um eine Abhängigkeit des HauptV. herbeizuführen.¹⁷⁹⁾ Wir haben es also hier mit der analogen Anwendung des zivilrechtlichen Prinzipes, dass Teilnichtigkeit im Zweifel nicht Vollnichtigkeit nach sich ziehe,¹⁸⁰⁾ auf das Verhältnis zwischen prozessualem und materiellrechtlichem Vertrag zu tun. So entscheidet der staatliche Richter über Streitigkeiten aus dem Hauptvertrag, wenn der SchV. aus besondern im Prozessrecht liegenden Gründen ungültig ist, und natürlich dann, wenn beide Verträge aus demselben Grunde (z. B. mangelnde Handlungsfähigkeit) nichtig oder anfechtbar sind.

Daneben aber gibt es zahlreiche Fälle, wo trotz der (möglichen) Ungültigkeit des Hauptvertrags der SchV. seine Bedeutung beibehält: vor allem dann, wenn gerade die Frage der Rechtsbeständigkeit des Hauptvertrages den SchR. vorgelegt werden soll,¹⁸¹⁾ und beim Vorliegen

¹⁷⁹⁾ Vgl. RG in JW 46 (1917) 214; Hellwig II 113/14 und die Notiz von Perroud zu dem in Clunet 40 (1913) 891 mitgeteilten Entscheid der Cour de Cass. civile vom 8. Januar 1913.

¹⁸⁰⁾ OR Art. 20 Al. 2; anders BGB § 139.

¹⁸¹⁾ So muss ein SchV. als gültig angesehen werden, wenn der SchR. gerade darüber entscheiden soll, ob ein klagbarer Kaufvertrag oder ein klagloses Differenzgeschäft (OR Art. 513) vorliege, auch wenn zu erwarten ist, dass das Schger. weniger Bedenken als das staatliche Gericht haben wird, den Differenzeinwand beiseite zu schieben (vgl. RG 88, 400; 49, 192); soll dagegen der SchR. über Ansprüche aus dem klaglosen Differenzgeschäft entscheiden, so darf auch der SchV. nicht als gültig im Sinne von „klagbar“ bezeichnet werden und der staatliche Richter wird ihn nicht sanktionieren, da sonst auf diesem Umwege

einer generellen Klausel dann, wenn sie trotz ihrer Abhängigkeit vom Hauptvertrag auch für diese Frage aufrechterhalten wird.¹⁸²⁾

V. Die Wirkungen des Schiedsvertrages.

1. Wie wir oben gesehen haben, wird durch den SchV. auf die Geltendmachung eines Anspruchs vor den ordentlichen Gerichten, auf das sog. Klagrecht,¹⁸³⁾ verzichtet: so lange also der SchV. besteht, ist der staatliche Richter in seiner Entscheidungsbefugnis ausgeschlossen und kann, wenn der vor ihm Beklagte die Einrede des SchV. erhebt, nicht in die materielle Beurteilung der Streitsache eintreten. Da aber ein vollständiger Verzicht auf das prozessuale Klagrecht ohne gleichzeitigen Verzicht auf das materielle Recht nicht zulässig ist, so verweist der Gesetzgeber, der die private ausserprozessuale Vereinbarung sanktioniert, den Rechtsuchenden auf den Weg vor Schiedsgericht und stellt ihm die notwendige Hilfe für die Durchführung des Schger.verfahrens zur Verfügung. Die allein hier noch zu behandelnden direkten Wirkungen des SchV. zeigen sich also vor allem in der Einrede vor dem staatlichen Gericht (unten 2) und in dem Recht auf schiedsrichterliche Entscheidung (unten 3).

(Abschluss eines SchV.) gerade das erreicht werden könnte, was der Gesetzgeber verhindern wollte. (Vgl. Oermann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht S. 409/12; RG 58, 155 und Kohler a. a. O. S. 503; anders Hellwig II 109 und Windscheid-Kipp a. a. O. § 417 Anm. 9e, die den SchV. direkt als nichtig bezeichnen; vgl. ferner die Kommentare zu OR Art. 513 und BGB § 762).

¹⁸²⁾ Nämlich durch vorbehaltlose Konstituierung des Schger.: Berner App.Hof in ZBJV Bd. 51 (1915) S. 331; ebenso das Zür. Obergericht durch gewagte Auslegung der Schkl. (in BlZR Bd. 14 (1915) Nr. 9); a. M. für das deutsche Recht Neuner a. a. O. S. 113 unter Hinweis auf die weittragenden Folgen des SchV.

¹⁸³⁾ Wir betrachten es als subjektives öffentliches Recht gegen den Staat, d. h. gegen die Gerichte; vgl. Hellwig a. a. O.; ferner H. F. Schmid, Der vertragsmässige Verzicht auf Rechtsmittel, in Gruchot 58 (1914) S. 356 ff.

2. Mit der „Einrede, dass die Entscheidung des Rechtsstreits durch SchR. zu erfolgen habe“,¹⁸⁴⁾ macht die vor dem staatlichen Richter belangte Vertragspartei geltend, dass das staatliche Gericht infolge des zwischen den Parteien vereinbarten SchV. nicht imstande sei, den Rechtsstreit zu beurteilen, und verlangt zugleich die Abweisung des Klägers. Das Gericht wird dem Begehren des Beklagten überall da Folge geben müssen, wo dieser den Beweis erbringen kann, dass ein gültiger Vertrag abgeschlossen und noch in Kraft ist, und den Kläger durch Prozessurteil (sog. *absolutio ab instantia*) abweisen.¹⁸⁵⁾ Die Einrede ist prozessualer Natur¹⁸⁶⁾ und muss vom Berechtigten in *limine litis* geltend gemacht werden;¹⁸⁷⁾ denn es fehlt nicht an einer „Vorbedingung der Rechtsgültigkeit des Prozesses“ im gewöhnlichen Sinne (Prozess-

¹⁸⁴⁾ DZPO § 274, Abs. 2, Ziff. 3; auch wir gebrauchen im folgenden das Wort „Einrede“, trotz der scharfen Kritik von Andreas Heusler, *Der Zivilprozess der Schweiz*, S. 82 ff.

¹⁸⁵⁾ Bern Art. 385 verweist alle Streitigkeiten über die Gültigkeit des SchV. in das summarische Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten (dazu Leuch zu Art. 385 und Note 5 zu Art. 192). — Zu vergleichen ist § 90 Ziff. 1 des Deutschen Arbeitsgerichtsgesetzes, wonach die Einrede entfällt, wenn der Beklagte selbst seiner Pflicht auf Ernennung eines SchR. nicht nachgekommen ist; weitgehend engl. Arbitration Act 1889 section 4, wonach der Richter nach freiem Ermessen die Einrede nur dann zu berücksichtigen hat, wenn das Verhalten des Beklagten ihm Gewähr für die Durchführung des Schiedsverf. zu bieten scheint; demgegenüber bestimmt nun der Arbitration Clauses (Protocol) Act von 1924, dass die bei Beginn der Verhandlung vorgebrachte Einrede zur Aussetzung des staatl. Verfahrens führen muss, wenn sich der Beklagte auf eine rechtsbeständige internationale Schkl. i. S. des vom Völkerbunde aufgelegten Protokolles beruft. (Text: Jahrbuch I 178; vgl. auch Neuner a. a. O. 120 ff.; Oppenheimer, *Schiedsgerichtsbarkeit in England*, in ZZPr. 50, 257 ff.; Wilke, a. a. O. S. 207/08).

¹⁸⁶⁾ So erstmals DZPO § 274, Al. 2 Ziff. 3, aufgenommen durch die Novelle vom 17. Mai 1898.

¹⁸⁷⁾ Als sog. „Prozesseinrede“, „fristliche oder forideklinatorische Einrede“, „déclinatoire“: vgl. DZPO §§ 274 Abs. 2 Ziff. 3 und 504, dazu Kommentar von Stein-Jonas; RG 58,

voraussetzung), deren Mangel jederzeit von Amtes wegen berücksichtigt werden müsste,¹⁸⁸⁾ sondern der Beklagte macht sein vertragliches Recht geltend, nur vor Schger. Red und Antwort stehen zu müssen, ein Recht, das ihm durch vorbehaltlose Einlassung zur Hauptsache verloren geht.¹⁸⁹⁾

Keine unserer kantonalen ZPO hat die Einrede des SchV. ausdrücklich geregelt,¹⁹⁰⁾ und es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die kantonalen Gerichte teilweise recht merkwürdige Versuche gemacht haben, sie bei einer der allgemein bekannten prozessualen Einreden unterzu-

153; aarg. Kantonsgericht in Viertelj.-Bd. 21 S. 64 und Bd. 23 S. 45; Berner App.Hof in ZBJV Bd. 42 (1906) S. 302; Tribunal cantonal vaudois in Journal Bd. 66 (1918) S. 51; Obergericht von Baselland in Amtsberichte 1921, S. 22; Basler App.Ger., Urteil vom 9. November 1920 in Entsch. Bd. 3, 227; Cour de justice von Genf in sem. jud. 49 (1927) 172.

¹⁸⁸⁾ Basler ZPO §§ 58/60.

¹⁸⁹⁾ Ein sog. „Prozesseinrederecht“ im Sinne von Hellwig (System I, § 99 II 3); die Einrede zählt zu den verzichtbaren des § 274 der DZPO, denn es besteht kein öffentliches Interesse an ihrer Geltendmachung (RG 58, 153). Auf genau dieselbe Weise muss die Vereinbarung der Zuständigkeit und der vorgängige Verzicht auf ein Rechtsmittel vor dem staatlichen Gericht geltend gemacht werden.

¹⁹⁰⁾ Auch die in neuester Zeit erlassenen Gesetze von Bern (1918), Wallis (1919) und Tessin (1924) machen keine Ausnahme; wohl aber bestimmt Schwyz (1916), § 404, dass, „wer ein Schger. anrufen will, dies bei Anhängigmachung des Rechtsstreites in der ersten Rechtsschrift zu erklären und gleichzeitig den SchR. zu bezeichnen“ habe. — Auch im code de pr. und in der österr. ZPO findet sich keine Bestimmung. — Vgl. neuerdings das vom Völkerbund aufgelegte „Protokoll über die Schkl. im Handelsverkehr“ (vom 24. September 1923), laut welchem die Gerichte der beitretenden Staaten die Beurteilung der Streitigkeit von der Hand weisen müssen, wenn der Beklagte die Einrede erhebt; dieses Protokoll ist von den wichtigsten Staaten bereits ratifiziert worden und auch die Beitrittserklärung der Schweiz steht unmittelbar bevor (Dezember 1927; vgl. Botschaft des BR vom 20. Juni 1927 betr. Genehmigung des Protokolls in Bbl. 1927 I, S. 826 ff.).

bringen. So wird einerseits lediglich von einer „Zuständigkeitseinrede“ oder einer „demande exceptionnelle“ gesprochen,¹⁹¹⁾ während anderseits ausgeführt wird, es „werde im Grunde genommen die örtliche Kompetenz bestritten“ oder es sei „nicht die sachliche Zuständigkeit im allgemeinen“ in Frage gestellt, sondern die „Zuständigkeit im Spezialfall gestützt auf einen privatrechtlichen Vertrag“.¹⁹²⁾

Ohne Zweifel wird durch den Abschluss des SchV. nicht der Rechtsweg in dem Sinne ausgeschlossen, dass das Rechtsverhältnis damit zur Verwaltungssache würde;¹⁹³⁾ aber auch nicht die örtliche oder sachliche Kompetenz allein werden durch den SchV. berührt, denn dazu dienen Verträge anderen Inhalts (örtliche resp. sachliche Prorogation)¹⁹⁴⁾, und auch neben dem Schger. gibt es ein örtlich und sachlich zuständiges staatliches Gericht (Prüfung des SchV., Ernennung der SchR., Rechtshilfe, Vollstreckung), sondern die Tätigkeit der staatlichen Gerichte schlechthin wird ausgeschlossen und das Schiedsgericht tritt, soweit seine Kompetenz reicht, an deren Stelle.¹⁹⁵⁾

¹⁹¹⁾ Baselland und Waadt, aus den oben Note 187 angeführten Entscheidungen.

¹⁹²⁾ Aargau und Bern a.a. O.

¹⁹³⁾ Auch wenn in Vereinsstatuten z. B. bestimmt wird, das Vereinsschiedsgericht entscheide „erst und letztinstanzlich unter Ausschluss des Rechtsweges“, so können und dürfen damit nur die ordentlichen Rechtsmittel gemeint sein, die sowieso nach den meisten ZPO schon von Gesetzes wegen gegen einen Schiedsspruch nicht zulässig sind (Beispiele vgl. bei Leist a. a. O. S. 167/68).

¹⁹⁴⁾ Vgl. auch die belgische Doktrin, die von einer „incomptence ratione materiae“ spricht, die aber nicht auf Gesetzesbefehl, sondern auf Parteiwillen beruhe und deshalb nur in limine litis geltend gemacht werden könne (Godron, Thèse, a. a. O. S. 112 ff.).

¹⁹⁵⁾ Das oben zitierte Urteil des App.Ger. Basel-Stadt (in Bd. 3, 227) trifft die Sache durchaus, indem es in den Motiven ausführt, der klageabweisende Entscheid des Zivilgerichts stelle keinen Inkompetenzentscheid dar, und es werde „nicht die örtliche oder sachliche Zuständigkeit verneint, sondern der staatliche Rechtsschutz überhaupt“.

3. Das Recht der Parteien auf die schiedsrichterliche Entscheidung ist die direkte Folge des Verzichtes auf die Durchführung des ordentlichen Verfahrens. Dabei handelt es sich nicht um eine Verpflichtung im Sinne des Zivilrechts,¹⁹⁶⁾ sondern um ein prozessuales Recht, um eine Last im Sinne des Prozessrechts: denn die Parteien stehen (direkt) dem staatlichen Richter gegenüber; sie haben mit dem Abschluss des SchV., mit dem sie seine eigene Kompetenz beiseite geschoben und die Entstehung des Prozessrechtsverhältnisses verhindert haben, ihm gegenüber die Verpflichtung übernommen, für anderweitige Beurteilung der Streitigkeit besorgt zu sein, aber als Kehrseite auch das Recht auf seine Unterstützung bei der Konstituierung des Schger. erworben. Eine Klage auf Erfüllung der gegnerischen „Leistung“ ist weder notwendig noch möglich, denn es handelt sich um die Durchsetzung eines prozessualen Rechtes,¹⁹⁷⁾ und das Gesetz hilft der rechtsuchenden Partei rascher und besser, indem es den staatlichen Richter selbst die von der säumigen Partei unterlassene Ernennung des SchR. vornehmen lässt.¹⁹⁸⁾ Dabei ist es eine natürliche Voraussetzung, dass die betreibende Partei ihrerseits die Wahl getroffen und die Annahme derselben von Seiten des von ihr ernannten

¹⁹⁶⁾ Oermann, der den SchV. nach Inhalt und Wirkung als prozessuale Vertrag auffasst, bezeichnet die „Übernahme der Pflicht, für Ernennung der SchR. zu sorgen“, als rein privatrechtlichen Bestandteil des SchV. (vgl. Der vorgängige Rechtsmittelverzicht S. 404, Note 55).

¹⁹⁷⁾ Und deshalb gibt es, wie Kohler ausführt, „keine zivilistische Klage aus dem SchV. auf Bestellung der SchR.“ (a. a. O. S. 321 ff.); vgl. Hellwig II, 111/12 und Fehr a. a. O. S. 36 ff., 46 ff.

¹⁹⁸⁾ In dieser Vornahme der Wahl durch den ordentlichen Richter liegt eine der hauptsächlichsten Garantien für die Durchführbarkeit des Schverfahrens; denn ohne SchR. kein Schger.; deshalb regelt auch die Basler ZPO, die nur in drei Paragraphen vom Schverf. spricht, wenigstens diesen Punkt (§ 219). Die St. Galler ZPO von 1850 enthielt keine Bestimmung über die Wahl der SchR. (anders ZPO von 1900 Art. 255); die

SchRs. erhalten hat.¹⁹⁹⁾ Der staatliche Richter nimmt auf Antrag der ersuchenden Partei und „nach Vernehmlassung des sich Weigernden“²⁰⁰⁾ entweder die Wahl direkt vor²⁰¹⁾ oder erst nach Ablauf einer bestimmten Frist, die dem Gegner zur selbständigen Vornahme gestellt wird.²⁰²⁾ Sachlich zuständig ist der Präsident eines kantonalen Gerichtes erster oder zweiter Instanz²⁰³⁾ oder eines dieser Gerichte selbst,²⁰⁴⁾ während die örtliche Zuständigkeit von den Prozessordnungen entweder mit Stillschweigen übergegangen wird²⁰⁵⁾ oder aber — unter Vorbehalt abweichender, der Prorogation ähnlicher Vereinbarungen

Folge war, dass nur die Klage auf Verurteilung zur Vornahme der Wahl möglich war (vgl. St. Galler Kantonsgericht in Entsch. 1916 S. 37). So heute noch nach französ. Recht, wenn die eine Partei sich weigert, ihren SchR. zu ernennen, da lediglich unter gewissen Bedingungen die Wahl eines Obmannes durch den Richter vorgesehen ist (code de pr. Art. 1017; vgl. César-Bru a. a. O. S. 180, Garsonnet a. a. O.).

¹⁹⁹⁾ So ausdrücklich Luzern § 366, Abs. 3; aber auch DZPO § 1029.

²⁰⁰⁾ So Basel § 219; ein Grundsatz, der allgemeine Gültigkeit beanspruchen darf.

²⁰¹⁾ So Basel, Bern, Zürich, Tessin, Genf, Wallis, Waadt, St. Gallen und Schaffhausen.

²⁰²⁾ So DZPO, Luzern, Aargau, Schwyz, Baselland.

²⁰³⁾ So in Aargau § 358 der Präsident des Obergerichts, Wallis Art. 364, III des Kantonsgerichts; in Bern Art. 383, Abs. 2, Luzern § 366, Abs. 6, und Schwyz § 406, Ziff. 1 der Bezirksgerichtspräsident, während Waadt je nach dem Streitwert des zugrunde liegenden materiellen Anspruchs den Präsident des Tribunal oder der cour civile für zuständig erklärt (ZPO Art. 503, Abs. 1, 504, Abs. 1).

²⁰⁴⁾ In Baselland § 272 und Zürich § 364, Ziff. 1 das Obergericht, in St. Gallen Art. 255, Ziff. 1 die Rekurskommission des Kantonsgerichts; Genf Art. 374 bezeichnet das Tribunal, Schaffhausen § 493, Ziff. 1 das Bezirksgericht, Basel das Dreier Gericht (Gerichtsorganisationsgesetz § 25a, Ziff. 5) und Tessin diejenige Behörde, die in erster Instanz über den materiellen Anspruch zu entscheiden hätte (Art. 433).

²⁰⁵⁾ So in Basel, Baselland, Aargau, Zürich, Genf, Wallis, St. Gallen.

der Parteien²⁰⁶⁾ — sich nach den Regeln richtet, die für die Geltendmachung des zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Anspruches massgebend wären.²⁰⁷⁾

VI. Der Wegfall des Schiedsvertrages.

1. Der SchV. muss jederzeit — auch wenn das Schger. bereits konstituiert und das Verfahren im Gange ist — durch einen Vertrag zwischen den Parteien aufgehoben werden können (Aufhebungsvertrag), soweit die ZPO dem nicht entgegen stehen;²⁰⁸⁾ denn ganz allgemein ist der übereinstimmende Parteiwillen imstande, Rechtsverhältnisse, die durch Vereinbarung begründet worden sind, nachträglich wieder aufzuheben.²⁰⁹⁾ Dies kann auch da, wo für die Entstehung des SchV. Schriftform vorgeschrieben ist, formlos geschehen.²¹⁰⁾ Auch die vorbehaltlose Einlassung vor dem staatlichen Gericht wird als stillschweigender Verzicht auf die schiedsrichterliche Erledigung betrachtet und lässt den SchV. untergehen.²¹¹⁾

²⁰⁶⁾ So ausdrücklich DZPO § 1045, Abs. 1; dazu eine grosse Zahl von Entscheidungen des BG., z. B. BGE 30 I, 734; 31 I, 584; 33 I, 745; 41 I, 275; 43 I, 52; vgl. Seite 22.

²⁰⁷⁾ So Bern, Luzern, Waadt, Tessin, Schwyz, Schaffhausen. Ebenso DZPO § 1045, Abs. 1: „. . . das Amtsgericht oder das Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches zuständig sein würde“ (i. e. bei Fehlen des SchV.).

²⁰⁸⁾ Keine der kantonalen ZPO; dagegen ist der SchV. (= Submission) nach englischem Recht unwiderruflich und kann nur durch richterlichen Entscheid aufgehoben werden (Arb. Act section 1).

²⁰⁹⁾ Einzig Genf Art. 370 II spricht von der „révocation par toutes les parties“. — Vgl. Oermann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht S. 412/14. — Für das folgende Hellwig II, 117.

²¹⁰⁾ In Analogie zum Erlass des OR (OR Art. 115), trotzdem es sich dort nur um die Aufgabe einer einzelnen Forderung handelt.

²¹¹⁾ Vgl. Leuch 1 zu Art. 381. — Nicht zu verwechseln mit der Aufhebung des prozessualen SchV. ist die Aufhebung des materiellrechtlichen Hauptvertrages; eine Schkl. wird diese in der Regel überdauern (vgl. oben Seite 54).

2. Wie die Rechtsverhältnisse des materiellen Rechtes durch Erfüllung aller daraus resultierenden Verpflichtungen erlöschen, so erlischt auch der SchV. durch „Erfüllung“, d. h. durch Fällung eines gültigen Schiedsspruchs. Dies gilt natürlich nur für den speziellen SchV. und auch für ihn nur insofern, als die SchR. in ihrem Urteil über alle dem Schiedsverfahren unterworfenen streitigen Punkte entschieden haben; die Schkl. dagegen bleibt solange in Kraft, bis die letzte aus dem Hauptvertrag entspringende Schuld getilgt und damit jegliche Streitmöglichkeit aus dem Wege geräumt ist.²¹²⁾

Wie aber, wenn der ausgefällte Schsprit. durch den staatlichen Richter für nichtig erklärt wird? Die Streitsache wird, wenn die staatliche Instanz nicht selbst materiell entscheidet, an den iudex a quo zurückgewiesen, in unserm Fall also an das Schger. So nehmen auch einzelne Gesetze an, dass das desavouierte Schgericht, so weit dies möglich sei, seine Tätigkeit wieder aufzunehmen habe,²¹³⁾ während andere den Streit einem neu zu wählenden Schger. vorlegen wollen, sofern die Parteien sich darüber verständigen,²¹⁴⁾ oder ohne weiteres das staatliche Gericht für zuständig erklären und also implicite den SchV. (wenigstens für die in Frage stehende Streitigkeit) als dahingefallen betrachten.²¹⁵⁾

²¹²⁾ Ein Teil- oder Zwischenentscheid des Schger. hebt den spez. SchV. nicht auf; deshalb wird die Anfechtung eines solchen vom staatlichen Gericht nicht zugelassen, da sie, wenn sie von Erfolg begleitet wäre, das ganze Schverf. zu Fall bringen würde. (so RG 69, 52; vgl. aber den Text unten vor Note 213).

²¹³⁾ So Zürich § 370, Schaffhausen § 498. Ihre Begründung findet diese Bestimmung darin, dass das Mandat des SchR. erst nach Fällung eines gültigen Schsprit. erlösche. (Vgl. Leuch, Note 1 zu Art. 392 und Zürcher Obergericht in BlZR Bd. 15 [1916] Nr. 95.)

²¹⁴⁾ St. Gallen Art. 316 I, Schwyz § 411.

²¹⁵⁾ So Tessin Art. 446, Abs. II, allerdings unter Vorbehalt abweichender Parteiabrede; so auch die Praxis des deutschen RG. (vgl. oben Note 212 und Hellwig a. a. O.).

3. Ein weiterer Grund zum Wegfall ist die Unmöglichkeit, mit den im speziellen SchV. ernannten SchRn. zu einem Schspr. zu gelangen²¹⁶⁾: da das Schverfahren durch die gemeinsam ernannten SchR. durchgeführt werden soll, so fällt — wenn die Parteien nicht für Ersatz vorgesorgt haben --- durch den Tod oder durch die Ablehnung eines SchR. von seiten einer Partei der SchV. weg; das gleiche gilt, wenn der Dritte, der die SchR. bezeichnen soll, aus irgend einem Grunde versagt,²¹⁷⁾ wenn einer der SchR. sich weigert, die Wahl anzunehmen oder vorzeitig vom Amte zurücktritt, und wenn sich unter den SchR. bei der Fällung des Urteils Stimmengleichheit ergibt und nicht schon von Gesetzes wegen für die Wahl eines Obmanns gesorgt wird.²¹⁸⁾ Der Unmöglichkeit wird es von einigen Gesetzen gleichgestellt, wenn der Schspr. nicht innerhalb der (von den Parteien) festgelegten Frist von den SchR. gefällt worden ist²¹⁹⁾ oder wenn die SchR. sich einer ungebührlichen Verschleppung des Verfahrens schuldig machen.

²¹⁶⁾ Für das folgende vgl. namentlich DZPO § 1033, Bern Art. 392, Tessin Art. 431, Aargau § 357, St. Gallen Art. 254, Genf Art. 398.

²¹⁷⁾ Wenn nicht für dessen Ersetzung gesorgt worden ist; vgl. RG 108, 246.

²¹⁸⁾ Bei Stimmengleichheit fällt der SchV. (immer unter Vorbehalt von Parteiabreden) weg nach DZPO § 1033, Ziff. 2, code de pr. Art. 1012 Note 3 und Aargau § 357. — Die Berner ZPO sieht die Wahl eines Obmannes, des „tiers arbitre“ des französischen Rechtes, vor (Art. 383, Abs. 1, 388, Abs. 2; aber auch Aargau § 365); andere ZPO haben nach dem Vorbild von Genf (vgl. schon Bellot) zwingend eine ungerade Zahl von SchR. vorgeschrieben, um so Unannehmlichkeiten zu vermeiden; so Genf Art. 373, Waadt Art. 504, Abs. 3, Baselland § 274, Zürich § 362, Abs. 2 und 364; Tessin Art. 426, Abs. 1.

²¹⁹⁾ Eine erstreckbare gesetzliche Frist von 3 Monaten seit Ernennung der SchR. kennt Genf Art. 398, Ziff. 3 und eine solche von 200 Tagen Waadt Art. 508, Abs. 1; vertragliche Präklusivfristen sehen Tessin Art. 431 und 437 und Bern Art. 386 und 392, Ziff. 3 vor.
