

ten in das streitige Vertragsverhältnis getreten. Auch er hat ferner Klage erhoben — auf Erstattung der von ihm bezahlten Quote von 3500 Fr. — und der Beurteilung dieser Klage ist wohl der nämliche Tatbestand zu Grunde zu legen und es sind dabei die nämlichen Rechtsfragen zu lösen (namentlich die Frage, ob man es mit einem Kauf- oder Sicherungsgeschäfte zu tun habe). Allein diesen Momenten kommt keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Damit nämlich mehrere von verschiedenen Personen erhobene Ansprüche bei der Streitwertberechnung zusammengezählt werden können, verlangt der Art. 60 Abs. 1 OG, dass diese Personen sie « in einer Klage » als « Streitgenossen » geltend gemacht haben. Hier ist nun aber ihre Geltendmachung vor den kantonalen Instanzen in zwei selbständigen Prozessverfahren erfolgt. Ob dies richtig und eine Vereinigung der Klagen in einem Prozesse unzulässig gewesen sei, entscheidet sich nach kantonalem Prozessrechte. Der Berufungskläger erklärt übrigens, dass nach der Basler ZPO für die Kläger keine Möglichkeit bestanden habe, in einem Verfahren zu klagen. Das Bundesgericht aber hat im Berufungsverfahren lediglich darauf abzustellen, ob die kantonalen Instanzen auf Grund ihres Prozessrechts die verschiedenen Ansprüche tatsächlich in einem Verfahren behandelt haben oder nicht. Wenn dies nicht geschehen ist, so kann das Bundesgericht nicht nachträglich von sich aus für die Berufungsinstanz eine Vereinigung der Prozesse eintreten lassen und es ist alsdann auch ausgeschlossen, bei der für den einen Prozess vorzunehmenden Streitwertberechnung den im andern erhobenen Anspruch mitzuberücksichtigen (vergl. auch AS 23 II S. 1680 Erw. 2 und 25 II S. 980; WEISS, Berufung, S. 63 Ziffer 3). Hieran ändert auch nichts, dass auf diese Weise die verschiedenen Ansprüche unter Umständen deshalb durch sachlich sich widersprechende Entscheidungen erledigt werden, weil nur hinsichtlich einzelner die Berufung zulässig ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

15. Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Januar 1904 i. S.
Ernst & Cie., Klägerin, gegen Müller und Diener, Beklagte.

Schiedsvertrag: Dessen Rechtsgültigkeit ist vom ordentlichen Richter zu prüfen. Er ist ein materiell-rechtlicher Vertrag und gehört dem Bundesprivatrechte mindestens soweit an, als ihm die vertraglichen Beziehungen, zu deren Beurteilung der Schiedsrichter berufen wird, angehören. Die Anwendung der vom kantonalen Rechte für ihn aufgestellten Formvorschriften kann das Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht nachprüfen, wohl aber, ob ein Schiedsvertrag durch konkludente Handlungen zustande gekommen sei und ob er oder das auf ihn gegründete Verfahren gegen Art. 17 aOR verstosse.

1. — Am 27. November 1909 hat J. Straub seine bei Frauenfeld gelegene Mühle an F. Zwicky verkauft. In der Folge entstanden aus diesem Kauf Streitigkeiten und die Parteien einigten sich am 4. Februar 1910, sie durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen, bestehend aus den heutigen zwei Beklagten, Gerichtspräsident Müller und Friedensrichter Diener, sowie Mechaniker A. Ernst, Teilhaber der klägerischen Firma, Ernst & Cie in Müllheim. Das Schiedsgericht beschränkte sich nicht auf die Prüfung der aufgeworfenen Rechtsfragen, sondern traf hinsichtlich des Streitobjektes bestimmte Verwaltungsanordnungen. So beschloss es am 23. Juli 1910 auf Grund einer Einigung der Parteien und einer von diesen ihm erteilten Vollmacht, die beiden bisherigen Wasserräder der Mühle durch ein neues zu ersetzen und die Erstellung dieses Rades dem Mechaniker Ernst, Mitglied des Schiedsgerichts zu übertragen. Die von Ernst

& Cie erstellte Radanlage wurde vom Käufer Zwicky bemängelt. Das Schiedsgericht eröffnete darauf am 17. Februar 1911 dem Mechaniker Ernst, dass er in dieser Angelegenheit, weil mitinteressiert, in Ausstand zu treten habe, und es beschloss ferner, eine Expertise über die von Ernst & Cie ausgeführten Arbeiten anzuordnen, wobei auch diese Firma Vorschläge für die Experten solle machen können. In einer Sitzung des Schiedsgerichts vom 6. Juli 1911 teilte der Beklagte Müller als Vorsitzender mit, dass an Stelle des im Ausstand befindlichen Ernst Kantonsrat Hess in Feldmühle-Wattwil getreten sei; darauf erklärten « die Parteien incl. Herr Ernst », Herrn Hess als ausserordentlichen Schiedsrichter anzuerkennen. An den folgenden das streitige Wasserrad betreffenden Verhandlungen beteiligte sich laut vorinstanzlicher Feststellung auch die Klägerin als Partei (durch Entgegennahme von Vorladungen, Einreichung von Expertenvorschlägen, Bemängelung des Gutachtens u. s. w.).

Am 6. Februar 1913 fällte das Schiedsgericht sein Urteil. Dieses erstreckte sich nicht nur auf Straub als Kläger und F. Zwicky als Beklagten, sondern als « weitere Parteien » auch auf die Firma Ernst & Cie, Louis Grüter und Josua Hässig (welch letztern, wie es scheint, während des Prozesses Teile der Mühlenbesitzung veräussert worden waren). Das Urteil verpflichtet die Klägerin zur Tragung einer Quote von 2478 Fr. 85 Cts. der entstandenen Unkosten, wovon 2227 Fr. 40 Cts. für geleistete und noch nicht bezahlte Arbeit abgezogen werden, so dass der Klägerin, nach Abzug weiterer 5 Fr. für Expeditionskosten, noch 246 Fr. 45 Cts. zukämen.

In der Folge erhob die Klägerin gegen die Schiedsrichter Müller und Diener vor den ordentlichen Gerichten Klage mit dem Begehren: Es sei das schiedsgerichtliche Urteil vom 6. Februar 1913 als für sie unverbindlich zu erklären und die Beklagten solidarisch verpflichtet, ihr 2679 Fr. 55 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 7. April

1913 als restlichen Werklohn zu bezahlen. Zur Begründung wurde geltend gemacht: Das Schiedsgericht sei gegenüber der Klägerin unzuständig gewesen, da ein Schiedsvertrag mit ihr als Partei nicht vorliege. Ferner sei das Urteil nach Art. 17 aOR widerrechtlich, da die Beklagten die Besteller des Rades gewesen seien und mithin in eigener Sache geurteilt hätten. Jedenfalls sei der Schiedsspruch nur für A. Ernst verbindlich. Im übrigen funktioniere das Rad tadellos und sei das Werk abgenommen, so dass die eingeklagte Werklohnforderung geschützt werden müsse.

Die Vorinstanz hat die Klage mit Urteil vom 29. August 1913 abgewiesen.

2. — Die Beklagten bestreiten in erster Linie die Zulässigkeit der Berufung, weil die zu entscheidende Frage, ob ein gültiger Schiedsvertrag zu Stande gekommen sei, sich nach thurgauischem Prozessrechte beurteile und von der Vorinstanz auch nach diesem beurteilt worden sei; eine Verletzung von Bundesrecht falle daher ausser Betracht. Hierüber ist zu bemerken:

Zuständig ist das Bundesgericht zunächst jedenfalls insofern, als der ordentliche Richter und nicht etwa der Schiedsrichter über die Rechtsgültigkeit des Schiedsvertrages zu entscheiden hat, wobei dann, wenn sich der Vertrag als rechtsungültig erweist, damit von selbst das ganze Verfahren vor Schiedsgericht mit Inbegriff des Urteils, als seiner rechtlichen Grundlage entbehrend, dahinfällt (vergl. AS 7 S. 705; 13 S. 355; 27 II S. 515 39 II S. 52).

Für die bundesgerichtliche Zuständigkeit ist aber ferner erforderlich, dass der Schiedsvertrag dem Privat- und nicht dem Prozessrechte angehöre. Zu Gunsten der erstern Auffassung spricht, dass durch ihn privatrechtliche Verhältnisse geschaffen werden, für die zweite aber, dass er publizistische Wirkungen entfaltet, nämlich einen Verzicht auf den Rechtsschutz durch den ordentlichen Richter in sich schliesst (vgl. WACH, Zivilprozessrecht I

S. 67), was seine Unterstellung unter die prozessrechtlichen Verträge nahe legt. Das Bundesgericht hat ihn nun in neuerer Zeit ausschliesslich als materiellrechtlichen Vertrag behandelt (vgl. AS 39 II S. 52 und die dortigen Zitate) und es ist an dieser Rechtsprechung festzuhalten.

Damit stellt sich aber die weitere Frage, ob der Schiedsvertrag dem Privatrechte des Bundes oder dem der Kantone zuzurechnen sei. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. den schon erwähnten Entscheid in AS 39 II auf S. 52; ferner 24 II S. 560; 31 II S. 693 f.) ist die Frage zum mindesten dann im erstern Sinne zu beantworten, wenn die vertraglichen Beziehungen, zu deren Beurteilung der Schiedsrichter berufen wird, dem Bundesprivatrechte angehören. Im vorliegenden Falle trifft dies zu. Freilich handelt es sich bei dem von Straub und Zwicky abgeschlossenen Liegenschafts Kauf vom 27. November 1909, hinsichtlich dessen diese Parteien den ursprünglichen Schiedsvertrag eingingen, um ein von der damaligen thurgauischen Gesetzgebung beherrschtes Vertragsverhältnis. Aber dieses Verhältnis steht hier nicht in Frage, sondern der die Erstellung des neuen Mühlenrades betreffende Werkvertrag, also Rechtsbeziehungen, die dem eidgenössischen Rechte angehören. Ueber sie zu urteilen, war das Schiedsgericht auch nicht etwa bereits auf Grund des ursprünglichen Schiedsvertrages zuständig, schon deshalb nicht, weil die Klägerin bei seinem Abschluss nicht als Partei beteiligt gewesen war. Vielmehr bedurfte es dazu eines neuen Schiedsvertrages und dessen Rechtsgültigkeit bildet die hier zu entscheidende Streitfrage.

Auf diese Frage kann aber das Bundesgericht nicht hinsichtlich aller von der Klägerin namhaft gemachten Anfechtungsgründe eintreten, nämlich soweit nicht, als behauptet wird, die Formvorschrift des Art. 278 Abs. 2 der thurgauischen ZPO, wonach die Pflicht zur Bestellung eines Schiedsgerichtes, soweit nicht auf Gesetz be-

ruhend, nur urkundlich erwiesen werden kann, sei nicht beachtet worden. Falls diese Bestimmung überhaupt zu Recht besteht, so verletzt der Vorentscheid, wenn er gegen sie verstossen sollte, damit nicht Bundesrecht. Der bundesgerichtlichen Ueberprüfung unterstehen dagegen die andern zwei Anfechtungsgründe: dass nämlich die Vorinstanz mit Unrecht den streitigen Schiedsvertrag als durch konkludente Handlungen der Parteien zu Stande gekommen ansehe und dass der Vertrag nach Art. 17 aOR rechtsungültig sei.

3. — Die konkludenten Handlungen, aus denen die Vorinstanz auf den Abschluss des Schiedsvertrages schliesst, liegen nach ihr in folgendem: Zunächst vor allem darin, dass laut dem Protokoll über die Schiedsgerichtssitzung vom 6. Juli 1911 der Schiedsrichter A. Ernst, der Teilhaber der klägerischen Firma ist, sich mit seiner Ersetzung durch Kantonsrat Hess als « ausserordentlichen » Schiedsrichter einverstanden erklärt habe, wobei das Wort « ausserordentlich » auf die schiedsrichterliche Beurteilung der das Wasserrad betreffenden Streitigkeit sich beziehe; sodann in den verschiedenen prozessualen Parteiaktionen (Entgegennahme von Vorladungen, Mitwirkung bei der Expertenbestellung, Bemängelung des Expertengutachtens u. s. w.), die die Klägerin hinsichtlich dieser Streitfrage vorgenommen hat. Wenn auf Grund dessen nun die Vorinstanz annimmt, dass die Klägerin der schiedsgerichtlichen Beurteilung der Sache zugestimmt habe und dass es so zum Abschluss eines Schiedsvertrages gekommen sei, so muss das als eine rechtlich zutreffende Würdigung der Verhältnisse und im besondern des Verhaltens der Klägerin gelten. Dem steht auch nicht entgegen, dass Ernst hinsichtlich der übrigen Streitfragen seine Schiedsrichterstellung beibehalten hat und daher in den Protokollen bald als Schiedsrichter bald als Partei bezeichnet wird. Es beeinträchtigt das die Bedeutung des von der Vorinstanz hervorgehobenen Umstandes nicht, dass Hess im

Einverständnisse mit Ernst als dessen Ersatzmann für die vorliegende Angelegenheit in das Schiedsgericht eingetreten ist. Dieser Umstand für sich allein schon weist zwingend auf eine Unterwerfung der Klägerin unter das Schiedsgericht hin.

Gegen den Art. 17 aOR soll der abgeschlossene Schiedsvertrag und das darauf gegründete Verfahren, namentlich das angefochtene Schiedsurteil, deshalb verstossen, weil die Schiedsrichter als Besteller des fraglichen Wasserrades in eigener Sache gehandelt hätten. Den Werkvertrag betreffend die Erstellung des neuen Wasserrades haben aber die Schiedsrichter nicht für sich selbst als Vertragspartei abgeschlossen; denn das Rad benötigten sie zweifellos nicht für sich und übrigens wäre dann der Schiedsrichter A. Ernst, der bei der Bestellung mitwirkte, gleichzeitig Gläubiger und Schuldner der Werklohnforderung geworden. Vielmehr erteilten sie die Bestellung auf Grund des zwischen dem Verkäufer Straub und dem Käufer Zwicky abgeschlossenen Schiedsvertrages, vermöge dessen sie hinsichtlich der streitigen Liegenschaft gewisse Verwaltungsbefugnisse in Anspruch nahmen, und dabei konnten sie sich zudem noch auf eine besondere Bevollmächtigung dieser Parteien stützen. Sie bestellten somit das Rad als Vertreter und für Rechnung jener Kaufpartei, die es schliesslich, nach der im Urteil zu treffenden Regelung, angehen werde. Dessen musste sich auch die Klägerin bewusst sein, schon deshalb, weil ihr Teilhaber Ernst Mitglied des Schiedsgerichtes und als solcher über die Sachlage unterrichtet war. Demnach können die Beklagten jedenfalls nicht als «Besteller» d. h. als Vertragskontraahenten in eigener Sache gehandelt haben. Soweit aber das Auftrags- oder Vollmachtsverhältnis, kraft dessen sie den Werkvertrag abschlossen, als Grund für die Ungültigkeit des angefochtenen Urteils angegeben wird, ist zu sagen, dass nicht der von den Beklagten bewirkte Abschluss des Werkvertrages Gegenstand des Streites

bildet, der zwischen den Parteien dieses Vertrages (Straub und Zwicky einerseits und der Klägerin andererseits) entstanden war und den Schiedsrichtern zur Beurteilung unterbreitet wurde, sondern die Art und Weise der Vertragserfüllung, nämlich die Frage, ob die Klägerin das Werk bestellungsgemäss ausgeführt habe.

4. — Mit dem Gesagten erweist sich die Klage als unbegründet, sowohl was die Anfechtung der Verbindlichkeit des Schiedsspruches als was die gegen die Beklagten geltend gemachte Werklohnforderung anbelangt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 29. August 1913 bestätigt.

16. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Februar 1914
i. S. A.-G. Kappeler, Klägerin,
gegen Einwohnergemeinde Turgi, Beklagte.

Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit:

- a) Als Voraussetzung der Berufung (Art. 56 OG). Massgebende Kriterien. Aufgabe der früheren Praxis: engere Auffassung in Anlehnung an die neuere Entwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft. Kantonales Verfahren.
- b) Bei direkten Prozessen (Art. 48 u. 50 OG). Festhalten an der bisherigen weiteren Auslegung im Interesse des Rechtsschutzes.

A. — Mit Urteil vom 28. November 1913 hat das Obergericht des Kantons Aargau folgende Rechtsbegehren der Klägerin abgewiesen:

« Es sei zu erkennen,

- » 1. dass die beklagte Gemeinde gemäss Vertrag mit » der Klägerin vom 31. Mai 1905 die Befugnis nicht habe,
- » für die Dauer des Vertrages neben ihr noch einem » Dritten die Benützung der öffentlichen Gemeindestras-