

eindruck massgebend, d. h. jene Bestandteile sind für den Gesamteindruck mitbestimmend und bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr mitzubersichtigenden (BGE 38 II 308 f.). Die Frage, ob die Vorsilben « Alu... » für jedermann frei verwendbar, d. h. Freizeichen sind, ist für die Beurteilung der Unterscheidbarkeit der Marken « Alucol » und « Aludrox » von untergeordneter Bedeutung. Die Behauptung der Beklagten, dass der Klägerin durch den Schutz ihrer Marke ein Monopol auf die Silben « Alu » eingeräumt werde, ist nicht richtig. Geschützt ist nur die Wortmarke « Alucol » in ihrer *gesamten*, besonderen Zusammensetzung im Hinblick auf den durch sie hervorgerufenen Gesamteindruck. Die Verwechselbarkeit anderer ähnlicher von der Beklagten aufgeführter Marken, von denen nach Feststellung der Vorinstanz in der Schweiz durch Dritte « Alutan », « Aluzunol » und « Aluctyl » für pharmazeutische Produkte Verwendung finden, steht nicht zur Diskussion; mit Recht verweist übrigens die Vorinstanz darauf, dass dieselben sich stärker von der Marke der Klägerin unterscheiden als das von der Beklagten gewählte Wortzeichen. Andererseits wagt die Beklagte selber nicht zu behaupten, die Marke der Klägerin laufe auf eine blosse Sachbezeichnung hinaus, sei also nicht geeignet, zur Unterscheidung der Herkunft im Sinne von Art. 1 MSchG zu dienen (vergl. hiezu BGE 27 II 626 f. Erw. 4).

5. — Mit dem grundsätzlichen Schutz der Klage hat somit der kantonale Richter keine bundesrechtlichen Vorschriften verletzt. Die von ihm gezogenen Rechtsfolgen, die von der Berufung nicht speziell angefochten werden, stehen mit den einschlägigen Vorschriften des Marken- und Wettbewerbsrechts im Einklang.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts Bern vom 27. März 1952 wird bestätigt.

VII. VERFAHREN

PROCÉDURE

66. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. November 1952 i. S. Kurz gegen Barsoe.

Internationales Privatrecht. Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Ansprüchen aus *ungerechtfertigter Bereicherung*. (Änderung der Rechtsprechung).

Droit international privé. Détermination de droit applicable en matière de prétentions dérivant de *l'enrichissement illégitime* (changement de la jurisprudence).

Diritto internazionale privato. Determinazione del diritto applicabile in materia di pretese derivanti da *indebito arricchimento* (cambiamento della giurisprudenza).

A. — Die Firma Fanny Kurz in Zürich, die Grosshandel mit Fischen, Wild und Geflügel treibt, lieferte anfangs 1948 Gänse an die Firma Engels in Amsterdam. Da die Bezahlung über das schweizerisch-holländische Clearing nicht möglich war und auch keine freien Hartdevisen zur Verfügung standen, sollte die Befriedigung der Verkäuferin dadurch bewerkstelligt werden, dass ihr die Firma Engels ein Clearingguthaben von 98,000.— dän. Kr., das diese in Dänemark hatte, zur Verfügung stellte. Weil dieses Guthaben aber nur für den Ankauf dänischer Waren für den Export nach Holland verwendet werden durfte, musste vorerst dessen Verwendung für die Bezahlung dänischer Lieferungen nach der Schweiz ermöglicht werden. Die Firma Kurz, die selber für solche keinen Bedarf hatte, wandte sich an die Frigalimint GmbH St. Margrethen (SG), welche der dänischen Firma Barsoe für Geflügel-lieferungen 700,000.— dän. Kr. schuldete. Kurz, die Frigalimint und Engels vereinbarten nun, letzterer solle die 98,000.— dän. Kr. an Barsoe überweisen, damit dieser sie zur teilweisen Bezahlung seiner Lieferungen an die Friga-

liment verwende, die dann ihrerseits den Gegenwert des genannten Kronenguthabens von schw. Fr. 87,915.80 an die Firma Kurz auszahlen werde.

Zum Vollzug dieser Abmachung liess die Firma Engels durch Vermittlung der Forum-Bank in Amsterdam bei der Danske Landmandsbank in Kopenhagen zu Gunsten der Firma Barsoe ein unbestätigtes Akkreditiv im Betrage von 98,000.— dän. Kr. eröffnen, benützlich gegen eine Faktur des Barsoe an die Forum-Bank über eine entsprechende Lieferung von Geflügel. Die Akkreditivsumme wurde am 15. September 1948 durch die Danske Landmandsbank der Firma Barsoe gutgeschrieben, und zwar ohne eine Gegenleistung durch diese. Welche Bewandnis es mit diesem Akkreditiv hatte, war Barsoe von Engels anscheinend nicht mitgeteilt worden; er behielt den ihm überwiesenen Betrag als Depot. Dagegen schrieb ihm die Frigaliment am 27. August 1948, sie habe ihm bei der Danske Landmandsbank 98,000.— dän. Kr. zur Verfügung gestellt, die nach Beibringung der Bewilligung der zuständigen dänischen und schweizerischen Behörden für die regulären Geflügelexporte von Dänemark nach der Schweiz zu verwenden seien. Demzufolge zahlte dann die Frigaliment jeweils nur 80 % der Fakturabeträge für ihre Warenbezüge bei Barsoe zu dessen Gunsten in das schweizerisch-dänische Clearing ein, während sie die restlichen 20 % mit den bei Barsoe liegenden 98,000.— dän. Kr. verrechnete. Die für die ganze Transaktion nötigen amtlichen Bewilligungen konnten jedoch nicht erhältlich gemacht werden; deshalb und da Barsoe wiederholt gegen die Abzüge von 20 % protestierte, wies ihn die Frigaliment am 14. Juni 1949 an, die 98,000.— dän. Kr. der Danske Landmandsbank zurückzugeben und bezahlte gleichzeitig den abgezogenen Betrag von schw. Fr. 87,915.80 = 98,000.— dän. Kr. bei der Schweiz. Volksbank St. Gallen zu Gunsten des Barsoe ein.

Barsoe kam der Aufforderung, die 98,000 dän. Kr. an die Danske Landmandsbank zurückzuzahlen, jedoch nicht

nach. Im September 1949 wurde die dänische Währung um ca. 30 % abgewertet.

B. — In der Folge trat die Firma Engels ihr bei Barsoe ausstehendes Guthaben samt etwaigen Schadenersatzansprüchen im Zusammenhang mit der Abwertung der dänischen Währung an die Firma Kurz ab.

Diese liess auf das Guthaben des Barsoe aus den durch die Frigaliment bei der Schweiz. Volksbank St. Gallen einbezahlten Fr. 87,915.80 Arrest legen und reichte beim Handelsgericht St. Gallen gegen Barsoe Klage ein auf Bezahlung dieses Betrages, mit der Begründung, der Beklagte schulde ihr diese Summe teils aus ungerechtfertigter Bereicherung, teils als Schadenersatz für den durch die unberechtigte Zurückhaltung der 98,000 dän. Kr. entstandenen Abwertungsverlust.

Nachdem der Beklagte auf die Mitteilung der erfolgten Abtretung 98,000 dän. Kr. zu Handen der Klägerin an die von dieser bezeichnete dänische Bank überwiesen hatte, reduzierte die Klägerin die Klageforderung auf Fr. 42,000.—.

C. — Das Handelsgericht St. Gallen wies mit Urteil vom 26. Mai 1952 diese Klage ab. Dabei wandte es schweizerisches Recht als Ersatzrecht für das seines Erachtens grundsätzlich massgebende, ihm aber nicht bekannte dänische bzw. holländische Recht an.

D. — Das Bundesgericht tritt auf die Berufung der Klägerin gegen dieses Urteil nicht ein.

Erwägungen :

1. — Die Vorinstanz hat angenommen, für die Anknüpfung zur Ermittlung des anwendbaren Rechtes komme bei der ungerechtfertigten Bereicherung der Ort in Frage, an dem diese sich vollzogen habe. Diese Auffassung entspricht der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 12 S. 342, 26 II 272, 31 II 665) und wird unter Bezugnahme auf diese auch in der neueren Literatur noch vertreten (BECKER, 2. Aufl., Vorbemerkungen zu

Art. 62-67 OR, N. 12 ; SCHNITZER, IPR 3. Aufl. 2 S. 604).

Es ist indessen nicht zu verkennen, dass das Abstellen auf den oft bloss zufälligen Ort der Vermögensverschiebung nicht immer zu befriedigen vermag, da sie dem Umstand, dass Bereicherungsansprüche in den verschiedensten Zusammenhängen auftreten können, nicht gerecht wird. Aus Erwägungen dieser Art ist denn auch in der Literatur (vgl. NEUNER, Zeitschrift für ausländisches und IPR 2 (1928) S. 122, NEUMEYER, IPR S. 32, OSER/SCHÖNENBERGER, allg. Einleitung N. 148 ff.) eine differenzierte Lösung befürwortet worden.

Danach wäre für die Frage, ob eine Bereicherung vorliege, als massgebend das Recht zu betrachten, von dem der Erwerb des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte abhängt, also das Recht der gelegenen Sache, bzw. bei Forderungen das Recht, das die Wirksamkeit ihrer Begründung, die Übertragung oder das Erlöschen ordnet.

Ob die Bereicherung ohne Grund erfolgte, wäre sodann nach dem Rechte zu beantworten, das entscheidet, ob eine Rechtspflicht zur Vermögensverschiebung bestand, z. B. ob ein Kaufvertrag, eine Schenkung gültig war und blieb ; für die Frage nach dem Vorliegen einer Leistung aus einer Nichtschuld im engeren Sinne wäre dabei das Recht massgebend, das die vermutliche Verpflichtung beherrscht hätte.

Bei Bejahung der Frage nach dem Vorliegen einer Bereicherung einerseits und ihrer Grundlosigkeit andererseits wäre dann für Umfang und Inhalt sowie die näheren Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs das Wohnsitzrecht des Empfängers massgebend, wenn das Rechtsverhältnis, auf Grund dessen geleistet wurde, nie existierte, dagegen das Recht des Kausalverhältnisses bei einer Bereicherungsforderung, die eine zeitweise Wirksamkeit des zu Grunde liegenden Verhältnisses voraussetzt.

Auf die Notwendigkeit der Heranziehung des Rechtes bereits bestehender Rechtsbeziehungen zwischen Entrei-

chertem und Bereichertem im Sinne dieser Lehre wurde denn auch in BGE 77 II 94 f. hingewiesen, obgleich jener Entscheid im übrigen auf Grund der bisherigen Rechtsprechung noch von der Massgeblichkeit des Rechtes am Orte des Eintritts der Bereicherung ausging.

Der dieser zweiten Auffassung zu Grunde liegende Gedanke, dass der innere Zusammenhang des Bereicherungsanspruchs mit einem allfälligen unterliegenden Rechtsverhältnis gewahrt bleiben müsse, ist in der neuesten Literatur weiter verfolgt und verfeinert worden (vgl. ZWEIFERT, Süddeutsche Juristenzeitung 1947, Spalte 247 ff., und an ihn anschliessend RAAPE, IPR 3. Aufl. 1950, S. 329 ff.). Nach dieser Lehre hätte die massgebende Kollisionsnorm dahin zu lauten, dass die Rechtsordnung, welche das Schicksal der Leistung auf dem Weg vom Geschmälernten zum Bereicherten beherrscht, auch für das Ob und Wie der Rückleistung vom Bereicherten zum Geschmälernten gelten muss. In Anwendung dieses Leitgedankens wird sodann wie folgt unterschieden :

a) Besteht keine Rechtsbeziehung zwischen dem Entreicherten und dem Bereicherten, oder doch nicht eine solche, die irgendeinen Rechtsgrund für den Erwerb des letzteren abgeben könnte, so entscheidet über den ganzen Komplex der ungerechtfertigten Bereicherung die Rechtsordnung, aus welcher sich der Erwerb herleitet.

b) Besteht dagegen bereits eine Beziehung rechtlicher Art zwischen dem Entreicherten und dem Bereicherten, so entscheidet das Statut, das für diese im weitesten Sinne zu verstehende rechtliche Beziehung massgebend ist, auch über den damit zusammenhängenden Ausgleichsanspruch (vgl. RAAPE a.a.O.).

Diese dritte Auffassung wird den kollisionsrechtlichen Verhältnissen, wie sie bei der ungerechtfertigten Bereicherung vorliegen, am besten gerecht. Ihr grosser Vorteil liegt darin, dass sie hinsichtlich aller Fragen, die sich im Zusammenhang mit einem Falle von ungerechtfertigter Bereicherung erheben können, immer zu einer einheitlichen

Rechtsanwendung führt. Solche Entscheidungsharmonie ist aber bei der Beurteilung internationalprivatrechtlicher Verhältnisse wenn möglich anzustreben, wie denn auch das Bundesgericht sich um ihretwillen unter Ablehnung vorerst der kleinen und hernach auch der grossen Spaltung für die Massgeblichkeit des einheitlichen, für ein obligatorisches Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit geltenden Obligationsstatuts ausgesprochen hat (BGE 78 II 78,84).

2. — Bei der Anwendung der oben entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist zunächst hervorzuheben, dass die Firma Engels ihr ursprüngliches Kronenguthaben nie an die Klägerin abgetreten hat. Gegenstand des mit der vorliegenden Berufung angefochtenen Urteils vom 26. Mai 1952 bildete vielmehr nur der Bereicherungsanspruch, der ursprünglich der Firma Engels zustand und hernach an die Klägerin abgetreten wurde.

Beteiligt an diesem Bereicherungsverhältnis waren der Beklagte einerseits und die Firma Engels als Rechtsvorgängerin der Klägerin anderseits. Als Bereicherungsvorgang fällt einzig die Auszahlung der 98,000.— dän. Kr. vom 15. September 1948 in Betracht, die auf Grund des von Engels zu Gunsten des Beklagten eröffneten Akkreditivs erfolgte. Die Klägerin behauptet zwar, der Beklagte sei nicht durch diese Zahlung bereichert worden, sondern erst durch die nochmalige Bezahlung des entsprechenden Betrages von schw. Fr. 87,915.80 seitens der Frigaliment an die Volksbank St. Gallen vom 14. Juni 1949 zu Gunsten des Beklagten. Mit dem Empfang des Akkreditivbetrages von 98,000.— dän. Kr. habe der Beklagte nur erhalten, was er zu beanspruchen gehabt habe, da dieser Betrag zur teilweisen Deckung seiner Forderung aus Lieferungen an die Frigaliment dienen sollte. Diese Auffassung ist jedoch irrig. Die Überweisung der 98,000.— dän. Kr. sollte wohl nach der Absicht von Engels, der Klägerin und der Frigaliment dem von der Klägerin erwähnten Zwecke dienen, allein diese Absicht liess sich wegen Ausbleibens der nötigen amtlichen Bewilligungen nicht durch-

führen, weshalb denn auch die Frigaliment die Zahlung vom 14. Juni 1949 an die Volksbank vornahm, um ihre restliche, noch bestehende Schuld gegenüber dem Beklagten zu tilgen. Bereichert war aber der Beklagte ganz ohne Rücksicht auf diese Zahlung nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz von dem Zeitpunkt an, in welchem sich die geplante Verwendung der Akkreditivsumme zur Abtragung der Schuld der Frigaliment gegenüber dem Beklagten als undurchführbar erwies.

Zwischen dem Beklagten als Bereichertem und der Firma Engels als Entreicherter bestand nun keine Rechtsbeziehung, die einen Rechtsgrund für den Erwerb des ersteren abzugeben vermocht hätte. Die Akkreditivstellung, auf Grund deren die Auszahlung des Betrages an den Beklagten erfolgte, schuf keine solche Rechtsbeziehung. Denn Engels liess das Akkreditiv ausschliesslich auf Grund der zwischen ihm, der Klägerin und der Frigaliment getroffenen Abmachungen eröffnen, ohne dass der Beklagte zunächst etwas davon wusste. Das Akkreditiv, das gemäss seinen näheren Bedingungen zur Bezahlung einer Warenlieferung des Beklagten an Engels zu dienen hatte, entbehrte der Grundlage, da ein solches Kaufvertragsverhältnis zwischen dem Beklagten und Engels nicht bestand. Da die Überweisung des Akkreditivbetrages durch die Danske Landmandsbank an den Beklagten am 15. September 1948 erfolgte, ohne dass er die in den Akkreditivbedingungen erwähnte Faktura vorgelegt hätte, lässt sich auch nicht sagen, er habe durch Mitwirkung an der Vortäuschung eines Kaufgeschäfts zwischen ihm und Engels eine Rechtsbeziehung mit diesem begründet, die als Anknüpfung für die Ermittlung des anwendbaren Rechts auszureichen vermöchte. Sein Verhalten in Bezug auf die Akkreditivangelegenheit war ein rein passives, indem er sich darauf beschränkte, die ihm ohne sein Zutun gut geschriebene Akkreditivsumme entgegenzunehmen, um sie vorbehältlich der erforderlichen amtlichen Bewilligungen gemäss der von der Frigaliment erhaltenen Weisung zur

teilweisen Deckung seines Guthabens dieser gegenüber zu verwenden.

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

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

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

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

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

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

Überprüfung der Zuständigkeit von Schiedsgerichten.

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

Contrôle de la compétence des tribunaux arbitraux.

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

Sindacato della competenza dei tribunali arbitrali.

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