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: 121 (2002)

Heft: 2

Artikel: Schiedsgerichtbarkeit in der Schweiz : Perspektiven und Herausforderungen

Autor: Huber, Lucius

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896265

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: 11.01.2026

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

Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz – Perspektiven und Herausforderungen

LUCIUS HUBER*

* Dr. iur., Rechtsanwalt in Basel bei Holzach, Safarik & Partner. Besonderer Dank gilt Herrn lic. iur. K. Feger, Advokat, Frau lic. iur. K. Ebnöther sowie Frau M. Bader und Frau S.-J. Rae für ihre wertvolle Unterstützung.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 81

II. Grundlagen 82
1. Begriff und Erscheinungsformen 82
2. Dualismus in der Schweiz 83
3. Konkordat und Kapitel 12 IPRG 84
4. Internationale Konventionen 86
a) New-Yorker Übereinkommen 86
b) Washingtoner Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) 87
c) Europäisches Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1961 87
d) Brüsseler- und Lugano-Übereinkommen; neue EuGVO 88
5. UNCITRAL Arbitration Rules und UNCITRAL Model Law 88
6. Mehr Vor- als Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit 89

III. Zulässigkeit und Grenzen 90
1. Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses und Rechtsschutzbedürfnis . 90
2. Internationalität des Rechtsverhältnisses 92
3. Problembehaftetes «Verfügbarkeitskriterium» im Konkordat 92
4. «Vermögensrechtlicher Anspruch» gemäss IPRG und NYÜ 94
5. Ausschluss der Schiedsfähigkeit 98
6. Subjektive Schiedsfähigkeit 100

IV. Abgrenzungen und alternative Methoden der Streiterledigung (ADR) 101
1. Schiedsgericht ↔ Schiedsgutachten 101
a) Begriff und Aufgabe des Schiedsgutachtens 101
b) Bindungswirkung des Schiedsgutachtens 101
c) Abgrenzung Schiedsgutachter vom Experten im Rahmen eines Schiedsverfahrens 101
d) Anpassung von Verträgen im Speziellen 102
e) Anfechtung eines Schiedsgutachtens 103
2. Alternative Methoden der Streiterledigung (ADR) 104
a) Begriff des Schlichtungsverfahrens (ADR Mediation) 104
b) Erscheinungsformen von ADR 105

V. Schiedsvereinbarung 108
1. Begriff und Rechtsnatur 108
2. Auf internationale Schiedsvereinbarung anwendbares Recht 109
a) Internationales Verhältnis 109
b) NYÜ 110
c) Art. 178 IPRG 111
3. Gültigkeitsvoraussetzungen 111
a) Autonomiegrundsatz 111
b) Wechselspiel von Form und Willenseinigung 112
c) Materielle Gültigkeitsvoraussetzungen 112

d) Formelle Gültigkeitsvoraussetzungen 115
aa) Art. 178 Abs. 1 IPRG und Art. 6 Abs. 1 Konkordat im Allgemeinen 115
bb) Umfang des Formzwangs und Textnachweis 116
cc) Verhältnis zwischen Art. II Abs. 2 NYÜ und Art. 178 Abs. 1 IPRG 118
e) Sonderfragen im Zusammenhang mit Form und Willenseinigung 119
aa) Auslegung 119
bb) Stellvertretung und Vollmacht 120
cc) Schiedsvereinbarung durch Verweis («by reference») 120
dd) Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen und Statuten ... 123
ee) Schiedsklauseln aufgrund einseitiger Anordnung 125
4. Wirkungen und Erlöschen 126
a) Ausschluss staatlicher Gerichtsbarkeit und Erzwingbarkeit der Schiedsklauseln 126
b) Umfang der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit 127
c) Erlöschen der Schiedsabrede 131

VI. Die Mitwirkung des Staatlichen Richters 131
1. Allgemein 131
2. Bestellung, Abberufung, Absetzung und Ersetzung von Schiedsrichtern 132
3. Vorsorgliche und sichernde Massnahmen 136
a) Konkurrenzierende Kompetenzen zwischen Schiedsgericht und staatlichem Richter 136
b) Mitwirkung des staatlichen Richters 137
4. Beweisverfahren 138
5. Rechtsmittel- und Vollstreckungsverfahren 139

VII. Anwendbares Sachrecht, Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit 139
1. Anwendbares Sachrecht 139
a) Zur «lex causae» gemäss Art. 178 IPRG im Allgemeinen 139
b) Subjektive Anknüpfung 140
c) Objektive Anknüpfung 141
2. Zwingendes Recht im Rahmen der Rechtsanwendung unter Art. 187 IPRG 142
a) Ausgangslage 142
b) Beachtlichkeit von Eingriffsnormen eines Drittstaates 144
aa) Analoge Anwendung von Art. 19 IPRG 144
bb) Grauzone Kartellrecht 146
3. Lois d'application immédiate als Schranke von Schiedsvereinbarungen 148
a) Das Problem 148
b) Das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 5 Abs. 2 IPRG stellt kein tauglicher Ansatz dar 149
c) Einschränkungen von Schiedsvereinbarungen im Lichte der «in Frage stehenden Normenkategorien» 149

4. Durchsetzung zwingender Ansprüche im Rahmen der Vollstreckung? 152

VIII. Schiedsgerichte als Cyber-Courts? 156
1. Ausgangslage 156
2. Schiedsgericht in Form von Cyber-Court? 156
3. Die Stolpersteine auf dem Weg zu einem Cyber-Court 157
a) Formerfordernisse 157
b) Bestellung und Ablehnung eines Schiedsrichters 158
c) Schiedsfähigkeit und Cyber-Court 158
d) Verfahrensgarantien, insbesondere der Grundsatz des rechtlichen Gehörs 158
e) Sicherheitsvorschriften und Wahrung der Vertraulichkeit 159
4. «Online-Schiedsgericht» für Domainnamen-Streitigkeiten 160
a) Formerfordernis 161
b) Arten von Streitigkeiten 161
c) Verfahrensgarantien 162
d) Sicherheitsmassnahmen und Wahrung der Vertraulichkeit . . . 162

IX. Zukunftsprognosen 162
1. Harmonisierungs- und Globalisierungstendenzen; zunehmende Bedeutung der UNIDROIT Principles 162
a) Vereinheitlichung des Rechts 162
b) Zunehmende Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit 165
2. Vereinheitlichung des Schiedsverfahrensrechts in der Schweiz . . 166

I. Einleitung

Aufgrund ihrer traditionell offenen Haltung kommt der Schweiz seit jeher eine führende Rolle im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu. Gründe für diese führende Rolle sind neben der geographischen Lage im Herzen Europas die hohe politische und rechtliche Stabilität und Qualität der Schweiz als neutrales Land. Zu Recht verweist BLESSING[1] darauf, dass speziell unter ausländischen Vertragsparteien das schweizerische Recht «has therefore become a *legal system to trust,* i. e., a legal system of preference in those cases where a contract between two non-Swiss parties was to be based on a ‹neutral› system of substantive law». Die Wahl eines schweizerischen Schiedsortes kombiniert mit der Wahl des schweizerischen Sachrechts findet sich oft in internationalen Werkverträgen über grosse Bauprojekte oder in komplexen internationalen Langzeitverträgen, wie etwa Joint Venture Verträgen und dergleichen.

Eine der Grundvoraussetzungen für diese Entwicklung war die Bereitstellung eines modernen Schiedsgerichtsrechts mit der nötigen Flexibilität für internationale Vertragsverhältnisse. Die Schweiz kann freilich in Zukunft – und hier liegt eine der wesentlichen Herausforderungen – nur dann eines der führenden Länder im Bereich internationaler Schiedsgerichtsbarkeit bleiben, wenn den Bedürfnissen des «Marktes» – dazu zählen neben selbstverständlichen Qualitätserwartungen vor allem Vorhersehbarkeit und Geschwindigkeit – kontinuierlich Rechnung getragen wird. Nur so lässt sich eine permanent hohe Qualität des angebotenen Produktes «Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz» aufrecht erhalten. Die relative Unübersichtlichkeit des schweizerischen «Schiedsgerichtsmarktes» mit seiner normativen Zweiteilung (national/international) und den unterschiedlichen Schiedsreglementen diverser Handelskammern mit Konkurrenzverhalten, ist – in Anbetracht wachsender ausländischer Konkurrenz – der Attraktivität und Qualität eher abträglich.

Auch bei rein innerschweizerischen Verhältnissen nimmt die Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich vermögensrechtlicher Streitigkeiten eine wichtige Rolle ein. Alle Kantone sind mittlerweile dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Jahre 1969 (nachfolgend «Konkordat») beigetreten. Das Konkordat stellt damit ein einheitliches Recht der Binnenschiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz dar.[2] Ungeachtet des Erfolges des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit stellt sich die Frage, ob sich eine Aufrechter-

---

1 BLESSING, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives (1999), N17.

2 Vgl. dazu insbesondere JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage (1984); RÜEDE/HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht (1993); LALIVE/POUDRET/REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse (1989); vgl. auch BLESSING (FN 1), N389 ff.

haltung des dualistischen Systems in der Schweiz – nämlich Konkordat für die innerschweizerische Schiedsgerichtsbarkeit und Kapitel 12 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) für internationale Schiedsgerichtsbarkeit – weiter rechtfertigt bzw. ob nicht wenigstens eine Angleichung des Binnenrechts an den internationalen Massstab anzustreben wäre.

Nachfolgende Ausführungen sollen – ohne Anspruch auf systematische Vollständigkeit – ein Streifzug durch ausgewählte Fragen, der Versuch einer Standortbestimmung der privaten Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz und ihrer inskünftigen Herausforderungen sein. Anschliessend an die überwiegend dogmatischen Ausführungen sollen in einer abschliessenden Betrachtung Ansätze für eine Neuausrichtung der Schiedsgerichtsbarkeit aufgezeigt werden. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit steht dabei im Vordergrund, während auf das Konkordat nur punktuell eingegangen werden soll.

II. Grundlagen

1. Begriff und Erscheinungsformen

Schiedsgerichtsbarkeit, vor allem bei grenzüberschreitenden Verhältnissen, ist heute das bedeutendste Instrument der Konfliktregelung im internationalen Wirtschaftsverkehr. Schiedsgerichtsbarkeit ist immer eine auf Vereinbarung beruhende Gerichtsbarkeit, welche bei privatrechtlichen Rechtsverhältnissen[3] anstelle des ordentlichen staatlichen Richters zur Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit angerufen wird, wobei das Urteil des oder der Schiedsrichter(s) zum voraus als bindend anerkannt wird. Schiedsgerichtsbarkeit ist somit, auch wenn sie nicht mit der Kompetenz zur Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, ein bedeutender Teil der staatlichen Gerichtsorganisation; «Schiedsgerichte sind echte Gerichte und üben wirkliche Gerichtsbarkeit aus»[4].

Die parteiautonome Bestimmung des Forums und dabei der Art der Gerichtsbarkeit im Falle von Streitigkeiten aus internationalen Vertragsverhältnissen ist von gleichermassen zentraler Bedeutung wie die Möglichkeit der Wahl des anwendbaren Sachrechts *(lex causae)*. Die Vertragspraxis zeigt, dass die Parteien der Wahl der Schiedsgerichtsbarkeit als Art der verbindlichen Streiterledigung und dabei dem Sitz des Schiedsgerichts häufig ein weit grösseres Gewicht beimessen als der – strikt von ihr zu trennenden – Rechts-

3 Der Bereich des öffentlichen Rechts bleibt hier ausgeklammert. Vgl. dazu RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 4 m.w.N.

4 RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 3 ff.

wahlklausel. Neben der Vermeidung von Rechtsverfolgungsschwierigkeiten am ordentlichen Gerichtsstand spielen dabei insbesondere die Aspekte der Vorhersehbarkeit der Zuständigkeit und der Rechtssicherheit eine wesentliche Rolle. Ausserdem können mit der Wahl eines «neutralen» Schiedsortes und dem Ausschluss des «Heimvorteils» einer Partei im Bereich gerichtlicher bzw. schiedsgerichtlicher Zuständigkeiten häufig Einigungsschwierigkeiten überwunden werden.

Allgemein lässt sich festhalten, dass die weitreichende Zulässigkeit von Schiedsgerichtsvereinbarungen in der internationalen Vertragsrechtspraxis zu deren Elementarbereich zu zählen ist.

Schiedsgerichtsbarkeit erscheint in der Praxis – vor allem im internationalen Handelsverkehr – häufig in Form der sogenannten *institutionalisierten Schiedsgerichtsbarkeit*. Darunter wird Schiedsgerichtsbarkeit verstanden, welche durch ständige Einrichtungen gewisser Verbände und Handelskammern betreut wird. Diese Betreuung erfolgt durch Reglementierung der Verfahrenseinzelheiten, wobei entweder bei der Ernennung der Schiedsrichter Hilfe geleistet wird oder ständige Schiedsgerichtsgremien zur Verfügung stehen. Die *Internationale Handelskammer (ICC)* mit Sitz in Paris ist die bekannteste dieser Institutionen. Häufig wird ihre Schiedsgerichtsordnung gewählt.

Hat ein internationales Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz, gelangen die Schiedsregeln solcher Institutionen immer nur im Rahmen der (zwingenden) Bestimmung von Kapitel 12 IPRG zur Anwendung.

Von der *institutionalisierten Schiedsgerichtsbarkeit* sind *Gelegenheits-* oder *ad-hoc-Schiedsgerichte* zu unterscheiden, welche – ohne auf die Infrastruktur und Schiedsordnung einer permanenten Schiedsgerichtsorganisation abgestützt zu sein – im Einzelfall von den Parteien bestellt werden.

2. *Dualismus in der Schweiz*

Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit herrscht in der Schweiz – wie erwähnt – nach wie vor ein dualistisches System. Innerschweizerische Schiedsverfahren unterstehen dem Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit.[5] Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hingegen, dass heisst für solche Schiedsverfahren, bei welchen im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt *nicht* in der Schweiz hat, gilt seit 1. Januar 1989 grundsätzlich Kapitel 12 IPRG (Art. 176 bis 194).

---

5 Vgl. zu den Grundlagen RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 6. Als Teil des Prozessrechts fällt die interne Schiedsgerichtsbarkeit in den Kompetenzbereich der Kantone (Art. 122 Abs. 2 BV).

Auch wenn das Konkordat ursprünglich einen erheblichen Fortschritt gegenüber den zuvor in den kantonalen Zivilprozessordnungen enthaltenen Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit bedeutete, stellt es aus heutiger Sicht – so sieht es jedenfalls der Verfasser dieses Berichtes – ein Auslaufmodell dar. Zu zahlreich sind die zwingenden Bestimmungen und Anfechtungsmöglichkeiten, welche den Hochgeschwindigkeitsanliegen der modernen Schiedsgerichtsbarkeit krass entgegenstehen. Das Korsett zwingender Vorschriften – BLESSING spricht in zutreffender Weise von *«uncomfortable straitjacket on both parties and arbitrators»*[6] – steht auch dem *Primat der Parteiautonomie* (diese sollte den in der Regel geschäftserfahrenen Schiedsparteien möglichst umfassend offen stehen) klar entgegen. Im Rahmen der Bemühungen um die Schaffung eines einheitlichen, nationalen Zivilprozessrechtes drängt sich zwangsläufig auch eine Angleichung des nationalen Schiedsgerichtsrechts in der Schweiz an die internationalen Bestimmungen des Kapitel 12 IPRG auf. Die ausschliesslich zwingenden Bestimmungen dieses IPRG-Kapitels widerspiegeln in erster Linie elementare Spielregeln der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Kapitel 12 IPRG stellt in diesem Sinn den Grundpfeiler der gerade in internationalen Verhältnissen erforderlichen Rechtssicherheit dar und ist somit das Aushängeschild der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz.

3. Konkordat und Kapitel 12 IPRG

Nicht nur mit Blick auf internationale Verhältnisse sondern generell ist Kapitel 12 IPRG über die Schiedsgerichtsbarkeit als bedeutender Fortschritt im Vergleich zu zahlreichen Problembestimmungen des Konkordats anzusehen.

Nach dem Vorbild im Kapitel 12 IPRG sollten auch im Konkordat folgende *«neun Stolpersteine»* beseitigt werden:[7]

a) Die rigorosen Formvorschriften des Konkordats hinsichtlich der Schiedsabrede (Art. 6 des Konkordats verlangt für die Schiedsabrede die «Schriftform») wurden in Art. 178 IPRG den Bestimmungen von Art. II des New-Yorker Übereinkommens vom 10. Juli 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (nachfolgend NYÜ) angepasst und entsprechend gelockert. Nichts spricht dagegen, eine solche Lockerung auch bei rein nationalen Verhältnissen zuzulassen.
b) Das schwierige «Verfügbarkeitskriterium» von Art. 5 des Konkordats im Bereich der objektiven Schiedsgerichtsbarkeit wurde durch das wesentlich tauglichere Kriterium des «vermögensrechtlichen Anspruchs» gemäss

6 BLESSSING (FN 1), N395.
7 Vgl. dazu auch statt vieler die überzeugenden Ausführungen von BLESSING (FN 1), N395 ff.

Art. 177 Abs. 1 IPRG ersetzt. Auch hier wäre der international-rechtliche Ansatz ohne weiteres für nationale Schiedsverfahren tauglich.

c) Art. 177 Abs. 2 IPRG enthält eine wichtige Regel für den Fall, dass ein Staat, ein staatlich beherrschtes Unternehmen oder eine staatlich kontrollierte Organisation Partei eines Schiedsverfahrens ist. Die staatliche oder staatlich kontrollierte Partei kann danach ihre Parteifähigkeit im Schiedsverfahren oder die objektive Schiedsfähigkeit einer Streitsache, welche Gegenstand der Schiedsvereinbarung ist, nicht unter Berufung auf eigenes Recht in Frage stellen. Auch bei nationalen Verhältnissen sollten *mutatis mutandis* ähnliche Regeln für den Fall gelten, dass etwa ein Kanton oder eine selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt im Bereich einer privatrechtlichen Auseinandersetzung durch eine Schiedsabrede gebunden ist.

d) Gleichermassen wie Kapitel 12 IPRG – völlig zu Recht – auf die subsidiäre Massgeblichkeit einer staatlichen Zivilprozessordnung verzichtet, sollte die subsidiäre Geltung der Bundeszivilprozessordnung auch bei nationalen Schiedsverhältnissen beseitigt werden.

e) Des weiteren sollte – wie Art. 183 IPRG bei internationalen Verhältnissen – auch im Rahmen des Konkordats eine Kompetenz des Schiedsgerichts für den Erlass vorsorglicher Massnahmen (gegebenenfalls mit Durchsetzungshilfe durch den staatlichen Richter) verankert werden.

f) Die in vielerlei Hinsicht unglückliche Klausel von Art. 29 des Konkordats[8] im Falle der Verrechnungseinrede durch eine Partei sollte, wie dies mit Kapitel 12 IPRG getan wurde, gänzlich gestrichen werden. Wie bereits bei internationalen Schiedsverfahren sollte auch bei nationalen die Verrechnungseinrede – als materiell-rechtliches Verteidigungsmittel – selbst dann erhoben werden können, wenn die Verrechnungsforderung nicht unter die Schiedsabrede fällt und dem Schiedsgericht somit auch eine entsprechende Entscheidungskompetenz über die Zulässigkeit der Verrechnung und das Bestehen der Gegenforderung zukommt.[9]

g) Bedeutend klarer als Art. 31 Abs. 3 des Konkordats, wonach das Schiedsgericht «nach den Regeln des anwendbaren Rechts» (die Frage stellt sich nur bei internationalen Verhältnissen) entscheidet, ist im Art. 187 IPRG für internationale Schiedsverfahren festgehalten, dass das Schiedsgericht – bei Fehlen einer Rechtswahl – die Streitsache nach dem mit der Streitsache

---

8 Aussetzen des Schiedsverfahrens und Ansetzen einer Frist für die Partei, welche die Einrede erhoben hat, zur Geltendmachung des Verrechnungsanspruchs vor dem zuständigen staatlichen Gericht.

9 Vgl. in diesem Sinn auch WENGER, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: BJM 1989, S. 351; LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), S. 382 f.; RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 260.

am engsten zusammenhängenden Recht entscheidet. Darauf ist weiter unten noch zurückzukommen.[10]

h) Wie nun bei internationalen Verhältnissen mit Art. 189 IPRG bereits realisiert, sollte auch national die Stichentscheidkompetenz des Präsidenten oder Vorsitzenden des Schiedsgerichts vorgesehen werden.

i) Die Möglichkeiten zur Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde bei nationalen Schiedsverfahren gemäss Art. 36 Konkordat sind zu weitgehend und laden Schiedsparteien geradezu zum Missbrauch ein. Eine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten nach dem Muster von Art. 190 IPRG und die Einführung einer einzigen Beschwerdeinstanz (vgl. in diesem Sinn auch Art. 191 IPRG) würde auch nationalen Schiedsverfahren «gut bekommen».

Wie bereits erwähnt, enthält Kapitel 12 IPRG über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in sehr gestraffter Form Grundregeln, die in jedem Fall, also zwingend, zu beachten sind. Die grundsätzlich sehr weitreichende Parteiautonomie im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erleidet dadurch in keiner Weise eine Einschränkung. Im Gegenteil: Eine solch weitreichende Parteiautonomie im Bereich internationaler Schiedsverfahren rechtfertigt sich nur dann, wenn gewisse grundsätzliche Spielregeln beachtet werden. Die zwingend notwendige Ergänzung von Kapitel 12 IPRG im Rahmen eines konkreten Schiedsverfahrens – etwa durch Verweisung auf das Schiedsreglement einer Handelskammer – ist dann Sache der Parteien.

4. *Internationale Konventionen*

Im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sind neben Kapitel 12 IPRG folgende internationale Übereinkommen zu beachten:

a) New-Yorker Übereinkommen

Das *New-Yorker Übereinkommen* vom 10. Juli 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ) stellt mit Abstand die wichtigste internationale Konvention im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit dar.[11] Im NYÜ sind insbesondere die Bereiche Anerkennung von Schiedsvereinbarungen (vgl. die wichtige Bestimmung von Art. II) sowie Kriterien für die Anerkennung und Vollstreckung internationaler Schiedsentscheide (Art. IV und V) geregelt. Der Vollstreckungsrichter kann im Rahmen der Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs überprüfen, ob – *nach*

10 Vgl. unten VII.1.

11 SR 0.277.12; AS 1965, 797. Seit 3.8.1965 in der Schweiz in Kraft; vgl. dazu das grundlegende Werk von VAN DEN BERG, The New York Convention of 1958 (1994).

dem eigenen nationalen Recht – der Entscheid objektiv schiedsfähig und nicht *Ordre public*-widrig ist.[12] Dem NYÜ kommt in der Schweiz *erga omnes*-Wirkung zu, d. h. es gilt unabhängig davon, ob der Staat, in welchem der Schiedsentscheid ergangen ist, ein Vertragsstaat des NYÜ ist oder nicht.[13]

b) Washingtoner Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID)

Das *Washingtoner Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten* (ICSID) vom 18. März 1965 gilt seit 14. Juni 1968 für die Schweiz.[14] In Art. 54 Abs. 1 des Washingtoner Übereinkommens ist festgehalten, dass unter der Ägide des ICSID ergehende Schiedssprüche in jedem Vertragsstaat anerkannt und wie innerstaatliche Entscheide vollstreckt werden. Dies hat zur Folge, dass jede Kontrolle des Schiedsspruches – auch die *Ordre public*-Prüfung – ausgeschlossen ist.

c) Europäisches Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1961

Dem *Europäischen Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit* vom 21. April 1961 ist – obwohl von der Schweiz noch nicht ratifiziert – viel Beachtung zu schenken. Es zielt nämlich auf eine Verbesserung der Anerkennung der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ab, schränkt die Anfechtungsgründe – auch im Vergleich mit dem NYÜ – weiter ein, enthält gewisse Regeln zur Sicherstellung der Bildung eines Schiedsgerichts und räumt für den Fall des Fehlens einer Rechtswahl ein kollisionsrechtliche Autonomie ein.[15]

---

12 Vgl. dazu HONSELL/VOGT/SCHNYDER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht (1996), BLESSING, Einleitung zum 12. Kapitel, N72 (nachfolgend IPRG-BLESSING), welcher diesen Umstand wohl zu Recht für unbefriedigend hält, zumal sich das internationale Schiedsverfahren selbst in signifikanter Weise von Lokalvorschriften gelöst habe.

13 Vgl. dazu HEINI/KELLER/SIEHR/VISCHER/VOLKEN (Hrsg.), IPRG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989 (1993), SIEHR, Art. 194 N2 (nachfolgend IPRG-Kommentar-SIEHR).

14 SR 0.975.2; vgl. auch HONSELL/VOGT/SCHNYDER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht (1996), PATOCCHINI/JERMINI, Art. 194 N25 (nachfolgenden IPRG-PATOCCHINI/JERMINI), welche festhalten, dass es sich um eine Form der auf staatsvertraglicher Ebene institutionalisierten Schiedsgerichtsbarkeit handle.

15 Vgl. Art. VII des Übereinkommens, welcher festhält «... the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In those cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages». Vgl. dazu auch IPRG-BLESSING, Einleitung zum 12. Kapitel, N73 ff., S. 75, S. 76, welcher darauf hinweist, dass damit der «Weg zur Loslösung der internationalen Schiedsgerichte von Fesseln an lokales Recht» in die Wege geleitet worden sei.

d) Brüsseler- und Lugano-Übereinkommen; neue EuGVO

Das Brüsseler- resp. Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 *(EuGVÜ)* – seit dem 1. März 2002 gilt anstelle des EuGVÜ die *Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung Nr. 44/2001 (EuGVO)* – resp. vom 16. September 1988 *(LugÜ)* schliesst die Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Anwendungsbereich ausdrücklich aus.[16]

5. *UNCITRAL Arbitration Rules und UNCITRAL Model Law*

Die Entwicklung nationaler Gesetze zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit stand nicht nur unter dem erheblichen Einfluss institutioneller Schiedsordnungen[17], sondern insbesondere auch der *UNCITRAL Arbitration Rules* aus dem Jahre 1976 und des *UNCITRAL Model Law* vom 11. Dezember 1985[18]. Die *UNCITRAL Arbitration Rules* haben insbesondere im Bereich der *ad-hoc*-Schiedsgerichtsbarkeit eine grosse Bedeutung erlangt, stellen sie doch ausserhalb institutioneller Schiedsverfahren eine international akzeptierte Verfahrensregelung dar. Die *UNCITRAL Arbitration Rules* bildeten darüber hinaus die wesentliche Basis für die Schaffung des *UNCITRAL Model Law,* dessen Schaffung seinen Ausgangspunkt in der Tatsache findet, dass die «sog. *fairen und berechtigten Erwartungen der Parteien («fair and reasonable expectations of the Parties»),* welche eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben, oft durch widersprechende, zwingende Bestimmungen des am Schiedsort massgeblichen Rechts frustriert werden».[19] Das *UNCITRAL Model Law* entstand zudem aus der Erkenntnis, dass auch im Bereich inter-

16 Vgl. Art. 1 Abs. 2 Nr. 4 EuGVÜ / LugÜ, vgl. dazu auch IPRG- PATOCCHINI/JERMINI, Art. 194 N27.

17 Vgl. dazu insbesondere die ICC-Schiedsgerichtsordnung (1998).

18 UNCITRAL = United Nations Commission on International Trade Law. Die *UNCITRAL Arbitration Rules* wurden von der Volksversammlung der Vereinten Nationen im Dezember 1976 verabschiedet und für die Anwendung im internationalen Wirtschaftsverkehr empfohlen; das *UNCITRAL Model Law* wurde von der Generalversammlung der Vereinten Nationen mit Resolution 40/72 vom 11. Dezember 1985 verabschiedet; vgl. dazu das grundlegende Werk von HOLTZMANN/NEUHAUS, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; Legislative History and Commentary (1989); vgl. auch IPRG-BLESSING, Einleitung zum 12. Kapitel, N83 ff. und N88 ff. m. w. N.

19 Vgl. IPRG-BLESSING, Einleitung zum 12. Kapitel, N90, welcher als Beispiele nennt: Die massgebliche nationale Schiedsgerichtsordnung kennt die Wirksamkeit einer Schiedsklausel zur Regelung künftiger Streitigkeiten nicht, oder die sog. Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts wird nicht anerkannt, oder die Parteiautonomie hinsichtlich der Wahl des für das Schiedsgerichtsverfahrens massgeblichen prozessualen und/oder materiellen Rechts wird nicht anerkannt oder beschränkt.

nationaler Schiedsgerichtsbarkeit Notwendigkeiten zur Globalisierung und Harmonisierung bestehen.[20] Das *UNCITRAL Model Law* ist heute der Massstab für alle modernen Gesetzgebungen im Bereich internationaler Schiedsgerichtsbarkeit. In ihm ist insbesondere das *Primat der Parteiautonomie* sehr deutlich festgehalten. Als «weitgehend vollständige legislatorische Lösung»[21] bietet das *UNCITRAL Model Law* auch der Rechtssicherheit dienende Regelungen, indem etwa die Rechtshängigkeit oder Fragen der Klagänderung oder Klagergänzung klar geregelt werden. Es ist vor diesem Hintergrund kein Zufall, dass zwischenzeitlich eine ganze Reihe von Staaten das *UNCITRAL Model Law* vollständig oder doch im Wesentlichen in das eigene nationale Recht integriert haben.[22]

6. *Mehr Vor- als Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit*

Allgemein lässt sich festhalten, dass in ihrem Anwendungsbereich die Schiedsgerichtsbarkeit auch im Vergleich mit der staatlichen Gerichtsbarkeit mehr Vor- als Nachteile bietet. Zu erwähnen sind insbesondere die Möglichkeit, die Streitigkeit durch Branchenkundige oder durch Juristen mit Spezialkenntnissen im Bereich des internationalen Handelsverkehrs beurteilen zu lassen, die Diskretion des Verfahrens sowie generell eine die gütliche Beilegung fördernde Atmosphäre. Mit der Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Handel wird überdies erreicht, dass sich eine Partei im Streitfall nicht an das staatliche Gericht im Domizilland der Gegenpartei wenden und dort in einer ihr fremden Sprache nach fremden Prozessvorschriften ihre Ansprüche geltend machen muss.

Als Vorteil besonders hervorzuheben ist sodann, dass Schiedsgerichtsurteile im Ausland häufig einfacher vollstreckt werden können als staatliche

---

20 Die Ausgestaltung als *UNCITRAL Model Law* entspricht der Intention dieses Regelwerkes; damit sollte den diversen Staaten mehr Flexibilität im Rahmen der Integration in die eigene nationale Gesetzgebung gewährt werden, was sich wiederum positiv auf die internationale Akzeptanz auswirkt. Die weiteren Entwicklungen seit der Verabschiedung des *UNCITRAL Model Law* haben diese Ausrichtung mehr als bestätigt.

21 IPRG-Blessing, Einleitung zum 12. Kapitel, N92.

22 Vgl. dazu insbesondere Blessing (FN 1), N91 ff. Vgl. auch die interessanten Ausführungen in IPRG- Blessing, Einleitung zum 12. Kapitel, N186 ff. hinsichtlich der Frage, ob sich auch für die Schweiz eine Übernahme des *UNCITRAL Model Law* aufgedrängt hätte. Zurecht wird darauf hingewiesen, dass sich eine solche Übernahme vor dem Hintergrund der grossen Tradition der Schweiz im Bereich internationaler Schiedsgerichtsbarkeit weit weniger als in vielen Staaten aufdrängt. Ausserdem bestehen zwischen Kapitel 12 IPRG – einer sehr prägnanten und liberalen Lösung – und dem *UNCITRAL Model Law* keinerlei grundlegende Unterschiede.

Gerichtsurteile. Das NYÜ gewährt eine nahezu weltweite Vollstreckbarkeit internationaler Schiedsurteile.

Zeit- und kostensparend wirkt sich zwar aus, dass der in Streitigkeiten vor staatlichen Gerichten häufig unvermeidliche Instanzenweg vor oberen Gerichten bei Schiedssprüchen mit fehlenden oder nur sehr eingeschränkten Anfechtungsmöglichkeiten häufig ganz entfällt.

Allerdings liegt im Verzicht auf eine umfassende Kontrolle des Schiedsspruches durch eine Oberinstanz – lediglich besonders gravierende Mängel können geltend gemacht werden – ein gewisses Risiko, dem durch eine sorgfältige Wahl der Schiedsrichter oder der Schiedsgerichtsinstitution Rechnung zu tragen ist. Auch kann ein Schiedsverfahren gegebenenfalls – insbesondere wenn ein Dreierschiedsgericht in einem Fall mit niedriger Streitsumme tätig ist – kostspieliger sein kann als ein Verfahren vor dem staatlichen Richter.

III. Zulässigkeit und Grenzen

1. Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses und Rechtsschutzbedürfnis

Generell muss ein Bezug zwischen der Schiedsvereinbarung und einem *bestimmten Rechtsverhältnis* bestehen. Das der bereits bestehenden oder inskünftigen Rechtsstreitigkeit zugrundeliegende Rechtsverhältnis muss konkret bestimmt oder bestimmbar sein.[23] Das Kriterium der Bestimmbarkeit ist etwa dann erfüllt, wenn sich die Schiedsvereinbarung aus einer Klausel eines bestimmten Vertragsdokuments oder aus einem Anhang zu demselben ergibt.[24] Ungenügend ist hingegen, wenn die Parteien in einer Schiedsvereinbarung «alle aus der gegenwärtigen oder künftigen Geschäftsbeziehung zwischen ihnen bestehende Rechtsstreitigkeit» erfassen möchten.[25] Ohne anders lautende Absprache gilt hingegen die Schiedsvereinbarung auch für «ergänzende, ändernde und erweiternde» Vertragsnachträge.[26] Abgesehen von sich gegebenenfalls stellenden Formproblemen entscheidet die Auslegung des

23 Vgl. dazu WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPRG-Gesetzes (1991), S. 68; HONSELL/VOGT/SCHNYDER (Hrsg.); Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, S. 71 ff.; IPRG-WENGER, Art. 78 N32; VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht (2000), N1379.

24 Vgl. RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 67 ff.; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 72; IPRG-WENGER, Art. 178 N32.

25 WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 72 mit zahlreichen Beispielen für genügend und ungenügend bestimmte Schiedsklausel; RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 67 ff.; IPRG-WENGER, Art. 78 N32.

26 IPRG-WENGER, Art. 178 N32.

Parteiwillens darüber, ob sich eine Schiedsvereinbarung auch auf eigenständige Folge- oder Parallelverträge zwischen denselben Parteien erstreckt.[27]

Die Frage nach dem *Umfang der Schiedsgerichtszuständigkeit bzw. der Reichweite einer Schiedsvereinbarung* ist grosszügig auszulegen. So erstreckt sich die schiedsgerichtliche Entscheidungsbefugnis gemäss Art. II Abs. 1 NYÜ ausdrücklich auch auf *nichtvertragliche Ansprüche* wie etwa aus unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag.[28] Es ist nicht einzusehen, wieso gleiches nicht auch unter dem IPRG und dem Konkordat gelten sollte. Erfasst sind von einer Schiedsvereinbarung zudem im Rahmen einer vertraglichen Beziehung entstandene Schadenersatzansprüche aus *unerlaubter Handlung,* wenn gleichzeitig eine Vertragsverletzung behauptet wird, sowie, mangels anderslautender Abreden, Streitigkeiten hinsichtlich des Zustandekommens, der Wirksamkeit oder der Beendigung des Vertragsverhältnisses.

Bei internationalen Verhältnissen beurteilt sich die Frage der hinreichenden Bestimmbarkeit – unabhängig von kollisionsrechtlichen Verweisungen *(lex causae)* – autonom und unter Beachtung von Sinn und Zweck entweder nach Art. II Abs. 1 NYÜ (im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens) oder gemäss Art. 178 IPRG (im Rahmen des Schiedsverfahrens oder des Einspracheverfahrens), auch wenn diese Bestimmung das Erfordernis der Bestimmtheit nicht explizit umfasst.

Abgesehen vom Bestimmbarkeitserfordernis muss – wie bei einem staatlichen Zivilprozess – auch im Schiedsgerichtsverfahren ein *Rechtsschutzbedürfnis* vorhanden sein.[29]

---

27 Solche Fragen können sich insbesondere bei komplexen Vertragsverhältnissen, etwa bei Joint Venture Verhältnissen mit einem ganzen Geflecht von Verträgen (Basis- und Satellitenverträge) stellen. Vgl. dazu auch RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 75, welche zu Recht darauf hinweisen, dass die in einem Rahmenvertrag enthaltene Schiedsklausel in aller Regel auch für Einzellieferungen aus einer im Rahmenvertrag enthaltenen Bezugsverpflichtung gelte.

28 Vgl. BGE 116 I a 56 ff.: In diesem Entscheid vermerkt das Bundesgericht, dass – soweit die Schiedsvereinbarung keine entsprechenden Einschränkungen erhält – «davon auszugehen [ist], dass die Parteien eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgericht wünschen, wenn sie schon eine Schiedsabrede getroffen haben»; vgl. auch IPRG-WENGER, Art. 178 N 33; STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art. 27–37 EGBGB, Internationales Vertragsrecht (12. Aufl. 1998), zitiert: STAUDINGER-Bearbeiter, STAUDINGER-HAUSMANN, Anh. zu Art. 27 ff. EGBGB N207; RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 67 ff., insbesondere S. 73 ff.

29 Vgl. RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 47 f., welche festhalten, dass das mit der Klage verfolgte Interesse schutzwürdig sein müsse und nicht mutwillig sein dürfe. Es dürfe ausserdem nicht auf eine unmögliche und unsittliche Leistung oder einen prozessfremden Zweck gerichtet sein. Zur Klarstellung sei vermerkt, dass es Sache des Schiedsgericht ist, zu beurteilen, ob ein vertraglicher Anspruch wegen Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR nicht gegeben ist.

2. *Internationalität des Rechtsverhältnisses*

Art. 178 IPRG setzt das Vorliegen eines (normativen) *internationalen Rechtsverhältnisses* im Sinne von Art. 176 IPRG voraus. Wenigstens eine Partei muss danach ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung nicht in der Schweiz gehabt haben. Kapitel 12 IPRG ist in diesem Zusammenhang auch dann anwendbar, wenn die ursprünglich ausländische Partei nach Abschluss der Vereinbarung ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in die Schweiz verlegt.[30]

3. *Problembehaftetes «Verfügbarkeitskriterium» im Konkordat*

Wenig praxistauglich können gemäss Art. 5 des Konkordats nur solche Ansprüche Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein – damit wird die Frage der *objektiven Schiedsfähigkeit* angesprochen –, «welche der freien Verfügung der Parteien unterliegen, sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist». Das Kriterium der *freien Verfügbarkeit* betrifft somit eine Frage des materiellen Rechts. Es erwies sich deshalb insbesondere dann als problembeladen, als das Konkordat auch noch für internationale Schiedsverfahren zur Anwendung kam. Galt es doch damals, zunächst das anwendbare Sachrecht festzulegen; denn erst dieses konnte die Frage nach der freien Verfügbarkeit effektiv beantworten.[31]

Das bei internationalen Schiedsverfahren nun massgebende Kriterium des *«vermögensrechtlichen Anspruchs*[32]*»* (Art. 177 IPRG) beseitigte erhebliche Schwierigkeiten der alten Regelung; die Frage der objektiven Schiedsgerichtsbarkeit lässt sich in internationalen Schiedsverfahren heute wesentlich einfacher beantworten. Komplexe und langwierige Abklärungen, wie dies unter dem Regime des Konkordats nicht selten notwendig war, sind unter dem IPRG nicht mehr erforderlich. Aufgrund des Sachnormcharakters von Art. 177 IPRG mit autonomer Auslegung des Begrifss *«vermögensrechtlicher Anspruch»* erübrigt sich ein Blick auf die *lex causae,* nach welchem der geltend gemachte Anspruch beurteilt wird.

Aber auch bei nationalen Schiedsverfahren drängt sich – wie erwähnt – eine Eliminierung des Kriteriums der freien Verfügbarkeit auf. Wie im IPRG

---

30 Vgl. dazu IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 176 N1 ff.; vgl. auch BGE 115 II 288: Art. 176 IPRG regelt den Geltungsbereich des 12. Kapitels abschliessend. Auch das NYÜ setzt zwangsläufig ein internationales Rechtsverhältnis voraus.

31 Vgl. IPRG-Blessing, Einleitung zum 12. Kapitel, N148.

32 Vgl. unten III.4.

sollte auch innerschweizerisch ein erweiteter Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit geschaffen werden. Entgegen den Ausführungen von RÜEDE/HADENFELDT[33] ist Art. 19 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) letztlich ein wenig tauglicher Ansatz zur Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit bei innerschweizerischen Verhältnissen. Gemäss der heutigen Bestimmung von Art. 5 Konkordat ist etwa eine Klage auf Erfüllung eines unmöglichen oder widerrechtlichen oder gegen die guten Sitten verstossenden Vertrages (vgl. Art. 20 OR) nicht schiedsfähig und die in einem solchen Vertrag getroffene Schiedsabrede wäre ungültig. Dies ist unbefriedigend. Es ist nicht einzusehen, wieso eine in einem an sich nichtigen Vertrag getroffene Schiedsabrede nicht gültig und es nicht Sache des Schiedsgerichts sein soll, die Frage der Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit oder Unmöglichkeit eines Vertragsverhältnisses zu beurteilen. Das Beispiel zeigt, dass der Begriff der freien Verfügbarkeit zu einer unseligen Verknüpfung zwischen der rein materiell-rechtlichen Frage der Vertragsgültigkeit bzw. -nichtigkeit und der prozessrechtlichen Frage der objektiven Schiedsfähigkeit führen kann. Auch binnenrechtlich sollte letztlich der Begriff des vermögensrechtlichen Anspruchs zur Beurteilung der Frage der objektiven Schiedsfähigkeit massgebend sein. Der Begriff des «vermögensrechtlichen Anspruchs» als Kriterium für die objektive Schiedsfähigkeit vermeidet einen solchen «Sumpf» materiell- und prozessrechtlicher Fragen. Immerhin verwendet auch das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege im Zusammenhang mit der Frage der Berufungsfähigkeit den Begriff *«vermögensrechtliche Zivilsache»*. Damit liessen sich auch bei binnenrechtlichen Schiedsverfahren erhebliche Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Frage nach einer auf den Begriff der «freien Verfügbarkeit» ausgerichteten objektiven Schiedsfähigkeit vermeiden.

Im Sinne einer erweiterten Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit auch im innerschweizerischen Bereich stellt sich insbesondere die Frage, ob nicht Bereiche wie etwa das Miet- und Arbeitsvertragsrecht wenigstens in beschränktem Umfang schiedsfähig sein sollten. Wieso sollte es nicht möglich sein, etwa in einem Vertrag über die Miete einer Geschäftsliegenschaft, eine Schiedsklausel zu verankern? Wie der staatliche Richter wäre auch das Schiedsgericht an zwingende Bestimmungen des Mietrechts gebunden. Auch wagt der Verfasser die Prognose, dass die Qualität der Rechtsprechung dadurch nicht leiden würde.

33 RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 49.

4. *«Vermögensrechtlicher Anspruch» gemäss IPRG und NYÜ*

Sowohl im NYÜ als auch im IPRG ist die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit geregelt.

Eine kumulative Anknüpfung von Art. V Abs. 1 lit. a und Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ[34] wird entgegen anderer Ansicht[35] und wohl entgegen dem Wortlaut der beiden Bestimmungen abgelehnt. Die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit ist im Rahmen des *Vollstreckungsverfahrens* gemäss Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ allein nach dem Recht des Vollstreckungsstaates zu beurteilen.[36] Im Rahmen des *Einredeverfahrens* hat der staatliche Richter die objektive Schiedsfähigkeit nach seiner *lex fori* zu prüfen, in der Schweiz also gemäss Art. 177 IPRG.[37]

Der Begriff *«vermögensrechtliche Streitigkeit»*, welcher bei einem internationalen Schiedsverfahren immer dann für die Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit massgebend ist, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz oder ein schweizerischer staatlicher Richter die erhobene Einrede der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit zu beurteilen hat, ist nirgends definiert.[38] Zwar übernimmt Art. 177 IPRG damit den bereits in den Art. 5, 6 und 16 IPRG verwendeten Begriff. Hingegen betont VISCHER[39] zu Recht, dass die Auslegung des Begriffs im Blick auf die Funktion der jeweiligen Bestimmung zu erfolgen habe, was zu Unterschieden führen kann.[40]

---

34 Gemäss Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ kann die Anerkennung und Vollstreckung verweigert werden, wenn die sich darauf berufende Partei den Beweis erbringt, «dass die Parteien, die eine Vereinbarung im Sinne des Art. II geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich massgebend ist, in irgendeiner Hinsicht hierzu nicht fähig waren, oder dass die Vereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben, oder, falls die Parteien nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, ungültig ist...»; in Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ ist demgegenüber festgehalten, dass eine Vollstreckungsverweigerung auch dann möglich ist, wenn die zuständige Behörde des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, feststellt, «dass der Gegenstand des Streites nach dem Recht dieses Landes nicht auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann,...».

35 Vgl. dazu STAUDINGER-HAUSMANN (FN 28), Anh. zu Art. 27 ff. EGBGB N209, welcher ausführt, dass eine Schiedsvereinbarung nur dann wirksam sei, wenn der Gegenstand sowohl nach dem Schiedsvertragstatut als auch nach der *lex fori* des staatlichen Einrede- oder Vollstreckungsgerichts schiedsfähig ist. Die Notwendigkeit einer solchen doppelten Hürde ist nicht erkennbar.

36 Vgl. OLG HAMM vom 2.1.1982 = IPRax 1985, S. 218 mit Anm. von WALTER-WACKENHUTH, S. 22; vgl. Yb. Com. Arb.1996, S. 594, S. 599 f.

37 VAN DEN BERG, The New York Arbitration Convention of 1958 (1994), S. 152; SCHLOSSER, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit (1989), N299 ff.; Yb. Com. Arb. 18 (1993), S. 422; STAUDINGER-HAUSMANN (FN 28), Anh. zu Art. 27 ff. EGBGB N209.

38 Auch nicht im erwähnten Art. 44 OG; vgl. auch die Art. 5, 6 und 16 IPRG.

39 IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N2.

40 IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 16 N31 ff.

In Anbetracht der relativen Eigenständigkeit (Autonomie) des Kapitel 12 IPRG[41], aber auch aufgrund des IPR-Sachnormcharakters dieser Bestimmung, ist eine autonome Interpretation mit Blick auf die Funktion dieser Bestimmung vorzunehmen. Die Auslegung beschränkt sich von vorneherein lediglich auf Einschränkungen der Schiedsfähigkeit, welche ausschliesslich aus dem IPRG selbst hervorgehen, wobei es gewichtige Gründe für ein möglichst weitgehende Autonomie von Kapitel 12 IPRG gibt.[42]

Aus dem Umstand der in Art. 177 Abs. 1 IPRG enthaltenen materiellen Regel des IPR (IPR-Sachnorm) sowie der Tatsache, dass die im Schweizer Recht (z. B. Mietrecht oder Arbeitsvertragsrecht) vorhandenen Einschränkungen der Dispositionsfreiheit bei einem internationalen Schiedsverfahren nicht gelten, weil keine eigentliche *lex fori* existiert, darf die Auslegung des Begriffs «vermögensrechtliche Streitigkeit» jedenfalls nicht nur nach dem schweizerischen Recht vorgenommen werden.[43] Vielmehr hat die Interpretation des Begriffs dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mit Kapitel 12 IPRG ein möglichst breiter Zugang zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit geschaffen und gefördert werden sollte. Dies hat auch das Bundesgericht – etwa in BGE 118 II 353 E. 3a – festgehalten. Das in Art. 19 IPRG zum Ausdruck gebrachte Prinzip, wonach ausländisches zwingendes Recht unter gewissen Voraussetzungen selbst dann zu beachten ist, wenn es nicht mit dem auf die Streitsache selbst anwendbaren Sachrecht identisch ist, ist in restriktiver Anwendung auch bei der Auslegung des Begriffs vermögensrechtliche Streitigkeiten bzw. bei der Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit zu berücksichtigen. Etwa dann, wenn keinerle Bezug der Streitsache zur Schweiz, hingegen eine enge Verbindung zu einem Drittstaat besteht, welcher z. B. für devisenrechtliche Streitigkeiten Schiedsverfahren untersagt. Eine solche Berücksichtigung des Grundgedankens von Art. 19 IPRG kann deshalb von vorneherein nur eine sinngemässe und restriktive sein, weil die *lex arbitri* eines internationalen Schiedsgerichts nicht der *lex fori* des schweizerischen Richters entspricht. Art. 19 IPRG ist eine primär an den staatlichen Richter gerichtete kollisionsrechtliche Anknüpfungsregel, welche in erster Linie bei der materiellen Beurteilung der Streitsache zu beachten ist.

---

41 LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 177 N5, betrachten das 12. Kapitel als ein in sich geschlossenes, von den allgemeinen Bestimmungen des IPRG völlig getrenntes Sondersystem. IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N20, hingegen verneint einen solchen Sonderstatus. Die allgemeinen Bestimmungen des IPRG, insbesondere auch von Art. 19, seien auch im Bereich des 12. Kapitels zu beachten.

42 Vgl. LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 177 N5; vgl. dazu auch IPRG-BRINER, Art. 177 N 6 ff.; welcher zwingende Gerichtsstände des IPRG als nicht bindend ansieht für die Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit und als einzige Schranke den Vorbehalt des *Ordre public* gelten lässt.

43 Der Verfasser hat seine diesbezügliche Meinung gegenüber früheren Äusserungen – vgl. VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1388 – geändert. Vgl. auch IPRG-BRINER, Art. 177, N 11 ff.

Generell ist ein Anspruch als «vermögensrechtlich» zu verstehen, wenn er sich als «geldwerter Aktiv- oder Passivposten im Vermögen des Berechtigten» auswirkt.[44] Mit Blick auf die damit angesprochene Qualität des klagweise verfolgten Interesses liegt ein vermögensrechtlicher Anspruch im Allgemeinen immer dann vor, wenn der Anspruch ein «in Geld bestimmbares Interesse» darstellt.[45] Angesprochen sind damit der «Parteidisposition offenstehende Streitgegenstände».[46] Umgekehrt können Ansprüche, über welche die Parteien nicht (im Sinne von Art. 5 Konkordat) verfügen können, durchaus vermögensrechtlicher Natur sein (etwa Unterhaltsansprüche im Scheidungsprozess). Hier zeigt sich der im Vergleich in Art. 5 Konkordat weiterreichende Wirkungsbereich von Art. 177 IPRG, indem ausserhalb des IPRG liegende gesetzliche Einschränkungen der Schiedsgerichtsbarkeit (etwa Art. 274c OR für die Wohnungsmiete oder Art. 226 l OR im Zusammenhang mit Abzahlungsverträgen oder Art. 27 Abs. 2 AFG im Bereich von Kollektivanlageverträgen) im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unbeachtlich sind. Im Rahmen von Art. 177 IPRG ist – sieht man einmal von den zuvor geschilderten Ausnahmen unter den Prinzipien von Art. 19 IPRG ab – ein Ausschluss der Schiedsfähigkeit nur so weit beachtlich, als sich dies aus dem *Ordre public* ergibt.[47] Eine solche *Ordre public*-Relevanz ist, wie VISCHER prägnant festhält[48], in aller Regel nur dann gegeben, wenn der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit direkt auf den Schutz einer bestimmten Personengruppe gerichtet ist, «die zu schützende Person in einer relevanten Beziehung zur Schweiz steht und ein besonderes staatliches Verfahren, mithin die Durchsetzung zwingender Schutzbestimmungen, welchen der Charakter unmittelbar anwendbaren Normen im Sinne von Art. 18 IPRG *(loi d'application immédiate)* zukommt», gesichert werden soll. Als Beispiel einer solchen zwingenden Schutzbestimmung ist etwa Art. 274c OR im Bereich der Wohnungsmiete in einer in der Schweiz gelegenen Liegenschaft zu bezeichnen. Allerdings muss der Mieter in der Schweiz seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben. Umgekehrt fehlt ein solcher Schutzcharakter im Bereich des Abzahlungsvertrags oder bei Kollektivanlageverhältnissen. Konkret bedeutet dies, dass bei internationalen Abzahlungs- oder Kol-

44 IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N3.

45 Vgl. BGE 118 II 356; vgl. auch IPRG-Kommetar-VISCHER, Art. 177 N3; LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 177 N2, welche darauf hinweisen, dass das vermögensrechtliche Interesse auch ein indirektes sein kann, z. B. als Folge einer Nationalisierung.

46 Vgl. Botschaft zum IPRG, Ziff. 213.5 und Ziff. 2101.22.

47 Vgl. BGE 118 II 357; vgl. auch BUCHER, Die Neue Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (1989), N97; IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N15; vgl. auch IPRG-BRINER, Art. 177 N 13.

48 IPRG-Kommentart-VISCHER, Art. 177 N15.

lektivanlageverhältnissen der sich aus Art. 114 Abs. 2 und Art. 151 Abs. 3 IPRG ergebende Schutz ausreichen muss.[49]

Vermögensrechtliche und damit schiedsfähige Ansprüche sind vor allem solche aus Vertrags- und Gesellschaftsrecht sowie aus gewerblichem Rechtsschutz und geistigem Eigentum, ebenso Ansprüche aus Arbeitsvertrag oder im Zusammenhang mit Gestaltungsklagen des Gesellschaftsrechts (Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen oder Auflösungsklagen).[50] Schiedsfähig sind auch Ansprüche aus Kartellrecht.[51] Allerdings muss es sich um einen kartellrechtlichen Anspruch privatrechtlicher Natur handeln.[52] Schiedsfähigkeit ist zudem grundsätzlich bei vermögensrechtlichen Ansprüchen aus Familien-, Erb- und Sachenrecht sowie rein materiell-rechtlichen Klagen im Rahmen von Betreibungs- und Konkursverfahren gegeben.[53] Darüber hinaus können auf die Neugestaltung von Rechtsverhältnissen abzielende Regelungsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht entschieden werden. In langfristigen internationalen, meist komplexen Verträgen (z. B. Joint Venture Verbindungen) finden sich vielfach Neuverhandlungspflichten bzw. Anpassungsklauseln. Es ist nicht einzusehen, wieso es den Parteien in solchen Fällen nicht frei stehen soll, die Anpassung im Falle einer Nicht-Einigung durch ein Schiedsgericht vornehmen zu lassen. Desgleichen muss ein Schiedsgericht im Rahmen der Beurteilung eines vermögensrechtlichen Anspruchs vorfrageweise auch nichtvermögensrechtliche Fragen beurteilen können (etwa die Frage, ob eine juristische Person oder ein ausländisches Immaterialgüterrecht gültig besteht).[54]

---

49 Vgl. BUCHER (FN 47), N96; IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N16, welcher auch im Bereich der richterlichen Genehmigung von Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung oder Trennung sich aus dem *Ordre public* ergebende Einschränkungen der Schiedsfähigkeit sieht, sofern die Scheidung und die Regelung der Nebenfolgen dem schweizerischen Recht unterstehen oder das anwendbare ausländische Recht zwingend eine Genehmigung vorschreibt.

50 Vgl. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 59/60.

51 Gemäss Art. 18 Abs. 3 Kartellgesetz (KG) gelten die Art. 18 Abs. 1 und 2 KG genannten Einschränkungen nicht für Verträge oder Beschlüsse, an welchen Parteien mit Wohnsitz im Ausland beteiligt sind, sofern die Beurteilung der Streitigkeit durch ein internationales Schiedsgericht vorgesehen ist.

52 Vgl. BGE 118 II 193 ff.

53 Vgl. BUCHER (FN 47), N91 und 92; IPRG-BRINER, Art 177 N9.

54 Obwohl sich aus der Ablehnung einer schweizerischen Zuständigkeit für Gültigkeit- und Eintragungsklagen in Bezug auf ausländische Immaterialgüterrechte ergibt, dass ein staatlicher Richter in der Schweiz eine Gerichtsstandswahl hinsichtlich Klagen über ausländische gewerbliche Schutzrechte nicht annehmen kann, ist daraus nicht zwingend zu schliessen, dass ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz, welches sich auch mit dem Bestand ausländischer gewerblicher Schutzrechte auseinander zu setzen hat, die Zuständigkeitsfrage gleich beurteilen muss. Massgebend ist allein, ob ein solches schiedsgerichtliches Urteil im Schutzstaat als vollstreckbarer Titel (mit registerrechtlichen Konsequenzen) anerkannt wird; vgl. dazu auch IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 109 N13 f.

Mit dem materiell-rechtlichen Ansatz der IPR-Sachnorm von Art. 177 IPRG wird die Frage der Schiedsfähigkeit von der *lex arbitri* beherrscht. Strengere Vorschriften der *lex causae* oder des nationalen Rechts der Parteien werden grundsätzlich nicht beachtet. Daraus ergeben sich gegebenenfalls Schwierigkeiten bei der Anerkennung und Vollstreckung eines in der Schweiz gefällten Schiedsspruchs im Ausland.[55] Das Bundesgericht hat sich – darauf hinweisend, dass das Risiko der Nichtvollstreckbarkeit des Schiedsentscheides im Ausland letztlich die Parteien zu tragen haben – in neueren Entscheiden verschiedentlich zu einer weiten Auslegung des Begriffs «vermögensrechtliche Streitigkeit» bekannt.[56] Der Bundesgesetzgeber habe – im Gegensatz zum Konkordat – den Zugang zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit weit öffnen wollen. Vor dem Hintergrund eines solch weitgehenden Begriffsverständnisses scheinen disponible, aber nicht-vermögensrechtliche Ansprüche in aller Regel auch von Art. 177 IPRG erfasst zu sein.[57]

5. *Ausschluss der Schiedsfähigkeit*

Die Frage der Einschränkung der Schiedsfähigkeit durch im IPRG selbst verankerte zwingende Gerichtsstände wurde bislang von der Lehre vor allem deshalb ganz unterschiedlich beantwortet, weil Art. 177 IPRG – im Unterschied zu Art. 5 des Konkordats – keinen Vorbehalt zugunsten zwingender Gerichtsstände enthält.[58]

Während der Verfasser dieses Artikels früher die Meinung vertrat, Kapitel 12 über die Schiedsgerichtsbarkeit sei Teil des IPRG, was zur Folge habe, dass ein genereller Ausschluss oder eine Beschränkung in der Disponibilität über einen Gerichtsstand des IPRG nicht nur den Ausschluss einer Gerichtsstandsverein-

---

55 Vgl. etwa WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 75, welche darauf hinweisen, dass bei disponiblen, nicht-vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Gefahr des Fehlschlagens der Durchsetzung des Schiedsspruchs im Ausland besonders gross sei.

56 Etwa BGE 118 II 335 E.3A und 119 II 271 E.3C.

57 Vgl. in diesem Sinne auch IPRG-BRINER, Art. 177 N11.

58 BUCHER (FN 47), N94 sowie IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N10, gehen etwa vom Vorbehalt ausschliesslicher Gerichtsstände, die sich aus dem IPRG selbst ergeben, gegenüber Art. 177 IPRG aus. Demgegenüber weisen WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 61, darauf hin, dass in Art. 177 Abs. 1 IPRG ausdrücklich auf den Vorbehalt zwingender Gerichtsstände verzichtet wurde; vgl. diesbezüglich IPRG-BRINER, Art. 177 N12 ff., welcher die objektive Schiedsfähigkeit einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auch dann als gegeben erachtet, wenn sich zwingende Gerichtsstände aus dem IPRG selbst ergeben. Art. 178 Abs. 2 IPRG würde bewusst eine grosszügige Regelung hinsichtlich der materiellen Gültigkeit der Schiedsvereinbarung treffen. Diese dürfe nicht wieder über die Schiedsfähigkeit eingeschränkt werden. Gleichermassen hält IPRG-BRINER, Art. 177 N12, mit dem Hinweis, der Schiedsrichter habe keine *lex fori*, auch zwingende Gerichtsstände fürs IPRG selbst als für die Frage der Schiedsfähigkeit unbeachtlich.

barung gemäss Art. 5 IPRG bewirke, sondern auch einer Schiedsvereinbarung[59], neigt er heute eher dazu, dem Kapitel 12 IPRG eine weiter gehende Eigenständigkeit beizumessen. In der Tat ist eines der gesetzgeberischen Hauptziele des 12. Kapitels eine möglichst weit reichende Zulässigkeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich vermögensrechtlicher Ansprüche. Dies spricht – ungeachtet entstehungsgeschichtlicher und systematischer Bedenken – gegen eine erneute Einschränkung durch die Hintertür zwingender Gerichtsstände. Umgekehrt wird der Schiedsrichter – schon mit Vorausblick auf die Vollstrekkung – zwingende Gerichtsstandsbestimmungen der involvierten Rechtsordnungen am Wohnsitz bzw. Sitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt beider Parteien nicht gänzlich missachten können. Der Schiedsrichter muss sich hier – im zuvor geschilderten engen Rahmen – von den in Art. 18 und 19 IPRG enthaltenen Prinzipien sinngemäss leiten lassen. Sinngemäss deshalb, weil Art. 177 Abs. 1 IPRG eine IPR-Sachnorm und – im Gegensatz zu Art. 18 und 19 IPRG – gerade keine kollisionsrechtliche Anknüpfungsregel ist, und weil im Rahmen der Frage der Schiedsfähigkeit – wiederum anders als bei Art. 18 und 19 IPRG – die «schweizerische Rechtsauffassung» keine Rolle spielen darf.

Obwohl die seit 1. März 2002 anstelle des EuGVÜ geltende EuGVO resp. das LugÜ an sich auf die Schiedsgerichtsbarkeit keine Anwendung findet und sich insofern daraus grundsätzlich keine Einschränkungen der Schiedsfähigkeit ergeben, können die Schiedsvereinbarungen insoweit betroffen sein, als es den Vertragsstaaten unbenommen bleibt, Schiedsverträge für unwirksam zu erklären, die sich auf Streitigkeiten beziehen, für welche die EuGVO/LugÜ eine ausschliessliche Zuständigkeit vorsieht.[60] Auch kann im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung eines in einem Vertragsstaat ergangenen staatlichen Urteils im Vollstreckungsstaat die Einrede der Unzuständigkeit des Erstgerichts wegen Missachtung einer gültigen Schiedsvereinbarung nicht entgegen gehalten werden, da Art. 34 und 35 EuGVO bzw. Art. 27 und 28 LugÜ Nichtanerkennungsgründe abschliessend aufzählen. Die Missachtung einer gültigen Schiedsklausel findet sich nicht in dieser Aufzählung.[61]

---

59 Vgl. VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1398, wo zusätzlich erwähnt wird, dass sich nicht nur aus der Entstehungsgeschichte nichts anderes herleiten lasse, sondern dass auch gesetzessystematisch Schranken einer solch weitgehenden Eigenständigkeit des 12. Kapitel entgegen stünden.

60 KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen (6. Aufl. 1998), Art. 1 N37; vgl. zudem KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO und LugÜ, Art. 1 N 40 (7. Aufl. 2002); IPRG-Kommentar VISCHER, Art. 177 N12.

61 Vgl. dazu BERTI, Zum Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, in: SCHWANDER/STOFFEL (Hrsg.), Beiträge zum Schweizerischen Internationalen Zivilprozessrecht: Festschrift für OSCAR VOGEL (1991), S. 354 ff.; MARTINY, Anerkennung nach multilateralen Staatsverträgen, in: Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band III/2 (1984), S. 84 ff. N172; KROPHOLLER (FN 60), Art. 1 N39; IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N13.

6. *Subjektive Schiedsfähigkeit*

In diesem Zusammenhang ist zwischen der subjektiven Schiedsfähigkeit von nicht-staatlichen und staatlichen bzw. staatlich beherrschten Parteien zu unterscheiden.

Generell betrifft die Frage der subjektiven Schiedsfähigkeit Fragen der Partei- und Prozessfähigkeit. Massgebend ist das auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit anwendbare Recht, das Personalstatut also.[62] Die Handlungsfähigkeit natürlicher und juristischer Personen wird danach in aller Regel dem Domizil- bzw. Inkorporationsrecht unterstehen (vgl. Art. 34 ff. und Art. 154 f. IPRG). Für Staaten bzw. staatlich beherrschte Unternehmen oder Organisationen gilt allerdings die Sondervorschrift von Art. 177 Abs. 2 IPRG. Abzugrenzen ist die Frage der subjektiven Schiedsfähigkeit von derjenigen nach den Auswirkungen einer Schiedsvereinbarung auf Dritte, etwa im Rahmen eines Konzernverhältnisses oder im Falle der Rechtsnachfolge.[63] Damit wird nämlich nicht die Frage der subjektiven Schiedsfähigkeit, sondern die Frage nach dem subjektiven Umfang einer Schiedsvereinbarung – wer wird also aus einer Schiedsvereinbarung berechtigt und verpflichtet – angesprochen, welche nach Art. 178 Abs. 2 IPRG beurteilt wird.

Art. 177 Abs. 2 IPRG betrifft die subjektive Schiedsfähigkeit von Staaten und staatlich beherrschten Unternehmen und Organisationen. Mit der – gegenüber dem Personalstatut vorrangigen – Sondervorschrift von Art. 177 Abs. 2 IPRG, wo der regelmässig übermächtigen Stellung staatlicher Parteien Grenzen gesetzt werden, wird dem Vertrauen der anderen (regelmässig nichtstaatlichen) Partei in die Gültigkeit der abgeschlossenen Schiedsvereinbarung ein vorrangiges Gewicht beigemessen. Der Staat oder das staatlich beherrschte Unternehmen selbst kann sich nach dieser Bestimmung nicht unter Berufung auf eigenes Recht auf die Parteiunfähigkeit im Schiedsverfahren bzw. die Schiedsunfähigkeit der Streitsache berufen.[64] Art. 177 Abs. 2 IPRG ist weit auszulegen. Eine faktische Kontrolle des Unternehmens durch den Staat muss ausreichen. Zudem muss – entgegen neuerer bundesgerichtlicher Praxis[65] und einem Teil der Lehre[66] – der in Art. 177 Abs. 2 IPRG verankerte

---

62 Die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Schiedsfähigkeit hat sich lediglich in der Schweiz und in Frankreich, nicht aber international durchgesetzt. Vgl. dazu HOFFET, Fragen der Subjektiven und Objektiven Schiedsfähigkeit, in: Kellerhals (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit (1997), S. 251 ff.

63 Vgl. dazu insb. LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 178 N14; BUCHER (FN 47), N105 ff.

64 Die private Partei soll vor für sie in aller Regel nachteilige nachträglichen Änderungen im Recht der staatlichen Partei geschützt werden; vgl. dazu IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N22 f.

65 BGE vom 13. Oktober 1992 = Bull ASA 1993, 75.

66 LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 177 N10.

Grundsatz auch auf die Frage der Vertretungsbefugnis der für den Staat oder das staatlich kontrollierte Unternehmen handelnden Person Anwendung finden und nicht das Recht des betreffenden Staates. Gerade hier kommt dem in Art. 177 Abs. 2 IPRG verankerten Vertrauensschutz eine wesentliche Rolle zu, wird doch die private Partei kaum je Einblick in die staatsinternen Kompetenzen zur Vertragsunterzeichnung haben.

IV. Abgrenzungen und alternative Methoden der Streiterledigung (ADR)

1. Schiedsgericht ↔ Schiedsgutachten

a) Begriff und Aufgabe des Schiedsgutachtens

Während dem Schiedsgericht als Privatgericht eine echte streitentscheidende, einem staatlichen Gericht weit gehend gleichwertige Funktion beizumessen ist, besteht die Kernfunktion des Schiedsgutachters in der Feststellung von für ein Rechtsverhältnis wesentlichen Tatsachen oder in der Beantwortung von Rechtsfragen, und zwar in einer die Parteien verpflichtenden Form.[67]

b) Bindungswirkung des Schiedsgutachtens

Wesentlich ist also die Bindungswirkung der Tatsachenfeststellung bzw. der Rechtsfragenbeantwortung. Im Gegensatz zum Schiedsurteil ist das Schiedsgutachten allerdings weder rechtskräftig noch vollstreckbar. Die Parteien werden aus einem Schiedsgutachten im gleichen Mass verpflichtet wie durch einen Vertrag, in den sie eingebunden sind und welcher die Schiedsgutachtensklausel enthält.

Wie bei der Schiedsabrede ist auch beim Schiedsgutachten die Parteiautonomie Ausgangspunkt, also eine entsprechende Vereinbarung, welche den Auftrag des Schiedsgutachters umschreibt. Anders als der Schiedsrichter, welcher eine Streitsache als Ganzes beurteilt, versieht der Schiedsgutachter lediglich eine schiedsrichterliche Teilaufgabe.[68]

c) Abgrenzung Schiedsgutachter vom Experten im Rahmen eines Schiedsverfahrens

Während das Ergebnis eines Schiedsgutachtens im Rahmen eines Schiedsverfahrens durch die Schiedsrichter wie ein Vertrag zu beachten ist, ist das

---

67 IPRG-Blessing, Einleitung zum 12. Kapitel, N274.

68 IPRG-Blessing, Einleitung zum 12. Kapitel, N275; Rüede/Hadenfeldt (FN 2), S. 21 ff.

Schiedsgericht hinsichtlich der Würdigung eines von ihm im Rahmen eines Verfahrens für die Beurteilung einer Tatsache bzw. die Klärung einer Rechtsfrage gegebenenfalls eingesetzten Experten frei. Letztlich entscheidet der Parteiwille allein, ob eine Schiedsgutachtensklausel oder eine eigentliche Schiedsgerichtsklausel vorliegt.[69] Die Bezeichnung «Schiedsgutachten» bzw. «Schiedsverfahren» ist dabei ein Indiz für die Auslegung. Unstreitig ist, dass auch rechtliche Fragen, etwa Vorfragen, Gegenstand eines Schiedsgutachtens sein können, etwa bei Versicherungsstreitigkeiten, die Entscheidungen über die Schadensersatzsumme, Erwerbsunfähigkeit, «Verschulden im Rechtssinne». Eine Schiedsabrede liegt hingegen dann vor, wenn die Parteien vereinbart haben, die Bauarbeiten einer Expertise zu unterziehen und dem «Experten» die Aufgabe zuzuteilen, «die Forderung festzulegen». Eine solche Abrede wird in aller Regel so auszulegen sein, dass der «Experte» zur umfassenden und abschliessenden Beurteilung einer Bauforderung befugt sein soll. Ein Indiz für ein Schiedsgutachten liegt demgegenüber dann vor, wenn die Parteien festlegen, dass die Kosten für die Tätigkeit des «Schiedsrichters», welcher den Schadensumfang zu ermitteln hat, von beiden Seiten zur Hälfte getragen werden.[70]

d) Anpassung von Verträgen im Speziellen

Relevant ist die Unterscheidung zwischen Schiedsgutachten und Schiedsabrede auch im Zusammenhang mit der Anpassung von Verträgen mit entsprechenden Anpassungsklauseln. Solche finden sich typischerweise bei «komplexen Langzeitverträgen», etwa bei Joint Venture Vereinbarungen.[71] Bei solchen Langzeitverträgen besteht ein erhöhter «Anpassungsbedarf».

Abgesehen davon, dass sich im Anpassungsfall der Einsatz eines Schiedsgutachters – verglichen mit einem Schiedsverfahren – in aller Regel als geeigneter und flexibler erweist[72], entscheidet letztlich wiederum der Parteiwille – d. h. aus dem Vertrag und dem auf diesen anwendbaren Recht –, ob die Vertragsergänzung in Form eines Schiedsgutachtens oder in Form eines

69 Rüede/Hadenfeldt (FN 2), S. 23.

70 Rüede/Hadenfeldt (FN 2), S. 23 f.

71 R. David, La technique de l'Arbitrage comme Procédé de Révision des Contrats, S. 269 ff; bei Loewenheim, Arbitrage als Verfahren der Vertragsrevision, in: Deutsche Beiträge zum X. Int. Kongress für Rechtsvergleich, Budapest 1978, S. 72 ff.; Nicklisch, Instrumente der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen, S. 633 ff.; vgl. dazu auch Huber, Das Joint Venture im Internationalen Privatrecht (1992), S. 22 ff., insb. S. 25 f.

72 Vgl. Horn, Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr. Vertragsklauseln und Schiedspraxis, in: Horn/Fontaine/Maskow/Schmitthoff (Hrsg.), Die Anpassung langfristiger Verträge (1984), S. 51.

rechtskräftigen Schiedsspruches erfolgen soll. Enthält der Vertrag etwa lediglich eine Anpassungsklausel ohne konkreten Bezug auf die Kompetenz eines «Schiedsrichters» oder «Schiedsgutachters», sondern lediglich eine allgemeine Schiedsklausel für den Fall von Streitigkeiten, ist anzunehmen, dass die Parteien im Anpassungsfall einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Schiedsspruch wollen.

Wird in der Anpassungsklausel hingegen – neben einer allgemeinen Schiedsklausel mit Dreierschiedsgericht – ein «Einzelschiedsrichter», ein «Schiedsgutachter», die «Revisionsstelle» oder ein «Treuhandunternehmen» mit Anpassungskompetenzen eingesetzt, ist eher auf ein vertragliches, nicht-prozessuales Schiedsgutachten-Verfahren zu schliessen. Auch die Anpassungsregeln der Internationalen Handelskammer[73] bezeichnen sich selbst ausdrücklich als vertragliches und nicht-prozessuales Verfahren. Typische Anpassungsfälle finden sich bei langfristigen Pacht- bzw. Baurechtsverträgen, in denen die periodische Überprüfung und neue Festsetzung des Pacht- bzw. Baurechtszinses enthalten ist. Entgegen gewissen Meinungen in der Literatur[74] liegt m. E. eine Schiedsabrede vor, wenn die Parteien etwa in einem Baurechtsvertrag festlegen, dass der Baurechtszins periodisch überprüft werden soll und, falls sich die Parteien nicht einigen können, «ein von der Industrie- und Handelskammer benannter Sachverständiger durch ein für beide Parteien verbindliches Urteil» die neue Höhe des Baurechtszinses festzusetzen hat. Aus der Auslegung einer solchen Klausel ergibt sich m. E. der Wille beider Parteien, im Konfliktfall ein verbindliches und vollstreckbares «Urteil» zu erhalten.[75]

Im Zweifelsfall ist aufgrund der geringeren Bindungswirkung eher wohl auf «Schiedsgutachten» und nicht auf «Schiedsabrede» zu schliessen.[76]

e) Anfechtung eines Schiedsgutachtens

Das Ergebnis eines Schiedsgutachtens kann grundsätzlich nicht angefochten werden. Es bindet sowohl den staatlichen Richter wie auch ein aufgrund einer allgemeinen Schiedsklausel später mit der Sache befasstes Schiedsgericht. Insbesondere stehen die Rechtsmittelinstrumente des Konkordats und des IPRG nicht für die Anfechtung einer blossen Falschbeurteilung des Schiedsgutachters zur Verfügung (jedenfalls dann nicht, wenn er die richtige Frage –

73 Vgl. Craig/Park/Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd ed. (2000), S. 709 ff.; vgl. auch Horn, Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr, S. 55 ff.

74 Vgl. etwa Rüede/Hadenfeldt (FN 2), S. 24.

75 Anderer Ansicht allerdings OLG Celle, BB 1966, S. 803.

76 Rüede/Hadenfeldt (FN 2), S. 24; vgl. dazu ausführlich auch Jolidon, Commentaire du Concordat Suisse sur l'Arbitrage (1984), S. 37 ff.

wenn auch falsch – beurteilt hat). Die Möglichkeit, die Ungültigkeit eines Schiedsgutachtens etwa im Rahmen einer Leistungsklage oder Feststellungsklage vor einem ordentlichen Gericht bzw. Schiedsgericht geltend zu machen, muss allerdings dann offen stehen, wenn der Schiedsgutachter vorsätzlich von einer Partei missinformiert wurde oder wenn eine Partei sonstwie Einfluss auf die Expertise genommen hat, also allgemein dann, wenn deutliche Zweifel und Indizien für ein nicht in Unabhängigkeit erstelltes Gutachten bestehen. Etwas weitergehend sieht das Bundesgericht die Aufhebungsmöglichkeit auch dann vor, wenn der Nachweis für ein offenbar ungerechtes, willkürliches, unsorgfältiges und fehlerhaftes Schiedsgutachten vorliegt oder wenn es wegen «wesentlichen Irrtums, Betrugs oder Drohung» mangelhaft ist.[77]

2. *Alternative Methoden der Streiterledigung (ADR)*

a) Begriff des Schlichtungsverfahrens (ADR Mediation)

Neben den soeben erwähnten Schiedsgutachtensverfahren gibt es noch andere alternative Methoden der Streiterledigung. All diese alternativen Methoden lassen sich in einem weiteren Sinn letztlich dem Oberbegriff «Schlichtungsverfahren» zuordnen. Gemeinsam ist allen ADR (Alternative Dispute Resolution) oder Mediationsverfahren, dass sie nicht zu einem endgültigen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid führen. Das Schiedsgutachten nimmt dabei aufgrund seiner Verbindlichkeit hinsichtlich Tatsachen – oder Rechtsfeststellung – eine gewisse Sonderrolle ein, weshalb es vorgängig gesondert behandelt wurde.

Allen ADR ist zudem gemeinsam, dass sie im Wesentlichen die Funktion haben, die Parteien zu einer Lösung bzw. zu einem Vergleich zu führen. ADR-Verfahren fallen freilich nicht unter Kapitel 12 IPRG, da sie eben gerade nicht auf einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid abzielen.[78] Rund um solche ADR-Verfahren findet sich eine erhebliche emotionale «Bandbreite». ADR stösst auf der einen Seite auf Skepsis und Kritik, auf der anderen Seite auf Enthusiasmus. Die ADR-Diskussion wird allerdings in den USA wesentlich heftiger geführt, als im kontinentaleuropäischen Rechtsraum. Dies mag damit zusammenhängen, dass in Anbetracht der extensiven,

---

77 Vgl. BGE 117 I a 365 ff. = Pr 81 (1991) Nr. 153, S. 565; vgl. BGE 71 II 265; vgl. auch IPRG-Blessing, Einleitung zum 12. Kapitel, N279, welcher als Beispiel für die Anfechtungsmöglichkeit auch Fälle nennt, in denen gegen die Gleichbehandlung oder das rechtliche Gehöhr der Parteien verstossen wurde (soweit eine korrekte Erfüllung des Gutachtensauftrages eine Anhörung der Parteien forderte).

78 Vgl. dazu IPRG-Blessing, Einleitung zum 12. Kapitel, N280 ff., N286 ff., welcher auf die prägnante englische Definition «ADR is any method of resolving an issue susceptible to normal legal process by agreement rather than by imposing binding decisions» hinweist.

oft exzessiven Sachverhaltsaufklärungen und Prozessverfahren sowie der Unwägbarkeiten von US-amerikanischen Jury-Verfahren der Gang bzw. der Drang in schiedsgerichtliche Verfahren sowie in alternative Streitbeilegungsverfahren in den USA wesentlich stärker provoziert wird. [79]

b) Erscheinungsformen von ADR

Mit BLESSING[80] sind auf *Konfliktvermeidung* und auf *Konfliktlösung* gerichteten ADR zu unterscheiden.

aa) Zu den präventiven oder auf Streitvermeidung gerichteten ADR sind etwa zu zählen: «Partnering» (periodische meetings während Vertragsimplementierung; gegebenenfalls in Anwesenheit eines «mutual facilitator»)[81], «Claims Appeals Committee» (CAC)[82], «Dispute Review Boards» (DRB)[83].

bb) Zu den auf *Konfliktlösung* gerichteten ADR sind etwa zu zählen: «Early Neutral Evaluation/Fact Binding»[84], Schiedsgutachten[85], «mini-trial»[86], sowie folgende, speziell zu erwähnenden ADR-Formen:

---

79 Vgl. dazu insbesondere BLESSING (FN 1), N943 ff.

80 Vgl. die umfassende Analyse alternativer Methoden der Streiterledigung in Bull ASA 1996, S. 123 ff.

81 Das «Partnering» soll ein offenes und partnerschaftliches Gespräch zwischen den Parteien in allen Phasen der Vertragsimplementierung fördern und die Möglichkeit schaffen, Problembereiche frühzeitig zu erkennen und zu beseitigen. Empfehlenswert ist es, das oberste Management miteinzubeziehen.

82 Das CAC ist gewissermassen die zweite Instanz zum Partnering; solche CACs finden sich als formelles, strukturiertes Verfahren mit schriftlichen Äusserungen häufig bei Öl- Gasverträgen oder bei grossen Bauprojekten sowie bei komplexen Langzeitverträgen; vgl. dazu BLESSING, Bull ASA 1996, S. 138.

83 Dabei handelt es sich um eine ständige Institution, welche während gesamter Laufzeit eines Langzeitvertrages bzw. eines grossen Bauprojektes operativ ist und als Gremium Meinungsverschiedenheiten oder Forderungen zu beurteilen hat. Auftretende Meinungsverschiedenheiten und Probleme sollen in strukturierter aber informeller und kommunikativer, pragmatischer Art und Weise einer Lösung zugeführt werden. DRBs bestehen häufig aus 3 Mitgliedern, worunter sich in aller Regel ein unabhängiger Experte befindet. Es ist letztlich wiederum eine Frage der Vertragsausgestaltung, ob das DRB nur Empfehlungen abgeben kann oder sogar befugt ist, bindende Anordnungen bis zum Abschluss der Bauarbeiten zu treffen (gegebenenfalls unter Vorbehalt einer schiedsgerichtlichen Überprüfung) oder sogar abschliessende und verbindliche Urteilsbefugnisse in gewissen Bereichen (= Schiedsgutachterfunktion) hat. Vgl. dazu IPRG-BLESSING, Einleitung zum 12. Kapitel, N280 ff.; vgl. auch BLESSING Bull ASA 1996, S. 138.

84 Ein von allen Parteien anerkannter Experte, Ingenieur, Anwalt udgl. beurteilt eine wesentliche Streitfrage zwischen den Parteien, wobei das Ergebnis nicht bindend ist (im Gegensatz zu Schiedsgutachten). Vgl. dazu auch BLESSING (FN 1), N971.

85 Das Schiedsgutachten (expert determination) gehört systematisch zum Bereich auf Konfliktlösung gerichteten ADR.

86 Im Gegensatz zum formellen Schiedsverfahren handelt es sich beim «mini-trial» gerade nicht um ein Trial. Ein «mini-trial panel» hat nicht die Kompetenz, einen endgültigen und voll-

Zu den klassischen ADR-Bereichen gehören *Mediations- und Conciliationverfahren*. Im Gegensatz zum Conciliator, welcher durch geschickte Verhandlungsführung versucht, eine Annäherung der Parteien zu erwirken, ist die Rolle des Mediators aktiver. Das Vermittlungsverfahren wird strukturierter. Die Art der Vermittlung wird letztlich durch die Parteien bestimmt.[87] Wie generell bei ADR-Verfahren sind Mediations- und Conciliationverfahren dann gegebenenfalls geeignete Formen der Streiterledigung, wenn die Parteistandpunkte nicht diametral auseinanderliegen. Dazu kommt, dass gerade im Bereich des Unternehmensmanagements häufig eine erhebliche Bereitschaft vorhanden ist, drohende gerichtliche oder schiedsgerichtliche Verfahren durch eine konzessionsbereite Haltung einer raschen Vergleichslösung zuzuführen.[88] Fast alle Schiedsgerichtsinstitutionen bieten Regeln für ein strukturiertes Schlichtungs- oder Mediationsverfahren an.[89]

Nicht wenige amerikanische Juristen schwören auf ein *«Med-Arb-Verfahren»*, als eine Mischung aus Mediation- und Schiedsverfahren. Sachverhalt und Anspruchspruchgrundlagen werden von jeder Seite zusammen mit den wichtigsten Beweisunterlagen in geraffter Form unterbreitet. In einem anschliessenden Hearing vor dem Mediator werden Fragen an beide Parteien gerichtet. Typisch ist anschliessend die Durchführung sogenannter «caucus cessions», also die Durchführung separater Gespräche mit jeder Seite, im Rahmen welcher sich die Parteien offen zur Sache äussern können. Die Weitergabe dieser Informationen an die Gegenseite ist nur mit ausdrücklicher Zustimmung der jeweiligen Partei erlaubt.[90] Kommt keine Einigung in dieser Mediationsphase zustande, wechselt der Mediator seine Rolle und wird zum Schiedsrichter.[91] Nach amerikanischem Verständnis soll gerade der ehemalige Mediator besonders geeignet sein, eine gerechte schiedsgerichtliche Lö-

---

streckbaren Entscheid zu fällen. Vielmehr wird von den Parteien eine Streitsache in stark verkürzter Form einem sogenannten «mini-trial panel» vorgetragen. Dieses besteht in aller Regel aus je einem hochrangigen Geschäftsleitungsorgan der Parteien und einem neutralen Obmann. Ziel ist es, wie BLESSING, in Bull ASA 1996, S. 143, sich ausdrückt, «aus persönlich und sachlich distanzierter und souveräner Sicht» die Streitsache «zu beurteilen».

87 BLESSING, Streitbeilegung durch «ADR» und «Pro-aktive» Verhandlungsführung, Bull ASA 1996, S. 144 f.

88 Vgl. RIEGER, Alternative Dispute Resolution versus Schiedsgericht, in: Bull ASA 1996, S. 192.

89 Vgl. etwa ICC-Schlichtungsordnung aus dem Jahre 1988, welche offen lässt – damit ist der Parteiwille gefragt –, ob der Schlichter eine eigene Position einnimmt oder lediglich vermittelt. Erwähnt seien auch die UNCITRAL Concilation Rules aus dem Jahre 1981 sowie das Schlichtungsreglement der WIPO.

90 Vgl. dazu die eingehenden Ausführungen von BLESSING (FN 87), S. 146.

91 BLESSING (FN 87), S. 147, weist zu Recht darauf hin, dass ein Vermittler, dies jedenfalls der europäische und auch angelsächsische Ansatz, nicht zunächst Vermittler und später Schiedsrichter sein kann.

sung zu finden. Der Verfasser dieser Zeilen hegt allerdings Zweifel an der Tauglichkeit eines solchen *«Med-Arb-Verfahrens»*, denn in der Mediationsphase wird keine der Parteien vergessen, dass der Mediator später zum Schiedsrichter werden kann.

Eine weitere, interessante ADR-Form ist das sogenannte *MEDALOA-Verfahren*[92]. Kernelemente eines solchen MEDALOA-Verfahrens sind: Zunächst wird ein eigentliches Schlichtungsverfahren durchgeführt. Führt dies zu keiner Einigung, haben beide Parteien nach Massgabe des Mediators eine letzte *bestmögliche Offerte* abzugeben und dem Mediator zu unterbreiten. Anschliessend findet zwischen den Parteien ein eigentliches Schiedsverfahren statt, allerdings kein umfassendes, sondern ein solches, in welchem der Schiedsrichter lediglich zugunsten der einen oder anderen Offerte entscheiden darf. Ein dazwischenliegender Entscheid ist ausgeschlossen. Die *«MEDALOA»*-Vereinbarung ist entsprechend diesem Mechanismus zu strukturieren: Die Parteien sollen etwa kurze Fristen, nur einen Schriftenwechsel, Konzentration auf die wichtigsten Unterlagen, Beschränkung der Verhandlungsdauer, Maximaldauer des Verfahrens festlegen. Auch ist explizit von den Parteien zu vereinbaren, dass der Schiedsrichter nur die Kompetenz hat, zugunsten der einen oder anderen Offerte zu entscheiden. Es ist offensichtlich, dass die Parteien ihre Offerten sehr sorgfältig abzuwägen haben.[93] Die Vorteile eines *MEDALOA-Verfahrens* sind offensichtlich, nämlich Raschheit und Kosteneffizienz, das Risiko wird klar beschränkt, das Verfahren führt ausserdem zu einem international anerkannten und vollstreckbaren Entscheid. Im Rahmen der weitreichenden Parteiautonomie bei internationalen Verhältnissen kann an der Zulässigkeit einer *MEDALOA-Klausel* keinerlei Zweifel bestehen.[94]

cc) Versucht man eine Grenzziehung zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und ADR-Verfahren zu ziehen, fällt folgendes auf: Während das Schiedsverfahren ein streitiges kontradiktorisches Verfahren ist, sind ADR-Verfahren auf Einigung ausgerichtete Verfahren auf kooperativer Basis. Schiedsverfahren können häufig jahrelang dauern; bei ADR steht ein zeitlich konzentriertes Schlichtungsverfahren im Vordergrund. Sodann sind Schiedsverfahren häufig mit der extensiven Vorlage von Beweismaterial verbunden, während der ADR-Verfahren eine Konzentration auf die wichtigsten Beweisdokumente im

---

92 MEDALOA steht für **Med**iation **a**nd **L**ast **O**ffer of **A**rbitration.

93 Vgl. dazu Blessing (FN 87), S. 148 ff., welcher als Nachteile für dieses Verfahren den Charakter eines «russischen Roulette» nennt und dass keine subtile schiedsgerichtliche Erkenntnis möglich sei. Allerdings sei gerade bei komplexen Langzeitverträgen ein Schiedsverfahren immer mit roulettartigen Aspekten verbunden (etwa müssen Deadlock Situationen überwunden werden).

94 Vgl. das Muster einer MEDALOA-Klausel in Bull ASA 1996, S. 87.

Vordergrund steht. Darüber hinaus sind ADR-Verfahren im Gegensatz zu Schiedsverfahren weniger formell, meist auch weniger strukturiert, sie sind flexibler und zielen auf eine vermittelnde Funktion ab, während Schiedsverfahren eine bindende, jurisdiktionelle Funktion haben.

V. Schiedsvereinbarung

1. Begriff und Rechtsnatur

Die Schiedsvereinbarung definiert sich als Vertrag der Parteien, wonach «alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nicht-vertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen»[95] sind, und zwar verbindlich und unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit.[96] Der Schiedsentscheid entfaltet die gleiche Wirkung wie das Urteil eines staatlichen Gerichts.[97]

Der privaten Schiedsgerichtsbarkeit unterliegen allerdings nicht nur Rechtsstreitigkeiten des Privatrechts – dieser Begriff kann auf internationalem Parkett zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen – sondern u. U. auch völkerrechtliche Streitigkeiten. An völkerrechtlich geregelten Rechtsverhältnissen können private Parteien aktiv oder passiv in irgendeiner Form beteiligt sein.[98] Völkerrechtliche Aspekte können insbesondere bei Verträgen zwischen einem Staat und einem ausländischen Privatunternehmen auftauchen. Gegebenenfalls erheben die Parteien das Völkerrecht sogar zur massgeblichen Basis ihrer Rechtsbeziehung.[99] Es ist nicht einzusehen, wieso die Parteien bei entsprechenden vertraglichen Konstellationen (vor allem wenn ein Staat Vertragspartei ist) nicht die Möglichkeit haben sollten, im Rahmen einer

---

95 UNCITRAL Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.6.1985, wobei der Begriff «Handel» weit auszulegen ist; vgl. auch LIONNET, Handbuch der Internationalen und Nationalen Schiedsgerichtsbarkeit (1996), S. 59.

96 Vgl. dazu auch Art. II Abs. 1 des NYÜ; vgl. zudem IPRG-WENGER, Art. 178 N3; IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 178 N4; RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 37.

97 LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 178 N1; BERTI, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: BERTI/KNELLWOLF/KÖPE/WYSS (Hrsg.), Festschrift HABSCHEID (1991), S. 38.

98 SCHLOSSER (FN 37), N4.

99 Typische berühmte Beispiele sind die den ausländischen Ölkonzernen erteilten libyschen Ölkonzessionen, welche einerseits das libysche Recht für anwendbar erklärten, diese doch mit dem Vermerk «soweit es dem Völkerrecht nicht widerspricht» versahen. Vgl. dazu auch SCHLOSSER (FN 37), N205, welcher darauf hinweist, dass in einem der Schiedssprüche (Texaco) das Schiedsverfahren und die Sache selbst unmittelbar dem Völkerrecht unterstellt wurden; vgl. dazu auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1351 f.

kollisionsrechtlichen Verweisung Völkerrecht für anwendbar zu erklären, wenigstens für die sich aus dem Völkerrecht ergebenden Teilbereiche.[100]

Die Parteien können – in Beachtung der sich aus zwingenden Bestimmungen des am Schiedsort geltenden Schiedsprozessrechts ergebenden Grenzen[101] – direkt Einfluss auf das Verfahren selbst nehmen. Dies ergibt sich schon aus der (sehr weitgehenden) *Parteiautonomie* in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Der Zugang zur Anwendung nicht-staatlichen Rechts, namentlich zur *lex mercatoria*[102], zu internationalen Sachnormen wie den UNIDROIT Principles[103] oder zu Entscheiden nach Billigkeit sind unmittelbar das Ergebnis eines weiten Parteiautonomie-Verständnisses.

Zur Rechtsnatur *der Schiedsvereinbarung*[104] – welche in der Lehre[105] nicht einheitlich beurteilt wird – ist zu vermerken, dass diese m. E. weder eindeutig prozessrechtlicher[106] noch materiellrechtlicher Natur ist. Eine Schiedsvereinbarung vereinigt vielmehr beide Elemente in sich.[107]

2. *Auf internationale Schiedsvereinbarung anwendbares Recht*

a) Internationales Verhältnis

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des IPRG bzw. des NYÜ ist das Vorliegen eines internationalen Sachverhalts.[108] Art. 176 Abs. 1 IPRG legt in die-

---

100 Vgl. in diesem Sinn BOECKSTIEGEL, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Unternehmen (1971), S. 66 ff. und S. 121 ff.; SCHLOSSER (FN 37), N205 und N206.

101 Die Art. 176 ff. IPRG über die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit sind allesamt zwingend zu beachten.

102 Vgl. dazu VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N106 ff.

103 UNIDROIT (= Internationales (Römer) Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (seit 1926)) veröffentlichte 1994 «Principles for International Commercial Contracts». Dabei handelt es sich um ein «international restatement of contract law». Vgl. dazu insbesondere BONELL, An International Restatement of Contract Law (1997); vgl. auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N114 ff. m.w.N.

104 Schiedsvereinbarung ist als Oberbegriff für die Begriffe «Schiedsvertrag» (selbstständige Vereinbarung im Rahmen einer meist bereits bestehenden Streitigkeit) und «Schiedsklausel» (in einem Vertrag enthaltene Schiedsvereinbarung) zu verstehen.

105 Vgl. VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1354 m.w.N.

106 WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 66 f.

107 Vgl. insbesondere LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Introduction, S. 259 f. N5: «La discussion sur le caractère ... paraît assez dépassée»; vgl. auch IPRG-WENGER, Art. 178 N4; vgl. zur Uneinigkeit bezüglich der Natur der Gerichtsstandvereinbarung auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1166.

108 Wesentlich ist dabei der internationale Bezug des zugrundeliegenden Geschäfts. Dieser ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung ihren (Wohn-)Sitz in unterschiedlichen Staaten haben. Zwei inländische Parteien jedenfalls können einen internationalen Bezug nicht dadurch herstellen, dass sie etwa ein Schiedsverfahren mit Sitz in einem anderen Staat festlegen; vgl. dazu allgemein IPRG-Kommentar-VOLKEN, zu Art. 1 IPRG N10 ff.

sem Sinne fest, dass das Kapitel 12 IPRG nur dann zur Anwendung kommt, wenn einerseits das Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz hat sowie wenigstens eine Partei im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung ihren Wohnsitz bzw. Sitz ausserhalb der Schweiz hatte.

b) Das anwendbare Recht gemäss NYÜ

Das NYÜ regelt primär die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs.[109] Ausserhalb eines Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens gelangt das NYÜ auch dann zur Anwendung, wenn vor einem schweizerischen Richter und auf der Basis einer Schiedsvereinbarung die Einrede der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts mit Sitz im Ausland erhoben wird.[110] Gemäss Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ kann das auf das Zustandekommen und die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung anwendbare Recht gewählt werden, wobei ein tatsächlicher Bezug zum gewählten Recht nicht notwendig ist (Wahl eines «neutralen Rechts» ist ohne weiteres möglich). Dies bedeutet, dass die Schiedsvereinbarung einem anderem Recht unterstellt werden kann, als das Schiedsverfahren selbst.[111] Aufgrund einer für den Hauptvertrag getroffenen expliziten Rechtswahl kann nicht ohne weiteres auf eine stillschweigende Rechtswahl hinsichtlich der Schiedsvereinbarung geschlossen werden, wenn das parteiautonom festgelegte Hauptvertragsstatut nicht mit der schiedsgerichtlichen *lex arbitri* übereinstimmt.[112] Fehlen die Voraussetzungen für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl bezüglich Schiedsvereinbarung, ist diese nach objektiven Kriterien anzuknüpfen.

Die objektive Anknüpfung einer Schiedsvereinbarung im Rahmen eines Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren erfolgt gemäss Art. V Abs. 1

---

109 Art. 192 Abs. 2 IPRG unterstellt in diesem Sinn auch schweizerische Schiedssprüche dem NYÜ, wenn diese in der Schweiz vollstreckt werden sollen und die Parteien eine Anfechtung des Entscheids vollständig ausgeschlossen haben.

110 Vgl. dazu LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 178 N7; IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 178 N10; IPRG-WENGER, Art. 178 N5; abweichend erachtet BUCHER (FN 47), N51 Art. II Abs. 2 NYÜ unter Bezugnahme auf BGE 110 II 75 (dieser Entscheid betraf die Einrede der Schiedsvereinbarung gegen die Klage vor einem staatlichen Gericht) als staatsvertragliche *loi uniforme*, welche der nationalen Bestimmung von Art. 178 IPRG vorgehe. Dazu ist mit IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 178 N10 zu bemerken, dass Art. 178 IPRG durchaus eine selbständige Bedeutung gegenüber Art. II Abs. 2 NYÜ hat, zumal gemäss Art. VII Abs. 1 NYÜ günstigeres nationales Recht vorgeht.

111 Vgl. SCHLOSSER (FN 37), N216.

112 Vgl. VAN DEN BERG, The New York Arbitration Convention of 1958 (1994), S. 293; STAUDINGER-HAUSMANN (FN 28), Anh. zu Art. 27 ff. EGBGB N175; vgl. auch Yb. Com. Arb. 8 (1988) S. 522 i. S. Deutsche Schachtbau- und Tiefbohr GmbH v. Ras al Kahimah National Oil.

lit. a NYÜ. Danach wird die Schiedsvereinbarung nach dem Recht des Landes beurteilt, in welchem der Schiedsspruch ergangen ist. Im *Einredeverfahren* unterstehen die Schiedsvereinbarungen dem Recht an jenem Ort, an dem der Schiedsspruch ergehen soll. Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ ist hier wenigstens sinngemäss anwendbar. Ist der Schiedsort im Zeitpunkt des Einredeverfahrens noch nicht bekannt, gilt das Kollisionsrecht der *lex fori,* bei einem Einredeverfahren in der Schweiz also Art. 178 IPRG.

c) Das anwendbare Recht gemäss Art. 178 IPRG

Soweit nicht das NYÜ zur Anwendung kommt, gelten die Regeln von Art. 178 IPRG, welche sich einerseits an den Schiedsrichter richten, der über seine eigene Zuständigkeit («Kompetenz-Kompetenz») zu befinden hat. Andererseits hat auch der staatliche Schweizer Richter für den Fall einer gegenüber ihm erhobenen Einrede der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz, oder wenn er auf Beschwerde hin den Zuständigkeitsentscheid eines (internationalen) Schiedsgerichts (vgl. Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG) zu überprüfen hat, Art. 178 IPRG anzuwenden. Art. 178 IPRG ist zudem dann beachtlich, wenn anlässlich der Ernennung der Schiedsrichters mit Hilfe des staatlichen Richters oder auch einer privaten Institution die Frage einer gültigen Schiedsvereinbarung wenigstens einer *prima facie*-Beurteilung zu unterziehen ist.

Sodann hat gegebenenfalls auch ein staatlicher Richter des Auslands im Rahmen einer Schiedseinrede oder eines Verfahrens auf Vollstreckung eines auf der Basis des IPRG gefällten Schiedsentscheids über die Meistbegünstigungsklausel von Art. VII NYÜ anstelle dieses Übereinkommens die gegebenenfalls formmilderen Vorschriften von Art. 178 IPRG zu beachten.[113]

Die aus Art. 178 IPRG fliessenden kollisionsrechtlichen Bestimmungen für die Schiedsvereinbarung, insbesondere die Auswirkungen des *«favor validitatis»*-Grundsatzes, werden im Übrigen im Zusammenhang mit den materiellrechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen dargestellt.[114]

3. Gültigkeitsvoraussetzungen

a) Autonomiegrundsatz

Ungültigkeit oder Nichtigkeit des Hauptvertrages berühren die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung grundsätzlich nicht, auch dann nicht, wenn die Schiedsvereinbarung – wie so oft – formell eine Klausel des ungültigen oder

113 Vgl. dazu IPRG-Wenger, Art. 178 N5.

114 Vgl. unten V.3.c)

nichtigen Hauptvertrages ist. Diese Autonomieregel gewährleistet, dass das Schiedsgericht auch Fragen, die den Bestand des Hauptvertrages berühren, beurteilen kann.[115] Nichtigkeitseinreden sind entsprechend getrennt für Hauptvertrag und Schiedsvereinbarung zu prüfen.[116] Die autonome Existenz von Schiedsvereinbarungen wird in beinahe allen Rechtsordnungen anerkannt.[117] Art. 178 Abs. 3 IPRG ist eine sogenannte IPR-Sachnorm, die vor allem dann zum Tragen kommt, wenn die Schiedsvereinbarungen in materiellrechtlicher Hinsicht gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG nach einem ausländischen Recht, welches u. U. die Autonomie ignoriert, zu beurteilen ist.

b) Wechselspiel von Form und Willenseinigung

Im Art. 178 IPRG findet sich ein eigentümliches «Nebeneinander» der IPR-Sachnorm von Art. 178 Abs. 1 IPRG, welcher die zu beachtende *Form* regelt, und des durch die IPR-Verweisungsnorm von Art. 178 Abs. 2 IPRG berufenen *nationalen-* oder gegebenenfalls auch anationalen *materiellen Rechts,* welches über die Frage des *Konsenses* entscheidet. Konsens und Form sind demzufolge zwar in einer gewissen Parallelität, methodologisch allerdings je einzeln nach ihrem Recht zu prüfen, was praktisch nicht immer einfach ist.

Formvorschriften dienen in aller Regel dem Schutz der Parteien und der Klarstellung. Da Schiedsklauseln typischerweise von Kaufleuten abgeschlossen werden[118], soll die Statuierung der Formerfordernisse bei Kaufleuten primär sicherstellen, dass der «prinzipielle» Verzicht auf staatlichen Rechtsschutz von beiden Parteien *tatsächlich* gewollt ist. Materiellrechtlicher Konsens und Formerfordernis bilden insofern eine «sinnhafte Einheit». Von der systematischen Logik her, werden nachfolgend zunächst die konsensualen und erst anschliessend die formellen Gültigkeitsvoraussetzungen einer Schiedsklausel erörtert.

c) Materielle Gültigkeitsvoraussetzungen

Mit Blick auf den *sachlichen Umfang* betrifft die Frage nach der materiellen Gültigkeit primär das *Zustandekommen (Konsens)* der Schiedsvereinbarung und die Beurteilung aller damit zusammenhängenden Fragen wie Offerte und Akzept, Zeitpunkt und Konditionen, allfällige Mängel (Willensmängel etc.) und Erfüllungsstörungen sowie die Tragweite und das Erlöschen der Schiedsabrede.[119] Sieht man einmal von den sich stellenden Formproblemen ab, ist der Willenseinigung auch die Frage nach der Gültigkeit einer im AGB zum

115 Etwa Ansprüche einer Partei aus dem Dahinfallen eines Vertrages.

116 WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 77.

117 Bezüglich Ausnahmen vgl. LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 178 N22.

118 Dieser Personenkreis bedarf in aller Regel keines Schutzes von Übervorteilung.

Hauptvertrag enthaltenen Schiedsklausel[120] zuzuordnen. Desgleichen ist es eine Frage der materiellen Gültigkeit, ob sich die Schiedsklausel gegebenenfalls gar auf Dritte (z. B. Rechtsnachfolger, bei Konnossement oder in Bezug auf Streitgenossen) erstreckt.[121] Nicht dem materiellen Gültigkeitsbereich zuzuordnen sind hingegen ebenfalls gültigkeitsrelevante Aspekte wie Schiedsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Organvertretung, gewillkürte Vertretung, Anscheinsvollmacht, welche zum Teil im IPRG selbst geregelt und zum Teil nach dem Recht des engsten Zusammenhanges zu beurteilen sind.[122]

Zur *Willenseinigung* ist im Speziellen auf folgendes hinzuweisen: Da die Formvorschrift in Art. 178 Abs. 1 primär dem Schutz der Parteien vor unbedachtem oder übereiltem Ausschluss staatlicher Gerichtsbarkeit dient, ist die Tatsache, dass sich Parteien zumindest über einen minimalen Inhalt der Schiedsabrede[123] einig geworden sein müssen, im Grunde genommen selbstverständlich. Nichtsdestotrotz wird häufig keine selbstständige materielle Prüfung der Schiedsabrede vorgenommen. Dies mag daran liegen, dass aus dem Vorliegen eines formgerechten Nachweises der Vereinbarung automatisch auf das Bestehen des Konsenses geschlossen wird. Dies ist nicht ungefährlich. Die Prüfung der Formgültigkeit einer Schiedsabrede kann eigentlich erst dann vorgenommen werden, wenn die Frage der materiellen Gültigkeit geklärt ist, denn der Nachweis einer Vereinbarung durch Text setzt das Vorliegen einer solchen voraus. Gegebenenfalls finden sich für eine Willenseinigung *Indizien schriftlicher Art* bzw. solche, die das Textnachweiskriterium erfüllen. Eine rein mündliche Schiedsabrede jedenfalls wäre, selbst wenn sie nach einem anwendbaren Drittrecht gültig wäre, aufgrund von Art. 178 Abs. 1 IPRG ungültig. Die Schwierigkeit einer parallelen, aber je nach ihrem Recht erfolgenden Prüfung der formellen und materiellen Gültigkeit wird in diesem Sinn leicht übersehen. Art. 178 Abs. 2 IPRG bedient sich bei der Regelung der materiellen Gültigkeit, anders als bei der Form, nicht einer IPR-Sachnorm, sondern einer Verweisungsnorm.

Zum *favor validitatis*-Grundsatz ist zu vermerken, dass eine Schiedsabrede gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG – von den Formerfordernissen abgesehen – materiell gültig ist, wenn sie alternativ dem von den Parteien (für die Schiedsver-

---

119 Vgl. dazu BUCHER (FN 47), S. 46; LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 178 N14; IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 178 N19; IPRG-WENGER, Art. 178 N23.

120 Vgl. dazu unten V.3.e)cc).

121 Mit IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 178 N9 ff., ist auf die Schwierigkeiten etwa bei der Frage, ob die Schiedsvereinbarung auch Konzerngesellschaften, die nicht unterzeichnet haben, erfasst, hinzuweisen.

122 Vgl. dazu insbesondere IPRG-WENGER, Art. 178 N23.

123 Nämlich der übereinstimmend erklärte Wille, bestehende oder inskünftige Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einer privaten schiedsgerichtlichen Beurteilung zu unterwerfen.

einbarung) gewählten Recht, dem auf die Streitsache (Hauptvertrag) anwendbaren Recht (sog. *lex causae*) oder dem schweizerischen Recht entspricht. Der Wille des Gesetzgebers, die materielle Gültigkeit von Schiedsabreden soweit wie möglich zu begünstigen, ist offensichtlich.[124] Systematisch ist die Gültigkeit der Schiedsklausel wohl zunächst nach dem für sie gewählten Recht zu prüfen und, wenn eine solche spezifische Rechtswahl fehlt, unter der *lex causae* des Hauptvertrages zu prüfen. Erst in letzter Linie soll die Prüfung unter dem schweizerischen Recht am Sitz des Schiedsgerichts – also gemäss schweizerischem Obligationenrecht – vorgenommen werden.[125] Die Beurteilung der materiellen Gültigkeit der Schiedsvereinbarung hat hinsichtlich aller konsensualen Aspekte unter einem *einzigen Recht* zu erfolgen, ungeachtet des *favor*-Grundsatzes. Die Unterstellung von Einzelfragen unter verschiedene der drei zur Wahl stehenden Rechte ist wohl nicht zulässig.[126] In Anbetracht der bei internationalen Schiedsvereinbarungen geltenden «erweiterten» Parteiautonomie[127] befürwortet der Verfasser dieses Berichts – über die drei in Art. 178 Abs. 2 genannten Anknüpfungsmöglichkeiten hinaus – aufgrund einer entsprechenden Rechtswahl eine Unterstellung der Konsensfrage unter *internationale Sachnormen legis arbitri* zuzulassen. Dies muss die Konsequenz aus einem gewünscht breiten Zugang zur *lex mercatoria* als Kombination von Rechtsregeln aus verschiedensten Quellen, zu allgemeinen Rechtsprinzipien sowie zur Kompetenz, das Schiedsgericht zu einem Billigkeitsentscheid zu ermächtigen, sein. Eine exklusive Bindung an nationale Rechtsordnungen vermag hier nicht zu überzeugen. Den UNIDROIT Principles[128] kommt dabei eine Vorbildfunktion für solche internationalen Sachnormen zu.[129] Eine solche Ausdehnung auf den anationalen Bereich ist allerdings im Rahmen der objektiven Anknüpfung der Konsensfrage abzulehnen.

In der Praxis kaum relevant ist die ausdrückliche Unterstellung der Schiedsvereinbarung unter eine bestimmte Rechtsordnung. Häufig vereinbaren die Parteien die Massgeblichkeit einer bestimmten (privaten) Schiedsordnung, wie etwa diejenige der Internationalen Handelskammer (IHK/ICC) in Paris oder der Handelskammer beider Basel. Es stellt sich in solchen Fällen die Frage, ob die Parteien auf diese Weise für die Schiedsvereinbarung (stillschweigend) eine Rechtswahl vornehmen. Dies kann ohne weiteres dann angenommen werden, wenn die gewählte Schiedsordnung ihrerseits die Frage

124 Auch im NYÜ ist der *favor validitatis*-Grundsatz verwirklicht, in dem das Sitzrecht dann zur Anwendung kommt, wenn die Parteien die Schiedsvereinbarung keinem gewählten Recht unterstellt haben.

125 Unter *lex arbitri* versteht man das Recht, welches das Schiedsverfahren beherrscht.

126 Vgl. dazu IPRG-Kommentar-Volken, Art. 178 N17 f.; IPRG-Wenger, Art. 178 N24 ff.

127 Vgl. dazu Vischer/Huber/Oser (FN 23), N104 ff.

128 Vgl. dazu unten VII.

129 Vgl. dazu auch unten IX.1.a).

der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung einem *bestimmten nationalen Recht* unterstellt. Entgegen einem Teil der Lehre[130] sollte es den Parteien – wie erwähnt – auch möglich sein, die Schiedsvereinbarung von einer konkreten staatlichen Rechtsordnung losgelöst etwa den UNIDROIT Principles zu unterstellen. Die Wahl anationalen Rechts für Schiedsvereinbarungen bedeutet dann gleichzeitig eine Unterstellung der Willenseinigung unter internationale Sachnormen *legis arbitri,* wie bereits aufgezeigt. Das *Konsens-* oder *Eindeutigkeitserfordernis* – die Rechtswahl muss sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben – ist dabei als «abschliessender Topos»[131] der Konsensfrage zu beachten. Die Bildung internationaler Sachnormen *legis arbitri* nach dem Vorbild der UNIDROIT Principles entkräftet auch den Einwand, die *lex marcatoria* würde in aller Regel keine für die Gültigkeitsprüfung der Schiedsvereinbarung ausreichenden Regeln, etwa über den Vertragsschluss, enthalten.[132]

d) Formelle Gültigkeitsvoraussetzungen

aa) Art. 178 Abs. 1 IPRG und Art. 6 Abs. 1 Konkordat im Allgemeinen

Dem in Art. 6 Abs. 1 Konkordat enthaltenen Schriftformerfordernis ist konstitutive Wirkung beizumessen.[133] Die Prüfung des Schriftformerfordernisses im Konkordat ist nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts vorzunehmen (insbesondere Art. 13 OR).[134] Bei einer in Statuten enthaltenen Schiedsklausel genügt eine pauschale Anerkennung der Statuten nicht. Die schriftliche Zustimmungserklärung muss sich ausdrücklich auf die in den Statuten enthaltene Schiedsklausel beziehen.

Anders als die Konkordatsbestimmung ist Art. 178 Abs. 1 IPRG – wie bereits erwähnt – als sog. IPR-Sachnorm ausgestaltet. Danach muss die Schiedsvereinbarung, was ihre Form anbelangt, schriftlich oder in einer anderen Form der Übermittlung, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht, abgeschlossen werden (nachfolgend zusammenfassend «Text-

---

130 Vgl. etwa LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 178 N15; BUCHER (FN 47), N103; offenbar auch IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 178 N18.

131 VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N157 ff.

132 Vgl. dazu IPRG-WENGER, Art. 178 N24; ähnlich auch WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 81; vgl. dagegen POUDRET, Le Droit applicable à la Convention d'Arbitrage, ASA, Special Series Nr. 8, December 1994, S. 30, der die Unterstellung der materiellen Gültigkeitsaspekte der Schiedsvereinbarung unter die *lex mercatoria* ohne weiteres als zulässig erachtet.

133 Vgl. RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 63 und S. 66.

134 Vgl. auch RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 63, welche darauf hinweisen, dass ein Telegramm zur Wahrung der Schriftform ausreicht, sofern die Aufgabedepesche unterzeichnet ist. Auch reiche ein Briefwechsel aus.

nachweis»). Exemplarisch werden im Gesetz Telegramm, Telex, Telefax ausdrücklich genannt. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Der IPR-Sachnorm-Charakter hat zur Folge, dass bei einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz die Parteien in Bezug auf die formellen Gültigkeitsvoraussetzungen der Schiedsvereinbarung keinerlei Rechtswahlmöglichkeiten haben und zwingend an das Recht am Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz, also an Art. 178 Abs. 1 IPRG, gebunden sind.[135]

Das Erfordernis des Textnachweises zielt auf die «visuelle Wahrnehmbarkeit» und «physische Reproduzierbarkeit».[136] Angesprochen ist damit die «Nichtvergänglichkeit». Damit sind physisch zugesandte Datenträger (Disketten oder CD-Rom) mit gespeichertem Text ebenso erfasst wie per E-Mail transferierte Daten, wobei diese mit Blick auf die physische Produzierbarkeit abspeicherbar sein müssen.[137]

Textnachweis bedeutet, dass «jede Partei ihre Willenserklärung schriftlich oder in einer der erwähnten anderen Kommunikationsformen abgibt»[138]. Dies bedeutet, dass nicht nur die Zuständigkeitsvereinbarung selbst, sondern auch der Umstand des Austausches übereinstimmender Willenserklärungen durch Text nachweisbar sein muss.[139]

bb) Umfang des Formzwangs und Textnachweis

Das Textnachweiskriterium bedeutet nicht die Notwendigkeit von Unterschriften der Erklärenden.[140] Das Erfordernis der physischen Reproduzierbarkeit muss auch dann als gewahrt gelten, wenn es einer zusätzlichen Aktivität des Erklärungsempfängers bedarf, damit eine *dauerhafte* körperliche Wiedergabe der Nachricht gewährleistet ist. Dies ist etwa beim Austausch von E-Mails der Fall, wobei die dauerhafte körperliche Wiedergabe erst dann gewährleistet ist, wenn die Mailbox geleert und die E-Mail-Nachricht dauerhaft, z. B. auf Diskette, einem Harddisk-Drive oder einem anderen Datenträ-

---

135 Vgl. in dieser Hinsicht die liberaleren Vorschriften des § 1027 der deutschen ZBO und französischen Rechts; vgl. diesbezüglich auch POUDRET, Le Droit Applicable à la Convention d'Arbitrage, ASA Special Series Nr. 8, December 1994, S. 24; vgl. auch IPRG-WENGER, Art. 178 N6.

136 So treffend IPRG-WENGER, Art. 178 N12.

137 Vgl. IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 5 N17ff; IPRG-WENGER, Art. 178 N12.

138 BGE 119 II 394 mit Verweis auf REISER, Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz (1989), S. 124 ff.

139 IPRG-HESS, Art. 5 N84; IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 5 N20, hält diesbezüglich präzisierend fest, das reproduzierbare Schriftstück müsse den Nachweis erbringen, dass «erstens ein Austausch von wechselbezüglichen Erklärungen stattgefunden hat, dass zweitens diese Erklärungen je den beteiligten Parteien zuzuordnen sind und dass es drittens zu einer für beide/alle Beteiligten bindenden Vereinbarung gekommen ist».

140 Vgl. dazu auch die inhaltlich sehr ähnliche Formumschreibung von Art. 7 Ziff. 2 UNCITRAL Model Law.

ger gesichert wird.[141] Freilich stellt sich gerade im Zusammenhang mit E-Mails unter Umständen das Problem der Identifikation und Erkennbarkeit des Erklärenden.

Entgegen anderer Ansicht kann der der Formvorschrift von Art. 178 Abs. 1 IPRG inhärente Schutz- und Klarstellungszweck nur dann erreicht werden, wenn die Form nicht nur Beweisvorschrift[142], sondern – wie auch in Art. 6 Konkordat – grundsätzlich Voraussetzung für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung überhaupt ist, ihr also konstitutive Wirkung[143] beizumessen ist.

Der Umfang des Formzwangs kann freilich nicht weiter gehen als der unentbehrliche Kerngehalt einer Schiedsvereinbarung. Im Gegensatz zu anderen Ansichten[144] verbietet der Normzweck eine Individualisierung des inhaltlichen Umfangs des Formzwangs; konkret bedeutet dies, dass etwa Vereinbarungen über den Schiedsgerichtssitz, die Anzahl und Ernennung der Schiedsrichter sowie die Bestimmung der Schiedsgerichtsinstitution, welche nicht zu den *essentialia negotii* zu zählen sind, nicht unter den Formzwang fallen. Vielmehr ist die Gewichtung dieser soeben genannten weiteren Vertragsbestandteile hinsichtlich ihrer individuellen Wichtigkeit für die Parteien im Rahmen der materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen, der konsensualen Elemente also, zu prüfen.[145]

Das Bundesgericht hat in seiner neuesten Rechtssprechung[146] den Bedürfnissen des internationalen Handels Rechnung getragen und die bislang geradezu rigorose Durchsetzung der Formvorschriften gemäss Art. 178 IPRG gelockert. Im erwähnten Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Berufung auf Formmangel in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls rechtsmissbräuchlich sein kann. Der konkrete Fall betraf – im Rahmen eines Seefrachtverhältnisses – ein Konnossement, das vom Ablader selbst ausgefüllt, aber lediglich vom Frachtführer unterzeichnet worden war. Es dürfe nicht ausser Acht gelassen werden, so das Bundesgericht, dass (a) mit der

---

141 Vgl. dazu IPRG-WENGER, Art. 178 N12, welcher zu Recht darauf hinweist, dass die Zustellung von Tonträgern, die bloss gesprochene Erklärungen speichern und wiederzugeben bestimmt sind, das Erfordernis des Textnachweises nicht erfüllen.

142 Die Formvorschriften im NYÜ sowie im französischen und italienischen Recht werden offenbar als blosse Beweisvorschrift aufgefasst, so IPRG-WENGER, Art. 178 N7.

143 Anderer Ansicht KLEIN, Zur Anwendung der Neuen Schweizerischen Regelung über die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit – Versuch einer Standortbestimmung, Jahrbuch für Schiedsgerichtsbarkeit 1988, S. 96 (FN 21); anderer Ansicht auch RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 66.

144 IPRG-WENGER, Art. 178 N9.

145 Ergibt die Konsensprüfung – ein wichtiges Element ist das erwähnte Eindeutigkeitserfordernis – etwa, dass sich die Parteien nicht auf einen Schiedsgerichtssitz einigen konnten, obwohl für beide essenziell, dann muss die Schiedsvereinbarung wegen fehlenden Konsenses und nicht wegen der Nichtunterstellung des Sitzelements unter den Formzwang scheitern.

146 BGE 121 III 38 ff.

Entwicklung der modernen Formen der Nachrichtenübermittlung die nicht unterschriebenen Schriftstücke eine immer grössere Bedeutung und Verbreitung erlangen, dass (b) sich das Erfordernis der Unterschrift – im internationalen Handel insbesondere – zwangsmässig abschwäche und dass (c) die unterschiedliche Behandlung von unterschriebenen und nicht-unterschriebenen Dokumenten in Frage gestellt werde. Unter gewissen Umständen könne ausserdem ein bestimmtes Verhalten auf Grund von Treu und Glauben Formerfordernisse überflüssig machen.[147] Im konkreten Fall erachtete das Bundesgericht diese Voraussetzungen als erfüllt, da die Parteien seit langem geschäftliche Beziehungen unterhalten und sich im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen (mit einer Schiedsabrede) bewegen würden. Ausserdem habe der Ablader selbst das Konnossement ausgefüllt, bevor er es dem Frachtführer zur Unterzeichnung weitergegeben habe. Entsprechend habe der Frachtführer in guten Treuen davon ausgehen können, dass der Ablader als sein langjähriger Geschäftspartner mit den von ihm selbst ausgefüllten Vertragsdokumenten (inklusive AGB mit Schiedsabrede auf der Vorderseite) einverstanden sei.

Der bundesgerichtliche Entscheid ist generell als ein begrüssenswerter Schritt zur Relativierung der Formvorschriften von Art. 178 Abs. 1 IPRG anzusehen. Der bundesgerichtliche Ansatz stellt auch einen (m. E. notwendigen) Schritt in Richtung einer sich auch an Art. 17 LugÜ bzw. Art. 23 EuGVO orientierenden Auslegung (welche primär Art. 5 IPRG über die Gerichtsstandsvereinbarung betrifft) dar. Art. 17 Abs. 1 LugÜ bzw. Art. 23 EuGVO lässt alternativ auch Formen, die den Gepflogenheiten der Parteien oder einem Handelsbrauch im internationalen Verkehr entsprechen (letztlich nichts anderes als Treu und Glauben-Kriterien), generell zu. Es ist nicht einzusehen, wieso ein solcher Interpretationsansatz nicht auch unter Art. 178 Abs. 1 IRPG zu vollziehen wäre.

cc) Verhältnis zwischen Art. II Abs. 2 NYÜ und Art. 178 Abs. 1 IPRG

Das Verhältnis zwischen Art. II Abs. 2 NYÜ und Art. 178 Abs. 1 IPRG ist seit jeher kontrovers. Die Kontroverse geht vor allem darum, ob Art. 178 Abs. 1 überhaupt eine rechtlich autonome Bedeutung beizumessen ist, oder ob Art. II Abs. 2 NYÜ als «loi uniforme» nationalen Rechten vorgehe, wie etwa Bucher meint. Demgegenüber weist die wohl herrschende Ansicht zu Recht darauf hin, dass beide Vorschriften eigenständig zu betrachten sind. Das NYÜ findet ausschliesslich dann Anwendung, wenn sich der schweizerische Richter mit einer Schiedseinrede oder mit der Vollstreckung eines Schiedsspruchs zu befassen hat. Die IPRG-Vorschrift hingegen gelangt in allen übrigen Fäl-

147 Vgl. zu diesem Entscheid auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1284 ff.

len zur Anwendung, namentlich wenn der schweizerische Richter bei der Ernennung des Schiedsrichters im Rahmen des Schiedsverfahrens mitwirkt oder wenn er über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu urteilen hat.[148] Die Kontroverse ist heute weitgehend akademischer Natur. Die vom Wortlaut her zwar strengere Formvorschrift von Art. II Abs. 2 NYÜ wurde im Rahmen der Rechtsprechung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse moderner Kommunikation ausgelegt und ist insofern ohnehin aufgeweicht, so dass sich sagen lässt, dass die Formvorschriften des NYÜ letztlich nicht strenger sind, als diejenigen des IPRG. Zudem ist der zuvor erwähnte fortschrittliche Ansatz in der neueren bundesgerichtlichen Praxis[149] auch im Falle der Anerkennung und Vollstreckung im Ausland von Bedeutung. Immerhin hält Art. VII Abs. 1 NYÜ ausdrücklich fest, dass günstigeres nationales Recht vorgehe.

Die tendenzielle Aufweichung der Formvorschriften bis hin zum Verzicht auf solche in speziell gelagerten Ausnahmefällen führt zwangsläufig zu einer Verlagerung auf die materielle bzw. konsensuale Gültigkeitsprüfung. Die Wichtigkeit des Eindeutigkeitserfordernisses im Rahmen der Unterstellung der Konsensfrage unter internationale Sachnormen *legis arbitri* wird dadurch einmal mehr unterstrichen.

e) Sonderfragen im Zusammenhang mit Form und Willenseinigung

aa) Auslegung

Die im Rahmen der Schiedsvereinbarung ausgetauschten Willenserklärungen sind grundsätzlich nach dem auf die Schiedsvereinbarung gemäss Art. 178 Abs. 2 IRPG anwendbaren Recht auszulegen.[150] Diese Regel wird nicht immer beachtet, werden doch häufig bei internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz die Willenserklärungen letztlich nach Art. 1 ff. OR bzw. Art. 18 OR ausgelegt.[151] Auch ist – entgegen einer Lehrmeinung[152] – vor dem Hintergrund des *favor validitatis*-Grundsatzes für die Frage des Vorliegens einer Schiedsvereinbarung gerade nicht «von eher restriktiver Auslegung Gebrauch» zu machen.[153] Dieser sich am *favor validitatis*-Grundsatz orientie-

148 Vgl. dazu insbesondere LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 178 N6 bis 12; WENGER, das Kapitel 12 IPRG: Erfahrung der Ersten 3 Jahre, Bull ASA 1992, S. 23 f.; IPRG-Kommentar-VOLKEN, Art. 178 N9 ff.; a. M. BUCHER (FN 47), N 51.

149 BGE 121 III 38 ff.

150 Anderer Ansicht offenbar IPRG-WENGER, Art. 178 N49.

151 Vgl. BGE 116 1a 56 ff. mit Bemerkungen von TSCHANZ, Rev. Arb. 1990, S. 125 ff., zitiert bei IPRG-WENGER, Art. 178 N49.

152 Vgl. etwa WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 73.

153 So auch IPRG-WENGER, Art. 178 N49; vlg. auch BGE 116 1a 56 ff., S. 58.

rende Auslegungsansatz kann insbesondere bei fehlerhaften oder unvollständigen Schiedsabreden bedeutsam sein.[154]

bb) Stellvertretung und Vollmacht

Das gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG auf die konsensualen Elemente der Schiedsvereinbarung anwendbare Recht umfasst auch Fragen der Handlungsfähigkeit und Stellvertretungsbefugnis der Parteien.[155] Dasselbe muss auch für die Frage der Fähigkeit, in einem Schiedsverfahren Partei zu sein, gelten.[156] Zwar wird sich ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz weitgehend auf die allgemeinen Regeln des IPR-Gesetzes betreffend Handlungsfähigkeit (Art. 35 und 36 IPRG), juristischer Personen (Art. 154 und 155 lit. c IPRG) sowie der vertraglichen Stellvertretung (Art. 126 IPRG) und der Vertretung von Gesellschaften (Art. 155 lit. i und 158 IPRG) abstützen. Vertretungskompetenzen der Organe einer Gesellschaft etwa sind letztlich einzig und allein Sache des Inkorporationsstatuts.[157] Allerdings darf im Endeffekt keine starre Orientierung dieser Regeln stattfinden, sondern das Schiedsgericht sollte auch die Rechtsordnungen der Parteien bzw. eines allfälligen Vollstreckungsstaates gegebenenfalls berücksichtigen.

cc) Schiedsvereinbarung durch Verweis («by reference»)

Ein Verweis («by reference») liegt dann vor, wenn die Parteien die Schiedsklausel etwa nicht in den von ihnen unterzeichneten Vertrag integrieren, sondern in diesem lediglich auf ein anderes, separates Dokument – typischerweise «Allgemeine Geschäftsbedingungen» (AGB), Formularverträge oder von Berufsverbänden geschaffene Standard-Verträge[158] – verweisen, welches die Schiedsklausel enthält.[159] Typische Verweisfälle sind häufig auch bei

154 Etwa kann eine Schiedsklausel, welche die «Internationale Handelskammer Basel» als Institution nennt, nicht ohne weiteres für ungültig erklärt werden. Immerhin entspricht es dem Willen beider Parteien, für Streitigkeiten ein Schiedsverfahren durchzuführen. Die weitere Auslegung muss zu einer gültigen Schiedsvereinbarung führen, wonach sich die Parteien der Internationalen Handelskammer in Paris als Schiedsinstitution unterstellen möchten und Basel als Sitz des Schiedsgerichts festgelegt haben. Vgl. dazu auch Craig/Park/Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd edition, 85 f.; ICC-Schiedsentscheid Nr. 5983 = Bull ASA 1993, S. 507 ff.; vgl. auch OLG-Hamburg vom 15. 11. 1995 = RIW 1996, S. 511 ff.

155 Vgl. Botschaft, Ziff. 2101.24, welche bestätigt, dass diese Frage im Kapitel 12 nicht ausdrücklich geregelt ist.

156 Vgl. Bucher (FN 47), N110.

157 Vgl. dazu auch Lalive/Poudret/Reymond (FN 2), Art. 178 N19; Bucher (FN 47), N111.

158 Zum Beispiel SIA-Normen, SIDIC-Normen, GAFTA-Standard-Verträge.

159 Vgl. dazu auch UNCITRAL Model Law, Art. 7 Ziff. 2, wonach auf diese Weise eine Schiedsvereinbarung begründet wird, wenn «die Bezugnahme derart gestaltet ist, dass sie diese Klausel zu einem Bestandteil des Vertrages macht». Vgl. auch IPRG-Wenger, Art. 178 N52.

komplexen, mehrschichtigen Vertragsverhältnissen (z. B. Joint Venture-Verhältnissen mit diversen Satellitenverträgen), wo z. B. in einem separaten Lizenzvertrag zwischen einem Joint Venture Partner und der Joint Venture Gesellschaft auf den eine Schiedsklausel enthaltenden Basisvertrag zwischen den Joint Venture Partnern verwiesen wird.

Zu unterscheiden sind *«spezifische»* Verweise, wo eine *ausdrückliche* Bezugnahme auf die etwa in AGB enthaltene Schiedsklausel vorliegt, und *«globale»* Verweise, wo eine solche explizite Bezugnahme fehlt.[160] Das bereits angesprochene Spannungsverhältnis zwischen Form- und Konsensfrage wird bei Vorliegen einer solchen Verweis-Konstellation besonders deutlich. Zentrale Frage bei Verweisen besteht letztlich darin, ob ein zwischen den Parteien bestehender vertraglicher Konsens die im «verwiesenen» Text enthaltene Schiedsvereinbarung umfasst. Bei spezifischen Verweisen, welche unter formellen Aspekten kaum Probleme aufwerfen, wird dies regelmässig der Fall sein. Aber auch bei globalen Verweisen drängt sich auf, die Konsensfrage ins Zentrum zu rücken und die Formfrage lediglich im Sinne einer «Vorfrage»[161] festzustellen, ob unter rein formellen Gesichtspunkten eine Art. 178 Abs. 1 IPRG genügende Schiedsvereinbarung vorliegt. Da Sinn und Zweck dieser Bestimmung u. a. grundsätzlich der Ausschluss mündlicher oder stillschweigender Schiedsvereinbarungen ist und die Form letztlich lediglich der «Absicherung» des Konsenses dienen muss (wenn auch konstitutiv), dürfte dem Formerfordernis im Rahmen dieser Vorprüfung immer dann Genüge getan sein, wenn ein «verweisender» Text – gleich wie global – und ein die Schiedsklausel enthaltender «verwiesener» Text vorliegen. Während die Formprüfung nicht auf diese abstellen darf, sind die konkreten Umstände des Einzelfalls bei der Konsensfrage bei Vorliegen einer Verweis-Konstellation von zentraler Bedeutung. Hier sind die Elemente «Kennen» oder «Kennen-Müssen» ebenso typische, einzelfall-orientierte Bereiche der Konsensthematik wie die Kriterien «Geschäftserfahrung», «Branchenkundigkeit», «Dauer und Intensität der Geschäftsbeziehung» etc.[162] Im Rahmen der Konsensprüfung ist im konkreten Fall vom Vertrauensprinzip (hier spielen Fragen wie Geschäftserfahrenheit oder -unerfahrenheit selbstverständlich eine Rolle) ausgehend zu

---

160 Vgl. dazu HUBER/SCHÜRMANN, Arbitration Clause «By Reference», in: The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, ASA Special Series, Nr. 8, December 1994, S. 78 ff.

161 Vgl. dazu HUBER/SCHÜRMANN (FN 160), S. 83; vgl. auch M. STAEHELIN, Gerichtsstandsvereinbarung im Internationalen Handelsverkehr Europas: Form und Willenseinigung nach Art. 17 EuGVÜ/LugÜ S. 27 f.

162 In der Botschaft zum IPRG, Ziff. 213.5 wird der Unterscheidung zwischen geschäftserfahrenen und geschäftsunkundigen, sozial und wirtschaftlich schwächeren Parteien gerade im Zusammenhang mit Formularverträgen und AGB ein besonderes Gewicht beigemessen. Vgl. auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1302 ff.

prüfen, ob die Zustimmungserklärung der Parteien gegebenenfalls auch die im AGB oder einem Formularvertrag enthaltene Schiedsvereinbarung umfasst. Mit Blick auf den Vertrauensgrundsatz ist eine Schiedsklausel kraft Verweises wohl dann ohne weiteres gültig, wenn es sich einerseits um geschäftserfahrene Vertragsparteien handelt und andererseits der Erklärungsempfänger die branchenüblichen AGB entweder kannte oder zumindest hätte kennen müssen.[163]

Beurteilt sich die Konsensfrage nach schweizerischem materiellen Recht, wird ein lediglich globaler Verweis auf AGB bei Geschäftsunerfahrenen wohl ausnahmslos – auf der Basis des Vertrauensprinzip – zu keiner gültigen Schiedsvereinbarung führen.

Repräsentativ in diesem Zusammenhang sind zwei bereits etwas ältere Entscheide:

Im stark beachteten sog. «Tradax-Fall»[164] hat das Bundesgericht, auf Art. II Abs. 2 NYÜ abstellend, den globalen Verweis auf die Bedingungen eines Frachtvertrages, welcher eine Schiedsklausel enthielt, als zulässig angesehen. Der Zugehörigkeit beider Parteien zur selben Branche bzw. der wirtschaftlichen Verbindung zwischen Befrachter und Empfänger (welche beide der gleichen Firmengruppe angehörten) wurde dabei eine entscheidende Bedeutung beigemessen.

Auch beim ebenfalls sehr beachtlich «GAFTA-Fall» (Grain and Feed Trade Association Ltd., London) hat das Zürcher Handelsgericht[165] die Gültigkeit einer Schiedsklausel unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und im Lichte von Ziel und Zweck der NYÜ beurteilt. Im konkreten Fall ging es um die Begleichung einer Rechnung aus einem Getreidehandel-Kaufgeschäft. Das verwiesene, die umstrittene Schiedsklausel enthaltende Dokument war ein sog. GAFTA-Standard-Vertrag[166], welcher aufgrund einer mündlichen Vereinbarung und einem entsprechend handschriftlichen Vermerk der Beklagtenseite in dem die Verweisklausel enthaltenden Vertrag durch einen anderen GAFTA-Standard-Vertrag ersetzt wurde.[167] Das Handelsgericht erachtete – ebenfalls auf die Geschäftserfahrenheit und Branchenkundigkeit beider Parteien abstellend – die Schiedsklausel für gültig. Im Übrigen würden *in casu* die verwiesenen Standard-

163 Vgl. dazu auch den wichtigen Entscheid BGE 121 III 38 ff.

164 BGE 110 II 54; vgl. dazu insbesondere den Kommentar von Vischer, SJIR 1985, S. 424 ff. Vgl. zudem die eingehende Auseinandersetzung von Poudret, La clause arbitrale par référence selon la convention de New York et l'art. 6 du Concordat sur l'arbitrage, in: Mélanges Guy Flattet, S. 523 ff.

165 ZR 1990, S. 193 ff.

166 GAFTA: Grain and Feed Trade Association Limited, London.

167 Beide Standard-Verträge enthielten zum Zeitpunkt der Vertragsschliessung identische Schiedsklauseln.

Verträge aus der ureigensten Branche der Parteien stammen. Es würde dem Sinn und Zweck des NYÜ völlig zuwiderlaufen, bei einer solchen Konstellation der konkreten Umstände die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu verneinen.[168]

dd) Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen und Statuten

Die Integration einer Schiedsklausel in Statuten von Vereinen oder juristischen Personen oder in Gesellschaftsverträgen ist nicht unproblematisch, da die Rechtsbeziehungen nicht einheitlich zu qualifizieren sind. Sie sind teils vertraglich teils normativ.[169] Solche Schiedsklauseln fallen ebenfalls unter den Begriff «Vereinbarung» im Sinne von Art. 178 IPRG. Gegebenenfalls wird die Freiheit, Schiedsklauseln in Vereins- oder Gesellschaftsstatuten aufzunehmen, durch das am natürlichen Forum geltende Recht (inklusive dessen IPR) eingeschränkt. Solche Beschränkungen dürften sich insbesondere im Bereich des Gesellschaftsrechts ergeben. Für Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz besteht im Bereich des gesellschaftsrechtlichen Kollisionsrechts (Art. 150–165 IPRG) lediglich eine eingeschränkte Parteiautonomie.[170] Aus dem Umstand, dass nur für Klagen aus Verantwortlichkeit infolge öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen eine *ausschliessliche* Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte am Ausgabeort vorgesehen ist (Art. 151 Abs. 3 IPRG) und Gerichtsstandsvereinbarungen ausdrücklich ausgeschlossen werden, ist grundsätzlich der Schluss zu ziehen, dass für die übrigen gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten ein von Art. 151 IPRG abweichender Gerichtsstand vereinbart werden kann und somit auch eine Schiedsklausel möglich sein muss. Möglich sein sollte grundsätzlich auch eine Schiedsvereinbarung mit der Wahl eines Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz im Zusammenhang mit der öffentlichen Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen, sofern der Ausgabeort nicht in der Schweiz liegt. Allerdings wird das Schiedsgericht in einem solchen Fall gehalten sein, seine

168 Interessant an diesem Entscheid ist, dass, obwohl er ausschliesslich auf Art. II Abs. 2 des NYÜ basiert, bei der Anwendung des NYÜ offensichtlich keine anderen Massstäbe anzusetzen sind, als unter Art. 178 IPRG. Im Grunde genommen ist der Entscheid keine *Form-*, sondern eine reine *Konsens*diskussion, wie auch der wie bereits zuvor erwähnte Tradax-Fall.

169 Vgl. Reithmann/Martini/Hausmann, N2127, im Zusammenhang mit den Gerichtsstandsklauseln. Die entsprechenden Überlegungen gelten auch in Bezug auf Schiedsklauseln. Vgl. dazu auch Habscheid, Statuarische Schiedsgerichte und Schiedskonkordat – Einige grundsätzliche Fragen, SAG 1985, S. 157 ff.

170 Vgl. IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 150 N30; Huber, Das Joint Venture in internationalen Privatrecht (1992), S. 125 ff: Bei Personen (Handels-)gesellschaften ist das Innenverhältnis grundsätzlich einer Rechtswahl zugänglich, wobei strukturelle Eigenheiten des objektiv anwendbaren Rechts (etwa Unterteilung in Komplementäre und Kommanditäre bei Kommanditgesellschaften) oder Vertretungsverhältnisse und Haftungsregeln nicht mittels Rechtswahl abgeändert werden können.

eigene Zuständigkeit im Lichte allfälliger zwingender Gerichtsstände am ausländischen Ausgabe- bzw. Vollstreckungsort zu prüfen. Die diesbezügliche Parteiautonomie geht also weiter als im Bezug auf die Frage des auf Gesellschaften anwendbaren Sachrechts. Durch die Wahl eines ausländischen Schiedsortes wird freilich die grundsätzliche Beachtung des schweizerischen Inkorporationsrechts, etwa einer Aktiengesellschaft, und der darin enthaltenen Haftungsbestimmungen nicht umgangen werden können. Im Übrigen kann an der Subsumierung von statutarischen Schiedsklauseln unter den Vereinbarungsbegriff kein Zweifel bestehen. Unter Art. 178 IPRG muss – wie im übrigen auch bei Gerichtsstandsvereinbarungen unter Art. 5 IPRG bzw. unter Art. 17 LugÜ bzw. unter Art. 23 der neuen EuGVO – folgendes gelten: Der Vereinsbeitritt oder der Eintritt als Aktionär in eine Gesellschaft schafft zwischen den Vereinsmitgliedern bzw. Aktionären einerseits und im Verhältnis Mitglied/Verein bzw. Aktionär/Gesellschaft andererseits enge Bindungen, die ohne weiteres mit solchen zwischen Vertragsparteien verglichen werden können. Es darf auch keine Rolle spielen, ob das Vereinsmitglied oder der Aktionär erst nach der Annahme der statutarischen Schiedsklausel Vereinsmitglied bzw. Aktionär geworden ist oder gegen die Annahme einer solchen Klausel gestimmt hat. Dadurch, dass er Vereinsmitglied bzw. Aktionär wird und bleibt, erklärt er sich auch mit sämtlichen Bestimmungen der Vereinsstatuen bzw. dem Statut der Aktiengesellschaft sowie den in Übereinstimmung mit dem anwendbaren Vereins- bzw. Gesellschaftsstatut und der jeweiligen Satzung gefassten Beschlüsse der Vereins- bzw. Gesellschaftsorgane einverstanden.[171] In konsensualer Hinsicht bestimmt letztlich das Gesellschaftsstatut bzw. das entsprechende Körperschaftsstatut über die Bindungswirkung der Statuten für die Aktionäre bzw. die Vereinsmitglieder.

Im Zusammenhang mit statutarischen Schiedsklauseln wirft die Formfrage weit weniger Probleme auf als die Konsensfrage. Statuten etwa von Vereinen oder Aktiengesellschaften bedürfen in praktisch allen Rechtsordnungen in Anbetracht ihrer Tragweite der Schriftform. Im Zusammenhang mit Gerichtsstandsklauseln – gleiches muss auch für Schiedsklauseln gelten – sieht etwa der EuGH die Formerfordernisse von Art. 17 aEuGVÜ/LugÜ ungeachtet der Art und Weise des Erwerbs etwa der Aktien gegenüber jedem Aktionär dann als erfüllt an, wenn die Gesellschaftsstatuten an einem dem Aktionär hinreichend zugänglichen Ort hinterlegt oder in einem öffentlichen Register enthalten sind.[172] Diese Rechtsprechung muss auch unter der neuen

171 Vgl. in diesem Sinn auch Kropholler (FN 50), Art. 17 N24; Reithmann/Martiny/Hausmann, N2128; vgl auch mit Bezug auf Gerichtsstandsklausel EuGH vom 10.3.1992, r. S. 214/89 (Powel Duffryn v. Petereit) gleich IPRa¥ 1993, 32a. m. N. Koch, S. 19.

172 EuGH vom 10.3.1992, r. S. 214/89 (Powel Duffryn v. Petereit), gleich IPRax 1993, 32a. m. N. Koch, 19.

Bestimmung von Art. 23 EuGVO Geltung haben. Das Kriterium der allgemeinen Zugänglichkeit der Statuten führt zur Fiktion des Kennens oder Kennen-Müssens auf Seiten jedes Aktionärs.

ee) Schiedsklauseln aufgrund einseitiger Anordnung

Entschieden zu verneinen[173] ist – sowohl unter dem Konkordat wie unter Art. 178 IPRG – m. E. die Frage, ob Schiedsklauseln aufgrund einseitiger Anordnung überhaupt gültig begründet werden können.[174] Dies gilt gleichermassen für Testamente, Stiftungs-Errichtungsakte sowie Preisausschreiben und Auslobungen. Die Zustimmung der vom Rechtverhältnis Betroffenen ist in jedem Fall notwendig.

Im Zusammenhang mit *Trust Bedingungen* stellt sich die Frage, ob auch unter dem IPRG bzw. dem Konkordat – ähnlich wie in Art. 17 Abs. 2 aEuGVÜ/LugÜ bzw. unter Art. 23 EuGVO für Gerichtsstandsklauseln festgehalten – für Klagen gegenüber einem Begründer, Trustee oder Begünstigten eines Trusts, sofern es sich um Beziehungen zwischen diesen Personen oder um ihre Rechte oder Pflichten im Rahmen des Trusts handelt, eine Schiedsklausel zulässig sein soll. Angesprochen sind damit Streitigkeiten aus dem Innenverhältnis des Trusts.[175] Ein Trust wird – stützt man sich auf englisches Recht ab – aufgrund eines *einseitigen Rechtsgeschäfts* begründet, was die Sondervorschrift von Art. 17 Abs. 2 aEuGVÜ/LugÜ bzw. von Art. 23 Abs. 2 EuGVO notwendig machte. Auch wenn es nahe liegt, die für Gerichtsstandsklauseln geltenden Sondervorschriften bei Trusts analog oder sinngemäss auch auf Schiedsklauseln zur Anwendung zu bringen, ist die Zulässigkeit solcher in Trust Bedingungen enthaltenen Schiedsklauseln sowohl unter dem IPRG wie unter dem Konkordat abzulehnen, solange keine entsprechende Sondervorschrift besteht. Der Sinn und Zweck der Formvorschriften und der besonderen Erfordernisse an die tatsächliche Willenseinigung würde vollkommen unterlaufen, wenn man in Trust-Bedingungen enthaltene Schiedsklauseln zulassen würde. Denn bei Trust-Verhältnissen entfällt von vorne herein auch eine wirtschaftlich enge Verbindung (etwa Zugehörigkeit zur selben Branche) zwischen potentiellen Schiedsparteien, also jene Kriterien, die bei Schiedsklauseln zu einer Auflockerung in Bezug auf die formellen Gültigkeitsvoraussetzungen geführt haben.[176]

---

173 So auch LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 178 N1.1; IPRG-WENGER, Art. 178 N58, welche einseitige Schiedsanordnungen in Testamenten gegenüber Pflichtteilserben und gesetzlichen Erben grundsätzlich ablehnt.

174 Dies wird teilweise bejaht, vgl. etwa RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 45; RÜDE, Gültigkeit von Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen, ASA Spezial Series Nr. 8, Dezember 1994, S. 142.

175 Vgl. KROPHOLLER (FN 50), Art. 17 N27, bezüglich Gerichtsstandsklauseln.

176 Vgl. dazu auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N 1322 bezüglich «Trust» und «Gerichtsstandsvereinbarung».

4. *Wirkungen und Erlöschen*

a) *Ausschluss staatlicher Gerichtsbarkeit und Erzwingbarkeit der Schiedsklauseln*

Die Wirkungen einer gültigen Schiedsvereinbarung sind mehrschichtig. Primär bewirkt die Schiedsabrede den Ausschluss staatlicher Gerichtsbarkeit.[177] Die Parteien sind aufgrund der materiellen Wirkung der Schiedsvereinbarung verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Durchführung des Schiedsverfahrens behindert oder verzögert. Sie haben zudem gewisse Mitwirkungspflichten (wie die Leistung des Kostenvorschusses oder die Mitwirkung bei der Konstituierung des Schiedsgerichtes). Renitentes Verhalten einer Partei (meistens des Beklagten) kann, da dies als Verletzung vertraglicher Pflichten anzusehen ist, gegebenenfalls zu Schadenersatzansprüchen führen.[178] Hinsichtlich der Frage der «Erzwingbarkeit» einer Schiedsklausel ist zunächst festzuhalten, dass ausserhalb der Bindungswirkung internationaler Übereinkommen grundsätzlich «kein Staat gezwungen ist, einen Schiedsvertrag für erzwingbar zu halten, nur weil er es nach einer auf ihn anwendbaren Rechtsordnung ist»[179]. Bei einem in der Schweiz ansässigen internationalen Schiedsverfahren ist freilich der staatliche Richter, sofern kein Fall von Einlassung vorliegt, gemäss Art. 7 IPRG grundsätzlich verpflichtet, seine Zuständigkeit – es sei denn, einer der im Gesetz abschliessend genannten Fälle liege vor – auf entsprechende Einrede hin abzulehnen und diejenige des Schiedsgerichts anzuerkennen.[180] Renitentes Verhalten einer Partei während des Schiedsverfahrens (zum Beispiel Nichterscheinen zu einem Hearing) kann Säumnisfolgen nach sich ziehen. Der in Art. 182 Abs. 3 IPRG verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien und des rechtlichen Gehörs schliesst nicht aus, dass gewisse oder alle Prozesshandlungen in Abwesenheit einer Partei vorgenommen werden. Wesentlich ist nur, dass die renitente Partei ordentlich geladen wurde und ihr die Säumnisfolgen ange-

---

177 Vgl. BGE 124 III 83 E. 5: «Das Urteil eines ausländischen staatlichen Gerichts, das die Streitsache trotz Vorliegen einer Schiedsklausel, die den Anforderungen von Art. II NYÜ genügt, an die Hand genommen hat, ist in der Schweiz mangels indirekter Zuständigkeit gemäss Art. 25 lit. a IPRG nicht anerkennungsfähig.»; vgl. auch BGE 122 III 139: Der staatliche Richter hat seine Zuständigkeit abzulehnen, wenn eine summarische Prüfung der Schiedsvereinbarung nicht deren Hinfälligkeit, Unwirksamkeit oder Nichterfüllbarkeit ergibt.

178 Vgl. SCHLOSSER (FN 37), N95 f.; IPRG-WENGER, Art. 178 N69, welcher darauf hinweist, dass diese Auffassung der Lehre mehrheitlich abgelehnt werde, mit Verweis auf KNELLWOLF, Zur materiellen Bedeutung der Schiedsabrede, in: BERTI/KNELLWOLF/KÖPE/WYSS (Hrsg.), Festschrift Habscheid (1991), S. 45 ff.

179 SCHLOSSER (FN 37), N396.

180 Nach Art. 179 IPRG ist der staatliche Richter gegebenenfalls zur Mitwirkung bei der Ernennung des Schiedsgerichts verpflichtet, wobei er eine summarische Prüfung des Vorliegens einer gültigen Schiedsvereinbarung vorzunehmen hat.

droht wurden und die abwesende Partei keine vernünftigen Gründe für das Nichterscheinen vorbringen kann.[181] Auch wenn ein Kontumazurteil unter diesen Voraussetzungen zulässig ist, ist das Schiedsgericht gehalten – entsprechend der Untersuchungsmaxime – seinen Entscheid nicht einfach aufgrund der Behauptungen der nicht-renitenten Partei, sondern in Berücksichtigung aller Akten und nach erfolgter Beweisabnahme sowie unter Einbezug aller rechtlich relevanten Aspekte zu fällen.

Nicht nur die am Sitz geltende *lex arbitri* ist zu beachten, sondern zwangsläufig auch die Vollstreckungshindernisse im Verfahrensrecht jenes Staates, dessen Gerichte aufgrund der Schiedsvereinbarung unzuständig werden. Die Wirksamkeit und Erzwingbarkeit der Schiedsklausel hängen nämlich im Wesentlichen davon ab, inwieweit das Recht des Landes, dessen Gerichte ordentlicherweise zuständig wäre und in dem häufig ein Schiedsspruch zu vollstrecken ist, den Ausschluss staatlicher Gerichte durch eine Schiedsvereinbarung zulässt.[182]

b) Umfang der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit

Aus Art. 186 Abs. IPRG ergibt sich bei einer schweizerischen *lex arbitri* der Grundsatz der «Kompetenz-Kompetenz», also die Ermächtigung des Schiedsgerichts, über seine eigene Zuständigkeit zu entscheiden.[183] Seine eigene Zuständigkeit überprüft das Schiedsgericht lediglich im Falle einer Unzuständigkeitseinrede. Bekanntlich hat die geltend gemachte Ungültigkeit des Hauptvertrags nicht auch automatisch die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung zu Folge (vgl. Autonomie Grundsatz gemäss Art. 178 Abs. 3 IPRG). Die Einrede der Unzuständigkeit muss freilich gemäss Art. 186 Abs. 2 IRPG *vor* der Einlassung auf die Hauptsache geschehen, andernfalls die Zuständigkeit kraft Einlassung bzw. stillschweigender Annahme durch den Beklagten begründet wird.

---

181 IPRG-Kommentar-Fischer, Art. 182 N18; vgl. auch IPRG-Wenger, Art. 187 N70.

182 Vgl. insbesondere Schlosser (FN 37), N394, welcher etwa auf das englische Recht hinweist, gemäss welchem für rein interne Schiedsverfahren ein Richter die Schiedsklausel nach seinem Ermessen ignorieren kann; er weist auch darauf hin, dass US-Gerichte einen ähnlichen Ermessensspielraum teilweise auch in internationalen Schiedsverfahren für sich in Anspruch genommen hätten, eine Sicht, die im Geltungsbereich von Art. II NYÜ freilich ausgeschlossen ist.

183 Zu Recht weist Wenger, Schiedsvereinbarungen und Schiedsgerichtliche Zuständigkeit, in: Kellerhals (Hrsg.) Schiedsgerichtsbarkeit (1997), S. 242, darauf hin, dass dieser Ausdruck irreführend sei. Auf Unzuständigkeitseinrede hin käme dem Schiedsgericht lediglich eine Entscheidungspriorität zu. Der Zuständigkeitsentscheid des Schiedsgericht sei erst im Falle der Nicht-Anfechtung endgültig.

Im Gegensatz zur Zuständigkeit hat das Schiedsgericht jene der *Schiedsfähigkeit* «von Amtes wegen», d. h. ohne entsprechenden Parteiantrag zu prüfen.[184]

Der Zuständigkeitsentscheid, egal ob er als Zwischenentscheid oder gleichzeitig mit dem Hauptentscheid gefällt wurde, kann gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG mittels Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Das Bundesgericht (wie auch der staatliche Richter, vor dem die Schiedseinrede erhoben wird) überprüft die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeitsfrage mit voller Kognition.[185]

Das Gegenstück zum Zuständigkeitsentscheid des Schiedsgerichts selbst ist die gegen eine Klage vor dem staatlichen Richter erhobene *Schiedseinrede,* welche in aller Regel dazu führt, dass sich das staatliche Gericht mit der Frage der Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung, somit mit seiner eigener Zu- bzw. Unzuständigkeit zu befassen hat. Wird die Schiedseinrede in einem Staat erhoben, der dem NYÜ untersteht, besteht gemäss Art. II Abs. 3 eine eigentliche Pflicht des staatlichen Richters, bei Vorliegen einer gültigen Schiedsvereinbarung die eigene Zuständigkeit abzulehnen und die Parteien auf das schiedsgerichtliche Verfahren zu verweisen.[186] Ob eine Schiedsvereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist (so Art. 7 Lit. b IPRG) hängt im Wesentlichen davon ab, welches Recht auf die Schiedsvereinbarung angewendet wird. Entgegen anders lautender Meinung in der Literatur[187] bestimmt der schweizerische Richter das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht unabhängig davon, ob der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz oder im Ausland liegen würde, gemäss IPRG, insbesondere gemäss Art. 177 und 178 IPRG. Dabei ist es dem mit der Schiedseinrede konfrontierten staatlicher Richter in der Schweiz über die Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG unbenommen, etwa erleichterten Formvorschriften des ausländischen Sitzstaates (sich vom *favor-validitatis*-Grundsatz leiten lassend) Rechnung zu tragen.

Besonders hervorzuheben ist die Frage der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit zur Behandlung der *Verrechnungseinrede,* insbesondere dann, wenn für die Verrechungsforderung eine andere Zuständigkeit (z. B. eine eigene Schieds- oder Gerichtsstandsklausel) besteht oder eine solche gerade fehlt) und der Kläger sich auf die Verrechnung nicht einlassen will. Grundsätzlich

---

184 So auch Bucher (FN 47), N132; zudem Rüede/Hadenfeldt (FN 2), S. 234.

185 BGE 121 III 83.

186 Materiell identisch mit Art. II Abs. 3 NYÜ ist letztlich Art. 7 IPRG. Aus beiden geht hervor, dass sich der Beklagte widerspruchslos auf das Verfahren vor dem staatlichen Richter einlassen und damit einen formlosen Verzicht auch die Schiedsvereinbarung herbeiführen kann. Vgl. dazu auch BGE 111 II 62 ff., insbesondere 65 f., in welchem die Notwendigkeit einer von Anbeginn an zu erhebenden Einrede auch unter Art. II Abs. 3 NYÜ bestätigt wird; vgl. dazu auch Bucher (FN 47), N134. Vgl. dazu neuerdings auch BGE 127 III 279.

187 Vgl. etwa Bucher (FN 47), N138 und Walter/Bosch/Brönnimann (FN 23), S. 86 f.

entscheidet die *lex arbitri,* in der Regel das Recht am Sitz des Schiedsgerichts, über die Zuständigkeit zur Behandlung einer Verrechnungsforderung. Unproblematisch ist der Fall einer Verrechnung, die bereits vor Rechtshängigkeit der Klage geltend gemacht wurde, bewirkt sie doch unter den meisten Rechten bei Erfüllung aller Voraussetzungen die Tilgung der Forderungen, soweit sie sich ausgleichen. Das mit Klage befasste Schiedsgericht muss bei Prüfung des geltend gemachten Anspruchs auf Begehren des Beklagten prüfen, ob die Forderung nicht bereits nach dem massgeblichen Recht durch Verrechnung getilgt ist.[188]

Unproblematisch ist auch der Fall, wo die Verrechnungseinrede zwar erst im Schiedsverfahren erhoben, über die Verrechnungsforderung aber bereits rechtskräftig entschieden wurde.[189]

Bestreitet der Kläger Bestand und Höhe einer noch nicht rechtskräftig entschiedenen Verrechnungsforderung (mit eigener Gerichtsstands- oder Schiedsabrede), ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung einer noch nicht rechtskräftig entschiedenen Verrechnungsforderung jedenfalls so weit zu bejahen, als zwischen Haupt- und Verrechnungsforderung ein *inhaltlicher bzw. sachlicher Konnex besteht*[190]. Auch im Geltungsbereich des Lugano Übereinkommens ist die Verrechenbarkeit konnexer Forderungen nicht weiter strittig.[191] Gleiches muss unter der neuen EuGVO gelten.

Schwierig ist die Zuständigkeitsfrage somit nur dann, wenn die Verrechnungseinrede erst nach Anhängigmachung der Klage vor dem Schiedsgericht geltend gemacht wird, keine Konnexität der Forderungen vorliegt und der Kläger nicht nur die Verrechnungsforderung, sondern auch die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung derselben bestreitet. Kann mit anderen Worten die Integration einer Schiedsklausel im Vertrag, auf dem die Hauptforderung basiert, oder im Vertrag, aus welchem die Verrechnungsforderung abgeleitet wird, die Wirkung eines Verrechungsausschlusses haben, und zwar selbst dann, wenn nach den allgemeinen Voraussetzungen die Geltendmachung einer Verrechnungsforderung prozessual zulässig wäre? Wie vom überwiegenden Teil der Lehre angenommen, ist es wohl – sowohl unter dem Konkordat wie unter dem IPRG – richtig, im Zweifelsfall (das heisst, wenn sich dies nicht aus dem Wortlaut und Sinn der Schiedsvereinbarung eindeutig

188 Vgl. VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N134 ff.

189 Hier liegt kein Kompetenzkonflikt, sondern ein Fall von Anerkennung, die auch inzident erfolgen kann, vor.

190 Die Konnexität ist freilich unter vielen Rechten nicht Vorraussetzung für diese Verrechenbarkeit; vgl. dazu auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1139.

191 Dies ergibt sich *a majore ad minus* aus Art. 6 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ betreffend die Wiederklagezuständigkeit bei Konnexerforderungen; vgl. dazu insbesondere KROPHOLLER (FN 50), Art. 6 N40.

ergibt) nicht auf einen Verrechnungsausschluss zu schliessen.[192] Für einen solchen Ansatz sprechen nicht nur Gründe der Prozessökonomie, sondern auch die Interessenlage der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. In diesem Zeitpunkt haben die Parteien in aller Regel gleichermassen ein Interesse daran, eine Gegenforderung verrechnungsweise geltend machen zu können. Der zwischenzeitlich gegenteiligen Interessenlage des Klägers im Zeitpunkt des hängigen Schiedsverfahrens darf nicht ein übermässiges Gewicht eingeräumt werden, es sei denn, ein solcher Ausschluss der Verrechenbarkeit ergebe sich aus einem konkludent geäusserten Parteiwillen, etwa wenn für die Beurteilung der Hauptforderung bzw. der Gegenforderung ein sogenanntes *«fast track»* – Schiedsverfahren mit besonders kurzen Fristen vereinbart wurde oder wenn etwa die Beurteilung der Verrechnungsforderung einem Spruchkörper mit besonderer Sachkunde anvertraut wurde, über welche das für die Hauptforderung zuständige Schiedsgericht nicht verfügt.[193]

Institutionelle (private) Schiedsordnungen sehen zum Teil ausdrücklich vor, dass Verrechnungseinreden vor dem Schiedsgericht geltend gemacht werden können, und zwar selbst dann, wenn keine Konnexität gegeben ist oder wenn die zur Verrechnung gestellte Gegenforderung nicht unter die Schiedsklausel fällt oder für die Verrechnungsforderung eine andere Schiedsvereinbarung oder eine Gerichtsstandsvereinbarung besteht.[194]

Bei gegebener Konnexität zur Hauptklage ist das Schiedsgericht auch für die Beurteilung einer *Widerklage* zuständig. Auch hier entscheidet in erster Linie der Parteiwille.[195] Sind sich die Parteien nicht einig und fehlt es an ausdrücklichen oder stillschweigenden Willensäusserungen, ist in Anlehnung an Art. 8 IPRG festzustellen, ob ein Sachzusammenhang besteht.[196] Eine solche Konnexität ist etwa im Rahmen komplexer Vertragsverhältnisse (etwa Joint Venture Vereinbarungen, bei denen sich Joint Venture Verträge, Aktivitäten der Joint Venture Gesellschaft und flankierende Verträge überlagern) ohne weiteres anzunehmen. Auch zeigt das Beispiel, dass zwischen dem stillschweigenden Parteiwillen und dem objektiven Kriterium des Sachzusammenhangs letztlich eine enge Verbindung besteht.

---

192 Vgl. dazu insbesondere IPRG-Wenger Art. 186 N27 f.; vgl auch den zurückhaltenderen Ansatz in IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 182 N13.

193 Vgl. dazu IPRG-Wenger, Art. 186 N27; vgl. auch Vischer/Huber/Oser (FN 23), N1144.

194 Vgl. etwa die Schiedsreglemente der Handelskammer beider Basel, Art. 27; der Zürcher Handelkammer, Art. 27; die ICC und die UNCITRAL-Schiedsordnungen enthalten hingegen keine Bestimmungen über die Verrechnung.

195 Vgl. Lalive/Poudret/Reymond (FN 2), Art. 186 N7; IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 182 N12.

196 IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 182 N12; anderer Ansicht IPRG-Wenger, Art. 186 N21, welcher das Schiedsgericht dann für die Beurteilung einer Widerklage als zuständig erachtet, wenn die Widerklage auf dem gleichen Rechtsverhältnis wie die Hauptklage beruht und durch die gleiche Schiedsvereinbarung gedeckt ist. Eines Sachzusammenhangs bedürfe es darüber hinaus nicht.

c) Erlöschen der Schiedsabrede

Eine Aufhebungsvereinbarung bedarf keiner bestimmten Form. Auch entscheiden die Parteien letztlich, ob die Schiedsvereinbarung nur für gewisse Bereiche des von ihr erfassten Rechtsverhältnisses oder als Ganzes aufgehoben wird. Eine Auflösungswirkung kann sich gegebenenfalls auch aus einer in der Schiedsvereinbarung enthaltenen zeitlichen Beschränkung automatisch ergeben.[197] Auch die Einlassung des Beklagten auf eine vor einem staatlichen Gericht erhobene Klage bewirkt das Erlöschen der Schiedsabrede. Gleiches gilt, wenn der Zweck der Schiedsvereinbarung erreicht wurde oder unerreichbar geworden ist.[198] Schliesslich sei noch erwähnt, dass nationale Gesetzgebungsakte ebenfalls zur Aufhebung von Schiedsverträgen führen können.[199]

VI. Die Mitwirkung des Staatlichen Richters

1. Allgemein

Sowohl Konkordat wie IPRG sehen für den Fall von Problemen und Schwierigkeiten bei der Umsetzung des mit der Schiedsabrede beabsichtigten Ziels die Möglichkeit der Einschaltung gerichtlicher Behörden vor. So kann der staatliche Richter als Garant eines korrekten, willkürfreien Schiedsverfahrens etwa im Rahmen der Ernennung, Abberufung, Absetzung und Ersetzung eines Schiedsrichters, im Rahmen der Durchsetzung von Beweismassnahmen und vorsorglichen Verfügungen sowie bei Vorliegen von Anfechtungsgründen angerufen werden. Darüber hinaus kommt dem staatlichen Richter bei der Vollstreckung eines Schiedsurteils, sei es in der Schweiz oder im Ausland, eine entscheidende Bedeutung zu. Die «Garantiefunktion» des staatlichen Richters betrifft einerseits die Ermöglichung und Sicherung eines Schiedsverfahrens[200], andererseits – hier im öffentlichen Interesse – die Kontrolle der Schiedsgerichtsbarkeit (etwa im Bereich von Zuständigkeitsentscheiden).

Die Praxis zeigt, dass institutionelle, in aller Regel auf der Basis des Schiedsreglements der jeweiligen Institution abgewickelte Schiedsverfahren in den meisten Fällen ganz ohne richterliche Behörde ablaufen. Regelmässig übernimmt in diesen Fällen die Institution mit ihren Fachkräften die erwähnten Sicherungs- und Kontrollfunktionen.

---

197 Vgl. dazu IPRG-WENGER, Art. 187 N72.

198 Vgl. SCHLOSSER (FN 37), N435.

199 Vgl. dazu insbesondere die ausführlichen und rechtsvergleichenden Darlegungen von SCHLOSSER (FN 37), N430; vgl. indes auch die Einschränkungen, die sich für einen staatlichen Vertragspartner aus Art. 177 Abs. 2 IPRG ergeben.

200 Vgl. dazu RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 17.

Auf die gerichtsorganisatorischen Fragen im Zusammenhang mit den gemäss Konkordat und IPRG vorgesehenen richterlichen Behörden sei an dieser Stelle – unter Verweis auf Spezialliteratur[201] – nicht weiter eingegangen. Ohne anders lautende gerichtsorganisatorische Regelung ist allgemein bei Massgeblichkeit des Konkordats das obere ordentliche Zivilgericht zuständig[202], wobei Delegationsmöglichkeiten an untere richterliche Behörden vorgesehen sind. Die kantonalen gerichtsorganisatorischen Regeln beim Vollzug des Konkordats gelten in aller Regel auch dann, wenn bei einem internationalen Gericht auf Grund von Bestimmungen von Kapitel 12 IPRG der staatliche Richter angerufen wird. Einzige Ausnahme besteht dann, wenn der Schiedsentscheid gemäss Art. 190 IPRG angefochten wird. Hier sieht Art. 191 grundsätzlich als einzige Beschwerdeinstanz das schweizerische Bundesgericht vor. Allerdings können die Parteien gemäss Art. 191 Abs. 2 IPRG die Zuständigkeit des Richters am Sitz des Schiedsgerichts als einzige Beschwerdeinstanz wählen. Dort wo im Konkordat oder IPRG die Mitwirkung der richterlichen Behörde vorgesehen ist, besteht auch eine entsprechende Pflicht des nach dem jeweiligen kantonalen Recht vorgesehenen Mitwirkungsrichters zum Tätigwerden; er verfügt diesbezüglich also über keinerlei Ermessen.[203]

2. *Bestellung, Abberufung, Absetzung und Ersetzung von Schiedsrichtern*

Die Parteien sind grundsätzlich frei, die Modalitäten der Bestellung und die Zahl der Schiedsrichter im Detail zu regeln.[204] Einzige Grenze dieser Freiheit der Parteien ist das vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung entwickelte *Erfordernis der Gewähr für eine unabhängige (schiedsgerichtliche) Rechtsprechung*[205]. Die vom Bundesgericht entwickelte Praxis widerspiegelt sich etwa in Art. 19 Abs. 1 Konkordat, wonach Schiedsrichter abgelehnt werden können, wenn eine Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Bestellung des Schiedsgerichts ausübte, oder auch in Art. 180 Abs. 1 lit. c IPRG, wonach eine Ablehnung dann möglich ist, wenn Umstände vorliegen, die Anlass zu berechtigten Zweifeln an der Unabhängigkeit eines Schiedsrichters geben.

---

201 Vgl. dazu insbesondere RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 17 ff.

202 Vgl. Art. 3 Konkordat sowie Art. 45 Abs. 2 Konkordat.

203 Vgl. RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 19.

204 Die Formvorschriften von Art. 178 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 6 Konkordat gelten, da es sich hier um nicht zum notwendigen Inhalt der Schiedsabrede handelnde Bereiche handelt, nicht. So auch RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 127.

205 Etwa BGE 76 I 92 und BGE 78 I 108; vgl. auch RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 140.

Darüber hinaus halten Art. 25 Konkordat und Art. 182 Abs. 3 IPRG die ausnahmslose Bindung jedes Schiedsverfahrens an den *Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien sowie die Gewährleistung des Anspruchs auf rechtliches Gehört* explizit fest. Das Prinzip der *«Waffengleichheit»* und der *Unbefangenheit des Schiedsgerichts* sind zu den elementaren Grundsätzen des Schiedsgerichtsverfahrens und damit zum *Ordre public* zu rechnen.[206]

Allgemein kann eine Partei den staatlichen Richter um Mitwirkung anrufen, wenn die andere Partei ihren eigenen Ernennungspflichten nicht nachkommt oder wenn sich die Parteien über die Person eines Einzelschiedsrichters nicht einig werden oder wenn sich die von den Parteien ernannten Schiedsrichter nicht über die Wahl des Obmanns einig werden (vgl. Art. 12 Konkordat).[207] Art. 179 Abs. 2 IPRG ist weiter gefasst als Art. 12 Konkordat. Der staatliche Richter kann nämlich bereits dann angerufen werden, wenn eine Vereinbarung zwischen den Parteien über die Ernennung des Schiedsrichters fehlt. Sowohl unter dem Konkordat als auch bei Massgeblichkeit des IPRG ist die Regelung des Bestellungsverfahrens durch den staatlichen Richter Sache der Kantone. Art. 179 Abs. 2 IPRG vermerkt diesbezüglich, dass der zuständige Richter gehalten ist, sinngemäss die Bestimmungen des kantonalen Rechts über die Ernennung, Abberufung oder Ersetzung von Schiedsrichtern anzuwenden.[208]

Im Rahmen des Ernennungsverfahrens prüft der zuständige kantonale Richter einerseits seine Zuständigkeit und, wie in Art. 179 Abs. 3 IPRG festgehalten (summarisch), ob dem Anschein nach eine offensichtlich nicht unwirksame Schiedsabrede gegeben ist. Gleiches muss auch gelten, wenn es um die Abberufung oder Ersetzung (vgl. Art. 180 IPRG, Art. 18 Konkordat) geht. Auch bei den Fällen der Abberufung oder Ersetzung bzw. Absetzung eines Schiedsrichters gelangen primär die von den Parteien gewählten Regeln (etwa im Rahmen des gewählten Schiedsreglements einer Institution) zur Anwendung. Erst in zweiter Linie, das heisst bei fehlenden entsprechenden Parteivereinbarungen bzw. bei fehlender Massgeblichkeit eines Schiedsreglements, wendet der zuständige kantonale Richter die diesbezüglichen kanto-

---

206 Vgl. RÜEDE/HADENFELDT (FN 2) m.w.N. Vgl. dazu auch IPRG-PETER/FREYMOND, Art. 180 N8 ff.

207 Vgl. auch RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 22, welche zu Recht Art. 12 Konkordat analog zur Anwendung bringen wollen, wenn sich mehrere Streitgenossen nicht auf den von ihnen zu bezeichnenden Schiedsrichter einigen können oder dann, wenn nach Schiedsabrede der Obmann durch die Parteien ernannt werden soll und sich die Parteien darüber nicht einig werden. Sodann hat Art. 12 Konkordat auch dann zu gelten, wenn ein in der Schiedsklausel namentlich benannter Schiedsrichter das Amt nicht übernehmen kann oder will.

208 Dies sind entweder spezielle Bestimmungen für internationale Schiedsgerichtsfälle, die in kantonalen Einführungsgesetzen zum IPRG festgehalten werden, oder das kantonale Recht verweist auf die bereits bestehenden Bestimmungen des Konkordats.

nalen Vorschriften (dies führt praktisch ausnahmslos zur Anwendung von Art. 23 Abs. 1 und 2 Konkordat) an.

Rechtsmittel gegen den Entscheid des Ernennungs-, Abberufungs- oder Ersetzungsrichters sind im Rahmen der Anwendung des Konkordats gemäss dem jeweiligen kantonalen Prozessrecht gegeben.[209] Darüber hinaus ist die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 30 BV (Art. 58 aBV) zulässig.[210]

Im Unterschied zur Uneinigkeitssituation als Anwendungsvoraussetzung von Art. 179 Abs. 2 IPRG regelt Art. 179 Abs. 3 IPRG den Fall, dass ein staatlicher Richter gemäss Schiedsvereinbarung Ernennungsrichter ist.

Bei Massgeblichkeit des IPRG (Art. 179 Abs. 3 IPRG) besteht eine Diskrepanz zwischen Doktrin und Rechtsprechung, wobei ein beachtlicher Teil der Lehre die Meinung vertritt, gegen den Entscheid eines Richters betreffend Ernennung, Abberufung oder Ersetzung müsse eine unmittelbare staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 9 und/oder Art. 30 BV (Art. 4 und/oder Art. 58 aBV) möglich sein.[211] Dem entgegen hat das Bundesgericht in einem Entscheid[212] festgehalten, es gäbe keine direkten Rechtsmittel gegen eine entsprechende Entscheidung des Richters im Rahmen von Art. 179 Abs. 3 IPRG; eine Überprüfung sei nur im Rahmen einer Revision des Endurteils möglich. In einem späteren Entscheid wiederum hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 179 Abs. 3 IPRG hingegen entschieden, ein *negativer Ernennungsentscheid* eines schweizerischen Richters könne mit einer direkten staatsrechtlichen Beschwerde angefochten werden.[213]

Diese Entscheide dürften auch in Bezug auf Art. 179 Abs. 2 IPRG massgeblich sein.[214] Der bundesgerichtliche Ansatz vermag nicht ganz zu befriedigen. Kann ein positiver Ernennungsentscheid erst mit dem Endentscheid angefochten werden, besteht das erhebliche Risiko – dies ist nicht besonders prozessökonomisch –, dass sich ein unter Umständen aufwändiges Schiedsverfahren am Ende als unwirksam erweist. Dem Ansatz eines Grossteils der Doktrin ist deshalb vorbehaltlos zuzustimmen. Aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 115 II 249ff.) ist der beschwerdewilligen Partei zu empfehlen, einen Vorentscheid des Schiedsgerichts betreffend Konstituierung zu verlangen. Dieser Entscheid wiederum kann gemäss Art. 190 Abs. 3 bzw.

---

209 RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 125; BUCHER (FN 47), N152, anderer Ansicht LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), S. 82, S. 335.

210 BUCHER (FN 47), N152 m.w.N., LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), S. 83.

211 In diesem Sinn etwa LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 179 IPRG N14; BUCHER (FN 47), N341; IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 N33.

212 BGE 115 II 294.

213 BGE 118 I a 20; vgl. auch BGE 119 I a 422.

214 Vgl. dazu insbesondere IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 179 N16.

Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG mittels staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden.[215]

Der staatliche Richter ist zur Ernennung bzw. Abberrufung bzw. Ersetzung verpflichtet, sofern nicht eine summarische Prüfung ergibt, dass zwischen den Parteien eine Schiedsabrede besteht (so Art. 179 Abs. 3 IPRG). Inhalt der summarischen Prüfung ist grundsätzlich der Bestand (also eine *prima facie*-Kontrolle), nicht aber die Gültigkeit oder die Tragweite (d. h. keine sachliche Vorprüfung des Schiedsgegenstandes) der Schiedsvereinbarung.[216] Über Gültigkeit und Tragweite entscheidet nämlich gemäss Art. 186 Abs. 1 IPRG im Rahmen der ihm eingeräumten «Kompetenz-Kompetenz» das Schiedsgericht selbst. Art. 179 Abs. 3 IPRG hat den Zweck, eine Partei vor der Einlassung auf ein Schiedsverfahren zu bewahren, wenn nicht einmal dem Anschein nach eine Schiedsabrede besteht.[217] Im Zweifelsfall muss der Richter zugunsten einer Ernennung entscheiden.

Im Rahmen des Ablehnungsverfahrens hält Art. 180 Abs. 3 IPRG fest, dass, soweit die Parteien das Ablehnungsverfahren nicht geregelt haben, im Bestreitungsfalle der Richter am Sitz des Schiedsgerichts endgültig entscheidet.[218]

Das Primat der Parteiautonomie gilt also auch im Bereich des Ablehnungsverfahrens. Die Parteien können – etwa durch die Bezeichnung des Schiedsreglements einer Schiedsinstitution – den Entscheid über die Ablehnung dieser Schiedsinstitution übertragen, deren Entscheid endgültig ist. Hingegen wird der staatliche Richter (gemäss Art. 180 Abs. 3 IPRG) am Sitz des Schiedsgerichts auch dann zuständig sein, wenn die primär berufene Schiedsinstitution etwa nicht alle gesetzlichen Ablehnungsgründe geprüft hat.[219] Der benachteiligten Partei ist auch hier zu empfehlen, einen Entscheid des Schiedsgericht über dessen Zuständigkeit zu verlangen, der dann gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG in Verbindung mit Abs. 3 sofort beim Bundesgericht angefochten werden kann; denn ein Schiedsgericht, dem ein befangener Schiedsrichter angehört, ist nicht zuständig.[220]

---

215 In diesem Sinn IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 179 N17; Walter/Bosch/Brönnimann (FN 23), S. 108.

216 IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 179 N11.

217 In diesem Sinn hat das Bundesgericht im BGE 118 I a 20 im Rahmen der «Willkürkognition» den die Ernennung eines Schiedsgerichts ablehnenden Entscheid eines staatlichen Richters geschützt, da sich im konkreten Fall die Schiedsabrede auf ein ganz anderes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bezog.

218 Ablehnungsgründe sind gemäss Art. 180 Abs. 1 IPRG: a) Wenn der Schiedsrichter nicht den von den Parteien vereinbarten Anforderungen entspricht; b) Wenn in den von den Parteien vereinbarten Verfahrensordnungen ein Ablehnungsgrund vorliegt oder c) Umstände vorliegen, die Anlass zu berechtigten Zweifeln an seiner Unabhängigkeit geben.

219 In diesem Sinn IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 180 N13.

220 Vgl. IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 180 N13, welcher darauf hinweist, dass mit Beschwerde gegen den Endentscheid nur solche Ablehnungsgründe geltend gemacht werden können, von denen die Parteien erst nach Ernennung des Schiedsrichters Kenntnis erhielten.

Der Entscheid des staatlichen Richters im Ablehnungsverfahren ist gemäss Art. 180 Abs. 3 IPRG *endgültig*. Ein Weiterzug an eine kantonale Rekursinstanz oder an das Bundesgericht ist damit nicht möglich. Zu Recht hält VISCHER[221] fest, dass, obwohl in Art. 180 Abs. 3 IPRG das Wort «endgültig» vermerkt ist, die staatsrechtliche Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel zum Schutz verfassungsmässiger Rechte auch dann offen stehen sollte, wenn das Gesetz den kantonalen Entscheid als endgültig bezeichnet.[222]

3. Vorsorgliche und sichernde Massnahmen

a) Konkurrenzierende Kompetenzen zwischen Schiedsgericht und staatlichem Richter

Im Unterschied zum Konkordat, wo in Art. 26 Abs. 1 die alleinige Zuständigkeit des staatlichen Richters explizit festgehalten ist, hat ein internationales Schiedsgericht unter der Herrschaft von Kapitel 12 IPRG gemäss Art. 183 IPRG – anderslautende Vereinbarungen der Parteien vorbehalten – die Kompetenz, auf Antrag einer Partei vorsorgliche oder sichernde Massnahmen anzuordnen. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes – wenn auch ohne eigene Zwangsmittel zur Durchsetzung – stellte ein bedeutender Schritt im Bereich internationaler Schiedsgerichtsbarkeit dar; auch die wichtigsten Schiedsreglemente[223] sehen eine solche Kompetenz vor. Entgegen einem Teil der Lehre[224] handelt es sich m. E. bei der dem Schiedsgericht gewährten Zuständigkeit für vorsorgliche oder sichernde Massnahmen nicht um eine exklusive Kompetenz. Jeder einstweiligen Rechtsschutz suchenden Partei muss es unbenommen sein, anstelle des Schiedsgerichts (ohne Durchsetzungskompetenz) direkt den staatlichen Richter um Erlass einer vorsorglichen oder sichernden Massnahme zu ersuchen. Zu Recht hebt etwa VISCHER[225] hervor, eine konkurrierende Zuständigkeit von

---

221 IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 180 N15 im Gegensatz zu LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 180 N12.

222 Vgl. AMTL. BULL. NR 1987 S. 1072 zu Art. 191 Abs. 2 IPRG; vgl. auch WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 111; vgl. zum Ganzen auch IPRG-PETER/FREYMOND, Art. 180 N33 ff., welche zu Recht darauf hinweisen, dass staatsrechtliche Beschwerde wegen formeller Rechtsverweigerung gegen die Weigerung des kantonalen Richters, das Ablehnungsgesuch anzunehmen, gegeben sein muss.

223 Vgl. etwa WIPO, AAA, UNCITRAL Arbitration Rules und UNCITRAL Modellgesetz, Handelskammer beider Basel, Zürcher Handelskammer; vgl. dazu auch IPRG-BLESSING, Einleitung zum 12. Kapitel, N220; vgl. zudem IPRG-BERTI, Art. 183 N4 ff.

224 WENGER, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, BJM 1989, S. 350; BUCHER (FN 47), N207; LALIVE/GAILLARD, Le Nouveau droit de l'Arbitrage International en Suisse, CLUNET, 116 (1989) S. 939; RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 252.

225 IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 183 N3.

Schiedsgericht und staatlichem Richter im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes muss schon deshalb bestehen, weil das Schiedsgericht nicht in der Lage ist, den gleichen effektiven Rechtsschutz zu gewähren, wie der staatliche Richter.[226] Im Übrigen kann ein Eingreifen des staatlichen Richters auch deshalb notwendig werden, weil eine einstweilige Massnahme unter Umständen im Ausland erwirkt und unmittelbar durchgesetzt werden muss. Auch hier muss dem Schutzinteresse einer Partei am raschen und wirksamen Erlass einer vorsorglichen Massnahme (gegebenenfalls mit Strafandrohung) eine vorrangige Bedeutung beigemessen werden. Daran ändert – entgegen anders lautender Ansicht[227] – auch der Umstand nichts, dass Art. 183 Abs. 2 IPRG von *Mitwirkung* (entsprechender Antrag des Schiedsgerichts) beim Vollzug vorsorglicher Massnahmen spricht. Dieser Bereich ist Sache der Parteien.

Massgebend ist die jeweilige *lex fori* des schweizerischen oder ausländischen Vollstreckungsstaates.[228]

b) Mitwirkung des staatlichen Richters

Kommt die von einer vorsorglichen Massnahme des Schiedsgerichts betroffene Partei dieser Anordnung nicht freiwillig nach, kann das Schiedsgericht den staatlichen Richter um Mitwirkung ersuchen, wobei dieser sein eigenes Recht anzuwenden hat. Diese Formulierung lässt zu Recht offen, ob es sich bei diesem Richter um einen schweizerischen oder ausländischen Richter handelt, auch wenn letzterer nicht durch das IPRG im Sinne einer Mitwirkungspflicht gebunden werden kann. Erst auf der staatlichen Ebene ist es auch möglich, eine Ungehorsamsstrafe (etwa im Sinne von Art. 292 StGB) anzudrohen. Zu Recht wird die Kompetenz des Schiedsgerichts zur Strafandrohung abgelehnt.[229] Das Schiedsgericht kann keine amtlichen Verfügungen erlassen.

Dem Schiedsgericht kann keine Kompetenz zukommen, Vermögenswerte einer Partei mit Arrest zu belegen. Die Arrestkompetenz muss schon deshalb eine exklusive Kompetenz des staatlichen Richters sein, weil der Arrest in aller Regel nicht von der Schiedsklausel erfasste Vermögenswerte des Schuldners, die nicht Teil des Schiedsverfahrens sind, mit Arrest belegt.[230]

---

226 Vgl. in diesem Sinn auch WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 146; HABSCHEID, Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte nach dem schweizerischen Gesetz über das internationale Privatrecht (IPRG), in: IPRax 1989, S. 136.

227 RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 252.

228 Vgl. IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 183 N5.

229 IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 183 N7; in diesem Sinn auch IPRG-BERTI, Art. 183 N11; anderer Ansicht WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 137.

230 Vgl. etwa IPRG-BERTI, Art. 183 N12, welcher darauf hinweist, dass nicht einzusehen sei, wieso ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz einer Partei nicht soll verbieten können, über spezifische Vermögenswerte zu verfügen. Vgl. auch IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 183 N 6.

Der um Mitwirkung ersuchte staatliche Richter muss – in Analogie zu Art. 179 Abs. 3 IPRG – seine Mitwirkung zunächst darauf beschränken, in summarischer Weise zu prüfen, ob die relevante Schiedsvereinbarung die Anordnung einstweiliger Verfügungen umfasst und gleichzeitig ein gültig ernanntes Schiedsgericht sich mit der Sache befasst.[231] Dies bedeutet, dass der in der Schweiz um Mitwirkung ersuchte Vollstreckungsrichter die vom Schiedsgericht angeordnete vorsorgliche Massnahme nur unter dem Gesichtspunkt des (schweizerischen) *Ordre public* einer materiellen Prüfung der schiedsgerichtlichen Verfügung unterziehen kann.[232]

Der Entscheid des Schiedsgerichts betreffend Erlass einer einstweiligen Verfügung kann unter der Herrschaft des IPRG hingegen nicht angefochten werden.

Schiedsgericht oder staatlicher Richter können die Anordnung vorsorglicher oder sichernder Massnahmen mit der Leistung angemessener Sicherheiten verbinden.

Es ist noch hervorzuheben, dass ein von einem staatlichen Richter gemäss Art. 183 Abs. 2 IPRG erlassener Mitwirkungsentscheid über vorsorgliche Massnahmen des Schiedsgerichts im Geltungsbereich des Lugano-Übereinkommens ohne weiteres als vollstreckbare «Entscheidung» im Sinne von Art. 25 LugÜ/Art. 32 EuGVO angesehen werden kann, sofern – und dies ist wichtig – dem Erlass der vorsorglichen Massnahme ein kontradiktorisches Verfahren vorangegangen ist[233].

4. Beweisverfahren

Auch im Rahmen des Beweisverfahrens ist das Schiedsgericht – mangels Zwangsgewalt – gegebenenfalls auf die Mitwirkung des staatlichen Richters angewiesen. Entsprechend wird in Art. 184 Abs. 2 IPRG eine weitere Mitwirkungspflicht des staatlichen Richters statuiert. Insbesondere im Zusammenhang mit der Befragung von Zeugen, speziell wenn diese noch im Ausland ihren Wohnsitz haben, ist das Schiedsgericht gegebenenfalls auf die Mitwirkung der richterlichen Behörde vor Ort (nach Massgabe der jeweiligen *lex fori*) angewiesen.

Ähnlich wie Art. 184 Abs. 2 IPRG wird auch in Art. 27 Abs. 2 Konkordat eine entsprechende Mitwirkungspflicht des staatlichen Richters festgehalten. Der um Rechtshilfe nachgesuchte staatliche Richter hat dabei – wiederum in Analogie zu Art. 179 Abs. 3 IPRG – summarisch die Wirksamkeit der

231 Vgl. IPRG-Berti, Art. 183 N18; vgl. auch Walter/bosch/Brönnimann (FN 23), S. 149.

232 Vgl. IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 183 N14; IPRG-Berti, Art. 182 N18.

233 Vgl. IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 183 N11; vgl. auch Kropholler (FN 60, 7. Aufl.) Art. 32 N 8 ff.

Schiedsabrede und die Frage hinsichtlich der richtigen Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu überprüfen[234].

5. *Rechtsmittel- und Vollstreckungsverfahren*

Auch wenn der Begriff «Mitwirkung» wohl etwas überstrapaziert wird, sind im vorliegenden Zusammenhang auch die Kompetenz und der Einflussbereich des staatlichen Richters im Rahmen von Rechtsmittelverfahren zu erwähnen. Das Konkordat kennt eine ganze Reihe von Anfechtungsmöglichkeiten schiedsgerichtlicher Zwischen-, Zuständigkeits- und Endentscheide. Die Anfechtungsmöglichkeiten wurden bekanntlich im Rahmen des IPRG sehr stark eingeschränkt. Gemäss Art. 190 IPRG kann der (End-)Entscheid nur in fünf Fällen beim schweizerischen Bundesgericht als einziger Instanz angefochten werden und zwar (a) wenn der Einzelschiedsrichter vorschriftswidrig ernannt oder das Schiedsgericht vorschriftswidrig zusammengesetzt wurde; (b) wenn sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder für unzuständig erklärt hat; (c) wenn das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden oder wenn es Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat; (d) wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wurde; (e) wenn der Entscheid mit dem *Ordre public* unvereinbar ist. In Art. 190 Abs. 3 IPRG ist festgehalten, dass Vorentscheide nur in den Fällen (a) und (b) hiervor angefochten werden können. Hinsichtlich der Einzelheiten zu den Beschwerdemöglichkeiten und Beschwerdegründen sei auf die Spezialliteratur verwiesen.[235]

VII. Anwendbares Sachrecht, Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit

1. *Anwendbares Sachrecht*

a) *Zur «lex causae» gemäss Art. 187 IPRG im Allgemeinen*

Dem in der Marginalie von Art. 187 IPRG verwendeten Begriff «anwendbares Recht» ist ein weites Verständnis zu Grunde zu legen. Er widerspiegelt die

---

234 Vgl. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 23), S. 165; a. M. IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N 55 ff., welcher meint, diese Bereiche würden in die Zuständigkeit des Schiedsgerichts fallen und welcher zudem darauf hinweist (N63), dass über den staatlichen Richter auch Rechtsauskünfte über den Inhalt «ausländischen» Rechts gemäss dem europäischen Übereinkommen vom 7.6.1986 (SR 0.274.161) eingeholt werden können.

235 Vgl. etwa IPRG-KOMMENTAR-HEINI, Art. 190 und Art. 191 IPRG; IPRG-BERTI/SCHNYDER, Art. 190 und Art. 191 IPRG, RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 327 ff.

sehr breiten Rechtswahlmöglichkeiten der Parteien, welche das Schiedsgericht gemäss Art. 187 Abs. 2 IPRG sogar ermächtigen können, nach *Billigkeit* zu entscheiden; in diesem Fall trifft das Schiedsgericht – losgelöst von einer bestimmten (staatlichen) Rechtsordnung – eine «Sachentscheidung» nach Einzelfallgerechtigkeit.[236] Der im französischen Gesetzestext verwendete Begriff *«règles de droit»* bringt dieses ausgedehnte Verständnis besser zum Ausdruck. Zu diesen *règles de droit* gehören insbesondere auch nichtstaatliche Rechtsregeln, allgemeine Rechtsgrundsätze oder materielle Regeln im Sinne der *«lex mercatoria»* bzw. Handelsbräuche.[237] Zu den *règles de droit* sind – mit zunehmender Bedeutung – auch die UNIDROIT Principles zu zählen.

Das Schiedsgericht ist – anders als ein staatliches Gericht mit eigener *lex fori* – nicht an ein eigentliches Kollisionsrechtssystem gebunden. Insbesondere ist ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz nicht zur *direkten* Anwendung der Kollisionsregeln im übrigen IPRG verpflichtet. Art. 187 IPRG ist *«primär»* aus sich selbst heraus auszulegen.[238] Dabei kann es durchaus geboten sein, Kollisionsregeln aus den ersten elf Kapiteln des IPRG *analog* bzw. *sinngemäss* anzuwenden, insbesondere auch die in Art. 19 IPRG zum Ausdruck gebrachten Grundprinzipien.

b) Subjektive Anknüpfung

Gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG erfolgt die Anknüpfung in erster Linie nach dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Eine stillschweigende Rechtswahl setzt unzweideutige Umstände voraus. Ob eine Rechtswahl vorliegt, muss *autonom* im Rahmen von Art. 187 IPRG entschieden werden.[239] Dabei kann das Schiedsgericht im Rahmen dieser Autonomie Art. 116 IPRG *analog* anwenden; es kann sich aber auch – je nach Gegebenheit der konkreten Sache – etwa auf im Rahmen der UNIDROIT Principles entwickelten allgemeinen Vertragsregeln abstützen. Als kollisionsrechtlicher Verweisungsvertrag ist die Rechtswahl separat anzuknüpfen und grundsätzlich vom Schicksal des Hauptvertrages unabhängig.

Insbesondere im Rahmen internationaler Schiedsverfahren ist die Parteiautonomie hinsichtlich der anwendbaren *«règles de droit»* ausserordentlich

236 Vgl. IPRG-Karrer, Art. 187 N186 ff., S. 189; vgl. auch Rüede/Hadenfeldt (FN 2), S. 279 ff.

237 Vgl. dazu auch Bucher, Abritrage international, N280 ff.

238 IPRG-Karrer, Art. 187 N5: «Es gibt angesichts der Eigenart der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit keinen Grund, die Bestimmungen und Wertungen des IPR der schweizerischen staatlichen Gerichte den ausländischen IPR-Bestimmungen vorzuziehen».

239 IPRG-Karrer, Art. 187 N87.

weitreichend. Die Parteien können sich nicht nur – zulässigerweise – auf die Anwendung nicht-staatlichen Rechts einigen[240], sie können grundsätzlich auch etwa in Form einer sogenannten Stabilisierungsklausel *(clause gel de droit)* das für anwendbar erklärte staatliche Recht zeitlich – in der Regel auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses – fixieren und damit spätere Änderungen der gewählten *lex causae* von der Anwendung ausschliessen.[241] Darüber hinaus können die Parteien, wie erwähnt, allgemeine Rechtsgrundsätze oder unter dem Begriff *«lex mercatoria»* zusammengefasste Rechtsregeln für anwendbar erklären. Schiedssprüche, die auf solchen allgemeinen Rechtsgrundsätzen bzw. nicht-staatlichen Regeln – etwa UNIDROIT Principles – basieren, sind ohne weiteres vollstreckbar.

Den Parteien ist es auch grundsätzlich frei, im Sinne einer gespaltenen Anknüpfung verschiedene Teilfragen unterschiedlichen Rechten zu unterwerfen.[242]

c) Objektive Anknüpfung

Fehlt eine Rechtswahl, entscheidet das Schiedsgericht nach dem *«Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt»*. Wie bereits zuvor dargelegt, enthält diese Rechtsanwendungsnorm keinen Hinweis auf das Recht eines bestimmten Staates. Damit werden die anwendbaren Rechtsregeln, wie KARRER treffend festhält[243], «nach Massgabe der komplexen tatsächlichen objektiven Umstände (. . .) bestimmt, *ohne* dass die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Vertragstyp eine Vermutung begründen würde». In diesem Sinn stellt die Formel von Art. 187 IPRG eine Art «kollisionsrechtliche Einzelfallgerechtigkeit» dar.[244] Losgelöst von Kriterien wie Verhandlungsort, Ort des Vertragsabschlusses, Vertragssprache, Währung, Schiedsort oder mutmasslicher Vollstreckungsort eines inskünftigen Schiedsspruches hat das Schiedsgericht den oder die Schwerpunkte des Vertrages in einer oder mehreren Rechtsordnungen festzulegen. Lässt sich der Schwerpunkt des Vertrages nicht eindeutig in einer

240 Vgl. dazu VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N106 ff.

241 Vgl. dazu VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N132 ff., wo darauf hingewiesen wird, dass insbesondere bei Staatskontrakten die Statuierung einer Einfrierungsklausel als wirksames Mittel des Investitionsschutzes gepriesen und im Allgemeinen für zulässig erachtet wird; vgl. auch IPRG-KARRER, Art. 187 N65.

242 Vgl. zur kollisionsrechtlichen Teilverweisung: VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N93 ff.

243 IPRG-KARRER, Art. 187 N108. Im Zusammenhang mit der Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien kann auf den ICC-Schiedsentscheid in Sachen Pabalk vs. Norsolor, in Rev. arb. 1983, S. 525 ff. verwiesen werden, wo das Schiedsgericht aufgrund der Schwierigkeit der Wahl eines bestimmten nationalen Rechts die *lex mercatoria* zur Anwendung brachte.

244 Vgl. IPRG-KARRER, Art. 187 N11; vgl. auch LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 187 N18.

bestimmten (staatlichen) Rechtsordnung lokalisieren, ist auch die Anwendung nicht-staatlicher Regeln, etwa der UNIDROIT Principles (vgl. nachfolgend IX.1.) auf der Basis einer objektiven Anknüpfung denkbar. Anwendbar können aufgrund der Schwerpunktanalyse auch verschiedene Rechtsregeln sein. Eine solche *«dépeçage»*, welche in aller Regel eine Einschränkung der Vorhersehbarkeit der schiedsgerichtlichen Entscheidung und damit der Rechtssicherheit bedeutet, ist insbesondere dann denkbar, wenn etwa die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 des Römer Übereinkommens gegeben sind: «Lässt sich jedoch ein Teil des Vertrages von dem Rest des Vertrages trennen und weist dieser Teil eine engere Verbindung mit einem anderen Staat auf, so kann auf ihn ausnahmsweise das Recht dieses anderen Staates angewandt werden».[245]

In einem ICC-Entscheid wurde der «*echte* internationale» vom lediglich «internationalen» Vertrag unterschieden.[246] Die Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien sei dann gerechtfertigt, wenn der Vertrag «de caractère pleinement international» sei.

2. *Zwingendes Recht im Rahmen der Rechtsanwendung unter Art. 187 IPRG*

a) Ausgangslage

Das Gegengewicht zur Parteiautonomie sind *zwingende Normen* oder *Eingriffsnormen,* also «öffentlich-rechtliche oder private Normen», die unter der sie enthaltenden Rechtsordnung absolut zwingend und von Amtes wegen anwendbar und international-privatrechtliche *«lois d'application immédiate»* sind.[247] Zu unterscheiden sind – was ihre Herkunft anbelangt – Eingriffsnormen der *«lex causae»,* solche der *«lex arbitri»* sowie solche eines Drittlandes oder solche, die Teil supranationalen Rechts bilden. Allgemein sind *materielle Eingriffsnormen* von solchen abzugrenzen, welche auf die Zuständigkeit oder Schiedsfähigkeit einen direkten Einfluss haben bzw. die Schiedsfähigkeit oder Rechtswahlmöglichkeit ausschliessen (vgl. dazu unten VII.3.). Unter dieser Ziffer geht es nur um die Frage, inwieweit ein Schiedsgericht im Rahmen seiner Rechtsanwendung materielle Eingriffsnormen zu beachten hat.

Bekanntlich besteht eine enge Wechselwirkung zwischen der Wahl eines Schiedsgerichts und der Wahl des anwendbaren Sachrechts bzw. des Vertrags-

---

245 Vgl. dazu auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N254.

246 Vgl. ICC-Entscheid Nr. 6500 aus dem Jahre 1992 in: J. B. I. (CLUENET) 1992, S. 1015, S. 1016.

247 Vgl. dazu IPRG-KARRER, Art. 187 N26; vgl. dazu insbesondere auch BLESSING, Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts (1999), S. 12 ff.

statuts *(lex causae)*.[248] Das Schiedsgericht hat damit zwangsläufig die zwingenden Normen des Vertragsstatuts zu beachten, und zwar sowohl bei subjektiver wie bei objektiver Anknüpfung.[249] Gegebenenfalls sind bestimmte Teilaspekte wie etwa Form oder Handlungsfähigkeit gesondert anzuknüpfen. Auf die Frage, ob die Parteien explizit die Anwendung bestimmter Eingriffsnormen des Vertragsstatuts ausschliessen können, ist noch zurück zu kommen (die gleiche Frage stellt sich auch unter Art. 19 IPRG und ist entsprechend zu beantworten).

Art. 18 und 19 IPRG bzw. Art. 7 Abs. 1/2 EVÜ schränken in ihrem Anwendungsbereich die Herrschaft des Vertragsstatuts ein, indem zwingende Normen der *lex fori* (Art. 18 IPRG) und solche ausserhalb der *lex fori* und des Vertragsstatuts (Art. 19 IPRG: sogenannte «Eingriffsnormen von Drittstaaten») unabhängig von dem durch Gesetz oder Konvention bezeichneten Vertragsstatut Anwendung verlangen. Das Charakteristikum dieser Eingriffsnormen – und daraus leitet sich auch ihre Beachtlichkeit her – liegt darin, dass sie für den Erlassstaat «von besonderer rechtlicher, sozialer oder wirtschaftspolitischer Bedeutung sind», wie etwa devisenrechtliche Vorschriften, fiskalische Vorschriften, Vorschriften zur Sicherung des freien Handels oder Export-/Importrestriktionen[250].

Bei einem internationalen Schiedsgericht stellt sich die Frage, ob es in gleicher Weise wie ein staatlicher Richter an die Befolgung solcher *lois d'application immédiate* gebunden ist.[251]

Allgemein ist zunächst zu vermerken, dass ein internationales Schiedsgericht eine *lex fori* im eigentlichen Sinne nicht besitzt. Ein Schiedsgericht ist zunächst lediglich an die auf das Schiedsverfahren als solches zur Anwendung gelangenden zwingenden Normen des Sitzstaates gebunden, bei einem internationalen Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz also an die Bestimmungen von Kapitel 12 IPRG, welche alle zwingender Natur sind.

Im Unterschied zu einem staatlichen Gericht ist ein internationales Schiedsgericht allerdings nicht ein staatliches, zur Durchsetzung der Eingriffsnormen des Forumstaates verpflichtetes Organ. Insofern stehen aus der

---

248 Vgl. REITHMANN/MARTINY/HAUSMANN, N 2254.

249 VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N 905 ff.

250 VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N 906; vgl. auch BLESSING (FN 247), S. 14.

251 Vgl. dazu VOSER, Mandatory Rules of Law as a Limitation on the More Applicable in International Commercial Arbitration, Am. Rev. Int. Arb. 7 (1996), S. 319 ff.; BLESSING, Choice of Substantive Law in International Arbitration, J. Int. Arb. 14 (1992) S. 39 ff., speziell S. 58 ff.; IPRG-KARRER, Art. 187 N140 ff.; SCHNYDER, Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, RabelsZ 59 (1995), S. 294 ff.; VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N947 ff. m.w.N. in FN 177; vgl. auch KNOEPFLER, L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international?, in: Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Laliuc (1993), S. 531 ff.

Sicht des Schiedsgerichts aufgrund seiner Internationalität die unmittelbar anwendbaren Normen des Sitzstaates auf der gleichen Ebene wie diejenigen eines Drittstaates.[252] Ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz ist somit grundsätzlich freier in der Rechtsanwendung als ein staatlicher schweizerischer Richter. Dies ergibt sich bereits aus der Bestimmung von Art. 187 IPRG. Im vorliegenden Zusammenhang soll der Frage nachgegangen werden, ob die Parteien im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens einen grösseren Einfluss auf die Beachtung von Eingriffsnormen haben, als vor dem staatlichen Richter. Können die Parteien etwa im Rahmen ihrer Rechtswahlmöglichkeiten (im Rahmen von Art. 187 IPRG) und ihrer Parteiautonomie in einer für das Schiedsgericht verbindlichen Form festlegen, dass bestimmte Eingriffsnormen nicht zu beachten sind (z. B. Beurteilung von Ansprüchen aus einem Kartellvertrag unter Missachtung der Frage von dessen Gültigkeit unter dem relevanten Marktrecht)? Was gilt, wenn die Parteien diesbezüglich nichts sagen?

b) Beachtlichkeit von Eingriffsnormen eines Drittstaates

aa) Analoge Anwendung von Art. 19 IPRG

Wie dargelegt, werden mit Art. 19 IPRG bzw. Art. 7 Abs. 1 EVÜ unmittelbar anwendbare zwingende Normen eines Drittstaates angesprochen. Es besteht in der Lehre Uneinigkeit darüber, inwieweit ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz Art. 19 IPRG anzuwenden hat oder nicht. Ein Teil der Lehre plädiert für eine analoge Anwendung von Art. 19 IPRG[253], eine beachtliche Gruppe bilden demgegenüber die Befürworter einer ausschliesslichen Anwendung des von den Parteien gewählten Rechts, einschliesslich dessen Eingriffsnormen.[254] Tendenziell eher gegen eine (auch nur analoge) Anwendung von Art. 19 IRPG – letztlich aber die Frage offen lassend – hat sich das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 1994 geäussert.[255] Der nachfolgend vertretene Ansatz geht von der Unterscheidung aus, ob die

---

252 Vgl. dazu VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N948; VOSER (FN 251), S. 319, S. 130.

253 Vgl. dazu insbesondere die Übersicht über den Stand der Meinungen bei IPRG-KARRER, Art. 187 N146. Vgl. auch IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N 20, welcher einen Sonderstatus von Kapitel 12 IPRG (losgelöstes Sondersystem) verneint.

254 IPRG-Kommentar-HEINI, Art. 187 N13, HOFFET, Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichter und Parteien (1991), S. 209; KARRER, Bull ASA 1989, S. 1322; LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Introduction N26; Art. 187 N2, S. 17; RÜEDE/HADENFELDT (FN 2), S. 279.

255 BGE von 30. 12. 1994, SZIER 1996, S. 545, S. 548 m. w. N. Vgl. auch BGE 117 II 604, 607 wo das Bundesgericht die Frage, inwieweit ein im Vergleich zum innerstaatlichen materiellen Recht strengeres ausländisches Recht beachtet werden soll, ebenfalls offen gelassen hat.

Parteien ihre Rechtswahlklausel mit besonderen Anweisungen betreffend die Beachtlichkeit von bestimmten Eingriffsnormen verbinden oder nicht.

Grundsätzlich wird hier eine *analoge Anwendung* von Art. 19 IPRG befürwortet, soweit diesbezüglich keine spezifischen Instruktionen der Parteien vorliegen. Auch ein internationales Schiedsgericht wird den Einfluss einer staatlichen Eingriffsnorm auf die betroffenen Interessen einer Partei nicht einfach ignorieren können. Analog kann die Anwendung schon deshalb nur sein, weil die Beurteilung der *«schützenswerten und offensichtlich überwiegenden Interessen einer Partei»* nicht anhand der *«schweizerischen Rechtsauffassung»* vorgenommen werden kann. Vielmehr wird die Relevanz drittstaatlicher Eingriffsnormen und ihre Beachtung an einer über die nationale Rechtsauffassung hinausgehenden Zielsetzung beurteilt werden müssen. Für ein internationales Schiedsgericht werden mit anderen Worten weniger schweizerische Wertmassstäbe als Gradmesser dienen, als vielmehr ein «über den einzelstaatlichen Interessen liegender gemeinsamer Nenner».[256] Eine sachgerechte Entscheidung – BLESSING spricht vom «Anwendungswürdigkeits-Kriterium» – wird somit im Lichte internationaler Gesichtspunkte (etwa Völkervertragsrecht) zu erzielen sein.[257] Dabei scheinen Eingriffsnormen, die etwa primär finanziellen oder rein politischen Interessen eines Staates dienen, nicht anwendungswürdig zu sein. Im Übrigen stellt ein «internationalisierter» Art. 19 IPRG ein sehr brauchbares «Rezept» für die Beantwortung der Frage der Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte dar.

Schwieriger ist die Frage der Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen dann zu beantworten, wenn die Parteien ihre Rechtswahl mit eingriffsnormrelevanten Instruktionen verbinden. Etwa indem sie sich *explizit* und *ausschliesslich* den Eingriffsnormen des gewählten Rechts unterwerfen oder etwa die Berücksichtigung von Eingriffsnormen bestimmter Drittstaaten ausschliessen (z. B. Massgeblichkeit des EU-Kartellrechts). Grundsätzlich hat das Schiedsgericht aufgrund der erweiterten Parteiautonomie solche Anweisung der Parteien zu beachten, wobei es sicherzustellen hat, dass sich beide Parteien über die Tragweite eines solchen Anwendungsausschlusses und insbesondere mögliche Vollstreckungshindernisse bewusst sind. Notfalls sind die

256 Vgl. IPRG-MÄCHLER-ERNE, Art. 19 N28 f.; vgl. dazu auch BLESSING (FN 247), S. 54 ff., insbesondere S. 64: «In the end, the reflection on the "application-worthiness" ("Anwendungswürdigkeit") will essentially come down to a careful assessment of the "merits" of the norm under a kind of "rule-of-reason test", having regard to the protected interests and values, and having regard to its effect.»

257 Vgl. dazu BLESSING (FN 247), S. 63 ff. mit weiteren Verweisen etwa auf BGE 118 II 348, 353 oder ICC Case No. 6329 (1991). Vgl. dazu auch IPRG-KARRER, Art. 187 N154 ff.; abzulehnen ist die Meinung von HEINI in IPRG-Kommentar-HEINI, Art. 187 N13, wonach ausschliesslich das von den Parteien gewählte Recht zur Anwendung gelange.

Parteien auf solche «Gefahren» hinzuweisen. Dabei setzt sich ein ICC-Schiedsgericht unter Umständen in Widerspruch zu Art. 35 der ICC-Schiedsgerichtsordnung, welcher die Schiedsrichter zur Sicherstellung der Vollstreckbarkeit anhält.[258] Allerdings darf wohl ein von den Parteien klar geäusserter «Ausschlusswille» mit Bezug auf bestimmte drittstaatliche Eingriffsnormen als impliziter Ausschluss von Art. 35 ICC-Schiedsgerichtsordnung verstanden werden.

Ungeachtet allfälliger Instruktionen der Parteien, hat ein internationales Schiedsgericht – *ex officio* – hingegen Normen zu beachten, die zum sogenannten *ordre public international* zu zählen sind. Gemeint sind damit Normen, die von der Rechtsgemeinschaft der Staaten getragene und dem Interesse der internationalen Ordnung dienende Ziele verfolgen.[259] Dazu zählen etwa fundamentale Rechtsgrundsätze wie: *«pacta sunt servanda»*, Verbot des Rechtsmissbrauchs, Diskriminierungsverbot oder Normen, die der Bekämpfung der Korruption oder des Drogenhandels oder die dem Kulturgüterschutz oder dem Schutz von Menschenrechten dienen. Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, inwieweit z. B. UNO-Embargos ebenfalls dazu zu rechnen sind.[260]

Unscharf ist die Grenze zwischen den *ordre public international* zuzurechnenden Normen und solchen, die primär staatlichen Ordnungsinteressen dienen. Als Paradefall für einen solchen «Grauzonen-Fall» können kartellrechtliche Vorschriften (und zwar solche des Verwaltungskartellrechts) genannt werden.

bb) Grauzone Kartellrecht

Der Beurteilungsmassstab «schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei» wird dann zurückgedrängt, wenn die Anwendung erheischenden Eingriffsnormen eines oder des Vollstreckungsstaates weniger individuellen Interessen einer Partei als vielmehr staatlichen Ordnungsinteressen dienen. Kartellrecht liegt – auch wenn es geradezu als klassische Eingriffsnorm gilt – in diesem Sinn in der zuvor erwähnten Grauzone.[261] Zur Klarstellung sei vermerkt, dass die Kollisionsnorm für Wettbewerbsbehinderungen gemäss Art. 137 IPRG nur *zivilrechtliche, deliktische Ansprüche* und

---

258 Art. 35 der ICC-Schiedsgerichtsordnung von 1998 sieht explizit vor, dass Schiedsgerichtshof und Schiedsgericht «mit allen Mitteln» darauf hinwirken, «dass die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches gesichert ist».

259 Vgl. dazu VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N 922; vgl. auch LALIVE, Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, (1987), S. 257–320; vgl. zudem BGE 116 II 634 und 120 II 155; BLESSING (FN 247), S. 62 f.

260 Vgl. VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N 923 m w. H.; vgl. auch BGE 119 II 380 (Korruptionszahlung).

261 VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N955.

nicht auch Kartellverwaltungsverfahren betrifft. Die zivilrechtliche Seite ist nachfolgend ausgeklammert.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang insbesondere der berühmte Fall *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler Plymouth Inc.*[262] Der U. S. Supreme Court verlangte in diesem Entscheid vom Schiedsgericht die umfassende Beachtung amerikanischer Antitrust-Gesetze. Für den Zuwiderhandlungsfall wurde angedroht, einen sich über diese Auflage hinwegsetzenden Schiedsspruch wegen Verstosses gegen den Ordre public nicht zu vollstrekken. Damit kommt das Schiedsgericht letztlich in Konflikt, da es grundsätzlich, d. h. aus dogmatischer Sicht, den Eingriffsnormen eines hypothetischen ausländischen Vollstreckungsstaates keinen erhöhten Stellenwert einräumen darf.[263] Rein praktisch wird das Schiedsgericht bisweilen nicht darum herumkommen, etwa im Rahmen von Art. 35 der ICC-Schiedsordnung «mit allen Mitteln» darauf hinzuwirken, «dass die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches gesichert ist». Art. 35 ICC-Schiedsordnung steht damit in einem eigentümlichen «Normenkonflikt» mit Art. 19 IPRG (in seiner analogen Anwendung), indem u. U. Akzente bzw. Beurteilungsansätze dieser Norm drohen, einseitig verschoben zu werden. Bei Fehlen einer mit Art. 35 ICC-Schiedsordnung vergleichbaren Bestimmung in der massgeblichen Schiedsordnung ist eine solche Vollstreckungssicherungs-Pflicht des Schiedsgerichts hingegen abzulehnen. In jedem Fall bestehen bleibt die Pflicht des Schiedsgerichts, die Parteien – etwa im Falle der Nichtberücksichtigung von Kartellnormen eines Drittstaates – auf mögliche Vollstreckungshindernisse hinzuweisen. Darauf ist unten (VII.4.) noch zurückzukommen.

Wie der amerikanische Supreme Court geht freilich auch der EuGH in einem neueren Entscheid letztlich von einer *ex officio*-Beachtung europäischen Wettbewerbsrechts auch durch Schiedsgerichte aus.[264] Mit diesem Entscheid hat der EuGH Art. 81 EGV[265] – mit Blick auf die in Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV festgehaltene Zielsetzung, wonach ein System zu schaffen sei, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schütze – *Ordre public*-Charakter im Sinne von Art. V Abs. 2 lit. b NYÜ beigemessen. Entsprechend sei – so der EuGH – dem Begehren auf Aufhebung eines Schieds-

262 473 U. S. 614 (1985).

263 Vgl. dazu VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N956; vgl. – wegweisend – auch VISCHER, Loi d'Application Immédiate als Schranke von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen in: Collisio Legum, FS GERARDO BROGGINI, Milano 1996, S. 578, S. 592; wie oben dargestellt: IPRG-KARRER, Art. 187 N151; zurückhaltender äussert sich VOSER (N 251), S. 319, S. 333 ff.; für ein vorrangiges Gewicht der Eingriffsnormen des Rechts am mutmasslichen Vollstreckungsort aber: LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), N13.

264 Rs C-126/97 i. S. Eco Swiss China Time Limited (Hongkong) v. Benetton International N. V. (Niederlande) 1999.

265 Früher Art. 85 EGV.

spruches, mit welchem ein dem europäischen Wettbewerbsrecht widersprechender Vertrag sanktioniert wurde, selbst dann statt zu geben, wenn, wie dies im erwähnten Entscheid der Fall war, keine der Parteien den Einwand der Wettbewerbswidrigkeit erhoben habe.

In Anbetracht solch höchstrichterlicher Rechtsprechung wird es jedenfalls einem internationalen Schiedsgericht mit Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat verwehrt sein, die Nicht-Anwendung einer Verbotsbestimmung des europäischen Wettbewerbsrechts im Rahmen eines Schiedsspruchs grundsätzlich nicht als Widerspruch gegen die öffentliche Ordnung anzusehen. Auch ist es müssig zu fragen, ob ein Schiedsgericht seine Beurteilungsgrenzen nicht überschreitet, wenn es – wie dies im Schiedsverfahren zwischen den beiden Parteien des erwähnten EuGH-Verfahrens der Fall war – die Frage der Nichtigkeit eines Lizenzvertrages auf der Basis des Art. 81 EGV prüft und entsprechend entscheidet, auch wenn die Frage im Schiedsverfahren von den Parteien gar nicht aufgeworfen wurde.[266]

Selbst wenn anzunehmen ist, dass ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz nicht direkt an das Urteil des EuGH gebunden sein wird, kann es die Drohung der Aufhebung des Schiedsspruchs im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens wegen Nichtigkeit des zu beurteilenden Vertrages aufgrund eines Verstosses gegen europäisches Wettbewerbsrecht (welchem der EuGH *Ordre public*-Charakter beimisst) nicht ignorieren, selbst wenn ein diesbezüglicher Parteinantrag fehlt.[267] Zwar ist das internationale Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz nicht an den Ansatz des EuGH gebunden und es wird die Anwendung des europäischen Kartellrechts im konkreten Fall und wohl nach Massgabe des Auswirkungsprinzips zu prüfen haben. Allerdings wird es – jedenfalls ausserhalb von Art. 35 ICC-Schiedsordnung – auch hier die Parteien auf mögliche Vollstreckungsprobleme hinweisen müssen, sollte es im konkreten Fall die Relevanz des EU-Kartellrechts ablehnen.

3. Lois d'application immédiate als Schranke von Schiedsvereinbarungen

a) Das Problem

Die enge Wechselwirkung zwischen der Wahl eines Schiedsgerichts und der Wahl des anwendbaren Sachrechts führt zwangsläufig zur Frage, ob die von Art. 18 und 19 IPRG oder von Art. 7 Abs. 1 und 2 des Europäischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht

266 Vgl. dazu VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N958 ff.

267 Vgl. dazu VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N960: «Man wird verlangen müssen, dass der Schiedsrichter die Parteien eines wettbewerbsrechtlich relevanten Vertrages auf das Risiko der Nichtvollstreckbarkeit des Schiedsspruchs innerhalb der EU bei Nichtbeachtung des europäischen Wettbewerbsrecht hinweist.»

(Römer Übereinkommen) angepeilten zwingenden, unmittelbar anwendbaren Normen des Forumstaates bzw. eines Drittstaates nicht nur die Rechtswahlfreiheit, sondern auch die Dispositionsfreiheit über das Forum beschränken. Da häufig diesen zwingenden Normen keine auf sie abgestimmte zwingende Gerichtsstände gegenüberstehen, soll nachfolgend geprüft werden, ob mit Blick auf die Durchsetzbarkeit unmittelbar anwendbarer Normen auch bei Fehlen von zwingenden Gerichtsständen eine entsprechende Einschränkung der Schiedsfähigkeit grundsätzlich, d. h. aus allgemeinen Gesichtspunkten zulässig sein soll.[268]

b) Das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 5 Abs. 2 IPRG stellt keinen tauglichen Ansatz dar

Die sich aus Art. 5 Abs. 2 IPRG ergebende allgemeine Einschränkung der Gerichtsfreiheit stellt keinen tauglichen Ansatz für die Sicherung von staats- und wirtschaftspolitisch bedeutsamen Normen dar. Im Zentrum dieser Bestimmungen steht vielmehr der individuelle Schutz der schwächeren Vertragspartei, welcher ein schweizerischer Gerichtsstand nicht rechtsmissbräuchlich entzogen werden darf.[269]

c) Einschränkungen von Schiedsvereinbarungen im Lichte der «in Frage stehenden Normenkategorien»[270]

Zunächst sei auf drei interessante Entscheide des U. S. Supreme Court hingewiesen. Alle drei Entscheide betrafen die Frage der Verbindlichkeit einer Schiedsklausel vor dem Hintergrund unmittelbar anwendbarer Normen der USA. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass Schiedsklauseln in den USA – dies ist interessant – eine erhöhte Verbindlichkeit im Vergleich mit Gerichtsstandsklauseln geniessen. Im Unterschied zur Gerichtsstandsklausel ist die Schiedsabrede Gegenstand der Bundesgesetzgebung.[271]

---

268 Speziell erwähnt sei in diesem Zusammenhang der wegweisende Aufsatz von VISCHER, Loi d'Application Immédiate als Schranke von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarung, in: Collision Legum, FS GERARDO BROGGINI, Milano 1996, S. 577 ff.; vgl. dazu auch BLESSING (FN 247), S. 57 ff.

269 Dies dürfte insbesondere bei Arbeitsverträgen der Fall sein, denn – im Unterschied zu Art. 17 Abs. 5 EuGVÜ/LugÜ – fehlt im IPRG eine Regel, welche Gerichtsstandsklauseln in Arbeitsverträgen erst nach Entstehung der Streitigkeit Wirkung beimisst; vgl. auch VISCHER (FN 268), S. 579.

270 VISCHER (FN 268), S. 583 f.

271 Der United States Arbitration Act (Fassung von 1970) bezeichnet Schiedsabreden ausdrücklich als «valid, irrevocable and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract».

Im Entscheid *Sherk v. Alberto Cluver Co.*[272] ging es um die Durchsetzung einer Bestimmung aus dem *Securities and Exchange Act*. Ein «treble damages»-Anspruch aus der Verletzung des *Sherman Act* stand im Entscheid *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* zur Diskussion.[273] In beiden Fällen war ungewiss, ob das an sich zuständige Schiedsgericht die genannten U. S. Gesetze gebührlich beachten würde. Im *Sherk-Fall* war ein Schiedsgericht mit Sitz in Paris mit Wahl des Rechts von Illinois, im *Mitsubishi-Fall* ein Schiedsgericht mit Sitz in Japan mit Wahl des schweizerischen Sachrechts vereinbart.

Ein dritter, neuerer Fall, in Sachen *Vimar Seguros y Reaseguros, S. A. vs. M./V. Sky Refeer*[274] schliesslich betraf eine Schiedsabrede in einem Konnossement mit Tokyo als Sitz des Schiedsgerichts und mit der Vereinbarung des japanischen Sachrechts. Konkret ging es um die Haftung des «carrier» und die Anwendung des *U. S. Carriage of Goods by Sea Act*[275], welcher jede vertragliche Einschränkung der Haftung untersagt.

In allen drei Fälle bejahte das Supreme Court die Verbindlichkeit der Schiedsabrede. Im Vordergrund stand dabei – neben dem Umstand einer bundesgesetzlichen Regelung – auch die Überlegung, «that concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals and sensitivity to the need of international commercial system for predictability in the resolution of disputes» die Durchsetzung der Schiedsabrede verlange, «even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context».

Die Analyse obiger Entscheide ergibt, dass sie jeweils zwingende Normen ganz unterschiedlicher Prägung betreffen. Einerseits zielen sie primär auf die Sicherung privater Schutzinteressen im internationalen Handelsrecht, wie etwa im *Seguros-Fall,* welcher dem Unfang der Haftung des «carriers» betraf (eigentlich ging es in diesem Fall nicht um staatliche Eingriffsnormen, sondern ausschliesslich um einen privaten Haftungsanspruch, sodass sich die Frage der Schiedsfähigkeit erst gar nicht stellen durfte). Auf der anderen Seite stehen Entscheide, welche die Durchsetzung von Normen mit wirtschaftspolitischem Gehalt betreffen, wie etwa im *Sherk-Fall* die Normen über den öffentlichen Anlegerschutz und im *Mitsubishi-Fall* diejenigen des amerikanischen Antitrust-Rechts. Vor dem Hintergrund dieser qualitativen Unterschiede der jeweils betroffenen Normen soll ein Versuch zur Beantwortung der Ausgangsfrage – nämlich Einschränkungen der Schiedsfähigkeit durch Eingriffsnormen? – unternommen werden:

---

272 417 U. S. 605 (1974), 94, Ct. 2449.
273 473 U. S. 614 (1985), 105, Ct. 3346.
274 115 Ct. 2322 (1995).
275 9 U. S. C. § 2.

Zunächst ist festzuhalten, dass überall dort, wo das IPR zum Schutz der privaten Partei Sonderanknüpfungen vorsieht, nationale Schutzbestimmungen, die nicht durch die Kollisionsnorm berufen sind, zurücktreten müssen.[276] Im internationalen Handelsverkehr ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es sich bei den Parteien jeweils um erfahrene Handels- und Geschäftsleute handelt, und dass somit der Schutz vor Missbrauch ohne weiteres dem gewählten Recht, bzw. dem Richter am gewählten Forum bzw. den ernannten Schiedsrichtern überlassen werden darf. Mit Bezugnahme auf den erwähnten *Seguros-Fall* wäre es – wie oben erwähnt – somit geradezu abwegig, die Frage, ob sich die Haftung des «carriers» nach U. S.-amerikanischem Recht oder nach den Bestimmungen eines anderen Handelsrechts beurteile, als Frage von überwiegend öffentlichen, nationalen Interessen zu betrachten, oder gar als Frage des internationalen *Ordre public*.

Stehen einer Schiedsklausel (gleiche Überlegungen gelten im übrigen auch für Gerichtsstandsklauseln) allerdings Normen mit überwiegend wirtschaftsrechtlichem, mithin markantem Staatsbezug gegenüber – etwa wie im *Mitsubishi-Entscheid* zwingende Bestimmungen des amerikanischen Kartellrechts – ist die Ausgangsfrage schwieriger zu beantworten. Im *Mitsubishi-Entscheid* ging es um ein «distributor agreement», welches die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts mit Sitz in Japan und eine Rechtswahl auf das schweizerische Recht enthielt. Der Supreme Court hatte die Frage zu beantworten, ob die Durchsetzung des US-Antitrust-Rechts die Unbeachtlichkeit der Schiedsklausel verlange. Einerseits hob der Supreme Court das öffentliche Interesse am «treble damages»-Anspruch hervor (dieser sei ein wesentliches Mittel zur Durchsetzung des Antitrust-Rechts), auf der anderen Seite unterstrich das Gericht, es würden sich trotz der Bedeutung des Antitrust-Rechts um einen Anspruch handeln, über dessen Erheben allein der Kläger entscheiden könne, mithin um einen *disponiblen Anspruch* also.[277]

Vor dem Hintergrund des Umstands, dass bei gleichzeitig der Durchsetzung einer staatlichen Ordnung dienenden privatrechtlichen Ansprüchen der Kläger letztlich «ein freiwilliger Helfer im Rahmen der Durchsetzung der staatlichen Wirtschaftsordnung» [278] bleibe, hat der Supreme Court im *Mitsubishi-Entscheid* die privatrechtliche Seite, die Verfügbarkeit über den Anspruch, in den Vordergrund gestellt und – auch im Interesse des internationalen Handels und in Anbetracht eines internationalen Zusammenhangs – die Schiedsabrede sanktioniert.

---

276 VISCHER (FN 268), S. 584; vgl. auch VOSER, Die Theorie der lois d'application immédiate im internationalen Privatrecht (1993), S. 200 ff.

277 473 U. S. 635 136 (1985), 105 CF 3358.

278 VISCHER (FN 268), S. 585 f.

Damit rückt die Frage nach der Rechtsnatur des Anspruchs in den Vordergrund. Frei verfügbare Ansprüche, die auf privatrechtlichem Weg durchzusetzen sind, sollten grundsätzlich einer Schiedsabrede auch dann zugängig sein, wenn der Staat an der Geltendmachung ein besonderes Interesse hat, wie etwa im Bereich des Antitrust-Rechts die Wahl, eine Angelegenheit einem internationalen Schiedsgericht zu unterstellen. Diese Wahlfreiheit ist Teil einer so verstandenen Verfügbarkeit.[279] Damit rückt zwangsläufig die Kontrolle des Entscheids im Rahmen der Vollstreckung im Staat, dessen zwingendes Recht betroffen ist, in den Vordergrund.

4. Durchsetzung zwingender Ansprüche im Rahmen der Vollstreckung?

Im Mitsubishi-Fall gibt – wie erwähnt – der Supreme Court unmissverständlich seiner Erwartung Ausdruck, dass das Schiedsgericht die antitrust-rechtlichen Ansprüche auch in Beachtung des amerikanischen Antitrustrechts beurteilt, und dass die nationalen (US) Gerichte im Staat der Vollstreckung des Schiedsurteils sicherstellen, «that the legitimate interests in the enforcement of the antitrust laws have been addressed»[280]. In seinen weiteren Ausführungen hält der Supreme Court schliesslich unmissverständlich fest, «that in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party's right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement against public policy».

Damit verschiebt sich die Kontrolle der Anwendung zwingender Normen auf das Stadium der Vollstreckung; ein Ansatz, der dogmatisch jedenfalls nicht befriedigt, kommt doch eine solche nachträgliche Kontrolle spät, ganz zu schweigen von den Unsicherheitsfaktoren.[281] Gerade diesem Umstand scheint Art. 35 ICC-Schiedsordnung Rechnung tragen zu wollen.

Zwangsläufig stellt sich die Frage nach dem Umfang der Überprüfung eines Schiedsurteils im Rahmen der Vollstreckung. Darf der Blick auf das Schiedsurteil durch die Vollstreckungsinstanz so weit gehen, dass der Überprüfungsrichter den Anspruch ausschliesslich im Lichte der Anwendung zwingender Normen des Vollstreckungsstaates beurteilt? Eine so umfassend verstandene Prüfungskompetenz des Vollstreckungsrichters würde gleichzeitig auch den kollisionsrechtlichen Entscheid des Schiedsgerichts umfassen.

---

279 Vgl. dazu auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1491; vgl. auch BLESSING (FN 247), S. 58 ff., welcher Einschränkungen der Schiedsfähigkeit allenfalls «on grounds of public policy in international affairs» als zulässig ansieht, etwa wo die Interessen von Dritten berührt sind (z. B. Patentgültigkeit).

280 437 U. S. 637, 638 (1985), 105 Ct. 3359 (1985).

281 VISCHER (FN 268), S. 590 f.

Im europäischen Bereich wird dies im Anerkennungsverfahren grundsätzlich als nicht zulässig angesehen.[282] In diesem Sinn stellt sich die Frage, ob es dem Vollstreckungsstaat erlaubt ist, zum Zwecke der Sicherung der Anwendung seiner zwingend anzuwendenden Normen die international anerkannten Grenzen der Prüfung im Vollstreckungsstadium zu erweitern.

Einen solchen Ansatz vertritt unter anderem SCHNYDER[283]. Nach seiner Meinung ist es unzulässig, «sich im Wirtschaftskollisionsrecht unbesehen auf den Kardinalsatz des IPR-Vollstreckungsrechts zu berufen, wonach die zu anerkennende ausländische Entscheidung in der Sache selbst nicht nachgeprüft werden darf». Der Sonderanknüpfungscharakter wirtschaftsrechtlicher Eingriffsnormen erlaube nur «eine beschränkte und sinngemässe Anwendung des international-zivilverfahrensrechtlichen Anerkennungsrechts»[284].

Konsequenz einer solch umfassenden Erweiterung der Nachkontrolle auf die Rechtsanwendung wäre, dass das schiedsgerichtliche Urteil letztlich weitgehend dem Diktat des Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaates zu unterstellen wäre, wenn das Schiedsgericht die Vollstreckung absichern will. Dies erscheint theoretisch zwar fraglich – denn schliesslich soll der Schiedsrichter nicht zum Diener des mutmasslichen Vollstreckungsstaates werden –, wird sich aber praktisch bisweilen nicht vermeiden lassen. Art. 35 der ICC-Schiedsordnung schreibt denn auch – wie bereits mehrfach erwähnt – dem Schiedsgericht explizit vor, die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches mit «allen Mitteln» zu sichern. Je genauer im Urteilszeitpunkt der oder die Vollstreckungsorte feststehen, je genauer muss – jedenfalls bei einem ICC-Schiedsverfahren – der schiedsgerichtliche Blick auf zwingendes Recht des Vollstreckungsstaates sein. Art. 35 ICC-Schiedsordnung bedeutet freilich – wie bereits erwähnt – keine Pflicht zur blinden Übernahme vollstreckungsstaatlicher Eingriffsnormen.

Zu unterscheiden ist dabei zunächst, ob wenigstens eine der Parteien ihre Klagbegehren oder Einwände auf solch zwingende Normen des Vollstreckungsstaates abstützt und sich entsprechend darauf beruft. Tritt das Schiedsgericht etwa auf einen entsprechenden Einwand des Beklagten, wonach ein Vertrag wegen Verstosses gegen ausländisches Kartellrecht (zum Beispiel EU-Kartellrecht) ungültig sei, nicht ein, liegt regelmässig ein Grund zur Verweigerung der Anerkennung bzw. Vollstreckung vor, und zwar wegen Nichtprüfung eines rechtserheblichen Einwandes bzw. eines entsprechenden Klage- oder Widerklagebegehrens.[285]

---

282 VISCHER, General Course on Private International Law, Rec. des Cours, Vol. 232 (1992-I), S. 241 ff.

283 SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht (1990), N127 ff.

284 SCHNYDER (FN 281), N131.

285 In diesem Sinn BGE 118 II 193.

Fraglich ist hingegen, ob die Anerkennung davon abhängig gemacht werden darf, dass das Schiedsgericht den Kartelleinwand unter dem Recht des Anerkennungsstaates geprüft hat, welches regelmässig nicht Vertragsstatut ist.

In einem Fall wie *Mitsubishi* ist grundsätzlich – auch ohne Drohgebärde des U. S. Supreme Court – eine Sonderanknüpfung amerikansichen Antitrust-Rechts geboten, ungeachtet der Wahl etwa des schweizerischen Sachrechts. In solchen Fällen ist es dennoch denkbar, dass sich das Schiedsgericht auf das in Art. 137 Abs. 2 IPRG ausgesprochene Verbot pönalen Schadenersatzes beruft und im Rahmen der Antitrust-Sonderanknüpfung amerikanischen Rechts gerade keinen dreifachen Schadenersatz zuspricht. Mit anderen Worten: Es darf einem internationalen Schiedsgericht nicht von *vorneherein* die Pflicht auferlegt werden, zwingendem Recht am mutmasslichen Vollstreckungsort *a priori* und in seiner ganzen Konsequenz Vorrang einzuräumen.[286] Vielmehr muss die Beachtlichkeit solcher Eingriffnormen am Vollstreckungsort grundsätzlich von der Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen einer Sonderanknüpfung abhängen, von der Natur der in Frage stehenden Normen, vom Sachzusammenhang und vom gerechtfertigten Anwendungsinteresse dieses Rechts.[287] Was dogmatisch geboten erscheint, mag praktischen Schwierigkeiten gegenüberstehen. Dies vor allem dann, wenn nicht nur der Vollstreckungsort klar feststeht, sondern sogar eine klare Erwartungshaltung etwa des obersten Gerichts des Vollstreckungsstaates – wie in den drei geschilderten US-Fällen – vorliegt. In solchen *eindeutigen* Fällen muss der dogmatisch korrekte Ansatz – so unbefriedigend dies erscheinen mag – wohl hinter das Vollstreckbarkeitsinteresse der einen Partei zurücktreten. In jedem Fall bestünde bei schiedsgerichtlicher Ablehnung der Beachtlichkeit etwa des US-Kartellrechts die bereits mehrfach erwähnte Pflicht des Schiedsgerichts, die Parteien auf mögliche Vollstreckungshindernisse hinzuweisen.

Abzulehnen ist hingegen grundsätzlich, durch ein gesondertes Wirtschaftskollisionsrecht Kernprinzipien des Anerkennungs- und Vollstreckungsrechts ausser Kraft zu setzen. Sowohl dem IPRG wie auch dem Brüsseler- und Lugano-Übereinkommen stehen als Grundprinzip eine Beschränkung der Nachkontrolle vor. Dieses Prinzip sollte nicht grundsätzlich – und dies wäre bei der Beachtlichkeit eines separaten Wirtschaftskollisionsrechts mit eigenständigen Sonderanknüpfungsregeln im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfah-

286 LALIVE/POUDRET/REYMOND (FN 2), Art. 187 N13.

287 Vgl. dazu auch IPRG-KARRER, Art. 187 N151, welcher darauf hinweist, dass regelmässig in Kauf genommen wird, dass in der Schweiz ergangene Schiedssprüche im Ausland nicht überall vollstreckt werden können; vgl. auch VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N1498.

ren der Fall – in Frage gestellt werden. Auch wenn im Bereich des internationalen Wirtschaftseingriffsrechts eine gewisse internationale Zusammenarbeit angebracht ist, insbesondere dann, wenn es – wie im Bereich des erwähnten *ordre public international* – um Normen geht, die wegen ihres besonderen Gehalts internationale Durchsetzung verlangen, sollte das Schiedsgericht seine Entscheidung – jedenfalls bei Fehlen einer mit Art. 35 vergleichbaren Regel in der massgeblichen Schiedsordnung – vom dogmatischen Ansatz her, und allen praktischen Schwierigkeiten zum Trotz, nicht oder nur ausnahmsweise – wie zuvor geschildert – unter dem Druck des Anerkennungs- und Vollstreckungsstaates treffen.[288] Ganz abgesehen davon steht auch häufig nicht von vorneherein fest, wo effektiv vollstreckt wird. Unter Umständen dient das Urteil auch dazu, gegen einen Dritten (z. B. Versicherer) vorzugehen.[289] Auch ist nicht zu vergessen, dass es im Zivilprozess letztlich nur um die privatrechtliche Wirkung von Normen mit besonderem Staatsbezug geht.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen vor allem folgendes Dilemma: Auf der einen Seite sollen mit Blick auf die Förderung internationaler Handelsbeziehungen Schiedsvereinbarungen – mit der Konsequenz entsprechender Kompetenzen und Freiheiten des Schiedsgerichts – möglichst weitgehend zugelassen werden, und zwar selbst dann, wenn unmittelbar anwendbare Normen eines (Dritt-) Staates betroffen sind.[290] Auf der anderen Seite soll die Kontrolle über die Anwendung dieser Normen im Anerkennungs- und Vollstreckungsstaat sichergestellt werden. Mit dem in den bezeichneten US-Entscheiden verfolgten Ansatz würde jedenfalls – wie VISCHER meint – die angedrohte durchdringende Nachkontrolle durch den Anerkennungsrichter mehr Unsicherheit in die internationalen Handelsbeziehungen bringen, «als mit einer wohl überdachten gesetzgeberischen Beschränkung der Freiheit der Parteien in der Disposition über die Entscheidungsinstanz, wenn die Sicherung von für die Wirtschafts- und Sozialordnung elementar wichtigen Normen» der *lex recognitionis* zur Diskussion steht.[291] Solch klare Worte zugunsten zwingender Gerichtsstände hat das IPRG zwar etwa für Klagen über dingliche Rechte an Grundstücken in der Schweiz (Art. 97 IPRG) oder für Klagen aus der Verantwortlichkeit infolge öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen (Art. 151 Abs. 3 IPRG) getroffen. Allerdings ist die Zugehörigkeit dieser Regelungsbereiche zur Kategorie der für die Wirt-

288 VISCHER (FN 268), S. 593.

289 Vgl. dazu IPRG-KARRER, Art. 187 N151.

290 Vgl. dazu auch BLESSING, Objective Arbitrability «Anti-Trust Disputes» Intellectual Property Disputes, ASA Spezial Series Number 6, 1994, 13 ff.

291 Vgl. in diesem Sinn insbesondere die überzeugenden Ausführungen von VISCHER (FN 268), S. 594.

schafts- und Sozialordnung elementar wichtigen Normen des Vollstreckungsstaates nicht erkennbar. Folglich dürfte ein schweizerisches Vollstreckungsgericht bei der Vollstreckung eines ausländischen Schiedsurteils in diesen Bereichen weder die Schiedsfähigkeit verneinen, noch die Vollstreckung des Urteils in der Sache verweigern. Ganz abgesehen ist es einem internationalen Schiedsgericht nicht zumutbar, im Rahmen der Prüfung der Schiedsfähigkeit eine Untersuchung möglicher zwingender Gerichtsstände in allen nur denkbaren potentiellen Vollstreckungsstaaten vorzunehmen. Dies kann und darf nicht der Sinn der Schiedsfähigkeitsprüfung sein.

VIII. Schiedsgerichte als Cyber-Courts?

1. Ausgangslage

Der Ruf (internationaler) Schiedsgerichte, ein schnelles, flexibles und kompetentes Verfahren bereit zu stellen, ist heute in Gefahr. Als negative Einflüsse sind vor allem Verzögerungen auf verschiedenen Ebenen – sowohl auf derjenigen der Schiedsrichter wie auch, wohl schwergewichtiger, auf derjenigen der Parteien – zu nennen. Umgekehrt wächst durch die Erleichterungen und Verbesserungen in der weltweiten Kommunikation aufgrund neuer Kommunikationstechnologien das Bedürfnis nach einer Beschleunigung der Streiterledigung.[292] Unternehmen sind, besonders in der Anfangsphase, enorm darauf angewiesen, «Störfälle» innert nützlicher Frist überwinden zu können, ohne dass dadurch die Unternehmensdynamik zum Erliegen kommt.[293]

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, in wieweit moderne Kommunikationsmittel in internationalen Schiedsverfahren eingesetzt werden können.

2. Schiedsgericht in Form von Cyber-Court?

Die deutsche Gesellschaft für Computerrecht e. V. hat eine Vision entwickelt[294], wonach inskünftig Schiedsverfahren auf elektronischem Weg durchgeführt werden sollen.

---

292 Vgl. GAILLARD, Fast-Track-Arbitration and beyond: Is thereemerging a new need for speed in international commercial arbitration?, in: Liber Amicorum Michel Gaudet, Paris, 1998, S. 28.

293 Vgl. auch BLESSING (FN 1), S. 158 ff.

294 Vgl: *http://www.cybercourt.org/vision.htm.*

Ein Cyber-Court ist ein privates Schiedsgericht, das nur im Einverständnis beider Parteien tätig wird. Klageinreichung erfolgt per E-Mail. Verhandlungen und Beratung sollen per Internetkonferenzen in Chat-Boxes bzw. über Videokonferenzen stattfinden. Das Verfahren wird, sofern keine gütliche Einigung erfolgt, durch einen Schiedsspruch beendet werden. Gemäss der Ausrichtung auf den IT- und EDV-Bereich sollen als Schiedsrichter Spezialisten auf diesem Gebiet walten.

Die Schiedsrichter eines Cyber-Courts sollen technisch und juristisch versiert sein und über das entsprechende Know-How verfügen. Der Cyber-Court soll auch eigene Ermittlungen anstellen können. Durch E-Mail-Kommunikation sowie online-Verhandlungen bzw. Beratung in Chat-Boxes wird das Verfahren erheblich beschleunigt. Die Technologie erlaubt eine Teilnahme von jedem Ort aus. Da die Parteien ihre Darstellungen selbst vorbringen können, ist eine Bestellung oder Einarbeitung von Prozessvertretern unter Umständen nicht mehr nötig. Der Schiedsspruch soll unmittelbar vollstreckbar sein.

3. Die Stolpersteine auf dem Weg zu einem Cyber-Court

a) Formerfordernisse

Das Verfahren soll unabhängig – eine der Grundideen eines *Cyber-Court* – vom jeweiligen Aufenthaltsort der Parteien und Schiedsrichter stattfinden können. Dies wirft zwangsläufig die Frage auf, ob der Hinweis *«online»* die Festlegung eines Sitzes des Schiedsgerichts erübrige. Dies wird man jedenfalls so lange verneinen müssen, als es nicht – im Sinne eines Weltrechts – eine internationale, vom Schiedsort unabhängige *lex arbitri* gibt. Der Sitz des Schiedsgerichts führt zur *lex arbitri,* welche dann essentielle Fragen beantwortet, wie jene, welcher staatliche Richter im Falle der Uneinigkeit in Bezug auf die Ernennung der Schiedsrichter anzurufen ist, oder jene nach der Anerkennung und Vollstreckung eines Entscheides in einem bestimmten Staat.[295] Kapitel 12 IPRG enthält nun – wie oben aufgezeigt[296] – eine ganze Reihe von Bestimmungen, welche die Mitwirkung des staatlichen Richters in «Krisensituationen» des Schiedsverfahrens regeln. Würde nun im Rahmen eines *Cyber-Courts*-Verfahrens die Bindung an einen bestimmten Sitz des Schiedsgerichts eliminiert, würde die gesetzliche Basis für ein entsprechendes «Krisenmanagement» durch den staatlichen Richter gemäss *lex arbitri* schlicht-

295 Das IPRG etwa gelangt nur dann zur Anwendung, wenn das (internationale) Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz hat und wenigstens eine der Parteien bei Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte (Art. 176 Abs. 1 IPRG).

296 Vgl. oben VI.

weg fehlen. Aus der *lex arbitri* ergeben sich aber auch die formellen und materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen einer Schiedsvereinbarung.[297]

b) Bestellung und Ablehnung eines Schiedsrichters

Bei der primär vom Willen der Parteien abhängenden Bestellung eines Schiedsgerichts soll der staatliche Richter nur subsidiär intervenieren.[298] Beim *Cyber-Court*-Verfahren ist neben sachlicher Kompetenz des Schiedsrichters insbesondere auch das Vorhandensein einer bestimmten technischen Infrastruktur notwendig. Fehlt eine solche, liegt ein Grund für seine Ablehnung als Schiedsrichter vor. In jenem Fall ist es notwendig, dass in einer Schiedsvereinbarung für ein *Cyber-Court*-Verfahren die Erfordernisse an die technischen Einrichtungen auf Seiten des Schiedsrichters klar umschrieben werden.

c) Schiedsfähigkeit und Cyber-Court

Die *lex arbitri* bestimmt, welche Arten von Streitigkeiten schiedsfähig sind (vgl. Art. 177 IPRG). Ein *Cyber-Court*-Verfahren wird vor allem für im Internet tätige Branchen in Frage kommen, etwa im Bereich von *e-commerce* und *e-business*.

In erwähnten Projekt *«Cyber-Court»* werden Verbraucherstreitigkeiten nicht generell ausgeschlossen. Hinsichtlich der Schiedsvereinbarung wird allerdings differenziert, ob es sich um eine Schiedsvereinbarung mit oder ohne Verbraucherbeteiligung handelt. Liberalere Formvorschriften – etwa der Austausch von *E-Mails* – sollen m E. dann zur Geltung kommen, wenn kein Verbraucher Partei der Schiedsvereinbarung ist. Andernfalls soll am herkömmlichen Schriftformerfordernis festgehalten werden. Demgegenüber ist das schweizerische IPRG liberaler ausgestaltet.[299]

d) Verfahrensgarantien, insbesondere der Grundsatz des rechtlichen Gehörs

Auch im Rahmen eines *Cyber-Court*-Verfahrens muss gewährleistet sein, dass elementare Grundregeln des Verfahrens, insbesondere der Grundsatz des

297 Unter Art. 178 IPRG kann eine Schiedsvereinbarung, wie oben dargelegt, nur unter bestimmten Voraussetzungen durch den Austausch von E-Mails gültig geschlossen werden. Vgl. dazu oben Text zu Fussnote 147.

298 IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 179 N6 ff.

299 Auch ein Verbraucher wird im zuvor umschriebenen Rahmen durch den Austausch von E-Mail-Erklärungen eine Schiedsvereinbarung abschliessen können, allerdings nicht vor Entstehen der Streitigkeit. Art. 114 IPRG hält nämlich fest, dass ein Konsument nicht zum Voraus auf den Gerichtsstand an seinem Wohnsitz verzichten darf.

rechtlichen Gehörs, uneingeschränkt Beachtung finden. Die Parteien des *Cyber-Court*-Verfahrens müssen sich in diesem Sinn zum Ergebnis der Beweisabnahme äussern und an allen (Internet-)Verhandlungen des *Cyber-Courts* teilnehmen können. Bei *Cyber-Court*-Verfahren stellt sich insbesondere die Frage, wie die Identifikation der Beteiligten stattfinden soll. Absenderhinweise auf dem E-Mail geben keinen gesicherten Aufschluss über die Identität des Absenders. Vorgeschlagen wird daher die Koppelung mit einer Videokonferenz.[300]

Schwierigkeiten bereitet unter Umständen auch die Abnahme von Beweismitteln, insbesondere die Befragung von Zeugen. Können Zeugen ihre Aussagen etwa per E-Mail machen oder haben sie sich im Rahmen des Chat-Rooms zu äussern? Wie wird das Fragerecht der Parteien gehandhabt?

Desgleichen stellt sich auch beim Beweis durch Urkunden die Frage, ob diese einzureichen sind, damit die Echtheit geprüft werden kann oder ob das Einscannen und die anschliessende Weiterleitung per E-Mail an den *Cyber-Court* ausreicht. Müssten die Urkunden in jedem Fall im Original eingereicht werden, würde die vom *Cyber-Court*-Verfahren angestrebte Beschleunigung des Verfahrens grösstenteils wieder zunichte gemacht.[301]

e) Sicherheitsvorschriften und Wahrung der Vertraulichkeit

Im Zusammenhang mit *Cyber-Court*-Verfahren stellt sich speziell auch die Frage, wie den Erfordernissen «Authentizität» (also die Klarheit über die Herkunft eines elektronischen Dokuments) und «Integrität» der elektronisch übermittelten Botschaft gewährleistet werden sollen.

Mit den Erfordernissen *«Authentizität»* und *«Integrität»* elektronisch übermittelter Botschaften befasst sich auch der Entwurf eines *Bundesgesetzes über die elektronische Signatur* (BGES) vom Januar 2001. Als elektronische Signatur werden Daten in elektronischer Form bezeichnet, die anderen elek-

300 Vgl. dazu ANTAKI, La technologie au service de l'arbitrage international, Paris (1989), S. 74 ff.

301 Grosse Schwierigkeiten kann auch das Auftreten technischer Pannen hervorrufen, wenn z. B. die Leitung zum Chat-Room unterbrochen wird. Denkbar wäre etwa die Aufzeichnung auf dem Chat-Server. In diesem Zusammenhang sei als Beispiel auf die «e-Resolution» hingewiesen, einer kanadischen Organisation, die im Bereich der Online-Streiterledigung tätig war. Sie richtete für jeden Fall eine sogenannte Case-Site ein. Diese Case-Site war eine private Website, auf der alle Dokumente, die zu einem bestimmten Verfahren gehörten, wie das Schiedsgesuch, die Antwort, alle Aussagen, die urkundlichen Beweismittel, die schriftliche Korrespondenz und die Mitteilungen aufbewahrt wurden, und die nur vom Sekretariat, vom Schiedsgericht und von den Parteien über Benutzername und Passwort eingesehen werden konnten. Allerdings hat die «e-Resolution» ihren Betrieb per 14. Dezember 2001 wieder eingestellt, da das Ziel der Streiterledigung im Bereich kleinerer und mittlerer Unternehmen wirtschaftlich nicht umgesetzt werden konnte.

tronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verknüpft sind und die Kontrolle der Integrität dieser Daten sicherstellen sowie deren Authentifizierung ermöglichen.[302]

Welche Anforderungen die Parteien an die Eingaben in einem Schiedsverfahren stellen, können sie selbst festlegen, sofern keine bestimmte Schiedsgerichtsordnung vereinbart wird. Es gilt aber zu beachten, dass ein Schiedsverfahren mit eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeiten an die Stelle der staatlichen Gerichtsbarkeit tritt. Das Urteil des Schiedsgerichts ist direkt vollstreckbar. Dies soll auch für Cybercourtverfahren gelten. Dies bedingt, dass der Schiedsspruch auf jeden Fall schriftlich ausgestellt werden muss.

In Anbetracht der Konsequenzen eines solchen Verfahrens rechtfertigt es sich, für Eingaben zumindest die elektronische Signatur vorzusehen.[303] Sinnvollerweise kann der öffentliche Schlüssel dabei direkt von der Homepage der jeweiligen Partei bezogen werden. Diese Forderung ist insofern nicht übertrieben, als – wie bereits oben erwähnt – solche Verfahren wohl nur im *Business-to-Business*-Bereich vorkommen.

Soll es sich beim Verfahren nicht um ein rein schriftliches Verfahren handeln, so müsste ausserdem auch für die «Verhandlung» eine angemessene Lösung gefunden werden. Selbst wenn der Zugang nur mit einem zum bestimmten Verfahren gehörenden Passwort gewährt wird, so bietet dies noch keine Gewähr dafür, dass wirklich immer die gleiche (berechtigte) Person gegenübersteht; daher der Gedanke, die «Verhandlung» in Form einer Videokonferenz durchzuführen.

4. «Online-Schiedsgericht»[304] für Domainnamen-Streitigkeiten

Seit dem 1. Dezember 1999 gibt es ein Online-Verfahren für Domainstreitigkeiten.[305] Es wird von vier unter der Aufsicht der ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) stehenden Schiedsgerichten unter Anwendung der Bestimmungen der sog. UDRP (Uniform Domain Name Dis-

302 Vgl. Art. 3 lit. a des Entwurfs eines Bundesgesetzes über die elektronische Signatur (BGES) vom Januar 2001.

303 Horning, The use of new means of communication in aid of acceleration of international arbitration, S. 82, Paris 1998: Wünschbar wäre seiner Ansicht nach die weite Verbreitung und Anwendung der Public Key Infrastructure.

304 Ein weiteres Beispiel für Online Schiedsgericht ist «The Virtual Magistrate» (www.vmag.org): bei diesem Verfahren ist der Anwendungsbereich eng begrenzt: Entschieden werden können nur Streitigkeiten, die sich aus einer Online-Aktivität ergeben haben.

305 Für eine Übersicht über die bisherige Tätigkeit vgl. Zuberbühler: Online-Schiedsgerichte für Domainnamen-Streitigkeiten, SJZ 97 (2001), S. 562.

pute Resolution Policy)[306] und den dazugehörigen «rules»[307] durchgeführt. Stichwortartig kann auf folgende Besonderheiten hingewiesen werden:

a) Arten von Streitigkeiten

Die Lösung eines Domainname-Streits gemäss den UDRP setzt voraus, dass ein Domainname mit einer Marke, an welcher der Kläger berechtigt ist, identisch oder verwechselbar ist, dass der Beklagte keine Rechte oder legitimen Interessen im Hinblick auf den Domainnamen hat und dass der Domainname eingetragen und in bösem Glauben verwendet wird (UDRP Pt. 4a). Das Verfahren beschränkt sich also insofern klar auf Missbrauchsfälle.[308]

b) Formerfordernis

Der Provider, der dem Beklagten die Klage zustellen soll, ist dafür verantwortlich, die vernünftigerweise verfügbaren Mittel zu gebrauchen um eine aktuelle Antwort des Beklagten zu erhalten (Pt. 2 der «Rules»). Diese Verantwortung hat er hinreichend wahrgenommen, wenn er:

(a) die Klage an alle Post- und Faxadressen schickt, die in der Domainnamenregistrierung für den Halter des Domainname, den technischen und den administrativen Kontakt und die Zahldresse angegeben sind;
(b) die Klage in elektronischer Form (inkl. in dieser Form verfügbare Beilagen) per E-Mail an folgende Adressen verschickt:
    (i) diejenige des administrativen, des technischen und des Zahlkontaktes;
    (ii) diejenige des Postmasters mit dem umstrittenen Domainname und
    (iii) wenn der Domainname von einer aktiven Webpage herrührt, an alle E-Mail-Adressen die auf dieser Webpage angezeigt werden oder auf die verwiesen wird;
(c) die Klage an alle anderen Adressen sendet, die ihm der Beklagte mitgeteilt oder die ihm der Kläger zur Kenntnis gebracht hat.

Jede andere geschriebene Korrespondenz an den Kläger oder den Beklagten soll mit den vom Kläger bzw. Beklagten bevorzugten Mitteln gemacht werden. Falls die Parteien kein solches Mittel spezifizieren, sehen die «rules» eine Ersatzordnung vor. Eine elektronische Übermittlung ist dabei nur möglich, wenn eine Übertragungsaufzeichnung (sog. Protokoll) verfügbar ist.

306 *http://www.icann.org/udrp.*
307 *http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm.*
308 ZUBERBÜHLER, Online-Schiedsgerichte für Domainnamen-Streitigkeiten, SJZ 97 (2001), S. 563.

Ansonsten hat sie per Fax (mit einer Sendebestätigung) oder per Post mit Rückschein zu erfolgen.

c) Verfahrensgarantien

In diesem Verfahren sollen in der Regel keine Anhörungen per Tele-, Video- oder Webkonferenz stattfinden, ausser das Schiedsgericht halte die Entscheidung der Streitsache ohne eine solche für unmöglich («rules» Pt. 13). Dies entspricht den bereits oben gezogenen Folgerungen aus den erwähnten Schwierigkeiten der Beweiserhebung.

d) Sicherheitsmassnahmen und Wahrung der Vertraulichkeit

Die «rules» der ICANN sehen vor, dass sowohl der Kläger wie auch der Beklagte die bevorzugte Kommunikationsart und Adressen für einerseits elektronisches Material und andererseits für Unterlagen auf Papier anzugeben haben («rules» Pt 3b iii und 5b iii). Damit gibt jede Partei auch ihr Einverständnis klar kund. Sie hat für die Sicherheit selbst zu sorgen. Weder die «rules» der ICANN noch die ergänzenden Regeln der WIPO[309] äussern sich näher zur Sicherheit.

IX. Zukunftsprognosen

1. Harmonisierungs- und Globalisierungstendenzen; zunehmende Bedeutung der UNIDROIT Principles

a) Vereinheitlichung des Rechts

Die Tendenzen zur internationalen Harmonisierung des Rechts (vgl. etwa das Wiener Kaufrecht) werden sich in Zukunft verstärken. In diesem Zusammenhang sei nochmals auf die sogenannten UNIDROIT Priciples aus dem Jahre 1994[310] hingewiesen. Die UNIDROIT Principles sind ein «Internationel Restatement of Contract Law»[311] in Form einer Kodifikation. Dabei handelt es sich – ganz im Gegensatz zum Wiener Kaufrecht – nicht um eine bindende, von interessierten Staaten unterzeichnete Konvention. Ihre Massgeblichkeit

309 *http://arbiter.wipo.int/domains/rules/supplemental.html.*

310 Principles for International Commercial Contracts; vgl. dazu statt vieler BONELL, Das autonome Recht des Welthandels – rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte, RabelsZ 42 (1978), S. 485 ff.; VISCHER, General Course, S. 148.

311 BONELL, An International Restatement of Contract Law (1997).

beruht vielmehr auf der Autorität der Institution, welche dieses Werk erarbeitet hat.

Die UNIDROIT Principles erklären sich primär dann für anwendbar, wenn die Parteien sie als Vertragsstatut berufen oder ihren Vertrag allgemeinen Rechtsprinzipien oder der lex mercatoria unterstellt haben.[312]

In Anbetracht der im Vergleich mit staatlichen Gerichten weitergehenden Freiheit der Schiedsrichter in der Rechtsanwendung, wird ein Schiedsgericht – wie oben bereits dargelegt – eine Rechtswahl der Parteien auf die UNIDROIT Principles als kollisionsrechtliche Verweisung akzeptieren müssen.[313] Diese Konsequenz ergibt sich aus dem Umstand, dass ein internationales Schiedsgericht nicht auf die Anwendung des Kollisionsrechts eines bestimmten Staates verpflichtet ist und insofern keine eigentliche *lex fori* hat.[314]

Die Kontroverse über die Beachtlichkeit nicht-staatlichen Rechts *(lex mercatoria)* bei internationalen Verhältnissen durch staatliche Gerichte und durch Schiedsrichter wird bekanntlich seit Jahren heftig und leidenschaftlich geführt. Als herrschende Lehre wird man heute ansehen können, dass eine Anwendung nicht-staatlichen Rechts bei *Zustimmung beider Parteien* durch *Schiedsgerichte* als zulässig anzusehen ist.[315] Diese Sichtweise widerspiegelt sich auch in der internationalen Schiedspraxis.[316] Auch ist die Berufung auf *lex mercatoria* als Plus gegenüber der Ermächtigung des Schiedsgerichts durch die Parteien zu einem Billigkeitsentscheid anzusehen. Mehr Leitlinie bedeutet mehr Rechtssicherheit.

Auch haben verschiedene staatliche Gerichte ausländische, auf die Anwendung eines bestimmten staatlichen Rechts verzichtende Schiedsentscheide anerkannt und ihnen den «Vollstreckungssegen» erteilt.[317]

---

312 UNIDROIT Principles, Preamble Abs. 2, 3.

313 Vgl. dazu BONELL, An International Restatement of Contract Law (1997), S. 192 ff. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch IPRG-KARRER, Art. 187 N71; diffenzierend: GIARDINA, L'application des principes UNIDROIT aux contracts internationaux, in: Institute of International Business Law and Practise (Hrsg.) UNIDROIT Principles for International Commercial Contract; a New Lex Mercatoria? (1995), S. 143, S. 147/148, wonach die Möglichkeit eines kollisionsrechtlichen Verweises der Parteien auf die UNIDROIT Principles davon abhängig ist, dass das vom Schiedsgericht anzuwendende Kollisionsrecht eine Entscheidung nach règles de droit zulässt.

314 BUCHER, Transnationales Recht im IPR, in: SCHWIND (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter (1986), S. 11, S. 27.

315 Vgl. VISCHER, General Course, S. 144; WICHARD, UNIDROIT Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, RabelsZ 60 (1996), S. 269, S. 278 ff.; BUCHER, Le nouvel arbitrage international en Suisse (1988), N258, S. 280 ff.; REITHMANN-MARTINI, Internationales Vertragsrecht (5. Aufl. 1996) N 62.

316 Vgl. DASSER, Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria (1989), S. 180 ff.

317 Vgl. etwa der Entscheid des französischen Court de Cassation vom 9.12.1981 in Rev. arb. 1982, S. 183 ff.; vgl auch den Damiano-Fall der italienischen Corte di cassazione vom 8.2.1982 zitiert bei VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N107 mit weiteren Nachweisen.

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Vertragsklausel, welche auf allgemeine Rechtsprinzipien oder die *lex mercatoria* verweist, werden die Schiedsgerichte – wie ebenfalls erwähnt – staatliches Recht nicht völlig ignorieren können. Die Auswirkungen internationaler Handelsverträge auf die internationale Wirtschaftsordnung sind erheblich. Verbunden damit ist zwangsläufig ein grosses Interesse der mit einer Streitsache verbundenen Staaten, «dass durch den Trend zur privaten Schiedsgerichtsbarkeit ihre wirtschaftlichen und sozialen Grundüberzeugungen nicht unterlaufen werden»[318]. Entsprechend wird man bei *wirtschaftspolitischen Fragen* – etwa bei Wettbewerbs- oder Antitrustvorschriften – die Beachtung staatlicher Regeln soweit verlangen müssen, als der Kernbereich der internationalen Wirtschaftsordnung betroffen ist.[319] Grosse praktische Bedeutung gewinnt in diesem Zusammenhang auch Art. 35 der ICC-Arbitration Rules von 1998 (oder vergleichbare Bestimmungen in anderen Schiedsreglementen) mit der in dieser Regel enthaltenen Pflicht des Schiedsgerichts, «mit allen Mitteln» die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches sicherzustellen. Auch wenn es aus streng dogmatischer Sicht eine strikte Anwendung solcher zwingender Bestimmungen der potentiellen Vollstreckungsstaaten abzulehnen ist und sich diese nicht immer voraussehen lassen, wird das Schiedsgericht bei der Urteilsfällung nicht um den Blick auf zwingendes Recht des oder der Vollstreckungsstaaten herumkommen, und zwar selbst dann, wenn die Parteien die Massgeblichkeit dieser zwingenden Normen explizit im Rahmen ihrer Rechtswahlklausel ausgeschlossen oder das Schiedsgericht zur Entscheidung nach Billigkeit ermächtigt haben. In diesen zuletzt genannten Fällen ist das Schiedsgericht in jedem Fall gehalten, die Parteien – bei Nichtanwendung der fraglichen zwingenden Norm – auf mögliche Vollstreckungsprobleme oder -hindernisse hinzuweisen. Dies gilt vor allem dann, wenn der Vollstreckungsstaat und – wie etwa im erwähnten Mitsubishi-Fall – eine klare Erwartungshaltung des Vollstreckungsgerichtes eindeutig feststehen. Für Verträge, die sich nicht eindeutig einer bestimmten nationalen Rechtsordnung zuordnen lassen, ist eine Lösung zu finden, die im Ergebnis mit den in Frage stehenden zwingenden Normen der beteiligten Vollstreckungsstaaten als vereinbar erscheinen, mithin also dem Grundanliegen dieser Ein-

318 Vischer/Huber/Oser (FN 23), N111; vgl. auch Vischer, General Course, S. 148.

319 Vgl. Vischer/Huber/Oser (FN 23), N111, welche darauf hinweisen, dass – in Übereinstimmung mit der Regelung der OECD (Recommendations of the Council Concerning Effective Actions against hardcore Cartells vom 25.3.1998) – das Verbot horizontaler Kartelle (Preisabsprachen, Mengenregelungen, Gebietsaufteilung) zu diesem Kernbereich zählen muss. Bei vertikalen Absprachen sei hingegen eine zu grosse Divergenz in den staatlichen Ordnungen zu beobachten, sodass kaum von einem Kernbereich der internationalen Wirtschaftsordnung gesprochen werden könne.

griffsnormen angemessen Rechnung trägt.[320] Methodologisch liegt ein solcher Ansatz – wenn auch stark vollstreckungsrechtlich geprüft – immer noch im Bereich von Art. 19 IPRG vor.

Die UNIDROIT Principles versuchen, materielle Grundsätze im Bereich des internationalen Handels durchzusetzen. Für den Fall ihrer Wahl durch die Parteien enthalten die UNIDROIT Principles Bestimmungen, von denen die Parteien wiederum nicht abweichen können.[321] Angesprochen sind in erster Linie Aspekte des Grundsatzes von Treu und Glauben, wie etwa die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Täuschung, Drohung oder Wucher, die Herabsetzung des Preises bei einseitiger Preisbestimmung, die Limitierung von unvernünftig hohen Vertragsstrafen oder die Statuierung von impliziten Vertragspflichten. Die erwähnten Principles verwenden bewusst offene Formulierungen, wie «unreasonable» oder «unfair». Diese Offenheit erlaubt im Rahmen der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, zwingendem Recht berührter Staaten Wirkung zu verleihen und dadurch indirekt den Anforderungen dieser Rechtsordnungen zu genügen.[322]

b) Zunehmende Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Als Folge der Globalisierung des Wirtschaftslebens und der Harmonisierung von Rechtsregeln wird auch die Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zunehmen. Insbesondere bieten institutionelle Schiedsorganisationen mit entsprechender Infrastruktur Vorteile, da sie von staatlichen Strukturen weitgehend unabhängig sind. Treffend hat dann auch BRINER[323] festgehalten, die internationale Schiedsgerichtsbarkeit «is global and universal».

Der Erfolg der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wird m. E. allerdings nur dann anhalten, wenn es gelingt, eine grössere Rechtsstabilität bzw. Rechtssicherheit in die schiedsgerichtliche Rechtsprechung zu bringen.

Ganz abgesehen davon werden die rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen im internationalen Wirtschaftsverkehr immer komplexer. Vielfach ist Spezialwissen auf richterlicher Seite gefragt. Hier liegen die ganz grossen Stärken der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, dass «there is a growing acceptance and recognition of arbitration in critical areas such as those involving insolvency, securities trading, competition and anti-trust laws and mat-

320 BONELL, Das autonome Recht des Welthandels – rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte, RabelsZ 42 (1978), S. 485 ff.; VISCHER, General Course, S. 148; VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N113.

321 UNIDROIT Principles, Art. 1.5, Art. 3.19.

322 Vgl. VISCHER/HUBER/OSER (FN 23), N117; vgl. dazu auch BLESSING (FN 1), N345 ff. mit Verweisen auf kritische Bemerkungen zu den UNIDROIT Principles.

323 ROBERT BRINER, The Future of Arbitration: An Introduction, in: Arbitration in the Next Decade, Special Supplement of ICC-International Court of Arbitration, 1999, S. 7.

ters involving all kind of intellectual property (...). Likewise, arbitration is gaining importance in international financing contracts and syndicated loans, in bond issue agreements, in international sports, in sponsoring and merchandising, in entertainment, in genetic engineering as well as in new fields of telecommunications and concessions, and in the areas of the space industry»[324].

2. *Vereinheitlichung des Schiedsverfahrensrechts in der Schweiz*

Auch wenn es vermutlich sinnvoll ist, das schweizerische Schiedsverfahrensrecht für nationale und internationale Schiedsverfahren weiterhin in zwei getrennten Erlassen zu regeln, ist zu fordern, dass die heute für nationale Schiedsverfahren geltenden Regeln soweit als möglich dem internationalen Schiedsverfahrensrecht gemäss Kapitel 12 IPRG angeglichen werden. Viele Überlegungen, die bei der Schaffung von Kapitel 12 IPRG angestellt wurden (etwa nur noch sehr eingeschränkte Anfechtungsmöglichkeit oder eine möglichst weitreichende Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit), gelten ohne weiteres auch im nationalen Bereich.

Auch wäre es wünschenswert, wenn die vielen Schiedsreglemente der diversen Handelskammern in der Schweiz endlich durch ein einheitliches Schiedsreglement ersetzt würden. Dies würde die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz weiter steigern, jedenfalls erhalten. Die Vielfalt von Schiedsreglementen ganz unterschiedlicher Institutionen in der Schweiz trägt heute zu einer gewissen Verunsicherung auf dem internationalen Parkett, was den Schiedsplatz Schweiz anbelangt, bei.

324 Blessing (FN 1), N356.