



Association Suisse de l'Arbitrage  
Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit  
Associazione Svizzera per l'Arbitrato  
Swiss Arbitration Association

Bundesamt für Justiz  
Abteilung Direktion Privatrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Per E-Mail: [ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)

Genf/Bern, 12. Mai 2017

**Stellungnahme der Association Suisse de l'Arbitrage (ASA) in der Vernehmlassung zur Revision (Änderung) des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Association Suisse de l'Arbitrage (ASA) bedankt sich für das Verfahren der Vernehmlassung in der oben bezeichneten Angelegenheit und ersucht Sie, bei der Ausarbeitung des Entwurfs die in dieser Eingabe vorgetragene Hinweise und Anregungen wohlwollend zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen

Präsident ASA  
Elliott Geisinger

Vize-Präsident ASA  
Bernhard Berger

## Inhaltsverzeichnis

I.	Allgemeine Hinweise und Anregungen.....	4
1.	Zu den Grundzügen und Zielen der Revisionsvorlage .....	4
2.	Verhältnis zu verschiedenen Typen von Schiedsverfahren.....	6
3.	Verhältnis zum 3. Teil der ZPO .....	6
4.	Verzicht auf Legiferierung im Bereich von Art. 7 IPRG .....	6
5.	Verzicht auf Schaffung eines nationalen juge d'appui .....	7
6.	Pflicht zur Rüge von Verfahrensmängeln (Art. 182 IPRG).....	7
7.	Beschwerde in Zivilsachen (Art. 190 IPRG).....	8
8.	Parteifähigkeit des ausländischen Konkursiten .....	8
9.	Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf Drittparteien .....	8
10.	Verhältnis zu vorgeschalteten ADR-Verfahren .....	9
II.	Stellungnahme zu den einzelnen Reformvorschlägen.....	9
1.	Zu Art. 176 Abs. 1 VE IPRG (Präzisierung des Anwendungsbereichs des 12. Kapitels).....	9
2.	Zu Art. 176 Abs. 2 VE IPRG (spätere "schriftliche" Übereinkunft) .....	10
3.	Zu Art. 178 Abs. 1 VE IPRG (Formerfordernis für Schiedsvereinbarungen) ..	10
4.	Zu Art. 178 Abs. 4 VE IPRG (Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften)	11
5.	Zu Art. 179-180 VE IPRG (Ernennung, Ablehnung, Abberufung, Ersetzung).12	
6.	Zu Art. 179 Abs. 2 VE IPRG ("Anationale" Schiedsvereinbarungen) .....	13
7.	Zu Art. 179 Abs. 2 VE IPRG ("Arbitration in Switzerland").....	13
8.	Zu Art. 179 Abs. 2bis VE IPRG (Ernennung in Mehrparteienverfahren).....	14
9.	Zu Art. 179 Abs. 3 VE IPRG (Ersetzung) .....	14
10.	Zu Art. 179 Abs. 4 VE IPRG (Offenlegungspflicht).....	14
11.	Zu Art. 180 Abs. 1 Bst. b VE IPRG (Anpassung des frz. Texts) .....	15
12.	Zu Art. 180 Abs. 1 Bst. c VE IPRG (Unparteilichkeit) .....	16
13.	Zu Art. 180 Abs. 2 VE IPRG (Sorgfaltspflicht) .....	16
14.	Zu Art. 180 Abs. 2bis VE IPRG (Abberufung) .....	16
15.	Zu Art. 180 Abs. 3 VE IPRG (Ablehnungs- und Abberufungsverfahren) .....	16
16.	Zu Art. 180 Abs. 4 VE IPRG (Revision bei nachträglich entdeckten Ablehnungsgründen).....	17
17.	Zu Art. 183 Abs. 2 VE IPRG (Vorsorgliche Massnahmen) .....	18
18.	Zu Art. 184 Abs. 2 und 3 VE IPRG (Beweisaufnahme) .....	19

19. Zu Art. 185 VE IPRG (Weitere Mitwirkung des staatlichen Gerichts) .....	20
20. Zu Art. 187 Abs. 1 VE (Anpassung des dt. Texts) .....	20
21. Zu Art. 189 Abs. 3 VE IPRG (Kosten des Schiedsverfahrens) .....	21
22. Zu Art. 189a VE IPRG (Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung) .....	22
23. Zu Art. 190 Abs. 2 VE IPRG (Anpassung des dt. Texts) .....	23
24. Zu Art. 190a VE IPRG (Revision) .....	23
25. Zu Art. 191 VE IPRG (Beschwerdeinstanz) .....	25
26. Zu Art. 192 Abs. 1 VE IPRG (Verzicht auf Rechtsmittel) .....	26
27. Zu Art. 193 Abs. 1 und 2 VE IPRG (Vollstreckbarkeitsbescheinigung) .....	27
28. Zu Art. 77 Abs. 1 VE BGG (Streitwert, englische Sprache) .....	28
29. Zu Art. 119b VE BGG .....	30
30. Zu Art. 251a VE ZPO .....	30
31. Zu Art. 353 Abs. 2 VE ZPO .....	30
32. Zu Art. 356 Abs. 3 VE ZPO .....	30
33. Zu Art. 358 Abs. 1 und 2 VE ZPO .....	30
34. Zu Art. 367 Abs. 2 VE ZPO .....	30
35. Zu Art. 369 Abs. 6 VE ZPO .....	30
36. Zu Art. 388 Abs. 3 VE ZPO .....	30

## **I. Allgemeine Hinweise und Anregungen**

- 1 Die Association Suisse de l'Arbitrage (ASA) ist eine als Verein i.S. von Art. 60 ff. des ZGB konstituierte, nicht gewinnorientierte, verwaltungsunabhängige Organisation (NGO). Die ASA hat über 1200 Mitglieder, wovon rund ein Drittel im Ausland ansässig ist. Die Mitglieder der ASA sind Praktiker und Akademiker, die in der internationalen und internen Schiedsgerichtsbarkeit engagiert sind. Seit ihrer Gründung im Jahr 1974 hat sich die ASA zu einer der führenden Schiedsgerichtsvereinigungen entwickelt, welche die bedeutendsten Schiedsexperten aus allen Teilen der Welt zusammenbringt. Die ASA ist keine Schiedsgerichtsinstitution. Sie unterhält Lokalgruppen in allen schweizerischen Landesteilen und seit 2016 ein South-East Asia Chapter in Singapur.
- 2 Die vorliegende Stellungnahme beruht zum einen auf den Arbeiten einer ASA-Task Force (bestehend aus Prof. Dr. Nathalie Voser, Zürich, Dr. Andrea Meier, Zürich, Dr. Michele Patocchi, Genève, Dr. Christian Oetiker, Basel, Dr. Bernhard Berger, Bern), zum anderen auf einem umfassenden ASA-internen Konsultationsprozess, durchgeführt bei den ASA-Lokalgruppen in Zürich, Genève, Basel, Bern, Vaud und Ticino. Soweit hierin Mehrheitsmeinungen erwähnt werden, beruhen diese auf Umfragen und Rückmeldungen aus den Lokalgruppen, unter anderem erhoben an zwischen Januar und März 2017 zur Revisionsvorlage durchgeführten öffentlichen Veranstaltungen.

### **1. Zu den Grundzügen und Zielen der Revisionsvorlage**

- 3 Die ASA teilt uneingeschränkt die im erläuternden Bericht zur Revisionsvorlage geäusserte Einschätzung, wonach das 12. Kapitel des IPRG international auch knapp dreissig Jahre nach seinem Inkrafttreten "*ein innovatives Schiedsgesetz von grosser Qualität*" darstellt. Besonders geschätzt werden seine Klarheit und Prägnanz sowie der Umstand, dass es den Parteien innerhalb einer transparenten und rechtsstaatlich abgesicherten Rahmenordnung ein Maximum an Autonomie und Flexibilität in der Verfahrensgestaltung zugesteht. Das 12. Kapitel des IPRG nimmt im internationalen Vergleich weiterhin eine Ausnahmestellung ein. Seine Originalität und Einzigartigkeit sowie die ihm anhaftenden Grundideen gilt es zu bewahren.
- 4 Die ASA befürwortet und begrüsst daher die generelle Stossrichtung der Revisionsvorlage. Die Grundzüge der Vorlage stimmen aus Sicht der ASA mit den Vorgaben der Motion 12.3012 überein, die den Bundesrat beauftragt hat, einen

Entwurf zur "Nachführung der Bestimmungen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit [...] vorzulegen mit dem Ziel, die Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsplatz zu erhalten".

- 5 Die mit dem Vorentwurf vom 11. Januar 2017 vorgeschlagene "revision light" im Sinne einer "toilettage" (Nachführung der bewährten bundesgerichtlichen Rechtsprechung; Beseitigung von Unklarheiten; Verbesserung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit; Angleichung des 12. Kapitels an neuere Entwicklungen) geht aus der Sicht der ASA in die gewünschte, richtige Richtung. Es soll nur "so viel wie nötig" bzw. "so wenig wie möglich" neu oder zusätzlich geregelt werden; der Rest bleibt den Parteien und dem Schiedsgericht überlassen (vgl. Art. 182 Abs. 1 und 2 IPRG). Damit unterscheidet sich das 12. Kapitel des IPRG von vielen anderen Schiedsgesetzen, die teilweise erheblich umfassender legisferieren. Die Beschränkung auf das Minimum ist aus Sicht der ASA ein "selling point" für den Schiedsplatz Schweiz, den es zu bewahren gilt. Einer der wichtigsten Grundpfeiler der privaten Schiedsgerichtsbarkeit und des 12. Kapitels im Besonderen ist und bleibt die Privatautonomie.
  
- 6 Ein wichtiges Anliegen besteht aus Sicht der ASA darin, die Verständlichkeit des 12. Kapitels aus der Perspektive des ausländischen Benutzers zu verbessern. Das 12. Kapitel richtet sich wie kaum ein anderes Bundesgesetz an ausländische Benutzer, seien es ausländische Parteien, welche die Schweiz als Sitzland wählen, seien es ausländische Anwälte oder Schiedsrichter, die in einem Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz mitwirken. Mit Rücksicht auf dieses Anliegen begrüsst die ASA insbesondere die folgenden in der Revisionsvorlage vorgeschlagenen Aspekte:
  - 7 - Kodifizierung der im Verlauf der letzten Jahrzehnte ergangenen lückenfüllenden Rechtsprechung des Bundesgerichts (bspw. Anpassung der Vorgaben der Unabhängigkeit/Unparteilichkeit der Mitglieder des Schiedsgerichts an anerkannte internationale Standards; Zulässigkeit der Revision gegen internationale Schiedssprüche; Zulässigkeit der Rechtsbehelfe der Erläuterung, Berichtigung und Ergänzung von Schiedssprüchen).
  
  - 8 - Befreiung des 12. Kapitels von wenig "benutzerfreundlichen" Verweisen auf andere Erlasse, wie das bisher in Art. 179 Abs. 2 IPRG mit dem Verweis auf die ZPO der Fall war. Das 12. Kapitel sollte soweit möglich vollständig aus sich selbst heraus verständlich und anwendbar sein.

## **2. Verhältnis zu verschiedenen Typen von Schiedsverfahren**

9 Die ASA teilt auch die im erläuternden Bericht geäußerte Ansicht, wonach das 12. Kapitel des IPRG dank seiner Eigenschaften (namentlich seiner Flexibilität und Autonomie in der Verfahrensgestaltung) ganz unterschiedlichen Typen von Schiedsverfahren gerecht wird. Zu erwähnen sind ad hoc-Verfahren, institutionelle Schiedsverfahren, Handelsschiedsgerichtsbarkeit, IP/IT-Schiedsverfahren, Sportschiedsverfahren, Investitionsschiedsverfahren, Verbandsschiedsverfahren, etc. Es wird deshalb begrüßt, dass der Vorentwurf darauf verzichtet, für einzelne Typen von Schiedsverfahren "Sonderlösungen" zu entwickeln, sondern am bewährten Modell eines einheitlichen Gesetzes über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit festhält. Aus Sicht der ASA wird mit diesem Ansatz am besten gewährleistet, dass die Schweiz für alle diese Ausprägungen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit auch in den kommenden Jahrzehnten weiterhin optimale Standortbedingungen anbieten kann.

## **3. Verhältnis zum 3. Teil der ZPO**

10 Die ASA befürwortet den Ansatz der Revisionsvorlage, das 12. Kapitel nicht im Sinne eines "Automatismus" mit Konzepten zu durchsetzen, die im Jahr 2011 Eingang in den 3. Teil der ZPO über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit gefunden haben. Es rechtfertigt sich, am Grundsatz des dualen Systems festzuhalten. Zwar kann im Einzelfall geprüft werden, ob Bestimmungen des 3. Teils der ZPO ggf. auch in das 12. Kapitel des IPRG gehören (oder *vice versa*). Es verträgt sich aber ohne weiteres, dass die Regeln über die internationale und die interne Schiedsgerichtsbarkeit nicht in allen Bereichen gleich und/oder gleich detailliert ausgestaltet sein müssen. Insbesondere wird begrüßt, dass die Revisionsvorlage bspw. auf Vorschläge zur Regelung von Widerklage, Verrechnung, Klagenhäufung oder Prozesskostensicherheit verzichtet.

## **4. Verzicht auf Legiferierung im Bereich von Art. 7 IPRG**

11 Die ASA teilt die im Bericht zum Vorentwurf vertretene Auffassung, dass sich eine gesetzliche Verankerung des Prinzips der negativen Wirkung der schiedsgerichtlichen Kompetenz-Kompetenz, und deren Ausdehnung auf Schiedsgerichte mit Sitz im Ausland, nicht aufdrängt. Die ASA hat die in der seinerzeitigen "Initiative Lüscher" vorgetragenen Anliegen eingehend geprüft. Sie teilt indessen die im erläuternden Bericht geäußerte Ansicht, dass die Angelegenheit in der Lehre umstritten ist und bisher keine klare Lösung präsentiert werden konnte (Bericht,

S. 14). Ferner teilt die ASA die ebenfalls im Bericht (S. 14) erwähnt Einschätzung, wonach das Thema in der Praxis kaum je zu konkreten Problemen geführt hat. Es besteht daher aus Sicht der ASA in dieser Frage kein dringender Handlungsbedarf.

## 5. Verzicht auf Schaffung eines nationalen *juge d'appui*

- 12 Die im Bericht zum Vorentwurf aufgeführten Gründe für den Verzicht auf einen nationalen *juge d'appui* sind nachvollziehbar. Die Anzahl solcher Verfahren ist überdies verhältnismässig gering, so dass auch hier aus Sicht der ASA kein dringlicher Handlungsbedarf besteht. Auch drängt sich nicht der Schluss auf, dass ein nationaler *juge d'appui* die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz entscheidend verbessern würde. Denn die in der Schweiz abgewickelten internationalen Schiedsverfahren haben ihren Sitz überwiegend in den grossen Zentren Zürich, Genf, zu geringeren Anteilen ferner in Basel, Bern, Lausanne und Lugano. Damit ist schon heute aufgrund dieser tatsächlichen Gegebenheiten sichergestellt, dass es in diesen Zentren Gerichte gibt, die mit *juge d'appui*-Verfahren vertraut sind. Nach den Erfahrungen der ASA erledigen diese Gerichte die *juge d'appui*-Aufgaben gut.

## 6. Pflicht zur Rüge von Verfahrensmängeln (Art. 182 IPRG)

- 13 Dieser fundamentale Grundsatz sollte nach Ansicht der ASA ausdrücklich im Gesetz festgehalten werden. Es handelt sich um einen zentralen, unumstrittenen Grundsatz des Verfahrensrechts, der sich aus dem Gebot zum loyalen Verhalten im Prozess ergibt und somit auch in Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz zu beachten ist (vgl. bspw. auch Art. 373 Abs. 6 ZPO). In der Praxis ist der Grundsatz überdies von grosser Bedeutung. Die Fälle, in denen das Bundesgericht auf eine Rüge wegen Verwirkung nicht eingetreten ist, sind zahlreich. Auch im Interesse der ausländischen Benutzer des 12. Kapitels erscheint es zweckmässig, diesen Grundsatz ausdrücklich ins Gesetz hineinzuschreiben. Der richtige Platz dafür wäre aus Sicht der ASA Art. 182.
- 14 Ein möglicher Formulierungsvorschlag für einen Art. 182 Abs. 4 IPRG könnte z.B. wie folgt lauten:

*"Eine Partei, die das Schiedsverfahren fortsetzt, ohne einen erkannten oder bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennbaren Verstoss gegen die auf*

*das schiedsrichterliche Verfahren anwendbaren Regeln unverzüglich zu rügen, kann dies später nicht mehr geltend machen."*

## **7. Beschwerde in Zivilsachen (Art. 190 IPRG)**

15 Die ASA begrüsst, dass in Art. 190 IPRG, insbesondere was die abschliessende Aufzählung der Beschwerdegründe betrifft, grundsätzlich keine inhaltlichen Anpassungen vorgesehen sind.

16 Als Reaktion auf den Vorentwurf wurde vereinzelt vorgeschlagen, die Beschwerdefrist auf 60 oder gar 90 Tage auszudehnen. Die ASA plädiert hingegen dafür, dass die heute auch für Beschwerden in Zivilsachen gegen Schiedssprüche geltende allgemeine Frist von 30 Tagen (Art. 100 Abs. 1 BGG) unangetastet bleibt. Das kurze und schlanke Anfechtungsverfahren nach der Eröffnung eines Schiedsspruchs ist ein gewichtiger "selling point" für die Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz. Diese im internationalen Vergleich herausragende Stellung der Schweiz sollte nicht aufgeweicht werden.

17 Im Sinne der Verbesserung der Benutzerfreundlichkeit des 12. Kapitels wird jedoch angeregt, nach einer Lösung zu suchen, die es ermöglicht, die Beschwerdefrist von 30 Tagen im 12. Kapitel selbst ausdrücklich zu erwähnen, wie dies künftig für die Frist von 90 Tagen für Revisionsgesuche vorgesehen ist (vgl. Art. 190a Abs. 2 VE IPRG). Es wäre zu begrüessen, wenn für den Leser (namentlich den ausländischen Benutzer) aus dem 12. Kapitel direkt ersichtlich ist, dass die Beschwerdefrist (lediglich) 30 Tage beträgt. Ein möglicher Lösungsvorschlag für einen neuen Art. 190 Abs. 4 IPRG könnte wie folgt lauten:

*"Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage ab Zustellung des Schiedsspruchs unter Vorbehalt eines Fristenstillstands gemäss Art. 46 BGG."*

## **8. Parteifähigkeit des ausländischen Konkursiten**

18 Die ASA vertritt die Auffassung, dass sich ein legislativer Eingriff zu diesem Thema erübrigt, nachdem das Bundesgericht in BGE 138 III 714 den überwiegend kritisierten Vivendi-Entscheid im Ergebnis korrigiert hat (a.a.O. E. 3.6).

## **9. Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf Drittparteien**

19 Die ASA begrüsst, dass dieses (zu vielschichtige) Thema im Vorentwurf nicht aufgegriffen wird.

## 10. Verhältnis zu vorgeschalteten ADR-Verfahren

20 Aus der Sicht der ASA erscheint es sachgerecht, auf eine gesetzliche Regelung dieses vielschichtigen Punktes zu verzichten. Ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts (BGE 142 III 269) hat das Thema ausserdem zusätzlich entschärft oder sogar gelöst. Es besteht auch hier kein Legiferierungszwang.

## II. Stellungnahme zu den einzelnen Reformvorschlägen

### 1. Zu Art. 176 Abs. 1 VE IPRG (Präzisierung des Anwendungsbereichs des 12. Kapitels)

21 Die ASA begrüsst die vorgeschlagene Präzisierung zum Anwendungsbereich des 12. Kapitels. Die damit verbundene Korrektur der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, insbesondere für die in der Schweiz domizilierten Parteien einer Schiedsvereinbarung. Sie führt zu einer erwünschten Klarstellung des Anwendungsbereichs des 12. Kapitels, indem künftig sichergestellt wird, dass sämtliche Verhältnisse, die im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung grenzüberschreitend sind, später auch tatsächlich nach den Regeln über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (12. Kapitel des IPRG) abgewickelt werden können.

22 Die ASA ist jedoch der Ansicht, dass die Wendung "*ihren Wohnsitz, oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt, ihre Niederlassung oder ihren Sitz nicht in der Schweiz hatte*" sich nicht mit dem erklärten Ziel des Revisionsvorschlags deckt. Mit dem Zusatz der "*Niederlassung*" entsteht in Bezug auf juristische Personen die Gefahr von Unsicherheiten, indem nach dem Wortlaut bereits dann ein internationales Schiedsverhältnis vorliegen würde, wenn zwei in der Schweiz domizilierte Parteien miteinander eine Schiedsvereinbarung abschliessen, von denen mindestens eine noch irgendwo im Ausland eine Niederlassung betreibt. Umgekehrt würde eine Niederlassung in der Schweiz eine ausländische Partei zur "Schweizer Partei" machen, was in manchen Konstellationen statt wie nach geltendem Recht zur Anwendung des 12. Kapitels des IPRG neu zur Anwendung der ZPO führen könnte. Auf den Zusatz "*Niederlassung*" ist deshalb zu verzichten.

23 Ferner regt die ASA an, dass an erster Stelle der Sitz und nicht der Wohnsitz erwähnt werden sollte, da Schiedsverfahren am häufigsten zwischen juristischen Personen stattfinden.

24 Die ASA unterbreitet mithin folgenden Formulierungsvorschlag:

*"Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei der Schiedsvereinbarung ihren Sitz, Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte."*

## **2. Zu Art. 176 Abs. 2 VE IPRG (spätere "schriftliche" Übereinkunft)**

25 Die ASA ist der Ansicht, dass auf die vorgeschlagene Präzisierung einer späteren "schriftlichen" Übereinkunft zu verzichten ist. Das Kriterium der "ausdrücklichen Erklärung" erstreckt sich auch auf die "spätere Übereinkunft". Die Ergänzung ist daher inhaltlich überflüssig und ihr Zweck erschliesst sich nicht. Überdies wirft die vorgeschlagene Ergänzung ungelöste neue Fragen und Probleme auf, wie z.B. etwa, ob damit die Schriftlichkeit nach Obligationenrecht oder diejenige nach Art. 178 Abs. 1 IPRG gemeint ist.

26 Die gleiche Problematik stellt sich auch bei Art. 192 Abs. 1 IPRG, wo bereits der geltende Gesetzestext davon spricht, dass der Verzicht auf die Anfechtung "durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft" erfolgen kann. Die ASA regt an, dass die beiden Normen im oben erwähnten Sinne zu koordinieren und zu vereinheitlichen sind.

## **3. Zu Art. 178 Abs. 1 VE IPRG (Formerfordernis für Schiedsvereinbarungen)**

27 Die ASA begrüsst die vorgeschlagenen Anpassungen an Satz 1 von Art. 178 Abs. 1 VE IPRG. Diese bringen Kohärenz zu den gleichlautenden Formulierungen in Art. 358 ZPO und Art. 17 Abs. 2 ZPO. Es würde sich – dies nur am Rande bemerkt – aus Kohärenzgründen aufdrängen, im gleichen Zug auch noch den überholten Art. 5 IPRG entsprechend anzupassen.

28 Die in Satz 2 von Art. 178 Abs. 1 VE IPRG vorgeschlagene gesetzliche Normierung der "halben" Schriftlichkeit wurde im Rahmen von ASA-internen Konsultationen teilweise kontrovers diskutiert. Es wurden unter anderem Bedenken geäußert, dass damit der konsensuale Charakter der Schiedsgerichtsbarkeit infrage gestellt werden könnte, dass damit nur eine Partei geschützt werde, was sich nicht rechtfertige, oder dass die "halbe" Schriftlichkeit im Widerspruch zur bewährten Praxis des Bundesgerichts stehe, wonach der Text einer Schiedsvereinbarung klar den Willen beider Parteien, auf die staatliche Gerichtsbarkeit zu ver-

zichten, wiedergeben müsse. Ferner wurde geltend gemacht, dass die bisherige Regelung der Form in Art. 178 Abs. 1 IPRG in der Praxis kaum je Anlass zu Problemen gegeben habe, weshalb kein Legiferierungszwang bestehe.

- 29 Insgesamt wurde der Vorschlag der "halben" Schriftlichkeit im Rahmen der ASA-internen Konsultation aus den im erläuternden Bericht erwähnten Gründen aber mehrheitlich befürwortet. Zu beachten ist auch, dass in der Lehre von verschiedener Seite mit überzeugenden Argumenten die Auffassung vertreten wird, die "halbe" Schriftlichkeit sei bereits unter der geltenden Regelung von Art. 178 Abs. 1 IPRG zuzulassen. Unter dieser Annahme würde es sich beim Revisionsvorschlag lediglich um eine Klarstellung handeln.

#### **4. Zu Art. 178 Abs. 4 VE IPRG (Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften)**

- 30 Die ASA versteht die in Art. 178 Abs. 4 VE IPRG vorgeschlagene Regelung zu den "*Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften*" aufgrund des erläuternden Berichts (S. 20) dahingehend, dass damit vor allem klargestellt werden soll, dass gegen solche Schiedsklauseln, sofern sie in Textform nachweisbar sind, kein Einwand der Formungültigkeit erhoben werden kann. Denn der Bericht bekräftigt unter Hinweis auf Art. 178 Abs. 2 IPRG, dass sich die Frage der materiellen Gültigkeit auch bei Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften "*wie bei Schiedsvereinbarungen nach dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf das Hauptgeschäft anwendbaren oder dem schweizerischen Recht*" bestimmt (S. 20).

- 31 Von Bedeutung erscheint aus Sicht der ASA der ebenfalls im erläuternden Bericht (S. 20 unten, S. 21 oben) enthaltene Hinweis, dass jedenfalls nach schweizerischem Recht grundsätzlich erforderlich ist, dass die fragliche Schiedsklausel in zulässiger Weise in einem einseitigen Rechtsgeschäft vorgesehen wurde. Eine solche Präzisierung wäre aus Sicht der ASA im Text der Bestimmung von Art. 178 Abs. 4 VE IPRG wünschenswert (in Anlehnung an §1066 der deutschen ZPO und §581 Abs. 1 der österreichischen ZPO). Die ASA unterbreitet folgenden Vorschlag:

*"Für Schiedsklauseln, die in zulässiger Weise in einseitigen Rechtsgeschäften vorgesehen sind, gelten die Bestimmungen dieses Kapitels entsprechend."*

## 5. Zu Art. 179-180 VE IPRG (Ernennung, Ablehnung, Abberufung, Ersetzung)

32 Die ASA befürwortet den Vorschlag, künftig auf den im heutigen Art. 179 Abs. 2 IPRG enthaltenen Verweis auf die ZPO zu verzichten. Besonders ausländische Benutzer sollten nicht ohne Not mehrere Erlasse konsultieren müssen. Der Verzicht auf den heutigen Verweis setzt indessen voraus, dass die wichtigsten Regeln der ZPO betreffend die Ernennung, Ablehnung, Abberufung und Ersetzung, die heute gestützt auf den Verweis in Art. 179 Abs. 2 IPRG auch für das 12. Kapitel des IPRG gelten, in das 12. Kapitel integriert werden. Andernfalls entstünden Lücken, die der *juge d'appui* letztlich wiederum nur unter Rückgriff auf Analogieschlüsse zu den Regeln der ZPO füllen könnte.

33 Beispiele:

34 - Nach dem Vorentwurf wäre die (zentrale!) Frage, wie viele Mitglieder das Schiedsgericht haben soll, wenn die Parteien darüber keine Regelung getroffen haben, ungelöst. Unter dem heutigen Regime mit dem Verweis in Art. 179 Abs. 2 IPRG ergibt sich die Antwort auf diese Frage ohne weiteres aus Art. 360 ZPO.

35 - Art. 179 Abs. 2 VE IPRG regelt zwar die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts für die Ernennung bzw. Ersetzung, lässt aber ungelöst, wie das staatliche Gericht die Ernennung oder Ersetzung vorzunehmen hat. Mit dem heutigen Verweis in Art. 179 Abs. 2 IPRG auf die Regeln der ZPO ist dies klar geregelt (für die Ernennung vgl. Art. 362 Abs. 1 ZPO, für die Ersetzung vgl. Art. 371 ZPO).

36 - Durch den heutigen Verweis in Art. 179 Abs. 2 IPRG auf die Regeln der ZPO ist das Ablehnungsverfahren vor dem staatlichen Richter klar geregelt (vgl. Art. 369 ZPO). Die vorgeschlagene neue Regelung in Art. 180 Abs. 3 VE IPRG greift im Vergleich zur Regelung in Art. 369 ZPO zu kurz. So bleibt z.B. unklar, ob der Vorentwurf darauf verzichtet, dass das Ablehnungsbegehren in einem ersten Schritt an das abgelehnte Mitglied zu richten ist und – erst wenn dieses die Ablehnung bestreitet – in einem zweiten Schritt das staatliche Gericht anzurufen ist (vgl. Art. 369 Abs. 2 und 3 ZPO). Der erläuternde Bericht äussert sich zu diesen Fragen nicht, obwohl er erwähnt, das Ablehnungsverfahren lehne sich an die Regelung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit in Art. 369 ZPO an (vgl. Bericht, S. 23). Die ASA begrüsst es, wenn die zwei Stufen des Ablehnungsverfahrens im 12. Kapitel des IPRG

auch in Zukunft erhalten bleiben, zumal diese Lösung in der internationalen ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit aufgrund der entsprechenden Regelung in den UNCITRAL Arbitration Rules weit verbreitet ist (vgl. Art. 13 UAR). Zu prüfen ist, ob die in Art. 369 vorgesehene zweimalige Frist von 30 Tagen für internationale Schiedsverfahren ebenfalls sachgerecht ist. Eine Verkürzung der ersten Frist auf 15 Tage, wie dies bspw. Art. 13 der UNCITRAL Arbitration Rules vorsieht, erschiene aus Sicht der ASA vertretbar.

- 37 Die ASA regt daher zusammengefasst an, dass das Verfahren der Bestellung, Ablehnung, Abberufung und Ersetzung im 12. Kapitel des IPRG etwas umfassender und präziser geregelt werden sollte als im Vorentwurf. Soweit es zweckmässig und sinnvoll ist, kann dies aus Sicht der ASA durch (teilweise) Übernahme der entsprechenden Bestimmungen der ZPO erfolgen, die heute gestützt auf den Verweis in Art. 179 Abs. 2 IPRG auch für internationale Schiedsverfahren gelten, wobei es wie erwähnt vertretbar ist, dass die beiden Erlasse nicht unbedingt deckungsgleich zu sein brauchen (vgl. Rz. 10 oben).

#### **6. Zu Art. 179 Abs. 2 VE IPRG ("Anationale" Schiedsvereinbarungen)**

- 38 Die ASA begrüsst diesen Vorschlag. Zwar kommen solche Schiedsvereinbarungen in der Praxis noch deutlich seltener vor als "Arbitration in Switzerland". Trotzdem: Im Sinne des Ziels, die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz zu erhalten und zu fördern, erscheint es sinnvoll, dass in der Schweiz (nach dem Vorbild Frankreichs, vgl. Art. 1505 Abs. 4 *Code de procédure civile*) auch bei einer "anationalen" Schiedsvereinbarung um Konstituierung des Schiedsgerichts ersucht werden kann.

- 39 Es stellt sich die Frage, ob das 12. Kapitel des IPRG für den Fall einer "anationalen" Schiedsvereinbarung ergänzend vorsehen sollte, dass der Sitz des gestützt auf Art. 179 Abs. 2 IPRG konstituierten Schiedsgerichts "*in der Schweiz*" festzulegen sei. Aus Sicht der ASA drängt sich eine solche Präzisierung indessen nicht auf. Es soll im Sinne eines (weiteren) Bekenntnisses des 12. Kapitels zur Privatautonomie dem Schiedsgericht bzw. den Parteien überlassen sein, den Sitz zu bestimmen, sei es in oder ausserhalb der Schweiz.

#### **7. Zu Art. 179 Abs. 2 VE IPRG ("Arbitration in Switzerland")**

- 40 Die ASA begrüsst, dass der Vorentwurf eine Regelung zur Lösung des Problems "*Arbitration in Switzerland*" enthält. Zwar sind solche Schiedsvereinbarungen in

der Praxis selten. Trotzdem ist zu vermeiden, dass in einem solchen Fall aus Gründen des Föderalismus weiterhin Unsicherheit oder gar eine Zuständigkeitslücke besteht, die im Ergebnis dazu führen würde, dass ein Schiedsverfahren nicht durchgeführt werden kann, obwohl sich die Parteien klar auf schiedsgerichtliche Streiterledigung "in der Schweiz" geeinigt haben. Die vorgeschlagene Zuständigkeit des zuerst angerufenen *juge d'appui* ist einfach und praktisch zu handhaben und damit sinnvoll.

#### **8. Zu Art. 179 Abs. 2bis VE IPRG (Ernennung in Mehrparteienverfahren)**

41 Die vorgeschlagene Lösung, wonach der *juge d'appui* bei Fehlen einer gemeinsamen Ernennung durch mehrere Kläger oder Beklagte alle Schiedsrichter ernennen kann, ist pragmatisch und sinnvoll. Sie erlaubt es, dieses Instrument flexibel und auf den Einzelfall abgestimmt zu handhaben.

42 Die ASA ist jedoch der Ansicht, dass die Wendung "das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts" mit Blick auf die in Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG geänderte Zuständigkeitsbestimmung zu eng gefasst ist. Die ASA schlägt vor, den Begriff durch "das gemäss Abs. 2 zuständige staatliche Gericht" zu ersetzen:

*"Im Falle einer Mehrparteischiedssache kann das gemäss Abs. 2 zuständige staatliche Gericht alle Mitglieder des Schiedsgerichts ernennen."*

#### **9. Zu Art. 179 Abs. 3 VE IPRG (Ersetzung)**

43 Die ASA begrüsst die vorgeschlagene Erwähnung der "Ersetzung". Ansonsten gelten die generellen Bemerkungen zu Art. 179-180 VE IPRG sinngemäss (vgl. Rz. 32-37 oben).

#### **10. Zu Art. 179 Abs. 4 VE IPRG (Offenlegungspflicht)**

44 Die ASA begrüsst die Aufnahme einer Bestimmung über die Offenlegungspflicht. Die Offenlegungspflicht ist in der Schiedsgerichtsbarkeit nicht zuletzt dank Art. 12(1) des UNCITRAL Model Law und Art. 3(a) der *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* praktisch universell anerkannt. Sie hilft unter anderem zu verhindern, dass potenzielle Ablehnungsgründe, die nur dem Schiedsrichter bekannt sind, erst im Laufe des Verfahrens oder nach dessen Abschluss bekannt werden.

- 45 Die in Art. 179 Abs. 4 VE IPRG vorgeschlagene Formulierung für die Offenlegungspflicht lehnt sich an diejenige in Art. 363 ZPO an. Letztere ist der Formulierung in Art. 12(1) des UNCITRAL Model Law ("When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence") und derjenigen in Art. 3(a) der erwähnten IBA Guidelines ("If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority ...") nachgebildet. Der Revisionsvorschlag genügt damit aus Sicht der ASA dem heutigen internationalen Minimalstandard.
- 46 Die ASA regt zum Thema Offenlegungspflicht aber an, zu erwägen, noch einen Schritt weiterzugehen. Dies deshalb, weil die Frage, ob ein bestimmter Umstand den Parteien offengelegt werden sollte, aus Sicht des Schiedsrichters nicht allein danach beurteilt werden sollte, ob dieser geeignet ist, objektiv Anlass zu berechtigten Zweifeln an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit zu geben. In der heutigen internationalen Schiedspraxis werden den Parteien regelmässig auch Umstände offengelegt, die ggf. aus der Sicht der Parteien (subjektiv) geeignet sein könnten, Zweifel an ihrer Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit zu erwecken, die aber als solche keine Gefahr für eine (objektive) Befangenheit darstellen. Durch den im Vorentwurf vorgeschlagenen Art. 179 Abs. 4 könnte der unerwünschte Eindruck entstehen, dass nur objektive Befangenheitsgründe offenzulegen sind bzw. jede freiwillige Offenlegung zugleich einen objektiven Befangenheitsgrund darstellt. Ein möglicher alternativer Formulierungsvorschlag, der diese Unklarheit beseitigen würde, könnte wie folgt lauten:

*"Eine Person, der ein Schiedsrichteramt angetragen wird, hat das Vorliegen von Umständen, die aus Sicht der Parteien oder auch sonst geeignet sein könnten, begründete Zweifel an ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu erwecken, unverzüglich offenlegen. Diese Pflicht bleibt während des ganzen Verfahrens bestehen."*

#### **11. Zu Art. 180 Abs. 1 Bst. b VE IPRG (Anpassung des frz. Texts)**

- 47 Die redaktionelle Anpassung des französischen Texts wird begrüsst.

**12. Zu Art. 180 Abs. 1 Bst. c VE IPRG (Unparteilichkeit)**

48 Die ASA begrüsst die Ergänzung "*oder seiner Unparteilichkeit*". Das 12. Kapitel des IPRG wird damit an international geltende Standards und die geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts angepasst.

**13. Zu Art. 180 Abs. 2 VE IPRG (Sorgfaltspflicht)**

49 Die ASA begrüsst die Ergänzung "*trotz gehöriger Aufmerksamkeit*". Das 12. Kapitel des IPRG wird damit an die geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts angepasst.

50 Zu klären ist nach Ansicht der ASA hingegen, wie sich der Satz 2 von Abs. 2 ("*Vom Ablehnungsgrund ist dem Schiedsgericht sowie der anderen Partei unverzüglich Mitteilung zu machen*") zum neuen Abs. 3 verhält. Es ist unklar, ob gemeint ist, dass bei Ablehnungen gegen den eigenen Schiedsrichter künftig andere Fristen gelten sollen ("*unverzüglich*" statt innert 30 Tagen). Aus Sicht der ASA drängt es sich auf, diese Frage zu regeln, und zwar im Sinne einer einheitlichen Lösung für alle Ablehnungen. Auch die in der internationalen ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit weit verbreiteten UNCITRAL Arbitration Rules unterscheiden bezüglich der Fristen nicht danach, ob es sich um eine Ablehnung des "eigenen" oder eines anderen Schiedsrichters handelt (vgl. Art. 12 Abs. 2 und Art. 13 UAR). Eine analoge Regelung drängt sich aus Gründen der Einfachheit auch für das 12. Kapitel des IPRG auf.

**14. Zu Art. 180 Abs. 2bis VE IPRG (Abberufung)**

51 Die ASA begrüsst die vorgeschlagene Regelung betreffend die Abberufung. Ansonsten gelten die generellen Bemerkungen zu Art. 179-180 VE IPRG sinngemäss (vgl. Rz. 32-37 oben).

52 Zu prüfen ist das Erfordernis der Schriftlichkeit in lit. a. Auch hier sollte kein Unterschriftserfordernis bestehen.

**15. Zu Art. 180 Abs. 3 VE IPRG (Ablehnungs- und Abberufungsverfahren)**

53 Die ASA regt an, das Ablehnungs- und Abberufungsverfahren präziser und detaillierter zu regeln. Zu den Einzelheiten vgl. Rz. 36 oben.

**16. Zu Art. 180 Abs. 4 VE IPRG (Revision bei nachträglich entdeckten Ablehnungsgründen)**

54 Die ASA befürwortet den Vorschlag, dass für die nach Abschluss des Schiedsverfahrens entdeckten Ablehnungsgründe künftig die Revision zur Verfügung stehen soll (aus den in BGE 142 III 521 E. 2 erwähnten Überlegungen).

55 Die im Vorentwurf vorgeschlagene Lösung wirft aus Sicht der ASA indessen einige zu regelnde Fragen auf:

56 - Verhältnis zur Beschwerde: Es sollte geklärt werden, was gilt, wenn der Ablehnungsgrund zwar nach Abschluss des Schiedsverfahrens, aber noch vor Ablauf der 30-tägigen Beschwerdefrist entdeckt wird. Aus Sicht der ASA drängt es sich auf, zu präzisieren, dass die Bestimmungen über die Revision nur und erst zum Zuge kommen, wenn der Ablehnungsgrund nach Ablauf der Beschwerdefrist entdeckt wird. Wird der Ablehnungsgrund vor Ablauf der Beschwerdefrist entdeckt, muss die Partei, die sich darauf berufen will, wie nach heute geltendem Recht den Schiedsspruch gestützt auf Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG anfechten. Die ASA regt somit an, Art. 180 Abs. 4 VE IPRG wie folgt zu präzisieren:

*"Wird ein Ablehnungsgrund erst nach Ablauf der Frist zur Anfechtung des Schiedsspruchs entdeckt, so gelten die Bestimmungen über die Revision."*

57 - Regelung des Revisionsgrundes: Der blosse Verweis auf die "Bestimmungen der Revision" in Art. 180 Abs. 4 VE IPRG ist nicht ausreichend, da damit der Revisionsgrund als solcher unregelt bleibt. Ein nachträglich entdeckter Ablehnungsgrund fällt nicht unter Art. 190a Abs. 1 lit. a VE IPRG. Unter Art. 190a Abs. 1 lit. b VE IPRG kann er nur dann subsumiert werden, wenn damit zugleich ein strafbares Verhalten des betroffenen Schiedsrichters verbunden ist. Es drängt sich deshalb auf, den neu zu schaffenden Ablehnungsgrund in Art. 190a Abs. 1 VE IPRG separat und ausdrücklich zu regeln. Dabei wäre namentlich klarzustellen, dass nur solche Ablehnungsgründe geltend gemacht werden können, die während des Schiedsverfahrens trotz gehöriger Aufmerksamkeit nicht vorgetragen werden konnten. Dies entspricht der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, soweit es um nachträglich entdeckte Tatsachen oder Beweismittel geht. Für nachträglich entdeckte Ablehnungsgründe kann nichts anderes gelten. Zudem sollte, um einer missbräuchlichen Verwendung des neuen Revisionsgrundes vorzu-

beugen, sichergestellt werden, dass damit nur noch gravierende Fälle von fehlender Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit geltend gemacht werden können. Andernfalls besteht die Gefahr, dass in der Schweiz ergangene Schiedssprüche auch nach Jahr und Tag noch wegen "Nichtigkeiten" mit Revision angefochten werden können. Die ASA schlägt deshalb insgesamt vor, Art. 190a Abs. 1 VE um einen lit. c wie folgt zu ergänzen:

*"Eine Partei kann die Revision eines Entscheides verlangen, wenn: [...]*

*c. sie nachträglich einen offensichtlichen Ablehnungsgrund gegen ein Mitglied des Schiedsgerichts entdeckt, den sie im Schiedsverfahren trotz gehöriger Aufmerksamkeit nicht geltend machen konnte."*

- 58 - Gutheissung des Revisionsgesuchs: Der neue Revisionsgrund verlangt aus Sicht der ASA ferner nach einer präzisierenden Ergänzung in Art. 119b BGG. Dort sollte klargestellt werden, dass die Vorschriften über die Ersetzung anwendbar sind, wenn das Schiedsgericht nach Gutheissung des Revisionsgesuchs nicht mehr vollständig besetzt ist (vgl. die analoge Regelung in Art. 399 Abs. 2 ZPO). Die ASA regt deshalb an, Art. 119b VE BGG um einen Absatz 4 wie folgt zu ergänzen:

*"Ist das Schiedsgericht nicht mehr vollständig, sind die Bestimmungen über die Ersetzung von Mitgliedern des Schiedsgerichts anwendbar."*

## **17. Zu Art. 183 Abs. 2 VE IPRG (Vorsorgliche Massnahmen)**

- 59 Die ASA begrüsst vorab, dass der Vorentwurf am Grundsatz der (dispositiven) konkurrierenden Zuständigkeit zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht festhält.

- 60 Die ASA begrüsst ferner die vorgeschlagene Anpassung in Abs. 2, wonach künftig auch die Parteien (ohne Zustimmung des Schiedsgerichts) den staatlichen Richter direkt um Mitwirkung ersuchen können. Die ASA würde es zudem begrüssen, wenn in Art. 183 Abs. 2 IPRG künftig noch präzisiert werden könnte, dass *"das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts oder am Ort der zu vollstreckenden Massnahme"* gemeint ist.

- 61 Aus Sicht der ASA wäre in Abs. 2 eine Klarstellung erwünscht, dass auch ein Schiedsgericht oder eine Partei eines ausländischen Schiedsverfahrens das

staatliche Gericht am Ort in der Schweiz, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, anrufen kann.

- 62 Weiter wäre in Abs. 2 ein Zusatz sinnvoll, dass das staatliche Gericht die notwendigen Anordnungen zur Vollstreckung der Massnahme trifft. Damit soll klar gestellt werden, dass das um Mitwirkung ersuchte Gericht keine eigene vorsorgliche Massnahme anordnet, sondern lediglich die zur Vollstreckung notwendigen Anordnungen trifft. Es wendet dabei sein eigenes Recht an. Somit kann das staatliche Gericht eine Massnahme eines Schiedsgerichts, die dem schweizerischen Recht unbekannt ist, so umformulieren oder abändern, dass sie mit dem Schweizer Recht vereinbar ist.
- 63 Nach dem Gesagten schlägt die ASA vor, Art. 183 Abs. 2 VE IPRG wie folgt zu ergänzen und einen neuen Abs. 3 einzubauen:

*"<sup>2</sup> Unterzieht sich der Betroffene nicht freiwillig der angeordneten Massnahme, so kann das Schiedsgericht oder eine Partei das staatliche Gericht um Mitwirkung ersuchen. Ein Schiedsgericht oder eine Partei eines ausländischen Schiedsverfahrens kann das staatliche Gericht am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll, anrufen.*

*<sup>3</sup> Das Gericht trifft die zur Vollstreckung notwendigen Anordnungen. Es wendet dabei sein eigenes Recht an."*

## **18. Zu Art. 184 Abs. 2 und 3 VE IPRG (Beweisaufnahme)**

- 64 Die ASA begrüsst die in Art. 184 Abs. 3 VE IPRG vorgeschlagene Ergänzung, die eine Anpassung an Art. 11a IPRG anstrebt. Bei Art. 184 Abs. 2 IPRG drängt sich aus Sicht der ASA (analog zu Art. 183 Abs. 2 IPRG; vgl. Rz. 60 oben) die Präzisierung auf, dass das "staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts oder am Ort der beantragten Beweisaufnahme" gemeint ist.
- 65 Die ASA regt überdies an, für Anliegen im Rahmen der Beweisaufnahme den Zugang zum schweizerischen *juge d'appui* auch für Schiedsgerichte bzw. Parteien eines ausländischen Schiedsverfahrens zu öffnen, soweit es um Beweismassnahmen geht, die in der Schweiz erfolgen sollen. Dieses Anliegen mag auf den ersten Blick nicht direkt mit der Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz zu tun haben. Dennoch ist die ASA überzeugt, dass die Schweiz damit in der internationalen Schiedsszene ein wichtiges Zeichen setzen würde (Abbau von unnötigen Hürden, Beschleunigung des Schiedsverfahrens). Als mögliches Vorbild kann auf

die Regelung in Deutschland (§ 1050 ZPO) verwiesen werden. Der Nutzen einer solchen Regelung wurde von *M. Wirth* anschaulich beschrieben ("Rechtshilfe deutscher Gerichte zugunsten ausländischer Schiedsgerichte bei der Beweisaufnahme – ein Erfahrungsbericht", *SchiedsVZ* 2005, 66–71).

- 66 Vor diesem Hintergrund schlägt die ASA vor, Art. 184 Abs. 2 VE IPRG wie folgt zu ergänzen:

*"Ist für die Durchführung des Beweisverfahrens staatliche Rechtshilfe erforderlich, so kann das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts oder am Ort der beantragten Beweisaufnahme um Mitwirkung ersuchen. Ein Schiedsgericht oder eine Partei eines ausländischen Schiedsverfahrens mit Zustimmung des Schiedsgerichts kann das staatliche Gericht am Ort, an dem die beantragte Beweisaufnahme erfolgen soll, direkt anrufen."*

#### **19. Zu Art. 185 VE IPRG (Weitere Mitwirkung des staatlichen Gerichts)**

- 67 Die ASA würde es begrüßen, wenn im Rahmen der Revision klargestellt würde, dass die weitere Mitwirkung des staatlichen Gerichts im Sinne von Art. 185 IPRG sowohl vom Schiedsgericht als auch von einer Partei (und zwar ohne Zustimmung des Schiedsgerichts) beantragt werden kann. In der Lehre ist dies weitgehend unbestritten, zumal Art. 185 IPRG als Auffangtatbestand für sehr verschiedene Arten der "Mitwirkung" des *juge d'appui* gilt (vgl. z.B. Berger/Kellerhals, 3. Aufl. 2015, Rz. 1228).

- 68 Die ASA unterbreitet folgenden Formulierungsvorschlag:

*"Ist eine weitere Mitwirkung des staatlichen Gerichts erforderlich, so kann das Schiedsgericht oder eine Partei das Gericht am Sitz des Schiedsgerichts anrufen."*

#### **20. Zu Art. 187 Abs. 1 VE (Anpassung des dt. Texts)**

- 69 Die ASA begrüsst die Anpassung des deutschen Texts an den Wortlaut der französischen Fassung (*règles de droit*). Terminologisch wäre aus Sicht der ASA allerdings der Begriff "Rechtsregeln" dem Begriff "Rechtsnormen" vorzuziehen.

## 21. Zu Art. 189 Abs. 3 VE IPRG (Kosten des Schiedsverfahrens)

70 Der Vorentwurf sieht vor, in Art. 189 Abs. 3 VE IPRG künftig ausdrücklich zu regeln, dass das Schiedsgericht mangels anderer Parteivereinbarung über die Höhe und Verteilung der Verfahrenskosten und Parteientschädigungen entscheidet. Im Bericht zum Vorentwurf wird erläutert, es dränge sich auf, diese Kompetenz im Gesetz explizit zu normieren, nachdem das Bundesgericht in BGE 136 III 597 entschieden habe, dass ein Schiedsgericht nach IPRG nicht befugt sei, einen verbindlichen Entscheid über die Höhe des Schiedsrichterhonorars zu fällen. Sodann erwähnt der Bericht, dass auf die Aufnahme eines zusätzlichen Beschwerdegrundes (wegen offensichtlich zu hoher Honorare) bewusst verzichtet werden solle, um zu verhindern, dass Schiedsentscheide künftig vermehrt ausschliesslich wegen der Kostenfrage angefochten werden.

71 Im Rahmen der ASA-internen Konsultationen löste dieser Vorschlag gemischte Reaktionen aus. Diese reichten von uneingeschränkter Zustimmung (aus den im Bericht vorgetragene(n) Gründen) bis zu vollständiger Ablehnung. Gegen die Regelung wurde unter anderem vorgetragen, dass damit in ein Drittverhältnis – den Schiedsauftrag (*receptum arbitri*) – eingegriffen würde, was nicht sachgerecht sei, und dass sich das Bundesgericht in BGE 136 III 597 aus nachvollziehbaren Gründen (Verbot des "Richtens in eigener Sache") gegen eine Befugnis des Schiedsgerichts, die Höhe seiner Vergütung abschliessend und endgültig festzulegen, ausgesprochen habe. Ferner wurde erwähnt, dass Schiedsgerichte gestützt auf Art. 189 Abs. 3 VE IPRG künftig versucht sein könnten, sich mittels Schiedsspruch einen definitiven Rechtsöffnungstitel für ggf. noch unbezahlte Honorare und Auslagen auszustellen, was bedenklich sei.

72 Abgesehen von diesen kontroversen Stellungnahmen haben sich im Rahmen der Diskussion über den umstrittenen Art. 189 Abs. 3 VE IPRG immerhin folgende wesentliche Punkte herauskristallisiert:

73 – Eine Mehrheit vertritt die Ansicht, dass eine Regelung, die dem Schiedsgericht die abschliessende Kompetenz zur Festlegung der eigenen Vergütung zusprechen würde, nur dann vertretbar wäre, wenn sie mit einer entsprechenden Ergänzung der Anfechtungsgründe gemäss Art. 190 Abs. 2 IPRG einhergehen würde, um Missbräuchen vorzubeugen. Andernfalls, so die Vertreter dieser Ansicht, sei zu befürchten, dass das Fehlen jeglicher Überprüfungsmöglichkeit sowohl bei den Benutzern als auch bei kritischen Be-

obachtern des Schiedsplatzes Schweiz auf Unverständnis und Ablehnung stossen würde.

- 74 – Eine Mehrheit ist der Meinung, dass die abschliessende Aufzählung der Beschwerdegründe gemäss Art. 190 Abs. 2 IPRG unangetastet bleiben, d.h. weder inhaltlich geändert noch erweitert werden sollte (vgl. dazu bereits Rz. 15 oben).

- 75 Mit Rücksicht auf diese beiden mehrheitlich vertretenen Standpunkte empfiehlt die ASA, auf den vorgeschlagenen Art. 189 Abs. 3 VE IPRG zu verzichten. Das Anliegen, an der Liste der Anfechtungsgründe in Art. 190 Abs. 2 IPRG nichts zu ändern, ist aus Sicht der ASA höher zu gewichten als das Interesse an der gesetzlichen Normierung der Befugnis des Schiedsgerichts, die Höhe seiner eigenen Vergütung abschliessend, endgültig und rechtskräftig festzulegen.

- 76 Der angeregte Verzicht auf Art. 189 Abs. 3 VE IPRG ist nach Auffassung der ASA auch deshalb vertretbar, weil, wie der erläuternde Bericht zutreffend ausführt, diese Norm in der Praxis ohnehin *"nur wenige Verfahren betreffen"* würde, da *"die Parteien durch die Wahl einer institutionellen Schiedsordnung oder im Rahmen einer verfahrensleitenden Verfügung zu Beginn des Verfahrens («terms of reference») in aller Regel die Befugnis zur Zusprache von Verfahrenskosten und Parteientschädigung ohnehin meist explizit dem Schiedsgericht übertragen"* (S. 27). Es erscheint daher insgesamt auch sachgerecht, die Regelung dieses Themas den Parteien und den Schiedsrichtern zu überlassen. Es besteht kein zwingender Handlungsbedarf, d.h. kein Legiferierungszwang.

- 77 Der Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass sich "unglückliche" Situationen wie diejenige, die das Bundesgericht in BGE 136 III 597 zu beurteilen hatte, in jedem Fall vermeiden lassen, indem das Schiedsgericht die Durchführung des Schiedsverfahrens von der Leistung angemessener Kostenvorschüsse abhängig macht.

## **22. Zu Art. 189a VE IPRG (Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung)**

- 78 Die ASA begrüsst die Aufnahme der Rechtsbehelfe der Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung. Sie überführt die bundesgerichtliche Rechtsprechung in das Gesetz und dient insbesondere dem ausländischen Benutzer des 12. Kapitels als nützliche Orientierungshilfe.

79 Bei der Formulierung der einzelnen Rechtsbehelfe regt die ASA hingegen einige Präzisierungen an, die verhindern sollen, dass – namentlich bei ausländischen Benutzern – der Eindruck entstehen könnte, dass damit eine "revision au fond" verlangt werden kann. Art. 189a Abs. 1 VE sollte daher entsprechend der Praxis des Bundesgerichts etwas detaillierter formuliert werden, z.B. wie folgt:

*"Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, kann jede Partei beim Schiedsgericht innert 30 Tagen seit Eröffnung des Entscheids beantragen, dass dieses im Schiedsspruch enthaltene Rechen-, Schreib-, Druck- oder andere Fehler gleicher Art berichtigt, einzelne Teile des Dispositivs des Entscheids erläutert oder einen ergänzenden Entscheid über Ansprüche erlässt, die im Schiedsverfahren geltend gemacht, über die im Dispositiv des Entscheids aber nicht entschieden wurde. Innert der gleichen Frist kann das Schiedsgericht von sich aus eine Berichtigung, Erläuterung oder Ergänzung vornehmen."*

### **23. Zu Art. 190 Abs. 2 VE IPRG (Anpassung des dt. Texts)**

80 Die redaktionelle Anpassung in Abs. 2 lit. a wird begrüsst.

81 In redaktioneller Hinsicht sollte überdies in Abs. 2 lit. d der deutschen Fassung – analog zum französischen Text und in Nachführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – nach dem Begriff "Grundsatz des rechtlichen Gehörs" der Zusatz "in einem kontradiktorischen Verfahren" ergänzt werden.

### **24. Zu Art. 190a VE IPRG (Revision)**

82 Die ASA begrüsst die Aufnahme des Rechtsmittels der Revision und die damit verbundene Kodifizierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

83 Im Einzelnen gibt die vorgeschlagene Regelung aus Sicht der ASA Anlass zu folgenden Bemerkungen und Anregungen:

84 - Zu Art. 190a Abs. 1 lit. a VE IPRG: Die Wendung "im früheren Verfahren" sollte durch "im Schiedsverfahren" ersetzt werden. Überdies sollte im Gesetzestext klargestellt werden, dass nur solche neuen Tatsachen und Beweismittel angerufen werden können, welche die betroffene Partei während des Schiedsverfahrens trotz gehöriger Aufmerksamkeit nicht vorbringen konnte. Dies entspricht der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die ASA unterbreitet folgenden Formulierungsvorschlag:

"Eine Partei kann die Revision eines Entscheides verlangen, wenn:

a. sie nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet, die sie im Schiedsverfahren trotz gehöriger Aufmerksamkeit nicht beibringen konnte; ausgeschlossen sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Schiedsentscheid entstanden sind;"

85 - Zur Revision bei nachträglich entdecktem Ablehnungsgrund vgl. bereits die Ausführungen in Rz. 57 oben.

86 - Zu Art. 190a Abs. 2 VE IPRG: Bei der absoluten Verjährung des Rechts auf Revision drängt sich nach Auffassung der ASA auch für internationale Schiedssprüche diejenige Lösung auf, die sonst im Bundesrecht gilt. Es gibt aus Sicht der ASA keine sachliche Rechtfertigung, die Revision wegen eines Verbrechens oder Vergehens bei internationalen Schiedssprüchen auf zehn (10) Jahre zu beschränken (so aber Art. 190a Abs. 2 VE IPRG), während dieser Revisionsgrund sonst unverjährbar ist. Bei einer Beschränkung der Revision wegen strafbarer Handlungen auf 10 Jahre wäre bspw. ausgerechnet das einzige bisher unter diesem Titel gutgeheissene Revisionsgesuch bereits an der Verjährung gescheitert (vgl. BGer 4A\_596/2008 vom 6. Oktober 2009). Es wird deshalb vorgeschlagen, den zweiten Satz von Art. 190a Abs. 2 VE IPRG wie folgt zu ergänzen:

"Das Revisionsgesuch ist innert 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes einzureichen. Nach Ablauf von zehn Jahren seit Eintritt der Rechtskraft des Schiedsspruchs kann die Revision nicht mehr verlangt werden, ausser im Fall von Art. 190a Abs. 1 Buchstabe b."

87 - Zu Art. 190a Abs. 3 VE IPRG: Die ASA befürwortet die Möglichkeit der Parteien, nebst dem Verzicht auf die Anfechtung mittels Beschwerde auch den Verzicht auf die Revision zu vereinbaren. Die Formulierung der Bestimmung ist inhaltlich mit der angeregten Neufassung von Art. 192 Abs. 1 IPRG zu koordinieren (vgl. dazu sogleich in Rz. 94 ff. unten).

88 Nicht ohne weiteres einzuleuchten vermag aus Sicht der ASA indessen die in Art. 190a Abs. 3 VE IPRG vorgeschlagene Beschränkung der Verzichtsmöglichkeit auf die Revision wegen nachträglich entdeckter neuer Tatsachen und Beweismittel. Dies aus folgenden Gründen:

89 - Zunächst erscheint es sachgerecht, dass die Verzichtsmöglichkeit (auch) für die neu zu schaffende Revisionsmöglichkeit bei nachträglich

entdecktem Ablehnungsgrund gilt. Dies als folgerichtige Konsequenz aus der Möglichkeit des Verzichts auf die Beschwerde wegen irregulärer Zusammensetzung des Schiedsgerichts (Art. 192 Abs. 1 i.V. mit Art. 190 Abs. 2. lit. a IPRG).

- 90 - Überdies vermag aus Sicht der ASA das Verbot des Vorausverzichts bei Verbrechen oder Vergehen (Abs. 1 lit. b VE) nicht zu überzeugen. Art. 192 Abs. 1 IPRG lässt den Verzicht auf die Beschwerde selbst für *Ordre public*-Widrigkeiten und damit die äusserste Form des materiellen oder formellen "Unrechts" zu. Daran soll sich (zu Recht) nichts ändern. Wird aber in Art. 192 Abs. 1 IPRG an der Verzichtsmöglichkeit im bisherigen vollen Umfang festgehalten, dann sollte die umfassende Verzichtsmöglichkeit auch für die Revision gelten. Es kann den Parteien überlassen werden, den Verzicht im Rahmen ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit auf einzelne Revisionsgründe zu beschränken.

- 91 Zusammengefasst unterbreitet die ASA folgenden Formulierungsvorschlag für Art. 190a Abs. 3 VE IPRG (vgl. auch Rz. 102 unten für den Verzicht auf die Anfechtung):

*"Die Parteien können durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft die Revision der Schiedsentscheide vollständig ausschliessen; sie können auch nur einzelne Revisionsgründe gemäss Artikel 190a Absatz 1 ausschliessen."*

- 92 Die ASA regt überdies an, den Verzicht auf die Revision und den Verzicht auf die Anfechtung in einem einzigen Artikel, der das Marginale "Verzicht auf Rechtsmittel" tragen sollte, zusammenzufassen. Aus Sicht der ASA sollte dies der Systematik des Gesetzes folgend in Artikel 192 IPRG geschehen.

## **25. Zu Art. 191 VE IPRG (Beschwerdeinstanz)**

- 93 Art. 191 VE IPRG erweitert die Kompetenz des Bundesgerichts von der Beschwerde- zur Revisionsinstanz und legt fest, dass sich das Verfahren vor Bundesgericht im Falle der Revision nach dem neuen Art. 119b BGG richtet. Diese Änderungen sind eine direkte Konsequenz der Ergänzung des 12. Kapitels des IPRG mit Bestimmungen zur Revision (Art. 190a VE IPRG) und geben daher keinen Anlass zu Bemerkungen. Allerdings ist das Marginale anzupassen ("Rechtsmittelinstanz").

## 26. Zu Art. 192 Abs. 1 VE IPRG (Verzicht auf Rechtsmittel)

94 Nach der heutigen Rechtslage können Parteien mit Wohnsitz, Sitz oder einer Niederlassung in der Schweiz nicht wirksam zum Voraus auf die Beschwerde verzichten. Der Vorentwurf hält an diesem Grundsatz fest, ohne im erläuternden Bericht näher darauf einzugehen. Aus Sicht der ASA sprechen indessen beachtenswerte Gründe dafür, dies zu ändern:

95 - Stärkung der Parteiautonomie: Das 12. Kapitel beruht auf dem Prinzip der Privatautonomie. Dieser Grundsatz würde weiter betont, wenn künftig auch Schweizer Parteien der Rechtsmittelverzicht erlaubt wäre.

96 - Anachronismus: Das Festhalten an einem "besonderen" Schutz für inländische Parteien "vor sich selbst" erscheint nicht mehr zeitgemäss. Aus der Sicht eines ausländischen Benutzers dürfte dies heutzutage als kaum nachvollziehbare Bevorteilung (*home turf*) verstanden werden.

97 - Verhältnis zu anderen Schiedsplätzen: Verzichtsklauseln dürften in der Regel gezielt abgeschlossen werden. Will eine Schweizer Partei mit einer ausländischen Partei unter der heutigen Rechtslage eine gültige Verzichtvereinbarung abschliessen, fällt ein Schiedsort innerhalb der Schweiz ausser Betracht. Die Parteien müssen in eine andere Jurisdiktion ausweichen (z.B. Frankreich). Die Abschaffung des heutigen Schutzes der Schweizer Parteien "vor sich selbst" ist daher auch im Interesse der Erhaltung und Förderung der Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz.

98 - Entlastung des Bundesgerichts: Die Zulassung des Verzichts auch für Schweizer Parteien kann nicht zuletzt dazu führen, dass die Zahl der Beschwerden insgesamt zurückgeht.

99 Die ASA regt deshalb an, im Rahmen der weiteren Gesetzgebungsarbeiten zu prüfen, ob künftig auch Schweizer Parteien eines internationalen Schiedsverfahrens mit Sitz in der Schweiz der Verzicht auf Rechtsmittel ermöglicht werden sollte. Die Zulassung erscheint vertretbar, zumal (auch) den Schweizer Parteien im Rahmen der Vollstreckung weiterhin die Verweigerungsgründe gemäss Art. V des New Yorker Übereinkommens erhalten bleiben (vgl. Art. 192 Abs. 2 IPRG).

100 Überdies regt die ASA aus den bereits bei Art. 176 Abs. 2 VE IPRG erwähnten Gründen an, in Art. 192 Abs. 1 IPRG künftig auf das Kriterium der späteren "schriftlichen" Übereinkunft zu verzichten (vgl. Rz. 25 f. oben).

- 101 Unter Berücksichtigung der vorstehenden Anregungen könnte Art. 192 Abs. 1 IPRG künftig wie folgt lauten:

*"Die Parteien können durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft die Anfechtung der Schiedsentscheide vollständig ausschliessen; sie können auch nur einzelne Anfechtungsgründe gemäss Artikel 190 Absatz 2 ausschliessen."*

- 102 Sollte das Anliegen, den Verzicht inskünftig auch Schweizer Parteien zu ermöglichen, nicht weiterverfolgt werden, wäre aus Sicht der ASA in Anlehnung an den Vorschlag zu Art. 176 Abs. 1 VE IPRG vorab der "Sitz" und erst danach der "Wohnsitz" zu erwähnen (vgl. Rz. 22 oben):

*"Hat keine der Parteien ihren Sitz, Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz, so können sie durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft die Anfechtung der Schiedsentscheide vollständig ausschliessen; sie können auch nur einzelne Anfechtungsgründe gemäss Artikel 190 Absatz 2 ausschliessen."*

- 103 Schliesslich regt die ASA wie bereits erwähnt an, den Verzicht auf die Revision und den Verzicht auf die Anfechtung in einer einzigen Bestimmung zusammenzufassen (vgl. Rz. 92 oben).

## **27. Zu Art. 193 Abs. 1 und 2 VE IPRG (Vollstreckbarkeitsbescheinigung)**

- 104 Die rein redaktionelle Anpassung in Art. 193 Abs. 1 VE IPRG gibt keinen Anlass zu Bemerkungen.

- 105 In Absatz 2 von Art. 193 IPRG könnte aus Sicht der ASA präzisiert werden, dass – wie in Abs. 1 – das staatliche Gericht "am Sitz des Schiedsgerichts" gemeint ist. Damit könnte jegliche Unsicherheit bezüglich des zuständigen staatlichen Gerichts vermieden werden.

- 106 Die ASA würde es überdies begrüssen, wenn im Rahmen der Revision die Praxis verschiedener kantonaler Gerichte, Vollstreckbarkeitsbescheinigungen nur in einem kontradiktorischen Verfahren auszustellen, überdacht werden könnte. Ein kontradiktorisches Verfahren kann namentlich dann, wenn sich der Gesuchsgegner am Verfahren der Vollstreckbarkeitsbescheinigung nicht beteiligt, zu erheblichen Problemen und Verzögerungen bei der Vollstreckung des Schiedsspruchs

im Ausland führen, was nicht im Interesse eines attraktiven Schiedsplatzes Schweiz ist. Da eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung aus dem Herkunftsland des Schiedsspruchs für sich allein ohnehin nicht ausreicht, um die Anerkennung oder Vollstreckung desselben zu erwirken, erscheint es aus Sicht der ASA vertretbar, in Art. 251a ZPO und Art. 356 Abs. 3 ZPO vorzusehen, dass es sich bei der Vollstreckbarkeitsbescheinigung um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Gleiches könnte am gleichen Ort auch für die Hinterlegung des Schiedsspruchs klargestellt werden.

## **28. Zu Art. 77 Abs. 1 VE BGG (Streitwert, englische Sprache)**

- 107 Die vorgeschlagene Präzisierung in Art. 77 Abs. 1 VE BGG, wonach die Beschwerde gegen Schiedssprüche "*ungeachtet des Streitwerts zulässig*" ist, wird begrüsst. Art. 77 Abs. 1 BGG wird dadurch zu einer *lex specialis* erhoben, die der Regelung des Streitwerterfordernisses gemäss Art. 74 BGG für Beschwerden in Zivilsachen vorgeht. Zwar sind Schiedsverfahren mit einem Streitwert unter CHF 30'000 eine seltene Ausnahme. Dennoch erscheint die Ergänzung im Interesse der Rechtssicherheit und mit Rücksicht auf den Justizgewährungsanspruch sinnvoll.
- 108 Der vorgeschlagene neue Art. 77 Abs. 2bis BGG ("*Rechtschriften können in englischer Sprache abgefasst werden*") rief bei ASA-internen Konsultationen teilweise kontroverse Reaktionen hervor.
- 109 Die Befürworter beriefen sich im Wesentlichen auf die im erläuternden Bericht (S. 11-12) vorgetragene Überlegung: Englisch sei die heute in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vorherrschende Sprache, die Zulassung von englischen Eingaben erleichtere daher den vielen nicht in der Schweiz ansässigen Nutzern der Schiedsgerichtsbarkeit den Zugang zum Bundesgericht und stärke damit insgesamt die Attraktivität der Schweiz als internationaler Schiedsplatz. Zudem führe sie zu einer Reduktion des Übersetzungsaufwands, was angesichts der kurzen Beschwerdefrist von lediglich 30 Tagen eine gewichtige Verbesserung mit sich bringe.
- 110 Die Gegner äusserten unter anderem die Befürchtung, dass die Zulassung von englischen Eingaben dazu führen könnte, dass Beschwerden und Revisionsgesuche künftig vermehrt durch ausländische Anwaltskanzleien verfasst würden, während Schweizer Anwälte (wenn überhaupt) nur noch subsidiär zum Zuge kämen. Ferner wurde eingewendet, die Zulassung von englischen Eingaben

könnte zu einer unerwünschten Zunahme von Beschwerden und Revisionsgesuchen führen, unter der die Qualität zu leiden drohe, zumal es sich bei Rechtsmitteln gegen Schiedssprüche um "technische" Materien handle, für die es teilweise kein passendes englisches Vokabular gebe und im Übrigen auch die einschlägigen Gesetzestexte (IPRG und BGG) in keiner amtlichen englischen Ausgabe verfügbar seien.

- 111 Insgesamt ergaben die ASA-internen Umfragen, dass der Vorschlag mehrheitlich positiv aufgenommen wird. Die ASA befürwortet deshalb diese Änderung. Aus Sicht der ASA sind namentlich die "protektionistischen" Argumente nicht überzeugend. Das Ziel der Revision des 12. Kapitels des IPRG besteht nicht darin, partikulare Interessen zu erhalten, sondern darin, die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz zu erhalten bzw. zu stärken. Der Revisionsvorschlag ist insgesamt geeignet, zur Erreichung dieses Ziels beizutragen.
- 112 Die ASA weist im Zusammenhang mit Art. 77 Abs. 2bis VE BGG darauf hin, dass der Begriff "Rechtschriften" wohl zu eng gefasst ist. Vorzuziehen wäre der Begriff "Eingaben".
- 113 Die vorgeschlagene Regelung in Abs. 2bis wirft die Frage auf, in welcher Landessprache das Bundesgericht das Verfahren führt und den Entscheid fällt, falls die Beschwerde in englischer Sprache eingereicht wird. Nach der heutigen bundesgerichtlichen Praxis ergeht der Entscheid in der Landessprache der Beschwerde. Bei einer Beschwerde in englischer Sprache wird das Bundesgericht dazu eine eigenständige Praxis zu entwickeln haben.
- 114 Unklar ist nach dem vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut ferner, ob die Möglichkeit, Eingaben in englischer Sprache einzureichen, auf die Beschwerde in Zivilsachen beschränkt ist, oder auch für Revisionsgesuche gilt. Im erläuternden Bericht heisst es zwar, man wolle dies "*vor Bundesgericht als zuständiger Beschwerde- und Revisionsinstanz in Schiedssachen*" ermöglichen. Zu beachten ist jedoch, dass sich Art. 77 BGG klar nur auf die "*Beschwerde in Zivilsachen*" bezieht. Um hierüber keine Zweifel aufkommen zu lassen, wäre es notwendig, Art. 119b BGG um einen entsprechenden Absatz (oder einen Verweis auf Art. 77 Abs. 2bis) zu ergänzen.

**29. Zu Art. 119b VE BGG**

115 Die Vorschrift ist aus Sicht der ASA wie bereits dargelegt um einen Abs. 4 zu ergänzen (vgl. dazu Rz. 58 oben). Ansonsten gibt die Bestimmung keinen Anlass zu Bemerkungen.

**30. Zu Art. 251a VE ZPO**

116 Der vorgeschlagene neue Art. 251a VE ZPO, der die Hilfsverfahren vor staatlichen Gerichten (*juge d'appui*-Verfahren) generell in das summarische Verfahren verweist, wird begrüsst.

**31. Zu Art. 353 Abs. 2 VE ZPO**

117 Vgl. dazu sinngemäss die Bemerkungen zu Art. 176 Abs. 2 VE IPRG in Rz. 25 ff. oben.

**32. Zu Art. 356 Abs. 3 VE ZPO**

118 Keine Bemerkungen.

**33. Zu Art. 358 Abs. 1 und 2 VE ZPO**

119 Vgl. dazu sinngemäss die Bemerkungen zu Art. 178 Abs. 1 und 4 VE IPRG in Rz. 27 ff. und Rz. 30 ff. oben.

**34. Zu Art. 367 Abs. 2 VE ZPO**

120 Vgl. dazu sinngemäss die Bemerkungen zu Art. 180 Abs. 2 VE IPRG in Rz. 49 ff. oben.

**35. Zu Art. 369 Abs. 6 VE ZPO**

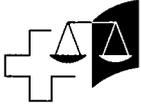
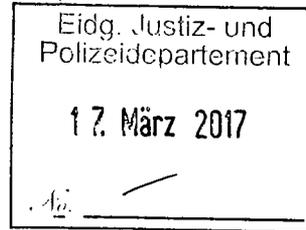
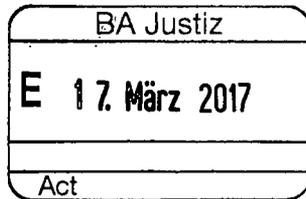
121 Vgl. dazu sinngemäss die Bemerkungen zu Art. 180 Abs. 4 VE IPRG in Rz. 56 oben.

**36. Zu Art. 388 Abs. 3 VE ZPO**

122 Keine Bemerkungen.

---

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



Die Präsidentenkonferenz  
CH - 1000 Lausanne 14  
Tel. 021 318 91 02  
Fax 021 323 37 00  
Korrespondenznummer 10.9

Frau Bundesrätin  
Simonetta Sommaruga  
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement  
Bundeshaus West  
3003 Bern

*vorab per E-Mail an:*  
ipr@bj.admin.ch

Lausanne, 16. März 2017 / wai

### Vernehmlassung zur Änderung des IPRG (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 11. Januar 2017 haben Sie das Bundesgericht eingeladen, zum Vorentwurf betreffend die Revision der Gesetzesbestimmungen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (12. Kapitel IPRG) Stellung zu nehmen; dafür danken wir bestens.

Das Bundesgericht steht dem Projekt grundsätzlich befürwortend gegenüber, namentlich soweit bewährte Rechtsprechung ins Gesetz überführt wird (z.B. betreffend die Revision von Schiedsentscheiden) und offene Anwendungsfragen geklärt werden (z.B. betreffend Streitwerterfordernis).

**Klar abgelehnt** wird die mit Art. 77 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-BGG anvisierte neue Möglichkeit, im Bereich der internationalen und der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit beim Bundesgericht **Rechtsschriften in englischer Sprache** einzureichen. Das Bundesgericht hat bereits im Rahmen der Revision des Bundespatentgerichtsgesetzes auf die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine solche Regelung hingewiesen. Diese gelten umso mehr in Verfahren vor dem Bundesgericht, mithin der obersten rechtsprechenden Behörde des Bundes (Art. 188 Abs. 1 BV). Nach Art. 70 Abs. 1 BV bilden die Amtssprachen die offiziellen Kommunikationssprachen mit den Bundesbehörden (KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 70 BV, Rz. 17). Nach gängiger Auffassung begründet die Regelung der Amtssprachen in einem Gemeinwesen für die Bürgerinnen und Bürger das Recht *und die Pflicht*, im Verkehr mit den Behörden eine Amtssprache zu verwenden (BELSER/WALDMANN, Basler Kommentar zu Art. 70 BV, Rz. 15; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Rz. 1532; BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zu Art. 70 BV, Rz. 11; AUBERT/MAHON, Petit Commentaire de la Constitution, Art. 70 BV, Rz. 2 in fine). Daran ist nicht zuletzt auch im Interesse des hohen Gutes des Sprachfriedens festzuhalten (*weshalb nur Englisch und nicht auch etwa Spanisch o.a.?*),

zumal auf der anderen Seite als Grund für die Neuerung lediglich das nicht sehr gewichtige Interesse der Parteien, Übersetzungskosten zu sparen (die dann für die Übersetzung des Urteils ohnehin anfallen), in die Waagschale fällt (ausführlich dazu sub Ziffer 5).

Im Einzelnen lässt sich das Bundesgericht zu den vorgeschlagenen Änderungen wie folgt vernehmen:

**1. Art. 178 Abs. 1 Satz 2 VE-IPRG / Art. 358 Abs. 1 VE-ZPO: Einführung des einseitigen Textformerfordernisses für Schiedsvereinbarungen**

Die vorgeschlagene Neuerung bricht mit bewährter Rechtslage und gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung: Danach müssen die Willenserklärungen *aller* am Abschluss der Schiedsvereinbarung beteiligten Parteien die Textform erfüllen. Mit einer bloss mündlichen oder gar nur stillschweigenden Annahme einer schriftlichen Schiedsformate ist die Textform nicht gewahrt (BGE 142 III 239 E. 3.3; Urteil 4A\_618/2015 vom 9. März 2016 E. 4.3; je mit Hinweisen).

Daran sollte im Interesse der Rechtssicherheit sowie einer bewussten und klar nachweisbaren Willensbildung zum Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit zugunsten der privaten Schiedsgerichtsbarkeit festgehalten werden. Der zuletzt zitierte Entscheid illustriert eindrücklich die ansonsten bestehende Gefahr, dass eine Partei ungewollt in ein Schiedsverfahren gezwungen werden könnte bzw. erst durch ein Beschwerdeverfahren eine Klärung herbeiführen muss. Die im erläuternden Bericht (S. 20) für die vorgeschlagene Neuerung angeführte Motivation (heutige Erwartungen des internationalen Geschäftslebens) vermag die für die bisherige Regelung sprechenden Gründe (Rechtssicherheit; bewusster Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit) kaum aufzuwiegen, zumal die Neuerung auch für die interne Schiedsgerichtsbarkeit gelten soll.

Nach dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12) sind schriftliche Vereinbarungen anzuerkennen, durch die sich die Parteien verpflichten, Streitigkeiten einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen (Art. II Ziff. 1). Unter 'schriftlicher Vereinbarung' ist eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder einer Schiedsabrede zu verstehen, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben (Art. II Ziff. 2). Diese 'schriftliche Vereinbarung' ist (im Original oder in beglaubigter Kopie) dem Anerkennungsgesuch beizulegen (Art. IV Ziff. 1 lit. b).

Es ist zweifelhaft, ob der Vorschlag des Bundesrates in diesem Punkt mit dem New Yorker Übereinkommen vereinbar ist. Die Erläuterungen befassen sich nicht mit diesem Aspekt. Es scheint jedenfalls wenig sinnvoll, Erleichterungen beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen zuzulassen, wenn damit die internationale Anerkenn- und Vollstreckbarkeit eines in der Schweiz ergangenen Schiedsurteils infrage gestellt wird.

*Das Bundesgericht zieht die geltende Regelung vor.*

## **2. Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG: Höhe und Verteilung der Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens; Festsetzung des Schiedsrichterhonorars**

Die neu vorgeschlagene Norm sieht vor, dass das "Schiedsgericht über die Höhe und Verteilung der Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens entscheidet", soweit "die Parteien nichts anderes vereinbart haben". Liest man den Text unbefangen, ist dagegen nichts einzuwenden. Denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Schiedsgericht ohne weiteres dazu befugt, die Aufteilung der Gerichtskosten auf die Schiedsparteien verbindlich festzulegen (BGE 136 III 597 E. 5.2.1 m.H. auf BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz. 1479). Auch gegen die Festsetzung der Höhe der Schiedsgerichtskosten ist an sich nichts einzuwenden: So sieht etwa § 609 der österreichischen ZPO, auf welchen der erläuternde Bericht auf S. 26 Fn. 95 als Vorbild für den neuen Art. 189 Abs. 3 VEIPRG hinweist, ebenfalls vor, dass das Schiedsgericht den "Betrag der zu ersetzenden Kosten festsetzen" darf. In der einschlägigen Literatur wird hierzu zutreffend festgehalten, dass das Schiedsgericht damit die Höhe seines Honorars beziffern, jedoch diesbezüglich "keinen Exekutionstitel in eigener Sache" schaffen dürfe (HAUSMANINGER, in: Fasching/Konecny [Hrsg.], Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 4. Band, 2. Teilband, 3. Aufl., Wien 2016, N. 23 zu § 609 öZPO). Denn der Honoraranspruch der Schiedsrichter beruhe auf privatrechtlicher Vereinbarung und da sie nicht Richter in eigener Sache sein dürften, seien die Schiedsrichter nicht dazu befugt, bezüglich ihrer eigenen Ansprüche einen Exekutionstitel (= Rechtsöffnungstitel) zu schaffen; vielmehr müssten sie ihr Honorar im Bestreitungsfall als privatrechtliche Forderung gegen die Parteien auf dem Rechtsweg durch Klage geltend machen (HAUSMANINGER, a.a.O., N. 71 zu § 609 öZPO).

Die österreichische Rechtslage, auf die der erläuternde Bericht zur Stütze der neuen Bestimmung hinweist, entspricht damit exakt der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung: In BGE 136 III 597 E. 2 hat das Bundesgericht unter Hinweis auf die herrschende Lehre festgehalten, dass das Schiedsgericht nicht ermächtigt ist, in einem vollstreckbaren Titel über den ihm gestützt auf den Schiedsrichtervertrag zustehenden Entschädigungsanspruch zu entscheiden. Dies namentlich, weil damit ein nicht hinnehmbares Urteilen in eigener Sache verbunden wäre. Im nicht amtlich publizierten Urteil 4A\_254/2013 vom 19. November 2013 E. 2.2 hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt, u.a. unter Hinweis auf einen Aufsatz von KELLERHALS/PFISTERER (Wer bestimmt das Honorar des Schiedsrichters?, in: Geimer/Schütze [Hrsg.], Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 464 f.), die nachweisen, dass die gleiche Rechtslage etwa auch in Deutschland und Frankreich gilt. Die beiden Autoren zeigen zudem auf, dass sich das Verbot des Urteilens in eigener Sache (*nemo iudex in causa sua*) aus der verfassungsrechtlichen Garantie auf ein unabhängiges Gericht ergibt (Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde in der in- und ausländischen Lehre begrüsst (LÖTSCHER/BUHR, *Nemo iudex in Sua Causa – No jurisdiction of the arbitrators to authoritatively rule on their own Fees*, ASA Bull. 2011, S. 126 ff.; BERNHARD BERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2010: 3. Teil:

Schiedsgerichtsbarkeit, ZBJV 148 [2012], S. 161; MARCO STACHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen [2009 und 2010], AJP 1 [2011], S. 138; ROLF A. SCHÜTZE, in: Wieczorek/Schütze [Hrsg.], Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Aufl., 2014, N. 16 zu § 1057 D/ZPO; JAN PAULSSON, zit. auf [www.globalarbitrationreview.com/news/article/29069](http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29069), 2. Februar 2012).

Gemäss dem erläuternden Bericht (S. 26) will der neue Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG mit der Qualifikation der Honorarfestsetzung als einfache Rechnungstellung brechen. Als Begründung wird die Inkongruenz mit dem Regime, wie es die ZPO (Art. 384 Abs. 1 lit. f) kenne und sich unter dem Konkordat bewährt habe, genannt und auf gewisse ausländische Ordnungen hingewiesen. Offen bleibt, ob der Bundesrat damit einem Schiedsgericht entgegen der herrschenden Lehre und bundesgerichtlichen Rechtsprechung tatsächlich die Befugnis einräumen will, in eigener Sache zu richten und seinen eigenen Honoraranspruch einseitig und unanfechtbar in einen Rechtsöffnungstitel zu kleiden, oder ob er lediglich – wie nach österreichischem Vorbild – klären will, dass das Schiedsgericht die Höhe seines Honoraranspruchs im Schiedsspruch beziffern darf, ohne dass damit ein Rechtsöffnungstitel geschaffen würde.

Falls der Bundesrat ersteres, also die Befugnis zum Richten in eigener Sache, anstreben sollte, wäre diese Lösung als verfassungsrechtlich bedenklich klar *abzulehnen*. Bei der Festsetzung des Schiedsrichterhonorars stehen fundamentale Prinzipien auf dem Spiel (Verbot des Urteilens in eigener Sache; richterliche Unabhängigkeit). Die Kongruenz mit der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit wäre daher vielmehr in umgekehrter Richtung herzustellen, also auch die Regelung von Art. 393 lit. f ZPO aufzuheben, falls diese Norm als gesetzliche Grundlage für die Befugnis des Schiedsrichters zu verstehen wäre, sein Honorar autoritativ festzulegen.

*Das Bundesgericht lehnt die Befugnis eines Schiedsgerichts zur autoritativen Festsetzung seines Honorars ab.*

### **3. Art. 190a VE-IPRG / Art. 396 ZPO: Revisionsgründe**

Das Bundesgericht begrüsst, dass die Revision internationaler Schiedsentscheide ausdrücklich geregelt wird, insbesondere auch, dass gemäss Art. 180 Abs. 4 VE-IPRG (und Art. 369 Abs. 6 VE-ZPO) die Revision geöffnet wird, wenn Ablehnungsgründe erst nach Ablauf der Beschwerdefrist entdeckt werden (Frage behandelt, im Hinblick auf die laufende Gesetzesrevision aber offen gelassen in: BGE 142 III 521 E. 2).

Der blosser Verweis auf die Bestimmungen über die Revision in Art. 180 Abs. 4 VE-IPRG und Art. 369 Abs. 6 VE-ZPO läuft allerdings ins Leere, soweit der Revisionsgrund des nachträglich entdeckten Ablehnungsgrundes nicht unter Art. 190a Abs. 1 lit. a VE-IPRG bzw. Art. 396 Abs. 1 lit. a ZPO (nachträglich erfahrene Tatsachen) subsumiert werden kann.

Zur Vermeidung jeglicher Unklarheit sollte Art. 190a Abs. 1 VE-IPRG durch folgende *litera c* und Art. 396 Abs. 1 ZPO durch eine entsprechende *litera d* ergänzt werden:

"c. wenn ein Ablehnungsgrund erst nach Abschluss des Schiedsverfahrens entdeckt wird."

"c. si un motif de récusation n'est découvert qu'après la clôture de la procédure arbitrale."

Ausserdem bietet sich mit der vorliegenden Revision die Gelegenheit, Absatz 2 von Art. 396 ZPO zu streichen, nachdem Schiedsentscheide nicht wegen Verletzung der EMRK beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte denunziert werden können (vgl. dazu BGE 142 III 521 E. 2.3.4 S. 533 in medio).

#### **4. Art. 77 Abs. 1 Einleitungssatz VE-BGG: Kein Streitwerterfordernis**

Das Bundesgericht begrüsst die Klarstellung, dass Beschwerden gegen Schiedsentscheide keinem Streitwerterfordernis unterliegen. Der erläuternde Bericht (Ziffer 2.2 S. 30) sollte jedoch in zwei Punkten angepasst werden:

Zum einen trifft die Erklärung nicht zu, das Bundesgericht habe die Frage des Streitwerterfordernisses bisher offen gelassen, "weil eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit" vorgelegen habe. Vielmehr konnte das Bundesgericht die Frage jeweils offen lassen, weil die Beschwerden ohnehin unzulässig bzw. offensichtlich unbegründet waren.

Zum andern spricht der erläuternde Bericht lediglich davon, der Vorentwurf stelle im Einleitungssatz von Art. 77 Abs. 1 VE-BGG klar, "dass Beschwerden gegen internationale Schiedsentscheide ungeachtet des Streitwerts zulässig sind". Dies könnte zu Missverständnissen führen. Art. 77 BGG gilt sowohl für Beschwerden gegen internationale (Abs. 1 lit. a) wie nationale (Abs. 1 lit. b) Schiedsentscheide. Indem der Einleitungssatz von Absatz 1 mit dem Zusatz "ungeachtet des Streitwerts" ergänzt wird, ist gemäss Gesetzestext klar, dass das Streitwerterfordernis für beide Bereiche entfällt. Es wäre wünschenswert, dass dies auch aus dem erläuternden Bericht klar hervorgeht.

#### **5. Art. 77 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-BGG: Möglichkeit, Rechtsschriften in englischer Sprache abzufassen**

Au-delà des objections *d'ordre constitutionnel* que soulève la modification proposée, laquelle va à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 142 III 521 cons. 1), les raisons avancées à son appui (rapport explicatif, p. 10/11 et 28) ne paraissent pas convaincantes, sans compter que cette intrusion de l'anglais pourrait donner le signal d'une généralisation de l'application de cette langue devant le Tribunal fédéral dans les litiges à caractère international et déboucher progressivement, *in fine*, sur l'obligation, faite à la Cour suprême du pays, de rédiger dans cette langue ses arrêts concernant ce type de litiges.

Selon le conseil fédéral, la mesure préconisée n'impliquerait aucune surcharge dans le traitement des dossiers. Il est permis d'en douter. D'abord, l'ouverture du dossier et l'instruction de la cause sont des activités effectuées par le personnel de chancellerie,

sous la direction et le contrôle d'un secrétaire présidentiel. Or, il n'est pas certain que ce personnel maîtrisera toujours la langue de Shakespeare, à plus forte raison s'il devait être exigé de lui qu'il corresponde dans cette langue avec les avocats des parties. Il est tout aussi évident que le travail du juge rapporteur, du greffier auquel la tâche de rédiger le projet de rapport aura été déléguée et des autres juges appelés à statuer sur le recours rédigé en anglais sera plus compliqué que si le mémoire de recours était rédigé dans une langue nationale, et ce même si toutes ces personnes n'ont pas de problème avec l'anglais. En particulier, le rédacteur de l'arrêt ne pourra pas reprendre, tels quels, des passages ou expressions tirés du mémoire de recours pour les intégrer dans l'arrêt.

Le conseil fédéral relève, en outre, que l'admission de l'anglais pour la rédaction des mémoires entraînerait une réduction des frais de traduction pour les parties. A quoi l'on peut rétorquer qu'une telle réduction ne serait sans doute pas la meilleure façon de diminuer le nombre des recours et, partant, la charge de travail de la Ire Cour de droit civil. De toute manière, l'expérience enseigne que, dans le domaine de l'arbitrage international, en tout cas en matière commerciale, le montant des frais de procédure ne paraît pas avoir eu, à ce jour, un grand effet dissuasif sur les recourants potentiels.

Par ailleurs, toujours selon le Conseil fédéral, la solution préconisée augmenterait l'attractivité de la Suisse comme place internationale d'arbitrage. C'est peut-être vrai. Cependant, il n'est pas certain que l'économie du pays en profiterait concrètement. En effet, on verrait alors se multiplier les procédures n'ayant aucun rapport avec la Suisse, hormis le siège du tribunal arbitral, la procédure étant entièrement conduite à l'étranger. Quant aux recours, ils seraient adressés au Tribunal fédéral en anglais par des bureaux d'avocats étrangers spécialisés dans le domaine de l'arbitrage international. Tout cela aurait pour conséquence de soustraire des mandats très lucratifs aux études d'avocats suisses, lesquelles en seraient réduites à ne jouer le rôle que de domicile élu en Suisse, au sens de l'art. 39 al. 3 LTF.

Enfin, selon la systématique de l'art. 77 LTF, le nouvel alinéa 2<sup>bis</sup>, à l'instar de l'alinéa 2, s'appliquerait également à l'arbitrage interne. On doute, qu'il soit juridiquement possible d'imposer à la partie intimée, qui avait nécessairement son domicile, son siège ou sa résidence habituelle en Suisse au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, l'obligation d'accepter un mémoire n'ayant pas été rédigé dans l'une des langues nationales, à charge pour elle de le faire traduire à ses frais si elle ne maîtrise pas suffisamment l'anglais.

*Nous suggérons, dès lors, de renoncer à introduire l'art. 77 al. 2<sup>bis</sup> dans la LTF.*

## **6. Art. 119b Abs. 2 Satz 2 VE-BGG: Schriftenwechsel im Revisionsverfahren**

Das Schiedsgericht sollte ebenfalls in den Schriftenwechsel einbezogen werden (vgl. analog Art. 127 BGG). Das Bundesgericht praktiziert dies denn auch so. Das Bundesgericht könnte einen Schiedsentscheid nicht aufheben, ohne dass sich das Schiedsgericht etwa zu einem nach Abschluss des Schiedsverfahrens entdeckten Ablehnungsgrund

äussern konnte.

Art. 119b Abs. 2 Satz 2 VE-BGG ist wie folgt zu ergänzen:

"..., stellt es dieses der Gegenpartei und dem Schiedsgericht zur Stellungnahme zu."

"Le Tribunal fédéral notifie la demande de révision à la partie adverse et au tribunal arbitral pour qu'ils se déterminent, ..."

**7. Art. 119b Abs. 3 VE-BGG:  
Entscheid bei Gutheissung eines Revisionsgesuchs**

Die Bestimmung sieht bei Gutheissung eines Revisionsgesuchs die Aufhebung des Schiedsentscheids und die Rückweisung der Sache an das Schiedsgericht zur Neubeurteilung vor. Dies ist absolut formuliert. Wenn ein Revisionsgesuch gutgeheissen wird, weil ein nach Abschluss des Schiedsverfahrens entdeckter Ausstandsgrund zutrifft (Art. 180 Abs. 4 VE-IPRG) oder weil ein durch einen Schiedsrichter begangenes Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil der Partei auf den Schiedsentscheid eingewirkt hat (Art. 190a Abs. 1 lit. b VE-IPRG), weist das Bundesgericht die Sache nicht an das nämliche Schiedsgericht bzw. an den betreffenden Einzelschiedsrichter zurück. Vielmehr kann es entsprechende Feststellungen treffen (vgl. für das Beschwerdeverfahren: BGE 136 III 605 E. 3.3.4 S. 616).

**8. Erläuternder Bericht, Ziffer 1.1.4 Vorarbeiten**

Abschliessend weisen wir auf ein Versehen im erläuternden Bericht, Ziffer 1.1.4 hin: Die ICC (Internationale Handelskammer bzw. CCI Chambre de Commerce Internationale) wird unter den in der Schweiz ansässigen Schiedsinstitutionen aufgeführt. Deren Sitz befindet sich jedoch in Paris.

Wir hoffen, Ihnen mit dieser Stellungnahme dienen zu können, und stehen Ihnen für weitere Erläuterungen jederzeit gerne zur Verfügung.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, den Ausdruck unserer ausgezeichneten Hochschätzung.

**SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT  
Die Präsidentenkonferenz**

Der Vorsitzende

  
Nicolas von Werdt

Der Generalsekretär

  
Paul Tschümperlin

# PRISE DE POSITION

CONCERNE :

Avant-projet du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi fédérale sur le droit international privé [arbitrage international]

*et*

"Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international)" du 11 janvier 2017

*en lien avec*

"08.417 n - Initiative parlementaire. Modification de l'article 7 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé"

\*\*\*

A L'ATTENTION DE :

M. Michael Schöll  
Mme Joëlle Schickel-Küng  
Mme Francine Hungerbühler

Département fédéral de justice et police (DFJP)  
Office fédéral de la justice (OFJ)  
Unité Droit international privé

## 1. Objet de la présente prise de position

Le 11 janvier 2017, le Conseil fédéral a publié son Avant-projet de modification de la loi fédérale sur le droit international privé [arbitrage international] (ci-après: "l'Avant-projet"). Dans son rapport y relatif ("Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international)", ci-après: "Rapport"), le Conseil fédéral déclare avoir renoncé à réviser l'art. 7 LDIP.

La présente prise de position a pour objet cette renonciation. Elle est à lire en lien avec notre Communication du 22 avril 2016, adressée à l'OFJ le même jour, et portant sur l'initiative parlementaire 08.417 (ci-après: "notre Communication").

Toutes questions ou demandes que susciterait la présente prise de position sont les bienvenues. Cas échéant, elles pourront nous être transmises à l'adresse e-mail suivante : [david.bochatay@unil.ch](mailto:david.bochatay@unil.ch).

*NB : pour la référence complète des ouvrages, articles et documents cités dans les notes de bas de page, cf. la bibliographie en annexe.*

## 2. Refus par le Conseil fédéral de réviser l'art. 7 LDIP

Le Rapport expose: "[e]n ce qui concerne la relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral (initiative parlementaire 08.417), le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas besoin d'agir et renonce à proposer toute nouvelle réglementation en la matière"<sup>1</sup>.

Au paragraphe 1.3.2 du Rapport, sous le titre "Renonciation à régler l'effet négatif du principe de compétence-compétence", le Conseil fédéral explique renoncer à proposer une révision de l'art. 7 LDIP dans le cadre de l'Avant-projet, au motif que cette disposition n'entraîne pas de problèmes concrets dans la pratique<sup>2</sup>.

En cela, le Conseil fédéral évoque un sondage effectué en 2011 par la Commission des affaires juridiques du Conseil national (ci-après: "CAJ-N") auprès des associations professionnelles et Facultés de droit à propos de l'initiative parlementaire 08.417 (ci-après: "Sondage"). Ce Sondage posait, en ce qui concerne la distinction consacrée par le Tribunal fédéral quant au pouvoir d'examen du juge en matière d'exception d'arbitrage – examen sommaire lorsque le siège de l'arbitrage est en Suisse, respectivement complet lorsque ce siège est à l'étranger –, la question suivante: "[à] votre avis, dans la pratique des quinze dernières années, cette distinction a-t-elle posé des problèmes concrets (autres que purement doctrinaux) qui ont nui à la place arbitrale suisse ou qui sont susceptibles de lui porter préjudice à terme?"<sup>3</sup>.

Le Rapport expose que les participants au Sondage ont répondu à cette question par la négative<sup>4</sup>.

## 3. Critique du refus

Le motif avancé par le Rapport à l'appui du refus (cf. *supra*, n° 2) n'est pas convaincant. Le fait que la distinction quant au pouvoir d'examen du juge – distinction critiquée par l'ensemble de la doctrine<sup>5</sup> – n'a

---

<sup>1</sup> Cf. Rapport, p. 2 *in fine*.

<sup>2</sup> Cf. Rapport, pp. 12-13.

<sup>3</sup> Cf. Sondage, question 1.(b).

<sup>4</sup> Cf. Rapport, p. 13.

pas (pour l'instant) "nui à la place arbitrale suisse"<sup>6</sup> ou "entraîn[é] des problèmes concrets dans la pratique"<sup>7</sup> ne permet certainement pas de conclure qu'il faut renoncer à réviser l'art. 7 LDIP.

En effet, les modifications proposées dans l'Avant-projet ne sont pas motivées par la nécessité de résoudre des problèmes concrets affectant la place arbitrale suisse. Simplement, elles "*visent à renforcer la sécurité et la facilité d'application du droit en intégrant dans la loi les éléments de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui ont fait leurs preuves et en levant certaines ambiguïtés*"<sup>8</sup>. Rappelons que l'Avant-projet " *vise également à rendre la loi plus facile à appliquer et à consolider l'autonomie des parties de manière à suivre les développements observés dans la réglementation d'autres places*"<sup>9</sup>.

La question n'est donc pas de savoir si consacrer l'effet négatif sans égard au lieu du siège de l'arbitrage, comme le suggère l'initiative parlementaire 08.417, règle ou non un problème de l'arbitrage international en Suisse. Bien plutôt, elle est de savoir si cette modification marque ou non un progrès. Or il ne fait aucun doute que la réponse à cette question est affirmative, pour les raisons exposées dans notre Communication et qui seront rappelées brièvement ci-après (cf. *infra*, n° 7).

A ce propos, le Rapport passe sous silence un point essentiel : les participants au Sondage susmentionné (cf. *supra*, n° 2), tout en ayant déclaré que l'actuel art. 7 LDIP n'avait jusqu'à présent pas causé de problèmes concrets, ont néanmoins fermement soutenu le principe proposé par l'initiative parlementaire 08.417. C'est à tout le moins le cas des Universités de Genève, Lausanne et Neuchâtel:

- Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Genève: "*[n]os recherches n'ont pas révélé de problèmes concrets liés à la distinction opérée par le TF. Cependant, l'intervention du législateur dans le sens proposé par l'initiative parlementaire nous paraît néanmoins souhaitable, afin de maintenir et renforcer la position de la Suisse comme place d'arbitrage international de premier rang*" (n° 9); "*il existe un besoin de renforcer la position de la Suisse en matière d'arbitrage international et l'adoption de l'effet négatif de la compétence-compétence constituerait un atout supplémentaire pour la Suisse comme place d'arbitrage international*" (n° 13);
- Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne: "*[l]a pleine consécration de l'examen prima facie aurait le mérite de donner au juge suisse une ligne de conduite claire dans tous les cas, que le siège de l'arbitrage soit prévu (en Suisse ou à l'étranger) ou non*" (1.(c), p. 3);
- Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel: "*l'initiative revêt un intérêt certain, puisqu'elle élimine une incohérence qui existe visiblement en l'état du droit suisse de l'arbitrage international [...]*" (1.a, p. 2); "*[l]a distinction opérée par le Tribunal fédéral n'est pas sans danger du point de vue de la perception à l'étranger de la Suisse comme place*

---

<sup>5</sup> POUURET, p. 403 : "*[l]'*étendue du pouvoir d'examen du juge suisse ne saurait [...] dépendre du lieu de l'arbitrage, mais résulte de la nature de la décision à prendre [...]" ; BESSON, p. 1074 : "*[c]ette jurisprudence du Tribunal fédéral relative au pouvoir d'examen du juge en matière d'exception d'arbitrage n'est pas convaincante*"; DUTOIT, n° 5 ad art. 7 LDIP, p. 43: "il ne paraît guère justifié de faire dépendre le pouvoir d'examen du juge du lieu de l'arbitrage". Cf. ég. Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Genève, p. 2, paragraphe 1: "la distinction [...] n'est pas justifiée" ; Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, sous 1.(a), p. 3: "la distinction opérée n'est pas entièrement justifiée. Mieux vaudrait que les tribunaux suisses adoptent la même approche dans le cas d'arbitrage en Suisse et à l'étranger"; Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, p. 1, sous 1.a: "la distinction [...] n'est pas justifiée".

<sup>6</sup> Cf. Sondage, question 1.(b).

<sup>7</sup> Cf. Rapport, p. 13.

<sup>8</sup> Cf. Rapport, p. 2, sous "Contenu de l'avant-projet".

<sup>9</sup> Cf. Rapport, p. 2, sous "Condensé".

*d'arbitrage. En effet, un système juridique qui privilégie l'arbitrage comme mode de résolution des litiges internationaux devrait s'affranchir autant que possible des particularismes nationaux. Le protectionnisme juridique qui résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, est intrinsèquement contraire à l'intérêt général de l'arbitrage international [...] Dans la mesure où le développement de l'arbitrage en général se répercutera également sur l'arbitrage en Suisse, l'adoption de d'une solution telle que préconisée par l'initiative est sans doute à saluer" (1.b, p. 2).*

Il en va de même de l'Association suisse de l'arbitrage (ci-après: "l'ASA"):

*"[e]ine gesetzgeberische Klarstellung, in welchen Fällen schweizerische Gerichte eine Schiedseinrede nur summarisch prüfen dürfen, wäre [...] sinnvoll. [...] Der Schiedsplatz Schweiz verdankt seine Stellung vor allem seiner Reputation, generell eine schiedsfreundliche Rechtsordnung zu sein. Dieser Reputation könnte die Initiative dienen. Mit einer Erstreckung des Anwendungsbereichs der summarischen Prüfung läge die Schweiz durchaus in einem internationalen Trend"<sup>10</sup>.*

Dans sa réponse au Sondage, l'ASA a fait très justement remarquer que l'existence d'un problème pratique concret n'est pas le seul motif pouvant justifier une modification législative. Il existe également d'autres raisons pertinentes, en particulier la cohérence du droit<sup>11</sup>.

Le refus du Conseil fédéral de revoir l'art. 7 LDIP est d'autant plus critiquable que la motion 12.3012 du CAJ-N, à laquelle se réfère le Rapport, prescrit: "[l]e Conseil fédéral est chargé de présenter un projet de toilette des dispositions relatives à l'arbitrage international contenues dans la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). [...] Une attention particulière doit être portée à la relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral"<sup>12</sup> (nous soulignons). C'est dire que, selon la volonté claire du Parlement, la révision de l'art. 7 LDIP non seulement doit être partie intégrante de la réforme des dispositions de la LDIP relatives à l'arbitrage, mais bien plus encore doit constituer le cœur même de cette réforme.

#### **4. Autres raisons susceptibles d'avoir motivé le refus**

A l'appui du refus par le Conseil fédéral de réviser l'art. 7 LDIP, on peut imaginer deux raisons autres que celle avancée dans le Rapport (cf. *supra*, n° 2).

La première est la difficulté du sujet: le Conseil fédéral relève que "[u]ne solution claire n'a [...] pas pu encore être proposée" à la problématique en cause<sup>13</sup>. Cette difficulté, certes réelle, ne constitue cependant pas une raison suffisante au refus de légiférer. Nous avons démontré dans notre Communication qu'une solution pratique existe<sup>14</sup>, et proposé un texte "clé en main" la mettant en œuvre<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Cf. *Vernehmlassung der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) zur Parlamentarischen Initiative betreffend die Änderung von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht*, ASA Bulletin, 3/2011, pp. 585-597, p. 591.

<sup>11</sup> Cf. *Vernehmlassung der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) zur Parlamentarischen Initiative betreffend die Änderung von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht*, ASA Bulletin, 3/2011, pp. 590-591, (c).

<sup>12</sup> Cf. Rapport, p. 2, sous "Contexte".

<sup>13</sup> Cf. Rapport, p. 11 *in fine*.

<sup>14</sup> Cf. notre Communication, paragraphes 68 à 120.

<sup>15</sup> Cf. notre Communication, paragraphe 68 pour le texte complet, et 120 pour la version abrégée.

Pour rappel, notre proposition de texte est la suivante<sup>16</sup>:

Art. 7 LDIP (nouveau):

**Exception d'arbitrage**

1. Le juge régulièrement saisi d'une exception d'arbitrage :
  - a. suspend la cause si une procédure arbitrale ayant le même objet est pendante entre les mêmes parties ; et si tel n'est pas le cas,
  - b. suspend la cause en fixant aux parties un délai approprié pour introduire l'arbitrage, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties manifestement pas de convention d'arbitrage valable et applicable au litige.
2. Si le délai fixé selon l'alinéa 1 lettre b échoit sans avoir été utilisé, le juge tranche l'exception d'arbitrage.
3. La cause n'a pas ou plus lieu d'être suspendue, et l'exception d'arbitrage doit être rejetée, lorsque :
  - a. une décision rendue par le tribunal arbitral ou par le juge du siège de l'arbitrage et entrée en force déclare incompétent le tribunal arbitral ;
  - b. le tribunal arbitral ne peut pas être constitué.
4. Le juge se dessaisit de la cause lorsqu'une décision rendue par le tribunal arbitral ou par le juge du siège de l'arbitrage et entrée en force déclare compétent le tribunal arbitral.
5. La présente disposition s'applique sans égard au lieu du siège de l'arbitrage.

Et dans sa version abrégée<sup>17</sup>:

Art. 7 LDIP (nouveau):

**Exception d'arbitrage**

1. Le juge régulièrement saisi d'une exception d'arbitrage :
  - a. suspend la cause si une procédure arbitrale ayant le même objet est pendante entre les mêmes parties ; et si tel n'est pas le cas,
  - b. suspend la cause en fixant aux parties un délai approprié pour introduire l'arbitrage, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties manifestement pas de convention d'arbitrage valable et applicable au litige.
2. Si le délai fixé selon l'alinéa 1 lettre b échoit sans avoir été utilisé, le juge tranche l'exception d'arbitrage.
3. La présente disposition s'applique sans égard au lieu du siège de l'arbitrage.

La seconde raison qui vient à l'esprit est la crainte que l'effet négatif de la compétence-compétence, s'il devait être consacré également pour le cas où le siège de l'arbitrage est à l'étranger, ne porte atteinte à la souveraineté du juge helvétique et ne nuise à la place arbitrale suisse. Cette double crainte est cependant infondée, ainsi que nous l'expliquons dans les deux paragraphes qui suivent (cf. n° 5 et 6 respectivement).

**5. La consécration générale de l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne porte aucune atteinte à la souveraineté des juridictions helvétiques**

La souveraineté n'exige point que le juge suisse, lorsqu'existe *prima facie* une convention d'arbitrage valable et applicable fixant le siège de l'arbitrage à l'étranger, procède à l'examen *complet* de l'existence, de la validité, respectivement de l'applicabilité de cette convention. Ce n'est que dans l'hypothèse où la sentence arbitrale étrangère devrait être présentée à l'*exequatur* en Suisse que la souveraineté helvétique entrerait en jeu. Ce serait alors à la lumière de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance

<sup>16</sup> Cf. notre Communication, paragraphe 68.

<sup>17</sup> Cf. notre Communication, paragraphe 120.

et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après: "CNY")<sup>18</sup> que le juge suisse déciderait – souverainement – de reconnaître ou non la sentence. Limiter au *sommaire* l'examen qu'il conduit au stade antérieur de l'exception d'arbitrage ne porte aucunement atteinte à ce pouvoir souverain de décision.

Au surplus, il y a lieu de noter qu'en aucun cas le juge suisse, par la décision qu'il rendrait sur examen *sommaire* en application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, ne renoncerait définitivement à son éventuelle compétence sur le litige au fond. De deux choses l'une. Soit le juge estimerait qu'existe *prima facie* une convention d'arbitrage valable et applicable. Dans ce cas, il ne déclinerait pas, ni ne se dessaisirait, mais simplement surseoirait à statuer. Soit il jugerait qu'une telle convention d'arbitrage n'existe *manifestement* pas. Il écarterait alors l'exception d'arbitrage et, s'il s'estimait compétent, instruirait le litige au fond<sup>19</sup>.

## **6. La consécration générale de l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne porte pas préjudice à la place arbitrale suisse**

L'idée a été émise qu'étendre l'effet négatif de la compétence-compétence à l'hypothèse dans laquelle le siège de l'arbitrage est à l'étranger risque d'affaiblir la place arbitrale suisse au profit des places étrangères<sup>20</sup>. A nouveau, une telle préoccupation n'est pas justifiée. Il n'y a en effet aucune raison de penser qu'une consécration légale de l'examen *sommaire*, dès lors qu'elle vaudrait sans distinction quant au lieu du siège de l'arbitrage, pousserait des usagers de l'arbitrage à délaisser la Suisse pour d'autres sièges arbitraux.

Rappelons en outre que la consécration générale de l'effet négatif aurait pour bienfait – entre autres (cf. *infra*, n° 7) – de réduire à son minimum le risque d'une situation de concurrence procédurale et de conflits de décisions entre le juge suisse et l'arbitre étranger. Un tel bienfait, tout en profitant aux procédures arbitrales à l'étranger, ne nuirait aucunement à l'arbitrage en Suisse. Bien au contraire, il serait un témoignage supplémentaire de la *favor arbitri* générale dont fait preuve le droit suisse. Ce témoignage ne pourrait que profiter à la place arbitrale suisse.

## **7. Bienfaits de l'effet négatif du principe de compétence-compétence**

La reconnaissance de l'effet négatif du principe de compétence-compétence constitue un progrès majeur. Cela, à quatre égards:

- le respect de la volonté présumée des parties;
- la protection de l'arbitrage contre les manœuvres d'obstruction;
- la prévention du risque de décisions inconciliables entre le juge et l'arbitre;
- la célérité et l'économie de procédure.

Pour l'explication de ces points, nous renvoyons à notre Communication<sup>21</sup>.

Quant au premier progrès, soit celui en matière de respect de la volonté présumée des parties, relevons qu'il va pleinement dans le sens voulu par l'Avant-projet de "*consolider l'autonomie des parties*"<sup>22</sup>. En effet, il faut présumer qu'en passant une convention d'arbitrage, les parties désirent que tout litige qui

<sup>18</sup> RS 0.277.12.

<sup>19</sup> Cf. notre Communication, paragraphes 80ss.

<sup>20</sup> BERGER, p. 39-40, § 7.

<sup>21</sup> Cf. notre Communication, paragraphes 20 à 26, 27 à 35, 36 à 45 et 46 à 54 respectivement.

<sup>22</sup> Cf. Rapport, p. 2, sous "Condensé".

s'élèverait entre elles relativement à l'existence, à la validité et à l'étendue (*ratione materiae*) de la convention d'arbitrage soit porté, en première instance, devant le tribunal arbitral exclusivement. L'effet négatif met en œuvre ce désir des parties, et donc renforce leur autonomie<sup>23</sup>.

Par ailleurs, la consécration de l'effet négatif souhaitée par l'initiative parlementaire 08.417 correspond au but fondamental recherché par l'Avant-projet, à savoir "*suivre les développements observés dans la réglementation d'autres places*"<sup>24</sup>. En effet, l'effet négatif fait partie des développements récents du droit dans diverses places d'arbitrage parmi les plus importantes, dont Hong-Kong, Singapour et Dubaï, ainsi que dans des pays occupant un rôle de premier plan dans l'économie mondiale, comme le Canada, l'Inde ou encore le Brésil<sup>25</sup>. Ces développements font apparaître que l'effet négatif, de plus en plus répandu<sup>26</sup>, est perçu comme un élément essentiel de la *favor arbitri*. En ce sens, la Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel explique: "[l]e principe de l'effet négatif de la compétence-compétence est perçu – à tort ou, comme nous le pensons, à raison – comme un élément important dans le développement d'une législation favorable à l'arbitrage. Il présuppose une certaine confiance à l'égard des arbitres et des juges étrangers, ce qui est le propre de toute législation moderne de droit international privé"<sup>27</sup>.

## 8. L'opinion du Professeur Andreas Bucher

Le refus par le Conseil fédéral d'inclure l'art. 7 LDIP dans la réforme des dispositions de la LDIP touchant à l'arbitrage n'est pas déploré seulement par l'auteur de la présente prise de position. A ce titre, il y a lieu de citer la réaction dont fait part le Professeur Andreas Bucher dans sa mise à jour du 6 février 2017 relative au *Commentaire romand LDIP / CL*:

"Art. 7

Aucun changement.

*Les imperfections et les controverses quant à la portée de cette disposition restent sans réponse. L'initiative Lüscher proposait d'ajouter un alinéa 2 en ces termes : « En matière internationale, le tribunal suisse, sans égard au siège du tribunal arbitral, sursoit à statuer jusqu'à ce que celui-ci se soit prononcé sur sa compétence, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage. »*

*Le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas besoin d'agir ; il renonce donc à proposer une nouvelle réglementation en la matière. La différence de traitement dans l'examen de l'exception d'arbitrage, selon qu'elle vise un siège arbitral en Suisse ou à l'étranger fait l'objet de controverses dont l'issue est loin d'être certaine. C'est alors un sondage constatant que la pratique actuelle n'entraînait pas de problème pratique qui a décidé du sort de la proposition (p.13). Ce sondage a été fait dans des termes typiquement suisses : s'il n'y a pas de problème en Suisse, il n'y a aucun problème. En fait, les défauts du régime de l'examen complet de la validité de la convention d'arbitrage se manifestent à l'étranger, puisque la saisine du juge suisse vise à perturber un arbitrage qui est engagé à son siège étranger sur la seule présence d'une clause*

<sup>23</sup> A ce sujet, cf. notre Communication, paragraphes 20 à 26.

<sup>24</sup> Cf. Rapport, p. 2, sous "Condensé".

<sup>25</sup> Pour une liste des ordres juridiques dans lesquels l'examen *prima facie* a été consacré, cf. notre Communication, paragraphes 10 à 12 et notes de bas de page 15 à 23.

<sup>26</sup> MCLACHLAN, p. 230: "there are signs that the standard of *prima facie* review is gaining ground, even in Common Law jurisdictions". Canada : Cour suprême, *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34, v. [77] : "le critère de l'analyse sommaire est de plus en plus reconnu et jouit de l'appui de nombreux auteurs", et [83] *in fine* : "de plus en plus retenu à l'échelle internationale". Venezuela : Tribunal Supremo de Justicia, *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore II AS* ; rés. in : *Yearbook Commercial Arbitration XXXVI* (2011), pp. 496-498: "cada día más Cortes han empezado a inclinarse por la llamada postura moderna [...]" (trad. : les tribunaux qui favorisent la position dite moderne sont chaque jour plus nombreux [...]).

<sup>27</sup> Cf. Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, n° 5.

*arbitrable valable prima facie. Or, faut-il comprendre, cela n'intéresse pas la Suisse, comme si notre pays ne devait s'intéresser à l'attractivité de l'arbitrage que pour lui-même. Il reste du temps pour reprendre l'étude de la question, ce qui suppose au départ que l'on cite les auteurs correctement, sans leur attribuer des opinions qu'ils n'ont pas (comme cela m'est arrivé dans l'exposé des motifs, note 43, citant faussement mon analyse dans la Sem.jud. 2005 p. 177-182)."*

## 9. Autres remarques

Le Rapport appelle encore trois autres remarques en lien avec le sujet dont il est ici question.

Premièrement, à la suite du Professeur Andreas Bucher (cf. *supra*, n° 8 *in fine*), nous relevons que les auteurs cités en référence à note 43 du Rapport ne sont pas partisans de l'examen complet mais au contraire de l'examen sommaire. Quant à la note 44 du Rapport, elle range à tort BERGER/KELLERHALS, BERTI et LIATOWITSCH (mais à raison STOJILJKOVIĆ<sup>28</sup>) parmi les auteurs favorables à l'examen sommaire.

Deuxièmement, la note 45 du Rapport omet de citer un nombre important d'ordres juridiques qui ont consacré l'examen sommaire<sup>29</sup> (*supra*, n° 7, dernier paragraphe; cf. notre Communication, paragraphes 10 à 12 et notes de bas de page 15 à 23).

Troisièmement, le Rapport affirme que la CNY ainsi que la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international (ci-après: "CEur 1961") sont neutres quant à l'étendue de l'examen à pratiquer par juge sur l'exception d'arbitrage. A ce sujet, on relève ce qui suit:

- Pour ce qui est de la CNY, son commentateur le plus autorisé, VAN DEN BERG, préconise de longue date que l'art. II (3) soit interprété comme n'autorisant qu'un examen sommaire<sup>30</sup>. Son opinion est partagée par d'autres auteurs<sup>31</sup>. Dans le même sens, le Guide d'interprétation de la CNY édité en 2012 par l'*International Council for Commercial Arbitration* définit l'approche de l'examen sommaire comme "*désirable à la lumière de l'objet et du but de la Convention de New York*"<sup>32</sup>.
- Quant à la CEur 1961, rappelons que son article VI (3) prévoit: "[I]orsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des États contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale." Or, la doctrine déduit de l'expression "sauf motifs graves" que le juge ne peut procéder qu'à un examen sommaire seulement<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> STOJILJKOVIĆ, pp. 82-86, spéc. pp. 84-85.

<sup>29</sup> Contrairement à ce qu'indique dite note, les droits allemand et autrichien ne font pas partie de ceux ayant limité au sommaire l'examen de l'exception d'arbitrage.

<sup>30</sup> VAN DEN BERG, p. 155: "[h]aving regard to the "pro-enforcement bias" of the Convention, the words should be construed narrowly, and the invalidity of the arbitration agreement should be accepted in manifest cases only".

<sup>31</sup> GEISINGER/PINSOLLE/SCHRAMM, p. 109; BISHOP/CORIELL/MEDINA CAMPOS, n° 4.2, pp. 283-286, spéc. p. 286.

<sup>32</sup> Cf. *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958*, 2012, n° III.2, p. 43.

<sup>33</sup> GAILLARD/SAVAGE, p. 408, n° 674: "[t]his language is intended to signal that only a *prima facie* assessment of the arbitration agreement's validity and scope may be performed by the courts at this stage [...]"; POUDRET/BESSON, n° 505, p. 434: "only a *prima facie* control"; SCHLOSSER, n° 624, pp. 470-471: "ganz offensichtlich"; "klar".

## 10. Synthèse

Selon la volonté claire du Parlement, la révision de l'art. 7 LDIP doit occuper la place centrale dans la réforme des dispositions de la LDIP touchant à l'arbitrage. En effet, la motion 12.3012 du CAJ-N précise: "[u]ne attention particulière doit être portée à la relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral". On ne saurait faire fi de cette volonté au prétexte que l'art. 7 LDIP actuel n'entraînerait pas de problèmes concrets nuisant à la place arbitrale suisse.

En élevant l'effet négatif de la compétence-compétence au rang de règle générale et en l'inscrivant en toutes lettres à l'art. 7 LDIP, le législateur fédéral apporterait une amélioration majeure au regard de quatre impératifs essentiels: 1) le respect de la volonté présumée des parties; 2) la protection de l'arbitrage contre les manœuvres d'obstruction; 3) la prévention du risque de décisions inconciliables entre le juge et l'arbitre; 4) la célérité et l'économie de procédure.

Cette amélioration est parfaitement réalisable concrètement, ainsi que nous l'avons montré (*supra*, n° 4; cf. notre Communication, paragraphes 68 à 120).

En aucune manière elle n'exige du juge helvétique qu'il renonce définitivement à sa compétence dans un cas où n'existerait pas de convention d'arbitrage valable et applicable du point de vue suisse. Elle ne porte donc pas atteinte à la souveraineté de notre pays. Par ailleurs, elle n'a nullement pour effet de défavoriser la Suisse par rapport à d'autres places arbitrales.

L'adoption de l'effet négatif de la compétence-compétence comme principe général et son inscription dans la LDIP serait parfaitement conforme à l'objectif de la réforme souhaitée, cela à un double titre. D'une part, elle renforcerait l'autonomie des parties. D'autre part, elle ancrerait dans la législation helvétique un développement juridique que l'on constate dans de très importantes places d'arbitrage international – p.ex. Paris, Singapour, Hong-Kong, Dubaï – ainsi que dans d'autres pays – p.ex. Canada, Inde, Brésil – jouant un rôle économique de premier plan.

L'effet négatif de la compétence-compétence est de plus en plus perçu comme un signe révélateur de la *favor arbitri*. Aussi son inscription dans la LDIP en tant que principe général ne peut être que positif pour l'image de la place arbitrale suisse.

## 11. Conclusion

Il est hautement souhaitable que le Conseil fédéral présente, dans le cadre de la réforme en cours des dispositions de la LDIP relatives à l'arbitrage, un projet d'art. 7 LDIP révisé incorporant l'effet négatif de la compétence-compétence et précisant que ledit effet vaut sans égard au lieu du siège de l'arbitrage (cf. *supra*, n° 4).

\* \* \*

Genève, le 4 avril 2017

  
David Bochatay\*

\* Avocat, Pestalozzi Avocats SA (Genève). La présente prise de position reflète l'opinion de son auteur seul. Elle n'engage pas le cabinet Pestalozzi Avocats SA.

## **Bibliographie citée:**

- BERGER Bernhard, *Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels*, ASA Bulletin, 1/2011, pp. 33-44.
- (VAN DEN) BERG Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 1981.
- BESSON Sébastien, *Observation – Tribunal fédéral suisse, 13 septembre 2004; Tribunal fédéral suisse, 4 février 2005*, Revue de l'arbitrage (Comité français de l'arbitrage), 4/2005, pp. 1072-1083.
- BISHOP R. Doak / CORIELL Wade M. / MEDINA CAMPOS Marcelo, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, in: E. Gaillard *et al.* (éd.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008, pp. 275-296.
- Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Genève: "*Concerne : Initiative parlementaire 08.417n concernant la modification de l'article 7 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)*", 2011 (rapporteur: Gabrielle Kaufmann-Kohler)
- Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne: "*Initiative parlementaire 08.417 n. Modification de l'article 7 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé – Déterminations de la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, Centre de droit comparé, européen et international*", 2011 (rapporteurs: Andrea Bonomi / David Bochatay)
- Détermination de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel: "*Sujet : initiative parlementaire 08.417n concernant la modification de l'article 7 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)*", 2011 (rapporteur: Antonio Rigozzi)
- DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5<sup>ème</sup> éd. revue et augmentée, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2016.
- GAILLARD Emmanuel / SAVAGE John (édit.), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- GEISINGER Elliott / PINSOLLE Philippe / SCHRAMM Dorothee, *Article II*, in: H. Kronke / P. Nacimiento (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, pp. 37-114.
- MCLACHLAN Campbell, *Lis Pendens in International Litigation*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 336 (2008), pp. 199-554.
- POUDRET Jean-François / BESSON Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., Thomson – Sweet & Maxwell / Schulthess, Zurich, 2007.
- POUDRET Jean-François, *Le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage*, ASA Bulletin, 3/2005, pp. 401-407.
- SCHLOSSER Peter, *Das Recht des internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2<sup>ème</sup> éd., Tübingen, 1989.
- STOJILJKOVIĆ Mladen, *Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit*, Dike, 2014.
- Vernehmlassung der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) zur Parlamentarischen Initiative betreffend die Änderung von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht*, ASA Bulletin, 3/2011, pp. 585-597.

# COMMUNICATION

CONCERNE :

**« 08.417 n - Initiative parlementaire. Modification de l'article 7 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé »**

A L'ATTENTION DE :

**M. Michael Schöll**  
**Mme Joëlle Schickel-Küng**  
**Mme Francine Hungerbühler**

Département fédéral de justice et police (DFJP)  
Office fédéral de la justice (OFJ)  
Unité Droit international privé

\*\*\*

La présente communication fait suite à l'aimable invitation de Monsieur Michael Schöll, sous-directeur de l'OFJ, à qui nous avons fait part en 2013 de notre intérêt scientifique concernant l'initiative parlementaire mentionnée en titre.

Nous tenons à remercier Monsieur Schöll pour cette invitation.

Toutes questions ou demandes que susciterait la présente communication sont les bienvenues et nous serions heureux d'y répondre. Cas échéant, elles pourront nous être transmises à l'adresse e-mail suivante : [david.bochatay@unil.ch](mailto:david.bochatay@unil.ch).



David Bochatay

Genève, le 22 avril 2016

\*\*\*

***NB** : pour la référence complète des ouvrages et articles cités dans les notes de bas de page, voir la bibliographie en annexe.*

\* Avocat Pestalozzi Avocats SA (Genève). Chargé de cours à l'Université de Lausanne (droit de l'arbitrage international). La présente communication reflète l'opinion de son auteur seul. Elle n'engage ni le cabinet Pestalozzi Avocats SA ni l'Université de Lausanne.

## I. INTRODUCTION ET PLAN GENERAL

### A. Introduction

1. Le 20 mars 2008, Monsieur le Conseiller National Christian Lüscher a déposé l'*Initiative parlementaire 08.417 n* (ci-après « L'INITIATIVE »), avec pour objet une modification de l'article 7 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)<sup>1</sup>.
2. L'INITIATIVE se donne pour but de contribuer au maintien de la Suisse parmi les places d'arbitrage renommées sur le plan international. A cette fin, elle propose d'améliorer la situation juridique « *en introduisant dans le droit suisse l'effet négatif du principe de compétence-compétence* »<sup>2</sup> (ci-après « l'effet négatif »), et plus précisément en « *pos[ant] clairement dans la LDIP la règle selon laquelle le juge laisse d'abord les arbitres se prononcer sur leur propre compétence* »<sup>3</sup>.
3. En l'état actuel du droit suisse de l'arbitrage international, la question de l'effet négatif est traitée par la jurisprudence<sup>4</sup>. Celle-ci concrétise l'effet négatif de la manière suivante : le juge saisi d'une exception d'arbitrage doit se limiter à l'examen *sommaire* du point de savoir si existe ou non une convention d'arbitrage valable et applicable en l'espèce. Plus précisément : le juge doit décliner sa compétence dès qu'il y a l'*apparence* d'une convention d'arbitrage valable et applicable<sup>5</sup>, et laisser l'arbitre vérifier le premier (par l'examen *complet*) si cette apparence reflète ou non la réalité.
4. L'effet négatif est nécessaire au regard de quatre impératifs essentiels: le respect de la volonté présumée des parties ; la protection de l'arbitrage contre les manœuvres d'obstruction ; la prévention du risque de décisions inconciliables entre le juge et l'arbitre ; la célérité et l'économie de procédure<sup>6</sup>.
5. Cependant, la jurisprudence suisse distingue : lorsque le siège prévu de l'arbitrage est en Suisse – le juge saisi d'une exception d'arbitrage doit alors appliquer l'art. 7 LDIP<sup>7</sup> – elle accepte l'effet négatif<sup>8</sup> ; lorsque le siège prévu de l'arbitrage est à l'étranger – le juge saisi d'une exception d'arbitrage doit alors appliquer l'art. II § 3 de la Convention de New York de 1958<sup>9</sup> – elle refuse l'effet négatif<sup>10</sup>.
6. Cette distinction est fortement critiquée en doctrine<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> < [http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20080417](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20080417) >.

<sup>2</sup> < [http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20080417](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20080417) > ; v. sous « Développement », 4<sup>ème</sup> paragraphe.

<sup>3</sup> < [http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20080417](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20080417) > ; v. sous « Développement », 5<sup>ème</sup> paragraphe.

<sup>4</sup> Pour le droit suisse de l'arbitrage interne, la question est en revanche traitée par la loi : v. art. 61 let. b et 372 al. 2 CPC.

<sup>5</sup> ATF 122 III 139, consid. 2.b in fine, p. 143 : « le juge devra décliner sa compétence si l'examen sommaire de la convention d'arbitrage ne lui permet pas de constater que celle-ci est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

<sup>6</sup> V. *infra*, II, B, 1 à 4.

<sup>7</sup> Lorsqu'il n'est pas saisi d'une exception d'arbitrage mais que la partie défenderesse fait défaut à la procédure, le juge doit également appliquer l'art. 7 LDIP ; v. art. 7 let. a LDIP *a contrario*.

<sup>8</sup> ATF 122 III 139 consid. 2.b, p. 142-143.

<sup>9</sup> Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, du 10 juin 1958 (RS 0.277.12). L'art. II § 3 CNY se lit comme suit : « *Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'entre elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.* ».

<sup>10</sup> ATF 121 III 38, consid. 2.b, p. 41-43 ; ATF 122 III 139, consid. 2.b, p. 142-143.

<sup>11</sup> KAUFMANN-KOHLER, p. 2, 1.a : « la distinction [...] n'est pas justifiée » ; RIGOZZI, p. 1, 1.a : « la distinction [...] n'est pas justifiée » ; POUURET, *Le pouvoir*, p. 403 : « [l]'étendue du pouvoir d'examen du juge suisse ne saurait [...] dépendre du lieu de l'arbitrage, mais résulte de la nature de la décision à prendre [...] » ; BESSON, p. 1074 : « [c]ette jurisprudence du Tribunal fédéral relative au pouvoir d'examen du juge en matière d'exception d'arbitrage n'est pas convaincante » ; DUTOTT, n° 5 ad art. 7 LDIP, p. 43 : « il ne paraît guère justifié de faire dépendre le pouvoir d'examen du juge du lieu de l'arbitrage ».

7. La justification avancée par le Tribunal fédéral à son appui est la suivante: si le siège de l'arbitrage est en Suisse, l'existence d'une convention d'arbitrage valable et applicable pourra être vérifiée, au stade du recours contre la sentence (sur compétence ou sur le fond), par le juge *suisse* (plus exactement, par le Tribunal fédéral); dès lors, on peut admettre que, au stade antérieur de l'exception d'arbitrage, le juge suisse n'exerce qu'un examen *sommaire*. En revanche, lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger, le recours contre la sentence (sur compétence ou sur le fond) s'exerce devant le juge étranger, et non devant le juge suisse. Dès lors, si l'on limite au *sommaire* l'examen à pratiquer par le juge suisse de l'exception d'arbitrage dans ce cas de figure, il se peut qu'en définitive la question de l'existence d'une convention d'arbitrage valable et applicable ne puisse jamais faire l'objet d'un examen *complet* par le juge suisse.
8. A notre sens, cette justification n'est pas convaincante. On ne voit pas pourquoi, alors que le siège de l'arbitrage est à l'étranger, le juge suisse devrait impérativement, au stade de l'exception d'arbitrage, pouvoir se prononcer par examen *complet* sur l'existence, la validité ou le champ d'application d'une convention d'arbitrage litigieuse. Il est parfaitement concevable que le juge suisse se contente à ce stade d'un examen *sommaire*, et suspende la procédure dans l'attente que se prononcent sur la question l'arbitre et/ou le juge du siège de l'arbitrage. Comme l'expliquent POUDRET et BESSON, le juge le mieux légitimé à se prononcer sur la convention d'arbitrage litigieuse est le juge du siège de l'arbitrage; en effet, les parties choisissent le lieu du siège de l'arbitrage en fonction notamment de la confiance qu'elles ont dans les juridictions étatiques de ce lieu<sup>12</sup> (en tant que juge d'appui et juge de recours). Compte tenu de cette réalité, il est souhaitable que le juge suisse de l'exception d'arbitrage reconnaisse la priorité de l'examen *complet* à l'arbitre et, à travers lui, au juge du siège de l'arbitrage<sup>13</sup>.
9. La distinction selon le lieu du siège de l'arbitrage est d'autant plus critiquable que les impératifs susmentionnés (le respect de la volonté présumée des parties ; la protection de l'arbitrage contre les manœuvres d'obstruction ; la prévention du risque de décisions inconciliables entre le juge et l'arbitre ; la célérité et l'économie de procédure) ne s'imposent pas moins lorsque le siège prévu de l'arbitrage se trouve à l'étranger que lorsqu'il se trouve en Suisse. En ce qui concerne la nécessité de prévenir le risque de décisions inconciliables entre le juge suisse et l'arbitre, c'est même précisément lorsque le siège est à l'étranger qu'elle se fait sentir avec le plus de force<sup>14</sup>.
10. Par ailleurs, la distinction pose un problème évident dans le cas où, au stade de l'exception d'arbitrage, le lieu du siège de l'arbitrage n'est pas (encore) déterminé.
11. L'examen *sommaire*, dont L'INITIATIVE demande l'inscription dans la LDIP, est aujourd'hui considéré comme l'approche moderne<sup>15</sup>, et la plus favorable à l'arbitrage<sup>16</sup>. Il est de plus en plus répandu en droit comparé<sup>17</sup>, ainsi qu'en témoignent certaines lois d'arbitrage récemment adoptées<sup>18</sup>, de même que divers jugements émanant pour la plupart d'instances

<sup>12</sup> POUDRET/BESSON, p. 455, 2<sup>ème</sup> paragraphe.

<sup>13</sup> POUDRET/BESSON, p. 455, 3<sup>ème</sup> paragraphe.

<sup>14</sup> V. *infra*, nn° 40 – 41.

<sup>15</sup> BISHOP/CORIELL/MEDINA CAMPOS, n° 4.2, p. 283-286, spéc. p. 286, qui l'opposent à l'approche traditionnelle, c'est-à-dire l'examen *complet*. V. *Venezuela* : Tribunal Supremo de Justicia, *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore III AS*; rés. in: Yearbook Commercial Arbitration XXXVI (2011), p. 496-498: « postura moderna ».

<sup>16</sup> GEISINGER/PINSOLLE/SCHRAMM, p. 109: « [a] prima facie approach is certainly more arbitration-friendly »; LIVSCHITZ, C, 2, p. 19-22.

<sup>17</sup> MCLACHLAN, p. 230: « there are signs that the standard of prima facie review is gaining ground, even in Common Law jurisdictions ». *Canada* : Cour suprême, *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34, v. [77] : « le critère de l'analyse sommaire est de plus en plus reconnu et jouit de l'appui de nombreux auteurs », et [83] in fine : « de plus en plus retenu à l'échelle internationale ». *Venezuela* : arrêt *Astivenca*, cité *supra* à note 15: « cada día más Cortes han empezado a inclinarse por la llamada postura moderna [...] » (trad. : les tribunaux qui favorisent la position dite moderne sont chaque jour plus nombreux [...]).

<sup>18</sup> En 2015, v. *Inde* : Arbitration and Conciliation (Amendment) Act, v. n° 4, *Amendment of section 8, Argentine* : art. 1656 Código civil y Commercial de la Nación (« manifestamente nulo o inaplicable »). En 2011, v. *Suisse* : art. 61 let. b CPC (arbitrage interne),

suprêmes ou supérieures<sup>19</sup>. Il est en particulier solidement établi dans la loi des importantes places d'arbitrage que sont Paris<sup>20</sup>, Hong Kong<sup>21</sup> et Singapour<sup>22</sup>.

12. Aucune de ces lois n'exclut la limitation de l'examen au sommaire dans le cas où le siège de l'arbitrage se trouve à l'étranger. Il en va de même des jugements, dont certains ont d'ailleurs consacré l'examen sommaire précisément dans ce cas<sup>23</sup>.
13. Il est souhaitable que la LDIP consacre l'effet négatif, et qu'elle le fasse pour toutes les hypothèses : que le lieu du siège de l'arbitrage soit en Suisse, à l'étranger, ou qu'il soit encore indéterminé. Une telle consécration :
  - augmenterait la sécurité juridique et la lisibilité de notre droit, en inscrivant en toutes lettres dans la loi le principe de l'effet négatif ;
  - supprimerait une incohérence de notre droit, en établissant un régime uniforme quel que soit le lieu du siège de l'arbitrage ;
  - représenterait un progrès significatif au regard de quatre impératifs essentiels : le respect de la volonté présumée des parties ; la protection de l'arbitrage contre les manœuvres d'obstruction ; la prévention du risque de décisions inconciliables entre le juge et l'arbitre ; la célérité et l'économie de procédure.
  - donnerait une preuve supplémentaire de la *favor arbitri* animant le droit suisse ; il est essentiel que le droit suisse maintienne autant que possible sa faveur envers l'arbitrage international, eu égard au fait que c'est avant tout sur des considérations légales que se fondent les parties pour choisir le siège de l'arbitrage<sup>24</sup>.

## B. Plan général

14. La présente communication se donne trois objectifs : mettre en évidence la nécessité de l'effet négatif (II) ; faire l'examen critique de la solution proposée par L'INITIATIVE (III) ; suggérer un texte d'article 7 LDIP nouveau (IV).

---

Portugal: art. 5 (1) Lei n° 63/2011, Mexique: art. 1465 let. b Código de Comercio. En 2008, v. Maurice: art. 5 (2) Mauritian International Arbitration Act 2008. En 2006, v. Pérou: art. 16 (3) Decreto Legislativo n° 1071, Serbie: art. 14 Arbitration Act 2006.

<sup>19</sup> En 2012, v. Dubaï: Dubaï Financial International Centre (DIFC), *International Electromechanical Services Co. LLC v. Al Fattan Engineering LLC and Al Fattan Properties LLC* (N° CFI 004/2012). En 2011, v. Portugal: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. n° 2207/09.6TBSTB.E1.S1, Brésil: bien que la question soit encore débattue, v. p. ex. Superior Tribunal de Justiça, *Ferroatlântica SL c/ Zeus Mineração Ltda*, Medida cautelar n° 17868 – BA (2011/0061155-6), *Revue de l'arbitrage*, 3/2014, p. 752; sur la situation au Brésil, v. DEBOURG/SCHOFFER DA SILVEIRA, p. 752-772. En 2010, v. Venezuela: *Astivenca*, cité *supra* à note 15. En 2007, v. Canada: arrêt *Dell*, cité *supra* à note 17. En 2005, v. Inde: *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. v. Aksh Optifibre Ltd. et al*, (2005) 7 SCC 234 ; rés. in: *Yearbook Commercial Arbitration XXXI* (2006), p. 747-785.

<sup>20</sup> France: depuis 2011, v. art. 1448 CPC; depuis 1981 déjà, v. art. 1458 ancienCPC.

<sup>21</sup> Hong Kong: depuis 1992, v. High Court, *Pacific International Lines Ltd. v. Tsinlien Metals and Minerals Co. Ltd.*, rés. in: *Yearbook Commercial Arbitration XVIII* (1993), p. 180-186. Plus récemment: en 2014, v. Court of First Instance, *T v. TS*, [2014] 4 HKLRD 772, [16]; en 2010, v. Court of First Instance, *Ling Yan Temple Ltd. v. Ng Yook Man*, [2010] HKEC 734, [18]; en 2007, v. Court of Appeal, *PCCW Global Ltd. v. Interactive Communications Service Ltd.*, [2007] 1 HKLRD 309, [60].

<sup>22</sup> Singapour: en 2015, v. Court of Appeal, *Tomolugen Holdings Ltd. and another v. Silica Investors Ltd. and other appeals*, [2015] SGCA 57, et arrêts cités à [57] – [59]; v. KOH, *Singapore Court of Appeal: Prima facie Standard for Stay in Favour of Arbitration and Arbitrability of Minority Oppression Claims*, *Kluwerarbitrationblog*, 25 mars 2016.

<sup>23</sup> V. p. ex. Venezuela: arrêt *Astivenca*, cité *supra* à note 15 (siège de l'arbitrage à Londres) ; Inde: arrêt *Shin-Etsu*, cité à note 19 (siège de l'arbitrage à Tokyo) ; Canada: arrêt *Dell*, cité *supra* à note 17. La Cour considère que l'art. 940.1 CPC du Québec, qui régit l'exception d'arbitrage, « intègre l'essence de l'art. II(3) de la Convention de New York » (v. [80]), et même « fait partie de la mise en œuvre de la Convention de New York (dont les termes utilisés à l'art. II(3) sont "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée") » (v. [83]) ; pour des exemples dans lesquels les cours canadiennes ont retenu l'approche de l'examen sommaire alors que le siège de l'arbitrage était situé à l'étranger, v. ég. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, UNCITRAL, New York, 2012, p. 46, n° 33 et cas cités à note 214.

<sup>24</sup> LIVSCHITZ, p. 9 in fine: « the parties' choice of a place of arbitration is essentially a choice of the legal framework that shall govern their arbitral procedure ». V. ég. l'étude menée conjointement par la Queen Mary University of London (School of International Arbitration) et PricewaterhouseCoopers: *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices (2006)*, p. 14.

## II. L'EFFET NÉGATIF DE LA COMPÉTENCE-COMPÉTENCE

### A. Principe

15. Selon une conception développée par la doctrine française (en particulier GAILLARD<sup>25</sup>) et aujourd'hui largement répandue, le principe de la compétence-compétence arbitrale comporte deux effets.
16. Le premier effet – l'effet positif – concerne l'arbitre. Il autorise l'arbitre à statuer sur sa compétence lorsque celle-ci est contestée devant lui par l'une des parties. Cet effet a pour buts essentiels de renforcer l'autonomie de l'arbitrage et de protéger la procédure arbitrale contre les manœuvres de blocage<sup>26</sup>. Il est reconnu mondialement.
17. Le second effet – l'effet négatif – concerne le juge. *Il oblige le juge à s'abstenir de statuer sur le point de savoir si existe en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable tant que l'arbitre n'a pas statué lui-même sur ce point.* Le but est donc de garantir que la question de la compétence arbitrale sera examinée et tranchée par l'arbitre avant de l'être par le juge.
18. La règle de l'effet négatif comporte toutefois un tempérament : le juge saisi de l'exception d'arbitrage contrôle – lorsque le même litige ne fait pas l'objet d'une procédure arbitrale pendante – qu'existe l'apparence d'une convention d'arbitrage valable et applicable.

### B. Justifications

19. L'effet négatif est justifié au regard de quatre considérations principalement:

#### 1. Le respect de la volonté présumée des parties

20. Lorsque des parties conviennent de soumettre à l'arbitrage leurs litiges, il faut présumer qu'elles ont la volonté – à tout le moins implicite – de soumettre à l'arbitrage également l'éventuel contentieux relatif à la compétence arbitrale<sup>27</sup>.
21. En effet, confier à une juridiction les litiges sur le fond et à une autre juridiction le litige sur la compétence serait contraire à une gestion rationnelle du contentieux<sup>28</sup>. Cela causerait d'inutiles complications, et engendrerait très probablement des coûts supplémentaires ainsi que d'importantes pertes de temps. Dès lors, on doit présumer qu'en choisissant l'arbitrage, les parties veulent que le tribunal arbitral règle non seulement les litiges sur le fond mais également tout éventuel litige sur sa compétence.
22. Il est certain que les parties n'ont pu vouloir la compétence-compétence arbitrale que si elles ont également voulu l'arbitrage. *Quid*, dès lors, si une partie conteste avoir voulu l'arbitrage, ou conteste que la convention d'arbitrage est valable, ou qu'elle couvre le litige en cause ?

<sup>25</sup> GAILLARD, *Les manœuvres*, pp. 770-771, sous 1); GAILLARD, *L'effet négatif*; GAILLARD, *La reconnaissance*; GAILLARD/BANIFATEMI.

<sup>26</sup> Si l'arbitre ne jouissait pas du pouvoir de compétence-compétence, il se verrait contraint de suspendre la procédure dans l'attente que le contentieux sur sa compétence soit réglé par le juge. Ainsi il suffirait à une partie, pour bloquer la procédure arbitrale, d'*alléguer* l'incompétence de l'arbitre.

<sup>27</sup> POUURET/BESSON, n° 457, p. 386, 2<sup>ème</sup> paragraphe : « [a]t the end of the day the most solid justification for the principle [of competence/competence] lies in the presumed will of the parties to confer on the arbitrators the power to decide all aspects of their dispute, including jurisdiction, while the courts retain the power to control their decision but not to take their place »; BORN, p. 1218 : « the reason that international arbitration conventions and national arbitration statutes grant arbitral tribunals competence-competence is because the parties' intentions so require [...] ».

<sup>28</sup> En ce sens, v. *Royaume-Uni : Premium Nafta Products Ltd. v. Fili Shipping Co. Ltd* [2007] UKHL 40, [13] : « the parties, as rational businessmen, are likely to have intended any dispute arising out of the relationship in which they have entered or purported to enter to be decided by the same tribunal ».

L'analyse montre que dans une forte majorité des cas – au moins 75% – ces contestations sont infondées. Ainsi donc, dans 3 cas de contestation sur 4, les parties ont en réalité valablement soumis leur litige à l'arbitrage<sup>29</sup>.

23. Or choisir l'arbitrage, c'est exclure la compétence des juridictions étatiques. Ainsi la compétence que les parties sont présumées confier à l'arbitre pour statuer sur sa compétence est-elle une compétence *exclusive*.
24. Toutefois, choisir l'arbitrage ne signifie pas renoncer à recourir devant le juge contre toute décision rendue par l'arbitre. En particulier, la décision que rend l'arbitre sur sa compétence est sujette à recours devant le juge du siège de l'arbitrage. Ainsi la compétence exclusive que les parties sont présumées confier à l'arbitre pour statuer sur sa compétence n'est-elle qu'une compétence de *première instance*.
25. En bref, on doit poser la présomption suivante : la volonté (implicite) des parties est que la compétence dont jouit l'arbitre pour statuer sur sa compétence soit une compétence exclusive mais de première instance. Dit autrement : le souhait des parties est que l'arbitre ait le *premier* mot – et qu'il n'ait pas le *dernier* mot – sur sa compétence.
26. Or donc, l'objectif poursuivi par l'effet négatif correspond précisément à ce souhait des parties. Car comme l'écrit BESSON, « [l]'*effet négatif* [a pour but] *de donner à l'arbitre la possibilité de s'exprimer le premier sur la question de la validité de la convention d'arbitrage ; le dernier mot reste au juge, en particulier au juge compétent pour statuer sur le recours contre la sentence rendue par l'arbitre sur sa compétence* »<sup>30</sup>.

## 2. La protection de l'arbitrage contre les manœuvres d'obstruction

27. Il arrive qu'une partie en litige cherche à contourner son obligation d'arbitrage, ou tout au moins à retarder autant que possible le déroulement de la procédure arbitrale. Elle peut à cette fin se servir de diverses manœuvres dans le cadre de la procédure arbitrale : refus de désigner l'arbitre, demande abusive de récusation, contestation infondée de la compétence, multiplication des incidents, etc. Mais elle peut également agir en dehors de la procédure d'arbitrage, en ouvrant procès devant un juge. C'est là selon GAILLARD « *une forme de manœuvre dilatoire parmi les plus fréquentes* »<sup>31</sup>.
28. Il s'agira le plus souvent de porter le litige au fond devant l'un des juges qui serait compétent en l'absence de convention d'arbitrage valable<sup>32</sup>. La partie obstructionniste saisira la juridiction qui, de par sa langue, sa procédure, sa situation géographique, sa *lex fori*, sa jurisprudence, etc., présente pour elle le plus d'avantages, et surtout pour l'autre partie le plus de désavantages<sup>33</sup>. Classiquement, elle introduira une action de non-responsabilité<sup>34</sup> au for de son domicile<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Entre 1976 et 2013 ont été reportées au *Yearbook Commercial Arbitration*, relativement à la question de savoir si oui ou non existe entre les parties une convention d'arbitrage qui ne soit pas « *null and void, inoperative or incapable of being performed* » (v. art. II (3) Convention de New York de 1958), 215 décisions prononcées dans 29 juridictions différentes. Sur les 192 décisions pertinentes, 148 concluent par l'affirmative. Cela représente une moyenne de 75%. Si l'on ne se base que sur la dernière décennie (2004-2013), le taux est de 77.5%, soit 76 décisions sur 98 pertinentes.

<sup>30</sup> BESSON, *Réflexions*, p. 576.

<sup>31</sup> GAILLARD, *Les manœuvres*, p. 778.

<sup>32</sup> BERMANN, p. 56: « [m]ost commonly, the party resisting arbitration will itself have initiated litigation on a claim that its opponent asserts is subject to arbitration ».

<sup>33</sup> Comme le relève COESTER-WALTJEN, p. 519: « [p]laintiffs might consider jurisdictional practices in one legal system as "heaven", whereas defendants will fear exactly these rules like "hell" ».

<sup>34</sup> TROCKER, p. 208: « [e]xperience shows that these tactics are used by the transnational litigants very effectively, most often by filling in the forum of their choice a pre-emptive action for negative relief ».

<sup>35</sup> HOBÉR, p. 228: « typically in his home jurisdiction ».

29. L'autre partie, certes, soulèvera l'exception d'arbitrage, sous peine d'accepter tacitement la compétence du juge. Cependant, jusqu'à droit jugé définitif sur l'exception, plusieurs années pourront s'écouler. Cela surtout en cas d'épuisement des voies de recours, lequel est fréquent en pratique.
30. Lorsque la loi prévoit la possibilité d'une action portant au principal sur la compétence arbitrale (action en constat de l'invalidité de la convention d'arbitrage<sup>36</sup>, de l'incompétence de l'arbitre<sup>37</sup>, de l'inadmissibilité d'une procédure arbitrale<sup>38</sup>, etc.), le litigant obstructionniste pourra également emprunter cette voie. A ce propos, HOLTZMANN met en garde : « [r]ecourse to national courts while an arbitration is going on [...] may [...] be used as an obstructive tactic if a recalcitrant party, while an arbitration is going on, seeks the intervention of a national court to determine questions such as whether the tribunal has jurisdiction (i.e. competence) or if there is a valid agreement to arbitrate ». Nous sommes d'avis que cela vaut aussi lorsqu'une telle action est ouverte devant le juge alors que n'existe pas de procédure arbitrale pendante.
31. Il est vrai que, en elle-même, la saisine du juge n'empêche pas l'introduction de l'arbitrage ou sa continuation<sup>39</sup>. Toutefois, comme l'explique GAILLARD, « [e]n soulevant l'incompétence des arbitres devant les juridictions étatiques, la partie hostile à l'arbitrage détourne nécessairement de l'arbitrage l'intérêt de son adversaire et celui des arbitres, pour le concentrer, au moins tant que la difficulté n'est pas tranchée, sur les juridictions étatiques. Comment peut-on imaginer que des arbitres poursuivent sereinement leur mission et se prononcent d'abord sur la compétence, puis, le cas échéant, sur le fond alors que la question de leur compétence doit être tranchée en dehors d'eux et sans même que le juge étatique ne soit appelé à connaître des motifs qui les conduiront à retenir ou à rejeter leur compétence ? »<sup>40</sup>.
32. A cet effet perturbateur de la procédure étatique sur le déroulement de l'arbitrage<sup>41</sup> s'ajoutent deux autres désagréments majeurs. D'une part, le lourd investissement – en termes de temps, de coût financier et d'énergie – qu'implique la participation simultanée à deux procès<sup>42</sup>. D'autre part, le risque réel que le jugement et la sentence à venir sur le fond ne s'avèrent inconciliables et, si ce risque devait se concrétiser, la situation de profonde incertitude qui en résulterait<sup>43</sup>.
33. On peut dès lors sérieusement craindre que la procédure judiciaire non seulement ne perturbe le cours de la procédure arbitrale introduite mais, dans certains cas, ne dissuade durablement – voire définitivement – le défendeur d'introduire arbitrage. Aussi l'exploitation du contentieux sur la compétence arbitrale devant le juge a-t-elle pu être désignée comme l'une des plus sérieuses menaces pesant sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international aujourd'hui<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> Italie : pour autant que le litige ne fasse pas l'objet d'une procédure arbitrale pendante, v. CPC, art. 819ter, dernière phrase, *a contrario*. V. ég. Finlande : TAIVALKOSKI/LINDEGAARD, points 3.2 et 3.3. Les auteurs précisent qu'une telle action doit être portée au tribunal de première instance du domicile en Finlande de l'une des parties et, à défaut d'un tel domicile, du Tribunal de district d'Helsinki. Elle peut être intentée même lorsque l'instance arbitrale est pendante. Estonie: Arb. Act 2008, art. 11(3); v. LAZIĆ, p. 38 et note 56. Etats-Unis: *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 546 U.S. 440 (U.S. S.Ct 2006), p. 449 *a contrario*.

<sup>37</sup> Suède : Sec. 2 (1) Arbitration Act 1999. Royaume-Uni : Arbitration Act 1996, Section 32 (si la demanderesse est partie à une procédure d'arbitrage) et Section 72 (si la demanderesse est citée à une procédure d'arbitrage mais n'y participe pas).

<sup>38</sup> Allemagne : pour autant que le tribunal arbitral ne soit pas encore constitué, v. § 1032(2) ZPO.

<sup>39</sup> V. p. ex. : Suisse : art. 186 al. 1<sup>bis</sup> LDIP ; Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international: art. 8 (2) ; Royaume-Uni : en cas d'action judiciaire portant au principal sur la compétence de l'arbitre (« preliminary point of jurisdiction »), v. Sec. 32 (4) Arbitration Act 1996.

<sup>40</sup> GAILLARD, *Les manœuvres*, p. 772.

<sup>41</sup> GAILLARD, *Les manœuvres*, p. 772.

<sup>42</sup> WEINTRAUB, p. 230, sous B: « [p]arallel litigation of the same dispute in different countries is an enormous burden on the parties ».

<sup>43</sup> A ce sujet, v. *infra*, nn° 36 – 41.

<sup>44</sup> GRAVES, p. 113: « [t]his often obstructive skirmish – on the border between litigation and arbitration – arguably presents the single greatest threat to the effectiveness of commercial, business-to-business arbitration today ».

34. Il est donc nécessaire d'exclure au maximum ce contentieux. Comme l'écrit LIVSCHITZ, « [a] truly preferential treatment of arbitration requires [...] not only an active support by the State authorities, but at times also a protection from such State's authorities unwarranted interference. This is of particular practical relevance when one of the parties bound by an arbitration agreement attempts, for strategic or other reasons, to avoid arbitration by first reverting to State court litigation »<sup>45</sup>.
35. L'effet négatif fournit la solution: tant que l'arbitre n'a pas statué sur sa compétence, l'action judiciaire sur le fond, respectivement en constat de la prétendue incompétence de l'arbitre, ne peut pas se dérouler. Ainsi, la priorité pour statuer sur sa compétence dont jouit l'arbitre en vertu de l'effet négatif « *should [...] compromise any motivation and deter parties from any attempts to avoid or interfere with the arbitral proceedings by (illegitimately) calling on a Swiss court in matters subject to arbitration in Switzerland* »<sup>46</sup>. Il est souhaitable, comme le prévoit L'INITIATIVE, que ce principe soit appliqué par le juge suisse également lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger.

### 3. La prévention du risque de décisions inconciliables entre le juge et l'arbitre

36. Nous avons évoqué au point précédent que le même litige au fond entre les mêmes parties (*eadem res inter easdem partes*) est susceptible d'être porté concurremment devant le juge et l'arbitre (v. *supra*, II, B, 2). Une telle situation, qui n'est pas rare en pratique, emporte le risque que la décision rendue par l'une des deux juridictions ne s'avère inconciliable avec celle rendue par l'autre.
37. Tel est le cas d'abord pour ce qui est de la décision sur compétence. En effet, tant l'arbitre que le juge sont appelés à trancher la question de savoir si existe ou non en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable. Or, cette question soulève fréquemment des points de fait et/ou de droit complexes, et donc susceptibles d'être tranchés dans des sens divergents. Le risque de divergence est tout spécialement élevé lorsque le siège de l'arbitrage se situe dans Etat autre que celui dont relève le juge saisi. Car alors, ce juge examinera et tranchera la question en application de règles autres que (et parfois contraires à) celles que contient ou désigne la *lex arbitri* régissant l'arbitrage en cause<sup>47</sup>.
38. Aussi, il arrive que l'arbitre conclue à l'existence d'une convention d'arbitrage valable en l'espèce, tandis que le juge concurremment saisi parvient à la conclusion inverse, et partant affirme sa propre compétence. Avec ce conflit de compétence naît le risque que soient prononcées des décisions inconciliables sur le fond du litige.
39. Or le prononcé de telles décisions met les parties aux prises avec une grave incertitude. En effet, dans toute la mesure où ces décisions se contredisent, elles se neutralisent, « s'anéantissent » l'une l'autre. C'est dire que dans cette même mesure les droits et obligations des parties ne sont pas fixés, et donc que le litige entre elles demeure irrésolu; la situation équivaut dans le résultat à un déni de justice<sup>48</sup>.
40. Au sein d'*un seul et même ordre juridique*, remédier au problème est aisé, à tout le moins en théorie: soit l'arbitre est reconnu compétent et le jugement étatique doit en conséquence être

<sup>45</sup> LIVSCHITZ, C, 2.2, p. 21.

<sup>46</sup> LIVSCHITZ, C, 2.2, p. 22.

<sup>47</sup> POUDRET/BESSON, p. 453.

<sup>48</sup> ROMANO, p. 116: « [s]e l'ordinamento si rifiutasse di comporre [...] questo conflitto di decisioni, si renderebbe responsabile di un diniego di giustizia avverso X e Y, perché impedirebbe a X e Y di conoscere, e dunque di ottenere l'attuazione, dei propri diritti (e dei propri non obblighi) ».

écarté, soit le juge est reconnu compétent et la sentence arbitrale doit en conséquence être écartée.

41. En revanche, il n'en va pas ainsi lorsque *l'une des deux décisions (p. ex. celle de l'arbitre) est reconnue dans un Etat A, tandis que l'autre (p. ex. celle du juge) l'est dans un Etat B*. En chaque point où les deux décisions se contredisent, les droits et obligations d'une partie affirmés dans l'Etat A sont niés dans l'Etat B, et vice-versa. Pour l'heure, une telle situation n'a pas de remède. C'est dire qu'en ce cas le déni de justice est persistant.
42. Pour prévenir le risque de décisions inconciliables entre juridictions *étatiques*, les pays de tradition civiliste ont adopté le mécanisme de la litispendance, d'abord en matière interne puis par la suite en matière internationale. Celui-ci, moyennant la réunion de certaines conditions, donne priorité à la juridiction première saisie, obligeant les autres à s'abstenir de juger<sup>49</sup>. *Quid* de ce mécanisme si on le transpose à une situation de procédures concurrentes entre le juge et l'arbitre ?
43. Appliquée au *juge saisi après l'arbitre*, la règle de la litispendance offre les mêmes avantages, et ne pose pas plus de difficulté, que lorsqu'elle est appliquée entre deux juges. En outre, elle coïncide parfaitement avec l'effet négatif. Elle fournit donc une solution adéquate, que certaines législations ont d'ailleurs adoptée<sup>50</sup> et que la doctrine suisse préconise<sup>51</sup>.
44. En revanche, appliquée à *l'arbitre saisi après le juge*, la règle est hautement problématique. Car ici, elle entraîne le blocage de la procédure arbitrale jusqu'à ce que le juge ait statué définitivement sur la compétence de l'arbitre (ce qui peut prendre plusieurs années). Or donc, c'est précisément pour exclure ce blocage qu'a été adopté l'effet *positif* du principe compétence-compétence, effet aujourd'hui mondialement reconnu. Si l'on appliquait ici la règle de la litispendance, il suffirait à une partie obstructionniste de saisir un juge pour paralyser durablement l'arbitrage. Aussi la loi prend-elle généralement soin d'exclure en ce cas l'application de la litispendance<sup>52</sup>.
45. Eu égard à l'exigence – fondamentale – de ne pas bloquer l'arbitrage, il n'y a qu'un seul moyen d'éviter entre le juge (premier saisi) et l'arbitre (second saisi) une situation de procédures concurrentes : obliger le juge à s'abstenir de procéder, à tout le moins jusqu'à ce que l'arbitre ait statué sur sa propre compétence. Il s'agit donc de consacrer l'effet négatif.

#### 4. La célérité et l'économie de procédure

46. Le dernier mot sur la compétence arbitrale revient (potentiellement) au *juge*. Dès lors, la question se pose de savoir si, dans la perspective de parvenir à la décision définitive et finale du juge sur la compétence de l'arbitre, l'effet négatif favorise ou au contraire défavorise la célérité et l'économie de procédure.
47. En cas de *refus de l'effet négatif*, il faut distinguer selon que le juge est saisi d'une action en constatation relative à la compétence arbitrale, respectivement de l'exception d'arbitrage soulevée dans le cadre d'une action au fond.

<sup>49</sup> V. p. ex. art. 9 LDIP; art. 27 Convention de Lugano; art. 29 Règlement Bruxelles Ibis (Règlement UE n° 1215/2012).

<sup>50</sup> Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international: art. VI § 3 (v. *infra*, note 91); France: art. 1448 CPC (le juge ne peut faire aucun examen de la validité et de l'applicabilité de la convention d'arbitrage si le tribunal arbitral est déjà saisi); Autriche: § 584(3) ZPO: « [i]st ein Schiedsverfahren anhängig, so darf über den geltend gemachten Anspruch kein weiterer Rechtsstreit vor einem Gericht oder einem Schiedsgericht durchgeführt werden; eine wegen desselben Anspruches angebrachte Klage ist zurückzuweisen [...] »; Pérou: pour l'arbitrage international, v. art. 16 (4) Decreto Legislativo 1071 (27 juin 2008, vig. 1<sup>er</sup> sept. 2008).

<sup>51</sup> BERGER, *Article 186 PILS*, n° 11.

<sup>52</sup> V. *supra* note 39.

48. Dans le premier cas de figure, la procédure pourra ne comporter que deux instances (p. ex. en Allemagne [v. § 1032 ZPO] : *Oberlandesgericht*, puis *Bundesgericht*<sup>53</sup>). Cependant, ce cas de figure tend plutôt à se raréfier en droit comparé<sup>54</sup>; selon la conception prédominante, l'action en constatation relative la compétence arbitrale est incompatible avec la compétence-compétence de l'arbitre<sup>55</sup>.
49. Dans le second cas de figure, la procédure comportera en général trois instances : 1) juge de première instance statue sur l'exception d'arbitrage; 2) puis la cour d'appel ; 3) enfin, le tribunal suprême.
50. A priori, *l'acceptation de l'effet négatif* peut paraître contraire à la célérité et à l'économie de procédure car elle ajoute une instance au processus, qui en compte alors quatre : 1) le juge de première instance renvoie les parties à l'arbitrage ; 2) l'arbitre statue sur sa compétence par décision préliminaire ; 3) cette décision est contrôlée par la cour d'appel de l'Etat du siège de l'arbitrage ; 4) le jugement d'appel peut être déféré au tribunal suprême de l'Etat du siège de l'arbitrage.
51. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que de nombreux Etats et territoires ont adopté la Loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et son art. 16 (3), deuxième phrase<sup>56</sup>. Or d'après cette disposition, le jugement par lequel la cour d'appel du siège de l'arbitrage vérifie la décision arbitrale affirmative de compétence *n'est pas sujet à recours*<sup>57</sup>. Dans ces Etats et territoires, les instances successives jusqu'à droit jugé définitif sur la compétence arbitrale sont donc, comme dans un système refusant l'effet négatif, au nombre de trois : 1) le juge de première instance renvoie les parties à l'arbitrage ; 2) l'arbitre statue sur sa compétence par décision préliminaire ; 3) cette décision est contrôlée définitivement par l'autorité compétente de l'Etat du siège de l'arbitrage. A cela s'ajoute que le même art. 16 (3) limite à 30 jours le délai utile pour contester devant le juge la décision par laquelle l'arbitre s'affirme compétent.
52. Par ailleurs, l'acceptation de l'effet négatif favorise la célérité à un double titre. D'une part, la première instance est appelée à être brève : le juge ne va pas jusqu'à déterminer si une convention d'arbitrage valable et applicable existe réellement ; laissant ce soin à l'arbitre, il vérifie pour sa part tout au plus la simple *apparence* qu'une telle convention existe<sup>58</sup>. D'autre part, la seconde instance se déroule devant l'arbitre, et non pas devant le juge, ce qui favorise également la rapidité.
53. Il est donc fort probable qu'une décision judiciaire définitive sur la compétence arbitrale pourra être obtenue plus rapidement si l'effet négatif est accepté que s'il est refusé.
54. Outre la célérité, l'effet négatif favorise l'économie de procédure. Ainsi que nous l'avons vu, les lois d'arbitrage prévoient que la saisine du juge n'empêche pas l'introduction ni la poursuite de la procédure arbitrale. C'est dire que l'arbitre statue sur sa compétence (et

<sup>53</sup> HUBER/BACH, p. 127, n° 45 - 46.

<sup>54</sup> POUURET/BESSON, n° 483, p. 410: « [t]his form of direct control which was the rule in several countries [...] until the recent legislative reforms is tending to disappear with the growing success of principle of competence-competence »; v. ég. SAMUEL, p. 270, qui voit dans l'action en constat d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage un « unpleasant memory of times past ».

<sup>55</sup> BERGER, *Article 186 PILS*, n° 15, et doctrine citée.

<sup>56</sup> Art. 16 (3), deuxième phrase, Loi-type CNUDCI : « [s]i le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur ce point, *laquelle ne sera pas susceptible de recours*; ». La mise en italique est notre fait.

<sup>57</sup> Sur les 102 Etats et territoires ayant adopté la Loi-type CNUDCI, 64 ont repris le principe du recours unique prévu par l'art. 16 (3), deuxième phrase.

<sup>58</sup> V. p. ex. Singapour: Court of Appeal, *Tomolugen Holdings Ltd and another v. Silica Investors Ltd and other appeals*, [2015] SGCA 57, attendu [29]: « [...] if the court is satisfied on a *prima facie* standard that the conditions for the grant of a stay (*ie*, that there exists an arbitration clause which is valid and which covers the dispute at hand) have been met, it should grant the stay and defer to the arbitral tribunal the determination of whether those conditions have indeed been satisfied ».

procède sur le fond s'il estime qu'elle est donnée) nonobstant la saisine du juge. Dès lors, comme l'écrit GAILLARD, « *la seule question demeurant ouverte est de savoir si l'ouverture de deux fronts parallèles portant sur le même contentieux réalise une véritable économie* »<sup>59</sup>. La réponse est bien évidemment négative : si l'arbitre se prononce de toute façon sur sa compétence, l'économie de procédure exige que le juge s'abstienne de se prononcer concurremment sur cette même question.

### III. LA SOLUTION PROPOSEE PAR L'INITIATIVE

#### A. Texte

55. L'INITIATIVE propose d'ajouter à l'art. 7 LDIP actuel un second alinéa. La nouvelle disposition (ci-après « art. 7 LDIP-Projet ») aurait alors le teneur la suivante :

Al. 1 :

Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que :

- a. le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve ;
- b. le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, ou que
- c. le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage.

Al. 2 :

En matière internationale, le tribunal suisse, sans égard au siège du tribunal arbitral, sursoit à statuer jusqu'à ce que celui-ci se soit prononcé sur sa compétence, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage.

#### B. Analyse critique

56. La mention « *En matière internationale* » (art. 7 al. 2 LDIP-Projet) est superflue puisque la LDIP s'applique par définition en matière internationale. C'est ce que relèvent TSCHANZ<sup>60</sup> ainsi que le Rapport de l'Association suisse de l'arbitrage (ASA)<sup>61</sup>. Aussi convient-il de la supprimer.
57. Plutôt que « *siège du tribunal arbitral* » (art. 7 al. 2 LDIP-Projet), il est préférable d'écrire « *siège de l'arbitrage* »<sup>62</sup>. Car le lieu pertinent, en matière de siège, est non pas celui où le tribunal arbitral tient physiquement ses audiences, mais bien celui qui rattache formellement à un certain ordre juridique la procédure arbitrale en cause<sup>63</sup>.
58. Plus fondamentalement, la solution proposée par L'INITIATIVE conduit à une incohérence. En effet, comment le juge pourrait-il examiner si la convention d'arbitrage est « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée » (art. 7 al. 1 lit. b LDIP-Projet), alors qu'il devrait se limiter à vérifier qu'existe l'apparence d'une convention d'arbitrage entre les parties

<sup>59</sup> GAILLARD, *L'effet négatif*, n° 14, p. 399.

<sup>60</sup> TSCHANZ, p. 484.

<sup>61</sup> *Vernehmlassung der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) zur Parlamentarischen Initiative betreffend die Änderung von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht* (rapporteur: Markus WIRTH), ASA Bulletin, 3/2011, p. 585-597, v. p. 594.

<sup>62</sup> TSCHANZ, p. 484; voir déjà REYMOND, in : LALIVE/POUDRET/REYMOND, *ad art. 176*, n° 5, p. 295.

<sup>63</sup> C'est-à-dire, pour l'arbitrage concerné, l'ordre juridique dont la *lex arbitrii* est applicable et dont les juridictions sont compétentes comme juge d'appui, respectivement comme juge du recours contre la sentence.

(art. 7 al. 2 LDIP-Projet) ? Cela est contradictoire<sup>64</sup>. Peut-être l'intention de L'INITIATIVE est-elle que, dans une première phase, le juge sursoie et que, dans une seconde phase, il décline. Si telle est l'idée, il faudrait que le texte de loi la fasse ressortir clairement, qu'il explique ces phases et la manière dont elles s'articulent, et qu'en outre les deux alinéas soient intervertis<sup>65</sup>.

59. L'INITIATIVE ne dit pas si la jurisprudence relative à l'art. 7 LDIP actuel serait appelée à rester en vigueur ou non. En d'autres termes, si oui ou non le juge appliquant l'art. 7 al. 1 lit. b LDIP-Projet devrait continuer de décliner à l'issue d'un examen seulement sommaire.
60. Nous sommes d'avis que le déclinatoire sur examen *sommaire* n'est pas une solution cohérente. En effet, l'apparence de convention d'arbitrage valable et applicable (apparence révélée par l'examen sommaire) ne permet pas à elle seule de conclure à l'incompétence du juge : il faut encore que cette apparence corresponde à la réalité, autrement dit qu'une convention d'arbitrage valable et applicable existe bel et bien. Or, cette existence ne peut être vérifiée que par l'examen *complet*. Par conséquent, tant que celui-ci n'a pas eu lieu, le juge n'est pas en mesure de décliner<sup>66</sup>, ni de s'affirmer compétent<sup>67</sup>. Il doit donc surseoir à statuer (comme le prévoit l'art. 7 al. 2 LDIP-Projet)<sup>68</sup> ou, pour reprendre le langage de l'art. 9 al. 1 LDIP, suspendre la cause<sup>69</sup>.
61. La formule « à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage » est tirée de l'art. 179 al. 3 LDIP, et a donc le mérite d'aligner les articles 7 et 179 al. 3 LDIP. Cela étant, il serait préférable que l'examen *sommaire* porte non seulement sur le point de savoir si une convention d'arbitrage « existe entre les parties » mais encore, lorsque cette existence est donnée, sur le point de savoir si la convention d'arbitrage est ou non manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Car si une convention d'arbitrage, bien qu'existante, est – à l'évidence – nulle ou inapplicable, il n'est pas souhaitable que le juge suspende la procédure.
62. BERGER estime que L'INITIATIVE ne favorise pas l'arbitrage international en Suisse<sup>70</sup>, mais au contraire favorise l'arbitrage international à l'étranger ; il juge que plus la Suisse restreint l'accès à ses juridictions (comme le souhaite L'INITIATIVE), plus les parties seront assurées qu'en fixant le siège de leur arbitrage dans un autre Etat que la Suisse elles n'auront pas à craindre l'interférence des tribunaux suisses<sup>71</sup>. A notre sens, il n'y a *aucune raison* de penser qu'une limitation générale de l'examen à pratiquer par le juge suisse au stade de l'exception d'arbitrage amènerait des parties à choisir comme place d'arbitrage un Etat étranger plutôt que la Suisse.

<sup>64</sup> Relèvent cette contradiction BESSON, *Réflexions*, p. 580, et le Rapport de l'ASA cité *supra* à note 61, p. 594.

<sup>65</sup> BESSON, *Réflexions*, p. 580, estime qu'il y a « contradiction » entre l'art. 7 al. 1 LDIP-Projet, prévoyant le déclinatoire, et l'art. 7 al. 2 LDIP-Projet, prévoyant la suspension.

<sup>66</sup> TSCHANZ, p. 483 : « une vérification *prima facie* [...] n'est pas acceptable quand il s'agit de fonder un jugement d'incompétence » ; BERGER, p. 36 : « [d]eshalb geht es nicht an, dass der staatliche Richter seine Zuständigkeit bereits dann ablehnt, wenn er beim ersten Hinsehen den Anschein einer gültigen Schiedsvereinbarung erblickt [...] ».

<sup>67</sup> FOUCHARD, *Thèse*, n° 236 (au sujet de l'art. VI § 3 Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international) : « [n]e pouvant donc juger l'arbitre saisi incompétent, [le juge] ne pourra pas davantage se juger compétent, et pas davantage connaître du fond du litige ».

<sup>68</sup> TSCHANZ, p. 481 : « [t]ant que la constitution et l'investiture du tribunal arbitral n'est pas acquise, ou infirmée, le juge doit surseoir à statuer ».

<sup>69</sup> POUURET, *Le pouvoir*, p. 407 : « [u]n examen sommaire n'est en réalité conciliable qu'avec une procédure tendant à la suspension ».

<sup>70</sup> Du même avis, v. BESSON, *Réflexions*, p. 577-579.

<sup>71</sup> BERGER, p. 38-39 : « [c]s liesse sich in Gegenteil argumentieren, dass wir mit dieser Novelle nicht den Schiedsplatz Schweiz, sondern vielmehr ausländische Schiedsplätze stärken: Je mehr wir heizulande den Zugang zum staatlichen Richter verschliessen (wie mit Abs. 2 zu Art. 7 IPRG geplant), desto sicherer sind die Parteien, die andere Schiedsplätze bevorzugen, vor allfälligen "Einwirkungen" aus der Schweiz ».

63. BERGER craint d'autre part que cette limitation ne porte préjudice aux parties (plus spécialement : aux entreprises) domiciliées en Suisse, en leur fermant la porte des tribunaux suisses. Nous sommes d'avis que l'examen sommaire suffit à protéger de façon adéquate les parties, qu'elles soient suisses ou étrangères<sup>72</sup>. Comme expliqué ci-dessus, la pratique montre que la contestation de la convention d'arbitrage est le plus souvent mal fondée<sup>73</sup>. Cela signifie que le plus souvent, nonobstant cette contestation, les parties ont en réalité voulu l'arbitrage, et donc implicitement voulu que ce soit l'arbitre – plutôt que le juge – qui soit *le premier* à trancher le point de savoir si existe entre elles une convention d'arbitrage valable et applicable au litige. Il en résulte que le plus souvent, en exerçant l'examen *complet* de ce point, le juge de l'exception d'arbitrage contrevient à la volonté des parties. Pour éviter cela, il est nécessaire qu'il se limite à l'examen *sommaire*, et laisse à l'arbitre le soin d'effectuer l'examen *complet*<sup>74</sup>. Or cette nécessité ne s'impose pas moins lorsque les parties sont domiciliées en Suisse que lorsqu'elles le sont à l'étranger.
64. A juste titre, BESSON critique le fait que L'INITIATIVE ne prévoit pas de limitation temporelle à la suspension<sup>75</sup>.
65. Le même auteur se demande par ailleurs ce qu'il en est de l'hypothèse dans laquelle il n'y a pas de procédure arbitrale pendante au moment où le juge est appelé à statuer sur l'exception d'arbitrage<sup>76</sup>. En ce cas, écrit-il, « le projet de révision de l'article 7 LDIP impose une procédure arbitrale à des parties dont, vraisemblablement, aucune ne souhaite la mise en œuvre, chacune pour des raisons différentes ; le demandeur considère, à tort ou à raison, que la convention d'arbitrage n'est pas valable et que le juge suisse est compétent ; le défendeur ne veut pas s'exécuter ou considère, à tort ou à raison, qu'il ne doit rien, mais dans les deux cas il est douteux qu'il souhaite prendre l'initiative d'une procédure arbitrale en négation de droit »<sup>77</sup>. A notre avis, le défendeur peut fort bien éprouver un intérêt à introduire l'arbitrage. Souvent en effet, il souhaite lui-même faire valoir des prétentions à l'encontre du demandeur. Les cas relativement fréquents de procédures concurrentes sur le fond entre le juge et l'arbitre en sont la preuve même: en général, le demandeur à l'arbitrage est le défendeur dans la procédure étatique<sup>78</sup>. Cela dit, on doit effectivement considérer qu'est indésirable un système qui *contraint* les parties à introduire arbitrage sans qu'ait été préalablement établie – par examen *complet* – l'existence d'une convention d'arbitrage valable et applicable.
66. Enfin, BESSON pose la question délicate de l'impact qu'aurait sur la procédure suspendue la décision par laquelle l'arbitre statue sur sa compétence. Lorsque le siège de l'arbitrage est en Suisse, l'auteur admet que cette décision, à tout le moins si elle est affirmative, lie le juge suisse<sup>79</sup>. Lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger, en revanche, il exclut – à raison – qu'elle puisse s'imposer au juge helvétique: cela serait contraire à l'art. V § 1 let. a Convention de New York de 1958, lequel réserve le droit pour le juge de vérifier la validité de la convention d'arbitrage au stade de l'exécution de la sentence (sur le fond)<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> BERGER, p. 41 ss (n° 9).

<sup>73</sup> V. *supra*, n° 22 et note 29.

<sup>74</sup> Il nous semble que, contrairement à l'examen *complet*, l'examen *sommaire* (accompli par le juge de l'exception d'arbitrage) ne va pas à l'encontre de la volonté commune des parties. En effet, si l'inexistence de convention d'arbitrage est *manifeste*, respectivement si l'invalidité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage existante est *manifeste*, les parties ont avantage à ce que le juge de l'exception d'arbitrage la constate: ce constat leur évitera d'introduire arbitrage en pure perte.

<sup>75</sup> BESSON, *Réflexions*, p. 580.

<sup>76</sup> BESSON, *Réflexions*, p. 580.

<sup>77</sup> BESSON, *Réflexions*, p. 580-581. La mise en italique est d'origine.

<sup>78</sup> BERGER, *Article 186 PILS*, n° 21, a *contario*: « the respondent [in the arbitration] is most likely the claimant in the [...] state court »; BERMANN, p. 56: « [m]ost commonly, the party resisting arbitration will itself have initiated litigation on a claim that its opponent asserts is subject to arbitration ».

<sup>79</sup> BESSON, *Réflexions*, p. 581.

<sup>80</sup> BESSON, *Réflexions*, p. 581.

67. Mais faut-il en conclure, comme le fait l'auteur, qu'une suspension de la procédure judiciaire est dès lors « inutile » lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger<sup>81</sup> ? Nous ne le pensons pas, pour trois raisons. Premièrement, la suspension est utile à exclure que la procédure judiciaire n'interfère avec l'arbitrage. Deuxièmement, elle évite aux parties de devoir mener un combat procédural sur deux fronts en même temps. Troisièmement, elle augmente les chances que soit évité le prononcé de décisions contradictoires ainsi qu'un procès inutile<sup>82</sup>. En effet, il se peut qu'une fois rendue la sentence au fond, la partie qui avait initié la procédure judiciaire décide de se désister de l'instance. Tel pourra être le cas, par exemple, si la sentence lui donne gain de cause.

#### IV. SUGGESTION DE TEXTE POUR UN ARTICLE 7 LDIP NOUVEAU

##### A. Texte

68. Compte tenu de ce qui précède (v. *supra*, I à III) et à la lumière du commentaire explicatif figurant ci-dessous (v. *infra*, B) nous suggérons – en lieu et place de l'article 7 LDIP actuel et du texte de L'INITIATIVE – ce qui suit :

Art. 7 LDIP (nouveau):

##### Exception d'arbitrage

1. Le juge régulièrement saisi d'une exception d'arbitrage :
  - a. suspend la cause si une procédure arbitrale ayant le même objet est pendante entre les mêmes parties ; et si tel n'est pas le cas,
  - b. suspend la cause en fixant aux parties un délai approprié pour introduire l'arbitrage, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties manifestement pas de convention d'arbitrage valable et applicable au litige.
2. Si le délai fixé selon l'alinéa 1 lettre b échoit sans avoir été utilisé, le juge tranche l'exception d'arbitrage.
3. La cause n'a pas ou plus lieu d'être suspendue, et l'exception d'arbitrage doit être rejetée, lorsque :
  - a. une décision rendue par le tribunal arbitral ou par le juge du siège de l'arbitrage et entrée en force déclare incompetent le tribunal arbitral ;
  - b. le tribunal arbitral ne peut pas être constitué.
4. Le juge se dessaisit de la cause lorsqu'une décision rendue par le tribunal arbitral ou par le juge du siège de l'arbitrage et entrée en force déclare compétent le tribunal arbitral.
5. La présente disposition s'applique sans égard au lieu du siège de l'arbitrage.

##### B. Commentaire explicatif

###### 1. Note marginale (« Exception d'arbitrage »)

69. La note marginale relative à l'article 7 LDIP actuel est « Convention d'arbitrage ». Cette note ne reflète pas le contenu réel de la disposition. En effet, l'article 7 LDIP a pour objet propre non pas la *convention* d'arbitrage – laquelle est réglée par l'article 178 LDIP – mais bien

<sup>81</sup> BESSON, *Réflexions*, p. 581. L'auteur se distancie ici de son opinion exprimée in: POUURET/BESSON, n° 520-521: à ce passage, il préconise la suspension de la procédure étatique suisse en faveur de l'arbitrage dont le siège est à l'étranger (et cela même pour le cas où le juge suisse aurait été saisi avant l'arbitre).

<sup>82</sup> Sur la nécessité d'éviter un tel résultat par la suspension de la procédure, v. ATF 128 III 284 consid. 3b/bb, p. 289: « *des motifs d'économie du procès plaident pour ne pas laisser les deux instances se dérouler en parallèle. La suspension de la seconde procédure [...] apparaît dès lors comme le moyen adéquat pour éviter des jugements contradictoires ou un procès inutile* ». A notre sens, ces objectifs sont tout autant désirables, et doivent par conséquent également être poursuivis, lorsque les juridictions en cause sont l'une arbitrale et l'autre judiciaire, cela que l'arbitrage ait ou non son siège dans l'Etat dont relève le juge concurrentement saisi. A cette fin, il est nécessaire que le juge appliquant l'effet négatif suspende la procédure, alors même qu'il aurait été saisi avant l'introduction de l'arbitrage.

l'exception d'arbitrage<sup>83</sup>. Par conséquent, la note marginale « *Exception d'arbitrage* » serait préférable.

70. Ce changement de la note marginale est motivé également par une autre raison, plus fondamentale : selon le principe de l'effet négatif, le juge saisi de l'exception d'arbitrage ne vérifie pas lui-même qu'existe une « convention d'arbitrage » valable et applicable ; tout au plus, il vérifie qu'existe l'*apparence* d'une telle convention.
71. L'art. 7 LDIP nouveau ici suggéré devrait être appliqué par analogie au cas où le défendeur à la procédure judiciaire ne soulève pas l'exception d'arbitrage mais fait défaut. Dans ce cas, le juge qui constate l'*apparence* d'une convention d'arbitrage valable et applicable (al. 1 let. b), ou l'existence d'une procédure arbitrale pendante entre les mêmes parties et portant sur le même objet (al. 1 let. a), suspend la procédure.

## 2. *Alinéa 1*

72. Le juge n'entre en matière sur l'exception d'arbitrage que s'il est saisi de celle-ci « *régulièrement* », c'est-à-dire dans le délai utile et selon les formes prévues. Sans cela, il doit la déclarer irrecevable.
73. Concernant le régime applicable à l'exception d'arbitrage, il faut distinguer selon qu'une procédure arbitrale ayant le même objet et opposant les mêmes parties existe (v. *infra*, a)) ou n'existe pas (v. *infra*, b)).

### a) Lettre a

74. La situation ici envisagée est celle dans laquelle une partie soulève l'exception d'arbitrage alors qu'existe une procédure arbitrale pendante entre les mêmes parties et portant sur le même objet (al. 1 let. a).
75. Dans cette situation, le juge se limite à vérifier que la procédure arbitrale porte sur « *le même objet* »<sup>84</sup> et est « *pendante entre les mêmes parties* »<sup>85</sup>. Le juge doit s'abstenir de vérifier – par examen *sommaire* et donc a fortiori par examen *complet* – si existe ou non en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable<sup>86</sup>. En effet, l'examen *sommaire* a pour but d'éviter que les parties ne soient renvoyées à introduire arbitrage lorsque n'existe en l'espèce *manifestement* pas de convention d'arbitrage valable et applicable<sup>87</sup>. Or ici, il n'est pas question de renvoyer ou non les parties à introduire arbitrage puisque l'arbitrage a déjà été introduit.
76. Comme l'arbitrage a déjà été introduit, la partie souhaitant alléguer qu'il n'existe en l'espèce *manifestement* pas de convention d'arbitrage valable et applicable ne dispose plus d'un intérêt suffisant à faire examiner cette allégation par le juge saisi de l'exception d'arbitrage. En effet, elle peut déjà faire examiner cette allégation dans le cadre de la procédure arbitrale pendante. Elle pourra même le faire *avant la constitution du tribunal arbitral déjà*, à tout le moins si la contestation porte sur l'existence même de toute convention d'arbitrage. Si l'arbitrage est *ad hoc*, il suffit à cette partie de refuser de désigner « son » arbitre ; l'autre partie saisira alors le

<sup>83</sup> La même remarque vaut en droit de l'arbitrage interne : bien qu'intitulé « Convention d'arbitrage », l'article 61 CPC traite en réalité de l'exception d'arbitrage ; la convention d'arbitrage, quant à elle, est régie par les articles 357-358 CPC.

<sup>84</sup> Cette formule est reprise des articles 9 al. 1 et 186 al. 1<sup>bis</sup> LDIP.

<sup>85</sup> Cette formule est reprise des articles 9 al. 1 et 186 al. 1<sup>bis</sup> LDIP.

<sup>86</sup> Sur l'examen *sommaire*, v. *infra*, nn° 80 – 86 et 89 – 90.

<sup>87</sup> C'est-à-dire lorsque *manifestement* il n'existe aucune convention d'arbitrage entre les parties ; ou lorsqu'il existe entre les parties une convention d'arbitrage mais que *manifestement* celle-ci ne couvre pas le litige en cause ; ou encore lorsqu'il existe entre les parties une convention d'arbitrage couvrant le litige en cause mais que *manifestement* cette convention n'est pas valable (car *manifestement* elle est nulle, invalide, caduque, inopérante, ...).

juge d'appui pour que celui-ci désigne l'arbitre ; l'allégation pourra être formée devant ce juge<sup>88</sup>. Si l'arbitrage est institutionnel, l'allégation pourra être formée plus tôt encore, à savoir dans la réponse à la requête d'arbitrage ; l'allégation sera alors examinée d'entrée de cause par l'institution d'arbitrage<sup>89</sup>.

77. Etant donné que le juge doit s'abstenir d'examiner le point de savoir si existe ou non en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable, il n'est en mesure ni d'affirmer sa propre compétence<sup>90</sup> ni de la décliner. Par conséquent, il « *suspend la cause* »<sup>91</sup>.
78. Dans la conception classique, l'exception de litispendance n'est recevable que si l'introduction de la première procédure est *antérieure* à l'introduction de la seconde. Cette condition entraîne une conséquence indésirable : elle incite les parties à saisir une juridiction le plus vite possible (*forum running*) plutôt qu'à s'efforcer de résoudre leur litige en dehors des tribunaux<sup>92</sup>.
79. La solution que nous proposons tend à éviter autant que possible cette conséquence indésirable. D'après dite solution en effet, le juge doit suspendre dès lors que la procédure arbitrale est *pendante au moment où le juge est appelé à connaître de l'exception d'arbitrage, même si l'introduction de la procédure arbitrale est postérieure à l'introduction de la procédure judiciaire*. Par ailleurs, cette solution est plus conforme à l'effet négatif. Car elle oblige le juge à s'abstenir de tout examen – donc même de l'examen sommaire – non pas seulement lorsque la procédure arbitrale a été introduite *avant* la procédure judiciaire : elle l'oblige à s'abstenir de tout examen également lorsque la procédure arbitrale a été introduite *après* la procédure judiciaire, mais se trouve *pendante au moment où le juge est appelé à connaître de l'exception d'arbitrage*.

#### b) Lettre b

80. La situation ici envisagée est celle dans laquelle une partie soulève l'exception d'arbitrage alors qu'il n'existe pas de procédure arbitrale pendante entre les mêmes parties et portant sur le même objet (al. 1 let. b).
81. Dans cette situation, le juge se doit d'exercer un contrôle sur le point de savoir si existe ou non en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable. En effet, les parties ne sauraient être renvoyées à introduire un arbitrage lorsqu'il n'existe en l'espèce « *manifestement* » pas de convention d'arbitrage valable et applicable. Par conséquent, le demandeur doit être admis à alléguer devant le juge l'inexistence *manifeste* de convention d'arbitrage valable et applicable en l'espèce, et à prouver cette allégation.

<sup>88</sup> V. p. ex. article 179 alinéa 3 LDIP. La plupart des lois d'arbitrage prévoient que le juge requis en désignation d'arbitre contrôle – par examen au moins *sommaire* – si existe ou non en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable. On ne voit qu'un cas de figure dans lequel l'examen de la validité par le juge d'appui est exclu: Pays-Bas: § 1027(4) du Code de procédure civile: « [t]he provisional relief judge or the third person shall appoint the arbitrator or arbitrators without regard to the question of whether or not the arbitration agreement is valid ». Relevons que si le texte de cette disposition interdit au juge de vérifier la *validité* de la convention d'arbitrage, en revanche il ne lui interdit pas de vérifier l'*existence* de celle-ci.

<sup>89</sup> V. p. ex. art. 3 (12) Swiss Rules; art. 6 (4) Règlement CCI; art. 9 (i) et 10 (i) Règlement SCC.

<sup>90</sup> FOUCHARD, *Thèse*, n° 236 : « [de la compétence de l'arbitre], le juge ne peut décider immédiatement, il doit attendre le prononcé de la sentence arbitrale. Ne pouvant donc juger l'arbitre saisi incompétent, il ne pourra pas davantage se juger compétent, et pas davantage connaître du fond du litige ».

<sup>91</sup> La formule « suspend la cause » est tirée de l'article 9 al. 1 LDIP. La solution que nous proposons s'inspire de l'art. VI § 3 de la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international: « *Lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des États contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale.* ».

<sup>92</sup> KESSEDIAN, p. 93, déplore « cette course au tribunal qui empêche une véritable négociation et tentative transactionnelle préalables dont on a besoin pour régler les litiges » ; MCLACHLAN, pp. 127-128 : « the [*prior tempore*] rule encourages litigation, and discourages pre-action settlement ».

82. L'inexistence alléguée n'est *manifeste* que si un examen *sommaire* suffit à l'établir<sup>93</sup>. Le juge doit donc se limiter à un tel examen<sup>94</sup>. De cela il résulte que pour être admise, la preuve de l'inexistence *manifeste* doit être faite immédiatement<sup>95</sup>.
83. Si cette preuve immédiate est faite, le juge écarte l'exception d'arbitrage et la procédure se poursuit.
84. Si cette preuve immédiate n'est pas apportée ou si elle échoue, le juge « *suspend la cause en fixant aux parties un délai approprié pour introduire l'arbitrage* ».
85. Ici, comme dans le cas où une procédure arbitrale ayant le même objet est pendante entre les mêmes parties (v. *supra*, IV, B, 2, a)), la logique commande la suspension de la cause. En effet, le juge ayant constaté – par l'examen *sommaire* – que l'allégation d'inexistence *manifeste* de convention d'arbitrage valable et applicable en l'espèce n'est pas prouvée, il ne peut pas aller au-delà de ce constat. Car s'il le fait, il viole l'effet négatif. Aussi le juge doit-il s'abstenir de trancher l'exception d'arbitrage : il laisse à l'arbitre le soin de vérifier – par l'examen *complet* – si le litige entre les parties fait ou non l'objet d'une convention d'arbitrage valable et applicable. Or comme le juge ne procède pas lui-même à cette vérification, il n'est en mesure ni d'affirmer ni de décliner sa propre compétence. Par conséquent, il « *suspend la cause* »<sup>96</sup>.
86. L'idée que le juge « *fix[e] aux parties un délai approprié pour introduire l'arbitrage* » est empruntée à POUURET et BESSON<sup>97</sup>. Le but du délai est d'exclure que l'exception d'arbitrage ne soit instrumentalisée à des fins dilatoires<sup>98</sup>. Dans l'esprit de ces deux auteurs, le délai s'adresse uniquement à la partie qui soulève l'exception d'arbitrage (soit en principe au défendeur)<sup>99</sup>. A notre sens, le délai doit être mis à disposition également de l'autre partie. Car on ne peut pas exclure que celle-ci, au vu de la suspension de la procédure, et du constat fait par le juge qu'il n'y a pas *manifeste* inexistence de convention d'arbitrage valable et applicable, change de stratégie et décide d'introduire l'arbitrage.
87. En règle générale, ce sera sans doute le défendeur à la procédure judiciaire qui introduira l'arbitrage. Il pourra, selon le cas de figure, soit faire valoir des contre-prétentions (issues du même litige) soit prendre des conclusions en libération.
88. Pour ce qui est de la durée du délai, elle dépend des circonstances particulières de l'espèce ; dès lors, elle doit être laissée à l'appréciation du juge.
89. Quant au texte : « *à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties manifestement pas de convention d'arbitrage valable et applicable* », nous nous sommes efforcés de rester au plus près de celui proposé par L'INITIATIVE. Sur ce point, L'INITIATIVE reprend telle quelle la formule de l'art. 179 al. 3 LDIP, qui est la suivante : « à

<sup>93</sup> FOUCHARD, p. 271 : « une nullité manifeste est une nullité évidente, incontestable, décelable *prima facie* » ; LOQUIN, p. 58 : « [l']inapplicabilité manifeste se constate *prima facie*. Elle ne suscite aucun doute tellement elle est évidente ». *A contrario*, si l'inexistence alléguée ne peut pas être établie par l'examen sommaire, alors elle n'est pas manifeste. Dans ce sens, LOQUIN, p. 58 : « [l']existence d'un doute sur la nullité de la clause suffira à lui faire perdre son caractère manifeste [...] ».

<sup>94</sup> Tribunal fédéral, arrêt 4A\_436/2007 du 9 janvier 2008, consid. 3 : « le tribunal étatique doit se borner à un examen sommaire de [la] convention [d'arbitrage] car un examen plus approfondi est en principe réservé au tribunal arbitral prévu par elle [réf.] ».

<sup>95</sup> Pour reprendre l'expression utilisée par le Tribunal fédéral, l'inexistence *manifeste* de convention d'arbitrage valable et applicable est celle qui se « *constate aisément et sans étude approfondie* » (arrêt 4A\_436/2007 du 9 janvier 2008, consid. 3).

<sup>96</sup> POUURET, *Le pouvoir*, p. 407 : « [u]n examen sommaire n'est en réalité conciliable qu'avec une procédure tendant à la suspension ».

<sup>97</sup> POUURET/BESSON, p. 455, dernier paragraphe, et n° 521. On la trouve également chez TSCHANZ, p. 481 : « [s]i aucun tribunal arbitral n'est encore constitué, le juge donnera un délai raisonnable au défendeur (demandeur à l'exception d'arbitrage) pour obtenir l'investiture du tribunal arbitral ».

<sup>98</sup> POUURET/BESSON, p. 455, dernier paragraphe, et n° 521.

<sup>99</sup> POUURET/BESSON, p. 455, dernier paragraphe, et n° 521 ; de même, TSCHANZ, p. 481.

moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage ».

90. A cette formule, nous avons apporté deux modifications. Premièrement, nous avons ajouté l'adverbe « *manifestement* ». Il est vrai que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée, l'idée de « manifestement » est déjà comprise dans celle de « *examen sommaire* »<sup>100</sup>. Toutefois, cette opinion ne semble pas faire l'unanimité<sup>101</sup>. L'ajout nous paraît dès lors utile. Deuxièmement, nous avons remplacé l'expression « aucune convention d'arbitrage » par celle de « *pas de convention d'arbitrage valable et applicable au litige* ». En effet, même s'il existe une convention d'arbitrage entre les parties, celles-ci ne sauraient être renvoyées à introduire arbitrage lorsque cette convention d'arbitrage est *manifestement* nulle ou *manifestement* inapplicable au litige en cause<sup>102</sup>. L'examen doit dès lors porter non seulement sur le point de savoir si une convention d'arbitrage existe entre les parties mais, cas échéant, également sur la validité et sur le champ d'application (*ratione materiae, personae et temporis*) de la convention d'arbitrage<sup>103</sup>.

### 3. Alinéa 2

91. Si ni le défendeur ni le demandeur n'introduit arbitrage dans le délai fixé par le juge selon l'al. 1 let. b (v. *supra*, IV, B, 2, b)), « *le juge tranche l'exception d'arbitrage* ».
92. Par cette règle, on évite que les parties ne soient contraintes d'introduire arbitrage. Si aucune d'elles ne le fait dans le délai, il revient simplement au juge de trancher – par l'examen *complet* – l'exception d'arbitrage.
93. Selon MM. POUURET et BESSON, le défendeur qui n'a pas ouvert la procédure arbitrale dans le délai que lui a imparti à cette fin le juge doit être déchu de son exception d'arbitrage<sup>104</sup>. Nous sommes de l'opinion, au contraire, que la partie qui a soulevé l'exception d'arbitrage garde intacte sa faculté de faire valoir l'exception, même si cette partie n'a pas utilisé le délai fixé par le juge. En effet, la partie qui soulève l'exception d'arbitrage a un intérêt à ce que la procédure judiciaire prenne fin et à ce que le litige sur le fond soit tranché par l'arbitre plutôt que par le juge (c'est d'ailleurs dans ce but qu'elle soulève l'exception). Pour autant, cette partie n'a pas forcément un intérêt à introduire elle-même l'arbitrage. Ces deux intérêts sont donc distincts et indépendants l'un de l'autre. Dès lors, il serait injustifié que la partie soulevant une exception d'arbitrage se voie contrainte, pour ne pas perdre le bénéfice de cette exception, d'introduire arbitrage.
94. Ainsi, dans l'hypothèse où aucune des deux parties n'a introduit l'arbitrage à l'issue du délai fixé par le juge, nous proposons que le juge tranche lui-même l'exception d'arbitrage. C'est-à-dire qu'il procède cette fois-ci à l'examen *complet*, et statue, sur le point litigieux de savoir si existe ou non en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable. Il est vrai que cet

<sup>100</sup> V. *supra*, réf. à notes 94 et 95.

<sup>101</sup> Ainsi SCHWEIZER, dans son commentaire à l'art. 61 CPC, soutient-il : « [l']adverbe « manifestement », que le législateur utilise à l'al. 2 de la présente disposition, ne signifie pas à lui seul que le tribunal étatique saisi doit se limiter à un examen *prima facie* » (v. CPC-SCHWEIZER, art. 61 N 11, p. 195). Cet avis est isolé. Pour l'opinion contraire, v. p. ex. Berner Kommentar-HURNI, Art. 61 N 19: « [d]as Wort « offensichtlich » im Normtext des Art. 61 lit. b ZPO verrät, dass diese Prüfung lediglich mit einer eingeschränkten *prima facie*-Kognition zu erfolgen hat »; v. ég. KUKO ZPO-DOMEI, Art. 61 N 3.

<sup>102</sup> Pour une disposition réservant la manifeste nullité et la manifeste inapplicabilité, v. France: art. 1448 al. 2 CPC.

<sup>103</sup> En ce sens, v. Singapour: Court of Appeal, *Tomolugen Holdings Ltd and another v. Silica Investors Ltd and other appeals*, [2015] SGCA 57, attendu [63]: « a court [...] should grant a stay in favour of arbitration if the applicant is able to establish a *prima facie* case that: (a) there is a valid arbitration agreement between the parties to the court proceedings; (b) the dispute in the court proceedings (or any part thereof) falls within the scope of the arbitration agreement; and (c) the arbitration agreement is not null and void, inoperative or incapable of being performed ».

<sup>104</sup> POUURET/BESSON, p. 455, dernier paragraphe, et n° 521. Ces auteurs suggèrent que le délai soit octroyé au défendeur sans aucun examen préalable – pas même l'examen *sommaire* – sur le point de savoir si existe ou non en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable. Ils préconisent que si à l'issue du délai le défendeur n'a toujours pas introduit l'arbitrage, la convention d'arbitrage devient caduque.

examen déroge à l'effet négatif. Toutefois, cette dérogation n'est pas problématique car elle ne porte aucunement atteinte aux quatre impératifs susmentionnés (v. *supra*, II, B, 1 à 4). En effet, comme les parties se sont abstenues d'introduire l'arbitrage, elles ont renoncé l'une et l'autre à l'effet négatif si bien que celui-ci ne correspond plus à leur volonté présumée. De même, dès lors que les parties ont renoncé à introduire l'arbitrage, il n'y a pas de risque d'obstruction à l'arbitrage, ou de décisions contradictoires entre le juge et l'arbitre, ni lieu pour le juge de laisser la priorité à l'arbitre par souci d'économie de procédure.

95. Si à l'issue de l'examen *complet* le juge parvient à la conclusion que l'exception d'arbitrage est bien fondée, il décline compétence. Dans le cas inverse, il rejette l'exception d'arbitrage et la procédure se poursuit.

#### 4. *Alinéa 3*

96. Lorsque la voie de l'arbitrage se révèle impraticable, la suspension de la procédure judiciaire n'a pas – respectivement plus – de raison d'être, et en outre conduit au déni de justice<sup>105</sup>. Dans un tel cas de figure, par conséquent, « [i]l n'y a pas ou plus lieu de suspendre la cause, et l'exception d'arbitrage doit être rejetée ». Deux situations sont ici visées.

##### a) Lettre a

97. La première situation est celle dans laquelle « une décision rendue par le tribunal arbitral ou par le juge du siège de l'arbitrage et entrée en force déclare incompetent le tribunal arbitral ». Il arrive que le tribunal arbitral rende une décision par laquelle il se déclare incompetent. Il arrive également que le juge du siège de l'arbitrage rende une décision par laquelle il déclare incompetent le tribunal arbitral. Si ces décisions ne sont pas entreprises dans le délai utile, elles deviennent définitives et entrent en force. Il en va de même si la décision est rendue, après épuisement des voies de droit, par le juge de dernière instance du siège de l'arbitrage. Une fois que l'une ou l'autre de ces décisions est entrée en force, il n'y a en principe plus d'arbitrage possible. Aussi le juge rejette l'exception d'arbitrage et la procédure judiciaire se poursuit.
98. Si l'entrée en force de la décision (arbitrale ou étatique) déclarant l'incompétence du tribunal arbitral a lieu après que le juge a prononcé la suspension de la procédure (al. 1 let. a respectivement b; v. *supra*, IV, B, 2, a) respectivement b)), le juge met fin à la suspension et la procédure se poursuit. En outre, il rejette l'exception d'arbitrage.

##### b) Lettre b

99. La seconde situation est celle dans laquelle la constitution du tribunal arbitral s'avère impossible, pour une raison quelconque<sup>106</sup>. Tel pourra être le cas par exemple lorsque le juge du siège de l'arbitrage estime qu'il n'existe en l'espèce pas de convention d'arbitrage valable et applicable, et par conséquent refuse de désigner l'arbitre.
100. Si l'impossibilité de constituer le tribunal arbitral survient après que le juge a prononcé la suspension de la procédure (al. 1 let. a respectivement b; v. *supra*, IV, B, 2, a) respectivement

<sup>105</sup> Cette considération à propos de la suspension vaut *a fortiori* pour le dessaisissement du juge; v. POUURET, in : LALIVE/POURET/REYMOND, n° 6 ad art. 7 LDIP, p. 288 : « on doit [...] admettre que le tribunal suisse qui serait compétent en l'absence de convention d'arbitrage ne doit se dessaisir que si celle-ci est valable et si l'arbitrage peut effectivement avoir lieu, sans quoi son jugement d'incompétence conduirait à un déni de justice ».

<sup>106</sup> L'article 7 LDIP actuel envisage seulement l'hypothèse dans laquelle « le tribunal arbitral ne [peut] être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage » (v. art. 7 lit. c LDIP). En réalité, si la constitution du tribunal arbitral s'avère impossible, l'exception d'arbitrage doit être écartée sans égard ni à l'auteur ni à la cause de cette impossibilité. Car le déni de justice doit être évité dans tous les cas.

b)), le juge met fin à la suspension et la procédure se poursuit. En outre, il rejette l'exception d'arbitrage.

#### 5. *Alinéa 4*

101. La suspension prononcée à l'issue de l'examen sommaire (al. 1 let. b; v. *supra*, IV, B, 2, b)) prend fin si aucune des parties n'a introduit arbitrage dans le délai fixé par le juge; dans ce cas, le juge *tranche* l'exception d'arbitrage (al. 2; v. *supra*, IV, B, 3). Par ailleurs, la suspension, qu'elle soit prononcée pour cause de litispendance arbitrale (al. 1 let. a; v. *supra*, IV, B, 2, a)) ou à l'issue de l'examen sommaire (al. 1 let. b; v. *supra*, IV, B, 2, b)) prend fin lorsqu'elle perd sa raison d'être (al. 3 let. a et b; v. *supra*, IV, B, 4, a) et b)); dans ce cas, le juge *rejette* l'exception d'arbitrage.
102. En plus de ces hypothèses, la suspension doit prendre fin également lorsque « *une décision rendue par le tribunal arbitral ou par le juge du siège de l'arbitrage et entrée en force déclare compétent le tribunal arbitral* ».
103. Si le siège de l'arbitrage est en Suisse, la décision par laquelle le tribunal arbitral se déclare compétent, ou la décision par laquelle le Tribunal fédéral déclare sur recours que le tribunal arbitral est compétent, s'impose au juge suisse une fois entrée en force<sup>107</sup>. Il en résulte l'incompétence de celui-ci, qui doit par conséquent décliner et se dessaisir de la cause.
104. Si le siège de l'arbitrage est à l'étranger, en revanche, cette décision rendue par le tribunal arbitral ou par le juge du siège de l'arbitrage ne s'impose pas automatiquement au juge suisse (même à supposer qu'elle soit déjà entrée en force).
105. Dans ce second cas de figure, trois options paraissent envisageables.
106. Premièrement, le juge pourrait vérifier – par l'examen *complet* – si, à la lumière du droit suisse, existe ou non en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable. *Quid*, cependant, en cas de réponse négative ? Le juge écarterait l'exception d'arbitrage puis, s'il s'estimait lui-même compétent, instruirait et trancherait le litige au fond. C'est dire que naîtrait une situation de procédures concurrentes (sur le fond) entre le juge et l'arbitre. Or précisément, l'effet négatif a pour objectif d'exclure une telle situation. Par conséquent, cette première solution doit être écartée.
107. Deuxièmement, le juge pourrait, sur le modèle de ce que prévoit l'article VI § 3 de la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international, maintenir la suspension de cause jusqu'au prononcé de la sentence finale<sup>108</sup>. Mais alors, qu'en serait-il lorsqu'en définitive une telle sentence n'est jamais rendue (par exemple, les parties choisissent de mettre fin à la procédure arbitrale et de régler leur litige par une autre voie) ? Ou que la sentence rendue n'est jamais communiquée au juge, faute d'intérêt à la faire exécuter en Suisse ? Dans ces hypothèses, la suspension de la procédure judiciaire serait maintenue indéfiniment, ce qui n'est pas satisfaisant. Cette deuxième solution doit donc, elle aussi, être écartée.
108. Troisièmement, le juge pourrait se dessaisir de la cause. Le dessaisissement n'est pas une décision d'incompétence, ni n'implique nécessairement une telle décision. En soi, il n'est que la décision de mettre fin à la procédure. Aussi le juge peut-il, en cohérence, le prononcer sans avoir vérifié qu'existe en l'espèce une convention d'arbitrage valable et applicable selon le droit suisse. Cela étant, le dessaisissement doit bien entendu être justifié par un motif

<sup>107</sup> BERGER, *Article 186 PILS*, n° 85.

<sup>108</sup> Pour cette disposition, v. *supra* note 91.

suffisant. Il nous apparaît qu'éviter soit une situation de procédures concurrentes soit la suspension perpétuelle de la procédure judiciaire constitue un tel motif. Ici, le dessaisissement ne fait pas courir le risque d'un déni de justice puisque la compétence de l'arbitre a été affirmée par décision – de celui-ci ou du juge du siège de l'arbitrage – entrée en force. Précisons que si la sentence étrangère (sur le fond) devait finalement s'avérer non reconnaissable en Suisse, alors l'action pourrait être réintroduite devant le juge. En conclusion, c'est cette troisième solution qui doit être retenue.

## 6. Alinéa 5

109. A teneur de ce dernier alinéa, « *la présente disposition s'applique sans égard au lieu du siège de l'arbitrage* ». Telle est l'intention de L'INITIATIVE<sup>109</sup>.
110. La suppression de la distinction fondée sur le lieu du siège de l'arbitrage présente un double progrès. D'abord et principalement, elle permet d'appliquer l'effet négatif dans tous les cas. Ensuite, elle tient compte du fait que parfois, au stade de l'exception d'arbitrage, le lieu du siège de l'arbitrage n'est pas encore fixé.
111. La suppression signifie que pour le cas où le siège de l'arbitrage se situe hors de Suisse, l'article 7 LDIP nouveau se substituerait à l'art. II § 3 de la Convention de New York de 1958 (ci-après, « CNY »).
112. Une telle substitution nous semble légitime eu égard à l'art. VII § 1 CNY. Cette disposition réserve en effet le droit plus favorable des Etats contractants. Or une règle nationale limitant au *sommaire* l'examen qu'effectue le juge sur l'exception d'arbitrage est plus favorable à l'arbitrage que l'art. II § 3 CNY<sup>110</sup>.
113. Il est vrai qu'à teneur de texte, la réserve du droit plus favorable ne concerne que la reconnaissance des sentences<sup>111</sup>.
114. Toutefois, la doctrine estime que la réserve vaut de manière générale pour les questions régies par la CNY, et en particulier quant aux conditions de validité formelle de la convention d'arbitrage<sup>112</sup>. La Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) va dans le même sens ; elle recommande « *que le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958, soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention* »<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> [http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20080417](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20080417). V. ég. TSCHANZ, p. 483 : « [c]oncernant le champ spatial de l'art. 7, le texte de l'alinéa 2 proposé traite expressément de la même manière l'exception d'arbitrage que le siège de l'arbitrage allégué soit en Suisse ou à l'étranger » ; BESSON, *Réflexions*, p. 577 : « [l]e projet de révision de l'art. 7 LDIP tend à modifier cette jurisprudence en ce sens que l'examen sommaire de la convention d'arbitrage s'imposerait dans les deux cas, que le siège soit en Suisse ou à l'étranger ».

<sup>110</sup> GEISINGER/PINSOLLE/SCHRAMM, p. 109 : « [a] prima facie approach is certainly more arbitration-friendly ».

<sup>111</sup> Art. VII § 1 CNY : « *Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.* ».

<sup>112</sup> VAN DEN BERG, *The New York Convention*, p. 36 et p. 44.

<sup>113</sup> V. *Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958, adoptée par la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International le 7 juillet 2006 à sa trente-deuxième session*, sous point 2.

115. Cela vaut non seulement pour la validité formelle de la convention d'arbitrage mais également pour le traitement général de l'exception d'arbitrage<sup>114</sup>. Ainsi POUDRET et BESSON soulignent: "it should not be forgotten that one of the aims of the Convention is to favour recognition of arbitration agreements and that the [Art. II (3)] control is a concession to state jurisdiction". De cela, ils déduisent: "[n]ational laws are therefore not forbidden from being more favourable to arbitration and to provide that the court seized second must automatically decline its jurisdiction [...]"<sup>115</sup>. Si la Convention n'interdit pas une loi nationale qui supprime totalement le contrôle de la convention d'arbitrage au stade de l'exception d'arbitrage, a fortiori n'interdit elle pas une loi nationale qui se borne à limiter ce contrôle à un examen sommaire.
116. Par ailleurs, ainsi que l'a bien vu VAN DEN BERG, refuser d'appliquer l'art. VII § 1 CNY dans le cadre de l'exception d'arbitrage est susceptible d'aboutir à un paradoxe : le juge pourrait se trouver dans l'obligation d'écarter une exception d'arbitrage pour cause de non-conformité à l'art. II § 2 CNY, alors qu'il devrait reconnaître une sentence fondée sur la même convention d'arbitrage en vertu de son droit plus favorable<sup>116</sup>.
117. Mais quoi qu'il en soit du champ d'application de l'art. VII § 1 CNY, il n'est pas douteux que la limitation au *sommaire* de l'examen pratiqué par le juge sur l'exception d'arbitrage est conforme à l'esprit de la CNY et de son art. II § 3. En effet SANDERS, qui fut l'un des principaux pères de la CNY<sup>117</sup>, précise à propos de l'art. II § 3 CNY : « [i]l peut être abandonné à la sagesse des tribunaux de décider s'ils préfèrent laisser aux arbitres se prononcer d'abord sur leur propre compétence ou non »<sup>118</sup>. Cette disposition n'impose donc au juge saisi de l'exception d'arbitrage aucun devoir d'examen, pas même celui d'effectuer un examen sommaire. Quant à VAN DEN BERG, l'un des commentateurs les plus autorisés de la CNY, il préconise de longue date que le juge appliquant l'art. II § 3 CNY se limite à un examen sommaire<sup>119</sup>. C'est également la suggestion de l'*International Council for Commercial Arbitration*<sup>120</sup>.
118. Comme déjà indiqué, l'analyse de droit comparé révèle d'ailleurs que plusieurs législations et jugements retiennent le principe de l'examen sommaire également dans des situations où trouve à s'appliquer l'art. II § 3 CNY ou à tout le moins sans distinguer selon le lieu du siège de l'arbitrage<sup>121</sup>.

### C. Variante

119. L'article 7 LDIP nouveau ici suggéré (*supra*, IV, A) ne se borne pas à mettre en œuvre l'effet négatif. Il règle également deux autres points : le rejet de l'exception d'arbitrage dans les hypothèses particulières de l'al. 3 let. a et b (v. *supra*, IV, B, 4, a) et b)) d'une part, et le dessaisissement du juge selon l'al. 4 (v. *supra*, IV, B, 5) d'autre part.

<sup>114</sup> VAN DEN BERG, *The New York Arbitration*, p. 86-88, n° I-4.2.4; TSCHANZ, p. 483 : « l'art. VII ch. 1 de la Convention [de New York] réserve le droit national plus favorable (certes pour se prévaloir des sentences, mais l'esprit de cette disposition devrait empêcher d'écarter une disposition nationale plus favorable à la reconnaissance d'une convention d'arbitrage) » ; v. POUDRET/BESSON, n° 511.

<sup>115</sup> POUDRET/BESSON, n° 511. La mise en italique est notre fait.

<sup>116</sup> VAN DEN BERG, *The New York Arbitration*, p. 86-88, n° I-4.2.4. Il est vrai que l'application de l'art. VII § 1 CNY par le juge présente le risque de conduire à un conflit négatif de décision sur la compétence, lorsque de son côté le droit régissant la convention d'arbitrage d'après la *lex arbitri* pertinente est moins favorable que le droit du juge saisi de l'exception d'arbitrage. A notre sens toutefois, un tel risque peut être écarté précisément par l'effet négatif. En effet, dès lors que le juge de l'exception d'arbitrage se limite à l'examen sommaire et se dessaisit sans pour autant se déclarer incompétent, la cause peut sans difficulté être reprise devant lui dans l'éventualité où l'arbitre déclare nulle ou inapplicable la convention d'arbitrage.

<sup>117</sup> VAN DEN BERG, *Should*, p. 39: « one of the Founding Fathers ».

<sup>118</sup> SANDERS, p. 306. La mise en italique est notre fait.

<sup>119</sup> VAN DEN BERG, *The New York Arbitration*, p. 155.

<sup>120</sup> *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958*, p. 43, n° III, 2, qui définit l'examen sommaire comme l'« approche [...] désirable à lumière de l'objet et du but de la Convention de New York ».

<sup>121</sup> V. *supra*, nn° 11 – 12 et notes.

120. Pour le cas où le législateur fédéral préférerait un article 7 LDIP nouveau se bornant à mettre en œuvre l'effet négatif, nous suggérons le même texte mais dépourvu des alinéas relatifs à ces deux autres points. Le texte devient alors le suivant :

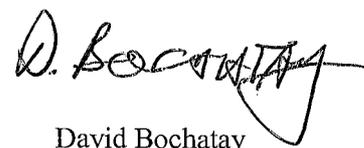
Art. 7 LDIP (nouveau):

**Exception d'arbitrage**

1. Le juge régulièrement saisi d'une exception d'arbitrage :
  - a. suspend la cause si une procédure arbitrale ayant le même objet est pendante entre les mêmes parties ; et si tel n'est pas le cas,
  - b. suspend la cause en fixant aux parties un délai approprié pour introduire l'arbitrage, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties manifestement pas de convention d'arbitrage valable et applicable au litige.
2. Si le délai fixé selon l'alinéa 1 lettre b échoit sans avoir été utilisé, le juge tranche l'exception d'arbitrage.
3. La présente disposition s'applique sans égard au lieu du siège de l'arbitrage.

\*\*\*

Genève, le 22 avril 2016

  
David Bochatay

## ANNEXE

### **Bibliographie citée:**

(VAN DEN) BERG Albert Jan, *The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problems Area*, in: The New York Convention of 1958, ASA Special Series n° 9 (1996).

(cité: VAN DEN BERG, *The New York Convention*, p. X)

(VAN DEN) BERG Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 1981.

(cité: VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, p. X)

(VAN DEN) BERG, *Should an International Arbitrator Apply the New York Arbitration Convention of 1958?*, in: *The Art of Arbitration*, Liber Amicorum Prof. Pieter Sanders, Kluwer law International, 1984.

(cité: VAN DEN BERG, *Should*, p. X)

BERGER Bernhard, *Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels*, Bulletin ASA, 1/2011, p. 33-44.

(cité : BERGER, p. X)

BERGER Bernhard, *Article 186 PILS*, in: M. Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2013.

(cité: BERGER, *Article 186 PILS*, n° X)

BERMANN George A., *The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration*, in: S. M. Kröll *et al.* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011, p. 55-83.

(cité: BERMANN, p. X)

BESSON Sébastien, *Observation – Tribunal fédéral suisse, 13 septembre 2004; Tribunal fédéral suisse, 4 février 2005*, *Revue de l'arbitrage* (Comité français de l'arbitrage), 4/2005, p. 1072-1083.

(cité: BESSON, p. X)

BESSON Sébastien, *Réflexions sur le projet de modification de l'article 7 LDIP (initiative Lüscher)*, Bulletin ASA, 3/2011, p. 574-584.

(cité: BESSON, *Réflexions*, p. X)

BISHOP R. Doak / CORIELL Wade M. / MEDINA CAMPOS Marcelo, *The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention*, in: E. Gaillard *et al.* (éd.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008, p. 275-296.

(cité: BISHOP/CORIELL/MEDINA CAMPOS, p. X)

BORN Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014.

(cité: BORN p. X)

COESTER-WALTJEN Dagmar, *Himmel und Hölle: Einige Überlegungen zur internationalen Zuständigkeit*, *Rabels Zeitschrift*, 79(2015), n° 3, p. 471-520.

(cité: COESTER-WALTJEN, p. X)

DEBOURG Claire / SCHEFFER DA SILVEIRA Gustavo, *Chronique de jurisprudence étrangère: Brésil*, Revue de l'arbitrage (Comité français de l'arbitrage), 3/2014, spéc. p. 752-772

(cité: de BOURG/SCHEFFER DA SILVEIRA, p. X)

DOMEJ Tanja, *Art. 61 ZPO*, in: P. Oberhammer (éd.), *Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar ZPO*, p. 248-250.

(cité: KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 61 N X)

DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5<sup>ème</sup> éd. revue et augmentée, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2016.

(cité: DUTOIT, n° X ad art. X, p. X)

FOUCHARD Philippe, Note – Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. Civ.), 5 janvier 1999, *M. Zanzi v. J. de Coninck et autres*, Revue de l'arbitrage, 2/1999, p. 262-271.

(cité: FOUCHARD, p. X)

FOUCHARD Philippe, *L'arbitrage commercial international*, thèse, Dalloz, Paris, 1964.

(cité: FOUCHARD, *Thèse*, n° X)

GAILLARD Emmanuel / BANIFATEMI Yas, *Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, in: E. Gaillard *et al.* (éd.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008, p. 257-273.

(cité: GAILLARD/BANIFATEMI, p. X)

GAILLARD, Emmanuel, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, in : G. Asken *et al.* (éd.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publication, Paris, 2005, p. 311-326.

(cité: GAILLARD, *La reconnaissance*, p. X)

GAILLARD Emmanuel, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in : J. Haldy *et al.* (éd.), *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne, 1999, p. 387-402.

(cité: GAILLARD, *L'effet négatif*, p. X)

GAILLARD Emmanuel, *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, Revue de l'arbitrage, 4/1990, p. 759-796.

(cité: GAILLARD, *Les manœuvres*, p. X)

GEISINGER Elliott / PINSOLLE Philippe / SCHRAMM Dorothee, *Article II*, in: H. Kronke / P. Nacimiento (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, p. 37-114.

(cité: GEISINGER/PINSOLLE/SCHRAMM, p. X)

GRAVES Jack, *Court Litigation Over Arbitration Agreements: Is it Time for a new Default Rule?*, 23 *Am. Rev. of Int'l Arb.* 113 (2012)

(cité: GRAVES, p. X)

HOBÉR Kaj, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 366, Brill / Nijhoff, Leiden / Boston, 2014, p. 99-406.

(cité : HOBÉR, p. X)

HOLTZMANN Howard M., *How to Prevent Delay and Disruption of Arbitration: Lessons of the 1990 ICCA Stockholm Congress*, in: A. J. van den Berg (éd.), *Preventing Delay and Disruption of Arbitration / Effective Proceedings in Construction Cases*, ICCA Congress Series, Volume 5, Kluwer Law International, 1991, p. 21-29.

(cité: HOLTZMANN, p. X)

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *Concerné : Initiative parlementaire 08.417n concernant la modification de l'article 7 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)*, 2011 ; disponible à l'adresse :

< <http://www.unige.ch/droit/cite/consultations/2011/inpri-LDIP-avril2011.pdf> >

(cité: KAUFMANN-KOHLER, p. X)

KESSEDIAN Catherine, in : *Travaux du Comité français de droit international privé*, année 1995-1996, Pedone, Paris, 1999.

(cité: KESSEDIAN, p. X)

LALIVE Pierre / POUURET Jean-François / REYMOND Claude, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989.

(cité: AUTEUR, in: LALIVE/POURET/REYMOND, n° X, p. X)

LAZIĆ Vesna, *The Commission's Proposal to Amend the Arbitration Exception in the EC Jurisdiction Regulation: How 'Much Ado about Nothing' Can End Up in a 'Comedy of Errors' and in Anti-suit Injunctions Brussels-style*, (2012) 29 *Journal of International Arbitration*, Issue 1, p. 19-47.

(cité: LAZIĆ, p. X)

LIVSCHITZ Tamir, *Switzerland – as Arbitration Friendly as It Gets*, in: *Swiss Arbitration – Practical Aspects and New Developments*, Niederer Kraft & Frey (Dispute Resolution Team), Publication n° 9, Zurich, 2015, p. 9-31.

(cité: LIVSCHITZ, p. X)

LOQUIN Eric, *Chronique – Tribunaux de commerce et d'arbitrage*, in : *Revue trimestrielle de droit commercial (RTDCom.)*, janvier-mars 2015, p. 53-70.

(cité: LOQUIN, p. X)

MCLACHLAN Campbell, Lis Pendens in *International Litigation*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 336 (2008), p. 199-554.

(cité: MCLACHLAN, p. X)

POURET Jean-François / BESSON Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., Thomson – Sweet & Maxwell / Schulthess, Zurich, 2007

(cité: POUURET/BESSON, n° X, p. X)

POURET Jean-François, *Le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage*, *Bulletin ASA*, 3/2005, p. 401-407.

(cité: POUURET, *Le pouvoir*, p. X)

POURET Jean-François, *La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'art. 6 CIA*, in : B. Dutoit / J. Hofstetter / P. Piotet (éd.), *Mélanges Guy Flattet : recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet, professeur honoraire à l'Université de Lausanne*, Payot, Lausanne, 1985, p. 523-538.

(cité: POUURET, *La clause*, p. X)

RIGOZZI Antonio, *Sujet : initiative parlementaire 08.417n concernant la modification de l'article 7 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)*, 2011 ; le document nous a aimablement été transmis par son auteur.

(cité: RIGOZZI, p. X)

ROMANO Gian Paolo, *Litispendenza e connessione di cause nel regolamento Bruxelles I*, in: A. Bonomi (éd.), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, G. Giappichelli, Turin, 2009, p. 149-194.

(cité: ROMANO, p. X)

SAMUEL Adam, *Fomento - a tale of "litispendenza", arbitration and private international law*, in: P. Bernardini *et al.* (eds), *Liber Amicorum Claude Reymond: autour de l'arbitrage*, Lexis Nexis, 2004, p. 255-271

(cité: SAMUEL, p. X)

SANDERS Pieter, *La Convention de New York*, in : *Arbitrage International Commercial*, Publication de l'Union internationale des avocats, vol. 2, Martinus Nijhoff, 1960.

(cité: SANDERS, p. X)

SCHWEIZER Philippe, *ad art. 61 CPC*, in: *CPC -- Code de procédure civile commenté*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011.

(cité: CPC-SCHWEIZER, art. X N X)

TAIVALKOSKI Petri / LINDEGAARD Helle, *Finland: A Guide To Finnish Arbitration Law*, disponible sur le site Internet « mondaq », à l'adresse:

< <http://www.mondaq.com/x/36628/Arbitration+Dispute+Resolution/A+Guide+To+Finnish+Arbitration+Law> >

(cité: TAIVALKOSKI/LINDEGAARD, p. X)

TROCKER Nicolò, *Party Autonomy and Judicial Discretion in Transnational Litigation: The Problem of Jurisdictional Allocation in Comparative Perspective*, in: R. Stürmer / M. Kawano (éd.), *International Contract Litigation, Arbitration and Judicial Responsibility in Transnational Dispute*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 177-219.

(cité: TROCKER, p. X)

TSCHANZ Pierre-Yves, *De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP*, *ASA Bulletin* 3/2010, p. 478-484.

(cité: TSCHANZ, p. X)

UBER Peter / BACH Ivo, in: K.-H. Böckstiegel, S. M. Kröll *et al.* (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2<sup>nd</sup> ed., Kluwer law International, 2015.

(cité: UBER/BACH, p. X, n° X)

WEINTRAUB Russel J., *Parallel Litigation and Forum-Selection Clauses*, in: *Essays in honor of Arthur T. Von Mehren*, Transnational Publishers, 2002, p. 229-239.

(cité: WEINTRAUB, p. X)

30. Mai 2017

Bundesamt für Justiz  
Fachbereich Internationales Privatrecht  
3003 Bern

## **Vernehmlassung betreffend die Revision des 12. Kapitels IPRG**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Ich ergreife gerne die Gelegenheit, Ihnen einige Bemerkungen und Kommentare zum erwähnten Entwurf des Bundesamtes für Justiz zukommen zu lassen.

### **Teil I : Allgemeine Bemerkungen**

Die zentralen Aspekte der Neuregelung beziehen sich gemäss dem erläuternden Bericht auf die Nachführung der Gerichtspraxis und die Klärung offener Fragen (Ziff. 1.2.1), die Stärkung der Parteiautonomie „unter Berücksichtigung der entsprechenden Entwicklungen in den Gesetzen anderer Schiedsplätze“ (Ziff. 1.2.2), sowie die Erhöhung der Anwenderfreundlichkeit (Ziff. 1.2.3). In der öffentlichen Anzeige hiess es, der Bundesrat wolle „die Schweiz als einen der weltweit führenden Schiedsplätze noch attraktiver machen“. Diese Vorgabe findet man im Bericht nicht, was damit zusammenhängt, dass die meisten Vorschläge nicht über einfache Klarstellungen hinausgehen, die sich an im Ausland eingetretene Entwicklungen halten: Man kann nicht attraktiver werden, wenn man sich damit begnügt, Lösungen zu replizieren, die an ausländischen Schiedsplätzen bereits praktiziert werden.

Wie das im Kommentar zu den einzelnen Vorschlägen im II. Teil erläutert wird, enthält der Entwurf zahlreiche Lücken, Ungereimtheiten und Irrtümer, die man eigentlich in einem Text des Bundesamtes für Justiz, der noch dazu auf die Mitarbeit von Experten zählen konnte, nicht zu finden gewöhnt ist. Sollte das Projekt weitergeführt werden, so wäre die Mitarbeit einer Gruppe von unabhängigen Experten nicht zu umgehen. Der in die Vernehmlassung geschickte Entwurf ist von Experten begleitet worden, die sich offensichtlich in einem Interessenkonflikt befunden haben, der als nicht akzeptabel erscheint. Das zeigt sich etwa darin, dass man im Entwurf nicht den geringsten Hinweis auf die Interessen von Konsumenten, Mietern, Arbeitern und Sportlern findet. Erstaunlich ist auch das Fehlen jeder Bemerkung zu Artikel 190, betreffend die Gründe zur Anfechtung vor dem Bundesgericht. Wie man heute weiss, war die Mehrheit der Experten entweder direkt oder indirekt durch einen Geschäftspartner an solchen Verfahren beteiligt; die Experten wollten sich deshalb nicht zu diesem Thema äussern, obwohl es zu einem der wichtigsten in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz gehört. Das nimmt dem Entwurf jeden Anschein der Objektivität und Neutralität, ja der Qualität.

Der Vorentwurf erweist sich gesamthaft als ein recht mageres Produkt, das keinen Enthusiasmus auslöst<sup>1</sup>. Was soll nun geschehen?

1. Die Idee, die Gesetzestexte des 12. Kapitels IPRG und des 3. Teils der ZPO zu vereinigen, sollte nicht aufgegeben werden. Auch wenn es im Bericht heisst, dass daran kein Interesse bestehe, so ist doch darauf hinzuweisen, dass zu dieser Frage keine seriöse Untersuchung geführt wurde, die auch beantworten würde, ob es im Lande und in Berufskreisen einen eigentlichen Widerstand zu einem solchen Projekt gibt. Die Vernehmlassung zum 12. Kapitel des IPRG liegt grundlegend schief, wenn man beachtet, dass die Antworten fast vollständig nicht auf den Entwurf einer Schiedsklausel im Projekt zur Revision des **Aktienrechts** eingehen, die in der Botschaft des Bundesrates vom 23. November 2016 enthalten ist und am 31. Januar 2017 veröffentlicht wurde (BBl 2017 S. 710, Art. 697n und 797a OR). Diese Reform war dem Bundesamt für Justiz bekannt, als die Vernehmlassung im Januar 2017 eingeleitet wurde. Sie ist für die Diskussion über das Verhältnis der beiden Schiedsrechte in der ZPO und im IPRG sehr wichtig. Man muss deshalb sehr erstaunt sein, dass sie im Bericht nicht erwähnt wird.

Der eher technische Grund, warum die Autoren des neuen Artikel 697n OR sich entschieden haben, das Schiedsverfahren ausschliesslich der ZPO zu unterstellen, ist unter den gegebenen gesetzlichen Bedingungen einsehbar. Gleichwohl erscheint es grotesk, dass das IPRG in einem Rechts- und Geschäftsbereich ausgeschaltet werden soll, der für viele Aktiengesellschaften von internationaler Natur ist, gleich wie es unverständlich erscheint, dass neue Verfahrensvorschriften einer Reform zum materiellen Recht einverleibt werden sollen<sup>2</sup>. Der Vorschlag zum neuen Artikel 697n OR ist auch der sprechende Beweis dafür, dass das Festhalten am Dualismus der Schiedsregelungen ein Irrtum darstellt, auch wenn der Bericht etwas anderes behauptet (Ziff. 1.3.1, ohne die Revision des Aktienrechts auch nur zu erwähnen). Nur eine Rechtsvereinheitlichung wird es erlauben, eine angemessene und glaubwürdige Schiedsverfassung zu schaffen, von der man im Übrigen auch erwarten könnte, dass sie auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit ausgeweitet werden könnte, um damit die Rechtssicherheit dieses Tätigkeitsbereichs zu fördern. Das würde einer Vision auf lange Sicht einer Reform des Schiedswesens in der Schweiz entsprechen.

2. Politische Druckversuche könnten zur Folge haben, dass eine **Teilrevision** des 12. Kapitels stattfinden muss, um damit der Motion der Eidgenössischen Räte aus dem Jahre 2012 Genüge zu tun. **Die Klugheit und das Interesse der Schweiz an der Förderung unseres Schiedsplatzes sprechen nicht für eine solche Lösung. Es wäre besser, die Arbeiten vorläufig einzustellen.** Man kann aber nicht ausschliessen, dass sich ein politischer Entscheid der bescheidenen Art durchsetzen wird, und so den Weg weist. Sollte das die Wahl der eidgenössischen Behörden sein, so würde ich vorschlagen, die Reform auf einige wichtige Punkte zu beschränken, mit Hilfe einiger unabhängiger Experten. Der in die Vernehmlassung entlassene Entwurf ist dermassen mit Mängeln und Irrtümern beladen, dass zu befürchten ist, dass das Bundesamt für

<sup>1</sup> Es ist zu bedauern, dass man in den Kommentaren oft den Ausdruck des « toiletteage » findet, auch in Kreisen, in denen man gerne dafür einsteht, dass das Bild der Schweiz im Ausland zu bewahren sei. Es darf auch daran erinnert werden, dass der Nationalrat, als er die Motion annahm (1.6.2012, Amtl.Bull. NR 2012 S. 847 f.), eine Erklärung von Frau Bundesrätin Sommaruga zu hören bekam, wonach der Bundesrat „eine grundsätzliche Überprüfung des 12. Kapitels des IPRG“ unterstütze. Daraus ist nichts geworden.

<sup>2</sup> Vgl. von der Crone/Angstmann, Kernfragen der Aktienrevision, SZW 2017 S. 3-24 (19).

Justiz nicht in der Lage sein wird, einen überzeugenden Text vorzulegen, der auf die Interessen der Schweiz am Festhalten an der Qualität und der Attraktivität des internationalen Schiedswesens in der Schweiz Rücksicht nimmt.

Eine solche **Minimallösung** könnte sich mit den Lösungen befassen, wie sie in den Artikeln 189 (Schiedskosten), 189a (Berichtigung und Erläuterung) und 190a (Revision) enthalten sind.

Das würde es auch erlauben, die andern Fragen auf später zu vertagen, in der Absicht, damit zu einer grösseren Reform zu gelangen, die auch auf die Erfahrungen und negativen Auswirkungen der Revision im Rahmen des Aktienrechts eingehen. Das wird einige Jahre des Wartens und der Entwicklung eines ernsten politischen Willens zur Folge haben, doch wird das dem Lande zur Ehre gereichen.

## Teil II: Kommentar

### Art. 7

Keine Änderung.

*Die Ungenauigkeiten und Kontroversen betreffend die Tragweite dieser Bestimmungen bleiben ohne Antwort.*

*Die Initiative Lüscher schlug vor, einen Absatz 2 anzufügen, der lautet: „Bei internationalen Angelegenheiten fällt das angerufene schweizerische Gericht, unabhängig vom Sitz des Schiedsgerichtes, erst eine Entscheidung, wenn das Schiedsgericht über die eigene Zuständigkeit entschieden hat, es sei denn, eine summarische ergebe, dass zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung getroffen wurde.“*

*Offenbar überwiegt die Meinung, dass kein Handlungsbedarf besteht; es soll deshalb auf eine neue Regelung verzichtet werden. Die unterschiedliche Behandlung der Schiedseinrede, je nachdem, ob ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz oder im Ausland betroffen ist, ist Gegenstand von Diskussionen, deren Ergebnis noch nicht vorauszusehen ist. Entscheidend war deshalb eine Umfrage, die zum Ergebnis kam, dass die gegenwärtige Schiedspraxis keine Probleme aufgeworfen habe, die nach einer Änderung verlangen würden (Bericht, S. 13). Diese Umfrage erfolgte in typisch schweizerischem Stil: gibt es kein Problem in der Schweiz, so gibt es kein Problem überhaupt. Die Nachteile der Vollprüfung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung treten im Ausland auf, zielt doch die Klageeinleitung in der Schweiz darauf, ein im Ausland auf der Grundlage einer prima facie gültigen Schiedsklausel laufendes Schiedsverfahren zu stören. Das soll die Schweiz nicht interessieren, wie wenn sich die Frage der Attraktivität des Schiedswesens nur für die Schweiz allein stellt? Es bleibt Zeit, um die Frage gründlicher zu prüfen<sup>3</sup>.*

### Art. 176

In Absatz 1 werden die Begriffe der Niederlassung und des Sitzes als im Ausland liegende Anknüpfungsfaktoren angefügt. Diese Faktoren sind in Bezug auf die Parteien der Schiedsvereinbarung zu beurteilen, und nicht in Bezug auf den Zeitpunkt der Einleitung des Schiedsverfahrens, wie das vom Bundesgericht entschieden worden ist.

<sup>3</sup> Dabei wäre davon auszugehen, dass Autoren korrekt zitiert werden und nicht Meinungen zugeteilt erhalten, die sie nicht vertreten haben (so etwa mein in Fussnote 43 des Berichts zitierter Beitrag in Sem.jud. 2005 S- 177-182).

*Die Anfügung der Niederlassung ist sinnvoll, diejenige des Sitzes nutzlos, denn sie ergibt sich bereits aus Art. 21 Abs. 1. Allerdings ist es nicht überzeugend, jede Niederlassung einzubinden, auch diejenige, die mit dem Vertragsverhältnis oder dem Streitfall keine Beziehung aufweist.*

*Es soll sich um eine rein redaktionelle Ergänzung handeln (Bericht, S. 18). Bei genauem Hinsehen zeigt sich eine Divergenz zwischen dem deutschen und dem französischen Text. Dieser verlangt, dass eine Partei – kumulativ – ihren Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt, die Niederlassung und den Sitz im Ausland hat. Der deutsche Text verlangt – alternativ –, dass zumindest einer dieser Faktoren im Ausland liegen soll. Dies ist die richtige Lösung.*

*Die Bezeichnung der Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung macht die Regelung voraussehbar, im Unterschied zur gegenwärtig massgebenden Rechtsprechung, die eine Unsicherheit schafft, die erst im Moment der Einleitung des Schiedsverfahrens geklärt ist (Ziff. 1.2.1, 2.1, S. 18). Der neue Text bestimmt allerdings nicht die Parteien der Schiedsvereinbarung; diese kann auch Dritte erfassen, die der Vereinbarung nachträglich beigetreten sind, insbesondere im Wege einer Zession. Statt ausschliesslich auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung abzustellen, und nicht auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Schiedsverfahrens, wäre es wohl besser, beide zeitlichen Kriterien alternativ gelten zu lassen. Damit sind alle zufrieden.*

In Absatz 2 soll ergänzend präzisiert werden, dass die spätere Übereinkunft schriftlich erfolgen soll, womit der Text mit Art. 192 Abs. 1 übereinstimmt. Art. 353 Abs. 2 ZPO wird entsprechend angepasst (S. 19, 20).

*Diese Neufassung, mit der eine „ausdrückliche“ Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder eine spätere „schriftliche“ Übereinkunft verlangt wird, stimmt nicht überein mit der neuen Definition der Schriftform in Art. 178 Abs. 1. Ist die Erklärung „ausdrücklich“, wenn eine Partei einen schriftlichen Text vorlegt, während die andere Partei ihr Einverständnis nur mündlich, wenn auch „ausdrücklich“ äussert? Die spätere Übereinkunft soll für beide Parteien schriftlich sein, während dem der schriftliche Text einer Partei dafür ausreicht, um die Formgültigkeit der Schiedsklausel zu bejahen?*

*Um die Koordination der Texte zu sichern wäre die ZPO in Bezug auf die Schiedsklauseln in Statuten von Aktiengesellschaften vorzubehalten (im Hinblick auf den Entwurf von Art. 697n OR).*

#### **Art. 177**

Keine Änderung.

*Man hätte die Gelegenheit ergreifen können, die Frage nach der Schiedsfähigkeit einer Partei ebenfalls zu regeln (hier oder allenfalls in Art. 178 Abs. 2).*

#### **Art. 178**

Der Hinweis auf Telegramme und andere elektronische Mittel wird gestrichen.

*Das tut niemandem weh, stellt aber auch keinen Grund für die Revision dar. Da diese der Rechtsklarheit dienen soll, hätte man auch an eine entsprechende Anpassung von Art. 5 Abs. 1 denken können. Die Parallelität wird hingegen gewahrt in Bezug auf die ZPO, deren Art. 358 angepasst wird.*

Absatz 1 erfährt eine wichtige Änderung, insofern als die Anforderung an die Schriftform erfüllt ist, wenn sie nur von einer der Parteien der Schiedsvereinbarung erfüllt ist.

*Dieser Vorschlag ist offensichtlich der wichtigste der ganzen Reform und verlangt nach gründlicher Nachprüfung. Während der erläuternde Bericht durchwegs davon spricht,*

es gelte, die Rechtssicherheit zu fördern, so stellt man fest, dass in Bezug auf diesen Vorschlag zu Absatz 1 – der wichtigste! – von Rechtsklarheit nicht mehr die Rede ist. Es heisst, dass der aktuelle Text der gegenwärtigen Praxis nicht mehr entspreche. Neben dem UNITRAL Modelle (allerdings nur in einer der Varianten zu Art. 7), sind die wichtigsten der verwiesenen Rechtsordnungen diejenigen der Nachbarstaaten Frankreich, Deutschland und Österreich (Ziff. 1.2.2, sowie Ziff. 2.1, S. 19 f., wo noch auf das schottische, dänische und neuseeländisches Recht verwiesen wird, wobei keines davon für einen Schiedsplatz von einiger Bedeutung bekannt ist). Sieht man genauer hin, so stellt man fest, dass der Verzicht auf jedes Formerfordernis nur in Art. 1507 der französischen ZPO vorgesehen ist. Art. 1031 Abs. 5 der deutschen ZPO kennt eine wichtige Ausnahme zum Schutz der Konsumenten (im Bericht nicht erwähnt). Im Übrigen heisst es in Bezug auf Art. 1031 Abs. 2 der deutschen ZPO und Art. 583 der ZPO Österreichs, dass deren Formerfordernis „gelockert“ sei; diese Erleichterungen beziehen sich aber nur auf den Fall des Verweises auf ein anderes Dokument, das eine Schiedsklausel enthält. Abgesehen von diesem Fall ist die Formerfordernis durchwegs bilateral. Die Argumentation des Berichts ist insofern „misleading“. Es ist nicht dargelegt, inwiefern das Erfordernis einer bilateralen Schriftform für die Attraktivität der schweizerischen Schiedsgerichtsbarkeit ein Nachteil darstellen soll. Die Hinweise auf ausländische Rechte sind weitgehend unvollständig und was von deren Liberalität noch übrig bleibt ist ohnehin der europäischen Rechtsprechung über missbräuchliche Klauseln gegenüberzustellen (im Anschluss an das Urteil Océano des EuGH vom 27.6.2000). Der Bericht tut das nicht, und er beschäftigt sich auch nicht mit Art. 8 UWG.

Man kann auch anmerken, dass das praktische Beispiel im Bericht (S. 20) keineswegs nach einer so radikalen Lösung verlangt, wie sie der Entwurf vorsieht. Es würde ausreichen, sich danach auszurichten, was das Modellgesetz (Art. 7, erste Variante), § 1031 Abs. 3 und § 583 Abs. 2 ZPO Deutschlands bzw. Österreichs vorsehen, und damit eine befriedigende Lösung zu finden.

Der Bericht befasst sich nur mit der Willensfunktion der Form. Nach der neuen Bestimmung soll die Form diese Funktion nicht mehr erfüllen, wofür allein die Regelung über die materielle Gültigkeit nach Art. 178 Abs. 2 massgebend sein soll (Ziff. 1.2.2, S. 10 in fine). Das bedeutet zweierlei. (1) Der Nachweis des Konsensus der Parteien wird einem der in dieser Bestimmung verwiesenen Rechte überlassen, womit schwächere Parteien (Sportler, Konsumenten, Mieter, Arbeiter) nur noch in diesem Rahmen geschützt sind und nicht mehr durch das Erfordernis der Schriftform. Irgendwelche Form der Willensäusserung wird so genügen, wenn sie in einem dieser Rechte vorgesehen ist, sei sie nun mündlich, implizit oder sogar nicht einsehbar im Moment der Zustimmung zur Klausel. (2) Die Beweisfunktion, die mit dem von beiden Parteien zu befolgenden Erfordernis der Schriftform verbunden ist, wird gleichfalls einem der materiellen Rechte gemäss dieser Bestimmung überlassen, zum Nachteil der Interessen der schützenswerten Parteien. Diese Fragen werden vom Bericht nicht behandelt; die Interessen der Sportler, Konsumenten, Mieter (Airbnb!) und Arbeiter sind keiner Erwähnung wert. Im Lande des TAS/CAS ist dies doch erstaunlich. Man sollte auch wissen, was mit dem „Wohllwollen“ geschehen soll, das vom Bundesgericht angesprochen wird, wenn es um die Gültigkeit von Schiedsklauseln geht, die von Sportlern unterschrieben werden, ohne dass um ihren Willen gefragt wird (vgl. zuletzt BGE 27.9.2016, 4A\_102/2016, Erw. 3.2.3) – noch eine Frage, die der Bericht nicht anpricht.

In Anbetracht fehlender Hinweise im Bericht lässt sich nicht sagen, was die Auswirkungen der nur unilateralen Schriftform in den Beziehungen zu Dritten bedeuten

sollen, welche Parteien der Übereinkunft sind, ohne diese unterschrieben zu haben. Diese Situation entspricht der Praxis, wie sie in der Rechtsprechung anerkannt ist. In Anbetracht ihrer Komplexität und der Varietät der Situationen kann man sich allerdings fragen, ob der Eingriff des Gesetzgebers sinnvoll ist. Die Gültigkeit der Schiedsklausel gegenüber Dritten wird nur in klar definierten Situationen angenommen, die in der neuen Bestimmung nicht identifiziert werden. Es ist nicht auszuschliessen, dass in Anbetracht des neuen Absatz 1 die Antwort auf diese Fragen insgesamt den in Absatz 2 bezeichneten Rechten überlassen wird.

Es sei noch angefügt, dass die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung, die nur von einer Partei in Schriftform vorliegt oder in einem von ihr geschaffenen Text enthalten ist, mit Artikel II NYÜ nicht vereinbar ist, der verlangt, dass ein solches Dokument von jeder der Parteien schriftlich vorliegen soll. Das Bundesgericht hat Art. II NYÜ als „loi uniforme“ bezeichnet, die in allen Schiedsverfahren anzuwenden ist und das nationale Recht ersetzt (BGE 110 II 54 ff., 57 f.; 111 Ib 253 ff., 254 f.). Es stellt sich damit eine Frage nach der Vereinbarkeit mit Völkerrecht. Für die Autoren des Entwurfs scheint die Antwort einfach zu sein: Es ist davon nicht die Rede. Es wäre auch das Risiko zu erwägen, dass ein in der Schweiz ergangenes Urteil im Ausland nicht anerkannt werden könnte, weil die Anforderungen von Art. II und IV NYÜ nicht erfüllt sind. Es stellt sich ferner noch eine Zusatzfrage, die zu beantworten sein wird: darüber mehr zu Art. 194.

Ein neuer Absatz 4 ergänzt, dass die Bestimmungen des Kapitels 12 sinngemäss für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften gelten sollen.

Dieser Absatz 4 bewirkt, dass die gesamte Regelung des Kapitels 12 auch für einseitige Rechtsgeschäfte gelten soll. Die vorgeschlagene Fassung verweist auf das Kapitel 12 insgesamt, mit der Massgabe, dass es sich um eine analoge Anwendung handle, wobei man allerdings nicht ganz genau weiss, in welchen Fragen eine solche Analogie vorliegt, während in andern Fällen eine solche Situation zweifelhaft ist (etwa betr. Art. 187).

Vom Inhalt her gesehen bringt dieser Absatz 4 eine wichtige Klärung, insofern als Schiedsklauseln in Gesellschaftsstatuten, Trusts oder Testamenten der Form nach gültig sind, wobei die einzige noch verbleibende Frage dann darin besteht zu prüfen, ob die zustimmende Willensäusserung der Mitglieder oder andern Teilnehmer vorliegt. Die Frage, was mit diesem Vorschlag in Anbetracht des Entwurfs zu Art. 697n OR geschehen soll, wird nicht geprüft.

Der Bericht klärt, dass der einseitige Rechtsakt gemäss dem auf diesen anwendbaren Recht gültig ist (Ziff. 1.2.2, S. 11). Das ergibt sich allerdings nicht aus dem Absatz 4, der implizit auf die in Absatz 2 verwiesenen Rechte verweist (S. 20). Dabei wird sich etwa die Frage nach der Bedeutung der Haager Konvention von 1961 über die Testamentsform stellen.

Man kann feststellen, dass die Einfügung von Bestimmungen über die Streitgenossenschaft, die Klagehäufung und die Intervention Dritter (Art. 376 ZPO) sowie die Behandlung der Verrechnung und von Widerklagen (Art. 377 ZPO) nicht diskutiert werden.

#### **Art. 179**

Im Absatz 2 wird ergänzt, dass man das staatliche Gericht nicht nur anrufen kann, wenn eine besondere Vereinbarung fehlt, aber auch dann, wenn « aus anderen Gründen » ein Schiedsrichter (bzw. nach neuer Terminologie : « ein Mitglied des Schiedsgerichts ») ernannt oder ersetzt werden soll. Ein zweiter Satz erklärt das « zuerst angerufene staatliche Gericht »

zuständig, wenn die Parteien keinen Sitz bestimmt haben oder nur vorgesehen haben, dass dieser Sitz in der Schweiz liegen soll.

*Es sollte eine Lösung gefunden werden, doch ist nicht sicher, ob die vorgeschlagene Regel die beste ist. Der ergänzende Satz sagt nicht, welchen Entscheid dieses Gericht zu treffen hat; aus dem Zusammenhang lässt sich verstehen, dass dessen Aufgabe darin besteht, die fehlenden Schiedsrichter zu ernennen. Alsdann wird das so konstituierte Schiedsgericht den Sitz festlegen (S. 22). Man hätte sich aber auch vorstellen können, dass das Gericht nur gerade das tut, was im konkreten Fall fehlt: den Sitz des Schiedsgerichts zu bestimmen. Die Parteien könnten sich alsdann an das staatliche Gericht des so bezeichneten Schiedsorts wenden, um die Bestellung des Schiedsgerichts abzuschliessen. Es scheint nicht überzeugend, dass die zuerst handelnde Partei auf diese Art die Ernennung aller Schiedsrichter erzielen und so eine Schiedsklausel umgehen kann, die vorsieht, dass jede Partei ihren Schiedsrichter selbst ernennt. Der Entwurf bricht insofern mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Das ist nicht angemessen und auch unnötig, denn es gibt einfachere Lösungen, um zur Bestimmung des Sitzes in der Schweiz zu kommen (zumal sich das Problem auch bei Art. 23 LugÜ stellt).*

Im Übrigen wird im Absatz 2 der Verweis auf die Bestimmungen der ZPO gestrichen.

*Diese Streichung ist grundsätzlicher Art, soll doch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nach dem IPRG autonom und damit von den Regeln der ZPO unabhängig werden (Ziff. 1.2.3). Im Zusammenhang mit Art. 179 Abs. 2 wird man damit auch nicht mehr auf Art. 371 Abs. 3 und 4 ZPO zurückgreifen können, um das Verfahren nach dem Ersatz eines Schiedsrichters oder die Frage der Erstreckung der Frist zum Erlass des Schiedsentscheids zu regeln. Das wird eine bedauerliche Lücke hinterlassen.*

Ein neuer Absatz 2<sup>bis</sup> sieht vor, dass bei einer Mehrparteienschiedssache das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts alle Mitglieder des Schiedsgerichts ernennen kann.

*Der Vorschlag betrifft ein oft debattiertes Problem, das sich allerdings in der Praxis nicht gerade häufig stellt, haben doch die Parteien ein Interesse daran, sich auf eine Lösung zu einigen, die ihnen zumindest einen gewissen Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts lässt.*

*Folgt man dem Text, so geht die Regel zu weit. Sie sollte nur zum Zug kommen, wenn sich die Parteien nicht auf eine Lösung einigen können oder wenn sich eine solche nicht im anwendbaren Schiedsreglement finden lässt. Für den Bericht ist das selbstverständlich (S. 22 f.). Die Auslegung wird ergeben, dass insofern gilt, was in Absatz 2 steht. Das ist richtig, aber es wäre besser, wenn das klargestellt wäre.*

*Auch heisst es, das Gericht könne „alle Mitglieder des Schiedsgerichts ernennen“. Der Bericht meint, das Gericht könne auch nur einen oder zwei Schiedsrichter ernennen (S. 23); besser wäre es, wenn man dies nicht im Wege der Auslegung herausfinden müsste.*

*Der Vorschlag hätte auch im Vergleich mit Art. 176 Abs. 1 eine Idee finden können: welches sind die Parteien eines solchen Schiedsverfahrens und auf welchen Zeitpunkt muss man sich beziehen, um das zu wissen? Das sollte noch überlegt werden, wobei nicht etwa die gleiche Lösung wie in Art. 176 Abs. 1 im Vordergrund steht. Mit der gewählten minimalistischen Formulierung wird man mehr Probleme schaffen als man regeln möchte.*

Gemäss der Neufassung von Absatz 3 muss das mit der Ernennung oder Ersetzung eines Schiedsrichters betraute staatliche Gericht diesem Begehren stattgeben (der Rest der Bestimmung bleibt unverändert).

*Man erkennt zwei Irrtümer: Der Ersatz des staatlichen „Richters“ durch das „Gericht“ übersieht die Bedürfnisse der Praxis. Zu diesem Zwecke bezeichnen die Parteien normalerweise einen Richter, der nach seiner Identität oder seiner Funktion bestimmbar ist (wie der Präsident eines Gerichts). Das IPRG schuf insofern einen grossen Fortschritt (insbesondere in Bezug auf die Haltung gewisser Präsidenten des Bundesgerichts<sup>4</sup>); es besteht kein Grund, auf diese Lösung zu verzichten, die den zumeist ausländischen Parteien versichert, dass der bezeichnete Gerichtspräsident die Ernennung eines Schiedsrichters nicht verweigern wird, meistens aus Gründen, die zum vorneherein nicht einsehbar sind.*

*Die Einfügung des Falls der „Ersetzung“ ist unnötig, denn das Gericht wird das nicht tun, sondern lediglich den Ersatz-Schiedsrichter ernennen (vgl. Art. 371 Abs. 1 ZPO).*

Der neue Absatz 4 ruft in Erinnerung, dass das Vorliegen von Umständen, die berechtigte Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit wecken können, von der « Person, der ein Schiedsrichteramt angetragen wird », unverzüglich offenzulegen ist, und zwar während des ganzen Verfahrens.

*Der Grundsatz ist selbstverständlich und wird in der Rechtsprechung oft wiederholt.*

*Der Wortlaut ist zu weit gefasst (wie Art. 363 Abs. 1 ZPO), denn die Pflicht trifft nur die Person, die ein Schiedsmandat angenommen hat oder dies unmittelbar beabsichtigt, so wie das im französischen Text richtig steht. Es heisst etwas ungenau, dass die Pflicht mit dem Ablauf des „ganzen Verfahrens“ ein Ende nimmt. Damit ist wohl nur das Schiedsverfahren gemeint (so die französische Version), wobei sich fragen könnte, ob der Firstablauf nicht noch auf den Fall eines Verfahrens auf Nichtigkeit oder Revision des Schiedsurteils erstreckt werden sollte.*

*Die Umschreibung der Offenlegungspflicht deckt sich mit der Definition des wichtigsten Ablehnungsgrunds (Art. 180 Abs. 1 lit. c). Eine Erklärung, die sich an den Wortlaut des neuen Art. 179 Abs. 4 hält, entspricht einer Feststellung mangelnder Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit, und könnte so unmittelbar ein Ablehnungsbegehren nach sich ziehen. Es wird noch zu überlegen sein, ob man den unterschiedlichen Umfang der Offenlegungspflicht und des Ablehnungsgrundes nicht noch klarstellen sollte (insofern besser der französische Text).*

#### **Art. 180**

Die Ablehnungsgründe bleiben grundsätzlich die gleichen (Abs. 1 und 2).

Ein neuer Absatz 2<sup>bis</sup> regelt die Abberufung von Schiedsrichtern, weitgehend in Anlehnung an Art. 370 Abs. 1 und 2 ZPO.

Gemäss dem Absatz 3 kann bei Fehlen einer vereinbarten Regelung jede Partei, die einen Schiedsrichter ablehnen oder abberufen will, das schriftlich innert 30 Tagen beim staatlichen Gericht am Sitz des Schiedsgerichts beantragen. Das Gericht entscheidet endgültig.

*Die Formulierung übergeht einen wesentlichen Aspekt eines solchen Verfahrens. Es kann nicht sein, dass die 30 Tage Frist vom Moment an läuft, da eine Partei Kenntnis des Ablehnungs- oder Abberufungsgrundes hat. Im Falle einer Ablehnung muss sich diese Partei zunächst an das Schiedsgericht wenden (Abs. 2); die Frist kann deshalb erst zu laufen beginnen, wenn die Ablehnung vom betroffenen Schiedsrichter verweigert wird. Der Entwurf verwechselt zwei Lösungen, die in den Absätzen 2 und 3 von Art. 369 ZPO sorgsam unterschieden werden.*

<sup>4</sup> Vgl. A. Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1988, § 149.

*Im Falle einer Abberufung läuft keinerlei Frist, wenn eine schriftliche Vereinbarung vorliegt, die unmittelbar wirksam wird (vgl. Art. 370 Abs. 1 ZPO). Absatz 3 gilt nur für den Fall der einseitigen Abberufung.*

*Es soll keine Änderung in Bezug auf den endgültigen Charakter des Gerichtsentscheids geben. Die heutige Praxis soll damit bestehen bleiben. Diese ist nicht klar und sie hat auch zur Folge, dass gewisse Schiedsverfahren in die Länge gezogen werden, obwohl man sich wohl bewusst ist, dass die fehlende Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit eines Schiedsrichters letztlich den Schiedsentscheid zu Fall bringen wird.*

Nach dem neuen Absatz 4 gelten die Bestimmungen über die Revision, wenn ein Ablehnungsgrund erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt wird (Art. 190a).

*Wie noch im Zusammenhang mit Art. 190a zu erläutern sein wird, ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Verfahrens nicht der richtige. Ein solcher Revisionsgrund setzt voraus, dass er erst „nach dem Ablauf der Frist zur Einreichung eines Begehrens auf Anfechtung eines internationalen Schiedsentscheids“ entdeckt worden ist (BGE 142 III 535).*

In Anbetracht der Streichung jeden Verweises auf die ZPO (Art. 179 Abs. 2) oder das staatliche Verfahren (Art. 180 Abs. 3), gibt es keine Bestimmung mehr – weder in Art. 179 noch in Art. 180 – mit der das zuständige staatliche Gericht bezeichnet wird. Art. 356 ZPO ist nicht mehr anwendbar.

*Es dürfte jedermann einsichtig sein, dass es sich dabei um eine unglückliche Lücke handelt. Die Autoren des Entwurfs glaubten mit einem Federstrich etwas zu erreichen, was zur „Erhöhung der Anwenderfreundlichkeit“ gehören soll (Ziff. 1.2.3, 2.1 S. 21), obwohl die Benutzer noch so froh wären, wenn sie in Art. 356 ZPO nachsehen könnten, an welchen Richter sie sich zu wenden haben. Will man den Kantonen weis machen, dass sie ein Einführungsgesetz erlassen müssen? Will man im besten Fall den kantonalen Parlamenten empfehlen, anzuordnen, „es gelte Art. 356 ZPO“, mit der Begründung, dass es für den eidgenössischen Gesetzgeber zu schwerfällig erschien, das selbst zu machen?*

*Aus den gleichen Gründen wird man sich nicht mehr auf Art. 369 Abs. 4 ZPO berufen können, um dem Schiedsgericht zu erlauben, das Verfahren zusammen mit dem Schiedsrichter weiterzuführen, der von der Ablehnung betroffen ist. Was gilt dann?*

## **Art. 182**

Keine Änderung.

*Es soll also keine Innovation geben, mit der man „die Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsplatz erhalten oder gar stärken könnte“, wie das ursprünglich die Absicht war?*

*Man hätte etwa an besondere Regelungen für kleinere Schiedsfälle denken können, die die Konsumenten, die Mieter oder gewisse Kategorien von Arbeitnehmern betreffen.*

*Sollte man nicht einen Platz für die Mediation vorsehen?*

*Man hätte auch an die Möglichkeit denken können, Schiedsverfahren zu schaffen, die die Feststellung der die Parteien bindenden normativen Regelung erlauben, statt unmittelbar eine Verurteilung anzustreben, die den Streitfall meist nicht beruhigen kann<sup>5</sup>.*

*Wie wäre es, wenn man eine Regel einführen würde, die es dem Schiedsgericht erlauben würde, in einem beschleunigten Verfahren vorzugehen, wenn die Umstände der Streitsache und die Rechtslage offensichtlich erkannt worden sind?*

<sup>5</sup> Vgl. Pierre-Yves Tschanz, *Vers un arbitrage international préventif?*, ZSR 2002 II S. 3-74.

*Eigenartigerweise findet man keinen Hinweis auf die Tendenz, die Transparenz der internationalen Schiedsverfahren zu fördern, zumal deren Reputation sich nicht so glorios anbietet wie oft behauptet wird. In der Botschaft zur Mauritius-Konvention hat man den Bundesrat sagen lassen, dass die Transparenz der Rechtsicherheit und der Legitimität des Schiedswesen diene und der Schiedsgerichtsbarkeit eine « neue Dynamik » verleihe (BBl 2016 S. 4072). Wenn es aber um die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem 12. Kapitel geht, ist all das vergessen oder unter den Teppich gekehrt. Ein besonderer Aspekt der Transparenz wäre die Pflicht jeder Partei anzukündigen, wenn sie von einem Dritten unterstützt wird, der am Ausgang des Verfahrens interessiert ist und dessen Kosten übernimmt.*

#### **Art. 183**

Keine Änderung, abgesehen von der Ergänzung in Absatz 2, dass auch eine Partei (und nicht nur das Schiedsgericht) das staatliche Gericht um Mitwirkung ersuchen kann.

*Keine neue Idee hat hier weitergeholfen. Es wäre wünschbar gewesen, eine gewisse Zusammenarbeit zwischen dem Schiedsgericht und dem staatlichen Richter vorzusehen, um diesem zum Beispiel zu erlauben, an gewissen Schiedsverhandlungen teilzunehmen, oder umgekehrt das Schiedsgericht beim staatlichen Verfahren beizuziehen. Eine solche Zusammenarbeit wäre besonders sinnvoll, wenn es darum geht, Eilmassnahmen anzuordnen.*

*Der Umstand, dass künftig Zwangsmassnahmen unmittelbar von einer Partei verlangt werden können, wird in Zukunft nicht ohne Einfluss auf das Vorgehen des Schiedsgerichts sein, wenn die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen beantragt wird. In vielen Fällen erweist es sich als völlig ausreichend, wenn das Schiedsgericht eine Massnahme anordnet, ohne dass diese vollstreckt wird. Dieser Unterschied verschwindet in der Neufassung des Absatz 2 (die dem Art. 374 Abs. 2 ZPO entspricht). Man könnte bedauern, dass die Möglichkeit, auf jede Intervention der staatlichen Gerichtsbarkeit zu verzichten, nicht geprüft worden ist, zumindest in den von Art. 192 Abs. 1 betroffenen Fällen.*

*Das staatliche Gericht wendet „sein eigenes Recht“ an. Dabei handelt es sich um nichts anderes als die ZPO, von der es doch heisst, dass sie durch die Bestimmungen des IPRG zu ersetzen ist (Ziff. 1.2.3). Das lässt sich gar nicht anders machen, wenn es sich um die von Art. 183 und 184 betroffenen Verfahrensfragen handelt. Dann könnte man allerdings auch bei Art. 179 und 180 eine flexiblere Position einnehmen.*

*Die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts bleibt ohne Regelung. Dieses Gericht soll im summarischen Verfahren urteilen (neuer Art. 251a lit. c ZPO). Es gibt somit einen Verweis auf die ZPO, aber man weiss nicht, ob damit auch die Bezeichnung der zuständigen Behörde erfasst ist. Der Bericht sagt nichts dazu (S. 31 f.). In Analogie zur Regelung in den Art. 179 und 180, wo ebenfalls das summarische Verfahren gilt (Art. 251a lit. a et b ZPO) ohne dass weiter auf die ZPO verwiesen wird, ist davon auszugehen, dass die Frage offen bleibt (gleich wie in Art. 184 und 185).*

#### **Art. 184**

Der erste Teil des gegenwärtigen Absatz 2 wird selbständig, mit der Ergänzung, dass auch „eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichtes“ die Mitwirkung des staatlichen Gerichts beantragen kann.

*Der Verfahrensschritt, den „eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichtes“ vornimmt, gibt es so in keiner Schiedsregelung. Die Meinung ist wohl, dass die Zustimmung des Schiedsgerichts vorgängig eingeholt wird, welches dabei selbstverständlich alle Parteien konsultiert.*

In Absatz 3 wird neu angefügt, dass das staatliche Gericht andere Verfahrensformen als diejenigen seines eigenen Rechts anwenden oder berücksichtigen kann.

*Diese Erweiterung der Verfahrensmodalitäten scheint den vorangehenden Bestimmungen untergeordnet zu sein, das heisst, dass die Mitwirkung des staatlichen Gerichts erforderlich ist.*

*Die neue Norm hat zwei Teile: (1) Grundsätzlich wendet das Gericht sein eigenes Recht an. Davon heisst es im Bericht, eine solche Regel fehle im geltenden Recht (S. 25); das ist falsch (Abs. 2 in fine). (2) Der zweite Teil bringt eine Erweiterung von Art. 11a Abs. 2 und 3 IPRG; das ist zwar richtig, zeigt aber auch, dass die Regel nichts bringt, denn Art. 11a gehört ohnehin schon zum „eigenen Recht“, das das staatliche Gericht anzuwenden hat.*

*Die ausdrückliche Erwähnung anderer Verfahrensformen wird wohl zur Folge haben, dass entsprechende Begehren häufiger werden. Allerdings sollte sich das Schiedsgericht nicht in übertriebenem Masse zulasten des staatlichen Gerichts vorgehen können, und diesem etwa jede « cross-examination » übertragen wollen.*

#### **Art. 185**

Keine Änderung.

*Die Institution eines nationalen juge d'appui entspricht nicht der föderalistischen Struktur des Landes, und das Bundesgericht wollte offensichtlich nicht diese Rolle übernehmen (Ziff. 1.3.2, S. 15). Das hätte allerdings noch Platz gelassen für die Möglichkeit einer Übertragung der Zuständigkeit an ein Gericht eines andern Kantons, das über mehr Erfahrung verfügt, so wie das in Art. 7 Abs. 2 BG-KKE vorgesehen ist.*

*Es gibt keine Illustration einer richterlichen Aufgabe, die nicht schon in den Art. 179, 180, 183 et 184 aufgeführt ist.*

*Die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege hätte geprüft werden können, unbeachtet der ablehnenden Haltung in Art. 380 ZPO. Wenn man Schiedsverfahren auch für weniger bemittelte Parteien zugänglich machen will, könnte sich ein solches Instrument als sehr nützlich erweisen. Das Schiedsgericht verfügt nicht über eine solche Möglichkeit (BGE 9.2.2017, 4A\_690/2016, Erw. 5). Das Bundesgericht hatte angemerkt, dass die Frage diskutiert werde und dass die Kündigung einer Schiedsklausel zu prüfen wäre, wenn der Zugang zum Recht in Frage steht (vgl. BGE 11.6.2014, 4A\_178/2014, Erw. 4, betr. einen Fall des TAS/CAS).*

*Auch die Aufnahme von Bestimmungen über den Kostenvorschuss (Art. 378 ZPO) und die Sicherstellung der Parteientschädigungen (Art. 379 ZPO) stand nicht zur Debatte. Damit wird auch nichts über die heute so aktuelle Frage der Finanzierung des Streitverfahrens durch Dritte gesagt.*

#### **Art. 186**

Keine Änderung.

*In der gleichen Logik wie in Art. 190 Abs. 3 wäre es wünschbar, die Regelung des Art. 186 auch auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts auszudehnen (vgl. Art. 359 Abs. 1 ZPO)*

#### **Art. 187**

Der Begriff „Recht“ soll durch „Rechtsnormen“ ersetzt werden, womit die Bestimmung der französischen Version angepasst wird („règles de droit“).

*Die rein redaktionelle Frage hat Diskussionen ausgelöst. Die praktische Bedeutung ist gleich null. Zumindest hätte man die deutsche Übersetzung korrekt vorlegen können, zumal sie im Art. 381 Abs. 1 lit. c ZPO leicht zu finden ist („Rechtsregeln“).*

#### **Art. 189**

In einem neuen Absatz 3 soll im Gegensatz zur unglücklichen Praxis des Bundesgerichts (die fälschlicherweise von zahlreichen Kommentatoren begrüsst wird) klargestellt werden, dass das Schiedsgericht über die Höhe und die Verteilung der Kosten des Verfahrens und über die Parteientschädigungen selbst entscheidet. Indessen soll es keinen Anfechtungsgrund wie in Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO geben.

*Der Gesetzgeber von 1987 war der Meinung, dass der Annullierungsgrund des Ordre public ausreicht (Amtl. Bull. SR 1987 S. 197); das Bundesgericht nimmt darauf nicht Rücksicht. Die unterschiedlichen Lösungen sind unverständlich. Wenn das Bundesgericht die Festlegung der Kosten im internen Schiedsverfahren prüfen kann, dann muss das auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit möglich sein, zumal es keinerlei Hemmungen hat, seine eigenen Spesen zu verrechnen, von denen jedermann weiss, dass sie bei grösseren Verfahren exorbitant sein können, wenn das Urteil nicht mehr als einige Seiten umfasst. Der Bericht gibt sich vorsichtig und widersprüchlich: Diese Neuigkeit soll nicht zu einer Erhöhung der Zahl von Anfechtungen führen, wobei sogleich angefügt wird, dies betreffe in der Praxis ohnehin nur wenige Fälle, da die Frage meistens im anwendbaren Schiedsreglement geregelt sei (S. 27).*

*Man hätte auch an die Möglichkeit denken können, die Frage vor den juge d'appui zu bringen (Art. 185), ähnlich wie ein Verfahren um Berichtigung (Art. 189a).*

*Wenn nichts geschieht, wird die Schweiz weiterhin der Kritik ausgesetzt sein, dass gewisse Schiedsrichter übersetzte Honorare verlangen, ohne daran zu denken, was das für die Reputation des Landes bedeutet.*

#### **Art. 189a**

Der Entwurf bringt ausdrücklich ein Verfahren zur Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Schiedsentscheids. Das Schiedsgericht kann auch selbst eine solche Initiative ergreifen. Es gilt eine 30 Tage Frist (Abs. 1).

Ein solcher Antrag hemmt die Rechtsmittelfristen nicht. Eine solche Frist läuft von neuem in Bezug auf den betroffenen Teil des Entscheids (Abs. 2). Das Bundesgericht wird die Verfahren vereinen.

#### **Art. 190**

Keine Änderung. Insbesondere bleibt der Anfechtungsgrund des Ordre public unverändert (Art. 190 Abs. 1 lit. e). Man will den Eindruck schaffen, das sei selbstverständlich, denn der Bericht gibt darüber keinerlei Auskunft.

*Das Bundesgericht ist ohnehin der Meinung, dass dieser Anfechtungsgrund nutzlos sei, denn die Aufhebung eines Schiedsentscheids auf dieser Grundlage sei « äusserst selten » (BGE 132 III 389 ff, 391) wenn nicht gar ausgeschlossen. Der simple Respekt des Willens des Gesetzgebers von 1987, die Rechtssicherheit zu fördern und auf die Bedürfnisse der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit einzugehen, hätte nach einer Reaktion auf die extreme Haltung des Bundesgerichts verlangt<sup>6</sup>. Man hätte die Gelegenheit ergreifen können, die Bedeutung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ in vernünftigem Rahmen neu zu umschreiben, denn dieser Anfechtungsgrund ist in Anbetracht der engen Umschreibung durch das Bundesgericht nie anwendbar und*

<sup>6</sup> Pierre Lalive, L'article 190 al. 2 LDIP a-t-il une utilité ?, ASA 2010 S. 726-734.

damit sinnlos<sup>7</sup>. Es ist gesagt worden, man befinde sich in einer Sackgasse<sup>8</sup>, und dann konsultiert man Experten, die nicht in der Lage sind, den Weg zu weisen?

In seinem Urteil vom 18.6.2012 (4A\_488/2011, Erw. 6.2) hat das Bundesgericht bemerkt, dass der Anfechtungsgrund des *Ordre public* nicht erlaubt, einen sinnvollen Rechtsrahmen in Bezug auf die Disziplinarsanktionen zu schaffen, was zu einer Art *lex sportiva* führen würde, was Probleme im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Judikative schaffen würde. Damit war mit andern Worten gemeint, dass der Anfechtungsgrund des *Ordre public* nicht ausreicht, dass aber eine Verbesserung der Situation vom Gesetzgeber ausgehen müsse. Sieht man den Entwurf an, so kommt man zum Schluss, dass der Gesetzgeber den Hinweis nicht bemerkt hat. Das Bundesgericht hat kürzlich nochmals darauf hingewiesen (BGE 13.12.2016, 4A\_116/2016, Erw. 4.2.3).

Ist es nicht absurd, dass das Bundesgericht der Meinung ist, dass es darauf verzichten müsse, auf das verminte Terrain des Verhältnisses zwischen Fussball und Geld zu treten, das sich in Anbetracht der astronomischen Summen und der Verschleierung der Beziehungen zwischen den involvierten Kreisen jeder Vernunft entzieht (Erw. 4.2.3), dabei aber gleichzeitig als Komplize handelt, mit dem Argument, dass das dem Interesse der Spieler am Ansteigen ihrer Entschädigungen entspreche (Erw. 4.2.3)? Und nun soll der schweizerische Gesetzgeber diesen Zustand der Rechtlosigkeit noch absegnen?

Die zahlreichen Kritiken gegenüber der bundesgerichtlichen Toleranz nicht begründeter Schiedssprüche sind ebenfalls nicht gehört worden. Da es sich immerhin um eine auch vom Bundesgericht anerkannte Verletzung der Bundesverfassung handelt, ist das Schweigen der Autoren des Entwurfs unverständlich.

#### **Art. 190a**

Eine neue Bestimmung kodifiziert die Möglichkeit, die Revision des Schiedsentscheids zu beantragen. Die Revisionsgründe entsprechen Art. 123 Abs. 1 und 2 lit. a BGG. Die relative Frist ist 90 Tage, die absolute 10 Jahre, anlehnend an Art. 124 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG, aber ohne die dort vorgesehenen Ausnahmen.

Das Bundesgericht ist im Anschluss an eine detaillierte Studie (BGE 142 III 521 ff., 525-535) zum Schluss gekommen, dass die Frage besser vom Gesetzgeber zu regeln sei (BGE 142 III 535), wobei man als Revisionsgrund auch den Fall finden sollte, dass nach dem Ablauf der Frist für eine Anfechtung des Schiedsurteils ein Grund entdeckt wird, der zur Ablehnung hätte führen müssen. Der Entwurf bejaht die Frage nur implizit, durch den Verweis in Art. 180 Abs. 4 auf diesen Art. 190a. Für das Bundesgericht war allerdings die Zulässigkeit des Revisionsgrundes fraglich (BGE 142 III 526). Man hätte sich deshalb einen ausdrücklicheren Text vorstellen können.

Der Entwurf übernimmt nicht die vom Bundesgericht ausdrücklich erwähnte Bedingung, dass dieser Revisionsgrund erst nach Ablauf der Frist zur Anfechtung eines internationalen Schiedsentscheids entdeckt worden ist (BGE 142 III 535). Das ist ein Irrtum, denn der doppelte Rechtsweg – Anfechtung, Art. 190 Abs. 2 lit. a, und Revision, Art. 190a Abs. 1 lit. a – macht keinen Sinn. Der Bericht hat das Problem nicht erkannt, wird doch lediglich bemerkt, dass die Anfechtung nutzlos und die Revision damit das einzige wirksame Rechtsmittel sei (S. 24 f.); das macht natürlich nur Sinn, wenn die Frist für die Anfechtung bereits abgelaufen ist.

<sup>7</sup> Vgl. A. Bucher, *Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral*, Jusletter, 8. Mai 2017, S. 13-15.

<sup>8</sup> Anton K. Schnyder, *Vertragsstatut und Eingriffsnormen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, in: Tradition und Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher, Bern 2009, S. 683-698 (697).

In Analogie zu Art. 192 Abs. 1 können Parteien ohne Beziehung zur Schweiz den Revisionsgrund betreffend später entdeckten Tatsachen oder Beweismitteln ausschliessen (Abs. 1 lit. a).

*Dieser Ausschlussgrund erweckt – a fortiori – die gleichen Vorbehalte wie Art. 192 Abs. 1.*

### **Art. 191**

Das Bundesgericht bleibt nicht nur Beschwerdeinstanz, sondern übernimmt auch ausdrücklich die Funktion der Beschwerdeinstanz. Es wird auf Art. 77 und 119b BGG verwiesen. Es gibt drei Neuigkeiten.

Das Interesse richtet sich zunächst auf die in Art. 77 Abs. 2<sup>bis</sup> BGG geschaffene Möglichkeit, Rechtsschriften in englischer Sprache abzufassen.

*Man wollte oder konnte den Schritt nicht wagen, einen ausschliesslich auf Englisch geführten Beschwerdeweg zu schaffen. Dafür wäre es notwendig gewesen, eine unabhängige Beschwerdebehörde einzuführen (im Sinne einer Swiss Federal Court of Arbitration). Das hätte den grossen Vorteil, über Richter und Gerichtsschreiber zu verfügen, die über eine spezifische Ausbildung verfügen und den Interessen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nahe stehen. Jeder Praktiker wird einsehen, dass sich die nun gewählte Lösung auf halbem Weg für die Gerichtsschreiber und Richter als mühsam erweisen wird, wenn die gesamten Akten nur in englischer Sprache sind. Dazu kommt, dass die Schriftsätze in aller Regel in einem den schweizerischen Bräuchen nicht entsprechenden Stil abgefasst sein werden: Wird die englische Sprache eingeführt, so werden die Rechtsschriften in aller Regel von Rechtsvertretern im Ausland verfasst und schlicht via ein schweizerisches Büro an das Bundesgericht weitergeleitet werden. Der kommerzielle Verlust für die schweizerischen Anwaltsbüros ist vorprogrammiert; er fügt sich zu den bereits heute feststellbaren Einbussen als Folge der Verfahrensführung durch ausländische Anwälte, die den schweizerischen Beratern lediglich die Betreuung in lokalen Fragen überlassen.*

Das Bundesgericht wird einzige Revisionsinstanz (Art. 119b BGG).

*Es ist zu bedauern, dass man nicht daran gedacht hat, dass eine Revision auch beim Schiedsgericht beantragt werden könnte, das ja normalerweise besser in der Lage ist, ein solches Gesuch zu beurteilen. Das wäre schon insofern vernünftig, als das gleiche Schiedsgericht auch beauftragt ist, im Falle der Gutheissung des Gesuchs die Sache zur Neuurteilung zu übernehmen (Art. 119b Abs. 3 BGG).*

Die neue Fassung von Art. 77 Abs. 1 BGG regelt endlich die Frage des Streitwerts: Er soll nicht verlangt werden.

*Über das Für und Wider dieser Wahl lässt sich endlos debattieren. Im Zusammenhang mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit liesse sich eine solche Anforderung mit der Absicht begründen, den Rechtsweg gegen Schiedsentscheide auf wichtige Gründe einzuschränken. Der Bericht hält sich andererseits an den Grundsatz, dass man Schiedsentscheide nicht jeder Kontrolle durch staatliche Gerichte entziehen soll, mit der Ausnahme nach Art. 192 Abs. 1. Das Argument ist nicht ohne Gewicht, doch wenn man berücksichtigt, was das Bundesgericht aus dem Anfechtungsgrund des Ordre public gemacht hat (Verweigerung jeder staatlichen Kontrolle), erscheint es doch recht künstlich.*

Es gibt keine anderen Vorschläge, noch werden andere Ideen auch nur diskutiert.

*Man hätte einige Punkte, die sich im Zusammenhang mit der Rechtsprechung stellen, klären können, wie etwa: (a) die Unsicherheit in Bezug auf die Möglichkeit der Beschwerde gegen Zwischenentscheide, die nur incidenter oder implizit eine Frage der Zuständigkeit entscheiden; (b) eine bessere Umschreibung der Bedingungen zu denen das Schiedsgericht vom Bundesgericht konsultiert wird, um den Schiedsentscheid zu erläutern, wobei die Parteien zu Unrecht nicht beigezogen werden; (c) Verweigerung der Annahme der Erläuterungen des Sekretärs des TAS/CAS, die ohne Bezug der den Entscheid zu verantwortenden Formation verfasst werden – und damit als Korrektur einer unzulässigen Praxis, die jüngst noch bestätigt worden ist (BGE 20.12.2016, 4A\_32/2016, Erw. 2); (d) Neuregelung der Tarifstruktur des Bundesgerichts im Sinne einer Reduktion der exorbitanten Summen in grösseren Verfahren, die zur Folge haben können, dass mehrere zehntausend Franken für jede Seite eines Urteils verlangt werden.*

Für alle neuen Rechtsmittel ist die Frist im IPRG geregelt, eigenartigerweise aber nicht für die Nichtigkeitsbeschwerde.

#### **Art. 192**

Keine Änderung, ausser der Einfügung des Begriffs des Sitzes.

*Das Bundesgericht hatte bemerkt, dass die Möglichkeit, auf jede Beschwerde gegen einen Schiedsentscheid zu verzichten, nicht für den grössten Teil der Streitfälle im Bereich des Leistungssports gedacht war (BGE 133 III 235 ff., 242). So ist die Gültigkeit einer solchen Klausel verneint worden, wenn der Sportler sich in einer Situation befand, in der er die Unterzeichnung einer solchen Erklärung nicht hätte verweigern können ohne damit die Möglichkeit zu verlieren, an einem von seiner Föderation organisierten Wettkampf teilzunehmen (BGE 133 III 242-247). Der Entwurf geht darauf nicht ein. Die einfachste und sicher akzeptable Lösung wäre, die Schiedsentscheide des TAS/CAS vom Anwendungsbereich des Art. 192 auszunehmen. Indessen lässt der Entwurf das Schiedswesen des TAS/CAS komplett beiseite, obwohl die Gründe, sich damit zu befassen, offensichtlich sind.*

*Die Einflechtung des Begriffs des Sitzes ist nutzlos, denn sie ergibt sich bereits aus Art. 21 Abs. 1.*

*Man könnte sich auch noch fragen, ob der Grundsatz der Autonomie der Schiedsklausel im Sinne von Art. 178 Abs. 3 nicht auch analog auf die Verzichtsklausel auszudehnen ist, die in einem Vertrag enthalten ist, dessen Gültigkeit umstritten ist (statt mit dem guten Glauben zu argumentieren, wie das BGE 18.1.2017, 4A\_500/2015, Erw. 3.4, tut).*

#### **Art. 194**

Keine Änderung.

*Der Gesetzgeber von 1987 ging davon aus, dass das New Yorker Übereinkommen die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ausschliesslich regeln soll (BBl 1983 I S. 331). Es schien deshalb nicht angezeigt zu sein, günstigere nationale Regeln im Sinne von Art. VII Abs. 1 NYÜ vorzubehalten. In Anbetracht der neuen Lösung in Art. 178 Abs. 1, die auch rein einseitige Formerfordernisse zulässt, stellt sich die Frage von neuem. Ein ausländischer Schiedsspruch, der die Form gemäss dem neuen Art. 178 Abs. 1 erfüllt, nicht aber diejenige nach Art. II NYÜ, wird er anerkannt werden können? Der deutsche BGH hat das bejaht (Urteil vom 30.9.2010, III ZB 69/09). Eine Präzisierung in Art. 194 könnte sich deshalb als sinnvoll erweisen. Die Autoren des Entwurfs haben das Problem nicht erkannt. Der Bericht führt aus, dass der Entwurf mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz übereinstimme, weil er*

*keine Auswirkungen auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche habe (S. 34). Die Autoren haben damit die Frage in verneinendem Sinn beantwortet, aber wohl ohne sich dessen bewusst zu sein.*

*Die Anerkennbarkeit von Schiedssprüchen, die an ihrem ausländische Sitzort annulliert worden sind, ist nicht angesprochen, obwohl es sich dabei um einen die Attraktivität als Schiedsplatz förderndes Element handelt, wie das in Frankreich der Fall ist.*

Die Beurteilung des Entwurfs als Gegenstand der Vernehmlassung hat interessante Fragen aufgeworfen und wird sich hoffentlich nützlich erweisen. Im gleichen Sinne bin ich gerne bereit, an künftigen Arbeiten zum 12. Kapitel teilzunehmen.



Andreas Bucher

Prof.em. Universität Genf

Mitglied des Institut de droit international

30 mai 2017

Office fédéral de la justice  
Unité de droit international privé  
3003 Berne

### **Consultation relative à la révision du chapitre 12 de la LDIP en matière d'arbitrage international**

Mesdames, Messieurs,

J'ai l'honneur de vous soumettre quelques observations et commentaires au sujet du projet préparé par l'Office fédéral de la justice et mis en consultation le 11 janvier 2017 :

#### **Partie I Observations générales**

A suivre l'exposé des motifs qui accompagne le projet d'articles, les points clés du « dispositif proposé » portent sur l'amélioration de la sécurité et de la clarté du droit (ch. 1.2.1), le renforcement de l'autonomie des parties « de manière à suivre les développements observés dans la réglementation d'autres places arbitrales » (ch. 1.2.2), ainsi que les simplifications adoptées dans l'intérêt des utilisateurs (ch. 1.2.3). Dans l'annonce publicitaire du Conseil fédéral, il était dit qu'il s'agissait de « rendre la place arbitrale suisse encore plus attrayante » ; or, on ne trouve pas ce même objectif dans l'exposé des motifs, ce qui peut s'expliquer par le fait que la plupart des modifications qui vont au-delà de simples clarifications sont faites dans le but de suivre les développements survenus à l'étranger : on ne peut devenir plus attractif en copiant simplement ce que l'on trouve déjà sur d'autres places d'arbitrage.

Ainsi que cela sera illustré dans le commentaire des différentes propositions, dans la partie II *infra*, le projet comprend de nombreuses lacunes, imperfections et erreurs que l'on est étonné de trouver dans un texte fédéral ayant profité du concours d'experts. Si le projet devait être poursuivi, il conviendra de solliciter la coopération d'un groupe d'experts indépendants. Le projet, tel que présenté en consultation, a été élaboré avec le concours d'experts se trouvant manifestement dans une situation de conflit d'intérêt difficile à accepter. Cela explique que l'on ne trouve dans le projet aucune trace des intérêts des consommateurs, des locateurs, des travailleurs et des sportifs. On est également étonné de constater l'absence de toute modification ou réflexion sur l'art. 190, relatif aux moyens de recours au Tribunal fédéral. Comme on le sait aujourd'hui, la majorité des experts consultés étaient engagés directement ou via un partenaire de leur cabinet dans des procès en annulation devant le Tribunal fédéral ; ils n'ont donc pas voulu s'exprimer sur le sujet,

pourtant l'un des plus importants de l'arbitrage international en Suisse. Cela prive le projet de toute idée d'objectivité et de neutralité, voire de qualité.

Dans l'ensemble, ainsi que l'on peut le dégager comme conclusion de l'analyse du projet, celui-ci apparaît bien maigrelet, ne suscitant aucun enthousiasme<sup>1</sup>. Que conviendra-t-il de faire ?

1. Il conviendra de ne pas abandonner l'idée de réunir les textes du chapitre 12 de la LDIP et de la partie 3 du CPC. Quoi qu'en dise l'exposé des motifs du peu d'intérêt d'une telle démarche, aucune enquête sérieuse n'a été menée au point de savoir s'il existe dans le pays et dans les milieux de la profession une véritable opposition à un tel projet. La consultation au sujet du chapitre 12 apparaît surtout fondamentalement biaisée sachant que la quasi totalité des réponses n'ont pas tenu compte du projet de clause arbitrale prévu dans la révision de droit de la **société anonyme** et des coopératives figurant dans le Message transmis au Parlement fédéral en date du 23 novembre 2016 et publié le 31 janvier 2017 (FF 2017 p. 652, art. 697n et 797a CO), comme on le constate à la lecture de la réponse de l'ASA du 12 mai 2017. Cette réforme était connue de l'Office fédéral de la justice lorsque la procédure de consultation a été lancée en janvier 2017. Elle est très importante dans le débat sur les rapports entre les régimes d'arbitrage du CPC et de la LDIP. On est donc très étonné de ne pas la voir mentionnée dans l'exposé des motifs.

Certes, on comprend la raison technique qui a amené les auteurs du nouvel article 697n CO à soumettre, dans les conditions légales de nos jours, la procédure arbitrale exclusivement aux règles du CPC. Cependant, il est grotesque de voir la LDIP complètement éliminée dans un domaine d'activité qui est de nature internationale pour un grand nombre de sociétés anonymes en Suisse, comme il est incompréhensible de voir ces nouvelles dispositions de procédure insérées dans une réglementation de droit matériel<sup>2</sup>. La proposition d'un art. 697n CO est également la preuve vivante que l'affirmation du nécessaire maintien du dualisme des régimes d'arbitrage est erronée, malgré ce que l'exposé des motifs en dit (ch. 1.3.1, sans faire aucune mention de la révision du droit des sociétés). Seule une unification législative permettra de trouver un régime approprié et crédible, dont on pourrait espérer d'ailleurs qu'il puisse être étendu aux associations sportives afin d'améliorer la sécurité juridique de l'arbitrage sportif. Tel devrait être, dans une vision à long terme, l'objectif d'une réforme du droit de l'arbitrage en Suisse.

2. Des contraintes politiques peuvent venir pour forcer une **réforme partielle** du chapitre 12 afin de répondre à la motion des Chambres fédérales adoptée en 2012. **La prudence et l'intérêt de la Suisse à la promotion de notre place d'arbitrage ne militent pas en faveur d'une telle démarche. Il serait préférable de suspendre les travaux.** On n'exclura pas, cependant, qu'une volonté politique de petite envergure vienne montrer le chemin. Si tel devait être le choix des autorités fédérales, je préférerais alors une réforme limitée à quelques points importants, élaborés avec le concours d'experts indépendants. Le

<sup>1</sup> On s'étonnera ainsi avec regret que le terme « toiletteage » soit utilisé si fréquemment dans les commentaires du projet et même dans les milieux se déclarant sensibles à l'image de la Suisse à l'étranger. On rappellera que le Conseil national, lorsqu'il a approuvé la motion (1.6.2012, BO CN 2012 p. 847 s.), avait entendu d'abord la Conseillère fédérale Sommaruga expliquer que le Conseil fédéral « *unterstützt eine grundsätzliche Überprüfung des 12. Kapitels des IPRG* ». Ce n'est pas ce qui a été fait.

<sup>2</sup> Cf. la critique de von der Crone/Angstmann, Kernfragen der Aktienrevision, RSDA 2017 p. 3-24 (19).

projet mis en consultation présente un nombre de défauts et d'erreurs tel qu'il est à craindre que l'Office fédéral de la justice ne parvienne pas à présenter un texte convaincant et représentatif des intérêts suisses au maintien de la qualité et de l'attractivité de l'arbitrage international pour notre pays.

Ce **minimum** pourrait comprendre des solutions inspirées des articles 189 (frais de l'arbitrage), 189a (rectification et interprétation), 190a (révision).

Cela permettrait par ailleurs de renvoyer les autres points à plus tard, afin de les voir réunis dans une plus grande réforme tenant compte des nouvelles expériences et des effets négatifs résultant de la réforme en matière de société anonyme. Cela prendra quelques années d'attente et de formation d'une volonté politique sincère, mais cela sera à l'honneur de notre pays.

## Partie II – Commentaire

### Art. 7

Aucun changement.

*Les imperfections et les controverses quant à la portée de cette disposition restent sans réponse.*

*L'initiative Lüscher proposait d'ajouter un alinéa 2 en ces termes : « En matière internationale, le tribunal suisse, sans égard au siège du tribunal arbitral, sursoit à statuer jusqu'à ce que celui-ci se soit prononcé sur sa compétence, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage. »*

*On estime qu'il n'y a pas besoin d'agir ; on renonce donc à proposer une nouvelle réglementation en la matière. La différence de traitement dans l'examen de l'exception d'arbitrage, selon qu'elle vise un siège arbitral en Suisse ou à l'étranger, fait l'objet de controverses dont l'issue est loin d'être certaine. C'est alors un sondage constatant que la pratique actuelle n'entraînait pas de problème pratique qui a décidé du sort de la proposition (exposé, p. 13). Ce sondage a été fait dans des termes typiquement suisses : s'il n'y a pas de problème en Suisse, il n'y a aucun problème. En fait, les défauts du régime de l'examen complet de la validité de la convention d'arbitrage se manifestent à l'étranger, puisque la saisine du juge suisse vise à perturber un arbitrage qui est engagé à son siège étranger sur la seule présence d'une clause arbitrale valable prima facie. Or, faut-il comprendre, cela n'intéresse pas la Suisse, comme si notre pays ne devait s'intéresser à l'attractivité de l'arbitrage que pour lui-même. Il reste du temps pour reprendre l'étude de la question<sup>3</sup>.*

### Art. 176

A l'alinéa 1, les notions d'établissement et de siège sont ajoutées en tant que critère d'extranéité. Ces facteurs seront à prendre en compte relativement aux parties à la convention d'arbitrage et non par rapport à celles engagées dans le litige comme le voulait le Tribunal fédéral.

<sup>3</sup> Cela suppose au départ que l'on cite les auteurs correctement, sans leur attribuer des opinions qu'ils n'ont pas (comme cela m'est arrivé dans l'exposé des motifs, note 43, citant faussement mon analyse dans la Sem.jud. 2005 p. 177-182).

*L'adjonction de l'établissement est utile, celle du siège inutile eu égard à l'art. 21 al. 1. Cependant, il n'est pas convaincant d'inclure tout établissement, même celui qui, en l'espèce, ne présente aucun lien avec le lien contractuel ou le litige.*

*Il devrait s'agir d'une adaptation purement rédactionnelle (exposé des motifs, p. 16). A lire de près, on relève une divergence dans les textes allemand et français. Celui-ci exige d'une partie d'avoir – cumulativement – son domicile, sa résidence habituelle, son établissement et son siège à l'étranger, tandis que la version allemande requiert – alternativement – que l'un de ces critères au moins se situe à l'étranger. C'est ce dernier texte qui est correct.*

*Le choix de l'identité des parties à la convention d'arbitrage rend la règle mieux prévisible que la solution de la jurisprudence, qui est de nature à créer une insécurité jusqu'au moment de l'ouverture de la procédure arbitrale (ch. 1.2.1, 2.1, p. 16). Cependant, la nouvelle rédaction ne résout pas la question de la détermination des parties à la convention d'arbitrage ; en effet, celle-ci peut avoir pour partie des tiers ayant adhéré à l'accord ultérieurement, par le biais d'une cession, notamment. Au lieu de se focaliser sur le moment de la conclusion de la convention plutôt que sur la date de l'ouverture de l'arbitrage, on ferait mieux de retenir les deux : tout le monde sera content.*

Il est précisé à l'alinéa 2 que l'accord ultérieur doit être un écrit, le texte étant ainsi aligné sur l'art. 192 al. 1. L'art. 353 al. 2 CPC est ajusté à cette nouvelle rédaction (p. 17, 18).

*Cette nouvelle version, exigeant une déclaration « expresse » dans la convention d'arbitrage ou un « écrit » dans la convention ultérieure, n'est pas alignée sur la nouvelle définition de la forme écrite à l'art. 178 al. 1. La déclaration pourrait-elle être expresse si l'une des parties présente un écrit alors que l'autre donne son accord oralement, même « expressément » ? La convention ultérieure devrait être écrite par les deux parties alors que l'écrit d'une seule suffit pour valoir clause arbitrale quant à la forme ?*

*Afin d'assurer la parfaite cohérence des textes, il conviendra de réserver le CPC s'agissant des clauses d'arbitrage contenues dans les statuts d'une société anonyme, conformément au projet d'un art. 697n CO.*

#### **Art. 177**

Aucun changement.

*On aurait pu saisir l'occasion pour régler la question de savoir si l'on ne devrait pas étendre le principe de l'alinéa 1 à la capacité d'ester en arbitrage (ou alors régler le problème à l'art. 178 al. 2).*

#### **Art. 178**

La mention des télégrammes et d'autres moyens électroniques est biffée.

*Cela ne fait de mal à personne, mais n'est certainement pas un motif justifiant la révision. Du moment que celle-ci vise à rétablir de la clarté, on aurait pu penser à modifier l'art. 5 al. 1 également. Le parallélisme est respecté, en revanche, par rapport au CPC, dont l'art. 358 est modifié de la même manière.*

Il est ajouté à l'alinéa 1 que la condition de forme est remplie si elle est respectée par au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage.

*Cette proposition est sans doute la plus importante de toute la réforme et également celle qui demande un maximum de réflexion. Alors que l'exposé des motifs proclame à tout va*

*qu'il s'agirait de renforcer la sécurité du droit, au sujet de la règle de l'alinéa 1 – l'une des plus importantes –, cet objectif ne compte plus.*

*Il est dit que la règle actuelle ne correspondrait plus aux pratiques actuelles. A part la loi type de la CNUDCI (cependant uniquement dans l'une des options de l'art. 7), les principaux droits cités sont ceux de nos Etats voisins, la France, l'Allemagne et l'Autriche (ch. 1.2.2, ainsi que ch. 2.1, p. 18, renvoyant par ailleurs aux droits écossais, danois et néozélandais, dont aucun n'est représentatif d'un centre d'arbitrage de quelque importance). A y regarder de près, on s'aperçoit que l'abandon de toute forme est consacré uniquement à l'art. 1507 CPC français. L'art. 1031 al. 5 du CPC allemand contient une exception importante protégeant les consommateurs (non mentionnée dans l'exposé des motifs). Par ailleurs, s'agissant de l'art. 1031 al. 2 du CPC allemand et de l'art. 583 du CPC autrichien, il est dit que leur exigence de forme serait « réduite » ; en fait, ces « réductions » visent uniquement l'hypothèse du renvoi à un autre document qui contient une clause arbitrale, alors qu'à part ce cas-ci, l'exigence de forme est bilatérale. L'argumentation de l'exposé des motifs est donc trompeuse. Aucune démonstration n'est faite de ce que l'exigence d'une forme bilatérale constitue un handicap sous l'angle de l'attractivité de l'arbitrage suisse. Les renvois aux droits nationaux sont largement incomplets et ce qui reste de leur libéralisme est de toute manière contrebalancé par la jurisprudence européenne sur les clauses abusives (suite à l'arrêt CJUE Océano du 27.6.2000) que l'exposé des motifs ne mentionne pas, comme il n'examine non plus l'impact de l'art. 8 LCD.*

*On relèvera également que l'exemple pratique donné par l'exposé des motifs (p. 18) ne requiert aucunement une solution aussi radicale que celle du projet. Il suffirait de s'inspirer de la loi-type (art. 7, option principale), du § 1031 al. 3 du CPC allemand et du § 583 al. 2 du CPC autrichien pour trouver une solution satisfaisante.*

*L'exposé des motifs s'intéresse uniquement à la fonction d'expression de la volonté. D'après la nouvelle règle, la forme ne servira plus à cette fonction, pour laquelle il conviendra de se tourner exclusivement vers les critères de validité matérielle de l'art. 178 al. 2 (ch. 1.2.2, page 9 in fine). Cela signifie deux choses : (1) la vérification du consensus des parties est abandonnée à l'une des lois matérielles visées par cette disposition, la partie faible (sportifs, consommateurs, locataires, travailleurs) n'étant plus protégée que dans les limites d'une telle loi et non plus par l'exigence d'un écrit. N'importe quelle forme d'expression de la volonté pourrait alors être suffisante, si une telle loi l'admet, qu'elle soit orale, implicite ou même non visible au moment de l'adhésion à la clause. (2) La fonction de preuve remplie par l'exigence d'un écrit de la part des deux parties est également abandonnée à l'une des lois matérielles visées par cette disposition, sous cet angle au détriment des intérêts des parties vulnérables. Ces questions ne sont pas abordées par l'exposé des motifs, pour lequel les intérêts des sportifs, des consommateurs, des locataires (Airbnb !) et des travailleurs sont indifférents au point que même leur existence ne mérite aucune mention. Dans le pays du TAS, on peut s'étonner tout de même, tout en se demandant ce qu'advient la « bienveillance » appliquée par le Tribunal fédéral à la validité des clauses arbitrales signées par les sportifs sans solliciter leur volonté (cf., en dernier lieu, ATF 27.9.2016, 4A\_102/2016, c. 3.2.3) – question que l'exposé des motifs ne soulève pas non plus.*

*Dans le silence de l'exposé des motifs, on ne peut savoir si les auteurs du texte ont pensé aux répercussions de l'adoption de la forme purement unilatérale dans les relations avec des tiers parties à la convention sans être signataires. Cette pratique est consacrée dans la*

*jurisprudence, mais en raison de sa complexité et de la diversité des situations, on peut se demander si l'intervention du législateur s'impose ; en effet, la validité d'une clause arbitrale à l'égard d'un tel tiers n'est admise que dans des situations bien définies, dont la nouvelle règle ne fait pas mention. Il n'est pas exclu que sur la base du nouvel alinéa 1, cette question soit dorénavant abandonnée entièrement aux lois visées par l'art. 178 al. 2. On notera enfin qu'en consacrant la validité d'une convention d'arbitrage en la forme écrite ou par un texte de la part de l'une seule des parties, le nouvel art. 178 al. 1 est incompatible avec l'article II CNY qui requiert qu'un tel document émane de chacune des parties. Pour le Tribunal fédéral, l'art. II CNY était une loi uniforme, applicable à tout arbitrage international et remplaçant le droit national (ATF 110 II 54 ss, 57 s. ; 111 Ib 253 ss, 254 s.). Il se pose dès lors une question de respect du droit international. Pour les auteurs du projet, la réponse est simple, quasi-sur dimensionnelle : on n'en parle pas. Aucune remarque non plus sur le risque de refus de reconnaissance de sentences suisses à l'étranger qui ne sont pas conformes aux Art. II et IV CNY. Il reste un point où la question appelle néanmoins une réponse ; on y viendra sous l'art. 194.*

Un nouvel alinéa 4 précise que les dispositions du chapitre 12 s'appliquent par analogie aux clauses arbitrales dans des actes juridiques unilatéraux.

*L'alinéa 4 rend le régime du chapitre 12 applicable aux actes juridiques unilatéraux. Le texte tel que proposé vise le chapitre 12 en entier en indiquant qu'il s'agirait d'une application par analogie, sans que l'on sache exactement sur quel point devrait porter cette analogie, alors que par rapport à un certain nombre de règles (tel l'art. 187), l'analogie semble douteuse.*

*Sur le fond, l'alinéa 4 apporte une clarification importante, puisque des clauses arbitrales figurant dans les statuts d'une société, dans un acte de trust ou dans un testament sont valables quant à leur forme, la seule question à vérifier étant celle de l'adhésion par acte de volonté de la part des membres ou autres participants. La question de savoir ce qu'advient de cette proposition compte tenu du nouvel art. 697n CO n'est pas examinée.*

*L'exposé des motifs précise que l'on suppose que l'acte unilatéral est valable conformément au droit auquel il est soumis (ch. 1.2.2, p. 10), ce que l'alinéa 4 ne mentionne pas, renvoyant ainsi implicitement aux droits visés par l'alinéa 2 (p. 19). On se demandera ainsi, par exemple, quel sera à cet égard le rôle de la Convention de La Haye de 1961 sur la forme des testaments.*

*On notera enfin que l'insertion de règles sur la consorité, le cumul d'actions et la participation de tiers (art. 376 CPC) ainsi que le sort d'une exception de compensation et la recevabilité d'une action reconventionnelle (art. 377 CPC) ne sont pas discutés.*

#### **Art. 179**

L'alinéa 2 précise que l'on peut en appeler au tribunal non seulement à défaut d'une convention des parties, mais également pour d'autres cas de carence d'une solution permettant de nommer ou de remplacer un arbitre (respectivement, selon une nouvelle terminologie, un membre du tribunal arbitral).

Une phrase est cependant ajoutée à l'alinéa 2 qui charge la « première autorité judiciaire saisie » de statuer si les parties n'ont pas déterminé de siège ou si elles sont seulement convenu que le siège du tribunal arbitral était en Suisse.

*Une solution devait être trouvée, mais il n'est pas certain que celle proposée soit la meilleure. En fait, la nouvelle phrase ne dit pas quelle sera la décision à prendre par cette autorité ; il ressort toutefois du contexte qu'elle nommera les arbitres manquants. Ce sera alors au tribunal arbitral ainsi constitué de fixer le siège (p. 21). On aurait pu s'imaginer que l'autorité saisie se borne à réparer ce qui manque en l'espèce – déterminer le siège. Les parties pourraient alors s'adresser au tribunal du siège ainsi désigné pour poursuivre la constitution du tribunal arbitral. Il n'est pas bien heureux que le premier qui se dépêche l'emporte au point d'obtenir la nomination de tous les arbitres et de contourner ainsi une clause arbitrale prévoyant que chacune des parties nomme son propre arbitre. Le projet consacre ainsi une atteinte au principe d'égalité de traitement, inappropriée et parfaitement inutile car pour trouver un siège en Suisse, il y aurait des solutions plus souples à disposition (ce d'autant que le problème se pose également dans le contexte de l'art. 23 CL).*

En outre, le renvoi de l'alinéa 2 aux dispositions pertinentes du CPC est biffé.

*La suppression d'un tel renvoi reflète une position de principe, l'arbitrage international de la LDIP devant devenir complètement autonome par rapport au CPC (ch. 1.2.3). Dans le contexte de l'art. 179 al. 2, on ne pourrait donc ne plus se servir des alinéas 3 et 4 de l'art. 371 CPC pour régler la suite de la procédure après le remplacement d'un arbitre et la question de la suspension du délai pour rendre la sentence. Cela va laisser une lacune regrettable.*

Un nouvel alinéa 2<sup>bis</sup> prévoit que dans le cas d'un arbitrage multipartite, le tribunal étatique au siège du tribunal arbitral peut désigner tous les membres de celui-ci.

*La disposition répond à une question souvent débattue, alors qu'elle ne se pose pas aussi souvent en pratique, étant donné que les parties ont un intérêt à s'arranger pour trouver une solution qui leur offre au moins une certaine influence sur la composition du tribunal arbitral.*

*En suivant sa lettre, la nouvelle règle se donne un champ d'application excessif. Elle ne devrait intervenir que dans l'hypothèse où les parties ne trouvent pas elles-mêmes la solution ou que celle-ci n'est pas déjà consacrée dans un règlement d'arbitrage s'appliquant en l'espèce. L'exposé des motifs le rappelle comme une évidence (p. 21). L'interprétation dira que la solution doit être la même que celle de l'alinéa qui précède. C'est correct, mais il vaudrait mieux le dire.*

*De même, l'autorité « peut nommer tous les arbitres ». L'exposé des motifs explique qu'elle peut aussi nommer un ou deux seulement (p. 21) ; il serait préférable de ne pas devoir procéder par interprétation.*

*La proposition n'a pas tiré avantage de la comparaison avec l'art. 176 al. 1 : qu'elles sont les parties à un tel arbitrage, et à quel moment faut-il se référer pour le savoir ? Il conviendra d'y réfléchir encore, sans nécessairement aboutir à la même solution que celle proposée pour l'art. 176 al. 1. Avec une rédaction aussi minimaliste, on risque de créer davantage de problème que l'on croit résoudre.*

Selon la nouvelle version de l'alinéa 3, le tribunal étatique chargé de la nomination ou du remplacement du membre d'un tribunal arbitral doit donner suite à la requête (le reste de l'alinéa étant inchangé).

*On relèvera deux erreurs : Le remplacement du terme « un juge » par « un tribunal étatique » fait fi des besoins de la pratique. Pour ce faire, les parties désignent normalement un seul juge, désigné par son identité ou par sa fonction (tel le président d'un tribunal). La LDIP consacrait sur ce point un progrès très important par rapport à la pratique antérieure (notamment celle de certains présidents du Tribunal fédéral<sup>4</sup>); il n'y a aucune raison d'abandonner cette solution qui est de nature à rassurer des parties toutes étrangères à ce que le président du tribunal suisse désigné ne refuse pas la nomination pour des motifs qu'elles ignorent.*

*L'insertion du mot « remplacement » est inutile car le tribunal étatique visé ici ne procède pas à un tel acte à proprement parler, mais uniquement à la nomination du remplaçant (cf. art. 371 al. 1 CPC).*

Le nouvel alinéa 4 rappelle que des circonstances laissant apparaître des doutes légitimes quant à l'indépendance ou à l'impartialité doivent être révélées sans retard par une personne investie d'un mandat d'arbitre. Cette obligation dure pendant toute la procédure arbitrale.

*Le principe est évident, consacré par une jurisprudence souvent répétée. Le texte français dit correctement (contrairement à la version allemande qui suit l'art. 363 al. 1 CPC) qu'on vise une personne ayant accepté son mandat (ou s'appêtant à le faire) et que l'obligation arrive à terme au moment de rendre la sentence. Sur ce dernier point, il conviendra de se demander si ce délai ne devrait pas être reporté à plus tard, compte tenu de l'éventualité d'un recours en annulation ou en révision.*

*La définition du facteur qui déclenche l'obligation de déclarer n'est pas entièrement satisfaisante, étant donné qu'elle correspond à celle du principal cas de récusation (art. 180 al. 1 lit. c) ; cela ressort plus nettement du texte allemand que du texte français. Une déclaration faite conformément au nouvel art. 179 al. 4 équivaut au constat d'un manque d'indépendance ou d'impartialité, ce qui peut provoquer immédiatement la récusation par l'une des parties. Or, le champ de l'obligation de révélation au sens de l'art. 179 al. 4 est plus large que les cas justifiant une récusation. Il conviendrait de faire ressortir cette différence.*

#### **Art. 180**

Les motifs de récusation d'un arbitre restent en principe les mêmes (al. 1 et 2).

Un nouvel alinéa 2<sup>bis</sup> règle la révocation d'un arbitre. Il correspond largement aux dispositions de l'art. 370 al. 1 et 2 CPC.

L'alinéa 3 prévoit qu'à défaut d'accord des parties, une partie qui entend récuser ou révoquer un arbitre peut s'adresser dans un délai de 30 jours au tribunal étatique au siège du tribunal arbitral. Il statuera définitivement.

*Cette disposition méconnaît un point essentiel d'un processus de récusation. On ne saurait prévoir, comme le fait le projet, que le délai de 30 jours commence à courir dès le moment où une partie a eu connaissance du motif pertinent. En cas de récusation, en effet, cette partie doit d'abord s'adresser au tribunal arbitral (al. 2) ; le délai ne peut donc courir qu'à partir du jour où la récusation est contestée par l'arbitre concernée. Le projet confond les solutions que les alinéas 2 et 3 de l'art. 369 CPC distinguent soigneusement.*

<sup>4</sup> Cf. A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle 1988, n° 149.

*Dans l'hypothèse d'une révocation, aucun délai ne s'applique lorsqu'elle est conjointe car elle entre en force immédiatement (cf. art. 370 al. 1 CPC). Si la demande est unilatérale, l'alinéa 3 s'applique. L'alinéa 3 ne fait pas la distinction.*

*Il n'y a pas de changement en ce qui a trait au caractère définitif de la décision du tribunal étatique ; on conserve ainsi la pratique actuelle. Celle-ci est confuse et elle aboutit à faire traîner des procédures arbitrales en longueur alors que l'on sait pertinemment que le manque d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre finira par faire tomber la sentence au stade du recours en annulation.*

Selon le nouvel alinéa 4, lorsqu'un motif de récusation n'est découvert qu'après le terme de la procédure, les dispositions sur la révision s'appliquent (art. 190a).

*Ainsi que l'on le rappellera sous l'art. 190a, le moment de la clôture de la procédure arbitrale n'est pas décisif. En effet, un tel cas de révision suppose que le motif pertinent soit découvert « postérieurement à l'expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale » (ATF 142 III 535).*

En raison de la disparition de toute référence au CPC (art. 179 al. 2) ou d'un renvoi à la procédure étatique (art. 180 al. 3), il n'y a plus de règle, ni à l'art. 179, ni à l'art. 180, pour désigner le tribunal étatique compétent. L'art. 356 CPC n'est pas applicable.

*On conviendra qu'il s'agit d'une lacune bien malheureuse. Les auteurs du projet ont cru pouvoir procéder d'un trait de plume à ce qu'ils croyaient être une « amélioration dans l'intérêt des utilisateurs » (ch. 1.2.3, 2.1 p. 19) alors que ceux-ci seraient bien heureux de trouver à l'art. 356 CPC la désignation du juge qui convient. Va-t-on dire aux cantons qu'ils devront légiférer sur une loi d'application désignant le tribunal étatique compétent ? Au mieux, dira-t-on aux parlements cantonaux qu'il suffit de dire que « l'art. 356 CPC s'applique », et ce au motif que le législateur fédéral a estimé trop lourd de le faire lui-même ?*

*Pour la même raison, on ne pourra plus se servir de l'art. 369 al. 4 CPC pour autoriser le tribunal arbitral à poursuivre la procédure avec la participation de l'arbitre visé par la récusation. Que faut-il alors faire ?*

## **Art. 182**

Aucun changement.

*On ne voudra donc d'aucune innovation susceptible « de maintenir l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international » comme l'a suggéré la motion des Chambres fédérales ?*

*On aurait pu penser à des règles spécifiques permettant de promouvoir l'arbitrage des petits litiges, concernant les consommateurs, locataires et certaines catégories de travailleurs.*

*Ne conviendrait-il pas de faire une place à la médiation ?*

*On aurait également pu prévoir la possibilité pour les arbitres de prononcer des déclarations portant sur des règles normatives devant régir dorénavant la relation des parties, plutôt que d'en finir par des condamnations qui n'ont normalement aucun effet apaisant sur le litige<sup>5</sup>.*

<sup>5</sup> Cf. Pierre-Yves Tschanz, Vers un arbitrage international préventif ?, RDS 2002 II p. 3-74.

*Et si l'on introduisait une règle permettant au tribunal arbitral de procéder de manière expéditive si les données du litige sont manifestement établies (dans un sens ou un autre) ? Curieusement, on ne trouve aucune allusion à la tendance à renforcer la transparence de l'arbitrage international privé, dont la réputation n'est pas toujours aussi glorieuse qu'on le dit. Dans le Message relatif à la Convention de Mauritius, on a fait dire au Conseil fédéral que la transparence servirait la sécurité du droit et la légitimité de l'arbitrage (FF 2016 p. 3885 s.) et qu'elle offre une « nouvelle dynamique de l'arbitrage » (FF 2016 p. 3886). S'agissant de l'arbitrage selon le chapitre 12, tout cela est oublié ou étouffé. Un aspect spécifique de la transparence serait le devoir de chaque partie de révéler la présence d'un tiers intéressé à l'issue du litige et assumant le financement.*

### **Art. 183**

Aucun changement, sauf l'adjonction, à l'alinéa 2, de la mention qu'une partie et non seulement le tribunal arbitral puisse requérir le concours de l'autorité judiciaire.

*Aucune idée nouvelle n'est venue inspirer cette disposition. Il aurait été souhaitable d'instaurer une certaine collaboration entre le tribunal arbitral et le juge d'appui, en permettant à celui-ci, par exemple, de participer aux audiences du tribunal arbitral, ou inversement. Une telle coopération semble indispensable si des mesures doivent être ordonnées d'urgence.*

*Le fait que l'application de moyens de contrainte pourra dorénavant être sollicitée par une partie modifiera à l'avenir la manière de procéder d'un tribunal arbitral lorsqu'il est requis d'ordonner des mesures provisoires. Il y a de nombreuses situations dans lesquelles il est amplement suffisant pour le tribunal arbitral d'ordonner une mesure sans qu'elle soit rendue exécutoire. Cette distinction est effacée par le nouveau texte de l'alinéa 2 (qui correspond à l'art. 374 al. 2 CPC).*

*On regrettera que la possibilité de renoncer à l'intervention d'un tribunal étatique à travers des mesures provisoires n'ait pas été examinée, tout au moins dans des conditions de l'art. 192 al. 1.*

*L'autorité judiciaire applique « son propre droit ». Or, ce droit n'est rien d'autre que les règles pertinentes du CPC dont il a pourtant été dit qu'elles seraient remplacées par les dispositions de la LDIP (ch. 1.2.3). Il est tout simplement impossible de faire autrement au sujet de questions de procédure comme celles des art. 183 et 184. Cela permettrait cependant d'adopter une approche plus souple aux art. 179 et 180.*

*Enfin, il s'agira encore de déterminer l'autorité judiciaire compétente. Celle-ci appliquera la procédure sommaire (nouvel art. 251a lit. c CPC). Il y aura donc un renvoi au CPC, mais on ne sait pas si ce renvoi comprend également la désignation de l'autorité compétente. L'exposé des motifs n'en parle pas (p. 29). Par analogie avec la solution retenue pour les art. 179 et 180, qui implique également l'application de la procédure sommaire (art. 251 a lit. a et b), sans renvoyer par ailleurs au CPC, la question est laissée ouverte ici également (et de même aux art. 184 et 185).*

### **Art. 184**

La première partie de l'actuel alinéa 2 devient autonome, avec la précision que le concours de l'autorité judiciaire peut être demandé également par l'une seule des parties d'entente avec le tribunal arbitral.

*« L'entente d'une partie avec le tribunal arbitral » est un concept nouveau, inconnu de toute procédure arbitrale. On semble avoir songé à ce que l'accord soit sollicité au préalable du tribunal arbitral qui, bien évidemment, consultera toutes les parties.*

Il est ajouté à l'alinéa 3 que le tribunal étatique peut appliquer ou prendre en considération d'autres modes de procédure que ceux prévus dans son propre droit.

*Il semble bien que cette extension des modalités de procédure soit subordonnée à l'hypothèse des dispositions précédentes, c'est-à-dire le cas où le concours du juge est nécessaire à l'administration des preuves.*

*La nouvelle règle est divisée en deux parties : (1) En principe, le juge applique son propre droit – règle dont l'exposé des motifs explique qu'elle manquerait dans le texte actuel (p. 23), ce qui est faux (cf. al. 2 in fine) (2) La seconde partie constitue une extension de l'art. 11a, al. 2 et 3 LDIP ; cela n'est pas faux mais inutile car ces règles font partie du « propre droit » que l'autorité judiciaire aura à appliquer.*

*Du fait de la mention expresse d'autres formes de procédure, des requêtes de ce type risquent de devenir plus fréquentes. Le tribunal arbitral ne devrait pas pouvoir se décharger de son rôle de manière excessive et confier, par exemple, toute « cross-examination » au tribunal étatique.*

#### **Art. 185**

Aucun changement.

*La mise en place d'un juge d'appui fédéral ne concorde pas avec la structure fédéraliste du pays et, visiblement, le Tribunal fédéral n'en voulait pas (ch. 1.3.2, p. 13 s.). Cela aurait encore pu laisser de la place à la possibilité d'un transfert de compétence vers un juge plus expérimenté dans un autre canton, à l'instar de l'art. 7 al. 2 LF-EEA.*

*Aucune illustration n'est fournie quant à l'activité du juge d'appui hors des fonctions visées aux art. 179, 180, 183 et 184.*

*La question de l'assistance judiciaire aurait pu être soulevée, malgré le refus consacré à l'art. 380 CPC. Si l'on entend rendre l'arbitrage accessible à des parties moins fortunées, un tel instrument peut s'avérer fort utile. Le tribunal arbitral n'en dispose pas (ATF 9.2.2017, 4A\_690/2016, c. 5). Le Tribunal fédéral a noté que la question était débattue et que la résiliation de la clause arbitrale peut être matière à discussion lorsque l'accès à la justice est en jeu (cf. ATF 11.6.2014, 4A\_178/2014, c. 4, s'agissant d'un cas du TAS).*

*On notera en marge que l'insertion de dispositions sur l'avance de frais (art. 378 CPC) et les sûretés pour les dépens (art. 379 CPC) ne fait l'objet d'aucune remarque. On ne dit donc rien non plus sur la question d'actualité relative au financement du litige par des tiers.*

#### **Art. 186**

Aucun changement.

*Dans la logique de l'art. 190 al. 3, il aurait été souhaitable d'étendre les dispositions de l'art. 186 à la constitution du tribunal arbitral (cf. art. 359 al. 1 CPC).*

#### **Art. 187**

Le terme « Recht » est remplacé par « Rechtsnormen », la règle de l'alinéa 1 étant ainsi alignée sur la version en langue française (« règles de droit »).

*La question avait animé des discussions. L'intérêt pratique est nul. On aurait pour le moins pu s'attendre à une traduction correcte. Celle-ci se trouve à l'art. 381 al. 1 lit. a CPC (« Rechtsregeln »).*

### **Art. 189**

Corrigeant une pratique malheureuse du Tribunal fédéral, suivie à tort par de nombreux commentateurs, le tribunal arbitral est autorisé à déterminer le montant et la répartition du coût de la procédure arbitrale et des frais judiciaires des parties (nouvel al. 3). En revanche, il n'y aura pas un motif de recours comme l'art. 384 al. 1 lit. f CPC.

*Pour le législateur de 1987, le motif de la violation de l'ordre public était suffisant (BO CE 1987 p. 197) ; le Tribunal fédéral n'en a pas tenu compte. La différence des solutions est incompréhensible. Si le Tribunal fédéral peut le faire pour l'arbitrage interne, il peut également le faire pour l'arbitrage international, ce d'autant qu'il se trouve parfaitement à l'aise pour exiger le paiement de frais judiciaires dont tout-le-monde convient qu'ils peuvent être exorbitants dans des affaires importantes qui ne sollicitent pas la rédaction d'un arrêt au-delà de quelques pages. L'exposé des motifs se montre prudent et contradictoire : il ne fallait pas faire augmenter les recours en raison de cette nouveauté, dont il est aussitôt dit qu'elle ne devrait concerner que peu de cas dans la pratique, étant donné que la question est normalement réglée dans la procédure arbitrale choisie par les parties (p. 25). On aurait également pu en faire un cas à porter devant le juge d'appui (art. 185), par analogie à une procédure de rectification (art. 189a).*

*En l'état, la Suisse restera exposée aux critiques pointant le doigt sur des arbitres ayant abusé par des honoraires excessifs sans égard de l'atteinte que cela porte à l'image du pays.*

### **Art. 189a**

Le projet introduit expressément une procédure portant sur la rectification, l'interprétation ou le complètement des sentences. Le tribunal arbitral peut agir de même. Le délai est de 30 jours (al. 1).

Une telle demande n'ayant pas l'effet de suspendre le délai de recours, un nouveau délai commence à courir par rapport aux parties de la sentence ayant été affectées par la requête (al. 2). Le Tribunal fédéral procède ensuite par une jonction des affaires.

### **Art. 190**

Aucune modification. En particulier, le grief fondé sur une violation de l'ordre public est préservé (art. 190 al. 1 lit. e). On veut faire croire que cela soit évident, au point que l'exposé des motifs n'en dit mot.

*Le Tribunal fédéral accepte l'idée que ce motif est inutile, car l'annulation d'une sentence pour ce motif est « chose rarissime » (ATF 132 III 389 ss, 391) si ce n'est « chose exclue ». Le simple respect de la volonté du législateur de 1987 d'avancer la sécurité du droit et de répondre aux besoins de l'arbitrage international aurait dû entraîner une réaction par rapport à la pratique excessive du Tribunal fédéral<sup>6</sup>. On aurait pu saisir l'occasion de replacer dans un cadre raisonnable le motif pris d'une atteinte à l'adage pacta sunt servanda dont l'application en tant que motif de recours est impossible compte tenu de la définition*

<sup>6</sup> Pierre Lalive, L'article 190 al. 2 LDIP a-t-il une utilité ?, ASA 2010 p. 726-734.

*réductrice adoptée par le Tribunal fédéral<sup>7</sup>. Alors qu'il a été constaté que l'on se trouve dans un cul-de-sac<sup>8</sup>, on consulte des experts qui ne sont pas en mesure de montrer le chemin ?*

*Dans son arrêt du 18.6.2012 (4A\_488/2011, c. 6.2), le Tribunal fédéral avait remarqué que le motif de recours fondé sur l'ordre public ne lui permettait pas de créer un encadrement juridique consistant en matière de sanctions disciplinaires, ce qui deviendrait une lex sportiva, car cela pourrait soulever des problèmes du point de vue de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire (c. 6.2). Il était ainsi noté que ledit motif de recours ne pouvait donner satisfaction et que l'amélioration de la situation ressortait au législateur. Celui-ci ne semble pas avoir entendu le message, à en croire le projet. Le Tribunal fédéral l'a encore rappelé récemment (ATF 13.12.2016, 4A\_116/2016, c. 4.2.3). N'est-ce pas absurde de voir le Tribunal fédéral déclarer devoir « renoncer à pénétrer sur le terrain miné des rapports entre le football et l'argent », qui « paraissent échapper à l'entendement », eu égard aux sommes astronomiques en jeu et à l'opacité des relations nouées par les intéressés (c. 4.2.3), pour finalement s'en faire le complice, au motif que cela serait à l'avantage des joueurs compte tenu de l'augmentation de leur rémunération (c. 4.3.3) ? Le législateur suisse devrait donc cautionner cet état de non-droit ?*

*Les très nombreuses critiques à l'égard de la tolérance du Tribunal fédéral par rapport aux sentences non motivées n'ont pas été entendues non plus. S'agissant tout de même d'une violation d'un droit constitutionnel, reconnue par le Tribunal fédéral lui-même, on ne comprend pas le silence des auteurs du projet.*

#### **Art. 190a**

Une nouvelle disposition consacre la possibilité pour une partie de demander la révision d'une sentence. Les motifs de révision suivent ceux de l'art. 123 al. 1 et al. 2 lit. a LTF. Le délai relatif est de 90 jours et le délai absolu de 10 ans, suivant ainsi l'art. 124 al. 1 lit. d et al. 2 LTF, cependant sans compter les exceptions prévues dans ces règles.

*Le Tribunal fédéral a estimé, à la suite d'une analyse très fouillée (ATF 142 III 521 ss, 525-535) qu'il paraît préférable de laisser aux Chambres fédérales le soin de régler la question des motifs de révision (ATF 142 III 535), parmi lesquels on devrait trouver le cas de la découverte, postérieurement à l'expiration du délai de recours, d'un motif qui eût commandé la récusation d'un arbitre. Le projet ne répond qu'implicitement à la question, par le renvoi de l'art. 180 al. 4 à ce nouvel art. 190a. Pour le Tribunal fédéral, c'était « l'admissibilité même du motif de révision » qui faisait problème (ATF 142 III 526) ; un texte plus explicite aurait donc pu paraître souhaitable.*

*Le projet ne reprend pas la condition, pourtant énoncée par le Tribunal fédéral (ATF 142 III 535) qu'un tel cas de révision suppose que le motif pertinent soit découvert « postérieurement à l'expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale ». C'est une erreur, car la possibilité d'une voie de recours double, en annulation (art. 190 al. 2 lit. a) et en révision (art. 190a al. 1 lit. a) n'a pas de sens. L'exposé des motifs n'a pas vu le problème, notant simplement que la révision serait le seul moyen efficace, tandis qu'un recours serait « inutile » (p. 23) ; cela n'a évidemment de sens que dans l'hypothèse où le délai de recours a déjà expiré.*

<sup>7</sup> Cf. A. Bucher, Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral, Jusletter, 8 mai 2017, p. 13-15.

<sup>8</sup> Anton K. Schnyder, Vertragsstatut und Eingriffsnormen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in Tradition und Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher, Berne 2009, p. 683-698 (697).

Par analogie à l'art. 192 al. 1, les parties n'ayant pas de lien avec la Suisse peuvent convenir d'exclure toute révision fondée sur le motif de la découverte de faits ou de moyens de preuve nouveaux (al. 1 lit. a).

*Ce motif d'exclusion attire, a fortiori, les mêmes réserves que l'art. 192 al. 1.*

### **Art. 191**

Le Tribunal fédéral devient, en plus d'être l'autorité de recours, l'instance saisie d'une demande de révision. Il est renvoyé aux art. 77 et 119b LTF. Il y aura trois nouveautés.

L'intérêt est tout d'abord attiré sur la possibilité, introduite à l'art. 77 al. 2<sup>bis</sup> LTF, de rédiger les mémoires en anglais.

*On n'a pas voulu faire le pas de prévoir une procédure de recours menée entièrement en anglais. Pour ce faire, il aurait fallu créer une instance d'appel autonome (tel une Swiss Federal Court of Arbitration), ce qui aurait eu le grand avantage d'y trouver des Juges et des Greffiers spécialement formés et proches des intérêts de l'arbitrage international. Tout praticien se rend bien compte que la solution à mi-chemin sera laborieuse à gérer par le Greffier et le Juge qui doit rédiger un arrêt dans une langue nationale alors que la totalité du dossier est en anglais. A cela s'ajoute le fait que les mémoires seront plus souvent écrits dans un style non adaptées aux usages suisses : du moment que l'anglais est admis, les mémoires seront rédigés la plupart du temps par des avocats et conseils étrangers et simplement acheminés au Tribunal fédéral par un avocat suisse. La perte commerciale pour les cabinets suisses est programmée ; elle s'ajoutera à celle déjà remarquée qui résulte de l'immersion d'un nombre croissant de cabinets étrangers dans les arbitrages suisses, ne laissant aux avocats suisses que le rôle de conseil local.*

Le Tribunal fédéral devient seule instance de révision (art. 119b LTF).

*On regrettera que l'on n'ait pas songé à prévoir une possibilité de demander la révision au tribunal arbitral qui est normalement mieux apte pour en juger. Une telle voie de révision est d'autant plus adéquate du fait que le même tribunal est appelé à statuer à nouveau au cas où la demande de révision est admise (art. 119b al. 3 LTF).*

La nouvelle version de l'art. 77 al. 1 LTF tranchera enfin la question de la valeur litigieuse : elle ne sera pas exigée.

*On peut discuter sans fin du pour ou du contre de ce choix. Si l'on place la question dans le contexte de l'arbitrage international, l'exigence d'une telle limite se justifie par le motif de réduire les voies de recours aux cas réellement importants. L'exposé des motifs insiste sur le principe qu'il ne fallait pas laisser échapper les sentences à tout contrôle de l'Etat, sous réserve des cas de l'art. 192 al. 1. L'argument n'est pas sans valeur aucune, mais compte tenu de ce que le Tribunal fédéral a fait du motif de l'ordre public, éliminant tout accès au contrôle de l'Etat, il semble bien artificiel.*

Aucune autre proposition n'est faite, ni aucune autre idée pour le moins discutée.

*On aurait pu clarifier certains points inspirés par la jurisprudence, tels que (a) l'incertitude liée à l'admission de recours dirigés contre des décisions de procédure qui tranchent de manière purement incidente et/ou implicite une question de compétence ; (b)*

*définir mieux les conditions de la consultation du tribunal arbitral lorsque le Tribunal fédéral le sollicite pour s'expliquer sur sa sentence, procédé auquel les parties ne sont pas associées, et ce à tort ; (c) effacer la recevabilité des observations fournies par le secrétaire général du TAS sans avoir consulté la formation qui a rendu la sentence, corrigeant ainsi une pratique inadmissible, reconfirmée récemment (ATF 20.12.2016, 4A\_32/2016, c. 2) ; (d) revoir les tarifs excessifs du Tribunal fédéral dans des affaires portant sur des gros montants, qui peuvent avoir pour effet de facturer plusieurs dizaine de milliers de francs pour chaque page d'un arrêt.*

Pour tous les nouveaux moyens, les délais seront fixés dans la LDIP. Curieusement, on n'a pas pensé faire de même pour le recours en annulation.

#### **Art. 192**

Aucun changement, sauf l'insertion de la notion de siège.

*Le Tribunal fédéral avait noté que la possibilité de renoncer à tout recours contre une sentence n'avait pas été destinée à la plus grande partie des litiges en matière de sport de haute compétition (ATF 133 III 235 ss, 242). Il a ainsi nié la validité d'une telle clause si le sportif a été placé dans une situation dans laquelle il ne pouvait refuser de signer une telle déclaration tout en conservant la possibilité de s'inscrire aux compétitions organisées par sa fédération (ATF 133 III 242-247). Le projet n'en tient aucun compte. La solution la plus simple et parfaitement acceptable aurait pu être d'exclure les sentences du TAS du champ de l'art. 192. Or, le projet ignore complètement l'arbitrage du TAS, alors que les besoins pour s'en occuper sont évidents.*

*L'insertion de la notion de siège est inutile, car elle y figure déjà par le biais de l'art. 21 al.*

*1. La rédaction en français devra encore être rectifiée (cf. ATF 18.1.2017, 4A\_500/2015, c. 3.1).*

*On devrait se demander d'ailleurs si le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage selon l'art. 178 al. 3 ne devrait pas s'appliquer par analogie à la clause de renonciation à recours figurant dans un contrat dont la validité est contestée (au lieu de raisonner en référence au principe de la bonne foi, comme le fait l'ATF cité du 18.1.2017, c. 3.4).*

#### **Art. 194**

Aucun changement.

*Pour le législateur de 1987, la Convention de New York devait régir exclusivement la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères (FF 1983 I p. 320). Il a donc dû sembler cohérent de ne pas envisager l'applicabilité de règles nationales plus favorables en vertu de l'art. VII al. 1. La question n'a pas pu se poser véritablement en raison de la compatibilité de l'actuel art. 178 al. 1 et de l'art. II CNY. Avec la nouvelle proposition pour l'art. 178 al. 1, consacrant une forme purement unilatérale, la question va se poser. Une sentence étrangère répondant à une telle forme mais non à celle, plus rigoureuse, de l'art. II CNY, sera-t-elle reconnue ? Le BGH allemand a répondu favorablement (arrêt du 30.9.2010, III ZB 69/09). Une précision à l'art. 194 serait alors utile. Les auteurs du projet n'ont pas vu le problème.*

*L'exposé des motifs affirme que le projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse ; il l'explique par le fait qu'il n'a pas d'effets sur la reconnaissance et*

*l'exécution des sentences (p. 32). Les auteurs ont donc répondu négativement à la question posée, cependant probablement sans le savoir.*

*Le sort des sentences annulées à l'étranger n'est pas déterminé, alors qu'il s'agit d'un facteur renforçant l'attractivité de certaines places d'arbitrage, telle la France.*

Ayant l'honneur de soumettre à l'Office fédéral de justice mes observations relatives au premier projet de révision du chapitre 12, je lui exprime également ma disponibilité pour contribuer à l'avenir des travaux.



Andreas Bucher

Professeur honoraire, Université de Genève  
Membre de l'Institut de droit international



Lodevole  
Dipartimento federale di giustizia e  
polizia  
Palazzo federale ovest  
3003 Berna

Per email: [jpr@bj.admin.ch](mailto:jpr@bj.admin.ch)

Lugano, 31 maggio 2017

**Consultazione: Modifica della legge federale sul diritto internazionale privato (Arbitrato internazionale)**

Gentili Signore,  
Egredi Signori,

La Camera di commercio, dell'industria, dell'artigianato e dei servizi del Canton Ticino ospita uno dei segretariati operativi della Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI).

Con la presente segnaliamo quindi il nostro pieno sostegno alla presa di posizione presentata da SCAI nella consultazione menzionata a margine e alle relative osservazioni di merito.

Con i migliori saluti.

Michele Rossi



Département fédéral de justice et  
police DFJP

Par email : [jpr@bj.admin.ch](mailto:jpr@bj.admin.ch)

Genève, le 31 mai 2017

## Consultation - Modification de la loi fédérale sur le droit international privé

Madame, Monsieur,

Le Département fédéral de justice et police a mis en consultation une modification de la loi fédérale sur le droit international privé. Compte tenu de l'importance de l'arbitrage pour les entreprises sises en Suisse et à Genève, la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève (CCIG) tient à faire part de sa position sur le projet en consultation.

### 1. Remarques liminaire : l'arbitrage et les Chambres de commerce en Suisse

Les Chambres de commerce suisses jouent un rôle de premier plan s'agissant des activités d'arbitrage et de promotion de la Suisse en tant que place d'arbitrage au niveau international.

A ce titre, la CCIG et d'autres Chambres (Handelskammer beider Basel, Union du Commerce et de l'Industrie du Canton de Berne - Chambre de commerce bernoise, Chambre vaudoise du commerce et de l'industrie, Camera di commercio, dell'industria, dell'artigianato e dei servizi del cantone Ticino, Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie, Zürcher Handelskammer) ont fondé la Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI).

Le canton de Genève est particulièrement dynamique en matière d'arbitrage. Près de la moitié (47%) des arbitrages ouverts en 2015 sous l'égide de la SCAI l'ont ainsi été à Genève, plaçant le canton à la première place suisse<sup>1</sup>.

### 2. Position de la CCIG sur le projet en consultation

La CCIG accueille la proposition en consultation de manière **globalement positive**.

Pour Genève, il importe que le cadre légal applicable à l'arbitrage international permette d'asseoir et de solidifier l'attrait de la Suisse et de Genève en tant que places arbitrales internationales de premier plan.

A ce titre, il convient de relever que la qualité des services d'arbitrage international fait partie intégrante de la palette des avantages comparatifs de Genève, lui permettant de se profiler comme place économique et financière compétitive au niveau international. La place

---

<sup>1</sup> SCAI (2016) : « Commented statistics 2015 »

économique genevoise est éminemment orientée sur l'international (négoce de matières premières, commerce international, shipping, etc.). La qualité du cadre légal applicable aux activités d'arbitrage international revêt donc une importance centrale pour l'économie genevoise.

S'agissant du détail des quelques éléments qui, de notre point de vue, gagneraient à être améliorés, **la CCIG souscrit pleinement à la prise de position de la SCAI** telle que communiquée à vos services. Par commodité, nous nous permettons d'en citer les éléments centraux ci-dessous<sup>2</sup> :

Wir nehmen zur Kenntnis, dass die *Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA) mit Datum vom 12. Mai 2017 eine Stellungnahme in obgenannter Vernehmlassung eingereicht hat (ASA Stellungnahme). Die SCAI schliesst sich im Grundsatz der ASA Stellungnahme an. Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass, wie in der ASA Stellungnahme vermerkt, einige der vertretenen Positionen unter Schiedspraktikern kontrovers diskutiert werden.

Nachfolgend haben wir zudem einige Punkte aufgeführt, die aus Sicht der SCAI eine weitergehende Möglichkeit darstellen, um die Nutzerfreundlichkeit und damit die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz zu fördern. Anregungen unter diesem Aspekt hat die SCAI, unter der Präsidentschaft des ehemaligen Präsidenten des Schiedsgerichtshofs, Dr. Philipp Habegger, bereits im Rahmen von Vorgesprächen geäussert. Wir verweisen diesbezüglich insbesondere auf das Ideenpapier vom 22. April 2016 samt Ergänzung vom 20. Mai 2016:

1. Gewisse Aspekte beeinträchtigen die SCAI als Schiedsinstitution in ihrer täglichen Arbeit (z.B. **FATCA, Embargogesetzgebung**). Eine Änderung der Gesetzes-/Rechtsslage in dieser Hinsicht würde aus Sicht der SCAI dem Schiedsplatz Schweiz dienen.
2. Weiter wäre aus Sicht der SCAI prüfenswert, ob nicht ein **zentraler juge d'appui** der Nutzerfreundlichkeit und damit der Attraktivitätssteigerung des Schiedsplatzes Schweiz dienen würde.
3. Prüfenswert ist unserer Ansicht ferner ein **einheitliches Formerfordernis in IPRG und ZPO für die verschiedenen möglichen Parteiübereinkünfte** (für die Schiedsvereinbarung (Art. 178(1) IPRG und Art. 358 ZPO), das Opting-out vom IPRG in die ZPO (Art. 176(2) IPRG), das Opting-in von der ZPO in das IPRG (Art. 353(2) ZPO), die Abberufung von Schiedsrichtern (revArt. 180(2bis)(a) IPRG und Art. 370(1) ZPO), der Rechtsmittelverzicht (revArt. 190a(3) und 192(1) IPRG), und die Wahl eines kantonalen Gerichts als Beschwerde- und Revisionsinstanz (Art. 390(1) ZPO)).
4. Der neu **vorgeschlagene Abs. 3 von Art. 189** könnte allenfalls problembehaftet sein. Unseres Erachtens wäre eher eine Lösung analog zu Art. 41(4)(b-d) UNCITRAL Schiedsordnung prüfenswert. Danach kann eine Partei, welche die Festlegung von Entschädigungen oder Auslagen durch das Schiedsgericht als offensichtlich zu hoch oder in Verletzung der mit dem Schiedsgericht getroffenen Honorarvereinbarung erachtet, innert Frist – auch noch nach Erlass des Schiedsspruches – an den *juge d'appui* gelangen.
5. Prüfenswert ist unserer Ansicht nach schliesslich eine Änderung von **Art. 375(2) ZPO** dahingehend, dass die «*Vornahme sonstiger Handlungen*» nicht auf solche des Schiedsgerichtes beschränkt ist, da u.U. auch Schiedsinstitutionen auf eine Mitwirkung des *juge d'appui* angewiesen sind.

<sup>2</sup> SCAI (30.05.2017) : Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien porter à ces éléments, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur l'expression de nos salutations distinguées.

Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève



Jacques Jeannerat  
Directeur général



Vincent Subilia  
Directeur général adjoint

**La CCIG a pour objectif d'assurer une économie forte, permettant aux acteurs qui constituent le tissu économique local d'exercer leur activité de manière pérenne. Association de droit privé, indépendante des autorités politiques, la CCIG fait entendre la voix des entreprises, par exemple lors de consultations législatives cantonales et fédérales, et en formulant des propositions ayant trait aux conditions cadre. La CCIG compte plus de 2 400 entreprises membres.**

Nur per Email [jpr@bj.admin.ch](mailto:jpr@bj.admin.ch)

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD  
Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

## Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren

Namens der im Anhang aufgelisteten Anwaltskanzleien übermitteln wir Ihnen die nachstehende Vernehmlassung. Sie beruht auf einer ersten Diskussionsveranstaltung im März 2017, an welcher sich damals 18 im Schiedsgerichtswesen tätige Kanzleien beteiligten. Ein Teil dieser Kanzleien beteiligte sich dann weiter in einem E-Mail Austausch zu weiteren Entwürfen dieser Vernehmlassung.

Wir gliedern unsere Bemerkungen wie folgt: nach einigen Einleitenden Bemerkungen (I.), befassen wir uns mit dringend notwendigem Reformbedarf in IPRG, ZPO und BGG, welcher sich im Vorentwurf u.E. noch nicht genügend reflektiert findet (II.). Kapitel III. befasst sich mit dringenden Änderungspostulaten ausserhalb des IPRG, welche im Sinne des Erhaltes der Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz im Rahmen dieser Revision oder sonst baldmöglichst in Angriff genommen werden sollten. Anschliessend diskutieren wir die im Vorentwurf vorgenommene Nachführung («*toilettage*») der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bzw. deren Überführung ins kodifizierte Recht, sowie die weiteren vorgeschlagenen materiellen Änderungen (IV.).

### I. Einleitende Bemerkungen

1. Wir unterstützen die in Motion 12.3012 zum Ausdruck gebrachten und mit dem Vorentwurf in weiten Teilen umgesetzten Ziele der Modernisierung des Gesetzes zwecks Stärkung der Schweiz im internationalen Wettbewerb der Schiedsplätze. Dabei gilt es die unbestrittenen Stärken des 12. Kapitels zu belassen und punktuell zu verstärken. Es erscheint in diesem Zusammenhang wichtig, zentrale Elemente der Rechtsprechung des Bundesgerichts in das Gesetz zu überführen und die Nutzerfreundlichkeit durch Weglassung der Verweise auf Regelungen in der ZPO zu stärken. Unter diesem Gesichtspunkt sind wir der Auffassung, dass der Vorentwurf in einzelnen Punkten noch verbesserungsfähig ist, damit die bundesgerichtliche Rechtsprechung (bzw. allenfalls eine gesetzgeberische Korrektur derselben) im Sinne der Transparenz für die insbesondere ausländischen Nutzer mit noch verbesserter Vollständigkeit und Präzision dargestellt wird.
2. Im Sinne der Steigerung der Attraktivität des Schiedsplatzes erscheint ebenfalls wichtig, dass über die Zulassung von Rechtsschriften in englischer Sprache vor Bundesgericht hinaus weitere Möglichkeiten des Gebrauchs bzw. Rückgriffs auf die englische Sprache ermöglicht werden. Englisch hat sich als *lingua franca* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit durchgesetzt. Schiedsplätze, an welchen Englisch auch als Verfahrenssprache vor staatlichen Gerichten verwendet werden kann, haben denn auch in den letzten Jahren das grösste Wachstum erfahren

(London, New York, Singapur, Hong Kong). Unser Vorschlag für die Schaffung eines zentralen *juge d'appui* mindestens für Teilbelange zielt in diese Richtung.

3. Wie der Erläuternde Bericht richtig festhält, ist das 12. Kapitel des IPRG auch dreissig Jahre nach seiner Verabschiedung ein innovatives und modernes Schiedsverfahrensrecht von grosser Qualität. In den vergangenen Jahren haben viele andere Länder – u.a. durch die verstärkte Verbreitung des UNCITRAL-Modellgesetzes – jedoch viel an Terrain gutgemacht und der «Modernitäts-Vorsprung» der Schweiz ist geschmolzen. Eine blosser Überführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder einzelner Bestimmungen der ZPO ins IPRG vermag entsprechend die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz nicht genügend zu erhalten. Blosser Stillstand (Erhalt des blossen *Status quo*, wenn auch bei erhöhter Transparenz) bedeutet deshalb einen Rückschritt im Standortwettbewerb. Vereinzelt sind deshalb auch über den Vorentwurf hinausgehende materielle Neuerungen notwendig, um dem parlamentarischen Auftrag gerecht zu werden.
4. Zusätzlich sah sich der Schiedsplatz Schweiz in den letzten Jahren mit (regulatorischen) Herausforderungen konfrontiert, welche durch eine auf IPRG, ZPO und BGG beschränkte Revision nicht adressiert und deshalb durch den Vorentwurf noch keiner Lösung zugeführt werden können. Notwendig sind u.E. Anpassungen im Embargo-Gesetz und bei FATCA bzw. gegebenenfalls im Strafgesetzbuch. Der mit solchen Anpassungen verbundene Zeitverlust ist u.E. in Kauf zu nehmen, da hinsichtlich der Revision des IPRG selbst keine eigentliche Dringlichkeit besteht, aber – mindestens für uns – nicht abzusehen ist, wie die angesprochenen, z.T. akuten, Probleme ausserhalb der IPRG-Revision in absehbarer Zeit einer Lösung zugeführt werden könnten.
5. Bestimmte unserer Postulate beschlagen deshalb nebst IPRG und ZPO auch andere Erlasse. Die ausserhalb des IPRG für notwendig erachteten Anpassungen heben wir nachfolgend in **blauer Kursivschrift** hervor. Angelegenheiten von **hoher Priorität** oder mindestens **mittlerer Priorität** sind ebenfalls kenntlich gemacht. Die sich an der Diskussion beteiligten Kanzleien sind sich nicht in allen Belangen völlig einig. Die nachfolgenden Ausführungen bringen deshalb zum Ausdruck, wie sich die Mehrheitsverhältnisse in der Diskussion in etwa darstellten.

## II. Dringende zusätzliche Änderungen in IPRG/ZPO/BGG

### a. Zentrale *autorité d'appui*

6. Eine **grosse Mehrheit** (ca. 2/3) der teilnehmenden Kanzleien befürwortet mit **hoher Priorität** die Schaffung einer zentralen *autorité d'appui* mindestens für die Belange der reinen «Justizverwaltungstätigkeit», d.h. die Ernennung, Ablehnung und Absetzung von Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern (Art. 179 und 180 IPRG), die Verlängerung von deren Amtsdauer, die Vereinigung von Schiedsverfahren etc. (Art. 185 IPRG). Die Vollstreckungshilfe bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 183(2) IPRG [bzw. Art. 374(2) ZPO]) und die Mitwirkung bei der Beweisabnahme (Art. 184(2) IPRG [bzw. 375(2) ZPO]<sup>1</sup>) kann demgegenüber bei den kantonalen Gerichten verbleiben.
7. Die kantonalen Gerichte kennen i.d.R. die Schiedsgerichtsgemeinde zu wenig, um sachgerechte Schiedsrichterernennungen vorzunehmen, insbesondere nicht für internationale Verfahren, in welchen u.U. auch ausländisches Sachrecht Anwendung findet. Aber auch in

---

<sup>1</sup> S. aber unten Ziff. 74.

Binnenschiedsverfahren stellt sich die Frage, ob nicht eine zentrale Behörde sachgerechtere Ernennungen vorzunehmen in der Lage ist, so dass sich selbst unter dem Regime der ZPO die Schaffung einer zentralen Instanz aufdrängt ([Art. 356 ZPO](#)).<sup>2</sup>

8. Die im Erläuternden Bericht gegen die Schaffung eines zentralen *juge d'appui* vorgebrachten Argumente überzeugen u.E. nicht. So stand u.a. die Bestimmung eines kantonalen Gerichts für diese Frage nie im Vordergrund.<sup>3</sup> Angezeigt erscheint vielmehr die Schaffung einer neuen Instanz. Wird sie genügend «schlank» ausgestaltet,<sup>4</sup> erscheint der damit verbundene Aufwand schon heute<sup>5</sup> – nicht zuletzt aufgrund der im Erläuternden Bericht nicht gewürdigten positiven Zusatzeffekte – gerechtfertigt.
9. Als solch ein positiver Zusatzeffekt ist vorab die Möglichkeit der Verwendung der englischen Sprache durch die Parteien auch vor dem *juge d'appui* zu nennen.<sup>6</sup> Hinzu kommt, dass das schweizerische (internationale) Schiedsverfahrensrecht im Grundsatz – nicht zuletzt dank des Bundesgerichtes als einziger Rechtsmittelinstanz – kaum relevante Rechtsfolgen an einen unterschiedlichen Schiedsort innerhalb der Schweiz knüpft. Es führte deshalb zu unsinnigen Resultaten, wenn in Mehrparteien- oder Mehrvertragsschiedsverfahren (*multi-party* und *multi-contract arbitrations*) Ansprüche, welche nicht auf gemeinsamen Schiedsklauseln beruhen nur deshalb nicht in ein und demselben Schiedsverfahren beurteilt werden könnten, weil die verschiedenen Schiedsklauseln einzig wegen eines unterschiedlichen Sitzes innerhalb der Schweiz nicht als übereinstimmend/kompatibel qualifizieren.<sup>7</sup> Damit werden sachgerechte Lösungen bei Streitgenossenschaften, Klagehäufungen, Beteiligungen Dritter (*Joinder*), Widerklagen u.U. einzig aus dem Grund unterschiedlicher Sitze in der Schweiz verhindert. Wird an dezentralen *juges d'appui* am jeweiligen Sitz festgehalten, ist sodann etwa bei unterschiedlichen Sitzen in der Schweiz unklar, welcher Sitzrichter für die Frage einer Verfahrenskonsolidierung zuständig ist bzw. wird eine solche ggf. einzig deshalb abgelehnt, weil ein Sitzrichter sich nicht traut in den Zuständigkeitsbereich des anderen einzugreifen.
10. Die zentrale Behörde wäre u.E. so einzurichten, dass vor ihr wie neu in Art. 77 BGG vorgeschlagen Englisch in Eingaben verwendet werden kann. Aufgrund des anwendbaren summarischen und i.d.R. ausschliesslich schriftlichen Verfahrens<sup>8</sup> ist für eine solche Behörde aller Voraussicht nach keine grössere Infrastruktur notwendig. Wir laden BJ/EJPD ein, in dieser Frage auch unkonventionelle Lösungen anzudenken, wie z.B. die Betrauung einer gesamtschweizerisch verankerten Schiedsinstitution mit dieser Aufgabe mittels Konzession/verwaltungsrechtlichen Vertrages oder der Ansiedlung der Behörde beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung

---

<sup>2</sup> Beispiel: in einem Binnensachverhalt setzt eine Partei in den Vertragsverhandlungen ihren Geschäftssitz als Sitz des Schiedsgerichtes durch. Wird das kantonale Gericht am Sitz des Schiedsgerichtes zur Ernennung eines Schiedsrichters angerufen, wird es mangels Kenntnis kaum in der Lage sein eine sachgerechte Ernennung einer Schiedsrichterin aus einem (neutralen) anderen Kanton vorzunehmen. Das Schiedsgericht wird entsprechend mindestens aus der Sicht einer Partei ggf. nicht so ausgewogen zusammengesetzt sein, wie dies wünschbar wäre.

<sup>3</sup> So aber anscheinend Erläuternder Bericht S. 15.

<sup>4</sup> Für Vorschläge s. unten Ziff. 10.

<sup>5</sup> Der Erläuternde Bericht (S. 15) spricht von Unverhältnismässigkeit «zum heutigen Zeitpunkt».

<sup>6</sup> S. hierzu unten Ziff. 10.

<sup>7</sup> Dies ist nach vorherrschender Auffassung die aktuelle Rechtslage in der Schweiz. Vgl. z.B. BK-Pfisterer, ZPO 376 N 12; BSK-Habegger, ZPO 376 N 9; ZK-Netzle, ZPO 376 N 4; CPC-Schweizer, ZPO 376 N 15 f.; Berger/Kellerhals, Rz. 516 i.V.m. 478; KuKo-Dasser, ZPO 376 N 7.

<sup>8</sup> RevArt. 251a und revArt. 356(3) ZGB.

(«SIR»<sup>9</sup>). Es scheint uns auch, dass eine solche Behörde relativ einfach mit kompetenten Mitgliedern im Nebenamt «bestückt» werden könnte<sup>10</sup> und dass diese mangels eigentlicher Rechtsprechungstätigkeit u.U. – analog wie Kommissionen<sup>11</sup> – vom Bundesrat statt der Bundesversammlung ernannt werden könnte.

## b. Gesetzliche Verankerung der Rügepflicht

11. S. unten Ziff. 34 für eine Regelung in Art. 182 IPRG analog zu Art. 373(6) ZPO; allerdings mit einer gewichtigen Änderung (**hohe Priorität, Einstimmigkeit**).

## III. Dringende zusätzliche Änderungen ausserhalb IPRG/ZPO/BGG

### a. Embargo-Gesetzgebung

12. Eine **ganz überwiegende Mehrheit** (> 80%) der beteiligten Kanzleien erachtet es als *dringend notwendig* (**hohe Priorität**), dass der bestehende Rechtszustand geändert wird. Die staatliche und die private Rechtspflege (sowie gegebenenfalls die Mediation) sollte nach Möglichkeit als Ganzes vom Gegenstand des Embargogesetzes (**Art. 1 EmbG**) ausgenommen werden. Die bestehende Situation beeinträchtigt die Funktionsfähigkeit des Systems und läuft u.U. auf eine Verweigerung der in Art. 29, 29a, 30(1) BV, Art. 6 EMRK, Art. 14 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte<sup>12</sup> gewährleisteten Grundrechte hinaus. Gerichte, Schiedsinstitutionen, Schiedsrichter und Mediatoren sollten ohne Weiteres zur Entgegennahme und Weiterleitung einer Einleitungsanzeige, der Ernennung/Bestätigung von Schiedsrichtern und Mediatoren, der Entgegennahme von Einschreibe- oder Verwaltungsgebühren, der Entgegennahme und Verwaltung von Kostenvorschüssen und zu deren Auszahlung als Honorar oder Auslagenersatz an Schiedsrichter oder deren Rückzahlung an die Parteien, sowie zur Zustellung eines Schiedsspruches, eines Erledigungsbeschlusses oder eines Mediationsvergleiches berechtigt sein.

13. Es obliegt dem Gericht/Schiedsgericht/Mediator die rechtlichen Auswirkungen eines Sanktionsregimes auf die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien zu beurteilen. Diese Beurteilung darf nicht verunmöglicht werden, indem z.B. einer auf einer Sanktionsliste aufgeführten Partei oder wegen einer (mutmasslich) sanktionsunterworfenen Transaktion der Zugang zu Gericht/Schiedsgericht entzogen oder unverhältnismässig erschwert wird.

### b. FATCA

14. Eine **ganz überwiegende Mehrheit** (> 80%) der beteiligten Kanzleien erachtet als *dringend notwendig* (**hohe Priorität**), dass analog zur **FATCA-Ausnahmebestimmung** für Konten von

---

<sup>9</sup> Das SIR hätte aus glücklichem Zufall nicht nur wie das Bundesgericht seinen Sitz in Lausanne, sondern verfügt auch über Jurist/innen englischer Muttersprache. Zudem können ihm gemäss Art. 3(3) des BG über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung durch die Bundesversammlung zusätzliche Aufgaben zugewiesen werden.

<sup>10</sup> Zu denken ist etwa an ehemalige Bundesrichter/innen der I. Zivilabteilung, ehemalige Gerichtsschreiber/innen der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes, Mitglieder des ASA Vorstandes oder von Ernennungsorganen in Schiedsinstitutionen, in der Schiedsgerichtsbarkeit tätige Anwäl/innen und Professor/innen.

<sup>11</sup> WEKO, ElCom, ComCom, Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten etc.

<sup>12</sup> SR 0.103.2 ("UNO Pakt II").

Anwälten und Notaren (Vereinbarung zwischen den zuständigen Behörden der Schweiz und der USA vom 19./29. Februar 2016; vgl. news.admin.ch vom 1.3.2016) eine Ausnahmebestimmung für Konten von Schiedsinstitutionen und Schiedsgerichten in das FATCA-Abkommen aufgenommen wird. Schiedsrichter und Schiedsinstitutionen profitieren von den bisherigen Ausnahmen leider nicht, da ihre Tätigkeit (bis anhin) nicht dem gesetzlichen Berufsgeheimnis unterliegt. Ein Vertraulichkeitsbedürfnis (Verhinderung der Identifizierung durch das Finanzinstitut) besteht aber gleichermassen, wie auch umgekehrt nur ein geringes Risiko besteht, dass solche Konten von US-Personen zur Hinterziehung von US-Steuern genutzt werden. Eine Vielzahl schweizerischer Schiedsrichter greift zur Zeit auf Dienstleistungen liechtensteinischer Banken zurück, da die liechtensteinischen Behörden diesen Punkt in ihren Verhandlungen mit den USA offensichtlich geregelt haben. Die fehlende Nutzbarkeit schweizerischer Bankverbindungen ist für den Schieds- und den Finanzplatz Schweiz peinlich.

### c. Berufsgeheimnis

15. Eine *grosse Mehrheit* der beteiligten Kanzleien erachtet es als Postulat **mittlerer Priorität**, dass Schiedsrichter, Schiedsinstitutionen (und Mediatoren?) in den Katalog der Berufsgeheimnisträger von **Art. 321 Abs. 1 StGB** aufgenommen werden, damit sie ihrer Rolle als „*confidants nécessaires*“ gerecht werden können und aufgrund ihrer quasi-richterlichen Funktion mit den staatlichen Gerichten (analog zum Amtsgeheimnis) gleichgestellt werden. Soweit Schiedsgerichtssekretäre, vom Schiedsgericht bestellte Experten, Mitglieder des Schiedsgerichtshofes oder des Sekretariates einer Schiedsinstitution nicht ohne weiteres als Hilfspersonen im Sinne der Bestimmung von Art. 321 StGB qualifizieren, wären auch sie in geeigneter Formulierung als Geheimnisträger aufzuführen.
16. Soweit betreffend FATCA<sup>13</sup> mit den US-Behörden nicht rasch eine Einigung erzielt werden kann, ist die Qualifikation von Schiedsrichtern und Schiedsinstitutionen als Geheimnisträger auch unter diesem Aspekt zu prüfen.

## IV. Diskussion der vorgeschlagenen Bestimmungen in IPRG, ZPO und BGG

### a. Art. 176 IPRG I. Geltungsbereich 1. Sitz des Schiedsgerichts

17. **Abs. 1:** Die beteiligten Kanzleien begrüssen die Korrektur der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, d.h. dass für die Frage der Anwendbarkeit von Kapitel 12 IPRG auf die Parteien der Schiedsvereinbarung zu deren Abschlusszeitpunkt abgestellt wird. Damit werden Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erhöht.
18. Die beteiligten Kanzleien ersuchen darum, die Aufnahme der «*Niederlassung in der Schweiz*» in den Katalog der Kriterien nochmals eingehend zu überprüfen. Sie scheint dem Postulat der Rechtssicherheit zu widersprechen. Ist «*Niederlassung*» i.S.v. Art. 20(1)(c) oder Art. 21(4) IPRG gemeint oder beides? Kommt es darauf an oder nicht, ob eine (Zweig-)niederlassung eingetragen ist oder nicht? Wird ein Schiedsverfahren zwischen zwei Gesellschaften mit Sitz im Ausland nun ein Binnenschiedsverfahren, falls beide eine Niederlassung in der Schweiz haben und dies selbst dann, wenn die Streitsache mit der Geschäftstätigkeit der Niederlassungen in der Schweiz in keinem Zusammenhang steht? Aufgrund des momentanen Beurteilungsstandes scheint den

---

<sup>13</sup> S. oben Rz. 14.

beteiligten Kanzleien der Änderungsvorschlag eher Rechtsunsicherheit zu stiften, als Nutzen zu bringen.

19. Abs. 2: Eine **ganz überwiegende Mehrheit (> 90%)** der beteiligten Kanzleien beantragt mit **hoher Priorität**, dass ein durchwegs einheitliches Formerfordernis in IPRG und ZPO für die jeweiligen Parteiübereinkünfte gilt. Insbesondere das in einer Vielzahl von Bestimmungen für nachträgliche Übereinkünfte vorgeschlagene Schriftlichkeitserfordernis schießt in den meisten Fällen über das Ziel hinaus. Das Erfordernis der «ausdrücklichen» Erklärung erstreckt sich auch auf die «spätere Übereinkunft» und scheint uns unter dem Gesichtspunkt der Warnfunktion zu genügen.
20. U.E. einem einheitlichen Formerfordernis zu unterstellen sind u.E.: (i) die Schiedsvereinbarung (Art. 178(1) IPRG und **Art. 358 ZPO**), (ii) das Opting-out vom IPRG in die ZPO (Art. 176(2) IPRG), (iii) das Opting-in von der ZPO in das IPRG (**Art. 353(2) ZPO**), die Abberufung von Schiedsrichtern (Art. 180(2bis)(a) IPRG und **Art. 370(1) ZPO**), der Rechtsmittelverzicht (Art. 190a(3) und 192(1) IPRG), die Wahl eines kantonalen Gerichts als Beschwerde- und Revisionsinstanz (**Art. 390(1) ZPO**). Für die favorisierte Form s. unten bei Art. 178(1) IPRG.<sup>14</sup>
21. U.U. ist im Rahmen dieser Bestimmung ein neuer Absatz einzufügen, welcher analog zu Art. 191 IPRG für die Rechtsmittelinstanz, für die Nutzer klarstellt, welches die zentrale Mitwirkungsbehörde ist.<sup>15</sup>
22. Vgl. unten Ziff. 56 betr. Aufteilung von Kapitel 12 in zwei Abschnitte.

#### **b. Art. 178 IPRG III. Schiedsvereinbarung und Schiedsklausel**

23. Abs. 1: Die neu vorgeschlagene Formvorschrift wurde innerhalb der Diskussionsrunde sehr kontrovers diskutiert. Eine stattliche Zahl der beteiligten Kanzleien plädierte für den Status *de lege lata*. Letztlich wird dem Vorschlag im Vorentwurf («halbe» Schriftlichkeit) aber zugestimmt.
24. revAbs. 4: Die Änderung wird (ebenso wie die korrespondierende Änderung in revArt. 358(2) ZPO) begrüsst.

#### **c. Art. 179 IPRG IV. Schiedsgericht 1. Bestellung und Ersetzung**

25. Abs. 1: Die Abberufung wird nun in revArt. 180(2bis)(a) ausdrücklich geregelt. Es fragt sich, ob «*abberufen*» nicht aus Abs. 1 gestrichen werden sollte.
26. Generell erachten die beteiligten Kanzleien die Bestimmung grossmehrheitlich als zu wenig detailliert. Kritisiert wird insbesondere, dass eine Auffangbestimmung fehlt, welche die Anzahl Schiedsrichter bei fehlender Einigung der Parteien regelt. Über deren Ausgestaltung herrscht allerdings Uneinigkeit. Etwa je die Hälfte plädiert für ein Dreier-Schiedsgericht, die andere auf einen Einzelschiedsrichter, allerdings dann verknüpft mit der Möglichkeit beim *juge d'appui* aufgrund von Komplexität oder Streitwert die Einsetzung eines Dreier-Schiedsgerichtes verlangen zu können. Vereinzelt plädieren auch Befürworter eines Dreier-Schiedsgerichtes für eine 'weiche' Ausgestaltung, d.h. eine Partei kann den *juge d'appui* um Einsetzung eines Einzelschiedsrichters

---

<sup>14</sup> S. unten Ziff. 23.

<sup>15</sup> S. oben Ziff. 6 ff.

ersuchen, so ein Dreier-Schiedsgericht der Streitsache unangemessen ist.

#### **d. Art. 180 IPRG 2. Ablehnung und Abberufung**

27. *Marginalie*: Da die Abberufung in revAbs. 2bis lit. a geregelt wird, ist eine Änderung der Marginalie in «*Ablehnung, Abberufung und Absetzung*» zu prüfen. Eine solche Änderung ist auch für **Art. 370 ZPO** zu prüfen.
28. *Abs. 1 (insb. lit. c)*: Die Änderungen werden begrüsst.
29. *revAbs. 2bis*: Die Änderung wird grundsätzlich begrüsst. Das Formerfordernis für die Abberufung ist einheitlich mit den anderen Formerfordernisse für Parteiübereinkünfte zu regeln,<sup>16</sup> ein Schriftlichkeitserfordernis erscheint aber so oder anders angesichts der Tragweite der Entscheidung als nicht angebracht. Rein begrifflich wäre eine sprachliche Lösung vorzuziehen, welche terminologisch zwischen Abberufung (lit. a.) und Absetzung (lit. b) unterscheidet. S. auch unten betr. Art. 370 ZPO.<sup>17</sup>
30. *Abs. 2*: Abs. 2 regelt einen eigenen Tatbestand für den Fall der «Mitwirkung» bei der Ernennung eines Schiedsrichters. Richtig erscheint, in Umsetzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den objektiven Standard («*Kennen-Müssen*») einzuführen. Das Bundesgericht hat diesen Standard allerdings auch dann angewandt, wenn eine Partei in keiner Weise an der Ernennung des betreffenden Schiedsrichters mitgewirkt hat (BGE 136 III 605 E. 3.4.2; BG 4A\_110/2012 E. 2.2.2). Mithin ist im Sinne einer korrekten Überführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ins kodifizierte Recht die entsprechende Formulierung auch in Abs. 3 vorzunehmen (Aspekt der korrekten «*toilettag*»).
31. *Abs. 2 und 3*: Die unterzeichnenden Kanzleien befürworten **grossmehrheitlich** analog zur ZPO ein zweistufiges Verfahren (eine erste Frist für die Mitteilung an Schiedsgericht und Gegenpartei(en), eine zweite Frist für die Einleitung des gerichtlichen Ablehnungsverfahrens). **Einigkeit** herrscht dahingehend, dass (i) fristauslösendes Element nicht nur subjektive Kenntnis, sondern auch objektives «*Kennen-Müssen*» sein soll,<sup>18</sup> und dass (ii) die Frist für die Einleitung des gerichtlichen Ablehnungsverfahrens nicht später als 30 Tage ab dem fristauslösenden Ereignis ablaufen soll. Insgesamt wird grossmehrheitlich eine detailliertere Regelung als im Vorentwurf gewünscht.
32. *revAbs. 4*: Eine **grosse Mehrheit** der beteiligten Kanzleien misst dieser Neuerung aufgrund der Seltenheit des Szenarios nur *geringe Priorität* zu. So der Aspekt dennoch als kodifizierungswürdig erachtet wird, sollte er aber nicht unnötig eng gefasst werden, sind doch auch Konstellationen denkbar, in welchen nach Abschluss des Verfahrens die vorschriftswidrige Zusammensetzung des Schiedsgerichts (i.S.v. Art. 190(2)(a) IPRG) aus anderen Gründen als fehlender Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit eines Schiedsrichters bekannt wird.<sup>19</sup> Es erscheint deshalb sachgerechter, von der Entdeckung der vorschriftswidrigen Zusammensetzung des Schiedsgerichts statt nur von der Entdeckung eines Ablehnungsgrundes zu sprechen. In systematischer Hinsicht erscheint es

---

<sup>16</sup> S. oben Ziff. 19.

<sup>17</sup> S. unten Ziff. 65 und 72.

<sup>18</sup> S. die in Ziff. 30 vorstehend diskutierte bundesgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>19</sup> Beispiele: ein Mitglied des Schiedsgerichtes wird urteilsunfähig (Vorliegen eines Absetzungsgrundes), das Schiedsgericht erlässt aber dennoch einen Schiedsspruch. Ein Mitglied des Schiedsgerichtes verstirbt, wird nicht ersetzt und das Schiedsgericht erlässt einen Schiedsspruch ohne dass eine vertragliche Grundlage für ein 'truncated tribunal' besteht.

sodann angebracht, den Aspekt in Art. 190a Abs. 1 als eigentlichen Revisionsgrund und unter ausdrücklicher Erwähnung des objektiven Standards («*gehörige Aufmerksamkeit*») zu regeln.

#### e. Art. 181 IPRG V. *Rechtshängigkeit*

33. Inhaltlich besteht kein Handlungsbedarf. Aus Gründen der Einheitlichkeit sollte redaktionell von „*Bestellung*“ statt „*Bildung*“ gesprochen werden.

#### f. Art. 182 IPRG VI. *Verfahren 1. Grundsatz*

34. *revAbs. 4*: Die beteiligten Kanzleien erachten es **einstimmig** als eine Angelegenheit von **hoher Priorität**, dass die Rügeobliegenheit der Parteien bei Verfahrensfehlern aufgrund der drastischen Verwirkungsfolge bei Säumnis, ihrer hohen praktischen Relevanz und der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ins kodifizierte Recht überführt wird. Dies scheint uns auch im Sinne einer vollständigen und präzise durchgeführten «*toilette*» notwendig.

35. Eine Übernahme des Wortlautes von **Art. 373(6) ZPO** ist jedoch nicht angebracht, vielmehr ist diese Bestimmung in Wiedergabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls anzupassen. Das BGer wendet nämlich auch in diesem Zusammenhang den Masstab des «*Kennen-Müssen*» an (BG 4P.129/2002 E. 7.1: «*Die Partei, die sich durch eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs oder einen andern Verfahrensmangel als verletzt erachtet, muss ihre Rügen bei Verwirkungsfolge im Schiedsverfahren rechtzeitig vorbringen. Sie muss alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen, um sich Gleichbehandlung und rechtliches Gehör zu verschaffen, sobald sie vom Verfahrensmangel Kenntnis hat oder bei zumutbarer Anstrengung Kenntnis haben könnte.*» Hervorhebung eingefügt).

#### g. Art. 184 IPRG 3. *Beweisaufnahme*

36. *Abs. 2*: Bei den beteiligten Kanzleien herrscht **Einstimmigkeit** (bei **mittlerer Priorität**), dass die Beschränkung auf das Gericht am Sitz des Schiedsgerichtes nicht sachgerecht ist<sup>20</sup> und die entsprechende Beschränkung aufgehoben werden sollte.

37. *revAbs. 3*: Die Änderung wird **einhellig** begrüsst. Sie ist jedoch auch in **Art. 375 ZPO** umzusetzen, ist doch die Verfahrensautonomie im Binnenschiedsverfahren ebenso gross wie in internationalen Schiedsverfahren. Es besteht deshalb keine Veranlassung, dass der staatliche Mitwirkungsrichter bei der Beweisaufnahme zu Gunsten von Binnenschiedsverfahren der Parteiautonomie weniger Nachachtung verschafft als in internationalen Schiedsverfahren.

#### h. Art. 185 IPRG 4. *Weitere Mitwirkung des staatlichen Gerichts*

38. Vgl. oben Ziff. 6 ff. betr. zentrale *autorité d'appui*.

39. Eine **grosse Mehrheit** regt an in der Bestimmung klarzustellen, dass eine weitere Mitwirkung sowohl vom Schiedsgericht, wie auch von einer Partei ohne Zustimmung des Schiedsgerichts beantragt werden kann. Eine **kleine Mehrheit** hält es für richtig, diese Antragslegitimation auch Schiedsgerichtsinstitutionen ausdrücklich zuzugestehen.

---

<sup>20</sup> Vgl. z.B. BSK-Habegger, Art. 375 ZPO N 73.

#### **i. Art. 186 IPRG VII. Zuständigkeit**

40. Abs. 3: Eine **grosse Mehrheit** der beteiligten Kanzleien (bei *tiefer Priorität*) erachtet die Bestimmung als unnötig und würde sie streichen. So sie belassen wird, wäre – für die deutsche Sprachversion – der Terminus «*Zwischenentscheid*» (i.e.S.) gegenüber «*Vorentscheid*» als rechtsterminologisch korrekt vorzuziehen (vgl. zu dieser Terminologiefrage auch unten Ziff. 43 zu Art. 188).

#### **j. Art. 187 IPRG VIII. Sachentscheide 1. Anwendbares Recht**

41. Marginalie: Die Marginalie zu VIII. ist anzupassen (z.B. in «*Schiedsentscheide*»), da viele der unter VIII. geregelten Gegenstände auch für prozessuale Entscheide (z.B. Zuständigkeitsentscheide) gelten.
42. Redaktionell sollte in der angepassten deutschen Sprachversion besser von «*Rechtsregeln*» statt «*Rechtsnormen*» gesprochen werden, da letztere als auf staatliche Normen beschränkt missverstanden werden könnten.

#### **k. Art. 188 IPRG 2. Teilentscheid**

43. Nach **einhelliger Auffassung** der beteiligten Kanzleien (bei *tiefer Priorität*) sollte sich die Bestimmung nicht auf Teilentscheide beschränken, sondern generell die Kompetenz des Schiedsgerichtes zum Erlass von anderen Schiedssprüchen als Endentscheide festhalten. In BGE 130 III 76 beschränkt des BGer (mit einem Teil der Lehre) den Begriff des Teilentscheides in Art. 188 auf den Teil-Endentscheid. Nach Auffassung des anderen Teils der Lehre sind mit dem Begriff Teilentscheid in Art. 188 alle Zwischenentscheide i.w.S. gemeint. Die Einschränkung des BGer macht wenig Sinn. Die Norm dient – wie Art. 383 ZPO – der Verfahrensökonomie.<sup>21</sup> Besser erscheint dem Schiedsgericht ausdrücklich eine umfassende Kompetenz zum Erlass jeglicher Entscheide, inklusive reiner Kostenentscheide, einzuräumen. Inhalt und Formulierung von Art. 383 ZPO stellen die bestehende Rechtslage gegenüber Art. 188 IPRG sowohl umfassender wie auch präziser dar und sind im Sinne einer vollständigen und korrekten «*toilette*» vorzuziehen.

#### **l. Art. 189 IPRG 3. Schiedsentscheid**

44. Marginalie: «*Beschlussfassung, Form und Eröffnung*» würde den Inhalt der Bestimmung besser wiedergeben (*geringe Priorität*).
45. revAbs. 3: eine **grosse Mehrheit** der beteiligten Kanzleien (bei *geringer Priorität*) tendiert auf Verzicht dieser neu vorgeschlagenen Bestimmung. Einerseits können sich sorgfältig vorgehende Schiedsrichter durch Kostenvorschüsse genügend gegen einen Zahlungsausfall schützen. Andererseits erscheint es nicht angebracht den Parteien gerade in ad hoc Schiedsverfahren den richterlichen Schutz vor missbräuchlich hohen Entschädigungs- und Honoraransprüchen von Schiedsrichtern weitestgehend zu entziehen, da nur eine *ordre public*-Kognition mittels Anfechtung vor Bundesgericht besteht. Die Schaffung eines zusätzlichen Beschwerdegrundes analog zu Art. 393 lit. f ZPO wird demgegenüber infolge fehlender internationaler Akzeptanz und deswegen abgelehnt, weil das Bundesgericht nicht mit solchen Fragestellungen belastet werden

---

<sup>21</sup> BSK-Wirth, Art. 188 IPRG N 1; BK-Lazopoulos, Art. 383 ZPO N 1.

sollte.

Nur eine **Minderheit**, und vereinzelt nur so ein spezialisierter nationaler *juge d'appui* geschaffen wird, kann sich für den Fall, dass an der Bestimmung festgehalten werden soll, eine Lösung analog zu Art. 41 Abs. 4 lit. b-d UNCITRAL Schiedsordnung vorstellen. D.h., eine Partei, welche die Festlegung von Entschädigung oder Auslagen durch das Schiedsgericht als offensichtlich zu hoch oder in Verletzung der mit dem Schiedsgericht getroffenen Honorarvereinbarung erachtet, kann innert Frist – auch noch nach Erlass des Schiedsspruches – an den *juge d'appui* gelangen, welcher die Festlegung in für das Schiedsgericht und die Parteien verbindlicher Weise prüft. Passt er die Festlegung (nach unten) an, so hat das Schiedsgericht den Schiedsspruch nach Massgabe von revArt. 189a Abs. 1 IPRG zu berichtigen.

#### **m. Art. 189a IPRG 4. Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung**

46. Die neue Bestimmung wird begrüsst.

#### **n. Art. 190 IPRG IX. Endgültigkeit, Anfechtung**

47. Marginalie: im Sinne eines redaktionellen Verbesserungsvorschlages bzw. einer redaktionellen Straffung der Marginalie (vgl. auch Marginalie und Text zu Art. 191 IPRG) wird angeregt die Marginalie neu wie folgt zu verfassen: «IX. Endgültigkeit, Rechtsmittel 1. Anfechtung».

48. Abs. 3: Mit **klarer Mehrheit** (aber *tiefer Priorität*) wird angeregt in der deutschen Sprachversion in Wiedergabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche im Rahmen von Art. 190(3) Vor- und Zwischenentscheide richtigerweise gleichstellt (BGE 130 III 79 E. 3.1.3), von «Zwischenentscheiden» (i.w.S., d.h. Vorentscheide und Zwischenentscheide i.e.S. beinhaltend) zu sprechen. Damit erfolgt terminologisch auch eine Angleichung an Art. 392 lit. b ZPO.

#### **o. revArt. 190a IPRG 2. Revision**

49. Der Inhalt der Bestimmung wird begrüsst. In redaktioneller Hinsicht wird  *einstimmig* angeregt den Verzicht auf die Revision (Abs. 3) im Sinne einer besseren Gesetzssystematik in Art. 192 zu regeln. Der Einbezug der «Niederlassung in der Schweiz» ist nochmals zu überprüfen.<sup>22</sup>

50. Eine ausdrückliche Regelung des Revisionsgrundes des nachträglich entdeckten Ablehnungsgrundes (bzw. der nachträglich entdeckten vorschriftswidrigen Zusammensetzung des Schiedsgerichts) an dieser Stelle ist gegenüber einer Regelung in Art. 180 vorzuziehen.

51. Eine **grosse Mehrheit** hält dafür, dass auf sämtliche Revisionsgründe verzichtet werden können sollte. Ebenso hält eine **grosse Mehrheit** dafür, dass keine absolute zehnjährige Verwirklichungsfrist gelten soll, wenn in strafrechtlich relevanter Weise auf das Schiedsverfahren eingewirkt wurde.

#### **p. Art. 191 IPRG 2. Beschwerdeinstanz**

52. Marginalie und Text: Es wird vorgeschlagen in Marginalie und Text von «Beschwerde- und Revisionsinstanz» oder «Rechtsmittelinstanz» zu sprechen in Anpassung an die Marginalie von Art.

---

<sup>22</sup> S. oben Ziff. 18 zu Art. 176 IPRG.

190 und da Kapitel 12 IPRG i.d.R. nicht von «Beschwerde», sondern von «Anfechtung» spricht.

53. In Analogie zu Art. 399 Abs. 2 ZPO wird angeregt in einem neuen Absatz 2 ausdrücklich zu statuieren, dass die Vorschriften über die Ersetzung anwendbar sind, wenn das Schiedsgericht nach Gutheissung eines Rechtsmittels und Rückweisung der Sache zur Neu Beurteilung nicht mehr vollständig ist. Im Gegensatz zur ZPO sollte dies gleichermassen auch für die Beschwerde vorgesehen werden, da sich das Szenario auch bei diesem Rechtsmittel verwirklichen kann.

#### q. Art. 192 IPRG X. Verzicht auf Rechtsmittel

54. Abs. 1: Der Verzicht auf die Revision sollte aus systematischen Gründen an dieser Stelle mit geregelt werden.<sup>23</sup> Die Formvorschrift für einen nachträglichen Rechtsmittelverzicht ist an die Formvorschrift von Art. 178(1) anzugleichen.<sup>24</sup> Zur Frage des Einbezugs der «Niederlassung in der Schweiz» als Kriterium vgl. oben Ziff. 18.

#### r. Art. 193 IPRG XI. Vollstreckbarkeitsbescheinigung

55. Eine *grosse Mehrheit* der beteiligten Kanzleien erachtet es als Frage der **mittleren bis hohen Priorität**, dass die Praxis bestimmter kantonaler Gerichte, Vollstreckbarkeitsbescheinigungen nur nach einem kontradiktorischen Verfahren auszustellen, gesetzgeberisch zu korrigieren ist. Entsprechend ist in **revArt. 251a ZPO** und **revArt. 356(3) ZPO** vorzusehen, dass es sich bei der Hinterlegung und der Vollstreckbarerklärung von (nationalen und internationalen) Schiedssprüchen um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt.

#### s. Art. 194 IPRG XII. Ausländische Schiedsentscheide

56. Art. 194 IPRG betrifft nicht Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz. Aus systematischer Sicht fragt es sich deshalb, ob Kapitel 12 nicht in zwei Abschnitte (Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz [Art. 176-193] und Schiedsgerichte mit Sitz im Ausland [Art. 194] zu unterteilen ist (wobei diesfalls z.B. in Art. 176(1), 176(2) und revArt. 178(4) ebenfalls von «Abschnitt» statt «Kapitel» zu sprechen wäre).
57. Gegebenenfalls sind Marginalie und Text im Sinne der Einheitlichkeit (vgl. z.B. Art. 187, 188, 189, 189a, 190, 190a, 192) auf «Schiedsentscheide» zu ändern, auch wenn der vollständige deutsche Titel des NYÜ von «Schiedssprüchen» spricht (vgl. allerdings auch Art. 193(1) und Art. 193(3), welche einmal von «Entscheid» und einmal von «Schiedsspruch» sprechen und u.U. in Abs. 3 ebenfalls redaktionell korrigiert werden sollten).
58. Eine *grosse Mehrheit* der beteiligten Kanzleien (bei **mittlerer Priorität**) hält dafür, dass es der Schweiz gut anstehen würde zugunsten ausländischer Schiedsgerichte analog zu anderen Staaten (z.B. § 1050 dZPO; generell: Art. 17 J UNCITRAL Modellgesetz) unkompliziert und ohne Notwendigkeit der Einschaltung des Rechtshilfeweges über ausländische staatliche Gerichte der Zentralbehörden Rechtshilfe zu leisten. Eine Ergänzung von Art. 194 bzw. ein neuer Art. 194a betreffend eine sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 183(2+3) und Art. 184(2+3) zugunsten von Schiedsgerichten mit Sitz im Ausland würde deshalb begrüsst, wobei klarzustellen wäre, dass sich die Zuständigkeit nach dem Ort der Vollstreckung bzw. nach dem Ort der Beweisaufnahme richtet.

---

<sup>23</sup> S. oben Ziff. 49

<sup>24</sup> S. oben Ziff. 19.

#### t. Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht

59. Die vorgeschlagenen Regelungen in Art. 77 und revArt. 119b BGG werden grundsätzlich begrüsst.
60. Nur *ein Drittel* der beteiligten Kanzleien befürwortet eine über den Vorentwurf hinausgehende Verwendung von Englisch in einer Weise, dass das Bundesgericht das Urteil im Anfechtungs- oder Revisionsverfahren zusammen mit einer inoffiziellen englischen Übersetzung erlassen soll.
61. Der Vorschlag im Vorentwurf, dass Rechtsschriften in Englisch verfasst werden dürfen, findet aber **grossmehrheitlich** Zustimmung. Die vereinzelt geäusserte Befürchtung, dass Beschwerden und Revisionsgesuche künftig vermehrt durch ausländische Anwaltskanzleien verfasst würden, wird mehrheitlich nicht geteilt. Seit der Einführung des Regimes der Freizügigkeit für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte innerhalb der EU/EFTA ist den beteiligten Kanzleien kein Auftritt einer ausländischen Kanzlei vor einem schweizerischen staatlichen Gericht bekannt. Auch ist in Betracht zu ziehen, dass angelsächsische Kanzleien ausserhalb des EU/EFTA Raumes schon jetzt nicht zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt sind, zu welcher Gruppe sich Kanzleien aus Grossbritannien in naher Zukunft gesellen werden. Schliesslich geht es bei der Revision auch nicht um die Erhaltung von partikulären Gesichtspunkten, sondern um die Stärkung der Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz.
62. Dem u.U. fehlenden rechtstechnischen Vokabular in der englischen Sprache für der Schweiz eigene Rechtsbegriffe wird im Übrigen gerade in internationalen Schiedsverfahren in englischer Sprache mit Sitz in der Schweiz schon heute in konstanter Praxis entgegengewirkt, indem deutsche, französische oder italienische Rechtsbegriffe als Klammerbegriffe den englischen Ausführungen hintangestellt werden. Auch die Befürchtung von Qualitätseinbussen erscheint entsprechend kaum begründet.
63. Im Zusammenhang mit VE Art. 77 Abs. 2bis BGG ist in Erwägung zu ziehen statt von «Rechtsschriften» von «Eingaben» zu sprechen, um den Wortlaut nicht zu eng zu fassen.
64. Wird unserem Anliegen nachgekommen und eine zentrale *autorité d'appui* geschaffen,<sup>25</sup> sind wohl [Art. 74, 75 und 77 BGG](#) zu ergänzen und der Rechtshilfeweg festzulegen.

#### u. Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008

65. Wird eine zentrale *autorité d'appui* geschaffen,<sup>26</sup> wird festzulegen sein, ob die ZPO auch auf sie Anwendung findet ([Art. 1](#)) und ob sie mindestens in [Art. 356](#) in Abgrenzung zu den verbleibenden Kompetenzen kantonaler Gerichte zu erwähnen ist. Zudem wäre die sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 77 BGG (Verwendung von Englisch in Rechtsschriften) zu regeln.
66. [Art. 251a lit. b](#): der Terminus «*Absetzung*» ist gegenüber «*Abberufung*» vorzuziehen (gegebenenfalls zusammen mit einer Ergänzung der Marginalie um «*Absetzung*» in Art. 370 ZPO).

---

<sup>25</sup> S. oben Ziff. 6 ff.

<sup>26</sup> S. oben Ziff. 6 ff.

67. [Art. 251 lit. e; Art. 356\(1\)](#): s. oben Ziff. 55 zu Art. 193 IPRG betr. Ausgestaltung als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
68. [Art. 353\(2\)](#): s. oben Ziff. 19 zu Art. 176(2) IPRG.
69. [Art. 356\(2\)\(a+b\)](#): s. oben Ziff. 6 ff. betr. Schaffung einer zentralen *autorité d'appui*.
70. [Art. 358\(1+2\)](#): s. oben Ziff. 23 f. zu Art. 178 IPRG betr. Formvorschrift.
71. [Art. 367 und Art. 369](#): s. oben Ziff. 31 zu Art. 180 IPRG zum objektiven Standard des «Kennen-Müssen» als fristauslösendes Element, welcher Standard auch in der ZPO ausdrücklich statuiert werden sollte und zur Frage des Revisionsgrundes bei Entdecken einer vorschriftswidrigen Zusammensetzung des Schiedsgerichts nach Abschluss des Verfahrens.
72. [Art. 370](#): s. oben Ziff. 29 zur Formvorschrift für die Abberufung.
73. [Art. 373](#): s. oben Ziff. 34 zu revArt. 182(4) IPRG zum objektiven Standard des «Kennen-Müssen» als fristauslösendes Element für die Rügeobliegenheit.
74. [Art. 375\(2\)](#): Abs. 2 sollte im Rahmen dieser Revision dahingehend geändert werden, dass die «*Vornahme sonstiger Handlungen*» nicht auf solche des Schiedsgerichtes beschränkt ist, da z.B. auch Schiedsinstitutionen u.U. auf eine Mitwirkung des staatlichen Gerichts / einer zentralen *autorité d'appui* angewiesen sind. Entsprechend sollte besser von «*Vornahme sonstiger Handlungen im Rahmen des Schiedsverfahrens*» gesprochen werden.
75. [Art. 375\(3\)](#): s. oben Ziff. 37 zu Art. 184 IPRG betr. die Anwendung/Berücksichtigung anderer Verfahrensformen bei der Mitwirkung des staatlichen Gerichts bei der Beweisabnahme.
76. [Art. 376\(3\)](#): Die Revision sollte zum Anlass genommen werden, um ein redaktionelles Versehen zu korrigieren. Auch in Abs. 3 dieser Bestimmung sollte von einer «*übereinstimmenden*» Schiedsvereinbarung gesprochen werden.<sup>27</sup>
77. [Art. 388\(3\)](#): Die Neuerung wird begrüsst.
78. [Art. 390\(1\)](#): s. oben Ziff. 19 betr. einheitliches Formerfordernis.

\* \* \* \* \*

Abschliessend ersuchen wir Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren um wohlwollende Prüfung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen

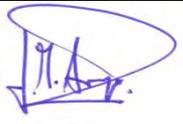
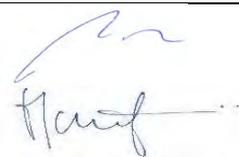
beteiligte Anwaltskanzleien gemäss Liste im Anhang

---

<sup>27</sup> Vgl. z.B. BK-Pfisterer, Art. 376 ZPO N 29; BSK-Habegger, Art. 376 ZPO N 33.

## Anhang

Liste der beteiligten Anwaltskanzleien (in alphabetischer Reihenfolge)

<b>Name der Kanzlei</b>	<b>Standort(e)</b>	<b>Name des/der unterzeichnenden Anwaltes/Anwältin</b>	<b>Unterschrift(en)</b>
Barandun von Graffenried AG	Altendorf, Bern, Zürich	Simone Hofbauer	
Bratschi Wiederkehr & Buob AG	Basel, Bern, Lausanne, St. Gallen, Zug, Zürich	Sandra de Vito Bieri	
Gabriel Arbitration	Zürich	Dr. Simon Gabriel	
Habegger Arbitration	Zürich	Dr. Philipp Habegger	
Nater Dallafior	Zürich	Dr. Manuel Arroyo	
Pestalozzi Rechtsanwälte	Genève, Zürich	Dr. Laurent Killias	
Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan (Schweiz) GmbH	Zürich	PD Dr. Thomas Werlen	
Ruoss Vögele	Zürich	Pascale Gola	
Staiger Rechtsanwälte AG	Zürich	Philipp Känzig	
Walder Wyss AG	Basel, Bern, Genève, Lausanne, Lugano, Zürich	Micha Bühler (Zürich) Dr. Maurice Courvoisier (Basel)	
Wenger & Vieli AG	Zürich	Dr. Urs Weber	
Wiebecke Anwaltsbüro	Zürich-Küsnacht	Martin Wiebecke	

Frau Bundesrätin  
Simonetta Sommaruga  
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Per E-Mail an: [jpr@bj.admin.ch](mailto:jpr@bj.admin.ch)

29. Mai 2017

## **Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Im Januar 2017 haben Sie uns eingeladen, zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economiessuisse nimmt gestützt auf den Input der betroffenen Mitglieder aus einer übergeordneten, gesamtwirtschaftlichen Sicht zur allgemeinen Stossrichtung der Vorlage Stellung. In Bezug auf detailliertere Ausführungen verweisen wir auf die Stellungnahme von ICC Switzerland, die wir vollumfänglich unterstützen.

### **Position economiessuisse**

economiesuisse begrüsst die Stossrichtung der Revision des 12. Kapitels des IPRG. Das Regelwerk ist bald 30 Jahre alt. Im Lichte der Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung ist Anpassungsbedarf an den neusten Stand der internationalen Schiedsrechtspraxis und der Rechtsprechung des Bundesgerichts damit gegeben. Es muss aber berücksichtigt werden, dass das 12. Kapitel des IPRG eine grosse Erfolgsgeschichte hinter sich hat und auch heute noch ein ausgezeichnetes Regelwerk für internationale Schiedsfälle mit Sitz in der Schweiz darstellt. Auch im Lichte des grundsätzlichen Revisionsbedarfes im Sinne einer Nachführung besteht damit keine unmittelbare Veranlassung, solche Anpassungen mit zeitlicher Dringlichkeit vorzunehmen.

## 1 Ermittlung des konkreten Handlungsbedarfs

Die eingeleitete Revision sollte für eine sorgfältige Prüfung genutzt werden, den konkreten Anpassungsbedarf zu erarbeiten und aufzuzeigen. Ziel sollte es sein, den Erlass auf den neusten Stand der internationalen Schiedsrechtspraxis zu bringen, damit die Schweiz in verschiedener Hinsicht wieder eine Vorreiterrolle einnehmen kann, wie dies nach Erlass des IPRG im Jahr 1989 der Fall war.

## 2 Ziel: Förderung der Attraktivität der Schweiz für Schiedsgerichtsverfahren

Die Schweiz als Schiedsplatz hat international gesehen noch immer eine starke Position. Die langjährige Tradition im Schiedsgerichtswesen und Attribute wie politische Stabilität und Neutralität, geographische Lage mitten in Europa und modernste Infrastruktur in den Städten tragen zur fortdauernden Attraktivität der Schweiz als Standort für Schiedsgerichte bei.

Der Wettbewerbsdruck steigt aber auch hier und die Schweiz muss sich bemühen, ihre starke Position zu erhalten. Wichtig ist hierbei, dass die einschlägigen Rechtsgrundlagen für internationale Schiedsverfahren, so das 12. Kapitel des IPRG, auf dem neusten Stand sind und dadurch die Attraktivität erhöhen.

Aus Sicht von *economiesuisse* bedeutet dies, dass bei der Revision des 12. Kapitels des IPRG insbesondere auch darauf geachtet werden muss, dass das Gesetz den Erwartungen der Nutzer der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gerecht wird. Das Gesetz muss dafür die Basis für die Durchführung effizienter und kostengünstiger Schiedsverfahren bilden und gleichzeitig den rechtsstaatlichen Rahmen für die Sicherstellung der Einhaltung von verfahrensrechtlichen Mindestgarantien bieten.

Das 12. Kapitel des IPRG hat diese Anforderungen in den letzten 30 Jahren weitestgehend erfüllt; es wurde international als eine sehr attraktive *lex arbitri* wahrgenommen, die in schiedsrechtsfreundlicher Weise das Notwendige regelt. Die jetzige Revision hat auf diesem Erfolg aufzubauen und darf keinesfalls zu einer Verschlechterung der heutigen flexiblen Lösung führen.

Nebst Anpassungen in Bezug auf das Zusammenspiel der Schiedsgerichte mit den nationalen Justizbehörden sind auch ganz grundlegende Anpassungen zielführend, so beispielsweise die Zulassung der englischen Sprache im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht (neu Art. 77 Abs. 2bis BGG). *Economiesuisse* begrüsst diese Möglichkeit ausdrücklich, da sie zu einer klaren Steigerung der Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz für internationale Nutzer der Schiedsgerichtsbarkeit führt.

Abschliessend halten wir nochmals fest, dass *economiesuisse* der eingeleiteten Revision und ihrer Stossrichtung positiv gegenübersteht und sie unterstützt. Sie bedeutet nicht nur für den Schiedsplatz Schweiz, sondern gerade auch für den gesamten Wirtschaftsstandort Schweiz ein positives Signal.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse  
*economiesuisse*



Thomas Pletscher  
Mitglied der Geschäftsleitung



Erich Herzog  
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches



ORDRE DES AVOCATS FRIBOURGEOIS  
FREIBURGER ANWALTSVERBAND

Per email an [ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)

Eidgenössisches Justiz- und Polizeide-  
partment EJPD

Freiburg, den 31. Mai 2017

## **Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Freiburger Anwaltsverband unterbreitet Ihnen nachfolgend seine Bemerkungen und Anregungen im Zusammenhang mit der vorgesehenen Revision zur Änderung des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit).

### **I. Allgemeines**

Die Revision wird vom Freiburger Anwaltsverband grundsätzlich positiv beurteilt. Ohne auf die einzelnen Revisionspunkte einzugehen, erlaubt sich der Freiburger Anwaltsverband, vorab nachfolgende Hinweise allgemeiner Natur zu machen:

## 1. Grundsätzliche Überlegungen zur Alternativen Streiterledigung

Offenbar wird das 12. Kapitel des IPRG zum ersten Mal einer Gesamtüberprüfung unterzogen. Der Freiburger Anwaltsverband bedauert, dass diese Gelegenheit nicht genutzt wurde, um der grundsätzlichen Frage nachzugehen, wie die Attraktivität der Schiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen (sowohl bei internen als auch internationalen Verhältnissen) gesteigert werden kann. Als Alternative zur und Entlastung der staatlichen Gerichtsbarkeit kann die Schiedsgerichtsbarkeit auch ausserhalb der (internationalen) Handelsschiedsgerichtsbarkeit einen erheblichen Beitrag zur Erreichung des Rechtsfriedensziels leisten. Allerdings krankt die Schiedsgerichtsbarkeit an einer hohen Kostenbarriere. Die bekanntermassen teuren Schiedsgerichtskosten mögen viele Rechtssuchende nicht von den Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit zu überzeugen. Zwar hat die Schiedsgerichtsbarkeit, nachdem die Kantone nach Erlass der eidgenössischen Zivilprozessordnung ihre Gerichtskostentarife zum Teil signifikant erhöht haben, relativ an Attraktivität gewonnen. Nichtsdestotrotz bleibt diese Alternative zum staatlichen Rechtsschutz für breite Kreise der Bevölkerung angesichts ihrer Kosten unzugänglich.

Der Freiburger Anwaltsverband kann in diesem Zusammenhang keinen konkreten Vorschlag formulieren. Allerdings wird bedauert, dass die Revision nicht zum Anlass genommen wurde, um diesbezüglich die grundsätzlichen Fragen zu erörtern, ob und gegebenenfalls wie die Schiedsgerichtsbarkeit kostengünstiger gestaltet werden kann und/oder auch ausserhalb internationaler Handelsstreitigkeiten mit hohen Streitwerten für ganz gewöhnliche Rechtssuchende fruchtbar gemacht werden kann.

## 2. Allgemeiner Verweis auf den 3. Teil der ZPO

Der Freiburger Anwaltsverband nimmt Kenntnis von der Beibehaltung des offenen Dualismus (erläuternder Bericht, Ziff. 1.3.1). Die gleiche Materie, welche sich lediglich durch den bestehenden (bzw. eben fehlenden) Auslandsbezug unterscheidet, wird weiterhin zwei unterschiedlichen Gesetzen unterstellt. Der Freiburger Anwaltsverband verheimlicht nicht, dass die in der Schweiz aufgrund der föderalistischen Struktur historisch entstandene dualistische Konzeption letztlich gekünstelt wirkt. Es wird insofern bedauert, dass nicht auf das Prinzip des *code unique* gewechselt wurde.

Stattdessen stellt der Freiburger Anwaltsverband fest, dass Regelungen aus dem 3. Teil der ZPO, welche die Binnenschiedsbarkeit betreffen, im Rahmen der vorliegenden Revision in das 12. Kapitel des IPRG wortgleich übernommen werden. Diese Parallelität wird grundsätzlich begrüsst, nicht zuletzt weil der Freiburger Anwaltsverband der Meinung ist, dass weder aufgrund der Rechtsnatur noch aufgrund der Bedürfnisse der Parteien noch der sonstigen Interessenlage sich die internationale Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich von der Binnenschiedsgerichtsbarkeit unterscheidet. Erstaunt ist der Freiburger Anwaltsverband freilich, dass einzelne klärende Regelungen aus dem 3. Teil der ZPO im Rahmen der Revision übernommen werden (z.B. in Art. 180 IPRG betreffend Ablehnung und Abberufung oder Art. 190a betreffend Revision). Andere Bestimmungen aus dem 3. Teil der ZPO, welche im Sinn dispositiven Rechts auch bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine Daseinsberechtigung hätten (z.B. 364, 365, 366, 371, 372, 376, 377, 378, 380, 385 ZPO), werden dagegen gerade nicht übernommen; das 12. Kapitel des IPRG bleibt in diesen Punkten lückenhaft. Um ganz banal zu bleiben: Die Fragen, ob vor dem Schiedsgericht eine Forderung in Verrechnung gebracht oder diese widerklageweise gefordert werden kann, bedarf auch im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit einer Antwort in der *lex arbitri*, zumindest im Sinn einer dispositiven Auffangregel für den Fall, dass die Parteien direkt oder durch Verweis auf eine Verfahrensordnung nichts vereinbart haben.

Der Freiburger Anwaltsverband hätte sich in diesem Zusammenhang zumindest gewünscht, dass im Sinn eines Wertungsgleichlaufs zwischen nationaler und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit das

12. Kapitel des IPRG eine Bestimmung enthält, wonach bei Lücken die Regeln des 3. Teils der ZPO ergänzend zur Anwendung kommen.<sup>1</sup> Dies hätte auch unnötige Wiederholungen vermieden.

Im Übrigen erachtet es der Freiburger Anwaltsverband für sinnvoll, wenn zumindest in einer allfälligen Botschaft zum Gesetz darauf hingewiesen wird, dass gleichlautende Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG und des 3. Teils des ZPO auch im gleichen Sinn zu verstehen sind. Es sollte verhindert werden, dass die Rechtsprechung zu einer Bestimmung anders ausfällt als diejenige zur Parallelbestimmung im anderen Gesetz.

### 3. *Erhöhung der Attraktivität des Schiedsortes Schweiz: Raschere Schiedsbeschwerdeverfahren*

Der Freiburger Anwaltsverband teilt die Einschätzung, dass die Attraktivität der Schweiz als Schiedsort erhalten bleiben muss. Gerade bei der Handelsschiedsgerichtsbarkeit wird aber die Raschheit des Schiedsverfahrens entscheidend für die Wahl des Schiedsortes Schweiz sein. Die Parteien lassen sich die Schiedsgerichtsbarkeit viel kosten. Bei der Wahl des Standortes werden sie sich primär an der erwartenden Qualität der Rechtsprechung sowie an der Raschheit der Entscheidungsfindung orientieren. In diesem Zusammenhang wurde in der Literatur erwähnt, dass die Raschheit auch durch Verzicht auf Rechtsmittel an staatliche Gerichte erreicht werden könnte. Das mag grundsätzlich stimmen, birgt aber umgekehrt die Gefahr, dass die Qualität der Schiedssprüche bei fehlender Überprüfbarkeit leiden und damit längerfristig dem Schiedsort Schweiz schaden könnte. Daher glaubt der Freiburger Anwaltsverband, dass der Zugang zum staatlichen Gericht zur Überprüfung des Schiedsspruchs (aber auch im Rahmen der staatlichen Rechtshilfe) gewährleistet sein muss. Der Freiburger Anwaltsverband ist aber im Hinblick auf die Attraktivität des Schiedsortes Schweiz der Meinung, dass solche staatlichen Verfahren besonders rasch durchgeführt werden müssen. Es wird daher vorliegend angeregt, dass insbesondere bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren entsprechend rasch beurteilt werden und die zuständigen Behörden mit hierfür genügendem Personal ausgestattet sind. Eine entsprechende Aufdotierung des

---

<sup>1</sup> Z.B. könnte die Bestimmung so lauten: «Die Bestimmungen über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit (Art. 353 ff. ZPO) gelten auch bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, soweit dieses Kapitel des Gesetzes nichts anderes vorsieht.»

Bundesgerichts, allenfalls ergänzt mit dem gesetzlichen Auftrag, Schiedsbeschwerden beschleunigt zu behandeln, könnte daher für die Attraktivität des Schiedsortes Schweiz nützlich sein.

#### 4. Zentralisierung *Juge d'appui*

Im erläuternden Bericht (Ziff. 1.3.2 in fine) wird die Schaffung eines nationalen *Juge d'appui* diskutiert, die Idee aber schliesslich verworfen. Auch der Freiburger Anwaltsverband ist der Meinung, dass sich ein nationaler *Juge d'appui* nicht rechtfertigt. Trotzdem stellt der Freiburger Anwaltsverband fest, dass die lokalen staatlichen Gerichte bisweilen bei einfachen schiedsgerichtlichen Fragestellungen stark überfordert sind, vermutlich weil derartige Verfahren nicht sehr häufig vorkommen. So kann sich das einfache Anliegen, das Gericht möge die Schiedsrichter benennen, zum Teil ungebührlich in die Länge ziehen.

Der Freiburger Anwaltsverband ist daher der Meinung, dass es sich rechtfertigen könnte, in diesem Punkt in die kantonale Organisationsautonomie einzugreifen und Art. 356 Abs. 2 ZPO dahin gehend zu ändern, dass die Funktion des *Juge d'appui* von einem kantonalen Gericht wahrzunehmen ist, das für den gesamten Kanton zuständig ist, dass also pro Kanton ein einziger *Juge d'appui* besteht. Damit wäre gewährleistet, dass zumindest für den gesamten Kanton immer die gleiche Behörde derartige (je nach Kanton nicht sehr häufig vorkommende) Entscheide fällt und eine entsprechende Übung entwickeln kann.

## II. Bemerkungen zu den einzelnen Revisionsbestimmungen

Der Freiburger Anwaltsverband ist mit den meisten Revisionsvorschlägen einverstanden. Nachfolgend äussert er sich daher nur zu Punkten, bei welchen Vorbehalte bestehen oder sonst Bemerkungen angezeigt erscheinen:

Art. 176 Abs. 1 IPRG:

Einverstanden, die Rechtsprechung scheint denn auch zuletzt in diese Richtung zu tendieren (vgl. BGer 4A\_143/2015 E. 1.1, mit Bemerkungen Göksu, BR/DC 2016, S. 184 f.).

Art. 176 Abs. 2 IPRG, 353 Abs. 2 ZPO:

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Formerfordernis für ein Opting-out mit der vorgeschlagenen Änderung massvoll gelockert würde. Der Freiburger Anwaltsverband regt vielmehr an, auf das Erfordernis der «Ausdrücklichkeit» zu verzichten und stattdessen «nur» Schriftlichkeit vorzusetzen. Tatsächlich scheint denn auch das Erfordernis der «Ausdrücklichkeit» in der Praxis Probleme zu bereiten.

Art. 178 Abs. 1 IPRG, 358 Abs. 1 ZPO:

Der Freiburger Anwaltsverband ist mit dem Anliegen grundsätzlich einverstanden, stellt sich aber die Frage, ob die Einführung dieser einseitigen Schriftlichkeit nicht zu Anerkennungsschwierigkeiten des Schiedsspruchs im Ausland führt. Gemäss Art. II Abs. 1 NYÜ bedürfen Schiedssprüche der Schriftlichkeit, und die fehlende Schriftlichkeit ist ein Anerkennungshindernis gemäss Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ, weshalb die formellen Anforderungen an die Schiedsvereinbarung gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG und Art. II NYÜ gleichlautend sein sollten. Es gilt jedenfalls zu verhindern, dass in der Schweiz Schiedssprüche ergehen können, die gemäss NYÜ nicht anerkennungsfähig sind.

Ebenfalls ist zu beachten, dass das Schriftlichkeitserfordernis vor allem auch der Klarheit dient: Das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung soll einfach und mit einer gewissen praktischen Sicherheit

beurteilt werden können (Girsberger, Basler Kommentar, Art. 358 ZPO N 7; Göksu, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, N 545; Berger/Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2015, N 414). Die vorgeschlagene Regel könnte nun dazu führen, dass sich das Schiedsverfahren schon wegen der Eintretensfrage, ob überhaupt eine formgültige Schiedsvereinbarung vorliegt, über Gebühr verzögert.

Art. 178 Abs. 4 IPRG, 358 Abs. 2 ZPO:

Der Freiburger Anwaltsverband begrüsst ausdrücklich die vorgeschlagene Regelung.

Art. 179 IPRG, Streichung Verweis auf ZPO:

Die Streichung des Verweises wird nicht begrüsst, weil sie Rechtsunsicherheit schafft in dem Sinn, dass in allen anderen Regelungsbereichen, wo das 12. Kapitel des IPRG lückenhaft ist, sich die Frage stellt, ob auf den 3. Teil der ZPO zwecks Lückenfüllung zurückgegriffen werden kann oder eben nicht. Indem der Gesetzgeber bei einzelnen Fragestellungen den Wortlaut aus dem 3. Teil der ZPO übernimmt (und in anderen nicht), wird diese Rechtsunsicherheit (Analogieschluss oder Umkehrschluss?) verstärkt. Vorzuziehen wäre daher ein genereller Verweis auf den 3. Teil der ZPO (vgl. oben Ziff. I., 3.).

Art. 179 IPRG, fehlende Sitzbezeichnung:

Die neue Regel wird ausdrücklich begrüsst. Bei fehlender Sitzbezeichnung wählt gewissermassen der Kläger mittels Schiedsklage den Sitz des Schiedsgerichts aus. In der Literatur wurde denn auch schon vertreten, dass selbst bei fehlender Sitzbezeichnung ein Schiedsverfahren in der Schweiz muss durchgeführt werden können (vgl. Göksu, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, N 455).

Art. 180 Abs. 4 IPRG (und 369 Abs. 4 ZPO):

Die Regel wird ausdrücklich begrüsst. Immerhin wäre aus redaktioneller Sicht der Ausstandsgrund auch in Art. 190a IPRG (z.B. als Abs. 1 lit. c) aufzunehmen, damit der Leser dort gleich alle Revisionsgründe vor Augen hat. Das Gleiche wäre in Art. 396 ZPO zu tun.

Art. 183 Abs. 2 IPRG:

Die Revision wird begrüsst.

Der Freiburger Anwaltsverband verweist indes auf ein anderes Problem in diesem Zusammenhang, das gesetzgeberisch gelöst werden sollte: Die Form der staatlichen Mitwirkung ist nicht klar (vgl. etwa Stacher, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, N 371). Wohl leistet das staatliche Gericht die Mithilfe bei der Durchsetzung von vorsorglichen Massnahmen des Schiedsgerichts. In welcher Verfahrensart dies aber geschieht, ist nicht geklärt. In Frage kommt das eigentliche Vollstreckungsverfahren (Art. 335 ff. ZPO), wobei alsdann der Massnahmenentscheid des Schiedsgerichts genau den gleichen Stellenwert erhielte wie der Massnahmenentscheid eines staatlichen Gerichts. Denkbar ist aber auch eine Art «Rechtshilfe», wie sie im Bereich der internationalen Amtshilfe vorkommt; so wird vertreten, dass im Rahmen der staatlichen Mitwirkung das staatliche Gericht den Massnahmenentscheid des Schiedsgerichts in einen vollstreckbaren Titel umwandelt (Berger/Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2015, N 1270), da dieser nicht als Vollstreckungstitel gilt (Girsberger/Voser, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 2016, N 1148). Die Frage (Vollstreckungsverfahren oder «Amtshilfeverfahren»?) kann dabei durchaus von Relevanz sein: Vollstreckt der staatliche Richter «lediglich», dann prüft er nur die Vollstreckbarkeit (Art. 341 Abs. 1 ZPO) und ordnet dann die Vollstreckungsmassnahmen an (insbesondere Art. 343 ZPO). Ausgeschlossen wäre bei dieser Konstellation aber die inhaltliche Überprüfung des Entscheids oder die sog. «Transponierung» in Massnahmen, die dem staatlichen Recht bekannt sind (z.B. wenn das Schiedsgericht eine «astreinte» anordnet). Wird die staatliche Mithilfe als Vollstreckungsverfahren im Sinn von Art. 335 ff. ZPO verstanden, dann dürfte der schiedsgerichtliche Massnahmenentscheid bei Geldforderungen zudem als (definitiver) Rechtsöffnungstitel gelten, was aber – soweit ersichtlich – nicht vertreten wird. Bei einer «amthilfemässigen» Mithilfe ordnet dagegen der staatliche Richter gleichsam nochmals (bestätigende oder modifizierende) Massnahmen an. Jedenfalls besteht diesbezüglich eine praktische Unsicherheit, die im Rahmen der Revision geklärt werden sollte.



Art. 187 Abs. 1 IPRG:

Nicht einverstanden mit der vorgeschlagenen Regel. Im gesamten IPR ist von «anwendbarem Recht» die Rede, selbst im Randtitel von Art. 187 Abs. 1 IPRG. Die neue Sprachregel wirft mithin die Frage auf, ob die «gewählten Rechtsnormen» etwas anderes meint als das «gewählte Recht». Sprachlich scheint «gewählte Rechtsnormen» denn tatsächlich auch weniger weit zu gehen: Jedenfalls nach schweizerischem Rechtsverständnis umfasst die Rechtsordnung mehr als nur das einschlägige, niedergeschriebene Regelwerk der *Rechtsnormen*, nämlich auch Rechtsprechung und bewährte Lehre (Art. 1 ZGB). Sollten die Parteien nur Rechtsnormen wählen (z.B. das OR oder SIA-Normen), würde sich daher die Frage stellen, was mit präzisierendem oder lückenfüllendem Richterrecht zu tun ist und ob die entsprechende Literatur berücksichtigt werden darf, also von der Rechtswahl erfasst ist.

Im Übrigen wird auch unter geltendem Recht soweit ersichtlich von niemandem bestritten, dass die Parteien ihr Rechtsverhältnis besonderen Regelwerken unterstellen können (vgl. etwa Berger/Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2015, N 1382 ff.).

Die vermeintlich nur redaktionelle Änderung schafft daher nach Meinung des Freiburger Anwaltsverbands Verwirrung in einem bewährten System, ohne erkennbaren Mehrwert.

Art. 189 Abs. 3 IPRG:

Die neue Regel wird abgelehnt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung erscheint richtig: Die Schiedsrichter können nicht in eigener Sache einen Schiedsspruch fällen.

Insbesondere erachtet es der Freiburger Anwaltsverband aber als unzulänglich, dass sich die Parteien gegen einen solchen Schiedsspruch (in eigener Sache der Schiedsrichter) nicht einmal (mittels Beschwerde) wehren können. Im Sinn einer Minimallösung müsste daher zumindest die Beschwerdemöglichkeit in Analogie zu Art. 393 lit. f ZPO vorgesehen werden.

Art. 189a IPRG:

Die neue Bestimmung wird grundsätzlich begrüsst. Allerdings ist – analog zu Art. 388 Abs. 2 ZPO – auch eine absolute Frist vorzusehen, da sich die Notwendigkeit von Berichtigung/Erläuterung/Ergänzung regelmässig im Rahmen der Vollstreckung des Schiedsspruchs manifestieren dürfte. Die relative Frist von 30 Tagen wird unter dieser Prämisse den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht.

Art. 190a IPRG:

Die Regel wird ausdrücklich begrüsst. Aus Gründen der Anwenderfreundlichkeit sollte aber auch der Revisionsgrund des neu vorgeschlagenen Art. 180 Abs. 4 IPRG (Entdeckung Ablehnungsgrund nach Abschluss des Verfahrens) in Art. 190a IPRG (sowie in Art. 396 ZPO) erwähnt werden.

Der Freiburger Anwaltsverband versteht nicht, weshalb kein textlicher Gleichlauf mit Art. 396 ZPO besteht, insbesondere weshalb der Revisionsgrund von Art. 396 Abs. 1 lit. c ZPO (Unwirksamer Vergleich) sowie von Art. 396 Abs. 2 ZPO (EMRK-Verletzung) nicht in Art. 190a IPRG figuriert.

Art. 77 Abs. 1 BGG:

Die Regel wird ausdrücklich begrüsst.

Art. 77 Abs. 2<sup>bis</sup> BGG:

Die Regel wird ausdrücklich abgelehnt.

Art. 251a und 356 Abs. 3 ZPO:

Die Regel wird ausdrücklich begrüsst.

Wir danken für Ihre Bemühungen und Ihre Kenntnisnahme.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Auftrag des Freiburger Anwaltsverbandes

Prof. Dr. Tarkan Göksu

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg



Secrétariat général

[ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)

Madame Simonetta Sommaruga  
Conseillère fédérale  
Département fédéral de justice et police  
3003 Berne

Genève, le 31 mai 2017  
FER No 02-2017

## **Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international)**

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous avoir consultés concernant l'objet mentionné en titre.

Nous nous permettons de vous transmettre ci-après nos considérations.

### **1. Remarques générales**

Par motion 12.3012, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a chargé votre Conseil de présenter un projet de toilettage des dispositions relatives à l'arbitrage international contenues dans la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

La Fédération des Entreprises Romandes<sup>1</sup>, qui compte 28 entreprises membres de toutes tailles, de la multinationale à la PME, **salue avec intérêt l'objectif de cette mise à jour de la loi, à savoir le maintien de l'attrait de la Suisse comme place arbitrale sur le plan international.**

### **2. Considérations juridiques**

La LDIP est entrée en vigueur en 1989. Elle a été saluée, en Suisse mais également et surtout sur le plan international, comme remarquable et innovante.

La présente mise à jour s'impose en effet compte tenu de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral ces 30 dernières années en matière d'arbitrage.

---

<sup>1</sup> Ci-après également "la FER"

Comme le met en exergue le projet de modification de la loi, il est judicieux d'avoir revu avec attention, précision et pragmatisme la relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral.

En particulier, notre Fédération salue la possibilité désormais offerte aux parties de remettre des mémoires en anglais au Tribunal fédéral.<sup>2</sup>

Notre Fédération émet une certaine réserve, respectivement s'interroge, sur les points suivants :

1) *Art. 178 al. 1 2<sup>e</sup> phrase*

Le projet prévoit que la convention d'arbitrage serait valable même si une seule des parties à la convention respecte la forme écrite ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte.

Notre Fédération salue la reprise de la formule plus concise de l'art. 358 CPC et permet le recours à des moyens de communication plus modernes.

Toutefois, la FER s'interroge quant aux garanties que peut offrir une telle disposition sous l'angle de la sécurité du droit.

2) *Non-arbitrabilité des conflits individuels de travail en droit suisse*

Notre Fédération regrette que les auteurs du projet n'aient pas saisi l'occasion de cette refonte du droit de l'arbitrage pour s'interroger sur la pertinence de l'arbitrabilité des conflits individuels de travail, en particulier lorsque la valeur litigieuse est très importante et que, de ce fait, la partie habituellement considérée comme la plus faible – l'employé – ne l'est en réalité pas et n'a donc pas besoin de la protection des tribunaux étatiques que sont les tribunaux de Prud'hommes.

### **3. Conclusion**

Notre Fédération émet un **préavis favorable** au sujet du projet de modification de la LDIP proposé, à condition qu'il soit tenu compte des réserves et interrogations qui précèdent.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à la présente prise de position.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.



Blaise Matthey  
Secrétaire général



Olivia Guyot Unger  
Directrice à la FER Genève

---

<sup>2</sup> Cf. art. 77 al. 2bis, AP-LTF

## **Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit**

von Prof. Dr. Ulrich Haas / Wiss. Ass. Jeffrey Brosi, Universität Zürich

### **1. Einleitung**

Der (Schweizer) Bundesrat will die Schweiz als einen der weltweit führenden Schiedsplätze noch attraktiver gestalten und hat hierzu am 11. Januar 2017 einen Vorentwurf zu entsprechenden Änderungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) in die Vernehmlassung geschickt. Die Vernehmlassung dauerte bis zum 31. Mai 2017. Ziel des Vorentwurfes ist es, einerseits wesentliche von der Rechtsprechung erarbeitete Grundsätze gesetzlich zu verankern und zum anderen das 12. Kapitel des IPRG (noch) anwender- und schiedsfreundlicher auszugestalten.<sup>1</sup> Im Mittelpunkt des vorliegenden Beitrags steht die Ergänzung des Art. 178 IPRG um einen Abs. 4, der künftig wie folgt lauten soll:

*„(4) Für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften gelten die Bestimmungen dieses Kapitels sinngemäss.“*

Flankiert wird diese Änderung durch eine (inhaltsgleiche) Anpassung des nationalen Schiedsrechts, nämlich des Art. 358 ZPO. Dieser wird um folgenden neuen Abs. 2 ergänzt:

*„(2) Für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften gelten die Bestimmungen dieses Teils sinngemäss.“*

Der erläuternde Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) verweist darauf, dass es auf der Basis der vorgenannten Vorschriften künftig möglich sein soll, die Schiedsgerichtsbarkeit auch durch einseitige Rechtsgeschäfte – rechtssicher – anzuordnen.<sup>2</sup>

### **2. Begrifflichkeiten**

Das IPRG in seiner aktuellen Fassung verwendet – anders etwa als das (mit Inkrafttreten der ZPO aufgehobene)<sup>3</sup> Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. August 1969 (SchKonK) – nur den Begriff der Schiedsvereinbarung. Das SchKonK unterschied demgegenüber noch zwischen dem „Schiedsvertrag“ und der „Schiedsklausel“ (siehe Art. 4 Abs. 1 SchKonK). Der Begriff Schiedsvertrag bezog sich dabei auf die Vereinbarung der schiedsgerichtlichen Entscheidungszuständigkeit für eine bereits bestehende Streitigkeit.<sup>4</sup> Der Begriff „Schiedsklausel“ stand demgegenüber für eine schiedsgerichtliche Entscheidungszuständigkeit betreffend künftige Streitigkeiten.<sup>5</sup> Da für beide Alternativen im IPRG die identischen Regeln gelten, verwendete das IPRG bislang nur den (neutralen) Oberbegriff

<sup>1</sup> Siehe die Medienmitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement EJPD vom 11.1.2017.

<sup>2</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 11.

<sup>3</sup> BSK-IPRG/HOCHSTRASSER/FUCHS, 3. Aufl. 2013, Einl. 12. Kap., N. 156; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 29 N. 4; DIKE-Komm-ZPO/SCHWANDER, 2. Aufl. 2016, Art. 402 N. 4.

<sup>4</sup> JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, 1984, 110; LANZ, Das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969, 1971, 20.

<sup>5</sup> JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, 1984, 111; LANZ, Das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969, 1971, 20.

„Schiedsvereinbarung“.<sup>6</sup> Die Reform führt nunmehr den Begriff der „Schiedsklausel“ erstmals in das IPRG ein und stellt damit klar, dass einseitige Schiedsverfügungen nur für künftige und nicht für bereits bestehende Streitigkeiten getroffen werden können.

### 3. Einseitige Schiedsklauseln

Nach Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG (bzw. Art. 358 Abs. 2 VE-ZPO) sind einseitige Schiedsklauseln solche in „einseitigen Rechtsgeschäften“. Damit knüpft der Gesetzgeber an der aus der allgemeinen Rechtsge- schäftslehre bekannten Unterscheidung zwischen ein- und mehrseitigen Rechtsgeschäften an.<sup>7</sup>

#### a) Blick in ausländische Rechtsordnungen

Die Einführung des Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG ist – rechtsvergleichend besehen – kein Neuland. Viel- mehr kennen auch das österreichische (§ 581 Abs. 2 öZPO)<sup>8</sup> oder das deutsche Recht (§ 1066 dtZPO)<sup>9</sup> ein vergleichbares „Sonderregime“. Allerdings ist das durch Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG geschaffene Son- derrecht für einseitige Schiedsklauseln – zumindest auf den ersten Blick – deutlich enger als dasjeni- ge im österreichischen oder deutschen Recht. Die ausländischen Bestimmungen beziehen sich näm- lich nicht nur auf Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften (insbesondere letztwillige Verfü- gungen). Vielmehr schaffen diese ausländischen Vorschriften ein Sonderregime (für das Zustande- kommen und die zu beachtenden Formanforderungen) für jegliche schiedsgerichtliche Entschei- dungszuständigkeit, die nicht auf einer „Vereinbarung“ bzw. einem „Vertrag“ beruht. Einbezogen in den Anwendungsbereich etwa des deutschen § 1066 dtZPO ist – weil nicht auf einer „Vereinbarung“ beruhend – auch die Einführung der schiedsgerichtlichen Entscheidungszuständigkeit durch sat- zungsändernden Beschluss der Gesellschafterversammlung (in der GmbH) oder Hauptversammlung (in der AG).<sup>10</sup> Die österreichische bzw. deutsche Vorschrift ist mithin eine Auffangnorm für sämtliche Formen der Privatautonomie, die rechtsgeschäftliche Bindungswirkungen jenseits eines Vertrages begründen. Neben der Anerkennung dieser anderen Formen der Privatautonomie als gleichwertige Alternativen zur Vertragsautonomie liegt die eigentliche Bedeutung des § 1066 dtZPO und des § 581 Abs. 2 öZPO darin, die auf (schuldrechtliche) Verträge zugeschnittenen Formanforderungen für die Begründung der schiedsgerichtlichen Entscheidungszuständigkeit auszuschalten und durch die ent- sprechenden (systemkonformen) materiell-rechtlichen Formvorschriften (etwa des Erbrechts oder des Gesellschaftsrechts) zu ersetzen.<sup>11</sup>

#### b) Die Reichweite des Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG

---

<sup>6</sup> MÜLLER, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 178 N. 4; BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 2; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 2015, N. 3.04-3.06.

<sup>7</sup> Siehe zur Unterscheidung zwischen ein- und mehrseitigen Rechtsgeschäften etwa KuKo-OR/WIEGAND/HURNI, 2014, Einl. zu Art. 1-40g, N. 7 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl. 2014, Rn. 129 ff.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, Rn. 3.04: „*Einseitige Rechtsgeschäfte enthalten die Willenserklärung nur einer Person.*“

<sup>8</sup> Die Vorschrift lautet: „*Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäss anzu- wenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügungen oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden.*“

<sup>9</sup> Die Vorschrift lautet: „*Für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, gelten die Vorschriften dieses Buches ent- sprechend.*“

<sup>10</sup> Siehe hierzu HAAS, in Böckstiegel/Kröll/Nacimientto (Hrsg) Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 1066 Rn. 29 ff.; siehe entsprechend für das österr. Recht KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsver- fahrensrecht I, 2011, Rn. 3/328 ff.

<sup>11</sup> Siehe für das dt. Recht HAAS, in Böckstiegel/Kröll/Nacimientto (Hrsg) Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 1066 Rn. 1; siehe für das österr. Recht KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrens- recht I, 2011, Rn. 3/334 f.

Der Schweizer Reformgesetzgeber selbst führt als Beispiele für einseitige Rechtsgeschäfte i.S. des Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG „*Testamente, Stiftungerrichtungsakte, Preisausschreibungen oder Trusts*“ an.<sup>12</sup> Wie die Begründung der schiedsgerichtlichen Entscheidungszuständigkeit auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage nach dem schw. IPRG einzuordnen ist, ist demgegenüber fraglich. Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages (in dem eine Schiedsklausel enthalten ist) bzw. der Erwerb von neuen oder bestehenden Gesellschaftsanteilen lässt sich nicht als „einseitiges Rechtsgeschäft“ qualifizieren.<sup>13</sup> Besonders problematisch erscheint die Einordnung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung, mit dem eine statutarische Schiedsklausel nachträglich eingeführt wird. Ordnet man die Beschlussfassung nicht als „einseitiges Rechtsgeschäft“ ein, müsste jeder Gesellschafter der Statutenänderung zustimmen, damit von einer „Vereinbarung“ gesprochen werden kann. Damit könnte eine Minderheit die nachträgliche Einführung einer statutarischen Schiedsklausel blockieren. Gesellschaftsrechtlich (etwa aus Gründen des Minderheitenschutzes) oder verfahrensrechtlich angezeigt ist eine derartige Statutenversteinerung jedenfalls nicht.<sup>14</sup> Dass die auf schuldrechtliche Vereinbarung zugeschnittenen schiedsgerichtlichen Regelungen nicht auf die durch Gesellschaftsautonomie begründeten Schiedsklauseln passen, ist auch im schweizerischen Recht anerkannt.<sup>15</sup> Der Vorentwurf des Bundesrats vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts) sieht (in Art. 697I VE-OR)<sup>16</sup> vor, dass – grundsätzlich – eine statutarische „*Schiedsklausel gegenüber allen Aktionären, der Gesellschaft und den Organen verbindlich ist.*“ Folge dieser Bestimmung ist, dass neu hinzukommende Gesellschafter mit dem Erwerb der Gesellschafterstellung *ipso iure*, d.h. ohne ein zusätzliches Zustimmungs- oder Formerfordernis der Schiedsklausel (allein kraft Gesellschaftsrecht) unterliegen.<sup>17</sup> Ob und wie sich diese Erkenntnis auf Art. 178 IPRG auswirkt, hat der Reformgesetzgeber offen gelassen. Er hat durch die Sonderbestimmung für Schiedsklauseln auf der Grundlage eines „einseitigen Rechtsgeschäfts“ das Problem, dass die Privatautonomie auch in anderen Gestaltungsformen als einer Vereinbarung zum Ausdruck kommen kann, leider nur teilweise gelöst.

#### **4. (Verfahrensrechtliche) Legitimation der einseitigen Schiedsverfügung**

Der Reformgesetzgeber ist der Ansicht, dass sich die Legitimationsgrundlagen einer einseitigen Schiedsverfügung im Grundsatz nicht von einer in einem Vertrag enthaltenen Schiedsvereinbarung unterscheiden und dass – daher – auch schon bislang die einseitige Schiedsverfügung unter den autonom auszulegenden (Verweisungs-)Begriff „Schiedsvereinbarung“ subsumiert werden konnte.<sup>18</sup> Dies trifft richtiger Ansicht nach zu; denn der in Art. 178 IPRG verwendete Begriff der „Schiedsvereinbarung“ verlangt lediglich einen hinreichenden Akt der Selbstbestimmung, durch den der Wille, sich der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen zu wollen, zum Ausdruck kommt. Voraussetzung für den funktional zu deutenden Begriff der „Schiedsvereinbarung“ ist mithin lediglich eine (ausreichende)

---

<sup>12</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 20.

<sup>13</sup> Für die Einordnung als Sonderfall einer Schiedsvereinbarung kraft Verweisung, BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl. 2015, N. 465; so auch BÜCHLER/VON DER CRONE SZW 3/2010, 261, 265 f.

<sup>14</sup> RITTER, *Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten*, 2015, N. 534 ff., insb. 574 ff. und 645 f.

<sup>15</sup> Siehe insbesondere RITTER, *Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten*, 2015, N. 670 ff., vgl. auch BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 69: beruht nicht auf Vereinbarung, sondern Akt des Körperschaftsrechts (als *lex specialis*).

<sup>16</sup> Entspricht im Entwurf vom 23. November 2016 Art. 697n Abs. 1 E-OR.

<sup>17</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts) vom 23. November 2016, BBl 2017, 546; siehe auch BGer (25.2.2016) 4A\_492/2015, E. 3.4.3.

<sup>18</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 20.

parteiautonome Grundlage,<sup>19</sup> die sich – wie ein Blick in das Privatrecht zeigt – nicht in der Vertragsfreiheit erschöpft. Vielmehr umfasst der Begriff der „Schiedsvereinbarung“ auch andere funktionsäquivalente Formen der Privatautonomie.<sup>20</sup> Die durch ein einseitiges Rechtsgeschäft erzeugte rechtliche Bindung sowie der in der „Umsetzung“ dieses Rechtsgeschäfts zum Ausdruck kommende Wille der Beteiligten zur Selbstbestimmung unterscheiden sich nämlich bei ein- und zweiseitigen Rechtsgeschäften im Grundsatz nicht. So zeitigt beispielsweise ein Testament mit Eintritt des Erbfalls Bindungswirkung für die Erben. Diese den Erben einseitig aufgedrängten rechtlichen Wirkungen können diese aber annehmen oder (*ex tunc*) zurückweisen, indem sie die Erbschaft nach Art. 566 ff. ZGB ausschlagen.<sup>21</sup> Sinn und Zweck der Ausschlagung ist es gerade, den Erben vor Fremdbestimmung durch den Erblasser zu schützen.<sup>22</sup> In der unterlassenen Ausschlagung bzw. der Annahme der Erbschaft kommt mithin der Wille des Erben, an das Testament (und die darin enthaltene Schiedsklausel) gebunden zu sein, ebenso klar zum Ausdruck wie bei der Annahme eines durch einen Vertrag zugunsten Dritter begründeten schiedsbefangenen Rechts, der Einlassung vor einem Schiedsgericht oder der Annahme eines Vertragsangebots, in dem eine Schiedsklausel (direkt oder kraft Verweisung) inkorporiert ist.<sup>23</sup> Der Freiheitsgrad, mit dem die Streiterledigung durch ein Schiedsgericht von den Beteiligten akzeptiert wird, ist in allen vorgenannten Fällen vergleichbar. Die etwa in der Testierfreiheit zum Ausdruck kommende Parteiautonomie ist daher m.a.W. gegenüber der Vertragsfreiheit nicht von einer minderen Qualität.

Mitunter wird versucht, die mangelnde Statthaftigkeit testamentarischer Schiedsanordnungen mithilfe sonstiger verfassungsrechtlicher Erwägungen zu begründen. So wird etwa darauf verwiesen, dass die Zulässigkeit einseitiger Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen durch den Erblasser abzulehnen sei, „da ein solches Vorgehen dem verfassungsmässigen Recht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) und bei Prozessarmut dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 29a BV) widerspricht.“<sup>24</sup> Dem ist in dieser Allgemeinheit sicherlich nicht zu folgen. Allenfalls dort, wo die Rechtsdurchsetzung für den Einzelnen an der Kostenbarriere tatsächlich scheitert und andere Möglichkeiten der Vorfinanzierung des Verfahrens ausscheiden, kann darüber nachgedacht werden, ob – quasi als *ultima ratio* – die Verbindlichkeit der Schiedsklausel ausnahmsweise entfällt.<sup>25</sup>

## 5. Abgrenzung nationales und internationales Schiedsrecht

---

<sup>19</sup> BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 4b; RITTER, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten, 2015, N. 663; SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 77; siehe für das dt. Recht LG München II ZEV 2017, 274, 275; HAAS ZEV 2007, 51, 53; für das österr. Recht KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/87.

<sup>20</sup> BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 4b; ausführlich SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 116 ff.

<sup>21</sup> RUSCH, Die erbrechtlichen Gestaltungsrechte nach Eröffnung des Erbanges, 1983, S. 55; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 15 Rn. 42.

<sup>22</sup> SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 135; KIRCHHOFER, Erbschaftserwerb, Verwaltung und Sicherung des Nachlasses vor der Erbannahme, 1968, 25, 27 f.; siehe zu den Motiven einer Ausschlagung der Erbschaft etwa auch DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 15 Rn. 23 f.; HAAS, in Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (Hrsg) Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 1066 Rn. 6.

<sup>23</sup> SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 135; siehe auch BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 63.

<sup>24</sup> Siehe in diesem Sinne etwa SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, 2017, N. 102; in diesem Sinne auch SUTTER-SOMM/GUT, Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: Künzle (Hrsg) Schiedsgerichte in Erbsachen. Referate des Weiterbildungsseminars des Vereins Successio an der Universität Zürich vom 29. Juni 2011, 2012, 152 f.

<sup>25</sup> Siehe auch BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, N. 633; siehe auch KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 2015, N. 3.187; offen gelassen in BGer (11.6.2014) 4A\_178/2014, E. 4.

Dem 12. Kapitel des IPRG unterliegen alle Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz, die einen internationalen Charakter aufweisen. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach Art. 176 Abs. 1 IPRG. Danach ist das 12. Kapitel (im Gegensatz zu den Art. 353 ff. ZPO) einschlägig, „sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte“. Nach Ansicht des schweizerischen BGer ist bei dem Begriff „Partei“ im vorgenannten Sinne nicht auf die Parteien der Schiedsgerichtsvereinbarung, sondern auf die Schiedsverfahrensparteien abzustellen. Damit also die Art. 176 ff. IPRG zur Anwendung gelangen, kommt es darauf an, dass eine der Schiedsverfahrensparteien im Zeitpunkt der Schiedsvereinbarung ihren Sitz bzw. Wohnsitz im Ausland hatte.<sup>26</sup> Die Entscheidung ist in der Literatur auf Kritik gestossen,<sup>27</sup> da sie zur Anwendung eines unterschiedlichen Rechtsrahmens (IPRG bzw. ZPO) führen kann, je nachdem zwischen welchen Schieds(-vertrags-)parteien der Rechtsstreit ausgetragen wird. Die Reform will dies nun ändern und stellt klar, dass es nicht auf die Schiedsverfahrens-, sondern allein auf die Schiedsvertragsparteien ankommt.<sup>28</sup> Ist eine von diesen im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung im Ausland domiziliert, so kommt – unabhängig davon zwischen welchen Parteien der Rechtsstreit geführt wird – das IPRG zur Anwendung.

#### **a) Wohnsitz nicht in der Schweiz**

Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG bestimmt, dass für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften die Bestimmungen im 12. Kapitel entsprechend gelten. Das gilt freilich auch für den durch Art. 176 IPRG gezogenen Anwendungsbereich für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Nachdem Art. 176 Abs. 1 IPRG fortan ja nicht mehr auf die Verfahrensparteien, sondern allein auf die Parteien des Rechtsgeschäfts abstellt, käme mithin das 12. Kapitel nur dann zur Anwendung, wenn der einseitig „Verfügende“ seinen Wohnsitz oder Sitz im Ausland hatte. Wo hingegen die Schiedsverfahrensparteien im Streitfall domiziliert sind, spielt demgegenüber keine Rolle. Ein solcher Ansatz hat den Vorteil, dass sämtliche Streitigkeiten zwischen oder mit Dritten (etwa den Begünstigten einer letztwilligen Verfügung, einer Stiftungserrichtung oder eines Preisausschreibens) stets einheitlich in Anwendung des identischen Rechtsrahmens beurteilt werden.

Fraglich ist allenfalls, auf welchen Zeitpunkt – etwa bei Testamenten – für das „Auslandserfordernis“ abzustellen ist. Für Schiedsvereinbarungen stellt das Gesetz in Art. 176 Abs. 1 IPRG auf den Zeitpunkt ab, indem die Bindungswirkung eintritt, also den Vertragsschluss. Bei einem Testament ist der entsprechende Zeitpunkt nicht die Testamentserrichtung, zeitigt das Testament in diesem Moment doch noch gar keine Bindungswirkung. Bindend wird dieses vielmehr erst mit dem Erbfall.<sup>29</sup> Im Lichte einer entsprechenden Anwendung des Art. 176 Abs. 1 IPRG auf einseitige Rechtsgeschäfte (hier testamentarische Schiedsklauseln) spricht mithin vieles dafür, im Rahmen des Art. 176 Abs. 1 IPRG darauf abzustellen, ob der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen Wohnsitz im Ausland hatte. Gestützt wird dieses Verständnis auch durch einen Blick auf die Vorschriften über die (örtliche und internatio-

---

<sup>26</sup> BGer (24.6.2002) 4P.54/2002, E. 3.

<sup>27</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI Jusletter vom 7.10.2002, Rn. 17 ff.; KNOEPFLER Bull ASA 2003/1, 137, 139; BESSON Bull ASA 2003/3, 463, 469 f.; BSK-IPRG/PFIFFNER/HOCHSTRASSER, 3. Aufl. 2013, Art. 176 N. 39; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, N. 101 FN (37); CHK-IPRG/FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, 3. Aufl. 2016, Art. 176 N. 4; ZK-IPRG/VISCHER, 2. Aufl. 2004, Art. 176 N. 15.

<sup>28</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 18.

<sup>29</sup> BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, 1982, 73 f.; KROPPENBERG, Privatautonomie von Todes wegen, Verfassungs- und zivilrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden, 2008, 241; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 9 Rn. 4; BK-ZGB/WEIMAR, 2009, Einl. Art. 467 N. 96; siehe hierzu auch Art. 509 Abs. 1 ZGB: „Der Erblasser kann seine letztwillige Verfügung jederzeit in einer der Formen widerrufen, die für die Errichtung vorgeschrieben sind.“

nale) Zuständigkeit (Art. 16 ZPO, Art. 86 ff. IPRG), in denen ebenfalls allein dieser Zeitpunkt (nämlich der „letzte Wohnsitz“) zuständigkeitsbegründend ist.

## **b) Opting-in zugunsten des IPRG**

Im Einzelfall können die Art. 176 ff. IPRG auch auf einen in der Schweiz wohnhaften einseitig Verfügenden bzw. einen solchen mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz Anwendung finden. Art. 353 Abs. 2 ZPO sieht nämlich vor, dass die Parteien die Vorschriften über die ZPO-Schiedsgerichtsbarkeit „durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft ausschliessen und die Anwendung der Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG vereinbaren“ können. Der Gesetzgeber plant, die Formanforderungen an die Schiedsvereinbarung „massvoll“ herabzusetzen (hierzu sogleich). Diese Formerleichterung schlägt auch auf ein opting-in zugunsten des IPRG durch, soweit dieses in der Schiedsvereinbarung enthalten ist. Erfolgt hingegen der Ausschluss der ZPO zugunsten des IPRG in einer späteren Übereinkunft, stellt der Reformgesetzgeber nunmehr klar, dass dies auch künftig schriftlich zu erfolgen hat, der (übereinstimmende) Wille beider Parteien also in Textform nachgewiesen werden muss.<sup>30</sup>

Da der neue Art. 358 Abs. 2 VE-ZPO anordnet, dass für „*Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften ... die Bestimmungen dieses Teils sinngemäss [gelten]*“, stellt sich die Frage, ob das opting-in zugunsten des IPRG von dem im Inland wohnhaften Erblasser (bzw. Erblasser mit inländischem gewöhnlichen Aufenthaltsort) einseitig – etwa in der letztwilligen Verfügung – angeordnet werden kann. Erachtet man – wie hier – die von Art. 358 Abs. 2 VE-ZPO bzw. Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG erfassten Formen der Privatautonomie im Vergleich zur Vertragsautonomie als gleichwertig (siehe oben 4.), spricht nichts dagegen, ein solches einseitig angeordnetes opting-in zugunsten des IPRG zuzulassen.

## **6. Das Schiedsvertragsstatut**

Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG bestimmt, dass für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften die Vorschriften des 12. Kapitels entsprechend gelten. Verwiesen ist damit auch auf Art. 178 Abs. 2 IPRG, wonach die „*Schiedsvereinbarung ... im Übrigen gültig [ist], wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht.*“ In der Begründung zum Vorentwurf wird ausdrücklich auf die entsprechende Anwendung des Art. 178 Abs. 2 IPRG verwiesen.<sup>31</sup> Die in Art. 178 Abs. 2 IPRG enthaltene alternative Anknüpfung verankert den Grundsatz des *favor validitatis*.<sup>32</sup> Die „entsprechende Anwendung“ der Bestimmung auf einseitige Rechtsgeschäfte hat zur Folge, dass es für das „gewählte Recht“ i.S. des Art. 178 Abs. 2 IPRG allein auf die Wahl des (einseitig) Verfügenden ankommt. Hat der Verfügende das Schiedsvertragsstatut nicht bestimmt, ist alternativ auf das auf die Streitsache anwendbare Recht (bei einer Schiedsklausel in einer letztwilligen Verfügung also das Erbstatut) oder aber auf das schweizerische Recht abzustellen.

## **a) Statthaftigkeit einseitiger Anordnungen**

---

<sup>30</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 18 f.

<sup>31</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 20.

<sup>32</sup> MÜLLER, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 178 N. 33; BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 24; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, N. 393; BGE 119 III 380, E. 4a; Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982 (BBl 1983 I 263), S. 462; GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration, 3. Aufl. 2016, Rn. 355; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 2015, N. 3.76.

Ob die Anordnung einer Schiedsklausel in einem einseitigen Rechtsgeschäft grundsätzlich statthaft, d.h. von der Parteiautonomie gedeckt ist, ist eine Frage der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und unterliegt daher den in Art. 178 Abs. 2 IPRG genannten Rechtsordnungen (also alternativ dem gewählten, dem auf die Hauptsache anwendbaren oder dem schweizerischen Recht).

Ausländische Rechtsordnungen, die einseitige Schiedsanordnungen ausdrücklich zulassen, sind beispielsweise das österreichische oder das deutsche Recht. Woraus sich allerdings die Statthaftigkeit einseitiger Schiedsanordnungen in diesen beiden Rechtsordnungen ergibt, ist umstritten. Der Streit hat seinen Ursprung in der unglücklichen Formulierung der (nahezu wortgleichen) Vorschriften im deutschen und österreichischen Recht. § 1066 dtZPO und § 581 Abs. 2 öZPO sehen nämlich vor, dass die Vorschriften über die Schiedsgerichtsbarkeit nur auf solche einseitigen Schiedsverfügungen anwendbar sind, die „in gesetzlich statthafter Weise“ bzw. „in gesetzlich zulässiger Weise“ angeordnet wurden. Umstritten ist nun, wie diese Formulierungen zu deuten sind.<sup>33</sup> Die sogenannte materiellrechtliche Theorie sieht hierin einen schlichten Verweis auf das materielle Recht und lässt damit einseitige Schiedsanordnungen – etwa in Gestalt testamentarischer Schiedsklauseln – nur „in den Grenzen des materiellen Erbrechts zu“.<sup>34</sup> Dies ist freilich problematisch, regelt doch weder das materielle österreichische noch das deutsche Recht an irgendeiner Stelle die nicht auf Vereinbarung beruhende Anordnung eines Schiedsgerichts. Nach der (allein zutreffenden) prozessualen Theorie ergibt sich die Zulässigkeit bzw. Statthaftigkeit der nicht auf Vereinbarung beruhenden Schiedsgerichtsbarkeit unmittelbar aus dem Verfahrensrecht, nämlich aus § 1066 dtZPO bzw. § 581 Abs. 2 öZPO, die die Statthaftigkeit einseitiger Schiedsklauseln unterstellen.<sup>35</sup>

Ist im Rahmen des Art. 178 Abs. 2 IPRG auf das schweizerische Recht abzustellen, folgt die Statthaftigkeit bzw. Zulässigkeit einseitiger Schiedsanordnungen unmittelbar aus Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG. Die Bestimmung vermeidet die unglückliche Formulierung wie sie in der parallelen deutschen bzw. österreichischen Vorschrift zu finden ist. Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG trägt also quasi die Statthaftigkeit einseitiger Schiedsklauseln bereits in sich. Ohne Belang ist daher, dass das materielle Erbrecht in den Art. 481 ff. ZGB die testamentarische Schiedsanordnung nicht aufführt. Ein Konflikt mit dem (erbrechtlichen, auf das materielle Recht zugeschnittenen) *numerus clausus*<sup>36</sup> der zulässigen Verfügungsarten existiert von vornherein nicht.<sup>37</sup> Damit besteht auch keine Veranlassung, einseitige Schiedsklauseln in (bestehende) materiell-rechtliche Rechtsinstitute zu zwingen oder hierin umzudeuten, um ihre Zulässigkeit bzw. Statthaftigkeit zu begründen. Der teilweise im (schweizerischen) Schrifttum vertretenen Ansicht, wonach etwa eine testamentarische Schiedsklausel als erbrechtliche Auflage i.S.v. Art. 482 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren sei,<sup>38</sup> ist daher auf der Grundlage des Gesetzesvorentwurfes eine klare Absage zu erteilen.<sup>39</sup> Folge der verfahrensrechtlichen Qualifikation ist des Weiteren, dass die ge-

---

<sup>33</sup> Siehe für einen Überblick über den Streitstand zum dt. Recht, BANDEL SchiedsVZ 2017, 72, 73 f.

<sup>34</sup> Siehe in diesem Sinne etwa LANGE ZEV 2017, 1, 4; wohl auch MünchKommZPO/MÜNCH, 4. Aufl. 2014, § 1066 Rn. 5 f.; HARDER, Schiedsverfahren im Erbrecht, 2007, 59.

<sup>35</sup> In diesem Sinne für das dt. Recht MünchKommBGB/LEIPOLD, 7. Aufl. 2017, § 1937 Rn. 29; HAAS ZEV 2007, 49, 52; DERS. in Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (Hrsg) Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 1066 Rn. 5; MUIELAK/VOIT, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 1066 Rn. 2; in diesem Sinne für das österr. Recht KOLLER, in Lieb-scher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrenrecht I, 2011, Rn. 3/86, 331, 351; ZÖCHLING-JUD/KOGLER GesRZ 2012, 79 f.

<sup>36</sup> Siehe hierzu HRUBESCH-MILLAUER successio 2010, 5, 9; BSK-ZGB II/BREITSCHMID, 5. Aufl. 2015, Art. 498 N. 1 f.; BK-ZGB/WEIMAR, 2009, Vor. Art. 481 N. 8; WOLF/GENNA, Schweizerisches Privatrecht IV/1, 2012, 234.

<sup>37</sup> Siehe zu Recht SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 354 ff. Im Ergebnis auch PERRIN Bull ASA 2006/3, 417, 424.

<sup>38</sup> In diesem Sinne etwa RIEMER, in FS Walder, 1994, 371, 382; vgl. auch BSK-ZGB II/STAEHELIN, 5. Aufl. 2015, Art. 470 N. 11; wohl auch SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, 2017, N. 102.

<sup>39</sup> Siehe auch SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 334 ff.

gen Testamente zur Verfügung stehenden Klagemöglichkeiten (Art. 519 ff. ZGB) gegen (die verfahrensrechtlich einzuordnende) testamentarische Schiedsverfügungen von vornherein ausscheiden.<sup>40</sup>

## b) Der Abschlusstatbestand

Unter welchen Voraussetzungen einer *Schiedsvereinbarung* Bindungswirkung zukommt, ist eine Frage des nach Art. 178 Abs. 2 IPRG zu bestimmenden Schiedsvertragsstatuts. Ist letzteres schweizerisches Recht, ergeben sich die Anforderungen an den Abschlusstatbestand nicht (unmittelbar) aus dem 12. Kapitel. Vielmehr greifen Rechtsprechung und Lehre insoweit auf das materielle Recht zur Lückenfüllung zurück.<sup>41</sup> Die Rechtslage in Österreich<sup>42</sup> oder Deutschland<sup>43</sup> ist nicht anders. Ob also die Schiedsvertragsparteien an eine *Schiedsvereinbarung* gebunden sind, wird anhand der Vorschriften ermittelt, die das Zustandekommen von (materiell-rechtlichen) Verträgen regeln. Nichts anderes gilt, wenn die Schiedsbindung auf einem einseitigen Rechtsgeschäft i.S. des Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG beruht. Auch hier erfolgt die Prüfung der Schiedsbindung mithilfe einer entsprechenden Anwendung der einschlägigen materiell-rechtlichen Vorschriften.<sup>44</sup> Diese kommen damit hilfsweise zur Anwendung, soweit sie nicht durch speziellere (Kollisions- oder Sach-)Normen im 12. Kapitel des IPRG verdrängt werden. Ist daher die Bindungswirkung einer testamentarischen Schiedsklausel zu prüfen, finden die entsprechenden erbrechtlichen Vorschriften Anwendung.<sup>45</sup> Ausgenommen von diesem Rückgriff auf das materielle Erbrecht sind allerdings – zumindest nach den Vorstellungen des Gesetzgebers – die für die Form von letztwilligen Verfügungen (Art. 498 ff. ZGB) geltenden Vorschriften; denn insoweit geht wohl die (für die Schiedsgerichtsbarkeit geltende) Sachnorm des Art. 178 Abs. 1 IPRG vor (siehe unten).

Fraglich kann im Einzelfall sein, ob eine bestimmte erbrechtliche Norm als zum Schiedsvertrags- oder zum Formstatut gehörend zu qualifizieren ist. So kennen einige ausländische Rechtsordnungen ein Verbot des gemeinschaftlichen Testaments.<sup>46</sup> Die Bedeutung dieser Verbote ist in den verschiedenen Rechtsordnungen nicht einheitlich. Teilweise werden diese als Formverbote, teilweise aber auch als inhaltliche Verbote verstanden, die die Höchstpersönlichkeit des Erblasserwillens sicherstellen sollen. Hier macht es also einen entscheidenden Unterschied, ob die Qualifikation selbständig (aus der Sicht des schweizerischen Rechts) oder unselbständig (aus der Sicht der ausländischen Rechtsordnung) erfolgt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu derartigen Qualifikationsfragen im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht einheitlich.<sup>47</sup> Die besseren Gründe sprechen allerdings für eine selbständige Anknüpfung der Qualifikationsfrage; denn welchem Funktionsbegriff ein ausländisches Rechtsinstitut zuzuordnen ist, beurteilt sich nach schweizerischem Recht. Nicht an das Erbstatut, sondern gesondert anzuknüpfen ist auch die Frage der subjektiven Schiedsfähigkeit, also

<sup>40</sup> So zutreffend SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 205 f., 228 ff., 352 f.

<sup>41</sup> BGE 116 Ia 56, E. 3a; SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 238 ff.; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, N. 408; MÜLLER, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 178 N. 46; CR-LDIP/TSCHANZ, 2011, Art. 178 N. 85.

<sup>42</sup> Siehe hierzu KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/136.

<sup>43</sup> Siehe BeckOK-ZPO/WOLF/ESLAMI, Stand 1.3.2017, § 1029 Rn. 6; ZÖLLER/GEIMER, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 1029 Rn. 18; STEIN/JONAS/SCHLOSSER, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. 2014, § 1029 Rn. 35; siehe auch MUSIELAK/VOIT, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 1029 Rn. 7.

<sup>44</sup> SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 245 ff. So auch für das dt. Recht HAAS, in Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (Hrsg) Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 1066 Rn. 7; DERS. ZEV 2007, 49, 50; entsprechend für das österr. Recht, KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/351.

<sup>45</sup> Siehe hierzu SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 244 ff.

<sup>46</sup> Siehe etwa für Frankreich, DÖBEREINER ZEV 2014, 486; für das ital. Recht OLG Frankfurt, IPRax 1986, 112; PRIEMER, MittRhNotK 2000, 581; LEHMANN ZEV 2007, 193; zum polnischen Recht OLG Schleswig NJW-RR 2016, 1229.

<sup>47</sup> Für eine unselbständige Qualifikation, BGer (31.3.2009) 4A\_428/2008, E. 3.3; für eine selbständige Qualifikation hingegen BGer (16.10.2012) 4A\_50/2012, E. 3.5.3, 3.6.

die Frage etwa, ab welchem Alter der Testierende überhaupt eine einseitige testamentarische Schiedsordnung treffen kann.<sup>48</sup>

### c) Persönliche Grenzen einseitiger Schiedsverfügungen

Ob und inwieweit der Autonomie des „Verfügenden“ in persönlicher Hinsicht Grenzen gesetzt sind, d.h. welchen Dritten überhaupt eine Schiedsbindung einseitig aufgedrängt werden kann, ist ebenfalls eine Frage, die dem nach Art. 178 Abs. 2 IPRG zu bestimmenden Recht untersteht.<sup>49</sup> Wo diese Grenzen im Einzelnen verlaufen, wird insbesondere für testamentarische Schiedsklauseln intensiv und kontrovers diskutiert.

#### aa) Blick in ausländische Rechtsordnungen

Wo die persönlichen Grenzen einer testamentarischen Schiedsverfügung im Einzelnen verlaufen, ist im deutschen (§ 1066 dtZPO) oder österreichischen Recht (§ 581 Abs. 2 öZPO) nicht eindeutig. Unstreitig werden der Erbe, der Vermächtnisnehmer oder der Testamentsvollstrecker von der Schiedsbindung erfasst.<sup>50</sup> Unstreitig ist auch, dass dem Nachlassgläubiger durch die einseitige Schiedsverfügung der gesetzliche Richter nicht entzogen werden kann.<sup>51</sup> Umstritten ist aber, ob der Pflichtteilsberechtigten (soweit er enterbt wurde) schiedsgebunden ist. Teilweise wird dies in der Literatur bejaht,<sup>52</sup> ganz überwiegend aber verneint.<sup>53</sup> Die Rechtsprechung folgt insoweit der überwiegenden Ansicht.<sup>54</sup> In zwei aktuellen Entscheidungen des BGH heisst es insoweit (inhaltsgleich) wie folgt:<sup>55</sup>

*„Die dem Erblasser eingeräumte Befugnis, in eine letztwillige Verfügung eine Schiedsklausel aufzunehmen, ist Ausfluss der Testierfreiheit. Sie ist in ihrer Reichweite durch die dem Erblasser nach den Vorschriften des materiellen Rechts zustehenden Anordnungs Kompetenzen beschränkt ... Da die Testierfreiheit des Erblassers durch die gesetzliche Anordnung der grundsätzlichen Unentziehbarkeit des Pflichtteils beschränkt ist, ist dem Erblasser - wie das Oberlandesgericht zutreffend angenommen hat - jede Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten bei der Verfolgung und Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs verwehrt. Ein Erblasser, der dem Pflichtteilsberechtigten durch letztwillige Verfügung den Weg zu den*

<sup>48</sup> MÜLLER, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 178 N. 36; BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 25; GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration, 3. Aufl. 2016, Rz. 448; BGer (23.7.2014) 4A\_118/2014, E. 3.1; BGE 138 III 714, E. 3.3.2; BGer (31.3.2009) 4A\_428/2008, E. 3.2.

<sup>49</sup> BUCHER, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1989, Rz. 106; BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 25; GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration, 3. Aufl. 2016, Rz. 361; ZK-IPRG/VOLKEN, 2. Aufl. 2004, Art. 178 N. 58; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1991, 83.

<sup>50</sup> Für das dt. Recht, siehe HAAS ZEV 2007, 49, 51; BECKMANN, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 2007, 91; MünchKommBGB/LEIPOLD, 7. Aufl. 2017, § 1937 Rn. 33; für das österr. Recht, siehe KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/352.

<sup>51</sup> Für das dt. Recht, siehe HAAS, in Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (Hrsg) Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 1066 Rn. 11; DERS. ZEV 2007, 49, 51; MünchKommBGB/LEIPOLD, 7. Aufl. 2017, § 1937 Rn. 35; KRUG/ROGLMEIER, in Bonefeld/Kroiß/Tanck (Hrsg) Der Erbprozess, 5. Aufl. 2017, § 3 Rn. 482; SCHULZE MDR 2000, 314, 316; für das österr. Recht, siehe KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/352.

<sup>52</sup> Siehe GEIMER, in FS Schlosser, 2005, 198, 201 ff.; CREZELIUS, in FS Westermann, 2008, 161, 171 f.; PAWLYTTA ZEV 2003, 89, 94; WEGMANN ZEV 2003, 10, 21.

<sup>53</sup> MünchKommBGB/LEIPOLD, 7. Aufl. 2017, § 1937 Rn. 34; HAAS, in Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (Hrsg) Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 1066 Rn. 11; LANGE ZEP 2015, 407, 422 ff.; BECKMANN, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 2007, 92.

<sup>54</sup> BGH BeckRS 2017, 111015 Rn. 19 ff.; BGH BeckRS 2017, 111006 Rn. 19 ff.; OLG München SchiedsVZ 2016, 233, 234; OLG München ZEV 2016, 334, 335; LG München II ZEV 2017, 274, 275; LG Heidelberg ZEV 2014, 310.

<sup>55</sup> BGH BeckRS 2017, 111015 Rn. 23, 26.; BGH BeckRS 2017, 111006 Rn. 23, 36; siehe s auch die beiden Ausgangsentscheidungen des OLG Münchens, OLG München ZEV 2016, 334, 335; OLG München SchiedsVZ 2016, 233, 234.

*staatlichen Gerichten versperrt und ihm ein Schiedsgericht aufzwingt, überschreitet die ihm durch das materielle Recht gezogenen Grenzen seiner Verfügungsfreiheit.“*

Damit spricht für das deutsche Recht davon auszugehen, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht einseitig und nicht gegen seinen Willen zur Partei eines Schiedsverfahrens über Pflichtteilsstreitigkeiten gemacht werden kann.<sup>56</sup> Ganz ähnlich ist die Rechtslage wohl auch in Österreich.<sup>57</sup>

#### **bb) Rechtslage nach schweizerischem Recht**

Fraglich ist, wo die Grenzen der subjektiven Schiedsbindung im schweizerischen Recht im Fall von einseitigen Schiedsklauseln verlaufen. In der Begründung zum Vorentwurf heisst es insoweit etwas unscharf, dass es an einer Schiedsbindung dort fehlt, wo „*in unzulässiger Weise in zwingende Rechte Dritter eingegriffen wird.*“<sup>58</sup> Wann aber die (einseitige) Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit „unzulässig“ ist bzw. in „Rechte Dritter“ eingreift, wird im erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) nicht näher thematisiert. Unklar ist insbesondere, ob und inwieweit für die Klärung der Begriffe auf das materielle Recht zurückzugreifen ist. Der erläuternde Bericht verweist auf der S. 21 in der Fussnote (71) auf die Ausführungen von GRÄNICHER (in der Kommentierung zum IPRG). Dieser differenziert in seiner Kommentierung – etwa bei testamentarischen Schiedsverfügungen – danach, ob die Rechtsbeziehung zu dem Dritten „*durch die einseitige Erklärung abgeändert oder erst begründet wird.*“<sup>59</sup> Nur im letzten Fall ist – so GRÄNICHER – die Schiedsbindung Kehrseite des Erwerbs der entsprechenden Rechtsstellung durch den Dritten.<sup>60</sup> Dieser Ansicht ist im Grundsatz zu folgen. Sie steht im Einklang mit den Legitimationsgrundlagen für die Zulassung einseitiger Schiedsverfügungen (siehe oben 4.). Entscheidend ist danach, ob aus dem Erwerb der Rechtsstellung durch den Dritten dessen „Einverständnis“ zu der vom (einseitig) Verfügenden mit dem Rechtserwerb verknüpften schiedsgerichtlichen Streiterledigung abgeleitet werden kann. Dies wird man – jenseits einer gesonderten Vereinbarung – aber nur dort annehmen können, wo der Erwerb der Rechtsstellung (vergleichbar einem Vertrag zugunsten Dritter) kraft Autonomie des Verfügenden und nicht schon kraft Gesetzes geschieht.<sup>61</sup>

Ebenso wie nach deutschem Recht kann daher beispielsweise durch eine testamentarische Schiedsordnung nach schweizerischem Recht weder der Erbschafts- noch der Erbengläubiger gebunden werden.<sup>62</sup> Dagegen leiten sowohl der Willensvollstrecker als auch der gewillkürte Erbe, der Vermächtnisnehmer oder der Auflagenbegünstigte ihre Rechtsposition von der Verfügung des Erblassers ab und sind damit – soweit sie in die Rechtsstellung einrücken – schiedsgebunden.<sup>63</sup> Fraglich

<sup>56</sup> Siehe BANDEL SchiedsVZ 2017, 72, 76.

<sup>57</sup> KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/87: „*Die Schiedsgerichtsbarkeit ist auch im Erbrecht Ausdruck der Parteiautonomie – mag diese auch zum Teil unterschiedlich verwirklicht sein; die Bindungswirkung einer Schiedsgerichtsordnung – und der damit verbundene Entzug des staatlichen Richters – setzt daher eine entsprechende Willensäußerung als Legitimationsbasis voraus. Eben diese Basis fehlt jedoch im Fall des Pflichtteilsberechtigten, wenn sich dieser nicht freiwillig der testamentarischen Schiedsordnung unterwirft.*“; siehe DERS. auch bei Rn. 3/352.

<sup>58</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 21.

<sup>59</sup> BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 63.

<sup>60</sup> BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 63 f. Ganz ähnlich für das dt. Recht MUSIELAK/VOIT, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 1066 Rn. 3: „*... bleibt doch zu bedenken, dass der Erblasser hier nicht das Schiedsgericht im Rahmen einer freien Zuordnung seines Vermögens an seine Erben anordnet. Es handelt sich in diesen Fällen nicht um einen „glücklichen“ Vermögenszuwachs, der vom Erblasser auch der Schiedsbindung einseitig unterworfen werden kann, sondern um einen gesetzlich ausgestalteten Mindestanspruch.*“

<sup>61</sup> Siehe auch HAAS SchiedsVZ 2017 (im Erscheinen).

<sup>62</sup> SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 429 f.; siehe auch MAUERHOFER ZBJV 2006, 375, 392.

<sup>63</sup> Siehe im Einzelnen SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 425 ff., 427 f., 433 ff.; siehe auch MAUERHOFER ZBJV 2006, 375, 395; BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 64.

ist die Rechtslage mit Blick auf Pflichtteilsberechtigte.<sup>64</sup> Richtiger Ansicht nach ist hier zu differenzieren. Ist der Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser nicht bedacht worden, leitet er keinerlei Rechtsposition vom Verfügenden ab und kann mithin auch nicht schiedsgebunden sein. Ist er hingegen mit einem Erbteil bedacht worden (auch wenn dieser nicht dem Pflichtteil entspricht i.S. des Art. 471 ZGB), so ist er *insoweit* schiedsgebunden.<sup>65</sup> Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist, ob von dieser Schiedsbindung auch die Geltendmachung der Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB) erfasst ist. Das ist in der Literatur umstritten.<sup>66</sup> Richtiger Ansicht nach wird man wohl sagen müssen, dass dieser Anspruch (Herabsetzungsklage) originär in der Hand des Pflichtteilsberechtigten, d.h. unabhängig vom Erblasser mit dem Erbfall entsteht mit der Folge, dass der Pflichtteilsberechtigte insoweit nicht schiedsbefangen ist. In dem Erwerb der Rechtsstellung hinsichtlich der Herabsetzungsklage liegt – den Wertungsgrundlagen entsprechend – kein „Einverständnis“ des Pflichtteilsberechtigten zu der vom Erblasser angeordneten schiedsgerichtlichen Entscheidungszuständigkeit. Die Rechtslage in der Schweiz entspricht damit im Wesentlichen derjenigen in Deutschland oder Österreich.

### cc) Rückgriff auf das Erbstatut

Nach Art. 178 Abs. 2 IPRG, auf den Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG verweist, sind alternativ verschiedene Rechtsordnungen als Schiedsvertragsstatut zur Anwendung berufen, nämlich das vom Verfügenden gewählte Recht, das auf die Verfügung anwendbare Recht oder das schweizerische Recht. Geht es um die Beurteilung der Wirksamkeit einer letztwilligen Schiedsverfügung, wird man – wenn Erbstatut eine ausländische Rechtsordnung ist – die Rechtsfrage nicht allein durch Rückgriff auf das schweizerische Recht beantworten können. Ob nämlich der Dritte seine Rechtsposition von einer Verfügung des Erblassers ableitet (und damit die Legitimationsgrundlage für die Zulassung einer einseitigen Schiedsverfügung vorliegt) oder ob ein originärer Erwerb in der Hand des Nachlassbeteiligten vorliegt, lässt sich kaum ohne Blick auf das auf den Erbfall anwendbare Recht beantworten. Da der Grundsatz der doppelrelevanten Tatsachen bei der Prüfung der schiedsgerichtlichen Entscheidungszuständigkeit keine Anwendung findet,<sup>67</sup> wird man diese Frage im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung durch das Schiedsgericht auch kaum offen lassen können.

### d) Sachliche Reichweite einseitiger Schiedsverfügungen

Von der persönlichen Reichweite der Schiedsverfügung ist deren sachliche Reichweite zu unterscheiden. Diese untersteht ebenfalls alternativ den nach Art. 178 Abs. 2 IPRG zu bestimmenden Rechts-

---

<sup>64</sup> Zur geplanten Reform des Erb- und Pflichtteilsrechts, siehe den am 4. März 2016 in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf, siehe zum Stand des Verfahrens <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>.

<sup>65</sup> Ebenso für das österr. Recht, siehe KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/352; für das dt. Recht, siehe Haas ZEV 2007, 49, 51.

<sup>66</sup> Siehe einerseits BSK-ZGB II/STAEHELIN, 5. Aufl. 2015, Art. 470 N. 11; PERRIN Bull ASA 2006/3, 417, 426; PIOTET successio 2011, 164, 166 f. und andererseits SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 444 ff.; PESTALOZZI-FRÜH successio 2011, 170, 173.

<sup>67</sup> BGE 131 III 153, E. 5.1: „Lorsque l'examen de la compétence du tribunal se recoupe avec celui du bien-fondé de la demande, prévaut alors la théorie de la double pertinence. Selon celle-ci, l'existence des faits justifiant à la fois la compétence et les prétentions au fond, s'ils sont contestés, seront présumés réalisés pour l'examen de la compétence et ils ne devront être prouvés qu'au moment où le juge statuera sur le fond de la demande ... En d'autres termes, il suffit, pour admettre la compétence du tribunal, que les faits qui constituent à la fois la condition de cette compétence et le fondement nécessaire de la prétention soumise à l'examen du tribunal soient allégués avec une certaine vraisemblance ... Les objections de la partie défenderesse ne seront examinées qu'au moment de juger l'affaire sur le fond ... Cette règle tend à protéger la partie défenderesse, puisqu'elle lui permet d'opposer l'exception de chose jugée à une action qui serait introduite ultérieurement à un autre for ... Le principe de la double pertinence n'entre toutefois pas en ligne de compte lorsque la compétence d'un tribunal arbitral est contestée, car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et obligations litigieux, s'ils ne sont pas couverts par une convention d'arbitrage valable.“

ordnungen. Grundsätzlich umfasst die sachliche Reichweite der Schiedsverfügung – vorbehaltlich der gesondert zu prüfenden objektiven Schiedsfähigkeit – alle aus dem mit der Schiedsbindung belasteten „Stammrecht“ fließenden Ansprüche. Ist daher beispielsweise die gewillkürte Erbenstellung schiedsgebunden, sind alle auf dieser (gewillkürten) Erbenstellung beruhenden Ansprüche schiedsbehaftet, vorausgesetzt auch der Passivlegitimierte ist aufgrund seiner Stellung schiedsgebunden.<sup>68</sup>

## 7. Objektive Schiedsfähigkeit

Die objektive Schiedsfähigkeit richtet sich nach Art. 177 Abs. 1 IPRG. Danach sind alle vermögensrechtlichen Ansprüche schiedsfähig. Dabei wird der Begriff „vermögensrechtlich“ in aller Regel sehr weit ausgelegt.<sup>69</sup> Folglich sind auch erbrechtliche, insbesondere Ansprüche auf Teilhabe am Nachlass objektiv schiedsfähig. Eine mit Art. 177 Abs. 1 IPRG vergleichbare Vorschrift enthält auch das deutsche Recht in § 1030 Abs. 1 dtZPO. Danach sind alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten schiedsfähig. Für testamentarische Schiedsverfügungen im Anwendungsbereich des § 1066 dtZPO schränkt die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur die objektive Schiedsfähigkeit über den Wortlaut des § 1030 Abs. 1 dtZPO hinaus ein. Die Vorschrift des § 1030 dtZPO ist – so diese Ansicht – auf eine Schiedsvereinbarung zugeschnitten und „*muss daher den Besonderheiten bei letztwilligen, also einseitigen Schiedsklauseln angepasst werden*“.<sup>70</sup> Über § 1030 Abs. 1 dtZPO hinaus verlangt diese Ansicht, dass der Erblasser den in Frage stehenden Anspruch auch seinem Inhalt nach durch letztwillige Verfügung bestimmen kann, der Anspruch also m.a.W. der Verfügungsfreiheit des Erblassers unterliegt.<sup>71</sup> Die (deutsche) Rechtsprechung ist in einigen aktuellen Entscheidungen dieser Ansicht gefolgt:<sup>72</sup> So heisst es etwa in einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofes wie folgt:<sup>73</sup>

*Die dem Erblasser eingeräumte Befugnis, in eine letztwillige Verfügung eine Schiedsklausel aufzunehmen, ist Ausfluss der Testierfreiheit. Sie ist in ihrer Reichweite durch die dem Erblasser nach den Vorschriften des materiellen Rechts zustehenden Anordnungs Kompetenzen beschränkt (Schiffer, ZErB 2014, [ZERB Jahr 2014 Seite 292](#), [ZERB Jahr 2014 294](#); Lange, ZP 128 [2015] [ZP Band 128 Seite 407](#), [ZP Band 128 410](#)). Damit ist kraft letztwilliger Anordnung grundsätzlich nur schiedsfähig, was innerhalb der Verfügungsmacht des Erblassers liegt. ... Eine entsprechende Anwendung der für vereinbarte Schiedsgerichte geltenden Vorschrift des § 1030 ZPO über die Schiedsfähigkeit auf durch letztwillige Verfügung angeordnete Schiedsgerichte und damit eine Gleichstellung der Entscheidungskompetenz dieser Schiedsgerichte mit derjenigen staatlicher Gerichte kann auch nicht mit der vom Gesetzgeber bei der Reform des Schiedsverfahrensrechts grundsätzlich vorausgesetzten Gleichwertigkeit von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit begründet werden (vgl. Werner, ZEV 2011, [506](#), [507 f.](#); Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 2007, S. 60). Die Vorschriften über die Unterwerfung einer Streitsache unter die Entscheidungsbefugnis eines Schiedsgerichts gehen grundsätzlich von der einvernehmlichen Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit aus; dagegen entzieht die in einer letztwilligen Verfügung enthaltene Schiedsklausel dem Betroffenen einseitig den durch staatliche Gerichte gewährleisteten Rechtsschutz.“*

<sup>68</sup> Siehe zum Ganzen SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 439 ff.

<sup>69</sup> Vgl. Nachweise bei ORELLI, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 177 N. 4 f.

<sup>70</sup> MünchKommBGB/LEIPOLD, 7. Aufl. 2017, § 1937 Rn. 32.

<sup>71</sup> MünchKommBGB/LEIPOLD, 7. Aufl. 2017, § 1937 Rn. 32; OTTE, in FS des Rheinischen Notariats, 1998, 241, 246; CREZELIUS, in FS H. P. Westermann, 2008, 161, 168.

<sup>72</sup> OLG Stuttgart ZEV 2017, 269.

<sup>73</sup> BGH BeckRS 2017, 111015 Rn. 23, 25.; BGH BeckRS 2017, 111006 Rn. 23, 25.

Diese Rechtsansicht ist offensichtlich unzutreffend.<sup>74</sup> Der von der Rechtsprechung und Lehre befürwortete Rückgriff auf das materielle Recht (die Verfügungsfreiheit des Erblassers) ist Folge einer unzulässigen Vermischung zweier Problemkreise, nämlich der subjektiven Reichweite der Schiedsvereinbarung und der objektiven Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes.<sup>75</sup> Ganz deutlich kommt dies etwa bei LANGE zum Ausdruck, wenn es dort heisst:<sup>76</sup>

*„Die Vertreter der rein verfahrensrechtlichen Betrachtung gehen davon aus, dass der Verweis in § 1066 ZPO ua auf § 1030 Abs. 1 ZPO die Frage der Schiedsfähigkeit auch bei der letztwilligen Anordnung grds. beantwortet. Sie verkennt damit die Besonderheiten der einseitigen Anordnung des Schiedsgerichts durch eine letztwillige Verfügung, bei der es an einer übereinstimmenden Willenserklärung fehlt. Die Problematik fehlender Legitimation der Schiedsgerichtsunterwerfung Dritter kann nicht mit einem Hinweis auf die Gleichwertigkeit privaten und staatlichen Rechtsschutzes aus der Welt geschafft werden. Ansonsten wäre der Erblasser in der Lage, die materiell-rechtlichen Schranken des Erbrechts unter Rückgriff auf § 1030 Abs. 1 ZPO zu umgehen.“*

Hier wird versucht, ein Problem der subjektiven Reichweite der Schiedsvereinbarung mit der groben Keule der objektiven Schiedsfähigkeit zu justieren. Dies ist nicht nur dogmatisch unzulässig, sondern auch völlig unnötig, da die „*Legitimation der Schiedsunterwerfung Dritter*“ bei der Schiedsbindung angemessen berücksichtigt werden kann. Nur dort nämlich, wo der Dritte seine Rechtsstellung von einer Verfügung des Erblassers ableitet, ist die Legitimation der Schiedsunterwerfung Dritter gegeben. Dies folgt bereits aus den verfahrensrechtlichen Wertungsgrundlagen für den Entzug des staatlichen Richters (vgl. oben).<sup>77</sup> Einer weitergehenden Korrektur durch das materielle Recht, insbesondere ein „materiell-rechtliches Aufladen“ der objektiven Schiedsfähigkeit entgegen dem klaren Wortlaut des § 1030 Abs. 1 dtZPO bedarf es hierfür nicht.<sup>78</sup> Die hier vertretene Ansicht wird auch durch einen Seitenblick auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten bestätigt. So können die Parteien etwa eine gesellschaftsrechtliche Schiedsklausel vorsehen durch die alle aus der Mitgliedschaft (z.B. in einer GmbH) resultierenden Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt werden. Selbstverständlich ist von der sachlichen Reichweite einer solchen Schiedsklausel auch der aus der schiedsbefangenen Mitgliedschaft abgeleitete Auskunftsanspruch des GmbH-Gesellschafters gegen die Gesellschaft nach § 51a dtGmbHG erfasst. Dieser ist – unstreitig – schiedsbefangenen, auch wenn er zwingend ist, d.h. der „Verfügungsfreiheit“ der Gesellschafter nicht unterliegt.<sup>79</sup> Hier erfolgt – trotz Legitimationsgrundlage in § 1066 dtZPO –<sup>80</sup> (zu Recht) keine Korrektur über § 1030 Abs. 1 dtZPO.

Die Fragen der objektiven Schiedsfähigkeit und der subjektiven Schiedsgebundenheit sind auch im schweizerischen Recht strikt voneinander zu trennen. Einer Einschränkung der in Art. 177 Abs. 1 IPRG geregelten objektiven Schiedsfähigkeit im Fall einseitiger Schiedsanordnungen i.S. des Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG bedarf es nicht. Insbesondere folgt eine solche nicht aus den – von Schiedsvereinbarungen verschiedenen – Voraussetzungen für eine Schiedsbindung bei einseitigen Schiedsanordnungen.<sup>81</sup> Ob und inwieweit daher der dem Schiedsgericht unterbreitete Anspruch „zwingend“, d.h. der Verfü-

<sup>74</sup> Haas SchiedsVZ 2017 (im Erscheinen).

<sup>75</sup> So zu Recht KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/87.

<sup>76</sup> LANGE ZEV 2017, 1, 4.

<sup>77</sup> Siehe auch Haas SchiedsVZ 2017 (im Erscheinen).

<sup>78</sup> HAAS, in Böckstiegel/Kröll/Nacimientto (Hrsg) Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 1066 Rn. 20.

<sup>79</sup> Ganz h.M. OLG Hamm NZG 2000, 1182, 1183; OLG Koblenz GmbHR 1990, 556; BAUMBACH/HUECK/NOACK, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51b Rn. 3; UHL/HÜFFER/SCHÜRNBAND, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 51b Rn. 27; BORK JZ 1987, 100; EBBING NZG 1998, 281, 287.

<sup>80</sup> Siehe zur Einordnung gesellschaftsrechtlicher Schiedsklauseln in § 1066 dtZPO, STEIN/JONAS/SCHLOSSER, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. 2014, § 1066 Rn. 7 ff.; ebenso für das österr. Recht, KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/328.

<sup>81</sup> So auch SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 328.

gungsbefugnis des Erblassers unterliegt, ist für die objektive Schiedsfähigkeit nach Art. 177 Abs. 1 IPRG irrelevant. Die (unklaren) Ausführungen diesbezüglich in dem erläuternden Bericht („... *sind Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften jedenfalls insoweit zulässig, als damit nicht in unzulässiger Weise in zwingende Rechte Dritter eingegriffen wird.*“<sup>82</sup>) sollten jedenfalls nicht dahingehend missverstanden werden. Es besteht kein Grund, die objektive Schiedsfähigkeit erbrechtlicher Streitigkeiten in Art. 177 Abs. 1 IPRG mit der materiell-rechtlichen Verfügungsbefugnis des Erblassers zu verknüpfen.<sup>83</sup>

Nicht objektiv schiedsfähig sind – grundsätzlich – Massnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Beispiele sind etwa Massnahmen zur Sicherung des Nachlasses durch die Behörden (Siegelung, Inventaraufnahme, Erbenruf bei unbekanntem Erben oder die Anordnung der Erbschaftsverwaltung) oder zum Schutz der öffentlichen Ordnung im Zusammenhang mit dem Erbgang (z.B. Einlieferungspflicht einer letztwilligen Verfügung, Ausstellung der Erbbescheinigung, Entgegennahme der Ausschlagungserklärung oder die amtliche Liquidation).<sup>84</sup> Kennzeichnend für diese Verfahren ist, dass diese „Fürsorge- und Vorsorgecharakter“ haben und es an einem für das Schiedsverfahren kennzeichnenden (siehe Art. 182 Abs. 3 IPRG) kontradiktorischen Verfahren von vornherein fehlt.<sup>85</sup> Die Qualifikation, ob eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorliegt, erfolgt aus der Sicht des schweizerischen Rechts und damit selbständig. Wie das ausländische Erb- oder Nachlassabwicklungsstatut die Frage einordnet ist nicht massgebend.

## 8. Formanforderungen

Die Anforderungen an die formelle Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung sind in Art. 178 Abs. 1 IPRG geregelt. Danach hat die Schiedsvereinbarung „*schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht*“. Hierbei handelt es sich um eine Sachnorm des Internationalen Privatrechts.<sup>86</sup> Die Formwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung ist mithin allein an dieser Vorschrift zu messen.<sup>87</sup> Die Formvorschrift in Art. 178 Abs. 1 IPRG verfolgte bislang eine Beweis- und eine Schutzfunktion.<sup>88</sup> Letztere besteht insbesondere darin, sicherzustellen, dass der Verzicht auf den staatlichen Rechtsschutz seitens der Parteien tatsächlich gewollt ist, bzw. den Parteien nicht einfach „untergeschoben“ wird.<sup>89</sup> Wegen dieses mit der Vorschrift verfolgten Schutzzwecks war bislang erforderlich, dass die Form beid-

---

<sup>82</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 20 f.

<sup>83</sup> So zu Recht auch für das österr. Recht KOLLER, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg) Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 3/87.

<sup>84</sup> Siehe zu alldem SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 464 ff.

<sup>85</sup> SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 471; BSK-IPRG/MABILLARD/BRINER, 3. Aufl. 2013, Art. 177 N. 9b; siehe auch KuKo-ZPO/DASSER, 2. Aufl. 2014, Art. 354 N. 10.

<sup>86</sup> MÜLLER, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 178 N. 13; BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 6; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, N. 420; POUURET/BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl. 2007, N. 193; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 2015, N. 3.60 f.; GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration, 3. Aufl. 2016, Rn. 336; VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2000, Rz. 1432.

<sup>87</sup> BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 6; ZK-IPRG/VOLKEN, 2. Aufl. 2004, Art. 178 N. 19; MÜLLER, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 178 N. 23; GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration, 3. Aufl. 2016, Rn. 337; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, N. 420; VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2000, Rz. 1432.

<sup>88</sup> MÜLLER, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 178 N. 15; ZK-IPRG/VOLKEN, 2. Aufl. 2004, Art. 178 N. 21; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 2015, N. 3.57; BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 7; CR-LDIP/TSCHANZ, 2011, Art. 178 N. 25 f.

<sup>89</sup> BGE 129 III 675, E. 2.3; GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration, 3. Aufl. 2016, Rn. 338.

seitig, d.h. von beiden Vertragspartnern gewahrt wird.<sup>90</sup> Eine Unterschrift der Vertragsparteien ist hingegen nicht notwendig.<sup>91</sup>

Der Gesetzgeber plant nun, die Anforderungen an die Form von Schiedsvereinbarungen herabzusetzen.<sup>92</sup> Während der erste Satz des bisherigen Art. 178 Abs. 1 IPRG im Wesentlichen beibehalten wird,<sup>93</sup> soll dem Abs. 1 nun ein weiterer Satz angefügt werden, wonach die Form als erfüllt gilt, „wenn sie nur von einer Partei der Schiedsvereinbarung gewahrt wird.“ Die Arbeitsgruppe der Swiss Arbitration Association (ASA) steht dieser Einführung der so genannten „halben Schriftlichkeit“ positiv gegenüber.<sup>94</sup> Der Reformgesetzgeber illustriert die praktischen Auswirkungen der Neuerung anhand des folgenden Beispiels:<sup>95</sup>

*„Vertragspartner A unterbreitet Vertragspartner B schriftlich das Angebot zu einem Vertrag, dessen Gültigkeit keiner Formvorschrift unterliegt. Das Angebot enthält eine Schiedsklausel. Vertragspartner B nimmt das Vertragsangebot durch Erfüllung konkludent an. Nach geltendem Recht kommt der Hauptvertrag zustande, nicht jedoch die mitvorgeschlagene Schiedsvereinbarung. Nach dem Vorentwurf ist in diesem Beispiel auch die mitvorgeschlagene Schiedsvereinbarung gültig zustande gekommen, sofern die Vertragserfüllung nach einer der in Artikel 178 Absatz 2 IPRG genannten Rechtsordnungen konkludent Annahme bedeutet und damit Konsens begründet.“*

Nach dem Willen des Reformgesetzgebers sollen die erleichterten Formanforderungen auch für einseitige Schiedsanordnungen gelten; denn Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG verweist „für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften [auf] die Bestimmungen dieses Kapitels sinngemäss.“ Auf den ersten Blick scheint die (neue) Regelung in Art. 178 Abs. 1 IPRG auch der in einseitigen Schiedsanordnungen zum Ausdruck kommenden andersgearteten (aber gleichwertigen) Autonomie der Parteien gerecht zu werden; denn da nur der (einseitig) Verfügende „Partei“ der Schiedsklausel (i.S. des Art. 178 Abs. 1 S. 2 IPRG) ist, muss die Form auch nur in seiner Person erfüllt sein. Ist daher beispielsweise die (einseitige) Schiedsanordnung in einem Testament enthalten, so bedarf es nach der neuen Vorschrift keiner (wie auch immer gearteten) „schriftlichen“ Bestätigung oder Annahme der Schiedsklausel durch den schiedsgebundenen Dritten.

Auf den zweiten Blick wirft die Neuregelung jedoch Fragen auf; denn sie stellt für die einseitige Schiedsverfügung andere Formanforderungen auf als sie für das „Hauptgeschäft“ – etwa das Testament – gelten. Es fällt bereits schwer – wie es der Reformgesetzgeber tut – von „Schiedsanordnung in Testamenten“ zu sprechen, wenn die (nach dem massgebenden Recht anwendbaren Vorschriften zur) Testamentsform (aufgrund des Sachnormcharakters des Art. 178 Abs. 1 IPRG) gar nicht eingehal-

---

<sup>90</sup> BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 16.

<sup>91</sup> BGE 121 III 38, E. 2c; BGer (7.8.2001) 4P.124/2001, E. 2c; MÜLLER, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 178 N. 21; BSK-IPRG/GRÄNICHER, 3. Aufl. 2013, Art. 178 N. 15; GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration, 3. Aufl. 2016, Rn. 341; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, N. 422 ff.; ZK-IPRG/VOLKEN, 2. Aufl. 2004, Art. 178 N. 29; BLESSING ASA Special Series No. 8 1994, 13; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, 1989, Art. 178 N. 10; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1991, 78.

<sup>92</sup> Der erläuternde Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017 spricht von einer „massvollen Lockerung“, S. 20.

<sup>93</sup> Verzichtet wird lediglich auf die beispielhafte Erwähnung von Telegramm und Telex, die mit Blick auf die heutigen Geschäftsgepflogenheiten überholt sind. Damit wird der Art. 178 Abs. 1 S. 1 IPRG letztlich an die Formulierung in Art. 358 ZPO angeglichen, siehe erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 19.

<sup>94</sup> Siehe die Mitteilung auf der Homepage: <http://www.arbitration-ch.org/en/asa/asa-news/details/995.asa-comments-on-revision-of-swiss-international-arbitration-law.html>.

<sup>95</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 20.

ten werden muss. Darüber hinaus übersieht der Reformgesetzgeber, dass für die Beweisfunktion einseitiger Verfügungen, die erst nach dem Tod des Erblassers wirksam werden, erhöhte Anforderungen gelten müssen, um die Beteiligten vor Manipulationen bzw. Verfälschungen zu schützen. Die besonderen Formanforderungen im materiellen Erbrecht für letztwillige Verfügungen bezwecken daher – im Lichte der akuten Gefahrenlage – die Authentizität des Erblasserwillens sicherzustellen.<sup>96</sup> Für testamentarische Schiedsverfügungen kann daher kaum etwas anderes gelten. Auch für diese müssen die testamentarischen Formanforderungen und nicht diejenigen nach Art. 178 Abs. 1 IPRG gelten. Soweit daher Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG auch für die Form einseitiger Schiedsverfügungen auf Art. 178 Abs. 1 IPRG verweist, sollte der Gesetzgeber dies für letztwillige Schiedsanordnungen noch einmal überdenken. Hier sollte allein die für letztwillige Verfügungen vorgeschriebene Form Anwendung finden. Die hier vertretene Ansicht hat nichts mit der Einseitigkeit der Erklärung, sondern mit der besonderen Gefahrenlage bei (angeblich) vom Erblasser herrührenden (u.U. lange zurückliegenden) Erklärungen zu tun, der unseres Erachtens nur durch einen (ausnahmsweisen) Rückgriff auf die erbrechtlichen Formvorschriften angemessen Rechnung getragen werden kann.

## 9. Das in der Sache anwendbare Recht

Nach Art. 187 Abs. 1 IPRG hat das Schiedsgericht „*die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt* [zu entscheiden]“. Die (Kollisions-)Vorschrift gilt für alle Schiedsgerichte im Anwendungsbereich des Art. 176 IPRG und geht den anderen Kollisionsvorschriften zum anwendbaren Recht im IPRG vor.<sup>97</sup> Da Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG uneingeschränkt auch auf diese Vorschrift verweist, eröffnen sich für den Erblasser im Anwendungsbereich des 12. Kapitels des IPRG sehr viel weitere Rechtswahlmöglichkeiten als nach Art. 90 f. IPRG. Mitunter wird – etwa zum deutschen Recht – vertreten, dass die (freie) auf schuldrechtliche Verträge zugeschnittenen Rechtswahlmöglichkeiten nicht auf Schiedsanordnungen in letztwilligen Verfügungen passen.<sup>98</sup> Hintergrund für das „Misstrauen“ gegenüber einer freien Rechtswahl ist letztlich die Befürchtung, dass der Erblasser durch entsprechende Gestaltung und Planung die gesetzliche Mindestteilhabe der nahen Angehörigen am Nachlass aushebelt.<sup>99</sup> Diese Gefahr besteht aber richtiger Ansicht nach hier gar nicht; denn der Pflichtteilsberechtigten ist – soweit es um seinen Pflichtteilsanspruch bzw. Anspruch auf Mindestteilhabe geht – überhaupt nicht schiedsgebunden. Daher besteht kein Grund, das Verhältnis des Art. 187 IPRG zu den (allgemeinen) Kollisionsregeln in Bezug auf erbrechtliche Auseinandersetzungen anders zu lösen als bei sonstigen Schiedsstreitigkeiten. Die allgemeinen Grenzen der Rechtswahl wie sie durch den *ordre public*<sup>100</sup> und das Verbot des Rechtsmissbrauchs<sup>101</sup> gezogen werden, sind auch bei erbrechtlichen Streitigkeiten absolut ausreichend.

## 10. Das Mandat des Schiedsgerichts

---

<sup>96</sup> BSK-ZGB II/BREITSCHMID, 5. Aufl. 2015, Art. 498 N. 7; BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, 1982, 87; BK-ZGB/WEIMAR, 2009, Vor. Art. 498 N. 6.

<sup>97</sup> BSK-IPRG/KARRER, 3. Aufl. 2013, Art. 187 N. 20; BURCKHARDT, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 187 N. 4.

<sup>98</sup> Siehe etwa BANDEL NotBZ 2005, 381, 384.

<sup>99</sup> Siehe auch BREITSCHMID/CIBIK, in FS Schwander, 2011, 457 f.; SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 371.

<sup>100</sup> Siehe hierzu BREITSCHMID/CIBIK, in FS Schwander, 2011, 457, 460 f.; SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 374 f.; siehe allgemein BSK-IPRG/KARRER, 3. Aufl. 2013, Art. 187 N. 195 ff.

<sup>101</sup> Siehe hierzu BREITSCHMID/CIBIK, in FS Schwander, 2011, 457, 461 ff.; SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 380; allgemein zur Rechtswahlfreiheit nach Art. 187 IPRG und Rechtsmissbrauch BSK-IPRG/KARRER, 3. Aufl. 2013, Art. 187 N. 251 ff.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 2015, N. 7.30; POUURET/BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl. 2007, N. 705.

Das Mandat des Schiedsgerichts wird sowohl durch das Verfahrensrecht als auch durch das materielle Recht bestimmt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht unterscheidet das 12. Kapitel in Art. 187 Abs. 2 IPRG klar zwischen einem Billigkeits- und einem Rechtsentscheid. Diese Unterscheidung gilt auch dann, wenn eine „einseitige“ Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit nach Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG vorliegt. Damit das Schiedsgericht nach Billigkeit entscheiden kann, bedarf es auch hier einer entsprechenden Ermächtigung des Verfügenden. Ob der Verfügende das Schiedsgericht ermächtigt hat nach Billigkeit zu entscheiden, ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>102</sup>

Ermächtigt bereits das materielle Recht, Billigkeitsgesichtspunkte zu berücksichtigen (z.B. Art. 2 ZGB), so ist ein Schiedsspruch, der auf dieser Grundlage ergeht, kein Billigkeitsentscheid.<sup>103</sup> Das Mandat des Schiedsgerichts wird nämlich auch durch das materielle Recht bestimmt. Das Schiedsgericht hat folglich die gleichen Befugnisse wie sie der staatliche Richter nach dem in der Sache anwendbaren Recht hätte. Dies hat das Bundesgericht ausdrücklich klargestellt:<sup>104</sup>

*„La recourante voudrait cependant déduire une telle exigence de l'application par analogie de l'art. 187 al. 2 LDIP aux termes duquel les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en équité. Elle a tort. L'autorisation de statuer en équité, au sens de cette disposition, dégage l'arbitre de l'obligation d'appliquer les règles de droit, même impératives, sous certaines réserves (cf. Lalive/Poudret /Reymond, op. cit., n. 21 ad art. 187 LDIP). En revanche, l'arbitre qui procède au complètement d'un contrat ne peut pas s'affranchir des règles de droit de ce seul fait, puisqu'il se borne à mettre en oeuvre les dispositions pertinentes autorisant un complètement de celui-ci. Le droit suisse permet au juge étatique de compléter un contrat lacunaire en recherchant la volonté hypothétique des parties (ATF 115 II 404 consid. 4b p. 488; 111 II 260 consid. 2a). Il n'exige pas pour cela une autorisation expresse des parties. Dès lors, si l'on reconnaît au juge étatique suisse le pouvoir de compléter de son propre chef un contrat soumis au droit suisse ou à un droit étranger autorisant le complètement du contrat, on ne voit pas pour quelle raison il y aurait lieu de dénier ce pouvoir à un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse.“*

Das Mandat des Schiedsgerichts kann freilich durch das anwendbare Recht nicht nur erweitert, sondern auch beschränkt werden. So sieht etwa das schweizerische Recht vor, dass ein Dritter vom Erblasser nicht ermächtigt werden kann, den Erben zu bestimmen. Ein solches Bestimmungsrecht ist mit der Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen unvereinbar.<sup>105</sup> Ist also schweizerisches Recht Erbstatut, ist eine entsprechende Ermächtigung des Schiedsgerichts nicht wirksam.<sup>106</sup> Missachtet das Schiedsgericht diese Grenzen, stellt dies aber keinen Aufhebungsgrund für den Schiedsspruch nach Art. 190 IPRG dar.

## 11. Ausschluss der Beschwerde zum Bundesgericht

Hat keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz, gestattet Art. 192 Abs. 1 IPRG, dass die Parteien durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft die Anfechtung des Schiedsentscheids vollständig oder teilweise ausschliessen. Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG verweist auch auf diese Bestim-

<sup>102</sup> BSK-IPRG/KARRER, 3. Aufl. 2013, Art. 187 N. 292; BURCKHARDT, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 187 N. 70.

<sup>103</sup> BSK-IPRG/KARRER, 3. Aufl. 2013, Art. 187 N. 297; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 2015, N. 7.66; siehe etwa auch PATOCCHI/NIEDERMAIER, in Schütze (Hrsg) Institutional arbitration, Art. 35 UNCITRAL Rules N. 666.

<sup>104</sup> BGer (19.12.2001) 4P.114/2001, E. 2c bb aaa.

<sup>105</sup> BSK-ZGB II/STAEHELIN, 5. Aufl. 2015, Art. 483 N. 6; BK-ZGB/WEIMAR, 2009, Art. 483 N. 3; BGE 81 II 22, E. 6; 68 II 155, E. 7.

<sup>106</sup> Siehe zur vergleichbaren Rechtslage nach dt. Recht, HAAS, in Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (Hrsg) Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 1066 Rn. 23.

mung. Damit stellt sich die Frage, ob der Verfügende „einseitig“ die Anfechtung (teilweise) – etwa in einer letztwilligen Verfügung – ausschliessen kann.<sup>107</sup>

Was unter „Partei“ i.S. des Art. 192 Abs. 1 IPRG zu verstehen ist, war bislang umstritten, nämlich ob hiermit die Schiedsverfahrens- oder aber die Schiedsvertragsparteien gemeint sind.<sup>108</sup> Der Reformgesetzgeber stellt nunmehr klar, dass der Begriff „Parteien“ in Art. 192 Abs. 1 IPRG ebenso auszulegen ist wie in Art. 176 Abs. 1 IPRG.<sup>109</sup> Soweit daher Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG auf Art. 192 Abs. 1 IPRG verweist, ist damit grundsätzlich allein auf den Willen des (einseitig) Verfügenden abzustellen. Nach überwiegender Ansicht ist Art. 192 IPRG Ausdruck der Parteiautonomie.<sup>110</sup> Erachtet man – wie hier – die von Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG erfassten Formen der Parteiautonomie nicht als gegenüber der Vertragsautonomie minderwertig, wird man auch den einseitigen Ausschluss der Beschwerde zum Bundesgericht für statthaft halten müssen.<sup>111</sup> Der ausländische Erblasser kann daher beispielsweise in der Schiedsverfügung grundsätzlich zugleich auch den Ausschluss der Beschwerde zum Bundesgericht anordnen. Freilich kann auch hier die Bindungswirkung der einseitigen „Verfügung“ nicht weiter gehen als die subjektive Schiedsbindung.

Hinsichtlich der Form verlangt Art. 192 Abs. 1 IPRG eine „ausdrückliche Erklärung“ in der Schiedsvereinbarung (Schiedsvertrag oder Schiedsklausel) oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft (wie z.B. dem Schiedsauftrag; terms of reference; acte de mission).<sup>112</sup> Mit dieser Formvorschrift verfolgt das Gesetz eindeutig eine Schutzfunktion. Die Formvorschrift soll sicherstellen, dass Vertragsparteien den Rechtsmittelverzicht bewusst erklären, ihnen also der Rechtsmittelverzicht nicht „untergeschoben“ wird.<sup>113</sup> Diese Schutzvorkehrung ist offensichtlich auf vertragliche Vereinbarungen zugeschnitten. Ob diese auch auf einseitige Verfügungen – etwa eine letztwillige Verfügung – passt, erscheint fraglich. Hier wird man – etwa bei letztwilligen Schiedsklauseln – verlangen müssen, dass der Ausschluss der Beschwerde zum Bundesgericht in der den Formanforderungen einer letztwilligen Verfügung genügenden Schiedsklausel (siehe oben) enthalten ist.

## 12. Ausblick

Die vom Reformgesetzgeber vertretene Ansicht, dass der Verweisungsbegriff „Vereinbarung“ im 12. Kapitel des IPRG seit jeher schon einseitige Anordnungen erfasst (siehe oben), wirft die Frage auf, ob gleiches nicht auch für den Begriff der Gerichtsstandsvereinbarung gelten muss, d.h. auch in diesem Zusammenhang (Art. 17 ZPO; 5 IPRG) ein funktionales Verständnis zugrunde gelegt werden sollte, dass alle Formen von Parteiautonomie erfasst. In der Literatur ist diese Frage umstritten.<sup>114</sup> Die überwiegende Ansicht klammert sich an den Wortlaut („Gerichtsstandsvereinbarung“) und weist darauf hin, dass einseitige Rechtsgeschäfte nicht unter den Begriff der (Prozess-)Vereinbarung sub-

---

<sup>107</sup> Siehe zum Ganzen auch SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 396 ff.

<sup>108</sup> Für eine Auslegung als Schiedsvertragspartei etwa BSK-IPRG/PATOCCHI/JERMINI, 3. Aufl. 2013, Art. 192 N. 9 ff.; a.M. etwa ZK-IPRG/SIEHR, 2. Aufl. 2004, Art. 192 N. 7, der sich für eine Auslegung als Schiedsverfahrenspartei ausspricht; siehe auch weiterführend bereits oben im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 176 IPRG.

<sup>109</sup> Siehe Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 18.

<sup>110</sup> BSK-IPRG/PATOCCHI/JERMINI, 3. Aufl. 2013, Art. 192 N. 3; KERAMEUS, The American Journal of Comparative Law No. 41 1993, 73, 87.

<sup>111</sup> So zu Recht SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, 2011, N. 404 ff.

<sup>112</sup> BSK-IPRG/PATOCCHI/JERMINI, 3. Aufl. 2013, Art. 192 N. 13.

<sup>113</sup> BGE 131 III 173, E. 4.2.3.1; 133 III 235, E. 4.3.2.2; BGer (11.1.2010) 4A\_256/2009, E. 2.2; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 2015, N. 8.57 f.; BSK-IPRG/PATOCCHI/JERMINI, 3. Aufl. 2013, Art. 192 N. 19; BAIZEAU, in Arroyo (Hrsg) Arbitration in Switzerland, 2013, Art. 192 N. 11; ZK-IPRG/SIEHR, 2. Aufl. 2004, Art. 192 N. 18; CR-LDIP/BUCHER, 2011, Art. 192 N. 10.

<sup>114</sup> Dafür KuKo-ZPO/HAS/SCHLUMPF, 2. Aufl. 2014, Art. 17 N. 11.

sumiert werden könnten.<sup>115</sup> So einfach wird man es sich künftig – mit Blick auf die Neuregelung der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – wohl nicht mehr machen können.

### 13. Zusammenfassung

- Aktuell plant der Schweizer Gesetzgeber eine Reform des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG). Wesentliche von der Rechtsprechung erarbeitete Grundsätze sollen gesetzlich verankert werden und das 12. Kapitel des IPRG noch anwender- und schiedsfreundlicher ausgestaltet werden. Eine wesentliche Änderung stellt die Ergänzung des Art. 178 IPRG um einen neuen Abs. 4 dar, wonach für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG sinngemäss gelten. Eine inhaltsgleiche Anpassung des nationalen Schiedsrechts ist ebenfalls vorgesehen.
- Der Gesetzgeber ist der Ansicht, dass einseitige Schiedsverfügungen auch bislang möglich waren. Allerdings war die Frage in der Literatur umstritten. Die geplante Gesetzesänderung leistet daher einen wesentlichen Beitrag dazu, dass künftig einseitige Schiedsverfügungen rechtsicher vorgenommen werden können. Dies ist zu begrüßen; denn die durch ein einseitiges Rechtsgeschäft erzeugte rechtliche Bindung sowie der in der „Umsetzung“ dieses Rechtsgeschäfts zum Ausdruck kommende Wille der Beteiligten zur Selbstbestimmung unterscheiden sich bei ein- und zweiseitigen Rechtsgeschäften im Grundsatz nicht. Insbesondere handelt es sich bei der in einseitigen Rechtsgeschäften zum Ausdruck kommenden Freiheit nicht um eine minderwertigere Form der Privatautonomie.
- Der neue Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG vermeidet die unglückliche Formulierung der vergleichbaren Vorschriften im deutschen und im österreichischen Recht. Die Statthaftigkeit bzw. Zulässigkeit einseitiger Schiedsanordnungen ergibt sich unmittelbar aus dem Schiedsverfahrensrecht (Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG) und nicht aus dem materiellen Recht. Dadurch wird – etwa bei letztwilligen Schiedsverfügungen – ein Konflikt mit dem erbrechtlichen *numerus clausus* der zulässigen Verfügungsarten vermieden. Die verfahrensrechtliche Qualifikation einseitiger Schiedsanordnungen erübrigt auch eine (Um-)Deutung der testamentarischen Schiedsklausel in eine erbrechtliche Auflage oder in andere erbrechtliche Verfügungsarten, um deren Statthaftigkeit zu begründen.
- Für die Abgrenzung der Art. 176 ff. IPRG von der Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist – bei letztwilligen Schiedsverfügungen – darauf abzustellen, ob der Erblasser im Zeitpunkt des Todes seinen Wohnsitz im Ausland hatte.
- Die Frage, wer von der einseitigen Schiedsverfügung erfasst ist, beurteilt sich nach dem Schiedsvertragsstatut. Kommt in dem Zusammenhang schweizerisches Recht zur Anwendung, ist durch Rückgriff auf das materielle Recht zu beurteilen, ob der Dritte durch die einseitige Schiedsverfügung gebunden wird. Bei einer letztwilligen Schiedsverfügung kann danach nur gebunden sein, wer seine Rechtsstellung von dem Rechtsgeschäft des (einseitig) Verfügungen ableitet. Entsteht demgegenüber der Anspruch in der Hand des Dritten unabhängig von dem einseitigen Rechtsgeschäft, ist der Anspruch auch nicht schiedsgebunden.
- Einer Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit über den Wortlaut des Art. 177 Abs. 1 IPRG hinaus bedarf es bei einseitigen (auch letztwilligen) Schiedsanordnungen nicht. Die teilweise missverständlichen Ausführungen in dem erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017 sollten jedenfalls nicht dahingehend missverstanden werden.

---

<sup>115</sup> SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, 2017, N. 94; BSK-ZPO/INFANGER, 3. Aufl. 2017, Art. 17 N. 19; GERSTER/WEIBEL successio 2012, 33, 44; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER successio 2013, 354, 363.

- Anders aber als vom Gesetzgeber vorgesehen, ist eine differenzierte Handhabung im Vergleich zu „normalen“ Schiedsvereinbarungen bei den Formanforderungen an letztwillige Schiedsverfügungen angezeigt: Zur Sicherstellung der Authentizität des Erblasserwillens sollte auf die erbrechtlichen Formvorschriften – und nicht auf die Formvorschrift gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG, welche im Zuge der IPRG-Reform voraussichtlich gelockert wird – abgestellt werden. Auch beim – wohl statthaften – einseitigen Ausschluss der Beschwerde zum Bundesgericht gemäss Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG i.V.m. 192 Abs. 1 IPRG sollte insbesondere bei letztwilligen Schiedsklauseln als Schutzvorkehrung nicht auf die Form gemäss Art. 192. Abs. 1 IPRG abgestellt werden. Vielmehr sollte der Rechtsmittelverzicht hat in einer den Formanforderungen einer letztwilligen Verfügung genügenden Schiedsklausel enthalten sein.
- Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass der Reformgesetzgeber mit einer Sonderbestimmung für Schiedsklauseln auf der Grundlage eines „einseitigen Rechtsgeschäfts“ das Problem, dass die Privatautonomie auch in anderen Gestaltungsformen als einer Vereinbarung daher kommen kann, leider nur teilweise lösen wird. Problematisch erscheint nach wie vor die Einordnung „gesellschaftsrechtlicher Schiedsklauseln“. Welche Folgewirkungen die Änderungen im 12. Kapitel des IPRG auf andere Prozessvereinbarungen haben, etwa Gerichtsstandsvereinbarungen, bleibt abzuwarten. Letztlich wird man einseitige Gerichtsstandsanordnungen kaum anders behandeln können als einseitige Schiedsanordnungen.

## The world business organization

### Swiss Commission of Arbitration and ADR · Commission suisse d'arbitrage et ADR

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement  
Frau Simonetta Sommaruga  
Bundesrätin  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Zürich, 29. Mai 2017

### **Vorentwurf des revidierten 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,

Die Schiedskommission von ICC Switzerland bedankt sich beim Bundesamt für Justiz für die Gelegenheit, zum Vorentwurf des revidierten 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) im Rahmen der Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Im Folgenden werden die aus Sicht von ICC Switzerland wichtigsten Aspekte des Revisionsvorhabens kurz kommentiert bzw. diskutiert. Dabei geht es einerseits um Vorschläge, die im Vorentwurf enthalten sind, aus Sicht von ICC Switzerland aber etwas anders hätten behandelt werden können und andererseits um einige Vorschläge, die in den Vorentwurf nicht Eingang gefunden haben, aus Sicht der Anwender der schiedsrechtlichen Vorschriften aber hilfreich wären.

#### **Allgemeine Bemerkungen**

1. Einleitend ist festzuhalten, dass ICC Switzerland die Stossrichtung der Revision des 12. Kapitels des IPRG begrüsst. Die Idee, das bald 30 Jahre alte Regelwerk auf den neusten Stand der internationalen Schiedsrechtspraxis und der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu bringen, wird ausdrücklich unterstützt. Dabei ist allerdings im Auge zu behalten, dass das 12. Kapitel des IPRG eine grosse Erfolgsgeschichte hinter sich hat und auch heute noch als ein ausgezeichnetes Regelwerk für internationale Schiedsfälle mit Sitz in der Schweiz darstellt. Mit anderen Worten, eine zeitliche Dringlichkeit für eine Revision des 12. Kapitels des IPRG besteht nicht.
2. Deshalb ist ICC Switzerland der Auffassung, dass die eingeleitete Revision genutzt werden sollte, um sorgfältig zu prüfen wo eine Anpassung angezeigt ist, um den Erlass auf den neusten Stand der internationalen Schiedsrechtspraxis zu bringen und in verschiedener Hinsicht wieder eine Vorreiterrolle einzunehmen, wie dies für das IPRG im Jahr 1989 der Fall war. Entsprechend lohnt es sich, für den Gesetzgebungsprozess genügend Zeit einzuräumen oder anders gesagt, es wäre schade den Revisionsprozess einem Zeitdruck zu unterstellen, der von der Sache her nicht angezeigt ist, und dadurch die Qualität und Strahlkraft der Revision zu reduzieren.

3. Der internationale Wettbewerb im Schiedsgerichtswesen ist in den letzten zehn bis fünfzehn Jahren stark gestiegen. In zahlreichen Ländern wurden die Schiedsgerichtsgesetze (*lex arbitri*) entweder erneuert oder ganz neu geschrieben, immer mit dem Ziel die Attraktivität des betreffenden Landes für die Durchführung von Schiedsgerichtsverfahren zu erhöhen. Zusätzlich haben zahlreiche Schiedsinstitutionen ihre Schiedsregeln modernisiert oder neu geschrieben und gehen mit aggressiven Marketingaktivitäten in den Markt hinaus; sprich, auf sog. "Road-Shows" in andere Länder, deren Wirtschaftsteilnehmer potentielle Nutzer der Schiedsregeln sind, dies oftmals verbunden mit der Werbung für die Wahl des Sitzes des Schiedsgerichts in einer Stadt im Land, in dem die Schiedsinstitution ansässig ist.
4. Die Schweiz als Schiedsplatz hat international gesehen immer noch eine starke Position. Die langjährige Tradition im Schiedsgerichtswesen und weiterhin geltende Attribute wie politische Stabilität und Neutralität, geographische Lage mitten in Europa und modernste Infrastruktur in den Städten, um nur einige zu nennen, tragen zur fortdauernden Attraktivität der Schweiz als Standort für Schiedsgerichte bei. Es ist aber klar zu erkennen, dass der Wettbewerbsdruck steigt und wir uns in verschiedener Hinsicht bemühen müssen, um die starke Position zu erhalten. Dazu gehört neben den vorstehend genannten (und weiteren) Attributen, auch die Ausbildung von ausgezeichneten Schiedsrechtspraktikern. Verschiedene Schweizer Universitäten und die Swiss Arbitration Academy bieten hochstehende Aus- und Weiterbildungen im Bereich Schiedsgerichtsbarkeit an. Ganz wichtig ist aber auch, dass die einschlägigen Rechtsgrundlagen, für internationale Schiedsverfahren eben das 12. Kapitel des IPRG, auf dem neusten Stand sind und dadurch die Attraktivität erhöhen.
5. Das bedeutet aus Sicht von ICC Switzerland, dass bei der Revision des 12. Kapitels des IPRG insbesondere auch darauf geachtet werden sollte, dass das Gesetz den Erwartungen der Nutzer der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gerecht wird. Das bedeutet, dass das Gesetz die Basis für die Durchführung effizienter und kostengünstiger Schiedsverfahren bilden und zugleich den rechtsstaatlichen Rahmen für die Sicherstellung der Einhaltung von verfahrensrechtlichen Mindestgarantien bieten sollte. Das 12. Kapitel des IPRG hat diese Anforderungen in den letzten 30 Jahren weitestgehend erfüllt; es wurde international als eine sehr attraktive *lex arbitri* wahrgenommen, die in schiedsrechtsfreundlicher Weise das Notwendige regelt, aber auch nicht mehr. In diesem Sinne bzw. mit diesen Vorgaben sollte die jetzige Revision das 12. Kapitel des IPRG dem aktuellen Stand der internationalen Schiedsgerichtspraxis anpassen.
6. Der nun vorliegende Vorentwurf erfüllt viele dieser Vorgaben. So ist insbesondere auch die Beibehaltung der Kürze des 12. Kapitels des IPRG zu begrüßen. Im Folgenden werden nun einige konkrete Vorschläge zu einer aus Sicht von ICC Switzerland weiteren Verbesserung der Vorschriften und damit Erhöhung der Attraktivität der Schweiz als Standort für Schiedsgerichte aufgeführt.

### Zu einzelnen Bestimmungen

7. Englische Sprache im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht (neu Art. 77 Abs. 2bis BGG): ICC Switzerland begrüsst die neue Möglichkeit, Beschwerden gegen Schiedsentscheide an das Bundesgericht in englischer Sprache abfassen zu können. Dies führt klar zu einer Steigerung der Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz für internationale Nutzer der Schiedsgerichtsbarkeit. Klarzustellen ist noch, in welcher Amtssprache das Bundesgericht den Entscheid in einem solchen Fall verfasst. Man kann sich fragen, ob noch ein zusätzlicher Schritt nicht auch möglich gewesen wäre, nämlich die Übersetzung der Entscheide des Bundesgerichts in Englisch, wenn dies von den beiden Parteien gewünscht wird. Dabei wäre die Version in der Landessprache die rechtsgültige Fassung. Das würde einen gewissen Zusatzaufwand mit sich bringen, der aber den Parteien auch in Rechnung gestellt werden könnte. Dadurch könnte eine zusätzliche Steigerung der Attraktivität der Schweiz als Standort für Schiedsgerichte erreicht werden.
8. Juge d'appui: In verschiedenen Vorschriften des 12. Kapitels des IPRG ist vorgesehen, dass ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz den staatlichen Richter um Unterstützung ersuchen kann; so bspw. in Art. 183 betreffend vorsorgliche und sichernde Massnahmen Art. 184 betreffend Beweisabnahme und Art. 185 für die weitere Mitwirkung des staatlichen Gerichts. Hier ist weiterhin vorgesehen, dass die Kantone ein Gericht bestimmen müssen, das diese Hilfsfunktionen wahrnimmt (vgl. Art. 356 Abs. 2 ZPO). Die heutige dezentrale Lösung ist unbefriedigend. Hier wäre zu überlegen, ob dafür nicht eine einzige Instanz auf Bundesebene geschaffen werden könnte, welche diese Hilfsfunktionen ausübt. Das hätte den Vorteil, dass vor allem auch für ausländische Nutzer einfach festzustellen wäre, welche Instanz für die Mitwirkung zuständig ist. Zudem könnte diese Instanz eine Fachkompetenz entwickeln, die den kantonalen Gerichten mangels Praxis und Vertrautheit mit der Schiedsgerichtsbarkeit oftmals fehlt. Alternativ könnte auch geprüft werden, ob nicht der Kanton Zürich für alle Fälle in der Deutschschweiz und der Kanton Genf für diejenigen in der übrigen Schweiz zuständig sein könnte. Dies entspricht der faktischen heutigen Situation. In jedem Fall soll je Kanton nur eine einzige Instanz (und nicht wie heute auch andere Bezirksgerichte) für diese Funktion zuständig sein.
9. Klarstellung des Verfahrens bei der Ablehnung oder Absetzung eines Schiedsrichters (Art. 180): Ohne hier zu sehr in die Details zu gehen, haben wir festgestellt, dass das in Art. 180 umschriebene Verfahren für die Ablehnung, Abberufung und Absetzung von Schiedsrichtern (v.a. in Abs. 3) einerseits betreffend einzelnen Verfahrensschritte nicht die gewünschte Klarheit aufweist und andererseits eine grosszügige Frist von 30 Tagen vorsieht. Dieses Verfahren sollte so rasch wie möglich durchgeführt werden können, weil in dieser Zeit das Schiedsverfahren blockiert ist. Deshalb sollte nochmals geprüft werden, ob für die einzelnen Verfahrensschritte nur 15-tägige Fristen vorzusehen wären. Die Dauer eines Schiedsverfahrens ist heute einer der ganz entscheidenden Faktoren. Deshalb sind verfahrensmässige Beschleunigungen, die nicht zu einer Beschneidung der Rechte der Parteien führen, essentiell.

10. Rügeobliegenheit bei Verfahrensfehlern (Ergänzung von Art. 182): Art. 182 sollte in Umsetzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine sofortige Rügeobliegenheit vorsehen. D.h. sofort nach Erkennen oder nachdem eine Partei bei gebotener Aufmerksamkeit einen Verfahrensfehler hätte erkennen müssen, ist dieser zu rügen, ansonsten eine Beschwerdemöglichkeit verwirkt ist.
11. Systematische Einordnung des Rechtsmittelverzichts bei der Revision (Art. 190a Abs. 3): Die Möglichkeit des Rechtsverzichts sollte systematisch wohl eher in Art. 192 aufgeführt werden. Entsprechend wäre der Verzicht in Art. 192 mit einem Zusatz betr. Revision zu ergänzen. Materiell soll allerdings nichts geändert werden.
12. Unterstützung ausländischer Schiedsgerichte ohne Notwendigkeit der Rechtshilfe. Der letzte Artikel des 12. Kapitels des IPRG regelt die Vollstreckung von Schiedsentscheiden in der Schweiz von Schiedsgerichten mit Sitz im Ausland. Systematisch könnte hier noch eine Ergänzung angefügt werden, welche die Mitwirkung der staatlichen Gerichte (vgl. vorn Rz. 9) für Schiedsgerichte mit Sitz im Ausland vorsieht, ohne dass diese dafür den Rechtshilfegeweg beschreiten müssen. Dies ist bereits im UNCITRAL Modellgesetz so vorgesehen und wurde beispielsweise auch in Deutschland in die ZPO übernommen (§1050 dZPO).
13. Dies sind einige Vorschläge, die aus Sicht von ICC Switzerland zu einer grösseren Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz führen könnten. Es gibt sicher noch einige andere Bestimmungen im jetzigen Vorentwurf, die noch etwas weiter präzisiert werden könnten. Dabei handelt es sich aber nicht um grundsätzliche Anliegen, die von ICC Switzerland vorgetragen oder kommentiert werden müssten. Diesbezügliche Anregungen dienen dem Feinschliff und werden sicherlich von Schiedspraktikern, die zu einzelnen Vorschriften des Vorentwurfs ebenfalls Stellung nehmen, eingebracht.

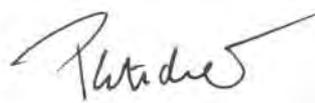
#### **Abschliessende Bemerkung**

Abschliessend ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das 12. Kapitel IPRG für die Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz nach wie vor eine gute und moderne Basis darstellt, auch in der heutigen Form. Zeitliche Dringlichkeit für eine Revision besteht daher nicht. Im Sinne einer laufenden Nachführung halten wir aber fest, dass ICC Switzerland der eingeleiteten Revision und ihrer Stossrichtung positiv gegenübersteht und sie unterstützt. Sie bedeutet nicht nur für den Schiedsplatz Schweiz sondern insgesamt auch für den Wirtschaftsstandort Schweiz ein positives Signal, das auch für entsprechendes Marketing genutzt werden soll. Für eine weitere Mitwirkung und Unterstützung stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

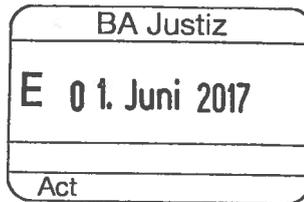
Freundliche Grüsse



Urs Weber-Stecher  
Präsident



Thomas Pletscher  
Vizepräsident



Frau Simonetta Sommaruga  
Bundesrätin  
Schweizerische Eidgenossenschaft  
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Per E-Mail: [ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)

Zürich, 31. Mai 2017  
10014640/603363v3

**Stellungnahme der SAFP, FIFPro, SAIP und WAIPU in der Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga,  
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Swiss Association of Football Players (SAFP), die Fédération Internationale des Footballeurs Professionnels (FIFPro), die Swiss Association of Icehockey Players (SAIP) sowie die World Association of Icehockey Players Unions (WAIPU) bedanken sich für das Verfahren der Vernehmlassung in der oben bezeichneten Angelegenheit und ersuchen Sie, in gewerkschaftlicher Vertretung von über 72'000 Profisportlern bei der Ausarbeitung des Entwurfs die in dieser Eingabe vorgetragene Hinweise und Anregungen wohlwollend zu berücksichtigen. In unserer Stellungnahme zeigen wir auf, dass die Sportschiedsgerichtsbarkeit und die Handelsschiedsgerichtsbarkeit im Bereich der Anfechtung von Schiedsgerichtsentscheidungen unterschiedlich behandelt werden soll. Als Folge des durch die Monopolsportverbände einseitig auferlegten Schiedsgerichtszwangs für Profisportler soll die Kognition des Bundesgerichts analog der Anfechtungsmöglichkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit angepasst werden, um damit die Sportler besser zu schützen, und zwar insbesondere im Bereich zwingender Arbeitnehmerschutzbestimmungen und zur Gewährleistung eines effektiven EMRK-Schutzes.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Dr. Lucien Valloni  
WAIPU Präsident



Theo van Seggelen  
FIFPro Generalsekretär



Dr. Lucien Valloni  
SAFP Präsident



Reto Annen  
SAIP-Vizepräsident



## Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitende Bemerkungen	3
1.1.	Swiss Association of Football Players (SAFP)	3
1.2.	Fédération Internationale des Footballeurs Professionnels (FIFPro)	3
1.3.	Swiss Association of Icehockey Players (SAIP)	3
1.4.	World Association of Icehockey Players Unions (WAIPU)	3
1.5.	Gesamtzahl hier vertretener Profiathleten	4
1.6.	Vorliegende Stellungnahme	4
2.	Ausgangslage	4
2.1.	Keine Freiwilligkeit der Schiedsvereinbarung in der Sportschiedsgerichtsbarkeit aufgrund der Monopolsituation der Sportverbände	4
2.2.	Zumindest politisch über das ICAS (International Council of Arbitration for Sport) durch die Monopolsportverbände kontrolliertes Schiedsgericht (Court of Arbitration for Sport, CAS)	6
2.3.	Unzureichender Schutz der Arbeitnehmer de lege lata (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG)   Anfechtung von Sportschiedsgerichtsentscheidungen aktuell nur aufgrund einer Verletzung fundamentaler rechtsstaatlicher Grundsätze möglich gleich wie im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit	7
2.4.	Unzureichender Schutz bei EMRK-Verletzungen	9
2.4.1.	Haltung des Bundesgerichts	10
2.4.2.	Würdigung	10
2.5.	Kasuistik des Bundesgerichts betreffend Art. 190 Abs. 2 IPRG	11
2.5.1.	Entscheid des Bundesgerichts vom 22. März 2007 i.S. <i>Cañas c. ATP Tour</i> (BGE 133 III 235) – Haltung des Bundesgerichts	11
2.5.2.	Würdigung	12
2.6.	Vergleich mit dem nationalen Schiedsverfahren: Art. 393 lit. e ZPO	12
2.7.	De lege ferenda	13
2.7.1.	Stellungnahme zu Art. 190 Abs. 2 VE-IPRG (Erweiterung der Prüfungskognition des Bundesgerichts in Sportschiedsgerichtsbarkeitsangelegenheiten)	13
2.7.2.	Stellungnahme zu Art. 192 Abs. 1 VE-IPRG (Verzicht auf Anfechtung der Schiedsentscheide)	14

## **1. Einleitende Bemerkungen**

### **1.1. Swiss Association of Football Players (SAFP)**

- 1 SAFP ([www.safp.ch](http://www.safp.ch)) ist die exklusive und repräsentative kollektive Stimme der Profifussballer in der Schweiz und vertritt als Gewerkschaft die Interessen der Profifussballer. SAFP ist offizielles Mitglied der Weltfussballprofispielergewerkschaft Fédération Internationale des Footballeurs Professionnels (FIFPro) ([www.fifpro.org](http://www.fifpro.org)). SAFP ist die offizielle von der Swiss Football League und dem Schweizer Fussballverband anerkannte Profispielervereinigung der Schweiz. Derzeit sind mehr als 570 Spieler der Super League und Challenge League Mitglied von SAFP. SAFP vertritt die Interessen der professionellen Fussballspieler auf nationaler und internationaler Ebene.
- 2 Die Mitglieder von SAFP profitieren von der weltweiten Vernetzung der nationalen Spielergewerkschaften. SAFP wurde am 9. November 2001 gegründet, hat Sitz in Glattbrugg und ist seit Dezember 2002 vollwertiges Mitglied der FIFPro.

### **1.2. Fédération Internationale des Footballeurs Professionnels (FIFPro)**

- 3 Die internationale Weltspielergewerkschaft FIFPro ([www.fifpro.org](http://www.fifpro.org)) wurde im Jahre 1965 gegründet, als sich Repräsentanten von Frankreich, Schottland, England, Italien und Holland in der FIFPro zusammenschlossen, um weltweit die Interessen der professionellen Fussballspieler zu vertreten. Seit dieser Zeit wuchs FIFPro kontinuierlich zu einem weltumspannenden Netz von zurzeit 60 nationalen Spielergewerkschaften mit insgesamt mehr als 65'000 Mitgliedern. 1995 wurde FIFPro von der Uefa und der FIFA offiziell als der internationale Verband der professionellen Fussballspieler anerkannt. Der direkte Dialog mit diesen Organisationen gewährleistet, dass die Interessen der Fussballspieler gehört und immer stärker berücksichtigt werden. Der Sitz der FIFPro ist in Hoofddorp, Holland.

### **1.3. Swiss Association of Icehockey Players (SAIP)**

- 4 SAIP wurde am 20. September 2004 gegründet und ist die Spielergewerkschaft der Profieishockeyspieler in der Schweiz ([www.saip.ch](http://www.saip.ch)) mit Sitz in Glattbrugg. SAIP ist Mitglied der Weltspielergewerkschaft World Association of Icehockey Players Union (WAIPU).

### **1.4. World Association of Icehockey Players Unions (WAIPU)**

- 5 WAIPU ([www.waipu.org](http://www.waipu.org)) wurde am 4. Dezember 2007 gegründet und ist die Weltspielergewerkschaft der Profieishockeyspieler mit Sitz in Glattbrugg. Zurzeit sind die Spielergewerkschaften, welche die Spielerinteressen aus der Schweiz, Finnland, Russland, Weiss-

russland, Lettland, Tschechien, Kasachstan, den USA und Kanada vertreten Mitglied von WAIPU. WAIPU vertritt insgesamt mehr als 7'000 Profieishockeyspieler weltweit.

### **1.5. Gesamtzahl hier vertretener Profiathleten**

6 Die Gesamtzahl der durch die oben angeführten Spielergewerkschaften vertretenen Profiathleten beträgt mehr als 72'000. Das ist eine äusserst beträchtliche Menge.

7 Die IPRG-Regelungen im Bereich der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit betreffen aber natürlich weit mehr professionelle Athleten weltweit. Beinahe alle Profiathleten der Welt sind in irgend einer Form unfreiwillig in die Sportschiedsgerichtsbarkeit eingebunden und müssen sich dem von den Monopolsportverbänden vorgegebenen Sportschiedsgerichtssystem mit dem Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne unterordnen.

### **1.6. Vorliegende Stellungnahme**

8 In vorliegender Stellungnahme wird der Fokus auf die Prüfungskognition des Bundesgerichts in Fällen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des Sports, namentlich Art. 190 Abs. 2 VE-IPRG, gelegt. Dabei wird für die Prüfungskognition des Bundesgerichts für eine Unterscheidung zwischen normaler Handelsschiedsgerichtsbarkeit und Sportschiedsgerichtsbarkeit plädiert. Auch der Verzicht auf die Anfechtbarkeit von Schiedsentscheiden gemäss Art. 192 Abs. 1 VE-IPRG in der Sportschiedsgerichtsbarkeit ist ein Thema.

## **2. Ausgangslage**

### **2.1. Keine Freiwilligkeit der Schiedsvereinbarung in der Sportschiedsgerichtsbarkeit aufgrund der Monopolsituation der Sportverbände**

9 Es ist ein allseits anerkannter Grundsatz, dass auf den staatlichen Richter nur freiwillig verzichtet werden kann.

10 Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit ist überdies anerkannt, dass die Parteien eine Schiedsvereinbarung freiwillig eingehen müssen.

11 Das ist im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit auch unproblematisch, weil jede Partei sich auf dem Markt auch einen anderen Handelspartner aussuchen kann, der allenfalls einer Gerichtsstandsklausel für ein staatliches Gericht zustimmt.

12 Im Bereich des Profisports steht den Profisportlern diese Wahlmöglichkeit nur theoretisch zur Verfügung. Wollen die Sportler ihren Beruf profimässig auf höchstem Niveau ausführen und dabei insbesondere als Arbeitnehmer Geld verdienen, bleibt ihnen nichts anderes

übrig, als den durch die Monopolverbände festgelegten und einseitig vorgegebenen Schiedsklauseln, insbesondere für den Court of Arbitration for Sport (CAS) mit Sitz in der Schweiz, zuzustimmen. Eine Nichtzustimmung führt unweigerlich dazu, dass eine Ausübung des Sports nicht innerhalb der Monopolstrukturen des Verbandes möglich ist und damit ausserhalb derjenigen Strukturen, die das Nachgehen einer Erwerbstätigkeit finanziell überhaupt erlauben. Alle relevanten Sportverbände sehen in ihren Statuten und Reglementen die Schiedsgerichtsbarkeit des Court of Arbitration for Sport vor, und zwar zumindest für Doping-Angelegenheiten. So die meisten internationalen Monopolverbände wie beispielsweise FIFA (Fédération Internationale de Football Association), UEFA (Union of European Football Associations), IIHF (International Ice Hockey Federation), IOC (International Olympic Committee), FEI (Fédération Equestre Internationale), FIBA (International Basketball Federation), FIVB (Fédération Internationale de Volleyball), FIS (Fédération Internationale de Ski), IAAF (International Association of Athletics Federations), FIA (Fédération Internationale de l'Automobile), FIG (Fédération Internationale de Gymnastique), UCI (Union Cycliste Internationale), IPC (International Paralympic Committee), WADA (World Anti-Doping Agency), sowie die zahlreichen weltweiten nationalen Monopolverbände, welche durch die Internationalen Monopolverbände zur Übernahme dieser Schiedsklauseln verpflichtet werden.

- 13 Von einer Freiwilligkeit der Unterwerfung unter eine Schiedsklausel kann deshalb im Profisport nicht die Rede sein. Man muss in diesem Bereich vielmehr von einer faktischen Zwangsunterwerfung sprechen (vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, „Pechstein“ ist kein „Bosman der Sportschiedsgerichtsbarkeit“, SchiedsVZ 4/2015, 161 ff, S. 163, welche von "Schiedszwang" sprechen).
- 14 Dieser Ansicht ist auch das Bundesgericht in seinem Leitentscheid vom 22. März 2007 i.S. Cañas c. ATP Tour (BGE 133 III 235). Im Cañas-Urteil ist das Bundesgericht trotz Vorliegen eines Rechtsmittelverzichts in den Regularien des Verbandes auf die Beschwerde eingetreten, da der Verzicht gemäss Bundesgericht aus materiellen Gründen unwirksam war. Nach Ansicht des Bundesgerichts basierte die vom Sportler unterzeichnete Verichtsvereinbarung nicht auf einer freien, unbeeinträchtigten Willensäusserung, da er, wenn er sich mit Konkurrenten messen will, gezwungen ist, dies im Rahmen der von den massgeblichen Verbänden organisierten Turnieren oder Veranstaltungen zu tun. Damit ist er indirekt auch gezwungen, die entsprechenden verbandsinternen Statuten und Reglemente zu akzeptieren. Insofern hat der Athlet keine andere Wahl, als gegebenenfalls eine Vereinbarung betreffend Rechtsmittelverzicht zu unterzeichnen (vgl. BRUNNER, Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: eine Standortbestimmung nach dem Cañas-Urteil, AJP 6/2008, 738 ff., S. 746 f.).
- 15 Das Bundesgericht führte weiter aus, dass die Beziehungen zwischen Sportlern und den jeweiligen Sportorganisationen durch eine stark hierarchische Struktur charakterisiert sind. Die entsprechenden Beziehungen sind vertikal und nicht wie im vertraglich-kommerziellen Bereich horizontal geordnet. Dieser strukturelle Unterschied bleibt nicht ohne Einfluss auf den Willensprozess, der zu einer Vereinbarung führt. Der Sportler, der an einem Wett-

- kampf teilnehmen will, der unter der Kontrolle eines Sportverbandes (mit Schiedsklausel in den Regularien des entsprechenden Sportverbandes) steht, hat also keine andere Wahl, als die Schiedsklausel «nolens volens» zu akzeptieren (BGE 133 III 235, E. 4.3.2.2.; vgl. BRUNNER, a.a.O., S. 747).
- 16 Die Begründung des Bundesgerichts ist überzeugend. Ein Rechtsmittelausschluss ist vereinfacht ausgedrückt dann unzulässig, wenn er nicht dem freien Willen einer Partei entspricht, weil die Beziehungen zwischen den Parteien nicht horizontal, sondern vertikal geordnet sind.
- 17 Das Bundesgericht hat im Cañas-Urteil namentlich betont, es sei wichtig, dass der Ausdruck des Willens, auf ein Rechtsmittel zu verzichten, nicht durch irgendeinen Zwang beeinträchtigt ist. Dies sei von umso grösserer Bedeutung, als ein solcher Verzicht die Möglichkeit entzieht, jegliche Schiedsentscheidung aufgrund einer Verletzung fundamentaler rechtsstaatlicher Grundsätze anfechten zu können (BGE 133 III 235, E. 4.3.2.2.; m.w.H. BRUNNER, a.a.O., S. 747).
- 18 Die Argumentation des Bundesgerichts hat in Fällen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des Sports auch bei der Beurteilung der Beschwerdekognition nach Art. 190 Abs. 2 IPRG zum Tragen zu kommen. Namentlich treffen die im Zusammenhang mit der Unterzeichnung eines Rechtsmittelverzichts gemachten Ausführungen auch auf die Unterzeichnung von Schiedsklauseln durch Sportler zu.
- 2.2. Zumindest politisch über das ICAS (International Council of Arbitration for Sport) durch die Monopolsportverbände kontrolliertes Schiedsgericht (Court of Arbitration for Sport, CAS)**
- 19 Dazu kommt, dass die Unabhängigkeit des Court of Arbitration for Sport (CAS) diskutabel ist. Es ist allgemein bekannt, dass das CAS durch das IOC den grössten globalen Player im Sportbereich gegründet worden ist. Das CAS wird vom Bundesgericht bislang als unabhängiges Schiedsgericht bezeichnet.
- 20 Diese Ansicht wird nicht von allen geteilt (etwa: VALLONI LUCIEN/SOLÉR ALESSANDRO, CAS Structure and Procedure – It is now Time for a Change!, in Football Legal (2016): 36-44) sowie Teil-Urteil Az. U 110/14 Kart OLG München vom 15. Januar 2015, N 104 des Urteils). Auch wenn die Entscheidung des Oberlandesgerichts München in Sachen Claudia Pechstein durch den Bundesgerichtshof wieder aufgehoben worden ist und zurzeit vor dem Bundesverfassungsgericht hängig ist, so sind darin doch wesentliche Erkenntnisse enthalten, die begründete Zweifel an der Unabhängigkeit des CAS aufkommen lassen.
- 21 Jedenfalls ist die Zusammensetzung des International Council of Arbitration for Sport (I-CAS) unbestreitbar nicht paritätisch. Das ICAS ist diejenige Instanz, welche 1) die für das Schiedsverfahren vor dem CAS geltenden prozessualen Normen festlegt, 2) den Generalsekretär des CAS bestimmt, 3) die Präsidenten der verschiedenen rechtsprechenden Kammern des CAS, welche wiederum jeweils den CAS Vorsitzenden in Appeal-Verfahren

gegen Verbandsentscheidungen bestimmt, 4) über Ausstandsbegehren von Parteien betreffend CAS-Schiedsrichtern befindet und 5) auch bestimmt, welche Schiedsrichter auf die geschlossene Schiedsrichterliste des CAS kommen. Das ICAS ist damit sehr einflussreich. Das ICAS ist politisch aber noch immer klar durch die Verbände kontrolliert.

22 Das CAS selber kann demnach noch nicht als absolut unparteiisch bzw. unabhängig gelten, und zwar entgegen der hinlänglich bekannten Ansicht des Bundesgerichtes. Es wird von den betroffenen Sportverbänden über das ICAS mitfinanziert. Das CAS und seine Schiedsrichter haben ein Interesse daran, sich gemäss der sportpolitischen Linie der Sportverbände zu verhalten, nachdem die Schiedsrichterliste noch immer geschlossen ist und die Schiedsrichter vom ICAS bestimmt werden. Einem ICAS, indem die Athletenvertreter einen absolut marginalen Einfluss haben und somit die CAS-Schiedsrichterliste nicht in einem die Unabhängigkeit und Ausgewogenheit der CAS-Schiedsrichterliste garantierenden Ausmass ausüben, wenn man denn von tatsächlichen Athletenvertretern sprechen könnte, was gar nicht zutrifft, weil diese Athletenvertreter wiederum von den Verbänden gewählt werden und keine demokratische Legitimation durch die Athleten besitzen. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes vertritt das Oberlandesgericht München in seinem Teil-Urteil vom 15. Januar 2015 denn auch die Meinung, dass beim CAS die Verbände bei Streitigkeiten mit Athleten ein strukturelles Übergewicht hätten, welches die Neutralität des CAS grundlegend in Frage stelle (Teil-Urteil Az. U 110/14 Kart OLG München vom 15. Januar 2015, N 104 des Urteils). Daraus erhellt, weshalb es so notwendig ist, dass wenigstens die Überprüfungsmöglichkeiten für die Sportler durch ein staatliches Gericht intakt sind.

23 Gegenwärtig besteht eine derart enge Prüfungskognition des Bundesgerichts in Sportschiedsgerichtsbarkeitsangelegenheiten, die nicht als wirkliches Korrektiv und wirkliche Kontrolle angesehen werden kann.

24 Was als Ausgangslage für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit perfekt ist, erweist sich in der Sportschiedsgerichtsbarkeit als absolut mangelhaft.

### **2.3. Unzureichender Schutz der Arbeitnehmer de lege lata (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG) | Anfechtung von Sportschiedsgerichtsentscheidungen aktuell nur aufgrund einer Verletzung fundamentaler rechtsstaatlicher Grundsätze möglich gleich wie im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit**

25 Aktuell wird die Sportschiedsgerichtsbarkeit, abgesehen vom unzulässigen Rechtsmittelverzicht in Sportschiedsgerichtsangelegenheiten (BGE 133 III 235), genau gleich behandelt wie die Handelsschiedsgerichtsbarkeit.

26 In der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist aufgrund der Freiwilligkeit der Eingehung der Schiedsvereinbarung wesentlich, dass die damit einhergehende Einschränkung der staatlichen Überprüfung als absolut gerechtfertigt erscheint.

- 27 Das Gleiche kann aber für die Sportschiedsgerichtsbarkeit nicht gelten. Der faktische Zwang, die Sportschiedsgerichtsbarkeit zu akzeptieren, macht deutlich, dass es absolut angemessen ist, dies auch bei der Anfechtungsmöglichkeit eines Sportschiedsgerichtsentscheidungs gebührend zu berücksichtigen.
- 28 Professionelle Sportler sind aufgrund der bestehenden Regularien der Monopolsportverbände gezwungen, den CAS in arbeitsrechtliche Streitigkeiten als Sportschiedsgericht mit Sitz in der Schweiz anzuerkennen.
- 29 Das führt dazu, dass die Sportler Verbandsentscheidungen nicht an das staatliche Gericht sondern nur an das „vereinbarte“ Sportschiedsgericht CAS mit Sitz in Lausanne weiterziehen können.
- 30 Gegen einen Entscheid des CAS steht dem Arbeitnehmer dann nur noch der Weg vor das Bundesgericht offen.
- 31 Das Bundesgericht hat aber eine sehr eingeschränkte Kognition (Art. 190 Abs. 2 IPRG), die in Handelsschiedsgerichtsstreitigkeiten durchaus Sinn macht.
- 32 Dem schweizerischen Recht ist ein derart eingeschränktes Rechtsmittelsystem, wo die offensichtliche falsche Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung nicht geprüft werden, auch nicht auf Willkür hin, ausserhalb der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nicht bekannt (vgl. GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 2029).
- 33 Die Rüge der Verletzung des Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG) ist der einzige Anfechtungsgrund, welcher direkt eine inhaltliche Überprüfung des Schiedsspruchs erlaubt (vgl. GÖKSU, a.a.O., Rz. 2122).
- 34 Mit diesem engen System (nicht unabhängige Verbandsjustiz als erste "Instanz", nicht absolut unabhängiges CAS als zweite Instanz, Bundesgericht mit einer ausserordentlich engen Kognition und einer sehr restriktiven Rechtsprechung zum Ordre public) wird das Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK verweigert und die Rechtsweggarantie gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt. Insbesondere ist auch klar, dass das CAS im Wissen um die restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht genügend dazu angespornt ist, bestmögliche Entscheidungen zu treffen, weil eben auch offensichtlich unrichtige Entscheidungen in aller Regel vom Bundesgericht nicht aufgehoben werden können. Diese Situation ist aber eines Rechtsstaates nicht würdig.
- 35 Im internationalen Arbeitsrecht bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer ohne Schutz ist. Erstens kann er die Schiedsklausel nicht verhandeln, sie kommt automatisch zur Anwendung. Zweitens können weder die Verbandsinternen Instanzen noch das CAS dem Arbeitnehmer ein absolut faires Verfahren garantieren. Dies deshalb, weil das Bundesgericht die Rüge der falschen Rechtsanwendung und der offensichtlichen falschen Feststellung des Sachverhalts nicht überprüfen darf. Der Arbeitnehmer im internationalen Kontext hat somit aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts keinen gesetzlichen Überprüfungsanspruch darauf, dass das Recht korrekt angewendet und der Sachverhalt richtig festgestellt wird. Das ist in sportarbeitsrechtlichen Angelegenheiten absolut unhalt-

bar. Insbesondere auch deshalb, weil bekanntlich in anderen Ländern, insbesondere auch in der Europäischen Gemeinschaft, die Arbeitnehmerschutzbestimmungen einen grösseren Stellenwert einnehmen als in der Schweiz. Die Schweiz stellt hier im Sportbereich ein System zur Verfügung, das dazu bestimmt ist, die strengeren Arbeitnehmerschutzbestimmungen ausserhalb der Schweiz auszuhebeln.

36 Es ist befremdend, dass die Schweiz ein durch die Monopolsportverbände eingeführtes System zulässt, bei dem Sportlern weltweit ein extrem limitierter staatlicher Rechtsschutz zusteht. Den Sportlern wird der natürliche, staatliche Richter entzogen, und die Sportler werden in das Sportschiedsgerichtssystem der Schweiz, welches nur optimal für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist, gedrängt. Das hat zur Folge, dass die Sportler lediglich eine staatliche Kontrolle, nämlich das Bundesgericht, haben, welches allerdings materiellrechtlich nur order public Verletzungen prüfen kann. Das bedeutet aber, dass die Verletzung von zwingendem Recht, selbst zwingendes Arbeitsrecht, nicht dazu führt, dass ein Entscheid des Sportschiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz erfolgreich vor Bundesgericht angefochten werden kann.

37 Vielmehr genügt die Verletzung von zwingendem Recht nur dann, wenn diese Rechtsverletzung auch die extrem hohe Hürde der ordre public Rechtsverletzung erreicht. Damit wird klar, dass durch dieses System, selbst die Verletzung von zwingendem Arbeitsrecht nicht korrigiert werden kann. Daraus erhellt, dass den Sportlern damit weltweit nicht nur der staatliche Richter durch den Zwang zur Akzeptierung der Sportschiedsgerichtsbarkeit entzogen, sondern auch der materiellrechtliche Schutz, insbesondere im Arbeitsrecht, entgeht, weil die Kognition des Bundesgerichts auch in Sportrechtsangelegenheiten derjenigen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit strikt folgt.

#### **2.4. Unzureichender Schutz bei EMRK-Verletzungen**

38 Es ist allgemein bekannt, dass die heutigen Disziplinarverfahren im Sportbereich enorme Auswirkungen auf das berufliche und wirtschaftliche Fortkommen der Sportler sowie auf ihr Image haben.

39 Heutzutage stehen etwa im Dopingbereich aufgrund des weltweit durch die Monopolsportverbände übernommenen WADA Regelwerkes Regelstrafen von 4 Jahren auf dem Spiel, die bei Aussprechen dieser Sanktionen das unmittelbare Ende der Profikarriere eines Sportlers mit all den damit verbundenen wirtschaftlichen und imagemässigen Konsequenzen mit sich bringen.

40 Auch alle übrigen Disziplinarverfahren haben enorme Auswirkungen auf die Sportlerkarriere.

41 Es ist klar, dass die sportlichen Disziplinarverfahren heutzutage weitaus grössere Auswirkungen als reine Strafverfahren zur Folge haben.

42 Disziplinarverfahren stehen Strafverfahren mit Bezug auf die Auswirkungen in nichts nach, was auch mit ein Grund dafür ist, dass die Rechtsprechung für Disziplinarverfahren, die ja

- an sich Zivilverfahren sind, zahlreiche Grundsätze des Strafverfahrens und zahlreiche Garantien der EMRK als anwendbar erachtet.
- 43 Daraus erhellt, dass ein rechtstaatlich über alle Zweifel erhabenes Verfahren insbesondere auch in Disziplinarverfahren, welche abschliessend im Monopolbereich der Sportverbände und damit im Anwendungsbereich der Sportschiedsgerichtsbarkeit des CAS liegt, absolut zentral ist.
- 44 Allerdings steht den Sportlern weder in arbeitsrechtlichen noch in disziplinarrechtlichen Angelegenheiten eine Möglichkeit offen, EMRK-Verletzungen vor dem Bundesgericht ungehindert überprüfen lassen zu können. Dazu die nachfolgende Kasuistik des Bundesgerichts zur Kognition bei EMRK-Verletzungen.

#### **2.4.1. Haltung des Bundesgerichts**

- 45 Das Schweizerische Bundesgericht führte u.a. im Urteil 4A\_132/2016 vom 30. Juni 2016 aus, dass der Beschwerdeführer zu Unrecht unter Berufung auf das Recht auf ein faires Verfahren und die Rechtsweggarantie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine Erweiterung der Prüfungsbefugnis verlange, indem er beanstandete, dass das Bundesgericht im Rahmen einer Schiedsbeschwerde nach Art. 190 Abs. 2 IPRG die Rüge der falschen Rechtsanwendung und der offensichtlich falschen Feststellung des Sachverhalts nicht prüfen könne. Die eingeschränkte Kognition nach Art. 77 Abs. 1 BGG in Verbindung mit Art. 190 Abs. 2 IPRG gelte für sämtliche Verfahren der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, so auch, wenn der Rechtsstreit das Arbeitsverhältnis eines Sportlers betreffe (Erwägung 2.3).
- 46 In einem anderen Entscheid, nämlich BGer 4A\_612/2009 vom 10. Februar 2010 in Sachen Claudia Pechstein führte das Bundesgericht aus, dass Rügen betreffend EMRK-Verletzungen auf Verfahren der freiwilligen Schiedsgerichtsbarkeit nicht anwendbar seien (Erw. 4.1 mit weiteren Hinweisen).
- 47 Das Bundesgericht prüft gemäss seiner aktuellen und ständigen Rechtsprechungen Verletzungen der EMRK nur dann, wenn die EMRK-Verletzungen gleichzeitig als eine Verletzung einer der streng limitierten Rügegründe, insbesondere etwa der Rüge der Verletzung des ordre public taxiert werden können.

#### **2.4.2. Würdigung**

- 48 Mit dieser Vorgehensweise verhindert das Bundesgericht die vollumfängliche Durchsetzung der Menschenrechte.
- 49 Verletzt ein Schiedsgericht, dem der Beschwerdeführer vorliegend zwangsweise unterstellt ist, die EMRK, werden diese Verletzungen vom Bundesgericht nicht per se überprüft.
- 50 Der Beschwerdeführer muss eine zusätzliche, nicht genau definierte Hürde überwinden und darlegen, weshalb dadurch auch ein Rügegrund nach Art. 190 IPRG erfüllt sein soll.

- 51      Andere EMRK-Verletzungen prüft das Bundesgericht gemäss seiner Rechtsprechung unter Art. 190 IPRG gar nicht.
- 52      Die wirksame Durchsetzung der Menschenrechte wird verhindert, obwohl die Vertragsstaaten der EMRK die Pflicht hätten, die Einhaltung der in der EMRK garantierten Rechte zu überwachen und einen wirksamen Rechtsbehelf vorzusehen. Dies müsste insbesondere im Sport gelten, zumal die Sportler der Schiedsgerichtsbarkeit durch eine monopolartige Organisation zwangsweise unterstellt werden.
- 53      Damit lässt das Bundesgericht durch die bewusst passive Haltung ein System zu, das von den Sportverbänden implementiert wurde und nunmehr dazu dient, den Sportlern zunächst durch die zwangsweise Unterstellung unter das Schiedsgerichtsverfahren den staatlichen Rechtsschutz zu entziehen, um dann dort unter dem Deckmantel der Sportschiedsgerichtsbarkeit mit Hilfe des Bundesgerichtes ein System zu fördern, bei welchem selbst EMRK-Verletzungen der Verbände und des Court of Arbitration for Sport (CAS) nicht wirksam überprüft werden können. Ein Staat jedoch, der es zulässt, dass ein solches System Bestand hat, verletzt die EMRK und vereitelt bewusst den durch die EMRK garantierten Mindestrechtsschutz.
- 54      Diese Haltung des Bundesgerichtes ist in reinen handelsschiedsgerichtlichen Angelegenheiten allenfalls noch akzeptabel, weil sich die Parteien freiwillig der Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen. Gerade dies ist aber in der Sportschiedsgerichtsbarkeit nicht der Fall. Es liegt ein Zwang zur Schiedsgerichtsbarkeit vor. Von Freiwilligkeit kann keine Rede sein. Allein aus diesem Grund rechtfertigt sich auch nicht, leichtfertig von einem faktischen Verzicht auf einen effektiven EMRK-Rechtsschutz auszugehen, wenn sich der Sportler der Sportschiedsgerichtsbarkeit unterworfen hat.

## **2.5.      Kasuistik des Bundesgerichts betreffend Art. 190 Abs. 2 IPRG**

### **2.5.1.   Entscheid des Bundesgerichts vom 22. März 2007 i.S. *Cañas c. ATP Tour* (BGE 133 III 235) – Haltung des Bundesgerichts**

- 55      Das Bundesgericht ist im *Cañas*-Urteil trotz Vorliegen eines Rechtsmittelverzichts auf die Beschwerde eingetreten, da der Verzicht aus materiellen Gründen unwirksam sei. Die vom Sportler unterzeichnete Verzichtsvereinbarung basiere nicht auf einer freien, uneinträchtigten Willensäusserung, da er, wenn er sich mit Konkurrenten messen will, gezwungen sei, dies im Rahmen der von den massgeblichen Verbänden organisierten Turnieren oder Veranstaltungen zu tun. Damit ist er indirekt auch gezwungen, die entsprechenden verbandsinternen Statuten und Reglemente zu akzeptieren. Insofern hat der Athlet keine andere Wahl, als gegebenenfalls eine Vereinbarung betreffend Rechtsmittelverzicht zu unterzeichnen (BRUNNER, a.a.O., S. 746 f.).
- 56      Das Bundesgericht führte weiter aus, dass die Beziehungen zwischen Sportlern und den jeweiligen Sportorganisationen durch eine stark hierarchische Struktur charakterisiert sei-

en. Die entsprechenden Beziehungen sind vertikal und nicht wie im vertraglich-kommerziellen Bereich horizontal geordnet. Dieser strukturelle Unterschied bleibt nicht ohne Einfluss auf den Willensprozess, der zu einer Vereinbarung führt. Der Sportler, der an einem Wettkampf teilnehmen will, der unter der Kontrolle eines Sportverbandes (mit Schiedsklausel) steht, hat also keine andere Wahl, als die Schiedsklausel «nolens volens» zu akzeptieren (BGE 133 III 235, E. 4.3.2.2.; BRUNNER, a.a.O., S. 747).

### 2.5.2. Würdigung

57 Die Begründung des Bundesgerichts ist überzeugend. Ein Rechtsmittelausschluss ist vereinfacht ausgedrückt dann unzulässig, wenn er nicht dem freien Willen einer Partei entspricht, weil die Beziehungen zwischen den Parteien nicht horizontal, sondern vertikal geordnet sind. Das Bundesgericht hat im Cañas-Urteil namentlich betont, es sei wichtig, dass der Ausdruck des Willens, auf ein Rechtsmittel zu verzichten, nicht durch irgendeinen Zwang beeinträchtigt ist. Dies sei von umso grösserer Bedeutung, als ein solcher Verzicht die Möglichkeit entzieht, jegliche Schiedsentscheidung aufgrund einer Verletzung fundamentaler rechtsstaatlicher Grundsätze anfechten zu können (Erwägung 4.3.2.2.; m.w.H. BRUNNER, a.a.O., S. 747).

58 Die Argumentation des Bundesgerichts hat in Fällen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des Sports auch bei der Beurteilung der Beschwerdekognition nach Art. 190 Abs. 2 IPRG zum Tragen zu kommen. Namentlich treffen die im Zusammenhang mit der Unterzeichnung eines Rechtsmittelverzichts gemachten Ausführungen auch auf die Unterzeichnung von Schiedsklauseln durch Sportler zu (s. auch vorstehend Rz. 55-56).

### 2.6. Vergleich mit dem nationalen Schiedsverfahren: Art. 393 lit. e ZPO

59 Für die Anfechtung nationaler Schiedsentscheide besteht gemäss gesetzlicher Regelung eine weitere Kognition des Bundesgerichts als in Fällen der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit. Namentlich kann ein Schiedsspruch gemäss Art. 393 lit. e ZPO u.a. dann angefochten werden, wenn er im Ergebnis willkürlich ist, weil er auf offensichtlich aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen oder auf einer offensichtlichen Verletzung des Rechts oder der Billigkeit beruht. Genau dies ist aber einem Sportler in internationalen Sportschiedsangelegenheiten verwehrt. Doch genau diese beschriebene nur etwas leicht erweiterte Kognition wäre für die Sportschiedsgerichtsbarkeit bereits ausreichend, um einen wesentlich besseren Rechtsschutz zu garantieren (vgl. auch AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG: eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten, unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, Zürich 2016, Rz. 520, wonach die Erfolgsaussichten einer Willkürklage nach Art. 393 lit. e ZPO [bei 19.44%] im Vergleich zu Ordre public-Rüge nach Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG [bei 1.3%]) deutlich besser sind).

## 2.7. De lege ferenda

### 2.7.1. Stellungnahme zu Art. 190 Abs. 2 VE-IPRG (Erweiterung der Prüfungskognition des Bundesgerichts in Sportschiedsgerichtsbarkeitsangelegenheiten)

60 Zusammenfassend führt die aktuell bestehende Regelung von Art. 190 Abs. 2 IPRG im Endeffekt dazu, dass in internationalen sportarbeitsrechtlichen Angelegenheiten die zwingenden Bestimmungen zum Schutz des Arbeitnehmers umgangen und Schiedssprüche keiner Prüfung von Willkür oder EMRK-Verletzungen, welche die Schwelle einer ordre public-Widrigkeit oder einer der anderen streng beschränkten Rügegründe nicht erreichen, unterzogen werden können. Da sich eine korrigierende Einwirkung der Rechtsprechung in näherer Zukunft nicht abzuzeichnen scheint, besteht die Notwendigkeit eines legislativen Eingriffs. Aus diesen Gründen wird angeregt, nach einer Lösung zu suchen, die die Erweiterung der Prüfungskognition des Bundesgerichts in Fällen der Sportschiedsgerichtsbarkeit im eben erläuterten Sinn ermöglicht und dies klar im Gegensatz zur Handelschiedsgerichtsbarkeit, bei der die eingeschränkte Prüfungskognition durchaus Sinn macht.

61 Diese würde den Sportschiedsgerichtsstandort Schweiz stärken und nicht schwächen, weil dann die Athleten, wie in letzter Zeit vermehrt, nicht im Ausland noch versuchen werden, staatliche Richter anzugehen, um das Schiedsurteil aus dem Weg zu räumen, weil sie der Auffassung sind, dass der ihnen im Rahmen des Sportschiedsgerichtssystems der Schweiz zugestandene Rechtsschutz ungenügend ist. Genau dies würde auch das CAS stärken, weil es insgesamt die Glaubwürdigkeit des Sportschiedsgerichtssystems der Schweiz stark erhöhen würde und auch als EMRK konform anzusehen wäre. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat eine klare Meinung betreffend die Anwendung von Art. 6 EMRK auf Schiedsverfahren (siehe dazu Fall N.T. vs die Schweiz (EGMR-Urteil 41069/12; EGMR-Urteil vom 24. März 2016). Der Gerichtshof geht davon aus, dass die EMRK auch in Schiedsverfahren vollumfänglich anzuwenden ist, wenn Freiwilligkeit besteht. In der Sportschiedsgerichtsbarkeit besteht diese Freiwilligkeit ja auch nach Ansicht des Bundesgerichts aber gerade nicht, weshalb die EMRK voll anzuwenden ist.

62 Ein Lösungsvorschlag für einen neuen **Art. 190 Abs. 2 lit. f VE-IPRG** könnte in Anlehnung an Art. 393 lit. e ZPO etwa wie folgt lauten:

*"und in Sportschiedsgerichtsangelegenheiten wenn der Entscheid im Ergebnis willkürlich ist, weil er auf offensichtlich aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen oder auf einer offensichtlichen Verletzung des Rechts oder der Billigkeit beruht."*

Oder etwa:

*"in Sportschiedsgerichtsangelegenheiten gelten zudem die Anfechtungsgründe gemäss Art. 393 lit. e ZPO"*

### **2.7.2. Stellungnahme zu Art. 192 Abs. 1 VE-IPRG (Verzicht auf Anfechtung der Schiedsentscheide)**

63 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Cañas-Urteil (siehe dazu oben Rz. 55 ff.) wurde bislang unangefochten weitergeführt und ist unumstritten. Es ist im Sinne der Rechtssicherheit absolut zentral diese Rechtsprechung des Bundesgerichts nun auch gesetzlich zu verankern.

64 In der Sportschiedsgerichtsbarkeit sind die Athleten dazu verdammt, die Sportschiedsgerichtsklauseln der Monopolsportverbände zu akzeptieren. Da es sich aber letztlich um keine freiwillige Unterwerfung handelt, muss ein so abgerungener Anfechtungsverzicht auch gesetzlich untersagt werden.

65 Ein Lösungsvorschlag für einen neuen Art. 192 Abs. 1 VE-IPRG lautet wie folgt:

*„; in der Sportschiedsgerichtsbarkeit ist der Ausschluss der Anfechtung der Schiedsentscheide unzulässig.“*

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit privé  
Bundesrain 20  
3003 Berne

**Par courriel à:**  
[ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)

RR/js

312

Berne, le 31 mai 2017

**Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats dans la consultation sur la révision de la loi fédérale sur le droit international privé visant la réglementation arbitrale suisse (LDIP-arbitrage, chap. 12 /IPRG-Schiedsgerichtsbarkeit)**

Madame la Conseillère fédérale,  
Mesdames, Messieurs,

La Fédération Suisse des Avocats (FSA-SAV) vous remercie de la procédure de consultation susmentionnée et vous prie de bien vouloir prendre en compte les remarques de sa commission de consultation sur le projet de révision.

Seules les dispositions qui suscitent des propositions ou des réserves sont mentionnées.

**Art. 7 VE-IPRG**

Aus dem erläuternden Bericht des Bundesrats geht hervor, dass dieser davon absah, einen Revisionsvorschlag für Art. 7 IPRG in die Vernehmlassung zu schicken. Diese Entscheidung fällte der Bundesrat auf solider Grundlage, nach entsprechenden Umfragen bei betroffenen Fachverbänden und den rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Schweizer Universitäten und unter Berücksichtigung dessen, dass die Ansichten zu dieser Thematik in Lehre und Praxis auseinandergehen.<sup>1</sup> Ein wesentlicher Gesichtspunkt war jedoch, dass die Anwendung dieser Bestimmung in der Praxis kaum zu konkreten Problemen geführt habe.<sup>2</sup>

Der SAV nimmt die Entscheidung des Bundesrats, Art. 7 IPRG im Vorentwurf unverändert zu lassen, begrüssend zur Kenntnis. Ein *status quo* ohne konkrete Problemfälle ist einer Gesetzesrevision, die Probleme möglicherweise erst kreiert, vorzuziehen.

---

<sup>1</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 14.

<sup>2</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 14.

Damit entscheidet sich der Bundesrat gegen die parlamentarische Initiative 08.417 von Nationalrat Christian Lüscher vom 20. März 2008. Diese hatte vorgeschlagen, die vom Bundesgericht in Binnenverhältnissen angewandte summarische Prüfung von Schiedsvereinbarungen auf Fälle auszudehnen, in denen der Sitz des Schiedsgerichts im Ausland liegt. Allerdings ist der erläuternde Bericht nicht so zu verstehen, dass der Bundesrat mit der Initiative von Nationalrat Christian Lüscher inhaltlich nicht einverstanden wäre. Der Bundesrat liess sich bei seiner Entscheid wesentlich von der Überlegung leiten, dass in der Praxis bislang keine Problemfälle aufgetaucht seien. Diese Überlegung des Bundesrats ist jedoch nicht zwingend. Die Existenz von praktischen Problemen ist nicht der einzige Grund, der ein Tätigwerden des Gesetzgebers rechtfertigen kann. Auch das Bedürfnis nach kohärenten gesetzlichen Regelungen kann ein gesetzgeberisches Handeln erforderlich machen.<sup>3</sup> Es wird nach Ansicht des SAV angezeigt sein, nach Abschluss der Vernehmlassung die Frage nach der Revision von Art. 7 IPRG erneut zu beurteilen. Soweit sich eine Revision von Art. 7 IPRG als mehrheitsfähig erweisen sollte, so wäre dem neuen Wortlaut von Art. 7 IPRG besondere Aufmerksamkeit zu widmen.<sup>4</sup>

### Art. 176 AP-LDIP

Ad al. 1

La modification et le texte proposés par l'avant-projet sont à saluer. En insérant l'"établissement" comme critère supplémentaire de rattachement, l'avant-projet tient compte du reproche formulé par une partie de la doctrine<sup>5</sup>. En retenant comme critère temporel le moment de la conclusion de la Convention d'arbitrage, l'avant-projet revient à privilégier une solution qui offre une certitude juridique sur l'applicabilité du chapitre 12 LDIP au moment de la signature de la Convention d'arbitrage, ce que la doctrine a, de tout temps, privilégié<sup>6</sup> et qui est à saluer.

Ad al. 2

Comme dans le droit actuel, l'avant-projet prévoit une déclaration expresse et l'application, d'autre part, de la troisième partie du CPC. La Commission est avec un double contenu<sup>7</sup>, à savoir l'exclusion, d'une part, du chapitre 12 LDIP, d'avis qu'il devrait suffire qu'une des deux conditions soit remplie pour permettre aux parties de déroger au chapitre 12 LDIP en faveur de l'application de la troisième partie du CPC. C'est ainsi que la Commission propose la reformulation de l'al. 2 de l'art. 176 ainsi :

*"Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention écrite ultérieure, exclure l'application du présent chapitre **dans la mesure où elle prévoit** l'application de la troisième partie du CPC."*

<sup>3</sup> Vgl. Vernehmlassung der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) zur Parlamentarischen Initiative betreffend die Änderung von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht, 29 ASA Bulletin 2011, 585 – 597, 590.

<sup>4</sup> Vgl. Vernehmlassung der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) zur Parlamentarischen Initiative betreffend die Änderung von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht, 29 ASA Bulletin 2011, 585 – 597, 593 ff.

<sup>5</sup> Andreas Bucher, in Commentaire Romand, LDIP, Bâle 2011, ad art. 176, n° 20; Daniel C. Pfiffner, Daniel Hochstrasser, Basler Kommentar, International Privatrecht, Bâle 2013, ad art. 176, n° 31 et 37.

<sup>6</sup> Andreas Bucher, in Commentaire Romand, LDIP, Bâle 2011, ad art. 176, n° 23; Daniel C. Pfiffner, Daniel Hochstrasser, Basler Kommentar, International Privatrecht, Bâle 2013, ad art. 176, n° 36 et 39.

<sup>7</sup> Andreas Bucher, in Commentaire Romand, LDIP, Bâle 2011, ad art. 176, n° 30; Daniel C. Pfiffner, Daniel Hochstrasser, Basler Kommentar, International Privatrecht, Bâle 2013, ad art. 176, n° 42.

## **Art. 178 VE-IPRG**

### **1. Zu Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG**

Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG sieht vor, dass die Form auch dann als erfüllt gilt, wenn sie nur von einer Partei der Schiedsvereinbarung gewahrt wird. Diese "halbe Schriftlichkeit" lässt es genügen, dass lediglich eine Partei der Schiedsvereinbarung die Form gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG erfüllt.<sup>8</sup> Der erläuternde Bericht hält dabei fest, dass die Änderung nur die Formvorschrift betrifft. Die materielle Gültigkeit – das heisst des konsensmässigen Zustandekommens einer Schiedsvereinbarung – wird vom VE-IPRG nicht angesprochen.<sup>9</sup>

Die vorgeschlagene massvolle Lockerung der Formvorschrift ist aus der Sicht des SAV zu begrüssen. Das Erfordernis, dass die Erklärungen aller Parteien die Formvorschrift erfüllen müssen, d.h. die sog. bilaterale Form, erscheint international eher streng.<sup>10</sup> Mit der Änderung reiht sich die Schweiz zu denjenigen Rechtsordnungen, die eine liberalere Formvorschrift kennen, was die Schiedsfreundlichkeit des Schiedsorts Schweiz unterstreicht.

Die praktischen Auswirkungen der Änderung sind nach Ansicht des SAV jedoch nicht zu überschätzen. Sie betrifft letztlich nur solche Fälle, in denen eine Partei einer formgültig angebotenen Schiedsvereinbarung materiell gültig zustimmt, wobei aber ihre Annahmeerklärung die Formvorschrift nicht erfüllt. Diese Fälle sind naturgemäss eher selten.

### **2. Zu Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG**

Der Vorentwurf sieht vor, dass für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften die Bestimmungen des 12. Kapitels sinngemäss gelten. Wie aus dem erläuternden Entwurf hervorgeht, wird mit der Änderung geklärt, dass die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts auf einem einseitig errichteten Rechtsgeschäft – insbesondere letztwillige Verfügungen, Trusts oder Stiftungen – begründet sein kann, soweit dieses Rechtsgeschäft nach Massgabe des darauf anwendbaren Rechts wirksam errichtet wurde.<sup>11</sup> Diese Klärung der Rechtslage ist nach Ansicht des SAV zu begrüssen.

## **Art. 179 VE-IPRG**

### **1. Generelle Bemerkungen**

Der Vorentwurf verfolgt den Grundsatz, dass das 12. Kapitel des IPRG die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz abschliessend und ohne Verweise auf andere Gesetze regeln soll; entsprechend wird in Art. 179 Abs. 2 Satz 1 VE-IPRG der allgemeine Verweis auf die ZPO gestrichen (S. 21 des erläuternden Berichts).

Der SAV begrüsst den Grundsatz, dass das 12. Kapitel des IPRG eine abschliessende Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz enthalten soll, und entsprechend die Streichung des Verweises auf die ZPO in Art. 179 Abs. 2 Satz 1 VE-IPRG. Allerdings entstehen unserer Ansicht nach durch die Streichung des allgemeinen Verweises auf die ZPO Lücken. So

<sup>8</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 10.

<sup>9</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 10.

<sup>10</sup> Vgl. etwa ANDREA M. STEINGRUBER, Consent in International Arbitration, Oxford 2012, N 8.31 (mit Hinweis auf das deutsche, niederländische, schwedische und französische Recht).

<sup>11</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017, S. 11.

enthält die ZPO Bestimmungen über die Bestellung und Ersetzung von Schiedsrichtern,<sup>12</sup> die nicht in das 12. Kapitel des IPRG überführt worden sind. So bestimmt etwa Art. 360 Abs. 1 ZPO, dass – bei Fehlen einer Vereinbarung über die Anzahl der Mitglieder des Schiedsgerichts – ein Schiedsgericht aus drei Mitgliedern besteht. Weiter bestimmt Art. 361 Abs. 2 ZPO das Vorgehen für die Ernennung des Schiedsgerichts, wenn die Parteien keine Vereinbarung diesbezüglich getroffen haben.

Während Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG zwar die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts für die Ernennung bzw. Ersetzung regelt, fehlt eine inhaltliche Regelung, wie das staatliche Gericht die Ernennung vorzunehmen habe, weitgehend. Aufgrund der Streichung des Verweises auf die ZPO in Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG dürfte in diesen Fällen unklar sein, wie das staatliche Gericht vorzugehen hat. Der SAV schlägt daher vor, dass die Übernahme der Bestimmungen der ZPO über die Bestellung und Ersetzung, soweit für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit sinnvoll und möglicherweise in vereinfachter Form, geprüft wird.

Ebensolche Lücken bestehen für die Ablehnung und die Abberufung von Mitgliedern des Schiedsgerichts (Art. 180 VE-IPRG).

Gemäss dem erläuternden Bericht wurde im Rahmen der Revisionsarbeiten die Idee der Schaffung eines einzigen nationalen und damit zentralisierten *juge d'appui* geprüft, aber darauf verzichtet (S. 15).

Der SAV begrüsst die Entscheidung, keinen nationalen *juge d'appui* zu bestimmen oder einzusetzen. Der SAV ist der Ansicht, dass die Bestimmung eines Gerichts, das als nationaler *juge d'appui* amten würde, aus föderalistischer Sicht nicht unproblematisch ist, wobei jedoch festzuhalten ist, dass die bundesweite ausschliessliche Zuständigkeit eines Gerichts z.B. der Bundeshauptstadt Bern nicht neuartig oder systemfremd wäre.<sup>13</sup> Nach Ansicht des SAV hat auch die bisherige Lösung ohne nationalen *juge d'appui* zu keinen Rechtsanwendungsproblemen geführt.

## 2. Zu Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG

Art. 179 Abs. 2 Satz 2 VE-IPRG sieht vor, dass das zuerst angerufene staatliche Gericht für die Bestellung oder Ersetzung zuständig ist, wenn die Parteien keinen Sitz oder lediglich den Sitz in der Schweiz ohne weitergehende Vereinbarung festgelegt haben und nicht in der Lage sind, das Schiedsgericht zu bestellen.

Der SAV begrüsst die Änderung sehr, wonach eine Zuständigkeit für ein staatliches Ernennungsgericht vorgesehen wird für den Fall, dass eine Vereinbarung hinsichtlich eines Sitzes des Schiedsgerichts in der Schweiz ("*Arbitration in Switzerland*") vorliegt. Diese Neuerung verbessert die Rechtssicherheit.

Auch die Änderung, wonach das zuerst angerufene staatliche Gericht für eine Ernennung zuständig ist, wenn die Parteien keinen Sitz bestimmt haben, wird – dem Grundsatz nach – vom SAV begrüsst. Der SAV weist darauf hin, dass andere Staaten eine ähnliche, wenn auch nicht so weit gehende Regelung kennen.<sup>14</sup> Nach Ansicht des SAV führt aber die Änderung zu einem technischen Widerspruch: Nach Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG könnte ein schweizerisches staatliches Gericht ein Schiedsgericht bestellen, das sodann einen Sitz im Ausland bestimmt. Gemäss Art. 176 (VE-)IPRG findet jedoch das 12. Kapitel des IPRG nur Anwendung bei Vorliegen eines Sitzes des Schiedsgerichts in der Schweiz, was in einem solchen Fall nicht zuträfe und womit die Anwendbarkeit von Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG in Frage gestellt wäre. Zudem könnte die Ernennung

<sup>12</sup> Art. 360-366 ZPO.

<sup>13</sup> So ist z.B. das Berner Obergericht zuständig für Klagen gegen den Bund, vgl. Art. 10 ZPO.

<sup>14</sup> Vgl. etwa Art. 1505 Abs. 4 des französischen *Code de procédure civile*.

durch das staatliche Gericht nach Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG bei Fehlen einer Sitzbestimmung und späteren Sitzbestimmung durch das Schiedsgericht im Ausland zu Problemen bei der Vollstreckung des Schiedsspruchs führen. So kann die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs im Ausland gemäss Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (NYÜ) versagt werden, wenn die Bildung des Schiedsgerichts der Vereinbarung der Parteien oder, mangels einer solchen Vereinbarung, dem Recht des Landes, in dem das schiedsrichterliche Verfahren stattfand, nicht entsprochen hat.<sup>15</sup> Eine Möglichkeit wäre, die Anwendung von Art. 197 Abs. 2 VE-IPRG auf Fälle zu beschränken, die zumindest einen Bezugspunkt zur Schweiz aufweisen bzw. in denen eine Ernennung im Ausland unmöglich ist.<sup>16</sup>

### **3. Zu Art. 179 Abs. 2bis VE-IPRG**

Art. 179 Abs. 2bis VE-IPRG sieht neu für Fälle der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit vor, dass das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts alle Mitglieder des Schiedsgerichts ernennen kann.

Der SAV begrüsst die Einführung der neuen Regelung. Mehrparteischiedssachen sind in den letzten Jahren vermehrt aufgetreten, und viele Schiedsordnungen haben die dabei möglicherweise entstehende Problematik bei der Konstituierung des Schiedsgerichts erkannt. Die Schweiz sollte dem nicht nachstehen. Jedoch ist der SAV der Ansicht, dass der verwendete Begriff – "*das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts*" – mit Blick auf die in Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG geänderte Zuständigkeitsbestimmung zu eng gefasst ist. Der SAV schlägt vor, den Begriff durch "*das gemäss Abs. 2 zuständige staatliche Gericht*" zu ersetzen.

### **4. Zu Art. 179 Abs. 3 VE-IPRG**

Die Änderung ist redaktioneller Natur.

### **5. Zu Art. 179 Abs. 4 VE-IPRG**

Art. 179 Abs. 4 VE-IPRG regelt neu die Offenlegungspflicht von Umständen, die berechtigte Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit einer Person als Mitglied des Schiedsgerichts wecken können.

Der SAV begrüsst die neue Regelung. Die Offenlegungspflicht ist in der Schiedsgerichtsbarkeit ganz weitgehend anerkannt und insbesondere in den *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* vom 23. Oktober 2014 vorgeschrieben.<sup>17</sup> Die Offenlegungspflicht hilft zu verhindern, dass potenzielle Ablehnungsgründe, welche nur dem Schiedsrichter bekannt sind, erst im Laufe des Verfahrens oder nach dessen Abschluss bekannt werden und dieses daraufhin wiederholt werden muss.

## **Art. 180 VE-IPRG**

### *Abs. 1 Bst. c*

Der SAV begrüsst diese Anpassung an den Wortlaut von Art. 367 Abs. 1 Bst. c ZPO, der auch der

<sup>15</sup> Art. V Ziff. 1 lit. d Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (NYÜ).

<sup>16</sup> Letzteres verlangt auch die Bestimmung von Art. 1505 Abs. 4 des französischen *Code de procédure civile*.

<sup>17</sup> General Standard 3 der *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* vom 23. Oktober 2014.

ständigen Rechtsprechung entspricht.

*Abs. 2 (auch Art. 367 Abs. 2 E-ZPO)*

Die Klarstellung in Anpassung an die Rechtsprechung ist zu begrüßen. Da u.U. mehr als zwei Parteien an einem Schiedsverfahren teilnehmen, wäre allenfalls die Formulierung des letzten Satzes zu überprüfen («den anderen Parteien» anstelle «der anderen Partei»).

*Abs. 3*

Das hier für den Fall des Fehlens einer Parteivereinbarung vorgeschlagene Verfahren weicht nach Auffassung des SAV ohne einleuchtenden Grund von jenem ab, das bislang im IPRG sowie auch nach dem VE in der ZPO gilt. Neu soll nämlich, und nur im IPRG, bereits die Kenntnis des Ablehnungs- oder Abberufungsgrundes die Frist von 30 Tagen zur Anrufung des Richters auslösen. Bislang konnte der Richter nur angerufen werden, wenn der betroffene Schiedsrichter nach Konfrontation mit dem Ablehnungs- oder Abberufungsgrund nicht selbst die Konsequenzen zieht, auch die anderen Parteien ihn nicht ablehnen und damit die Ablehnung «bestritten» ist. Dementsprechend sieht das IPRG bisher vor, dass der Richter «im Bestreitungsfall» angerufen werden kann. Auch Art. 369 Abs. 2 ZPO lässt die Frist von 30 Tagen richtig mit der Bestreitung beginnen. Es gibt nach Auffassung des SAV keinen Grund, von dieser bewährten und auch der internationalen Praxis entsprechenden Vorgehensweise abzuweichen.

Es sollte zudem klargestellt werden, dass der Richter im summarischen Verfahren gemäss Art. 248 ff. ZPO entscheidet. Das entspricht der Regelung im 3. Teil der ZPO und wird auch von der Lehre befürwortet (*Berger/Kellerhals*, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Bern 2014, N. 902; *BSK-Peter/Brunner*, Art. 180 IPRG N. 29).

*Abs. 4 (zugleich auch zu Art. 396 Abs. 6 ZPO)*

Man kann sich fragen, ob der Revisionsgrund der falschen Zusammensetzung des Schiedsgerichts überhaupt zulässig sein soll (dagegen *Berger/Kellerhals*, *Internationale und Interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern 2006, N. 1788; eher befürwortend das Bundesgericht in BGE 142 III 521 ff., E. 2 m.w.H.).

Will man die Revision aus diesem Grund zulassen, so sollte dieser Revisionsgrund nach Auffassung des SAV aus systematischen Gründen in Art. 190a Abs. 1 E-IPRG bzw. Art. 396 ZPO aufgeführt und die Frist in Art. 190a Abs. 2 E-IPRG bzw. Art. 397 ZPO geregelt werden. Dabei wäre auch klar zu stellen, ob auch Ablehnungsgründe, welche während laufender Beschwerdefrist bekannt werden, ein Revisionsgrund sind oder aber mit Beschwerde geltend gemacht werden müssen. Im ersten Falle würde der Beschwerdegrund gemäss Art. 190 Abs. 1 Bst. a IPRG weitgehend gegenstandslos.

**Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG**

*Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG*

3 Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, entscheidet das Schiedsgericht über die Höhe und Verteilung der Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens und über Parteientschädigungen.

**I. Redaktionelle Anpassung Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG**

Im VE wird für den neuen Art. 189 Abs. 3 folgender Wortlaut vorgeschlagen:

**Art. 189 Abs. 3**

3 Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, entscheidet das Schiedsgericht über die Höhe und Verteilung der Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens und über Parteientschädigungen.

Gemäss dem Erläuternden Bericht (Ziff. 2.1., S. 17) ist in „Übereinstimmung mit der neueren gebräuchlichen Ausdrucksweise (...) im gesamten 12. Kapitel des IPRG der bisher verwendete Ausdruck (staatlicher) «Richter» durch (staatliches) «Gericht» zu ersetzen“ (s. die Anpassungen in den Artikeln 179, 180, 183, 184, 185 sowie 193 IPRG; in Artikel 176 Absatz 3 IPRG wird zudem «Schiedsrichter» durch «Schiedsgericht» ersetzt).

Somit ist auch der vorgeschlagene Wortlaut von VE Art. 189 Abs. 3 IPRG („... Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens ...“) redaktionell anzupassen und zu ersetzen durch „... des schiedsgerichtlichen Verfahrens ...“.

**II. Redaktionelle Anpassung Art. 182 Abs. 1 VE-IPRG**

Entsprechend dem erwähnten gesetzgeberischen Anliegen ist auch die ansonsten unveränderte Bestimmung von Art. 182 Abs. 1 IPRG redaktionell anzupassen „... das schiedsgerichtliche Verfahren ...“ (statt „... das schiedsrichterliche Verfahren ...“).

**III. Ergänzung im Zusammenhang mit Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG durch eine (beschränkte) Beschwerdemöglichkeit, neu einzufügende Bestimmung in Art. 190 Abs. 2 IPRG:**

Die neue Bestimmung von Art. 189 Abs. 3 (s. dazu Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1., S. 26 ff.) wird begrüsst; sie schafft Klarheit.

Die Kommission SAV schlägt vor, zusätzlich die *Anfechtung* des Entscheids des Schiedsgerichts über die Gerichtskosten (Entschädigungen und Auslagen der Mitglieder des Schiedsgerichts) mittels *Beschwerde* zu ermöglichen.

Diese Anfechtungsmöglichkeit soll sich auf die *Höhe der Kosten des Schiedsgerichts* beschränken, besteht doch hier ein Spannungsfeld, indem das Schiedsgericht auch eigene Interessen wahrnimmt. Demgegenüber sollen die Verteilung der Kosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens und der Entscheid über Parteientschädigungen nicht der Beschwerde unterliegen.

Dabei ist die *eingeschränkte Überprüfungsbefugnis* der Rechtsmittelinstanz zu berücksichtigen. In Anlehnung an die entsprechende Regelung für die nationale Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 393 lit. f ZPO) soll ein Schiedsspruch nur angefochten werden können, wenn die vom Schiedsgericht festgesetzten Entschädigungen und Auslagen der Mitglieder des Schiedsgerichts offensichtlich zu hoch sind.

Damit ist dem Anliegen im Erläuternden Bericht (S. 27), wonach zu verhindern sei, dass Schiedsentscheide ausschliesslich aufgrund der Kostenfrage vermehrt angefochten werden, Rechnung getragen. Wie die mit der neuen Bestimmung von Art. 189 Abs. 3 anvisierte Klarstellung in der Kostenfrage, dürfte auch diese neue Beschwerdemöglichkeit in der Praxis nur wenige Verfahren betreffen, weil die Parteien durch die Wahl einer institutionellen Schiedsordnung oder im Rahmen einer verfahrensleitenden Verfügung zu Beginn des Verfahrens («*terms of reference*») in aller Regel die Befugnis zur Zusprache von Verfahrenskosten und Parteientschädigung ohnehin meist explizit dem Schiedsgericht übertragen (vgl. Erläuternder Bericht, S. 27).

Wird dieses Anliegen, eine beschränkte Beschwerdemöglichkeit vorzusehen, aufgenommen, ist eine entsprechende Ergänzung in Art. 190 Abs. 2 IPRG (Katalog der Beschwerdegründe) vorzunehmen.

Die in Art. 190 Abs. 2 IPRG neu einzufügende Bestimmung könnte lauten:

*Art. 190 Abs. 2*

<sup>2</sup> *Der Entscheidung kann nur angefochten werden:*

*(...)*

*f. wenn die vom Schiedsgericht festgesetzten Entschädigungen und Auslagen der Mitglieder des Schiedsgerichts offensichtlich zu hoch sind.*

### **Art. 190a VE-IPRG**

*Abs. 1*

Wie in zu Art. 180 Abs. 4 bemerkt sollte hier auch der Revisionsgrund der Verletzung von Ausstandsregeln eingefügt werden, sofern dies überhaupt ein Revisionsgrund sein soll.

*Abs. 2*

Analog zu Art. 124 Abs. 2 BGG und zu Art. 397 Abs. 2 ZPO sollte die absolute Zehnjahresfrist im Falle des Revisionsgrundes gemäss Art. 190a Abs. 1 Bst. b E-IPRG nicht anwendbar sein.

### **Art. 77 AP-LTF**

L'art. 77 LTF prévoit actuellement que les sentences arbitrales internationales peuvent faire l'objet d'un recours en matière civile, sans préciser si sa recevabilité est soumise à une valeur litigieuse minimale. Selon le Rapport explicatif, le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé à ce propos. L'avant-projet propose de compléter l'art. 77 LTF en précisant que le recours est recevable indépendamment de la valeur litigieuse. La commission approuve la modification proposée qui garantit que toute sentence peut faire l'objet d'un contrôle (même très restreint) de la part du Tribunal fédéral.

L'art. 77 al. 2 bis AP-LTF (nouveau) dispose que « Les mémoires peuvent être rédigés en anglais ». Le rapport explicatif expose que l'anglais est la langue la plus utilisée dans l'arbitrage international et qu'aujourd'hui déjà le TF fait preuve de tolérance en n'exigeant pas des sentences et des pièces en anglais qu'elles soient traduites dans une langue officielle (art. 42 al. 1<sup>er</sup> LTF). La disposition projetée économiserait des frais de traduction aux parties et vaudrait en matière d'arbitrage tant international qu'interne.

Partagée sur l'opportunité d'adopter la modification proposée sur ce point, la Commission renonce à prendre position et se contente d'exposer les arguments pour et contre elle.

En faveur de la modification, on invoquera que la possibilité de procéder en anglais devant le TF saisi d'un recours contre une sentence arbitrale est de nature à favoriser et à rendre plus attractive la place d'arbitrage suisse. On rappellera que l'anglais est la langue de très nombreux, voire de la plupart des arbitrages internationaux et que certains d'entre eux, même s'ils ont leur siège en Suisse, se déroulent entièrement à l'étranger et n'ont aucun lien concret avec notre pays. Enfin, l'anglais est pratiqué quotidiennement par de plus en plus d'avocats suisses pour lesquels rédiger un recours en anglais ne présente pas de difficulté particulière.

D'autres arguments plaident contre la modification projetée : comme le relève déjà la doctrine, cette possibilité de déposer des mémoires en anglais « sera laborieuse à gérer par le Greffier et le Juge qui doit rédiger un arrêt dans une langue nationale alors que la totalité du dossier est en

anglais »<sup>18</sup>.

En outre, est-il opportun de permettre à des avocats étrangers d'accéder directement ou presque au TF ? Voici ce qu'en pense Andreas Bucher : « A cela s'ajoute le fait que les mémoires seront plus souvent écrits dans un style non adaptées aux usages suisses : du moment que l'anglais est admis, les mémoires seront rédigés la plupart du temps par des avocats et conseils étrangers et simplement acheminés au Tribunal fédéral par un avocat suisse. La perte commerciale pour les cabinets suisses est programmée ; elle s'ajoutera à celle déjà remarquée qui résulte de l'immersion d'un nombre croissant de cabinets étrangers dans les arbitrages suisses, ne laissant aux avocats suisses que le rôle de conseil local »<sup>19</sup>. Celui qui partagera cette vision s'opposera sans doute à cette modification de la LDIP.

\*\*\*

La Fédération Suisse des Avocats vous remercie de prendre en compte ses remarques et vous prie d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA  
Sergio Giacomin



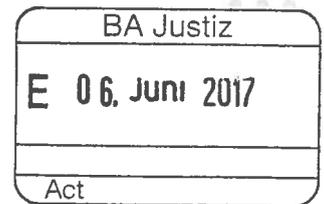
Secrétaire général FSA  
René Rall



---

<sup>18</sup> Andreas Bucher, Commentaire romand - Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Extrait de la mise à jour du chapitre 12, 6 février 2017, p. 9 <[http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/avant-projet\\_chapitre\\_12\\_-\\_commentaire\\_3.pdf](http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/avant-projet_chapitre_12_-_commentaire_3.pdf)>

<sup>19</sup> Eod. loc.



**Nur per Email [ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)**

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD  
Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

31. Mai 2017

### **Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren

Namens der Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI) bedanken wir uns für die Möglichkeit zum Vorentwurf Stellung zu nehmen, wie auch nochmals für das unseren Anliegen im Rahmen der Vorgespräche mit dem Bundesamt für Justiz entgegengebrachte Interesse.

Wir begrüssen den Vorentwurf vom 11. Januar 2017. Unserer Ansicht nach setzt der Vorentwurf in weiten Teilen die in der Motion 12.3012 zum Ausdruck gebrachten Ziele der Modernisierung des Gesetzes zwecks Stärkung der Schweiz im internationalen Wettbewerb der Schiedsplätze um.

Wir nehmen zur Kenntnis, dass die *Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA) mit Datum vom 12. Mai 2017 eine Stellungnahme in obgenannter Vernehmlassung eingereicht hat (ASA Stellungnahme). Die SCAI schliesst sich im Grundsatz der ASA Stellungnahme an. Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass, wie in der ASA Stellungnahme vermerkt, einige der vertretenen Positionen unter Schiedspraktikern kontrovers diskutiert werden.

Nachfolgend haben wir zudem einige Punkte aufgeführt, die aus Sicht der SCAI eine weitergehende Möglichkeit darstellen, um die Nutzerfreundlichkeit und damit die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz zu fördern. Anregungen unter diesem Aspekt hat die SCAI, unter der Präsidentschaft des ehemaligen Präsidenten des Schiedsgerichtshofs, Dr. Philipp Habegger, bereits im Rahmen von Vorgesprächen geäussert. Wir verweisen diesbezüglich insbesondere auf das Ideenpapier vom 22. April 2016 samt Ergänzung vom 20. Mai 2016:

1. Gewisse Aspekte beeinträchtigen die SCAI als Schiedsinstitution in ihrer täglichen Arbeit (z.B. **FATCA, Embargogesetzgebung**). Eine Änderung der Gesetzes-/Rechtsslage in dieser Hinsicht würde aus Sicht der SCAI dem Schiedsplatz Schweiz dienen.
2. Weiter wäre aus Sicht der SCAI prüfenswert, ob nicht ein **zentraler juge d'appui** der Nutzerfreundlichkeit und damit der Attraktivitätssteigerung des Schiedsplatzes Schweiz dienen würde.
3. Prüfenswert ist unserer Ansicht ferner ein **einheitliches Formerfordernis in IPRG und ZPO für die verschiedenen möglichen Parteiübereinkünfte** (für die Schiedsvereinbarung (Art. 178(1) IPRG und Art. 358 ZPO), das Opting-out vom IPRG in die ZPO (Art. 176(2) IPRG), das Opting-in von der ZPO in das IPRG (Art. 353(2) ZPO), die Abberufung von Schiedsrichtern (revArt. 180(2bis)(a) IPRG und Art. 370(1) ZPO), der Rechtsmittelverzicht (revArt. 190a(3) und 192(1) IPRG), und die Wahl eines kantonalen Gerichts als Beschwerde- und Revisionsinstanz (Art. 390(1) ZPO)).

4. Der neu **vorgeschlagene Abs. 3 von Art. 189** könnte allenfalls problembehaftet sein. Unseres Erachtens wäre eher eine Lösung analog zu Art. 41(4)(b-d) UNCITRAL Schiedsordnung prüfenswert. Danach kann eine Partei, welche die Festlegung von Entschädigungen oder Auslagen durch das Schiedsgericht als offensichtlich zu hoch oder in Verletzung der mit dem Schiedsgericht getroffenen Honorarvereinbarung erachtet, innert Frist – auch noch nach Erlass des Schiedsspruches – an den *juge d'appui* gelangen.
5. Prüfenswert ist unserer Ansicht nach schliesslich eine Änderung von **Art. 375(2) ZPO** dahingehend, dass die «*Vornahme sonstiger Handlungen*» nicht auf solche des Schiedsgerichtes beschränkt ist, da u.U. auch Schiedsinstitutionen auf eine Mitwirkung des *juge d'appui* angewiesen sind.

\* \* \* \* \*

Abschliessend möchten wir nochmals festhalten, dass wir die generelle Stossrichtung der Revisionsvorlage begrüssen. Für eine weitergehende Diskussion der obgenannten Punkte stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Gabrielle Nater-Bass

Präsidentin des Schiedsgerichtshofes



Vincent Subilia

Präsident des Vorstandes



Caroline Ming

Geschäftsführerin

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD

[ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)

Bern, 18. Mai 2017

## **Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG): Internationale Schiedsgerichtsbarkeit**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen, in obiger Sache Stellung nehmen zu können.

Vor dreissig Jahren ist das IPRG in Kraft getreten. In der Revision dieses Gesetzes sollen nun gewisse zentrale Elemente der seither in diesem Bereich erlassenen Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgenommen werden. Besonders zu beachten sei dabei, so die Botschaft, die Beziehung zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten.

Die Arbeitnehmenden und damit die Gewerkschaften haben in dieser Vorlage zentrale Interessen, **da sich in den letzten Jahren gerade mit dem Aufkommen von digitalen Plattformen bzw. von Crowd-, Clickworking und anderen durch die Digitalisierung geförderten Formen der Arbeit internationale Vertragsverhältnisse im Arbeitsrecht multipliziert haben. Dabei treten Firmen im Ausland als Arbeitgeber für Schweizer Arbeitnehmende auf, bestimmen aber, dass alle Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsvertrag nicht Schweizer Gerichten unterbreitet werden können, sondern nur in der Form der Schiedsgerichtsbarkeit im Ausland. Dies auch in Fällen von ausgesprochenen Tieflohnbranchen oder für Arbeitnehmende mit kleinen Pensum.** Damit wird der Schutzgedanke des Schweizer Arbeitsvertragsrechts ausgehöhrt. Dieses sieht nämlich besondere Schutzmechanismen für den Arbeitnehmenden vor, der regelmässig die schwächere Vertragspartei darstellt. Dieser Schutz wird, wie nachfolgend gezeigt wird, durch die IPRG-Regeln bzw. die dazugehörige Rechtsprechung des Bundesgerichts zunichte gemacht.

**Die Problematik des heutigen IPRG und der dazugehörigen Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der internationalen Sachverhalte im Arbeitsrecht soll anhand des Beispiels des Fahrdienstes Uber und seiner Schiedsgerichtsklausel dargelegt werden.<sup>1</sup>** So ist in den Verträgen zwischen dem Taxidienst Uber (bzw. einer Uber-Tochter mit Sitz in den Niederlanden) und seinen Schweizer FahrerInnen stipuliert, dass der Vertrag ausschliesslich dem niederländischen Recht unterstehe und eine allfällige Streitigkeit zwingend vor einem Schiedsgericht mit Sitz in Amsterdam und in englischer Sprache auszutragen sei. Übrigens gelten auch für den Uber-

---

<sup>1</sup> Für den Sachverhalt, insbesondere dem Konstrukt der Arbeitsverträge zwischen Uber und den FahrerInnen sowie um die Qualifikation als Arbeitsverträge sowie für die Ausführungen zur Anwendbarkeit des IPRG vgl. das Gutachten von Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen, Bern 2016, Monbijoustrasse 61, 3007 Bern / Postfach, 3000 Bern 23  
031 377 01 01, Fax: 031 377 01 02, info@sgb.ch, info@uss.ch

Fahrgast laut AGB (!) niederländisches Recht, und allfällige Streitigkeiten müssten ausschliesslich vor einem Schiedsgericht in Amsterdam ausgetragen werden. Auf die Gültigkeit dieser Klausel ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen, da sich die vorliegende Vernehmlassung zur IPRG aus Sicht der Arbeitnehmenden äussert.

Wird von einer Person in der Schweiz ein Vertrag mit einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland abgeschlossen, liegt ein internationaler Sachverhalt vor, was zur Anwendbarkeit des IPRG führt. Nach Art. 1 IPRG regelt das Gesetz im internationalen Verhältnis u.a. die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden (lit. a), das anzuwendende Recht (lit. b) und die Schiedsgerichtsbarkeit (lit. e.).

Es fragt sich u.E., ob eine solche Vertragsklausel ggf. in einem Streit zwischen einem Uber-Fahrer und der niederländischen Uber-Tochter für ein angerufenes schweizerisches Gericht bindend ist. Nach Art. 7 IPRG lehnt das schweizerische Gericht seine Zuständigkeit ab, wenn die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine Schiedsvereinbarung getroffen haben, es sei denn, der Beklagte habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen (lit. a) oder das Gericht stelle fest, dass die Schiedsvereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist (lit. b) oder wenn das Schiedsgericht nicht bestellt werden kann (lit. c).

Diese Regelung kommt zur Anwendung, wenn die Parteien eine Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz verabredet haben, was vorliegend gerade nicht zutrifft. Ein schweizerisches Gericht muss aber in einem solchen Fall seine Zuständigkeit in einem Konflikt zwischen einem Uber-Fahrer und Uber gestützt auf das „Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche“ (New Yorker Übereinkommen, NYÜ) prüfen.

Art. II Abs. 1 NYÜ sieht vor: „Jeder Vertragsstaat erkennt eine schriftliche Vereinbarung an, durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sei es vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen, einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen, sofern der Gegenstand des Streites auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann“. In Abs. 2 ist geregelt, dass unter „schriftlichen Vereinbarung“ eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen ist, „sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben“; Abs. 3 beinhaltet die Möglichkeit eines Gerichtes, die Hinfälligkeit, Unwirksamkeit oder Nicht-Erfüllbarkeit einer Schiedsabrede zu prüfen. Liegen solche Gründe nicht vor, hat das Gericht unter Verweis auf die Schiedsklausel nicht auf die Sache einzutreten.

**Die formellen Voraussetzungen der Gültigkeit der Schiedsabrede nach Art. II Abs. 2 NYÜ entsprechen gemäss heutiger Bundesgerichtspraxis den Anforderungen, wie sie in Art. 178 IPRG festgehalten sind.**

Nach Art. 1 Abs. 2 IPRG sind völkerrechtliche Verträge vorbehalten. Für die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit geht das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) als völkerrechtlicher Vertrag dem IPRG vor bzw. konkretisiert letzteres. Das LugÜ ist in unserem Beispiel anwendbar, da im Fall eines Streites zwischen einem Uber-Fahrer und dem Arbeitgeber die Beklagten Sitz in den Niederlanden und damit in einem durch das Abkommen gebundenen Staat haben. Sachlich regelt das LugÜ gemäss Art. 1 Ziff. 1 die Zivil- und Handelssachen. Allerdings schliesst Art. 1 Ziff. 2 lit. 2 LugÜ die Schiedsgerichtsbarkeit aus seinem Anwendungsbereich aus.

Gemäss Ziff. 6133 der AGB von Uber und nach der einschlägigen Klausel im Nutzungsvertrag zwischen der niederländischen Uber-Gesellschaft und den Uber-Fahrern sowie nach Ziffer 15 des

Dienstleistungsvertrages liegt eine Bestimmung über das geltende Recht und das Schiedsverfahren vor, in welcher u.a. statuiert wird: „Ort des Schlichtungs- als auch Schiedsverfahrens ist Amsterdam.“ Unter dem Vorbehalt der Gültigkeit der Schiedsklausel ist das LugÜ deshalb nicht anwendbar und der Anwendungsbereich des IPRG ist wiederum eröffnet.

Die formellen Voraussetzungen der Gültigkeit der Schiedsabrede nach Art. II Abs. 2 NYÜ entsprechen gemäss Bundesgerichtspraxis den Anforderungen, wie sie in Art. 178 IPRG festgehalten sind. Die vorliegende Schiedsklausel des Nutzungsvertrages zwischen Uber und dem Uber-Fahrer entspricht diesen Anforderungen.

Die Voraussetzungen einer gültigen Schiedsabrede sind im NYÜ nicht ausdrücklich enthalten. In materieller Hinsicht muss sich die Schiedsgerichtsabrede aber auf eine schiedsfähige Angelegenheit beziehen. Es stellt sich die Frage, ob arbeitsrechtliche Ansprüche bzw. die Klärung der Frage, ob ein arbeitsrechtlicher Anspruch vorliegt, im Anwendungsbereich des NYÜ überhaupt schiedsfähig sind. Dazu hat sich das Bundesgericht in der Vergangenheit leider bejahend geäußert.

**Das Bundesgericht hat zwar in BGE 136 III 447 der Binnenschiedsgerichtsbarkeit innerhalb der Schweiz für arbeitsrechtliche Ansprüche der Schiedsgerichtsbarkeit zurecht Schranken gesetzt: Schiedsvereinbarungen über Ansprüche, auf die der Arbeitnehmer gemäss Art. 341 Abs. 1 OR nicht verzichten kann, binden ihn nicht.** Im konkreten Fall ging es um eine Schiedsklausel in einem Arbeitsvertrag, die vorsah, dass für alle sich aus dem Vertrag ergebenden Streitigkeiten ausschliesslich ein Schiedsgericht mit Sitz in Bern zuständig sei, das endgültig entscheiden könne. Streitig war, ob diese Schiedsabrede gegen Art. 24 des Gerichtsstandgesetzes verstossen würde. Art. 24 Gerichtsstandgesetz gewährte den Arbeitnehmern die Klagemöglichkeit u.a. am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (heute Art. 34 Abs. 1 Zivilprozessordnung ZPO). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass eine solche Schiedsabrede zwar grundsätzlich zulässig sei, sich aber nicht auf Ansprüche beziehen kann, auf die der Arbeitnehmer nach Art. 341 OR nicht verzichten kann, in den Worten des Bundesgerichts: „Wenn der Arbeitnehmer gemäss dieser Bestimmung auf gewisse Forderungen nicht verzichten kann, kann er auch nicht zum Voraus verabreden, dass diese der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt werden“. Das Bundesgericht führt weiter aus, es wäre inkohärent, wenn das Gesetz im Interesse der schwächeren Vertragspartei eine Gerichtsstandvereinbarung verbiete, jedoch eine Schiedsabrede erlaube.

**Für die Schiedsgerichtsbarkeit in internationalen Verhältnissen gelten jedoch die durch BGE 136 III 447 gesetzten Schranken laut geltender Rechtsprechung nicht ohne weiteres. Das ist für uns inakzeptabel.** Art. 177 Abs. 1 IPRG erklärt eine Sache für schiedsfähig, sofern es sich um einen „vermögensrechtlichen Anspruch“ handelt. Solcher Natur ist jeder Anspruch, der sich als geldwerter Aktiv- oder Passivposten im Vermögen des Berechtigten auswirkt. **Das Bundesgericht erwähnt in BGE 136 III 447 ausdrücklich, dass auch individuelle Arbeitskonflikte Streitigkeiten vermögensrechtlicher Art im Sinne von Art. 177 IPRG darstellen und somit grundsätzlich schiedsfähig sind.**

In der Lehre wird zu Recht die Frage aufgeworfen, ob nicht zwingende Gerichtsstände wie sie für das Arbeitsrecht vorgesehen sind, der Schiedsvereinbarung in internationalen Verhältnissen entzogen sein sollen. Für den SGB ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb in internationalen Sachverhalten ein Verzicht auf den Gerichtsstand für Ansprüche nach Art. 341 OR zulässig sein soll und für reine Binnensachverhalte nicht. Es lässt sich mit dem Schutzgedanken des Arbeitsrechts nicht vertreten, wenn ein Uber-Fahrer, gestützt auf eine in den Uber-Fahrer-Verträgen standartmässig verankerte Schiedsklausel, seine Ansprüche gegenüber dem Uber-Konzern nicht vor einem schweizerischen Gericht einfordern kann.

**Aufgrund der herrschenden Lehre und der Praxis (BGE 136 III 447 E. 4.2) ist deshalb unter der Bundesgerichts-Interpretation des IPRG nicht auszuschliessen, dass die Schiedsabrede zwischen der niederländischen Uber-Tochter und dem Schweizer Uber-Fahrer gültig ist. Ein vertragsrechtlicher Streit müsste demnach gemäss der oben dargestellten Klausel im Nutzungsvertrag erst in einem Mediationsverfahren beigelegt werden. Erst danach könnte ein Schiedsgericht mit Sitz in Amsterdam angerufen werden.**

An dieser Stelle ist weiter zu erwähnen: **Selbst wenn sich ein schweizerisches Gericht entgegen den vorangehenden Ausführungen als zuständig erklären würde, wäre niederländisches Recht anwendbar. Art. 121 Abs. 3 IPRG sieht nämlich vor, dass die Parteien den Arbeitsvertrag u.a. dem Recht des Staates unterstellen können, in dem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat.** Die Uber-Tochterfirma, die als Arbeitgeber fungiert, hat, wie erwähnt, ihren Sitz bekanntlich in Amsterdam.

**Fazit:** das heutige IPRG führt mit seinen Art. 1, 7, und 178 f. in Verbindung mit den einschlägigen Bestimmungen des NYÜ bzw. des LugÜ dazu, dass Arbeitnehmer nach herrschender Lehre und Bundesgerichtspraxis auch bei prekären Arbeitsverhältnissen und kleinen Löhnen in internationalen Sachverhalten auf ihre arbeitsvertraglichen Rechte verzichten können. Dies ist inakzeptabel. **Die vorliegende IPRG-Reform, insbesondere der Art. 178 IPRG (Regelungen zur Schiedsgerichtsvereinbarung und Schiedsklauseln) muss vorsehen, dass Schiedsvereinbarungen über Ansprüche, auf die der Arbeitnehmer gemäss Art. 341 Abs. 1 OR nicht verzichten kann, ihn auch in internationalen Sachverhalten nicht binden.**

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Ausführungen.

Freundliche Grüsse

**SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND**



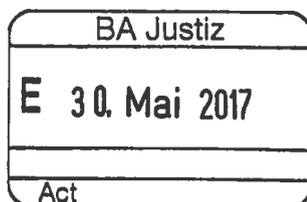
Paul Rechsteiner  
Präsident



Luca Cirigliano  
Zentralsekretär

Bundesamt für Justiz  
Frau  
Dr. Francine Hungerbühler  
Bundesrain 20  
3003 Bern

[ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)



Bern, 29. Mai 2017 sgv-KI/ds

**Vernehmlassung: Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht  
(Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**

Sehr geehrte Frau Dr. Hungerbühler

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 Verbände und gegen 300'000 Unternehmen. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 11. Januar 2017 lädt uns das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein, zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) Stellung zu nehmen. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

**Der Schweizerische Gewerbeverband unterstützt die Vorlage.**

Welches Ansehen die Schweiz als Wirtschaftsstandort hat, zeigt sich auch an den Fällen vor Schiedsgericht. Die Schweiz gehört heute zu den gefragtesten Standorten für internationale Schiedsgerichte. Im Unterschied zu langwierigen, unsicheren Verfahren vor ausländischen Gerichten können kommerzielle Streitigkeiten zwischen Geschäftspartnern vertraulich, schnell und kosteneffizient abgewickelt werden. Ziel der Gesetzesrevision ist es, die Attraktivität der Schweiz als bewährter internationaler Schiedsplatz zu erhalten und zu steigern. Das IPRG gibt den Parteien Autonomie und Flexibilität in der Verfahrensgestaltung. Diese Eigenschaften sollen gestärkt werden, was der sgv unterstützt. Zudem unterstützt der sgv die Lockerung der Formvorschriften durch Zulassung der halben Schriftlichkeit, die Stärkung der Parteiautonomie und die Zulassung von Rechtsschriften in Englisch vor Bundesgericht.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

**Schweizerischer Gewerbeverband sgv**

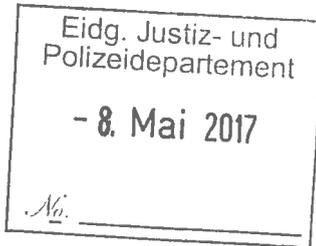


Hans-Ulrich Bigler  
Direktor, Nationalrat



Dieter Kläy  
Ressortleiter

**Präsident**    **Roy Garré, Bundesstrafrichter, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**  
☎ 058 480 68 68, E-Mail: roy.garre@bstger.ch  
**Sekretariat**    **Miro Dangubic, ☎ 078 732 26 68, E-Mail: info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch**



**Par courrier et par e-mail**  
Madame la Conseillère fédérale  
Simonetta Sommaruga  
Cheffe du Département fédéral  
de justice et police  
Bundeshaus West  
3003 Berne

Bellinzona, le 5 mai 2017

**Prise de position dans le cadre de la procédure de consultation**  
**Modification de la LDIP (arbitrage international)**

Madame la Conseillère fédérale,

Donnant suite à l'invitation qui nous a été adressée le 11 janvier 2017 par le DFJP et dans le délai qui nous a été imparti, nous nous prononçons comme suit sur le projet de modification du chapitre 12 de la loi sur le droit international privé relatif à l'arbitrage international, de même que sur les dispositions du CPC et de la LTF dont la révision est envisagée dans le même temps.

Le projet de révision préserve la clarté et la concision du chapitre 12 de la LDIP, qui constituent – comme justement relevé dans le rapport explicatif concernant le projet de modification – les points forts de la législation suisse concernant l'arbitrage international. L'ASM estime toutefois que trois éléments posent problème : en premier lieu, la forme assouplie de la convention d'arbitrage (art. 178 al. 1, 2ème phr. P-LDIP), source d'incertitudes; deuxièmement, la possibilité pour le Tribunal arbitral de statuer sur les frais de la procédure arbitrale (art. 189 al. 3 P-LDIP), laquelle est contraire au principe qui veut qu'un juge ne statue pas sur sa propre cause, et pour finir la faculté désormais offerte aux parties à une procédure arbitrale de déposer des mémoires de recours en anglais devant le Tribunal fédéral (art. 77 al. 2 bis P-LTF). Ces différents points sont détaillés ci-après.

**1. LDIP**

**- Art. 178 al. 1, deuxième phrase P-LDIP :**

Selon la modification projetée, la convention d'arbitrage est valablement passée par écrit, même si cette condition n'est remplie que par une seule des parties à ladite convention. Il s'agit ainsi d'une forme écrite " unilatérale ". A notre avis, il faut considérer les aspects suivants :

-- d'un côté, le formalisme est réduit et, par conséquent, la convention des parties a de plus grandes chances de validité;

-- d'un autre côté toutefois, l'incertitude est accrue – il devient moins évident de déterminer si une partie a manifesté son désaccord, lorsqu'elle l'exprime par oral, ou savoir quel sens prêter à son silence - ce qui est quelque peu contradictoire avec l'objectif d'accroître la sécurité du droit sous-tendant le projet de révision. L'accès à la justice devient donc aléatoire et plus complexe. L'on peut se demander si l'attractivité de la Suisse en tant que place d'arbitrage international y gagne au change.

S'y ajoute l'aspect capital de la reconnaissance internationale des décisions arbitrales, que le rapport explicatif n'aborde pas. Le problème réside dans le rapport entre l'art. 178 al. 1, deuxième phr., P-LDIP et l'art. II de la Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New-York; RS 0.277.12), qui prévoit que chacun des Etats contractants reconnaît une convention arbitrale si elle revêt la forme écrite (par quoi l'on entend une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes; cf. art. II ch. 2; voir également Art. 7 (2) et (3) du UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006). Les sentences internationales rendues sur la base d'une convention d'arbitrage passée en la forme écrite unilatérale – selon le droit suisse révisé de l'arbitrage international - ne seront ainsi pas forcément reconnues dans les Etats dont le droit interne prévoit la forme écrite (bilatérale).

L'ASM se prononce dès lors contre cette modification.

#### **- Art. 189 al. 3 P-LDIP :**

Cette disposition prévoit nouvellement que, sauf convention contraire, le tribunal statue sur le montant et la répartition des frais de la procédure arbitrale et sur les dépens. Dans la mesure où il s'agit pour lui de statuer sur les frais qui rémunèrent sa propre activité, le P-LDIP octroie au Tribunal arbitral la faculté de statuer dans sa propre cause, ce qui va à l'encontre du droit constitutionnel à un Tribunal indépendant et impartial (art. 30 al. 1 Cst; art. 6 ch. 1 CEDH), ceci au surplus sans possibilité de contrôle judiciaire indépendant sur le montant de ces frais (pas de motif de recours correspondant inscrit à l'art. 190 al. 1 LDIP).

Cette proposition va à l'encontre de l'un des buts du projet de révision, qui est de codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. rapport explicatif du 11 janvier 2017, p. 2). Il résulte de plusieurs arrêts fédéraux que le Tribunal arbitral ne peut pas rendre une décision contraignante en matière de frais (ATF 136 III 597 consid. 5.2.1 et 5.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_254/2013 du 19 novembre 2013 consid. 2.2). Cette conclusion s'est imposée tout autant en raison de l'absence de base légale que du principe qui veut que le juge ne puisse pas statuer dans sa propre cause. Introduire une base légale n'annihilerait donc pas la problématique.

Le fait que l'art. 384 al. 1 let. f CPC prévoie une semblable disposition en matière d'arbitrage interne – à la différence notable d'ailleurs qu'une voie de recours est ouverte au TF en cas de frais manifestement excessifs fixés par le tribunal arbitral (art. 393 let. f CPC) - n'y change rien. L'art. 384 al. 1 let. f CPC n'est pas exempt de critiques

doctrinales pour les mêmes raisons (cf. BERGER/KELLERHALS, *International and domestic arbitration in Switzerland*, 2ème éd. 2010 ch. 1479; voir aussi : GOLDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3ème éd. 1979, p. 611).

L'ASM se prononce dès lors contre cette modification, dans la mesure où elle concerne les frais de la procédure arbitrale.

## 2. LTF

### - Art. 77 al. 2bis P-LTF :

Il est possible de s'interroger sur l'opportunité de permettre le dépôt de mémoires en anglais devant le Tribunal fédéral. Deux perspectives doivent, à notre avis, être adoptées :

-- du point de vue des parties, l'on conçoit que la faculté de déposer des mémoires en anglais représente une simplification, si elles maîtrisent cette langue et l'ont utilisée devant le Tribunal arbitral. L'usage de l'anglais pourra également se révéler plus opportun s'il s'agit d'exprimer des concepts relevant du Common Law. Tel n'est pas nécessairement le cas en arbitrage interne où l'une ou l'autre des parties pourrait ainsi se voir confrontée à des écritures en anglais qu'elle devra traduire.

-- il faut d'ailleurs veiller à ce que cette faculté des parties ne se solde pas par un surcroît de travail pour le Tribunal fédéral, difficilement compatible avec sa charge actuelle. Le Tribunal fédéral est seul à même de déterminer si tel est le cas. Cas échéant, le confort des parties – ou l'économie que représente pour elles le fait de ne pas avoir à traduire leurs mémoires de recours dans l'une des langues nationales – ne devrait pas prévaloir sur les limites auxquelles est confrontée la Haute Cour. Il est impératif d'éviter que les particularités liées aux recours en matière d'arbitrage – par la charge de travail supplémentaire qu'elles impliquent - ne captent des forces du travail du Tribunal fédéral au détriment d'autres affaires.

La constitutionnalité de l'art. 77 al.2bis P-LTF pose également problème au regard de l'art. 70 al. 1 Cst qui, dans sa composante négative, prescrit que l'individu ne peut s'adresser à l'autorité que dans l'une des langues officielles, à l'exclusion de toute autre (cf. EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, *Commentaire bâlois*, n. 23 ad art. 70 Cst; PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, n. 2 ad art. 70 Cst). L'anglais n'en fait pas partie.

Partant, l'ASM se prononce contre l'adoption de cette modification.

## 3. CPC

### - Art. 358 al. 1, 2ème phr, P-CPC :

L'ASM renvoie aux remarques déjà formulées ci-dessus au sujet de l'art. 178 al. 1, 2ème phr., P-LDIP et se prononce dès lors contre l'adoption de cette modification.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération.



Roy Garre  
Président



Marie-Chantal May Canellas  
Membre de comité



31. Mai 2017

Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga  
Vorsteherin EJPD  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Per E-Mail an: [ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)

### **Stellungnahme in der Vernehmlassung zur Revision (Änderung) des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Im Januar 2017 haben Sie die interessierten Kreise eingeladen, zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. Als Fachverband, der sich für gute Rahmenbedingungen für die international tätige Wirtschaft der Schweiz einsetzt, beachtet SwissHoldings übergeordnete, tendenziell gesamtwirtschaftliche Aspekte und zieht diese in ihre Überlegungen mit ein.

#### **Haltung von SwissHoldings:**

1. Die schweizerischen Unternehmen sind zur Regelung von grenzüberschreitenden Streitfällen auf effiziente Streitbeilegungsmechanismen angewiesen und setzen sich deshalb auch für einen starken Schiedsplatz ein.
2. Die Unternehmen betrachten eine attraktive internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit als gewichtigen Vorteil für den Wirtschaftsstandort Schweiz.
3. Dem Revisionsvorhaben wird grundsätzlich zugestimmt. Dabei soll sich der Gesetzgeber allerdings auf punktuelle Verbesserungen und Anpassungen an internationale Entwicklungen beschränken.

## **A. Grundsätzliche Bemerkungen**

SwissHoldings, der Verband der Industrie- und Dienstleistungskonzerne in der Schweiz, umfasst 62 der grössten Konzerne in der Schweiz, die zusammen rund 70 Prozent der gesamten Börsenkapitalisierung der SIX Swiss Exchange ausmachen. Unsere Mitgliedfirmen beschäftigen global rund 1,7 Millionen Personen, rund 200'000 davon arbeiten in der Schweiz. Über die zahlreichen Dienstleistungs- und Lieferaufträge, die sie an KMU erteilen, beschäftigen die multinationalen Unternehmen der Schweiz – direkt und indirekt – über die Hälfte aller Angestellten in der Schweiz.

Die schweizerischen Unternehmen sind zur Regelung von Streitfällen, die bei ihren weitgespannten internationalen Geschäftsbeziehungen unweigerlich auftreten, auf effiziente Streitbeilegungsmechanismen angewiesen. Neben einem ausgebauten nationalen Gerichtssystem gehört dazu auch die wirkungsvolle private Schiedsgerichtsbarkeit. Die Unternehmen setzen sich deshalb auch für einen starken Schiedsplatz ein. Dessen Qualität ist dabei ein wichtiger Faktor im Standortwettbewerb.

## **B. Beurteilung des Vorentwurfs zur Revision (Änderung) des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht betreffend die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (VE-DSG)**

### **1. Einleitende Bemerkungen**

Die private Schiedsgerichtsbarkeit ist von zentraler Bedeutung für die Schweiz als Exportnation. Die alternative staatliche Gerichtsbarkeit ist für Schweizer Unternehmen in vielen Fällen nachteilig. Dies gilt besonders für den Handel mit Staaten, deren Recht und Gerichtsbarkeit mit denjenigen der Schweiz nicht genügend in Einklang stehen.

Schweizer Unternehmen haben ein grosses Interesse an einem funktionierenden Schiedsplatz Schweiz, da die konkurrierenden Schiedsplätze (London, Paris, New York, Singapur, Hongkong etc.) typischerweise mit deutlich höherem zeitlichem und finanziellem Aufwand verbunden sind, und eine Wahl des materiellen Schweizer Rechts in Vertragsverhandlungen oft nur zusammen mit einem Schweizer Sitz durchsetzbar ist.

Schiedsgerichtsbarkeit ist eine traditionelle und finanziell erfolgreiche Exportdienstleistung der Schweizer Wirtschaft und leistet auch einen Beitrag im Sinne der Guten Dienste der Schweiz zur Schlichtung internationaler Streitigkeiten zwischen Privaten oder zwischen Privaten und Staaten.

### **2. Allgemeine Kommentare**

Das 12. Kapitel des IPR-Gesetzes hat sich in der Praxis bewährt. Es sind keine wesentlichen Probleme bekannt. In diesem Sinn besteht kein zwingender Handlungsbedarf. Eine sanfte Modernisierung des 30 Jahre alten Gesetzes würde aber einen wichtigen Beitrag leisten, den Schiedsplatz Schweiz international konkurrenzfähig zu halten.

Eine Revision darf an der bewährten Struktur nichts ändern, um den bisherigen Erfolg des Schweizer Schiedsplatzes nicht zu gefährden. Zur Struktur gehören die international beachtete Kürze und Flexibilität unter Verzicht auf Sonderregeln für einzelne Nutzergruppen sowie die sehr beschränkte und schnelle Überprüfung von Schiedssprüchen durch das Bundesgericht als einzige Instanz.

Die vorgeschlagenen Änderungen im Sinne einer Nachführung und punktuellen Verbesserung entsprechen diesen Zielsetzungen. Sie erscheinen grundsätzlich als angemessen und sinnvoll. Ein Bedürfnis an zusätzlichen Revisionsthemen besteht nicht.

### **3. Kommentare zu einzelnen Bestimmungen**

#### Art. 178 Abs. 1, halbe Schriftlichkeit:

Diese Formerleichterung entspricht internationaler Tendenz und den Bedürfnissen der Praxis, da eine schriftliche Bestätigung eines Vertrages mit Schiedsklausel nicht immer erfolgt oder nachweisbar ist. Umgekehrt ist am Texterfordernis aus Gründen der Vorhersehbarkeit festzuhalten.

#### Art. 178 Abs. 4, Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften:

Dies ist für Statuten bereits im Rahmen der Aktienrechtsrevision zu Recht vorgesehen. Die Abgrenzung zwischen nationaler und internationaler Regelung ist aber noch klärungsbedürftig.

#### Art. 179 und Art. 180, Bestellung, Ersetzung, Ablehnung und Abberufung:

Die Notzuständigkeit Schweizer Gerichte bei einer Schiedsvereinbarung ohne Sitzangabe ist eine sinnvolle Ausweitung des 12. Kapitels. Sie mindert das Risiko fehlerhafter Schiedsklauseln, die in der Praxis immer wieder vorkommen.

Der Vorschlag, auf den im heutigen Art. 179 Abs. 2 IPRG enthaltenen Verweis auf die ZPO zu verzichten, wird begrüsst. Besonders ausländische Benutzer sollten nicht ohne Not mehrere Erlasse konsultieren müssen. Der Verzicht auf den heutigen Verweis setzt indessen voraus, dass die wichtigsten Regeln der ZPO betreffend die Ernennung, Ablehnung, Abberufung und Ersetzung, die heute gestützt auf den Verweis in Art. 179 Abs. 2 IPRG auch für das 12. Kapitel des IPRG gelten, in das 12. Kapitel integriert werden. Die Regelung in der ZPO erscheint uns vollständiger und durchdachter und ist zudem durch die Gerichtspraxis untermauert.

#### Art. 189 Abs. 3:

Der Neuqualifikation des Honorarsentscheids als nicht blosser, in einem separaten Zivilverfahren durchzusetzende Rechnungstellung stimmen wir zu. Wird neu dem Schiedsgericht die Kompetenz eingeräumt, über die Höhe des Schiedsrichterhonorars zu befinden, wird auch eine Angleichung an die Prinzipien der ZPO erreicht. Prüfwert ist allenfalls eine Anfechtungsmöglichkeit bei offensichtlich übersetzten Honoraren, ebenfalls analog zur ZPO.

#### Art. 77 Abs. 2bis BGG, englische Rechtsschriften:

Diese Möglichkeit könnte in Verhandlungen helfen, einen Sitz in der Schweiz durchzusetzen. Da die Schiedsverfahren fast ausschliesslich auf Englisch durchgeführt werden, wäre es wünschenswert, auch das ganze Anfechtungsverfahren auf Englisch durchzuführen, u.a. um die Kosten und den Zeitverlust von Übersetzungen zu vermeiden.

Art. 251a VE ZPO, juge d'appui

Angesichts der verhältnismässig geringen Anzahl möglicher Verfahren kann auf einen nationalen juge d'appui verzichtet werden. Bereits aus föderalistischen Gründen wäre es schwierig, eine solche übergeordnete Stelle einzurichten. Auch drängt sich nicht der Schluss auf, dass ein nationaler juge d'appui die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz entscheidend verbessern würde. Die in der Schweiz abgewickelten internationalen Schiedsverfahren haben ihren Sitz überwiegend in den grossen Zentren Zürich, Genf, zu geringeren Anteilen ferner in Basel, Bern, Lausanne und Lugano. Damit ist schon heute aufgrund dieser tatsächlichen Gegebenheiten sichergestellt, dass es in diesen Zentren Gerichte gibt, die mit juge-d'appui-Verfahren vertraut sind. Hingegen ist es zu begrüessen, dass der vorgeschlagene neue Art. 251a VE ZPO die Hilfsverfahren vor staatlichen Gerichten (juge-d'appui-Verfahren) generell in das summarische Verfahren verweist.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, für die wohlwollende Prüfung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

**SwissHoldings**  
Geschäftsstelle



Christian Stiefel  
Vorsitzender der Geschäftsleitung



Jacques Beglinger  
Mitglied der Geschäftsleitung

cc – SH-Vorstand

Hristina Tsaneva  
Fliederstrasse 12  
8006 Zürich  
+41 79 154 40 82  
hristina.tsaneva@hotmail.com

Zürich, 31. Mai 2017

Adressat/in:

Schweizerische Eidgenossenschaft  
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Sehr geehrte Damen und Herren

Es ist für mich eine Ehre hiermit, gestützt auf Art. 4, Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005 (SR 172.061), eine Stellungnahme innerhalb der am 11.01.2017 eröffneten, bis zum 31.05.2017 dauernden Vernehmlassung anlässlich internationale Schiedsgerichtsbarkeit betreffender Änderungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291) („IPRG“) abgeben zu dürfen.

Die Stellungnahme wird in dem eigenen Namen abgegeben. Sie wird als ein beigelegtes Dokument zugesendet.

Diese Teilnahme war durch die derzeitige Arbeit an meiner Dissertation «Eingriffsnormen in schweizerischer internationaler Schiedsgerichtsbarkeit von Finanztransaktionen» (provisorischer Titel) an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich bewogen. Innerhalb dieser Arbeit hatte ich die Gelegenheit, mich mit einigen im 12. Kapitel IPRG geregelten Fragen auseinanderzusetzen und gewisse Meinung darüber zu bilden. Die Letztere wird hier gerne vorgelegt, wobei man nicht so sehr auf ihre Annahme wie auf das Eröffnen durch sie von einer Diskussion hofft.

Dass die Arbeit an meiner Dissertation die gegenwärtige Stellungnahme veranlasst, führt zu dem Begrenzen dieser Stellungnahme zu Themen, die Haupt- oder Teilfragen dieser Dissertation darstellten. Die Erfahrung und Kenntnisse erlauben mir nicht, Kommentare zu anderen, das Revisionsprojekt betreffenden Themen sowie eine generelle Einschätzung von diesem zu liefern.

Ich bedanke mich für die Rücksichtnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Hristina Tsaneva  
Doktorandin (Universität Zürich)  
LL.M., Mag. iur.

Par courrier recommandé

31 mai 2017

**Objet : Consultation relative à la révision du chapitre 12 de la LDIP en matière d'arbitrage international**

Mesdames, Messieurs,

J'ai l'honneur de soumettre les raisons pour lesquelles une révision-toilettage du chapitre 12 telle que choisie par le projet préparé par l'Office fédéral de la justice et mis en consultation le 11 janvier 2017, serait une erreur. Je m'exprime à titre personnel, comme praticien travaillant à plein temps comme avocat d'arbitrage et arbitre depuis 37 ans, à New York, Paris puis Genève.

Permettez-moi de rappeler le contexte (1), puis l'enjeu (2) d'une révision du chapitre 12, avant de soumettre des pistes (3) de ce qu'une révision devrait être, à mon sens.

1.

Il est préalablement rappelé que l'arbitrage international est une industrie d'exportation (affaires impliquant des parties étrangères), qui est importante tant pour l'image de la Suisse à l'étranger que pour son économie (centaines de millions chaque année payés à des conseils, arbitres, institutions d'arbitrage, hôtels, traductions et services annexes en Suisse).

Partant de presque rien au début des années '60, la Suisse s'est hissée au sommet du marché mondial de l'arbitrage international grâce à la vision de nos aînés, concrétisée par une législation à l'époque innovatrice, le Concordat intercantonal sur l'arbitrage de 1969. En 1987, alors que la plupart des pays étaient en train de promulguer la loi-modèle de la CNUDCI, la Suisse a choisi plutôt d'innover avec le chapitre 12 de la LDIP, ce qui a permis de continuer à promouvoir des avantages distinctifs de l'arbitrage suisse dans le monde.

La Suisse vit certes sur sa renommée, mais elle est de moins en moins un modèle. D'autres pays l'ont rattrapée, voire dépassée. L'arbitrage suisse n'étant pas l'émanation d'un grand marché juridico-financier, il ne peut exister qu'en offrant un cadre juridique si attractif que les grands cabinets d'avocats de Londres, Paris ou New York doivent accepter d'insérer des clauses compromissaires suisses dans les contrats qu'ils rédigent pour leurs clients, malgré



l'intérêt économique de ces cabinets à favoriser plutôt leur propre lieu d'arbitrage londonien, parisien, new-yorkais ou autre.

Petit pays dépendant de ses exportations, la Suisse peut se comparer à Singapour. Or ces dernières années, Singapour n'a cessé d'innover et de prendre des parts de marché à la Suisse. Beaucoup d'autres centres d'arbitrage concurrencent aussi activement la Suisse (en plus de Londres, Paris, New York, nous trouvons de plus en plus La Haye, Stockholm, Hong Kong, Vienne, Dubaï, Dublin et d'autres). La survie de l'arbitrage international en Suisse passe donc par la qualité innovatrice de sa législation.

2.

La question posée depuis quelques années est précisément de savoir si la Suisse est capable de regagner sa place de précurseur. Le toilettage préconisé dans le projet démontrerait au monde que ce n'est pas le cas : la Suisse ne trouve plus rien à innover !

L'enjeu d'une révision est d'autant plus grand qu'un centre d'arbitrage peut se permettre une révision seulement tous les 20 à 30 ans. En effet, le droit de l'arbitrage étant une législation choisie et non imposée, chaque révision génère une période d'incertitude jusqu'à ce que l'on arrive à convaincre les utilisateurs de faire confiance au droit révisé (même légèrement), à quoi s'ajoute les problèmes de droit transitoire, qui rebutent les utilisateurs.

Pour que l'on parle de nouveau de la Suisse avec admiration en matière d'arbitrage international il faudra l'opposé d'un « toilettage ». Il faudra que la Suisse innove de nouveau.

3.

Or le monde a quelque peu changé ces trente dernières années. Il faut répondre au besoin de prévisibilité des utilisateurs qui résulte de ces changements, qui vont d'ailleurs se poursuivre. C'est dire que les innovations nécessaires et souhaitables ne manquent pas. Les pistes indiquées ci-dessous ne sont pas que des arguments promotionnels, mais elles répondent à des problèmes actuels et visent un meilleur service de la justice privée. On peut citer:

- L'art. 7 LDIP, qui est d'ailleurs à l'origine de la proposition de révision, mais qui paradoxalement ne fait pas partie du « toilettage » serait une évolution souhaitable pour l'image de la Suisse<sup>1</sup>.
- Etendue de la chose jugée de la sentence et abus de procédure à engager un nouvel arbitrage sur des questions qui auraient dû faire partie du premier arbitrage. Il est important de prévoir et de définir une incombance de concentrer ses moyens et demandes dans

---

<sup>1</sup> P.-Y. Tschanz, De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP, Bull. ASA 2010.478-84. Je suis cependant cité dans le rapport comme étant partisan d'un plein pouvoir d'examen du juge suisse saisi au fond lorsqu'une exception d'arbitrage est soulevée devant lui, alors que depuis 25 ans je milite pour la compétence arbitrale prioritaire et j'écris que le juge suisse ne doit pas décider sur sa compétence de façon prématurée, mais doit plutôt suspendre sa procédure pour donner sa chance à l'arbitrage invoqué, et que c'est seulement si les arbitres se déclarent incompétents (ou ne peuvent être constitués) que le juge suisse sera à même de trancher sa compétence avec autorité chose jugée.



l'instance arbitrale. Il s'agit de remédier à la frustration grandissante des utilisateurs ayant gagné leur arbitrage de se voir confrontés à un deuxième arbitrage remettant pratiquement en cause le premier, ce qui est d'autant plus important que le droit suisse n'a pas adopté le concept de « issue preclusion ».

- Il faudra s'interroger sur les modalités permettant à la justice privée de prendre en compte l'intérêt de tiers à l'arbitrage. Un des exemples revêtant une grande importance commerciale est l'arbitrabilité des litiges fintech, biotech et autres domaines hi-tech, qui dépendent très largement de droits de propriété intellectuelle. Nous avons un peu d'avance en droit interne concernant l'effet d'une sentence arbitrale portant sur la validité d'un brevet.<sup>2</sup>
- Dans le domaine de l'arbitrage sportif, on sait que l'application aux sportifs du régime de l'arbitrage international, qui se fonde sur un consentement libre entre parties égales et rompues aux affaires est difficilement soutenable. Alors que les sportifs signent des contrats comportant des clauses compromissaires, souvent par référence à un règlement, sans avoir d'autre choix, ce qui est souvent une pure fiction de consentement, ils se retrouvent devant des arbitres qui ont une exigence d'indépendance réduite et qui peuvent imposer des sanctions disciplinaires à caractère quasi-pénal, et le tout avec une exécution forcée automatique non contrôlable sous la Convention de New York. Si l'on persiste à appliquer toutes les règles de l'arbitrage commercial aux sportifs, on risque de condamner le TAS lorsqu'un autre droit innovera, bientôt, en Allemagne, France, Angleterre, ou ailleurs.
- Il faudrait fixer le principe et les limites de la compétence arbitrale fondée sur l'implication, afin d'améliorer la sécurité juridique, et aussi de rompre le cercle vicieux lorsqu'une partie veut faire constater que le contrat n'a pas été conclu, et que l'autre partie soutient que le contrat a été conclu, mais dit que, s'il n'a pas été conclu, il n'y a pas non plus de compétence arbitrale. ("Soit vous constatez que le contrat a été conclu, soit vous n'êtes pas compétents, mais vous ne pouvez pas constater que le contrat n'a pas été conclu alors même que vous êtes incompétents pour la même raison pour laquelle le contrat n'a pas été conclu"). Nous savons que la théorie des faits de double pertinence ne peut être la solution. Les arbitres ne peuvent donc déclarer avec autorité de chose jugée qu'un contrat contenant une clause compromissoire n'est pas conclu, même à l'égard de parties qui ont participé activement à sa négociation et son exécution.
- Ouverture de la possibilité d'un « arbitrage préventif » comme démembrement de l'arbitrage juridictionnel. La proposition est sur la table depuis de nombreuses années.

---

<sup>2</sup> F. Perret, Arbitrage et propriété intellectuelle : le contentieux de l'annulation du titre, Rev. Arb. 2014.303-318.



- Au minimum, ouvrir la possibilité de déclarer les règles pertinentes sur une question précise. En effet, chaque fois qu'un tribunal arbitral décide qu'il ne peut pas faire droit à une conclusion parce que le droit matériel qui est invoqué dépend de faits futurs et trop incertains, ce qui obligera les parties à engager un nouvel arbitrage quand les faits se seront produits, alors que les parties auront déjà investi des sommes considérables pour instruire l'affaire devant le premier tribunal arbitral. Il suffirait de prévoir que les arbitres peuvent déclarer des règles pertinentes sur une question précise, et que cet énoncé liera un tribunal ultérieur.
- L'articulation (à travers le concept de saisine) entre les contestations portant sur la constitution et celles portant sur compétence (vu que l'art. 186 ne mentionne que la compétence).

\* \*  
\*

En conclusion, le toilettage proposé apparaît néfaste. Il faut éviter que par un « toilettage » qui ignore les enjeux, l'on aboutisse à un « Swissair de l'arbitrage international en Suisse ».

Il me paraît urgent de constituer un groupe d'experts qui planche sur de vraies innovations.

Je vous prie d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'assurance de ma haute considération.

Pierre-Yves Tschanz



---

<sup>b</sup>  
**UNIVERSITÄT  
BERN**

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement  
Frau Bundesrätin  
Simonetta Sommaruga  
z.H. Bundesamt für Justiz  
3003 Bern  
Via E-Mail [ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)

Rechtswissenschaftliche Fakultät  
**Institut für Internationales  
Privatrecht und Verfahrensrecht**

Prof. Alexander R. Markus  
Direktor

Bern, 31.5.2017

## **Vernehmlassung zur Revision des 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht betr. die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Ich beziehe mich auf Vorentwurf und Bericht vom Januar 2017 und nehme dazu gerne Stellung wie folgt.

### **1. Allgemeine Bemerkungen**

In ihrer Ausrichtung versteht sich die vorliegende Revision nicht als Totalrevision, sondern als eine sanfte Überarbeitung, die vornehmlich die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesetzestext klarstellen oder allenfalls korrigieren will. Im Vordergrund soll dabei die Beziehung zwischen der Schiedsgerichtsbarkeit und den staatlichen Gerichten stehen. Als Ziel habe sich der Vorentwurf daran zu orientieren, dass die (bereits vorhandene) Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz noch gesteigert wird.

Die Zielsetzung der Revision ist gewiss zu begrüßen; gleichzeitig ist die Frage näher zu beleuchten, ob die Revision eines zweifellos in der Praxis bewährten Gesetzes unter diesen bescheidenen Vorzeichen überhaupt Sinn macht. Ein bewährtes Gesetz mit internationaler Ausstrahlung ist negativ sensibel auf Revisionen, da im grenzüberschreitenden Kontext Stabilität der Regelung und damit Voraussehbarkeit der Lösungen wertvolle Assets darstellen.

Die Voraussehbarkeit der Lösungen ist hingegen dort in Frage gestellt, wo wesentliche Lücken des Gesetzes durch die Rechtsprechung zu füllen waren mit dem Ergebnis, dass die Lösungen aus ausländischer Betrachtung kaum mehr nachvollziehbar sind. Das trifft vorliegend beim Rechtsbehelf der Revision zu, der in der Schiedsgerichtsbarkeit eine wichtige Rolle zu erfüllen hat und vorliegend gesetzgeberisch klargestellt werden soll. Nicht zuletzt ergeben sich aber auch erhebliche Fragen beim Zusammenspiel zwischen dem 12. Kapitel des IPRG und der Schweizerischen ZPO, das

komplex und gleichzeitig zu lückenhaft geregelt ist, um sich der ausländischen Sicht ohne Weiteres zu erschliessen.

Abgesehen von der erwähnten bundesrätlichen Zielsetzung enthält die Revision indes einen ganz wesentlichen Änderungsvorschlag in der Sache, der über die nominal bescheidene Übungsanlage hinausgeht. Die Rede ist von der Formvorschrift für die Schiedsvereinbarung, welche mit der Gesetzesvorlage erheblich gelockert werden soll.

Nachfolgend wird zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs Stellung genommen. Keine Bemerkung bedeutet Zustimmung.

## 2. Zu den einzelnen Bestimmungen

### Art. 176 Abs. 1 und 2 VE-IPRG

Die Klarstellung in Abs. 1 ist zu begrüßen, die frühere (immerhin vom Bundesgericht inzwischen selber korrigierte) Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Abgrenzung zwischen IPRG- und ZPO-Schiedsgerichtsbarkeit war unbefriedigend. Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt und Niederlassung sind – zu Gunsten der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – alternativ zu verstehen, was jedoch nicht mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Text des VE hervorgeht. Die Erwähnung des Sitzes ist überflüssig, zumal bereits Art. 21 IPRG den Sitz vorsieht.

Die Ergänzung des Abs. 2 ist wahrscheinlich vor dem Hintergrund zu verstehen, dass für die Schiedsvereinbarung nur noch einseitige Schriftlichkeit verlangt wird (Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG). Soll die Formvorschrift für die Schiedsvereinbarung gelockert werden, so macht es – sogar vor dem Hintergrund der strikten Rechtsprechung des Bundesgerichts – in der Sache keinen Sinn, für darin integrierte oder spätere separate Optionserklärungen die strengere beidseitige Form zu verlangen. Die Kernvereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit ist von wesentlich grösserer Tragweite als der Wechsel zwischen IPRG und ZPO.

Abgesehen von den hinten erläuterten, inhaltlichen Vorbehalten gegen die einseitige Schriftlichkeit sind Text und System des VE nur schwer verständlich. Der Wortlaut bezieht sich auf *die* (scil. beide) *Parteien*, welche in einer *ausdrücklichen Erklärung* oder einer *späteren schriftlichen Übereinkunft* die Geltung des 12. Kapitels ausschliessen können. Sollen jedoch beide Parteien Erklärungen „ausdrücklich in der Schiedsvereinbarung“ abgeben, so weist dies – wenn auch noch nicht eindeutig – in die Richtung einer beidseitigen Formvorschrift. Deutlicher ist die Problematik bei der späteren „schriftlichen Übereinkunft“ der Parteien. Diese Übereinkunft fällt eindeutig nicht unter die Fiktion des Art. 178 Abs. 1 Satz 2 VE-IPRG, zumal diese ja ausdrücklich auf die Schiedsvereinbarung beschränkt ist. Damit entsteht eine Schiefelage, in welcher die in die Schiedsvereinbarung integrierten sowie die nachträglichen Optionsvereinbarungen einer strengeren Form unterworfen werden als die Schiedsvereinbarung selber, oder –

je nach Lesart (wegen des unklaren Wortlauts) die spätere Optionsvereinbarung einer strengeren Formvorschrift unterliegt als die in die Schiedsvereinbarung integrierte Optionsvereinbarung.

Dieselbe Problematik ergibt sich im Übrigen bei Art. 353 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 258 Abs. 1 VE-ZPO.

Ungeachtet dessen trägt Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG jedoch ohnehin einen Kern von Missverständlichkeit in sich.

#### Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG

Der Text wirft erhebliche Fragen der *Formulierung* und der *Systematik* auf. Der erste Halbsatz statuiert nach wie vor eine beidseitige Schriftlichkeit, wie sie bereits in Art. 178 Abs. 1 IPRG g.F. normiert ist. Er spricht nämlich von der „Vereinbarung“, welche beide Parteien involviert, und folgt insofern dem Wortlaut des bisherigen Texts. Der zweite Halbsatz enthält sodann die Fiktion, dass die beidseitige Schriftlichkeit nach erstem Halbsatz auch erfüllt sei, wenn sie nur einseitig sei, m.a.W. nur von einer Partei gewahrt wird.

Dieses indirekte Konzept erzeugt nicht nur die vorstehend genannten Spannungen zu Art. 176 Abs. 2 VE-IPRG. Zudem fällt auf, dass im Vergleich mit der b.F. auf den Begriff der „Übermittlung“ verzichtet wird. Der Begriff der Übermittlung ist neben dem bisherigen Text und Art. 5 IPRG auch im europäischen Zivilprozessrecht zu finden (Art. 23 Ziff. 2 LugÜ; Art. 25 Abs. 2 EuGVVO) und impliziert, dass die jeweiligen Erklärungen der anderen Partei in der geforderten Form zu übermitteln sind. M.a.W. ist die Willenserklärung einer Partei nicht nur in der geforderten Form *festzuhalten*, sondern der anderen Partei in dieser Form auch zu *übermitteln*. Der Erläuternde Bericht nennt das Beispiel des § 1031 Abs. 1 ZPO/D, der ebenfalls eine solche Übermittlung an die Parteien vorsieht. Der vorgeschlagene Text könnte jedoch dahin verstanden werden, dass nunmehr auf diese Übermittlung verzichtet wird, was eine sachlich nicht zu rechtfertigende Differenz zum Recht der Gerichtsstandsvereinbarung schaffen würde.

Die Texte sowohl des VE wie auch des Berichts verursachen zudem auch erhebliche Unsicherheiten im Verhältnis zum – in der Sache deutlich zu unterscheidenden – Konzept von Art. 23 Ziff. 1 lit a LugÜ, das als Grundnorm für die Gerichtsstandsvereinbarung die beidseitige Schriftlichkeit und als Variante die beidseitige mündliche Vereinbarung mit einseitiger schriftlicher Bestätigung vorsieht. Letztere Variante der Formvorschrift trägt in der Literatur durchwegs die Bezeichnung „*Halbschriftlichkeit*“; der vorliegende Erläuternde Bericht verwendet jedoch ebendiesen Begriff für die vorliegende neue Formvorschrift. Aus der Sicht des vorgeschlagenen Gesetzestextes dürfte aber wahrscheinlich die „einseitige Schriftlichkeit“ gemeint sein. Dieser Widerspruch wäre jedenfalls zu klären.

Eine klare Formulierung, welche besagt, dass die Erklärung *einer* der Parteien „... schriftlich oder in einer anderen Form (der Übermittlung) zu erfolgen hat, die...“ wäre

somit der Verständlichkeit zuträglich. Dem Zusammenspiel mit Art. 176 Abs. 2 VE-IPRG wäre dabei Beachtung zu schenken.

*Inhaltlich* bestehen Vorbehalte gegenüber dem Konzept der einseitigen Schriftlichkeit. Die Rechtsprechung hat die einseitige Schriftlichkeit bereits zugelassen, wobei es diese aber auf Tatbestände beschränkt, die aus materiellrechtlichen Gründen den Verzicht auf die Beidseitigkeit der Form rechtfertigen (Warenpapiere, Zession, weitere Tatbestände eines Einbezugs Dritter in die Schiedsvereinbarung etc.). Als *allgemeines Prinzip* bringt die einseitige Schriftlichkeit jedoch erhebliche Nachteile mit sich, welche die Vorteile in gewissen Situationen des kaufmännischen Verkehrs, wie sie der Erläuternde Bericht geltend macht, mehr als aufwiegen dürften. Vor- und Nachteile sind im Übrigen aus den Kontroversen bekannt, die zum UNCITRAL-Modellgesetz geführt wurden, und sollen hier nicht umfassend wiedergegeben werden.

- Der Beweis des Zustandekommens der Schiedsvereinbarung wird für die Partei, die sich darauf berufen möchte, nicht durchwegs erleichtert, sondern u.U. erschwert. Eine Partei trägt die Beweislast für den übereinstimmenden Willen der anderen Partei auch dann, wenn dieser Wille nicht in die Schriftform gekleidet sein musste. Zwar können mit dem einseitigen Konzept gewiss einige an ungenügender Form leidende Situationen „gerettet“ werden. Gleichzeitig dürften aber vermehrt Streitigkeiten über Zustandekommen und Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu verzeichnen sein (siehe auch nachstehend). Zuständigkeitsstreitigkeiten sind dem Institut der Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt abträglich.
- Gemäss Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG „...gilt die Form als erfüllt, wenn sie nur von einer Partei...“ gewahrt ist. Diese *einseitige* Schriftlichkeit ist für ein (vollkommen) *zweiseitiges Rechtsgeschäft*, die beide Seiten gleichermaßen verpflichtet, mit rechtstechnischen Unsicherheiten belastet. Einseitige Formvorschriften finden sich im materiellen Recht denn auch lediglich bei *einseitigen Verpflichtungen* (wie sei im Rahmen ein- oder zweiseitiger Rechtsgeschäfte anzutreffen sind). Welches sind die Anforderungen an eine Formvorschrift für ein vollkommen zweiseitiges Rechtsgeschäft, bei welchem nur die rechtsgeschäftliche Erklärung *einer Partei* formbedürftig ist? Sind sämtliche formbedürftigen Vereinbarungselemente von ein und derselben Partei zu erklären? Einseitige Schriftlichkeit bedeutet, dass Form und rechtsgeschäftliche Erklärung *uno actu* miteinander einhergehen müssen. Es dürften somit Situationen gefördert werden, in denen zwar die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien formlos einen Konsens erzielt hätten, jedoch die relevanten Elemente der Vereinbarung nicht unter *gleichzeitiger* Einhaltung der Form erklärt wurden. Die einseitige Schriftlichkeit könnte insofern den Parteien durchaus mehr Unklarheiten beschieren als die beidseitige. Dieselben Probleme stellen sich beim – durchaus bewährten – Institut der Halbschriftlichkeit des europäischen Gerichtsstandsrechts eben gerade nicht. Die rechtsgeschäftlichen Erklärungen selber sind bei diesem Konzept nicht formbedürftig; dort geht es allein darum, dass die essenziellen Punkte der Vereinbarung *nachträglich* von einer der Parteien *in Schrift-*

*form festgehalten* werden, und zwar unabhängig davon, welche Partei welche Elemente der Vereinbarung vorher erklärt hat. Das Konzept des Europäischen Gerichtsstandsrechts bietet mithin eine bedeutende praktische Erleichterung gegenüber der beidseitigen Schriftlichkeit, ohne die erwähnten Gefahren der einseitigen Schriftlichkeit zu bieten. Indem Willenserklärung und Form separate Rechtsakte darstellen, bietet es gleichzeitig auch einen besseren Übereilungsschutz als die einseitige Schriftlichkeit.

- Gerichtsstandsvereinbarungen unterliegen nach *IPRG* (wie auch nach *ZPO*) der vergleichsweise strengeren zweiseitigen Formvorschrift. Weder das *LugÜ* noch insbesondere auch die kürzlich revidierte *Europäische Gerichtsstandsverordnung* akzeptieren zudem die einseitige Schriftlichkeit. Sinn und Zweck der Formvorschriften für Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsvereinbarungen sind im Grossen und Ganzen dieselben (Übereilungsschutz; Vermeidung von Zuständigkeitsstreitigkeiten durch einfache Beweisbarkeit). Gerichtsstandsvereinbarungen sind im Vergleich mit Schiedsvereinbarungen, die einen Verzicht auf die staatlichen Gerichte bedeuten, jedoch wesentlich weniger einschneidend. Mit der Lockerung der Formvorschriften für die Schiedsvereinbarung begibt sich der Gesetzgeber somit in eine Wertungsdifferenz, deren Erklärung schwer fällt. Ist geplant, dass das schweizerische Recht die Formvorschrift für die Gerichtsstandsvereinbarung ebenfalls lockert? Der Bericht schweigt sich über diese Frage aus, obwohl sie nicht zu unterschätzende rechtspolitische Implikationen hätte (Stichwort: AGB-Recht).
- Das Beispiel im Bericht S. 20, das von einer Annahme der schriftlichen Offerte zum Hauptvertrag durch konkludentes Verhalten spricht, würde im analogen Fall sowohl nach *IPRG* wie auch nach europäischem Zivilprozessrecht *verhindern*, dass eine *Gerichtsstandsvereinbarung* zustande kommt. Das ergibt sich selbstverständlich nach *IPRG*; die Variante von Art. 23 Ziff. 1 lit. a *LugÜ* „...mündlich mit schriftlicher Bestätigung“, also die Formvorschrift der Halbschriftlichkeit, verlangt aber auch – wie erwähnt – nach einer beidseitigen mündlichen Vereinbarung und schliesst die Annahme der Offerte durch konkludentes Verhalten grundsätzlich aus. Es stellt sich also auch unter praktischen Aspekten die Frage, warum die Schiedsvereinbarung in der Vergleichung zur Gerichtsstandsverordnung „privilegiert“ werden soll.
- Im Konsumenten-, Arbeits- und Mietrecht, welche Bereiche nicht aus der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen sind, ist ein Festhalten an der Zweiseitigkeit der Formvorschrift aus Gründen des Übereilungsschutzes klar vorzuziehen. In AGB enthaltene Schiedsklauseln sind bereits nach geltendem Recht verbindlich, wenn im zweiseitigen schriftlichen Vertrag hinreichend klar auf die AGB verwiesen wird. Der Standard der klaren Verweisung im Hauptvertrag, an dem unter Konsensgesichtspunkten unbedingt festzuhalten ist, würde mit der einseitigen Formvorschrift abgeschwächt.

- Die deutsche ZPO, die vom Bericht als Beispiel einer vergleichsweise formliberaleren Ordnung angeführt wird, statuiert in § 1031 Abs. 1 die beidseitige Schriftlichkeit als Grundsatz. Dass es nach der ersten Variante von Abs. 3 dieser Bestimmung für die Formwahrung ausreicht, dass die Schiedsklausel in einem Dokument (i.d.R. AGB) enthalten ist, auf welches die Parteien unter Wahrung der formellen Beidseitigkeit Bezug nehmen, ist vom geltenden Schweizer Recht bereits akzeptiert. Allein Abs. 2 (kaufmännisches Bestätigungsschreiben) erscheint insgesamt formliberaler, setzt aber für die Formerleichterung immerhin eine entsprechende Verkehrssitte voraus (und folgt damit dem Beispiel des Art. 23 Ziff. 1 lit. c LugÜ). Hinzuweisen ist auch auf § 1031 Abs. 5 ZPO/D, der zudem eine besondere Formvorschrift für Verbraucherverträge enthält, die keine Entsprechung im vorliegenden VE findet.
- Art. II Abs. 2 des New Yorker Übereinkommens fordert nach seinem Wortlaut nicht nur die zweiseitige, sondern sogar die ungleich strengere „doppelte Schriftlichkeit“. Zwar hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung Somatrans (wie auch eine entsprechende Deklaration der UNCITRAL) festgestellt, dass diese Bestimmung geltungszeitlich, d.h. im Licht der formliberaleren Lösungen des (damaligen) UNCITRAL-Modellgesetzes und des Schweizer IPRG auszulegen ist. Der Schritt von der doppelten zur einseitigen Schriftlichkeit wäre allerdings so gross, dass aus der Sicht des Vernehmlassers unklar ist, ob der VE noch als mit dem New Yorker Übereinkommen konform betrachtet werden könnte, auch wenn das Modellgesetz nunmehr den (optionalen) Verzicht auf jegliches Formerfordernis enthält. Ein praktisches Problem dürfte sich somit zumindest in Situationen stellen, in welchen es um die Formgültigkeit einer schweizerischen Schiedsvereinbarung aus der Sicht des ausländischen Anerkennungsstaats geht.

Nach dem Gesagten ist die Einführung der einseitigen Schriftlichkeit für die Schiedsvereinbarung unter mehreren Aspekten in Frage zu stellen. Die beidseitige Schriftlichkeit sollte deshalb – parallel zur Gerichtstandsvereinbarung – im Grundsatz beibehalten werden. Das praktische Bedürfnis nach Formerleichterung hält sich in überschaubaren Grenzen; es beschränkt sich jedenfalls auf *gewisse Formen des B2B-Verkehrs*. Um diesem Bedürfnis entgegenzukommen, könnte sich die Gesetzgebung dort an Art. 23 Ziff. 1 lit. b und c LugÜ orientieren: Entspricht die gelockerte Form den Gepflogenheiten zwischen den Parteien oder einem internationalen Handelsbrauch, so relativieren sich die vorstehend genannten Bedenken sowohl des Übereilungsschutzes wie der Beweisbarkeit. Insbesondere erkennt der Vernehmlasser durchaus einen gewissen Lockerungsbedarf beim *kaufmännischen Bestätigungsschreiben*, das von diesen Kategorien erfasst würde.

#### Art. 179/180 VE-IPRG (Streichung der Verweisung auf die ZPO und entsprechende Ergänzungen des IPRG)

Die bestehende Verweisungstechnik des IPRG auf die ZPO ist unklar und unvollständig. Unter diesem Aspekt kann das vorgeschlagene Konzept begrüsst werden,

wonach die Verweisungen gestrichen werden, auch wenn der Vernehmlasser einen gewissen Vorteil darin gesehen hätte, diese Verweisungen im Gegenteil klarzustellen und auszubauen. Der Text des Berichts könnte den Eindruck erwecken, dass ein analoges Heranziehen der ZPO zur Lückenfüllung im IPRG schlechthin ausgeschlossen wird. In der vergleichsweise ausführlicheren ZPO finden sich jedoch streckenweise klarere Lösungen, als bisherige Rechtsprechung und Literatur zum IPRG bieten können. Erwähnt seien Art. 376 f. ZPO betreffend Streitgenossenschaft, Klagenhäufung, Beteiligung Dritter sowie Verrechnung und Widerklage. Vor diesem Hintergrund wäre es nützlich in der Botschaft zu vermerken, dass eine analoge Heranziehung der ZPO zur Lückenfüllung nach dem Konzept der Revision keinesfalls ausgeschlossen ist.

#### 179 Abs. 2 Satz 2 VE-IPRG

Mit dieser neuen Regel ist die Sitzbestimmung zweifelsohne in keiner Situation mehr *essentialium negotii*; die Schiedsvereinbarung kann nicht mehr daran scheitern, dass kein oder kein ausreichend bestimmter Sitz bezeichnet wurde. Die Regelung ist aus dieser Sicht zu begrüßen; immerhin ist darauf hinzuweisen, dass unklar bleibt, was im Fall geschieht, dass das vom Schweizer *juge d'appui* bestellte Schiedsgericht einen Sitz im Ausland wählt. Die Anrufung des schweizerischen *juge d'appui* bedeutet ja – richtigerweise – noch keine Wahl eines Sitzes. Es ist nicht gesichert, ob die ausländische *lex arbitri* die Sitzwahl eines Schiedsgerichts akzeptiert, das von einem Schweizer Gericht bestellt wurde. Es ist nicht unbedingt zu erwarten, dass diese Frage im Ausland so grosszügig gesehen wird wie umgekehrt in der Schweiz (BGer 10.1.2013 4A\_146 2012). Diese Überlegung soll jedoch die vorgeschlagene legislatorische Verbesserung insgesamt nicht hindern, sondern lediglich auf ein Problem hinweisen.

#### Art. 180 Abs. 2bis VE-IPRG

Die Regelung ist zu begrüßen. Es stellt sich allein die Frage der Nomenklatur. Die Abberufung auf Antrag einer Partei wird in der Literatur vorwiegend als „Absetzung“ bezeichnet, während jener Begriff für die einvernehmliche Situation reserviert bleibt.

#### Art. 184 Abs. 3 VE-IPRG

Die Regelung ist zu begrüßen. Die vorliegenden Bemerkungen betreffen allein den Bericht. Art. 11 a IPRG, den der Bericht als Ausgangspunkt heranzieht, ist auf ein Rechtshilfegesuch aus dem Ausland ausgerichtet, bei dessen Durchführung in der Schweiz Formen des ersuchenden (ausländischen) Verfahrensrechts angewendet werden können. In der Schiedsgerichtsbarkeit richten sich die Zustellungen und Beweiserhebungen nach der gewählten Schiedsordnung, also nach den Vereinbarungen der Parteien. Die Unterscheidung zwischen „inländischen“ und „ausländischen“ Verfahrensformen ist in der Schiedsgerichtsbarkeit insofern obsolet. Es geht allein um die Flexibilität des staatlichen Gerichts, die (im Rahmen des aus der Sicht des verfahrensrechtlichen *ordre public* Erlaubten) so weit gehen sollte wie möglich, um sich der gewählten Verfahrensordnung anzupassen. Der vorgeschlagene VE gibt dies adäquat

wieder, während der Vernehmlassungsbericht nicht ganz zutreffend von „ausländischen Beweisformen“ spricht.

Art. 176 Abs. 2 VE-IPRG; Art. 186 Abs. 1bis IPRG, Art. 372 Abs. 2 ZPO

Die Beibehaltung des „Offenen Dualismus“, wie der Bericht ihn nennt, ist unbestritten und bietet die erforderliche Flexibilität. Er stellt hingegen bei der Rechtshängigkeit Probleme, deren Lösung im Rahmen der vorliegenden Revision angegangen werden könnte. Die Rechtshängigkeitsregel von Art. 186 Abs. 1bis IPRG ist auf die *grenzüberschreitende Situation zugeschnitten*, in welcher ein inländisches Schiedsverfahren und ein ausländisches Verfahren (Staats- oder Schiedsgericht) parallel laufen. Art. 186 Abs. 1bis IPRG enthält einen *favor* zu Gunsten des inländischen Schiedsgerichts, der sich v.a. dadurch rechtfertigt, dass staatsgerichtliche Verfahren des Auslands, die in einer schiedsfeindlichen Rechtsordnung stattfinden, die Schweizer Schiedsvereinbarung sabotieren können (vgl. Rechtsprechung des Bundesgerichts i.S. Fomento).

Im Gegensatz zu Art. 186 Abs. 1 bis IPRG regelt *Art. 372 Abs. 2 ZPO* Schieds- und Rechtshängigkeit streng nach dem zeitlichen Prioritätsprinzip. Diese Regel, die keinen solchen *favor* enthält, ist *auf die Binnensituation zugeschnitten*, in welcher ein inländisches Schiedsverfahren mit einem anderen inländischen Verfahren parallel läuft. Das strikte zeitliche Prioritätsprinzip rechtfertigt sich in dieser Situation dadurch, dass der Schweizer Staatsrichter eine (*nota bene* summarische) Beurteilung von Zulässigkeit und Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach der Schweizer *lex arbitri* vornimmt, und damit zu keinem „schiedsfeindlichen“ Ergebnis gelangen wird. Wendet man insbesondere Art. 372 Abs. 2 ZPO auch auf eine grenzüberschreitende Rechtshängigkeit an, so wird das (ggf. international ausgerichtete) ZPO-Schiedsverfahren gegenüber dem IPRG-Schiedsverfahren wesentlich benachteiligt. Vor diesem Hintergrund sollte gesetzgeberisch klargestellt werden, dass Art. 186 Abs. 1bis IPRG immer dann gilt, wenn eine grenzüberschreitende Rechtshängigkeitssituation gegeben ist, und zwar ungeachtet der Frage, ob es sich um IPRG- oder ZPO-Schiedsgerichtsbarkeit handelt. Umgekehrt sollte Art. 372 Abs. 2 ZPO immer in Binnensituationen gelten, wiederum ungeachtet der Frage, um welche Art der Schiedsgerichtsbarkeit es sich handelt. Gesetzgebungstechnisch kann dies z.B. dadurch bewerkstelligt werden, dass beide Normierungen sowohl im IPRG wie in der ZPO zu finden sind (vgl. ausführlich zur Problematik IRMA AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel, Zürich 2016, Rz. 145 f.).

Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG

Die Problematik beim Kostenentscheid des Schiedsgerichts liegt darin, dass die Schiedsrichter in eigener Sache einen Schiedsspruch fällen. Lässt man dies trotzdem zu, zumal praktische Gründe für diese Lösung sprechen, so ist unbedingt zu fordern, dass eine Beschwerdemöglichkeit entsprechend Art. 393 lit. f. ZPO gegeben ist.

Art. 190a VE-IPRG

Die ausdrückliche Regelung der Revision zu begrüßen; die heutige Situation ist gerade für ausländische Rechtssuchende unübersichtlich.

In diesem Zusammenhang sei auf die neuere Arbeit von SOSAN NAVID, Die Revision von Schiedssprüchen in der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Editions Weblaw 2016, S. 117 f., verwiesen, die Vorschläge enthält, welche mit dem VE-IPRG praktisch gleichlaufen. Aus systematischer Sicht stellt sich lediglich die Frage, ob die Revision bei nachträglich entdeckten Ablehnungsgründen – dem Vorschlag von NAVID folgend – bei den anderen Revisionsgründen in Art. 190a Abs. 1 IPRG besser untergebracht wäre als bei Art. 180 Abs. 4 VE-IPRG.

Art. 77 Abs. 1 VE-BGG

Die Klarstellung ist zu begrüßen; die weitere Unsicherheit de lege lata, ob die subsidiäre Verfassungsbeschwerde für Fälle unter dem Streitwert zulässig wäre, wird durch den VE ebenfalls beseitigt.

Abschliessend bedanke mich, sehr geehrte Frau Bundesrätin, für die Gelegenheit zur Stellungnahme, und bitte Sie höflich um die Berücksichtigung der vorliegenden Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Prof. Dr. Alexander R. Markus

Le 30 mai 2017

---

***Procédure de consultation relative à la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international)***

---

***Prise de position***

Dans le délai imparti par le Conseil fédéral le 11 janvier 2017, nous avons l'honneur d'exposer l'avis de la Faculté de droit de l'Université de Genève à propos de l'avant-projet de révision des dispositions sur l'arbitrage international (chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)). Après quelques remarques d'ordre général sur l'opportunité de la révision (A), cette prise de position exposera diverses propositions concernant des dispositions spécifiques (B).

**A. Commentaires généraux**

La volonté de réviser le chapitre 12 de la LDIP et le contenu de l'avant-projet doivent être approuvés. Sous réserve de quelques améliorations techniques, le contenu doit l'être tout particulièrement parce qu'il réalise un équilibre délicat. D'une part, il perfectionne le texte existant en y intégrant les développements survenus en Suisse et à l'étranger ces trente dernières années. D'autre part, il reconnaît que, même trente ans après son entrée en vigueur, le chapitre 12 reste une excellente loi que beaucoup nous envient à l'étranger. Tout en perfectionnant, l'avant-projet cherche donc à juste titre à préserver les acquis.

Les acquis sont des trois types. Le premier tient à la clarté et à la concision du texte législatif. Il est d'autant plus important que la majorité des utilisateurs du chapitre 12 sont des étrangers non rompus au droit suisse. La loi actuelle est facile d'accès grâce à sa lisibilité. C'est donc avec raison que l'avant-projet se limite au strict nécessaire. Si une maxime doit guider ce projet, c'est bien « so viel wie nötig und so wenig wie möglich ». Dans ce contexte, on relèvera aussi que l'avant-projet maintient la distinction introduite par la LDIP entre arbitrage interne et arbitrage international.

Le deuxième acquis, lié au premier, réside dans la facilité d'application du chapitre 12. En effet, il avait été conçu comme un tout autosuffisant sans entièrement y parvenir. L'avant-projet renforce l'élément d'autosuffisance en intégrant dans le chapitre 12 des

dispositions qui actuellement doivent être recherchées dans le Code de procédure civile (CPC). Dans le même ordre d'idées, l'avant-projet codifie – ou parfois corrige – certaines jurisprudences du Tribunal fédéral.

Le troisième acquis est constitué par le caractère ouvert ou polymorphe du chapitre 12, qui a été voulu ainsi par le législateur pour accueillir des arbitrages de types très divers. La loi y parvient grâce à sa nature de loi-cadre, qui fixe des règles par défaut, mais laisse une grande autonomie aux parties et aux arbitres. Cette ouverture a notamment permis d'intégrer sous l'égide du chapitre 12 actuel le développement spectaculaire de l'arbitrage du sport ces dernières décennies. De manière similaire, le chapitre 12 est notamment susceptible d'offrir un cadre adapté aux arbitrages d'investissement avec siège en Suisse, qui sont de plus en plus fréquents.

Le succès de la place d'arbitrage suisse dépend dans une large mesure de la qualité du chapitre 12. La pratique de l'arbitrage a des retombées considérables pour l'économie suisse, qu'il s'agisse d'emplois dans le secteur juridique ou d'autres services. Elle contribue aussi à promouvoir l'image du pays à l'étranger, en mettant en avant sa neutralité, le bon fonctionnement de ses institutions et l'excellence de ses services. La place suisse d'arbitrage fait aujourd'hui face à une concurrence internationale croissante, notamment en raison des efforts accrus de places existantes telles Paris ou Londres et de l'émergence de nouveaux centres tels Singapour ou Dubaï. Le perfectionnement du chapitre 12 de la LDIP proposé par l'avant-projet apparaît comme un moyen efficace de défendre la position de leader de la Suisse dans ce domaine.

## **B. Commentaire article par article**

### **• 176 al. 1 LDIP**

Texte de l'avant-projet : « *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage, au moment de la conclusion de celle-ci, n'avait ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son établissement, ni son siège en Suisse.* »

*« Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei der Schiedsvereinbarung ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt, ihre Niederlassung oder ihren Sitz nicht in der Schweiz hatte. »*

Cette disposition appelle deux observations, la première à propos du critère de l'internationalité (a) et la seconde sur l'introduction du terme « établissement » (b).

#### **a. Critère de l'internationalité**

L'avant-projet propose une modification bienvenue. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêt 4P.54/2002 du 24 juin 2002 consid. 3), c'est la situation des parties à la procédure au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage qui détermine le caractère interne ou international de l'arbitrage et, par conséquent, le régime juridique applicable, CPC dans le premier cas et chapitre 12 dans le

second. Au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, les parties ne savent pas nécessairement qui sera partie à un éventuel arbitrage. Elles ne sont donc pas toujours en position de déterminer quelles règles régiront la procédure, ce qui crée une incertitude et, de ce fait, une insécurité juridique peu souhaitables.

Le critère adopté dans l'avant-projet – la situation des parties à *la convention d'arbitrage* au moment de sa conclusion – élimine cette insécurité et doit donc être approuvé.

## **b. Etablissement**

On peut douter, en revanche, de l'opportunité d'ajouter le terme « établissement » au texte existant. Cette adjonction entraînerait une modification du droit en vigueur qui n'est pas souhaitable. Elle alignerait, par ailleurs, le texte de l'art. 176 al. 1 LDIP sur celui de l'art. 192 al. 1 LDIP, qui établit les conditions de la renonciation au recours en annulation contre une sentence arbitrale. La détermination de l'internationalité de l'arbitrage et la renonciation au recours sont des questions bien distinctes s'appliquant à des situations différentes, de sorte que l'on voit mal pourquoi il faudrait les harmoniser.

Selon les dispositions générales de la LDIP (art. 21 al. 4), « *[l]établissement d'une société ou d'un trust se trouve dans l'Etat dans lequel se trouve son siège ou dans un Etat dans lequel se trouve une de ses succursales* ». Le critère de l'établissement renvoie ainsi à tous les Etats où une personne morale partie à la convention d'arbitrage dispose d'une succursale. C'est donc un critère très large, raison pour laquelle, lorsque la LDIP l'utilise pour déterminer la compétence des tribunaux suisses, elle le restreint et exige que le litige soit lié à l'activité de l'établissement sis en Suisse. L'art. 112 al. 2 LDIP prévoit par exemple que « *[l]es tribunaux suisses du lieu où le défendeur a son établissement sont aussi compétents pour connaître des actions relatives à une obligation découlant de l'exploitation de cet établissement* ». L'art. 127 LDIP stipule pour sa part que « *les tribunaux du lieu de l'établissement en Suisse sont compétents pour connaître des actions [pour cause d'enrichissement illégitime] relatives à l'activité de l'établissement.* »

La formulation de l'avant-projet ne prévoit pas expressément cette restriction. La disposition pourrait donc être entendue comme comprenant la prise en compte de succursales sans lien avec le litige soumis à l'arbitrage.

Il faut relever ici que le texte des versions française et allemande diffère. La première énonce des critères cumulatifs, alors que la seconde énonce des critères alternatifs. Cette différence est déjà présente dans le droit en vigueur, mais ne semble pas avoir porté à conséquence. Cela tient vraisemblablement à ce que les critères mentionnés dans le texte en vigueur sont en principe mutuellement exclusifs.

Selon le texte français proposé, il faudrait qu'aucune partie n'ait son domicile, sa résidence habituelle, son établissement ou son siège en Suisse pour que le chapitre 12 s'applique. En revanche, dans la nouvelle version allemande, il suffirait qu'une

partie ait son domicile, sa résidence habituelle, son siège ou son établissement hors de Suisse. Dans la version allemande, l'adjonction du terme « établissement » aurait pour conséquence d'élargir le champ d'application du chapitre 12. Il suffirait qu'une partie dispose d'une succursale à l'étranger, que celle-ci soit ou non impliquée dans le litige en cause, pour que l'arbitrage soit considéré comme international. Les arbitrages opposant deux sociétés suisses tomberaient donc dans le champ du chapitre 12 à la seule condition que l'une d'elles ait une succursale à l'étranger. Dans la version française, l'adjonction d'établissement restreindrait au contraire le champ du chapitre 12. La troisième partie du CPC s'appliquerait en effet aux arbitrages opposant des parties ayant leur siège à l'étranger mais disposant d'une succursale en Suisse, quand bien même les activités de celles-ci ne seraient pas en cause.

Pour attirer les arbitrages sur sol suisse, il est important que le régime du chapitre 12 soit largement ouvert (les parties qui le voudraient pourront toujours opter en faveur du régime interne du CPC en vertu de l'art. 176(2)) et que son champ soit énoncé de manière univoque.

En conclusion, l'adjonction du terme « établissement » ne répond pas à un besoin et introduit une incertitude qui va à l'encontre des buts poursuivis par la révision. Il conviendrait donc de l'abandonner. Quoi qu'il en soit, les versions française et allemande de la loi devraient être harmonisées.

La **formulation suivante** est **proposée** pour le texte français, la version allemande devant être adaptée en conséquence :

*« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait, au moment de sa conclusion, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse. »*

- **178 LDIP Titre marginal**

Texte de l'avant-projet : « *III. Convention et clauses d'arbitrage* »

Les termes « *clauses d'arbitrage* » renvoient vraisemblablement aux « *clauses d'arbitrage des actes juridiques unilatéraux* » visées à l'art. 178 al. 4. Il convient de le préciser, faute de quoi la distinction opérée au sein du titre marginal n'a guère de sens. En effet, en bonne théorie, la convention d'arbitrage comprend, outre le compromis, la clause d'arbitrage.

Par ailleurs, la raison pour laquelle un terme est utilisé au singulier et l'autre au pluriel n'est pas évidente. Il est préférable de s'en tenir au singulier.

La **formulation suivante** est **proposée** :

« *Convention et clause unilatérale d'arbitrage* »

- **178 al. 1 LDIP**

Texte de l'avant-projet : « *Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, ou par tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. Cette condition est réputée satisfaite même si elle n'est remplie que par une seule des parties à la convention d'arbitrage.* »

L'avant-projet apporte un assouplissement bienvenu des exigences de forme de la convention d'arbitrage. Cet assouplissement s'inscrit dans une tendance internationale, qui se manifeste non seulement dans le domaine de l'arbitrage mais également dans le champ plus général du droit international privé. On peut citer en exemple les exigences libérales de la Convention de Lugano et du Règlement de Bruxelles I en matière d'élection de for. La proposition de l'avant-projet consacre du reste l'interprétation du droit actuellement en vigueur telle qu'elle est d'ores et déjà soutenue par une partie de la doctrine.

Cela étant, la rédaction pourrait être améliorée. En effet, le verbe « passer » apparaît un peu malheureux, surtout si on se satisfait de l'écrit d'une partie seulement. Quant à la seconde phrase, elle pourrait être simplifiée.

La **formulation suivante** est **proposée** :

« Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est consignée par écrit, ou par tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. Cette exigence est satisfaite si est respectée par une partie. »

- **178 al. 4 LDIP**

Texte de l'avant-projet : « *Les dispositions de ce chapitre s'appliquent par analogie aux clauses d'arbitrage des actes juridiques unilatéraux.* »

La **formulation** de cette disposition pourrait être **améliorée** :

« Les dispositions de ce chapitre s'appliquent par analogie à la clause d'arbitrage contenue dans un acte juridique unilatéral. »

- **179 al. 2 LDIP**

Texte de l'avant-projet : « *À défaut d'une telle convention ou si, pour d'autres raisons, les arbitres ne peuvent être nommés ou remplacés, l'autorité judiciaire du siège du tribunal arbitral peut être saisie. Si les parties n'ont pas déterminé de siège ou si elles ont seulement convenu que le siège du tribunal arbitral était en Suisse, la première autorité judiciaire saisie est compétente.* »

La suppression du renvoi au CPC permet de parfaire l'autonomie et l'exhaustivité du chapitre 12 de la LDIP et, par-là notamment, l'accessibilité du droit suisse de l'arbitrage international pour des utilisateurs étrangers, ce qui est propre à accroître encore l'attractivité de la place suisse. Cette suppression exige toutefois que les règles nécessaires concernant la nomination, récusation et révocation des arbitres soient

prévues dans le chapitre 12 de la LDIP. L'avant-projet couvre la plupart des questions, mais il subsiste quelques omissions auxquelles il y a lieu de remédier :

- L'art. 356 al. 2 CPC, qui délègue aux cantons la désignation du tribunal compétent pour exercer en instance unique les différentes fonctions attribuées au juge d'appui par les art. 179, 180, 183, 184 et 185 LDIP.
- L'art. 360 al. 1 CPC, qui prévoit que le tribunal doit être composé de trois arbitres.
- L'art. 361 al. 2, qui prévoit que « *chaque partie désigne un nombre égal d'arbitres* » et que « *ceux-ci choisissent, à l'unanimité, une autre personne en qualité de président* ».
- L'art. 362 al. 1 CPC, qui détermine précisément dans quels cas le juge d'appui peut procéder à la nomination d'un arbitre (soit lorsque les parties ne peuvent s'entendre (let. a), lorsqu'une partie omet de désigner son arbitre (let. b) et lorsque les arbitres ne peuvent s'entendre sur le choix d'un président (let. c)).
- L'art. 371 al. 1 CPC, qui prévoit que la procédure de nomination s'applique également au remplacement de l'arbitre.
- L'art. 369 al. 4 CPC, qui autorise le tribunal arbitral à poursuivre la procédure arbitrale et à rendre une sentence pendant la procédure de récusation sans exclure l'arbitre visé.
- L'art. 371 al. 3 CPC, qui octroie au tribunal arbitral nouvellement constitué la compétence de décider « *dans quelle mesure les actes auxquels a participé l'arbitre remplacé sont réitérés* ».
- L'art. 371 al. 4 CPC, qui prévoit que « *le remplacement d'un arbitre ne suspend pas le délai dans lequel le tribunal arbitral doit rendre sa sentence* ».

Par ailleurs, la formulation de l'art. 179 al. 2 pourrait être améliorée. La **formulation suivante est proposée** :

*« À défaut d'une telle convention ou si, pour d'autres raisons, les arbitres ne peuvent être nommés ou remplacés, l'autorité judiciaire du siège du tribunal arbitral est compétente. Si les parties n'ont pas déterminé le siège ou ont fixé le siège en Suisse sans désignation de lieu, la première autorité judiciaire saisie est compétente. »*

• **Art. 179 al. 2bis**

Texte de l'avant-projet : « *En cas d'arbitrage multipartite, l'autorité judiciaire du siège du tribunal arbitral peut nommer tous les arbitres.* »

Cette proposition appelle deux observations. Premièrement, la compétence de nommer tous les arbitres lorsque les circonstances et le principe de l'égalité de traitement l'exigent doit être reconnue non seulement au juge du siège choisi par les parties ou les arbitres, mais également au juge saisi en premier lieu selon l'art. 179 al. 2 in fine LDIP. Il n'y a pas de raison de distinguer ces deux situations. Deuxièmement,

pour éviter toute ambiguïté, il semble souhaitable de préciser que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation et qu'il lui appartient de déterminer s'il entend nommer un, plusieurs ou tous les arbitres.

La **formulation suivante** est donc **proposée** :

*« En cas d'arbitrage multipartite, l'autorité judiciaire compétente en vertu de l'alinéa 2 peut nommer un ou plusieurs arbitres. »*

- **179 al. 4 LDIP**

Texte de l'avant-projet : *« Toute personne investie d'un mandat d'arbitre doit révéler sans retard l'existence des faits qui pourraient éveiller des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité. Cette obligation perdure jusqu'à la clôture de la procédure arbitrale. »*

La codification du devoir de révélation de l'arbitre, principe reconnu par le Tribunal fédéral (ATF 111 la 72 consid. 2 et ATF 136 III 605 consid. 3.4.4) et la doctrine, est bienvenue. En revanche, la définition des faits sur lesquels portent ce devoir, qui a été reprise du CPC, soulève des difficultés. Il est vrai que cette définition est proche de celle qui figure dans le Règlement d'arbitrage de la Swiss Chambers' Arbitration Institution (art. 11) et dans la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (art. 12(1)). Il n'en reste pas moins que l'évolution actuelle s'écarte de cette définition, ce qui appelle à modifier la disposition proposée.

La portée du devoir de révélation peut être définie de manière dite « *objective* » ou « *subjective* ». Dans le premier cas, le devoir couvre tous les faits susceptibles de faire naître des doutes quant à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre du point de vue d'un tiers raisonnable examinant les circonstances de manière objective. Dans cette hypothèse, le devoir de révélation porte uniquement sur des faits qui doivent conduire à la récusation de l'arbitre. Dans le second cas, le devoir comprend des faits qui pourraient soulever des doutes dans l'esprit des parties, selon leur conception subjective, mais qui en définitive pourraient ne pas justifier une récusation sous l'angle objectif.

Lorsque la première solution est retenue, toute révélation implique l'admission d'un manque d'indépendance ou d'impartialité et expose l'arbitre à une demande de récusation fondée. Ce n'est que si les deux parties renoncent à demander la récusation que l'arbitre pourra siéger. C'est cette approche qui semble avoir été adoptée à l'art. 363 CPC et dans l'avant-projet, puisque le devoir de révélation y est défini dans les mêmes termes que le motif de récusation prévu à l'art. 180 al. 1 let. c LDIP (« *un arbitre peut être récusé : (...) lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance ou de son impartialité* »). Elle présente l'avantage de limiter les demandes de récusation infondées, mais comporte l'inconvénient considérable de donner au seul arbitre le pouvoir de décider des cas limites.

C'est pour cette raison que la seconde approche est aujourd'hui souvent favorisée. Elle a notamment été choisie dans le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international (CCI) et dans les Lignes directrices de l'International Bar Association sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (voir les Notes

explicatives à la Règle Générale no 3), directives qui expriment un consensus transnational dont la valeur est reconnue par le Tribunal fédéral (arrêt 4A\_506/2007 du 20 mars 2008 consid. 3.3.2.2). Quant au règlement de la CCI, un des principaux du monde en matière d'arbitrage commercial international, son art. 11(2) prévoit que « *[l]’arbitre pressenti fait connaître par écrit au Secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l’esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité* ».

A une époque où la transparence est vue comme un impératif primordial dans de nombreux domaines, il paraît préférable d'adopter une conception large – subjective - du devoir de révélation couvrant tous les faits *qui aux yeux des parties* pourraient susciter des doutes, que ces faits mettent ou non en cause l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre d'un point de vue objectif.

Quel que soit l'approche adoptée, objective ou subjective, c'est par la force des choses à l'arbitre qu'il incombe de décider s'il doit révéler certains faits. Dans l'approche subjective, s'il a un doute, il lui appartient de faire la révélation. Il n'a pas à trancher les cas limites. Cela permet ensuite aux parties de décider si elles entendent demander la récusation et à l'autorité de trancher. Le devoir ainsi défini n'impose pas pour autant à l'arbitre de révéler tous les faits possibles et imaginables, mais exige qu'il exerce un certain bon sens. A cette fin, il peut notamment s'appuyer sur les listes établies dans les Lignes directrices précitées et considérer que les situations visées par la liste dite verte ne doivent pas être révélés.

Si l'approche subjective est choisie, il conviendra d'énoncer dans le message que la révélation de certains faits par l'arbitre n'emporte pas l'admission d'un manque d'indépendance ou d'impartialité. Quant à la disposition elle-même, elle devrait être modifiée; la suppression de l'adjectif « *légitime* » devrait suffire à signaler l'adoption du critère subjectif.

**La formulation suivante est proposée :**

*« Toute personne investie d'un mandat d'arbitre doit révéler sans retard l'existence des faits qui pourraient éveiller des doutes quant à son indépendance ou son impartialité. Cette obligation perdure jusqu'à la clôture de la procédure arbitrale. »*

- **180 al. 2 LDIP**

Texte de l'avant-projet : « *Une partie ne peut récuser un arbitre qu'elle a nommé ou qu'elle a contribué à nommer que pour un motif dont elle n'a pas eu connaissance avant cette nomination bien qu'elle ait fait preuve de la diligence requise. Le tribunal arbitral et l'autre partie doivent être informés sans délai de la cause de récusation.* »

Cette disposition règle une question bien précise : le sort des motifs de récusation dont une partie avait ou aurait pu avoir connaissance au moment de la nomination de l'arbitre concerné. Elle n'a pas vocation à régler la procédure de récusation en général, celle-ci étant traitée à l'art. 180 al. 3 LDIP. Il conviendrait donc de supprimer la seconde phrase de cette disposition.

**La formulation suivante est proposée :**

*« Une partie ne peut récuser un arbitre qu'elle a nommé ou qu'elle a contribué à nommer que pour un motif dont elle n'a pas eu connaissance avant cette nomination bien qu'elle ait fait preuve de la diligence requise. »*

• **180 al. 3 LDIP**

Texte de l'avant-projet : *« Sauf convention contraire, la partie qui entend récuser ou révoquer un arbitre peut adresser sa demande, écrite et motivée, à l'autorité judiciaire du siège du tribunal arbitral dans les 30 jours après avoir pris connaissance du motif de la récusation ou de la révocation. La décision de l'autorité judiciaire est définitive. »*

Par rapport au droit en vigueur, cette proposition aboutit à l'élimination d'une étape de la procédure de récusation. L'art. 369 al. 2 CPC, applicable en l'état par renvoi, prévoit que la demande de récusation doit d'abord être *« adressée à l'arbitre dont la récusation est demandée »*. Ce n'est que dans les cas où l'arbitre conteste sa récusation que la partie requérante peut et doit s'adresser à l'autorité compétente (art. 369 al. 3 CPC). Cette procédure en deux temps respecte le principe de l'économie de la procédure et évite une démarche judiciaire inutile lorsque l'arbitre concerné reconnaît le bien-fondé de la demande. Il n'y a guère de raison d'y renoncer.

Par ailleurs, il semblerait opportun de reconnaître au juge saisi en premier lieu selon l'art. 179 al. 2bis LDIP la compétence de se prononcer sur une demande de récusation. Dans le cas contraire, les parties qui ont fixé un siège en Suisse sans indication de lieu pourraient être privées de la possibilité de faire valoir les motifs de récusation dont elles prendraient connaissance plus de 30 jours avant la désignation du siège par le tribunal arbitral.

De surcroît, par la phrase *« bien qu'elle ait fait preuve de la diligence requise »* introduite à l'art. 180 al. 2 LDIP, l'avant-projet codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral qui impose aux parties un devoir de diligence s'agissant de circonstances propres à mettre en doute l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Dans la mesure où ce devoir est inconnu dans de nombreux droits étrangers, l'adjonction est fort bienvenue, car elle attire l'attention des plaideurs non suisses sur cette particularité.

Cela dit, le devoir de diligence des parties ne se limite pas au moment de la nomination des arbitres, mais perdure tout au long de l'arbitrage. Le Tribunal fédéral a même laissé entendre que le degré de diligence requis augmentait à mesure que la procédure avançait. En outre, la diligence requise porte sur tous les arbitres ; elle n'est pas restreinte à l'arbitre qu'une partie a nommé, seul visé à l'art. 180 al. 2 LDIP. Or, l'art. 180 al. 3 LDIP ne fait pas mention du devoir de diligence, ce qui pourrait donner à penser que la révision restreint le devoir de diligence tel que le Tribunal l'a formulé à juste titre. Il conviendrait donc de combler cette lacune.

**La formulation suivante est proposée :**

*« Sauf convention contraire, la partie qui entend récuser ou révoquer un arbitre peut adresser sa demande écrite et motivée à l'arbitre dont la récusation est demandée dans les 30 jours après avoir pris connaissance du motif de la*

*récusation ou de la révocation. La demande est communiquée à l'autre partie et aux autres arbitres dans le même délai. Aucun motif ne peut être invoqué dont la partie requérante aurait pu prendre connaissance plus de 30 jours auparavant en faisant preuve de la diligence requise. Si l'arbitre conteste sa récusation, elle peut demander dans les 30 jours à l'autorité judiciaire compétente en vertu de l'art. 179 al. 2 de statuer. »*

- **180 al. 4 LDIP**

Texte de l'avant-projet : « *Si un motif de récusation n'est découvert qu'après la clôture de la procédure, les dispositions sur la révision sont applicables. »*

Cette clarification est bienvenue. Cependant, les termes « *clôture de la procédure* » sont équivoques ; il conviendrait de les préciser. En outre, ils pourraient laisser penser que la voie de la révision à l'encontre des sentences incidentes est exclue pour des motifs de récusation découverts tardivement. Cette problématique soulève la question de la coordination entre le recours en annulation et la révision. Il n'apparaît pas souhaitable que ces deux voies de droit soient ouvertes au même moment pour les mêmes faits.

Dans la mesure où l'art. 180 al. 4 LDIP renvoie à l'art. 190a LDIP, qui établit les règles applicables à la révision en général, cette question sera discutée plus loin en rapport avec la seconde disposition. Vu l'objectif de clarification poursuivi par la modification, il ne paraît pas opportun de soumettre les faits nouveaux à des règles différentes selon qu'ils constituent ou non des motifs de récusation. Il serait en particulier souhaitable que le critère retenu pour déterminer le moment à compter duquel la voie de la révision est ouverte soit le même dans les deux dispositions.

- **184 al. 2 LDIP**

Texte de l'avant-projet : « *Si l'aide des autorités judiciaires de l'État est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral, ou une partie d'entente avec lui, peuvent requérir le concours de l'autorité judiciaire du siège du tribunal arbitral. »*

Dans la mesure où l'avant-projet permet expressément à une seule partie de requérir l'intervention du juge d'appui avec l'accord du tribunal arbitral, on peut se demander s'il ne conviendrait pas de renoncer au terme « *d'entente* », qui peut évoquer l'idée d'une connivence au mépris des principes fondamentaux de la procédure.

La formulation suivante est **proposée** :

*« Si l'aide des autorités judiciaires de l'État est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral, ou une partie si elle obtient l'accord de celui-ci, peuvent requérir le concours de l'autorité judiciaire du siège du tribunal arbitral. »*

- **184 al. 3 LDIP**

Texte de l'avant-projet : « *L'autorité judiciaire applique son propre droit. Sur demande, elle peut observer ou prendre en considération d'autres formes de procédures si aucun juste motif tenant à l'intéressé ne s'y oppose. »*

La formulation de l'avant-projet reprend celle de l'art. 11 al. 2 LDIP. Cette disposition s'applique aux demandes d'entraide émanant d'autorités étrangères et requérant l'exécution en Suisse d'actes de procédure à l'appui d'une procédure étrangère. Si les situations visées par les deux dispositions sont effectivement comparables, il conviendrait toutefois de renoncer à reprendre à l'art. 184 al. 3 LDIP la référence à « l'intéressé ». Cette formule est peu claire et il paraît préférable de laisser les juges apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce.

**La formulation suivante est proposée :**

*« L'autorité judiciaire applique son propre droit. Sur demande, elle peut observer ou prendre en considération d'autres formes de procédure sauf si des motifs sérieux s'y opposent. »*

- **187 LDIP**

Texte de l'avant-projet : *« Das Schiedsgericht entscheidet die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Rechtsnormen oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach den Rechtsnormen, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt. »*

Le terme « *Rechtsregeln* », employé à l'art. 381 al. 1 lit. a CPC, paraît plus opportun.

**La formulation suivante est proposée :**

*« Das Schiedsgericht entscheidet die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Rechtsregeln oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Rechtsregeln, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt. »*

- **189 al. 3 LDIP**

Texte de l'avant-projet : *« Sauf convention contraire, le tribunal arbitral statue sur le montant et la répartition des frais de la procédure arbitrale et sur les dépens. »*

On peut s'interroger sur l'opportunité de cette disposition. En effet, il peut paraître peu judicieux que la décision du tribunal arbitral sur ses propres honoraires soit soustraite à tout contrôle. Il est vrai que dans la grande majorité des cas, la détermination des honoraires est confiée à une institution d'arbitrage ou au moins contrôlée par elle. Ce n'est donc que pour les arbitrages ad hoc, bien moins nombreux, que la question de la fixation des honoraires se pose. Malgré cela, l'apparence créée pourrait prêter à critique.

Si l'avant-projet entend régler cette question, on pourrait songer à confier un pouvoir de contrôle au juge d'appui en instance unique. Une autre possibilité pourrait être d'introduire un for spécial octroyant au juge suisse du siège du tribunal arbitral la compétence de trancher les litiges relatifs aux honoraires des arbitres. Nous excluons une troisième voie qui serait de prévoir un motif d'annulation supplémentaire, car il paraît préférable de ne pas toucher à l'art. 190 LDIP qui – grâce à une jurisprudence largement cohérente et bien pensée – a fait ses preuves et dont la modification pourrait faire surgir des difficultés inutiles.

- **189a LDIP**

Texte de l'avant-projet : « 4. *Rectifications, interprétations et compléments*

*1 Sauf convention contraire, toute partie peut demander au tribunal arbitral dans les 30 jours qui suivent la communication de la sentence de rectifier des erreurs manifestes ou d'interpréter ou compléter certains passages de la sentence. Dans le même délai, le tribunal arbitral peut de sa propre initiative rectifier, interpréter ou compléter la sentence.*

*2 La demande ne suspend pas les délais de recours. Un nouveau délai de recours commence à courir pour la partie de la sentence qui a été rectifiée, interprétée ou complétée. »*

Dans le titre, le singulier doit être préféré au pluriel.

Par ailleurs, la **formulation** de cette disposition pourrait être **améliorée** :

*« 4. Rectification, interprétation et complément*

*1 Sauf convention contraire, toute partie peut, dans les 30 jours qui suivent la communication de la sentence, demander au tribunal arbitral de rectifier des erreurs manifestes, d'interpréter la sentence ou de compléter celle-ci. Le tribunal arbitral peut de sa propre initiative rectifier, interpréter ou compléter la sentence dans le même délai.*

*2 La demande ne suspend pas les délais de recours. Un nouveau délai de recours court pour la partie de la sentence qui a été rectifiée, interprétée ou complétée. »*

- **190a LDIP**

Texte de l'avant-projet : « 2. *Révision*

*1 Une partie peut demander la révision d'une sentence :*

*a. si elle découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'a pu invoquer dans la procédure précédente ; les faits ou moyens de preuve postérieurs à la sentence sont exclus ;*

*b. si une procédure pénale établit que la sentence a été influencée au préjudice du recourant par un crime ou un délit, même si aucune condamnation n'est intervenue ; si l'action pénale n'est pas possible, la preuve peut être administrée d'une autre manière.*

*2 La demande de révision est déposée dans les 90 jours à compter de la découverte du motif de révision. Le droit de demander la révision se périmé par dix ans à compter de l'entrée en force de la sentence.*

*3 Si les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement, ni siège en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou*

*un accord écrit ultérieur, exclure toute révision des sentences du tribunal arbitral au sens de l'al. 1, let. a. »*

La question peut se poser de savoir à quoi les termes « *après coup* » et « *procédure précédente* » renvoient. Comme mentionné à propos de l'art. 184 al. 3 LDIP, il serait judicieux de choisir un libellé permettant une bonne coordination entre le recours en annulation et la révision. Si le recours en annulation était ouvert pour les motifs de récusation découverts durant le délai de recours, la révision ne devrait l'être que pour les faits découverts après l'échéance de celui-ci. A l'inverse, si la révision était ouverte pour les griefs découverts après la communication de la sentence, ces griefs ne devraient pas pouvoir être invoqués dans un recours en annulation.

Le droit en vigueur ne paraît pas parfaitement établi sur ce sujet. Conformément à l'art. 99 al. 1 LTF, seuls les faits nouveaux résultant de la sentence arbitrale elle-même pourraient être invoqués dans un recours en annulation. Certains auteurs admettent toutefois qu'une partie puisse invoquer des motifs de récusation dont elle a pris connaissance après la communication de la sentence sans qu'ils résultent nécessairement de la sentence elle-même.

Quoi qu'il en soit, deux approches peuvent être suivies ici. La première consisterait à ouvrir la voie de la révision à compter de l'échéance du délai de recours seulement. Elle présenterait l'avantage de la prévisibilité. C'est d'ailleurs celle que le Tribunal fédéral semble envisager (ATF 142 III 521 consid. 2, arrêts 4A\_528/2007 du 4 avril 2008 consid. 2.5 et 4A\_234/2008 du 14 août 2008 consid. 2.1). L'échéance du délai de recours est en effet connue des parties, de sorte que celles-ci sauraient en toutes circonstances jusqu'à quand et par quel moyen elles pourraient invoquer un fait nouvellement découvert.

Cette approche présente néanmoins un inconvénient non négligeable. Les faits découverts après la communication de la sentence qui ne résultent pas de la sentence elle-même ne peuvent être invoqués dans un recours en annulation (art. 99 al. 1 LTF). Les motifs de récusation qui sont découverts pendant le délai de recours et qui ne résultent pas de la sentence ne peuvent donc être attaqués au travers de cette voie de droit. Cette solution pourrait donc aboutir à ce que certains faits nouveaux ne puissent jamais être soulevés quand bien même ils rempliraient les conditions par ailleurs applicables. Ce risque ne pourrait être exclu que si les faits nouveaux survenus après la communication de la sentence pouvaient être invoqués dans la procédure d'annulation, qu'ils résultent ou non de celle-ci. Une telle précision devrait à tout le moins figurer dans le rapport explicatif, mais sa compatibilité avec l'art. 99 LTF serait sujette à caution.

La seconde approche consisterait à ouvrir la voie de la révision à compter de la communication de la sentence. Ce dernier écueil serait évité, et les parties pourraient faire valoir devant le Tribunal fédéral l'ensemble des faits nouveaux dont elles n'auraient pu se prévaloir devant le tribunal arbitral. Par souci de clarté, il conviendrait alors d'exclure que des faits nouveaux résultant de la sentence puissent être invoqués au moyen des deux voies de droit. A compter de la communication de la sentence, l'ensemble des faits nouveaux devraient être soulevés dans une demande de révision. Le Tribunal fédéral pourrait certes être saisi d'une action en annulation et d'une

demande de révision dirigées contre la même sentence, ce qui ne paraît pas présenter d'inconvénient majeur.

Cette approche présenterait, en revanche, un sérieux désavantage du point de vue de la sécurité du droit. Elle exigerait en effet que le moment à partir duquel la voie de la révision s'impose aux parties soit précisément déterminable. Or, le jour où la sentence est communiquée aux parties ne remplit pas cette condition, car celles-ci ne le connaissent en principe pas d'avance. Si cette approche était suivie, une partie pourrait se voir privée du droit d'invoquer un motif de récusation qu'elle aurait découvert juste avant la communication de la sentence et n'aurait pas eu le temps de faire valoir avant cette date. Un tel risque pourrait être atténué si la loi admettait des exceptions au principe en présence de circonstances particulières.

Une seconde remarque s'impose au sujet de l'art. 190a al. 1 LDIP. Actuellement, le délai absolu à compter duquel la voie de la révision est définitivement close ne s'applique pas lorsque la sentence a été influencée par un crime ou un délit (art. 124 al. 2 let. a LTF). L'avant-projet propose la suppression de cette exception, sans toutefois en expliquer les motifs. Il semble préférable de maintenir la règle existante, par ailleurs également applicable en arbitrage interne (art. 397 al. 2 CPC) et à la révision des arrêts du Tribunal fédéral 8 art. 124 al. 2 let. a LTF).

- **192 al. 1 LDIP**

Texte de l'avant-projet : « *Si les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement, ni siège en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral ; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour certains des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2.* »

Les termes existants « *l'un ou l'autre des motifs* » ont été remplacés par les termes « *certaines des motifs énumérés* », afin d'aligner la version française sur la version allemande en vigueur (« *auch nur einzelne Anfechtungsgründe* »). Si, à rigueur de texte, la formulation française actuelle n'autorise la renonciation partielle que pour un unique motif, le nouveau libellé retenu dans l'avant-projet exigerait qu'elle porte sur deux motifs au moins.

La **formulation suivante** est **proposée** :

« *Si les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement, ni siège en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral ; elles peuvent aussi exclure le recours pour un seul ou plusieurs des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2.* »

- **193 al. 2 LDIP**

Le terme « *Vollstreckbarkeitsbescheinigung* » doit être préféré à celui de « *Vollstreckbarbescheinigung* », qui figure dans la version allemande de l'avant-projet.

- **77 al 2bis LTF**

Texte de l'avant-projet : « *Les mémoires peuvent être rédigés en anglais.* »

L'introduction de cette possibilité contribuerait vraisemblablement à inciter des parties étrangères à fixer le siège de leur arbitrage en Suisse. Même si l'arbitrage ne donne jamais lieu recours ou même si, en cas de recours éventuel, la possibilité n'est en définitive pas utilisée, il n'en reste pas moins que son existence donne au monde un signal d'ouverture et de « user-friendliness » de la place d'arbitrage suisse. Cela est d'autant plus important que certaines places concurrentes ont l'avantage de la langue de par les circonstances, telles Londres ou Singapour, ou envisagent d'introduire l'anglais comme langue de procédure judiciaire en matière d'arbitrage international, ainsi la Suède ou l'Allemagne.

- **119b LTF**

Texte de l'avant-projet : « *Chapitre 5b Révision des sentences d'arbitrage international*

*Art. 119b*

*1 Le Tribunal fédéral statue sur les demandes de révision des sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage international aux conditions de l'art. 190a de la loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.*

*2 La procédure de révision est régie par les art. 77, al. 2bis, et 126. Le Tribunal fédéral notifie la demande de révision à la partie adverse pour qu'elle se détermine, sauf si la demande est manifestement irrecevable ou infondée.*

*3 Si le Tribunal fédéral admet la demande de révision, il annule la sentence et renvoie la cause au tribunal arbitral pour qu'il statue à nouveau. »*

Il serait judicieux de préciser, dans la LDIP ou dans la LTF, que les dispositions sur le remplacement des arbitres s'appliquent lorsque la cause est renvoyée au tribunal arbitral mais que celui-ci n'est plus complet. Le texte de l'art. 399 al. 2 CPC peut être repris tel quel. Il est rédigé de la manière suivante : « *Si le tribunal arbitral ne comprend plus le nombre d'arbitres requis, l'art. 371 est applicable.* »

Par ailleurs, la **formulation** de cette disposition peut être **améliorée** :

« *Chapitre 5b Révision des sentences en matière d'arbitrage international*

*1 Le Tribunal fédéral statue sur les demandes de révision des sentences rendues en application du chapitre 12 de la loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé aux conditions de l'art. 190a de cette loi ».*

- **251a CPC**

Texte de l'avant-projet : « *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*

*La procédure sommaire s'applique notamment dans les affaires suivantes :*

*a. constitution du tribunal arbitral (art. 179, al. 2, 2bis et 3, LDIP) ;*

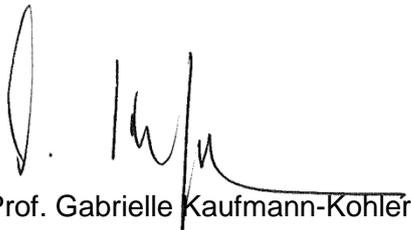
- b. récusation et révocation des arbitres (art. 180, al. 3, LDIP) ;*
- c. concours pour la mise en œuvre des mesures provisionnelles (art. 183, al. 2, LDIP) et pour l'administration des preuves (art. 184, al. 2, LDIP) ;*
- d. autres cas de concours dans le cadre de la procédure arbitrale (art. 185 LDIP) ;*
- e. dépôt de la sentence arbitrale et émission d'un certificat de force exécutoire (art. 193 LDIP) ;*
- f. reconnaissance et exécution de sentences arbitrales étrangères (art. 194 LDIP). »*

La **formulation** de cette disposition peut être **améliorée** :

« (...) La procédure sommaire s'applique notamment dans les cas suivants :

*c. intervention de l'autorité étatique en vue de l'exécution de mesures provisionnelles (art. 183, al. 2, LDIP) et de l'administration des preuves (art. 184, al. 2, LDIP) ;*

*d. autres interventions de l'autorité étatique en relation avec la procédure arbitrale (art. 185 LDIP) ; (...) »*



Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler

Département de droit international privé



UNIL | Université de Lausanne  
Faculté de droit, des sciences criminelles  
et d'administration publique  
bâtiment Internef bureau 304  
CH-1015 Lausanne

Département fédéral de justice et police  
Office fédéral de la justice  
Unité Droit international privé  
3003 Berne

Envoyé par courriel uniquement à  
l'adresse : <ipr@bj.admin.ch>

Lausanne, le 31 mai 2017

**Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international) – Déterminations de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne**

---

Mesdames, Messieurs,

Dans le cadre de la procédure de consultation sur l'avant-projet de révision des dispositions sur l'arbitrage international (chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé [LDIP]) (ci-après « l'AP »), le Décanat de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne m'a mandaté pour rédiger les déterminations de notre Faculté. Je l'avantage de vous les transmettre par la présente.

Avant d'entrer en matière, permettez-moi de vous remercier pour l'opportunité qui est offerte à notre Faculté de se prononcer dans le cadre de cette procédure de consultation.

**I. Observations générales sur l'AP**

Les principaux objectifs de l'AP, tels qu'exposés dans le Rapport explicatif du 11 janvier 2017 (ci-après « Rapport explicatif ») sont les suivants :

- 1) Inscription de la jurisprudence dans la loi et clarification de points ambigus ;
- 2) Renforcement de l'autonomie des parties ;
- 3) Amélioration du texte de loi dans l'intérêt des utilisateurs.

Ces objectifs méritent approbation et sont sans doute en grande partie atteints par le texte de l'AP. Comme cela résulte d'une analyse détaillée des modifications proposées, celles-ci apportent, par la plupart, des clarifications ou des améliorations bienvenues.

A certains égards, cependant, la réforme proposée – la première depuis l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989 – pourrait être plus ambitieuse.



Ainsi, par rapport à la codification de principes jurisprudentiels, on peut regretter que l'obligation des parties de soulever immédiatement tout vice de procédure – constamment rappelée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral – ne soit pas consacrée dans une disposition expresse. Quant aux points ambigus, l'AP renonce entièrement à proposer un mécanisme pouvant prévenir les procédures parallèles, alors que des solutions sont envisageables. Par ailleurs, le texte proposé est malheureusement muet au sujet des mesures provisionnelles, matière qui a pourtant fait l'objet de développements intéressants depuis 1989 tant dans la Loi CNUDCI de 2006 que dans certains ordres juridiques étrangers.

Concernant le renforcement de l'autonomie des parties, si un certain assouplissement des exigences formelles de la convention d'arbitrage de l'art. 178 al. 1<sup>er</sup> LDIP est sans doute bienvenu, un élargissement de la renonciation au recours de l'art. 192 LDIP aurait également pu être envisagé.

En ce qui concerne la simplification du texte dans l'intérêt des utilisateurs (notamment étrangers), l'objectif – sans doute appréciable – d'assurer l'autonomie du chapitre 12 LDIP par rapport à d'autres textes de droit suisse (CPC et LTF) n'est que partiellement atteint. Sur plusieurs points, la référence à la LTF reste incontournable (délai de recours, absence d'effet suspensif du recours, pouvoirs du Tribunal fédéral etc.). Sur d'autres, en dépit de plusieurs emprunts au CPC, la réglementation de l'arbitrage interne demeure plus complète, sans que l'on perçoive un véritable besoin de différencier.

Cette dernière remarque m'amène à une dernière observation de portée générale. Alors que le rapport explicatif revendique le choix des rédacteurs de l'AP de rester fidèles au système dualiste, fondé sur la distinction entre arbitrage interne et international, cette approche paraît néanmoins critiquable, tant au regard du contenu des deux réglementations que du critère adopté pour les départager.

Quant au premier point, l'AP propose de reprendre – au sein du chapitre 12 – plusieurs dispositions actuellement contenues dans le CPC. La conséquence en est double. D'une part, le chapitre 12 devient beaucoup moins concis qu'il ne l'est actuellement, ce qui affaiblit l'une des principales justifications du dualisme. D'autre part, les différences entre arbitrage interne et international – déjà ténues – s'estompent davantage. Essentiellement, la distinction entre les deux régimes ne tient qu'aux quelques points suivants : le critère de l'arbitrabilité (libre disponibilité v. patrimonialité) ; la litispendance avec les tribunaux étatiques (admise à l'art. 372 al. 2 CPC, écartée à l'art. 186 al. 1bis LDIP) ; les motifs de recours concernant le fond de la sentence (arbitraire v. ordre public). On peut donc se demander si ces quelques divergences justifient réellement une dualité de régime. Ce d'autant que le critère de distinction entre les deux sources ne saurait convaincre.

La délimitation entre LDIP et CPC dépend, on le sait, du domicile (siège) des parties. Ce critère formel – choisi en raison de sa prétendue simplicité – pose néanmoins quelques difficultés que l'AP s'efforce tant bien que mal d'aplanir (cf. les modifications proposées à l'art. 176 LDIP). Quoi qu'il en soit, le critère demeure discutable, notamment si on le mesure aux conséquences qu'il entraîne. Ainsi, on peut se demander s'il est vraiment justifié que la définition de l'arbitrabilité change en fonction du domicile (interne ou étranger) de l'une des parties. La pertinence de cette distinction devient encore plus douteuse si l'on permet aux parties de librement choisir entre les deux régimes, comme prévu aux art. 176 al. 2 LDIP et 353 al. 2 CPC : pourquoi définir de manière plus étroite le domaine de l'arbitrabilité en arbitrage interne, si les parties peuvent de toute manière s'affranchir de pareille restriction en optant pour le chapitre 12 ?

Pour ces raisons, on peut regretter que la révision n'ait pas été l'occasion pour reconsidérer un dualisme d'origine historique, qui ne paraît pas entièrement justifié sur le fond.

## II. Analyse des principales modifications proposées

### A. Les conditions d'application du chapitre 12 LDIP

#### 1. Référence au domicile des parties à la convention d'arbitrage

Aux termes de l'art. 176 al. 1<sup>er</sup> LDIP, le chapitre 12 est applicable à condition qu'au moins l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle hors de la Suisse au moment de la convention d'arbitrage. Le Tribunal fédéral a jugé que cette condition doit s'apprécier par rapport aux parties à la procédure arbitrale, et non pas à l'ensemble des parties à la convention (ATF 4P.54/2002). Cette approche est problématique, notamment lorsque la convention d'arbitrage lie plusieurs parties, dont certaines sont domiciliées en Suisse et d'autres à l'étranger. Dans cette hypothèse, assez fréquente en pratique, la solution jurisprudentielle a pour conséquence que le caractère interne ou international de l'arbitrage ne peut être déterminé qu'au moment de l'ouverture de la procédure d'arbitrage. Dans la période précédente, il est impossible de déterminer si la convention d'arbitrage est régie par la LDIP ou par le CPC. Etant donné que les conditions de validité de la convention sont différentes dans les deux cas (ainsi, les critères d'arbitrabilité sont différents, la loi applicable à la validité au fond de la convention peut ne pas être la même), celle-ci demeure incertaine jusqu'à l'ouverture de la procédure. En outre, si le moment déterminant est celui de l'ouverture de la procédure arbitrale, on peut se demander quel est l'effet, dans un arbitrage interne, de l'éventuelle jonction ou intervention en cours de procédure d'une partie domiciliée à l'étranger.

La solution proposée consiste à faire dépendre l'application du chapitre 12 LDIP du domicile des parties à la convention d'arbitrage. Cette solution garantit une plus grande prévisibilité et mérite d'être approuvée. Cependant, il faut être conscient qu'elle présente, elle aussi, son lot d'inconvénients. En effet, lorsqu'une procédure arbitrale est ouverte entre deux parties domiciliées en Suisse, il faudra se demander si la convention d'arbitrage liait également des parties domiciliées à l'étranger. La réponse à cette question peut s'avérer particulièrement délicate notamment lorsqu'il s'agit de tiers non signataires.

Ces remarques semblent indiquer que la prétendue simplicité du critère formelle dont le droit suisse fait dépendre la distinction entre arbitrage interne et international, est trompeuse. Si l'on tient au maintien du dualisme, comme indiqué dans le Rapport explicatif, il conviendrait d'adopter un critère matériel, fondé sur le caractère interne ou international du litige.

#### 2. Référence au siège et à l'établissement des parties

L'AP propose de compléter la référence de l'art. 176 al. 1<sup>er</sup> LDIP au domicile et à la résidence habituelle d'une des parties à l'étranger, par une référence également à son siège et à son établissement. La proposition répond à un souci de clarification, notamment au profit des utilisateurs étrangers de la LDIP.

Cependant, cet objectif ne paraît pas entièrement atteint, notamment en ce qui concerne l'établissement. Une société peut avoir plusieurs établissements : faut-il comprendre du texte proposé que l'existence d'un quelconque établissement à l'étranger suffit à déclencher l'application du chapitre 12 de la LDIP ? Ou faut-il qu'il s'agisse de l'établissement principal (notion qui ne figure cependant pas dans la LDIP) ou de l'établissement spécifiquement concerné par le litige ? Cette dernière interprétation paraît préférable, d'autant qu'elle correspond à ce qui est également prévu par d'autres dispositions de la LDIP relatives à la compétence des tribunaux étatiques (ainsi, les articles 108b al. 2, 112 al. 2, 129 et 149 al. 2 lit. d, prévoient un for au lieu de l'établissement dans la mesure où l'action est relative à une

obligation découlant de l'exploitation de l'établissement ou à l'activité de celui-ci). Ce point devrait être clarifié.

### 3. Forme de la convention visant à soumettre l'arbitrage au CPC

La précision apportée à l'art. 176 al. 2 LDIP, en vertu de laquelle une convention en forme écrite est exigée pour soumettre un arbitrage international au CPC (et parallèlement, à l'art. 353 al. 2 CPC, pour rendre applicable le chapitre 12 LDIP à un arbitrage interne) crée de nouvelles incertitudes dans la mesure où l'AP propose d'assouplir l'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage à l'art. 178 al. 1<sup>er</sup> LDIP (cf. infra).

Selon le rapport explicatif, « [l']avant-projet propose d'assouplir les exigences de forme pour les conventions d'arbitrage. En revanche, dans l'intérêt de la sécurité de droit, l'exclusion ultérieure de l'application du chapitre 12 et le choix d'appliquer la partie 3 du CPC devront rester soumis à des exigences élevées : la volonté commune des parties devra être consignée dans une convention écrite ». Cependant, cette intention ne ressort pas de manière claire du texte proposé. En effet, la modification proposée à l'art. 176 al. 2 LDIP se limite à ajouter l'exigence d'une convention « écrite ». Or, dans la mesure où une nouvelle définition de forme écrite est désormais proposée à l'art. 178 al. 1<sup>er</sup> LDIP, on pourrait légitimement penser que celle-ci s'applique également à la convention écrite ultérieure, telle que prévue à l'art. 176 al. 2 LDIP. Puisqu'un tel alignement n'est pas voulu, il faudrait probablement le faire ressortir de manière plus explicite du texte légal.

Sur le fond aussi, la distinction proposée ne saurait convaincre. D'une part, on ne voit pas pourquoi l'exclusion du chapitre 12 (ou à l'inverse celle du CPC) devrait suivre un régime différencié selon qu'elle soit introduite dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure : dans le premier cas, la forme écrite « assouplie » au sens de l'art. 178 al. 1<sup>er</sup> LDIP suffira, alors que dans le second on devrait en rester, selon le rapport explicatif, à la forme écrite « bilatérale » (« doppelte Schriftlichkeit ») telle qu'elle est exigée aujourd'hui par le Tribunal fédéral pour la convention d'arbitrage. Ce double régime ne se justifie pas, car les conséquences du choix fait pas les parties sont les mêmes, quel que soit le moment de la convention. D'autre part, on peut également se demander s'il est vraiment justifié de soumettre le choix entre le régime de l'arbitrage interne et celui de l'arbitrage international à des exigences formelles accrues par rapport à la convention d'arbitrage. N'oublions pas que par le biais de celle-ci, les parties renoncent à la justice étatique pour se soumettre à l'arbitrage, un choix qui a des conséquences bien plus importantes (tant au plan de la procédure qu'au plan du droit matériel) que le choix entre LDIP et CPC. Le parallèle avec l'art. 192 al. 2 LDIP (qui exige d'ores et déjà un « accord écrit ») ne paraît pas pertinent, car les conséquences de la renonciation au recours sont, elles aussi, bien plus sérieuses que l'option pour le chapitre 12 ou le CPC.

La modification proposée à l'art. 176 al. 2 LDIP ne devrait donc pas être retenue.

## B. La convention d'arbitrage

### 1. La forme de la convention d'arbitrage

L'AP propose, tout d'abord, d'élaguer l'art. 178 al. 1<sup>er</sup> LDIP des références, manifestement dépassées, au télégramme et au télex et de s'en tenir à la simple mention de la forme écrite et de ses « équivalents fonctionnels ». Cette simplification rédactionnelle doit être approuvée.

Il en va de même de la proposition d'alléger les exigences formelles en renonçant à l'exigence de la « forme écrite bilatérale » (« doppelte Schriftlichkeit »), telle qu'elle peut encore se déduire d'un ancien arrêt du Tribunal fédéral concernant l'élection de for (ATF 119 II 391). Si

l'exigence d'un écrit paraît encore indispensable, y compris dans une perspective transnationale, pour faciliter la preuve de l'existence et du contenu de la convention d'arbitrage, il paraît excessif au jour d'aujourd'hui d'exiger que toutes les parties à la convention s'expriment par écrit. Ce formalisme excessif, qui porte à exclure toute pertinence à l'acceptation orale ou par actes concluants, est difficilement conciliable avec le principe de la liberté de forme, aujourd'hui largement admis dans le commerce international y compris pour des transactions de très grande valeur économique. Il est également en tension avec la jurisprudence très souple concernant l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers « non signataires ». A cet égard, la distinction établie par le Tribunal fédéral (ATF 129 III 727) entre la convention « initiale » – soumise à des exigences formelle strictes – et l'extension de cette même convention à un tiers – pouvant résulter de son comportement tacite ou de l'application du principe de la bonne foi – est trop subtile pour convaincre entièrement. Si un tiers s'immisçant dans la conclusion et/ou dans l'exécution d'un contrat est réputé lié à une convention d'arbitrage qu'il n'a jamais expressément acceptée (cf. ATF 129 III 727), pourquoi en irait-il autrement pour l'une des parties du contrat, lorsque celle-ci a clairement consenti à la convention de manière orale ou tacite ? Par ailleurs, la modification proposée est parfaitement en ligne avec l'évolution internationale, qui se dégage tant du texte de l'art. 7 de la Loi modèle de la CNUDCI, tel qu'amendé en 2006, que de plusieurs lois nationales d'arbitrage (mentionnées dans le rapport explicatif), qui sont à cet égard plus « progressistes » que la LDIP.

Si l'objectif et les raisons de la proposition sont entièrement convaincants, le texte proposé paraît moins heureux. En précisant que la condition de la forme écrite « est satisfaite même si elle n'est remplie que par une seule des parties à la convention d'arbitrage », ce texte semble se désintéresser de l'autre partie à la convention, celle qui est censée avoir accepté la convention en dépit de l'absence d'un écrit. Ce faisant, il semble relativiser l'importance du consentement qui doit néanmoins rester le fondement incontournable de l'arbitrage.

Il aurait dès lors été préférable de s'inspirer du texte de l'art. 7 par. 3 (option 1) de la Loi CNUDCI, aux termes duquel « [u]ne convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens ».

Bien que le projet soit consacré à l'arbitrage, il serait utile – dans un souci de cohérence – d'étendre la même solution à l'élection de for de l'art. 5 LDIP. Cette disposition exige, elle aussi la forme écrite, condition qui a été interprétée par le Tribunal fédéral dans le sens de la « doppelte Schriftlichkeit » (ATF 119 II 391). Pourtant, les considérations qui justifient un assouplissement des exigences formelles pour les conventions d'arbitrage sont également valables pour les élections de for. Du reste, la Convention de Lugano prévoit d'ores et déjà, à son art. 23 par. 1, un régime plus souple que celui de l'art. 5 LDIP. Un rapprochement de ces différentes règles seraient sans doute souhaitable. Si l'on peut comprendre que cette modification n'a pas sa place dans l'AP, il faudrait néanmoins y réfléchir lorsque les autorités fédérales décideront de s'atteler à la ratification de la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for.

## 2. Les clauses compromissoires unilatérales

La référence aux clauses d'arbitrage des actes juridiques unilatéraux dans le nouvel art. 187 al. 4 LDIP est ambiguë. Même si cette disposition ne vise qu'à rendre applicables par analogie les autres dispositions de l'art. 178 LDIP (y compris de l'art. 178 al. 2 pour ce qui est de leur validité au fond), elle semble implicitement reconnaître l'admissibilité de telles clauses au moins du point de vue du droit suisse. Cela paraît prématuré.

Certes, les clauses compromissoires unilatérales sont d'ores et déjà admises par une partie de la doctrine. En outre, certaines dispositions reconnaissent la validité de certaines clauses unilatérales de prorogation de for. Ainsi, l'art. 87 al. 2 LDIP permet à un *de cujus* suisse domicilié à l'étranger de soumettre à la compétence des autorités suisses le règlement de sa succession ou de la partie de celle-ci se situant en Suisse. Une telle prorogation de compétence est même présumée lorsque, dans les mêmes circonstances, le *de cujus* a choisi l'application du droit suisse. L'art. 149 b LDIP – à l'instar de la Convention de Lugano et du Règlement Bruxelles I – reconnaît également la validité d'une prorogation de compétence introduite unilatéralement par un *settlor* dans l'instrument constitutif d'un *trust*.

Cependant, la validité d'une clause d'arbitrage unilatérale est encore incertaine au plan international. Ainsi, il n'est pas certain qu'une telle convention, ainsi que la sentence rendue sur cette base, soient couvertes par la Convention de New York. En outre, de telles clauses soulèvent des problèmes complexes concernant, notamment, leur opposabilité aux tiers. Dès lors, il paraît préférable que la décision quant à leur admissibilité soit laissée pour l'heure à la jurisprudence.

### C. La nomination des arbitres

#### 1. Compétence du juge d'appui à défaut d'accord sur le siège

L'AP propose de préciser, à l'art. 179 al. 2 LDIP, que les parties ont le droit de saisir un juge d'appui en Suisse pour la nomination d'un arbitre, lorsqu'elles n'ont pas déterminé le siège ou qu'elles sont simplement convenues d'un siège en Suisse. Dans ces deux hypothèses, la compétence pour la nomination est attribuée à la première autorité judiciaire saisie en Suisse.

Comme l'ensemble de l'art. 179 al. 2 LDIP, cette solution n'est applicable qu'à titre subsidiaire, à savoir lorsque les parties ne se sont pas accordées quant aux modalités de nomination des arbitres, directement ou par renvoi à un règlement d'arbitrage. En particulier, elle ne concerne que les cas d'arbitrage *ad hoc*, car les règlements institutionnels confèrent tous à l'institution la tâche de nommer des arbitres à défaut d'accord des parties.

La proposition vise deux hypothèses distinctes : dans la première, la convention d'arbitrage ne contient aucune indication quant au siège, dans la seconde, les parties ont bel et bien prévu que l'arbitrage aura son siège en Suisse (« Arbitration in Switzerland ») sans donner plus d'indications.

Dans le dernier cas de figure, la solution envisagée se justifie entièrement : la loi suisse est ici sans doute applicable en tant que *lex arbitrii* et les juridictions suisses sont compétentes, tant pour prêter assistance aux parties que pour contrôler la sentence. S'agissant spécifiquement de la nomination d'un arbitre, la détermination du tribunal compétent à l'intérieur de la Suisse est toutefois problématique, notamment lorsque les deux parties sont domiciliées à l'étranger et que la compétence ne peut se fonder sur aucun autre lien avec la Suisse. Dans ce cas, il est pleinement justifié que les parties puissent choisir librement de s'adresser à une juridiction suisse.

En revanche, lorsque la convention ne contient aucune indication quant au siège de l'arbitrage, il est excessif de permettre la saisine d'une juridiction en Suisse, sans aucunement s'assurer que les parties ou le litige présentent bel et bien un lien avec ce pays. Certes, il va de soi aujourd'hui que les parties peuvent librement fixer le siège de l'arbitrage en Suisse, en dépit de l'absence de tout lien avec la Suisse. En revanche, à défaut d'accord des parties, on considère généralement que la compétence du juge d'appui suisse dépend des règles de compétence juridictionnelle, y compris à titre subsidiaire le for de nécessité de l'art. 3 LDIP : dès lors, une juridiction suisse ne peut être saisie pour la nomination d'un arbitre

qu'en présence de certains liens significatifs avec la Suisse (par exemple, lorsque l'une des parties a son domicile en Suisse ou que la prestation litigieuse doit y être exécutée). Dans la mesure où elle fait intervenir, en matière d'arbitrage, les règles de compétence juridictionnelle relatives aux tribunaux étatiques, cette approche n'est pas exempte de critiques et une solution législative est dès lors sans doute bienvenue. Cependant, la solution proposée, qui consiste à admettre une sorte de compétence « universelle », indépendante de tout lien avec la Suisse, paraît problématique.

## 2. Nomination des arbitres en cas d'arbitrage multipartite

Depuis le cas *Dutco* de 1992, plusieurs règlements et lois d'arbitrage ont prévu des solutions particulières pour la nomination des arbitres en cas d'arbitrage multipartite. La solution proposée à l'art. 179 al. 2bis LDIP est de permettre au juge d'appui de nommer tous les arbitres. Cette modification, qui correspond à ce qui est prévu à l'art. 362 al. 2 CPC, à l'art. 8(5) des Swiss Rules et à l'art. 12(8) du Règlement CCI, doit être approuvée.

Dans un souci de précision, il conviendrait d'indiquer – tant ici qu'à l'art. 362 al. 2 CPC – que dans un tel cas de figure le juge d'appui peut également désigner le président du tribunal arbitral.

Sur le plan rédactionnel, cet alinéa devrait être adapté à l'art. 179 al. 2 LDIP. Comme il ressort désormais explicitement de la modification proposée de cette dernière disposition, le juge d'appui n'est pas nécessairement celui du siège du tribunal arbitral (en particulier, tel n'est pas nécessairement le cas lorsque les parties ne se sont pas accordées sur le siège).

## 3. Obligation de déclarer (*disclosure*)

A l'instar de l'art. 363 CPC, le nouvel art. 179 al. 4 LDIP consacre expressément l'obligation de l'arbitre pressenti de révéler sans retard l'existence de faits qui pourraient éveiller des doutes légitimes quant à son indépendance ou son impartialité. Puisque cette obligation est expressément prévue dans la plupart des règlements institutionnels, la nouvelle disposition est importante surtout pour l'arbitrage *ad hoc*. On ne peut que l'approuver, en raison notamment de sa portée pédagogique.

### D. La récusation des arbitres

Les modifications proposées à l'art. 180 al. 1 LDIP ne sont que des améliorations terminologiques (l'expression « motifs de récusation » au lieu de « cause de récusation ») ou des clarifications du droit en vigueur, tel qu'il résulte de la jurisprudence (la précision qu'une récusation est possible en cas de doutes légitimes quant à l'impartialité – et non seulement à l'indépendance – de l'arbitre). Elles n'appellent pas de remarques particulières.

Il en va de même de la précision apportée à l'art. 180 al. 2, aux termes de laquelle l'ignorance d'un motif de récusation ne peut profiter à une partie que si celle-ci « a fait preuve de la diligence requise ». Cette disposition confirme l'existence d'un « devoir de curiosité », tel que consacré par le Tribunal fédéral (ATF 136 III 605). Toutefois, la prévision exprime de ce devoir pour la seule partie ayant nommé (ou contribué à nommer) un arbitre pourrait faire penser, *a contrario*, qu'un tel devoir ne s'applique pas à la partie adverse. Une telle conclusion serait bien évidemment erronée, dans la mesure où le non-respect du devoir de diligence peut entraîner, pour toute partie, la forclusion de la demande de récusation. Il conviendrait de le préciser à l'art. 182 al. 3 LDIP, en indiquant que le délai pour demander la récusation (que l'AP propose de fixer à 30 jours) court à partir du moment où la partie a pris connaissance du motif de récusation « ou aurait dû en prendre connaissance, si elle avait fait preuve de la diligence requise ».

Le nouvel art. 180 al. 2bis LDIP, qui précise les conditions pour la révocation d'un arbitre en reprenant presque à la lettre l'art. 370 al. 1 et 2 CPC, n'appelle pas de remarques particulières.

Concernant la procédure de récusation et de révocation, des précisions sont introduites à l'art. 180 al. 3 LDIP sur le modèle de l'art. 369 CPC. En particulier, la demande de récusation ou de révocation doit être écrite et motivée et le délai est fixé à 30 jours à compter de la connaissance du motif. A première vue, ce délai paraît un peu trop long, si on le compare à l'exigence jurisprudentielle d'une réaction « immédiate » : cependant, il convient de considérer que ce délai est prévu pour la présentation de la demande à l'autorité judiciaire, laquelle sera généralement précédée d'une demande adressée à l'arbitre concerné et/ou au tribunal arbitral.

La procédure prévue dans cette disposition n'est bien évidemment pas applicable lorsque les parties sont convenues de règles différentes, en particulier lorsqu'elles se sont soumises aux mécanismes de l'arbitrage institutionnel. Ce caractère subsidiaire résulte clairement de l'art. 180 al. 3 LDIP dans sa teneur actuelle (« [...] si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation ») ainsi que de l'art. 369 al. 1 et 2 CPC (« [s]i aucune procédure n'a été convenue [...] »). En revanche, la terminologie proposée dans l'AP (« sauf convention contraire ») est moins précise à cet égard : elle peut faire croire que la procédure devant le juge d'appui est toujours ouverte, sauf si les parties l'ont expressément exclue, ce qui ne correspond sans doute pas à l'intention des rédacteurs. Il serait donc préférable de s'en tenir, sur ce point, au texte actuel.

Il convient également de relever que l'AP ne prévoit pas de revenir sur la jurisprudence – désormais bien établie mais néanmoins contestable – du Tribunal fédéral, en vertu de laquelle la décision rendue par le juge d'appui (que la loi qualifie de « définitive ») ne peut pas être revue à la faveur d'un recours « indirect » contre la première sentence attaquable du tribunal arbitral (ATF 128 III 445 ; ATF 138 III 270). Sur ce point, la solution prévue en arbitrage international demeure distincte de celle établie pour l'arbitrage interne, ce qui ne paraît pas entièrement justifié au regard des intérêts en jeu.

Enfin, le nouvel art. 183 al. 4 LDIP renvoie aux dispositions sur la révision des sentences pour le cas où un motif de récusation n'est découvert qu'après la clôture de la procédure. Cette solution est appropriée, dans la mesure où un motif de révision découvert après la clôture peut être assimilé à un fait pertinent que la partie n'a pas pu invoquer avant. Il pourrait être utile de préciser, tant dans ce cas que lors de recours en annulation fondé sur l'art. 190 al. 2 lit. a LDIP, qu'un motif de récusation ne peut justifier l'annulation de la sentence que s'il a joué un rôle causal dans l'issue de la procédure.

#### E. L'administration des preuves

L'AP prévoit deux modifications à l'art. 184 LDIP concernant l'intervention du juge d'appui dans l'administration des preuves.

La première vise à clarifier, à l'art. 184 al. 2 LDIP, que l'assistance de l'autorité judiciaire dans l'administration de la preuve peut être sollicitée – outre que par le tribunal arbitral – par une partie d'entente avec celui-ci. Cette précision est utile, car le texte actuel semble exiger que la demande soit présentée par les parties conjointement.

La seconde précision concerne le droit applicable. Si en principe l'autorité judiciaire applique son propre droit (comme actuellement prévu à l'art. 184 al. 2 LDIP, *in fine*, le nouvel art. 184 al. 3 LDIP) l'autorise, sur demande, à « observer ou prendre en considération d'autres formes de procédure, si aucun juste motif tenant à l'intéressé ne s'y oppose ». Cette précision

permettra de mieux coordonner les règles d'administration des preuves suivies dans le cadre de la procédure arbitrale (qui peuvent être très différentes de celles du droit suisse) avec celles appliquées par le juge d'appui.

En dépit du silence de l'AP, il serait utile de préciser le domaine d'application de l'art. 184 LDIP. Cette disposition s'adresse manifestement à l'autorité judiciaire suisse, le législateur suisse n'ayant pas le pouvoir de régler l'intervention d'une autorité étrangère. En même temps, étant partie de la *lex arbitrii* suisse, cette disposition suppose que le siège de l'arbitrage se situe en Suisse (art. 176 al. 1<sup>er</sup> LDIP). Cependant, il est évident que l'intervention du juge d'appui peut également s'avérer très utile pour assister un tribunal arbitral ayant son siège à l'étranger. Compte tenu de la réticence dont les juridictions suisses ont parfois fait preuve quant à la possibilité de prêter assistance aux arbitrages étrangers, la possibilité d'invoquer dans un tel cas l'art. 184 LDIP devrait être expressément inscrite dans la loi.

#### F. La décision sur les frais et les dépens

Sur ce point l'AP va à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 136 III 597) en consacrant le pouvoir de l'arbitre de trancher, non seulement sur la répartition des frais de la procédure arbitrale, mais aussi sur leur montant, y compris les honoraires des arbitres. Cette solution est déjà prévue dans le CPC (art. 384 al. 1 lit. f CPC) où elle est cependant assortie de la possibilité de recourir contre ce chef de la sentence, lorsque les dépenses et les honoraires des arbitres ont été fixés de manière manifestement excessive (art. 393 lit. f CPC).

Si l'on admet que le tribunal arbitral peut décider sur ses propres honoraires et dépenses, un droit de recours (devant le Tribunal fédéral ou, mieux, devant une autre juridiction étatique, tel le juge d'appui : cf. l'art. 41 du Règlement d'arbitrage CNUDCI) paraît indispensable. On peut cependant s'interroger quant à l'opportunité d'ancrer dans la loi un tel pouvoir du tribunal arbitral de trancher *in re propria*. La jurisprudence du Tribunal fédéral paraît, à cet égard, plus saine.

#### G. Rectifications, interprétations et compléments de la sentence

En reprenant les dispositions de l'art. 388 CPC, l'AP propose de codifier, dans un nouvel art. 189a LDIP, la jurisprudence par laquelle le Tribunal fédéral a admis, en arbitrage international aussi, que la sentence peut être corrigée, interprétée ou complétée, sur demande d'une partie ou de propre initiative par l'arbitre (ATF 126 III 524 ; ATF 131 III 164). Cette proposition doit être approuvée.

#### H. La révision de la sentence

##### 1. La codification du recours en révision

Le Tribunal Fédéral admet depuis longtemps la possibilité de demander la révision de la sentence arbitrale (ATF 118 II 199 ; ATF 129 III 727 ; ATF 134 III 286 ; ATF 142 III 521). L'AP codifie cette jurisprudence en reprenant, dans les grandes lignes, la réglementation du CPC. Le nouvel art. 190a al. 1 et 2 LDIP n'appelle pas de remarques particulières. Dans un souci de précision, il conviendrait toutefois d'ajouter aux motifs de révision prévus par cette disposition, les motifs de récusation découverts après l'échéance du délai de recours en annulation, comme prévu dans le nouvel alinéa 4 de l'art. 180 LDIP.

##### 2. La renonciation à la révision

La possibilité de renoncer au droit de demander la révision de la sentence est actuellement controversé. L'AP propose une solution de compromis : il serait possible de renoncer à la révision lorsque celle-ci se fonde sur des nouveaux faits ou moyens de preuve, mais pas lorsque la sentence a été influencée par un crime ou un délit. Cette distinction n'est pas entièrement convaincante, d'autant qu'il est admis, à l'art. 192 LDIP, que les parties peuvent renoncer à tout motif d'annulation, y compris des motifs extrêmement graves comme la violation de l'ordre public matériel ou procédural. On peut donc se demander si la renonciation ne devrait pas être admise pour tout motif de révision.

Si la distinction proposée est maintenue, il conviendrait de clarifier que la renonciation est également possible pour le motif de révision tiré de la découverte tardive d'un motif de récusation.

## *I. Le recours au Tribunal fédéral*

### 1. Valeur litigieuse

En comblant une lacune de l'art. 77 LTF, l'AP propose de clarifier que la recevabilité du recours devant le Tribunal fédéral n'est pas soumise à la condition d'une valeur litigieuse minimale, telle que prévue à l'art. 74 LTF. Conforme à l'opinion majoritaire, cette clarification est sans doute bienvenue.

### 2. Mémoires en anglais

Par un nouvel art. 77 al. 2bis LTF, l'AP vise à permettre aux parties de déposer devant le Tribunal fédéral des mémoires rédigées en anglais. A présent, le Tribunal fédéral admet que les pièces déposées par les parties (y compris la sentence arbitrale) puissent être en anglais, dans la mesure où l'une des parties ne s'y oppose pas (cf. art. 54 al. 3 LTF). En revanche, les mémoires doivent être rédigées dans la langue de la procédure au sens de l'art. 54 LTF.

La proposition a le mérite de simplifier la procédure de recours, notamment lorsque l'anglais est la langue de la procédure arbitrale et de la sentence. Cela permettrait de faire l'économie des frais et des délais de la traduction. L'attractivité de la place arbitrale suisse s'en trouverait sans doute renforcée au plan international.

Cependant, cette nouveauté n'est pas sans présenter un certain nombre d'inconvénients. D'une part, il faut relever que le recours contre les sentences arbitrales correspond à plusieurs égards au recours devant le Tribunal fédéral contre les décisions de juridictions étatiques suisses. On connaît en particulier l'important fardeau en termes de motivation que le Tribunal fédéral met à la charge du recourant. Dans un tel contexte, un mémoire en anglais – rédigé peut être par des avocats anglophones étrangers – pourrait passer à côté des subtilités du droit procédural suisse ainsi que de la pratique du Tribunal fédéral, ce qui peut s'avérer dangereux pour les parties. D'autre part, puisque les décisions du Tribunal fédéral continueront à être rendues dans l'une des langues nationales (l'AP projet ne prévoit pas qu'elles puissent être rédigées en anglais, ce qui d'ailleurs paraît difficilement envisageable dans un avenir proche), une véritable « uniformité » linguistique entre la procédure arbitrale et la procédure de recours ne sera de toute manière pas atteinte. Compte tenu de ce qui précède, et en dépit de ses mérites, cette réforme ne paraît pas indispensable.

### III. Les principaux silences de l'AP

#### A. Les procédures parallèles

Préjudiciables à l'économie procédurale et source potentielle de décisions contradictoires, les procédures parallèles devant les juridictions étatiques représentent un obstacle important à la réalisation des objectifs de l'arbitrage. Alors que le CPC consacre une règle classique de litispendance (art. 372 al. 2 CPC), cette approche a été consciemment écartée par le législateur dans l'arbitrage international où l'art. 186 al. 1bis LDIP est venu renverser la règle jurisprudentielle établie dans l'affaire *Fomento* (ATF 127 III 279). Cette disposition reflète une claire option en faveur de l'arbitrage, mais elle ne s'applique qu'en cas de siège en Suisse. Il en va de même de la jurisprudence du Tribunal fédéral ayant consacré, uniquement pour le cas de siège en Suisse, une version tempérée de l'effet négatif de la compétence-compétence (ATF 122 III 139 ; ATF 4A\_119/2012). A l'inverse, un arbitrage avec siège à l'étranger ne bénéficie d'aucune priorité, un tribunal étatique suisse pouvant librement trancher, avec plein pouvoir d'examen, la question de la validité de la convention d'arbitrage (ATF 121 III 38).

L'initiative Lüscher (08-417 n) – qui est à l'origine de l'AP – visait à corriger ce déséquilibre en codifiant l'effet négatif de la compétence-compétence. Cette proposition allait dans la bonne direction, mais elle présentait un certain nombre de défauts « techniques ». Ceux-ci aurait pu facilement être corrigés en prévoyant notamment l'obligation (ou au moins la possibilité) pour un tribunal étatique suisse de suspendre la procédure lorsqu'un tribunal arbitral est saisi en Suisse ou à l'étranger, ou peut l'être dans un bref délai. Sans résoudre tous les problèmes liés aux procédures parallèles, une telle disposition représenterait un progrès significatif et un signal envoyé aux Etats étrangers, qui pourraient s'en inspirer. Il est donc regrettable que l'AP renonce complètement à régler cette question.

#### B. Les mesures provisionnelles

Les mesures provisionnelles sont de plus en plus importantes dans le contentieux international. En consacrant la compétence de l'arbitre pour prendre de telles mesures, la LDIP faisait, en 1987, office de pionnier. Trente ans après, ce principe est largement reconnu au plan international ; cependant, un certain nombre de difficultés subsistent.

En premier lieu, l'exécution transnationale des mesures provisionnelles ordonnées par un tribunal arbitral demeure difficile. La Convention de New York n'étant pas applicable à celles-ci, la loi type CNUDCI propose, dans son texte révisé en 2006, l'introduction de règles nationales de reconnaissance de ces mesures, calquées sur le modèle de la Convention (cf. les art. 17H et 17I). De telles règles pourraient être introduite dans la législation suisse, ce qui encouragerait d'autres places arbitrales à faire de même. En alternative, on pourrait préciser que le recours au juge d'appui tel que prévu à l'art. 183 al. 2 LDIP, est également ouvert en cas d'arbitrage étranger (tout en prévoyant certaines conditions ou motifs de refus). Malheureusement, l'AP se désintéresse de cette problématique.

Deuxièmement, il convient de noter que le principe du parallélisme des compétences du tribunal arbitral et du juge étatique – largement reconnu en matière de mesures provisionnelles – pose parfois des difficultés en pratique. Certains droits étrangers l'assouplissent en reconnaissant un caractère subsidiaire à l'intervention des juridictions étatiques (cf. l'art. 44 de l'*Arbitration Act* anglais, qui correspond à la jurisprudence d'autres pays). Une telle disposition trouverait toute sa place dans une loi très favorable à l'arbitrage, comme la LDIP.

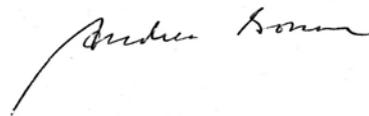
Enfin, s'il est clairement possible pour les parties de priver le tribunal arbitral de sa compétence pour statuer sur des mesures provisionnelles (cf. l'art. 183 al. 1 LDIP et l'art.

374 CPC), une incertitude subsiste quant à l'admissibilité d'une convention visant à écarter la compétence du juge étatique. Le CPC semble l'exclure, mais la question reste controversée, notamment pour l'arbitrage international. Lorsqu'elle s'est posée en jurisprudence (dans l'affaire du FC Sion par exemple) elle n'a pas été clairement tranchée ; il paraît d'ailleurs improbable que le Tribunal fédéral soit appelé à se prononcer à ce sujet. Une clarification législative serait donc utile.

### C. La renonciation au recours

L'un des buts affichés de l'AP étant de renforcer l'autonomie des parties, on peut regretter que le texte proposé maintienne, comme condition pour la renonciation au recours, l'absence de domicile (résidence habituelle, siège et établissement) des parties en Suisse. Il convient de noter que plusieurs lois d'arbitrage étrangères permettent désormais la renonciation au recours sans distinguer en fonction du domicile des parties (l'art. 1522 du CPC français par exemple). Une partie domiciliée en Suisse peut donc convenir d'un arbitrage à l'étranger et renoncer à tout recours si la *lex arbitrii* le lui permet. Un contrôle de la sentence à l'aune des principes suisses est, de toute manière, assuré lorsque la sentence doit être exécutée en Suisse, car dans ce cas la Convention de New York est applicable par analogie (art. 192 al. 2 LDIP).

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, je vous prie de croire, Mesdames, Messieurs, à l'expression de ma parfaite considération.



Andrea Bonomi  
Vice-Directeur de l'École de Droit  
Directeur du Centre de droit comparé,  
européen et international

Zentrum für Konflikt und Verfahren CCR  
Universität Luzern  
Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Frohburgstrasse 3  
Postfach 4466  
6002 Luzern

Per E-Mail  
ipr@bj.admin.ch

Luzern, 31. Mai 2017

**Vernehmlassungseingabe zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung vom 11. Januar 2017, zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) Stellung zu nehmen. Mit der vorliegenden Vernehmlassungseingabe nehmen wir diese gerne wahr.

Das Zentrum für Konflikt und Verfahren (Center for Conflict Resolution, CCR) ist ein Kompetenzzentrum der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, das sich vor allem dem schweizerischen und internationalen Zivilverfahrensrecht sowie der Schiedsgerichtsbarkeit und der Alternativen Streiterledigung widmet. Im Vordergrund seiner Arbeit stehen Forschung und Weiterbildung. Für weitere Informationen siehe <https://www.unilu.ch/fakultaeten/rf/institute/zentrum-fuer-konflikt-und-verfahren-ccr/>

Der Linksunterzeichnende war Mitglied der Expertengruppe, die den Bundesrat beim Verfassen des Vorentwurfs beraten hat; er gibt im Rahmen dieser Eingabe allerdings seine persönliche Meinung wieder. Für Rückfragen stehen Ihnen die Unterzeichneten gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,



Prof. Dr. Daniel Girsberger  
Vorsitzender des Direktoriums des CCR



Prof. Dr. Lorenz Droege  
Mitglied des Direktoriums des CCR

# Inhalt

I.	Einleitung.....	2
II.	Vorgeschlagene Änderungen.....	2
1.	Anknüpfung an Parteien der Schiedsvereinbarung (Art. 176 Abs. 1 / Art. 192 Abs. 1 VE-IPRG) .....	2
2.	Massgeblichkeit von Sitz und Niederlassung (Art. 176 Abs. 1 VE-IPRG).....	3
3.	Formerfordernis für <i>Opting-out</i> (Art. 176 Abs. 2 VE-IPRG).....	4
4.	Form der Schiedsvereinbarung (Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG).....	5
a)	Übersicht über die vorgeschlagene Änderung.....	5
b)	Vergleich mit anderen Staaten.....	6
c)	Vereinbarkeit und Abstimmung mit dem New Yorker Übereinkommen .....	10
d)	Unterscheidung zwischen Form und Konsens.....	10
e)	Fazit .....	11
5.	Einseitige Schiedsklauseln (Art. 178 Abs. 4 IPRG).....	12
6.	Bestellung und Ersetzung des Schiedsgerichts (Art. 179, 180 VE-IPRG).....	13
a)	Bezeichnung des Sitzes / Ernennung und Ersetzung der Mitglieder des Schiedsgerichts (Art. 179 Abs. 2 IPRG).....	13
b)	Streichung des Verweises auf die ZPO (Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG).....	13
c)	Mehrparteienverfahren (Art. 179 Abs. 2 <sup>bis</sup> VE-IPRG).....	14
d)	Ersetzung eines Schiedsrichters und redaktionelle Änderung (Art. 179 Abs. 3 VE-IPRG) .....	14
e)	Offenlegungspflicht (Art. 179 Abs. 4 VE-IPRG).....	15
f)	Ablehnung & Abberufung (Art. 180 VE-IPRG) .....	15
7.	Vorsorgliche Massnahmen (Art. 183 Abs. 2 VE-IPRG).....	18
8.	Beweisaufnahme (Art. 184 Abs. 2 und 3 VE-IPRG).....	18
9.	Anwendbares Recht (Art. 187 IPRG).....	19
10.	Kosten (Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG).....	19
11.	Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung (Art. 189a VE-IPRG).....	20
12.	Beschwerde und Revision (Art. 190a–192 VE-IPRG, Art. 77 und 119b VE-BGG) .....	20
a)	Beschwerde.....	20
b)	Revision .....	21
i.	Zulässigkeit, Revisionsgründe .....	21
ii.	Verjährungsfrist.....	22
iii.	Verhältnis zu Beschwerde .....	22
iv.	Verzicht .....	22
c)	Verfahren vor Bundesgericht generell.....	23
d)	Zulassung der englischen Sprache vor Bundesgericht .....	23
III.	Unterlassene Änderungen.....	24
1.	Negative Kompetenz-Kompetenz (Art. 7 IPRG).....	24
2.	Rüge von Verfahrensmängeln (unterlassen; z.B. in Art. 182 IPRG).....	26
3.	Mitwirkung des staatlichen Richters (Art. 185 IPRG) .....	26
4.	Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Art. 186 IPRG).....	27
IV.	Fazit .....	27

## I. Einleitung

- 1 Am 11. Januar 2017 stellte der Bundesrat den Vorentwurf zur Änderung des 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) und den zugehörigen erläuternden Bericht vor.<sup>1</sup> Auslöser der Revision waren eine parlamentarische Initiative<sup>2</sup> von Nationalrat Christian Lüscher und die daraus hervorgehende Motion der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats<sup>3</sup>. Mit Letzterer wurde der Bundesrat beauftragt, einen Entwurf über die Änderung des IPRG auszuarbeiten mit dem Ziel, «*die Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsplatz zu erhalten*». Weil das geltende IPRG auch dreissig Jahre nach seinem Inkrafttreten als «*innovatives Schiedsgesetz von grosser Qualität*»<sup>4</sup> gelte, will der Bundesrat auf eine Totalrevision verzichten und sich auf punktuelle Anpassungen beschränken. Vor allem soll der Vorentwurf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum 12. Kapitel des IPRG berücksichtigen und das Gesetz ausserdem (noch) «anwenderfreundlicher» machen.
- 2 Nachfolgend soll nur auf einzelne (vorgeschlagene oder eben nicht vorgeschlagene) Revisionspunkte eingegangen werden, die bereits vor der Auswertung der Vernehmlassungsergebnisse besonders kritisch gewürdigt wurden.

## II. Vorgeschlagene Änderungen

1. Anknüpfung an Parteien der Schiedsvereinbarung (Art. 176 Abs. 1 / Art. 192 Abs. 1 VE-IPRG)
- 3 Das Bundesgericht erkannte im Jahr 2002, dass für die Frage, ob das 12. Kapitel des IPRG oder die ZPO anwendbar ist, nicht der Sitz bzw. Wohnsitz der (ursprünglichen) Parteien der *Schiedsvereinbarung*, sondern derjenige der *Prozessparteien* massgebend ist.<sup>5</sup> Man ist sich einig, dass diese Auslegung von Art. 176 Abs. 1 IPRG Rechtsunsicherheit schafft, denn nach dieser Praxis bleibt bis zum Beginn des Schiedsverfahrens unklar, welcher Erlass Anwendung findet, das IPRG oder der 3. Teil der ZPO.<sup>6</sup> Diese Unsicherheit lässt sich bis anhin nur durch ein *opting out* bzw. – je nach Perspektive – ein *opting in*<sup>7</sup> beseitigen.<sup>8</sup>
- 4 Der Vorentwurf korrigiert diese Rechtsprechung und stellt klar, dass die Anknüpfung auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung abstellt.<sup>9</sup> Das wird nur sehr vereinzelt bedauert.<sup>10</sup>

---

<sup>1</sup> BBl 2017 163.

<sup>2</sup> 08.417 n Pa.Iv. Lüscher vom 20. März 2008; Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht; Änderung von Artikel 7.

<sup>3</sup> 12.3012 Motion der Kommission für Rechtsfragen-NR vom 3. Februar 2012; Bundesgesetz über das internationale Privatrecht; Die Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsplatz erhalten.

<sup>4</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017 (zit. Erläuternder Bericht), S. 8.

<sup>5</sup> Urteil des BGer vom 24. Juni 2002, 4P.54/2002, E. 3 = Bull ASA 2003, S. 134 ff.

<sup>6</sup> S. z.B. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, When is a Swiss arbitration international?, in: Jusletter 7. Oktober 2002, Rz. 15 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 353 Abs. 2 ZPO und Art. 176 Abs. 2 IPRG.

<sup>8</sup> AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Diss. Luzern, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 109, Zürich 2016, Rz. 18.

<sup>9</sup> Art. 176 Abs. 1 VE-IPRG.

<sup>10</sup> So schlägt namentlich ANDREAS BUCHER vor, alternativ auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung oder den Zeitpunkt der Eröffnung des Schiedsverfahrens abzustellen, vgl. BUCHER, Commentaire roman – Loi sur le droit international privé, Mise à jour du chapitre 12 (extrait), Deutsche Fassung, 6. Februar

- 5 Vom Entwurf nicht behandelt wird die Frage, ob und unter welchen Umständen die Schiedsvereinbarung auf (Dritt-)Personen auszudehnen ist, die sie nicht unterzeichnet haben, etwa Zessionare, Erben und Vermächtnisnehmer, fusionierte Gesellschaften, Begünstigte aus Trusts und Garantieverträgen, etc. Dieser Verzicht auf eine gesetzliche Regelung wird mehrheitlich begrüsst, weil eine solche zu komplex würde, wenn sie alle wichtigen Konstellationen erfassen soll.<sup>11</sup>
- 6 Auch wir begrüssen sowohl die klare Neuregelung des Anknüpfungszeitpunkts als auch den Verzicht auf eine Regelung der Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf Dritte.

2.

### 3. Massgeblichkeit von Sitz und Niederlassung (Art. 176 Abs. 1 VE-IPRG)

- 7 Art. 176 Abs. 1 IPRG nennt neben dem Wohnsitz nun explizit auch den Sitz der Parteien als Anknüpfungspunkt. Dieser gilt bei Gesellschaften i.S.v. Art. 150 IPRG bereits heute als Wohnsitz,<sup>12</sup> so dass die ausdrückliche Nennung des Sitzes bloss redaktioneller Natur ist.<sup>13</sup> Nach geltendem Recht stellt die Existenz einer Schweizer Niederlassung der ausländischen Partei einer Schiedsvereinbarung kein Hindernis für die Anwendbarkeit des 12. Kapitels IPRG dar. Neu soll Art. 176 Abs. 1 VE-IPRG aber zusätzlich auf die Niederlassung abstellen. Diese befindet sich gemäss Art. 21 Abs. 4 IPRG in dem Staat, in dem eine Gesellschaft (oder ein Trust) ihren Sitz hat, oder in einem Staat, in dem sich eine Zweigniederlassung befindet. Die Neuformulierung soll wohl an Art. 192 IPRG angeglichen werden, wo selbst das Bestehen einer schweizerischen Zweigniederlassung einer der Parteien einen Rechtsmittelverzicht der Parteien verunmöglichen soll,<sup>14</sup> was u.E. durchaus erwünscht ist. Denn der Rechtsmittelverzicht ist rechtspolitisch umstritten und soll nur in engen Grenzen zulässig sein.<sup>15</sup> Bei Art. 176 würde der Einbezug einer Zweigniederlassung demgegenüber dazu führen, dass selbst Schiedsvereinbarungen, die von den ausländischen Niederlassungen zweier Schweizer Gesellschaften abgeschlossen werden, unter das 12. Kapitel des IPRG fallen würden,<sup>16</sup> und umgekehrt würde eine Schieds-

---

2017, <[http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/vorentwurf\\_kapitel\\_12\\_-\\_kommentar.pdf](http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/vorentwurf_kapitel_12_-_kommentar.pdf)> (30. Mai 2017), Art. 176. Nach dem Vorschlag Bucher müsste die Neufassung wohl etwa wie folgt lauten: «Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung oder, betreffend Parteien, die erst nach Abschluss der Schiedsvereinbarung Parteien dieser Vereinbarung geworden sind, bei Eröffnung des Schiedsverfahrens, wenigstens eine Partei der Schiedsvereinbarung ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt, ihre Niederlassung oder ihren Sitz nicht in der Schweiz hatte.»

U.E. führt auch diese Art Anknüpfung, auch wenn sie die beiden Elemente Schiedsvertrag und spätere Rechtsnachfolge berücksichtigt, nach wie vor zu Rechtsunsicherheit, weil der Anknüpfungszeitpunkt auch hier nicht im Voraus bestimmbar ist.

<sup>11</sup> Stellungnahme der Association Suisse de l'Arbitrage (ASA) in der Vernehmlassung zur Revision (Änderung) des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 12. Mai 2017 (zit.: ASA-Vernehmlassung), Rz. 19.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 21 Abs. 1 IPRG, der nach überwiegender Meinung auch im Schiedsverfahren, zumindest analog, Anwendung findet (BESSON, Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS, in: Arroyo (Hrsg.), Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013, Rz. 13).

<sup>13</sup> Vgl. BUCHER, Art. 176.

<sup>14</sup> PATOCCHI/JERMINI, BSK IPRG, Art. 192 N 8.

<sup>15</sup> Vgl. RUCH, Zum Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Luzern, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 74, Zürich 2013, S. 175 ff.; BGer., Urteil vom 18. Januar 2017, 4A\_500/2015, E. 3.1.

<sup>16</sup> Vgl. BLESSING, Das neue internationale Schiedsgerichtsrecht der Schweiz – ein Fortschritt oder ein Rückschritt?, in: Boeckstiegel (Hrsg.), Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II), Köln 1989, S. 13 ff. (zit. Schiedsgerichtsrecht), S. 28; PROBST, Das Verhältnis zwischen dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit und dem 12. Kapitel IPRG, Zürich 1999, S. 19.

vereinbarung, die zwischen den schweizerischen Niederlassungen von ausländischen Gesellschaften abgeschlossen wird, zu einem Binnenschiedsverfahren führen, der vom 3. Teil der ZPO geregelt ist.<sup>17</sup> Während die erste dieser Fallkonstellationen dem Ziel der Schiedsfreundlichkeit der Schweiz entsprechen würde, ist zweifelhaft, ob die zweite Fallkonstellation wirklich dazu führen sollte, dass die ZPO und nicht das IPRG anwendbar ist. Selbst wenn diese Rechtsfolge gewollt sein sollte, würde es sich jedenfalls nicht bloss um eine redaktionelle Ergänzung handeln, als die sie der erläuternde Bericht bezeichnet.<sup>18</sup>

8       Zumindest wäre klarzustellen, dass jeweils auf diejenige Niederlassung bzw. den (Wohn-)Sitz abzustellen ist, für welche(n) die Schiedsvereinbarung abgeschlossen wurde. Indessen kann auch eine solche Regelung zu weiteren Problemen führen, ist doch nicht immer eindeutig, für welche Niederlassung bzw. ob für eine Niederlassung oder den (Haupt-)Sitz einer Partei die Schiedsvereinbarung abgeschlossen wurde.

9       Die Diskussion zeigt, dass es sich bei der Aufnahme der Niederlassung als zusätzliches Kriterium für die Anwendbarkeit des 12. Kapitels des IPRG nicht nur um eine redaktionelle, sondern um eine inhaltliche Änderung handelt oder als solche zumindest angesehen werden könnte, die unnötige Unsicherheit schafft, namentlich mit Bezug auf Konstellationen, bei denen zumindest eine der Parteien einer Schiedsvereinbarung zwar ihren Sitz in der Schweiz hat, aber über eine Niederlassung im Ausland verfügt, oder umgekehrt. Wir schlagen deshalb vor, auf die Erwähnung der Niederlassung in Art. 176 Abs. 1 IPRG zu verzichten.<sup>19</sup>

#### 4. Formerfordernis für *Opting-out* (Art. 176 Abs. 2 VE-IPRG)

10       Während der Vernehmlassungsentwurf die Anforderungen an die Form einer Schiedsvereinbarung senkt (dazu unten),<sup>20</sup> soll die Formulierung des Formerfordernisses für ein *Opting-out* aus dem 12. Kapitel des IPRG zugunsten des 3. Teils der ZPO verschärft werden: Neu ist dafür – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>21</sup> – ausdrücklich eine *schriftliche* Vereinbarung notwendig.<sup>22</sup> Im gleichen Sinn soll auch die entsprechende Bestimmung für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in Art. 353 Abs. 2 VE-IPRG angepasst werden.

11       Die Anmerkungen zu Art. 176 Abs. 2 VE-IPRG im erläuternden Bericht weisen darauf hin, dass das Formerfordernis für das *Opting-in/-out* im Vergleich zu demjenigen für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung in der Tat verschärft werden soll: Der Bericht hält fest, dass «*als Folge*» der «*massvolle[n] Lockerung des Formerfordernisses für Schiedsvereinbarungen*» «*nun umgekehrt*» für ein *Opting-out* «*neu zwingend Schriftlichkeit verlangt*» werden soll, da die Anforderungen an ein solches *Opting-out* «*weiterhin hoch sein*» sollen.<sup>23</sup> Entsprechend dürfte mit «*Schriftlichkeit*» nicht die Form von Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG, sondern diejenige des OR gemeint sein.<sup>24</sup> Uns scheint es jedoch weder nötig noch sinnvoll, für die Form eines

---

<sup>17</sup> Vgl. BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 103; LALIVE/POUDRET/REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, Art. 176 N 3 a.E.

<sup>18</sup> Erläuternder Bericht, S. 18.

<sup>19</sup> So auch die ASA-Vernehmlassung, Rz. 22.

<sup>20</sup> S. sogleich S. 5 ff., Rz. 14 ff.

<sup>21</sup> BGE 116 II 721, E. 4 = Bull ASA 1991, S. 421; Urteil des BGer vom 19. November 2013, 4A\_254/2013, E. 1.2.3 = Bull ASA 2014, S. 590.

<sup>22</sup> Art. 176 Abs. 2 VE-IPRG.

<sup>23</sup> Erläuternder Bericht, S. 18.

<sup>24</sup> Vgl. ASA-Vernehmlassung, Rz. 25. Eher auf Schriftlichkeit i.S.v. Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG weist indessen die Bemerkung im erläuternden Bericht hin, dass in der ZPO darüber hinaus verdeutlicht werde, «*dass die Erklärung der Form gemäss Artikel 358 ZPO (d.h. schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht), bedarf*» (Erläuternder Bericht, S. 19).

*Opting-in/out* strengere Anforderungen aufzustellen als für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung.<sup>25</sup> Das würde nämlich bedeuten, dass Schiedsvereinbarungen, die mit einem *Opting-in/out* kombiniert werden, stets in (streng) schriftlicher Form abgeschlossen werden müssten. Sollte hingegen mit «Schriftlichkeit» die Form i.S.v. Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG gemeint sein, so geht dies nach der gegenwärtigen Formulierung nicht klar hervor.<sup>26</sup>

Aus diesen Gründen wäre es u.E. besser, klarzustellen, dass die Erklärung «*in einer späteren Übereinkunft in der Form gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG*» ergehen muss. Die entsprechende Anpassung wäre auch in Art. 353 Abs. 2 VE-ZPO – dort mit Verweis auf Art. 358 Abs. 1 VE-ZPO – vorzunehmen. Am einfachsten, «anwenderfreundlichsten» und u.E. empfehlenswert wäre, für alle Vereinbarungen zwischen den Parteien, für die ein Formerfordernis besteht, einheitlich die Form von Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG zu verlangen,<sup>27</sup> also nicht nur für Schiedsvereinbarung und *Opting in/out*, sondern auch für die Erklärungen betreffend den Verzicht auf Rechtsmittel (Art. 192 IPRG) bzw. Ausschluss der Revision (Art. 190a Abs. 3 VE-IPRG) sowie für die Abberufung eines Schiedsrichters (Art. 180 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a VE-IPRG bzw. Art. 370 Abs. 1 ZPO).

## 5. Form der Schiedsvereinbarung (Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG)

### a) Übersicht über die vorgeschlagene Änderung

Art. 178 Abs. 1 IPRG verlangt in der geltenden Fassung, dass alle Parteien der Schiedsvereinbarung «*schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung [...], die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht*» zustimmen. Beim Erlass des IPRG im Jahr 1987 stellte dieser Verzicht auf ein Unterschriftserfordernis zugunsten einer visuell wahrnehmbaren, physisch reproduzierbaren Form<sup>28</sup> eine neue Form für Rechtsgeschäfte dar.<sup>29</sup>

Mit der Revision des IPRG soll die Formvorschrift nun gekürzt und an Art. 358 ZPO angepasst werden, indem die Erwähnung der inzwischen veralteten Übermittlungsmethoden Telegramm, Telex und Telefax gestrichen wird. Das ist weitgehend unbestritten.<sup>30</sup> Das Formerfordernis soll aber noch weiter gelockert werden, indem nur noch eine der Parteien die Formvorschrift einhalten muss («halbe Schriftlichkeit») – wobei ein Teil der Lehre bereits die geltende Formulierung in diesem Sinne auslegt<sup>31</sup> und es sich bei der Gesetzesänderung nach dieser Ansicht nur um eine Klarstellung handelt.<sup>32</sup> Der erläuternde Bericht begründet die Lockerung mit der Entwicklung in verschiedenen Ländern und mit Art. 7 des UNCITRAL-Modellgesetzes<sup>33</sup>, der in seiner Option 2 auf ein Formerfordernis sogar ganz verzichtet.<sup>34</sup>

<sup>25</sup> Vgl. BUCHER, Art. 176 Abs. 2.

<sup>26</sup> So auch BUCHER, Art. 176 Abs. 2; vgl. auch ASA-Vernehmlassung, Rz. 25.

<sup>27</sup> So auch ASA-Vernehmlassung, Rz. 26, 52, 100.

<sup>28</sup> BGE 119 II 391, E. 3a betreffend Art. 5 Abs. 1 IPRG.

<sup>29</sup> VOLKEN, ZK IPRG, Art. 178 N 29.

<sup>30</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 27; BUCHER, Art. 178; vgl. auch STACHER, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 358 N 1; GIRSBERGER, BSK ZPO, Art. 358 N 7.

<sup>31</sup> BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 426; KARRER, La Convention d'Arbitrage en Droit Suisse – Forme, Validité, Portée, in: Bohnet/Wessner (Hrsg.), Mélanges en l'Honneur de François Knoepfler, Basel 2005, S. 177 ff., S. 183; BLESSING, The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, in: ASA Special Series No. 8 (1994), S. 7 ff. (zit. Arbitration Agreement), S. 9 ff.

<sup>32</sup> Vgl. ASA-Vernehmlassung, Rz. 29.

<sup>33</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) with amendments as adopted in 2006 (zit. UNCITRAL-Modellgesetz).

<sup>34</sup> Erläuternder Bericht, S. 19 f.

- 16 Die Einführung der halben Schriftlichkeit stellt im Rahmen des insgesamt eher zurückhaltenden Revisionsprojekts wohl die weitest gehende Änderung dar und hat entsprechend bereits zu intensiven Diskussionen geführt.<sup>35</sup> Die bisherigen Reaktionen sind uneinheitlich; sie reichen von grundsätzlich positiv<sup>36</sup> bis zu klar ablehnend.<sup>37</sup>
- 17 Weitgehend unterstützt wird das Ziel der Anpassung von Art. 178 Abs. 1 IPRG, im Vergleich mit anderen Jurisdiktionen nicht «plötzlich» allzu strenge Anforderungen an die Form einer Schiedsvereinbarung zu stellen und dadurch als Schiedsplatz an Attraktivität zu verlieren.<sup>38</sup> Unterstützenswert ist ausserdem die Forderung, zu verhindern, dass eine Partei zwar die Offerte zum Abschluss eines (nicht formbedürftigen) Hauptvertrages konkludent – z.B. durch Erfüllung – annimmt, die ebenfalls vorgeschlagene Schiedsvereinbarung mangels Einhaltung des Formerfordernisses aber nicht zustande kommt.<sup>39</sup> Nach der gegenwärtigen Rechtslage dürfte ein Offerent vor einer derartigen Rechtsfolge nur dann geschützt sein, wenn er seine Offerte für den Hauptvertrag von der (gültigen) Annahme der Schiedsvereinbarung abhängig macht<sup>40</sup> oder wenn die nachträgliche Geltendmachung der Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre.<sup>41</sup>
- 18 Die Einführung der halben Schriftlichkeit bringt – in der Fassung des Entwurfs – noch weitere Probleme mit sich. In erster Linie erschwert sie die Prüfung, ob überhaupt eine gültige Schiedsvereinbarung vorliegt. Diese Prüfung ist, wenn sie von einem Gericht nach Art. 7 IPRG vorzunehmen ist, bei schweizerischem Sitz des Schiedsgerichts bloss summarisch<sup>42</sup> und ist auch sonst schwierig, wenn nicht alle an der Schiedsklausel Beteiligten ihre Erklärungen in Schriftform abgegeben haben. Ausserdem wird mit der Einführung der halben Schriftlichkeit nur noch eine Partei – nämlich diejenige, welche die Schiedsvereinbarung schriftlich vorschlägt oder bestätigt – vor übereilter Zustimmung zu einem Schiedsgericht geschützt. Es ist schwer zu begründen, weshalb gerade und nur diese Partei schutzbedürftig(er) sein soll, denn die Reihenfolge, in der eine Partei die Schiedsvereinbarung anbietet, abändert oder annimmt, ist oft zufällig.<sup>43</sup> Wenn schon eine Lockerung der Formvorschriften angestrebt wird, wäre es deshalb konsequenter, das Formerfordernis als blosser Beweisvorschrift auszugestalten oder sogar ganz aufzugeben.
- 19 Da die Probleme, welche die halbe Schriftlichkeit mit sich bringt, eine grosse Bedeutung haben, erscheint es angezeigt, im Folgenden kurz die vom Bundesrat vorgebrachten rechtsvergleichenden Argumente für die Einführung der halben Schriftlichkeit zu prüfen.

#### *b) Vergleich mit anderen Staaten*

- 20 Der erläuternde Bericht begründet die Lockerung unter anderem mit der Entwicklung in anderen Ländern. Neben dem UNCITRAL-Modellgesetz<sup>44</sup> werden die Nachbarstaaten Deutschland,

<sup>35</sup> Vgl. ASA-Vernehmlassung, Rz. 28 f.; BUCHER, Art. 178 Abs. 1.

<sup>36</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 29.

<sup>37</sup> BUCHER, Art. 178 Abs. 1.

<sup>38</sup> Erläuternder Bericht, S. 10, 19 f.

<sup>39</sup> GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 17 m.H. auf BLESSING, Arbitration Agreement, S. 10; Erläuternder Bericht, S. 20.

<sup>40</sup> GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 17.

<sup>41</sup> Urteil des BGer vom 11. Januar 2011, 4A\_579/2010, E. 2.2.1 = Bull ASA 2011, S. 718 f.; vgl. auch BGE 121 III 38, E. 3 = Pra 1995, Nr. 205, S. 677 f. = Bull ASA 1995, S. 509 ff. und die Anmerkungen dazu in BERGER/KELLERHALS, Rz. 424 ff., insb. FN 197; BERGER/KELLERHALS, Rz. 426 FN 199; BLESSING, Arbitration Agreement, S. 10 f. BUCHER weist darauf hin, dass für die Verhinderung dieser Situation auch eine weniger radikale Massnahme nach dem Vorbild von Art. 7 Option I UNCITRAL-Modellgesetz oder § 1031 Abs. 3 D-ZPO bzw. § 583 Abs. 2 Ö-ZPO genügen würde (BUCHER, Art. 178 Abs. 1).

<sup>42</sup> Vgl. betreffend die Prüfung durch ein staatliches Gericht BGE 138 III 681, E. 3.2; betreffend die Prüfung durch ein Schiedsgericht z.B. ICC Arbitration Rules 2017, Art. 6(4).

<sup>43</sup> So auch GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 16.

<sup>44</sup> Erläuternder Bericht, S. 10, 19.

Frankreich und Österreich<sup>45</sup> sowie Schottland, Dänemark und Neuseeland<sup>46</sup> erwähnt. Die drei letztgenannten Staaten dienen neben Frankreich als Beispiele für Länder, die ganz auf eine Formvorschrift verzichten. Man kann BUCHER wohl zustimmen, dass keines dieser Länder als Schiedsplatz von besonderer Bedeutung bekannt ist.<sup>47</sup> Doch auch hinsichtlich der Regelung in den aufgeführten Nachbarländern sind einige einschränkende Bemerkungen notwendig:

21 Die *deutsche* ZPO verlangt ein von den Parteien unterzeichnetes Dokument oder ein zwischen ihnen gewechseltes Schreiben, Fernkopien (Telefax), Telegramme oder andere Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen.<sup>48</sup> Insoweit stimmt die deutsche Regelung mit der gegenwärtigen schweizerischen überein. § 1031 Abs. 2 D-ZPO hält nun zwar in der Tat fest, dass diese Formvorschrift bereits dann erfüllt ist, wenn sie nur von einer Partei eingehalten wird, es genügt mithin die halbe Schriftlichkeit. Dieses gelockerte Formerfordernis wird aber insofern wieder verschärft, als das Schweigen der Gegenpartei nur dann als Zustimmung genügt, wenn es nach der Verkehrssitte so gewertet werden darf. Dies ist insbesondere bei einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben der Fall.<sup>49</sup> Die Frage, wie das Schweigen zu werten ist, ist allerdings keine Form-, sondern eine Konsensfrage, die in der Schweiz anders, und zwar sehr schiedsfreundlich behandelt wird (vgl. Art. 178 Abs. 2 IPRG).<sup>50</sup> Weiter eingeschränkt wird der Anwendungsbereich der halben Schriftlichkeit im deutschen Recht durch eine spezifische Regelung für Konsumentenverträge: Ist an der Schiedsvereinbarung ein Konsument<sup>51</sup> beteiligt, genügen nach § 1031 Abs. 5 D-ZPO weder die halbe Schriftlichkeit noch der Austausch (nicht unterzeichneter) Schreiben i.S.v. Abs. 1. Vielmehr wird das Formerfordernis für Konsumentenverträge sogar verschärft, indem die Schiedsvereinbarung von allen Parteien eigenhändig unterschrieben werden muss und zudem keine «anderen Vereinbarungen» enthalten darf. Die Schiedsvereinbarung darf zwar im selben Dokument wie der Hauptvertrag enthalten sein, muss von diesem aber klar abgetrennt und separat unterzeichnet werden.<sup>52</sup> Die einzige Erleichterung hinsichtlich der Form der Schiedsvereinbarung besteht

---

<sup>45</sup> Erläuternder Bericht, S. 10, 19 f.

<sup>46</sup> Erläuternder Bericht, S. 20.

<sup>47</sup> BUCHER, Art. 178 Abs. 1.

<sup>48</sup> § 1031 D-ZPO: Form der Schiedsvereinbarung

(1) Die Schiedsvereinbarung muss entweder in einem von den Parteien unterzeichneten Dokument oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Fernkopien, Telegrammen oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen, enthalten sein.

(2) Die Form des Absatzes 1 gilt auch dann als erfüllt, wenn die Schiedsvereinbarung in einem von der einen Partei der anderen Partei oder von einem Dritten beiden Parteien übermittelten Dokument enthalten ist und der Inhalt des Dokuments im Falle eines nicht rechtzeitig erfolgten Widerspruchs nach der Verkehrssitte als Vertragsinhalt angesehen wird.

(3) Nimmt ein den Formerfordernissen des Absatzes 1 oder 2 entsprechender Vertrag auf ein Dokument Bezug, das eine Schiedsklausel enthält, so begründet dies eine Schiedsvereinbarung, wenn die Bezugnahme dergestalt ist, dass sie diese Klausel zu einem Bestandteil des Vertrages macht.

(4) (*weggefallen*)

(5) Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, müssen in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein. Die schriftliche Form nach Satz 1 kann durch die elektronische Form nach § 126a des Bürgerlichen Gesetzbuchs ersetzt werden. Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das schiedsrichterliche Verfahren beziehen, darf die Urkunde oder das elektronische Dokument nicht enthalten; dies gilt nicht bei notarieller Beurkundung.

(6) Der Mangel der Form wird durch die Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt.

<sup>49</sup> VORWERK/WOLF, Beckscher Kurzkommentar Zivilprozessordnung, § 1031 N 6; TRITTMANN/HANEFELD, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (Hrsg.), Arbitration in Germany – The Model Law in Practice, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2015, § 1031 N 12 f.

<sup>50</sup> Vgl. TRITTMANN/HANEFELD, aaO, § 1031 N 15; vgl. auch hinten, S. 10 ff., Rz. 29 ff.

<sup>51</sup> S. zur Auslegung dieses Begriffs TRITTMANN/HANEFELD, aaO, § 1031 N 23, m.w.H.

<sup>52</sup> VORWERK/WOLF, Beckscher Kurzkommentar Zivilprozessordnung, § 1031 N 9.

(wie in der Schweiz) in der Möglichkeit, die Schiedsvereinbarung in einem separaten Dokument festzuhalten und auf dieses bloss zu verweisen.<sup>53</sup> Eine solche Verweisung muss dabei dergestalt sein, dass die Schiedsvereinbarung zu einem Vertragsbestandteil wird.<sup>54</sup> Ob dies der Fall, ist wiederum eine Frage des Konsenses.

22 Im *österreichischen* Recht<sup>55</sup> muss die Schiedsvereinbarung «entweder in einem von den Parteien unterzeichneten Schriftstück oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Telefaxen, e-mails oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung enthalten sein, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen».<sup>56</sup> Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Art. 178 Abs. 1 IPRG. Darüber hinaus ist es auch nach österreichischem Recht zulässig, in einem Vertrag, der die erwähnte Formvorschrift erfüllt, auf ein anderes Dokument zu verweisen, das die Schiedsvereinbarung enthält,<sup>57</sup> was wiederum den Konsens und nicht die Form betrifft.<sup>58</sup> Die halbe Schriftlichkeit genügt nach österreichischen Recht somit nicht.<sup>59</sup>

23 Das *italienische* Recht wiederum verlangt eine schriftliche Vereinbarung, wobei auch eine per Telegraph, Telex, Telefax oder E-Mail ausgetauschte Erklärung genügt.<sup>60</sup> Auch diese Regelung entspricht dem geltenden Art. 178 Abs. 1 IPRG und sieht die halbe Schriftlichkeit nicht vor.

24 *Frankreich* ist das einzige Nachbarland, das die Anforderungen an die Form der Schiedsvereinbarung ohne Einschränkung gesenkt hat und komplett auf ein Formerfordernis verzichtet.<sup>61</sup> Es befindet sich dabei in Gesellschaft u.a. von Dänemark, Neuseeland, Schottland und Schweden.<sup>62</sup> Für die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs verlangt indessen auch das französische Recht die Vorlage eines Exemplars der Schiedsvereinbarung.<sup>63</sup>

25 Das Recht von *England, Wales und Nordirland* verlangt nach wie vor die Schriftform, wobei keine Unterschrift notwendig ist.<sup>64</sup> Auch hier ist dem Schriftformerfordernis bereits dann Ge-

<sup>53</sup> TRITTMANN/HANEFELD, § 1031 N 16 ff.

<sup>54</sup> § 1031 Abs. 3 D-ZPO.

<sup>55</sup> § 583 Ö-ZPO lautet:

- (1) Die Schiedsvereinbarung muss entweder in einem von den Parteien unterzeichneten Schriftstück oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Telefaxen, e-mails oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung enthalten sein, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen.
- (2) Nimmt ein den Formerfordernissen des Abs. 1 entsprechender Vertrag auf ein Schriftstück Bezug, das eine Schiedsvereinbarung enthält, so begründet dies eine Schiedsvereinbarung, wenn die Bezugnahme dergestalt ist, dass sie diese Schiedsvereinbarung zu einem Bestandteil des Vertrages macht.
- (3) Ein Formmangel der Schiedsvereinbarung wird im Schiedsverfahren durch Einlassung in die Sache geheilt, wenn er nicht spätestens zugleich mit der Einlassung gerügt wird.

<sup>56</sup> § 583 Abs. 1 Ö-ZPO.

<sup>57</sup> § 583 Abs. 2 Ö-ZPO.

<sup>58</sup> S. dazu hinten, S. 10 ff., Rz. 29 ff.

<sup>59</sup> HAUSMANINGER, in: Fasching/Konecny (Hrsg.), Zivilprozessgesetze, 4. Bd., 2. Teilbd: §§ 577–618 ZPO, 3. Aufl., Wien 2016, § 583 N 53.

<sup>60</sup> Art. 807 It-CPC lautet:

Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia. La forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telescrivente, telefacsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi.

<sup>61</sup> Art. 1507 F-CPC.

<sup>62</sup> Vgl. Erläuternder Bericht, S. 20; GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 20c.

<sup>63</sup> §§ 1515 f. F-CPC.

<sup>64</sup> Sec. 5 Arbitration Act 1996 lautet:

- (1) The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing. The expressions "agreement", "agree" and "agreed" shall be construed accordingly.
- (2) There is an agreement in writing
  - (a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties),
  - (b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or
  - (c) if the agreement is evidenced in writing.

nüge getan, wenn eine Vereinbarung, die das Formerfordernis nicht erfüllt, auf eine Schiedsklausel verweist, die schriftlich i.S. der Bestimmung ist. Schliesslich genügt es auch, dass eine Partei oder ein Dritter eine nicht schriftlich vereinbarte Schiedsklausel mit dem Einverständnis der Parteien aufzeichnet. Die Aufzeichnung kann dabei in irgendeiner Form erfolgen («*recorded by any means*»).

26 Das *UNCITRAL-Modellgesetz* enthält in seiner Version von 2006 zwei Vorschläge für eine Formvorschrift:<sup>65</sup> Nach Option I kann die Schiedsvereinbarung formfrei vereinbart werden, ihr Inhalt muss jedoch aufgezeichnet werden.<sup>66</sup> Gültig ist jegliche Form der Aufzeichnung und explizit auch die Aufzeichnung durch elektronische Kommunikation, sofern die aufgezeichnete Information für eine spätere Bezugnahme zugänglich ist («*if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference*»).<sup>67</sup> Im Vergleich sowohl zum geltenden als auch zum vorgeschlagenen Art. 178 Abs. 1 IPRG fällt auf, dass die Schiedsvereinbarung nach Art. 7 Option I des *UNCITRAL-Modellgesetzes* grundsätzlich formfrei vereinbart werden kann und das Formerfordernis nur der Beweisbarkeit dient, während es sich bei der Regelung im IPRG und den meisten ausländischen Regelungen um eine Abschlussform handelt. Die noch radikalere Option II verzichtet ganz auf ein Formerfordernis.<sup>68</sup>

27 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die erwähnten Staaten nur teilweise eine grosszügigere Regelung vorsehen als der geltende Art. 178 Abs. 1 IPRG. Teilweise sind sie, zumindest was Verweisungen auf AGB u.dgl. sowie einzelne Schutzverträge betrifft, sogar strenger als die gegenwärtige Schweizer Regelung. Wenn insbesondere die Nachbarstaaten der Schweiz als Vorbilder dienen sollen, ist deshalb zu berücksichtigen, dass, soweit weniger strenge Vorschriften überhaupt bestehen, sie durch wichtige Ausnahmen eingeschränkt werden. Zusätzlich ist

- 
- (3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing.
  - (4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement.
  - (5) An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged.
  - (6) References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means.

<sup>65</sup> Art. 7 Option I *UNCITRAL-Modellgesetz* lautet wie folgt:

- (1) “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.
- (2) The arbitration agreement shall be in writing.
- (3) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.
- (4) The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; “electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages; “data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or teletype.
- (5) Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.
- (6) The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.

<sup>66</sup> Art. 7 Abs. 3 Option I *UNCITRAL-Modellgesetz*.

<sup>67</sup> Art. 7 Abs. 4 Option I *UNCITRAL-Modellgesetz*.

<sup>68</sup> Art. 7 Option II *UNCITRAL-Modellgesetz* lautet: “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.

die einschränkende Rechtsprechung des EuGH betreffend missbräuchliche Vertragsklauseln zu berücksichtigen.<sup>69</sup>

c) *Vereinbarkeit und Abstimmung mit dem New Yorker Übereinkommen*

28 Eine Lockerung des Formerfordernisses von Art. 178 Abs. 1 IPRG wirft zudem die Frage der Kompatibilität mit internationalem Recht auf, insbesondere mit dem New Yorker Übereinkommen.<sup>70</sup> Nach Art. II NYÜ muss die Schiedsvereinbarung von den Parteien unterzeichnet oder in unter ihnen ausgetauschten Briefen oder Telegrammen enthalten sein («*signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams*»). Mit einer bloss halben Schriftlichkeit ist dieses Erfordernis wohl nicht mehr erfüllt.<sup>71</sup> Nach einer in verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen verbreiteten Ansicht handelt es sich beim NYÜ um ein *loi uniforme*, das auf alle Schiedsverfahren anzuwenden ist.<sup>72</sup> Dann stellt sich die Frage nach der völkerrechtlichen Vereinbarkeit mit Art. 178 Abs. 1 VE-IPRG und in praktischer Hinsicht nach dem Risiko, dass Schiedssprüche, die auf nach dieser Bestimmung formulierten Schiedsvereinbarungen basieren, im Ausland nicht anerkannt werden könnten.<sup>73</sup> Nach anderer Ansicht,<sup>74</sup> einschliesslich der Praxis des Bundesgerichts,<sup>75</sup> ist Art. II NYÜ nur anwendbar, wenn der Sitz des Schiedsgerichts nicht im Inland liegt. Danach gilt einzig die Regelung des Sitzstaates, in der Schweiz also Art. 178 Abs. 1 IPRG. Darüber hinaus soll die Meistbegünstigungsklausel von Art. VII NYÜ den Vertragsstaaten erlauben, günstigere Vorschriften zu erlassen, weshalb Art. 178 Abs. 1 IPRG massgeblich bleibt.<sup>76</sup>

d) *Unterscheidung zwischen Form und Konsens*

29 Bei einem Vergleich von Art. 178 Abs. 1 IPRG mit ausländischen Rechtsordnungen ist ausserdem der Unterschied zwischen *Form* und *Konsens* und die Verbindung dieser beiden Elemente eines gültigen Vertragsschlusses zu beachten: Art. 178 Abs. 1 IPRG bestimmt einzig, welche Form eine Schiedsvereinbarung einhalten muss, also nur, in welcher Art und Weise die Willenserklärungen der Parteien erfolgen müssen.<sup>77</sup> Die Formvorschrift dient dabei dem Schutz der Parteien vor übereilem Handeln und der Rechtssicherheit mit Bezug auf den Inhalt der

<sup>69</sup> Vgl. BUCHER, Art. 178 Abs. 2 sowie insbesondere das Urteil des EuGH vom 27. Juni 2000 C-240/98 bis C-244/98 i.S. *Océano Grupo Editorial SA*, Slg. 2000 I-4941 (betreffend missbräuchliche Gerichtsstandsklausel i.S. von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen); Urteil des EuGH vom 26. Oktober 2006 C-168/05 i.S. *Elisa Maria Mostaza Claro*, Slg. 2006 I-10437 betreffend Missbräuchlichkeit einer Schiedsklausel in einem Verbrauchervertrag. Der EuGH entschied, dass ein darauf gestützter Schiedsspruch selbst nachträglich, und selbst wenn die Zuständigkeit des Schiedsgerichts im Schiedsverfahren nicht bestritten worden war, wegen Nichtigkeit aufgehoben werden könne (aaO, Rz. 24 ff.). Allgemein zur Rechtsprechung des EuGH betreffend die Richtlinien über missbräuchliche Klauseln PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig (Hrsg.), Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rz. 312 ff.

<sup>70</sup> Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, SR 0.277.12.

<sup>71</sup> SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE, Article II NYÜ, in: Kronke/Nacimiento/Otto/Port (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Alphen aan den Rijn 2010, S. 81 ff., insb. FN 159 m.w.H., die festhalten, dass die meisten staatlichen Gerichte bei bloss halber Schriftlichkeit Art. II NYÜ als nicht erfüllt betrachten. Vgl. aber auch aaO, S. 85 ff., wonach Art. II Abs. 2 NYÜ als nicht abschliessende Aufzählung der verschiedenen Schriftformen zu interpretieren sei. Vgl. zum Ganzen auch BORN, International Commercial Arbitration, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2014, Band I, S. 663 ff.

<sup>72</sup> SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE, aaO, S. 44 ff.

<sup>73</sup> BUCHER, Art. 178 Abs. 2 mit Hinweis auf BGE 110 II 54, E. 3 und 111 Ib 253, E. 5; vgl. dazu auch VOLKEN, ZK IPRG, Art. 178 N 34 ff. und POUURET/BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 193.

<sup>74</sup> BERGER/KELLERHALS, Rz. 427 ff.; VOLKEN, ZK IPRG, Art. 178 N 34 ff.

<sup>75</sup> BGE 138 III 681, E. 3.1; 122 III 139, E. 2a = Pra 1996, Nr. 226, S. 885.

<sup>76</sup> OTTO, Article VII NYÜ, in: Kronke/Nacimiento/Otto/Port (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Alphen aan den Rijn 2010, S. 448 ff. m.w.H.; BERGER/KELLERHALS, Rz. 427 ff.; BORN, Band I, S. 672 ff.

<sup>77</sup> Vgl. zur Qualifikation von Formvorschriften KELLER/GIRSBERGER, ZK IPRG, Art. 124 N 33.

Schiedsklausel<sup>78</sup> mit der Folge, dass die Nichteinhaltung der Formvorschrift grundsätzlich zur Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung führt.<sup>79</sup> Ob die Parteien einen übereinstimmenden Willen betreffend die Schiedsvereinbarung und deren Inhalt haben, ist demgegenüber eine Frage des Konsenses und damit der sog. materiellen Gültigkeit; sie ist durch Art. 178 Abs. 2 IPRG geregelt.<sup>80</sup>

30 Aufgrund der unterschiedlichen Gesetzestechniken bzw. Anknüpfungen von Art. 178 Abs. 1 und 2 IPRG<sup>81</sup> ist die klare Unterscheidung dieser beiden Fragen in der Schweiz von wichtiger praktischer Bedeutung. Allerdings können Form und Konsens nicht völlig voneinander losgelöst betrachtet werden: So ist das Erfüllen der Formvorschrift nur, aber immerhin ein Indiz dafür, dass auch Konsens besteht,<sup>82</sup> und im Fall einer Schiedsvereinbarung durch Verweisung auf ein separates Dokument<sup>83</sup> stellt sich zwar die Frage der Formgültigkeit (des Verweises und der Schiedsklausel, auf die verwiesen wird), primär handelt es sich dabei jedoch um ein Problem des Konsenses.<sup>84</sup> Dasselbe gilt auch für die Frage, ob das Schweigen einer Gegenpartei zu einer schriftlichen Schiedsklausel als Zustimmung zu werten ist.<sup>85</sup>

31 Die vorgeschlagene schweizerische Regelung ist ein typisches Beispiel für die Tendenz zur Verschiebung des Fokus vom Formerfordernis hin zum Erfordernis der materiellen Gültigkeit,<sup>86</sup> wie sie namentlich Art. 7 Option I des UNCITRAL-Modellgesetzes reflektiert: Die Nichteinhaltung des Formerfordernisses führt nicht zur Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung. Vielmehr dient das Formerfordernis nur noch dazu, den Konsens der Parteien nachzuweisen,<sup>87</sup> oder umgekehrt: Ist der Konsens der Parteien hinsichtlich der Schiedsvereinbarung nachgewiesen, so ist auch die Form der Schiedsvereinbarung und damit die Schiedsvereinbarung insgesamt gültig.<sup>88</sup>

32 Bei der Revision von Art. 178 Abs. 1 IPRG ist dies u.E. zentral, weil die schweizerische Formvorschrift ein Sachnorm ist, die Regel betreffend Konsens dagegen eine Kollisionsnorm. Soll in Anlehnung an den allgemeinen Trend legiferiert werden, so müssten die beiden Absätze besser koordiniert werden, um Einordnungsprobleme zu vermeiden.

#### e) Fazit

33 Wenn die Revision eine echte und faire Erleichterung im Bereich der Formvorschrift bringen soll, wäre konsequenterweise wohl dem Beispiel von Frankreich zu folgen und das Formerfordernis ganz aufzugeben. Denkbar und sinnvoll wäre dann eine Ausnahme von dieser Formfreiheit für bestimmte schutzbedürftige Gruppen wie Konsumenten und Arbeitnehmer. Eine vermittelnde Lösung, die nicht ganz so radikal ist, bestünde darin, das schweizerische Formerfordernis in Anlehnung an Option I von Art. 7 des UNCITRAL-Modellgesetzes als Beweisform auszugestalten. Eine solche vermittelnde Lösung würde auch die Vollstreckbarkeit von Schiedsentscheiden in Staaten sicherstellen, die von der zwingenden Geltung des Schriftlichkeitserfordernisses nach NYÜ ausgehen.

<sup>78</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Rz. 3.57; GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 7; VOLKEN, ZK IPRG, Art. 178 N 21.

<sup>79</sup> BERGER/KELLERHALS, Rz. 419 m.w.H.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Rz. 3.59; GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 7 m.w.H., 21.

<sup>80</sup> GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 8.

<sup>81</sup> Abs. 1 ist eine IPR-Sachnorm, Abs. 2 enthält demgegenüber eine alternative Anknüpfung mit dem Ziel des *favor validitatis*, also der Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts.

<sup>82</sup> GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 7.

<sup>83</sup> Wie dies nach § 1031 Abs. 3 D-ZPO und § 583 Abs. 2 Ö-ZPO zulässig ist, s. vorne, S. 7 f., Rz. 21 f.

<sup>84</sup> GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 18; VOLKEN, ZK IPRG, Art. 178 N 40.

<sup>85</sup> Vgl. § 1031 Abs. 2 D-ZPO und vorne, S. 7, Rz. 21.

<sup>86</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Rz. 3.72.

<sup>87</sup> S. vorne, S. 9, Rz. 26.

<sup>88</sup> Vgl. auch BUCHER, Art. 178.

34 Aus Gründen der Einheitlichkeit wäre dann allerdings konsequenterweise auch die Formvorschrift von Art. 5 IPRG für Gerichtsstandsvereinbarungen analog zu revidieren<sup>89</sup> und auch Art. 358 Abs. 1 ZPO für Binnenschiedsverfahren anzupassen.

#### 6. Einseitige Schiedsklauseln (Art. 178 Abs. 4 IPRG)

35 Der Vorentwurf schlägt vor, in einem neuen Abs. 4 zu Art. 178 IPRG ausdrücklich festzuhalten, dass die Bestimmungen des 12. Kapitels sinngemäss auch für einseitige Schiedsklauseln (wie namentlich in Gesellschaftsstatuten, Trusturkunden, letztwilligen Verfügungen etc.) gelten.<sup>90</sup> Wie der erläuternde Bericht zutreffend festhält, besteht zwar bereits nach geltendem Recht kein Grund, solche Schiedsklauseln «vom Verweisungsbegriff der Schiedsvereinbarung in Art. 178 IPRG auszuschliessen».<sup>91</sup> Auf eine detaillierte Regelung solcher Schiedsklauseln verzichtet der Vorentwurf, was im Hinblick auf die zahlreichen möglichen Konstellationen durchaus sinnvoll erscheint.<sup>92</sup> Zur Erhöhung der Rechtssicherheit und zur Verbesserung der Anwenderfreundlichkeit ist die Aufnahme einer eigenen Vorschrift zu begrüssen.<sup>93</sup> Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass sich die Wirksamkeit des einseitig errichteten Rechtsgeschäfts (etwa eines Testaments oder die Errichtung eines Trusts) weiterhin nach dem auf dieses Rechtsgeschäft anwendbaren Recht beurteilt; der neue Abs. 4 hält dies nicht ausdrücklich fest.<sup>94</sup>

36 Zu überlegen wäre an dieser Stelle, analog zu Art. 376 f. ZPO eine Regelung betreffend Streitgenossenschaft, Klagenhäufung, die Beteiligung Dritter sowie Verrechnung und Widerklage in das IPRG aufzunehmen.<sup>95</sup> Das IPRG äussert sich bis anhin nicht zu diesen Rechtsinstituten, und entsprechend ist deren Wirksamkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit umstritten.<sup>96</sup> Die Aufnahme einer solchen Regelung ginge allerdings über den beschränkten Umfang der Revision – «*so viel wie nötig, so wenig wie möglich*» – hinaus. Auch wenn eine entsprechende Regelung dem Ziel entspräche, das IPRG als umfassendes Regelwerk ohne Verweisungen auf andere Erlasse auszugestalten und dadurch die Anwenderfreundlichkeit zu erhöhen,<sup>97</sup> müssten hier zahlreiche komplexe Normen erlassen werden, deren Implikationen nicht hinreichend zu antizipieren wären, was gegen eine gesetzliche Regelung spricht. Der Verzicht darauf ist deshalb – ebenso wie mit Bezug auf die Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf Dritte – verständlich und begrüssenswert.

<sup>89</sup> Gl.M. ASA-Vernehmlassung, Rz. 27; BUCHER, Art. 178 Abs. 1.

<sup>90</sup> Art. 178 Abs. 4 VE-IPRG; zugleich soll auch die entsprechende Regelung in der ZPO für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit mit einem neuen Absatz 2 in Art. 358 angepasst werden.

<sup>91</sup> Erläuternder Bericht, S. 20; vgl. auch GRÄNICHER, BSK IPRG, Art. 178 N 63.

<sup>92</sup> Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass in der derzeit beim Parlament hängigen Revision des Aktienrechts eine explizite Zulassung statutarischer Schiedsklauseln bei Aktiengesellschaften vorgesehen ist, vgl. Art. 697n VE-OR (BBI 2017 683 ff., 710). Diese Regelung soll allerdings nur für schweizerische Aktiengesellschaften gelten, so dass der Vorentwurf ebenfalls für Schiedsklauseln in Statuten ausländischer Gesellschaften gilt, die ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz bezeichnen.

<sup>93</sup> Vgl. BUCHER, Art. 178 Abs. 4, der die Bestimmung als «*wichtige Klärung*» bezeichnet; ASA-Vernehmlassung, Rz. 30 f.

<sup>94</sup> BUCHER, Art. 178 Abs. 4; vgl. dazu auch die ASA-Vernehmlassung, Rz. 30 f.

<sup>95</sup> So auch BUCHER, Art. 178.

<sup>96</sup> S. BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 520 f., 526 f., 534 und 578 ff. m.w.H.; HOFBAUER, *History of Arbitration*, in: Arroyo (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn 2013, Rz. 25 f.; vgl. auch AMBAUEN, Rz. 317, 320 f.

<sup>97</sup> Vgl. Erläuternder Bericht, S. 11.

## 7. Bestellung und Ersetzung des Schiedsgerichts (Art. 179, 180 VE-IPRG)

### a) *Bezeichnung des Sitzes / Ernennung und Ersetzung der Mitglieder des Schiedsgerichts (Art. 179 Abs. 2 IPRG)*

37 Der Vorentwurf schlägt eine Änderung von Art. 179 Abs. 2 IPRG vor. Danach sollen Schiedsvereinbarungen, die bloss auf einen Sitz «in der Schweiz» verweisen, explizit gültig sein. Dabei handelt es sich um ein in der Lehre (und vereinzelt in der Schiedspraxis) immer wieder diskutiertes – und auf unterschiedliche Weise gelöstes<sup>98</sup> – Problem, so dass es sich rechtfertigt, es in das Gesetz aufzunehmen und im Sinne des Grundsatzes der Aufrechterhaltung der Schiedsvereinbarung (*in favorem validitatis*) zu klären.

38 Der Änderungsvorschlag beseitigt jedoch nicht alle Unklarheiten. So regelt der Entwurf nur die beiden Situationen, in denen die Parteien «keinen Sitz bestimmt» oder «lediglich vereinbart» haben, «dass der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz liegt». Offen bleibt, ob mit der ersten Variante auch Situationen erfasst werden sollen, in denen keine oder nur schwache Berührungspunkte des Sachverhalts zur Schweiz bestehen.<sup>99</sup> Sollen dann schweizerische Schieds- oder staatliche Gerichte generell befugt sein, den Sitz in der Schweiz zu bestimmen, oder nur in den Fällen, wo eine genügende Berührung zur Schweiz besteht; und gegebenenfalls, welcher Intensität der Berührung zur Schweiz bedarf es dafür?<sup>100</sup>

39 Ebenfalls nicht eindeutig beantwortet Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG die Frage, wer schliesslich über den Ort des Sitzes entscheidet: Aus dem Zweck der Bestimmung ergibt sich, dass das zuerst angerufene staatliche Gericht als *juge d'appui* für die Bestellung des Schiedsgerichts zuständig ist. Gemäss dem erläuternden Bericht soll die Bezeichnung des Sitzes dem Schiedsgericht obliegen.<sup>101</sup> Das ist zweckmässig, denn die Entscheidung wird derjenigen Instanz zugewiesen, die in der Regel am besten mit der Materie vertraut ist.<sup>102</sup> Um dabei keine Zweifel aufkommen zu lassen, wäre allerdings zu prüfen, ob diese Lösung im Gesetz nicht ausdrücklich festgehalten werden sollte. Denkbar wäre nämlich auch, dass der Sitz – zusätzlich zur Ernennung der fehlenden Schiedsrichter – durch den nach Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG angerufenen staatlichen Richter bezeichnet wird, was jedoch dem Gedanken widerspräche, die Interventionsmöglichkeiten des staatlichen Gerichts möglichst einzugrenzen<sup>103</sup> Ebenfalls denkbar, aber umständlich, wäre schliesslich eine Lösung, wonach der angerufene *juge d'appui* nur den Sitz des Schiedsgerichts festlegt und die fehlenden Schiedsrichter durch das staatliche Gericht am so bezeichneten Sitz ernannt werden.<sup>104</sup>

### b) *Streichung des Verweises auf die ZPO (Art. 179 Abs. 2 VE-IPRG)*

40 Im Hinblick auf das Ziel, die *lex arbitri* in einem Erlass möglichst abschliessend zu regeln,<sup>105</sup> streicht der Vernehmlassungsentwurf den Verweis in Art. 179 Abs. 2 IPRG auf die ZPO. Die Revision will ganz allgemein auf Verweise auf andere Erlasse zu verzichten, was besonders aus der Sicht ausländischer Anwender sinnvoll ist. Der Vorentwurf bleibt allerdings auf halbem Wege stehen. So fehlt mit der Streichung des Verweises auf die ZPO eine Regelung betreffend

<sup>98</sup> Vgl. dazu PFIFFNER/HOCHSTRASSER, BSK IPRG, Art. 176 N 29 m.w.H.

<sup>99</sup> Die ASA versteht die Formulierung als Regelung betreffend delokalisierte Schiedsverfahren und begrüsst die Aufnahme der Bestimmung, wie auch die Zulassung von Schiedsvereinbarungen, die nur einen Sitz «in der Schweiz» vorsehen (ASA-Vernehmlassung, Rz. 38 f.).

<sup>100</sup> Vgl. zum französischen Recht (§ 1505 Abs. 4 F-CPC) etwa das Urteil des BGer. 4A\_146/2012 vom 10. Januar 2013.

<sup>101</sup> Erläuternder Bericht, S. 22.

<sup>102</sup> Kritisiert wird die Lösung indessen von BUCHER, der moniert, die zuerst handelnde Partei könne dank der neuen Bestimmung die Ernennung aller Schiedsrichter erzielen und so die Schiedsklausel umgehen (BUCHER, Art. 179 Abs. 2).

<sup>103</sup> Vgl. PFIFFNER/HOCHSTRASSER, BSK IPRG, Art. 176 N 26.

<sup>104</sup> So der Vorschlag von BUCHER, Art. 179 Abs. 2.

<sup>105</sup> Vgl. Erläuternder Bericht, S. 11.

die Anzahl der Mitglieder des Schiedsgerichts<sup>106</sup> und betreffend das Ernennungs-<sup>107</sup> wie auch das Ersetzungsverfahren.<sup>108</sup> Ein weitergehender Verweis auf alle entsprechenden Vorschriften der ZPO wäre deshalb sinnvoll.<sup>109</sup>

c) *Mehrparteienverfahren (Art. 179 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-IPRG)*

41 Für den Fall einer Mehrparteienschiedssache sieht der Vernehmlassungsentwurf vor, dass das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts alle Schiedsrichter ernennen kann,<sup>110</sup> wobei die Frage, wer überhaupt Partei ist, eine Frage der Auslegung der Schiedsvereinbarung ist.<sup>111</sup>

42 Die Änderung ist grundsätzlich zu begrüßen. Zu überlegen wäre allerdings, ausdrücklich festzuhalten, dass diese Kompetenz des staatlichen Richters nur insofern besteht, als die Parteien sich nicht einigen können,<sup>112</sup> und dass das staatliche Gericht nicht nur «alle», sondern auch nur einen bzw. einzelne Schiedsrichter<sup>113</sup> ernennen kann.<sup>114</sup>

43 Vereinzelt wird angemerkt, dass der Verweis auf das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts zu eng gefasst sei, weil es – im Falle der fehlenden Sitzbezeichnung durch die Parteien – nicht Rücksicht auf das nach Abs. 2, 2. Satz zuständige Gericht nimmt.<sup>115</sup> Dieser Hinweis ist richtig, weil im Falle der fehlenden Sitzbestimmung in der Schiedsvereinbarung auch ein anderes Gericht als das Gericht am Sitz zuständig sein kann, und es unzweckmässig wäre, zwei verschiedene Gerichte mit der Sitzbestimmung und der Einsetzung des Schiedsgerichts zu befassen.<sup>116</sup>

d) *Ersetzung eines Schiedsrichters und redaktionelle Änderung (Art. 179 Abs. 3 VE-IPRG)*

44 Art. 179 Abs. 3 VE-IPRG hält neu fest, dass ein staatlicher Richter nicht nur mit der Ernennung eines Schiedsrichters betraut werden kann, sondern auch mit dessen Ersetzung. Zusätzlich soll Abs. 3 im Rahmen der Bestrebungen des Gesetzgebers, eine «geschlechterneutrale» Sprache<sup>117</sup> zu schaffen, auch redaktionell angepasst und neu nicht der «Richter», sondern das «Gericht» mit der Ernennung oder Ersetzung betraut werden. Vereinzelt wird dies kritisiert mit der Begründung, die Ersetzung des Begriffs «Richter» durch «Gericht» übersehe die Bedürfnisse der Praxis, denn diese bezeichne normalerweise einen nach Identität und Funktion bestimmbar Richter wie den Präsidenten eines Gerichts.<sup>118</sup> Wir teilen diese Bedenken nicht. Denn die Änderung bezweckt nicht eine Änderung der bisherigen Praxis, sondern bloss die Vermeidung der ausschliesslich maskulinen Form. Zwar wird mit der neuen Formulierung in der Tat nicht mehr auf eine Person, sondern auf eine Institution Bezug genommen. Für die Anwender des IPRG dürfte die Motivation für diese Änderung und damit die Tatsache, dass keine inhaltliche Änderung bezweckt wird, jedoch ohne weiteres ersichtlich sein. Das Beispiel zeigt jedoch, dass die Bemühungen, jegliches Geschlecht aus der Sprache zu entfernen, unter Umständen auf Kosten der Eindeutigkeit gehen kann.

---

<sup>106</sup> Vgl. Art. 360 ZPO.

<sup>107</sup> Vgl. Art. 362 ZPO.

<sup>108</sup> Vgl. Art. 371 ZPO.

<sup>109</sup> Darauf hinweisend auch die ASA-Vernehmlassung, Rz. 32 ff.; BUCHER, Art. 179 Abs. 2.

<sup>110</sup> Art. 179 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-IPRG.

<sup>111</sup> Nach BUCHER, Art. 179 Abs. 2<sup>bis</sup> hätte sich auch eine Orientierung an Art. 176 Abs. 1 VE-IPRG angeboten, um festzustellen, wer die Parteien des Schiedsverfahrens sind, und welcher Zeitpunkt massgebend ist, um dies zu ermitteln.

<sup>112</sup> Vgl. erläuternder Bericht, S. 22.

<sup>113</sup> Vgl. erläuternder Bericht, S. 22 f.

<sup>114</sup> Gl.M. BUCHER, Art. 179 Abs. 2<sup>bis</sup>.

<sup>115</sup> Vgl. ASA-Vernehmlassung, Rz. 42.

<sup>116</sup> Demgegenüber will BUCHER das angerufene Gericht nur den Sitz des Schiedsgerichts bestimmen lassen, was u.E. zu umständlich ist. Vgl. vorne, FN 104.

<sup>117</sup> Erläuternder Bericht, S. 17; vgl. auch Art. 7 Abs. 1 SpG.

<sup>118</sup> BUCHER, Art. 179 Abs. 3.

45 Weiter wird bemängelt, die Änderung sei unnötig, weil das staatliche Gericht einen Schiedsrichter nicht ersetzen, sondern nur einen Ersatzschiedsrichter ernennen könne.<sup>119</sup> Auch dies mag streng genommen zwar korrekt sein, denn die Entfernung des früheren Schiedsrichters aus seinem Amt erfolgt entweder ohne Involvierung des staatlichen Gerichts aus anderen Gründen oder durch das staatliche Gericht im Rahmen der gesondert geregelten Abberufung.<sup>120</sup> Die Nennung der Ersetzung im Gesetzestext dient aber der Klarheit in einem wichtigen Punkt und ist deshalb zu begrüssen.

e) *Offenlegungspflicht (Art. 179 Abs. 4 VE-IPRG)*

46 Ein neuer Abs. 4 in Art. 179 IPRG hält schliesslich fest, dass Schiedsrichter zur Offenlegung von Umständen verpflichtet sind, die Zweifel an ihrer Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit wecken können. Diese – in den weltweit akzeptierten IBA Guidelines<sup>121</sup> verankerte – Offenlegungspflicht gilt ab dem Zeitpunkt, in dem das Schiedsrichteramt der betreffenden Person «*angetragen*» wird und besteht während der gesamten Dauer des Verfahrens. Die Bestimmung bestätigt die schon bisher geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>122</sup> und entspricht ausserdem der für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit geltenden Regelung.<sup>123</sup>

47 Nicht ganz klar wird aus der Bestimmung, wann das «Verfahren» und damit die Offenlegungspflicht endet. Nach der französischen Fassung ist damit das Schiedsverfahren (ohne das staatliche Beschwerde- oder Revisionsverfahren) gemeint, was in der deutschen und italienischen Formulierung zu präzisieren wäre.<sup>124</sup> Vereinzelt wird angemerkt, dass die vorgeschlagene Bestimmung so verstanden werden könnte, dass nur Gründe, die *objektiv* Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit wecken, offenzulegen seien. Entsprechend wird vorgeschlagen, die Offenlegungspflicht ausdrücklich auch auf Gründe zu erweitern, die bloss *subjektiv* Zweifel wecken.<sup>125</sup>

48 In der Tat erscheint es uns angebracht, ausdrücklich auch subjektive Gründe für Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit der Offenlegungspflicht zu unterstellen. Sodann sind der deutsche, französische und italienische Text im erläuterten Sinn in Übereinstimmung zu bringen.<sup>126</sup>

f) *Ablehnung & Abberufung (Art. 180 VE-IPRG)*

49 Art. 180 Abs. 1 lit. c VE-IPRG hält, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend,<sup>127</sup> fest, dass nicht nur Zweifel an der *Unabhängigkeit*, sondern auch Zweifel an der *Unparteilichkeit*

<sup>119</sup> BUCHER, Art. 179 Abs. 3, verweisend auf Art. 371 Abs. 1 ZPO.

<sup>120</sup> Vgl. PETER/LEGLER, BSK IPRG, Art. 179 N 29; HABEGGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 371 N 7 ff.

<sup>121</sup> IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Adopted by Resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014.

<sup>122</sup> Vgl. BGE 136 III 605, E. 3.2.1 («Valverde») = Pra 2011, Nr. 56, S. 388 = Bull ASA 2011, S. 88 f.

<sup>123</sup> Art. 363 ZPO.

<sup>124</sup> Vgl. hierzu BUCHER, Art. 179 Abs. 4.

<sup>125</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 46.

<sup>126</sup> BUCHER erachtet die deutschsprachige Formulierung und folglich wohl auch die diesbezüglich identische italienische Fassung als zu weit gefasst, da die Offenlegungspflicht nicht jede Person treffe, der das Schiedsrichteramt angetragen wird, sondern nur diejenige, welche das Amt bereits angenommen habe oder unmittelbar beabsichtige, dies zu tun. Vgl. BUCHER, Art. 179 Abs. 4. Es erscheint uns jedoch durchaus sachgerecht, den Kreis der offenlegungspflichtigen Personen eher weit zu ziehen und für ein Schiedsrichtermandat angefragte Personen der Pflicht nicht erst ab dem Zeitpunkt ihres Entschlusses (zur Zustimmung), sondern bereits ab dem Zeitpunkt der Anfrage zu unterstellen. Zuzustimmen ist BUCHER jedoch insoweit, als er auf den unterschiedlichen Umfang der Offenlegungspflicht i.S.v. Art. 179 Abs. 4 VE-IPRG und des Ablehnungsgrundes von Art. 180 Abs. 1 lit. c VE-IPRG hinweist und die französische Fassung diesbezüglich als gelungener erachtet. BUCHER, Art. 179, Abs. 4; die italienische Fassung stimmt in diesem Fall mit der französischen überein.

<sup>127</sup> S. FN 122.

eines Schiedsrichters dessen Ablehnung oder Abberufung erlauben. Auch diese Änderung ist im Interesse der besseren Zugänglichkeit des IPRG für ausländische Nutzer zu begrüssen.<sup>128</sup>

50 Abs. 2 regelt die Ablehnung eines Schiedsrichters, an dessen Ernennung die ablehnende Partei zumindest mitgewirkt hat. Diese ist – wie bereits nach dem bestehenden Art. 180 Abs. 2 IPRG – nur möglich aus Gründen, die der ernennenden Partei erst später bekannt wurden. Neu hält das Gesetz – im Gegensatz zum analogen Fall der Rüge von Verfahrensmängeln<sup>129</sup> – ausdrücklich fest, dass der massgebende Zeitpunkt für diese Kenntnisnahme nicht die tatsächliche Kenntnis des Ablehnungsgrundes, sondern der hypothetische Zeitpunkt der Kenntnisnahme bei «gehöriger Aufmerksamkeit» ist. Auch diese Bestimmung führt nicht zu einer neuen Rechtslage, sondern kodifiziert die bundesgerichtliche Rechtsprechung («Valverde»<sup>130</sup>). Der Änderungsvorschlag ist denn auch nicht zu beanstanden.<sup>131</sup>

51 Das Verfahren zur Ablehnung und Abberufung eines Mitglieds des Schiedsgerichts soll im IPRG neu ausdrücklich geregelt werden:<sup>132</sup> Danach ist die Abberufung möglich durch schriftliche Parteivereinbarung (Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a) oder, sofern das Schiedsgericht nicht im Stande ist, seine Aufgaben zu erfüllen, auf Antrag einer Partei (Abs. 2<sup>bis</sup> lit. b). Sodann regelt Abs. 3 die Voraussetzungen für eine Anrufung des staatlichen Gerichts zur Ablehnung oder Abberufung eines Schiedsrichters. Wird ein Ablehnungsgrund erst «nach Abschluss des Verfahrens» entdeckt, verweist Abs. 4 für die Ablehnung des Schiedsrichters gestützt auf diesen Grund auf die (neuen) Bestimmungen über die Revision.

52 Die vorgeschlagenen Änderungen von Art. 180 IPRG weisen einige Ungereimtheiten auf. So regelt Abs. 2 (wie bereits die geltende Fassung) für den Fall der Ablehnung eines Schiedsrichters, an dessen Ernennung die ablehnende Partei mitgewirkt hat, dass dem Schiedsgericht und der anderen Partei<sup>133</sup> unverzüglich Mitteilung zu machen ist. Demgegenüber gibt Abs. 3 einer Partei 30 Tage Zeit, an das staatliche Gericht zu gelangen, wenn sie einen Schiedsrichter ablehnen oder abberufen will. Der Vernehmlassungsentwurf unterscheidet also für den Fall der Ablehnung danach, ob sich diese auf einen «eigenen» oder einen «anderen» Schiedsrichter bezieht, und sieht dafür unterschiedliche Fristen vor. Er lehnt sich dabei an die Formulierung von Art. 367 Abs. 2 und Art. 369 Abs. 2 ZPO an. Es fragt sich jedoch, ob eine solche Unterscheidung sinnvoll ist: Die Pflicht zur unverzüglichen Geltendmachung eines Ablehnungsgrundes gilt nach Treu und Glauben grundsätzlich unabhängig davon, auf welchen Schiedsrichter sich der Ablehnungsgrund bezieht. Entsprechend erscheint es angebracht, die Verfahren zur Ablehnung verschiedener «Arten» von Schiedsrichtern im Interesse des Gleichbehandlungsprinzips zeitlich in Übereinstimmung zu bringen.<sup>134</sup>

53 Es fällt auf, dass die abberufende oder ablehnende Partei innerhalb der erwähnten Frist von 30 Tagen an das *staatliche Gericht* gelangen muss.<sup>135</sup> Zu erwarten wäre jedoch, dass die ablehnende oder abberufende Partei zuerst an das abzulehnende bzw. abzuberufende Mitglied bzw.

<sup>128</sup> Zustimmend auch ASA-Vernehmlassung, Rz. 48.

<sup>129</sup> S. hierzu hinten, S. 26, Rz. 90 f.

<sup>130</sup> Vgl. BGE 136 III 605, E. 3.2.2 = Pra 2011, Nr. 56, S. 389 = Bull ASA 2011, S. 89.

<sup>131</sup> Gl.M. ASA-Vernehmlassung, Rz. 49.

<sup>132</sup> Art. 180 Abs. 2<sup>bis</sup> und 3 VE-IPRG.

<sup>133</sup> Durch die Wahl des Singulars wird die Möglichkeit eines Mehrparteischiedsverfahrens ausser Acht gelassen.

<sup>134</sup> Gl.M. auch ASA-Vernehmlassung, Rz. 50 m.H. auf die UNCITRAL Arbitration Rules. Vgl. betreffend das Verhältnis zwischen Art. 367 Abs. 2 und Art. 369 Abs. 2 ZPO auch PFISTERER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 367 N 20 m.w.H.

<sup>135</sup> Art 180 Abs. 3 VE-IPRG

das Schiedsgericht gelangt.<sup>136</sup> Im Hinblick auf das Ziel der Reform, die Kompetenzen des staatlichen Gerichts so weit wie möglich zu begrenzen,<sup>137</sup> erscheint der Gang an das staatliche Gericht erst in einem zweiten Schritt gerechtfertigt, nämlich dann, wenn der betreffende Schiedsrichter seine Ablehnung bestreitet.<sup>138</sup>

54 Auf jeden Fall wäre es angebracht, auch im Fall der Ablehnung eines Schiedsrichters i.S.v. Abs. 3 eine vorherige Pflicht zur Mitteilung an das Schiedsgericht und die anderen Parteien analog der Regelung in Abs. 2 aufzunehmen. Um Verzögerungstaktiken zu verhindern, ist an dieser Stelle zudem zu überlegen, ob die Frist von 30 Tagen nicht auf 20 oder gar 10 Tage verkürzt werden sollte.<sup>139</sup> Diese Frist könnte sodann explizit sowohl für das Ablehnungsgesuch an den betreffenden Schiedsrichter als auch für das darauf folgende Gesuch an das staatliche Gericht gelten,<sup>140</sup> wobei für letzteres auch eine längere Frist angebracht wäre, weil es in aller Regel genauer zu begründen ist als im Antrag an den Schiedsrichter, der am besten beurteilen können sollte, ob er befangen ist.

55 Während das Kennen-Müssen in Abs. 2 neu explizit festgehalten wird, wird in Abs. 3 auf diesen Hinweis verzichtet. Auch hier sollte jedoch auf ein objektives Kriterium abgestellt und das Erfordernis der Klarheit halber im Gesetz festgehalten werden.

56 Schliesslich fällt im Vergleich zur Regelung für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in den Art. 367–371 und 396–399 ZPO auf, dass die Bestimmungen des IPRG keine Regelung betreffend die Folgen eines Ablehnungsverfahrens auf das laufende Schiedsverfahren enthalten.<sup>141</sup> Auch fehlt eine Bestimmung zum Verfahren für den Fall, dass eine Partei das gesamte Schiedsgericht ablehnt.<sup>142</sup> Und schliesslich fehlt auch eine Regelung über das Vorgehen, wenn das Schiedsgericht bei Gutheissung eines Revisionsgesuchs nicht mehr vollständig besetzt ist.<sup>143</sup> Es ist zu überlegen, ob nicht zum Zweck einer noch umfassenderen Anwenderfreundlichkeit auch in Bezug auf diese Punkte eine klare Regelung in das Gesetz aufgenommen werden soll, selbst wenn dies den Umfang von Kap. 12 IPRG nicht unwesentlich erweitern würde.<sup>144</sup>

57 Die neuen Bestimmungen zur Revision (dazu hinten) sollen auch dann zur Anwendung gelangen, wenn der Ablehnungsgrund «nach Abschluss des Verfahrens» entdeckt wird. Klarer wäre es, den Ablauf der Rechtsmittelfrist für die Beschwerde nach Art. 190 als massgeblichen Zeitpunkt festzuhalten.<sup>145</sup> Einzelne Kritiker weisen zudem darauf hin, dass der blosser Verweis auf die Bestimmungen über die Revision nicht genügend sei, da ein nachträglich entdeckter Ablehnungsgrund höchstens unter den Revisionsgrund von Art. 190a Abs. 1 lit b VE-IPRG subsumiert werden könne, und auch dies nur dann, wenn damit ein strafbares Handeln des betreffenden Schiedsrichters verbunden sei. Entsprechend regen sie die Schaffung eines separaten Ablehnungsgrundes in Art. 190a Abs. 1 VE-IPRG an.<sup>146</sup> Der Einwand ist berechtigt und verdient Unterstützung.

---

<sup>136</sup> Vgl. Art. 369 Abs. 2 ZPO.

<sup>137</sup> Vgl. PFIFFNER/HOCHSTRASSER, BSK IPRG, Art. 176 N 26.

<sup>138</sup> So auch Art. 369 Abs. 3 ZPO; vgl. ASA-Vernehmlassung, Rz. 36 und BUCHER, der zudem darauf hinweist, dass die Frist von Abs. 3 nur dann gelten kann, wenn die Abberufung einseitig erfolgt (BUCHER, Art. 179 Abs. 3).

<sup>139</sup> S. z.B. Art. 13 Abs. 2 UNCITRAL-Modellgesetz, der eine Frist von 15 Tagen vorsieht.

<sup>140</sup> Analog Art. 369 Abs. 2 und 3 ZPO.

<sup>141</sup> Vgl. Art. 369 Abs. 4 ZPO

<sup>142</sup> Vgl. Art. 368 ZPO.

<sup>143</sup> Vgl. Art. 399 Abs. 2 ZPO; vgl. auch ASA-Vernehmlassung, Rz. 58.

<sup>144</sup> Vgl. hierzu auch BUCHER, der feststellt, dass durch die Aufhebung des Verweises in Art. 179 Abs. 2 IPRG auf die ZPO Art. 356 ZPO nicht mehr anwendbar sei und folglich keine Bestimmung mehr vorliege, welche das zuständige staatliche Gericht bezeichnet (BUCHER, Art. 180 a.E.).

<sup>145</sup> Vgl. BGE 142 III 535, E. 2.3.5; gl.M. BUCHER, Art. 180 Abs. 4 und Art. 190a; ASA-Vernehmlassung, Rz. 56.

<sup>146</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 57, 85; BUCHER, Art. 190a.

## 8. Vorsorgliche Massnahmen (Art. 183 Abs. 2 VE-IPRG)

58 Betreffend vorsorgliche Massnahmen stellt der Revisionsentwurf klar, dass nicht nur das  
Schiedsgericht, sondern auch eine Partei das staatliche Gericht um Mitwirkung ersuchen kann.

59 Man hätte sich an dieser Stelle auch überlegen können, den Kreis der hierzu legitimierten  
Personen weiter auszudehnen und z.B. auch *Emergency Arbitrators*<sup>147</sup> zuzulassen. Demgegen-  
über wäre die Verankerung der Idee, ausserdem Parteien ausländischer Schiedsverfahren den  
Zugang zum schweizerischen staatlichen Gericht für vorsorgliche Massnahmen zu ermögli-  
chen, wohl nicht mehr mit dem Ziel der Revision zu vereinbaren, die Attraktivität der Schweiz  
als Schiedsplatz zu stärken und dennoch so kurz wie möglich zu bleiben.<sup>148</sup> In Betracht zu  
ziehen wäre demgegenüber, *ex parte*-Massnahmen ausdrücklich zuzulassen und/oder es den  
Parteien zu erlauben, auf vorsorgliche Massnahmen in den Fällen von Art. 192 Abs. 1 IPRG zu  
verzichten.<sup>149</sup> Die ASA schlägt ausserdem vor, festzuhalten, dass das staatliche Gericht nur die  
zur Vollstreckung notwendigen Anordnungen trifft.<sup>150</sup> Das scheint uns unnötig, weil eine  
zweckmässige Auslegung des Gesetzes ohnehin zu diesem Schluss führt.

60 Die Bestimmung betreffend vorsorgliche Massnahmen zeigt exemplarisch, dass es praktisch  
kaum möglich ist, die internationale Schiedsgerichtsbarkeit abschliessend im IPRG zu regeln:  
Art. 183 Abs. 2 VE-IPRG beschränkt die Zuständigkeit korrekterweise nicht auf den *juge d'appui*,  
sondern spricht nur vom «staatliche[n] Gericht». <sup>151</sup> Um festzustellen, welches staatliche  
Gericht um Mitwirkung ersucht werden kann, muss somit nach wie vor die ZPO konsultiert  
werden. Diese eröffnet neben der Zuständigkeit des *juge d'appui* auch eine Zuständigkeit am  
Vollstreckungsort.<sup>152</sup> Auch der berechtigte Hinweis, dass das Gericht «*sein eigenes Recht*»<sup>153</sup>  
anwendet, zwingt zur Konsultation der ZPO zwecks Ermittlung der konkreten Verfahrensart.<sup>154</sup>

## 9. Beweisaufnahme (Art. 184 Abs. 2 und 3 VE-IPRG)

61 Hinsichtlich der Beweisaufnahme nimmt der Vernehmlassungsentwurf die Regelung von  
Art. 11a Abs. 2 IPRG auf und hält fest, dass das Gericht neben dem eigenen Verfahrensrecht  
auch ausländisches Recht anwenden kann.<sup>155</sup> Diese Möglichkeit wird von der Lehre bereits  
unter dem geltenden Recht bejaht.<sup>156</sup>

62 Darüber hinaus auch ausländischen Schiedsgerichten und Parteien ausländischer Schieds-  
verfahren den Zugang zum schweizerischen *juge d'appui* zu gewähren, wäre hingegen (wie  
bereits betreffend vorsorgliche Massnahmen<sup>157</sup>) nicht mit den Zielen der Revision zu vereinba-  
ren, nur das Nötige und so wenig wie möglich neu zu regeln.<sup>158</sup>

<sup>147</sup> Vgl. z.B. Art. 43 Swiss Rules; Art. 29 ICC Rules.

<sup>148</sup> A.M. ASA-Vernehmlassung, Rz. 61.

<sup>149</sup> BUCHER, Art. 183 Abs. 2.

<sup>150</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 62.

<sup>151</sup> Vgl. ASA-Vernehmlassung, Rz. 60.

<sup>152</sup> Art. 13 ZPO.

<sup>153</sup> Art. 183 Abs. 2 VE-IPRG.

<sup>154</sup> Art. 251a lit. c VE-ZPO; vgl. auch MABILLARD, BSK IPRG, Art. 183 N 17; BUCHER, Art. 183 Abs. 2.

<sup>155</sup> Art. 184 Abs. 3 VE-IPRG.

<sup>156</sup> SCHNEIDER/SCHERER, BSK IPRG, Art. 184 N 62; vgl. auch BUCHER, der anmerkt, dass bereits der geltende Art. 184 Abs. 2 IPRG a.E. darauf hinweise, dass der staatliche Richter sein «*eigenes Recht*» anwendet. Da hierzu auch der geltende Art. 11a IPRG gehöre, sei dieser bereits jetzt für den staatlichen Richter anwendbar und die neue Bestimmung bringe folglich nichts (BUCHER, Art. 184 Abs. 3). Das ist in dieser Absolutheit nicht richtig, weil Kap. 12 als «stand-alone» Regelung zu verstehen ist, auf die die übrigen Bestimmungen des IPRG höchstens analog anwendbar sind, vgl. BESSON, Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS, in: Arroyo (Hrsg.), Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013, Rz. 12 ff. m.H. auf BGE 127 III 249, E. 2c–d («Fomento»). Inhaltlich wurde dieser Rechtsprechung im streitigen Punkt durch die Schaffung von Art. 186 Abs. 1<sup>bis</sup> vom Gesetzgeber inzwischen ein Ende bereitet).

<sup>157</sup> S. dazu vorne, S. 17 f.

<sup>158</sup> A.M. ASA-Vernehmlassung, Rz. 65.

63 Art. 184 Abs. 2 IPRG sollte jedoch nicht nur redaktionell, sondern auch inhaltlich revidiert werden: Es sollte den Parteien sowie dem Schiedsgericht ermöglicht werden, zusätzlich zum staatlichen Gericht am Sitz des Schiedsgerichts auch jedes andere geeignete staatliche Gericht um Mitwirkung bei der Beweisaufnahme zu ersuchen, insbesondere das Gericht am Ort, wo die Beweisaufnahme erfolgen soll. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Zuständigkeit diesbezüglich in Art. 183 Abs. 2 IPRG und Art. 184 Abs. 2 IPRG verschieden geregelt sein sollte.<sup>159</sup> Analog wäre diese Anpassung auch für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in Art. 375 Abs. 2 ZPO vorzunehmen.<sup>160</sup>

#### 10. Anwendbares Recht (Art. 187 IPRG)

64 Die deutsche und die italienische Fassung von Art. 187 Abs. 1 IPRG sollen an die französische Formulierung angepasst werden: Statt vom «*gewählten Recht*» spricht die vorgeschlagene Bestimmung neu von «*gewählten Rechtsnormen*».<sup>161</sup> «*Rechtsregeln*» wäre u.E. der treffendere Begriff. Er würde ausserdem mit dem Wortlaut der ZPO übereinstimmen (Art. 381 Abs. 1 lit. a ZPO).<sup>162</sup>

#### 11. Kosten (Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG)

65 Die Revisionsvorlage nimmt betreffend die Regelung der Kosten des Schiedsverfahrens eine umstrittene Entscheidung des Bundesgerichts<sup>163</sup> auf und setzt dieser Rechtsprechung ein Ende: Neu wird in Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG klargestellt, dass auch im internationalen Schiedsverfahren das Schiedsgericht autoritativ über die Höhe und Verteilung der Kosten und über Parteientschädigungen entscheiden kann. Das IPRG wird damit an die bestehende Regelung für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit<sup>164</sup> angeglichen. Nicht von der ZPO übernommen<sup>165</sup> werden soll hingegen die Möglichkeit, einen Schiedsentscheid wegen einer zu hohen Kostenfestsetzung anzufechten. Dieser Gegensatz zur ZPO-Regelung wird damit begründet, dass eine Zunahme der Beschwerden gegen Schiedssprüche an das Bundesgericht verhindert werden soll. Nach dem erläuternden Bericht würde eine solche Änderung ausserdem «*nur wenige Verfahren betreffen*».<sup>166</sup>

66 Eine solche Argumentation erscheint widersprüchlich. Einerseits wird die Thematik als genügend wichtig erachtet, um die Zulässigkeit der autoritativen Entscheidung im Gesetz zu regeln. Demgegenüber wird die Unzulässigkeit der Anfechtung einer solchen Entscheidung mit der fehlenden Relevanz der Thematik begründet. Im Gegensatz dazu hatte der Gesetzgeber bei Binnenschiedsverfahren keine Bedenken, dass die Möglichkeit der Anfechtung von Entscheidungen wegen Kostenfragen zu einer Zunahme der Beschwerden führen könnte. Eine genügende sachliche Begründung für die Ungleichbehandlung von Binnen- und internationalen Schiedsverfahren ist u.E. nicht ersichtlich.<sup>167</sup> Zwar ist es wünschbar, den Katalog der zulässigen Beschwerdegründe in Art. 190 Abs. 2 IPRG möglichst kurz zu halten, um die ungerechtfertigte Verzögerung von Schiedsverfahren möglichst zu verhindern.<sup>168</sup> Doch kann eine gesetzliche

<sup>159</sup> So auch ASA-Vernehmlassung, Rz. 64.

<sup>160</sup> HABEGGER, BSK ZPO, Art. 375 N 73.

<sup>161</sup> Bzw. statt vom «*diritto scelto*» von «*norme giuridiche scelte*».

<sup>162</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 69; BUCHER, Art. 187.

<sup>163</sup> BGE 136 III 597, E. 5.2 = Bull ASA 2011, S. 117 ff.; s. auch die Kommentierung des Entscheids in LÖTSCHER/BUHR, Nemo Iudex in Sua Causa – No jurisdiction of the arbitrators to authoritatively rule on their own Fees, in: Bull ASA 2011, S. 120 ff.

<sup>164</sup> Vgl. Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO.

<sup>165</sup> Vgl. Art. 393 lit. f ZPO.

<sup>166</sup> Erläuternder Bericht, S. 27.

<sup>167</sup> So auch BUCHER, der zudem vorschlägt, die Zuständigkeit für eine Anfechtung beim *juge d'appui* anzusiedeln (BUCHER, Art. 189 Abs. 3).

<sup>168</sup> Vgl. ARROYO, Article 190 PILS, in: Arroyo (Hrsg.), Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013, Rz. 4 f.

Regelung des Inhalts, dass ein übersetzter Kostenentscheid nicht anfechtbar ist, die Attraktivität des IPRG für Parteien mindestens ebenso schmälern wie die Aufnahme einer Anfechtungsmöglichkeit, gerade im Hochpreisland Schweiz. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Parteien in einem internationalen Schiedsverfahren das IPRG als *lex arbitri* über die *opting out*-Regelung von Art. 176 Abs. 2 IPRG durch die ZPO ersetzen können. Ein Gleichlauf der beiden Erlasse ist deshalb auch aus diesem Grund angezeigt.<sup>169</sup>

67 Zwar ist die Feststellung im erläuternden Bericht<sup>170</sup> zutreffend, dass die Bedeutung der vorgeschlagenen Bestimmung beschränkt ist, weil die Frage der Zusprechung von Verfahrenskosten in den meisten Fällen durch die Schiedsordnung der Schiedsinstitution<sup>171</sup> bzw. durch den Konstituierungsbeschluss bzw. die *terms of reference* geregelt wird.<sup>172</sup> Doch sollte im Rahmen einer Gesetzesrevision darauf geachtet werden, dass Änderungen zu einer in sich schlüssigen Lösung führen und bestehende Widersprüchlichkeiten aufgelöst, jedenfalls aber nicht neue Probleme geschaffen werden.

68 Entsprechend ist wohl weniger von Bedeutung, welche Lösung der Gesetzgeber wählt – Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder Beibehalten des *Status quo* – als die gewählte Lösung konsequent umzusetzen, d.h. im Fall einer Zulassung der autoritativen Festsetzung der Kosten durch das Schiedsgericht hierfür auch einen Beschwerdegrund zu schaffen.<sup>173</sup>

## 12. Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung (Art. 189a VE-IPRG)

69 Art. 388 ZPO hält für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit explizit die Möglichkeit der Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung eines Schiedsspruchs fest. Eine entsprechende Bestimmung für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit fehlt zwar im IPRG, doch wird die Zulässigkeit derartiger «Korrekturen» des Schiedsspruchs in Lehre und Rechtsprechung anerkannt.<sup>174</sup> Die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in das IPRG ist deshalb zu begrüssen.<sup>175</sup>

## 13. Beschwerde und Revision (Art. 190a–192 VE-IPRG, Art. 77 und 119b VE-BGG)

### a) Beschwerde

70 Bereits nach geltendem Recht ist die Anfechtung eines Schiedsspruchs mit Beschwerde an das Bundesgericht grundsätzlich zulässig; der Vernehmlassungsentwurf nimmt hierbei keine materiellen Änderungen vor.<sup>176</sup> Dies gilt auch für den Verzicht auf die Beschwerde: Der Vernehmlassungsentwurf beschränkt sich auf die redaktionelle Anpassung, in Art. 192 Abs. 1 IPRG für

<sup>169</sup> Vgl. AMBAUEN, Rz. 446 ff.

<sup>170</sup> Erläuternder Bericht, S. 27.

<sup>171</sup> Vgl. bspw. Art. 38 ff. Swiss Rules; Art. 38 ICC-Rules.

<sup>172</sup> Vgl. KOCH, *The Limits of Arbitrators' Powers to Adjudicate Fees and Expenses*, in: *Arb. Int.* 2011, S. 233 ff., S. 243.

<sup>173</sup> Ähnlich die ASA-Vernehmlassung, Rz. 73, welche das Fazit zieht, auf den vorgeschlagenen Abs. 3 zu verzichten (Rz. 75 ff.).

<sup>174</sup> BGE 131 III 164 = Bull ASA 2005, S. 352 ff.; 126 III 524, E. 2b; GIRSBERGER/VOSER, *International Arbitration*, 3. Aufl., Zürich 2016, Rz. 1538 ff.; BERGER/KELLERHALS, Rz. 1521 m.w.H.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland*, Oxford 2015, Rz. 7.192 ff.; PFISTERER, BSK IPRG, Art. 190 N 98 ff.

<sup>175</sup> Vgl. auch ASA-Vernehmlassung, Rz. 78 f., welche eine Präzisierung der Rechtsbehelfe anregt, um den Eindruck zu verhindern, das Instrument erlaube eine «*révision au fond*».

<sup>176</sup> Dies wird von BUCHER bedauert, der mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Urteil des BGer vom 13. Dezember 2016, 4A\_116/2016, E. 4.2.3; Urteil des BGer vom 18. Juni 2012, 4A\_488/2011, E. 6.2) eine Regelung spezifisch für die Sportschiedsgerichtsbarkeit als wünschbar und die Anfechtung wegen *ordre public*-Widrigkeit allgemein als revisionsbedürftig erachtet (BUCHER, Art. 190).

die Zulässigkeit des Rechtsmittelverzichts ausdrücklich auch auf den Sitz einer Partei abzustellen. Dieser ist angesichts der analog geltenden Regel in Art. 21 Abs. 1 IPRG zwar bereits unter dem geltenden Recht relevant.<sup>177</sup> Eine Verdeutlichung ist dennoch wünschbar, weil ja das Kap. 12 als «stand alone»-Regelung Bestand haben soll.

71 Über eine Änderung des BGG will der Vernehmlassungsentwurf zudem klarstellen, dass die Beschwerde unabhängig vom Streitwert möglich ist.<sup>178</sup> Er klärt damit eine vom Bundesgericht bis anhin stets offen gelassene Frage,<sup>179</sup> die u.E. auf diese Weise sinnvoll entschieden wird. Da sich – die i.d.R. vermögensrechtlichen – Schiedsverfahren bei einem Streitwert unter der Schwelle von Art. 74 Abs. 1 BGG meistens nicht lohnen, ist die Frage allerdings selten von Bedeutung.<sup>180</sup>

## b) Revision

### i. Zulässigkeit, Revisionsgründe

72 Die Vernehmlassungsvorlage regelt neu auch explizit die Revision eines Schiedsspruchs.<sup>181</sup> Deren Zulässigkeit wird von Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits unter dem geltenden Recht bejaht,<sup>182</sup> wobei für das Verfahren und die zulässigen Revisionsgründe Art. 121 ff. BGG herangezogen werden.<sup>183</sup> (Betreffend die unvollständige Verweisung in Art. 180 Abs. 4 VE-IPRG auf die Bestimmungen über die Revision und die Wünschbarkeit der Nennung eines separaten Ablehnungsgrundes in Art. 190a Abs. 1 VE-IPRG s. vorne, S. 17, Rz. 57.)

Der Vorentwurf übernimmt grundsätzlich die Formulierung von Art. 396 ZPO, wobei auf die Revisionsgründe des unwirksamen Klagerückzugs oder Vergleichs<sup>184</sup> und der Verletzung von Vorschriften der EMRK<sup>185</sup> verzichtet wurde. Folgt man der Ansicht eines Teils der Lehre, dass unter dem geltenden Recht Art. 122 BGG auch auf die Revision eines Schiedsentscheids anwendbar ist,<sup>186</sup> schränkt der Vernehmlassungsentwurf die Zahl der zulässigen Revisionsgründe gegenüber dem geltenden Recht folglich ein.

73 Die Entscheidung, bei der Übernahme der Regelung für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in das IPRG auf die Revisionsgründe wegen Verletzung der EMRK zu verzichten, erscheint diskussionswürdig. Zwar handelt es sich bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit um die am weitesten gehende ent-nationalisierte Form der Streiterledigung, weil Parteien verschiedenster Herkunft und unterschiedlichster Mentalitäten und Wertvorstellungen zusammentreffen. Entsprechend ist die EMRK auch nicht in allen (Wohn-)Sitzstaaten dieser Parteien geltendes Recht. Es erscheint jedoch fraglich, aus diesem Grund Verletzungen der EMRK als Revisionsgründe auszuschliessen, handelt es sich bei den Bestimmungen der EMRK doch um – aus europäischer und schweizerischer Sicht – elementare Grundsätze eines fairen Verfahrens. Schliesslich ist auch hier auf die – bereits betreffend die Anfechtung eines Kostenentscheids erwähnte<sup>187</sup> –

<sup>177</sup> So auch BUCHER, der mit Hinweis auf das Urteil des BGer vom 18. Januar 2017, 4A\_500/2015, E. 3.4 zudem eine Ausdehnung der Autonomie der Schiedsklausel auf die Verzichtsklausel vorschlägt (BUCHER, Art. 192).

<sup>178</sup> Art. 77 Abs. 1 VE-BGG.

<sup>179</sup> Zuletzt offen gelassen im Urteil des BGer vom 28. Juli 2016, 4A\_322/2016, E. 1 = Bull ASA 2017, S. 172; Urteil des BGer vom 7. Oktober 2008, 4A\_258/2008, E. 3.3.

<sup>180</sup> So auch ASA-Vernehmlassung Rz. 107; vgl. auch BUCHER, Art. 191.

<sup>181</sup> Art. 190a VE-IPRG.

<sup>182</sup> Urteil des BGer vom 9. Oktober 2013, 4A\_688/2012 und 4A\_126/2013, E. 4.2; BGE 118 II 199, E. 2 = Pra 1993, Nr. 113, S. 444 ff.; GIRSBERGER/VOSER, Rz. 1659 ff. m.w.H.; BERGER/KELLERHALS, Rz. 1950 ff.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Rz. 8.207 ff.

<sup>183</sup> S. z.B. BGE 142 III 521, E. 2; 134 III 286, E. 2.

<sup>184</sup> Art. 396 Abs. 1 lit. c ZPO.

<sup>185</sup> Art. 396 Abs. 2 ZPO.

<sup>186</sup> Vgl. AMBAUEN, Rz. 555 m.w.H.; GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014, Rz. 2255.

<sup>187</sup> S. S. 19, Rz. 66.

Möglichkeit hinzuweisen, über die *opting out*-Regelung von Art. 176 Abs. 2 IPRG die Bestimmungen des 12. Kapitels IPRG durch den 3. Teil der ZPO zu ersetzen, was, wo (wie hier) sachlich gerechtfertigt, für eine Parallelität der beiden Erlasse spricht.<sup>188</sup>

*ii. Verjährungsfrist*

- 74 Fragwürdig erscheint uns die Regelung, dass für die Revision wegen eines Verbrechens oder Vergehens eine absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren gelten soll,<sup>189</sup> während dies bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit<sup>190</sup> gerade nicht vorgesehen ist. Vorzuziehen ist deshalb eine Formulierung analog Art. 397 Abs. 2 ZPO.<sup>191</sup>

*iii. Verhältnis zu Beschwerde*

- 75 Wie bereits vorne<sup>192</sup> angetönt, ist der Verweis in Art. 180 Abs. 4 VE-IPRG auf die Bestimmungen zur Revision missverständlich formuliert. Entsprechend ist auch nicht genügend klar, wie Beschwerde und Revision zusammenspielen, wenn ein Ablehnungsgrund nach Abschluss des Verfahrens, aber vor Ablauf der Beschwerdefrist entdeckt wird: Stehen die Beschwerde und die Revision wahlweise zur Verfügung? Oder ist eines der Rechtsmittel subsidiär zum anderen anwendbar? Die Formulierung von Art. 180 Abs. 4 VE-IPRG erweckt zumindest den Eindruck, dass weder die eine noch die andere Alternative (Wahl des Beschwerdeführers oder Subsidiarität) zutrifft. U.E. kann der Ablehnungsgrund nur und erst dann mit Revision geltend gemacht werden, wenn ein Schiedsverfahren abgeschlossen, d.h. ein Entscheid ergangen und die Beschwerdefrist abgelaufen ist. Eine ausdrückliche Regelung in Art. 190a IPRG ist deshalb angezeigt.

*iv. Verzicht*

- 76 Wenn keine der Parteien ihren Wohnsitz bzw. Sitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung in der Schweiz hat, lässt Art. 190a Abs. 3 VE-IPRG einen Ausschluss der Revision bereits im Voraus zu. Diese Formulierung lehnt sich an die nach dem geltenden Recht bestehende Möglichkeit an, auf die Anfechtung des Schiedsentscheids mit Beschwerde zu verzichten.<sup>193</sup> Indessen erfasst der Verzicht nur die Revision wegen nachträglich entdeckter erheblicher Tatsachen i.S.v. Art. 190a Abs. 1 lit. a VE-IPRG. Ein Verzicht auf die Revision eines Schiedsentscheids, der durch ein Verbrechen oder Vergehen beeinflusst wurde, soll demgegenüber nicht zulässig sein.<sup>194</sup> Diese Lösung überzeugt nicht restlos, wenn man bedenkt, dass nach Art. 192 Abs. 1 IPRG selbst ein Verzicht auf die Beschwerde wegen Verstosses gegen den *Ordre public* zulässig ist.<sup>195</sup>

- 77 Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob es nicht angezeigt wäre, auch Parteien mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz den Verzicht sowohl auf die Beschwerde als auch auf die Revision zu ermöglichen. Sachlich sind kaum Gründe für eine Unterscheidung zwischen schweizerischen und ausländischen Parteien ersichtlich, sind doch Schweizer Parteien nicht grundsätzlich schutzbedürftiger als ausländische. Zudem ist zu bedenken, dass Schweizer Parteien auch durch die geltende (und durch den Vernehmlassungsentwurf nicht geänderte) Rege-

---

<sup>188</sup> Vgl. AMBAUEN, Rz. 570.

<sup>189</sup> Art. 190 Abs. 2 VE-IPRG.

<sup>190</sup> Vgl. Art. 397 Abs. 2 ZPO.

<sup>191</sup> So auch ASA-Vernehmlassung, Rz. 86.

<sup>192</sup> S. S. 17, Rz. 57.

<sup>193</sup> Art. 192 Abs. 1 IPRG.

<sup>194</sup> Art. 190a Abs. 3 VE-IPRG.

<sup>195</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 88 ff.

lung nicht umfassend – letztlich: vor sich selbst – geschützt werden können, denn die Bestimmung kann durch die Wahl eines anderen Schiedsortes wie etwa Frankreich<sup>196</sup> einfach umgangen werden.<sup>197</sup>

c) *Verfahren vor Bundesgericht generell*

78 Zum einen fällt bei einer Analyse des Zusammenspiels von IPRG und BGG auf, dass sich der Vernehmlassungsentwurf in verschiedener Hinsicht nicht nahtlos in das bestehende System der beiden Erlasse einpasst. So ermöglicht etwa Art. 190a VE-IPRG keinen umfassenden Verzicht auf die Revision. Diese Regelung ist insofern inkohärent, als Art. 192 Abs. 1 IPRG ausländischen Parteien einen umfassenden Verzicht auf eine Anfechtung durch andere Rechtsmittel ermöglicht. Dies kann zur Situation führen, dass eine unterliegende Partei einen Schiedsspruch selbst bei einer Verletzung des *Ordre public* nicht mit Beschwerde anfechten kann, wenn die Parteien umfassend auf die Beschwerdemöglichkeit verzichtet haben, die Revision des Schiedsentscheidens jedoch gestützt auf denselben Grund möglich ist. Diese Lösung erscheint nicht sinnvoll. Eine Angleichung der Verzichtsmöglichkeiten ist deshalb wünschenswert.

79 Zum anderen fragt sich, ob das Formerfordernis für den Verzicht auf die Revision (und die Beschwerde) noch in das System des IPRG passt, wenn, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, die Parteien für den *Abschluss* einer Schiedsvereinbarung und damit den Verzicht auf ein Verfahren vor einem erstinstanzlichen staatlichen Richter nur noch die «halbe Schriftlichkeit» oder gar keine Formvorschrift mehr erfüllen müssen. Sollte dies so bleiben, dann erscheint es uns angemessen, für den Verzicht auf ein Rechtsmittel dennoch ein verschärftes Formerfordernis, also die «ganze» Schriftlichkeit, zu verlangen; denn der Verzicht auf staatliche Rechtsmittel ist u.E. noch einschneidender als die «blosse» Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit, die ja eine Überprüfung durch staatliche Gerichte zulässt, wenn auch nur in beschränktem Umfang.<sup>198</sup>

80 Was bereits im Zusammenhang mit der Ernennung und Ersetzung von Schiedsrichtern angetönt wurde,<sup>199</sup> zeigt sich auch in Bezug auf Beschwerde und Revision: Das Ziel, das IPRG als «*eigenständige und abschliessende*» Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit<sup>200</sup> zu formulieren, ist nicht erreichbar, ohne zugleich auf eine schlanke Ausgestaltung des Erlasses zu verzichten: So müssten, um das Beschwerde- und Revisionsverfahren abschliessend zu regeln, nicht nur die Bestimmungen der Beschwerde von Art. 72 ff. BGG bzw. diejenigen der Revision von Art. 121 ff. BGG, sondern auch die allgemeinen Verfahrensbestimmungen des BGG in das IPRG übernommen werden. Ein solches Vorgehen widerspräche dem Ziel, bewusst auf einen hohen Detaillierungsgrad zu verzichten, um für «*ganz verschiedene Formen der Schiedsgerichtsbarkeit*» attraktiv zu sein,<sup>201</sup> und wäre auch sonst kaum sinnvoll. Zu prüfen wäre allenfalls, ob nicht einzelne Aspekte, für die in der (internationalen) Schiedsgerichtsbarkeit eine spezielle Regelung sinnvoll erscheint,<sup>202</sup> direkt im IPRG geregelt werden sollten, etwa Bestimmungen betreffend Rechtsschriften (Art. 42 BGG) oder betreffend die Kosten (Art. 62 ff. BGG).

d) *Zulassung der englischen Sprache vor Bundesgericht*

81 Einer der meistbesprochenen Neuerungen des Vernehmlassungsentwurfes im Rahmen der Regelung von Beschwerde und Revision ist die Einführung von Englisch als Verfahrenssprache.<sup>203</sup> Nach Art. 77 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-BGG sollen Rechtsschriften dem Bundesgericht neu auch in

<sup>196</sup> Vgl. RUCH, S. 80 ff.

<sup>197</sup> Gl.M. ASA-Vernehmlassung, Rz. 87 und 94 ff.

<sup>198</sup> Demgegenüber spricht sich die ASA für eine Harmonisierung aus, vgl. ASA-Vernehmlassung, Rz. 25 f., 100.

<sup>199</sup> Siehe S. 13, Rz. 40.

<sup>200</sup> Erläuternder Bericht, S. 11.

<sup>201</sup> Erläuternder Bericht, S. 16.

<sup>202</sup> So.

<sup>203</sup> S. z.B. ASA-Vernehmlassung, Rz. 108 ff.; BUCHER, Art. 191. Vgl. dazu auch vorne S. 5 f., Rz. 16.

englischer Sprache eingereicht werden können. Die Gegner der vorgeschlagenen Lösung äussern u.a. die Befürchtung, dass die Zulassung englischsprachiger Rechtsschriften dazu führen könnte, dass ausländische Rechtsvertreter die Eingaben vermehrt selbst verfassen und Schweizer Anwälte nur noch dazu dienen werden, die Rechtsschriften beim Bundesgericht einzureichen.<sup>204</sup> Zwar ist diese Befürchtung nicht ganz von der Hand zu weisen, denn mit der Zulassung des Englischen für Eingaben soll ja gerade die Zugänglichkeit für Ausländer – seien dies nun Parteien oder deren Rechtsvertreter – erhöht werden. Zu berücksichtigen ist aber auch der Einwand, dass der Zweck der IPRG-Revision nicht die Abschottung des Schweizer Marktes und der Schutz seiner heimischen Teilnehmer sein kann, sondern die Erhaltung und Steigerung der Attraktivität der Schweiz als Schiedsplatz sein muss.<sup>205</sup>

82 Die Bestimmung erinnert an die bereits bestehende Regelung in Art. 36 Abs. 3 PatGG. Danach können sich die Parteien mit Zustimmung aller Parteien und des Patentgerichts sowohl für Eingaben als auch in mündlichen Verhandlungen der englischen Sprache bedienen. Das Urteil und verfahrensleitende Anordnungen ergehen jedoch in jedem Fall in einer Amtssprache. Art. 77 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-BGG betreffend die Schiedsgerichtsbarkeit geht aber weniger weit und ermöglicht den Parteien einzig, Rechtsschriften in englischer Sprache einzureichen. Die Änderung ergänzt damit die bereits heute «*grosszügige Praxis*»<sup>206</sup> des Bundesgerichts, für Beilagen in englischer Sprache i.d.R. keine Übersetzung zu verlangen. Diese Praxis gilt nicht nur für Schiedsverfahren, die den Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG unterliegen, sondern auch für solche gemäss dem 3. Kapitel der ZPO. Für das übrige Verfahren soll nach wie vor die allgemeine Regelung von Art. 54 BGG gelten, wonach eine Amtssprache Verfahrenssprache sein muss.

83 Da nach dem Entwurf das Urteil des Bundesgerichts weiterhin in einer Amtssprache zu ergehen hat, sind nach wie vor Übersetzungsarbeiten notwendig und ist damit eine gewisse Verfahrenskomplizierung unumgänglich. Ausserdem muss nach wie vor entschieden werden, in welcher Amtssprache das bundesgerichtliche Verfahren stattfinden soll, wenn beide Parteien die englische Sprache verwenden.<sup>207</sup> Ausserdem besteht das Risiko, dass die Parteien für ihre Beschwerdeeingaben in englischer Sprache sich (englischer) Fachterminologie bedienen, die im schweizerischen Rechtssystem und den schweizerischen Amtssprachen keine Entsprechung findet.<sup>208</sup>

84 Die vorgeschlagene Regelung lässt schliesslich offen, ob nur im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen Eingaben in englischer Sprache eingereicht werden können, oder ob dies auch für Revisionsgesuche gilt. Da sich Art. 77 BGG nur auf die Beschwerde bezieht, dürfte ersteres der Fall sein, was jedoch nicht sinnvoll erscheint. Eine entsprechende Klarstellung in Art. 119b BGG ist deshalb angezeigt.<sup>209</sup>

85 Insgesamt erscheint die vorgeschlagene Regelung als gutschweizerischer Kompromiss, der sowohl für inländische als auch ausländische Interessen tragbar ist.

### III. Unterlassene Änderungen

#### 1. Negative Kompetenz-Kompetenz (Art. 7 IPRG)

86

---

<sup>204</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 110; BUCHER, Art. 191.

<sup>205</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 111.

<sup>206</sup> Erläuternder Bericht, S. 30.

<sup>207</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 113.

<sup>208</sup> So BUCHER, Art. 191.

<sup>209</sup> ASA-Vernehmlassung, Rz. 114.

Der eigentliche Auslöser für das Revisionsprojekt, nämlich die Parlamentarische Initiative von Nationalrat Christian Lüscher,<sup>210</sup> verlangte, Art. 7 IPRG um einen Abs. 2 zu ergänzen. Dieser sollte wie folgt lauten: «Bei internationalen Angelegenheiten fällt das angerufene schweizerische Gericht, unabhängig vom Sitz des Schiedsgerichtes, erst eine Entscheidung, wenn das Schiedsgericht über die eigene Zuständigkeit entschieden hat, es sei denn, eine summarische Prüfung ergebe, dass zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung getroffen wurde.» Lüscher schlug also vor, über eine Gesetzesänderung das Prinzip der negativen Kompetenz-Kompetenz einzuführen.<sup>211</sup> Während die sog. positive Kompetenz-Kompetenz, im schweizerischen Recht in Art. 186 Abs. 1 IPRG bereits verankert ist, ist dies aufgrund der heutigen Fassung von Art. 7 IPRG, wie sie vom Bundesgericht ausgelegt wird, nicht der Fall: Das Bundesgericht legt die Bestimmung nämlich so aus, dass Schiedsklauseln, die ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vorsehen, vom staatlichen Richter nur summarisch darauf geprüft werden dürfen, ob eine Schiedsvereinbarung vorliegt.<sup>212</sup> Demgegenüber muss das staatliche Gericht bei Schiedsklauseln, die einen ausländischen Sitz bestimmen, die Schiedseinrede nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gemäss Art. II Abs. 3 NYÜ mit voller Kognition prüfen.<sup>213</sup> Nach dem Bundesgericht ist der Prüfungsumfang also abhängig davon, ob sich der Sitz des Schiedsgerichts im In- oder Ausland befindet. Die faktische Konsequenz dieser Rechtsprechung ist eine Bevorzugung der Aufrechterhaltung von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz in dem Sinn, dass solche Schiedsvereinbarungen an einem weniger strengen Massstab gemessen werden.<sup>214</sup> In der Lehre ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts mehrheitlich auf Kritik gestossen, wobei die einen Stimmen die Meinung vertreten, dass das Gericht auch bei einem Sitz des Schiedsgerichts im Ausland nur eine summarische Prüfung vornehmen darf,<sup>215</sup> während andere der entgegengesetzten Meinung sind, dass nämlich das Bestehen einer Schiedsvereinbarung auch bei einem Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz mit voller Kognition geprüft werden müsse.<sup>216</sup>

87 Der Vorschlag Lüscher, das staatliche Schweizer Gericht zu verpflichten, seine Prüfung in jedem Fall auf eine *prima facie*-Prüfung zu beschränken, wird vom Vernehmlassungsentwurf nicht aufgenommen.<sup>217</sup> Der erläuternde Bericht begründet diesen Verzicht zum einen damit, dass die Ansichten in Lehre und Praxis über den korrekten Prüfungsumfang auseinander gingen. Zum anderen habe eine Umfrage, die aufgrund der Initiative Lüscher bei Fachverbänden und den rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Schweizer Universitäten durchgeführt worden war, ergeben, dass die Unterscheidung des Prüfungsumfangs unter Art. 7 IPRG gegenüber demjenigen unter Art. II Abs. 3 NYÜ in der Praxis zu keinen konkreten Problemen geführt habe.<sup>218</sup> Der Bundesrat sieht in dieser Frage deshalb «keinen Handlungsbedarf»<sup>219</sup>.

<sup>210</sup> S. FN 2.

<sup>211</sup> Für eine Erläuterung des Prinzips und seiner Effekte s. GIRSBERGER/VOSER, Rz. 496 ff.; BERGER/KELLERHALS, Rz. 664 ff.

<sup>212</sup> BGE 122 III 139, E. 2b = Pra 1996, Nr. 226, S. 885 f.

<sup>213</sup> BGE 121 III 38, E. 2b = Pra 1995, Nr. 205, S. 674 ff. = Bull ASA 1995, S. 506 ff.; bestätigt u.a. in Urteil des BGer vom 25. Oktober 2010, 4A\_279/2010, E. 2 = Bull ASA 2011, S. 132 ff.

<sup>214</sup> Vgl. Vernehmlassung der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) zur Parlamentarischen Initiative betreffend die Änderung von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht, Bull ASA 2011, S. 590.

<sup>215</sup> So KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Rz. 5.38; MAYER, Die Überprüfung internationaler Schiedsvereinbarungen durch staatliche Gerichte – Überlegungen zu BGE 121 III 38 und BGE 122 III 139, in: Bull ASA 1996, S. 361 ff., 363 ff.

<sup>216</sup> So BERGER/KELLERHALS, Rz. 336; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, § 29 N 30; BERTI/DROESE, BSK IPRG, Art. 7 N 8; BERGER, Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels, in: Bull ASA 2011, S. 33 ff.; POUURET/BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 502 ff.

<sup>217</sup> Vgl. Erläuternder Bericht, S. 13 f.

<sup>218</sup> Erläuternder Bericht, S. 14.

<sup>219</sup> Erläuternder Bericht, S. 3.

88 Natürlich ist es richtig und wichtig, dass der Gesetzgeber die Ansichten von Lehre und Praxis bei der Legiferierung berücksichtigt. Doch erscheint die Argumentation, der Gesetzgeber verzichte gänzlich auf eine Regelung, weil in Lehre und Praxis noch unterschiedliche Meinungen bestünden, nicht überzeugend: Wo die richtige Auslegung des Rechts kontrovers ist, wäre es gerade die Aufgabe der Legislative, Klarheit zu schaffen, statt diese Aufgabe der Judikative zu überlassen.

89 Zuzustimmen ist sodann der Erkenntnis, keine gesetzliche Regelung zu erlassen, wenn eine solche nicht notwendig ist.<sup>220</sup> Zu berücksichtigen ist hierbei aber, dass die erwähnte Umfrage nur die Schweizer Sichtweise erfasste.<sup>221</sup>

## 2. Rüge von Verfahrensmängeln (unterlassen; z.B. in Art. 182 IPRG)

90 Nicht in die Revisionsvorlage aufgenommen worden ist eine Bestimmung, die analog Art. 373 Abs. 6 ZPO festhält, dass Verfahrensmängel bei Verwirkungsfolge *sofort* zu rügen sind. Das Bundesgericht stellt dabei bekanntermassen nicht auf das tatsächliche Wissen der Partei ab, sondern wendet einen objektiven Massstab an; relevant ist mithin der Zeitpunkt, in dem die rügende Partei vom Verfahrensmangel «*bei zumutbarer Anstrengung Kenntnis haben könnte.*»<sup>222</sup> Es handelt sich bei diesem Grundsatz um eine elementare Verfahrensregel, welche gerade im Hinblick auf die Ausrichtung des IPRG auf ausländische Anwender<sup>223</sup> an geeigneter Stelle in das Gesetz aufgenommen werden sollte.<sup>224</sup> Entsprechende Bestimmungen sind denn auch in verschiedenen ausländischen Schiedsgesetzen<sup>225</sup> und institutionellen Regeln<sup>226</sup> enthalten. Der Klarheit und Einheitlichkeit halber wäre zugleich auch Art. 373 Abs. 6 ZPO anzupassen und auch dort die bundesgerichtliche Rechtsprechung des Kennen-Müssens festzuhalten.<sup>227</sup>

91 Während der *Beginn* der Frist aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügend klar geregelt ist, kann dies betreffend *Dauer* der Frist nicht vorbehaltlos gesagt werden: Das Erfordernis, Verfahrensmängel *sofort* zu rügen, ist nur auf den ersten Blick eine Frist von eindeutiger Dauer: denn was unter «*sofort*» zu verstehen ist, ergibt sich erst aus den jeweiligen Umständen.<sup>228</sup> Allerdings würde eine genauer geregelte Frist in Tagen (oder gar Stunden) die verschiedenen möglichen Situationen kaum befriedigend abdecken, weshalb eine explizite Festlegung der Dauer (in Zeiteinheiten) in der Tat nicht angebracht ist.

## 3. Mitwirkung des staatlichen Richters (Art. 185 IPRG)

92 Der Vernehmlassungsentwurf lässt Art. 185 IPRG unverändert. Die Bestimmung stellt nicht klar, wer den staatlichen Richter um Mitwirkung ersuchen kann. Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit hält Art. 375 Abs. 2 ZPO fest, dass dies sowohl das Schiedsgericht selbst, als auch – mit dessen Zustimmung – eine Partei tun kann. Nach Ansicht der Lehre gilt dies auch für die

93

<sup>220</sup> Die ASA kommt denn auch ebenfalls zum Schluss, dass kein dringender Handlungsbedarf besteht, und begrüsst entsprechend den Verzicht auf eine gesetzliche Regelung; vgl. ASA-Vernehmlassung, Rz. 11.

<sup>221</sup> BUCHER hält entsprechend fest, dass die Probleme, die sich aus der bundesgerichtlichen Unterscheidung zwischen Schiedsgerichten mit Sitz im Ausland und Sitz in der Schweiz ergeben, im Ausland und nicht in der Schweiz auftreten. BUCHER, Art. 7.

<sup>222</sup> Urteil des BGer vom 26. November 2002, 4P.129/2002, E. 7.1 = Bull ASA 2003, S. 413 f.

<sup>223</sup> Erläuternder Bericht, S. 11.

<sup>224</sup> Gl.M. ASA-Vernehmlassung, Rz. 13 f.

<sup>225</sup> S. bspw. in Sect. 73 English Arbitration Act 1996; betreffend die Binnenschiedsgerichtsbarkeit Art. 1466 F-CPC.

<sup>226</sup> Vgl. z.B. Art. 30 Swiss Rules.

<sup>227</sup> BUCHER bedauert zudem, dass keine Regelung spezifisch für kleine Schiedsfälle, für die Mediation oder für Fälle mit klarem Sachverhalt und klarer Rechtslage aufgenommen wurde und sich auch kein Hinweis auf Bemühungen zu verstärkter Transparenz findet (BUCHER, Art. 182).

<sup>228</sup> Zu Art. 373 ZPO: MÜLLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 373 N 38a; HABEGGER, BSK ZPO, Art. 373 N 65.

internationale Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>229</sup> Es wäre wünschbar, dies im Gesetz ausdrücklich festzuhalten.<sup>230</sup>

Zu erwähnen ist schliesslich, dass die Schaffung eines nationalen *juge d'appui*, wie sie insbesondere von der «Swiss Chambers' Arbitration Institution» und Philipp Habegger, dem damaligen Präsidenten des Gerichtshofs der Swiss Chambers' Arbitration Institution propagiert wird, zwar verschiedene Vorteile gebracht hätte. Die Gründe für den Verzicht auf einen solchen zentralen Richter im erläuternden Bericht sind aber durchaus nachvollziehbar.<sup>231</sup> So dürfte es in der Tat schwierig sein, diese Funktion bei einer bestehenden Behörde anzugliedern, ohne in die systematische Struktur der verschiedenen Instanzen und Behörden einzugreifen. Und andererseits dürfte die Bedeutung des *juge d'appui* in der Praxis zu gering sein, als dass sich die Schaffung einer neuen Instanz lohnen würde. Interessant ist ein Hinweis aus der Lehre, dass als Alternative zum Bundesgericht theoretisch auch die Einführung der Möglichkeit zur Übertragung durch das grundsätzlich zuständige an ein anderes kantonales Gericht (mit mehr Erfahrung) nach dem Vorbild von Art. 7 Abs. 2 KKE bestanden hätte.<sup>232</sup> Aufgrund des Ermessens, welches das zuständige kantonale Gericht in dieser Hinsicht hätte, würde es sich dabei um ein milderes Mittel als die Schaffung einer einzigen nationalen Instanz handeln. Ob eine solche Lösung aus föderalistischer Sicht realistisch wäre, erscheint aber mindestens so fraglich wie bei der vorgeschlagenen Angliederung an das Bundesgericht.<sup>233</sup>

#### 4. Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Art. 186 IPRG)

- 94 Auch die Bestimmung zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts bleibt unverändert. Nur vereinzelt wird mit Hinweis auf Art. 359 Abs. 1 ZPO angeregt, Art. 186 IPRG auch auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts auszudehnen.<sup>234</sup>

## IV. Fazit

- 95 Trotz der z.T. kritischen Stimmen, die seit der Veröffentlichung des Vorentwurfs im Januar 2017 geäussert worden sind, lassen sich u.E. die vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen mit verhältnismässig geringem Aufwand verbessern. Die «sanfte» Revision, welche der Bundesrat vorschlägt, ist eine Alternative, die wohl politisch die grösste Unterstützung erhält. Dass Kritiker vor allem aus dem akademischen Umfeld nun geltend machen, es handle sich dabei um eine verpasste Chance, sich im revidierten Gesetz auch zu wichtigen Details zu äussern,<sup>235</sup> ist nicht verwunderlich. Insgesamt ist es aber im Hinblick auf den Teilzweck der Revision – «so wenig wie möglich» – verständlich, dass der Vernehmlassungsentwurf knapp gehalten wurde. Indessen ist aber auch der Teilzweck «so viel wie nötig» zu berücksichtigen, denn es wird insbesondere ausländischen Anwendern kein Dienst erwiesen, wenn das Gesetz, etwa durch Aufhebung von Verweisen auf die ZPO, vermeintlich einfacher zu handhaben wird, tatsächlich aber viele neue Fragen aufwirft bzw. unbeantwortet lässt.

<sup>229</sup> GIRSBERGER/VOSER, Rz. 1180; BERGER/KELLERHALS, Rz. 1228; MABILLARD, BSK IPRG, Art. 185 N 15;

<sup>230</sup> GL.M. ASA-Vernehmlassung, Rz. 67 f.

<sup>231</sup> Vgl. erläuternder Bericht, S. 15; vgl. auch ASA-Vernehmlassung, Rz. 12.

<sup>232</sup> BUCHER, Art. 185.

<sup>233</sup> So dient auch Art. 7 Abs. 2 KKE zumindest nicht nur dazu, einen hochkomplexen Fall an ein kompetenteres Gericht zu übertragen, sondern auch dazu, bei einer Veränderung des Aufenthaltsortes des Kindes das Verfahren dem Gericht an diesem neuen Aufenthaltsort zu übertragen (Botschaft KKE, BBl 2007 2624).

<sup>234</sup> BUCHER, Art. 186.

<sup>235</sup> So insbesondere BUCHER, S. 1 («Vorentwurf des Bundesrates vom 11. Januar 2017»).

Per E-Mail: [ipr@bj.admin.ch](mailto:ipr@bj.admin.ch)  
Bundesamt für Justiz  
Fachbereich Internationales Privatrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

St. Gallen, 30. Mai 2017

**Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) – Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga,  
sehr geehrte Damen und Herren

Am 11. Januar 2017 wurde die Vernehmlassung zur oben erwähnten Vorlage eröffnet. Anbei übermittle ich Ihnen meine Stellungnahme in dieser Sache. Die Stellungnahme erfolgte in enger Zusammenarbeit mit im Schiedsgerichtswesen aktiv tätigen Rechtsanwälten.

Für die Gelegenheit zur Vernehmlassung und Ihre Kenntnisnahme danke ich Ihnen herzlich.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. Dr. Peter Sester

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitende Bemerkungen .....	4
II.	Notwendige zusätzliche Änderungen in IPRG, ZPO und BGG .....	5
	a) Zentrale <i>autorité d'appui</i> .....	5
	b) Gesetzliche Verankerung der Rügepflicht .....	7
III.	Dringende zusätzliche Änderungen ausserhalb IPRG, ZPO und BGG .....	7
	a) Embargo-Gesetzgebung .....	7
	b) FATCA .....	7
	c) Berufsgeheimnis .....	8
	d) Falschaussage vor Schiedsgerichten .....	8
	e) Arrestprosequierung .....	9
IV.	Diskussion der vorgeschlagenen Bestimmungen in IPRG, ZPO und BGG .....	10
	a) Art. 176 IPRG .....	10
	b) Art. 178 IPRG .....	11
	c) Art. 179 IPRG .....	11
	d) Art. 180 IPRG .....	11
	e) Art. 181 IPRG .....	12
	f) Art. 182 IPRG .....	12
	g) Art. 184 IPRG .....	13
	h) Art. 185 IPRG .....	13
	i) Art. 186 IPRG .....	13
	j) Art. 187 IPRG .....	14
	k) Art. 188 IPRG .....	14
	l) Art. 189 IPRG .....	14
	m) Art. 189a IPRG .....	15
	n) Art. 190 IPRG .....	15
	o) revArt. 190a IPRG .....	16
	p) Art. 191 IPRG .....	16
	q) Art. 192 IPRG .....	16
	r) Art. 193 IPRG .....	16
	s) Art. 194 IPRG .....	16
	t) Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht .....	17

Seite 3

u)	Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008.....	18
----	--	----

## I. Einleitende Bemerkungen

- 1 Das 12. Kapitel des IPRG erfreut sich international grosser Beliebtheit; dies sollte auf jeden Fall bewahrt werden. Eine Modernisierung des IPRG im Sinne einer Stärkung des Schweizer Schiedsplatzes ist vor diesem Hintergrund grundsätzlich zu unterstützen. Insbesondere die Übertragung von zentralen Elementen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ins Gesetz kann helfen, die Anwenderfreundlichkeit, gerade auch für ausländische Anwender, zu erhöhen. Einzelne Punkte des Vorentwurfs weisen allerdings noch Verbesserungspotential auf. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn der Vorschlag des Bundesrates leichte Anpassungen erfährt, damit diese Gelegenheit, welche diese Revision bietet, möglichst gut genutzt wird.
- 2 Im Sinne der Steigerung der Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz erscheint ebenfalls wichtig, dass über die Zulassung von Rechtsschriften in englischer Sprache vor Bundesgericht hinaus weitere Möglichkeiten des Gebrauchs bzw. des Rückgriffs auf die englische Sprache ermöglicht werden. Englisch ist heute die mit Abstand am weitesten verbreitete Sprache innerhalb der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Der Erfolg von Schiedsplätzen, an welchen Englisch auch als Verfahrenssprache vor staatlichen Gerichten verwendet werden kann (London, New York, Singapur, Hong Kong) zeigt, dass die Möglichkeit der Verwendung von Englisch ein Standortvorteil ist. Der Vorschlag für die Schaffung eines zentralen *juge d'appui* mindestens für Teilbelange zielt in diese Richtung.
- 3 Wie der Erläuternde Bericht richtig festhält, ist das 12. Kapitel des IPRG auch dreissig Jahre nach seiner Verabschiedung ein innovatives und modernes Schiedsverfahrensrecht von grosser Qualität. In den vergangenen Jahren haben viele andere Länder – u.a. durch die verstärkte Verbreitung des UNCITRAL-Modellgesetzes – jedoch viel an Terrain gutgemacht und der „Modernitäts-Vorsprung“ der Schweiz ist geschmolzen. Eine blosser Überführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder einzelner Bestimmungen der ZPO ins IPRG vermag entsprechend die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz nicht genügend zu erhalten. Blosser Stillstand, d.h. der Erhalt des blossen Status quo, wenn auch bei erhöhter Transparenz, bedeutet deshalb einen Rückschritt im Standortwettbewerb. Vereinzelt sind deshalb auch materielle Neuerungen notwendig, um dem parlamentarischen Auftrag gerecht zu werden.
- 4 Zusätzlich sah sich der Schiedsplatz Schweiz in den letzten Jahren mit (regulatorischen) Herausforderungen konfrontiert, die durch eine auf IPRG, ZPO und BGG beschränkte Revision nicht adressiert und durch den Vorentwurf leider keiner Lösung zugeführt wurden. Notwendig sind entsprechend Anpassungen im Embargo-Gesetz und bei FATCA bzw. gegebenenfalls im Strafgesetzbuch. Der mit solchen Anpassungen verbundene Zeitverlust ist m.E. in Kauf zu nehmen, da hinsichtlich der Revision des IPRG selbst keine eigentliche Dringlichkeit besteht, aber nicht abzusehen ist, wie die angesprochenen – akuten

– Probleme ausserhalb der IPRG-Revision in absehbarer Zeit gelöst werden könnten. Bestimmte Vorschläge betreffen deshalb neben der ZPO weitere Erlasse.

## II. Notwendige zusätzliche Änderungen in IPRG, ZPO und BGG

### a) Zentrale *autorité d'appui*

- 5 Für Belange der reinen „Justizverwaltungstätigkeit“, d.h. die Ernennung, Ablehnung und Absetzung von Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern, die Verlängerung von deren Amtsdauer, die Vereinigung von Schiedsverfahren etc., ist die Schaffung einer zentralen *autorité d'appui* zu befürworten. Die Vollstreckungshilfe bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 183 Abs. 2 IPRG [bzw. Art. 374 Abs. 2 ZPO]) und die Mitwirkung bei der Beweisabnahme (Art. 184 Abs. 2 IPRG [bzw. 375 Abs. 2 ZPO]<sup>1</sup>) kann demgegenüber bei den kantonalen Gerichten verbleiben.
- 6 Die kantonalen Gerichte kennen die Schiedsgerichtsgemeinde i.d.R. zu wenig, um sachgerechte Schiedsrichterernennungen vorzunehmen, insbesondere bei internationalen Verfahren, in denen u.U. auch ausländisches Sachrecht Anwendung findet. Aber auch in Binnenschiedsverfahren stellt sich die Frage, ob nicht eine zentrale Behörde sachgerechtere Ernennungen vorzunehmen in der Lage ist, sodass sich selbst unter dem Regime der ZPO die Schaffung einer zentralen Instanz aufdrängt (Art. 356 ZPO).<sup>2</sup>
- 7 Die im Erläuternden Bericht gegen die Schaffung eines zentralen *juge d'appui* vorgebrachten Argumente überzeugen m.E. nicht. So standen u.a. die Bestimmung eines kantonalen Gerichts oder eine Übertragung dieser Funktion an das Bundesgericht nie im Vordergrund.<sup>3</sup> Angezeigt erscheint vielmehr die Schaffung einer neuen Instanz. Wird sie genügend „schlank“ ausgestaltet,<sup>4</sup> erscheint der damit verbundene Aufwand schon heute<sup>5</sup> – nicht zuletzt aufgrund der positiven Zusatzeffekte<sup>6</sup> – gerechtfertigt. Insbesondere werden Potential und positive Effekte eines zentralen *juge d'appui* im Erläuternden Bericht nicht gebührend berücksichtigt.

---

<sup>1</sup> S. unten Rz. 67.

<sup>2</sup> Beispiel: In einem Binnensachverhalt setzt eine Partei in den Vertragsverhandlungen ihren Geschäftssitz als Sitz des Schiedsgerichtes durch. Wird das kantonale Gericht am Sitz des Schiedsgerichtes zur Ernennung eines Schiedsrichters angerufen, wird es mangels Kenntnis kaum in der Lage sein eine sachgerechte Ernennung einer Schiedsrichterin aus einem (neutralen) anderen Kanton vorzunehmen. Das Schiedsgericht wird entsprechend mindestens aus der Sicht einer Partei gegebenenfalls nicht so ausgewogen zusammengesetzt sein, wie dies wünschbar wäre.

<sup>3</sup> So aber anscheinend im Erläuternden Bericht S. 15.

<sup>4</sup> Für Vorschläge s. unten Rz. 9.

<sup>5</sup> Der Erläuternde Bericht spricht auf S. 15 von Unverhältnismässigkeit „zum heutigen Zeitpunkt“.

<sup>6</sup> S. hierzu unten Rz. 8.

- 8 Als positiver Zusatzeffekt ist vorab an die Verwendung der englischen Sprache durch die Parteien auch vor dem *juge d'appui* zu denken. Hinzu kommt, dass das schweizerische (internationale) Schiedsverfahrensrecht im Grundsatz – nicht zuletzt dank des Bundesgerichtes als einziger und zentraler Rechtsmittelinstanz – kaum relevante Rechtsfolgen an einen unterschiedlichen Schiedsort innerhalb der Schweiz knüpft. Es führte deshalb zu unsinnigen Resultaten, wenn in Mehrparteien- oder Mehrvertragsschiedsverfahren („*multi-party und multi-contract arbitrations*“) Ansprüche, die nicht auf gemeinsamen Schiedsklauseln beruhen nur deshalb nicht in ein und demselben Schiedsverfahren beurteilt werden könnten, weil die verschiedenen Schiedsklauseln einzig wegen eines unterschiedlichen Sitzes innerhalb der Schweiz nicht als kompatibel qualifizieren.<sup>7</sup> Damit werden sachgerechte Lösungen bei Streitgenossenschaften, Klagehäufungen, Beteiligungen Dritter („*Joinder*“), Widerklagen u.U. allein aus dem Grund unterschiedlicher Sitze in der Schweiz verhindert. Wird an dezentralen *juges d'appui* am jeweiligen Sitz festgehalten, ist sodann etwa bei unterschiedlichen Sitzen in der Schweiz unklar, welcher Sitzrichter für die Frage einer Verfahrenskonsolidierung zuständig ist bzw. wird eine solche gegebenenfalls einzig deshalb abgelehnt, weil ein Sitzrichter sich nicht traut, in den Zuständigkeitsbereich des anderen einzugreifen.
- 9 Die zentrale Behörde – die ja kein Sachentscheid fällendes Gericht darstellt – wäre so einzurichten, dass vor ihr in demselben Rahmen wie vor Bundesgericht Englisch verwendet werden kann.<sup>8</sup> Aufgrund des anwendbaren summarischen und i.d.R. ausschliesslich schriftlichen Verfahrens<sup>9</sup> ist für eine solche Behörde aller Voraussicht nach keine grössere eigene Infrastruktur notwendig. Wir laden BJ/EJPD ein, in dieser Frage auch unkonventionelle Lösungen anzudenken, wie z.B. die Betrauung einer gesamtschweizerisch verankerten Schiedsinstitution mit dieser Aufgabe mittels Konzession bzw. verwaltungsrechtlichen Vertrages oder der Ansiedlung der Behörde beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung (SIR).<sup>10</sup> Es scheint mir auch, dass eine solche Behörde relativ einfach mit kompetenten Mitgliedern im Nebenamt „bestückt“ werden könnte,<sup>11</sup> und dass diese mangels eigentlicher Rechtsprechungstätigkeit

---

<sup>7</sup> Dies ist nach vorherrschender Auffassung die aktuelle Rechtslage in der Schweiz. Vgl. z.B. BK-Pfisterer, ZPO 376 N 12; BSK-Habegger, ZPO 376 N 9; ZK-Netzle, ZPO 376 N 4; CPC-Schweizer, ZPO 376 N 15 f.; Berger/Kellerhals, Rz. 516 i.V.m. 478; KuKo-Dasser, ZPO 376 N 7.

<sup>8</sup> S. hierzu Rz. 55 f.

<sup>9</sup> RevArt. 251a und revArt 356 Abs. 3 ZGB.

<sup>10</sup> Das SIR hätte aus glücklichem Zufall nicht nur wie das Bundesgericht seinen Sitz in Lausanne, sondern verfügt auch über Jurist/innen englischer Muttersprache. Zudem können ihm gemäss Art. 3 Abs. 3 des BG über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung durch die Bundesversammlung zusätzliche Aufgaben zugewiesen werden.

<sup>11</sup> Zu denken ist etwa an ehemalige Bundesrichter/innen der I. Zivilabteilung, ehemalige Gerichtsschreiber/innen der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes, Mitglieder des ASA Vorstandes oder von Ernennungsorganen in Schiedsinstitutionen, in der Schiedsgerichtsbarkeit tätige Anwälte/innen und Professor/innen.

u.U. – analog wie Kommissionen<sup>12</sup> – vom Bundesrat statt der Bundesversammlung ernannt werden könnten.

**b) Gesetzliche Verankerung der Rügepflicht**

- 10 Siehe unten Rz. 36 für eine Regelung in Art. 182 IPRG analog zu Art. 373 Abs. 3 ZPO; allerdings mit einer gewichtigen Änderung.

**III. Dringende zusätzliche Änderungen ausserhalb IPRG, ZPO und BGG**

**a) Embargo-Gesetzgebung**

- 11 Ich erachte es als dringend notwendig, dass der bestehende Rechtszustand geändert wird. Die staatliche und private Rechtspflege (sowie gegebenenfalls die Mediation) sollte als Ganzes vom Gegenstand des Embargogesetzes (Art. 1 EmbG) ausgenommen werden. Die bestehende Situation beeinträchtigt die Funktionsfähigkeit des Systems und läuft u.U. auf eine Verweigerung der in Art. 29, 29a, 30 Abs. 1 BV, Art. 6 EMRK, Art. 14 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte<sup>13</sup> gewährleisteten Grundrechte hinaus. Gerichte, Schiedsinstitutionen, Schiedsrichter und Mediatoren sollten ohne Weiteres zur Entgegennahme und Weiterleitung einer Einleitungsanzeige, der Ernennung/Bestätigung von Schiedsrichtern und Mediatoren, der Entgegennahme von Einschreibe- oder Verwaltungsgebühren, der Entgegennahme und Verwaltung von Kostenvorschüssen und zu deren Auszahlung als Honorar oder Auslagenersatz an Schiedsrichter oder deren Rückzahlung an die Parteien, sowie zur Zustellung eines Schiedsspruches, eines Erledigungsbeschlusses oder eines Mediationsvergleiches berechtigt sein.
- 12 Es obliegt dem Gericht/Schiedsgericht/Mediator, die rechtlichen Auswirkungen eines Sanktionsregimes auf die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien zu beurteilen. Diese Beurteilung darf nicht verunmöglicht werden, indem z.B. einer auf einer Sanktionsliste aufgeführten Partei oder wegen einer (mutmasslich) sanktionsunterworfenen Transaktion der Zugang zu Gericht bzw. Schiedsgericht entzogen oder unverhältnismässig erschwert wird.

**b) FATCA**

- 13 Es scheint dringend notwendig, dass analog zur FATCA-Ausnahmebestimmung für Konten von Anwälten und Notaren (Vereinbarung zwischen den zuständigen Behörden der Schweiz und der USA vom 19./29. Februar 2016; vgl. news.admin.ch vom 1. März 2016) eine Ausnahmebestimmung für Konten von

---

<sup>12</sup> Wie z.B. WEKO, ElCom, ComCom etc.

<sup>13</sup> SR 0.103.2 („UNO Pakt II“).

Schiedsinstitutionen und Schiedsgerichten in das FATCA-Abkommen aufgenommen wird. Schiedsrichter und Schiedsinstitutionen profitieren von den bisherigen Ausnahmen leider nicht, da ihre Tätigkeit (bis anhin) nicht dem gesetzlichen Berufsgeheimnis unterliegt. Ein Vertraulichkeitsbedürfnis (Verhinderung der Identifizierung durch das Finanzinstitut) besteht aber gleichermassen, wie auch umgekehrt nur ein sehr geringes Risiko besteht, dass solche Konten von US-Personen zur Hinterziehung von US-Steuern genutzt werden. Eine Vielzahl schweizerischer Schiedsrichter greift zurzeit auf Dienstleistungen liechtensteinischer Banken zurück, da die liechtensteinischen Behörden diesen Punkt in ihren Verhandlungen mit den USA offensichtlich geregelt haben. Die Verwendung liechtensteinischer Bankverbindungen bzw. die fehlende Nutzbarkeit schweizerischer Bankverbindungen weder im Interesse des schweizerischen Schieds- noch des schweizerischen Finanzplatzes sein.

**c) Berufsgeheimnis**

- 14 Schiedsrichter, Schiedsinstitutionen und gegebenenfalls Mediatoren sollten in den Katalog der Berufsgeheimnisträger von Art. 321 Abs. 1 StGB aufgenommen werden, damit sie ihrer Rolle als „*confidants nécessaires*“ gerecht werden können und aufgrund ihrer quasi-richterlichen Funktion mit den staatlichen Gerichten (analog zum Amtsgeheimnis) gleichgestellt werden. Soweit Schiedsgerichtssekretäre, vom Schiedsgericht bestellte Experten, Mitglieder des Schiedsgerichtshofes oder des Sekretariates einer Schiedsinstitution nicht ohne weiteres als Hilfspersonen im Sinne der Bestimmung von Art. 321 StGB qualifizieren, wären auch sie in geeigneter Formulierung als Geheimnisträger aufzuführen.
- 15 Soweit betreffend FATCA<sup>14</sup> mit den US-Behörden nicht rasch eine Einigung erzielt werden kann, ist die Qualifikation von Schiedsrichtern und Schiedsinstitutionen als Geheimnisträger auch unter diesem Aspekt zu prüfen.

**d) Falschaussage vor Schiedsgerichten**

- 16 Art. 307 i.V.m. Art. 309 Bst. a StGB setzen die Falschaussage vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz unter Strafe. Diese Bestimmung ist sinnvoll, da sie den Beweiswert einer Zeugenaussage erhöht. Indessen ist unklar, ob die Bestimmung unabhängig davon gilt, ob die Zeugenaussage im In- oder Ausland gemacht wurde.<sup>15</sup> Letzteres ist ohne weiteres möglich, da Sitzgerichte mit Sitz in der Schweiz ebenfalls Beweisverhandlungen im Ausland durchführen können.

17

---

<sup>14</sup> S. oben Rz. 13.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Marco Stacher, Die falsche Zeugenaussage im Schiedsverfahren, 31/2013 ZZZ, 29 ff.

Um sicherzustellen, dass einer Zeugenaussage unabhängig davon, ob diese vor dem Schweizer Schiedsgericht im In- oder Ausland erfolgte, derselbe Beweiswert zukommt, wird folgende Umformulierung von Art. 309 Bst. a StGB vorgeschlagen:

*„Die Artikel 306–308 finden auch Anwendung auf:  
a. das Verwaltungsgerichtsverfahren, im In- oder Ausland erfolgte Zeugenaussagen vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz und das Verfahren vor Behörden und Beamten der Verwaltung, denen das Recht der Zeugenabhörnung zusteht [...].“*

**e) Arrestprosequierung**

18 Der Arrestgläubiger muss den Arrest innert zehn Tagen prosequieren. Für den Fall, dass die Prosequierung mittels Schiedsklage vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz stattfindet, hat der Arrestgläubiger gemäss herrschender Lehre nicht nur innert zehn Tagen Rechtshängigkeit herzustellen,<sup>16</sup> sondern es müssen vielmehr innert weiterer Zehn-Tages-Fristen Prozesshandlungen wie die Vorschusszahlung und Klageantworteinreichung erfolgen. Folglich könnten für die entsprechenden Handlungen nicht längere Fristen i.S.v. Art. 182 IPRG vorgesehen werden. Dies ist gerade bei komplexen Schiedsverfahren kaum praktikabel, zumal bei diesen zusammen mit der z.T. umfangreichen Klageschrift etliche Beweisurkunden, Gutachten und schriftliche Zeugenaussagen einzureichen sind.

19 Nach der hier vertretenen Meinung ist Art. 279 Abs. 1 SchKG daher umzuformulieren. Die Bestimmung könnte wie folgt lauten:

*„Hat der Gläubiger nicht schon vor der Bewilligung des Arrestes Betreuung eingeleitet oder Klage eingereicht, resp. Rechtshängigkeit seiner Schiedsklage bewirkt, so muss er dies innert zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde tun.“*

---

<sup>16</sup> Vgl. bspw. BSK-Pfisterer, Art. 181 IPRG N 22; BSK-Habegger, Art. 382 ZPO N 24.

#### IV. Diskussion der vorgeschlagenen Bestimmungen in IPRG, ZPO und BGG

##### a) Art. 176 IPRG

- 20 **Abs. 1:** Die Korrektur der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach für die Frage der Anwendbarkeit von Kapitel 12 IPRG auf den Abschlusszeitpunkt der Schiedsvereinbarung abgestellt wird, ist zu begrüßen.
- 21 **Abs. 1:** Ich rege an, die Aufnahme der „*Niederlassung in der Schweiz*“ in den Katalog der Kriterien nochmals eingehend zu überprüfen. Abs. 1 sollte weiterhin einfach und klar handhabbar bleiben. Der Begriff der „*Niederlassung*“ könnte dem zuwiderlaufen, da der Begriff nicht eindeutig identifizierbar ist. Ist „*Niederlassung*“ i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. c oder Art. 21 Abs. 4 IPRG gemeint oder beides? Kommt es darauf an oder nicht, ob eine (Zweig-)Niederlassung eingetragen ist oder nicht? Wird ein Schiedsverfahren zwischen zwei Gesellschaften mit Sitz im Ausland nun ein Binnenschiedsverfahren, falls beide eine Niederlassung in der Schweiz haben und dies selbst dann, wenn die Streitsache mit der Geschäftstätigkeit der Niederlassungen in der Schweiz in keinem Zusammenhang steht? Aufgrund des momentanen Kenntnisstandes scheint der Änderungsvorschlag eher Rechtsunsicherheit zu stiften als Nutzen zu bringen.
- 22 **Abs. 2:** Ich rege an, dass ein durchwegs einheitliches Formerfordernis in IPRG und ZPO für die jeweiligen Parteiübereinkünfte gilt. Insbesondere das in einer Vielzahl von Bestimmungen für nachträgliche, d.h. nach Abschluss der Schiedsvereinbarung erfolgte, Übereinkünfte vorgeschlagene Schriftlichkeits-erfordernis schießt in den meisten Fällen über das Ziel hinaus. M.E. einem einheitlichen Formerfordernis zu unterstellen sind: (i) die Schiedsvereinbarung (Art. 178 Abs. 1 IPRG und Art. 358 ZPO), (ii) das Opting-out vom IPRG in die ZPO (Art. 176 Abs. 2 IPRG), (iii) das Opting-in von der ZPO in das IPRG (Art. 353 Abs. 2 ZPO), die Abberufung von Schiedsrichtern (Art. 180 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a IPRG und Art. 370 Abs. 1 ZPO), der Rechtsmittelverzicht (Art. 190a Abs. 3 und 192 Abs. 1 IPRG) und die Wahl eines kantonalen Gerichts als Beschwerde- und Revisionsinstanz (Art. 390 Abs. 1 ZPO). Für die favorisierte Form s. unten Rz. 24 bei Art. 178 Abs. 1 IPRG.<sup>17</sup>
- 23 U.U. ist in Art. 176 IPRG ein zusätzlicher Absatz einzufügen, der analog zu Art. 191 IPRG für Rechtsmittel die zentrale Mitwirkungsbehörde festlegt.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> S. unten Rz. 24.

<sup>18</sup> S. oben Rz. 5 ff.

**b) Art. 178 IPRG**

24 **Abs. 1:** Eine Änderung der Formvorschrift ist abzulehnen.

25 **revAbs. 4:** Die Änderung wird (ebenso wie die korrespondierende Änderung in revArt. 358 Abs. 2 ZPO) begrüsst.

**c) Art. 179 IPRG**

26 **Abs. 1:** Die Abberufung wird neu in revArt. 180 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a ausdrücklich geregelt. „Abberufen“ sollte aus Abs. 1 gestrichen werden.

27 **Abs. 2, 2<sup>bis</sup>, 3, 4:** Die vorgeschlagenen Änderungen werden begrüsst. Wird eine zentrale *autorité d'appui* geschaffen, so sind gegebenenfalls redaktionelle Änderungen notwendig bzw. erübrigt sich die Erwähnung der Zuständigkeit des zuerst angerufenen *juge d'appui*.

**d) Art. 180 IPRG**

28 **Marginalie:** Da die Abberufung in revAbs. 2<sup>bis</sup> lit. a geregelt wird, ist eine Änderung der Marginalie in „Ablehnung und Absetzung“ zu prüfen. Eine solche Änderung ist auch für Art. 370 ZPO in Betracht zu ziehen.

29 **Abs. 1 (insb. lit. c):** Die Änderungen werden begrüsst.

30 **revAbs. 2<sup>bis</sup>:** Die Änderung wird grundsätzlich begrüsst. Das Formerfordernis für die Abberufung ist einheitlich mit den anderen Formerfordernissen für Parteiübereinkünfte zu regeln,<sup>19</sup> ein Schriftlichkeitserfordernis erscheint aber so oder anders angesichts der Tragweite der Entscheidung als nicht angebracht. Rein begrifflich wäre eine sprachliche Lösung vorzuziehen, die terminologisch zwischen Abberufung (lit. a.) und Absetzung (lit. b) unterscheidet. S. auch unten betr. Art. 370 ZPO.<sup>20</sup>

31 **Abs. 2:** Abs. 2 regelt einen eigenen Tatbestand für den Fall der „Mitwirkung“ bei der Ernennung eines Schiedsrichters. Richtig erscheint, in Umsetzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den objektiven Standard („Kennen-Müssen“) einzuführen. Das Bundesgericht hat diesen Standard allerdings auch dann angewandt, wenn eine Partei in keiner Weise an der Ernennung des betreffenden Schiedsrichters mitgewirkt hat (BGE 136 III 605 E. 3.4.2; BG 4A\_110/2012 E. 2.2.2). Mithin ist im Sinne einer korrekten Überführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ins kodifizierte Recht die entsprechende Formulierung

---

<sup>19</sup> S. oben Rz. 22.

<sup>20</sup> S. unten Rz. 58 f. und 65.

auch in Abs. 3 vorzunehmen (Aspekt der korrekten „*toilettage*“). In redaktioneller Hinsicht scheint für die deutsche Sprachversion zu prüfen, ob „*gehörige*“ oder „*gebotene*“ Aufmerksamkeit vorzuziehen ist.

32 **Abs. 2 und 3:** M.E. wäre sinnvoller, analog zur ZPO ein zweistufiges Verfahren (eine erste Frist für die Mitteilung an Schiedsgericht und Gegenpartei(en), sowie eine zweite Frist für die Einleitung des gerichtlichen Ablehnungsverfahrens) vorzusehen. Es scheint nicht ganz klar, ob der Vorentwurf im Gegensatz zur ZPO darauf verzichtet, dass das Ablehnungsgesuch in einem ersten Schritt an das abgelehnte Mitglied zu richten ist. Ich rege weiter an, dass (i) fristauslösendes Element nicht nur subjektive Kenntnis, sondern auch objektives „*Kennen-Müssen*“ sein soll,<sup>21</sup> und dass (ii) die Frist für die Einleitung des gerichtlichen Ablehnungsverfahrens nicht später als 30 Tage ab dem fristauslösenden Ereignis ablaufen soll.

33 **revAbs. 4:** Diese Neuerung ist aufgrund der Seltenheit des Szenarios abzulehnen. Sollte der Aspekt dennoch als kodifizierungswürdig erachtet werden, sollte er aber nicht unnötig eng gefasst werden, sind doch auch Konstellationen denkbar, wo nach Abschluss des Verfahrens die vorschriftswidrige Zusammensetzung des Schiedsgerichts (i.S.v. Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG) aus anderen Gründen als fehlender Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit eines Schiedsrichters bekannt wird.<sup>22</sup> Es erscheint deshalb sachgerechter, von der Entdeckung der vorschriftswidrigen Zusammensetzung des Schiedsgerichts anstatt nur von der Entdeckung eines Ablehnungsgrundes zu sprechen. In systematischer Hinsicht erscheint es sodann angebracht, den Aspekt in Art. 190a Abs. 1 als eigentlichen Revisionsgrund und unter ausdrücklicher Erwähnung des obj. Standards („*gehörige Aufmerksamkeit*“) zu regeln.

e) **Art. 181 IPRG**

34 Inhaltlich besteht kein Handlungsbedarf. Aus Gründen der Einheitlichkeit sollte redaktionell von „*Bestellung*“ statt von „*Bildung*“ gesprochen werden.

f) **Art. 182 IPRG**

35 **revAbs. 4:** Ich rege an, dass die Rügeobliegenheit der Parteien bei Verfahrensfehlern aufgrund der drastischen Verwirkungsfolge bei Säumnis, ihrer hohen praktischen Relevanz und der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ins kodifizierte Recht überführt wird. Dies scheint auch im Sinne einer vollständigen und präzise durchgeführten „*toilettage*“ notwendig.

---

<sup>21</sup> S. die in Rz. 31 vorstehend diskutierte bundesgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>22</sup> Beispiele: ein Mitglied des Schiedsgerichtes wird urteilsunfähig (Vorliegen eines Absetzungsgrundes), das Schiedsgericht erlässt aber dennoch einen Schiedsspruch. Ein Mitglied des Schiedsgerichtes verstirbt, wird nicht ersetzt und das Schiedsgericht erlässt einen Schiedsspruch ohne dass eine vertragliche Grundlage für ein „*truncated tribuna*“ besteht. Ist in diesen Fällen eine Revision nicht ebenfalls gerechtfertigt?

36 Eine Übernahme des Wortlautes von Art. 373 Abs. 6 ZPO ist nicht angebracht, vielmehr ist diese Bestimmung in Wiedergabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls anzupassen. Das BGer wendet nämlich auch in diesem Zusammenhang den Massstab des „Kennen-Müssen“ an (BG 4P.129/2002 E. 7.1: „Die Partei, die sich durch eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs oder einen andern Verfahrensmangel als verletzt erachtet, muss ihre Rügen bei Verwirkungsfolge im Schiedsverfahren rechtzeitig vorbringen. Sie muss alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen, um sich Gleichbehandlung und rechtliches Gehör zu verschaffen, sobald sie vom Verfahrensmangel Kenntnis hat oder bei zumutbarer Anstrengung Kenntnis haben könnte.“ Hervorhebung eingefügt).

In redaktioneller Hinsicht darf man sich für die deutsche Sprachversion diesbezüglich noch (analog wie zu Art. 180 Abs. 3 IPRG) fragen, ob „gehörige“ oder „gebotene“ Aufmerksamkeit vorzuziehen ist.

**g) Art. 184 IPRG**

37 **Abs. 2:** Die Beschränkung auf das Gericht am Sitz des Schiedsgerichtes scheint nicht sachgerecht<sup>23</sup> und die entsprechende Beschränkung sollte aufgehoben werden.

38 **revAbs. 3:** Ich begrüsse die Änderung. Sie ist jedoch auch in Art. 375 ZPO umzusetzen, ist doch die Verfahrensautonomie im Binnenschiedsverfahren ebenso gross wie in internationalen Schiedsverfahren und besteht keine Veranlassung, dass der staatliche Mitwirkungsrichter bei der Beweisaufnahme zugunsten von Binnenschiedsverfahren der Parteiautonomie weniger Nachachtung verschafft als in internationalen Schiedsverfahren.

**h) Art. 185 IPRG**

39 Vgl. oben Rz. 5 ff. betr. zentrale *autorité d'appui*.

**i) Art. 186 IPRG**

40 **Abs. 3:** Ich erachte die Bestimmung als unnötig und rege an, diese zu streichen. So sie belassen wird, wäre – für die deutsche Sprachversion – der Terminus „Zwischenentscheid“ (i.e.S.) gegenüber „Vorentscheid“ als rechtsterminologisch korrekt vorzuziehen (vgl. zu dieser Terminologiefrage auch unten Rz. 42 zu Art. 188 IPRG).

---

<sup>23</sup> Vgl. z.B. BSK-Habegger, Art. 375 ZPO N 73.

j) **Art. 187 IPRG**

41 **Marginalie:** Die Marginalie zu VIII. ist anzupassen (z.B. in „*Schiedsentscheide*“), da viele der unter VIII. geregelten Gegenstände auch auf prozessuale Entscheide (z.B. Zuständigkeitsentscheide) Anwendung finden.

k) **Art. 188 IPRG**

42 Die Bestimmung sollte sich nicht auf Teilentscheide beschränken, sondern generell die Kompetenz des Schiedsgerichtes zum Erlass von anderen Schiedssprüchen als Endentscheide festhalten. In BGE 130 III 76 beschränkt des BGer (mit einem Teil der Lehre) den Begriff des Teilentscheides in Art. 188 IPRG auf den Teil-Endentscheid. Nach Auffassung des anderen Teils der Lehre ist mit dem Begriff Teilentscheid in Art. 188 IPRG alle Zwischenentscheide i.w.S. gemeint. Die Einschränkung des BGer macht wenig Sinn. Die Norm dient – wie Art. 383 ZPO – der Verfahrensökonomie.<sup>24</sup> Besser erscheint i.S.v. Art. 32 Abs. 1 Swiss Rules und Art. 34 Abs. 1 UNCITRAL Rules („*The arbitral tribunal may make separate awards on different issues at different times*“) dem Schiedsgericht ausdrücklich eine umfassende Kompetenz zum Erlass jeglicher Entscheide, inklusive reiner Kostenentscheide, einzuräumen. Inhalt und Formulierung von Art. 383 ZPO stellen die bestehende Rechtslage gegenüber Art. 188 IPRG sowohl umfassender wie auch präziser dar und sind im Sinne der „*toilettage*“ vorzuziehen:

*„Zwischen- und Teilentscheide*

*Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht das Verfahren auf einzelne Fragen und Rechtsbegehren beschränken.“*

l) **Art. 189 IPRG**

43 **Marginalie:** „*Beschlussfassung, Form und Eröffnung*“ würde den Inhalt der Bestimmung besser wiedergeben.

44 **revAbs. 3:** Es wäre m.E. besser, auf diese Bestimmung zu verzichten. Einerseits können sich sorgfältig vorgehende Schiedsrichter durch Kostenvorschüsse genügend gegen einen Zahlungsausfall schützen. Andererseits erscheint es nicht angebracht, den Parteien gerade in ad hoc Schiedsverfahren den richterlichen Schutz vor missbräuchlich hohen Entschädigungs- und Honoraransprüchen von Schiedsrichtern weitestgehend zu entziehen, da nur eine *ordre public*-Kognition mittels Anfechtung vor Bundesgericht besteht. Die Schaffung eines zusätzlichen Beschwerdegrundes analog zu Art. 393 lit. f ZPO wird demge-

---

<sup>24</sup> BSK-Wirth, Art. 188 IPRG N 1; BK-Lazopoulos, Art. 383 ZPO N 1.

genüber infolge fehlender internationaler Akzeptanz und auch deswegen abgelehnt, weil sich das Bundesgericht nicht mit solchen Fragestellungen befassen müssen sollte.

So an der Bestimmung festgehalten werden soll, rege ich die Prüfung einer Lösung analog zu Art. 41 Abs. 4 lit. b bis d UNCITRAL Schiedsordnung an. D.h., eine Partei, welche die Festlegung der Entschädigung oder Auslagen durch das Schiedsgericht als offensichtlich zu hoch oder in Verletzung der mit dem Schiedsgericht getroffenen Honorarvereinbarung erachtet, kann innert Frist – auch noch nach Erlass des Schiedsspruches – an den *juge d'appui* gelangen, der die Festlegung in für das Schiedsgericht und die Parteien verbindlicher Weise prüft. Passt er die Festlegung (nach unten) an, so hat das Schiedsgericht den Schiedsspruch nach Massgabe von revArt. 189a Abs. 1 IPRG zu berichtigen. Sicherzustellen ist bei dieser Lösung, dass diese Überprüfungsmöglichkeit nur dann offensteht, sofern durch Parteivereinbarung (wie z.B. in Art. 40 Abs. 4 Swiss Rules, Art. 37 ICC Schiedsordnung oder Art. 41 Abs. 4 UNCITRAL Schiedsordnung) die Festlegung nicht bereits verbindlich durch eine von den Parteien bestellte unabhängige Stelle erfolgt bzw. erfolgen kann. Diese Lösung erlaubt sowohl die Vermeidung von Missbräuchen wie auch eine Entlastung des Bundesgerichts. Ein Ersatz von Art. 393 lit. f ZPO durch diese Lösung erscheint unter diesem Gesichtspunkt ebenfalls prüfenswert. Wird diese Lösung weiterverfolgt, zeigt sich im Übrigen auch in diesem Punkt der Vorteil eines zentralen und spezialisierten *juge d'appui*: Die kantonalen Gerichte dürften mit der Honorarpraxis gerade auch hinsichtlich ausländischer Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter nicht vertraut und/oder mangels verfügbaren Anhaltspunkten u.U. fälschlicherweise versucht sein, kantonale Prozesskosten- oder Anwaltstarife anzuwenden. Ein kompetent zusammengesetztes Fachgremium wird sich demgegenüber über die hierfür notwendigen Kenntnisse ausweisen.

**m) Art. 189a IPRG**

45 Die neue Bestimmung wird begrüsst.

**n) Art. 190 IPRG**

46 **Marginalie:** Im Sinne eines redaktionellen Verbesserungsvorschlages bzw. einer redaktionellen Straffung der Marginalie (vgl. auch Marginalie und Text zu Art. 191 IPRG) wird angeregt, die Marginalie neu wie folgt zu verfassen: „IX. Endgültigkeit, Rechtsmittel 1. Anfechtung“.

47 **Abs. 3:** Es wird angeregt, in der deutschen Sprachversion in Wiedergabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die im Rahmen von Art. 190 Abs. 3 Vor- und Zwischenentscheide richtigerweise gleichstellt (BGE 130 III 79 E. 3.1.3), von „Zwischenentscheiden“ (i.w.S., d.h. Vorentscheide und Zwischenentscheide i.e.S. beinhaltend) zu sprechen. Damit erfolgt terminologisch auch eine Angleichung an Art. 392 lit. b ZPO.

**o) revArt. 190a IPRG**

48 Der Inhalt der Bestimmung wird begrüsst. In redaktioneller Hinsicht wird angeregt, den Verzicht auf die Revision (Abs. 3) im Sinne einer besseren Gesetzessystematik in Art. 192 IPRG zu regeln. Der Einbezug der „Niederlassung in der Schweiz“ ist nochmals zu überprüfen.<sup>25</sup>

**p) Art. 191 IPRG**

49 **Marginalie und Text:** Es wird vorgeschlagen, in Marginalie und Text von „Anfechtungs- und Revisionsinstanz“ zu sprechen, dies in Anpassung an die Marginalie von Art. 190 IPRG und weil Kapitel 12 IPRG i.d.R. nicht von „Beschwerde“, sondern von „Anfechtung“ spricht.

**q) Art. 192 IPRG**

50 **Abs. 1:** Der Verzicht auf die Revision sollte aus systematischen Gründen an dieser Stelle mitgeregelt werden.<sup>26</sup> Die Formvorschrift für einen nachträglichen Rechtsmittelverzicht ist an die Formvorschrift von Art. 178 Abs. 1 IPRG anzugleichen.<sup>27</sup> Zur Frage des Einbezugs der „Niederlassung in der Schweiz“ als Kriterium vgl. oben Rz. 21. Mögliche Formulierung:

*„Hat keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt[, eine Niederlassung] oder Sitz in der Schweiz, so können sie durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder einer späteren Übereinkunft in der Form gemäss Art. 178 Absatz 1 die Anfechtungs- und Revisionsgründe gegen Schiedsentscheide mit Ausnahme von Artikel 190a Absatz 1 Buchstabe b vollständig oder teilweise ausschliessen.“*

**r) Art. 193 IPRG**

51 Ich rege an, dass die Praxis bestimmter kantonaler Gerichte, Vollstreckbarkeitsbescheinigungen nur nach einem kontradiktorischen Verfahren auszustellen, gesetzgeberisch zu korrigieren ist. Entsprechend ist in revArt. 251a ZPO und revArt. 356 Abs. 3 ZPO vorzusehen, dass es sich bei der Hinterlegung und der Vollstreckbarerklärung von (nationalen und internationalen) Schiedssprüchen um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt.

**s) Art. 194 IPRG**

52 Art. 194 IPRG betrifft nicht Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz. Aus systematischer Sicht fragt es sich deshalb, ob Kapitel 12 nicht in zwei Abschnitte (Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz [Art. 176-193]

---

<sup>25</sup> S. oben Rz. 21 zu Art. 176 IPRG.

<sup>26</sup> S. oben Rz. 48.

<sup>27</sup> S. oben Rz. 22.

und Schiedsgerichte mit Sitz im Ausland [Art. 194] zu unterteilen ist (wobei diesfalls z.B. in Art. 176 Abs. 1, 176 Abs. 2 und revArt. 178 Abs. 4 ebenfalls von „Abschnitt“ statt „Kapitel“ zu sprechen wäre).

53 Gegebenenfalls sind Marginalie und Text im Sinne der Einheitlichkeit (vgl. z.B. Art. 187, 188, 189, 189a, 190, 190a, 192 IPRG) auf „*Schiedsentscheide*“ zu ändern, auch wenn der vollständige deutsche Titel des NYÜ von „*Schiedssprüchen*“ spricht (vgl. allerdings auch Art. 193 Abs. 1 und Art. 193 Abs. 3 IPRG, die einmal von „*Entscheid*“ und einmal von „*Schiedsspruch*“ sprechen und u.U. in Abs. 3 ebenfalls redaktionell korrigiert werden sollten).

54 Ich halte dafür, dass es der Schweiz gut anstehen würde, zugunsten ausländischer Schiedsgerichte analog zu anderen Staaten (z.B. § 1050 dZPO; generell: Art. 17 J UNCITRAL Modellgesetz) unkompliziert und ohne Notwendigkeit der Einschaltung des Rechtshilfeweges über ausländische staatliche Gerichte der Zentralbehörden Rechtshilfe zu leisten. Dies mag zwar nicht unmittelbar die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz fördern, es dient aber über die Zeit auch dem hiesigen Schiedsplatz, wenn ausländische Rechtsordnungen in diesem Punkt nachziehen. Zudem wird die Schiedsfreundlichkeit eines Schiedsplatzes durchaus auch an solchen Gesichtspunkten gemessen. Schliesslich ist niemandem gedient, wenn für Rechtshilfe in Schiedssachen u.U. zwei staatliche Gerichte (am ausländischen Sitz und das um Rechtshilfe ersuchte) sowie ggf. zwei Zentralbehörden sich mit der Angelegenheit zu befassen haben. Eine Ergänzung von Art. 194 bzw. ein neuer Art. 194a IPRG betreffend eine sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 183 Abs. 2 und 3 und Art. 184 Abs. 2 und 3 IPRG zugunsten von Schiedsgerichten mit Sitz im Ausland würde deshalb begrüsst, wobei klarzustellen wäre, dass sich die Zuständigkeit nach dem Ort der Vollstreckung bzw. dem Ort der Beweisaufnahme richtet.

#### t) **Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht**

55 Die vorgeschlagenen Regelungen in Art. 77 und revArt. 119b BGG werden grundsätzlich begrüsst.

56 Ich lehne eine über den Vorentwurf hinausgehende Verwendung von Englisch in einer Weise, dass das Bundesgericht das Urteil im Anfechtungs- oder Revisionsverfahren zusammen mit einer inoffiziellen englischen Übersetzung erlassen soll, ab. Ich rege jedoch an, dass Rechtsschriften in Englisch verfasst werden dürfen.

57 Wird dem Anliegen nachgekommen und eine zentrale *autorité d'appui* geschaffen,<sup>28</sup> sind Art. 74, 75 und 77 BGG wohl zu ergänzen.

---

<sup>28</sup> S. oben Rz. Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden. ff.

**u) Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008**

58 Wird eine zentrale *autorité d'appui* geschaffen,<sup>29</sup> wird festzulegen sein, ob die ZPO auch auf sie Anwendung findet (Art. 1) und ob sie in Art. 356 in Abgrenzung zu den verbleibenden Kompetenzen kantonaler Gerichte zu erwähnen ist. Zudem wäre die sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 77 BGG (Verwendung von Englisch in Rechtsschriften) zu regeln.

59 **Art. 251a lit. b:** Der Terminus „*Absetzung*“ ist gegenüber „*Abberufung*“ vorzuziehen (gegebenenfalls zusammen mit einer Ergänzung der Marginalie um „*Absetzung*“ in Art. 370 ZPO).

60 **Art. 251 lit. e; Art. 356 Abs. 1:** S. oben Rz. 51 zu Art. 193 IPRG betr. Ausgestaltung als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

61 **Art. 353 Abs. 2:** S. oben Rz. 22 zu Art. 176 Abs. 2 IPRG.

62 **Art. 356 Abs. 2 lit. a und b:** S. oben Rz. 5 ff. betr. Schaffung einer zentralen *autorité d'appui*.

63 **Art. 358 Abs. 1 und 2:** S. oben Rz. 24 f. zu Art. 178 IPRG betr. Formvorschrift.

64 **Art. 367 und Art. 369:** S. oben Rz. 32 zu Art. 180 IPRG zum objektiven Standard des „*Kennen-Müssen*“ als fristauslösendes Element, dessen Standard auch in der ZPO ausdrücklich statuiert werden sollte und zur Frage des Revisionsgrundes bei Entdecken von Ablehnungsgründen nach Abschluss des Verfahrens.

65 **Art. 370:** S. oben Rz. 30 zur Formvorschrift für die Abberufung.

66 **Art. 373:** S. oben Rz. 35 zu revArt. 182 Abs. 4 IPRG zum objektiven Standard des „*Kennen-Müssen*“ als fristauslösendes Element für die Rügeobligiertheit.

67 **Art. 375 Abs. 2:** Abs. 2 sollte im Rahmen dieser Revision dahingehend geändert werden, dass die „*Vornahme sonstiger Handlungen*“ nicht auf solche des Schiedsgerichtes beschränkt ist, da z.B. auch Schiedsinstitutionen u.U. auf eine Mitwirkung des staatlichen Gerichts bzw. einer zentralen *autorité d'appui* angewiesen sind. Entsprechend sollte besser von „*Vornahme sonstiger Handlungen im Rahmen des Schiedsverfahrens*“ gesprochen werden.

68 **Art. 375 Abs. 3:** S. oben Rz. 38 zu Art. 184 IPRG betr. die Anwendung/Berücksichtigung anderer Verfahrensformen bei der Mitwirkung des staatlichen Gerichts bei der Beweisabnahme.

---

<sup>29</sup> S. oben Rz. Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden. ff.

- 69 **Art. 376 Abs. 3:** Die Revision sollte zum Anlass genommen werden, um ein redaktionelles Versehen zu korrigieren. Auch in Abs. 3 dieser Bestimmung sollte von einer „*übereinstimmenden*“ Schiedsvereinbarung gesprochen werden.<sup>30</sup>
- 70 **Art. 388 Abs. 3:** Die Neuerung wird begrüsst.
- 71 **Art. 390 Abs. 1:** S. oben Rz. 22 betr. einheitliches Formerfordernis.

---

<sup>30</sup> Vgl. z.B. BK-Pfisterer, Art. 376 ZPO N 29; BSK-Habegger, Art. 376 ZPO N 33.



UZH, RWI, Lehrstuhl Prof. Dr. iur. Peter Georg Picht,  
Freiestrasse 15, CH-8032 Zürich

Frau  
Dr. iur. Francine Hungerbühler  
Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
CH-3003 Bern

Zürich, 31. Mai 2017

**Eingabe zum Vorentwurf und zum erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über  
das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**

Peter Georg Picht\* /Lennart Chrobak\*\*

<b>1. Einleitung</b> .....	2
<b>2. Geltende Rechtslage</b> .....	2
<b>a. Testamentarische Schiedsklauseln</b> .....	2
<b>b. Stiftungen und Trusts</b> .....	5
<b>c. Gesellschafts- und Immaterialgüterrecht</b> .....	7
<b>3. Revision</b> .....	9
<b>4. Stellungnahme</b> .....	11
<b>a. Dogmatische Fundierung</b> .....	11
<b>b. Interaktion zwischen Art. 178 Abs. 4 E-IPRG und sonstigen Bestimmungen des         12. Kapitels des IPRG</b> .....	12
<b>c. Konkretisierung der materiellen Gültigkeit bestimmter Schiedsklausel-Typen nach         schweizerischem Recht</b> .....	15
<b>d. Einseitige Schiedsklauseln in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit</b> .....	16

\* Prof. Dr. Peter Georg Picht, LL.M. (Yale), Professor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Affiliated Research Fellow am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München.

\*\* Lennart Chrobak, MLaw, LL.M. (Maastricht), Assistent am Lehrstuhl Picht und Doktorand an der Universität Zürich.



## 1. Einleitung

Als Manifestation privatautonomes Handelns bringen Schiedsvereinbarungen gemäss Art. 353 ZPO bzw. Art. 178 IPRG den Konsens der Parteien zum Ausdruck, eine bestehende oder zukünftige Streitigkeit aus einem bestimmten oder bestimmbareren Rechtsverhältnis der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte zu entziehen und einem privaten Schiedsgericht zu überantworten. Im Unterschied zu solchen zweiseitigen Abschlusstattbeständen, wie z.B. in Erbteilungs- oder Erbverträgen,<sup>1</sup> bilden einseitige Schiedsklauseln den Gegenstand einer anhaltenden Kontroverse im schweizerischen Schrifttum, welche nicht zuletzt auf die fehlende gesetzliche Normierung dieses Instruments zurückzuführen ist.<sup>2</sup> Dabei erschöpft sich die praktische Relevanz einseitiger Abschlusstattbestände nicht im Rechtsinstitut der testamentarischen Schiedsklauseln. Auch in stiftungs- und trustrechtlichen Angelegenheiten wird die einseitige Prorogierung eines Schiedsgerichts in Erwägung gezogen, ebenso bei gesellschafts- und immaterialgüterrechtlichen Sachverhalten. Nunmehr werden Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vorgelegt, die insbesondere auch den Bereich der einseitigen Schiedsklauseln betreffen. Die vorliegende Eingabe möchte zu dem damit angestossenen Gesetzgebungsprozess beitragen, indem sie den Rechtsbestand betreffend die Zulässigkeit und Tragweite einseitiger Schiedsvereinbarungen skizziert, die diesbezüglichen Revisionsvorschläge einer kritischen Würdigung unterzieht und Vorschläge für weitergehende Anpassungen unterbreitet.

## 2. Geltende Rechtslage

### a. Testamentarische Schiedsklauseln

Wenngleich die erbrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit als solche mittlerweile Einzug in die Praxis des Bundesgerichts gehalten hat,<sup>3</sup> liegt bislang keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu testamentarischen Schiedsklauseln vor.<sup>4</sup> Lediglich zwei ältere Entscheidungen der Zürcher Gerichte aus den 1980er-Jahren erachteten einseitige Schiedsklauseln in allgemeiner Form<sup>5</sup> sowie in Bezug auf Pflichtteilsansprüche<sup>6</sup> für unzulässig. Indes: Seit der Ausfällung der betreffenden Urteile sind mehr als 30 Jahre vergangen, in denen sich das Schiedswesen und sein Rechtsbestand stark fortentwickelt haben. Dies relativiert die Aussagekraft der betreffenden Entscheide; eine gesetzgeberische Öffnung der Schiedsbestimmungen für einseitige Schiedsklauseln blockieren sie keinesfalls.

Im Unterschied etwa zu den Jurisdiktionen Deutschland<sup>7</sup> und Österreich<sup>8</sup> verfügen einseitige Schiedsklauseln hiezulande weder in der Binnen- noch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

<sup>1</sup> RIEMER HANS MICHAEL, Die Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB, in: MEIER ISAAK ET AL. (Hrsg.), FS Walder, Zürich 1994, 380 f.; PraxKomm Erbrecht/SCHWEIZER, Anhang ZPO Rn. 32 m.w.N.

<sup>2</sup> Vgl. SCHLUMPF MICHAEL, Testamentarische Schiedsklauseln, Diss, Zürich/St. Gallen 2011, 13 f.

<sup>3</sup> Vgl. BGer 4A\_218/2015 vom 28. Oktober 2015, welcher ein erbrechtliches Schiedsverfahren auf Grundlage einer Schiedsklausel in einem aussergerichtlichen Vergleich betraf.

<sup>4</sup> SCHLUMPF (N 2) 14.

<sup>5</sup> OGer ZH, 1.10.1980, ZR 1981 Nr. 10 S. 31.

<sup>6</sup> OGer ZG, 16.2.1987, ZR 1989 Nr. 75 S. 241.

<sup>7</sup> Vgl. § 1066 D-ZPO.

<sup>8</sup> Vgl. § 581 Abs. 2 Ö-ZPO.

über eine eindeutige gesetzliche Grundlage.<sup>9</sup> Die in Art. 357 ZPO bzw. Art. 178 Abs. 1 IPRG gewählte Formulierung scheint auf den ersten Blick die kategorisch zweiseitige Natur der „Schiedsvereinbarung“ nahezulegen.<sup>10</sup> Im schweizerischen Schrifttum lässt sich dennoch ein breites, insgesamt permissiveres Meinungsspektrum bezüglich der Qualifikation und Zulässigkeit von einseitigen Abschlusstatbeständen konstatieren. Ein Teil der (älteren) schweizerischen Lehre erachtet zwar testamentarische Schiedsklauseln generell als unzulässig.<sup>11</sup> Namentlich RIEMER<sup>12</sup> sieht die Gefahr einer Rechtswegspaltung zwischen den Pflichtteils- und den gesetzlichen Erben und weist zudem darauf hin, dass den Erben mittels solcher Klauseln in unzulässiger Weise ein Verzicht auf den staatlichen Rechtsweg einseitig aufgezwungen würde. Daneben befürchten SUTTER-SOMM/GUT eine Aushebelung des verfassungsmässigen Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, weil in Schiedsverfahren ein solches Recht nicht vorgesehen ist – so ausdrücklich Art. 380 ZPO für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit.<sup>13</sup> Schliesslich wird eingewendet, dass nun einmal keine Schiedsvereinbarung i.S.v. Art. 354 ZPO bzw. Art. 178 Abs. 1 IPRG vorliege.<sup>14</sup>

Ein weitaus grösserer Teil der Lehre<sup>15</sup> spricht sich indes für die Zulässigkeit von einseitigen Abschlusstatbeständen im erbrechtlichen Kontext aus, jedenfalls solange sie sich lediglich auf die frei verfügbare Quote beschränken. Als Begründung führt namentlich SCHLUMPF<sup>16</sup> – in Anlehnung an die von HAAS<sup>17</sup> bereits für Deutschland formulierte Meinung – an, dass die Privatautonomie im vertraglichen und testamentarischen Kontext auf unterschiedliche Weise, aber dennoch in funktional gleichwertiger Form verwirklicht und die Etablierung eines Schiedsmechanismus von

<sup>9</sup> JAHNEL WERNER/SYKORA DANIEL/GLATTHARD NIKLAUS, Arbitration in matters of succession with special consideration of the Regulation (EU) No. 650/2012, b-Arbitra 1/2015, 45.

<sup>10</sup> GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, 211; zur autonomen Auslegung des NYÜ, welches in Art. II Abs. 1 eine dem schweizerischen Recht vergleichbare Formulierung („Vereinbarung“/„Agreement“) aufweist, vgl. HAAS ULRICH, Schiedsgerichte in Erbsachen und das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, in: KÜNZLE HANS RAINER (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen: Referate des Weiterbildungsseminars des Vereins Successio an der Universität Zürich vom 29. Juli 2011, Zürich 2012, 165, 172 f., wonach nicht nur zweiseitige Abschlussformen, sondern auch einseitige Schiedsklauseln in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen; vgl. auch JAHNEL/SYKORA/GLATTHARD (N 9) 48.

<sup>11</sup> RIEMER (N 1), 380 f.; WALDER-BOHNER HANS ULRICH, Das schweizerische Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1982, 14 f.; PESTALOZZI-FRÜH SYBILLE, Testamentarische Schiedsklauseln – ein risikoreiches Unterfangen – (Entgegnung auf Ausführungen von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle in successio Nr. 4/2010, S. 286 ff.), successio 2/2011, 171 f.; ZK IPRG-HEINI, Art. 86 Rn. 10; Überblick bei SUTTER-SOMM THOMAS/GUT NICOLAS, Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: KÜNZLE HANS RAINER (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen: Referate des Weiterbildungsseminars des Vereins Successio an der Universität Zürich vom 29. Juli 2011, Zürich 2012, 145 ff.

<sup>12</sup> RIEMER (N 1) 382 ff.

<sup>13</sup> SUTTER-SOMM/GUT (N 11) 152 f.

<sup>14</sup> SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO, Die Revision des Erbrechts: Methodik einer adäquaten Gesetzgebung und umstrittene Aspekte de lege lata, Zürich/Basel/Genf 2016, 100; PESTALOZZI-FRÜH (N 11) 171 f.

<sup>15</sup> BSK ZPO-MARTIN-SPÜHLER, Art. 28 Rn. 19; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 Rn. 64; HABSCHIED WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1990, Rn. 852; RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. A., Zürich 1993, 45; GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1954, 600 f.; JAHNEL/SYKORA/GLATTHARD (N 9) 45.

<sup>16</sup> SCHLUMPF (N 2) passim.

<sup>17</sup> HAAS ULRICH, Letztwillige Schiedsverfügungen i.S. des § 1066 ZPO, ZEV 2/2007, 50.

dieser privatautonomen Gestaltungsfreiheit umfasst sei. In der neueren Lehre wird nunmehr sogar die Auffassung vertreten, dass testamentarische Schiedsklauseln nicht nur gegenüber den gesetzlichen Erben, sondern auch gegenüber den Pflichtteilserven Bindungswirkung entfalten können.<sup>18</sup>

Eine partiell abweichende Unterteilung unternimmt GRÄNICHER: Wird die Rechtsbeziehung, welche der schiedsgerichtlichen Beurteilung unterworfen werden soll, durch die einseitige Erklärung abgeändert, soll die einseitige Anordnung nur zum *Recht* des Adressaten auf schiedsgerichtliche Entscheidung führen; eine Bindungswirkung und Verpflichtung durch die Schiedsklauseln käme lediglich zustande, wenn der Begünstigte der Schiedsklausel zustimmt. GRÄNICHER lehnt auf dieser Basis testamentarische Schiedsklauseln nicht nur gegenüber den Pflichtteilserven, sondern – im Gegensatz zur wohl h.L. – auch gegenüber den gesetzlichen Erben ab.<sup>19</sup> Werden demgegenüber die Rechte des Adressaten erst begründet, können sie vom Erklärenden derart mit der Schiedsklausel verbunden werden, dass der Begünstigte die Rechte entweder mit der Schiedsanordnung oder überhaupt nicht erwirbt. Demgemäss soll eine einseitige Erklärung im Verhältnis zu den nicht-gesetzlichen Erben und Vermächtnisnehmern (oder Stiftungsbegünstigten) vorsehen können, dass die Begünstigung nur mit der Schiedsanordnung zustande kommt, weil in diesen Fällen keine gesetzlichen Ansprüche im Streit liegen.

Die Möglichkeit des Erblassers, den Willensvollstrecker durch eine Schiedsklausel der Beurteilungskompetenz eines Schiedsgerichts zu unterstellen, wird im Schrifttum verschiedentlich befürwortet,<sup>20</sup> jedenfalls soweit der Willensvollstrecker dem Ansinnen des Erblassers durch Übernahme seines Amtes zustimmt.<sup>21</sup> Nach Auffassung der Lehre dürfen indes verschiedene Personen nicht in den persönlichen Geltungsbereich einer einseitigen Schiedsklausel fallen, so dass es einer sie dennoch einbeziehenden Klausel an der materiellen Gültigkeit fehlen würde. Hierzu sind bspw. der ausschlagende Erbe (Art. 566 Abs. 1 ZGB), der besitzende Nichterbe als Beklagter einer Erbschaftsklage (Art. 598 ZGB), der zu Lebzeiten Begünstigte als Beklagter einer Herabsetzungsklage (Art. 527 ZGB), der auskunftspflichtige Dritte oder die Gläubiger des Erblassers bzw. der Erben zu zählen.<sup>22</sup>

Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit in puncto Zulässigkeit und Durchsetzbarkeit von testamentarischen Schiedsklauseln konnte in der Praxis bislang einem Erblasser nicht ohne Weiteres angeraten werden, eine solche Klausel zum Zwecke der Konfliktresolution in seine letztwillige Verfügung aufzunehmen. In der Nachlassplanungs- und Rechtsberatungspraxis wurde eine mögliche Lösung für diese Problematik darin erblickt, einseitige Schiedsklauseln in zweiseitige Abschlussformen – wie z.B. Schenkungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge, Erbverträge,<sup>23</sup> Ausschüttungsverträge des Stiftungsrechts, welche der Destinatär unterzeichnet, oder

<sup>18</sup> BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 Rn. 17; KÜNZLE HANS RAINER, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2009–2010), *successio* 4/2010, 290; KISTLER HANSJÖRG, Schiedsabreden in Testamenten und Erbverträgen, Zürich 1999, 36.

<sup>19</sup> BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 Rn. 64.

<sup>20</sup> KÜNZLE HANS RAINER, Der Willensvollstrecker in der Erbteilung, *successio* 4/2013, 321; MAUERHOFER MARC ANDRÉ, Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, ZBJV 142/2006, 395; PraxKomm Erbrecht/SCHWEIZER, Anhang ZPO Rn. 32g.

<sup>21</sup> HAAS (N 17) 51.

<sup>22</sup> BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 Rn. 16; MAUERHOFER (N 20) 391 f.; teilweise abweichend SCHLUMPF (N 2) 216 f.

<sup>23</sup> In der Möglichkeit der personellen Einbindung der Erben in ein zukünftiges erbrechtliches Schiedsverfahren liegt ein noch zu wenig beachteter und genutzter Vorteil des Erbvertrags.

Trust-Deeds, welche die Beneficiaries oder andere mit dem Trust verbundene Personen gegenzeichnen – zu „transformieren“, um den Konsens der betroffenen Personen sowie ihren Einbezug in ein späteres Schiedsverfahren sicherzustellen.<sup>24</sup>

Alternativ mag der Erblasser die mit einer testamentarischen Schiedsklausel einhergehenden Wirkungen auch herbeiführen können, indem er die erbrechtliche Begünstigung der Erben bzw. der Vermächtnisnehmer davon abhängig macht, dass diese dem Einbezug in ein Schiedsverfahren aufgrund einseitiger Schiedsklausel zustimmen. Eine dahingehende Verfügung liesse sich entweder als erbrechtliche Auflage gemäss Art. 482 ZGB oder als Bedingung gemäss Art. 151 ff. OR qualifizieren.<sup>25</sup> Die Effektivität einer solchen erbrechtlichen Verfügung stünde indes unter dem Vorbehalt, dass sie nicht in die Mindestteilhabeansprüche der Pflichterben eingreift. Denn ansonsten wäre die Verfügung zwar nicht nichtig, aber der beeinträchtigte Noterbe könnte gemäss Art. 522 ff. ZGB Herabsetzungsklage erheben.<sup>26</sup>

#### b. Stiftungen und Trusts

Im Zusammenhang mit Stiftungen und Trusts besteht aus verschiedenen Gründen – wie z.B. behaupteten Unzulänglichkeiten staatlicher Gerichtsverfahren, der Belegenheit von Vermögenswerten in verschiedenen Jurisdiktionen sowie der Expertise der Schiedsrichter – oftmals der Wunsch des Stifters bzw. des Settlers, schiedsgerichtliche Streitentscheidung durch einseitige Anordnung zu implementieren. Auch in diesem Rechtsbereich können solche Anliegen aber mit der Kompetenzzuweisung an staatliche Gerichte konfliktieren, etwa im Hinblick auf die Aufsicht über Stiftungen/Trusts oder die Wahrung der Rechte von Stakeholdern (Begünstigten, Drittgläubigern). In Abhängigkeit vom betroffenen Rechtskreis bzw. der betroffenen Jurisdiktion wird die Zulässigkeit

<sup>24</sup> Vgl. LIATOWITSCH MANUEL/FISCHER ELIANE, Stiftungen und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: SCHURR FRANCESCO A. (Hrsg.), Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte: Band des 5. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages 2012, Zürich 2013, 232 f.; KRUG WALTER, Die Besonderheiten des Erbprozesses im Schiedsverfahren und das Schiedsverfahren aus der Sicht des Nachlassgerichts, in: KÜNZLE HANS RAINER (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen: Referate des Weiterbildungsseminars des Vereins Successio an der Universität Zürich vom 29. Juli 2011, Zürich 2012, 49; WÜSTEMANN TINA, Chapter 10: Arbitrating Trust Disputes. In: ARROYO MANUEL (ed.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013, 1252 f.

<sup>25</sup> BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3<sup>rd</sup> ed., Berne 2015, 158; SUTTER-SOMM/AMMANN (N 14) 102 f. Nach Massgabe von Art. 482 Abs. 1, 2 ZGB kann der Erblasser seinen Verfügungen grundsätzlich Auflagen oder Bedingungen beifügen, welche indes keinen rechts- oder sittenwidrigen Inhalt aufweisen dürfen. Nach BSK ZGB-STAEHELIN, Art. 482 Rn. 36 ist von letzterem Fall auszugehen, wenn die betreffende Auflage oder Bedingung entweder auf kantonaler oder Bundesebene mit Normen des Privat- oder öffentlichen Rechts konfliktiert oder ein Eingriff in die höchstpersönliche Sphäre des Begünstigten vorliegt, welche einer materiellen Begünstigung nicht zugänglich ist. Als zulässig zu erachten sind laut KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 482 Rn. 12 sog. privatorische Klauseln, welche als resolutive Potestativbedingungen zu qualifizieren sind und mittels welcher bspw. einem gesetzlichen Erben angedroht werden kann, dass seine Begünstigung auf den Pflichtteil beschränkt wird, falls er das Testaments des Erblassers anfecht. Mit SUTTER-SOMM/GUT (N 11) 154 f. ist davon auszugehen, dass eine privatorische Klausel, durch welche der Erblasser einem Erben für den Fall der Nichtakzeptanz der Streitbeilegung durch ein erbrechtliches Schiedsgericht die Reduktion seiner Begünstigung bis auf den Pflichtteil androht, als gesetzeskonform zu erachten ist.

<sup>26</sup> BSK ZGB-STAEHELIN, Art. 482 Rn. 36.

und Durchsetzbarkeit einseitiger Schiedsklauseln unterschiedlich beurteilt, wobei nachfolgend die stiftungsrechtliche Situation im Mittelpunkt steht.<sup>27</sup>

In verschiedenen kontinentaleuropäischen Jurisdiktionen ist zwar die Möglichkeit anerkannt, Dritten Rechte durch Vertrag einzuräumen.<sup>28</sup> Der Auferlegung von Pflichten ohne Zustimmung des Betroffenen steht man indes viel kritischer gegenüber.<sup>29</sup> Im Verhältnis zu Stiftungsdestinatären bzw. Trust-Beneficiaries können Schiedsklauseln in Stiftungs- und Trust-Urkunden daher nicht ohne Weiteres durchgesetzt werden.<sup>30</sup> Demgemäss verlangt auch die ganz h.M. in der Schweiz<sup>31</sup> einen ausdrücklichen Konsens zwischen den Parteien über die Durchführung eines Schiedsverfahrens, welcher im Fall einer einseitigen Schiedsklausel in einer Stiftungs- oder Trust-Urkunde bisweilen als zweifelhaft angesehen wird.<sup>32</sup> Liegen nicht weitere Anzeichen vor, welche die Einigung der Parteien indizieren, wird das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung demzufolge verneint. Die Anerkennung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts soll indessen derart eng mit der Begünstigtenstellung verknüpft werden können, dass sich die Destinatäre bzw. Beneficiaries ihrer nur zusammen mit der Zuwendung entledigen können.<sup>33</sup> Andere Stimmen befürworten die Möglichkeit zur einseitigen Prorogierung eines Schiedsgerichts im Rahmen einer Stiftungserrichtung, weil bereits dem allgemeinen Schuldrecht Fallkonstellationen bekannt seien, in welchen die Rechtslage mittels einer einseitigen Anordnung verbindlich festgelegt werden kann.<sup>34</sup> Eine explizite Annahme des Antrags zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung durch Inanspruchnahme der betreffenden Leistung bedarf es nach dieser Auffassung nicht.<sup>35</sup>

<sup>27</sup> Für einen Überblick über die Rechtslage in verschiedenen Common Law-Jurisdiktionen, wie z.B. Grossbritannien oder den Vereinigten Staaten, vgl. JONES GRANT/PEXTON PETER, *ADR and trusts: an international guide to arbitration and mediation of trust disputes*, London 2015, 218 ff., 228 ff.; STRONG S.I., *Mandatory Arbitration of Internal Trust Disputes – Improving Arbitrability and Enforceability through Proper Procedural Choices*, *Arb Int'l* 28(4), 605.

<sup>28</sup> Vgl. BSK OR-ZELLWEGEER-GUTKNECHT, Art. 112 Rn. 1 f., 21, mit Verweis auf die Rechtslage in Deutschland und Frankreich.

<sup>29</sup> HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht – Allgemeiner und besonderer Teil*, 2. A., Zürich 2014, 338 f.; für das deutsche Recht vgl. MünchKomm BGB/GOTTFALD, § 328 Rn. 188; ebenso für das österreichische Recht KALSS, in: KLETEČKA/SCHAUER, *ABGB-ON § 882 Rn. 1*.

<sup>30</sup> BERGER/KELLERHALS (N 25) 158 f.; HUBER ROMAN, *Gerichtsstands- und Schiedsgerichtswahl in trustrechtlichen Angelegenheiten: Unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, Diss. Zürich 2013, 213 ff.; liberaler indessen LIATOWITSCH/FISCHER (N 24) 230 ff.

<sup>31</sup> JONES/PEXTON (N 27) 357 ff.; BERGER/KELLERHALS (N 25) 159.

<sup>32</sup> Liberaler für das Stiftungsrecht indessen LIATOWITSCH/FISCHER (N 24) 230 ff.; RÜEDE THOMAS, *Gültigkeit von Schiedsklauseln in Letztwilligen Verfügungen*, in: BLESSING MARC (Hrsg.), *The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects*, ASA Special Series No. 8, December 1994, 144; POUURET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, *Comparative Law of International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., Zurich 2007, 157 f.; ebenso für das Trustrecht WÜSTEMANN (N 24) 1252; DIES., *Anglo-Saxon trusts and (Swiss) arbitration: alternative to trust litigation?*, *Trust&Trustees* 2012, Vol. 18, No. 4, 343.

<sup>33</sup> RIEMER (N 1) 378; MÜLLER-CHEN/EGGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), Art. 357 Rn. 18; siehe auch SCHUMACHER HUBERTUS, *Schiedsgerichtsbarkeit zur Lösung stiftungsrechtlicher Streitigkeiten*, in: SCHURR FRANCESCO A. (Hrsg.), *Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte: Band des 5. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages 2012*, Zürich 2013, 148 f.

<sup>34</sup> So GÖKSU (N 10) 174.

<sup>35</sup> GÖKSU (N 10) 174.

Klar schiedsfreundlicher gestaltet sich die Rechtslage in Liechtenstein,<sup>36</sup> welches die Gültigkeit von Schiedsklauseln in Verfügungen von Todes wegen, Gesellschaftssatzungen und anderen einseitigen Rechtsgeschäften anerkennt.<sup>37</sup> Untersteht bspw. ein Trust ausländischem Recht, sieht Art. 931 Abs. 2 PGR sogar ausdrücklich vor, dass Streitigkeiten zwischen Settlor, Trustee und Beneficiary<sup>38</sup> durch ein obligatorisches Schiedsgericht zu beurteilen sind. In diesen Fällen ist die Implementierung schiedsgerichtlicher Streitbeilegung in der Trust-Urkunde zwingende Voraussetzung für die gültige Errichtung einer „Treuhanderschaft“ (= Trust) im Inland. Ebenfalls als zulässig erachtet wird die einseitige Prorogierung eines Schiedsgerichts in Stiftungs- und Trust-Streitigkeiten in Österreich. So hält § 581 Abs. 2 Ö-ZPO ausdrücklich fest, dass die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden kann.<sup>39</sup> Während die ältere österreichische Lehre eine Stiftungserklärung als Statuten im vorgenannten Sinne qualifizierte<sup>40</sup>, erachtet die neue Lehre diese als „nicht auf Vereinbarung beruhendes Rechtsgeschäft“ i.S.v. § 581 Abs. 2 Ö-ZPO.<sup>41</sup> Einen vergleichbaren Ansatz verfolgt Deutschland in § 1066 D-ZPO, welcher die Begründung schiedsgerichtlicher Zuständigkeit durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügung erlaubt.<sup>42</sup> Diese Vorschrift ist nach herrschender Meinung auf Schiedsgerichte anwendbar, welche in Stiftungsgeschäften zu Lebzeiten oder in Stiftungsgeschäften von Todes wegen angeordnet wurden.<sup>43</sup>

### c. Gesellschafts- und Immaterialgüterrecht

Bei Schiedsklauseln durch Verweisung auf gesellschaftsrechtliche Dokumente bzw. bei statutarischen Schiedsklauseln können sich – abhängig von der angeführten Begründung – mit Blick auf das Konsenserfordernis Probleme ergeben, die den einseitigen Abschlusstatbeständen vergleichbar sind.<sup>44</sup> Als spezifische Ausprägung des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung vermag

<sup>36</sup> SCHUMACHER (N 33) 147 f.; JONES/PEXTON (N 27) 310 ff.

<sup>37</sup> Vgl. § 598 Abs. 2 FL-ZPO; SCHUMACHER (N 33) 147.

<sup>38</sup> Der Gesetzestext spricht hierbei vom „Treugeber, Treuhänder und dem Begünstigten“.

<sup>39</sup> RECHBERGER/MELIS, in: RECHBERGER (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 4. A., Wien 2014, § 581 Rn. 1; HAUSMANINGER, in: FASCHING/KONECNY (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. A., Wien 2007, § 581 Rn. 302 f., soweit es sich um Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit, nicht jedoch um Verfahrensgegenstände des Außerstreitverfahrens handelt; SCHUMACHER (N 33) 147 f.; zur dogmatischen Einordnung vgl. MÜLLER KATHRIN, Schiedsfähigkeit stiftungsrechtlicher Konflikte – Durchsetzung von Begünstigtenrechten im österreichischen Privatstiftungsrecht, in: SCHURR FRANCESCO A. (Hrsg.), Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte: Band des 5. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages 2012, Zürich 2013, 204; KODEK GEORG E., Schiedsvereinbarungen bei Privatstiftungen – Möglichkeiten und Grenzen, in: GRÜNWARD ALFONS/SCHUMMER GERHARD/ZOLLER JOHANNES (Hrsg.), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis: FS Jud, Wien 2012, 355 f.; STRONG (N 27) 606 f.

<sup>40</sup> FASCHING HANS PETER, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht, Wien 1973, 50; so auch für die neuere Lehre KODEK (N 39) 356.

<sup>41</sup> REINER ANDREAS, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 159.

<sup>42</sup> Zöllner/GEIMER, ZPO, 31. A., Köln 2016, § 1066 Rn. 1 f.; MünchKomm ZPO/MÜNCH, 4. A., München 2013, § 1066 Rn. 1 f., 8; BeckOK ZPO/WOLF/ESLAMI, 24. Edition, Stand 1.3.2017, § 1066 Rn. 1 f., 9; STUMPF CHRISTOPH A., Schiedsgerichtsbarkeit in Stiftungen, SchiedsVZ 5/2009, 267; STRONG (N 27) 607.

<sup>43</sup> MünchKomm ZPO/MÜNCH (N 42), § 1066 Rn. 8; BeckOK ZPO/WOLF/ESLAMI (N 42), § 1066 Rn. 9; STUMPF (N 42) 267 f.

<sup>44</sup> Vgl. BERGER/KELLERHALS (N 25) 156.

eine Schiedsklausel bspw. in einen Gesellschaftsvertrag oder in die Statuten einer Gesellschaft inkorporiert zu werden.<sup>45</sup> Einerseits liesse sich eine solche statutarische Schiedsklausel als „vertragliche Klausel“ qualifizieren, deren gültiges Zustandekommen den Konsens der Generalversammlung bzw. des Verwaltungsrates voraussetzt.<sup>46</sup> Nachträglich hinzutretende Aktionäre müssten ebenfalls ihre ausdrückliche Zustimmung in schriftlicher Form gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 358 Abs. 1 ZPO<sup>47</sup> erteilen, um von der Bindungswirkung der Schiedsklausel erfasst zu werden.<sup>48</sup> Laut BÜCHLER/VON DER CRONE bestünde anderenfalls die Gefahr eines Verstosses gegen Art. 680 OR, welcher es verbietet, dem Aktionär nebst seiner Liberierungspflicht zusätzliche Pflichten aufzuerlegen.<sup>49</sup> Unter Konsensgesichtspunkten sind dabei insbesondere Schwierigkeiten zu erwarten, wenn die Schiedsklausel nicht bereits zu Beginn, sondern erst nachträglich durch Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung in die Statuten aufgenommen wird.<sup>50</sup>

Andererseits liesse sich die Schiedsklausel als „echte Statutenklausel“ ansehen, an welche sowohl die Aktionäre als auch die Verwaltungsräte durch einen Mehrheitsentscheid gebunden werden könnten.<sup>51</sup> Eine Differenzierung zwischen Alt- und Neuaktionären in puncto Schiedsbindung würde in diesem Fall vermieden.<sup>52</sup> In der Praxis scheint diese dogmatische Abgrenzung aus (schieds-)verfahrensrechtlichen Gründen indes von untergeordneter Bedeutung zu sein.<sup>53</sup> Ungeachtet der vorerwähnten Differenzierung erfasst eine statutarische Schiedsklausel grundsätzlich nur Streitigkeiten im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft, wohingegen Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern, welche über keinen direkten Bezug zur Gesellschaft verfügen, nur ausnahmsweise in den Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung fallen sollen.<sup>54</sup>

Das Immaterialgüterrecht bildet zwar ein wichtiges Anwendungsfeld für die Schiedsgerichtsbarkeit,<sup>55</sup> nicht zuletzt wegen der mitunter hoch speziellen Fragestellungen der Materie sowie des Bedarfs, Schutzrechte aus ganz unterschiedlichen Jurisdiktionen in einem einheitlich Verfahren und – soweit möglich – nach einem einheitlichen Recht beurteilen zu lassen.<sup>56</sup> Traditionell beruht dies jedoch zumeist auf einer zweiseitigen Schiedsvereinbarung, die häufig in Lizenzverträgen enthalten ist,

<sup>45</sup> BERGER/KELLERHALS (N 25) 158.

<sup>46</sup> BÜCHLER BENJAMIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_446/2009 vom 8. Dezember 2009 i.S. X SA (Beschwerdeführerin) gegen A (Beschwerdegegnerin), SZW 3/2010, 261.

<sup>47</sup> BSK ZPO-GIRSBERGER, Art. 357 Rn. 29; BERGER/KELLERHALS (N 25) 156; GÖKSU (N 10) 170.

<sup>48</sup> BÜCHLER/VON DER CRONE (N 46) 261 f.; in diese Richtung auch BERGER/KELLERHALS (N 25) 156.

<sup>49</sup> BÜCHLER/VON DER CRONE (N 46) 261.

<sup>50</sup> BERGER/KELLERHALS (N 25) 156.

<sup>51</sup> BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 Rn. 8c; GÖKSU (N 10) 171; BÜCHLER/VON DER CRONE (N 46) 261.

<sup>52</sup> BÜCHLER/VON DER CRONE (N 46) 261.

<sup>53</sup> Eingehender BÜCHLER/VON DER CRONE (N 46) 262, wonach die Aktionäre als Prozessstandschafter der Gesellschaft handeln und in dieser Funktion an deren Vereinbarungen gebunden sind, wenn sie Verantwortlichkeits- und Rückforderungsansprüche geltend machen. Weiter läge bei Gestaltungsclagen zumeist keine gültige Schiedsklausel vor, weil die objektive Schiedsfähigkeit dieser Verfahrensgegenstände zu verneinen sei.

<sup>54</sup> BK ZPO-PFISTERER, Art. 357 Rn. 38; BSK ZPO-GIRSBERGER, Art. 357 Rn. 31; BERGER/KELLERHALS (N 25) 155; RÜEDE/HADENFELDT (N 15) 43; GÖKSU (N 10) 172 f.

<sup>55</sup> Umfassend CHROCZIEL PETER/KASOŁOWSKY BORIS/WHITENER ROBERT/PRINZ ZU WALDECK UND PYRMONT WOLRAD, International Arbitration of Intellectual Property Disputes: A Practitioner's Guide, München 2017, 2 f.

<sup>56</sup> Hierzu auch PICTH PETER GEORG, International Arbitration of Intellectual Property Disputes, GRUR 2017 (im Erscheinen).



während es bei Verletzungssachverhalten zwischen nicht vertraglich miteinander verbundenen Personen sowohl an einer einvernehmlichen als auch an einer einseitigen Schiedsklausel fehlt. Eine neue Prominenz für einseitige Schiedsklauseln scheint sich indes gerade im Bereich der FRAND<sup>57</sup>-Lizenzierung von standardessentiellen Patenten zu entwickeln. Da sich derartige Lizenzierungen als ausserordentlich streitanfällig erwiesen haben,<sup>58</sup> besteht ein grosses Interesse daran, (schiedsrechtliche) Konfliktlösungsmechanismen bereits in einem sehr frühen Stadium in das Verhältnis zwischen Patentinhaber und (potentiellen) Lizenznehmern zu implementieren. Die Verhaltensanforderungen des Patentinhabers sowie des Schutzrechtsnutzers in FRAND-Lizenzverhandlungen betreffend standardessentielle Patente (SEPs) haben zwischenzeitlich durch europäische und nationale Gerichte eine gewisse Konkretisierung erfahren. Damit ist indes noch wenig über die objektive Schiedsfähigkeit von immaterialgüterrechtlichen Ansprüchen gesagt,<sup>59</sup> ebenso wenig über den Mechanismus, mit dem der Weg zum Schiedsgericht vor allem auch in solchen Fällen geebnet werden kann, in denen es noch an einem Lizenzvertragsschluss fehlt. Eine Möglichkeit ist die Aufnahme einer einseitigen Schiedsklausel in das Angebot des Patentinhabers, mit interessierten Standard-Implementierern eine Lizenzbeziehung einzugehen (FRAND-Erklärung). Ein weiterer Ort der Verankerung für nicht vertraglich-konsensuale Schiedsklauseln können die IP-Lizenzregeln der jeweiligen Standardisierungsorganisation (zum Beispiel ETSI, IEEE, VISA) sein.<sup>60</sup> Schon wegen der grossen wirtschaftlichen Bedeutung von SEP/FRAND-Lizenzstreitigkeiten verdient die Nutzung von einseitigen Schiedsklauseln in diesem Bereich grössere Aufmerksamkeit durch die Wissenschaft und den Gesetzgeber.

### 3. Revision

Vor dem Hintergrund der skizzierten Rechtslage im In- und Ausland schlagen der Vorentwurf sowie der erläuternde Bericht des Bundesamtes für Justiz verschiedene Neuregelungen im schweizerischen Schiedsrecht vor. Zentrale Anliegen sind dabei insbesondere die Nachführung der bundesgerichtlichen Rechtspraxis der vergangenen Dekaden sowie die Klärung verschiedener offener Rechtsfragen.<sup>61</sup> Nebst weiterer Adaptionen im Gesetzestext des IPRG sowie in den korrespondierenden Erlassen, welche die Anwenderfreundlichkeit des schweizerischen Schiedsrechts sowie die Konkurrenzfähigkeit und Attraktivität des Schiedsortes Schweiz im

<sup>57</sup> FRAND = fair, reasonable and not-discriminatory.

<sup>58</sup> PICT PETER GEORG, „FRAND wars 2.0“ – Rechtsprechung im Anschluss an die Huawei/ZTE-Entscheidung des EuGH, WuW 2017 (im Erscheinen), abrufbar unter: <[goo.gl/KVvXYz](http://goo.gl/KVvXYz)> (30.5.2017).

<sup>59</sup> Zur schweizerischen Rechtslage vgl. LINIGER STEFAN, Immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten von internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Diss. Bern 2002; ROSENTHAL DAVID, Chapter 7: IP & IT Arbitration in Switzerland, in: ARROYO MANUEL (ed.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013; für eine internationale Perspektive siehe FROST INA ANNE, Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des geistigen Eigentums nach deutschem und US-amerikanischem Schiedsrecht, Diss. München 2001; HOLZNER NELSON, Die objektive Schiedsfähigkeit von Immaterialgüterrechtsstreitigkeiten, Diss. Baden-Baden 2001.

<sup>60</sup> Vgl. VITA, VSO Policies and Procedures, Sept 1, 2015 Revision 2.8, para. 10.5 „Arbitration Procedure“, abrufbar unter: <<http://www.vita.com/resources/Documents/Policies/vso-pp-r2d8.pdf>> (10.5.2017). Zu diesem Weg etwa auch TSAI JOANNA/WRIGHT JOSHUA D., Standard Setting, Intellectual Property Rights, and the Role of Antitrust in Regulating Incomplete Contracts, Antitrust Law Journal (1) 80, 178.

<sup>61</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit), 11.1.2017, 20 f.

Verhältnis zu anderen international anerkannten Schiedsplätzen gewährleisten sollen,<sup>62</sup> ist eine überaus wichtige Neuerung in der geplanten positivrechtlichen Regelung zu einseitigen Schiedsklauseln in den schweizerischen *leges arbitri* zu erblicken.<sup>63</sup> Damit soll die erforderliche Rechtssicherheit hinsichtlich der Gültigkeit derartiger Abschlussformen gefördert werden.<sup>64</sup>

*De lege ferenda* sollen Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften nicht nur für internationale Schiedsverfahren (vgl. Art. 178 Abs. 4 E-IPRG), sondern auch für Binnenschiedsverfahren (vgl. Art. 358 Abs. 2 E-ZPO) die Beurteilungskompetenz eines Schiedsgerichts begründen können („schiedsverfahrensrechtliche Zulässigkeit“). Falls das IPRG gemäss seinem Art. 176 Abs. 1 als *lex arbitri* Geltung erlangt, weil mindestens eine der Parteien (der Schiedsvereinbarung)<sup>65</sup> keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, wäre eine einseitige Schiedsklausel i.S.v. Art. 178 Abs. 4 E-IPRG hinsichtlich ihrer materiellen Gültigkeit nach Massgabe der alternativen Anknüpfung in Art. 178 Abs. 2 IPRG zu beurteilen, geleitet von dem Gedanken des *favor validitatis*.<sup>66</sup> Soweit hierbei schweizerisches Recht zur Anwendung gelangen sollte, hängt die materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung von diesem Recht ab. Konzeptionell von der Eröffnung einer schiedsgerichtlichen Beurteilungskompetenz sowie von der materiellen Gültigkeit der Schiedsklausel zu unterscheiden ist die objektive Schiedsfähigkeit der gegenständlichen Ansprüche gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG in internationalen Schiedsverfahren, welche ausschliesslich durch die *lex arbitri* determiniert wird.<sup>67</sup>

In jedem Fall, also unabhängig von dem Ergebnis der Verweisung in Art. 178 Abs. 2 IPRG, müssen die formellen Gültigkeitserfordernisse gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG erfüllt sein.<sup>68</sup>

Als Anwendungsbeispiele für einseitige Schiedsklauseln erwähnt der erläuternde Bericht namentlich „Testament[en], Stiftungerrichtungsakt[en], Preisausschreibung[en] oder Trust[s]“. <sup>69</sup> Hiermit werden Hauptanwendungsfälle von einseitigen Abschlussstatbeständen in der Praxis<sup>70</sup> benannt. Betroffen sind aber auch weitere Rechtsgebiete, etwa das Gesellschaftsrecht (statutarische Schiedsklauseln) oder das Immaterialgüterrecht (Schiedsklauseln in FRAND-Lizenzklärungen). Die Auswirkungen der Neuregelung in diesen Bereichen sollten Gesetzgeber und rechtswissenschaftliche Diskussion im Auge behalten.

Für Binnenschiedsverfahren trifft Art. 358 Abs. 2 E-ZPO eine Parallelregelung zu Art. 178 Abs. 4 E-IPRG. Schon mit Blick auf die Möglichkeit des Opting-out, also des privatautonomen Wechsels zwischen IPRG- und ZPO-Schiedsregeln,<sup>71</sup> erscheint die Schaffung einer korrespondierenden Regelung in beiden Erlassen folgelogisch.

<sup>62</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 8 ff.

<sup>63</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 11.

<sup>64</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 20.

<sup>65</sup> Siehe zur betreffenden Adaption von Art. 176 Abs. 1 E-IPRG unten 4.b.

<sup>66</sup> GÖKSU (N 10) 149 f.

<sup>67</sup> Statt vieler BSK IPRG-MABILLARD/BRINER, Art. 177 Rn. 8.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu unten 4.b.

<sup>69</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 20.

<sup>70</sup> Vgl. BERGER/KELLERHALS (N 25) 157 ff.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 353 Abs. 2 ZPO; BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, Art. 176 Rn. 40 ff.



#### 4. Stellungnahme

Die ausdrückliche Anerkennung der schiedsverfahrensrechtlichen Zulässigkeit von einseitigen Schiedsklauseln gemäss Art. 178 Abs. 4 E-IPRG bzw. Art. 358 Abs. 2 E-ZPO ist ein richtiger und wichtiger Schritt. Der Gesetzgeber trägt auf diese Weise dem in der Praxis häufig anzutreffenden Bedürfnis nach Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften Rechnung, vermindert die insoweit bestehende Rechtsunsicherheit und gleicht die Rechtslage in der Schweiz derjenigen in bislang liberaleren Nachbarrechtsordnungen ausdrücklich an. Indes bringt die Gesetzesänderung eine Reihe von Folgefragen mit sich, denen Rechnung zu tragen sein wird. Im Folgenden sollen einige der besonders wichtigen Aspekte knapp angerissen werden.

##### a. Dogmatische Fundierung

Zur dogmatischen Fundierung der Zulässigkeit einseitiger Schiedsklauseln treffen die begleitenden Materialien keine Aussage. Angesichts des in diesem Punkt bestehenden Meinungsspektrums<sup>72</sup> überrascht dies. Beispielsweise wäre im erbrechtlichen Kontext insbesondere eine Auseinandersetzung mit und eine Stellungnahme zu den materiell-rechtlich begründeten Rechtsansichten, welche einseitigen Schiedsklauseln ablehnend gegenüberstehen und diese z.B. als Eingriff in die Rechtssphäre der Betroffenen oder als erbrechtliche Auflage i.S.v. Art. 482 Abs. 2 ZGB deuten,<sup>73</sup> wünschenswert. Während Ablehnung, die sich auf die im Gesetzeswortlaut verwendete Formulierung („Schiedsvereinbarung“) abstützt,<sup>74</sup> durch die Implementierung von Art. 178 Abs. 4 E-IPRG bzw. Art. 358 Abs. 3 E-ZPO relativiert worden sein dürfte, haben andere kritische Auffassungen, die sich etwa auf verfassungsrechtliche Erwägungen im Zusammenhang mit Art. 30 BV bzw. Art 6 Ziff. 1 EMRK<sup>75</sup> oder die aus einer Schiedsvereinbarung resultierenden Rechtspflichten<sup>76</sup> beziehen, nur bedingt an Aussagekraft eingebüsst. Da sich der erläuternde Bericht richtigerweise nicht auf testamentarische Schiedsklauseln als Erscheinungsformen einseitiger Abschlusstatbestände beschränkt, sollte darüber hinaus namentlich der Meinungsstand im Stiftungs- und Trustrecht vertiefte Berücksichtigung finden.

Ein dogmatisch sauber legitimierter Änderungsvorschlag, dessen Sachgründe – über einen blossen Hinweis auf die Rechtssicherheit hinaus – klar und im Detail benannt werden, entfaltet im und nach dem Gesetzgebungsverfahren besondere Überzeugungskraft. Zudem können eingehende Begründungsausführungen eine wichtige Basis für die weitere Rechtsentwicklung bilden, etwa wenn es um die rechtsfortbildende Lösung von Fragen geht, die sich durch die gesetzliche Neuregelung in der Praxis auftun.

<sup>72</sup> Für einen Überblick vgl. SCHLUMPF (N 2) 16 ff.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu SCHLUMPF (N 2) 20 ff.

<sup>74</sup> BERGER/KELLERHALS (N 25) 157 f.; RIEMER (N 1) 381; vgl. vorne 2.a.

<sup>75</sup> Vgl. SCHLUMPF (N 2) 17 f.

<sup>76</sup> MAUERHOFER (N 20) 389.



**b. Interaktion zwischen Art. 178 Abs. 4 E-IPRG und sonstigen Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG**

Ferner zeitigt die Implementierung des Instrumentes der einseitigen Schiedsklausel Auswirkungen auf eine ganze Reihe weiterer schiedsrechtlicher Bestimmungen, die teils ihrerseits Gegenstand von Änderungen sein sollen. Nachfolgend werden, mit Fokus auf das 12. Kapitel des IPRG, einige Interdependenzen aufgezeigt:

- Der persönliche Anwendungsbereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wird in positiver Form durch Art. 176 Abs. 1 IPRG definiert. Soweit „beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz“ hat, wird das Verfahren des 12. Kapitels des IPRG als *lex arbitri* bestimmt. Sind indes alle Parteien im Inland domiziliert, handelt es sich im Umkehrschluss um ein Binnenschiedsverfahren, welches dem 3. Teil der ZPO unterliegt. Bedingt durch die im Vorentwurf vorgenommene Präzisierung in Art. 176 Abs. 1 E-IPRG, welcher neuerdings auf „die Parteien *der Schiedsvereinbarung*“ abstellen möchte, ist im Kontext von einseitigen Schiedsklauseln fraglich, ob alleine die geographischen Anknüpfungspunkte derjenigen Person massgeblich sind, die die einseitige Schiedsklausel errichtet hat (Klauselurheber), d.h. etwa des Erblassers. Oder mit anderen Worten: Kommt es – im Gegensatz zu zweiseitigen Abschlusstatbeständen wie z.B. Erbverträgen – auf weitere Parteien, wie etwa die Erben und/oder Vermächtnisnehmer nicht (mehr) an? Analoge Fragen stellen sich im Verhältnis zwischen Stifter und Destinatären einer Stiftung bzw. dem Settlor und den Beneficiaries eines Trusts, falls eine Schiedsklausel einseitig in die Stiftungsurkunde bzw. den Trust-Deed inkorporiert wurde.
- Stünde, in Ermangelung weiterer Parteien, dem Klauselurheber zudem das alleinige Recht zu, gemäss Art. 176 Abs. 3 IPRG den Sitz des Schiedsgerichts und somit auch die anwendbare *lex arbitri* zu bestimmen?
- Wäre der Klauselurheber im Inland domiziliert, würde sich weiter die Frage stellen, ob er als „die Parteien“ i.S.v. Art. 176 Abs. 2 E-IPRG gilt und demgemäss ein Opting-out zugunsten des IPRG, einschliesslich der daraus erwachsenden Auswirkungen für die objektive Schiedsfähigkeit, vornehmen könnte. Könnte also der Klauselurheber die (allenfalls)<sup>77</sup> strengeren Voraussetzungen der objektiven Schiedsfähigkeit gemäss Art. 354 ZPO, welche die „freie Verfügbarkeit“ über die streitgegenständlichen Ansprüche verlangen, im Wege

<sup>77</sup> Ob die Terminologie in Art. 354 ZPO und Art. 177 Abs. 1 IPRG inhaltlich (weitestgehend) deckungsgleich ist, wurde – soweit ersichtlich – bislang nicht abschliessend geklärt. Gemäss Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7393, reicht der Begriff der „freien Verfügbarkeit“ zum einen weiter als derjenige des „vermögensrechtlichen Anspruchs“, er kann indes auch weniger weit gefasst sein. Demgegenüber handelt es sich laut Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I, 300 f., wohl um synonyme Begriffe, weil durch den Verweisungsbegriff der vermögensrechtlichen Ansprüche „zumindest [...] die der Parteidisposition offenstehenden Streitgegenstände bei weitem am anschaulichsten und auch relativ umfassend umschrieben werden [können]“.

einseitigen Verfügungshandelns durch das Erfordernis des „vermögensrechtlichen Anspruchs“ gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG ersetzen und damit möglicherweise Einfluss darauf nehmen, ob z.B. das Pflichtteilsrecht dem Schiedsgerichtsweg zugänglich ist?

- Ist der Klauselurheber als alleinige „Partei der Schiedsvereinbarung“ in der Schweiz ansässig und würde gemäss Art. 176 Abs. 1 E-IPRG folglich der 3. Teil der ZPO als *lex arbitri* zur Anwendung gelangen, wäre zudem fraglich, ob bei der Ermittlung der objektiven Schiedsfähigkeit nach § 354 ZPO auf die freie Verfügbarkeit des gegenständlichen Anspruchs (auch/nur) für die Parteien des Schiedsverfahrens<sup>78</sup> abzustellen ist oder (auch/nur) auf die freie Verfügbarkeit für den Klauselurheber. Gerade im erbrechtlichen Kontext kann dies einen grossen Unterschied machen, da der Erblasser als Klauselurheber an den Schiedsverfahren typischerweise nicht mehr teilnimmt. Auch sind hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit durchaus unterschiedliche Ergebnisse denkbar, je nachdem ob man auf die Verfahrensparteien oder den Klauselurheber abstellt. So kann etwa ein Pflichtteilsberechtigter als Verfahrenspartei über sein Pflichtteilsrecht durch Verzicht disponieren, dem Erblasser hingegen steht diese Dispositionsmöglichkeit nicht offen.
- Hinsichtlich der formellen Anforderungen an eine gültige Schiedsvereinbarung unternimmt der Vorentwurf eine Präzisierung dahingehend, dass die Form ebenfalls als erfüllt anzusehen ist, wenn sie nur von einer Partei der Schiedsvereinbarung eingehalten wird (vgl. Art. 178 Abs. 1 S. 2 E-IPRG bzw. Art. 358 Abs. 1 S. 2 E-ZPO). Im Kontext einseitiger Schiedsklauseln könnte dies so gelesen werden, als dürfte sich der Klauselurheber auf die Seite der Form nicht Wahrenenden stellen und seine einseitige Schiedsklausel formlos errichten. Nach vorliegend vertretener Auffassung ist ein solches Ergebnis indes abzulehnen. Anderenfalls würde die Klarstellungs- und Beweisfunktion des Formerfordernisses<sup>79</sup> konterkariert.
- Kann der Klauselurheber nach Massgabe von Art. 179 Abs. 1 IPRG allenfalls alleine über die Bestellung der Schiedsrichter bestimmen oder ist der Terminus „die Parteien“ in Übereinstimmung mit dem Gebot der Gleichbehandlung gemäss Art. 182 Abs. 3 IPRG von vorneherein extensiver auszulegen? Da Anordnungen betreffend die Bestellung des Schiedsgerichts nicht nur nachträglich getroffen, sondern bereits in der Schiedsvereinbarung<sup>80</sup> und somit theoretisch auch in einer einseitigen Schiedsklausel festgehalten werden können, ist diese Frage von erheblicher Sprengkraft.
- Eng mit dem Recht zur Bestimmung des Schiedsgerichts verbunden ist der Vorgang der Ablehnung eines Schiedsrichters, welcher unter der Prämisse steht, dass die betreffende Person gemäss Art. 180 Abs. 1 lit. a IPRG „nicht den von den Parteien vereinbarten Anforderungen entspricht“. Stünde es dem Verfasser einer einseitigen Schiedsklausel gemäss Art. 179 Abs. 1 i.V.m. Art. 180 Abs. 1 lit. a IPRG demnach offen, durch eine

<sup>78</sup> Für ein Abstellen auf die Verfahrensparteien im Allgemeinen KISTLER (N 18) 40; SCHLUMPF (N 2) 153; MAUERHOFER (N 20) 386; BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 Rn 17; JAHNEL/SYKORA/GLATTHARD (N 9) 46 f.; ASCHAUER CHRISTIAN/GANTENBERG ULRIKE/GABRIEL SIMON, 4. Kapitel: Schiedsfähigkeit, in: TORGLER HELLWIG/MOHS FLORIAN/SCHÄFER FRIEDERIKE/WONG VENUS VALENTINA (Hrsg.), Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit: Deutschland – Österreich – Schweiz, 2. A., Wien 2017, 217; a.M. wohl DK ZPO-STACHER, Art. 354 Rn. 8.

<sup>79</sup> GÖKSU (N 10) 180.

<sup>80</sup> Vgl. GÖKSU (N 10) 254.

entsprechende Ausgestaltung der Schiedsklausel die Anforderungen für die Ablehnung von Schiedsrichtern einseitig zu definieren und bspw. festzulegen, dass der von einer bestimmten Verfahrenspartei ernannte Schiedsrichter innert einer bestimmten Frist ohne Angabe von Gründe abgelehnt werden kann?<sup>81</sup> Oder könnte er unilateral strengere Ablehnungsgründe vorsehen?<sup>82</sup> Und wie verhält es sich mit der in Art. 180 Abs. 2 IPRG definierten Einschränkung der Ablehnungsbefugnis, wonach „eine Partei einen Schiedsrichter, den sie ernannt hat oder an dessen Ernennung sie mitgewirkt hat, nur aus Gründen ablehnen [kann], von denen sie erst nach dessen Ernennung Kenntnis erhalten hat“? Würde man die Ernennungsbefugnis ausschliesslich beim Klauselurheber sehen, liefe diese Gesetzesbestimmung z.B. in solchen (insbesondere: erbrechtlichen) Schiedsverfahren leer, an denen der Klauselurheber nicht mehr teilnehmen kann.

- Näherer Befassung wert ist ferner die in Art. 183 Abs. 1 IPRG vorgesehene Möglichkeit der „Parteien“, den Erlass von vorsorglichen Massnahmen durch das Schiedsgericht auszuschliessen. Zumal eine entsprechende Vereinbarung keinerlei Formerfordernis erfüllen muss,<sup>83</sup> ist offen, ob ein solcher Ausschluss bereits in der einseitigen Schiedsklausel angeordnet werden könnte.
- Angesichts der Tatsache, dass das in der Sache anwendbare Recht i.S.v. Art. 187 Abs. 1 IPRG entweder im Hauptvertrag oder in der Schiedsvereinbarung festgelegt werden kann,<sup>84</sup> könnte der Klauselurheber allenfalls befähigt sein, eine ihm genehme *professio juris* vorzunehmen. In Binnenschiedsverfahren unterläge dann bspw. die objektive Schiedsfähigkeit – welche in internationalen Schiedsfällen ausschliesslich durch die *lex arbitri* bestimmt wird – nach Massgabe von Art. 381 Abs. 1 lit. a ZPO der (vom Klauselurheber) für anwendbar erklärten *lex causae*.
- Nach Massgabe von Art. 189 Abs. 1 IPRG gebührt der Vereinbarung der „Parteien“ in puncto Verfahren und Form des Schiedsentscheids Vorrang. In der Praxis ist eine direkte Regelung dieser Aspekte in der Schiedsvereinbarung zwar selten, aber durchaus zulässig. Folglich bedürfte es näherer Erörterung, ob der Klauselurheber in einer einseitigen Schiedsklausel über diese Aspekte befinden könnte.
- Der Vorentwurf präzisiert den Wortlaut von Art. 176 Abs. 1 E-IPRG, welcher – in Reaktion auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung und die diesbezügliche Kritik der Lehre – nunmehr von den „Parteien der Schiedsvereinbarung“ spricht und damit klarstellt, dass „zukünftig ausschliesslich auf die Verhältnisse der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt werden“ soll.<sup>85</sup> Würde man – wie bereits zuvor vom Schrifttum vertreten<sup>86</sup> – den Parteibegriff in Art. 176 Abs. 1 und Art. 192 IPRG identisch auslegen, könnte diese Regelungslage im Kontext einseitiger Schiedsklauseln angesichts der pauschalen Verweisung des Art. 178 Abs. 4 E-IPRG dahingehend interpretiert werden, dass

<sup>81</sup> Siehe GÖKSU (N 10) 304.

<sup>82</sup> Siehe GÖKSU (N 10) 304.

<sup>83</sup> BSK IPRG-MABILLARD, Art. 183 Rn. 3.

<sup>84</sup> GÖKSU (N 10) 522.

<sup>85</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 18.

<sup>86</sup> BSK IPRG-PATOCCHI/JERMINI, Art. 192 Rn. 9.



der Klauselurheber in einer einseitigen Schiedsklausel einen Rechtsmittelverzicht gemäss Art. 192 Abs. 1 IPRG mit Wirkung für die Verfahrensparteien anordnen kann. Der Klauselurheber dürfte also den späteren Prozessparteien den Ausschluss der Anfechtung des Schiedsentscheids gemäss Art. 190 IPRG oktroyieren – ein aus hiesiger Sicht unververtretbares Ergebnis. Insbesondere ein im Schiedsverfahren unterlegener Kläger liefe Gefahr, sogar gravierendste Verfahrensmängel nicht mittels Beschwerde vor Bundesgericht rügen zu können.<sup>87</sup>

- Abschliessend sei noch der Aspekt des intertemporalen Rechts erwähnt, den gegenwärtig weder der Vorentwurf noch der erläuternde Bericht aufgreifen. Zielt die Regelung in Art. 178 Abs. 4 E-IPRG bzw. Art. 358 Abs. 2 E-ZPO darauf ab, auch alle in der Vergangenheit in einseitige Rechtsgeschäfte inkorporierten Schiedsklauseln nachträglich für schiedsverfahrensrechtlich zulässig zu erklären oder soll sich die Wirkung der Normen lediglich auf diejenigen Schiedsvereinbarungen erstrecken, welche nach dem Inkrafttreten des revidierten Gesetzestextes aufgesetzt wurden?

Aus der vorstehenden – nicht abschliessenden – Aufzählung wird das dringende Bedürfnis nach weiteren Vorgaben deutlich, wie die „sinngemässe“ Anwendung der Bestimmungen des 12. IPRG-Kapitels auf einseitige Schiedsklauseln im Einzelnen gehandhabt werden soll. Teils bietet sich für solche Vorgaben der Bericht zum Revisionsvorhaben an, teils kann man aber auch – etwa zum Problem des einseitig angeordneten Rechtsmittelverzichts – eine Verankerung im Gesetzestext erwägen. Jedenfalls sollte es der Gesetzgeber aber als seine Aufgabe erachten, der Praxis soweit möglich Hand bei der Anwendung von Art. 178 Abs. 4 E-IPRG bzw. Art. 358 Abs. 2 E-ZPO zu bieten.

### **c. Konkretisierung der materiellen Gültigkeit bestimmter Schiedsklausel-Typen nach schweizerischem Recht**

Die positivrechtliche Normierung in Art. 178 Abs. 4 E-IPRG bzw. Art. 358 Abs. 2 E-ZPO lässt sich als ein affirmatives Ausrufezeichen im schweizerischen Diskurs um Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften verstehen. Diese eindeutige und positive Positionierung des Gesetzgebers ist zu begrüssen. Indes stellt der Bericht die materielle Gültigkeit einseitiger Schiedsklauseln aus Sicht des Schweizer Rechts unter den Vorbehalt, dass „damit nicht in unzulässiger Weise in zwingende Rechte Dritter eingegriffen wird“.<sup>88</sup> Einziger Beleg aus der Literatur hierzu ist der Verweis auf die Ausführungen von GRÄNICHER im Basler Kommentar zum IPRG.<sup>89</sup>

- Zum einen wäre es wichtig, dass der Bericht im Hinblick auf einseitige Schiedsklauseln ein breiteres Spektrum aus der einschlägigen – durchaus umfangreichen – Literatur referenziert. Denn die gegenwärtige Fassung des Berichts könnte so gelesen werden, als ob sich der Gesetzgeber die Überlegungen des Autors zu Eigen machen wolle. Diese sind in ihrer Qualität und Relevanz unbestritten. Nichtsdestotrotz entspricht der Standpunkt von

<sup>87</sup> GÖKSU (N 10) 684; in Binnenschiedsverfahren stellen sich die entsprechenden Fragen nicht, weil ein Rechtsmittelverzicht dort ausgeschlossen ist.

<sup>88</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 21.

<sup>89</sup> BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 Rn. 63 ff.; vgl. vorne 2.a.

GRÄNICHER keineswegs durchgehend der herrschenden Meinung und er ist einseitigen Schiedsklauseln gegenüber verhältnismässig restriktiv (s. bereits oben), was nur in Teilen zu der progressiven Stossrichtung der Gesetzesänderung passt. Hinzu kommt, dass die Relevanz von einseitigen Schiedsklauseln in anderen Kontexten als dem Erbrecht dem Leser augenfälliger würde, wenn sich bspw. auch Literatur zu Stiftung, Gesellschaft oder Trust zitiert fände.

- Zum anderen und vor allem ist das *caveat* des „unzulässigen Eingriffs in zwingende Rechte Dritter“ recht offen formuliert und nimmt der Bericht hierzu auch keine konkretisierenden weiteren Ausführungen vor. Eine solche Konkretisierung liesse sich nicht mit leichter Hand treffen, sie bedürfte eines (weiteren) eingehenden Austauschs mit der Rechtswissenschaft sowie betroffenen Kreisen. Indes: Angesichts der grassierenden Rechtsunsicherheit darüber, welche Rechtsverhältnisse und Personenkreise in rechtlich wirksamer Weise zum Gegenstand einer einseitigen Schiedsklausel gemacht werden können, würde die Mühe der Erstellung gesetzgeberischer Vorgaben lohnen. Selbst wenn sich solche Vorgaben auf bestimmte Personenkreise – besonders relevant etwa Pflichtteilsrben, Stiftungsbegünstigte, Trust-Beneficiaries – beschränkten, könnten sie dort wohlthuende Klarheit schaffen und dem Einsatz von einseitigen Schiedsklauseln in der Praxis entscheidenden Vortrieb geben. Im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen, die von ähnlichen Unsicherheiten geplagt werden,<sup>90</sup> wären klare Verhältnisse auch ein wichtiger Standortvorteil des Schiedsplatzes Schweiz. Nach Auffassung der Unterfertigten würde sich ein begrenzter Aufschub des Vorhabens lohnen, wenn hierdurch die Voraussetzungen für ein klareres und mutigeres Wort des Gesetzgebers zu den Grenzen der materiellen Gültigkeit von einseitigen Schiedsklauseln nach Schweizer Recht geschaffen werden könnten.

#### d. Einseitige Schiedsklauseln in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Gerade in Rechtsbereichen, für die die Verwendung einseitiger Schiedsklauseln besonders in Betracht kommt, spielt die freiwillige Gerichtsbarkeit eine erhebliche Rolle. Einseitige Schiedsklauseln müssen sich nicht zwangsläufig auf streitige Rechtssachen beschränken, sondern können – wie sich unter anderem an ausländischer Rechtsprechungspraxis im Bereich der Aufsicht über den Testaments- bzw. Willensvollstrecker<sup>91</sup> zeigt – auch Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu adressieren versuchen. Das Zusammentreffen dieser beiden Konfliktlösungsmechanismen wirft wiederum eine Vielzahl von Fragen auf. Kann etwa der Erblasser den Willensvollstrecker durch eine testamentarische Schiedsklausel der Zuständigkeit eines

<sup>90</sup> Für einen Überblick zum Meinungsstand im deutschen Recht vgl. MAH Erbrecht/VON OERTZEN/PAWLYTTA, § 67 Rn. 26 ff.; für das österreichische Recht vgl. KOLLER CHRISTIAN, Die Schiedsvereinbarung, in: LIEBSCHER CHRISTOPH/OBERHAMMER PAUL/RECHBERGER WALTER H. (Hrsg.), Schiedsverfahrensrecht, Band I, Wien 2012, 307 f.; CZERNICH DIETMAR, Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen, in: SCHURR FRANCESCO A./UMLAUFT MANFRED (Hrsg.), FS Eccher, Wien 2017, 282 ff.

<sup>91</sup> Eingehend OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. Juli 2009, Az. 11 Wx 94/07 E. 2; vgl. auch zuletzt OLG Stuttgart, Urteil vom 7. November 2016, Az. 8 W 166/16 E. 1.



Schiedsgerichts unterstellen? Wie weit darf eine solche Unterstellung allenfalls gehen?<sup>92</sup> Bereits *de lege lata* wurde eine entsprechende Befugnis des Erblassers bejaht.<sup>93</sup> *De lege ferenda* dürfte sich diese Auffassung durch Art. 178 Abs. 4 E-IPRG bzw. Art. 358 Abs. 2 E-ZPO tendenziell weiter bestärkt sehen. Der Gesetzgeber sollte daher zumindest erwägen, ob diese Tendenz gewünscht ist und allenfalls eine Klarstellung in den Materialien vornehmen. Führt man sich vor Augen, dass sich parallele Fragen im Gesellschaftsrecht, Stiftungsrecht, Trust-Recht etc. stellen, läge es indes nahe, noch einen Schritt weiterzugehen. In eine vertiefte Behandlung der materiellen Gültigkeit von einseitigen Schiedsklauseln nach Schweizer Recht (s. soeben) könnten nämlich auch Aspekte der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingebunden werden. Wiederum würde die so geschaffene Klarheit der heimischen Rechtspflege und der Attraktivität des Schiedsstandortes Schweiz gut tun.

Für die wohlwollende Berücksichtigung der vorliegenden Eingabe danken wir Ihnen im Voraus.

Freundliche Grüsse

Universität Zürich  
Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. iur. Peter Georg Picht, LL.M. (Yale)  
Lehrstuhl für Handels- und Wirtschaftsrecht

Lennart Chrobak, MLaw, LL.M. (Maastricht)  
Assistent am Lehrstuhl Picht

<sup>92</sup> Können etwa erbrechtliche Schiedsgerichte lediglich bzgl. der materiellen Aufsicht oder aber auch in formellen Aufsichtsangelegenheiten berufen werden? Bedarf es einer Unterscheidung zwischen Aufsichtsbeschwerden und Aufsichtsanzeigen? Und welcher Einfluss kommt der Offizialmaxime namentlich im Geltungsbereich der ZPO zu? Vgl. hierzu CHROBAK LENNART, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen: Eine Untersuchung der objektiven Schiedsfähigkeit gemäss ZPO und IPRG unter Einbezug des Stiftungs-, Trust- und Familienrechts, Diss. Zürich, erscheint voraussichtlich Ende 2017.

<sup>93</sup> KÜNZLE HANS RAINER, Der Willensvollstrecker in der Erbteilung, *successio* 4/2013, 321; MAUERHOFER (N 20) 395; PraxKomm Erbrecht/SCHWEIZER, Anhang ZPO Rn. 32g.

Frau  
Dr. Francine Hungerbühler, RA  
Bundesamt für Justiz  
Fachbereich Internationales Privatrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Basel, 23. März 2017

## Revision Kapitel 12 IPRG

Sehr geehrte Frau Kollegin,

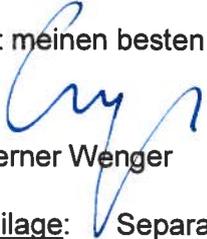
Mit nochmaligem Dank für Ihre interessanten Ausführungen anlässlich der gestrigen ASA-Veranstaltung in Basel komme ich auf meine Anregung zurück, eine Angleichung

- von Art. 180 Abs. 3 IPRG ("endgültiger" Entscheid des staatlichen Richters über Ablehnungsbegehren)
- an Art. 369 Abs. 5 ZPO (wonach der Entscheid des staatlichen Gerichts zusammen mit dem nächstfolgenden Schiedsspruch angefochten werden kann)

zu prüfen. Wie gestern erwähnt, hat Herr Kollege Felix Dasser im KuKo ZPO (N 11 zu Art. 369) diesbezüglich eine Klärung durch den Gesetzgeber als wünschbar bezeichnet.

Ich gestatte mir, ein Separatum meines im Jahre 2010 in Neuchâtel gehaltenen Referats beizufügen. Sie finden dort weitere Literaturhinweise zu dieser Frage (S. 78) und auch zu weiteren Differenzen zwischen IPRG und ZPO (z. B. über die nur in der ZPO vorgesehene Begründung der Rechtshängigkeit mittels Einleitung eines Schlichtungsverfahrens, vgl. Art. 372 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 181 IPRG).

Mit meinen besten kollegialen Grüssen

  
Werner Wenger

Beilage: Separatum "The new Swiss Law on Domestic Arbitration: How International is it?", in CHRISTOPH MÜLLER/ANTONIO RIGOZZI (Eds), New Developments in International Commercial Arbitration 2010.

Kopie (ohne Beilage) an Herrn Prof. Dr. Felix Dasser (per Email)

Bundesamt für Justiz  
z.H. Dr. Francine Hungerbühler  
Direktionsbereich Privatrecht  
Fachbereich Internationales Privatrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Zürich, 24. Mai 2017

Sehr geehrte Frau Dr. Hungerbühler  
Sehr geehrte Damen und Herren

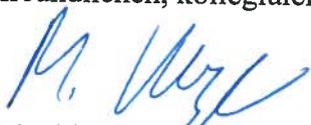
Bezugnehmend auf den **Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)** lasse ich Ihnen in der Beilage meine Dissertation zum Thema "Vergleich, Klageanerkennung und Klagerückzug vor Schiedsgerichten" zukommen (erschienen bei Schulthess, Zürich, 2008; abrufbar auf [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)).

In meiner Dissertation habe ich auf S. 184 ff. eine ausdrückliche Regelung des Rechtsmittels der Revision im IPRG vorgeschlagen. Insbesondere schlage ich vor, das Rechtsmittel der Revision unter anderem dann zuzulassen, wenn das Schiedsverfahren aufgrund eines Vergleichs, einer Klageanerkennung oder eines Klagerückzugs beendet wurde, diese sich aber im Nachhinein als unwirksam erweisen (siehe S. 186 der Dissertation).

Die vorgeschlagene Regelung könnte in Art. 190a Abs. 1 lit. c IPRG wie folgt aufgenommen werden: *"Eine Partei kann die Revision eines Entscheides verlangen, wenn: [...] c. geltend gemacht wird, dass die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der schiedsgerichtliche Vergleich unwirksam ist"*. Dieselbe Regelung findet sich für Binnenschiedsverfahren bereits heute in Art. 396 Abs. 1 lit. c der ZPO. Eine entsprechende Vorschrift im IPRG würde also zu einem Gleichlauf mit dem Binnenschiedsverfahren führen. Falls die Revision aufgrund eines unwirksamen Vergleichs (bzw. Klageanerkennung oder Klagerückzugs) keine Regelung erfährt, könnte möglicherweise eine Gesetzeslücke bestehen.

Ich hoffe, dass Sie meine Vorschläge berücksichtigen können und stehe für Rückfragen gerne zur Verfügung ([matthias.wiget@pestalozzilaw.com](mailto:matthias.wiget@pestalozzilaw.com), 044 217 91 11).

Mit freundlichen, kollegialen Grüssen



Dr. Matthias Wiget

rückzug und schiedsgerichtlichem Vergleich ausdrücklich zu nennen. Wie oben (§ 17/III/B/3., S. 136 ff.) ausgeführt, besteht betreffend diesen Revisionsgrund eine planwidrige Unvollständigkeit des BGG bzw. des OG, sofern diese Gesetze auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit analog anzuwenden sind. Diese Gesetzesstücke wird durch die vorgeschlagene Vorschrift (Art. 192a lit. c) geschlossen. Eine solche Regelung entspricht im Weiteren dem Revisionsgrund von Art. 394 Abs. 1 lit. c E ZPO, bewirkt also eine Übereinstimmung zwischen nationaler und internationaler Revision auch in dieser Frage. Die Festlegung dieses Revisionsgrunds beugt möglichen Kontroversen vor, indem die Fälle der zivilrechtlichen Unwirksamkeit von Parteierklärungen explizit geordnet sind.

In diesem Sinn ist das IPRG um folgende Bestimmungen zu ergänzen:

(Art. 192a) Revisionsgründe

„Eine Partei kann beim Bundesgericht Revision eines Schiedsspruchs verlangen, wenn:

a. sie nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindend, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte; ausgeschlossen sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Schiedsspruch entstanden sind;

b. ein Strafverfahren ergeben hat, dass durch ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil der betreffenden Partei auf den Schiedsspruch eingewirkt wurde; Eine Verurteilung durch das Strafgericht ist nicht erforderlich. Ist das Strafverfahren nicht durchführbar, so kann der Beweis auf andere Weise erbracht werden;

c. geltend gemacht wird, dass die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der schiedsgerichtliche Vergleich unwirksam ist.“

(Art. 192b) Fristen

„Das Revisionsgesuch ist innert 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes einzureichen. Nach Ablauf von 10 Jahren seit Eintritt der Rechtskraft des Schiedsspruches kann die Revision nicht mehr verlangt werden, ausser im Fall von Artikel 192a Buchstabe b.“

(Art. 192c) Form, Verfahren und Entscheid

„Die Form des Revisionsgesuchs richtet sich nach Art. 42 BGG. Für das weitere Verfahren vor Bundesgericht sowie für dessen Entscheid sind Art. 126 – 128 BGG, mit Ausnahme von Art. 128 Abs. 3 BGG, entsprechend anwendbar.“

Gemäss diesem Vorschlag unterscheiden sich die Umschreibung des Revisionsobjekts, der Revisionsgründe sowie der Fristen inhaltlich nicht von den bisher angewandten Vorschriften von Art. 137 bzw. 141 OG. Eine materielle Abweichung von der herrschenden Praxis wird also auch hier nicht bezweckt. Die ausdrückliche Festlegung des Revisionsgrunds der unwirksamen Parteierklärungen folgt lediglich der oben (§ 17/III/B/3., S. 136 ff.) begründeten Annahme einer in der vorgeschlagenen Weise zu füllenden Gesetzeslücke. Form, Verfahren und Entscheid über das Revisionsgesuch richten sich nach den einschlägigen Normen des Bundesgerichtsgesetzes. Damit wird ein Gleichlauf des bundesgerichtlichen Verfahrens für alle Revisionsgesuche, wie dies die Art. 126 ff. BGG heute schon vorsehen, festgelegt.



Pestalozzi Rechtsanwälte AG  
Löwenstrasse 1  
CH-8001 Zürich  
T +41 44 217 91 11  
F +41 44 217 92 17

**100**  
years  
1911  
2011

**Dr. Matthias Wiget**  
Rechtsanwalt, LL.M.

Direkt +41 44 217 92 08  
[matthias.wiget@pestalozzilaw.com](mailto:matthias.wiget@pestalozzilaw.com)