

Franz Kellerhals\*

# Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in neuem Kleid – der 3. Teil des Vorentwurfs einer Schweizerischen Zivilprozessordnung

## 1. Einleitung

Im Juni 2003 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement den Vorentwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (VE SZPO) samt Bericht dazu (Bericht) veröffentlicht und der Bundesrat gab seine Ermächtigung, das Vernehmlassungsverfahren durchzuführen.<sup>1</sup> Der 3. Teil dieses Vorentwurfs ist der Binnenschiedsgerichtsbarkeit gewidmet; er soll das Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (Konkordat; KSG)<sup>2</sup> ersetzen.

Zweck dieses Artikels ist es, Leserinnen und Leser der Anwaltsrevue, für die Schiedsgerichtsbarkeit zu ihrem Tätigkeitsgebiet gehört, die sich aber nicht tagtäglich mit dieser Materie beschäftigen, bereits heute, d. h. einige Jahre bevor der Vorentwurf Gesetz wird, mit dem gesetzgeberischen Konzept, das die Expertenkommission gewählt hat, und mit den wichtigsten Neuerungen gegenüber der heutigen Konkordatsregelung vertraut zu machen.

Der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes war Mitglied der Subkommission «Schiedsgerichtsbarkeit», die den 3. Teil des Vorentwurfes vorbereitet hat. Diese Mitarbeit erklärt, weshalb eine wertende Würdigung des vorgeschlagenen Gesetzesteils in der nachfolgenden Darstellung nur mit grosser Zurückhaltung erfolgt.

## 2. Gesetzgeberisches Konzept

### 2.1. Ausgangslage

Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist heute im Konkordat, dem alle Kantone beigetreten sind, geregelt. Die Schiedsgerichtsbarkeit mit grenzüberschreitendem Bezug hingegen hat der Gesetzgeber im 12. Kapitel des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)<sup>3</sup> geordnet. Vor Inkrafttreten des IPRG fanden das Konkordat – und in Kantonen, die ihm nicht beigetreten waren – das kantonale Prozessrecht auch auf internationale Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz Anwendung. Die Zweiteilung – für internationale Verhältnisse ein Bundesgesetz, für

nationale Schiedsgerichte das Konkordat bzw. kantonales Recht – ist auf verfassungsrechtliche Vorgaben zurückzuführen, nicht auf sachbezogene Überlegungen. Unter der Herrschaft der in Art. 64 Abs. 3 aBV<sup>4</sup> gültigen Kompetenzordnung, wonach Zivilprozessrecht in die kantonale Gesetzgebungshoheit fällt, sah der eidgenössische Gesetzgeber bisher davon ab, die nationale Schiedsgerichtsbarkeit durch Erlass eines Bundesgesetzes einer einheitlichen gesamtschweizerischen Regelung zuzuführen; er begnügte sich 1969 mit der Schaffung eines Konkordats.

Als 20 Jahre später zur Debatte stand, die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Zuge der Kodifikation des internationalen Privatrechts gesetzlich zu regeln, fand der Bundesgesetzgeber den Weg, die (immer noch gleich lautenden) verfassungsrechtlichen Schranken zu überwinden. Professor François Poudret konnte am Juristentag 2002 in Lausanne mit Fug feststellen: «... ce courant dualiste ... n'a abouti qu'en France et en Suisse. Et cela pour des raisons essentiellement contingentes ou, plus précisément, politiques. ... En Suisse ... ce sont des raisons constitutionnelles qui, dans un premier temps, ont incité le législateur fédéral à régler séparément l'arbitrage international au chapitre 12 LDIP, quitte à respecter le Concordat de 1969 pour l'arbitrage interne»<sup>5</sup>.

Mit der Neufassung von Art. 122 Abs. 1 BV<sup>6</sup>, der die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts *und des Zivilprozessrechts zur Bundessache* erklärt, ist dieser Diskussion ein Ende gesetzt: Für den Bundesgesetzgeber ist die Bahn frei, auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit (fast) uneingeschränkt zu legislieren.<sup>7</sup>

### 2.2. Dualismus beibehalten

Dem Gesetzgeber steht die Wahl offen:

- nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit in einem einzigen Erlass zu regeln, wie das viele europäische Staaten

4 Entspricht heute Art. 122 Abs. 2 BV (in der geltenden Fassung vom 18. April 1999).

5 Zitat aus dem nicht veröffentlichten Referat von François Poudret anlässlich des Schweizerischen Juristentages vom 7./8. Juni 2002 in Lausanne zum Thema Schiedsgerichtsbarkeit.

6 Vgl. den Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999, BBl 1999 8633, angenommen in der Volksabstimmung vom 12. März 2000, BBl 2000 2990. Die formelle Inkraftsetzung von Art. 122 Abs. 1 BV durch den Bundesrat steht noch aus; vgl. den Bundesbeschluss über das teilweise Inkrafttreten der Justizreform vom 24. September 2002, AS 2002 3147.

7 Einschränkungen ergeben sich nur im Bereich der Gerichtsorganisation (Art. 122 Abs. 2 BV).

\* Prof. Dr. Kellerhals ist Fürsprecher in Bern ([www.kellerhals-partners.ch](http://www.kellerhals-partners.ch)). Dieser Aufsatz entstand mit der tatkräftigen Unterstützung meines Mitarbeiters Dr. Bernhard Berger, Fürsprecher, LL. M., Bern, dem ich bestens danke.

1 Der Vorentwurf ist abrufbar unter <http://www.ofj.admin.ch/themen/v-zivilp/entw-zpo-d.pdf>, der Begleitbericht der Expertenkommission unter <http://www.ofj.admin.ch/themen/v-zivilp/vn-ber-d.pdf>.

2 SR 279.

3 SR 291.

getan haben (so z. B. die Niederlande, Grossbritannien, Deutschland und andere); oder

- den heutigen Zustand, d. h. das Nebeneinander von Konkordat und Kapitel 12 IPRG unverändert zu belassen; oder aber
- das Konkordat aufzuheben, die nationale Schiedsgerichtsbarkeit in einem eigenen Bundesgesetz oder in einem Teil eines neuen Bundeserlasses zu ordnen und die Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG als Kapitel 12 zu belassen.

Dem Vorentwurf liegt die zuletzt aufgeführte Lösungsmöglichkeit zu Grunde. Die Expertenkommission liess sich bei ihrem Grundsatzentscheid weitgehend von pragmatischen Überlegungen leiten: Einerseits besteht kein Anlass, an der Kodifikation der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG, die sich bewährt hat, etwas zu ändern. Andererseits bietet die Schaffung einer Schweizerischen Zivilprozessordnung eine einmalige Gelegenheit, von der gesetzgeberisch schwerfälligen Form des Konkordats abzurücken, um gleichzeitig in einem neuen Bundesgesetz den berechtigten Kritiken an der bisherigen Regelung Rechnung zu tragen. *Der Dualismus soll erhalten bleiben.*

### 2.3. Weitere gesetzgeberische Leitlinien

Die Experten liessen sich von der Erkenntnis leiten, dass sich das Konkordat im Grossen und Ganzen bewährt hat. Nur dort, wo die geltende Regelung offensichtlich Schwächen gezeigt oder sich als lückenhaft erwiesen hat, sind Eingriffe in Bekanntes erfolgt. Diese gesetzgeberische Zurückhaltung legte sich die Kommission nicht zuletzt deshalb auf, um der bisherigen Rechtsprechung und Doktrin zum Konkordat ihren Stellenwert zu erhalten. Ungeachtet des weiterhin andauernden Dualismus haben sich die Schöpfer des Vorentwurfs aber bemüht, wenn immer möglich und sachlich gerechtfertigt, eine Angleichung an die im Kapitel 12 IPRG gewählten Lösungen und Formulierungen zu suchen. Der Vorentwurf orientiert sich hingegen nicht am UNCITRAL-Modellgesetz<sup>8</sup>; einige Ausnahmen bestätigen diesen Grundentschluss.

## 3. Die wichtigsten Neuerungen in Kürze

### 3.1. Geltungsbereich (Art. 344 VE SZPO)

Das Bestehen verschiedener Regelungen für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit einerseits und für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit andererseits erfordert, den Geltungsbereich der beiden Ordnungen von einander abzugrenzen. Diese Abgrenzung nimmt Art. 344 VE SZPO vor. Die Norm ist denkbar einfach: Die Bestimmungen über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit finden auf alle Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz Anwendung, welche nicht als international im Sinne von Art. 176 IPRG gelten. Nach Art. 176 IPRG gelten die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG für Schiedsgerichte mit Sitz in unserem Land, wenn beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei

ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte. Massgebendes *Abgrenzungskriterium* ist zwangsläufig auch aus der Sicht der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein *formales*, nämlich der Wohnsitz (für juristische Personen der Sitz) oder der gewöhnliche Aufenthalt der Parteien bei Abschluss der Schiedsvereinbarung: Hatten in diesem Zeitpunkt die vor Schiedsgericht im Streit liegenden Parteien alle ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, liegt Binnenschiedsgerichtsbarkeit vor, die Bestimmungen des 3. Teils der Schweizerischen Zivilprozessordnung, nicht jene des IPRG sollen Anwendung finden.<sup>9</sup>

### 3.2. Schiedsfähigkeit (Art. 348 VE SZPO)

In der Frage, welche Streitsachen schiedsfähig sind, folgt der Vorentwurf grundsätzlich der bisherigen Regelung im Konkordat: Massgebend ist die *freie Verfügbarkeit des Anspruches*, nicht aber – wie nach Art. 177 Abs. 1 IPRG – sein vermögensrechtlicher Charakter. Art. 348 VE SZPO bringt mithin keine Neuerung.<sup>10</sup> Erwähnenswert ist die Bestimmung aber deshalb, weil ihre Fassung in der Subkommission zu lebhaften Diskussionen Anlass gab, was nicht verwundert, gehört doch die «[...] Frage nach der Arbitrabilität einer Streitsache bzw. nach dem hierauf anwendbaren Recht [...] zu den schwierigsten Problemen des [...] Schiedsgerichtswesens»<sup>11</sup>. Die Schiedsfähigkeit nach der freien Verfügbarkeit des Anspruchs zu beurteilen, stellt eine Lösung dar, die der internen Schiedsgerichtsbarkeit durchaus angemessen ist. Vorab knüpft sie an Bewährtes an. Zudem ist sie schiedsgerichtsfreundlich, denn sie schliesst auch nicht vermögensrechtliche Ansprüche, über welche die Parteien frei verfügen können (wie z. B. der Ausschluss aus einer kulturellen Organisation, Schutz von Persönlichkeitsrechten u. a. m.) mit ein. Sie ist überdies klar, ist doch aus dem Wortlaut der Bestimmung ohne weiteres erkennbar, dass vermögensrechtliche Streitsachen, die der Parteidisposition entzogen sind (wie beispielsweise der Streit um Unterhaltsbeiträge an minderjährige Kinder) nicht schiedsfähig sind. Der Nachteil, dass immer dann, wenn die freie Verfügbarkeit eines Anspruches nicht nach schweizerischem, sondern nach ausländischem Recht zu bestimmen ist, schwierige Auslegungsfragen zu lösen sind, ist umso eher in Kauf zu nehmen, als Streitsachen vor Binnenschiedsgerichten in aller Regel nach hiesigem Recht zu entscheiden sind<sup>12</sup>. In dieser Hinsicht unterschei-

8 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Abrufbar unter <http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm>.

9 Vgl. zur Bedeutung des Wohnsitzes als Abgrenzungskriterium zwischen interner und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit den Entscheid des Bundesgerichts, I. Zivilabteilung, vom 24. Juni 2002, 4P.54/2002, wiedergegeben in ASA-Bulletin 1/2003, S. 131 ff. und die dazu geäusserte Kritik von François Knoepfler in ASA-Bulletin 1/2003, S. 137 ff.

10 Gegenüber Art. 5 KSG ist inhaltlich einzig neu, dass dessen zweiter Halbsatz («... , sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist.») ersatzlos fallen gelassen wurde.

11 Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263 ff (Ziff. 2101.22 Abs. 2).

12 Wie in Pierre Lalive/François Poudret/Claude Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, Ziff. 2 zu Art. 5 KSG, überzeugend dargelegt, bestimmt sich die Schiedsfähigkeit nach der *lex causae*. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei Art. 177 Abs. 1 IPRG um eine materielle Regel des IPRG, die von der *lex arbitri* beherrscht ist; vgl. dazu BSK-IPRG-Briner, N 8 zu Art. 177 IPRG.

det sich die internationale Schiedsgerichtsbarkeit; für sie stellt das Abstellen auf das Kriterium des vermögensrechtlichen Charakters eine sinnvolle Lösung dar, die das Schiedsgericht in internationalen Verfahren davor bewahrt, mühsame Abklärungen über die freie Verfügbarkeit eines Anspruchs – häufig aus grenzüberschreitender Geschäftstätigkeit entstanden – anzustellen. Weniger einfach, aber vertretbar wäre auch eine Lösung, die als Regel der freien Verfügbarkeit des Anspruches folgt, für den Ausnahmefall aber, dass die Schiedsfähigkeit der Streitsache nach ausländischem Recht zu beurteilen ist, auf Art. 177 Abs. 1 IPRG verweist.<sup>13</sup>

### 3.3. Form der Schiedsvereinbarung (Art. 349 VE SZPO)

Nach Art. 6 KSG bedarf die Schiedsvereinbarung zu ihrer Gültigkeit der Schriftform. Diese Bestimmung war bereits 1969, im Zeitpunkt der Verabschiedung des Konkordates, veraltet, wie ein Blick auf die New York-Konvention von 1958<sup>14</sup> zeigt. Art. II Ziff. 2 dieser Konvention verlangt, dass jeder Vertragsstaat Vereinbarungen als gültige Schiedsabreden anzuerkennen hat, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben.

Art. 349 Abs. 2 VE SZPO knüpft an die Formulierungen in Art. 178 Abs. 1 IPRG sowie an jene in Art. 5 IPRG und Art. 9 GestG über Gerichtsstandsvereinbarungen an. Massgebend ist, dass der Abschluss einer Schiedsvereinbarung *durch Text nachgewiesen* werden kann, wobei dem Gebrauch bereits bekannter und künftiger moderner Übermittlungsmittel Rechnung getragen wird.

### 3.4. Offenbarungspflicht (Art. 354 Abs. 1 VE SZPO)

Nach nahezu einhelliger Meinung in Lehre und Rechtsprechung<sup>15</sup> untersteht das Schiedsrichtermandat dem Auftragsrecht. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte (hier die Schiedsrichter) dem Auftraggeber (nämlich den Streitparteien) für «getreue und sorgfältige Ausführung» des ihm übertragenen Geschäfts. Die Verfasser des Konkordats sind wohl davon ausgegangen, dass in der oben umschriebenen, auf Privatrecht gründenden Sorgfaltspflicht, die *Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten* stillschweigend miteingeschlossen ist.

Art. 354 Abs. 1 VE SZPO ruft diese Obliegenheit ausdrücklich in Erinnerung, indem er von jedem Schiedsmandatsträger verlangt, das Vorliegen von Umständen offen zu legen, die berechtigte Zweifel an seiner Unabhängigkeit wecken können. Diese Verdeutlichung einer allgemeinen Regel erweist sich auch für Binnenverhältnisse angesichts des stetigen Wertewandels als durchaus zweckmässig. Die Bestimmung steht in Einklang mit entsprechenden Vorgaben in Schiedsordnungen internationaler

Institutionen; die Formulierung lehnt sich an Art. 12 Abs. 1 des UNCITAL-Modellgesetzes an.<sup>16</sup>

### 3.5. Vorsorgliche Massnahmen (Art. 364 VE SZPO)

Nach heutigem Recht sind für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen allein die staatlichen Gerichte zuständig; das Schiedsgericht kann den Parteien lediglich vorsorglichen Rechtsschutz empfehlen und sie zur freiwilligen Befolgung entsprechender Anordnungen anhalten (Art. 26 KSG). Diese Regelung hat sich nicht bewährt; sie trägt den Bedürfnissen der Rechtssuchenden nach einstweiligem Rechtsschutz während des Verfahrens nicht Rechnung und verkennt den Stellenwert freiwilligen Mitwirkens im Prozess. Die Regelung im Vorentwurf, *dass auch das Schiedsgericht vorsorgliche Massnahmen einschliesslich solcher für die Sicherung von Beweismitteln anordnen kann*, stellt einen grossen Fortschritt dar; sie unterstreicht die Gleichwertigkeit von Binnenschiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Justiz.

Wie in internationalen Schiedsverfahren (Art. 183 Abs. 1 IPRG) gilt, dass der Gesuchsteller die Wahl hat, ob er vorsorglichen Rechtsschutz beim Schiedsgericht oder beim staatlichen Richter anbegehren will; bevor das Schiedsgericht konstituiert ist, kann ihm allerdings nur die staatliche Justiz Schutz gewähren. Der Vorentwurf verkennt nicht, dass dem Schiedsgericht die Autorität fehlt, angeordnete Massnahmen zwangsweise durchzusetzen. Deshalb wird die Lösung aus Art. 183 Abs. 2 IPRG übernommen, die erlaubt, für Vollzugsmassnahmen die Mitwirkung des staatlichen Richters in Anspruch zu nehmen, so etwa mit dem Begehren, einem vom Schiedsgericht angeordneten Verbot die Strafandrohung nach Art. 292 StGB anzufügen oder die Polizei zur Durchsetzung eines Herausgabebefehls einzuschalten.<sup>17</sup>

Vorauszusehen ist, dass die Abgrenzung der Aufgaben und Kompetenzen zwischen dem vorsorglichen Rechtsschutz anordnenden Schiedsgericht und dem i. S. von Art. 364 Abs. 2 VE SZPO zur Mitwirkung gerufenen staatlichen Richter gesetzgeberisch Fragen aufwerfen wird, die im Vorentwurf zum Teil offen gelassen wurden und dereinst von der Rechtsprechung zu beantworten sind. Fest steht, dass es nicht Aufgabe des staatlichen Gerichtes ist, die schiedsrichterliche Anordnung auf ihre Zweckmässigkeit hin zu überprüfen. Offen bleibt aber, wie weit der «juge d'appui» anpassend eingreifen darf, wenn das Schiedsgericht Massnahmen verordnet hat, die unsere Rechtsordnung nicht oder nicht in der verfügbaren Ausgestaltung kennt. In der Binnenschiedsgerichtsbarkeit dürften solche Fälle selten bleiben; in der Regel sind die Spruchkörper mit Schiedsrichtern besetzt,

13 Nicht weiterzuhelfen vermögen hingegen alternative oder kumulative Kombinationen der Kriterien «freie Verfügbarkeit» und «vermögensrechtlicher» Charakter eines Anspruches; siehe dazu Bericht, S. 167.

14 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, SR 0.277.12.

15 Vgl. statt vieler Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, S. 151.

16 «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. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.»

17 Eine solche Zwangsmassnahme kann sich auch gegen eine Person richten, die nicht Prozesspartei ist, z. B. ein Dritter, der für den Beklagten das herauszugebende Bild zurückhält, ohne daran eigene Rechte geltend zu machen; deshalb spricht Art. 364 Abs. 2 VE SZPO von der «betroffenen Person», nicht aber von der Partei.

die mit den Möglichkeiten und Grenzen des vorsorglichen Rechtsschutzes nach schweizerischem Recht vertraut sind.<sup>18</sup> Zu Unsicherheit Anlass geben könnte überdies die Frage nach dem sachlich zuständigen Gericht: Ist es der in Art. 346 Abs. 2 lit. c VE SZPO vorgesehene Richter (an welcher Stelle nur auf Art. 365 Abs. 2 nicht aber auf Art. 364 Abs. 2 VE SZPO verwiesen wird), hat der Vollstreckungsrichter diese Mitwirkungsaufgabe zu erfüllen oder ist der Massnahmenrichter anzurufen? Je nach Wahl der einen oder anderen Lösung, ergeben sich wiederum verschiedene örtliche Zuständigkeiten.<sup>19</sup>

Bezüglich der Leistung und der Freigabe von Sicherheiten (Art. 364 Abs. 3 und 5 VE SZPO) sowie der Haftung für Schaden, der aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsen ist (Art. 364 Abs. 4 VE SZPO), gilt im Wesentlichen die nämliche Ordnung, die Art. 278 VE SZPO für staatliche Gerichte vorsieht. Hervorzuheben ist, dass allfälliger Schadenersatz im hängigen Schiedsverfahren geltend gemacht werden kann (Art. 364 Abs. 4 VE SZPO letzter Satz). Wenn auch nicht ausdrücklich erwähnt, können Schiedsgerichte durchaus vorsorgliche Massnahmen gestützt auf einseitigen Antrag (superprovisorisch) aussprechen.

### 3.6. Streitgenossenschaft und Klagenhäufung (Art. 366 Abs. 1 und 2 VE SZPO)

Das Bemühen um prozessoökonomische Lösungen und die Sorge, widersprüchliche Entscheide zu vermeiden, haben die Verfasser des Vorentwurfes veranlasst, eine Neuerung einzuführen, die von grossem praktischen Nutzen sein kann, wenn *Mehrparteienverhältnisse* vorliegen oder unter denselben Parteien eine *Mehrzahl von Forderungen* strittig und deshalb einer endgültigen richterlichen Beurteilung zuzuführen sind.<sup>20</sup>

Art. 366 Abs. 1 VE SZPO erlaubt, dass Streitgenossen vor Schiedsgericht klagen oder gegen sie vor Schiedsgericht geklagt werden kann, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

- alle Parteien müssen untereinander durch eine oder mehrere übereinstimmende Schiedsvereinbarung(en) verbunden sein; und
- die geltend gemachten Ansprüche müssen identisch sein oder in einem sachlichen Zusammenhang stehen.

Erforderlich sind mithin nicht identische, sondern lediglich übereinstimmende Schiedsvereinbarungen, d. h. Schiedsabreden, in denen die *Essentialia* (wie Sitz, Anzahl Schiedsrichter oder das anwendbare Recht) gleich lauten.

18 Ordnet das Schiedsgericht allerdings Massnahmen an, die gegen die schweizerische Rechtsordnung verstossen, wird der staatliche Richter eine Mitwirkung verweigern.

19 Die örtliche Zuständigkeit des staatlichen Richters i. S. von Art. 346 VE SZPO gibt der Sitz des Schiedsgerichts vor, diejenige des Vollstreckungsrichters Art. 327 VE SZPO und die des Massnahmerichters Art. 11 VE SZPO.

20 Zu denken ist z. B. an den Bauherrn, der gegen Architekt, Ingenieur und Bauunternehmung vorgehen will (passive Streitgenossenschaft) oder an die Werbeagentur, die gegen einen Kunden Forderungen im Zusammenhang mit verschiedenen Werbeaktionen (und entsprechenden Verträgen) geltend macht (objektive Klagenhäufung).

Sind mehr als zwei Parteien an einem Schiedsverfahren beteiligt, kann bereits die Nominierung der Schiedsrichter zu Schwierigkeiten führen.<sup>21</sup> Diesem Umstand trägt Art. 353 VE SZPO, der die Ernennung der Schiedsrichter durch das staatliche Gericht regelt, Rechnung mit der Bestimmung, dass der staatliche Richter oder die in der Schiedsvereinbarung bezeichnete Stelle *alle Mitglieder bezeichnen kann* (Abs. 2).

Art. 366 Abs. 2 VE SZPO regelt die Beurteilung gehäufter Ansprüche zwischen den gleichen Parteien (objektive Klagenhäufung) durch ein und dasselbe Schiedsgericht. Auch in diesem Fall müssen die Schiedsvereinbarungen, mit denen die Ansprüche behaftet sind, nicht identisch sein; es genügt Übereinstimmung. Überdies haben die verschiedenen Ansprüche auch hier sachlich zusammenzuhängen. Für die Auslegung des Erfordernisses eines sachlichen Zusammenhangs werden Lehre und Praxis zu Art. 22 LugÜ und Art. 6 und 7 GestG, wo dieser Begriff in vergleichbarem Zusammenhang verwendet wird, nützliche Hinweise liefern können.

### 3.7. Verrechnung und Widerklage (Art. 367 VE SZPO)

3.7.1. Art. 29 KSG, der die *Verrechnung* regelt, gehört zu den meist kritisierten Bestimmungen der heute geltenden Ordnung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit<sup>22</sup>. Die restriktive Auslegung dieser Norm durch das Bundesgericht vermochte diese Kritik nicht zum Verstummen zu bringen<sup>23</sup>. Die zwingende Vorschrift, dass das Schiedsgericht das Verfahren aussetzen muss, wenn eine Forderung zur Verrechnung gestellt wird, die von der für die Hauptforderung geltenden Schiedsvereinbarung nicht erfasst wird, und der verrechnenden Partei eine Frist zur Geltendmachung des Anspruchs vor dem staatlichen Richter setzen muss, hat sich tatsächlich nicht bewährt. Der Vorentwurf beschreitet einen andern Weg, um zwischen Anliegen des materiellen Rechts und den Bedürfnissen der Prozessökonomie einen Ausgleich zu finden<sup>24</sup>: Art. 367 Abs. 1 VE SZPO erklärt ein Schiedsgericht auch dann zuständig, über eine Verrechnungseinrede zu urteilen, wenn die zur Kompensation gestellte Forderung nicht mit der für die Hauptforderung gültigen Schiedsvereinbarung behaftet ist und zwar auch dann, wenn für den Verrechnungsanspruch eine andere Schiedsvereinbarung oder eine Gerichtsstandsklausel gilt. Der Vorentwurf übernimmt damit eine Lösung, wie sie die Schiedsordnungen verschiedener Handelskammern in der Schweiz ken-

21 Vgl. dazu etwa Mark Blessing, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, in: Berti/Honsell/Vogt/Schnyder, International Arbitration in Switzerland, Basel 2000, N 136 ff.

22 Vgl. etwa Lalive/Poudret/Reymond (Fn. 12) N 2 zu Art. 29 KSG; Rüede/Hadenfeldt (Fn. 15) S. 259; Eugen Bucher, Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Bemerkungen zur Kompensation («Verrechnung»), in: FS von Overbeck, Fribourg 1990, S. 701 (702); ders., Kompensation im Prozess: Zurück zum materiellen Recht, in: FS Reinhold Geimer, München 2002, S. 97 (102).

23 BGE 118 Ia 154 und die dort zitierte Literatur.

24 Siehe zum Ganzen François Poudret, Compensation et Arbitrage, in: Jean-Marc Rapp/Michel Jaccard (eds.), Le droit en action, Lausanne 1996, S. 361 ff. sowie die in Fn. 22 oben zitierten Werke von Bucher.

nen.<sup>25</sup> Der Vorschlag ist der heutigen Regelung vorzuziehen, weil er einem raschen und effizienten Verfahrensablauf förderlich ist – jedenfalls so lange, als das im Hinblick auf die Beurteilung der Hauptforderung bestellte Schiedsgericht mit vertretbarem Aufwand auch über den Verrechnungsanspruch urteilen kann. Er wird bei denen auf Kritik stossen, die den Schutz des Klägers höher stellen als die Prozessökonomie, des Klägers nämlich, der sich gegen seinen Willen vor einem Schiedsgericht, dessen Zuständigkeit er nur für die von ihm eingeklagte Forderung anerkannt hat, gegen Ansprüche zur Wehr setzen muss, die der Beklagte klageweise vor andern Instanzen geltend machen müsste.<sup>26</sup> Diesem Nachteil kann allenfalls dadurch begegnet werden, dass die Parteien bereits bei Abschluss des mit einer Schiedsklausel versehenen Vertrages vereinbaren, dass Forderungen aus diesem Rechtsverhältnis nicht mit schiedsklauselfremden Ansprüchen verrechnet werden dürfen.

3.7.2. Der Vorentwurf erweist sich insofern als «widerklagefreundlich» als er auch *Widerklagen* zulässt, welche Streitsachen beschlagen, die zwar nicht unter die nämliche Schiedsabrede fallen wie die Vorklage, aber mit einer übereinstimmenden Schiedsvereinbarung behaftet sind (Art. 367 Abs. 2 VE SZPO; siehe dazu auch Art. 366 Abs. 2 VE SZPO und oben Ziff. 3.6).

Ungeklärt lässt die Formulierung in Abs. 2 von Art. 367 VE SZPO, ob das Erfordernis der Konnexität, wie es Art. 80 Abs. 1 lit. a VE SZPO für Widerklagen vor staatlichen Gerichten ausdrücklich vorsieht, in Verfahren vor Schiedsgerichten entfällt. Es wäre begrüssenswert, diesen Punkt im Rahmen der weiteren gesetzgeberischen Vorarbeiten zu präzisieren, sei es mit einem Hinweis auf die Widerklage vor staatlicher Justiz (Art. 80 VE SZPO), sei es durch einen Verweis auf die Regelung der objektiven Klagenhäufung (Art. 366 Abs. 2 VE SZPO).<sup>27</sup>

### 3.8. Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung (Art. 376 VE SZPO)

Nach Art. 376 VE SZPO kann jede Partei beim Schiedsgericht die Berichtigung von Redaktions- und Rechnungsfehlern im Schiedsspruch, die Erläuterung bestimmter Teile des Schiedsurteils sowie die Ergänzung des Schiedsentscheids hinsichtlich solcher Ansprüche beantragen, die im Schiedsverfahren zwar geltend gemacht, im Schiedsspruch aber nicht behandelt worden sind.

Diese Bestimmung, die im Konkordat keinen entsprechenden Vorläufer hat<sup>28</sup>, ist von Art. 33 des UNCITRAL-Modellgesetzes

inspiriert. Sie weicht von der in Art. 324 VE SZPO vorgesehenen Regelung für staatliche Gerichtsverfahren bewusst ab. Nach dem Vorentwurf soll also die Beseitigung von Unzulänglichkeiten im Schiedsspruch, wie z. B. eine fehlende Begründung hinsichtlich eines abgewiesenen oder nicht berücksichtigten Anspruchs, künftig sachgerecht direkt vom Schiedsgericht verlangt und durch dieses umgesetzt werden können.

Berichtigung und Erläuterung sind unserem (staatlichen) Prozessrecht bekannte Institute. Mit der Möglichkeit der Ergänzung durch blossen Rechtsbehelf wird hingegen Neuland betreten. Sie steht zurzeit vom Wortlaut her in Konkurrenz zum zweiten Halbsatz des Anfechtungsgrundes gemäss Art. 378 lit. c VE SZPO, der unverändert Art. 36 lit. c KSG entnommen wurde («Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, wenn [. . .] das Schiedsgericht [. . .] Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat»). Es erscheint zweckmässig, diese Abgrenzungsfrage im Rahmen der weiteren Gesetzgearbeiten zu bereinigen, z. B. durch Streichung des erwähnten zweiten Halbsatzes von 378 lit. c VE SZPO.<sup>29</sup>

## 4. Stichworte zu einigen weiteren Änderungen

Der Vorentwurf enthält zahlreiche Anpassungen, Ergänzungen und Klarstellungen gegenüber dem Konkordat, die von praktischer Bedeutung sind. Er verzichtet aber auch bewusst auf die Regelung verschiedener Fragen. Die nachstehende, nicht abschliessende Liste weist auf einzelne solche Punkte hin:

4.1. Die Organisation der Zivilrechtspflege, mithin auch die Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte, bleibt Aufgabe der Kantone.<sup>30</sup> Ausnahmen bestätigen diese Regel. So enthält Art. 346 VE SZPO Vorschriften zur *Zuständigkeit der staatlichen Gerichte*, die sich überwachend oder unterstützend mit der Schiedsgerichtsbarkeit befassen. Die Bestimmung schreibt den Kantonen vor, dass das staatliche Gericht, welches als Rechtsmittel- und Vollstreckungsinstanz bezeichnet wird, von derjenigen richterlichen Behörde zu trennen ist, die lediglich unterstützende Aufgaben, wie z. B. die Ernennung oder Ablehnung von Schiedsrichtern oder die Verlängerung der Amtsdauer des Schiedsgerichts, wahrnimmt.

4.2. Der Vorentwurf verzichtet auf eine Bestimmung, die das auf die Schiedsvereinbarung *anwendbare Recht* regelt (anders Art. 178 Abs. 2 IPRG). Dieser Verzicht ist für Binnenverhältnisse gerechtfertigt. Die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung beurteilt sich nach schweizerischem Recht, und zwar selbst dann, wenn (ausnahmsweise) auf das strittige Rechtsverhältnis ausländisches Recht Anwendung findet.<sup>31</sup>

25 So Art. 27 der Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer; vgl. auch das Schiedsreglement der Handels-, Industrie- und Gewerbekammer des Kantons Tessin (Art. 12.1.) sowie das Schiedsreglement der Handelskammer beider Basel; neuerdings auch Art. 21.5 der Swiss Rules of International Arbitration (am 30. September 2003 verabschiedete einheitliche Regeln der verschiedenen Schweizer Handelskammern).

26 So Bucher, FS Geimer (Fn. 22) S. 133 ff.

27 Die Widerklage ist richtig betrachtet lediglich ein besonderer Anwendungsfall des Instituts der objektiven Klagenhäufung. Vgl. dazu statt vieler Richard Frank/Hans Sträubli/Georg Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu § 15 ZPO ZH; BSK-GestG-Spühler, N 1 zu Art. 6 GestG; Franz Kellerhals/Andreas Güngerich/Bernhard Berger, Bernisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2003, Rz. 04.74.

28 In Verfahren nach Konkordat können Erläuterung und Ergänzung nur im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 36 KSG verlangt werden, nicht aber als eigener Rechtsbehelf direkt gegenüber dem Schiedsgericht. Vgl. dazu etwa BGE 110 Ia 123.

29 So der Vorschlag von Dr. Philipp Habegger, Rechtsanwalt, Zürich, anlässlich eines Referates vor der Fachgruppe Schiedsgerichtsbarkeit des ZAV/ASA Lokalgruppe Zürich vom 1. September 2003 zum Thema: Zum 3. Teil über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit des Vorentwurfs der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Eine kritische Würdigung.

30 Art. 122 Abs. 2 BV (in der Fassung vom 17. März 2000).

31 Bericht zum VE SZPO, S. 167.

4.3. Im Sinne einer Klarstellung lässt Art. 351 Abs. 2 VE SZPO die Annahme gelten, dass immer dann, wenn die Parteien eine *gerade Anzahl* von Mitgliedern des Schiedsgerichts vereinbart haben, eine *zusätzliche Person* als Obmann zu bestimmen ist.

4.4. Zur Frage, ob das Schiedsgericht während der Dauer eines *Ablehnungsverfahrens* im Beisein des abgelehnten Schiedsrichters weiterverhandeln und einen Schiedsspruch erlassen kann, schweigen sowohl das Konkordat wie auch das IPRG. Art. 359 Abs. 4 VE SZPO beantwortet sie: Ohne gegenteilige Vereinbarung zwischen den Parteien kann das Schiedsgericht das Verfahren ohne Ausschluss der abgelehnten Person fortsetzen und entscheiden.

4.5. Unsicherheit bestand bisher darüber, ob der *Entscheid über die Ablehnung* eines Schiedsrichters selbständig angefochten werden kann. Art. 359 Abs. 5 VE SZPO stellt klar, dass solche Entscheide nicht selbständig, sondern nur zusammen mit dem «ersten anfechtbaren Schiedsspruch» überprüft werden können. Gleiches gilt für *Abberufungsentscheide* (vgl. Art. 360 Abs. 3 VE SZPO).<sup>32</sup>

4.6. Muss ein Schiedsrichter im Laufe des Verfahrens ersetzt werden, stellt sich die Frage, ob die Prozesshandlungen, an denen der auszuwechselnde Schiedsrichter mitgewirkt hat, weitergelten sollen. Gemäss Art. 23 KSG befindet darüber der staatliche Richter, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Diese Regelung hat sich allein deshalb nicht bewährt, weil diese Instanz mit dem Prozessstoff weit weniger vertraut ist als das Schiedsgericht selbst. Nach der Lösung des VE SZPO soll deshalb in Zukunft das neu konstituierte Schiedsgericht entscheiden, in welchem Umfang Prozesshandlungen zu wiederholen sind, an denen das ersetzte Mitglied mitgewirkt hat (Art. 361 Abs. 3 VE SZPO).

4.7. Art. 362 Abs. 2 VE SZPO regelt den Konflikt, der dadurch entstehen kann, dass in *nämlicher Streitsache* die *gleichen Parteien* sowohl das *Schiedsgericht* als auch den *staatlichen Richter* anrufen. Die Bestimmung sieht vor, dass die zuletzt angerufene Instanz das Verfahren aussetzt, bis die zuerst angerufene über ihre Zuständigkeit entschieden hat.<sup>33</sup>

4.8. Art. 208 Abs. 2 VE SZPO legt fest, dass für die Berechnung gesetzlicher Fristen des Bundeszivilrechts, die «auf den Zeitpunkt der Klage, der Klageanhebung oder der Rechtshängigkeit» abstellen, der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit «nach diesem Gesetz»<sup>34</sup> massgeblich ist. Diese Bestimmung gilt für die Rechtshängigkeit in Verfahren vor staatlichen Gerichten. Art. 362 Abs. 3 VE SZPO stellt klar, dass die in Art. 362 Abs. 1 VE SZPO umschriebenen *Rechtshängigkeit vor Schiedsgerichten* für

die Berechnung gesetzlicher Fristen des Bundeszivilrechts die nämliche Wirkung hat.

4.9. Ähnlich wie Art. 27 Abs. 2 KSG erlaubt auch Art. 365 Abs. 2 VE SZPO, dass das Schiedsgericht das staatliche Gericht um *Mitwirkung bei der Beweisabnahme* und um Vornahme sonstiger gerichtlicher Handlungen ersuchen kann. Der Vorentwurf präzisiert, dass die Mitglieder des Schiedsgerichts ein Recht haben, an solchen Prozesshandlungen teilzunehmen (Art. 365 Abs. 3 VE SZPO).

4.10. An der Regelung, dass die Durchführung des Schiedsverfahrens von der Bezahlung der einverlangten Kostenvorschüsse abhängig gemacht werden und die vorschusswillige Partei für die säumige einspringen kann, ändert der Vorentwurf nichts.<sup>35</sup> Für den Fall, dass sich die nicht säumige Partei anders entscheidet und auf das Schiedsverfahren verzichtet, sieht Art. 30 Abs. 2 KSG vor, dass «die Parteien . . . nicht mehr an die Schiedsabrede gebunden sind». Diese Lösung hat den Nachteil, dass sie der nicht bezahlenden Partei ermöglicht, das Dahinfallen der Schiedsvereinbarung zu provozieren. Falls die nicht säumige Partei auf das Schiedsverfahren verzichtet, soll sie deshalb in Zukunft die Wahl haben, entweder ein neues Schiedsverfahren einzuleiten oder aber vor dem staatlichen Richter zu klagen (Art. 368 Abs. 2 VE SZPO). Demgegenüber hat die nicht bezahlende Partei kein solches Wahlrecht; will sie angriffsweise vorgehen, bleibt sie an die Schiedsabrede gebunden.<sup>36</sup>

4.11. Eine Bestimmung, die dem Schiedsgericht erlauben würde, eine *Kostensicherheit (cautio iudicatum solvi)* anzuordnen, ist im Vorentwurf bewusst nicht aufgenommen worden.<sup>37</sup>

4.12. Von grossem praktischem Nutzen kann die Bestimmung in Art. 370 Abs. 2 VE SZPO sein: Sofern ein Schiedsrichter die Teilnahme an einer Beratung oder an einer Abstimmung verweigert, sollen die übrigen Mitglieder *ohne den die Mitwirkung verweigernden Schiedsrichter* beraten und entscheiden können, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

4.13. Art. 374 VE SZPO bringt hinsichtlich *Hinterlegung und Zustellung* des Schiedsspruches gegenüber der Regelung von Art. 35 KSG erhebliche Vereinfachungen. Nicht mehr vorgesehen ist insbesondere die Zustellung durch die Hinterlegungsbehörde.<sup>38</sup>

35 Vgl. Art. 30 KSG und Art. 368 VE SZPO.

36 Diese Regel, wonach die nicht bezahlende Partei an die Schiedsklausel gebunden bleibt, verlangt ggf. nach einer Ausnahme für den Fall, dass diese den verlangten Vorschuss nicht bezahlen kann. Art. 105 Abs. 2 lit. c VE SZPO hält ausdrücklich fest, dass in Verfahren vor Schiedsgerichten keine unentgeltliche Prozessführung gewährt wird. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat aber Verfassungsrang (Art. 29 Abs. 3 BV). Deshalb wird man in Ausnahmesituationen, insbesondere wenn der Kläger den Vorschuss wegen Prozessarmut nicht bezahlen kann, an der für die nicht bezahlende Partei in Art. 368 Abs. 2 VE SZPO getroffenen Lösung möglicherweise nicht festhalten können.

37 M. E. entspricht allerdings die Bemerkung im Bericht zum VE SZPO (S. 175), die Expertenkommission halte die Sicherstellung der Parteikosten im Schiedsverfahren für unzulässig, nicht dem Verlauf der Verhandlungen in diesem Gremium.

38 Siehe Bericht zum VE SZPO, S. 178.

32 Siehe dazu die Hinweise zu Rechtsprechung und Literatur im Bericht zum VE SZPO, S. 171.

33 Siehe dazu den Bericht zum VE SZPO, S. 172.

34 Die Rechtshängigkeit regelt Art. 206 VE SZPO.

## 5. Rechtsmittel

### 5.1. Keine direkte Beschwerde ans Bundesgericht

Nach dem heutigen, auf Binnenschiedsverfahren anwendbaren Recht, besteht grundsätzlich eine zweistufige Rechtsmittelkontrolle. Zunächst kann gegen den Schiedsspruch die Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 36 KSG ergriffen werden. Gegen den Nichtigkeitsbeschwerdeentscheid des «oberen ordentlichen Zivilgerichts» des Sitzkantons (Art. 3 KSG) steht alsdann die staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 84 Abs. 1 lit. b OG (Konkordatsbeschwerde) offen.

Es liegt auf der Hand, dass dieses *Zweistufenmodell* einem der Hauptvorteile der Schiedsgerichtsbarkeit, der Raschheit des Verfahrens, abträglich ist. Die Expertenkommission diskutierte deshalb die Möglichkeit einer direkten Beschwerde an das Bundesgericht nach dem Vorbild von Art. 190 IPRG für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit.

Zwei Gründe bewogen jedoch die Experten, im Vorentwurf auf einen solchen Regelungsvorschlag zu verzichten. Einerseits würde eine Verkürzung des Instanzenzuges durch Schaffung einer direkten Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht einem der Hauptanliegen der Justizreform, der Entlastung des Bundesgerichts, zuwiderlaufen und wäre daher politisch nur schwer durchsetzbar. Andererseits gebietet die Gesetzessystematik, dass sich die künftige SZPO zum Thema Beschwerde ans Bundesgericht zurückhält: Die Regelung der Beschwerde in Zivilsachen an unser höchstes Gericht ist dem bereits in Form eines bundesrätlichen Entwurfs vorliegenden Bundesgerichtsgesetz (BGG)<sup>39</sup> vorzubehalten.

<sup>39</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; Entwurf vom 28. Februar 2001, BBl 2 001 4480). Vgl. zum Ganzen auch Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202.

### 5.2. Kein vollständiger Verzicht auf Rechtsmittel (Art. 384 VE SZPO)

Als «Ersatz» für den wohl beizubehaltenden doppelten Instanzenzug diskutierte die Expertenkommission unter anderem auch die Möglichkeit eines vollständigen Verzichts auf Rechtsmittel durch die Parteien (analog Art. 192 Abs. 1 IPRG). Im Bewusstsein, dass in Binnenverhältnissen nicht selten auch wenig erfahrene Parteien Schiedsvereinbarungen eingehen, entschied man sich im Sinne eines Kompromisses für die Möglichkeit, dass die Parteien «durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft auf die Beschwerde an das Bundesgericht verzichten» können (Art. 384 VE SZPO); ein Verzicht auch auf die Beschwerde an die kantonale Rechtsmittelinstanz ist nicht zulässig.

## 6. Schlussbemerkungen

Die Regelung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit im 3. Teil des VE SZPO baut auf Bewährtem auf. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass seit Inkrafttreten des Konkordats die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG gesetzlich geregelt wurde und sich dazu eine reiche Rechtsprechung gebildet hat. Sie berücksichtigt ferner die berechtigte Kritik am Konkordat. Eine Überprüfung des VE im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens und der parlamentarischen Beratungen wird zweifellos zeigen, dass an einigen Bestimmungen Retouchen anzubringen sind. Der Vorschlag erweist sich indessen in seinen Grundzügen und in der Beantwortung der Kernfragen als in sich geschlossener Wurf, der die Unterstützung aller verdient, die im Alltag damit zu tun haben werden. ■