



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**

1. Einleitung	2
2. Geltende Rechtslage	2
a. Testamentarische Schiedsklauseln	2
b. Stiftungen und Trusts	5
c. Gesellschafts- und Immaterialgüterrecht	7
3. Revision	9
4. Stellungnahme	11
a. Dogmatische Fundierung	11
b. Interaktion zwischen Art. 178 Abs. 4 E-IPRG und sonstigen Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG	12
c. Konkretisierung der materiellen Gültigkeit bestimmter Schiedsklausel-Typen nach schweizerischem Recht	15
d. Einseitige Schiedsklauseln in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit	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,¹ bilden einseitige Schiedsklauseln den Gegenstand einer anhaltenden Kontroverse im schweizerischen Schrifttum, welche nicht zuletzt auf die fehlende gesetzliche Normierung dieses Instruments zurückzuführen ist.² 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,³ liegt bislang keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu testamentarischen Schiedsklauseln vor.⁴ Lediglich zwei ältere Entscheidungen der Zürcher Gerichte aus den 1980er-Jahren erachteten einseitige Schiedsklauseln in allgemeiner Form⁵ sowie in Bezug auf Pflichtteilsansprüche⁶ 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 Deutschland⁷ und Österreich⁸ verfügen einseitige Schiedsklauseln hiezulande weder in der Binnen- noch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

¹ 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.

² Vgl. SCHLUMPF MICHAEL, Testamentarische Schiedsklauseln, Diss. Zürich/St. Gallen 2011, 13 f.

³ Vgl. BGer 4A_218/2015 vom 28. Oktober 2015, welcher ein erbrechtliches Schiedsverfahren auf Grundlage einer Schiedsklausel in einem aussergerichtlichen Vergleich betraf.

⁴ SCHLUMPF (N 2) 14.

⁵ OGer ZH, 1.10.1980, ZR 1981 Nr. 10 S. 31.

⁶ OGer ZG, 16.2.1987, ZR 1989 Nr. 75 S. 241.

⁷ Vgl. § 1066 D-ZPO.

⁸ Vgl. § 581 Abs. 2 Ö-ZPO.

über eine eindeutige gesetzliche Grundlage.⁹ Die in Art. 357 ZPO bzw. Art. 178 Abs. 1 IPRG gewählte Formulierung scheint auf den ersten Blick die kategorisch zweiseitige Natur der „Schiedsvereinbarung“ naheulegen.¹⁰ Im schweizerischen Schrifttum lässt sich dennoch ein breites, insgesamt permissiveres Meinungsspektrum bezüglich der Qualifikation und Zulässigkeit von einseitigen Abschlusstattbeständen konstatieren. Ein Teil der (älteren) schweizerischen Lehre erachtet zwar testamentarische Schiedsklauseln generell als unzulässig.¹¹ Namentlich RIEMER¹² 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.¹³ Schliesslich wird eingewendet, dass nun einmal keine Schiedsvereinbarung i.S.v. Art. 354 ZPO bzw. Art. 178 Abs. 1 IPRG vorliege.¹⁴

Ein weitaus grösserer Teil der Lehre¹⁵ spricht sich indes für die Zulässigkeit von einseitigen Abschlusstattbeständen im erbrechtlichen Kontext aus, jedenfalls solange sie sich lediglich auf die frei verfügbare Quote beschränken. Als Begründung führt namentlich SCHLUMPF¹⁶ – in Anlehnung an die von HAAS¹⁷ 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

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² RIEMER (N 1) 382 ff.

¹³ SUTTER-SOMM/GUT (N 11) 152 f.

¹⁴ 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.

¹⁵ BSK ZPO-MARTIN-SPÜHLER, Art. 28 Rn. 19; BSK IPRG-GRÄNICHNER, 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.

¹⁶ SCHLUMPF (N 2) passim.

¹⁷ 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 Pflichtteilerben Bindungswirkung entfalten können.¹⁸

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 Pflichtteilerben, sondern – im Gegensatz zur wohl h.L. – auch gegenüber den gesetzlichen Erben ab.¹⁹ 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,²⁰ jedenfalls soweit der Willensvollstrecker dem Ansinnen des Erblassers durch Übernahme seines Amtes zustimmt.²¹ 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.²²

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,²³ Ausschüttungsverträge des Stiftungsrechts, welche der Destinatär unterzeichnet, oder

¹⁸ 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.

¹⁹ BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 Rn. 64.

²⁰ 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.

²¹ HAAS (N 17) 51.

²² BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 Rn. 16; MAUERHOFER (N 20) 391 f.; teilweise abweichend SCHLUMPF (N 2) 216 f.

²³ 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.²⁴

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.²⁵ 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.²⁶

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

²⁴ 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.

²⁵ BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3rd 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.

²⁶ BSK ZGB-STAEHELIN, Art. 482 Rn. 36.

und Durchsetzbarkeit einseitiger Schiedsklauseln unterschiedlich beurteilt, wobei nachfolgend die stiftungsrechtliche Situation im Mittelpunkt steht.²⁷

In verschiedenen kontinentaleuropäischen Jurisdiktionen ist zwar die Möglichkeit anerkannt, Dritten Rechte durch Vertrag einzuräumen.²⁸ Der Auferlegung von Pflichten ohne Zustimmung des Betroffenen steht man indes viel kritischer gegenüber.²⁹ Im Verhältnis zu Stiftungsdestinatären bzw. Trust-Beneficiaries können Schiedsklauseln in Stiftungs- und Trust-Urkunden daher nicht ohne Weiteres durchgesetzt werden.³⁰ Demgemäss verlangt auch die ganz h.M. in der Schweiz³¹ 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.³² 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.³³ 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.³⁴ Eine explizite Annahme des Antrags zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung durch Inanspruchnahme der betreffenden Leistung bedarf es nach dieser Auffassung nicht.³⁵

²⁷ 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.

²⁸ Vgl. BSK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 Rn. 1 f., 21, mit Verweis auf die Rechtslage in Deutschland und Frankreich.

²⁹ HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht – Allgemeiner und besonderer Teil*, 2. A., Zürich 2014, 338 f.; für das deutsche Recht vgl. MünchKomm BGB/GOTTWALD, § 328 Rn. 188; ebenso für das österreichische Recht KALSS, in: KLETEČKA/SCHAUER, *ABGB-ON § 882 Rn. 1*.

³⁰ 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.

³¹ JONES/PEXTON (N 27) 357 ff.; BERGER/KELLERHALS (N 25) 159.

³² 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; POUDET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd 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.

³³ 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.

³⁴ So GÖKSU (N 10) 174.

³⁵ GÖKSU (N 10) 174.

Klar schiedsfreundlicher gestaltet sich die Rechtslage in Liechtenstein,³⁶ welches die Gültigkeit von Schiedsklauseln in Verfügungen von Todes wegen, Gesellschaftssatzungen und anderen einseitigen Rechtsgeschäften anerkennt.³⁷ Untersteht bspw. ein Trust ausländischem Recht, sieht Art. 931 Abs. 2 PGR sogar ausdrücklich vor, dass Streitigkeiten zwischen Settlor, Trustee und Beneficiary³⁸ 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.³⁹ Während die ältere österreichische Lehre eine Stiftungserklärung als Statuten im vorgenannten Sinne qualifizierte⁴⁰, erachtet die neue Lehre diese als „nicht auf Vereinbarung beruhendes Rechtsgeschäft“ i.S.v. § 581 Abs. 2 Ö-ZPO.⁴¹ Einen vergleichbaren Ansatz verfolgt Deutschland in § 1066 D-ZPO, welcher die Begründung schiedsgerichtlicher Zuständigkeit durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügung erlaubt.⁴² Diese Vorschrift ist nach herrschender Meinung auf Schiedsgerichte anwendbar, welche in Stiftungsgeschäften zu Lebzeiten oder in Stiftungsgeschäften von Todes wegen angeordnet wurden.⁴³

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.⁴⁴ Als spezifische Ausprägung des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung vermag

³⁶ SCHUMACHER (N 33) 147 f.; JONES/PEXTON (N 27) 310 ff.

³⁷ Vgl. § 598 Abs. 2 FL-ZPO; SCHUMACHER (N 33) 147.

³⁸ Der Gesetzestext spricht hierbei vom „Treugeber, Treuhänder und dem Begünstigten“.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ REINER ANDREAS, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 159.

⁴² Zöller/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.

⁴³ MünchKomm ZPO/MÜNCH (N 42), § 1066 Rn. 8; BeckOK ZPO/WOLF/ESLAMI (N 42), § 1066 Rn. 9; STUMPF (N 42) 267 f.

⁴⁴ Vgl. BERGER/KELLERHALS (N 25) 156.

eine Schiedsklausel bspw. in einen Gesellschaftsvertrag oder in die Statuten einer Gesellschaft inkorporiert zu werden.⁴⁵ Einerseits liesse sich eine solche statutarische Schiedsklausel als „vertragliche Klausel“ qualifizieren, deren gültiges Zustandekommen den Konsens der Generalversammlung bzw. des Verwaltungsrates voraussetzt.⁴⁶ Nachträglich hinzutretende Aktionäre müssten ebenfalls ihre ausdrückliche Zustimmung in schriftlicher Form gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 358 Abs. 1 ZPO⁴⁷ erteilen, um von der Bindungswirkung der Schiedsklausel erfasst zu werden.⁴⁸ 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.⁴⁹ 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.⁵⁰

Andererseits liesse sich die Schiedsklausel als „echte Statutenklausel“ ansehen, an welche sowohl die Aktionäre als auch die Verwaltungsräte durch einen Mehrheitsentscheid gebunden werden könnten.⁵¹ Eine Differenzierung zwischen Alt- und Neuaktionären in puncto Schiedsbindung würde in diesem Fall vermieden.⁵² In der Praxis scheint diese dogmatische Abgrenzung aus (schieds-)verfahrensrechtlichen Gründen indes von untergeordneter Bedeutung zu sein.⁵³ 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.⁵⁴

Das Immaterialgüterrecht bildet zwar ein wichtiges Anwendungsfeld für die Schiedsgerichtsbarkeit,⁵⁵ 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.⁵⁶ Traditionell beruht dies jedoch zumeist auf einer zweiseitigen Schiedsvereinbarung, die häufig in Lizenzverträgen enthalten ist,

⁴⁵ BERGER/KELLERHALS (N 25) 158.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ BSK ZPO-GIRSBERGER, Art. 357 Rn. 29; BERGER/KELLERHALS (N 25) 156; GÖKSU (N 10) 170.

⁴⁸ BÜCHLER/VON DER CRONE (N 46) 261 f.; in diese Richtung auch BERGER/KELLERHALS (N 25) 156.

⁴⁹ BÜCHLER/VON DER CRONE (N 46) 261.

⁵⁰ BERGER/KELLERHALS (N 25) 156.

⁵¹ BSK IPRG-GRÄNICHNER, Art. 178 Rn. 8c; GÖKSU (N 10) 171; BÜCHLER/VON DER CRONE (N 46) 261.

⁵² BÜCHLER/VON DER CRONE (N 46) 261.

⁵³ 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 Gestaltungsfragen zumeist keine gültige Schiedsklausel vor, weil die objektive Schiedsfähigkeit dieser Verfahrensgegenstände zu verneinen sei.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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 FRAND⁵⁷-Lizenzierung von standardessentiellen Patenten zu entwickeln. Da sich derartige Lizenzierungen als ausserordentlich streitanfällig erwiesen haben,⁵⁸ 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,⁵⁹ 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.⁶⁰ 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.⁶¹ 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

⁵⁷ FRAND = fair, reasonable and not-discriminatory.

⁵⁸ 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> (30.5.2017).

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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,⁶² ist eine überaus wichtige Neuerung in der geplanten positivrechtlichen Regelung zu einseitigen Schiedsklauseln in den schweizerischen *leges arbitri* zu erblicken.⁶³ Damit soll die erforderliche Rechtssicherheit hinsichtlich der Gültigkeit derartiger Abschlussformen gefördert werden.⁶⁴

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)⁶⁵ 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*.⁶⁶ 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.⁶⁷

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.⁶⁸

Als Anwendungsbeispiele für einseitige Schiedsklauseln erwähnt der erläuternde Bericht namentlich „Testament[en], Stiftungerrichtungsakt[en], Preisausschreibung[en] oder Trust[s]“. ⁶⁹ Hiermit werden Hauptanwendungsfälle von einseitigen Abschlusstatbeständen in der Praxis⁷⁰ 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,⁷¹ erscheint die Schaffung einer korrespondierenden Regelung in beiden Erlassen folgelogisch.

⁶² BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 8 ff.

⁶³ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 11.

⁶⁴ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 20.

⁶⁵ Siehe zur betreffenden Adaption von Art. 176 Abs. 1 E-IPRG unten 4.b.

⁶⁶ GÖKSU (N 10) 149 f.

⁶⁷ Statt vieler BSK IPRG-MABILLARD/BRINER, Art. 177 Rn. 8.

⁶⁸ Vgl. hierzu unten 4.b.

⁶⁹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 20.

⁷⁰ Vgl. BERGER/KELLERHALS (N 25) 157 ff.

⁷¹ 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 Meinungsspektrums⁷² 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,⁷³ wünschenswert. Während Ablehnung, die sich auf die im Gesetzeswortlaut verwendete Formulierung („Schiedsvereinbarung“) abstützt,⁷⁴ 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 EMRK⁷⁵ oder die aus einer Schiedsvereinbarung resultierenden Rechtspflichten⁷⁶ 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.

⁷² Für einen Überblick vgl. SCHLUMPF (N 2) 16 ff.

⁷³ Vgl. hierzu SCHLUMPF (N 2) 20 ff.

⁷⁴ BERGER/KELLERHALS (N 25) 157 f.; RIEMER (N 1) 381; vgl. vorne 2.a.

⁷⁵ Vgl. SCHLUMPF (N 2) 17 f.

⁷⁶ 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)⁷⁷ strengeren Voraussetzungen der objektiven Schiedsfähigkeit gemäss Art. 354 ZPO, welche die „freie Verfügbarkeit“ über die streitgegenständlichen Ansprüche verlangen, im Wege

⁷⁷ 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 Schiedsverfahrens⁷⁸ 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 des die 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 Formerfordernisses⁷⁹ 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 Schiedsvereinbarung⁸⁰ 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

⁷⁸ 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: TORGGLER 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.

⁷⁹ GÖKSU (N 10) 180.

⁸⁰ 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?⁸¹ Oder könnte er unilateral strengere Ablehnungsgründe vorsehen?⁸² 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,⁸³ 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,⁸⁴ 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.⁸⁵ Würde man – wie bereits zuvor vom Schrifttum vertreten⁸⁶ – 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

⁸¹ Siehe GÖKSU (N 10) 304.

⁸² Siehe GÖKSU (N 10) 304.

⁸³ BSK IPRG-MABILLARD, Art. 183 Rn. 3.

⁸⁴ GÖKSU (N 10) 522.

⁸⁵ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 18.

⁸⁶ 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.⁸⁷

- 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“.⁸⁸ Einziger Beleg aus der Literatur hierzu ist der Verweis auf die Ausführungen von GRÄNICHER im Basler Kommentar zum IPRG.⁸⁹

- 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

⁸⁷ GÖKSU (N 10) 684; in Binnenschiedsverfahren stellen sich die entsprechenden Fragen nicht, weil ein Rechtsmittelverzicht dort ausgeschlossen ist.

⁸⁸ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (N 61) 21.

⁸⁹ 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 Pflichtteilserven, 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,⁹⁰ 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. Willensvollstrecker⁹¹ 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

⁹⁰ 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.

⁹¹ 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?⁹² Bereits *de lege lata* wurde eine entsprechende Befugnis des Erblassers bejaht.⁹³ *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

⁹² 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.

⁹³ KÜNZLE HANS RAINER, Der Willensvollstrecker in der Erbteilung, *successio* 4/2013, 321; MAUERHOFER (N 20) 395; PraxKomm Erbrecht/SCHWEIZER, Anhang ZPO Rn. 32g.