

Extrait de l'œuvre

«**Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier**»

Edités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par
Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz

Die Rechtsnatur
der Schiedsvereinbarung im
schweizerischen Recht

Daniel Girsberger
Simon Gabriel

Schulthess §

Information bibliographique de «Der Deutschen Bibliothek»
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008
ISBN 978-3-7255-5528-1

www.schulthess.com

Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht

Dr. iur. DANIEL GIRSBERGER, Rechtsanwalt, Professor an der Universität Luzern
SIMON GABRIEL, lic. iur., Assistent an der Universität Luzern

Inhalt

- I. Ausgangslage
- II. Mögliche Qualifikationsmassstäbe
 - A. Materiellrechtliche Qualifikation
 - B. Rein prozessuale Qualifikation
 - C. Gemischte Qualifikation
- III. Auswirkungen der Diskussion um die Rechtsnatur
 - A. Rechtsbehelfe und -mittel
 - B. Anwendbares Recht
 - 1. Binnenschiedsgerichtsbarkeit
 - 2. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit
 - C. Gegenseitige Recht und Pflichten der Parteien
- IV. Folgerungen
 - A. Aktuelle Relevanz der Fragestellung
 - B. Folgerungen mit Blick auf die rein prozessuale Qualifikation
 - C. Folgerungen mit Blick auf die gemischtrechtliche Qualifikation
 - D. Fazit

I. Ausgangslage

Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung¹ wird – nicht nur in der Schweiz – viel diskutiert und ist umstritten. Die Schiedsvereinbarung lässt sich dem Prozessrecht oder dem materiellen Vertragsrecht² zuordnen, je nachdem, welche Seite ihrer Rechtsnatur als wesentlich(er) erachtet wird, die prozessuale oder die materiellrechtliche. Falls eine Entscheidung für die eine oder die andere Seite nicht möglich oder sinnvoll ist, lässt sich auch eine «gemischte» Qualifikation vertreten.

Der Jubilar hat sich, obwohl es ihm als Experten des Vertrags- und des Schiedsgerichtsrechts leicht gefallen wäre, zu dieser Frage bisher nur am Rande geäußert.³ Der

¹ Im vorliegenden Aufsatz wird die Terminologie aus dem IPRG und dem Entwurf der Schweizerischen ZPO vom 28.6.2006 (E-ZPO) verwendet (vgl. auch FN 30). «Schiedsvereinbarung» entspricht dabei dem Begriff der «Schiedsabrede» aus dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, (KSG) (SR 279), vgl. dazu auch WEHRLI, S. 114 f.

² Ein Teil der Lehre spricht bei gleichem Sinngehalt anstelle von «materiellen Vertragsrecht» auch von «Schuldrecht» (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 296).

³ Vgl. TERCIER, N 4910, wo die Frage offen gelassen wird.

folgende Beitrag, der sich auf schweizerische Verhältnisse beschränkt, will gerade im Hinblick auf das baldige Inkrafttreten der neuen Schweizerischen ZPO einige Gedanken zu diesem nach wie vor umstrittenen Problem äussern.

II. Mögliche Qualifikationsmassstäbe

In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung finden sich viele verschiedene Ansichten zur Problematik der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung. Sie lassen sich im Wesentlichen in drei Gruppen einteilen: die materiellrechtliche, die rein prozessuale und die «gemischtrechtliche».

A. Materiellrechtliche Qualifikation

Man könnte die Schiedsvereinbarung wie jeden anderen synallagmatischen Vertrag ansehen, als einen Innominatkontrakt,⁴ der zwar mit Streiterledigung zu tun hat, deswegen aber keinen – prozessrechtlich gefärbten – Sonderfall bildet. Diese These, dass die Schiedsvereinbarung *rein materiellrechtlicher Natur* sei, war vor 100 Jahren noch vom schweizerischen Bundesgericht vertreten worden,⁵ wurde aber schon vor vielen Jahrzehnten aufgegeben.⁶ Selbst in dieser veralteten Rechtsprechung konnte die rein materiellrechtliche Qualifikation der Schiedsvereinbarung nicht stichhaltig begründet werden.⁷

B. Rein prozessuale Qualifikation

Auf der anderen Seite steht die heute wesentlich stärker verbreitete Meinung, dass die Schiedsvereinbarung rein prozessrechtlich zu qualifizieren sei. Das Hauptargument der Befürworter dieser Ansicht besteht darin, dass ein Vertrag demjenigen Rechtsgebiet angehöre, in welchem er seine Hauptwirkung entfalte. Die Hauptwirkung der Schiedsvereinbarung sei der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit. Die staatliche Gerichtsbarkeit könne nur unter dem anwendbaren Prozessrecht ausgeschlossen werden, weshalb die Schiedsvereinbarung dem Prozessrecht unterliege und somit prozessualer Natur sei.⁸ Ausserdem wird vorgebracht, dass die Schiedsvereinbarung nicht das Streitverhältnis selbst regle, sondern nur den Rechtsschutzanspruch. Da der Rechtsschutzanspruch Teil des Prozessrechtes sei, sei es auch die Schiedsvereinbarung.⁹ Diese Ansicht wird auch heute noch vertreten,¹⁰ allerdings wird gleichzeitig eingeräumt, dass

⁴ Vereinzelt wird in der Lehre auch eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation (Verfahrensgesellschaft) in Erwägung gezogen (vgl. HABSCHIED, S. 516).

⁵ Vgl. BGE 40 II 77, E. 2, mit Verweis auf BGE 39 II 50, E. 2.

⁶ Vgl. unten, III. A.

⁷ Vgl. BGE 41 II 534, E. 2.

⁸ Vgl. RÜEDE/HADENFELDT, S. 46; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, S. 66 f.

⁹ Vgl. GULDENER, S. 263 u. 595; RÜEDE/HADENFELDT, S. 46.

¹⁰ Vgl. STACHER, N 410 u. 415.

die Schiedsvereinbarung neben dem Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit die (Unterlassungs-) Pflicht der Parteien enthalte, nicht an ein staatliches Gericht zu gelangen, sowie verschiedene Pflichten zur Mitwirkung wie etwa bei der Bestellung des Schiedsgerichts oder zur Leistung von Kostenvorschüssen.¹¹

Auf der Grundlage der prozessrechtlichen Qualifikation steht seit vielen Jahrzehnten auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts: Zu Beginn seiner entsprechenden Praxis betonte das Bundesgericht vor allem den föderalistischen Gedanken, um seine Meinungsänderung zu begründen.¹² Es wollte eine Einmischung in die Gesetzgebungskompetenz der Kantone vermeiden,¹³ was mit der Qualifikation der Schiedsvereinbarung als rein prozessrechtliches Institut, das der Kompetenz der Kantone unterstand, am besten erreicht werden konnte. Bis in das Jahr 1990 hielt das Bundesgericht an dieser Rechtsprechung ohne Vorbehalte fest.¹⁴ Als Folge seiner Praxis konnte die Frage des Abschlusses einer wirksamen Schiedsvereinbarungen im Binnenverhältnis nicht mittels Berufung¹⁵ und damit auch nicht mit voller Kognition vor Bundesgericht angefochten werden.¹⁶ Eine Anfechtung war vor dem Inkrafttreten des BGG nur mittels staatsrechtlicher Beschwerde¹⁷ zulässig. In diesem Verfahren war die Überprüfung der Anwendung von kantonalem Recht nur sehr beschränkt möglich.¹⁸ Immerhin hält das Bundesgericht fest, dass mit dem Beitritt aller Kantone zum KSG am 1. Juli 1985 seine Kognition mit Bezug auf die Überprüfung einer Schiedsvereinbarung erweitert worden ist.¹⁹ Die Anwendung von Konkordatsrecht – und damit auch die Anwendung des KSG – prüft das Bundesgericht nämlich trotz seiner grundsätzlich beschränkten Kognition frei.²⁰ Das Bundesgericht ist aber bis heute nicht von seiner rein prozessrechtlichen Qualifikation der Schiedsvereinbarung abgewichen.²¹

Verschiedene Autoren haben sich der prozessualen Natur der Schiedsvereinbarung ohne vertiefte Diskussion aber unter Hinweis auf bewährte Lehre und Rechtsprechung angeschlossen.²²

¹¹ Vgl. STACHER, N 176 ff., 318 ff. u. 416; a.A. wohl GULDENER, S. 263.

¹² Vgl. BGE 41 II 534, E. 2 (S.539 f.); LALIVE/POUDRET/REYMOND, S. 260.

¹³ Vgl. BGE 41 II 534, E. 2 (S.539 f.), wonach zu dieser Zeit alle Kantone ausser Graubünden die Schiedsgerichtsbarkeit in ihren Zivilprozessgesetzen geregelt hatten.

¹⁴ Vgl. BGE 101 II 168, E. 1, mit Verweisen auf die frühere Rechtsprechung (BGE 41 II 537; BGE 59 I 179; BGE 59 II 188; BGE 60 II 60; BGE 67 II 148; 71 II 116 u. 179; BGE 78 II 395; BGE 85 II 150; BGE 88 I 103).

¹⁵ Die Berufung war die Beschwerde gegen Verletzungen von Bundesrecht nach altrechtlichem OG (Organisationsgesetz). Die Berufung wurde im heute geltenden BGG von der zivilrechtlichen Beschwerde abgelöst.

¹⁶ BGE 101 II 168, E. 1. Vor der Einführung des KSG unterlag die Schiedsvereinbarung den einzelnen kantonalen Prozessgesetzen, welche in der Folge vom KSG sukzessive abgelöst wurden.

¹⁷ Die staatsrechtliche Beschwerde aus dem altrechtlichen OG wurde im heute geltenden BGG von der subsidiären Verfassungsbeschwerde abgelöst.

¹⁸ Vgl. BGE 116 Ia 56, E. 3.a, wo diese Aussage bis zum 1. Juli 1985 (Beitritt Kanton Zürich zum KSG) bestätigt wird.

¹⁹ Vgl. BGE 116 Ia 56, E. 3.a.

²⁰ Vgl. BGE 112 Ia 350, E. 1; BGE 112 Ia 166, E. 3.b, mit weiteren Verweisen.

²¹ Vgl. zum Ganzen BGE 116 Ia 56, E. 3.a.

²² Vgl. VOGEL/SPÜHLER, 14. Kapitel, N 40; WIGET, vor §§ 238–258, N 24.

C. Gemischte Qualifikation

Für eine gemischtrechtliche Natur der Schiedsvereinbarung als teilweise prozessuale, teilweise materiellrechtliche Erscheinung werden folgende Argumente vorgebracht:²³

Einerseits habe die Schiedsvereinbarung eindeutig prozessuale Wirkungen wie namentlich den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit. Sie habe aber auch materiellrechtliche Erfüllungspflichten zur Folge. Dazu gehörten namentlich die Pflicht zum zügigen Vorantreiben des Schiedsverfahrens, zur Zahlung von Kostenvorschüssen, zu einem Verhalten nach Treu und Glauben, sowie zum Vollzug des Schiedsspruches.²⁴ Falls diese Pflichten vom Schuldner nicht erfüllt werden, ist nach einzelnen Vertretern des gemischtrechtlichen Ansatzes sogar ein klagbarer Anspruch mit Schadenersatzfolge denkbar.²⁵

Nach einer anderen Ansicht, die sich ebenfalls auf die gemischtrechtliche Natur der Schiedsvereinbarung beruft, sind Vorschussleistung und Mitwirkungspflichten hingegen bloss prozessuale Obliegenheiten der Parteien, welche zu prozessualen Nachteilen führen, nicht aber gerichtlich vollstreckt oder etwa zu einer Schadenersatzpflicht führen können.²⁶

III. Auswirkungen der Diskussion um die Rechtsnatur

In der Lehre zunehmend umstritten ist, ob der Streit um die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung überhaupt noch nötig sei: Zum Teil wird argumentiert, er sei überholt, weil er auf die Rechtswirkungen, die mit der Natur der Schiedsvereinbarung zusammenhängen, keinen Einfluss habe, und zum Teil, dass gar keine andere Meinung vertretbar sei, als dass die Schiedsvereinbarung eine Mischung aus prozessualen und materiellrechtlichen Elementen sei.²⁷ Andere Stimmen halten die Fragestellung nach wie vor für relevant.²⁸

Die für die Praxis wohl einzig wichtige Frage in dieser Hinsicht ist die, ob die Diskussion überhaupt nötig ist. Die Frage der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung ist für die Praxis nämlich nur dann relevant, wenn sie Auswirkungen auf die Rechtsanwendung hat oder wenigstens in Zukunft haben könnte. Die Frage ist zu bejahen, wenn – je nach Qualifikation der Schiedsvereinbarung – unterschiedliche Regeln gelten würden, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen könnten. Auf den ersten Blick ist dies tatsächlich der Fall: Ist die Schiedsvereinbarung rein prozessualer Natur, weil einzig die Gestaltung des Verfahrensweges durch die Parteien als massgebend angesehen wird, dann

²³ Zum Ganzen vgl. auch BERGER/KELLERHALS, N 294.

²⁴ Vgl. HABSCHIED, S. 516; VISCHER/HUBER/OSER, S. 619; VOLKEN, Art. 178 IPRG, N 12; WENGER/MÜLLER, Art. 178 IPRG, N 4.

²⁵ Vgl. HABSCHIED, S. 516.

²⁶ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 296 f.; ähnlich auch KNELLWOLF, S. 59 f.; Näheres dazu unten, III. C.

²⁷ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 294; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Introduction, N 5; WENGER/MÜLLER, Art. 178 IPRG, N 4.

²⁸ Vgl. STACHER, N 1 f.

ist primär (Zivil-) Prozessrecht anwendbar. Ist sie dagegen auch materiellrechtlicher Natur, weil ebenfalls gegenseitige Rechte und Pflichten der Parteien im Vordergrund stehen, dann kommt Verfahrens- wie auch materielles Vertragsrecht zur Anwendung. Kurz: Wird die Schiedsvereinbarung (auch) materiellrechtlich qualifiziert, untersteht sie (mindestens teilweise) Bundesrecht, weil das materielle Vertragsrecht im hier interessierenden Bereich längst ausschliesslich Bundessache ist.

Haben diese Unterschiede auch in Zukunft noch rechtliche Auswirkungen und wenn ja, welche?

A. Rechtsbehelfe und -mittel

Für die Regelung des Zivilprozessrechts sind in der Schweiz heute noch weitgehend die Kantone zuständig.

Schon bisher und selbst nach dem anstehenden Abschluss der Reform des schweizerischen Zivilverfahrensrechts durch das BGG und die Schweizerische ZPO sind die Rechtsmittelwege unterschiedlich für Entscheide, denen Bundesrecht, und Entscheide, denen kantonales Recht zugrunde liegt: Die Verletzung von kantonalem Gesetzesrecht war und ist höchstens ein limitierter Rügegrund vor Bundesgericht; während eine umfassende Rüge der Verletzungen von Bundesrecht zulässig ist und auch weiterhin sein wird.²⁹ Dieser Unterschied war für die uns interessierende Frage mindestens bisher relevant, denn das Bundesgericht ist in der Vergangenheit wegen dieser Differenzierung auf Rechtsmittel einer Partei mit Bezug auf die Frage des Zustandekommens einer Schiedsvereinbarung nicht eingetreten.

- In BGE 41 II 534 etwa ging es um eine bundesrechtliche Berufung in einer Bausache vor Erlass eines Schiedsspruches. Umstritten war die folgende Klausel in einem Bauvertrag: «Über allfällige Streitigkeiten in der Auslegung dieses Vertrages oder über die Bedeutung des Baubeschriebs entscheidet der bauleitende Architekt endgültig.» Der Kläger erhob Berufung an das Bundesgericht und behauptete, es handle sich bei dieser Klausel nicht um eine wirksame Schiedsvereinbarung. Das Bundesgericht prüfte, ob auf die Berufung einzutreten sei. Im Zentrum stand dabei die Frage, ob die vorgebrachten Rügen dem eidgenössischen Privatrecht unterlagen, da dies nach dem damals geltenden Art. 57 OG Voraussetzung für die Berufung war. Das Bundesgericht argumentierte, dass der Inhalt der Schiedsvertrages³⁰ den Weg zu einem verbindlichen Entscheid regle und daher prozessualer Natur sein (Änderung seiner

²⁹ Vgl. Art. 95 BGG. *Ausnahme*: Falls in internationalen Schiedsverhältnissen ein Schiedsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeitsprüfung die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung beurteilt hat, ist gemäss Art. 77 BGG die Beschwerde an das Bundesgericht unter den Voraussetzungen von Art. 190–192 IPRG zulässig (vgl. dazu auch WEHRLI, S. 126 ff.).

³⁰ Zur Terminologie: Das Bundesgericht spricht in den älteren Entscheiden von Schiedsvertrag (z.B. BGE 40 II 77, E. 2) und Schiedsgerichtsklausel (z.B. BGE 41 II 534, E. 2) und meint damit die Vereinbarung zwischen zwei Streitparteien, die staatliche Gerichtsbarkeit auszuschliessen und stattdessen an ein Schiedsgericht zu gelangen. Diese Vereinbarung wird vorliegend in Übereinstimmung mit dem IPRG und dem E-ZPO einheitlich als *Schiedsvereinbarung* bezeichnet. Die Vereinbarung zwischen den Streitparteien und dem Schiedsgericht wird, sofern relevant, als *Schiedsrichtervertrag* bezeichnet.

früheren Rechtsprechung in BGE 40 II 77 und BGE 39 II 50). Weiter argumentierte das Bundesgericht, dass die Schiedsgerichtsbarkeit und der Schiedsvertrag in der Schweiz nicht im OR, sondern mehrheitlich kantonale geregelt seien und somit keine privatrechtliche Grundlage hätten. Aus diesen Gründen trat es auf die Berufung im konkreten Fall nicht ein.

- BGE 101 II 168 betraf eine Berufung gegen einen Schiedsspruch über eine internationale Vertragsstreitigkeit. Ein deutsches und ein jugoslawisches Unternehmen hatten eine vertragliche Auseinandersetzung, die von der Klägerin unter Berufung auf ihre Schiedsvereinbarung vor einen Einzelschiedsrichter in Bern und später in Solothurn gebracht wurde. Dieser fällte einen Schiedsspruch, den die unterlegene beklagte Partei erfolglos vor dem solothurnischen Obergericht anfocht, mit der Begründung, der Vertreter der Kläger sei nicht genügend bevollmächtigt gewesen, um eine Schiedsvereinbarung in den Vertrag aufzunehmen. Die Beklagte erhob Berufung an das Bundesgericht und verlangte, das obergerichtliche Urteil sowie der Schiedsspruch seien aufzuheben. Insbesondere rügte sie erneut, dass der Vertreter der Kläger nicht genügend bevollmächtigt war. Das Bundesgericht hielt fest, dass Schiedsabreden nach seiner ständigen Rechtsprechung prozessualer Natur seien, dem kantonalen Recht unterstünden und daher nicht mit Berufung auf ihre Gültigkeit hin überprüft werden können. Dies gelte insbesondere auch für dem KSG unterliegende Schiedsgerichte. In einem weiteren Schritt stellte sich für das Bundesgericht die Frage, ob die genügende Vertretung der Klägerin nach materiellem Privatrecht zu beurteilen und damit der Berufung zugänglich sei. Das Bundesgericht argumentierte, dass das Bundesrecht den Kantonen nicht gebiete, welche Anforderungen sie an die Vertretungsmacht des Unterzeichners einer Schiedsabrede zu stellen hätten. Aus diesen Gründen trat das Bundesgericht auf die Berufung nicht ein.
- In BGE 116 Ia 56 (staatsrechtliche Beschwerde gegen den als Zwischenentscheid ausgefallenen Eintretensentscheid eines Schiedsgerichts) war die Zuständigkeit eines angerufenen Schiedsgerichts streitig. Streitparteien waren ein algerisches und ein englisches Unternehmen, die aufgrund eines Vertrags über Ölbohrungen in Algerien ein Verfahren führten. Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, die Schiedsabrede sei durch einen Vertragszusatz («Avenant No. 5») aufgehoben worden. Nach erfolgloser Nichtigkeitsbeschwerde an das Zürcher Obergericht führte die Klägerin staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht. Die Eintretensfrage war in dieser Entscheidung unproblematisch, da mit staatsrechtlicher Beschwerde nach damals geltendem OG die verfassungswidrige Anwendung kantonalen Rechts gerügt werden konnte. Das Bundesgericht prüfte die Anwendung von kantonalem Recht allerdings nur auf Verletzungen des Willkürverbots, falls keine (weiteren) Grundrechtsfragen zur Debatte standen. Im konkreten Fall stellte das Bundesgericht vorab fest, dass Schiedsabreden prozessualer Natur seien, dem kantonalen Recht unterstünden und daher nicht im Berufungsverfahren überprüft werden könnten. Ausserdem fand das Bundesgericht, dass in diesem Zusammenhang das OR nicht als Bundesrecht, sondern bloss als subsidiäres kantonales Recht angewendet werden könnte. Dennoch prüfte es die Frage der Wirksamkeit der Schiedsabrede frei und argumen-

tierte, da alle Kantone dem KSG beigetreten seien, handle es sich um einheitliches Konkordatsrecht, welches vom Bundesgericht frei überprüft werden könne. Für die Auslegung der behaupteten Schiedsabrede zog es Art. 18 OR in Sinne von subsidiärem Konkordatsrecht bei. Auf dieser Grundlage wies es die staatsrechtliche Beschwerde ab.³¹

Mit der erwarteten Einführung der Schweizerischen ZPO wird das Zivilprozessrecht im Gegensatz zur heutigen Situation bundesrechtlich geregelt sein. Die beschriebene Problematik der unterschiedlichen Rechtsmittel wird sich mit dieser Neuerung auflösen. Unter diesem Aspekt wird also die Frage der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung keine Bedeutung mehr haben.

Zwischenfazit 1: Die Frage, ob kantonale oder bundesrechtliche Rechtsmittel zulässig sind, wird in Kürze so klar geregelt sein, dass eine Qualifikation der Schiedsvereinbarung nicht nötig ist.

B. Anwendbares Recht

Die Frage, welches Recht auf einen Rechtsstreit anwendbar ist, stellt sich sowohl im internationalen als auch im nationalen Verhältnis. International geht es um die Anwendbarkeit konkurrierender nationaler Rechtsordnungen, national um die Anwendbarkeit von kantonalem oder Bundesrecht einerseits und Prozess- oder materiellem Recht andererseits. Es fragt sich, ob die Entscheidung für die Anwendbarkeit des einen oder anderen Rechts von der Qualifikation der Schiedsvereinbarung abhängen kann. Für diese Frage ist zwischen nationaler (Binnen-) und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit zu unterscheiden.

1. *Binnenschiedsgerichtsbarkeit*

Wenn in einem Binnenschiedsfall die Schiedsvereinbarung rein materiellrechtlich oder gemischtrechtlich qualifiziert würde, wäre auf sämtliche materiellrechtlich geregelten Fragen das OR direkt anwendbar. Wie ist die Rechtslage aber, wenn die Schiedsvereinbarung rein prozessual qualifiziert wird und sich eine Frage stellt, für welche das Zivilprozessrecht keine Antwort hat? Hauptbeispiele für diese Problematik sind

- die Frage der Beurteilung einer Vereinbarung über die Streiterledigung danach, ob sie als gültige Schiedsvereinbarung anzusehen ist oder nicht (Konsens- und/oder Auslegungsproblematik sowie Formfrage);
- die Frage, ob eine Partei wegen der Verletzung ihrer Pflicht, sich auf ein Schiedsverfahren einzulassen, der anderen Partei Schadenersatz schuldet;

³¹ Für die vollständige Kasuistik vgl. FN 14.

- die Frage ob die Parteien zu Vorschussleistungen verpflichtet sind, welche das Schiedsgericht (oder die dafür zuständige Schiedsinstitution) anordnet, und welches die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht sind.

Zu diesen Fragen wird für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz die Ansicht vertreten, dass, selbst wenn es sich um rein prozessuale Pflichten handle, das OR analog anzuwenden sei, aber nur subsidiär, also nur insoweit, als das Prozessrecht keine eigene Antwort bereithalte.³² Für die Mehrheit dieser Fallgruppen hält das Prozessrecht eine eigene Antwort bereit:

- Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die *Wirksamkeit* von Parteierklärungen über die Streiterledigung durch ein Schiedsgericht ist im Zweifel eine restriktive Auslegung geboten, weil der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit grosse Tragweite für die betroffenen Parteien hat. Nur wenn die Auslegung der Parteierklärungen zum Ergebnis führt, dass die Parteien grundsätzlich Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart haben, wird in einem zweiten Schritt der konkrete Inhalt der Vereinbarung ausgelegt. Für diesen zweiten Schritt ist keine restriktive Auslegung mehr angezeigt. Vielmehr sollen unklare oder widersprüchliche Erklärungen in der Schiedsvereinbarung in diesem Falle geltungserhaltend ausgelegt werden.³³ Falls die Schiedsvereinbarung als rein prozessrechtlicher Vertrag angesehen wird, muss diese Auslegungsmethode auf alle ihre Aspekte angewendet werden, unter Einschluss etwa eines umstrittenen Beschleunigungsgebots in der Schiedsvereinbarung. Dies würde bedeuten, dass dieses Beschleunigungsgebot, falls Schiedsgerichtsbarkeit anzunehmen ist, in den Genuss der geltungserhaltenden Auslegung kommt, da es Teil der rein prozessualen Schiedsvereinbarung ist. Anders wäre die Rechtslage bei einer gemischt- oder materiellrechtlichen Betrachtung; Diesfalls könnte für materiellrechtliche Inhalte der Vereinbarung direkt die Auslegung nach OR angewendet werden. In solchen Fällen ist die Qualifikation der Schiedsvereinbarung in Bezug auf das anwendbare Recht relevant.
- Was die *Schadenersatzpflicht* betrifft, so würde eine rein materiellrechtliche oder gemischtrechtliche Qualifikation dazu führen, dass eine solche zu bejahen ist, wenn die Voraussetzungen einer entsprechenden Leistungsstörung (Vertragsverletzung, Schaden, Kausalität, keine Exkulpationsmöglichkeit, vgl. Art. 97 OR) vorliegen. Eine rein prozessrechtliche Qualifikation müsste sich gegen eine Schadenersatzpflicht aussprechen, weil das Prozessrecht eine solche Pflicht nicht kennt, sondern durch prozessuale Institute (wie z.B. Säuminsfolgen) oder schiedsrichterliche Anordnungen, die von staatlichen Gerichten unterstützt werden können, ersetzt wird.³⁴ Das anwendbare Recht hat deshalb Auswirkungen auf die Folgen einer Verletzung der Schiedsvereinbarung.³⁵

³² Vgl. BGE 116 IA 56, E. 3.a); GULDENER, S. 263; RÜEDE/HADENFELDT, S. 46; WIGET, vor §§ 238–258, N 24.

³³ Vgl. zum Ganzen BGE 129 III 675, E. 2.3; BERGER/KELLERHALS, N 422 ff.; SCHRAMM/FURRER/GIRSBERGER, Art. 178 IPRG N 16; WIGET, vor §§ 238–258, N 24.

³⁴ Vgl. GULDENER, S. 187 u. 263; RÜEDE/HADENFELDT, S. 80 f.

³⁵ Vgl. GULDENER, S. 187; unten, III. C.

- Was das Unterlassen der *Vorschussleistung* betrifft, so sehen verschiedene Prozessordnungen – nicht zuletzt das KSG selbst – und Schiedsreglemente vor, dass an die Nichtzahlung des Vorschusses durch eine Partei die Rechtsfolge der Nichtbeachtung der Schiedsvereinbarung geknüpft wird, jedenfalls dann, wenn der Vorschuss nicht durch die andere Partei geleistet wird (so Art. 30 KSG, aber auch ZHK-Schiedsordnung 1985, Art. 55; ähnlich Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules, wonach Einstellung des Verfahrens verfügt werden kann).³⁶

Zwischenfazit 2: Hinsichtlich der Beurteilung des Konsenses, der Form sowie der Auslegung und Ergänzung einer Schiedsvereinbarung ist – im Rahmen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit – die Qualifikation als prozess- oder materiellrechtliches Institut in mehrerlei Hinsicht von Bedeutung. Weiter hängt von der Qualifikation die wesentliche Frage ab, welches Recht auf die Frage der Verletzung von Pflichten aus der Schiedsvereinbarung Anwendung findet, das OR (primär oder subsidiär, ausschliesslich oder teilweise) oder das Prozessrecht.

2. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Die *lex arbitri*, d.h. das Recht am Sitz des Schiedsgerichts, hat zu bestimmen, welches Recht auf die Schiedsvereinbarung³⁷ und welches Recht auf die im Streit liegenden Ansprüche Anwendung findet.³⁸ Würde man das klassische Kollisionsrecht anwenden, das für staatliche Gerichte massgebend ist, so hätte die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung folgende Bedeutung: Wird die Schiedsvereinbarung als prozessrechtliches Institut qualifiziert, so wäre das auf die Vereinbarung anwendbare Recht nach dem Grundsatz, dass jedes Gericht seine *lex (processualis) fori* anwendet, nach dem (Prozess- oder materiellen) Recht des Forums zu beurteilen. Wird die Schiedsvereinbarung dagegen als Institut des materiellen Rechts qualifiziert, so wären die auf (materielle) Verträge anwendbaren Kollisionsregeln anwendbar. Da nach der modernen Theorie ein internationales Schiedsgericht kein nationales Forum hat, ist diese Frage jedoch hinfällig, weil es in der Schiedsgerichtsbarkeit keine *lex processualis fori* mehr gibt, sondern nur noch die *lex arbitri*, die in der Regel eigene Kollisionsregeln für die Schiedsvereinbarung und für das in der Hauptsache anwendbare Recht kennt.³⁹ In der Schweiz richtet sich das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht nach Art. 178 IPRG,⁴⁰ das in der Hauptsache anwendbare Recht nach Art. 187 IPRG.⁴¹

Zwischenfazit 3: Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist die Frage der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, jedenfalls was die Frage des anwendbaren Rechts betrifft, nicht entscheidend für die Rechtswirkungen einer Schiedsvereinbarung.

³⁶ Vgl. HABSCHIED, S. 516, am Beispiel des KSG.

³⁷ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 301; POUURET/BESSON, N 291 ff., S. 254 ff.; LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 6–25 et ff., S. 112 ff.; REDFERN/HUNTER, N 2–10, S. 81.

³⁸ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 1259; LA SPADA in KAUFMANN-KOHLER/STUCKI (Hrsg.), S. 116.

³⁹ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 1259; LA SPADA in KAUFMANN-KOHLER/STUCKI (Hrsg.), S. 115 f.

⁴⁰ Vgl. ABDULLA in KAUFMANN-KOHLER/STUCKI (Hrsg.), S. 16 ff.; WENGER/MÜLLER, Art. 178, N 1.

⁴¹ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 1262; LA SPADA in KAUFMANN-KOHLER/STUCKI (Hrsg.), S. 116.

C. Gegenseitige Recht und Pflichten der Parteien

Dass die Schiedsvereinbarung gegenseitige prozessuale Wirkungen unter den Streitparteien begründet, ist unbestritten: Die Parteien müssen sich auf das Verfahren der Schiedsgerichtsbarkeit einlassen, wenn sie eine gültige Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben. Diese Erkenntnis sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob diese gegenseitigen Wirkungen wie Rechte und Pflichten in einem «gewöhnlichen» materiellrechtlichen Vertragsverhältnis zu behandeln sind. Eine der Hauptfragen in diesem Zusammenhang ist die, ob eine Verletzung der Schiedsvereinbarung nach schweizerischem Recht auch die entsprechenden Rechtsfolgen des schweizerischen Leistungsstörungsrechts auslöst, also namentlich, ob die Partei, die sich nicht an die Schiedsvereinbarung hält, der anderen Partei Schadenersatz schuldet.⁴²

Eine weitere Frage, die oft diskutiert wird, ist, ob die Parteien Kostenvorschüsse, die das Schiedsgericht verlangt, gegenseitig einfordern können⁴³. Aufgrund des schweizerischen OR wäre das möglich, wenn die Schiedsvereinbarung mindestens teilweise als materiellrechtlicher (Innominat-) Kontrakt angesehen wird, der die Parteien zur Leistung von Vorschüssen verpflichtet. Gegebenenfalls könnte die säumige Streitpartei von der anderen mittels materiellrechtlicher Klage zur Zahlung verpflichtet werden.⁴⁴ Falls demgegenüber eine rein prozessrechtliche Qualifikation vertreten wird, entfaltet die Verletzung nur Säumnisfolgen.⁴⁵ Ein solcher Fall hat unseres Wissens dem Bundesgericht in seiner publizierten Rechtsprechung noch nie zur Entscheidung vorgelegen.

Gewichtige Stimmen, die sich für eine gemischtrechtliche Natur der Schiedsvereinbarung aussprechen, machen geltend, es handle sich bei den Mitwirkungspflichten der Streitparteien nur um Nebenpflichten im Sinne von Obliegenheiten und nicht um vertragliche (Haupt-) Leistungspflichten. Dem kann unseres Erachtens nicht zugestimmt werden, was sich etwa am Beispiel des Kostenvorschusses dokumentieren lässt: Hier argumentieren die Vertreter der Ansicht, es handle sich um eine blosser Nebenpflicht, eine Verletzung der Vorschusspflicht könne, wie in der staatlichen Gerichtsbarkeit, lediglich Säumnisfolgen nach sich ziehen. Selbst wenn dem so ist, wenn also die Vorschussleistung nicht mittels materiellrechtlicher Klage durchgesetzt werden kann, kann ein Schiedsrichter oder -gericht im Gegensatz zum staatlichen Richter bei Nichtbezahlung des Kostenvorschusses von seinem Amt zurücktreten.⁴⁶ Als Privatgericht hat das Schiedsgericht gerade nicht die Aufgabe, dem Bundeszivilrecht zur Verwirklichung zu verhelfen,⁴⁷ sondern einen Vertrag mit den Streitparteien auf Schiedsspruch zu erfüllen. Wenn nun die hierfür geschuldete Bezahlung nicht fristgerecht eingeht, wird das Schiedsgericht in aller Regel kein Interesse haben, ein Säumnisurteil zu sprechen, son-

⁴² Vgl. GULDENER, S. 263; HABSCHEID, S. 516; RÜEDE/HADENFELDT, S. 46 u. 80 f.; STACHER, N 1 u. 259 ff.; oben, III. B.

⁴³ Vgl. auch oben, II. C.

⁴⁴ Für diese materiellrechtliche Klage wäre grundsätzlich ebenfalls das Schiedsgericht zuständig (vgl. STACHER, N 331 und FN 49).

⁴⁵ Vgl. HABSCHEID, S. 516; unten, (2.2 B), für eine vertiefte Behandlung dieser Problematik.

⁴⁶ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 861, mit weiteren Verweisen; STACHER, N 320, wonach die Schiedsrichter bei Ausbleiben des gesamten Kostenvorschusses nicht zur Entscheidung der Streitigkeit verpflichtet sind.

⁴⁷ Im Gegensatz zu staatlichen Gerichten (vgl. BGE 98 II 341, E. 3; KUMMER, S. 2).

dern das Verfahren einstellen. Damit treten nicht Säumnisfolgen wie beim staatlichen Gericht ein, sondern das Schiedsverfahren ist vereitelt.⁴⁸ Daher ist es unseres Erachtens vertretbar, dass die Streitparteien einander gegenseitig zur Vorschussleistung verpflichten und ansonsten Schadenersatz fordern können.⁴⁹

Zwischenfazit 4: Die Möglichkeiten der Durchsetzbarkeit von Rechten aus der Schiedsvereinbarung und potentielle Schadenersatzfolgen unterscheiden sich je nach der als massgebend erachteten Qualifikation.

IV. Folgerungen

A. Aktuelle Relevanz der Fragestellung

Obwohl gewisse Fragen, die sich aus der unterschiedlichen Qualifikation der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung (als rein prozessrechtlich oder mit materiellrechtlichen Elementen gemischt) ergeben, mittlerweile durch den Gesetzgeber gelöst worden sind, gibt es nach wie vor einzelne Probleme, bei denen es auf diese Qualifikation ankommt.⁵⁰ Solange diese Fragen nicht vom Gesetzgeber (oder vom Richter als Gesetzgeber, Art. 1 Abs. 2 ZGB) abschliessend gelöst sind, ist eine Stellungnahme mit Bezug auf die Natur der Schiedsvereinbarung nach wie vor nötig. Wie gezeigt muss diese sich vor allem mit der Frage auseinandersetzen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das schweizerische Vertragsrecht für synallagmatische Verträge auf die Rechte und Pflichten der Parteien der Schiedsvereinbarung anwendbar ist.

Um diese Frage beantworten zu können, sind zunächst prozessrechtliche von materiellrechtlichen Vereinbarungen abzugrenzen.⁵¹

- Die Schiedsvereinbarung zeichnet sich zunächst dadurch aus, dass ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen den Streitparteien und dem Staat besteht.⁵² In diesem Verhältnis gestalten die Streitparteien – in den Grenzen des zwingenden Rechts⁵³ – den Rechtsweg gegenüber dem Staat und schulden sich gegenseitig keine

⁴⁸ Vgl. HABSCHIED, S. 516.

⁴⁹ So auch HABSCHIED, S. 516; STACHER, N 330 bezüglich Klagbarkeit von Kostenvorschusspflichten und N 259 ff. u. N 289 mit vergleichbarem Beispiel bezüglich Schadenersatzpflicht bei Klage an einem staatlichen Gericht trotz Schiedsvereinbarung; a.A. GULDENER, S. 263; KNELLWOLF, S. 57 f.; RÜEDE/HADENFELDT, S. 46 u. 80 f.

Die praktischen Schwierigkeiten, welche ein solches Verfahren speziell in internationalen Verhältnissen mit sich bringen kann, sind nicht zu unterschätzen: Falls das Schiedsgericht mangels Eingang der Vorschüsse darüber nicht selbst entscheidet, müsste wohl vor staatlichen Gerichten eine (materiellrechtliche) Erfüllungsklage erhoben werden, für welche zunächst der Gerichtsstand und das anwendbare Recht ermittelt werden müssten. Zudem würde ein schliesslich erlangtes Urteil allen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln unterstehen. Diese praktischen Schwierigkeiten dürfen unseres Erachtens allerdings nicht dazu führen, dass die Rechte einer Partei schon im Grundsatz negiert werden.

⁵⁰ Vgl. oben, Zwischenfazits 1–4 unter III. A.–C.

⁵¹ Vgl. BERTI, S. 10 ff., für eine Zusammenfassung der verschiedenen Abgrenzungstheorien.

⁵² Vgl. BERTI, S. 15; zum deutschen Recht WAGNER, S. 46.

⁵³ Vgl. STACHER, N 90.

Erfüllung. In dieser Hinsicht handelt es sich um ein ausschliesslich prozessuales Verhältnis, und entsprechende Vereinbarungen sind prozessualer Natur.⁵⁴

- Auf der anderen Seite besteht ein Gleichordnungsverhältnis der Streitparteien untereinander.⁵⁵ In dieser Beziehung ist zu vermuten, dass die Streitparteien sich mit dem Abschluss der Schiedsvereinbarung im Hinblick auf die Regelung des Rechtsschutzanspruchs gegenseitig Rechte und Pflichten einräumen wollen, und dass sie in diesem Zeitpunkt auch damit rechnen, dass sie die Erfüllung dieser gegenseitigen Rechte und Pflichten falls nötig durchsetzen können. Dieses Verhältnis betrifft die Beziehung zwischen Bürger und Staat nur insofern, als der Staat die Mittel zur Verfügung stellen muss, damit die Durchsetzung dieser Rechte und Pflichten möglich wird. Insoweit handelt es sich um ein typisches austauschvertragliches Verhältnis, und entsprechende Vereinbarungen sind materiellrechtlicher Natur.⁵⁶

Aufgrund dieser Unterscheidung ist nun zu untersuchen, welche Art von Rechten und Pflichten eine Schiedsvereinbarung im Einzelnen beinhaltet. Sind es nur von den Streitparteien ausgelöste Wirkungen der Streitparteien gegenüber dem Staat, ist sie rein prozessrechtlicher, falls auch gegenseitige Rechte und Pflichten bestehen, gemischter Natur. Dabei schliesst der Umstand, dass der Hauptzweck der Schiedsvereinbarung ein prozessualer ist, nicht aus, dass eine Schiedsvereinbarung auch anderen Zwecken dienen kann und soll. Vor allem das bereits erwähnte Beispiel des Kostenvorschusses macht deutlich, dass rein prozessuale Pflichten der Streitparteien gegenüber dem Schiedsgericht nicht ausreichen, um die Durchführung eines Schiedsverfahrens sicherzustellen.

B. Folgerungen mit Blick auf die rein prozessuale Qualifikation

Unseres Erachtens nicht stichhaltig ist das Argument, dass die Schiedsvereinbarung nur den Rechtsschutzanspruch und nicht die Streitsache selbst regle und daher ausschliesslich prozessualer Natur sei.⁵⁷ Denn auch eine Regelung des Rechtsschutzanspruchs kann auf zwei Ebenen getroffen werden: derjenigen des Verhältnisses zum Staat und derjenigen gegenüber der anderen Streitpartei. Wenn die Erfüllung einer Pflicht der anderen Streitpartei geschuldet ist, liegt ein materiellrechtlicher Anspruch vor. Dies gilt auch dann, wenn der Rechtsschutzanspruch der Streitparteien betroffen ist und nicht die Streitsache selbst.⁵⁸

Man könnte nun so argumentieren, dass die Schiedsvereinbarung dennoch rein prozessualer Natur sei, und zwar unabhängig davon, dass die Schiedsvereinbarung auch gegenseitig zu erfüllende Mitwirkungspflichten produziere, denn diese seien wegen ihrer

⁵⁴ So auch, STACHER, N 155; WENGER/MÜLLER, Art. 178 IPRG, N 4. Zum deutschen Recht WAGNER, S. 46 f.

⁵⁵ Vgl. BERTI, S. 15, wo von «statusmässig gleichberechtigten Rechtssubjekten» die Rede ist.

⁵⁶ Vgl. WENGER/MÜLLER, Art. 178 IPRG, N 4. So auch zum deutschen Recht WAGNER, S. 46 f.

⁵⁷ Vgl. oben, II. B.

⁵⁸ So auch WENGER/MÜLLER, Art. 178 IPRG, N 4.

Nähe zum Prozess ebenfalls prozessrechtlicher Natur.⁵⁹ Unseres Erachtens ist dieser dogmatische «Entweder-Oder-Ansatz» aber weder nötig noch wünschbar. Solange und soweit die Streitparteien Träger von gegenseitigen vertraglichen Rechten und Pflichten unter Gleichgestellten sind, liegt ein materiellrechtliches Verhältnis vor.⁶⁰

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit einschliesslich der Schiedsvereinbarung in der Schweiz im (vorläufig kantonalen) Prozessrecht geregelt ist. Dass die Streitparteien mittels einer Schiedsvereinbarung neben prozessualen auch materiellrechtliche Wirkungen untereinander vereinbaren und durchsetzen können, verletzt die prozessuale Souveränität der Kantone in keiner Weise.⁶¹

C. Folgerungen mit Blick auf die gemischtrechtliche Qualifikation

In der Lehre zur gemischtrechtlichen Natur wird vereinzelt geltend gemacht, es handle sich bei den Mitwirkungspflichten der Streitparteien nur um Nebenpflichten im Sinne von Obliegenheiten und nicht um vertragliche Leistungspflichten.⁶² Diesem Argument kann nach der hier vertretenen Ansicht nicht zugestimmt werden, was wir am Beispiel des Kostenvorschusses konkret zu zeigen versucht haben.

Was die gegenseitigen materiellen Rechte und Pflichten der Parteien betrifft, so wird in der bisherigen Lehre vorgeschlagen, zunächst die Vorschriften des Prozessrechts und erst subsidiär die Vorschriften des OR zu beachten, etwa was die Form der Schiedsvereinbarung betreffe.⁶³ Gerade für das Beispiel der Form vermag diese Ansicht nicht zu überzeugen: Im Prozessrecht ist für die Binnenschiedsvereinbarungen Schriftform (Art. 6 KSG; neu Textform, Art. 356 E-ZPO) und für internationale Schiedsvereinbarungen Textform (Art. 178 Abs. 1 IPRG) vorgesehen. Diese qualifizierten Formvorschriften hat der Gesetzgeber aus Gründen des Übereilungsschutzes, der inhaltlichen Klarheit und der Angleichung an das internationale Schiedsrecht (Textform) gewählt.⁶⁴ Diese Gründe beziehen sich immer nur auf den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit. Es wäre nicht einzusehen, weshalb gegenseitige Pflichten der Streitparteien (z.B. zur Beschleunigung des Verfahrens) ebenfalls dieser qualifizierten Form unterliegen sollten.⁶⁵

D. Fazit

Das tragende Element und zugleich der notwendige Inhalt einer Schiedsvereinbarung ist immer der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit und die Vereinbarung eines

⁵⁹ Vgl. STACHER, N 413.

⁶⁰ So auch WENGER/MÜLLER, Art. 178 IPRG, N 4. .

⁶¹ Vgl. HABSCHIED, S. 516, am Beispiel vom Art. 30 KSG.

⁶² Vgl. oben, III. C.

⁶³ Vgl. HABSCHIED, S. 517.

⁶⁴ Vgl. POUURET/BESSON, N 193; VOLKEN, Art. 178 IPRG N 21.

⁶⁵ Vgl. auch oben, III. B., mit einem analogen Beispiel mit Blick auf die Auslegung der Schiedsvereinbarung.

bestimmbaren Schiedsgerichts.⁶⁶ Fehlt dieses Element, handelt es sich nicht um eine Schiedsvereinbarung. Der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit ist eindeutig prozessualer Natur. Darüber hinaus sind sich die Vertreter der gemischtrechtlichen und der prozessrechtliche Qualifikation einig, dass sich aus einer Schiedsvereinbarung gegenseitige Erfüllungspflichten der Streitparteien ergeben können. Der Lehre von der gemischtrechtlichen Qualifikation ist insoweit zu folgen, als eine Schiedsvereinbarung prozessuale und materiellrechtliche Rechte und Pflichten enthalten kann. Eine klare und einheitliche Regel wann welches Recht anzuwenden ist, lässt sich aber daraus nicht ableiten. Um dies zu klären, sind folgende zusätzlichen Überlegungen angezeigt:

1. In einem ersten Schritt ist stets der Inhalt einer Schiedsvereinbarung zu bestimmen. Dieser hängt, abgesehen vom essentielle des Ausschlusses der staatlichen Gerichtsbarkeit, von der konkreten Parteiabrede und von den Umständen des Einzelfalles ab.⁶⁷ Was die Vertragsparteien mittels Schiedsvereinbarung genau vereinbart haben, ist unabhängig von der Ansicht über die Rechtsnatur nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln, das auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruht. Dieses Prinzip liegt sowohl dem materiellen Recht als auch dem Prozessrecht zu Grunde.⁶⁸ Demnach bestimmt sich der Inhalt jeder individuellen Schiedsvereinbarung danach, was die Vertragsparteien nach Treu und Glauben unter ihrer Abmachung verstehen durften und mussten.⁶⁹ Der Text einer bestimmten Schiedsvereinbarung, die Umstände unter welchen sie abgefasst wurde und allfällige Usanzen zwischen den konkreten Vertragsparteien können im Einzelfall unterschiedliche Rechte und Pflichten der Parteien hervorbringen.⁷⁰
2. In einem zweiten Schritt ist der Inhalt in prozessuale und materiellrechtliche Elemente aufzugliedern, und zwar wie folgt:
 - i. Bezieht sich eine spezifische Vereinbarung auf das Verhältnis zweier gleichgestellter Rechtssubjekte, welche gegenseitig bestimmte Rechte und Pflichten begründen, die von diesen Subjekten nachträglich erfüllt werden müssen, ist sie materiellrechtlich zu behandeln. Dazu gehören die Pflicht, auf die Anrufung eines staatlichen Gerichts zu verzichten, und die Mitwirkungspflichten (Schiedsrichterbestellung, Leistung eines Kostenvorschusses, etc).
 - ii. Bezieht sich eine spezifische Vereinbarung auf das Verhältnis der Rechtssubjekte zum Staat, ist sie prozessrechtlich zu behandeln. Die staatlichen Rechtspflegeorgane treten diesfalls (auf entsprechende Einrede hin) nicht auf eine der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfenen Streitsache ein und vollstrecken das Urteil aus dem Schiedsverfahren grundsätzlich wie ein staatliches Urteil. Diese Folgen werden an den Abschluss der Schiedsvereinbarung geknüpft und bedürfen aufgrund

⁶⁶ BGE 130 III 66, E. 3.1; VD, Chambre des recours, Urteil vom 11.7.2001, S. 11; BERGER/KELLERHALS, N 270 ff., 284; WENGER, S. 229; SCHRAMM/FURRER/GIRSBERGER, Art. 178 IPRG N 15.

⁶⁷ So auch im deutschen Recht, vgl. WAGNER, S. 46.

⁶⁸ Vgl. BGE 130 III 66, E. 3.2; BGE 129 III 675, E. 2.3; BERGER/KELLERHALS, N 415; GIRSBERGER/MRAZ, 136 ff.; STACHER, N 167.

⁶⁹ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 415.

⁷⁰ So auch STACHER, N 73; zum deutschen Recht WAGNER, S. 46.

ihrer Gestaltungswirkung keiner separaten Erfüllung durch die Parteien. Da es sich dabei um Merkmale des Prozessrechts handelt, sind diese Elemente der Schiedsvereinbarung prozessual zu qualifizieren.

3. Auf diese Weise können alle Parteiabreden gemäss ihrem Inhalt in materiellrechtliche und prozessrechtliche unterteilt werden, selbst wenn sie in einer einzigen Schiedsvereinbarung oder Klausel zusammengefasst sind. Konsequenterweise findet auf prozessrechtliche Parteiabreden das Prozessrecht und auf die materiellrechtlichen Abreden das materielle Recht Anwendung.
4. Die Schiedsvereinbarung im Sinne der prozessualen Vereinbarung über den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit wird durch das Prozessrecht geregelt. Falls dem Prozessrecht Bestimmungen zu entnehmen sind, die mit allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen konkurrieren, ist den Bestimmungen des Prozessrechts der Vorzug einzuräumen, da sie vermutlich besser auf den Spezialfall der Schiedsvereinbarung passen als allgemeine Bestimmungen aus dem OR. Damit lässt sich auch der wünschenswerte Effekt der *lex specialis derogat legi generali* – Regel verwirklichen.
5. Je nach Formulierung der Schiedsvereinbarung kann diese neben der rechtsweggestaltenden Wirkung auch materiellrechtliche Pflichten der Vertragsparteien begründen oder solche ausschliessen, die gemeinhin anzunehmen wären.
6. Falls die Auslegung einer konkreten Schiedsvereinbarung zum Ergebnis führt, dass solche gegenseitig durch die Vertragsparteien zu erfüllende materiellrechtlichen Pflichten bestehen, unterliegen diese dem OR und nicht dem Prozessrecht.
7. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit dem Gegenstand und dem Geltungsbereich des Prozessrechts. Dieses regelt das Verfahren in Zivilsachen.⁷¹ Wenn sich die Parteien darüber hinaus auf Rechte und Pflichten einigen, unterliegen diese allein dem OR. Sofern dadurch zwingendes Prozessrecht verletzt wird, sind solche Vereinbarungen gemäss Art. 20 Abs. 1 OR rechtswidrig und somit (teil-)unwirksam. Durch das vorgeschlagene Modell wird die Funktion des Prozessrechts nicht beeinträchtigt.
8. Diese Rechtslage wird durch die Schweizerische ZPO⁷² nicht verändert, aber vereinfacht, namentlich deshalb, weil die Schiedsvereinbarung mit Einführung der Schweizerischen ZPO auch in Bezug auf Abschluss und Gültigkeit dem Bundesrecht und damit uneingeschränkt der bundesgerichtlichen Überprüfung unterliegen wird.

⁷¹ Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl. 2006 Nr. 06.062, S. 7257.

⁷² Stand: Januar 2008.

Literatur

- Z. ABDULLA, The Arbitration Agreement, in: G. KAUFMANN-KOHLER/B. STUCKI (Hrsg.), *International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, The Hague 2004, S. 5 ff.
- B. BERGER/F. KELLERHALS, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern 2006.
- S. BERTI, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: S. BERTI/M. KNELLWOLF/K. KÖPPE/M. WYSS (Hrsg.), *Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts*, Zürich 1991, S. 9 ff.
- PH. FOUCHARD/E. GAILLARD/B. GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, The Hague/Boston/London 1999.
- D. GIRSBERGER, Widersprüchliche Schiedsklauseln vor Bundesgericht, *ZZZ* 2004, S. 533 ff.
- D. GIRSBERGER/M. MRAZ, Missglückte («pathologische») Schiedsvereinbarungen: Risiken und Nebenwirkungen, in: K. SPÜHLER (Hrsg.), *Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht III*, Zürich 2003, S. 5.
- D. GIRSBERGER/D. SCHRAMM, Art. 178 IPRG, in: M. AMSTUTZ et. al. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich 2007.
- M. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich 1979.
- W.J. HABSCHEID, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Aufl., Basel 1990.
- P. JOLIDON, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Bern 1984.
- M. KNELLWOLF, Zur materiellrechtlichen Bedeutung des Schiedsabrede, in: S. BERTI/M. KNELLWOLF/K. KÖPPE/M. WYSS (Hrsg.), *Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts*, Zürich 1991, S. 45 ff.
- M. KUMMER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 3. Auflage, Bern 1978.
- P. LALIVE/J.-F. POUDRET/C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse*, Lausanne 1989.
- F. LA SPADA, The Law Governing the Merits of the Dispute and Awards ex Aequo et Bono in: G. KAUFMANN-KOHLER/B. STUCKI (Hrsg.), *International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, The Hague 2004, S. 115 ff.
- J. LEW/L. MISTELIS/St. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague 2003.
- F. MOHS, *Drittwirkung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen*, Frankfurt 2006.
- J.-F. POUDRET/S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich/Basel/Genf 2002.
- A. REDFERN/M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4. Aufl., London 2004.
- TH. RÜEDE/R. HADENFELDT, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG*, 2. Aufl., Zürich 1993 (inkl. TH. RÜEDE/R. HADENFELDT, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, Supplement zur 2. Aufl., Zürich 1999).
- K. SIEHR, *Das internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich 2002.
- M. STACHER, *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung*, Zürich/St. Gallen 2007.
- P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003.
- F. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl., Bern 2000.
- A. VOGT, *Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem und internationalem Recht*, Aachen 1996.
- O. VOGEL/K. SPÜHLER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 8. Aufl., Bern 2006.
- P. VOLKEN, Art. 178 IPRG, in: D. GIRSBERGER/A. HEINI/M. KELLER/J. KREN KOSTKIEWICZ/K. SIEHR/F. VISCHER/P. VOLKEN (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich 2004.

- G. WAGNER, *Prozessverträge*, Tübingen 1998.
- G. WALTER/W. BOSCH/J. BRÖNNIMANN, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern 1991.
- D. WEHRLI, *Die Schiedsgerichtsbarkeit*, in: TH. SUTTER-SOMM/F. HASENBÖHLER (Hrsg.), *Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich 2003, S. 107 ff.
- W. WENGER, *Schiedsvereinbarung und schiedsgerichtliche Zuständigkeit*, in: A. KELLERHALS (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich 1997, S. 223 ff.
- W. WENGER/CH. MÜLLER, *Art. 178 IPRG*, in: H. HONSELL/N.P. VOGT/A.K. SCHNYDER/S. BERTI (Hrsg.), *Basler Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Basel 2007.