

Irma Ambauen

## **Irrungen und Wirrungen um die anwendbare lex arbitri**

**Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts  
4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 (Michel Platini gegen  
FIFA)**

---

Mit Urteil vom 29. Juni 2017 wies das Bundesgericht die Schiedsbeschwerde von Michel Platini gegen den Entscheid des Tribunal Arbitral du Sport (TAS) ab. Das Bundesgericht begründete das Urteil eingehend. Es erinnerte dabei an zahlreiche generelle Prinzipien seiner Rechtsprechung zur Schiedsbeschwerde. Gleichzeitig liess es einzelne Fragen unbeantwortet. Interessant sind insbesondere die bundesgerichtlichen Erwägungen zur anwendbaren lex arbitri, die im Folgenden näher erläutert werden.

---

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen  
Rechtsgebiete: Schiedsgerichtsbarkeit

Zitiervorschlag: Irma Ambauen, Irrungen und Wirrungen um die anwendbare lex arbitri, in: Jusletter 6. November 2017

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zur Frage nach der anwendbaren lex arbitri
  - 1. Grundsätze der Unterscheidung in nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit
  - 2. Anforderungen an eine Opting-out-Vereinbarung i.S.v. Art. 176 Abs. 2 IPRG
  - 3. Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben
- III. Würdigung
  - 1. Auflockerung der strengen Formerfordernisse für eine Opting-out-Vereinbarung
  - 2. Opting-out-Vereinbarung wohl bis kurz vor der Urteilsverkündung möglich
  - 3. Braucht die Schweiz zwei Schiedsverfassungsrechte?

### I. Einleitung

[Rz 1] Am 9. Mai 2016 entschied der Tribunal Arbitral du Sport (TAS), dass Michel Platini gegen das Ethikreglement der Fédération Internationale de Football Association (FIFA-Ethikreglement) verstossen hatte. Die Urteilsbegründung datiert vom 16. September 2016. Darin führte der TAS aus, dass die Zahlung von CHF 2 Millionen, die Michel Platini im Februar 2011 von der FIFA erhalten hatte, zwar vom damaligen FIFA-Präsidenten Joseph Blatter autorisiert worden war, jedoch ohne rechtliche Grundlage erfolgte. Damit habe Michel Platini gegen die Artikel 19 und 20 des FIFA-Ethikreglements verstossen, die Interessenkonflikte und Vorteilsnahme verbieten würden. Der TAS sperrte Michel Platini deswegen für vier Jahre für alle fussballbezogenen Aktivitäten auf nationaler und internationaler Ebene und verurteilte ihn zu einer Busse von CHF 60'000.<sup>1</sup>

[Rz 2] Gegen diesen Entscheid erhob Michel Platini Willkürbeschwerde beim Bundesgericht. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf die Erwägungen des Bundesgerichts zur Zulässigkeit dieser Beschwerde. Die eigentliche Prüfung der Willkürüge erfolgte unter dem bereits bekannten Willkürbegriff i.S.v. Art. 393 lit. e der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272). Demnach verstösst ein Schiedsentscheid nur dann gegen das Willkürverbot, wenn er im Ergebnis auf offensichtlich aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen oder auf einer offensichtlichen Verletzung des Rechts oder der Billigkeit beruht. Der Rügegrund der offensichtlichen Verletzung des Rechts beschränkt sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zudem auf die Verletzung materiellen Rechts.<sup>2</sup> Prozessuale Rechtsverletzungen können nur geltend gemacht werden, wenn sie den verfahrensrechtlichen Ordre public betreffen.<sup>3</sup>

[Rz 3] Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil an dieser Rechtsprechung fest.<sup>4</sup> Zwar sei die Einschränkung der Willkürprüfung auf die Verletzung materiellen Rechts in der Literatur teilweise auf Kritik gestossen. Die Frage, ob die Verletzung verfahrensrechtlicher Normen auch Gegenstand einer Willkürüge sein könne, müsse jedoch nicht beantwortet werden, da die Art. 19 und 20 des FIFA-Ethikreglements, entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin, materiel-

---

<sup>1</sup> TAS 2016/A/4474 vom 16. September 2017, abrufbar unter: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/sentence\\_4474\\_FINAL\\_internet.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/sentence_4474_FINAL_internet.pdf), Website zuletzt besucht am 29. September 2017. Für eine Zusammenfassung der Fakten sowie deren rechtliche Würdigung durch das Schiedsgericht vgl. RAFAEL BRÄGGER, The CAS Decisions in the Cases of Michel Platini and Joseph S. Blatter – Same Facts, Different Grounds, in: CaS 2017, S. 89 ff., S. 91 ff. und Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 Bst. C.

<sup>2</sup> BGE 131 I 45 E. 3.4; BGE 112 Ia 350 E. 2b.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_511/2013 vom 14. Februar 2014 E. 2.3.2.

<sup>4</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 3.1.

ler Natur seien. Unerheblich sei zudem der Einwand der Beschwerdegegnerin, beim Ethikreglement handle es sich nicht um eigentliche Rechtsnormen. Art. 75 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) erlaube die Überprüfung von Vereinsbeschlüssen, welche das Recht, die Statuten oder andere Reglemente des Vereins verletzen würden. Könnte die Anwendung des FIFA-Ethikreglements nicht überprüft werden, wäre Art. 75 ZGB offensichtlich verletzt.<sup>5</sup> Letztlich stellte das Bundesgericht keine willkürliche Anwendung des FIFA-Ethikreglements durch das Schiedsgericht fest. Die Beschwerde wurde folglich abgewiesen.<sup>6</sup>

## II. Zur Frage nach der anwendbaren lex arbitri

[Rz 4] Das Bundesgericht hatte sich in der Urteilsbegründung detailliert mit der Zulässigkeit der Schiedsbeschwerde auseinanderzusetzen. Diese wurde von der FIFA als Beschwerdegegnerin mit dem Argument bestritten, vorliegend handle es sich um ein internationales Schiedsverfahren und die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Willkürüge sei daher unzulässig.

[Rz 5] In der Tat fällt dem Leser des Bundesgerichtsurteils auf, dass der Gegenstand des Urteils die internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit betrifft. Dennoch prüfte das Bundesgericht die Willkürüge gestützt auf Art. 393 lit. e ZPO. Dabei handelt es sich eigentlich um einen Widerspruch, denn in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit steht nur die Ordre-public-Rüge<sup>7</sup>, nicht aber die Willkürüge zur Verfügung. Wie kam es dazu?

### 1. Grundsätze der Unterscheidung in nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit

[Rz 6] Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil zunächst fest, dass gemäss Art. 176 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) die Regeln zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit dann Anwendung finden, wenn eine der Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung ihren Wohnsitz im Ausland hat. Da der Beschwerdeführer zu besagtem Zeitpunkt unbestrittenermassen in Frankreich wohnte, würden das Schiedsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten dem 12. Kapitel des IPRG unterstehen. Konsequenterweise wäre auf die Willkürbeschwerde gestützt auf Art. 393 lit. e ZPO nicht einzutreten, da gegen internationale Schiedsurteile einzig die Rügen nach Art. 190 Abs. 2 IPRG offen stehen, worin die Willkürüge nicht vorgesehen sei.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 3.2.2.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 4.

<sup>7</sup> Art. 190 Abs. 2 lit. e des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291).

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 1.1.1.

## 2. Anforderungen an eine Opting-out-Vereinbarung i.S.v. Art. 176 Abs. 2 IPRG

[Rz 7] Blieb zu prüfen, ob sich die Parteien auf ein sog. Opting-out i.S.v. Art. 176 Abs. 2 IPRG geeinigt hatten. Demnach können Parteien eines internationalen Schiedsverfahrens das Verfahren mittels Vereinbarung dem Binnenschiedsrecht, d.h. dem 3. Teil der ZPO, unterstellen. Das Gesetz setzt voraus, dass die Parteien die Geltung des 12. Kapitels des IPRG durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft ausschliessen und die Anwendung des 3. Teils der ZPO vereinbaren. Gefordert wird somit sowohl die Abwahl des 12. Kapitels des IPRG als auch die Wahl des 3. Teils der ZPO.<sup>9</sup> Die Vereinbarung hat schriftlich zu erfolgen, wobei die Textform i.S.v. Art. 178 Abs. 1 IPRG genügt.<sup>10</sup>

[Rz 8] Im vorliegenden Fall ging der TAS bis kurz vor Eröffnung des Urteilsdispositivs am 9. Mai 2016 davon aus, dass das Schiedsverfahren dem 12. Kapitel des IPRG unterstellt war. In seiner prozessleitenden Verfügung vom 26. April 2016 schrieb das Schiedsgericht dazu: «(...), les dispositions du chapitre 12 de la [LDIP] sont applicable, à l'exclusion de toute autre loi.» Dieser Wortlaut wurde von einem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers durchgestrichen und handschriftlich wie folgt ergänzt: «(...), le présent arbitrage est soumis aux dispositions du [CPC], en particulier à sa partie 3 (art. 353 ss CPC)».<sup>11</sup> Das Schiedsgericht akzeptierte diese Änderung an der Instruktionsverhandlung vom 29. April 2016.<sup>12</sup> In der Urteilsbegründung vom 16. September 2016 hielt es zum anwendbaren Recht Folgendes fest:

«Le siège de l'arbitrage est en Suisse et les deux parties sont domiciliées, respectivement sises, en Suisse, de sorte que le chapitre 12 de la loi sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 («LDIP») n'est pas applicable (cf. article 176 alinéa 1 LDIP). La procédure arbitrale est donc régie par les articles 353 et suivants du Code de procédure civile suisse, du 19 décembre 2008 («CPC») (...).»<sup>13</sup>

[Rz 9] Mit dieser Einschätzung unterlag das Schiedsgericht offensichtlich einem Irrtum, denn der Beklagte hatte zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung seinen Wohnsitz in Frankreich. Das Bundesgericht sah in der einseitigen Anpassung der prozessleitenden Verfügung vom 26. April 2016 durch den Beschwerdeführer auch keine gültige Opting-out-Vereinbarung i.S.v. Art. 176 Abs. 2 IPRG. Es fehlte bereits am schriftlichen Ausdruck des übereinstimmenden Willens. Zwar unterzeichnete die FIFA die gleiche prozessleitende Verfügung des Schiedsgerichts, jedoch ohne eine Änderung an der anwendbaren lex arbitri vorzunehmen.<sup>14</sup>

[Rz 10] Folglich waren die Voraussetzungen, welche zur Anwendung des 3. Teils der ZPO führen würden, weder aus objektiven Gründen (Schweizer Wohnsitz aller Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung) noch aus subjektiven Gründen (gültige Opting-out-

---

<sup>9</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_254/2013 vom 19. November 2012 E. 1.2.3.

<sup>10</sup> Statt vieler: DANIEL C. PFIFFNER/DANIEL HOCHSTRASSER, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 176 N 45. Im Gegensatz zu Art. 176 Abs. 2 IPRG wird in Art. 353 Abs. 2 ZPO, der binnenschiedsrechtlichen Parallelbestimmung zum Opting-out, ausdrücklich auf die entsprechende Formvorschrift zur Schiedsvereinbarung verwiesen.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 1.1.2.

<sup>12</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 1.1.3.

<sup>13</sup> TAS 2016/A/4474 vom 16. September 2017 (Fn. 1), Rz. 142.

<sup>14</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 1.1.3.

Vereinbarung der Parteien) gegeben. Dennoch trat das Bundesgericht auf die Willkürbeschwerde ein und zwar gestützt auf folgende Überlegungen:

### **3. Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben**

[Rz 11] Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 29. April 2016 teilte das Schiedsgericht den Parteien mit, dass es von der Anwendbarkeit des 3. Teils der ZPO ausgehe, wie dies vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers handschriftlich festgehalten worden sei. Im Anschluss erklärten die Parteien, dass sie keine Einwände gegen diesen Vorschlag hätten.<sup>15</sup>

[Rz 12] Gemäss Bundesgericht verhielt sich die FIFA widersprüchlich, indem sie im Beschwerdeverfahren mit der Begründung, es liege ein internationales Schiedsverfahren vor, auf Nicht-eintreten plädierte. Ein solcher Verstoss gegen Treu und Glauben verdiene keinen Rechtsschutz. Dies insbesondere deshalb, weil die anwendbare lex arbitri einen direkten Einfluss auf die zur Verfügung stehenden Rügen vor Bundesgericht habe. In der Folge trat das Bundesgericht auf die Willkürbeschwerde ein.<sup>16</sup>

## **III. Würdigung**

### **1. Auflockerung der strengen Formerfordernisse für eine Opting-out-Vereinbarung**

[Rz 13] Auch wenn das Bundesgericht in Erwägung 1.1.3. festhielt, dass die Frage nach den formellen Voraussetzungen einer Opting-out-Vereinbarung offen gelassen werden könne, ist der vorliegende Entscheid zunächst eine Abkehr von der bisherigen äusserst formstrengen Rechtsprechung zu Art. 176 Abs. 2 IPRG. Demnach kamen die Regeln zur Binnenschiedsgerichtsbarkeit in Fällen, in denen eine Partei ihren Wohnsitz ausserhalb der Schweiz hatte, mangels formgültiger Opting-out-Vereinbarung selbst dann nicht zur Anwendung, wenn vor der Rechtsmittelinstanz bewiesen werden konnte, dass beide Parteien (und das Schiedsgericht) mit der Anwendung des Binnenschiedsrechts einverstanden waren.<sup>17</sup>

[Rz 14] Im Urteil des Bundesgerichts 4P.140/2000 vom 10. November 2000 beispielsweise hatte das Schiedsgericht die Parteien darauf hingewiesen, dass es vielleicht besser wäre, das Verfahren dem 12. Kapitel des IPRG zu unterstellen. Dieser Vorschlag wurde von beiden Parteien abgelehnt und es wurde explizit an der Anwendung des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit<sup>18</sup> festgehalten. Dennoch konnte sich der Beschwerdegegner im anschliessenden Rechtsmittelverfahren auf die Unzuständigkeit des angerufenen, damals noch kantonalen Gerichts berufen, da keine formgültige Opting-out-Vereinbarung vorlag. Dieses Vorgehen wurde vom Bundesgericht mit dem Hinweis auf die strikten Formvorschriften in Art. 176 Abs. 2 IPRG geschützt.<sup>19</sup> Im vorlie-

---

<sup>15</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 1.1.4.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 1.1.4.

<sup>17</sup> BGE 116 II 721 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_254/2013 vom 19. November 2013 E. 1.2.3 sowie 4P.140/2000 vom 10. November 2000 E. 2a.

<sup>18</sup> Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit war bis zum Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO am 1. Januar 2011 Gegenstand des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (KSG).

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts 4P.140/2000 vom 10. November 2000 E. 2b.

genden Entscheid wurde das gleiche Argument der FIFA mit dem Hinweis auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verworfen.

[Rz 15] Interessant ist auch das Urteil des Bundesgerichts 4A\_254/2013 vom 19. November 2013. Darin gingen beide Parteien und der Einzelschiedsrichter von der Anwendbarkeit des Binnenschiedsrechts aus. Ein entsprechender Hinweis auf das Konkordat wurde vom Einzelschiedsrichter explizit festgehalten und von keiner Partei während des Schiedsverfahrens noch im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht je bestritten.<sup>20</sup> Dennoch trat das Bundesgericht auf die Beschwerde, die sich auf Art. 393 lit. e und f ZPO stützte, nicht ein. Wieder mit der Begründung, die Formerfordernisse von Art. 176 Abs. 2 IPRG seien nicht erfüllt.<sup>21</sup> Dasselbe Vorgehen wäre auch im hier besprochenen Fall möglich gewesen. Dennoch entschied sich das Bundesgericht, die Willkürbeschwerde von Michel Platini gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben zuzulassen.

[Rz 16] Im Ergebnis lockerte das Bundesgericht über das Verbot widersprüchlichen Verhaltens die strikten Formvorschriften zu den Opting-out-Vereinbarungen auf. Inskünftig ist davon auszugehen, dass sich Parteien, die sich in Absprache mit dem Schiedsgericht für die Anwendung des nationalen oder internationalen Schiedsverfassungsrechts entschieden haben, auf diesem Entscheid behaften lassen müssen. Dies unabhängig davon, ob eine formgültige Opting-out-Vereinbarung vorliegt oder nicht. Mit anderen Worten muss sich eine Partei neu eine formell mangelhafte Opting-out-Vereinbarung entgegenhalten lassen, wenn sie nicht dagegen opponiert. Auch wenn das Bundesgericht der FIFA vorliegend nicht vorwarf, dass sie gegen den mündlich eröffneten Entscheid des Schiedsgerichts, das Verfahren dem 3. Teil der ZPO zu unterstellen, gestützt auf Art. 190 Abs. 3 ZPO unmittelbar hätte Beschwerde erheben sollen,<sup>22</sup> so hätte die FIFA dennoch widersprechen müssen. Indem sie sich nicht dagegen gewehrt hatte, akzeptierte sie den Vorschlag des Beschwerdeführers bzw. jenen des Schiedsgerichts.

[Rz 17] Diese Tendenz ist grundsätzlich zu begrüßen, denn die bisherige Rechtsprechung zu den Opting-out-Möglichkeiten missachtete ohne Not den klaren Willen der Parteien und führte zu Rechtsunsicherheit.<sup>23</sup> Leider verpasste es das Bundesgericht, diese Konsequenz im Entscheid klar darzulegen. Damit besteht für die beratenden Anwältinnen und Anwälte nach wie vor Unsicherheit darüber, welche Beschwerdemöglichkeiten in einem analogen Fall tatsächlich bestehen.

## 2. Opting-out-Vereinbarung wohl bis kurz vor der Urteilsverkündung möglich

[Rz 18] Gemäss Bundesgericht sollte nicht nur die Frage nach den formellen Voraussetzungen einer Opting-out-Vereinbarung offen gelassen werden, sondern auch jene nach dem spätesten Zeitpunkt einer solchen Vereinbarung.<sup>24</sup> Der Entscheid zeigt jedoch, dass das Bundesgericht einem Wechsel der anwendbaren lex arbitri in «letzter Minute» und damit kurz vor dem Schiedsentscheid nicht *per se* entgegensteht. Immerhin war das Schiedsgericht bis zum 29. April 2016 von

---

<sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_254/2013 vom 19. November 2013 E. 1.2.4.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_254/2013 vom 19. November 2013 E. 4.

<sup>22</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 1.1.2.

<sup>23</sup> Vgl. IRMA AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten – Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, Diss. Luzern, Zürich 2016, Rz. 78 ff.

<sup>24</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017 E. 1.1.3.

der Anwendbarkeit des 12. Kapitels des IPRG ausgegangen. Erst kurz vor Urteilseröffnung, die am 9. Mai 2016 stattfand, entschied es sich, das Verfahren dem Binnenschiedsrecht zu unterstellen. Was den Zeitpunkt einer Opting-out-Vereinbarung angeht, dürfte sich das Bundesgericht daher der überwiegenden Lehrmeinung<sup>25</sup> anschliessen und ein Wechsel der lex arbitri bis kurz vor dem Urteil zulassen.

[Rz 19] Offensichtlich kein Thema waren vorliegend die Konsequenzen, die ein so später Wechsel der lex arbitri mit sich bringt. Interessant wäre beispielsweise zu wissen, wie sich ein Wechsel der lex arbitri auf bereits vorgenommene Verfahrenshandlungen und allfällige Teil- oder Zwischenentscheide auswirkt.<sup>26</sup> Die Frage musste im hier besprochenen Fall nicht beantwortet werden, da sich in der Sportschiedsgerichtsbarkeit – abgesehen von den Anfechtungsmöglichkeiten – kaum Unterschiede zwischen der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ergeben.

[Rz 20] Genau diese Tatsache lässt jedoch die Frage aufkommen, warum das Bundesgericht im Entscheid kein Wort zu den Beweggründen des Beschwerdeführers verlor, anstelle des 12. Kapitels des IPRG den 3. Teil der ZPO für anwendbar zu erklären. Es dürfte auf der Hand liegen, dass die handschriftlich eingefügte Änderung durch einen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers einzig im Hinblick auf das kurz bevorstehende Urteil und damit auf das Rechtsmittelverfahren vorgenommen wurde. Nur so stand dem Beschwerdeführer die Willkürzüge offen. Ansonsten hätte er sich mit der praktisch aussichtslosen<sup>27</sup> Ordre-public-Beschwerde zufrieden geben müssen. Man hätte also durchaus auch argumentieren können, dass es nicht (nur) die FIFA ist, die sich im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich verhält, sondern auch der Beschwerdeführer. Immerhin wusste der Beschwerdeführer, dass das Schiedsgericht einem Irrtum unterlag, wenn es an der Instruktionsverhandlung davon ausging, dass objektiv gesehen ein Binnenschiedsverfahren vorlag. Denn wer, wenn nicht der Beschwerdeführer selbst, hätte wissen müssen, dass er zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung keinen Wohnsitz in der Schweiz hatte.

### 3. Braucht die Schweiz zwei Schiedsverfassungsrechte?

[Rz 21] Der besprochene Entscheid zeigt exemplarisch, wie die Zuteilung zur nationalen oder internationalen Schiedsgerichtsbarkeit letztlich von Zufälligkeiten, nämlich dem Wohnsitz der Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung, abhängt. Er zeigt aber auch, welche Rechtsunsicherheiten bei der Bestimmung der anwendbaren lex arbitri aufkommen können. So gesehen, verkomplizieren die Opting-out-Möglichkeiten die lex arbitri der Schweiz mit ihren zwei Schiedsverfassungsrechten. Gleichzeitig relativieren die Opting-out-Möglichkeiten jedoch die Daseinsberechtigung dieses dualistischen Systems, indem sie den Parteien die freie Wahl

---

<sup>25</sup> BERNARD BERGER/Franz KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 108; FELIX DASSER, *Kurzkommentar ZPO*, 2. Aufl. Basel 2014, Art. 353 N 13; PFIFFNER/HOCHSTRASSER (Fn 10), Art. 176 N 47; a.A. URS WEBER-STECHER, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 353 N 11, der auf die erste Organisationsbesprechung abstellt; FRANK VISCHER, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 176 N 23, für den die Vornahme «entscheidender Prozessschritte» ausschlaggebend ist. Frage offen gelassen: DANIEL GIRSBERGER/NATHALIE VOSER, *International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives*, 3. Aufl., Zürich 2016, Rz. 168.

<sup>26</sup> AMBAUEN (Fn 23), Rz. 90 f.

<sup>27</sup> Seit 1989 hob das Bundesgericht nur zwei Schiedsentscheide wegen Verstosses gegen den Ordre public auf. Ende 2015 lagen die Erfolgsaussichten somit bei rund 1,1% (vgl. FELIX DASSER/PIOTR WÓJTOWITCZ, *Challenges of Swiss Arbitral Awards – Updated and Extended Statistical Data as of 2015*, in: *ASA Bulletin 2016*, S. 280 ff., S. 286). Zwischenzeitlich dürften sie unter 1% gefallen sein.

zwischen dem 12. Kapitel des IPRG und dem 3. Teil der ZPO einräumen. Ist nun, wie im vorliegenden Fall, ein Wechsel des Schiedsverfassungsrechts bis kurz vor Urteilsverkündung möglich, verliert die Unterscheidung in nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit nochmals an Bedeutung.

[Rz 22] Es bleibt somit abzuwarten, wann diese historisch begründete<sup>28</sup> und sachlich kaum zu rechtfertigende Unterscheidung<sup>29</sup> zugunsten einer einheitlichen lex arbitri gänzlich aufgegeben werden kann.<sup>30</sup> Bis dahin gilt es wachsam zu sein und die anwendbare lex arbitri, wenn möglich mit einer formgültigen Opting-out-Klausel bereits in der Schiedsvereinbarung, spätestens aber zu Beginn des Schiedsverfahrens, definitiv zu klären.

---

Dr. iur. IRMA AMBAUEN ist Rechtsanwältin bei Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte AG, Luzern/Baar.

---

<sup>28</sup> Bei Inkrafttreten des IPRG 1989 lag das Zivilprozessrecht in der Legiferierungskompetenz der Kantone. Der Bund konnte daher nur die internationale, nicht aber die nationale Schiedsgerichtsbarkeit regeln. Seit 1. Januar 2007 ist der Bund gemäss Art. 122 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) auch für die Gesetzgebung im Bereich des Zivilprozessrechts zuständig. Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit, die bisher im Konkordat geregelt war (vgl. Fn 18), wurde daher in die Eidgenössische ZPO integriert.

<sup>29</sup> Vgl. z.B. die Stellungnahme der Universität Zürich, in: Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2004, S. 794; a.A. FRANÇOIS PERRET, Arbitrage interne et international: y a-t-il lieu de conserver cette distinction?, in: Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 55 ff., der sich zwar für die Abschaffung des Dualismus ausspricht, jedoch unter Vorbehalt einiger dispositiver Sonderbestimmungen für reine Binnenfälle (S. 63).

<sup>30</sup> Dieser Schritt dürfte in nächster Zeit kaum erfolgen. Entsprechende Bestrebungen wurden bereits bei Einführung der Eidgenössischen ZPO verworfen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., S. 7392). Zudem wurde erst Anfang 2017 anlässlich der zurzeit laufenden Revision des 12. Kapitels des IPRG am bestehenden Dualismus festgehalten (vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht [Internationale Schiedsgerichtsbarkeit] vom 11. Januar 2017, S. 12).