

Articles & Notes

Matthias LEEMANN, *Challenging international arbitration awards in Switzerland on the ground of a lack of independence and impartiality of an arbitrator*

Bernhard BERGER, *Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels*

S.I. STRONG, *Collective Arbitration Under the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes: A European Form of Class Arbitration?*

Philippe SCHWEIZER/Pierre A. KARRER/Pierre LALIVE, *Correspondance au sujet de l'article 190(2) LDIP*

Clifford J. HENDEL, *Arbitration in Spain: Changed Law and Changing Perceptions*

Jan KLEINHEISTERKAMP, *The Future of the BITs of European Member States after Lisbon*

Johannes SAN MIGUEL GIRALT, *The New Cuban Arbitration Act and Interim Measures of Protection*

Case Law

Swiss Federal Supreme Court and Cantonal Courts

- o Decision 4A_234/2010 of 29 October 2010, Alejandro Valverde Belmonte v. 1. Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI), 2. Agence Mondiale Antidopage (AMA), 3. Union Cycliste Internationale (UCI)
- o Decision 4A_644/2009 of 13 April 2010, A. v. 1. X., 2. Y., 3. Z.
- o Decision 4A_391/2010; 4A_399/2010 of 10 November 2010
Bernhard LÖTSCHER, Axel BUHR, *Nemo Iudex in Sua Causa – No jurisdiction of the arbitrators to authoritatively rule on their own Fees*
- o Decision 4A_279/2010 of 25 October 2010, 1. X. Holding AG, 2. X. Management SA, 3. A., 4. B. v. Y. Investments N.V.
- o Decision 4A_237/2010 of 6 October 2010, X. v. Union Cycliste Internationale
- o Decision 4A_144/2010 of 28 September 2010, Claudia Pechstein v. International Skating Union (ISU)
- o Decision 4A_338/2010 of 22 June 2010, X. v. Y. S.R.L.
- o Decision A_624/2009 of 12 April 2010, X. v. Association Y. and Fédération Z.
- o Decision 4A_358/2009 of 6 November 2009, A. v. World Anti-Doping Agency
- o Decision 4A_424/2008 of 22 January 2009, X. v. Fédération Internationale de Hockey (FIH)
- o Chamber of appeals of the Vaud High Court, Decision of 23 April 2008

Foreign Case Law

- o Paris Court of Appeal, 9 September 2010
- o Court of Cassation, Decision No 962 of 20 October 2010 (09-68.131)
- o Court of Cassation, Decision No 963 of 20 October 2010 (09-68.997)
Philippe PINSOLLE, *Note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 septembre 2010 (Consorts d'Allaire c/. SAS SGS Holding France)*

ASA News

Bibliography

ASA Bulletin

Published by *Kluwer Law International*
P.O. Box 316
2400 AH Alphen aan den Rijn
The Netherlands

Sold and distributed in North, Central
and South America by *Aspen*
Publishers, Inc.
7201 McKinney Circle
Frederick, MD 21704
United States of America

Sold and distributed in all other countries
by *Turpin Distribution*
Pegasus Drive
Stratton Business Park, Biggleswade
Bedfordshire SG18 8TQ
United Kingdom

ISSN 1010-9153

© 2011, Association Suisse de l'Arbitrage
(in co-operation with Kluwer Law International, The Netherlands)

This journal should be cited as ASA Bull. 1/2011

The ASA Bulletin is published four times per year.
Subscription prices for 2011 [Volume 29, Numbers 1 through 4] including postage
and handling: Print subscription prices: EUR 248/USD 331/GBP 182
Online subscription prices: EUR 230/USD 307/GBP 169
(covers two concurrent users)

This journal is also available online at www.kluwerlawonline.com.
Sample copies and other information are available at www.kluwerlaw.com.

For further information please contact our sales department
at +31 (0) 172 641562 or at sales@kluwerlaw.com.

For advertisement rates please contact our marketing department
at +31 (0) 172 641525 (Marina Dordic) or at marketing@kluwerlaw.com.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval
system, or transmitted in any form or by any means, mechanical, photocopying,
recording or otherwise, without prior written permission of the publishers.

Permission to use this content must be obtained from the copyright owner.
Please apply to: Permissions Department, Wolters Kluwer Legal, 76 Ninth Avenue, 7th
floor, New York, NY 10011, United States of America.
E-mail: permissions@kluwerlaw.com. Website: www.kluwerlaw.com.

Printed on acid-free paper

March 2011

No 1

**Association Suisse de l'Arbitrage
Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione Svizzera per l'Arbitrato
Swiss Arbitration Association**

Comité de l'ASA

ASA Committee

Président

Chairman

Michael E. Schneider, Avocat (Genève)

Vice-Présidents

Vice Presidents

Elliott Geisinger, Avocat (Genève), Daniel Wehrli, Avocat (Zurich)

ASA Secrétariat

ASA Secretariat

Secrétaire général

General Secretary

Dr. Rainer Füeg (Bâle)

Membres

Members

Bernhard Berger, Avocat (Bern), Rocco Bonzanigo, Avocat (Lugano),
François Dessemontet, Professeur (Lausanne), Dieter Gränicher,
Avocat (Bâle), Claudia Kälin-Nauer, Avocate (Zurich), Bernhard F. Meyer,
Avocat (Zurich), Paolo Michele Patocchi, Avocat (Genève), Wolfgang Peter,
Avocat (Genève), Daniel Petitpierre (Bâle), Thomas Pletscher (Zurich),
Andreas Reiner, Professeur et Avocat (Vienne), Klaus Michael Sachs,
Avocat (Munich), Pierre Tercier, Professeur (Fribourg),
Pierre-Yves Tschanz, Avocat (Genève)

Présidents d'honneur

Honorary Presidents

Pierre Lalive, Professeur et Avocat (Genève), Marc Blessing, Avocat (Zurich),
Pierre A. Karrer, Avocat (Zurich), Gabrielle Kaufmann-Kohler,
Professeur et Avocate (Genève), Markus Wirth, Avocat (Zurich)

Vice-Présidents d'honneur

Honorary Vice-Presidents

Claude Reymond †, Professeur et Avocat (Lausanne),
Jean-François Poudret, Professeur (Lausanne),
François Knoepfler, Professeur et Avocat (Neuchâtel)

www.arbitration-ch.org

RÉDACTION DU BULLETIN

Fondateur du Bulletin ASA

Founder of the ASA Bulletin

Prof. Pierre Lalive

Conseil de direction

Advisory Board

Prof. Pierre Lalive

Prof. Piero Bernardini – Me Matthieu de Boisséson – Prof. Franz Kellerhals –
Prof. François Knoepfler – Prof. François Perret – Prof. Dr. Andreas Reiner –
Dr. Philippe Schweizer – Prof. Pierre Tercier – V.V. Veeder QC. –
Dr. Werner Wenger

Comité de rédaction

Editorial Board

Rédacteur/Editor
Matthias Scherer

Domitille Baizeau (Geneva) – Dr. Philipp Habegger (Zurich)
Dr. Cesare Jermini (Lugano) – Dr. Bernhard Berger (Bern)

Secrétaire de rédaction

Editorial Secretary

Angelika Kolb-Fichtler

Correspondance

Merci d'adresser toute correspondance concernant la rédaction du Bulletin, non pas au secrétariat de l'ASA à Bâle, mais à l'adresse suivante:

Correspondence

Please send all correspondence regarding the Bulletin to the following address rather than to the Secretariat of ASA in Basel:

Bulletin ASA

Prof. Pierre Lalive, Me Matthias Scherer

Rue de la Mairie 35, CP 6569, CH-1211 Genève 6

Tel: +41 22 319 87 00 – Fax: +41 22 319 87 60

Emails: plalive@lalive.ch & mscherer@lalive.ch

(For address changes please contact info@arbitration-ch.org/tel +41 61 270 6015)

Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels

BERNHARD BERGER*

Das Urteil 4A_279/2010 vom 25. Oktober 2010 (vgl. ASA Bull. 1/2011, S. 129) ist unter anderem von Interesse, weil das Bundesgericht auf die hängigen Bestrebungen zur Revision von Art. 7 IPRG verweist und anzudeuten scheint, dass der Rechtsschutz, den die Schweizer Gerichte der Klägerin bzw. Beschwerdegegnerin gewährten, mit revidiertem Art. 7 IPRG wohl versagt geblieben wäre.

Zum besseren Verständnis des Falles wird der Sachverhalt nachstehend zeitlich geordnet und damit geringfügig anders als im Urteil des Bundesgerichts dargestellt:

Chronologie

Die Y. Holding AG ist eine renommierte Publikums-gesellschaft mit Sitz in der Schweiz. Sie betreibt (wie viele andere börsenkotierte Schweizer Gesellschaften) auf einem Offshore-Platz eine Investmentgesellschaft, die zu 100% von ihr gehaltene Y. Investments N.V. (domiziliert auf den Niederländischen Antillen).¹

Am 21. Januar 2008 unterzeichnete C. als damaliger Treasurer der Y. Holding AG namens der Y. Investments N.V. ein Asset Management and Facilitation Agreement (AMFA) mit der X. Holding AG mit Sitz in Zug über einen Anlagebetrag von USD 200 Mio.

Auf Betreiben von C. tätigte die Y. Investments N.V. diverse Vermögensanlagen, für die ihr die X. Holding AG bzw. deren Tochter X. Management SA namhafte Gebühren in Rechnung stellte (insgesamt USD 2.725 Mio.). Diese Zahlungen erweckten den Verdacht strafbaren Verhaltens des Treasurer C. und weiterer Mitbeteiligter.

Am 18. Juli 2008 erwirkte die X. Holding AG gegen die Y. Investments N.V. in Curaçao einen Arrest über USD 209.3 Mio. wegen angeblicher Nichteinhaltung des AMFA.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Kellerhals Anwälte, Basel/Bern/Zürich.

¹ Seit der politischen Neuordnung, die am 1. Oktober 2010 in Kraft trat, auf Curaçao.

Am 25. *Juli 2008* reichte die Y. Holding AG bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich Strafanzeige wegen Veruntreuung gegen den vormaligen Treasurer C. sowie A. und B. ein (A. und B. waren Mitglieder des Verwaltungsrates der X. Holding AG).

Zwecks Prosequierung des in Curaçao erwirkten Arrests reichte die X. Holding AG am 15. *Oktober 2008* gegen die Y. Investments N.V. beim International Centre for Dispute Resolution (ICDR) in New York eine „notice of arbitration“ ein. Sie berief sich auf Art. 22 AMFA, der wie folgt lautet:

“In the event of disputes concerning any aspect of the Agreement, including Claim of breach, remedy shall first be sought by communication between parties. If such communication fails to resolve the dispute then the parties agree in advance to have the dispute submitted to binding arbitration through The American Arbitration Association or to any other US court. The prevailing party shall be entitled to attorney’s fees and costs. The arbitration may be entered as a judgement in any court of competent jurisdiction. The arbitration shall be conducted based upon the Rules and Regulations of the International Chamber of Commerce (ICC 500).”

Am 10. *November 2008* teilte der ICDR den Parteien mit, dass auf das Schiedsbegehren nicht eingetreten werden könne, weil Art. 22 AMFA keine Einleitung eines Verfahrens erlaube, das mit einer Administration durch den ICDR kompatibel sei.

Am 19. *Dezember 2008* reichte die X. Holding AG gegen die Y. Investments N.V. beim United States District Court for the Southern District of New York eine “petition to compel arbitration” ein (gestützt auf den Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 4).

Am 6. *Januar 2009* erhob die Y. Investments N.V. beim Kantonsgericht Zug Klage. Die Klage richtet sich gegen die X. Holding AG, deren Tochter X. Management SA sowie die vorgenannten A. und B. Mit der Klage beantragt die Y. Investments N.V. im Wesentlichen, es sei festzustellen, dass das AMFA wegen fehlender Vertretungsmacht von C. ungültig bzw. unwirksam sei und die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, ihr die oben erwähnten Gebühren zurückzuzahlen.

Am 2. *April 2009* wies der United States District Court die “petition to compel arbitration” ab mit der Begründung, dass keine durchsetzbare Schiedsklausel vorliege.

Am 22. *April 2009* beantragten die Beklagten dem Kantonsgericht Zug, das Verfahren auf die Zuständigkeitsfrage zu beschränken und einzustellen, bis die U.S. Gerichte rechtskräftig über die „petition to compel

arbitration“ entschieden hätten bzw. bis das Strafverfahren im Kanton Zürich erledigt sei.

Am 2. Juni 2009 legte die X. Holding AG beim United States Court of Appeals for the Second Circuit gegen das Urteil des United States District Court Berufung ein.

Am 27. Oktober 2009 hob der United States Court of Appeals den Entscheid des United States District Court auf mit der Begründung, es sei unklar, ob der Passus “any other US court” in Art. 22 AMFA “refers to [...] a court of arbitration or [...] a judicial court”. Deshalb sei die Streitsache im Sinne dieser Erwägung für weitere Abklärungen an die erste Instanz zurückzuweisen.

Am 14. Dezember 2009 verwarf das Kantonsgericht Zug die von der X. Holding AG erhobene exceptio arbitri ebenso wie die von den übrigen Beklagten erhobenen Zuständigkeitsrügen und trat auf die Klage ein. Das Sistierungsgesuch wies es ab.

Diesen Zwischenentscheid zogen die Beklagten an das Obergericht des Kantons Zug weiter, das mit Urteil vom 8. April 2010 im Wesentlichen den Beschluss der ersten Instanz bestätigte.

Gegen das Urteil des Zuger Obergerichts erhoben die Beklagten Beschwerde in Zivilsachen, die das Bundesgericht mit dem hier besprochenen Urteil vom 25. Oktober 2010 abwies.

Das Verfahren über die „petition to compel arbitration“ vor den U.S. Gerichten ist derweil (Anfang Januar 2011) nach wie vor in erster Instanz hängig. Nach der Rückweisung an den United States District Court stiegen die Parteien in die „discovery“ ein, die inzwischen mehr als 2300 Seiten an Dokumenten und über 1300 Seiten an „depositions“ von fünf Zeugen auf beiden Seiten des Atlantiks generierte. Dem Vernehmen nach wird demnächst vor dem United States District Court ein „hearing“ stattfinden.

Anmerkungen

1. Über die Frage, ob das Bundesgericht und die Zuger Vorinstanzen die hochgradig pathologische Klausel in Art. 22 AMFA richtig interpretierten, liesse sich womöglich endlos debattieren. Diesem Punkt ist der vorliegende Beitrag nicht gewidmet. Für die nachfolgenden Bemerkungen wird unterstellt, dass die Klausel zutreffend ausgelegt wurde bzw. keine Abrede enthält, mit der die Parteien die staatliche Gerichtsbarkeit und insbesondere die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte vollständig ausschliessen wollten.

2. In der Schweiz ist es einer Partei nicht verwehrt, vor dem staatlichen Richter zu klagen, auch wenn für die Streitsache eine (behauptete) Schiedsvereinbarung im Raum steht. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Möglichkeit der rügelosen Einlassung sachlogisch voraussetzt, dass ein an sich unzuständiges Gericht angerufen wird. Nur wenn der Beklagte (rechtzeitig) die *exceptio arbitri* erhebt, hat das Gericht die Schiedsvereinbarung zu prüfen. In diesem Fall hat es nach dem heute geltenden Regime vorab zu klären, ob das Schiedsgericht, falls es bestellt würde, seinen Sitz in der Schweiz oder in einem anderen Staat hätte:

a) Ist der Sitz des Schiedsgerichts ausserhalb der Schweiz, hat das staatliche Gericht die Parteien gemäss Art. II Abs. 3 NYÜ auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Schiedsvereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist. Der territoriale Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist, aus Art. I NYÜ abgeleitet, beschränkt auf Schiedsverfahren, die in dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates als desjenigen durchzuführen sind, dessen staatliche Gerichte angegangen werden.² Das Bundesgericht interpretiert Art. II Abs. 3 NYÜ in ständiger Rechtsprechung so, dass der staatliche Schweizer Richter die umstrittene Schiedsvereinbarung *umfassend* prüfen muss.³ Diese Auslegung des NYÜ steht im Einklang mit der herrschenden Lehre.⁴

b) Befindet sich der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz, ist nicht Art. II Abs. 3 NYÜ, sondern Art. 7 IPRG anzuwenden. Nach dieser Vorschrift hat das staatliche Gericht seine Zuständigkeit abzulehnen, es sei denn, der Beklagte habe sich vorbehaltlos eingelassen, die Schiedsvereinbarung sei hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar, oder das Schiedsgericht könne aus Gründen, für welche der Beklagte einzustehen hat, nicht bestellt werden. Diese Bestimmung wird vom Bundesgericht so verstanden, dass der staatliche Richter sich mit einer *summarischen Prüfung* (*examen sommaire*) der Schiedsvereinbarung begnügen soll.⁵ Diese Auslegung wird in der Lehre mehrheitlich abgelehnt.⁶

² Vgl. etwa Schramm, Geisinger & Pinsolle, in: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, ed. by Kronke et al., 2010, pp. 41-42.

³ BGE 121 III 38 E. 2 S. 40 und nunmehr der hier besprochene BGE 4A_279/2010 E. 2 und 3.

⁴ Vgl. nur Poudret & Besson, Comparative Law of International Arbitration, 2nd ed. 2007, N 489: "There is nothing to suggest that such control should be limited to the apparent existence of an arbitration agreement and/or that it should only be made *prima facie*". Vgl. überdies dieselben Autoren in N 491 mit weiteren Nachweisen.

⁵ BGE 122 III 139 E. 2b.

⁶ Vgl. u.a. Poudret & Besson, op. cit., N 502; Berger & Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2nd ed. 2010, N 316 f.; Berti, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2007, Art. 7 IPRG N 8; Wenger, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 1. Aufl. 1996, Art. 186 IPRG N 6; mit etwas mehr Zurückhaltung auch BSK-IPRG

3. Die Kritiker der gegenwärtigen Rechtsprechung zu Art. 7 IPRG beanstanden in erster Linie, dass damit der Anspruch des Klägers auf Rechtsschutz vor dem staatlichen Richter in Frage gestellt wird.⁷ Denn es geht letztlich vor dem angerufenen staatlichen Gericht *originär um seine eigene Zuständigkeit*, selbst wenn es sich in diesem Zusammenhang vorfrageweise zur Gültigkeit der behaupteten Schiedsvereinbarung und damit indirekt zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts äussern muss. Deshalb geht es nicht an, dass der staatliche Richter seine Zuständigkeit bereits dann ablehnt, wenn er beim ersten Hinsehen den Anschein einer gültigen Schiedsvereinbarung erblickt; in jedem Fall könnte ein solcher Summarentscheid bloss vorläufige Wirkung entfalten. Noch weniger vorstellbar ist, dass sich das staatliche Gericht nach einer bloss summarischen Prüfung der Schiedsvereinbarung für zuständig erklärt und alsdann einen Sachentscheid fällt.

4. Im vorliegenden Fall kamen die Schweizer Gerichte zum Schluss, dass das „*angeblich vereinbarte Schiedsgericht seinen Sitz in den USA hätte*“.⁸ Deshalb war Art. II Abs. 3 NYÜ anzuwenden und die Schiedsvereinbarung durfte (inzident) mit voller Kognition geprüft werden.

Über die Frage, was geschehen wäre, wenn die Schweizer Gerichte die behauptete Schiedsvereinbarung lediglich summarisch hätten prüfen dürfen, lässt sich letztlich bloss spekulieren. Die Annahme liegt jedoch nicht fern, dass sie sich mit „Verdacht“ auf eine dem ersten Anschein nach gültige Schiedsklausel für unzuständig erklärt hätten. Für den Schweizer Y. Konzern hätte dies erhebliche Nachteile mit sich gebracht: Die Y. Investments N.V. wäre gezwungen gewesen, mit der Weiterverfolgung der vor das Kantonsgericht Zug gebrachten Ansprüche mindestens bis zum endgültigen Abschluss des Verfahrens über die „petition to compel arbitration“ zuzuwarten. Damit hätten die Schweizer Gerichte einem hier beheimateten Unternehmen (Y. Konzern) unter Umständen während Jahren den Zugang zur Rechtspflege vermauert; immerhin ist die „petition to compel arbitration“ in New York seit dem 19. Dezember 2008 hängig. Der Y. Konzern wird

Wenger & Schott, 2. Aufl. 2007, Art. 186 IPRG N 7a. Andere Autoren befürworten den *effet négatif de la compétence-compétence* und treten aus diesem Grund generell für eine bloss summarische Prüfung ein, so u.a. Kaufmann-Kohler & Rigozzi, Arbitrage international, 2. Aufl., 2010, N 442-444; Tschanz, De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP, ASA Bull. 2010, 478-485.

⁷ So etwa BSK-IPRG Berti, Art. 7 N 8; ähnlich Poudret & Besson, N 489, 502 sowie Poudret, Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse, ASA Bull. 2007, 230-242, 231, 236.

⁸ BGer 4A_279/2010 E. 2. Diese Annahme war nicht zwingend. Die angebliche Schiedsvereinbarung (Art. 22 AMFA) bezeichnet keinen Sitz des Schiedsgerichts. Auch aus dem Umstand, dass die Klausel von „*arbitration through The American Arbitration Association or to any other US Court*“ spricht, lässt sich u.E. kein wirklicher Wille ableiten, dass ein allfälliges Schiedsgericht seinen Sitz in den Vereinigten Staaten haben sollte.

jedoch auf ein rasches Urteil über die Ansprüche der Y. Investments N.V. angewiesen sein, um die in Curaçao seit über zwei Jahren verarrestierten Mittel wieder frei zu bekommen.

5. Mit der „Initiative Lüscher“⁹ steht seit dem 20. März 2008 ein Vorschlag zur Debatte, Art. 7 IPRG um einen zweiten Absatz mit folgendem Wortlaut zu ergänzen:

„Bei internationalen Angelegenheiten fällt das angerufene schweizerische Gericht, unabhängig vom Sitz des Schiedsgerichtes, erst einen Entscheid, wenn das Schiedsgericht über die eigene Zuständigkeit entschieden hat, es sei denn, eine summarische Prüfung ergebe, dass zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung getroffen wurde.“

Dieses Vorhaben scheint zwei Ziele zu verfolgen.

a) Erstens soll die in der Schweizer Lehre mehrheitlich kritisierte *summarische Prüfung* der Schiedsvereinbarung allgemein verbindlich erklärt werden. Der mit einer *exceptio arbitri* konfrontierte Schweizer Richter soll demnach auch dann bloss eine summarische Prüfung vornehmen, wenn sich der Sitz des (womöglich erst noch zu bildenden) Schiedsgerichts ausserhalb der Schweiz befindet. Die Änderung bezweckt m.a.W., den Schweizer Gerichten durch den Erlass nationalen Rechts verbindlich vorzuschreiben, wie sie Art. II Abs. 3 NYÜ anzuwenden haben.¹⁰

b) Zweitens soll, so scheint es, der Schweizer Richter, der nach summarischer Prüfung zum Schluss kommt, dass eine gültige Schiedsvereinbarung besteht, verpflichtet werden, die *Sistierung seines Verfahrens* anzuordnen, bis das (womöglich erst noch zu bestellende) Schiedsgericht über seine eigene Zuständigkeit entschieden hat (vgl. den Wortlaut des Vorschlages: „... fällt das angerufene schweizerische Gericht [...] erst einen Entscheid, ...“).¹¹ Nur wenn bereits nach summarischer Prüfung feststeht, dass zwischen den Parteien keine (gültige) Schiedsvereinbarung getroffen wurde, braucht der angerufene Schweizer Richter den Zuständigkeitsentscheid des Schiedsgerichtes nicht abzuwarten, bevor er selbst über die ihm unterbreitete Streitsache entscheidet. Ob er in diesem Fall (hoffentlich!) zumindest im Sachentscheid seine

⁹ Parlamentarische Initiative Nr. 08.417 zur Änderung von Art. 7 IPRG, eingereicht von Nationalrat Christian Lüscher, FDP/Genf. Beide Räte gaben der Initiative trotz gegenteiliger Anträge der jeweiligen Kommission für Rechtsfragen Folge; der Nationalrat am 21. September 2009, der Ständerat am 10. Juni 2010.

¹⁰ Nach der hier vertretenen Ansicht wäre dies nur dann überhaupt statthaft, wenn erwiesen wäre, dass der geplante Abs. 2 zu Art. 7 IPRG *unter allen Titeln* „günstigeres“ nationales Recht i.S. von Art. VII Abs. 1 NYÜ einführen würde.

¹¹ So auch Tschanz, ASA Bull. 2010, 481.

Zuständigkeit doch noch umfassend prüfen muss, lässt der parlamentarische Vorschlag offen.

6. Das Vorhaben des Initianten erweckt vorab Bedenken prinzipieller Art. Mit dem geplanten Abs. 2 zu Art. 7 IPRG wird nach Abs. 1^{bis} zu Art. 186 IPRG bereits zum zweiten Mal in kurzer Folge eine isolierte Gesetzesreform im sensiblen Bereich der Koordination zwischen staatlicher und schiedsgerichtlicher Zuständigkeit angestrebt. Wenn es weiter Schule machen sollte, dass man hierzulande unwillkommene Entscheidungen unseres höchsten Gerichts einfach per Gesetzesnovelle auf kaltem Weg zur Makulatur erklärt,¹² wird es uns nicht überraschen dürfen, wenn solcher „Aktivismus“ früher oder später den Argwohn ausländischer Beobachter des internationalen Schiedswesens auf sich ziehen sollte.

7. Trägt die geplante Revision zur Stärkung des Schiedsplatzes Schweiz bei? Der Initiant behauptet dies.¹³ Der Schreibende hält das für unbegründet.

Die am 20. März 2007 in Kraft getretene Ergänzung von Art. 186 IPRG um den Abs. 1^{bis} bezweckte im Wesentlichen, Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz vor „Übergriffen“ der staatlichen Justiz aus „schiedsfeindlichen“ Ländern zu schützen. Beim geplanten Abs. 2 zu Art. 7 IPRG liesse sich aus Schweizer Sicht aber bestenfalls argumentieren, er bezwecke, Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz vor „Übergriffen“ durch Schweizer Gerichte zu schützen. Im Verhältnis zur Schweizer Justiz sind solche Befürchtungen indessen nicht nur unbegründet, sondern angesichts der traditionellen Schiedsfreundlichkeit unseres Landes auch fehl am Platz.¹⁴

Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern die geplante Revision von Art. 7 IPRG dazu dient, im Wettbewerb der grossen Schiedsplätze den Schweizer Marktanteil zu halten oder weiter auszubauen. Es liesse sich im Gegenteil argumentieren, dass wir mit dieser Novelle nicht den Schiedsplatz Schweiz, sondern vielmehr ausländische Schiedsplätze

¹² So bereits geschehen mit BGE 127 III 279 (Fomento) durch Art. 186 Abs. 1^{bis} IPRG. Auch die „Initiative Lüscher“ zielt erklärermassen darauf ab, die in BGE 122 III 139 E. 2b angeordnete summarische Prüfung auf diejenigen Fälle auszudehnen, in denen sich der Sitz des Schiedsgerichts im Ausland befindet (vgl. dazu den Initiativtext). Sie ist damit indirekt auf „Abschaffung“ der in BGE 121 III 38 E. 2 begründeten Prüfung mit voller Kognition gerichtet.

¹³ Vgl. die Initiative, in der die Novelle unter anderem wie folgt propagiert wird: „*Allerdings gilt es zu bedenken, dass andere Schiedsplätze (z. B. London, Paris, Stockholm, Hongkong, Dubai und Wien) an Bedeutung gewinnen und dass es deshalb wichtig ist, dass die Schweiz auf diesem Gebiet weiterhin Rahmenbedingungen bietet, die weltweit zu den attraktivsten gehören.*“

¹⁴ Ganz abgesehen davon, dass diese Fälle nur sehr selten vorkommen. Nach den Erfahrungen des Autors besteht ein allfälliger Kompetenzkonflikt typischerweise zwischen einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz und einem im Ausland ansässigen staatlichen Gericht. Für diese Fälle hat Art. 186 Abs. 1^{bis} IPRG seit dem 1. März 2007 für Klarheit gesorgt.

stärken: Je mehr wir hierzulande den Zugang zum staatlichen Richter verschliessen (wie mit Abs. 2 zu Art. 7 IPRG geplant), desto sicherer sind die Parteien, die andere Schiedsplätze bevorzugen, vor allfälligen „Einwirkungen“ aus der Schweiz.

8. Läge die Schweiz mit der vorgeschlagenen Revision im Trend?

Auch das wird vom Initianten geltend gemacht.¹⁵ Auch hier drängen sich aber Zweifel auf. Es erstaunt (und überrascht doch nicht), dass der Initiant als einzige Referenz für sein Vorhaben einen (eminenten) französischen Rechtsprofessor und Schiedspraktiker zitiert.¹⁶ Es ist indessen ein offenes Geheimnis, dass Frankreich bis heute weitgehend der einzige namhafte Sitzstaat für internationale Schiedsgerichte geblieben ist, der mit der Theorie des sog. *effet négatif de la compétence-compétence* (Art. 1458 Abs. 2 NCPC, bald Art. 1448 Abs. 1 rev. NCPC) seit langem seine eigene, eigenwillige Interpretation von Art. II Abs. 3 NYÜ vertritt.¹⁷ Weshalb sich die Schweiz dieser im internationalen Vergleich weitgehend isoliert gebliebenen Auffassung anschliessen soll, wird in der Initiative nicht erläutert.¹⁸

Kompetenz-Kompetenz bedeutet, dass *jedes Gericht* – egal ob Schiedsgericht oder staatliches Gericht – die Befugnis hat, über seine eigene Zuständigkeit zu entscheiden. Diese Befugnis impliziert, dass jedes Gericht bei der Prüfung seiner Zuständigkeit womöglich Vorfragen beurteilen muss, die nicht in seine direkte Zuständigkeit fallen. Wird nun aber die Kompetenz-Kompetenz eines Schiedsgerichts zusätzlich mit einer negativen Wirkung (*effet négatif*) ausgestattet, wie dies die geplante Revision von Art. 7 IPRG anstrebt, schaltet man damit im Ergebnis die (positive) Kompetenz-Kompetenz des staatlichen Richters aus. Dafür gibt es jedoch – insbesondere in der Schweiz – keinen einleuchtenden Grund: Weshalb ist ein (erst noch zu bildendes) Schiedsgericht besser in der Lage als die schiedsfreundlichen Schweizer Gerichte, um mit voller Kognition zu prüfen, ob zwischen den Parteien mit der Abrede *“arbitration through The American Arbitration Association or to any*

¹⁵ Vgl. den letzten Absatz des Initiativtexts.

¹⁶ In der Fussnote zum Initiativtext wird einzig auf den Beitrag von Gaillard in der Festschrift für Robert Briner verwiesen (Gaillard, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 311). Vgl. zu diesem Beitrag aber die Erwiderung von Poudret, dessen Absage an Gaillards Vorschlag („*de remplir le verre*“) an Klarheit nichts zu wünschen übrig lässt (Poudret, *ASA Bull.* 2007, 230-239, 242).

¹⁷ Vgl. die rechtsvergleichende Übersicht bei Poudret & Besson, *op. cit.*, N 495-507.

¹⁸ Zu betonen ist an dieser Stelle, dass auch die von der Schweiz bisher nicht ratifizierte *European Convention on International Commercial Arbitration* (abgeschlossen am 21. April 1961 in Genf) nichts Vergleichbares statuiert, sondern im Gegenteil in Art. VI Abs. 1 und 2 die Befugnis der staatlichen Gerichte, die Schiedsklausel umfassend zu prüfen, unberührt lässt. Nur wenn der staatliche Richter *später angerufen* wird als das Schiedsgericht, hat er sein Verfahren bis zum Entscheid des Schiedsgerichts auszusetzen (vgl. Art. VI Abs. 3).

other US court" eine die staatliche Gerichtsbarkeit ausschliessende Schiedsvereinbarung getroffen wurde? Noch zweifelhafter ist aber der Ruf nach einer prioritären Entscheidung durch das Schiedsgericht, wenn Vorfragen zu beurteilen sind, die absolut nichts mit dem Inhalt (Wortlaut) der behaupteten Schiedsvereinbarung zu tun haben: Weshalb sollte zwingend zuerst ein (noch zu bildendes) Schiedsgericht darüber befinden, ob das AMFA wegen fehlender Vertretungsmacht des damaligen Treasurer C. für die Y. Investments N.V. überhaupt verbindlich ist?¹⁹

Die Befürworter des *effet négatif* argumentieren häufig, die Zuständigkeit eines privaten Schiedsgerichts gründe auf dem privaten Willen der Parteien und deshalb habe der staatliche Richter dem Schiedsrichter bei der Prüfung der Schiedsvereinbarung unbedingt den Vortritt zu lassen.²⁰ Auch die Zuständigkeit eines prorogierten staatlichen Gerichts beruht indessen auf dem privaten Willen der Parteien, wobei hier nach ständiger Praxis dem prorogierten Richter gegenüber den derogierten Gerichten bei der Prüfung der Gerichtsstandsvereinbarung bisher *kein Vortritt* gebührt.²¹ Auch das Gebot der Rücksichtnahme auf den Parteiwillen spricht daher nicht ohne weiteres für die Einführung des *effet négatif*.

9. Ist die vorgeschlagene Revision im Interesse der in der Schweiz beheimateten Unternehmen? Wenn man sich den hier besprochenen Fall nochmals vergegenwärtigt, hinterlässt auch diese Frage berechtigte Zweifel.

Sind am umstrittenen Rechtsverhältnis *ausschliesslich ausserhalb der Schweiz domizilierte Parteien* beteiligt, würde die geplante Revision von Art. 7 IPRG kaum je zum Tragen kommen. Denn in diesen Fällen wird es nur unter besonders gelagerten Bedingungen überhaupt denkbar sein, in der Schweiz einen Gerichtsstand zu begründen, d.h. ein staatliches Gericht in der Schweiz zu finden, das bei Fehlen einer Schiedsvereinbarung zur Beurteilung der Streitsache zuständig wäre.

¹⁹ Diese Sachbehauptung der Y. Investments N.V. blieb vor Bundesgericht wie auch vor den Vorinstanzen vorläufig noch unbeantwortet (vgl. BGer 4A_279/2010 E. 3.5). Nach der hier vertretenen Ansicht wäre es jedoch sachgerecht gewesen, diesen Punkt vorweg zu beurteilen, zählt doch die fehlende Vollmacht zu den (wenigen) Fällen *doppelrelevanter Tatsachen*, die eine sog. „Fehleridentität“ begründen: Steht fest, dass das AMFA für die Y. Investments N.V. wegen fehlender Vollmacht des C. unverbindlich ist, beschlägt derselbe Mangel zwangsläufig auch die von der X. Holding AG behauptete Schiedsklausel. Zu weiteren Fällen von „Fehleridentität“ vgl. Berger & Kellerhals, op. cit., N 622.

²⁰ Vgl. in diesem Sinne u.a. Tschanz, ASA Bull. 2010, 478-485.

²¹ Namentlich im Lugano-Raum gilt unter Art. 23/27 LugÜ weiterhin der Grundsatz, dass die Gültigkeit einer Prorogation umfassend durch das zuerst angerufene Gericht geprüft wird. Wird ein derogiertes Gericht zuerst angerufen, hat das später angerufene prorogierte Gericht das Verfahren auszusetzen, und zwar selbst dann, wenn die Dauer des Verfahrens vor den Gerichten des Vertragsstaats, dem das zuerst angerufene Gericht angehört, unvertretbar lang ist (vgl. EuGH, 9.12.2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl.*, Nr. 73 ff.).

Ist hingegen am umstrittenen Rechtsverhältnis *mindestens eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz* beteiligt, stehen die Chancen weit besser, ein Schweizer Gericht auszumachen, das bei Fehlen einer Schiedsvereinbarung in der Sache zuständig wäre:

a) Nimmt in einem solchen Fall die *ausländische Partei* die Mühen auf sich, die Schweizer Partei trotz oder gerade wegen einer im Raum stehenden (pathologischen) Schiedsvereinbarung vor einem Schweizer Gericht zu verklagen, wird letztere gegen dessen Zuständigkeit womöglich nicht einmal opponieren, sondern sich rügelos auf das Verfahren einlassen; immerhin wird ihr damit ermöglicht, vor der eigenen „Haustür“ zu prozessieren. Erhebt die Schweizer Partei die *exceptio arbitri*, ist nun aber nicht ersichtlich, inwiefern sie Nachteile erleidet, wenn das (schiedsfreundliche) Schweizer Gericht – wie im vorliegend besprochenen Fall – umfassend prüft, ob zwischen den Parteien eine ausschliessliche Schiedsvereinbarung getroffen wurde. Niemand hindert die Schweizer Partei daran, während des laufenden Schweizer Prozesses ihrerseits das Schiedsverfahren einzuleiten (ein Unterfangen, das die X. Holding AG in New York denn auch seit über zwei Jahren verfolgt).

b) Es ist jedoch auch denkbar, dass der *in der Schweiz domizilierten Partei* bei Fehlen einer Schiedsvereinbarung hiezulande ein Klägergerichtsstand offen steht. In dieser Konstellation würde sich der geplante Abs. 2 zu Art. 7 IPRG in der Regel zum Nachteil der Schweizer Partei auswirken, ist doch anzunehmen, dass sich die beklagte ausländische Partei gegen die Zuständigkeit eines Gerichts im Heimatland des Gegners grundsätzlich immer und mit allen verfügbaren Mitteln wehren wird. Mit der vorgeschlagenen Novelle hätte sie dabei künftig leichtes Spiel: sie bräuchte – unabhängig vom Sitz des Schiedsgerichts – nur den Anschein einer möglicherweise gültigen Schiedsvereinbarung glaubhaft zu machen und schon hätte der angerufene Schweizer Richter das Verfahren umgehend zu sistieren und das Dossier unter Umständen für Jahre (vgl. nur den vorliegend besprochenen Fall) in der untersten Schublade der Gerichtskanzlei verschwinden zu lassen.

National- und Ständerat werden in der Debatte um die geplante Novelle demnach nicht zuletzt die Frage beantworten müssen, ob einem Schweizer Unternehmen, das bei Fehlen einer im Raum stehenden Schiedsvereinbarung hiezulande einen Klägergerichtsstand hätte, künftig der Zugang zu den hiesigen Gerichten weitgehend verbaut werden soll.

10. Zusammengefasst besteht nach der hier vertretenen Ansicht kein Anlass, im Schweizer Recht unilateral, d.h. ohne Abstimmung mit anderen Staaten, einen *effet négatif* der schiedsgerichtlichen Kompetenz-Kompetenz

zu implementieren. Selbstverständlich verdient das Anliegen, parallele Verfahren, konkurrierende Zuständigkeiten oder gar sich widersprechende Urteile zu vermeiden, Unterstützung. Wir sind aber überzeugt, dass der Vorschlag zur Änderung von Art. 7 IPRG nicht der richtige Ansatz ist, um diesen Problemen beizukommen. Der mit dieser Novelle angestrebte *effet négatif* könnte (wenn überhaupt) nur dann effizient funktionieren und dem Aspekt der Gleichbehandlung der Parteien gerecht werden, wenn er nicht bloss in einigen wenigen nationalen Schiedsgesetzen verankert ist, sondern einem möglichst globalen Verständnis entsprechen würde.²² Ein erster Schritt in diese Richtung könnte bspw. darin bestehen, im Rahmen der UNCITRAL eine Empfehlung zur einheitlichen Anwendung von Art. II Abs. 3 NYÜ zu erarbeiten.²³ Der nationale Alleingang birgt hingegen, wie oben gezeigt wurde, bloss die Gefahr der „Inländerbenachteiligung“.

Wir halten deshalb dafür, dass die Kommissionen für Rechtsfragen des National- und des Ständerates ihren Ratskolleginnen und -kollegen zu Recht und mit überzeugender Begründung beantragten, der Initiative sei keine Folge zu geben.²⁴ In jedem Fall wäre es aber angezeigt, dass die Schweiz mit neuen Regelungen im hier betroffenen Sachgebiet zuwartet, bis bekannt ist, was die EU im Rahmen der laufenden Revision von Brüssel I unternimmt.

²² In diesem Sinne bereits Poudret & Besson, N 521.

²³ Eine solche Empfehlung existiert bspw. seit dem 7. Juli 2006 für Art. II Abs. 2 NYÜ; vgl. *“Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its thirty-ninth session”*.

²⁴ Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 4. Mai 2009; Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 15. Februar 2010.

Bernhard BERGER, *Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels*

Summary

Since 20 March 2008, a Parliamentary Initiative is pending before the Swiss Parliament which aims at amending Article 7 of the PILS in the sense that Switzerland would accede to the theory of the so-called “negative effect” of competence-competence. In the ASA Bulletin vol. 3/2010 at pp. 478-485, Pierre-Yves Tschanz recently presented his views on the advisability to vote in favor of the proposed amendment (*‘De l’opportunité de modifier l’art. 7 LDIP’*). The author of the present article considers that a recent case decided by the Swiss Federal Supreme Court (BGer 4A_279/2010) gives rise to some critical reflections on the proposal to amend Article 7 of the PILS. Besides a number of legal reservations, the author is not convinced that, as opposed to what the text of the Initiative promises, importing the “negative effect” of competence-competence into Swiss law would boost and further promote Switzerland as a major place for international arbitration. In addition, he believes that it is doubtful whether the proposed amendment would be in the best interests of the Swiss economy. While reducing the risk of parallel proceedings before arbitral tribunals and state courts is a concern that deserves to be supported, the author suggests that the proposed amendment to Article 7 of the PILS does not appear to be the appropriate way to proceed in this matter. Instead of going for a “national solo”, it would be much wiser to concentrate the Swiss recourses on helping to develop uniform transnational standards in relation to potential conflicts between arbitral and state court jurisdiction. As a first step, for example, the UNCITRAL could and should prepare a Recommendation regarding the interpretation of Article II(3) of the New York Convention (as it exists for Article II(2) since 2006). By all means, Switzerland should refrain from taking further action in this matter until such time as it is clear how the EU intends to proceed with the “arbitration exception” in the ongoing revision of Brussels I.

Submission of Manuscripts

Manuscripts and related correspondence should be sent to the Editor. At the time the manuscript is submitted, written assurance must be given that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere. The author will be notified of acceptance, rejection or need for revision within eight to twelve weeks. Manuscripts may be drafted in German, French, Italian or English. They should be submitted by e-mail to the Editor (mscherer@lalive.ch) and may range from 3,000 to 8,000 words, together with a summary of the contents in English language (max. ½ page). The author should submit biographical data, including his or her current affiliation.

Aims & Scope

Switzerland is generally regarded as one of the World's leading place for arbitration proceedings. The membership of the Swiss Arbitration Association (ASA) is graced by many of the world's best-known arbitration practitioners. The Statistical Report of the International Chamber of Commerce (ICC) has repeatedly ranked Switzerland first for place of arbitration, origin of arbitrators and applicable law.

The ASA Bulletin is the official quarterly journal of this prestigious association. Since its inception in 1983 the Bulletin has carved a unique niche with its focus on arbitration case law and practice worldwide as well as its judicious selection of scholarly and practical writing in the field. Its regular contents include:

- Articles
- Leading cases of the Swiss Federal Supreme Court
- Leading cases of other Swiss Courts
- Selected landmark cases from foreign jurisdictions worldwide
- Arbitral awards and orders under various auspices including ICC, ICSID and the Swiss Chambers of Commerce ("Swiss Rules")
- Notices of publications and reviews

Each case and article is usually published in its original language with a comprehensive head note in English, French and German.

Books and Journals for Review

Books related to the topics discussed in the Bulletin may be sent for review to the Editor (Matthias SCHERER, LALIVE, P.O.Box 6569, 1211 Geneva 6, Switzerland).