Grenzen des Regelungsbereichs von Art. 186 Abs. 1bis IPRG

von Dr. Marco Stacher, Rechtsanwalt, LL.M.

I. Einleitung

1. Art. 186 Abs. 1bis IPRG ist mittlerweile in Kraft getreten. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist:

> *«Es [sc. das Schiedsgericht] entscheidet über seine Zuständigkeit ungeachtet einer bereits vor einem staatlichen Gericht oder einem anderen Schiedsgericht hängigen Klage über denselben Gegenstand zwischen denselben Parteien, es sei denn, dass beachtenswerte Gründe ein Aussetzen des Verfahrens erfordern».*

2. Ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz hat demnach eine allfällige frühere ausländische Rechtshängigkeit bei seinem Zuständigkeitsentscheid ausser Acht zu lassen. Es soll sich nicht deshalb für unzuständig erklären, weil der Streitgegenstand im Ausland anhängig gemacht wurde, bevor Schiedsklage erhoben wurde.

3. Ausgelöst wurde die Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG durch das Urteil des Bundesgerichtes in Sachen *Formento v. Colon*.[1] Der faktische Hintergrund dieses Urteils war, grob zusammengefasst, folgender: *Formento* hatte trotz Schiedsvereinbarung Klage vor einem staatlichen Gericht in Panama erhoben; *Colon* leitete daraufhin das vereinbarte Schiedsverfahren ein. Sowohl das panamaische Gericht als auch das Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz bejahten in der Folge ihre Zuständigkeit. Gegen den Zuständigkeitsentscheid des Schiedsgerichts erhob *Formento* staatsrechtliche Beschwerde; angesichts der früheren ausländischen Rechtshängigkeit habe das Schiedsgericht seine Zuständigkeit zu Unrecht bejaht. Das Bundesgericht folgte dieser Argumentation und hiess die Beschwerde gut.

4. Auf die Begründung des *Formento* Entscheides ist an anderer Stelle einzugehen.[2] Wichtig ist an dieser Stelle lediglich, dass die *Formento*-Rechtsprechung die Befürchtung begründete, sie würde einer potentiellen Schiedsbeklagten erlauben, das vereinbarte Schweizer Schiedsverfahren durch Klageerhebung im Ausland zu verhindern: Das Schiedsgericht könne dann – wenn die Schiedsklage wie in der *Formento*-Konstellation erst nach der Einleitung des staatlichen Verfahrens eingereicht werde – die vor ihm hängige Klage nicht beurteilen.[3] Dieser Befürchtung wollte der Gesetzgeber mit der Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG entgegentreten.[4]

5. Der vorliegende Aufsatz prüft nun zum einen, ob diese Befürchtung berechtigt und die Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG somit gerechtfertigt war; zum anderen wird die Tragweite von Art. 186 Abs. 1bis IPRG untersucht, insbesondere ob (i) Art. 186 Abs. 1bis IPRG bewirkt, dass das Schiedsgericht bei seinem Zuständigkeitsentscheid das Verhalten der Parteien vor dem ausländischen Gericht vollkommen ausser Acht zu lassen hat; d.h. dass es nicht nur die frühere ausländische Rechtshängigkeit nicht mehr berücksichtigen darf, sondern sich auch nicht mehr damit befassen darf, ob die Parteien durch das prozessuale Verhalten, mit welchem sie die Rechtshängigkeit begründen und aufrecht halten (Klageeinleitung und Teilnahme am Verfahren) die Schiedsvereinbarung konkludent aufheben; Art. 186 Abs. 1bis IPRG würde dann *eo ipso* einen entsprechenden Vertragsschluss ausschliessen und wäre insoweit als spezielle prozessvertragliche[5] Regel zu qualifizieren. Des weiteren wird untersucht, ob (ii) die von Art. 186 Abs. 1bis IPRG vorgesehene Unbeachtlichkeit der früheren ausländischen Rechtshängigkeit zur Folge hat, dass frühere ausländische Urteile, welche in der Schweiz gemäss den ersten elf Kapiteln des IPRG anerkennungsfähig sind, für Schweizer Schiedsverfahren keine Rechtskraftwirkung (mehr)[6] entfalten; und (iii) ob im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten des Lugano Übereinkommens[7] spezielle Regeln zur Anwendung gelangen.

II. *Formento*-Rechtsprechung

A. Unmittelbarer Gegenstand der Formento-Rechtsprechung

a) Entscheid

6. Um die oben aufgeworfenen Fragen zu beantworten, ist in aller Kürze darzustellen, aufgrund welcher Erwägungen das Bundesgericht den *Formento* Entscheid in der bereits erwähnten Weise traf.[8]

7. Ganz entscheidend für den Ausgang des Verfahrens war, dass das Bundesgericht in einem ersten Schritt festhielt, dass ein Schweizer Schiedsgericht Art. 9 IPRG wie ein staatliches Geicht anwenden müsse: Es müsse das vor ihm hängige Verfahren aussetzen und sich gegebenenfalls für unzuständig erklären, wenn der Streitgegenstand bereits im Ausland hängig und der ausländische Entscheid in der Schweiz anerkennungsfähig sei. In einem zweiten Schritt nahm das Bundesgericht für den konkreten Fall die Anerkennungsprognose vor. Dabei stand die Frage im Mittelpunkt, ob die Schiedsklägerin die Schiedseinrede im panamaischen Verfahren rechtzeitig erhoben hatte.

8. Die panamaischen Gerichte beantworteten diese Frage anhand des lokalen Prozessrechts. Sie kamen dabei zum Schluss, dass die Schiedseinrede nicht fristgerecht erhoben worden war und wiesen sie deshalb ab.[9] Dieses Vorgehen der panamaischen Gerichte steht im Einklang mit dem New Yorker Übereinkommen:[10] Art. II Abs. 3 NYÜ sieht zwar vor, dass ein staatliches Gericht die Parteien auf den Schiedsweg verweisen muss, wenn der Streitgegenstand vom Anwendungsbereich einer Schiedsvereinbarung erfasst ist; dies steht jedoch unter der Voraussetzung, dass die Beklagte die Schiedseinrede in der Form und innert der Frist erhebt, welche das lokale Prozessrecht vorsieht.[11]

9. Das Bundesgericht prüfte nun aus derselben Perspektive wie die panamaischen Gerichte, ob der Streitgegenstand auf dem Schiedsweg beurteilt werden muss: Ob die Schiedseinrede rechtzeitig erhoben worden war, sei eine prozessuale Frage und deshalb anhand des lokalen Prozessrechts zu beantworten; und da die Beklagte die von der *lex fori* vorgesehene Frist im konkreten Fall nicht gewahrt hatte, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die panamaischen Gerichte die Schiedsvereinbarung nicht hatten beachten müssen. Die panamaischen Gerichte hätten den Streitgegenstand deshalb zu Recht beurteilt und deren Urteil sei in der Schweiz anerkennungsfähig.[12]

10. Die positive Anerkennungsprognose – kombiniert mit der Auffassung, dass ein Schiedsgericht Art. 9 IPRG anwenden müsse – führte gemäss Bundesgericht dazu, dass das von *Colon* angerufene Schiedsgericht das vor ihm hängige Verfahren nicht hätte fortführen dürfen.

b) Kritik

11. Das *Formento*-Urteil ist teilweise heftig kritisiert worden.[13] Berechtigt ist diese Kritik insoweit, als es nicht angebracht ist, die Anerkennungsfähigkeit eines ausländischen Urteils nach anderen als nach schweizerischen Kriterien zu prüfen: Anerkennungsfähigkeit und Vollstreckbarkeit von *Urteilen ausländischer staatlicher Gerichte* bestimmen sich nach dem IPRG und den Staatsverträgen, welche diese Komplexe zum Gegenstand haben, wie dem Lugano Übereinkommen; das New Yorker Übereinkommen, welches die Vollstreckung von *ausländischen Schiedsentscheiden* und die Umsetzung von Schiedsvereinbarungen regelt, ist in diese Prüfung nicht einzubeziehen.[14] Ob die panamaischen Gerichte aus ihrer eigenen Perspektive die Streitsache in Anwendung des New Yorker Übereinkommens beurteilen durften, ist deshalb für die Frage der Anerkennungsfähigkeit des panamaischen Urteils ohne Belang; relevant ist dafür bloss, ob sich die panamaischen Gerichte nach *Schweizer* Auffassung – beispielsweise aufgrund vorbehaltloser Einlas-

sung oder konkludenter Aufhebung der Schiedsvereinbarung[15] – über diese hinwegsetzen durften.

12. Zu betonen ist jedoch, dass der *Formento*-Entscheid nicht Tür und Tor für die Missachtung von Schiedsvereinbarungen geöffnet hat: Das Bundesgericht hat mitnichten festgehalten, dass ein Schweizer Schiedsgericht die frühere ausländische Rechtshängigkeit in jedem Fall beachten müsse: Unabdingbare Voraussetzung dafür ist gemäss Art. 9 IPRG, dass der ausländische Entscheid in der Schweiz anerkennungsfähig ist; vorausgesetzt ist somit insbesondere, dass das ausländische Gericht indirekt zuständig ist. Wenn die panamaischen Gerichte gemäss IPRG in Abwesenheit einer Schiedsvereinbarung nicht indirekt zuständig gewesen wären oder wenn die Beklagte die Schiedseinrede in Panama rechtzeitig erhoben hätte, hätte sich das Schweizer Schiedsgericht auch unter der *Formento*-Rechtsprechung nicht mit dem ausländischen Verfahren auseinander setzen müssen.

13. Die Kritik an der *Formento*-Rechtsprechung geht deshalb zu weit, wenn sie suggeriert, dass es einer Partei gestützt auf diese Rechtsprechung problemlos möglich sei, ein Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz zu blockieren oder gar zu verhindern. Vielmehr ist dazu auch unter *Formento* erforderlich, dass die Gegenpartei die Schiedseinrede nicht rechtzeitig erhoben hat und dass diese somit der Vorwurf der Untätigkeit trifft: Wenn die Gegenpartei ihren prozessualen Lasten nachgekommen wäre, wäre das Urteil des ausländischen Gerichts in der Schweiz nicht vollstreckbar und müsste das Schiedsgericht die frühere ausländische Rechtshängigkeit nicht beachten.[16]

B. Fokussierung des Gesetzgebers auf den Ausgangspunkt der Formento Rechtsprechung und dadurch aufgeworfene Fragen

14. Mit Art. 186 Abs. 1bis IPRG hat der Gesetzgeber der Missbrauchsgefahr entgegentreten wollen, welche die *Formento*-Rechtsprechung seiner Meinung nach begründet hat.[17] Tatsächlich hat der Gesetzgeber dieser Rechtsprechung mit der Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG die Grundlage entzogen: Ein Schweizer Schiedsgericht darf Art. 9 IPRG nicht mehr anwenden; dies hat zur Folge, dass die in dieser Bestimmung erwähnte Anerkennungsprognose und die mit ihr verbundenen Fragen ohne weiteres gegenstandslos werden.

15. Der Gesetzgeber hat sich mit anderen Worten mit dem Ausgangspunkt von *Formento* befasst, nämlich damit, dass das Bundesgericht Art. 9 IPRG als in Schiedsverfahren anwendbar erklärte.[18] Diese unmittelbare Ursache

der *Formento*-Rechtsprechung ist nun zwar beseitigt; dass sich der Gesetzgeber vornehmlichst darauf konzentriert hat, Art. 9 IPRG auszuschalten, hat jedoch zur Folge, dass die von ihm geschaffene Bestimmung gewisse Unschärfen aufweist. Denn explizit befasst sich Art. 186 Abs. 1bis IPRG eben nur mit der früheren ausländischen Rechtshängigkeit; eine Auseinandersetzung mit weiteren Ausführungen des Bundesgerichts in *Formento,* welche damit bzw. mit dem Institut der Rechtshängigkeit in Zusammenhang stehen, unterblieb. So beschäftigt sich Art. 186 Abs. 1bis IPRG – wie bereits erwähnt[19] – beispielsweise nicht mit der Frage, ob materielle Rechtskraft und Rechtshängigkeit weiterhin zwei «*principes étroitement connexes*» sind.[20] Kommt hinzu, dass das Bundesgericht in *Formento* zum Schluss kam, dass die Parteien die Schiedsvereinbarung konkludent aufgehoben hätten;[21] wenn dies tatsächlich der Fall gewesen wäre, hätte das Schiedsgericht seine Zuständigkeit auch unabhängig von der früheren ausländischen Rechtshängigkeit ablehnen müssen: Es existierte dann keine Schiedsvereinbarung mehr, aus welcher es seine Zuständigkeit ableiten könnte. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Art. 186 Abs. 1bis IPRG, obwohl er sich nur mit der früheren ausländischen Rechtshängigkeit befasst, quasi auf die Aufhebungsvereinbarung als weiteren Grund für die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts ausstrahlt; denn letztlich ist die Aufhebungsvereinbarung eine Folge des prozessualen Verhaltens der Parteien vor dem Gericht, vor welchem der Streitgegenstand rechtshängig ist. Darauf wird als erstes eingegangen.

III. Art. 186 Abs. 1bis IPRG und Prozessvertragsrecht

A. Vorrang des konkludenten Parteiwillens

a) Möglichkeit der formfreien Aufhebung von Schiedsvereinbarungen

16. Verträge können auch dann ohne Beachtung einer besonderen Form aufgehoben werden, wenn zu ihrem Abschluss bestimmte Formerfordernisse erfüllt werden müssen.[22] Dies gilt auch für die Schiedsvereinbarung: Obwohl die Parteien bei ihrem Abschluss das Schriftlichkeitserfordernis von Art. 178 Abs. 1 IPRG beachten müssen, kann sie formfrei aufgehoben werden.[23] Genau dies ist nach Auffassung des Bundesgerichts in der *Formento* Konstellation erfolgt: Gemäss Bundesgericht haben beide Parteien durch ihr prozessuales Verhalten zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht mehr an die Schiedsvereinbarung gebunden sein wollen.[24]

17. Zu präzisieren ist an dieser Stelle das Verhältnis zwischen Art. 178 Abs. 1 und 2 IPRG: Grundlage des Schriftlichkeitserfordernisses ist Art. 178 Abs. 1 IPRG; es wird mit anderen Worten von der schweizerischen *lex arbitri* mit einer Sachnorm geregelt. Ob *nicht schriftlich getätigte* Willenserklärungen,

beispielsweise für einen Aufhebungsvertrag, formgültig sind und unter diesem Aspekt für den Bestand einer Schiedsvereinbarung relevant sein können, beurteilt sich deshalb nach Art. 178 Abs. 1 IPRG. Nach Art. 178 Abs. 2 IPRG – und somit allenfalls unter drei verschiedenen Rechtsordnungen – ist dagegen zu prüfen, ob eine Willenserklärung vorliegt und ob die Anforderungen erfüllt sind, welche die entsprechenden Rechtsordnungen an den Vertragsschluss stellen.

18. Ein Beispiel mag das Zusammenspiel zwischen den beiden ersten Absätzen von Art. 178 IPRG verdeutlichen: Wenn eine Partei, welche trotz Schiedsvereinbarung vor einem staatlichen Gericht eingeklagt wird, zum einen gegenüber der Klägerin explizit erklärt, sie halte an der Schiedsvereinbarung fest, zum anderen aber am staatlichen Verfahren teilnimmt, so wäre ihr Verhalten trotz Art. 178 Abs. 1 IPRG formgültig, insoweit die Aufhebung der Schiedsvereinbarung zur Diskussion steht, da dafür keine Formerfordernisse existieren. Schwieriger zu beantworten ist dagegen die Frage, ob das Verhalten der Beklagten als *Willenserklärung* mit bestimmtem Inhalt verstanden werden kann; für das von Art. 178 Abs. 2 IPRG u.a. als anwendbar erklärte Schweizer Recht ist dies zu verneinen: Das Verhalten der Beklagten ist widersprüchlich, was es ausschliesst, von einer Annahme des Angebotes zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung auszugehen.[25] Die Schiedsvereinbarung bleibt deshalb trotz der Teilnahme am staatlichen Verfahren bestehen.

b) Konkludente Willenserklärungen und relevanter Zeitpunkt unter *Formento*

19. Das Bundesgericht hat den *Formento* Entscheid auch prozessvertraglich begründet: Ob das Schweizer Schiedsgericht das ausländische Verfahren berücksichtigen muss, ist, wie das Bundesgericht korrekt ausführt, nicht nur eine Frage der früheren ausländischen Rechtshängigkeit. Dies hängt vielmehr auch damit zusammen, ob das Verhalten der Parteien – vor dem ausländischen Gericht oder anderswo – auf das Bestehen der Schiedsvereinbarung einwirkt.

20. In *Formento* hat sich das Bundesgericht, soweit ersichtlich, nur unter Schweizer Recht mit der Frage befasst, ob die Parteien die Schiedsvereinbarung auf diese Weise aufgehoben haben; die übrigen von Art. 178 Abs. 2 IPRG erwähnten Rechtsordnungen scheinen mit anderen Worten nicht relevant gewesen zu sein.[26] Wie dem auch sei – das Bundesgericht wertete die Klage vor dem staatlichen Gericht in *Formento* als konkludentes Angebot zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung und die Teilnahme am staatlichen

Verfahren – verbunden mit dem Unterlassen der rechtzeitigen Schiedseinrede – als konkludente Annahme dieses Angebotes.[27]

21. Auch wenn das Bundesgericht dies in *Formento* nicht explizit festhielt, hätte die Beklagte das Angebot zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung nicht nur durch das rechtzeitige Erheben der Schiedseinrede, sondern auch durch das rechtzeitige Einleiten eines Schiedsverfahrens ablehnen können: Auch dies ist ein Verhalten, welches konkludent den Willen kund tut, den Streitgegenstand von einem Schiedsgericht beurteilen zu lassen;[28] und diese konkludente Willenserklärung wird der Gegenpartei – wie eine Schiedseinrede – zur Kenntnis gebracht, sei dies direkt, durch das Zustellen einer Kopie der Einleitungsanzeige, oder indirekt, durch eine Kommunikation des Schiedsgerichts oder der allenfalls gewählten Schiedsinstitution.

22. Das Bundesgericht führte nicht explizit aus, weshalb es die Einleitung des Schiedsverfahrens in *Formento* nicht bei der Beantwortung der Frage berücksichtigte, ob die Schiedsvereinbarung aufgehoben worden sei; letztlich dürfte dies darin begründet sein, dass das Schiedsverfahren erst nach dem Zeitpunkt eingeleitet wurde, bis zu welchem die Beklagte nach dem anwendbaren lokalen Prozessrecht die Schiedseinrede hätte erheben müssen. Die Einleitung des Schiedsverfahrens erfolgte mit anderen Worten genauso wie die Schiedseinrede zu einem Zeitpunkt, zu dem sie nach der Auffassung des Bundesgerichtes verspätet war und deshalb nicht mehr für den Abschluss des Aufhebungsvertrages relevant sein konnte: Auch diese konkludente Ablehnung des Angebotes zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung erfolgte nicht rechtzeitig.

23. Auch unter *Formento* war der Zeitpunkt, bis zu welchem die Schiedseinrede gemäss lokalem Prozessrecht spätestens hätte erhoben werden müssen, jedoch nicht ohne weiteres für ähnliche Konstellationen entscheidend: In Formento war er es, weil *Colon «une grande société, représentée par un avocat du lieu»* ist. Man dürfe mit anderen Worten erwarten, dass *Colon* die Gepflogenheiten des lokalen Prozessrechts kenne; wenn sie diese nicht beachte, dürfe dies so verstanden werde, dass sie auf die Durchführung des eigentlich vereinbarten Schiedsverfahrens verzichte.[29] Die Rechtzeitigkeit gemäss ausländischem Prozessrecht ist demnach auch unter *Formento* für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur insoweit entscheidend, als aus ihr Rückschlüsse auf den nach dem Vertrauensprinzip massgeblichen Willen gezogen werden können. Insbesondere wäre es angesichts der Ausführungen des Bundesgerichts nicht möglich gewesen, ein Aufheben der Schiedsvereinbarung zu unterstellen, wenn die Beklagte im ausländischen Verfahren säumig gewesen wäre: Weil Schweigen im Allgemeinen nicht als

Annahme zu verstehen ist,[30] mangelte es dann an einem Verhalten, welches als Zustimmung zur Beurteilung des Streitgegenstandes durch das ausländische Gericht verstanden werden könnte.[31]

c) Konkludente Willenserklärungen und Zeitpunkt unter Art. 186 Abs. 1bis IPRG

aa) Einleitung

24. Art. 186 Abs. 1bis IPRG erklärt die ausländische Rechtshängigkeit für den Zuständigkeitsentscheid des Schiedsgerichtes für irrelevant. Was bedeutet dies nun für den in *Formento* mit ihr koordinierten Aufhebungsvertrag? Ist das Verhalten vor dem ausländischen Gericht nicht nur unter dem Blickwinkel der Beachtlichkeit der ausländischen Rechtshängigkeit, sondern auch unter demjenigen der Existenz der Schiedsvereinbarung irrelevant geworden? D.h. kann das Verhalten vor dem ausländischen Gericht keinen Aufhebungsvertrag mehr begründen? Oder – falls dies weiterhin möglich ist – ist der massgebliche Zeitpunkt dann immer noch nach denselben Kriterien wie in *Formento* zu bestimmen?

25. Diese Fragen sind sowohl für das Schweizer Recht als auch für die anderen Rechtsordnungen zu beantworten, welche Art. 178 Abs. 2 IPRG für die Frage der materiellen Gültigkeit der Schiedsvereinbarung für anwendbar erklärt: Ein Schiedsgericht muss seine Zuständigkeit nicht bereits dann verneinen, wenn die Schiedsvereinbarung nach Schweizer Recht als aufgehoben gilt. Gemäss dem in Art. 178 Abs. 2 IPRG statuierten *favor validitatis* ist dies nur dann der Fall, wenn die Schiedsvereinbarung gemäss all denjenigen von den drei dort genannten Rechtsordnungen als aufgehoben zu gelten hat, nach welchen sie ursprünglich gültig war.[32]

bb) Schweizer Recht

(i) Zulässigkeit der konkludenten Aufhebung der Schiedsvereinbarung und entsprechende Willenserklärung der Klägerin

26. Der Wortlaut von Art. 186 Abs. 1bis IPRG hindert das Schiedsgericht nicht explizit daran, das prozessuale Verhalten der Parteien bei der Prüfung mit einzubeziehen, ob eine Schiedsvereinbarung aufgehoben wurde. Nichtsdestotrotz – Art. 186 Abs. 1bis IPRG sieht vor, dass das Schiedsgericht die frühere ausländische Rechtshängigkeit bei seinem Zuständigkeitsentscheid ausser Acht zu lassen hat. Weil die Klageeinleitung vor dem ausländischen Gericht, welche die Rechtshängigkeit begründet, gemäss *Formento* einen ersten Schritt zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung darstellt,[33] zieht die Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG die Frage nach sich, ob die Klageeinleitung vor dem ausländischen Gericht (auch) nicht mehr als konkludentes

Angebot zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung verstanden werden darf. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies nicht angebracht: Die Klageerhebung vor einem ausländischen Gericht ist, in Bezug auf die Aufhebung der Schiedsvereinbarung, ein konkludentes Handeln. Ihr die Qualität einer Willenserklärung *per se* abzusprechen, würde deshalb zu einem vertragsrechtlichen Grundsatz in Widerspruch stehen und eine spezielle prozessvertragliche Regel darstellen. Dies ist ohne weiteres möglich, jedoch findet sich in den Materialien keinerlei Hinweis darauf, dass eine solche Konsequenz beabsichtigt oder nur schon bedacht gewesen wäre. Die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen hielt denn auch fest, dass das Nicht-Erheben der Schiedseinrede einer der von Art. 186 Abs. 1bis IPRG vorgesehenen beachtenswerten Gründe sein könne, welcher die Berücksichtigung der früheren ausländischen Rechtshängigkeit rechtfertigen könne; dies aus dem Grund, dass ein solches Verhalten die Hinfälligkeit der Schiedsvereinbarung nach sich ziehen könne.[34]

27. Diese Haltung der nationalrätlichen Kommission ist zutreffend, jedoch aus zwei Gründen zu zurückhaltend: (i) Zum einen ist denkbar, dass nicht bloss der völlige Verzicht auf die Schiedseinrede, sondern auch das verspätete Erheben der Schiedseinrede eine vertragliche Aufhebung der Schiedsvereinbarung bewirken und somit einen beachtenswerten Grund zur Beachtung der früheren ausländischen Rechtshängigkeit darstellen kann. (ii) Zum anderen führt das Aufheben der Schiedsvereinbarung zwingend zu einem Unzuständigkeitsentscheid des Schiedsgerichtes und ist nicht bloss ein beachtenswerter Grund im Sinne von Art. 186 Abs. 1bis IPRG.

28. Schiedsvereinbarungen können demnach weiterhin konkludent aufgehoben werden. Und das Handeln der Klägerin, welches als konkludentes Angebot zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung zu werten ist, ist vor und nach der Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG dasselbe: Mit der Klageerhebung vor einem staatlichen Gericht tut die Klägerin ihren Willen kund, den Streitgegenstand nicht vom vereinbarten Schiedsgericht entscheiden lassen zu wollen.

(ii) Konkludente Willenserklärungen der Beklagten und relevanter Zeitpunkt

29. In einem zweiten Schritt ist nun zu prüfen, bis zu welchem Zeitpunkt und auf welche Weise die Beklagte das klägerische Angebot zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung (konkludent) ablehnen kann. Selbstredend ist, dass die Beklagte das klägerische Angebot ablehnt, wenn sie frist- und formgerecht Schiedseinrede erhebt; ein explizites Festhalten an der Schiedsvereinbarung verhindert deren Aufhebung. Ausser Frage stehen dürfte auch, dass völlige Säumnis der Beklagten, d.h. Säumnis im staatlichen Verfahren und

Unterlassen der Einleitung eines Schiedsverfahrens, als Schweigen zu verstehen ist und deshalb keine konkludente Annahme des Angebotes zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung darstellt.[35] Und wenn die Beklagte zwar am staatlichen Verfahren teilnimmt, jedoch ein Schiedsverfahren einleitet, ist ihr Verhalten widersprüchlich, sodass keine Zustimmung angenommen werden kann.[36] Interessant sind nun aber vor allem die Fälle, in welchen sich die Beklagte nur im ausländischen staatlichen Verfahren und nur durch konkludente Handlungen gegen die Durchführung des staatlichen Verfahrens zur Wehr setzt. Was muss die Beklagte hier tun und bis wann muss sie es tun, um den Untergang der Schiedsvereinbarung zu verhindern?

30. Bei der Beantwortung dieser Frage muss die Motivation des Gesetzgebers entscheidend sein, mit der Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG der *Formento* Rechtsprechung entgegenzutreten; das Ergebnis dieser Rechtsprechung hing nun ganz erheblich von der Erwägung ab, dass das ausländische Prozessrecht bestimme, bis zu welchem Zeitpunkt die Schiedseinrede erhoben und somit das Angebot zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung abgelehnt werden müsse. Und weil der Gesetzgeber das Ergebnis von Formento korrigieren wollte, ist davon auszugehen, dass er mit der Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG auch diese Erwägung des Bundesgerichts umstossen wollte. Andernfalls wäre das Ergebnis in der *Formento* Konstellation vor und nach dem Inkrafttreten von Art. 186 Abs. 1bis IPRG dasselbe: Das Schiedsgericht müsste seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Beklagte das Angebot zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung nicht bis zu dem Zeitpunkt abgelehnt hat, den das ausländische Prozessrecht zum Erheben der Schiedseinrede vorsieht. Lediglich die Begründung wäre eine andere: Das Schiedsgericht müsste seine Zuständigkeit nicht wegen der früheren ausländischen Rechtshängigkeit, sondern wegen der Aufhebung der Schiedsvereinbarung ablehnen.

31. Es muss deshalb ein anderes Kriterium als dasjenige bestimmt werden, welches in *Formento* relevant war; d.h. es ist zu prüfen, bis zu welchem Zeitpunkt die Beklagte nach der Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG die Aufhebung der Schiedsvereinbarung verhindern kann. Grundsätzlich ist dies anhand des Vertrauensprinzips zu prüfen, welches auch für die Auslegung von Willenserklärungen zur Anwendung gelangt, die Prozessverträge betreffen.[37] Da es jedoch nicht möglich ist aufzuzeigen, zu welchem Ergebnis das Vertrauensprinzip in jedem Einzelfall führt, wird im Folgenden untersucht, ob sich der Rechtsordnung Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, welcher Zeitpunkt als allgemeine Regel relevant ist – im Bewusstsein, dass sich im Einzelfall Abweichungen ergeben können, wenn das Vertrauensprinzip nachweislich zu einem anderen Ergebnis führt.

32. In diesem Zusammenhang ist es angebracht, sich noch einmal einige Daten der Prozessgeschichte i.S. *Formento v. Colon* in Erinnerung zu rufen: *Formento* hatte am 12. März 1998 in Panama Klage vor einem staatlichen Gericht erhoben. *Colon* hätte einen Unzuständigkeitsentscheid erwirken können, wenn sie während der Frist zur Einreichung der Klageantwort Schiedseinrede erhoben hätte; *Colon* unterliess dies. Am 26. Juni 1998 entschied das panamaische Gericht erster Instanz deshalb, dass *Colon* die Schiedseinrede verspätet erhoben hatte.[38]

33. Das anwendbare panamaische Recht liess der Beklagten demnach wenig Zeit, um sich gegen die Zuständigkeit der dortigen Gerichte zur Wehr zu setzen. Selbst das panamaische Gericht zweiter Instanz hielt den Entscheid für überspitzt formalistisch, mit welchem die Schiedseinrede abgewiesen wurde; dessen Entscheid wurde jedoch vom obersten Gericht Panamas aufgehoben. Angesichts des Verfahrensverlaufs in Panama ist nun die Befürchtung verständlich, dass das Abstellen auf das Prozessrecht des Forums eine Schiedsvereinbarung *de facto* ihrer Verbindlichkeit berauben und somit die Wirksamkeit des Schiedsplatzes Schweiz verringern könne. Wenn eine Partei ein ausländisches Verfahren einleiten kann, in welchem die Schiedseinrede innert unverhältnismässig kurzer Zeit erhoben werden muss, und wenn das Schweizer Schiedsgericht den Entscheid über die Einrede beachten muss, ist dies tatsächlich nicht auszuschliessen.

34. Es ist angebracht, den Schiedsplatz Schweiz – vor allem aber die schiedswillige Partei – vor den Folgen solcher, pointiert ausgedrückt, willkürlich kurzer Fristen zur Erhebung der Schiedseinrede zu schützen; es ist jedoch nicht angebracht, über das Ziel hinaus zu schiessen: Es erscheint als ebenso «willkürlich», sämtliches Handeln der Beklagten bis zur Rechtskraft des ausländischen Entscheides zu berücksichtigen: Dies würde es der Beklagten allenfalls erlauben, zunächst abzuwarten, ob das Verfahren in ihrem Sinne verläuft und, falls dies nicht der Fall ist, dann doch die Schiedseinrede zu erheben. Dies ist ebenso unangebracht wie eine unverhältnismässig kurze Frist zum Erheben der Schiedseinrede. Und es scheint für den Ruf der Schweiz als Schiedsplatz auch nicht förderlich zu sein, wenn hiesige Schiedsgerichte völlig losgelöst und ohne Rücksicht auf eine fortdauernde ausländische Rechtshängigkeit das Bestehen einer Schiedsvereinbarung und ihre Zuständigkeit bejahen.

(iii) Einlassung als ausschlaggebendes Kriterium

35. Aus den obigen Überlegungen ergeben sich die Eckpunkte für die Bestimmung des Zeitpunktes, bis zu welchem die Beklagte reagieren muss, um die Aufhebung der Schiedsvereinbarung zu verhindern: Die Beklagte soll

ausreichend Zeit dafür haben, jedoch nicht ungebührlich lange mit einer solchen Reaktion warten dürfen. Von der gehörig geladenen Beklagten darf und soll gefordert werden, dass sie sich im ausländischen Verfahren nach Treu und Glauben verhält. Insbesondere ist es nicht angebracht, ihr zuzugestehen, sich zunächst lediglich in der Sache zu verteidigen und erst danach gegen die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes zu opponieren; d.h. dieses zunächst zu akzeptieren und es danach abzulehnen. Sie würde sich auf diese Weise zu ihrem früheren Verhalten in Widerspruch setzen.

36. Einem solchen Verhalten wird in der Regel über das Konzept der Einlassung entgegen getreten; dies auch im internationalen Verhältnis.[39] Deshalb und da dieser Ansatz letztlich auf dem Gebot von Treu und Glauben gründet,[40] ist es angebracht, auch bei der Beantwortung der hier interessierenden Frage auf ihn abzustellen. Der Zeitpunkt, vor welchem die Beklagte das Angebot zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung ablehnen muss, ist deshalb derjenige, in dem sich die Beklagte aus einer Schweizer Optik auf das ausländische Verfahren eingelassen hat.[41] Und anhand des Konzeptes der Einlassung lässt sich auch prüfen, ob das Angebot zur Aufhebung von der Schiedsvereinbarung konkludent abgelehnt wurde, d.h. es ist gemäss den Kriterien von Art. 26 lit. c IPRG zu prüfen, ob die ausländische Beklagte durch ihr Verhalten die klare Bereitschaft signalisiert hat, die Hauptsache vorbehaltlos vor dem ausländischen Gericht zu verhandeln.[42]

(iv) Umfang der Aufhebungsvereinbarung

37. Gegen die Meinung, dass die Einlassung vor einem staatlichen Gericht quasi von selbst die Aufhebung der Schiedsvereinbarung bewirke, wird bisweilen eingewendet, dass die Einlassung kein Erklärungsbewusstsein voraussetze und dass deshalb in jedem Fall von Einlassung individuell geprüft werden müsse, ob das Verhalten der sich einlassenden Partei als Zustimmung zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung verstanden werden könne.[43] Gemäss anderer Meinung führt die Einlassung generell zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung.[44] Dieser zweiten Meinung ist insoweit zuzustimmen, als die Einlassung gestützt auf das Vertrauensprinzip im Allgemeinen so verstanden werden darf, dass die Streitsache nicht vom ursprünglich vereinbarten Schiedsgericht, sondern vom angerufenen ausländischen Gericht beurteilt werden soll.[45] Irrelevant ist dabei nach der hier vertretenen Meinung, ob es sich beim ausländischen Gericht um ein staatliches Gericht oder um ein Schiedsgericht handelt; im zweiten Fall ist eine derartige Modifikation der Schiedsvereinbarung anzunehmen, dass nun das zuerst angerufene und nicht mehr das ursprünglich vereinbarte Schiedsgericht zuständig sein soll.

38. Die Einlassung bewirkt somit, dass die Schiedsvereinbarung den im ausländischen Verfahren hängigen Streitgegenstand nicht mehr erfasst. Eine andere Frage ist, ob die Schiedsvereinbarung vollständig aufgehoben wird und somit auf künftige Streitgegenstände nicht mehr anwendbar ist. Für die hier behandelte Problematik kann dies offen bleiben, da die Einlassung in jedem Fall dazu führt, dass die Schiedsvereinbarung die hängige Streitsache nicht mehr erfasst und der ausländische Entscheid in der Schweiz anerkennungsfähig ist und somit Rechtskraftwirkung entfaltet.

39. Wenn man die Frage trotzdem beantworten will, dürfte entscheidend sein, dass das konkludente Parteiverhalten im Rahmen eines bestimmten Verfahrens erfolgt und dass sich die Parteien nicht feststellbar mit den Auswirkungen dieses Verfahrens auf künftige Streitgegenstände befassen; dies spricht dafür, als Konsequenz der Einlassung lediglich den Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung (um den bereits hängigen Streitgegenstand) zu reduzieren.[46] Eine solche Modifikation der Schiedsvereinbarung muss zwar das Schriftlichkeitserfordernis von Art. 178 Abs. 2 IPRG erfüllen;[47] da ein staatliches Verfahren in aller Regel zumindest teilweise schriftlich abläuft, ist jedoch kaum vorstellbar, dass eine vorbehaltlose Einlassung stattfindet, ohne dass die Beklagte zumindest eine schriftliche Eingabe macht und darin einen Verweis auf die Schiedsvereinbarung unterlässt, was als schriftliche und konkludente Zustimmung zur Änderung der Schiedsvereinbarung im hier verstandenen Sinn aufgefasst werden kann.[48]

cc) Lex causae und für die Schiedsvereinbarung gewähltes Recht

40. In einem zweiten Schritt ist unter den restlichen, gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG massgeblichen Rechtsordnungen zu prüfen, wann die Schiedsvereinbarung den Streitgegenstand nicht mehr erfasst.[49] Wegen der Vielzahl der denkbaren Regelungen ist an dieser Stelle lediglich festzuhalten, dass das Schiedsgericht dies nach den für das Schweizer Recht entwickelten Grundsätzen prüfen muss, d.h. dass es insbesondere untersuchen muss, (i) wann unter den entsprechenden Rechtsordnungen eine konkludente Willenserklärung vorliegt und (ii) ob eine allfällige konkludente Willenserklärung der Beklagten, mit welcher die Beklagte implizit an der Schiedsvereinbarung festgehalten hat, rechtzeitig erfolgte.

B. Ergebnis

41. Das konkludente Verhalten der Parteien kann demnach auch nach dem Inkraftsetzen von Art. 186 Abs. 1bis IPRG zur Folge haben, dass die Schiedsvereinbarung während der Durchführung eines ausländischen Verfahrens mit Wirkung für den konkreten Streitgegenstand[50] aufgehoben wird. Dies

ist für Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz dann der Fall, wenn die Schiedsvereinbarung unter all den von Art. 178 Abs. 2 IPRG als relevant erklärten Rechtsordnungen, unter welchen sie ursprünglich bestand, insoweit als aufgehoben gelten muss.[51] Wenn dies der Fall ist, muss das Schiedsgericht seine Zuständigkeit mangels Existenz einer auf den Streitgegenstand anwendbaren Schiedsvereinbarung ablehnen.

42. Dieses Ergebnis steht nicht zu Art. 186 Abs. 1bis IPRG in Widerspruch: Diese Bestimmung besagt nur, dass das Schweizer Schiedsgericht unabhängig von Art. 9 IPRG über seine Zuständigkeit entscheidet, d.h. dass die Rechtshängigkeit vor einem ausländischen Gericht keinen Einfluss auf den Zuständigkeitsentscheid des Schiedsgerichts hat. Dass das Schweizer Schiedsgericht bei seinem Zuständigkeitsentscheid die Existenz der Schiedsvereinbarung nicht mehr prüfen darf, sieht die Bestimmung klarerweise nicht vor.

IV. Art. 186 Abs. 1bis IPRG und materielle Rechtskraft

43. Als zweites ist nun zu prüfen, ob Art. 186 Abs. 1bis IPRG, welcher sich mit den Folgen der früheren ausländischen Rechtshängigkeit befasst, auch für die Rechtskraftwirkung von früheren ausländischen Entscheiden relevant ist. Von vornherein lässt sich dies nicht ausschliessen: Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft sind gemäss Bundesgericht zwei «*principes étroitement connexes*».[52] Beide wollen die Existenz von sich widersprechenden Urteilen verhindern. Und unter *Formento* waren die beiden Institute tatsächlich konnex: Wenn bereits die ausländische Rechtshängigkeit ein inländisches Schiedsverfahren verhindern konnte, so musste dies umso mehr für den Fall gelten, dass das ausländische Verfahren nicht nur hängig, sondern bereits beendet war. Die Schiedsrechtslehre ging denn auch vor der Einfügung von Art. 186 Abs. 1bis IRPG davon aus, dass ein Schweizer Schiedsgericht die materielle Rechtskraft eines in der Schweiz anerkennungsfähigen ausländischen Urteils beachten müsse.[53]

44. Art. 186 Abs. 1bis IPRG wirft nun die Frage auf, ob sich an diesem Konnex etwas geändert hat: Wenn die ausländische Rechtshängigkeit unbeachtlich ist, gilt dasselbe dann auch für die Rechtskraft des ausländischen Entscheides? D.h., kann das ausländische Urteil für ein allfälliges inländisches Schiedsverfahren keine materielle Rechtskraft mehr entfalten, auch wenn es im Ausland formell rechtskräftig und in der Schweiz anerkennungsfähig ist? Bzw. – noch grundsätzlicher – hat Art. 186 Abs. 1bis IPRG die Einbindung der Schiedsgerichtsbarkeit in die Schweizer Gerichtsbarkeit ganz generell gelockert?

45. Dafür, dass Art. 186 Abs. 1bis IPRG auch die materielle Rechtskraft erfasst, spricht der Konnex zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft, d.h. dass mit beiden Instituten derselbe Zweck verfolgt wird, nämlich zu verhindern, dass in der Schweizer Rechtsordnung mehrere sich widersprechende Urteile existieren. Der Wortlaut von Art. 186 Abs. 1bis IPRG befasst sich demgegenüber nicht mit dem Institut der Rechtskraft.

46. Darüber hinaus gibt es wenig Anhaltspunkte, welche für die eine oder die andere Auffassung sprechen. Immerhin legt die Tatsache, dass die Bestimmung nur die Irrelevanz der früheren ausländischen Rechtshängigkeit, nicht aber der materiellen Rechtskraft eines ausländischen Entscheides erwähnt, eine Beschränkung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG auf das Institut der Rechtshängigkeit nahe.

47. Dafür spricht auch, dass es nicht angemessen ist, Rechtskraft und Rechtshängigkeit vollkommen identisch zu behandeln: Ein wesentlicher Unterschied zwischen einer Konstellation, in welcher der Einfluss der früheren ausländischen Rechtshängigkeit bzw. der materiellen Rechtskraft geprüft werden muss, ist derjenige, dass die Schiedsklägerin in der zweiten Konstellation *noch* untätiger war: Sie hat das Schiedsverfahren nicht wie in der *Formento*-Konstellation vor dem ausländischen Urteil, sondern erst danach eingeleitet. Die Schiedsklägerin ist deshalb in der zweiten Konstellation noch weniger schutzwürdig als die Schiedsklägerin in der *Formento*-Konstellation. Damit liesse sich eine unterschiedliche Behandlung beider Konstellationen rechtfertigen. Es liesse sich argumentieren, dass eine Partei, welche die Schiedsklage bis zum Erlass des ausländischen Urteils unterlassen hat, ihre Möglichkeit zur Einleitung eines Schiedsverfahrens verwirkt hat.

48. Letztlich muss nach der hier vertretenen Auffassung entscheidend sein, dass sich der Gesetzgeber nicht damit befasst hat, ob auch die Rechtskraft eines früheren ausländischen Urteils unbeachtlich sein soll, wenn es nur deshalb ergehen konnte, weil die Beklagte die Schiedseinrede unterlassen hat. Kommt hinzu, dass sich der Gesetzgeber auf die *Formento* Rechtsprechung «eingeschossen» hat; die Entstehungsgeschichte von Art. 186 Abs. 1bis IPRG ist in dieser Beziehung eindeutig;[54] es ist deshalb nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auch andere mit dieser Rechtsprechung zusammenhängende Bereiche «korrigieren» wollte.

49. Art. 186 Abs. 1bis IPRG ändert deshalb nichts daran, dass ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz die Beurteilung eines Streitgegenstands ablehnen muss, wenn dieser bereits von einem ausländischen Gericht beurteilt

wurde und dessen Urteil in der Schweiz anerkennungsfähig ist. Dass die Klägerin ursprünglich an eine Schiedsvereinbarung gebunden war, steht der Anerkennung und Vollstreckung des ausländischen Entscheides dabei dann nicht im Wege, wenn sich die Beklagte gemäss Art. 26 lit. c IPRG auf das ausländische Verfahren eingelassen hat oder wenn die Schiedsvereinbarung gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG aufgehoben wurde.[55]

50. *A maiore minus* ist das Schiedsgericht auch an anerkennungsfähige Urteile über Fragen gebunden, die für das Schweizer Schiedsgericht eine Vorfrage darstellen. Nur wenn das ausländische Urteil in der Schweiz nicht anerkennungsfähig ist, kann es das Schiedsgericht ausser Acht lassen. Und selbst wenn dies der Fall ist, muss das Schiedsgericht das ausländische Urteil berücksichtigen, wenn es von den Gerichten desjenigen Landes erlassen wurde, dessen Recht im Schiedsverfahren anwendbar ist: Das Schiedsgericht kann den Streitgegenstand dann zwar entscheiden und ist nicht an den ausländischen Entscheid gebunden; dieser stellt jedoch in Bezug auf die Rechtsanwendung einen quasi massgeschneiderten Präzedenzfall dar, sodass ihn das Schiedsgericht *de facto* nicht unbeachtet lassen kann; etwas anderes kann nur gelten, wenn das Schiedsgericht bereits bei der Sachverhaltsfeststellung zu einem anderen Resultat als das ausländische Gericht gelangt und dem Entscheid deshalb eine andere Sachlage zugrunde legt. Die Rechtsanwendung des ausländischen Gerichts kann dann nicht unbesehen übernommen werden.

V. Art. 186 Abs. 1bis IPRG und Lugano Übereinkommen

51. Staatsvertragsrecht verdrängt Landesrecht.[56] Es ist deshalb zu prüfen, ob Art. 186 Abs. 1bis IPRG auch dann anwendbar ist, wenn das ausländische Verfahren vor einem Gericht eines Mitgliedstaates des Lugano Übereinkommens stattfindet. Unter *Formento* hätte das Schiedsgericht seine Zuständigkeit in Konstellationen, in welchen der Streitgegenstand zunächst vor einem ausländischen Konventionsgericht rechtshängig gemacht wurde, zwar nach den in diesem Entscheid entwickelten Grundsätzen prüfen müssen; es hätte die Prüfung jedoch an die Besonderheiten des Lugano Übereinkommens anpassen müssen: Zum einen hätte das Schiedsgericht die Frage, ob die ausländische Streitsache in einem ausreichenden Sinn «identisch» ist, anhand von Art. 17 LugÜ, und nicht anhand von Art. 9 IPRG beantworten müssen. Zum anderen hätte das Schiedsgericht bei der Anerkennungsprognose berücksichtigen müssen, dass die Vollstreckung eines Urteils eines Konventionsgerichtes nur aus einer stark begrenzten Anzahl von Gründen verweigert werden kann; auch die angebliche Verletzung einer Schiedsver-

einbarung durch das Konventionsgericht kann im Vollstreckungsverfahren nicht in jedem Fall überprüft werden.[57]

52. Für die neue Rechtslage ist nun entscheidend, dass das Lugano Übereinkommen nicht – quasi zusammen mit dem 12. Kapitel des IPRG – Teil der *lex arbitri* eines Schiedsgerichtes mit Sitz in der Schweiz ist. Das Lugano Übereinkommen kann deshalb nicht für sich beanspruchen, für den Zuständigkeitsentscheid eines solchen Schiedsgerichtes von Belang zu sein: Auch unter der *Formento*-Rechtsprechung war dies nur deshalb der Fall, weil das Bundesgericht die frühere ausländische Rechtshängigkeit generell als einen zu berücksichtigenden Faktor bezeichnete; da Art. 186 Abs. 1bis IPRG diese Rechtsprechung ausser Kraft setzt und Schiedsgerichte vom Anwendungsbereich des Lugano Übereinkommens explizit ausgenommen sind,[58] darf ein Schiedsgericht die frühere Rechtshängigkeit vor einem Konventionsgericht nunmehr genauso wenig beachten wie die frühere Rechtshängigkeit vor einem anderen ausländischen Gericht. Art. 186 Abs. 1bis IPRG schafft deshalb auch mit Wirkung für ausländische Konventionsgerichte eine neue Regel.

53. Dasselbe gilt *a maiore minus* für Schiedsgerichte mit Sitz in einem Konventionsstaat: Da das Lugano Übereinkommen nicht auf Schiedsverfahren anwendbar ist, steht es einer Anwendung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG in einer solchen Konstellation von vornherein nicht im Wege.

54. Die einzige Besonderheit, welche sich für den Fall ergibt, dass das ausländische Verfahren vor einem Konventionsgericht anhängig gemacht wurde, ist deshalb diejenige, dass die Anerkennungsprognose nach den Regeln des Lugano Übereinkommens vorzunehmen ist, wenn vor dem Schiedsgericht geltend gemacht wird, der Streitgegenstand sei bereits materiell rechtskräftig entschieden.[59]

VI. Fazit

55. Unter der *Formento*-Rechtsprechung war die Beklagte dafür verantwortlich, die Schiedseinrede rechtzeitig zu erheben. Art. 186 Abs. 1bis IPRG will sie dieser Verantwortung – zumindest mittelbar – entheben, um dadurch den Schiedsplatz Schweiz zu stärken. Ganz abgesehen davon, dass diese Bestimmung die Gefahr von sich widersprechenden Urteilen erhöht, hat ihre Einfügung Unklarheiten betreffend ihrer Tragweite mit sich gebracht.

56. Wie dem auch sei – es hat sich gezeigt, dass Art. 186 Abs. 1bis IPRG die Beklagte nicht völlig vor den Folgen ihrer Untätigkeit schützt: Die Bestim-

mung verhindert zwar, dass das Schweizer Schiedsgericht seine Zuständigkeit wegen der früheren ausländischen Rechtshängigkeit des Streitgegenstandes verneinen muss; sie ändert aber nichts daran, dass das Verhalten der Parteien zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung führen kann und dass das Schiedsgericht sich in einem solchen Fall für unzuständig erklären muss.[60] Dies ist dann der Fall, wenn das prozessuale Verhalten der Parteien unter all denjenigen gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG massgeblichen Rechtsordnungen, unter welchen die Schiedsvereinbarung ursprünglich bestand, eine konkludente Zustimmung dazu darstellt, dass der Streitgegenstand nicht vom vereinbarten Schiedsgericht beurteilt werden soll.[61] Die Schiedsvereinbarung wird dann für den konkreten Streitgegenstand[62] aufgehoben. Für das in Art. 178 Abs. 2 IPRG erwähnte Schweizer Recht ist dies der Fall, wenn die Beklagte am Verfahren teilnimmt und nicht rechtzeitig an der Schiedsvereinbarung festhält, sei dies durch das Einleiten eines Schiedsverfahrens, das Erheben der Schiedseinrede oder indem sie auf andere Weise eine Einlassung im Sinne von Art. 26 lit. c IPRG verhindert.[63] Für die übrigen in Art. 178 Abs. 2 IPRG als anwendbar erklärten Rechtsordnungen ist nach demselben Muster zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung reduziert wurde.[64]

57. Unberührt von Art. 186 Abs. 1bis IPRG bleibt auch der Grundsatz, dass ein Schweizer Schiedsgericht die Rechtskraft eines ausländischen Urteils beachten muss, wenn dieses in der Schweiz anerkennungsfähig ist.[65]

58. In Anbetracht dessen ist Art. 186 Abs. 1bis IPRG durchaus begrüssenswert: Die Bestimmung verhindert, dass sich ungebührlich kurze ausländische Fristen zum Erheben der Schiedseinrede zum Nachteil der – aus Schweizer Perspektive – vertragstreuen Partei auswirken. Sie verhindert aber nicht, dass sich ein dilatorisches Verhalten dieser Partei zu deren Nachteil auswirkt: Die ausländische Beklagte erhält ausreichend Zeit, um sich zur Wehr zu setzen; innert dieser Zeit muss sie jedoch gegen das ausländische Verfahren vorgehen, ansonsten sie sich nicht mehr auf die Schiedsvereinbarung berufen kann. Die neue Rechtslage betont demnach nicht einseitig das Prinzip der Vertragstreue oder dasjenige der Selbstverantwortung, sondern beide.

1 BGE 127 III 279 ff.

2 Vgl. N 6–10 hiernach.

3 Bzw., um exakt zu sein, es müsse das vor ihm hängige Verfahren zunächst aussetzen und dürfe gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt auf die Klage nicht eintreten (vgl. Art. 9 IPRG).

4 Vgl. zur Motivation für die Legiferierung dieser Bestimmung und deren Entstehungsgeschichte *Bernhard Berger,* Erste Revision im 12. Kapitel des IPRG über

die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Lis pendens vor Schiedsgerichten in der Schweiz künftig kein Sistierungsgrund mehr, ZBJV143 (2007), 151 ff.

5 Die Schiedsvereinbarung ist ein Prozessvertrag, dessen Abschluss prozessual zu qualifizierende Pflichten begründen kann (BGE 41 II 538–539; *Marco Stacher,* Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. St.Gallen 2007, N 415–416). Gemäss anderer Auffassung sind die schiedsvertraglichen Pflichten materiellrechtlich zu qualifizieren *(Walther Habscheid,* Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1990, N 312 und 838; *Ivo Schwander,* Einführung in das internationale Privatrecht, Band II, 2. A., St.Gallen/Lachen 1997, N 925; *Werner Wenger,* in: *Heinrich Honsell et al.* [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 69 zu Art. 178) bzw. kann die Schiedsvereinbarung keine Pflichten begründen *(Bernhard Berger/Franz Kellerhals,* Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 295–297; *Max Guldener,* Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 51 [FN 4]; *Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt,* Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. A., Zürich 1993, 46 und 80; *Hans Suter,* Der Schiedsvertrag nach schweizerischem Zivilprozessrecht, ZSR47 [1928], 9 ff., 61).

6 Vor dem Erlass von Art. 186 Abs. 1bis IPRG war dies zweifelsfrei der Fall (vgl. N 43 hiernach sowie die dort zitierte Rechtsprechung und Literatur).

7 SR 0.275.11.

8 BGE 127 III 279 ff.; vgl. N 3 hiervor.

9 Vgl. zum Verfahren in Panama auch *Jean-Marie Vulliemin,* Litispendence et compétence internationale indirecte du juge étranger, ASA Bull 19 (2001), 439 ff., 440–441.

10 SR 0.277.12.

11 *Berger/Kellerhals* (FN 5), N 308; *Ulrich Haas,* in: *Frank-Bernd Weigand* (Hrsg.), Practitioner's Handbook on International Arbitration, Munich/Copenhagen 2002, N 112 to Art. 2 of the New York Convention.

12 Die restlichen Voraussetzungen für die Anerkennungsfähigkeit des panamaischen Urteils standen soweit ersichtlich nicht zur Diskussion.

13 Vgl. bspw. *Manuel Liatowitsch,* Die Anwendung der Litispendenzregeln von Art. 9 IPRG durch schweizerische Schiedsgerichte: Ein Paradoxon?, ASA Bull 19 (2001) 422 ff.

14 *Liatowitsch* (FN 13), 436; vgl. auch *Schwander* (FN 5), N 947; a.M. BGE 127 III 287 und 124 III 87.

15 Vgl. dazu im Einzelnen FN 55 hiernach.

16 Kommt hinzu, dass ein Schiedsentscheid, welcher vor der Geltung von Art. 186 Abs. 1bis IPRG in Missachtung der *Formento* Rechtsprechung erging, für die Schiedsklägerin *de facto* durchaus zum Ziel führen konnte: Der Entscheid eines Schweizer Schiedsgerichtes, das Art. 9 IPRG missachtete, konnte im Ausland vollstreckbar sein: Gemäss Art. V Abs. 1 lit. e NYÜ *(«may be refused»)* zieht die Aufhebung des Schiedsurteils im Sitzstaat nicht notwendigerweise dessen Nicht-Vollstreckbarkeit in den übrigen Konventionsstaaten nach sich.

17 Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Berger* (FN 4), 151 ff.

18 Vgl. N 7 hiervor.

19 Vgl. N 5 hiervor.

20 BGE 127 III 284.

21 BGE 127 III 287; vgl. auch *Vulliemin* (FN 9), 443.

22 Art. 115 OR.

23 *Berger/Kellerhals* (FN 5), N 557. Die privatvertragsrechtliche Bestimmung von Art. 115 OR wird mit anderen Worten wie andere privatvertragsrechtliche Bestimmungen analogieweise auf Prozessverträge angewendet (vgl. BGE 41 II 538–539; *Stacher* [FN 5], N 64–69).

24 BGE 127 III 287.

25 Vgl. *Alfred Koller,* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 2. A., Bern 2006, N 179 und 197 zu § 3.

26 Wenn nicht Schweizer Recht in der Sache anwendbar wäre oder wenn die Parteien ein anderes Recht als auf die Schiedsvereinbarung anwendbar erklärt hätten, hätte auch unter diesen Rechtsordnungen geprüft werden müssen, ob die Schiedsvereinbarung durch das Verhalten der Parteien aufgehoben wurde. Gemäss dem in Art. 178 Abs. 2 IPRG statuierten *favor validitatis* ist dies nur dann der Fall, wenn die Schiedsvereinbarung gemäss all denjenigen von den drei dort genannten Rechtsordnungen als aufgehoben zu gelten hat, nach welchen sie ursprünglich gültig war (vgl. *Stacher* [FN 5], N 98).

27 BGE 127 III 287.

28 Wenn die Beklagte gleichzeitig am staatlichen Verfahren teilnimmt, hindert die Einleitung des Schiedsverfahrens die Klägerin zumindest daran, aus der Teilnahme der Beklagten am staatlichen Verfahren abzuleiten, dass die Beklagte der Aufhebung der Schiedsvereinbarung zustimmt; wenn die Einleitung des Schiedsverfahrens nicht eindeutig als (konkludente) Ablehnung gewertet wird, so muss das Verhalten der Beklagten doch zumindest als widersprüchlich gewertet werden, was eine Annahme ausschliesst (vgl. N 18 hiervor).

29 BGE 127 III 287; vgl. *Matthias Scherrer,* When Should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration?, ASA Bull 19 (2001) 451 ff., 455; *Vulliemin* (FN 9), 450.

30 *Koller* (FN 25), N 191 zu § 3.

31 Vgl. *Andreas Bucher,* Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989, N 135; *Koller* (FN 25), N 191 zu § 3; *Stacher* (FN 5), N 243.

32 Vgl. *Stacher* (FN 5), N 98.

33 Vgl. N 19 hiervor.

34 Vgl. dazu *Berger* (FN 4), 154.

35 Vgl. *Bucher* (FN 31), N 135; *Koller* (FN 25), N 191 zu § 3; *Stacher* (FN 5), N 243.

36 Vgl. N 18 hiervor.

37 BGE 41 II 538–539.

38 Vgl. zum Verlauf des panamaischen Verfahrens *Vulliemin* (FN 9), 440–441.

39 Art. 26 lit. c IPRG.

40 Vgl. *Guldener* (FN 5), 109.

41 Dies muss auch für den Fall gelten, dass sich die Beklagte durch die Einleitung eines Schiedsverfahrens gegen das staatliche Verfahren zur Wehr setzt.

42 *Paul Volken*, in: *Daniel Girsberger et al.* (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Zürich 2004, N 55 zu Art. 26.

43 *Berger/Kellerhals* (FN 5), N 558.

44 *Jean-François Poudret/Sebastien Besson,* Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich/Basel/Genf 2002, N 379 m.w.N.

45 Vgl. auch Art. 7 lit. a IPRG für den Fall, dass sich das staatliche Gericht in der Schweiz befindet, welches trotz einer Schiedsvereinbarung angerufen wird.

46 *Stacher* (FN 5), N 96.

47 Art. 12 OR p.a. (BGE 41 II 538–539; *Berger/Kellerhals* [FN 5], N 557).

48 Vgl. für den umgekehrten Fall *Berger/Kellerhals* (FN 5), N 410.

49 An dieser Stelle sei nochmals daran erinnert, dass dies nur für diejenigen Rechtsordnungen geprüft werden muss, unter welchen ursprünglich eine gültige Schiedsvereinbarung bestand (vgl. FN 26 hiervor).

50 Vgl. N 39 hiervor.

51 Vgl. FN 26 hiervor.

52 BGE 127 III 284.

53 *Berger/Kellerhals* (FN 5), N 1512–1513, 1555 und 1616 jeweils m.w.N.; *Bernard Corboz,* Le recours au Tribunal Fédéral en matière d'arbitrage international, SJ 124 (2002) 1 ff., 19; BGE 128 III 194; 127 III 284; Bundesgerichtsentscheid vom 20. September 2000, publiziert in ASA Bull 19 (2001) 487 ff., 492–493.

54 Vgl. *Berger* (FN 4), 151 ff.

55 Wenn die Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vorsieht und ein Schweizer Richter seine Zuständigkeit hätte verneinen müssen, muss dies aus einer Schweizer Perspektive – und diese ist bei der Frage der Anerkennung die entscheidende (vgl. N 11 hiervor) – auch für einen ausländischen Richter gelten *(Liatowitsch* [FN 13], 433). Der ausländische Richter hätte die Streitsache dann nicht beurteilen dürfen, sodass sein Entscheid in der Schweiz nicht anerkenn- und vollstreckbar ist. Ob einem ausländischen Urteil wegen des ursprünglich vereinbarten Schweizer Schiedsverfahrens die Anerkennung zu versagen ist, beurteilt sich deshalb analogieweise nach Art. 7 IPRG, bei welchem anhand der Bestimmungen des 12. Kapitels geprüft wird, ob eine Schiedsvereinbarung besteht *(Berger/Kellerhals* [FN 5], N 314; *Stephen V. Berti,* in: *Heinrich Honsell et al.* [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 7 zu Art. 7; *Liatowitsch* [FN 13], 434).

56 *Ulrich Häfelin/Walter Haller,* Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, N 1173–1184.

57 Vgl. im einzelnen *Manuel Liatowitsch,* Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland, Diss. Basel 2002; *Stacher* (FN 5), N 244–246. Demgegenüber geht *Maack* für das Brüsseler Übereinkommen davon aus, dass im Rahmen der Vollstreckung generell überprüft werden könne, ob das Konventionsgericht die Schiedsvereinbarung hätte beachten müssen; dies mit der Begründung, dass das Brüsseler Übereinkommen das New Yorker Übereinkommen als *lex posterior* verdränge *(Martina Maack,* Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr, Diss. Berlin 1999, 196; zu einem ähnlichen Resultat gelangt *Sébastien Besson,* Le sort et les effets au sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond, in: *Jacques Haldy et al.* [Hrsg.], Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, 329 ff., 343–346). Dem ist entgegenzuhalten, dass ein Zuständigkeitsentscheid, insoweit er mitbeurteilt, ob eine Schiedsvereinbarung besteht, nicht auf einer im Brüsseler (oder Lugano) Übereinkommen vereinheitlichten Rechtsgrundlage ergeht; ihm fehlt insoweit eines der Merkmale eines Zuständigkeitsentscheides, welcher gemäss Lugano Übereinkommen nicht nachgeprüft werden soll.

58 Art. 1 Abs. 1 Ziff. 4 LugÜ.

59 Vgl. N 43–50 hiervor.

60 Vgl. N 26–28 und 41 hiervor.

61 Vgl. N 25 hiervor.

62 Vgl. N 39 hiervor.
63 Vgl. N 35–36 hiervor sowie Art. 26 lit. c IPRG.
64 Vgl. N 40 hiervor.
65 Vgl. N 48–50 hiervor.