SWISSLEX User-ID: jennifer.meier@walderwyss.com, 03.09.2025 14:33:54

Dokument	**AJP 2022 S. 876**
Autor	**Marco Stacher**
Titel	**Testamentarische Schiedsklauseln**
Seiten	**876-885**
Publikation	**Aktuelle Juristische Praxis**
Herausgeber	**Valérie Défago Gaudin, Anne-Sylvie Dupont, Patricia Egli, Olivier Hari, Stefan Heimgartner, Stephanie Hrubesch-Millauer, Audrey Leuba, Alexander R. Markus, Bertrand Perrin, Arnold F. Rusch**
ISSN	**1660-3362**
Verlag	**Dike Verlag AG**

Testamentarische Schiedsklauseln

Marco Stacher *



Gemäss Art. 178 Abs. 4 IPRG ist das Schweizer Schiedsrecht auf testamentarische Schiedsklauseln «sinngemäss» anwendbar. Fraglich ist diesbezüglich insbesondere, ob Pflichtteilserben an solche Schiedsklauseln gebunden sind. Dies ist der Fall, wenn sich die Pflichtteilserben der Schiedsklausel nicht durch Ausschlagung ihres Erbes entziehen, und bewirkt, dass Streitigkeiten zwischen sämtlichen Personen, die infolge des Erbrechts oder des Testaments Ansprüche geltend machen, auf dem Schiedsweg entschieden werden können. Eine Spaltung des Rechtswegs wird insoweit vermieden. Nebst der eigentlichen Schiedsklausel kann der Testierende weitere Anordnungen treffen – bspw. zur Schiedsrichterbestellung und zum Schiedsverfahren. Demgegenüber schlägt eine Rechtswahl nicht umfassend durch und stellen sich Fragen zur Vollstreckbarkeit eines gestützt auf eine testamentarische Schiedsklausel erlassenen Schweizer Schiedsspruchs im Ausland; dies ist bei der Beratung zu berücksichtigen.

Selon l'art. 178 al. 4 LDIP, le droit arbitral suisse s'applique « par analogie » aux clauses d'arbitrage prévues dans un testament. On peut se demander si les héritiers réservataires sont liés par ces clauses d'arbitrage. Tel est le cas lorsque les héritiers réservataires ne se sont pas soustraits à la clause d'arbitrage en répudiant la succession ; les litiges entre toutes les personnes qui formulent des prétentions sur la base du droit successoral ou du testament peuvent alors être tranchés par voie d'arbitrage, ce qui permet d'éviter

* MARCO STACHER, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

une scission des voies de droit. Outre la clause d'arbitrage proprement dite, le testateur peut prendre d'autres dispositions, notamment en ce qui concerne la nomination des arbitres et la procédure arbitrale. En revanche, une élection de droit ne peut être imposée de manière absolue et d'autres questions se posent quant à la force exécutoire d'une sentence arbitrale à l'étranger lorsque celle-ci a été rendue en Suisse sur la base d'une clause d'arbitrage prévue dans un testament ; il convient d'en tenir compte lors de l'activité de conseil.

I. Einleitung

Art. 178 Abs. 4 IPRG bestimmt, dass das 12. Kapitel des IPRG («12. Kapitel») für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften «*sinngemäss*» gilt.[1] Zu diesen Rechtsgeschäften zählen die letztwilligen Verfügungen.[2]

Für testamentarische Schiedsklauseln wurde vor der Revision des 12. Kapitels, mit der Art. 178 Abs. 4 IPRG kodifiziert wurde, vorgebracht, sie seien für Personen verbindlich, die gestützt auf die letztwillige Verfügung Ansprüche geltend machten.[3] Indem sie sich auf sie beriefen, würden sie der testamentarischen Schiedsklausel implizit zustimmen.[4] Für Pflichtteilserben passt dieser Ansatz nicht, da sie ihre Ansprüche nicht aus der letztwilligen Verfügung, sondern aus dem Gesetz ableiten. Ob sie trotz-

dem schiedsgebunden sind, ist deshalb genauso umstritten[5] wie relevant. Falls nicht, ist die Schiedsklausel für Streitigkeiten innerhalb der Erbengemeinschaft, an denen alle Erben beteiligt sein müssen,[6] nicht erfüllbar.

Die Kodifikation von Art. 178 Abs. 4 IPRG wirft die Frage auf, ob ein allenfalls vor der Revision bestehendes Erfordernis der Zustimmung oder der zumindest impliziten Billigung der Schiedsklausel weiterhin gilt. Zudem stellt sich die Frage, ob die sinngemässe Anwendung des 12. Kapitels bewirkt, dass der Testierende das anwendbare Recht einseitig wählen kann. Zuletzt ist zu prüfen, ob ein Schiedsspruch, der in der Schweiz gestützt auf eine testamentarische Schiedsklausel ergeht, im Ausland vollstreckbar ist. Denn das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche («New Yorker Übereinkommen»)[7] erwähnt nur Schiedsvereinbarungen, nicht aber Schiedsklauseln.

---

1 Analoges gilt gemäss Art. 358 Abs. 2 ZPO für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit. Für einen rechtsvergleichenden Überblick vgl. Hans Rainer Künzle, Willensvollstrecker und Schiedsgerichte, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Länderbericht Schweiz, in: 3. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Zürich 2020, 21 ff., 35 ff.; Fabian Loretan, Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften, Diss. Luzern 2022, N 74 ff.

2 BGE 144 III 81 E. 3.1.

3 Zu gesetzlichen Erben ohne Pflichtteilsanspruch vgl. BSK IPRG-Gränicher, Art. 178 N 102, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2021 (zit. BSK IPRG-Verfasser); vgl. auch Ulrich Haas/Jeffrey Brosi, Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ZZPInt. 2016, 323 ff., 340.

4 Künzle (FN 1), 43; BSK IPRG-Gränicher (FN 3), Art. 178 N 100, 102 [inkl. gesetzlicher Erben ohne Pflichtteilsanspruch]; Michael Schlumpf, Testamentarische Schiedsklauseln, Zürich/St. Gallen 2011, N 135.

5 *Pro*: Tarkan Göksu, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, N 530; Künzle (FN 1), 69; Pierre Tercier, Arbitrage et successions: Un partenariat impossible?, in: Alexandra Rumo-Jungo et al. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, 447 ff., 456; Loretan (FN 1), N 517; Lennart Chrobak, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen, Zürich 2018, N 219, 379; vgl. Hansjörg Kistler, Schiedsabreden in Testamenten und Erbverträgen, Zürich 1999, 31 f., 36; Schlumpf (FN 4), N 366; Peter Weimar, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Erben, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-Weimar), Art. 482 ZGB N 14, 17, der die Bindungswirkung daraus ableitet, dass die Erben ihre Rechte vom Erblasser als Rechtsvorgänger herleiten; *contra*: BSK IPRG-Gränicher (FN 3), Art. 178 N 101; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 600 f.; Haas/Brosi (FN 3), 336 f.; Bernhard Berger/Franz Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 4. A., Bern 2021, N 470; Marc André Mauerhofer, Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, ZBJV 2006, 375 ff., 389, 392 f.; Julien Perrin, De l'arbitrabilité des litiges successoraux, ASA Bull. 2006, 417 ff., 426; grundsätzlich a.M. [Zustimmung erforderlich] Pierre Lalive/Jean-François Poudret/Claude Reymond, Le droit de l'arbitrage, Lausanne 1989, 46; Sybille Pestalozzi-Früh, Testamentarische Schiedsklauseln – ein risikoreiches Unterfangen, successio 2011, 170 ff., 173; BSK ZGB II-Staehelin, Art. 470 N 11, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

6 Vgl. BSK ZGB II-Schaufelberger/Keller Lüscher (FN 5), Art. 602 N 29; Pestalozzi-Früh (FN 5), 173 f.; BGE 109 II 400 E. 2.

7 SR 0.277.12.

II. Die Gestaltungswirkung der testamentarischen Schiedsklausel

A. Schiedsklausel auch ohne Annahme i.S. des Vertragsrechts

Vor der Revision des 12. Kapitels wurde die Bindungswirkung von testamentarischen Schiedsklauseln jedenfalls bejaht, insoweit ihr die Erben zustimmten. Die Botschaft zur Revision des 12. Kapitels des IPRG schafft wenig Klarheit dazu, ob ein solches Erfordernis für den Fall, dass es bis anhin galt, weiterhin gilt. Sie hält fest, dass unterschiedliche Lehrmeinungen existierten und dass es Lehre und Rechtsprechung überlassen werde, die Einzelheiten auszuarbeiten.[8]

Die Antwort auf die Frage, ob die Schiedsbindung der Erben deren Zustimmung voraussetzt, folgt mittelbar aus Art. 178 Abs. 4 IPRG, wonach das 12. Kapitel auch für «*Schiedsklauseln […] in Statuten […] sinngemäss*» gilt. Solche Schiedsklauseln müssen nicht einstimmig getroffen werden. Es genügt, dass der Beschluss mit dem erforderlichen Quorum gefasst wird.[9] Bei Schweizer Aktiengesellschaften ist dies ab dem 1. Januar 2023 das qualifizierte Quorum i.S.v. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 14 nOR.[10] Ein ablehnender Aktionär ist somit an eine Schiedsklausel i.S.v. Art. 697n nOR[11] gebunden, wenn das erforderliche

AJP 2022 S. 876, 878

Quorum erreicht wird.[12] Eine Annahme i.S. des Vertragsrechts ist somit nicht Teil des Tatbestands der Schiedsklausel gemäss Art. 178 Abs. 4 IPRG.[13] Da sie mit einer anderen Art Rechtsgeschäft als mit einem Vertrag begründet werden kann – u.a. einem gesellschaftsrechtlichen Beschluss –, gelangt dessen Quorum zur Anwendung. Für testamentarische Schiedsklauseln würde das bedeuten, dass der Erblasser diese einseitig anordnen kann.

Die h.L. betont indes, dass die Schiedsgerichtsbarkeit in der Privatautonomie begründet sei. Die Schiedsbindung setze deshalb voraus, dass sie auf eine Ausübung der Privatautonomie zurückgeführt werden könne. Relevant sei, ob die Schiedsklausel die Privatautonomie «*in funktional gleichwertiger Form [wie eine Schiedsvereinbarung] verwirklicht*».[14] Ob dies der Fall sei, bestimme sich – vereinfachend – danach, ob eine Abwehrmöglichkeit bestehe.[15] Dies treffe für testamentarische Schiedsklauseln zu, da der

---

8 Botschaft vom 24. Oktober 2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel), BBl 2018 7163 ff. (zit. Botschaft 12. Kapitel IPRG), 7190. Trotzdem ergibt sich die Zulässigkeit gemäss Botschaft direkt aus Art. 178 Abs. 4 IRPG, wenn Schweizer Recht in der Sache anwendbar ist (7189 f.). Gemäss Denis Piotet, Clause arbitrale et prorogation de for en matière successorale, Journée de droit successoral 2021, 102 ff., N 60, ist «*[c]ette manière de légiférer […] infiniment regrettable*».

9 Vgl. Philipp Habegger/Johannes Landbrecht, Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit, in: Wolfgang Portmann et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2020, 123 ff., 136 f.; vgl. BGE 33 II 205 E. 5; BGE 24 II 552 E. 8 S. 565, in denen das Bundesgericht darauf abstellte, ob die statutarische Schiedsklausel mit einem gültigen Mehrheitsbeschluss in die Statuten aufgenommen wurde.

10 Vgl. Beschluss der Bundesversammlung vom 19. Juni 2020 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), AS 2020 4005 ff. (zit. Beschluss Änderung Aktienrecht), 5606.

11 Art. 697n nOR ist ausserhalb des 12. Kapitels, und das Schiedsverfahren richtet sich bei Schweizer Aktiengesellschaften nach dem 3. Teil der ZPO (Art. 697n Abs. 2 nOR [Beschluss Änderung Aktienrecht {FN 10}, 4032 f.]). Art. 178 Abs. 4 IPRG und Art. 358 Abs. 2 ZPO sind indes Parallelbestimmungen (Botschaft 12. Kapitel IPRG [FN 8], 7189), und der Gesetzgeber befasste sich überlappend mit der Revision des 12. Kapitels und des Aktienrechts. Es wäre deshalb nicht nachvollziehbar, dass die so kodifizierten Bestimmungen nicht kompatibel sein sollen. Genau dies wäre indes der Fall, wenn die Generalversammlung mit qualifiziertem Quorum eine Schiedsklausel in die Statuten aufnehmen könnte und diese Schiedsklausel mangels Zustimmung aller Aktionäre nicht zulässig wäre.

12 Vgl. auch Urteil EuGH, C-214/89, 10.3.1992, Duffryn v. Petereit, N 17–19. Der EuGH führte aus, dass Aktionäre, die die Aufnahme einer Gerichtsstandsklausel in die Statuten ablehnten, an sie gebunden seien, da sich ein Aktionär damit einverstanden erkläre, dass alle gültigen Beschlüsse gegen ihn gälten. Der EuGH setzt für die Bindung somit keine eigentliche Zustimmung voraus; vgl. auch Valentina Hirsiger, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2017, N 191, die erklärt, dass sich ein Gesellschafter einer Schiedsklausel, deren Aufnahme in die Statuten er ablehnte, privatautonom durch den Verkauf seiner Anteile entziehen kann.

13 Vgl. Botschaft 12. Kapitel IPRG (FN 8), 7189 f., wonach sich die Zulässigkeit testamentarischer Schiedsklauseln direkt aus Art. 178 Abs. 4 IPRG ergibt (unter der Annahme, dass Schweizer Recht in der Sache anwendbar ist); Haas/Brosi (FN 3), 332.

14 Peter Georg Picht/Lennart Chrobak, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision, Teil I, SJZ 2018, 205 ff., 207; Schlumpf (FN 4), N 116 ff., 168, 206; Haas/Brosi (FN 3), 327; a.M. Berger/Kellerhals (FN 5), N 470 [«*agreement*» erforderlich].

15 Loretan (FN 1), N 177.

Erbe ausschlagen und so die Schiedsbindung verhindern könne.[16] Die h.L. prüft somit – auch in Anbetracht von Art. 178 Abs. 4 IPRG –,[17] ob über das materielle Recht «*die Möglichkeit [besteht], die Bindungswirkung durch Ausübung der Privatautonomie zu verhindern bzw. zu beseitigen*».[18] Dies lässt die Selbständigkeit der Schiedsklausel ausser Betracht; d.h., dass ein Handeln oder Unterlassen betreffend materiell-rechtliche Ansprüche nicht *eo ipso* eine Äusserung zu einer allfälligen prozessualen Bindung beinhaltet.[19]

Es kommt hinzu, dass eine andere Perspektive als die der h.L. angebracht erscheint. Denn die Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht die Privatautonomie, sondern deren Anerkennung durch die Rechtsordnung.[20] Relevant sollte deshalb nicht sein, ob sich die Schiedsbindung i.S. der h.L. privatautonom verhindern lässt, sondern dass die Person, die das einseitige Rechtsgeschäft aufsetzt, die Personen, deren Schiedsbindung sie beab-

AJP 2022 S. 876, 879

sichtigt, nicht übermässig binden kann. Eine Person soll kein einseitiges Rechtsgeschäft zu Lasten einer anderen Person kreieren und diese an eine Schiedsklausel binden können. Dies lässt sich verhindern, indem der Begriff des einseitigen Rechtsgeschäfts in Art. 178 Abs. 4 IPRG entsprechend ausgelegt wird; bspw. so, dass er nur Rechtsgeschäfte erfasst, die in der *lex causae* existieren und Ansprüche betreffen, begründen oder in Aussicht stellen, auf die der Adressat verzichten kann resp. deren Entstehung er verhindern kann.[21] Im Gegensatz zum Ansatz der h.L. setzt dieser Ansatz auch die Selbständigkeit der Schiedsklausel um.

Testamentarische Schiedsklauseln erfüllen die erwähnten Voraussetzungen, wenn Schweizer Recht die *lex causae* ist. Die letztwillige Verfügung ist ein im Schweizer Recht anerkanntes einseitiges Rechtsgeschäft. Sie kann zudem die aus dem Erbrecht folgenden Ansprüche der gesetzlichen Erben inkl. Pflichtteilserben betreffen und Ansprüche u.a. von eingesetzten Erben begründen. Sie alle können auf die fraglichen Ansprüche verzichten und so die Schiedsbindung verhindern. Der ausschlagende Erbe entgeht somit auch unter dem alternativen Ansatz der Schiedsbindung.[22] Dies indes aus einem anderen Grund als gemäss der h.L. Gemäss dieser ist der Erbe erst schiedsgebunden, wenn er nicht in Ausübung seiner Privatautonomie rechtzeitig ausschlägt; d.h., die Schiedsklausel entsteht erst dann. Unter dem alternativen Ansatz entsteht

---

16 Schlumpf (FN 4), N 149 ff., 158 ff., 171; Loretan (FN 1), N 177; vgl. Daniela Dardel, Trust in Arbitration, Zürich 2019, N 460, 492, 496, 514, 522, 527 ff. Der Standpunkt der h.L. wird u.a. wegen seiner «*Unvereinbarkeit mit der Rechtsgeschäftslehre*» kritisiert (Jakob Gleim, Letztwillige Schiedsverfügungen, Tübingen 2020, 150 ff.). Indes versteht die h.L. das Nichtausschlagen nicht als Annahme i.S. des Vertragsrechts, sondern als andere Form der Ausübung der Privatautonomie; vgl. auch. Loretan (FN 1), N 177, gemäss dem der Privatautonomie Genüge getan sei, wenn die Bindung an die Schiedsklausel verhindert werden könne, indem man auf das verzichte, was einem unter dem einseitigen Rechtsgeschäft zugewendet werde.

17 Vgl. Loretan (FN 1), N 5; Dardel (FN 16), N 887; Haas/Brosi (FN 3), 327.

18 Loretan (FN 1), N 177.

19 Es kommt *prima facie* hinzu, dass eine Partei gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte unfreiwillig schiedsgebunden sein kann; er bejaht dies u.a. für Sportler, die nur die Wahl haben, sich der Schiedsklausel zu unterwerfen oder auf «*earning a living from [their] sport at that level*» zu verzichten (EGMR, 40575/10 und 67474/10, 2.10.2018, Mutu und Pechstein v. Schweiz, N 113 ff.). Das Bundesgericht umschreibt solche Fälle als «*arbitrage forcé*» (BGer, 4A_600/2020, 27.1.2021, E. 5.5.2; BGE 133 III 235 E. 4.3.2.2), da der Sportler «*n'aura-t-il d'autre choix que d'accepter la clause arbitrale*» (BGer, 4A_600/2020, 27.1.2021, E. 5.5.1 f.; BGE 133 III 235 E. 4.3.2.2; vgl. auch BGH, KZR 6/15, 7.6.2016, N 56 [«*Im Streitfall war die Entscheidung der Klägerin allerdings fremdbestimmt*»]). Der Sportler handelt formell auch i.S. der h.L. privatautonom, da er sich der Schiedsbindung entziehen kann. Dies indes ggf. mit der Folge, seinen Lebensunterhalt nicht auf die gewählte Weise verdienen zu können. Das Kriterium «Privatautonomie» wird so quasi seines Sinnes entleert. Dies bedeutet nicht, dass in anderen Bereichen nicht an ihm festgehalten werden kann. Sportschiedsgerichtsbarkeit ist «*arbitrage atypique*» (BGer, 4A_413/2019, 28.10.2019, E. 3.3.2), und dass in ihrem Rahmen «*arbitrage forcé*» möglich ist, ist in z.T. singulären Vorteilen der Sportschiedsgerichtsbarkeit begründet; insbesondere ermöglicht sie, die weltweit einheitliche Anwendung der Anti-Doping-Regeln sicherzustellen (BGE 133 III 235 E. 4.3.2.2; BGH, KZR 6/15, 7.6.2016, N 62; EGMR, 2.10.2018, Mutu und Pechstein v. Schweiz, 40575/10 und 67474/10, N 150 ff.; Antonio Rigozzi/Fabrice Robert-Tissot, «Consent» in Sports Arbitration: Its Multiple Aspects, in: Elliott Geisinger/Elena Trabaldo-de Mestral [Hrsg.], ASA Special Series No. 41, New York 2015, 59 ff., 66 f.; vgl. zum Ganzen Ulrich Haas, Zwangsschiedsgerichtsbarkeit im Sport und EMRK, ASA Bull. 2014, 707 ff., 711 ff., 716 ff.).

20 Berger/Kellerhals (FN 5), N 9; Marco Stacher, Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit, ZZZ 2017/2018, 301 ff., 313 ff. m.w.N. Zudem ist *prima facie* fraglich, ob die «*Alles-oder-Nichts-Entscheidung*», die der Erbe treffen muss, wenn er die Schiedsbindung mittels Ausschlagung verhindert, tatsächlich als Ausübung der Privatautonomie verstanden werden kann (vgl. dazu freilich ausführlich und bejahend Schlumpf [FN 4], N 77 ff., 123 ff.).

21 Dazu zählen für das Schweizer Recht u.a. die in der Botschaft genannten einseitigen Rechtsgeschäfte wie die letztwillige Verfügung (Botschaft 12. Kapitel IPRG [FN 8], 7172) sowie Auslobungen und Preisausschreiben.

22 Vgl. unten II.C.1.

die Schiedsklausel, sobald sie der Testierende aufsetzt.[23] Auch unter diesem Ansatz kommt ihr eine Bindungswirkung indes erst im Todeszeitpunkt zu[24] und kann sich ein Erbe mittels Ausschlagung dem Anwendungsbereich[25] der Schiedsklausel entziehen und sich so von der Schiedsbindung befreien. Im Ergebnis entspricht der hier vertretene Standpunkt deshalb im Wesentlichen demjenigen der h.L.

B. Materielle Gültigkeit ohne Zustimmung i.S. des Vertragsrechts

Die bisherigen Ausführungen betreffen den Begriff der Schiedsklausel im einseitigen Rechtsgeschäft i.S.v. Art. 178 Abs. 4 IPRG. Davon ist die Frage nach der materiellen Gültigkeit der Schiedsklausel zu unterscheiden. Das 12. Kapitel setzt diesbezüglich voraus, dass bestimmbare schiedsfähige Streitigkeiten dem Schiedsweg zugeführt werden. Ob dies rechtsgültig erfolgt, bestimmt sich nach Art. 178 Abs. 2 IPRG, d.h. nach Schweizer Sitzrecht, dem für die Schiedsklausel gewählten Recht[26] oder dem in der Sache anwendbaren Recht.[27] Innerhalb des Schweizer Rechts sind die Normen anwendbar, die Rechtsgeschäfte der Art regeln, deren Gültigkeit zu prüfen ist. Bei testamentarischen Schiedsklauseln sind deshalb die Regeln zur Auslegung von letztwilligen Verfügungen analogieweise anwendbar.[28] Zudem ist nach Schweizer Recht vorausgesetzt, dass der Erblasser verfügungsfähig ist, was anhand seines Wohnsitzrechts zu bestimmen ist, dass die testamentarische Schiedsklausel nicht aus einem mangelhaften Willen hervorgeht und dass sie weder unsittlich noch rechtswidrig ist.[29]

Nicht vorausgesetzt ist, dass die Schiedsklausel unter eine der in Art. 481 ff. ZGB aufgeführten Verfügungsarten subsumiert werden kann. Sie ist von der letztwilligen Verfügung ebenso unabhängig wie eine Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag. Die Schiedsklausel muss deshalb nicht unter eine bestimmte Art von Inhalt der Verfügung, von der sie unabhängig ist, subsumiert werden können.[30] Gemäss der Gegenmeinung ist dies der Fall und wäre

die testamentarische Schiedsklausel gerade gegenüber Pflichtteilserben, die ihr nicht zustimmen, eine unzulässige Auflage.[31] Indes kann eine Auflage alles sein, was Gegenstand einer Forderung sein kann,[32] und besteht die Wirkung der Schiedsklausel nicht im Begründen von Forderungen,[33] sondern in einer Normdisposition der Art, dass die für die Zuständigkeit geltenden Normen ausgewechselt werden.[34] Die Schiedsklausel ist deshalb keine Auflage im eigentlichen Sinn. Zudem zeichnen sich Auflagen i.d.R. dadurch aus, dass sie bestimmte Personen oder den Nachlass belasten.[35] Dies trifft auf testamentarische

---

23 Dass das Testament erst im Erbgang seine Wirkung entfaltet, ist wegen der Selbständigkeit der Schiedsklausel ohne Belang. Ebenso ohne Belang ist, dass der Testierende die Schiedsklausel aufheben kann und dass die Schiedsklausel diesfalls keine Wirkung zeitigt. Gleiches ist bei einer Schiedsvereinbarung denkbar, die die Parteien nach dem Vertragsschluss, aber vor dem Entstehen der ersten Streitigkeit gemeinsam aufheben; vgl. auch BGE 144 III 81 E. 3.2.

24 Im Ergebnis gl.M. Botschaft 12. Kapitel IPRG (FN 8), 7211.

25 Vgl. unten II.C.1.

26 Diese Rechtswahl steht dem Testierenden zu (Haas/Brosi [FN 3], 331).

27 Berger/Kellerhals (FN 5), N 470. In der Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist i.d.R. Schweizer Recht anwendbar. Falls ein relevanter internationaler Bezug besteht, ist indes eine Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung möglich und ist mangels Rechtswahl das Schweizer Recht als Recht des engsten Zusammenhangs anwendbar (Marco Stacher, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 357 N 3).

28 Botschaft 12. Kapitel IPRG (FN 8), 7189 f.; Haas/Brosi (FN 3), 333; Habegger/Landbrecht (FN 9), 130.

29 Art. 519 ZGB; dazu zählt bspw. das Verbot des gegenseitigen Testaments (vgl. Haas/Brosi [FN 3], 333). Dass die Schiedsklausel weder rechtswidrig noch sittenwidrig ist, folgt bereits daraus, dass die Ansprüche, die zur Diskussion stehen können, schiedsfähig sind (vgl. II.C.2.).

30 Haas/Brosi (FN 3), 332; Schlumpf (FN 4), N 363 f.; vgl. Perrin (FN 5), 425, der erklärt, dass sich der *numerus clausus* auf Instrumente beschränkt, «*dont le contenue est spécifiquement successoral*», was für Schiedsklauseln nicht zutreffe (Künzle [FN 1], 41); vgl. auch Tercier (FN 5), 454; a.M. Mauerhofer (FN 5), 387; Piotet (FN 8), N 78.

31 Vgl. auch den unter diesem Ansatz relevanten Art. 486 ZGB und dazu Piotet (FN 8), N 80.

32 BGE 87 II 355 E. 2b; BSK ZGB II-Staehelin (FN 5), Art. 482 N 15; vgl. dazu auch Schlumpf (FN 4), N 334 ff.

33 Die Hauptwirkung von Schiedsvereinbarungen ist die Begründung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit. Die Nebenwirkung besteht in der Begründung von Pflichten, die aus der Zustimmung zur Schiedsvereinbarung abgeleitet werden (Marco Stacher, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. St. Gallen 2007, N 148 ff., 157 ff.). Sie treffen bei einer testamentarischen Schiedsklausel nur die schiedsgebundenen Personen, die ihr i.S. des anwendbaren Vertragsrechts zustimmen.

34 Stacher (FN 33), N 150 ff., 415.

35 Vgl. die Beispiele bei BSK ZGB II-Staehelin (FN 5), Art. 482 N 16.

Schiedsklauseln nicht zu. Sie bewirken, dass für alle Personen, die aus dem Erbgang Rechte ableiten, dieselbe prozessuale Rechtslage gilt. Testamentarische Schiedsklauseln sind deshalb keine Auflage.[36]

Jedenfalls wäre die testamentarische Schiedsklausel keine unzulässige Auflage. Sie wäre dies nur, falls sie den Pflichtteil belastete. Dies ist nicht der Fall, da sie die sachliche Zuständigkeit regelt und die Schiedsgerichtsbarkeit eine gleichwertige Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit ist.[37] Das Argument, dass die Schiedsklausel den Pflichtteilserben belaste, lässt sich deshalb nur damit begründen, dass ein Schiedsverfahren teurer als ein staatliches Gerichtsverfahren sei.[38] Dies ist freilich wegen des im Schiedsverfahren beschränkten Instanzenzugs nicht ohne Weiteres der Fall.[39] Ohnehin ist ein Schiedsverfahren für einen voll obsiegenden Pflichtteilserben preiswerter, da ihm anders als in staatlichen Verfahren seine Kosten i.d.R. voll erstattet werden.[40] Zudem kann ein Begünstigter oder Pflichtteilserbe die Schiedsklausel kündigen, falls er seine Rechte auf dem Schiedsweg nicht effektiv geltend machen kann und dies vor staatlichen Gerichten möglich wäre.[41]

Testamentarische Schiedsklauseln wären deshalb dem Pflichtteilserben gegenüber selbst dann gültig, wenn sie als Auflage qualifiziert würden.[42] Das Schweizer Recht steht deshalb als eines der gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG relevanten Rechte einer materiell-rechtlich gültigen Bindung von Pflichtteilserben an eine Schiedsklausel nicht entgegen.[43]

C. Umfang der Gestaltungswirkung

1. Anwendungsbereich der testamentarischen Schiedsklausel

Das 12. Kapitel setzt für die Schiedsgebundenheit der Erben nicht voraus, dass sie der Schiedsklausel i.S. des Vertragsrechts zustimmen. Damit ist noch nichts zum persönlichen Anwendungsbereich der Schiedsklausel gesagt. Dieser ist in zwei Schritten zu bestimmen. Zunächst ist zu prüfen, wer gemäss dem Willen des Testierenden von der Schiedsklausel erfasst sein soll. Diese Prüfung ist «*sinngemäss*» anhand von Art. 178 Abs. 2 IPRG vorzunehmen. Es ist somit anhand einer Auslegung der testamentarischen Schiedsklausel durch die der dort verwiesenen Rechtsordnungen zu prüfen, ob eine bestimmte Person erfasst sein soll.

Sodann ist zu prüfen, ob der Testierende eine bestimmte Person in den Anwendungsbereich der Schiedsklausel aufnehmen kann. Wie bereits erklärt, ist dies grundsätzlich möglich, falls keine Ausschlagung erfolgt;[44] d.h., der Testierende bestimmt über das Rechtsgeschäft und die mit ihm verbundene Schiedsklausel. Diese Begründung führt indes zu einer Beschränkung des Primats des Willens des Testierenden. Er kann nur innerhalb der Schranken entscheidend

AJP 2022 S. 876, 881

sein, die das anwendbare Recht dem einseitigen Rechtsgeschäft setzt. Der Testierende kann somit nur Personen in den Anwendungsbereich der Schiedsklausel aufnehmen, denen gegenüber er im einseitigen Rechtsgeschäft Anordnungen treffen kann. Dies trifft unter Schweizer Recht auf eingesetzte Erben, Vermächtnisnehmer und Willensvollstrecker zu.[45] Gleiches gilt für gesetzliche Erben und Pflichtteilserben,

---

36 Künzle (FN 1), 41 f.; Schlumpf (FN 4), N 354 ff.; Haas/Brosi (FN 3), 332; Loretan (FN 1), N 172; vgl. indes Piotet (FN 8), N 78; a.M. Berger/Kellerhals (FN 5), N 471; Mauerhofer (FN 5), 390 f.; BSK ZGB II-Staehelin (FN 5), Art. 470 N 11 m.w.N.

37 Vgl. FN 19; Rigozzi/Robert-Tissot (FN 19), 67.

38 Thomas Rüede, Gültigkeit von Schiedsklauseln in Letztwilligen Verfügungen, in: Marc Blessing (Hrsg.), ASA Special Series No. 8, The Arbitration Agreement, Zürich 1994, 142 ff., 148 mit Verweis auf ZR 1989, Nr. 75; vgl. zur Thematik auch BK-Weimar (FN 5), Art. 482 ZGB N 18.

39 Loretan (FN 1), N 172; vgl. dazu und zu weiteren Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit Perrin (FN 5), 417 f.; Mauerhofer (FN 5), 375 f.; Tercier (FN 5), 451.

40 Zur Diskussion, ob der Pflichtteil unzulässigerweise belastet wird, wenn der Nachlass die Verfahrenskosten bezahlt, vgl. Künzle (FN 1), 71 (*contra*), und Mauerhofer (FN 5), 392 (*pro*).

41 Vgl. Kistler (FN 5), 31; Marco Stacher, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III, Art. 353–399 ZPO, Art. 380 ZPO N 12, 17. Freilich kann dies verhindert werden, wenn der Nachlass die Verfahrenskosten des mittellosen Begünstigten übernimmt (vgl. Künzle [FN 1], 48, 71).

42 Schlumpf (FN 4), N 347 ff.

43 Da dieser Punkt strittig ist, ist es ratsam, die Schiedsklausel einem Recht zu unterstellen, unter dem die Gültigkeit testamentarischer Schiedsklauseln anerkannt ist.

44 Vgl. oben II.A.

45 Haas/Brosi (FN 3), 336.

da der Testierende über die freie Quote verfügt und versuchen kann, die Pflichtteilserben zu enterben.[46] Erbschaftsgläubiger und -schuldner indes stehen in einem vorbestehenden zweiseitigen Rechtsverhältnis zum Testierenden. Sie sind deshalb nur schiedsgebunden, insoweit das Testament sie begünstigt.[47] *Vice versa* können sie sich nicht auf die Schiedsklausel berufen. Analoges gilt für weitere Drittpersonen wie solche, die Nachlassgegenstände besitzen oder auskunftspflichtig sind.[48]

Der sachliche Anwendungsbereich ist ebenfalls durch die Grenzen beschränkt, die das anwendbare Recht dem einseitigen Rechtsgeschäft setzt. Der Testierende kann nur der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen, wozu er Anordnungen treffen darf. Erfasst ist dabei auch die Möglichkeit als solche, ein Testament zu erlassen, d.h., ob dieses gültig ist und ob das Testament die Grenzen des Möglichen – bspw. *vis-à-vis* Pflichtteilserben – überschreitet.

2. Schiedsfähigkeit

Erbrechtliche Ansprüche sind i.d.R. vermögensrechtlich und somit schiedsfähig i.S.v. Art. 177 Abs. 1 IPRG. Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist zu prüfen, ob ein Anspruch frei verfügbar ist, was sich nach dem in der Sache anwendbaren Recht bestimmt. Unter Schweizer Recht ist ausschlaggebend, dass ein Erbe auch ohne Gegenleistung auf sein Erbe verzichten kann.[49] Der Erblasser kann insbesondere mit Zustimmung des Pflichtteilserben einen Verzicht erreichen, sodass der Pflichtteil verfügungsfähig i.S.v. Art. 354 ZPO ist. Somit ist die Herabsetzungsklage gleich wie die Ausgleichungs-, die Ungültigkeits- und die Erbteilungsklage schiedsfähig.[50] Als Vorfrage kann das Schiedsgericht auch feststellen, wer Erbe ist.[51]

Nicht schiedsfähig sind erbrechtliche Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und solche, bei denen die Entscheidinstanz, an deren Stelle das Schiedsgericht tätig würde, nicht der Judikative, sondern der Exekutive angehört.[52]

D. Zwischenergebnis

Testamentarische Schiedsklauseln bewirken, dass Personen, die aus dem Erbgang oder der letztwilligen Verfügung Ansprüche ableiten,[53] für diese Ansprüche schiedsgebunden sind, namentlich nicht ausschlagende eingesetzte Erben, gesetzliche Erben und Pflichtteilserben sowie Vermächtnisnehmer und Willensvollstrecker.[54] Der Erblasser kann somit bewirken, dass Fragen dazu, wer infolge Erbgang oder Testament inwieweit am Nachlass berechtigt ist, gegenüber allen potentiell Berechtigten in einem Schiedsverfahren beantwortet werden. Da dazu keine Annahme i.S. des Vertragsrechts erforderlich ist, ist die Schiedsklausel keine Schiedsvereinbarung im eigentlichen Sinn.[55]

Die schiedsgebundenen Personen können die Gestaltungwirkung wie bei einer Schiedsvereinbarung rückgängig machen, indem sie übereinkommen, dass die

---

46 Art. 477 ZGB.

47 Vgl. Künzle (FN 1), 44; Schlumpf (FN 4), N 429 ff.; BK-Weimar (FN 5), Art. 482 ZGB N 16.

48 Vgl. dazu Künzle (FN 1), 44 f.; Göksu (FN 5), N 530 (mit weiteren Beispielen wie den zu Lebzeiten Begünstigten als Beklagten einer Herabsetzungsklage).

49 Art. 495 ZGB; Schlumpf (FN 4), N 323; BK-Weimar (FN 5), Art. 482 ZGB N 17.

50 Göksu (FN 5), N 369; Pestalozzi-Früh (FN 5), 171; vgl. zu den einzelnen Streitigkeiten Chrobak (FN 5), Rz. 362 ff.; Künzle (FN 1), 56 ff.; vgl. indes betreffend Herabsetzungsklage: Piotet (FN 8), N 82 ff.; Haas/Brosi (FN 3), 337; vgl. auch Schlumpf (FN 4), N 439 ff., der erklärt, dass sämtliche mögliche Parteien schiedsgebunden seien und auch aus diesem Grund nichts gegen ein Schiedsverfahren spreche.

51 Künzle (FN 1), 56 f.

52 Piotet (FN 8), N 68 ff.; Chrobak (FN 5), Rz. 427 ff.; Künzle (FN 1), 71 ff.; Perrin (FN 5), 421; Schlumpf (FN 4), N 464. Keine schiedsfähigen Privatrechtsstreitigkeiten sind insbesondere die Sicherungshandlungen (Art. 490 Abs. 1 und 3, 551–555 ZGB), die Eröffnung der letztwilligen Verfügung (Art. 556–558 ZGB), die Auslieferung der Erbschaft (Art. 490 Abs. 2, Art. 559 ZGB), die Entgegennahme der Ausschlagung (Art. 570 ZGB), das Aufstellen des öffentlichen Inventars und die damit zusammenhängenden Handlungen (Art. 580–588 ZGB), die amtliche Liquidation (Art. 593–597 ZGB), die Ernennung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB), das Mitwirken der Behörde bei der Teilung (Art. 609 Abs. 1, Art. 611 Abs. 2 und Art. 612 Abs. 3 ZGB) und die Sachverständigenbestellung (Art. 618 ZGB).

53 Somit ist auch der enterbte Erbe schiedsgebunden.

54 Vgl. die in FN 5 zitierten Lehrmeinungen.

55 Zu einem alternativen Ansatz im Bereich der Trust-Schiedsgerichtsbarkeit vgl. Sarah Ganz, Enforcement of Foreign Arbitral Awards Arising from Internal Trust Arbitration, in: Stacie I. Strong (Hrsg.), Arbitration of Trust Disputes, Oxford 2016, 494 ff., N 21.44 [stillschweigende Zustimmung durch den Begünstigten].

Schiedsklausel für ein bestimmtes Verfahren nicht gelten soll oder dass sie gänzlich aufgehoben wird. Für Letzteres ist ein Konsens aller schiedsgebundenen Personen erforderlich, für Ersteres ein Konsens der am Verfahren beteiligten Personen.[56] *A maiore ad minus* können so mit der Schiedsklausel verbundene Vorgaben des Testierenden – bspw. betreffend Schiedsrichterbestellung oder anwendbare Verfahrensregeln – aufgehoben werden.

III. Sinngemässe Anwendung des 12. Kapitels

A. Anwendbarkeit von Art. 178 Abs. 4 IPRG (vs. Art. 358 Abs. 2 ZPO)

Gemäss Art. 178 Abs. 4 IPRG ist das 12. Kapitel bei testamentarischen Schiedsklauseln sinngemäss anwendbar, d.h. so, dass der Einseitigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts Rechnung getragen wird.[57] Dass diese Vorgabe gilt, setzt voraus, dass das 12. Kapitel anwendbar ist, was anhand von Art. 176 Abs. 1 IPRG zu prüfen ist. Entscheidend ist somit, ob «*eine Partei der Schiedsvereinbarung beim Abschluss ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Sitz nicht in der Schweiz hatte*». Dies gilt gemäss Art. 178 Abs. 4 IPRG sinngemäss für einseitige Schiedsklauseln.[58]

Dies bedeutet im Rahmen von Art. 176 Abs. 1 IPRG, dass nur auf den Testierenden abzustellen ist.[59] Die Schiedsklausel ist kein Vertrag, und die schiedsgebundenen Personen sind beim Erlass der Schiedsklausel nicht beteiligt; sie können nur mittels Ausschlagung verhindern, dass sie sie bindet. Relevant ist somit, ob der Testierende beim Erlass[60] der Schiedsklausel seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatte.[61] Falls dies der Fall ist, ist das 12. Kapital anwendbar. Bei Binnensachverhalten und Schweizer Sitz des Schiedsgerichts ist demgegenüber der 3. Teil der ZPO anwendbar.

B. Formelle Gültigkeit, Sitz, *Opting-out*, Schiedsrichter und Verfahren

Die sinngemässe Anwendung einzelner Bestimmungen des 12. Kapitels ist unproblematisch. Beispielsweise bestimmt sich die formelle Gültigkeit sinngemäss anhand von Art. 178 Abs. 1 IPRG. Die Erklärung des Testierenden «*hat schriftlich oder in einer anderen Form zu erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht*». Es ist nicht erforderlich, dass die testamentarische Schiedsklausel die strengeren Voraussetzungen erfüllt, die für die von ihr unabhängige letztwillige Verfügung gelten.[62]

Der Sitz des Schiedsgerichts wird gemäss Art. 176 Abs. 3 IPRG «*von den Parteien*» bestimmt. Für einseitige Schiedsklauseln bedeutet dies sinngemäss, dass der Testierende den Sitz innerhalb der Schweiz frei bestimmen kann. Es steht ihm auch frei, einen Sitz ausserhalb der Schweiz zu wählen.[63] Weder das Erbrecht noch das 12. Kapitel sehen diesbezüglich Einschränkungen vor.

Gemäss Art. 176 Abs. 2 IPRG können die Parteien «*durch eine Erklärung in der Schiedsvereinbarung*» anstelle des 12. Kapitels den 3. Teil der ZPO für anwendbar erklären. Sinngemäss bedeutet dies für testamentarische Schiedsklauseln, dass der Testierende ein *Opting-out* vorsehen kann.[64] Eine

---

56 Vgl. Künzle (FN 1), 44, und Art. 534 OR.

57 Loretan (FN 1), N 230.

58 Bei der Prüfung, ob das 12. Kapitel anwendbar ist, muss eine Norm berücksichtigt werden, die Teil des 12. Kapitels ist. Dieser Zirkel ist unbedenklich, da sich Art. 178 Abs. 4 IPRG und Art. 358 Abs. 2 ZPO entsprechen und Art. 353 Abs. 1 ZPO die Anwendbarkeit des 3. Teils der ZPO von der Nichtanwendbarkeit des 12. Kapitels abhängig macht.

59 Haas/Brosi (FN 3), 329; a.M. Loretan (FN 1), N 256, da nicht nur die Privatautonomie des Testierenden, sondern auch die der schiedsgebundenen Personen zu beachten sei.

60 A.M. Haas/Brosi (FN 3), 330 [Todeszeitpunkt]; Loretan (FN 1), N 250 f., da der «*Begünstigte […] in privatautonomer Weise der Schiedsklausel zustimmen [muss], damit diese ihm gegenüber Bindungswirkung entfaltet*». Analoges gilt bei dieser Sichtweise für das *Opting-out*, die Sitzvereinbarung etc.

61 Vgl. zur Problematik Schlumpf (FN 4), N 372; Künzle (FN 1), FN 203; vgl. auch oben II.D.

62 Berger/Kellerhals (FN 5), N 470; Piotet (FN 8), N 62; Künzle (FN 1), 28; Loretan (FN 1), N 436; Kistler (FN 5), 21; vgl. indes Haas/Brosi (FN 3), 343 f.; a.M. Schlumpf (FN 4), N 290.

63 Vgl. indes Piotet (FN 8), N 61.

64 Haas/Brosi (FN 3), 330; vgl. Loretan (FN 1), N 265, der gleich wie bei der Sitzbestimmung (N 557) sowie Anordnungen des Testierenden zur Schiedsrichterbestellung (N 561) oder zum Verfahren (N 574) betont, dass die Erben dieser Anordnung in Ausübung ihrer Privatautonomie zustimmen müssten, was wie bei der Schiedsklausel durch Nichtausschlagung erfolge. Freilich werden die mit der Schiedsklausel verbundenen Anordnungen *eo ipso* bedeutungslos, wenn sich ein Erbe der Schiedsklausel durch Ausschlagung entzieht. Die Ausübung der

Benachteiligung einzelner schiedsgebundener Personen ist schwerlich vorstellbar, da die beiden *leges arbitri* in den meisten Punkten übereinstimmen. Es spricht auch aus diesem Grund nichts gegen eine einseitige Anordnung des Testierenden. Analoges gilt für Anordnungen zur Bestellung des Schiedsgerichts (Art. 179 Abs. 1 IPRG)[65] und zum Verfahrensablauf (Art. 182

AJP 2022 S. 876, 883

Abs. 1 IPRG).[66] Dies insbesondere, da das 12. Kapitel Instrumente enthält, die die schiedsgebundenen Personen schützen (Art. 180, Art. 182 Abs. 3, Art. 190 Abs. 2 lit. a, d und e IPRG sowie Art. 190a Abs. 1 lit. c IPRG).

C. Anwendbares Recht und Rechtsmittelverzicht

Art. 187 IPRG bestimmt, dass sich das anwendbare Recht nach der Wahl der Parteien bestimmt. Dies wirft die Frage auf, ob der Testierende das anwendbare Recht einseitig wählen kann.[67] Dass der Wortlaut (die «*Parteien*») dies nicht vorsieht, schliesst es nicht aus. Der Gesetzestext geht vom Normalfall aus, in dem die Parteien eine Schiedsvereinbarung schliessen.[68]

Gemäss Botschaft kann betreffend Rechtswahl kein völliges *Laissez-faire* gelten.[69] Sie hält eine Rechtswahl somit für möglich und sieht die Problematik, betrachtet sie aber letztlich als inexistent, da Pflichtteilserben im Umfang ihres Pflichtteils nur bei Zustimmung an eine testamentarische Schiedsklausel schiedsgebunden seien.[70] Dies trifft indes nicht zu,[71] und zwei Ansätze zur Beschränkung der Rechtswahl scheiden aus: Die Rechtswahl wird nicht durch den Ordre public beschränkt, da der Pflichtteilsanspruch nicht zum Ordre public zählt.[72] Der Pflichtteilsanspruch zählt auch nicht zu den *lois d'application immédiate*. Gemäss Art. 90 Abs. 2 IPRG kann ein Ausländer mit letztem Wohnsitz in der Schweiz den Nachlass seinem Heimatrecht unterstellen. Das Schweizer Pflichtteilsrecht ist deshalb nicht umfassend international zwingend. Es kommt hinzu, dass das 12. Kapitel gerade auch anwendbar ist, wenn der Testierende keinen Bezug zur Schweiz hat. In solchen Fällen ist das Schweizer Pflichtteilsrecht auch vor schweizerischen staatlichen Gerichten nur relevant, wenn das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates auf das Schweizer Erbrecht verweist.[73]

Ein allfälliger Schutz des Schweizer Pflichtteilsrechts ist deshalb vorab in Binnenschiedsverfahren relevant, bei denen eine Rechtswahl indes ebenfalls zulässig ist.[74] Falls der Testierende ein ausländisches Recht wählt,[75] hat das Schiedsgericht das Schweizer Pflichtteilsrecht, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind,[76] indes als zwingendes fremdes Recht einfliessen zu lassen und sich bei dessen Berücksichtigung an der Vorgabe in den Materialien zu orientieren, wonach mit einseitigen Schiedsklauseln nicht unzulässig in die zwingenden Rechte Dritter eingegriffen werden soll.[77] Ein solcher Eingriff liegt jedenfalls nicht vor, wenn die Rechtswahl auch von schweizerischen staatlichen Gerichten zu berücksichtigen wäre. Gemäss Art. 90

Privatautonomie hat somit bei solchen Anordnungen keine eigenständige Bedeutung.

65 Bei Art. 179 Abs. 3 IPRG ist relevant, ob eine summarische Prüfung der Schiedsklausel ergibt, dass sie nicht besteht.

66 Vgl. zu den sich für das Verfahren stellenden Fragen Peter Georg Picht/Lennart Chrobak, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision – Teil II, SJZ 2018, 233 ff., 235 ff.

67 Kritisch: Werner Jahnel, Schiedsverfahren in Erbsachen – Länderbericht Schweiz, 2020 successio, 379 ff., 389 f.

68 Göksu (FN 5), N 529.

69 Botschaft 12. Kapitel IPRG (FN 8), 7190. Für statutarische Schiedsklauseln vgl. die Botschaft zur Revision des Aktienrechts, die impliziert, dass in Schiedsverfahren, die gestützt auf eine Schiedsklausel in den Statuten einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz geführt werden, *eo ipso* Schweizer Recht anwendbar ist (vgl. Botschaft vom 23.11.2016 zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht], BBl 2017 399 ff., 547 f.).

70 Botschaft 12. Kapitel IPRG (FN 8), 7190; ebenso Haas/Brosi (FN 3), 344; vgl. dazu auch Piotet (FN 8), N 65.

71 Vgl. oben II.A.

72 BGE 102 II 136 E. 4.

73 Art. 91 Abs. 1 IPRG.

74 Art. 381 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. indes KUKO-Dasser, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2021, Art. 381 ZPO N 7; Schlumpf (FN 4), N 380, gemäss dem die Rechtswahl nur im Falle einer «*minimalen Internationalität*» zulässig ist.

75 Zu beachten ist die Vorgabe, das Schiedsgericht habe nach Billigkeit zu entscheiden (Schlumpf [FN 4], N 392).

76 Vgl. dazu vgl. BSK IPRG-Berger (FN 3), Art. 187 N 142 ff.

77 Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit), 20 f.

Abs. 2 IPRG ist dies der Fall, wenn ein Ausländer den Nachlass seinem Heimatrecht unterstellt.[78] Zudem verlieren die Bedenken im Zusammenhang mit dem Schweizer Pflichtteilsrecht an Bedeutung, falls der Testierende nach Erlass der Schiedsklausel einen Wohnsitz im Ausland begründet. Gemäss Art. 91 Abs. 1 IPRG bestimmt dann das Kollisionsrecht des neuen Wohnsitzstaates das anwendbare Recht; d.h., es ist anhand dieses Rechts zu prüfen, ob Pflichtteilsansprüche bestehen und ob sie international zwingend sind. Analoges gilt für die Schiedsgerichtsbarkeit: Relevant ist auch vor Schweizer staatlichen Gerichten nicht *per se* das Schweizer Pflichtteilsrecht, sondern dasjenige, das gemäss dem Kollisionsrecht des letzten Wohnsitzes des Erblassers anwendbar ist.

Beim Rechtsmittelverzicht i.S.v. Art. 192 IPRG ist die Verfügungsmacht des Testierenden begrenzt. Dies in Analogie dazu, dass der Rechtsmittelverzicht von Sportlern nicht als gültig ist.[79] Testamentarische Anordnungen dieser Art sind für die schiedsgebundenen Personen ebenso

AJP 2022 S. 876, 884

bedeutsam wie für Sportler, und sie können ihnen ebenso wenig frei zustimmen. Sie sind deshalb nicht gebunden.[80]

IV. Umsetzung in Gerichts- und Vollstreckungsverfahren

Die Schweizer Gerichte lehnen ihre Zuständigkeit ab, wenn «*die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine Schiedsvereinbarung getroffen [haben]*». Dies folgt, falls ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vorgesehen ist, aus Art. 7 IPRG und Art. 61 ZPO. Diese Bestimmungen sind ausserhalb des 12. Kapitels und des 3. Teils der ZPO, die bei testamentarischen Schiedsklauseln sinngemäss anwendbar sind. Es erschiene indes als Wertungswiderspruch, sie nicht ebenfalls sinngemäss anzuwenden. Gleichermassen wird die Vollstreckung eines Schiedsspruchs, der in der Schweiz gestützt auf eine testamentarische Schiedsklausel ergeht, im Inland soweit ersichtlich nicht zu Problemen führen.

Problematischer sind Fälle, bei denen der Sitz des Schiedsgerichts im Ausland ist. Die Schiedseinrede vor Schweizer Gerichten und die Vollstreckung des Schiedsspruchs richten sich in diesen Fällen nach dem New Yorker Übereinkommen. Dieses ist gemäss seinem Text nur anwendbar, falls eine Schiedsvereinbarung vorliegt. Art. II Abs. 1 NYÜ gibt diesbezüglich vor, dass die Vertragsstaaten eine «*schriftliche Vereinbarung*» anerkennen, mit denen «*die Parteien*» vorsehen, dass schiedsfähige Streitigkeiten auf dem Schiedsweg entschieden werden. Art. II Abs. 2 NYÜ präzisiert, dass unter einer «*schriftlichen Vereinbarung*» «*eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen [ist], sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben*». Von einseitigen Schiedsklauseln ist nicht die Rede.

Es wird denn auch mit Verweis auf den Text des Übereinkommens vorgetragen, dass Schiedssprüche, die aufgrund einseitiger Schiedsklauseln ergehen, nicht unter dem New Yorker Übereinkommen vollstreckbar sind.[81] Dies mit Verweis auf die Vorgabe von Art. 31 Abs. 1 des Wiener Vertragsrechtsabkommens, wonach die Bestimmungen eines Staatsvertrags in Übereinstimmung mit der Bedeutung auszulegen sind, die ihnen gewöhnlich zukommt. Zwar lässt sich gestützt auf die erste Empfehlung der UNCITRAL von 2006 zur Auslegung dieser Bestimmung entgegnen, dass die in Art. II Abs. 2 NYÜ aufgeführten Umstände nicht abschliessend seien.[82] Indes zielt die Empfehlung v.a. darauf ab, neue Kommunikationsformen zu berücksichtigen (bspw. E-Mails).

Dass Schiedssprüche, die gestützt auf eine testamentarische Schiedsklausel ergehen, unter dem New Yorker Übereinkommen vollstreckbar sind, lässt sich immerhin damit begründen, dass sich die materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung mangels Rechtswahl nach dem Recht bestimmt, unter dem der

---

78 Vgl. auch Art. 91 Abs. 1 E-IPRG, wonach der Erblasser den Nachlass einem seiner Heimatrechte unterstellen kann (Beschluss der Bundesversammlung betreffend Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, BBl 2020 3353 ff., 3355).

79 BGer, 4A_600/2020, 27.1.2021, E. 5.5; BGE 133 III 235 E. 4.3.2.3; vgl. zum Ganzen auch Haas (FN 19).

80 Vgl. Loretan (FN 1), N 605; a.M. Haas/Brosi (FN 3), 346 f.

81 Reinmar Wolff, in: Reinmar Wolff (Hrsg.), The New York Convention, 2. A., München 2019, Art. II N 57; vgl. auch Piotet (FN 8), N 56, 58; a.M. Ulrich Haas, Kommentar zu Art. 1066 ZPO, in: Patricia Nacimiento/Stefan Kröll (Hrsg.), Arbitration in Germany – The Model Law in Practice, 2. A., Alphen aan den Rijn 2015, Art. 1066 N 71, gemäss dem Art. I Abs. 2 NYÜ vorgibt, dass alle Schiedssprüche unter dem New Yorker Übereinkommen zu vollstrecken sind, die auf privatautonomer Grundlage ergehen.

82 Internet: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a2e.pdf (Abruf 14.6.2022).

Schiedsspruch ergangen ist.[83] Falls ein Schweizer Schiedsspruch im Ausland vollstreckt werden soll, ist somit Schweizer Recht anwendbar, unter dem testamentarische Schiedsklauseln zulässig sind und materiell gültig sein können.[84] Es verbleibt das Problem, dass der Text von Art. II Abs. 2 NYÜ für die formelle Gültigkeit Handlungen von zwei oder mehr Personen voraussetzt.[85]

Art. II Abs. 2 NYÜ befasst sich indes nur mit der formellen Gültigkeit. Dies bedeutet, dass er Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ im Bereich der materiellen Gültigkeit nicht aushebelt und deshalb nicht bestimmt, wann ein genügender Parteiwille i.S. der Konvention vorliegt. Es gilt das Gegenteil: Die Bestimmung zur formellen Gültigkeit bestimmt nicht, ob mehr als eine Person zustimmen muss, damit die materielle Gültigkeit gegeben ist. Vielmehr bestimmt das gemäss Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ zur materiellen Gültigkeit anwendbare Recht, ob mehr als nur eine Erklärung in der Form gemäss Art. II Abs. 2 NYÜ ergehen muss, was bei testamentarischen Schiedsklauseln nicht der Fall ist.[86] Diese Auslegung steht im Einklang mit dem

AJP 2022 S. 876, 885

Zweck der Konvention, die Vollstreckung von Schiedssprüchen zu erleichtern, der gemäss Art. 31 des Wiener Vertragsrechtsabkommens ebenfalls zu berücksichtigen ist, und dem «*pro enforcement*»-Ansatz, der bei der Auslegung des Übereinkommens gilt.[87]

Je mehr sich die Rechtsprechung der Problematik annimmt, desto mehr wird sich die Rechtslage klären; dies auch bezüglich der Frage, ob die Vollstreckungsproblematik über die Annahme einer Schiedsvereinbarung infolge konkludenter Zustimmung oder die Meistbegünstigungsklausel von Art. VII Abs. 1 NYÜ gelöst werden kann.[88] Problematisch kann indes im Einzelfall der Handelssachenvorbehalt von Art. I Abs. 3 NYÜ verbleiben, den 52 der 169 Vertragsstaaten angebracht haben.[89]

V. Zusammenfassung

Der Testierende kann bestimmen, dass Ansprüche, die Personen aus seiner letztwilligen Verfügung oder dem künftigen Erbgang ableiten oder geltend machen, auf dem Schiedsweg zu entscheiden sind. Er bewirkt so, dass den Nachlass betreffende Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht auszutragen sind. Insbesondere sind auch Pflichtteilserben schiedsgebunden. Dies im Unterschied zu ausschlagenden Erben oder Vermächtnisnehmern. Sie sind nach der Ausschlagung nicht mehr vom Anwendungsbereich der Schiedsklausel erfasst.

Während sich dieses System in der Schweizer Rechtsordnung bewähren kann, wirft es im Verhältnis zu anderen Rechtsordnungen Fragen auf. Fraglich ist insbesondere, ob ein ausländischer Richter eine Schiedseinrede gutheisst, die mit einer einseitigen Schiedsklausel begründet wird. Ebenso mag die Vollstreckung eines Schweizer Schiedsspruchs im Ausland daran scheitern, dass keine eigentliche Schiedsvereinbarung existiert.[90] Testamentarische Schiedsklauseln sind bis zur Klärung dieser Punkte v.a. für Binnensachverhalte oder jedenfalls für Sachverhalte ratsam, bei denen das künftige Vollstreckungssubstrat in der Schweiz gelegen ist.

---

83 Dies für den Fall, dass die Parteien kein Recht für die Schiedsvereinbarung wählen (Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ). Zur alternativen Begründung, dass das New Yorker Übereinkommen auf sämtliche privatautonome Vereinbarungen inkl. Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften anwendbar ist, vgl. Loretan (FN 1), N 200 f.

84 Vgl. auch Tina Wüstemann, Arbitrating Trust Disputes, in: Manuel Arroyo (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, 2. A., Alphen an den Rijn 2018, 1251 ff., N 61; Georg von Segesser/Katherine Bell, Arbitration of Trust Disputes, ASA Bull. 2017, 10 ff., 38.

85 Botschaft 12. Kapitel IPRG (FN 8), 7211, löst dieses Problem derart, dass sie in der Annahme des Testaments eine Zustimmung zur Schiedsklausel sieht, die eine Schiedsvereinbarung begründet. Dies löst indes die Fälle nicht, in die Pflichtteilserben involviert sind, die das Testament nicht gegen sich gelten lassen.

86 Für alternative Ansätze vgl. IV. a.E. und die dort zitierte Literatur.

87 ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention, Den Haag 2011, 15, Internet: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/judges_guide_nyc_english_2018_reprint.pdf (Abruf 14.6.2022); vgl. Ganz (FN 55), N 21.49.

88 Vgl. Loretan (FN 1), N 471, 473; Ganz (FN 55), N 21.44, 21.51; vgl. indes AppGer BS, 29.10.2004, in: BJM 2007, 28 ff., 31.

89 Loretan (FN 1), N 205 ff., 213; vgl. dazu im Einzelnen Ganz (FN 55), N 21.05 ff., 21.10 ff., die erklärt, dass das Problem entschärft werde, wenn nicht auf den Grund für die Transaktion, sondern deren Natur abgestellt werde und dass das Kriterium bisweilen als erfüllt erachtet werde, wenn die Transaktion geldwerte Interessen betreffe (N 21.12 f.).

90 Dazu, ob der Testierende den Abschluss einer Schiedsvereinbarung fördern kann, indem er für die Pflichtteilsberechtigten Zuwendungen vorsieht, die den Pflichtteil übersteigen, und sie unter die Bedingung stellt, dass sie für ihr ganzes Erbe die Schiedsklausel annehmen, vgl. Rüede (FN 38), 150; vgl. Mauerhofer (FN 5), 394; Picht/Chrobak (FN 14), 208; skeptisch: Künzle (FN 1), 46 f.