

Volume 31, No. 3, 2013

ISSN 1010-9153

ASA Bulletin



Association Suisse de l'Arbitrage
Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione Svizzera per l'Arbitrato
Swiss Arbitration Association

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

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

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

ISSN 1010-9153

© 2013, Association Suisse de l'Arbitrage
(in co-operation with Kluwer Law International, The Netherlands)

This journal should be cited as ASA Bull. 3/2013

The ASA Bulletin is published four times per year.
Subscription prices for 2013 [Volume 31, Numbers 1 through 4] including postage
and handling: Print subscription prices: EUR 276/USD 368/GBP 203
Online subscription prices: EUR 256/USD 342/GBP 188
(covers two concurrent users)

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

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

For Marketing Opportunities please contact marketing@kluwerlaw.com

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

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

Printed on acid-free paper

ASA

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

COMITE EXECUTIF

Président

Michael E. Schneider, LALIVE, Geneva

Vice-Présidents

Elliott Geisinger, Schellenberg Wittmer, Geneva
Dr Bernhard F. Meyer, MME Partners, Zurich

MEMBRES

Dr Bernhard Berger, Kellerhals Anwälte, Berne
Prof. Dr François Dessemontet, Lausanne
Dr Rainer Füg, Basel
Dr Dieter Gränicher, Wenger Plattner, Basel
Dr Paolo Michele Patocchi, Lenz & Staehelin, Geneva
Dr Wolfgang Peter, Python Peter, Geneva
Dr Daniel Petitpierre, SIG Combibloc, Zurich
Thomas Pletscher, economiesuisse, Zurich
Dr Klaus Sachs, CMS Hasche Sigle, Munich
Prof. Pierre Tercier, Universität Fribourg, Fribourg
Pierre-Yves Tschanz, Tavernier Tschanz, Geneva
Dr Markus Wirth, Homburger, Zurich

PRÉSIDENTS D'HONNEUR

Prof. Pierre Lalive, LALIVE, Geneva
Dr Marc Blessing, Bär & Karrer, Zurich
Dr Pierre A. Karrer, Zurich
Prof. Dr Gabrielle Kaufmann-Kohler, Lévy Kaufmann-Kohler, Geneva
Dr Markus Wirth, Homburger, Zurich

VICE-PRESIDENTS D'HONNEUR

Prof. Dr Jean-François Poudret, Lausanne
Prof. François Knoepfler, Cortaillod

Directeur exécutif

Alexander McLin, Geneva

EXECUTIVE COMMITTEE

Chairman

Michael E. Schneider, LALIVE, Geneva

Vice Presidents

Elliott Geisinger, Schellenberg Wittmer, Geneva
Dr Bernhard F. Meyer, MME Partners, Zurich

MEMBERS

Dr Bernhard Berger, Kellerhals Anwälte, Berne
Prof. Dr François Dessemontet, Lausanne
Dr Rainer Füg, Basel
Dr Dieter Gränicher, Wenger Plattner, Basel
Dr Paolo Michele Patocchi, Lenz & Staehelin, Geneva
Dr Wolfgang Peter, Python Peter, Geneva
Dr Daniel Petitpierre, SIG Combibloc, Zurich
Thomas Pletscher, economiesuisse, Zurich
Dr Klaus Sachs, CMS Hasche Sigle, Munich
Prof. Pierre Tercier, Universität Fribourg, Fribourg
Pierre-Yves Tschanz, Tavernier Tschanz, Geneva
Dr Markus Wirth, Homburger, Zurich

HONORARY PRESIDENTS

Prof. Pierre Lalive, LALIVE, Geneva
Dr Marc Blessing, Bär & Karrer, Zurich
Dr Pierre A. Karrer, Zurich
Prof. Dr Gabrielle Kaufmann-Kohler, Lévy Kaufmann-Kohler, Geneva
Dr Markus Wirth, Homburger, Zurich

HONORARY VICE-PRESIDENTS

Prof. Dr Jean-François Poudret, Lausanne
Prof. François Knoepfler, Cortaillod

Executive Director

Alexander McLin, Geneva

ASA Secretariat

4, Boulevard du Théâtre, P.O.Box 5429, CH-1204 Geneva, Tel.: ++41 22 310 74 30,
Fax: ++41 22 310 37 31; E-mail: info@arbitration-ch.org, www.arbitration-ch.org

ASA BULLETIN

Fondateur du Bulletin ASA

Founder of the ASA Bulletin

Prof. Pierre Lalive

Conseil de direction

Advisory Board

Prof. Pierre Lalive

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

Comité de rédaction

Editorial Board

Rédacteur/Editor
Matthias Scherer

Domitille Baizeau, Geneva – Dr Philipp Habegger, Zurich
Dr Cesare Jermini, Lugano – Dr Bernhard Berger, Berne

Secrétaire de rédaction

Editorial Secretary

Angelika Kolb-Fichtler

Correspondance

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

Correspondence

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

ASA Bulletin

Prof. Pierre Lalive, Matthias Scherer
Rue de la Mairie 35, CP 6569, CH-1211 Genève 6
Tel: +41 22 319 87 00 – Fax: +41 22 319 87 60
Emails: plalive@lalive.ch & mscherer@lalive.ch
(For address changes please contact
info@arbitration-ch.org/tel +41 22 310 74 30)

Rechtsmittel gegen Entscheide des *juge d'appui* bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz

ALEXANDER R. MARKUS*

A. Gegenstand und Zielsetzung

Vorliegend wird untersucht, ob und wie die im IPRG vorgesehenen Entscheide des staatlichen Richters am Sitz des Schiedsgerichts in seiner Funktion als Behörde, die das Schiedsverfahren unterstützt (*juge d'appui*), mit einem Rechtsmittel angefochten werden können. Diese Frage wird in Bezug auf sämtliche einschlägigen Normen des IPRG, nämlich Art. 179 Abs. 2 (und Abs. 3), Art. 180 Abs. 3, Art. 183 Abs. 2, Art. 184 Abs. 3 und Art. 185, einzeln beantwortet.

Sodann wird die Frage aufgeworfen, ob sich im Rahmen der bevorstehenden Revision des 12. Kapitels des IPRG Klarstellungen oder Änderungen der Rechtslage anbieten.

B. Rechtsmittel gegen Entscheide des *juge d'appui* nach Art. 179 Abs. 2 IPRG (Ernennung des Schiedsgerichts)

I. Negativer Entscheid (Klageabweisung) des *juge d'appui* nach Art. 179 Abs. 2 IPRG

Der *juge d'appui* entscheidet nach Art. 179 Abs. 2 IPRG über die Ernennung, Abberufung oder Ersetzung der Schiedsrichter, sofern keine diesbezügliche Vereinbarung der Parteien besteht oder eine solche Vereinbarung bei der Durchführung scheitert.

Ein negativer Entscheid des *juge d'appui* i.S.v. Art. 179 Abs. 2 IPRG, der namentlich die Ernennung wegen Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung ablehnt, kann direkt mit Beschwerde in Zivilsachen gestützt auf Art. 72 i.V.m. 77 und 95 lit. a BGG angefochten werden, da der *juge d'appui*, wie im

* Prof. Dr. iur. ALEXANDER R. MARKUS, Universität Bern.
NATASCHA VON ALLMEN, Institut für Internationales Privatrecht und Zivilprozessrecht, Universität Bern, sei für ihre wertvolle Mitarbeit bestens gedankt.

Folgenden ausgeführt wird, als einzige kantonale Instanz entscheidet und der Entscheid als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG zu qualifizieren ist.

Art. 179 Abs. 2 IPRG sieht vor, dass der *juge d'appui* sinngemäss die ZPO-Bestimmungen über die Ernennung, Abberufung oder Ersetzung der Mitglieder des Schiedsgerichts anzuwenden hat. Obwohl dies nicht mit aller wünschbaren Klarheit aus Art. 179 Abs. 2 IPRG hervorgeht, bezieht sich diese Verweisung neben den „materiellen“ Bestimmungen der Art. 360 ff. ZPO auch auf das sachliche und funktionelle Zuständigkeitsrecht.¹ So findet aufgrund der Verweisung des Art. 362 ZPO Art. 356 Abs. 2 ZPO Anwendung, welcher vorschreibt, dass das zuständige kantonale Gericht als einzige kantonale Instanz entscheidet.

Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG sieht vor, dass vor einer Beschwerde ans Bundesgericht kein kantonaler Instanzenzug durchlaufen werden muss, da der *juge d'appui* aufgrund eines Bundesgesetzes als einzige kantonale Instanz über die Schiedsgerichtsernennung entscheidet.²

Weiter handelt es sich beim negativen Entscheid unbestrittenermassen um einen Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG. Die Qualifikation des negativen Entscheids als Endentscheid erfolgte nach Lehre und Rechtsprechung bereits unter dem OG;³ inzwischen hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung auch unter dem BGG bestätigt.⁴ Nach Art. 90 BGG hat ein Endentscheid das Verfahren einzig in formaler Hinsicht abzuschliessen.⁵ Lehnt der *juge d'appui* eine Ernennung des Schiedsgerichts ab, weil eine

¹ BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2nd ed., Bern 2010, N 761 ff.

² Siehe auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. Zürich 2013, § 29 N 25; TSCHANZ, in: Bucher (Hrsg.), *Loi sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL)*, Commentaire romand, Basel 2011 (nachfolgend zitiert als CR LDIP), Art. 179 N 40.

Nach einer Lehrmeinung hat übrigens die „Endgültigkeit“ von Art. 180 Abs. 3 IPRG auch für Art. 356 Abs. 2 ZPO insofern Bedeutung, als gegen den Entscheid der einzigen kantonalen Instanz kein Rechtsmittel ergriffen werden kann. Diese Meinung ist abzulehnen. Die Bundesrechtsmittel werden nicht in der ZPO, sondern im BGG geregelt (STECHER, in: Spühler/Tenechio/Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Basel 2010 [nachfolgend zitiert als BSK ZPO], Art. 356 N 13; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 29 N 11).

³ Z.B. BGE 121 I 81, E. 1b; vgl. auch BGE 118 Ia 20; PETER/LEGLER, in: Honsell et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., Basel 2007 (nachfolgend zitiert als BSK IPRG), Art. 179 N 33; VISCHER, in: Girsberger et al. (Hrsg.), *Zürcher Kommentar IPRG*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004 (nachfolgend zitiert als ZK IPRG), Art. 179 N 20 f.

⁴ BGer 4A_215/2008 v. 23.09.2008, E. 1.1; vgl. auch BERGER/KELLERHALS (FN 1), N 781 f.

⁵ Statt vieler BGer 5A_9/2007 v. 20.4.2007, E. 1.2.2 und BGE 133 V 477 E. 4.1.1; UHLMANN, in: Niggli et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz*, Basel 2008 (nachfolgend zitiert als BSK BGG), Art. 90 N 9; VON WERDT, in: Seiler et al. (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, Bern 2006 (nachfolgend zitiert als SHK BGG), Art. 90 N 5; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4331.

Schiedsvereinbarung nicht besteht,⁶ so wird die Durchführung des Schiedsverfahrens dadurch endgültig verhindert.⁷ Der negative Entscheid ist daher als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG zu qualifizieren.

II. Positiver Entscheid (Ernennungsentscheid) des *juge d'appui* (Art. 179 Abs. 2 IPRG)

a. *Qualifikation und Anfechtbarkeit des positiven Entscheids des juge d'appui gestützt auf Art. 179 Abs. 2 IPRG als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG*

Die bisherige Rechtsprechung zu Art. 179 Abs. 2 (und 3) IPRG ist ausschliesslich unter Anwendung des OG ergangen, mit Ausnahme des Bundesgerichtsentscheids 4A_215/2008 v. 23.09.2008, der sich aber nur zum negativen Entscheid des staatlichen Richters äussert, und nicht zum positiven Ernennungsentscheid.

Die Rechtsprechung zum OG legte fest, dass der positive Ernennungsentscheid des staatlichen Richters i.S.v. Art. 179 Abs. 2 und 3 IPRG nicht als Endentscheid, sondern als Zwischenentscheid (Art. 89 OG) zu qualifizieren sei.⁸ Diese Qualifikation verbaute ein direktes Rechtsmittel gegen einen solchen Entscheid: Nach Art. 190 Abs. 2 lit. a und b und ggf. Abs. 3 IPRG konnte dieser im Rahmen der Rechtsmittel gegen die Aussprüche des Schiedsgerichts (indirekt) überprüft werden, weshalb die Voraussetzung der Überprüfung, der nicht wieder gutzumachende Nachteil, ausgeschlossen war (vgl. Art. 87 OG).⁹

⁶ Der *juge d'appui* hat in analoger Anwendung von Art. 179 Abs. 3 IPRG eine summarische Prüfung des Bestehens einer Schiedsvereinbarung vorzunehmen (BERGER/KELLERHALS [FN 1], N 765; PETER/LEGLER, BSK IPRG [FN 3], Art. 179 N 31 ff.; VISCHER, ZK IPRG [FN 3], Art. 179 N 15 ff.). Hierzu wäre im Übrigen eine Klarstellung durch den Gesetzgeber im Rahmen der IPRG-Revision angezeigt.

⁷ BERGER/KELLERHALS (FN 1), N 781; vgl. BGE 118 Ia 20, E. 2a m.w.H.; BGER 4A_215/2008 v. 23.09.2008, E. 1.1.

⁸ Insb. BGE 118 Ia 20 und BGE 121 I 83; siehe auch BGE 115 II 294.

⁹ Die Lehre scheint soweit mit der Qualifikation des positiven Ernennungsentscheids als Zwischenentscheid einverstanden zu sein (unter dem OG: PETER/LEGLER, BSK IPRG [FN 3], Art. 179 N 33; VISCHER, ZK IPRG [FN 3], Art. 179 N 22; unter dem BGG: TSCHANZ, CR LDIP [FN 2], Art. 179 N 45; BERGER/KELLERHALS [FN 1], N 777). Einige Autoren (u.a. BUCHER, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel/Frankfurt a.M. 1999, N 152; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, S. 83; RÜEDE/HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993 [mit Supplement zur 2. Auflage, Zürich 1999], S. 125) kritisieren jedoch die Rechtsprechung in Bezug auf den Ausschluss eines direkten Rechtsmittels und reden einer direkten Anfechtung via die staatsrechtliche Beschwerde aufgrund Verletzung von Art. 58 aBV (Garantie des natürlichen Richters) das Wort.

Mit Inkrafttreten des BGG muss die bisherige Qualifikation des positiven Ernennungsentscheids des *juge d'appui* als Zwischenentscheid überdacht werden. Im Licht der bisherigen Rechtsprechung unter dem BGG, welche in anderen Bereichen rasch bereit ist, von einem „Endentscheid“ auszugehen, ist auch der positive Entscheid des *juge d'appui* nach Art. 179 Abs. 2 IPRG als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG und nicht als Zwischenentscheid zu qualifizieren 

Unter dem OG lag gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Endentscheid i.S.v. Art. 48 OG generell dann vor, „wenn das kantonale Sachgericht über den im Streit stehenden Anspruch materiell zu entscheiden hatte oder dessen Beurteilung aus einem Grund abgelehnt hat, der endgültig verbietet, dass der gleiche Anspruch nochmals geltend gemacht werden konnte“¹⁰. Im Gegensatz zum OG enthält das BGG in Art. 90 eine Legaldefinition, wonach ein Endentscheid vorliegt, wenn dieser das Verfahren abschliesst. Zumal das BGG in dieser Hinsicht von einer formalen Betrachtungsweise ausgeht, spielt allein eine Rolle, ob das Verfahren in einer rein äusserlichen, prozessualen Sicht seinen Abschluss findet.¹¹

Mit Inkrafttreten des BGG hat somit eine wesentliche Vereinfachung der Frage stattgefunden, ob ein Endentscheid vorliegt oder nicht.¹² Damit geht einher, dass der Begriff des Endentscheids nach BGG grosszügiger auszulegen ist als unter dem OG. Unter dem OG musste der Endentscheid der materiellen Rechtskraft fähig sein.¹³ Unter dem BGG ist dies nicht mehr vorausgesetzt, weshalb nun etwa auch kantonale Prozessurteile gestützt auf Art. 90 BGG anfechtbar sind.

Aus der Vergleichung der bundesgerichtlichen Begrifflichkeit in den Bereichen des einstweiligen Rechtsschutzes und der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen ergibt sich zudem, dass es sich beim vorliegenden untersuchten Verfahren um ein selbständiges Verfahren handeln muss, das in keinem Subordinationsverhältnis zu einem anderen Verfahren stehen darf.

Im einstweiligen Rechtsschutz (und damit auch beim Arrest, wo aber das Bundesgericht entgegen der hier vertretenen Meinung in die gegenteilige Richtung tendiert¹⁴) besteht grundsätzlich ein Subordinationsverhältnis

¹⁰ BGE 132 III 178, E. 1.1; 132 III 747, E. 4.1.2, m.w.H.

¹¹ Statt vieler BGer 5A_9/2007 v. 20.4.2007, E. 1.2.2 und BGE 133 V 477, E. 4.1.1; UHLMANN, BSK BGG (FN 5), Art. 90 N 9; VON WERDT, SHK BGG (FN 5), Art. 90 N 5; Botschaft BBl. 2001 4331.

¹² UHLMANN, BSK BGG (FN 5), Art. 90 N 3. Es ist auffallend, dass die in der Rechtsprechung hierzu ergangenen Erwägungen im Vergleich zum OG relativ kurz ausfielen (vgl. BGE 135 III 127, E. 1.3; 135 III 212, E. 1.2; BGE 135 III 430, E. 2).

¹³ Vgl. BGE 127 III 474, E. 2.

¹⁴ BGE 133 III 589, E. 1; BGer 5A_134/2007 v. 5.7.2007, E. 1; BGer 5D_112/2007 v. 11.2.2008, E. 1.1; BGer 5A_614/2011 v. 28.11.2011, E. 1; offengelassen in BGer 5A_150/2007 v. 26.6.2007.

zwischen vorsorglichem Massnahmeverfahren und Hauptprozess. Die Massnahmeentscheidung ist deshalb kein Endentscheid.¹⁵ Anders könnte es jedoch im Verhältnis zwischen einem *inländischen* Massnahmeverfahren und einem *ausländischen* Hauptverfahren aussehen. In einer solchen Konstellation ist dieses Subordinationsverhältnis nicht im gleichen Mass vorhanden: Das inländische Massnahmeverfahren besitzt gegenüber dem ausländischen Hauptverfahren vergleichsweise mehr Eigenständigkeit, weil das Verhältnis zwischen Massnahme und Hauptverfahren nicht von derselben Rechtsordnung geregelt ist. Das Prozessrecht der Massnahme regelt in unilateraler Weise, ob und wie weit die Massnahme vom Schicksal des Hauptverfahrens abhängt.¹⁶ Wegen der Landesgrenzen sind die Schicksale der beiden Verfahren prozessual nicht unmittelbar miteinander verbunden.¹⁷ Der Massnahmeentscheid ergeht m.a.W. in einem relativ eigenständigen Verfahren und ist deshalb als Endentscheid einzuordnen.¹⁸ Dies ist allerdings im Bereich des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen am 30. Oktober 2007 in Lugano (SR 0.275.12) zu relativieren; dort ergibt sich nämlich unmittelbar aus dem Staatsvertragsrecht, dass eine Massnahmezuständigkeit, die sich nicht auf einen Hauptsachegerichtsstand stützt, entfällt, sobald sich die vorsorgliche Massnahme von der Hauptsache abkoppelt.¹⁹

Ein Subordinationsverhältnis im Sinne des Bundesgerichts fehlt auch bei der internationalen Rechtshilfe. Das Rechtshilfeverfahren ist wegen der Territorialitätsschranke vom ersuchenden Verfahren „getrennt“, d.h. recht weitgehend vom ersuchenden Hauptverfahren unabhängig. Das Bundesgericht erachtet denn auch einen positiven, die Rechtshilfe zulassenden Entscheid als Endentscheid.²⁰ Bei der internationalen Rechtshilfe ist gleichzeitig zu beachten, dass ein positiver Entscheid auch das Rechtshilfeverfahren selber nicht abschliesst. Vielmehr schliesst sich an diesen Entscheid das Durchführungsstadium der Rechtshilfe an, in welchem Dokumente einverlangt und Zeugen angehört werden. Immerhin ergeht am Ende des Rechtshilfeverfahrens kein (weiterer) Entscheid mehr, so dass der

¹⁵ BGE 134 I 83 E. 3.1; vgl. SCHOTT, BSK BGG (FN 5), Art. 98 N 5; SPYCHER, BSK ZPO (FN 2), Art. 261 N 121.

¹⁶ Art. 10 IPRG i.V.m. Art. 261 ff. ZPO; vgl. etwa Art. 263 ZPO.

¹⁷ Im Ergebnis gleich DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral*, Commentaire, Bern 2008, N 3206; TAPPY, *Les mesures provisionnelles en matière civile dans le nouveau système de recours au Tribunal fédéral*, RSPC 2007, S. 102; offen gelassen in BGer 4A_762/2011 v. 16.04.2011, E. 1.1.

¹⁸ BGE 134 I 83 E. 3.1.

¹⁹ In diesem Sinne ist EuGH v. 17.11.1998 van Uden, Rs. C-391/95, zu verstehen.

²⁰ Statt vieler BGer 2C_806/2011 v. 20.03.2012, E. 1.4 m.w.H.

die Rechtshilfe zulassende Entscheid zutreffenderweise dennoch als Endentscheid bezeichnet werden kann.

Diese bundesgerichtlichen Überlegungen, welche insbesondere bei der internationalen Rechtshilfe von einem grosszügigen Begriff des „Endentscheid“ ausgehen, sind bei der schiedsrechtlichen Rechtshilfe zu berücksichtigen. Auch hier fehlt es an einem Subordinationsverhältnis zwischen dem Schiedsverfahren und dem staatsgerichtlichen Verfahren des *juge d'appui*. Zwar findet sich keine Territorialitätsschranke zwischen den Verfahren. Jedoch ist die grundlegende Wesensverschiedenheit zwischen staatlichem Verfahren und Schiedsverfahren zu berücksichtigen. Das staatliche Hilfsverfahren wird vom Schiedsverfahren nicht beherrscht, zumal das Schiedsverfahren keinen unmittelbaren Einfluss auf jenes ausüben kann. Umgekehrt wird das Schiedsverfahren auch nicht durch das staatliche Hilfsverfahren beherrscht, da Letzteres zur Unterstützung des Ersteren dient.

In Anbetracht dieser Ausführungen ist also davon auszugehen, dass das Bundesgericht den positiven Ernennungsentscheid eines *juge d'appui* nach Art. 179 Abs. 2 IPRG wohl als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG qualifizieren wird und dieser daher mit Beschwerde in Zivilsachen gestützt auf Art. 72 i.V.m. Art. 77 und Art. 95 lit. a BGG direkt angefochten werden kann.²¹

b. Eventualiter: Anfechtbarkeit im Falle einer Qualifikation als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 92 f. BGG

Würde der positive Ernennungsentscheid entgegen den obigen Ausführungen (B.II.a.) als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 92 f. BGG qualifiziert, so könnte auch dieser Zwischenentscheid mit Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht unmittelbar angefochten werden.

Art. 92 Abs. 1 BGG sieht gegenüber Art. 93 BGG vereinfachte Anfechtungsvoraussetzungen vor. Bei einer Qualifikation des positiven Ernennungsentscheids als Zwischenentscheid wäre somit zunächst zu fragen, ob es sich dabei um einen Zwischenentscheid nach Art. 92 oder Art. 93 BGG handeln würde.

Art. 92 Abs. 1 BGG spricht von Zwischenentscheiden über Ausstandsbegehren (und über die Zuständigkeit). Gestützt auf die bisherige Rechtsprechung zu Art. 87 OG liegt es auf der Hand, den Begriff „Ausstandsbegehren“ weit auszulegen, so dass darunter alle Organmängel

²¹ Vgl. BGer 4A_762/2011 v. 16.04.2012, E. 1.1 sowie die in FN 17 zitierte Literatur.

i.S.v. Art. 30 BV fallen.²² Deshalb sind unter Art. 92 Abs. 1 BGG auch Zwischenentscheide über gerichtsorganisatorische Fragen anfechtbar.²³

Im Licht dieser Rechtsprechung wäre es angemessen, unter „Ausstandsbegehren“ i.S.v. Art. 92 Abs. 1 BGG auch die Ernennungs- und Ablehnungsfälle von Art. 179 Abs. 2 und 3 sowie Art. 180 Abs. 3 IPRG zu subsumieren. Diese weite Auslegung erscheint angebracht, weil dem Schiedsverfahren im Gegensatz zum staatsgerichtlichen Verfahren ein Ernennungsverfahren vorgeschaltet ist. In diesem konstitutiven (und damit überaus bedeutsamen) Stadium sind nämlich Ablehnungsproblematiken zu beachten, sofern sie bereits bekannt sind. Im Einzelnen wären somit insbesondere Rügen im Zusammenhang mit den von den Parteien direkt oder indirekt vereinbarten Ernennungsvoraussetzungen sowie den gesetzlichen Ablehnungsgründen und der Paritätsproblematik unter den Begriff des „Ausstands“ nach Art. 92 Abs. 2 BGG zu subsumieren. In der Folge würden alle nach Art. 179 Abs. 2 (und 3) IPRG ergangenen positiven Entscheide als Zwischenentscheide von Art. 92 Abs. 1 BGG (und nicht Art. 93 BGG) erfasst. Aufgrund der vereinfachten Anfechtbarkeit unter Art. 92 BGG ist eine Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht somit ohne weiteres innerhalb der Verwirkungsfrist von Art. 92 Abs. 2 BGG möglich.

c. Indirekte Anfechtbarkeit gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG des positiven Ernennungsentscheids nach Art. 179 Abs. 2 IPRG

Lehre und Rechtsprechung bejahen eine indirekte Anfechtbarkeit eines positiven Ernennungsentscheids.²⁴ Eine solche ist unter Art. 179 Abs. 2 (oder 3) IPRG aber nur in sehr wenigen Fällen möglich. Die Rügen gegen solche Entscheidungen sind häufig ablehnungsrechtlich. Primärer Rechtsbehelf in Fällen von Ablehnungsgründen, die erst nach der Ernennung bekannt wurden, ist aber das Ablehnungsverfahren gemäss Art. 180 IPRG.²⁵ Gemäss Rechtsprechung müssen gerichtsorganisatorische Fragen auch im Schiedsverfahren nach Treu und Glauben im frühestmöglichen Zeitpunkt geltend gemacht werden.²⁶ Verspätete, gegen dieses Prinzip verstossende Vorbringen formeller Natur bleiben zufolge Verwirkung unbeachtlich. Ergeht im Ablehnungsverfahren ein Entscheid, so ist dieser endgültig (Art. 180 Abs. 3 IPRG) und kann gemäss Rechtsprechung weder direkt noch indirekt

²² Vgl. BGE 124 I 255, E. 2b/bb; BGE 126 I 207, E. 1b.

²³ UHLMANN, BSK BGG (FN 5), Art. 92 N 10 m.w.H.

²⁴ BGE 115 II 294, E. 3; PETER/LEGLER, BSK IPRG (FN 3), Art. 179 N 33; TSCHANZ, CR LDIP (FN 2), Art. 179 N 45; VISCHER, ZK IPRG (FN 3), Art. 179 N 22.

²⁵ BERTI, BSK IPRG (FN 3), Art. 190 N 27.

²⁶ BGE 130 III 66, E. 4.3 m.w.H.

angefochten werden.²⁷ Damit wird der Raum für eine indirekte Anfechtung des positiven Ernennungsentscheids stark begrenzt.

Immerhin kommt in wenigen denkbaren Fällen Art. 180 IPRG als Rechtsbehelf nicht in Frage, so nämlich bei Verletzung der dispositiven Ernennungsbestimmungen der ZPO, die auch kraft gesetzlicher Verweisung in Art. 179 Abs. 2 IPRG (und nicht kraft Vereinbarung der Parteien) Anwendung finden können. Das gilt zumindest soweit, als diese Bestimmungen nicht als ablehnungsrechtlich zu qualifizieren sind und deshalb nicht Gegenstand eines Verfahrens nach Art. 180 IPRG sein können. In diesen Fällen ist eine indirekte Anfechtbarkeit des positiven Ernennungsentscheids gestützt auf Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG denkbar.

C. Rechtsmittel gegen Entscheide des vereinbarten staatlichen Richters nach Art. 179 Abs. 3 IPRG (Ernennung des Schiedsgerichts)

I. Negativer Entscheid (Klageabweisung) des vereinbarten staatlichen Richters (Art. 179 Abs. 3 IPRG)

Die Parteien können die Ernennung des Schiedsgerichts einem staatlichen Richter anvertrauen. Dieser ist nach Art. 179 Abs. 3 IPRG grundsätzlich verpflichtet, diese Aufgabe an die Hand zu nehmen.

Ein klageabweisender Entscheid des vereinbarten staatlichen (kantonalen) Richters i.S.v. Art. 179 Abs. 3 IPRG kann direkt mit Beschwerde in Zivilsachen gestützt auf Art. 72 i.V.m. 77 und 95 lit. a BGG angefochten werden, da der vereinbarte staatliche Richter in seiner amtlichen Funktion entscheidet und der Entscheid als Endentscheid gemäss Art. 90 BGG zu qualifizieren ist. Dies wird im Folgenden näher erläutert.

Zunächst ist festzustellen, in welcher Funktion der vereinbarte staatliche Richter entscheidet. Eine ältere Lehre vertrat die Ansicht, dass der vereinbarte staatliche Richter nicht in amtlicher Funktion urteile, sondern als Privater, was ein unmittelbares Rechtsmittel gegen dessen Entscheid ausschliesse.²⁸ Diese Betrachtung ist abzulehnen, zumal der vereinbarte staatliche Richter durch Art. 179 Abs. 3 IPRG verpflichtet wird, die

²⁷ BGE 138 III 270, E. 2.2.1; BGE 128 III 330, E. 2.2.

²⁸ U.a. BUCHER (FN 9), N 150; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 605, WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, S. 106 f.

Ernennung vorzunehmen. Aus der verpflichtenden Natur geht hervor, dass der staatliche Richter in einer amtlichen Funktion agiert.²⁹

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der negative Entscheid nach Art. 179 Abs. 3 IPRG als Endentscheid i.S.v. Art. 87 OG zu qualifizieren.³⁰ Die Lehre stimmt dem zu und qualifiziert den Entscheid unter dem BGG ebenfalls als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG.³¹ Dem ist beizupflichten, da der negative Entscheid die Durchführung des Schiedsverfahrens endgültig verhindert.³²

Es ist weiter zu fragen, mit welchem „Rechtsmittel“ der Entscheid angefochten werden kann. Haben die Parteien einen kantonalen Richter vereinbart, müsste allenfalls ein kantonaler Instanzenzug durchlaufen werden, denn im Gegensatz zu Art. 179 Abs. 2 IPRG enthält Abs. 3 IPRG keine explizite Verweisung auf die Bestimmungen der ZPO und folglich auch nicht auf Art. 356 Abs. 2 ZPO, der den Ernennungsrichter als einzige kantonale Instanz vorsieht. Meines Erachtens ist aber eine sinngemässe Anwendung der Art. 360 ff. ZPO auf Art. 179 Abs. 3 IPRG angezeigt,³³ zumal eine ungleiche Behandlung der Fälle nach Art. 179 Abs. 2 gegenüber den Fällen nach Abs. 3 systemwidrig erscheint. Erstens handelt es sich um von den Parteien vereinbarte staatliche Richter im Ernennungsverfahren – wie der *juge d'appui* nach Abs. 2 – in amtlicher Funktion. Und zweitens entspricht eine Auslegung, die den kantonalen Rechtsmittelzug ausschliesst, den in der Schiedsgerichtsbarkeit angestrebten Prinzipien der Autonomie des Schiedsverfahrens und der Verfahrensökonomie. Ausgeschlossen ist eine analoge Anwendung von Art. 356 Abs. 2 ZPO jedoch dann, wenn als Ernennungsinstanz ein Bundesrichter von den Parteien bestimmt wurde. Eine solche Vereinbarung kommt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einem Rechtsmittelverzicht gleich, weshalb aus dieser Sicht der daraus hervorgehende Entscheid mit keinem Rechtsmittel angefochten werden kann.³⁴

Zusammengefasst kann also festgehalten werden, dass der negative Ernennungsentscheid des vereinbarten kantonalen Richters nach Art. 179 Abs. 3 IPRG direkt mit Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht

²⁹ BGE 118 Ia 20, E. 2b; PETER/LEGLER, BSK IPRG (FN 3), Art. 179 N 43; TSCHANZ, CR LDIP (FN 2), Art. 179 N 39.

³⁰ BGE 118 Ia 20, E. 2a.

³¹ U.a. BERGER/KELLERHALS (FN 1), N 781; PETER/LEGLER, BSK IPRG (FN 3), Art. 179 N 43 f.; VISCHER, ZK IPRG (FN 3), Art. 179 N 21.

³² BGer 4A_215/2008 v. 23.09.2008, E. 1.1.

³³ Vgl. auch TSCHANZ, CR LDIP (FN 2), Art. 179 N 42; GIRSBERGER/VOSER, *International Arbitration in Switzerland*, 2nd ed., Zürich 2012, N 529.

³⁴ BGE 118 Ia 20, E. 2b.

angefochten werden kann.³⁵ Würde ein Bundesrichter vereinbart, kann kein Rechtsmittel ergriffen werden.

II. Positiver Entscheid (Ernennungsentscheid) des vereinbarten staatlichen Richters (Art. 179 Abs. 3 IPRG)

Nach bisheriger Lehre und Rechtsprechung ist der positive Ernennungsentscheid des staatlichen Richters nach Art. 179 Abs. 3 IPRG wie jener nach Art. 179 Abs. 2 IPRG als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 87 OG zu qualifizieren.³⁶ Die Lehre scheint sich dem auch unter dem BGG anzuschliessen.³⁷

Entgegen dieser Lehre und Rechtsprechung handelt es sich nach dem oben zu Art. 179 Abs. 2 IPRG Ausgeführten (B.II.a) beim positiven Ernennungsentscheid ebenfalls um einen Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG. Somit ist er gestützt auf Art. 72 i.V.m. Art. 77 und 95 lit. a BGG dem Rechtsmittel der Beschwerde in Zivilsachen zugänglich. Wie zuvor dargelegt, entscheidet der vereinbarte staatliche Richter nach analoger Anwendung von Art. 356 Abs. 2 ZPO als einzige kantonale Instanz, weshalb der Entscheid ohne kantonalen Instanzenzug direkt vor Bundesgericht angefochten werden kann.

Würde man stattdessen entsprechend der bisherigen Rechtsprechung und Lehre von einem Zwischenentscheid im Sinne des BGG ausgehen, wäre dieser unter Hinweis auf die zu Art. 179 Abs. 2 IPRG (B.II.b.) gemachten Ausführungen als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 92 BGG zu qualifizieren und mit Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht anfechtbar. Hinsichtlich der indirekten Anfechtbarkeit des positiven Ernennungsentscheids nach Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG sei auf die obigen Ausführungen zu Art. 179 Abs. 2 IPRG verwiesen (B.II.c.).

³⁵ Das Bundesgericht hat in BGE 118 Ia 20, E. 2b, festgehalten, dass der gesetzliche Rechtsmittelausschluss von Art. 180 Abs. 3 auf Art. 179 Abs. 3 IPRG keine Anwendung findet (a.M. KARRER, *Les rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l'institution arbitrale*, *International Business Law Journal* 1989, S. 766 f.).

³⁶ BGE 115 II 294; PETER/LEGLER, BSK IPRG (FN 3), Art. 179 N 49; VISCHER, ZK IPRG (FN 3), Art. 179 N 22.

³⁷ BERGER/KELLERHALS (FN 1), N 777; TSCHANZ, CR LDIP (FN 2), Art. 179 N 45.

D. Rechtsmittel gegen Entscheide des *juge d'appui* nach Art. 180 Abs. 3 IPRG (Ablehnungsverfahren)

Art. 180 Abs. 3 IPRG regelt die Zuständigkeit des staatlichen Richters am Sitz des Schiedsgerichts, der über ein Ablehnungsbegehren zu entscheiden hat, soweit die Parteien das Ablehnungsverfahren nicht geregelt haben.

Art. 180 Abs. 3 IPRG hält fest, dass der Entscheid des *juge d'appui* über ein Ablehnungsbegehren endgültig ist. Was unter dem Begriff der Endgültigkeit zu verstehen ist, ist zwar in der Lehre umstritten, wurde vom Bundesgericht aber dahingehend entschieden, dass ein solcher Entscheid weder direkt³⁸ noch indirekt³⁹ angefochten werden kann. Im in diesem Heft wiedergegebenen BGE 138 III 270 begründet das Bundesgericht den Ausschluss eines direkten Rechtsmittels in Konformität mit seiner früheren Rechtsprechung. Der Ausschluss sei auf den Willen des Gesetzgebers gemäss Materialien zurückzuführen⁴⁰ und auf die allgemeine Tendenz der Schiedsgerichtsbarkeit, die Anfechtungsmöglichkeiten im Dienst der Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit und der Verfahrensökonomie zu beschränken. Insbesondere gilt es ganz allgemein, gerichtsorganisatorische Fragen rasch und definitiv zu klären. Die herrschende Lehre stimmt dieser Rechtsprechung denn auch zu.⁴¹

Gleichzeitig gebieten aber allgemeine Erwägungen des Zugangs zur Rechtspflege, dass der Ausschluss eines direkten Rechtsmittels grundsätzlich eng auszulegen ist. Materieller Streitgegenstand im Verfahren nach Art. 180 IPRG ist die Zusammensetzung des Schiedsgerichts. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Rechtsmittelausschluss auch für blosse Verfahrensfehler des Ablehnungsprozesses gilt.⁴² Wurde z.B. einer Partei des Ablehnungsverfahrens das rechtliche Gehör verweigert, so treten die vorstehenden Überlegungen zur Autonomie des Schiedsverfahrens und zur Verfahrensökonomie in den Hintergrund. Deshalb sollte der Rechtsmittelausschluss von Art. 180 Abs. 3 IPRG in diesen Fällen nicht eingreifen. Aus den oben (C.I.) zu Art. 179 Abs. 3 IPRG angeführten Gründen ist Art. 356 Abs. 2 ZPO im Übrigen auch hier analog anzuwenden.

³⁸ BGE 122 I 370, E. 2d m.w.H.

³⁹ BGE 128 III 330, E. 2.2; beide bestätigt in BGE 138 III 270, E. 2.1.1 sowie BGE 4A_2012 v. 2.5.2012, E. 2.2.1 und 2.2.2.

⁴⁰ Vgl. Amt.Bull. NR 1986, 1366; 1987, 1070; Amt.Bull. SR 1987, 194.

⁴¹ Siehe Hinweise in BGE 138 III 270, E. 2.2.1 und BGE 122 I 370, E. 2c, einschliesslich der hierzu kritischen Lehrmeinungen.

⁴² Ähnlich wohl BERGER/KELLERHALS (FN 1), N 840; GIRSBERGER/VOSER (FN 33), N 564; LEEMANN, Challenging international arbitration awards in Switzerland on the ground of lack of independence and impartiality of an arbitrator, ASA Bulletin 2011, S. 16.

Im Falle der vorstehend beschriebenen Rügen steht damit die zivilrechtliche Beschwerde vor Bundesgericht zur Verfügung (Art. 92 BGG).

Eine *direkte* Anfechtung ist mithin nur im Rahmen des ablehnungsrechtlichen Streitgegenstands ausgeschlossen. Eine *indirekte* Anfechtung des gerichtlichen Ablehnungsentscheids gestützt auf Art. 190 Abs. 2 IPRG ist aber bereits deshalb abzulehnen, weil Art. 190 IPRG alleine den Schutz des schiedsgerichtlichen Verfahrens bezweckt und nicht denjenigen des staatlichen *juge d'appui*-Verfahrens.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Ablehnungsentscheid eines *juge d'appui* i.S.v. Art. 180 Abs. 3 IPRG grundsätzlich weder direkt noch indirekt angefochten werden kann. Ausgenommen ist eine direkte Anfechtung mit unmittelbarer Beschwerde in Zivilsachen für prozessrechtliche Rügen betreffend das Ablehnungsverfahren.

E. Rechtsmittel gegen Entscheide des staatlichen Richters nach Art. 183 Abs. 2 IPRG (Vorsorgliche Massnahmen)

Art. 183 Abs. 2 IPRG gibt dem Schiedsgericht⁴³ die Möglichkeit, den staatlichen Richter um Hilfestellung für die Vollstreckung des schiedsgerichtlichen Massnahmensentscheids in Anspruch zu nehmen.⁴⁴ Inwiefern gegen einen solchen Entscheid des staatlichen Richters Rechtsmittel ergriffen werden können, hängt insbesondere davon ab, ob man diesen Entscheid als Zwischen- oder Endentscheid qualifiziert.

Diesbezüglich besteht bis anhin keine bundesgerichtliche Rechtsprechung.⁴⁵ Ausserhalb der Schiedsgerichtsbarkeit sind nach Bundesgericht sowohl der positive als auch der negative richterliche Entscheid über vorsorgliche Massnahmen Zwischenentscheide i.S.v. Art. 93 BGG, sofern diese vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und für die Dauer des Hauptverfahrens bzw. unter der Bedingung, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, Bestand haben.⁴⁶ Wenn Entscheide über vorsorgliche Massnahmen in einem eigenständigen Verfahren ergehen, dann

⁴³ Nach BERTI, BSK IRPG (FN 3), Art. 183 N 16 haben auch die Schiedsparteien die Befugnis das staatliche Gericht um Vollstreckungshilfe der schiedsgerichtlichen vorsorglichen Massnahme zu ersuchen.

⁴⁴ Davon zu unterscheiden ist die hier nicht behandelte Zuständigkeit der staatlichen Gerichte, auf Gesuch einer Partei vorsorgliche Massnahmen hinsichtlich oder im Rahmen eines Schiedsverfahrens anzuordnen (Art. 10 IPRG), sofern dies die Parteien nicht ausgeschlossen haben.

⁴⁵ Das Bundesgericht hat sich bisher nur zu Entscheiden des Schiedsgerichts über vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 183 Abs. 1 IPRG geäußert (BGE 136 III 200).

⁴⁶ BGE 134 I 83, E. 3.1, BGER 4A_478/2011 v. 30.11.2011, E. 1.1.

handelt es sich jedoch um Endentscheide.⁴⁷ Um einen Endentscheid handelt es sich zudem auch, wenn es allein um die Durchsetzung einer in einem separaten Verfahren angeordneten, staatsgerichtlichen vorsorglichen Massnahme geht.⁴⁸

Diese Rechtsprechung zum einstweiligen Rechtsschutz bei staatsgerichtlichen Verfahren macht deutlich, dass die Qualifikation als End- oder Zwischenentscheid davon abhängt, ob zwischen den beteiligten Verfahren ein Subordinations- i.S. eines prozessualen Abhängigkeitsverhältnisses besteht. Ein solches liegt zwar zwischen staatlichem Haupt- und Massnahmeverfahren vor, aber nicht im Verhältnis eines staatlichen Verfahrens zum Schiedsverfahren (vgl. vorne B.II.a.). Der staatliche Richter erlässt hinsichtlich des durch das Schiedsgericht beantragten vorsorglichen Rechtsschutzes auch dann einen Entscheid mit einer gewissen Eigenständigkeit, wenn es bloss um die Durchsetzung bereits vom Schiedsgericht erlassener Massnahmen geht. Ein Subordinationsverhältnis wird vom Bundesgericht ja auch im erwähnten Verhältnis zwischen Anordnung der (staatsgerichtlichen) Massnahme und deren Durchsetzung verneint.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, den Massnahmeentscheid des staatlichen Richters grundsätzlich als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG zu qualifizieren.⁵⁰

Der Massnahmeentscheid des staatlichen Richters i.S.v. Art. 183 Abs. 2 IPRG kann als Endentscheid direkt mit Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 i.V.m. 77 und 98 BGG (nur beschränkte Beschwerdegründe der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich) vor Bundesgericht angefochten werden. Aus den vorne (C.I.) erläuterten Gründen liegt es nahe, auch in diesem Bereich die Verweisung des Art. 179 Abs. 2 IPRG auf die ZPO analog anzuwenden. Ausserdem spricht Art. 183 Abs. 2 IPRG davon, dass der staatliche Richter sein eigenes Recht anwendet. Es liegt nahe, diese Verweisung nicht nur als Verweisung auf das „materielle“ Recht der Durchsetzung vorsorglicher Massnahmen, sondern auch als Verweisung auf das einschlägige (eidgenössische und kantonale) Recht der sachlichen und der funktionellen Zuständigkeit zu verstehen.⁵¹ Der staatliche Richter entscheidet somit als einzige kantonale Instanz (Art. 183 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 356 Abs. 2 ZPO).⁵²

⁴⁷ BGE 134 I 83, E. 3.1.

⁴⁸ BGer 5A_672/2010 v. 17.01.2011, E. 1.1 f. und BGer 5A_360/2010 v. 12.07.2010, E. 1.1 f., beide betreffend den Vollzug eines Arrests.

⁴⁹ BGer 5A_672/2010 v. 17.01.2011, E. 1.1 f.; BGer 5A_360/2010 v. 12.07.2010, E. 1.1 f.

⁵⁰ a.A. BUCHER, CR LDIP (FN 2), Art. 183 N 15.

⁵¹ Die internationale und örtliche Zuständigkeit richtet sich demnach i.d.R. nach Art. 10 IPRG.

⁵² Die Literatur bestätigt grundsätzlich eine Anfechtungsmöglichkeit vorsorglicher Massnahmen eines staatlichen Richters i.S.v. Art. 183 Abs. 2 IPRG: In BERGER/KELLERHALS (FN 1), N 1165 werden die

Qualifiziert man dagegen den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen eines staatlichen Richters nach Art. 183 Abs. 2 IPRG als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 BGG, so wird das Erfordernis eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils zu einer schwer überwindbaren Hürde.

F. Rechtsmittel gegen Entscheide des *juge d'appui* nach Art. 184 Abs. 2 IPRG (Beweishilfe)

Art. 184 Abs. 2 IPRG gibt dem Schiedsgericht und, mit dessen Zustimmung, den Parteien die Möglichkeit, den *juge d'appui* bei der Beweisaufnahme um Unterstützung zu ersuchen. Das Bundesgericht hat sich hinsichtlich der Anfechtbarkeit eines solche *juge d'appui*-Entscheids bis anhin noch nicht geäußert.

In welcher Weise ein Entscheid des staatlichen Richters nach Art. 184 Abs. 2 IPRG angefochten werden kann, hängt von der Qualifikation als Zwischen- oder Endentscheid ab. M.E. ist aus den oben dargelegten Gründen (B.II.a; E) von einem Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG auszugehen, und zwar sowohl beim positiven als auch beim negativen Entscheid des *juge d'appui*. Als solcher kann gegen ihn direkt beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 i.V.m. 77 und 95 lit. a BGG eingelegt werden. Ein vorgängiger kantonaler Instanzenzug ist nicht zu durchlaufen, da der *juge d'appui* gestützt auf Art. 184 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 356 Abs. 2 ZPO als einzige kantonale Instanz entscheidet (siehe dazu vorstehend B.I.).

Würde man demgegenüber den Entscheid über die Beweiserhebung des *juge d'appui* nach Art. 184 Abs. 2 IPRG als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 BGG qualifizieren, so wäre das Erfordernis eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils kaum je erfüllt.

G. Rechtsmittel gegen Entscheide des *juge d'appui* nach Art. 185 IPRG (weitere Mitwirkung)

Gemäss Art. 185 IPRG kann der *juge d'appui* auch zur „Vornahme sonstiger Handlungen“ zwecks Unterstützung des Schiedsverfahrens angerufen werden. Auch zur Anfechtbarkeit eines solchen *juge d'appui*-

Rechtsmittel bejaht, die in der *lex fori* vorgesehen sind; WYSS ist der Auffassung, dass zunächst der kantonale Instanzenzug durchlaufen werden muss, bevor Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden kann (WYSS, Vorsorgliche Massnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht, in SchiedsVZ 2011, S. 200).

Entscheidungs hat sich das Bundesgericht bisher nicht geäußert. Die Lehre äussert sich zugunsten der Beschwerde in Zivilsachen.⁵³

Wie in Art. 184 Abs. 2 IPRG ist auch ein Entscheid des *juge d'appui* nach Art. 185 IPRG sowohl beim positiven wie auch beim negativen Entscheid als Endentscheid zu qualifizieren (vgl. oben B.II.a). In der Folge kann der Entscheid gemäss Art. 72 i.V.m. 77 und 95 lit. a BGG direkt mit Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht angefochten werden. Wie bei Art. 183 Abs. 2 und Art. 184 Abs. 2 IPRG ist auch bei einem Entscheid unter Art. 185 IPRG davon auszugehen, dass der *juge d'appui* sein eigenes Recht, d.h. die ZPO, anwendet (siehe oben C.I. und E). In Art. 356 Abs. 2 ZPO ist vorgesehen, dass der zuständige kantonale Richter als einzige kantonale Instanz entscheidet.

Würde man den Entscheid des *juge d'appui* nach Art. 185 IPRG als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 BGG qualifizieren, so wäre das Erfordernis eines nicht wieder gutzumachender Nachteils häufig schwer zu erfüllen (vgl. oben E und F).

H. Ergebnisse und Revisionsbedarf

I. Zuständigkeit und kantonaler Instanzenzug

Fast bei allen Entscheidungen des *juge d'appui* stellt sich die Frage, ob das einzige kantonale Gericht i.S.v. Art. 356 Abs. 2 ZPO zuständig und ein kantonaler Instanzenzug durch analoge Anwendung dieser Bestimmung ausgeschlossen sei. Sachlich gibt es keine Gründe dafür, dass zwischen der Zuständigkeit des „pathologischen“ Ernennungsrichters nach Art. 179 Abs. 2 und des ordentlich eingesetzten (unterinstanzlichen) Ernennungsrichters nach Art. 179 Abs. 3 differenziert wird. Ebenso fehlen sachliche Gründe dafür, dass zwischen dem Ernennungsrichter und den übrigen *juges d'appui* unterschieden wird. Unter dem Gesichtspunkt, dass die Unterstützung der Schiedsgerichtsbarkeit durch die staatliche Gerichtsbarkeit schlank und effizient zu halten ist, bietet sich die Lösung an, wonach die erwähnte einzige kantonale Zuständigkeit zur Verfügung steht, und dass aber gleichzeitig – mit Ausnahme der meisten Entscheidungen unter Art. 180 Abs. 3 IPRG – ein Weiterzug mit zivilrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht erfolgen kann.

Da diese Lösung nicht mit wünschbarer Deutlichkeit aus den IPRG-Bestimmungen hervorgeht, bietet sich eine Klarstellung durch den

⁵³ BERTI, BSK IPRG (FN 3), Art. 185 N 19.

Gesetzgeber an. Hier wäre insbesondere an die Verweisungen in Art. 179 Abs. 2 sowie 183 Abs. 2 und 184 Abs. 2 IPRG sowie an Art. 185 IPRG zu denken, der *de lege lata* ohne jede Verweisung dasteht.

II. Rechtsmittel ans Bundesgericht

Die (zwar nicht ganz einheitliche) Rechtsprechung des Bundesgerichts tendiert zu einer grosszügigen Interpretation des Begriffs „Endentscheid“. Im Gegensatz zum OG ist daher zu erwarten, dass sowohl negative als auch positive Entscheidungen der *juges d'appui* (immer vorbehaltlich Art. 180 Abs. 3 IPRG) vom Bundesgericht als Endentscheide im Sinne des Art. 90 BGG eingeordnet werden. Diese Beurteilung steht im Dienst des Rechtsschutzes der Parteien und kann deshalb begrüsst werden. Ein gesetzgeberisches Tätigwerden rein um der Klarheit Willen ist vor diesem Hintergrund nicht kategorisch zu fordern.

III. Rechtsmittel gegen die Ablehnungsentscheidungen nach Art. 180 IPRG

Die „Endgültigkeit“ der Ablehnungsentscheidung nach Art. 180 Abs. 3 IPRG wird bereits heute insofern eng interpretiert, als dass der Ausschluss jeglichen direkten und indirekten Rechtsmittelzugs nur auf den materiellen Streitgegenstand, nämlich die Ablehnungsfrage, beschränkt ist.

Rechtfertigt sich die Differenzierung zwischen den Entscheidungen nach Art. 180 Abs. 3 IPRG und den übrigen Entscheidungen des *juge d'appui*, was den Weiterzug ans Bundesgericht betrifft? Von der Thematik her bietet sich zwar eine unterschiedliche Behandlung des Ablehnungsentscheids und des Ernennungsentscheids nicht an, zumal allfällige Ablehnungsgründe bereits im Rahmen des Ernennungsentscheids zu beurteilen sind. Immerhin ist aber zu berücksichtigen, dass sich das selbständige Ablehnungsverfahren besonders eignet, zu trölerischen Zwecken missbraucht zu werden, und sich dieses Verfahren insofern von den übrigen Verfahren vor dem *juge d'appui* unterscheidet. Ob ein Änderungsbedarf besteht, ist daher auch nach einer Analyse der Rechtstatsachen zu entscheiden. Ein gewisses Bedürfnis, die genauere Tragweite der „Endgültigkeit“ i.S.v. Art. 180 Abs. 3 IPRG gesetzgeberisch festzulegen, ist unabhängig davon ersichtlich, zumal die Rechtsprechung hier noch kaum Leitplanken gesetzt hat.

Alexander R. MARKUS, *Rechtsmittel gegen Entscheide des juge d'appui bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*

Summary

The author examines whether and by which means the decisions handed down by the State judge giving his support to the arbitral proceeding (*juge d'appui*) may be appealed. Every relevant Article in the PILA (Private International Law Act) is addressed and analyzed in this regard (Art. 179(2) and (3), Art. 180(3), Art. 183(2), Art. 184(3) and Art. 185) by reference to the present legal doctrine and case law.

Concerning the stages of appeal, the view is held that by direct or analogous application of Art. 356(2) CPC (Civil Procedure Code) the *juge d'appui* has jurisdiction as the sole instance of the Canton to render decisions in support of the arbitral tribunal. On the federal level however, the parties shall have the right to appeal against these decisions by filing a civil law appeal before the Swiss Federal Supreme Court, with the exception of most decisions given by *juge d'appui* within the meaning of Art. 180(3) PILA. As to this federal appeal, it is established that the case law of the Swiss Federal Supreme Court under the FTA (Act on the Federal Tribunal) indicates the Court's inclination to qualify both negative and positive decisions issued by the *juge d'appui* as final decisions in terms of Art. 90 FTA.

In reference to the upcoming revision of the PILA's 12th Chapter the author concludes that the legislator might implement some clarifications in the current legal framework. It seems particularly advisable to ensure that all relevant Articles in the PILA regarding decisions of the *juge d'appui* explicitly reference to Art. 356(2) CPC. Moreover, the author is of the opinion that it would also be expedient to specify the scope and significance of the term "final" in the meaning of Art. 180(3) PILA.

Submission of Manuscripts

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

Aims & Scope

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

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

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

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

Books and Journals for Review

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