



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Marc Bircher

Eskalationsklauseln – mehrstufige Streitbeilegungsklauseln nach Schweizer Recht

Eskalationsklauseln – mehrstufige Streitbeilegungsklauseln nach Schweizer Recht

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Marc Bircher
von Arosa GR

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Ulrich Haas
und
Prof. Dr. Lorenz Droese

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 6. März 2024

Der Dekan: Prof. Dr. Thomas Gächter



Eskalationsklauseln – mehrstufige Streitbeilegungsklauseln nach Schweizer Recht Copyright © by Marc Bircher is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2025 – CC BY-NC-ND

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch), Bellerivestrasse 49, 8008 Zürich,
eizpublishing@europa-institut.ch

Autor: Marc Bircher

ISBN:

978-3-03994-030-1 (Print – Softcover)

978-3-03994-031-8 (Print – Hardcover)

978-3-03994-032-5 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/68W3-GDHH>

Version: 1.00 – 20250909

Die Dissertation wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die vorliegende Dissertation wurde von Marc Bircher eingereicht und am 6. März 2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich auf Antrag von Herrn Professor Dr. Ulrich Haas (erster Referent) und Herrn Professor Dr. Lorenz Droese (zweiter Referent) genehmigt.

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL: <https://eizpublishing.ch/publikationen/eskalationsklauseln-mehrstufige-streitbeilegungsklauseln-nach-schweizer-recht/>.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrssemester 2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation abgenommen. Literatur und Rechtsprechung sind grundsätzlich bis zum September 2022 berücksichtigt.

Zum Gelingen der Dissertation haben viele Personen auf unterschiedlichste Art und Weise beigetragen. Dabei gebührt vorab ein besonderer Dank meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Ulrich Haas, der diese Dissertation mit grossem Interesse und Wohlwollen betreut hat. Danken möchten ich sodann Herrn Prof. Dr. Lorenz Droese für die Erstellung des Zweitgutachtens. Ferner danke ich allen Personen aus meinem beruflichen und privaten Umfeld, deren wertvolle Anmerkungen an verschiedensten Stellen Eingang in die Dissertation gefunden haben.

Besonders danke ich schliesslich meinen Eltern, die mir meine Ausbildung ermöglicht und mich jederzeit unterstützt haben. Ihnen ist diese Dissertation gewidmet.

Zürich, im Juli 2025

Marc Bircher

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XXXI

[Erster Teil: Vereinbarung und Beendigung der Eskalationsklausel](#) [1](#)

§ 1 Die Eskalationsklausel	3
§ 2 Zustandekommen der Eskalationsklausel	5
I. Die Eskalationsklausel als Innominatvertrag	5
II. Die Eskalationsklausel als zusammengesetzter Vertrag	7
III. Abschluss der Eskalationsklausel	8
A. Ausgangslage	8
B. Übereinstimmende Willenserklärungen	9
C. Rechtsfolgewille	11
D. Die wesentlichen Vertragspunkte einer Eskalationsklausel	13
§ 3 Gültigkeit der Eskalationsklausel	15
I. Formelle Gültigkeit der Eskalationsklausel	15
A. Formvorschriften für die in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen	15
a. Formvorschriften für die ADR-Vereinbarung	15
b. Formvorschriften für die Schiedsvereinbarung	18
c. Formvorschriften für die Gerichtsstandvereinbarung	19
d. Formvorschriften für den dilatorischen Klageverzicht	20
B. Formvorschriften für die Eskalationsklausel	21
C. Rechtsfolgen der Verletzung der auf die Eskalationsklausel anwendbaren Formvorschriften	21
II. Materielle Gültigkeit der Eskalationsklausel	23
A. Das auf die Eskalationsklausel anwendbare Recht	23
a. Binnensachverhalt	23
b. Internationaler Sachverhalt	23
i. ADR-Vereinbarung	23
ii. Schiedsvereinbarung	29
iii. Gerichtsstandvereinbarung	31
iv. Klageverzicht	35
v. Eskalationsklausel	37
B. Verbot der übermäßigen Bindung	44
III. Weitere Gültigkeitsvoraussetzungen der Eskalationsklausel	48
A. Zulässige Streitigkeit	48
a. Objektive «ADR-Fähigkeit»	48

b.	Objektive Schiedsfähigkeit	50
i.	Binnenschiedsgerichtsbarkeit	50
ii.	Internationale Schiedsgerichtsbarkeit	51
c.	Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung	52
i.	Zulässigkeit nach der ZPO	52
ii.	Zulässigkeit nach dem IPRG	53
iii.	Zulässigkeit nach dem LugÜ	55
d.	Zulässigkeit einer Eskalationsklausel	56
B.	Vereinbarkeit mit prozessualen Mindestgarantien	57
a.	Zulässigkeit des dilatorischen Klageverzichts	57
i.	Auf staatliches Gerichtsverfahren bezogener Klageverzicht	57
ii.	Auf Schiedsverfahren bezogener Klageverzicht	59
b.	Zulässigkeit der ADR-Vereinbarung	59
c.	Zulässigkeit der Schiedsvereinbarung	59
d.	Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung	60
C.	Zulässigkeit von Prozessverträgen	60
a.	Im Allgemeinen	60
b.	Klageverzicht	61
§ 4	Abhängigkeit bzw. Unabhängigkeit der einzelnen Vereinbarungen	64
I.	Verhältnis der einzelnen Streitbeilegungsstufen zueinander	64
A.	Verhältnis der ADR-Vereinbarungen zueinander	65
B.	Verhältnis der ADR-Vereinbarung zur Schiedsvereinbarung	67
C.	Verhältnis der ADR-Vereinbarung zur Gerichtsstandsvereinbarung	68
D.	Verhältnis der ADR-Vereinbarung zum Klageverzicht	69
II.	Verhältnis der Eskalationsklausel zum Hauptvertrag	71
A.	Eskalationsklausel als Teil des Hauptvertrags	71
a.	Verhältnis der ADR-Vereinbarung zum Hauptvertrag	71
b.	Verhältnis der Schiedsvereinbarung zum Hauptvertrag	73
c.	Verhältnis der Gerichtsstandsvereinbarung zum Hauptvertrag	74
d.	Verhältnis des Klageverzichts zum Hauptvertrag	75
B.	Eskalationsklausel als separate Vereinbarung	76
§ 5	Beendigung der Eskalationsklausel	77
I.	Einvernehmliche Beendigung der Eskalationsklausel	77
II.	Nachträgliche Unmöglichkeit der Eskalationsklausel	78
III.	Einseitige Auflösung der Eskalationsklausel	78
A.	Ausgangslage	78
B.	Einseitige Auflösung der Eskalationsklausel	79
a.	Einseitige Auflösung der ADR-Vereinbarung	79
i.	Aufgrund der Parteivereinbarung	79
ii.	Aufgrund von ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen	79
iii.	Aufgrund anderer Gründe	79
b.	Einseitige Auflösung der Schiedsvereinbarung	81
i.	Aufgrund der Parteivereinbarung	81
ii.	Aufgrund von ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen	82
iii.	Aufgrund anderer Gründe	82
c.	Einseitige Auflösung der Gerichtsstandsvereinbarung	83
i.	Aufgrund der Parteivereinbarung	83

ii.	Aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen	84
iii.	Aufgrund anderer Gründe	84
d.	Einseitige Auflösung des dilatorischen Klageverzicht	85
e.	Einseitige Auflösung der Eskalationsklausel	85
IV.	Rechtsfolge der Beendigung der Eskalationsklausel	85
V.	Zweckerfüllung	86
§ 6	Zusammenfassung	87

Zweiter Teil: Bindungswirkung und Folgen der Verletzung der Eskalationsklausel 91

§ 7	Bindungswirkung der Eskalationsklausel	93
I.	Bindungswirkung der Eskalationsklausel in objektiver Hinsicht	93
A.	Erfasste Streitigkeiten und Einreden bzw. Einwände	93
a.	Im Allgemeinen	93
b.	Ausdehnung auf andere Verträge	94
c.	Kumulation von Ansprüchen aus unterschiedlichen Verträgen	94
d.	Eskalationsklausel als Gegenstand der Streitigkeit	100
e.	Ergebnisse des Streitbeilegungsverfahrens als Gegenstand der Streitigkeit	102
f.	Verrechnungseinrede	103
B.	Widerklage	107
C.	Vorsorgliche Massnahmen	111
a.	Im Allgemeinen	111
b.	Schiedsverfahren als letzte Streitbeilegungsstufe	112
i.	Im Allgemeinen	112
ii.	Verbindlichkeit der Eskalationsleiter	113
c.	Staatliches Gerichtsverfahren als letzte Streitbeilegungsstufe	115
i.	Im Allgemeinen	115
ii.	Verbindlichkeit der Eskalationsleiter	115
d.	Prosequierungsfrist	116
II.	Bindungswirkung der Eskalationsklausel in subjektiver Hinsicht	117
A.	Im Allgemeinen	117
B.	Rechtsnachfolger	117
a.	Im Allgemeinen	117
b.	Eskalationsklausel	118
i.	Universalsukzession	118
ii.	Singularsukzession	118
C.	Vertrag zugunsten Dritter	119
a.	Im Allgemeinen	119
b.	Eskalationsklausel	120
D.	Ausdehnung auf Dritte	121
a.	Im Allgemeinen	121
b.	Ausdehnung aufgrund eines Rechtsscheins	122
c.	Ausdehnung aufgrund eines Durchgriffs	123

d.	Ausdehnung aufgrund einer Vertragseinmischung	124
i.	Einmischung in die Vertragsverhandlungen	124
ii.	Einmischung in die Vertragsausführung	126
§ 8	Verletzung der Eskalationsklausel	130
I.	Verletzung der Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten	130
A.	Umfang der Pflichten	130
B.	Folgen der Verletzung	130
a.	Anspruch auf Erfüllung	131
b.	Schadenersatzanspruch	133
c.	Weitere Ansprüche	134
II.	Vorzeitige Initiierung des (schieds-)gerichtlichen Verfahrens	135
A.	Vorzeitige Initiierung des Schiedsverfahrens	135
a.	Die drei Möglichkeiten	136
i.	Durchführung des Schiedsverfahrens	136
ii.	Nichteintretensentscheid durch das Schiedsgericht	137
iii.	Sistierung des Schiedsverfahrens oder Abweisung der Klage als zurzeit unzulässig	139
b.	Stellungnahme	140
i.	Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts	140
ii.	Rechtsfolge der vorzeitigen Initiierung des Schiedsverfahrens	142
c.	Prozessverbote	147
B.	Vorzeitige Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens	149
a.	Gleiche Problematik wie beim Schiedsverfahren	149
b.	Rechtsprechung der Schweizer Gerichte	150
c.	Stellungnahme	151
i.	Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts	151
ii.	Rechtsfolge der vorzeitigen Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens	151
III.	Vorzeitige Initiierung des ADR-Verfahrens	162
IV.	Vorzeitige Initiierung des (schieds-)gerichtlichen Verfahrens in Verletzung der Schieds- oder Gerichtsstandvereinbarung	164
A.	Vorzeitige Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens in Verletzung der Schiedsvereinbarung	164
a.	Im Allgemeinen	164
b.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Schiedsverfahrens	165
c.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des Schiedsgerichts	165
d.	Prozessverbote oder Unterlassungsanspruch als vorsorgliche Massnahme	166
i.	Ausgangslage	166
ii.	Prozessverbot («anti-suit injunction»)	166
iii.	Anti-suit injunction in der Schweiz	167
iv.	Unterlassungsanspruch als vorsorgliche Massnahme	169
B.	Vorzeitige Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens in Verletzung der Gerichtsstandvereinbarung	172
a.	Im Allgemeinen	172
b.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Verfahrens	172
c.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des Gerichts	173

d.	Prozessverbote	174
C.	Vorzeitige Initiierung eines Schiedsverfahrens ohne Vorliegen einer Schiedsvereinbarung	174
V.	Rechtsmittel gegen den in Verletzung der Eskalationsleiter ergangenen Entscheid	175
A.	Rechtsmittel gegen den in Verletzung der Eskalationsleiter ergangenen Schiedsentscheid	175
a.	Im Allgemeinen	175
b.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Verfahrens	176
c.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des Schiedsgerichts	178
B.	Rechtsmittel gegen den in Verletzung der Eskalationsleiter ergangenen staatlichen Gerichtsentscheid	179
a.	Im Allgemeinen	179
b.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des staatlichen Gerichtsverfahrens	180
c.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des staatlichen Gerichts	183
VI.	Auswirkungen auf die Anerkennung eines ausländischen Entscheids	184
A.	Auswirkungen auf die Anerkennung eines ausländischen Schiedsentscheids	184
a.	Im Allgemeinen	184
b.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Schiedsverfahrens	185
c.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des Schiedsgerichts	188
B.	Auswirkungen auf die Anerkennung eines Entscheids eines ausländischen Gerichtsentscheids	189
a.	Im Allgemeinen	189
b.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Verfahrens	189
i.	Auswirkungen auf die Anerkennung nach IPRG	189
ii.	Auswirkungen auf die Anerkennung nach LugÜ	192
c.	Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des ausländischen Gerichts	193
i.	Auswirkungen auf die Anerkennung nach IPRG	193
ii.	Auswirkungen auf die Anerkennung nach LugÜ	194
§ 9	Zusammenfassung	196

Dritter Teil: Ablauf des Streitbeilegungsverfahrens gemäss Eskalationsklausel

203

§ 10	Einleitung des Streitbeilegungsverfahrens	205
I.	Im Allgemeinen	205
II.	Eintritt der Rechtshängigkeit	205
A.	Im Allgemeinen	205
B.	Eintritt der Rechtshängigkeit bei Schiedsverfahren als letzte Streitbeilegungsstufe	206
a.	Im Allgemeinen	206
b.	Rechtshängigkeit in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit	206
c.	Rechtshängigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	209
C.	Eintritt der Rechtshängigkeit bei staatlichem Gerichtsverfahren als letzte Streitbeilegungsstufe	209
a.	Im Allgemeinen	209
b.	Rechtshängigkeit in Binnenverfahren	210

c.	Rechtshängigkeit in internationalen Verfahren	211
i.	Im Anwendungsbereich des IPRG	211
ii.	Im Anwendungsbereich des LugÜ	211
III.	Vorgehen zur Verjährungsunterbrechung	213
A.	Im Allgemeinen	213
B.	Geldforderungen	213
C.	Andere Forderungen	214
D.	Verjährungsverzicht	216
§ 11	Übergang zur nächsten Streitbeilegungsstufe	219
I.	Bestimmung der Voraussetzungen für den Übergang zur nächsten Stufe der Eskalationsleiter	219
A.	Im Allgemeinen	219
B.	Objektives Kriterium als Voraussetzung für den Übergang zur nächsten Stufe der Eskalationsleiter	220
a.	Im Allgemeinen	220
b.	Beginn des Fristenlaufs	220
c.	Übergang vor Ablauf der Frist	221
d.	Durchführung des Verfahrens als zusätzliche Voraussetzung	223
e.	Vorliegen eines Entscheidungsvorschlags bei entscheidungsorientierten ADR-Verfahren	224
C.	Subjektives Kriterium als Voraussetzung für den Übergang zur nächsten Stufe der Eskalationsleiter	225
a.	Im Allgemeinen	225
b.	Scheitern des Verfahrens	225
II.	Notwendigkeit des staatlichen Schlichtungsverfahrens	227
§ 12	Vertraulichkeit der im Rahmen der Eskalationsstufen erlangten Informationen	229
I.	Im Allgemeinen	229
II.	Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelung der Vertraulichkeit	231
A.	Verfahrensinterne Vertraulichkeit	231
B.	Verfahrensexterne Vertraulichkeit	232
a.	Im Allgemeinen	232
b.	Verfahrensexterne Vertraulichkeit im ADR-Verfahren	233
c.	Verfahrensexterne Vertraulichkeit im Schiedsverfahren	236
d.	Verfahrensexterne Vertraulichkeit im staatlichen Gerichtsverfahren	239
C.	Systeminterne Vertraulichkeit	241
a.	Im Allgemeinen	241
b.	Verwendung der Informationen im Schiedsverfahren	241
c.	Verwendung der Informationen im staatlichen Gerichtsverfahren	244
d.	Verwendung der Informationen im ADR-Verfahren	249
e.	Berufspflichten des Rechtsanwalts	250
§ 13	Beendigung des Streitbeilegungsverfahrens	251
I.	Fehlende Einigung zwischen den Parteien	251
II.	Einigung zwischen den Parteien	251
A.	Abschluss eines Vergleichs	251
a.	Aussergerichtlicher Vergleich	251
b.	(Schieds-)Gerichtlicher Vergleich	253
B.	Vorlegen eines Urteilsvorschlags etc.	254

§ 14 Zusammenfassung	255
Curriculum Vitae	259

Abkürzungsverzeichnis

AAA	American Arbitration Association (New York)
Abs.	Absatz
ADR	Alternative Dispute Resolution
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
Arb. Int'l	Arbitration International (London)
Art.	Artikel
ASA	Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
ASA Bull.	ASA Bulletin (Alphen am Rhein)
AT	Allgemeiner Teil
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 172.110)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Ch	Chancery Division
CHF	Schweizer Franken

CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich/Basel/Genf)
CIArb	Chartered Institute of Arbitration (London)
Comm	Commercial Court
CR	Commentaire Romand
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
et al.	et alii = und weitere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Verordnung Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments vom 12.12.2012)
EWHC	High Court of Justice of England and Wales
f./ff.	die folgende (Seite)/die folgenden (Seiten)
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
gl. M.	gleicher Meinung
GOG-ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (LS 211.1)
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich/Basel/Genf)
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
IBA	International Bar Association (London)

ICC	International Chamber of Commerce (Paris)
ICC Bull.	ICC Dispute Resolution Bulletin (Paris)
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinn
Inc.	Incorporated
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration (Alphen am Rhein)
Kap.	Kapitel
KassGer	Kassationsgericht
KGer	Kantonsgericht
Komm.	Kommentar
KSG	Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (aufgehoben)
KuKo	Kurzkommentar
LCIA	The London Court of International Arbitration
lit.	litera
LS	Loseblattsammlung der Gesetze des Kantons Zürich
Ltd.	Limited
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen; SR 0.275.12)
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt am Main)
No.	Number

Nr.	Nummer
NSWCA	New South Wales Court of Appeal (Australien)
NYÜ	Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (New Yorker Übereinkommen; SR 0.277.12)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
plc.	Public Limited Company
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
resp.	respektive
Rev. de l'Arb.	Revue de l'Arbitrage (Paris)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Frankfurt am Main)
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
semSAV	Schweizerischer Anwaltsverband (Bern)
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
SCC	The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (München et al.)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SHK	Stämpflis Handkommmentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich/Basel/Genf)
sog.	sogenannte
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht (München)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)
TG	Kanton Thurgau

u. a.	unter anderem
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
USA	United States of America
u. U.	unter Umständen
v.	versus
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkungen
WIPO	World Intellectual Property Organization (Genf)
YB CommArb	Yearbook Commercial Arbitration (Alphen am Rhein)
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
z. T.	zum Teil
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Köln)
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International (Köln)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich/St. Gallen)

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA E. ET AL., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 1. Abteilung, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit.: BEARBEITER, BK ZGB)
- AHRENS JAN-MICHAEL, Escalation Clauses – Stairway to Heaven or Highway to Hell?, in: Müller Christoph/Rigozzi Antonio (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2010, Zürich/Basel/Genf 2010
- ANTOMO JENNIFER, Internationale Gerichtsstandvereinbarungen nach § 38 ZPO, ZZ-PInt 2012, 183 ff.
- ARNET RUTH/BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2023 (zit.: BEARBEITER, CHK ZGB)
- ARNTZ THOMAS, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, RIW 2014, 801 ff. (zit.: ARNTZ, RIW 2014)
- ARNTZ THOMAS, Die missglückte Eskalationsklausel, SchiedsVZ 2014, 237 ff. (zit.: ARNTZ, SchiedsVZ 2014)
- ARNTZ THOMAS, Eskalationsklauseln, Recht und Praxis mehrstufiger Streiterledigungsklauseln, Diss. Köln 2013 (zit.: ARNTZ, Eskalationsklauseln)
- ATAMER YESIM M./FURRER ANDREAS Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2023 (zit.: BEARBEITER, CHK OR)
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit.: Bearbeiter, SHK ZPO)
- BAUER CHRISTOPH, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Diss. St. Gallen, St. Gallen/Zürich 2010
- BENTELE ROLAND, Die Konventionalstrafe nach Art. 160 – 163 OR, Diss. Freiburg, Düren 1994
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Bern 2018 (zit.: BERGER, Schuldrecht)
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 4. Auflage, Bern 2021
- BERGER KLAUS PETER, Das neue Schiedsverfahrensrecht in der Praxis – Analyse und aktuelle Entwicklungen, RIW 2001, 7 ff. (zit.: BERGER, RIW 2001)
- BERGER KLAUS PETER, Law and Practice of Escalation Clauses, Arb. Int'l 2006, 1 ff. (zit.: BERGER, Arb. Int'l 2006)

- BERGER KLAUS PETER, Neuverhandlungs-, Revisions- und Sprechklauseln im internationalen Wirtschaftsvertragsrecht, RIW 2000, 1 ff. (zit.: BERGER, RIW 2000)
- BERGER KLAUS PETER, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, in: Bachmann Birgit et al. (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005 (zit.: BERGER, in: FS Schlosser)
- BERGER KLAUS PETER, The Settlement Privilege, A General Principle of International ADR Law, Arb. Int'l 2008, 265 ff. (zit.: BERGER, Arb. Int'l 2008)
- BERTI STEPHEN V., Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V, Teilband 1h, Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 OR, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2002 (zit.: BERTI, ZK OR)
- BERTI STEPHEN V., Nochmals zur Klageeinleitung nach Art. 21 ff. LugÜ, SZPP 2007, 359 ff.
- BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ, Abschluss von Schiedsverträgen durch konkludentes Handeln oder Stillschweigen, in: Böckstiegel Karl-Heinz/Glossner Ottoarndt, Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 1981 (zit.: BÖCKSTIEGEL, in: FS Bülow)
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/TAPPY DENIS, CPC, Code de procédure civile commenté, 2. Auflage, Basel 2019 (zit.: BEARBEITER, CPC ZPO)
- BOOG CHRISTOPHER, Die Durchsetzung einstweiliger Massnahmen im internationalen Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2011 (zit.: BOOG, Einstweilige Massnahmen)
- BOOG CHRISTOPHER, How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses, Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision 4A_18/2007 of 6 June 2007, ASA Bull. 2008, 103 ff. (zit. BOOG, ASA Bull. 2008)
- BORN GARY B., International Commercial Arbitration, 3. Auflage, Alphen am Rhein 2021
- BORN GARY B./ŠČEKIĆ MARIJA, Pre-Arbitration Procedural Requirements, A Dismal Swamp, in: Caron David D. et al. (Hrsg.), Practising Virtue: Inside International Arbitration, Oxford 2015
- BROWN-BERSET DOMINIQUE, La médiation commerciale: Le géant s'éveille, ZSR 2002 II, 319 ff.
- BRUNNER ALEXANDER/SCHWANDER IVO/VISCHER MORITZ (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2025 (zit.: BEARBEITER, DIKE-Komm. ZPO)
- BUCHER ANDREAS/GUILLAUME FLORENCE (Hrsg.), Commentaire Romand: Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, 2. Auflage, Basel 2025 (zit.: BEARBEITER, CR IPRG bzw. BEARBEITER, CR LugÜ)
- BUCHER EUGEN, Kompensation im Prozess: Zurück zum materiellen Recht, in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002 (zit.: BUCHER, in: FS Geimer)

- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit.: BUCHER, OR AT)
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Zivilgesetzbuch (ZGB), Kurzkommentar, 2. Auflage, Basel 2018 (zit.: BEARBEITER, KuKo ZGB)
- BÜHLER ALFRED, Die Beweiswürdigung, in: Leuenberger Christoph (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000
- BYDLINSKI FRANZ, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien/New York 1991
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Habil. München 1971
- CLAVEL SANDRINE, Anti-Suit Injunctions et Arbitrage, Rev. de l'Arb. 2001, 669 ff.
- DARWAZEH NADIA/YEOH FRIVEN, Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention: China and Hong Kong perspectives, J. Int'l Arb. 2008, 837 ff.
- DASSER FELIX, Bern, Lugano, Brüssel oder doch lieber Den Haag?, in: Breitschmid Peter/Jent-Sørensen Ingrid/Schmid Hans/Sogo Miguel (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit.: DASSER, in: FS Meier)
- DASSER FELIX, Die Rechtshängigkeit gemäss ZPO und revidiertem Lugano-Übereinkommen, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Markus Alexander R./Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Internationaler Zivilprozess 2011, Zusammenspiel des revLugÜ mit dem revSchKG und der schweizerischen ZPO, Bern 2010 (zit.: DASSER, Rechtshängigkeit)
- DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar: Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 3. Auflage, Bern 2021 (zit.: BEARBEITER, SHK LugÜ)
- DENDORFER RENATE/LACK JEREMY, The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision vs. Reality, SchiedsVZ 2007, 195 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2021
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Auflage, Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: BEARBEITER, DIKE-Komm. BV)
- EIDENMÜLLER HORST, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Mediationsvereinbarungen, Mediationsverträge, Mediationsvergleiche, Internationale Mediationsfälle, Köln 2001
- EIHOLZER HEINER, Die Streitbeilegungsabrede, Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation, Diss. Freiburg i.Ue. 1998
- FAN KUN, Arbitration in China, A Legal and Cultural Analysis, Diss. Genf, Oxford 2013

- FELLER URS/FREY MARCEL, Länderbeitrag zur Schweiz, in: Acomb Frederick A. et al. (Hrsg.), Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, IBA Litigation Committee, 1. Oktober 2015
- FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, 2. Auflage, Bern 2017 (zit.: FELLMANN, Anwaltsrecht)
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit.: FELLMANN, BK OR)
- FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit.: BEARBEITER, Komm. BGFA)
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- FRANK CHRISTIAN, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, Diss. München, Berlin 2000
- FRIEDRICH FABIAN MICHAEL, Die Konsensvereinbarung im Zivilrecht, Diss. Bayreuth, Baden Baden 2003
- FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/RODRIGUEZ RODRIGO (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2024 (zit.: BEARBEITER, CHK IPRG)
- GABRIEL SIMON, Die Haftung des Mediators im schweizerischen Rechtssystem, Diss. Luzern, Bern 2008
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE/JOSI CHRISTIAN, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2025
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 11. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 11. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020
- GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Auflage, Basel 2022 (zit.: BEARBEITER BSK ZGB)
- GEISINGER ELLIOTT/VOSER NATHALIE (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, 2. Auflage, Alphen am Rhein 2013 (zit.: BEARBEITER, in: Geisinger/Voser)
- GIRSBERGER DANIEL/PETER JAMES T., Aussergerichtliche Konfliktlösung, Zürich/Basel/Genf 2019
- GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2024
- GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014

- GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtlicher Instanzenzug – Welches Verfahren bei Rechtsmitteln an ein Oberschiedsgericht, ASA Bull. 2016, 606 ff. (zit. GÖKSU, ASA Bull. 2016)
- GOETZ MARC L., «Anwaltliche Mediation» – eine originär anwaltliche Tätigkeit?, AJP 2005, 281 ff.
- GRIGERA NAÓN HORACIO A., Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Den Haag/Boston/London 2001
- GROLIMUND PASCAL/LOACKER LEANDER D./SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Basler Kommentar: Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Basel 2020 (zit. BEARBEITER, BSK IPRG)
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit.: GUHL/BEARBEITER)
- GULDENER MAX, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955 (zit.: GULDENER, Beweiswürdigung)
- GULDENER MAX, Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht, ZSR 1946, 185 ff. (zit.: GULDENER, ZSR 1946)
- HABEGGER PHILIPP A., Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form, ASA Bull. 2004, 398 ff.
- HABSCHEID EDGAR J., Die aussergerichtliche Vermittlung (Mediation) als Rechtsverhältnis, AJP 2001, 938 ff.
- HABSCHEID WALTHER J., Das Recht auf den Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes, Juristische Entdeckungen unserer Zeit?, SJZ 1984, 381 ff.
- HACKE ANDREAS, Der ADR-Vertrag, Vertragsrecht und vertragliche Gestaltung der Mediation und anderer alternativer Konfliktlösungsverfahren, Diss. Heidelberg 2001
- HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band V, Teilband 4a, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–551 OR, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit.: HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR)
- HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1: Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zürich/Basel/Genf 2015
- HAU WOLFGANG JAKOB, Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen Zivilprozessrecht, Diss. Trier, Frankfurt am Main 1996
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I–III, Bern 2012 (zit.: BEARBEITER, BK ZPO)
- HOCHSTRASSER MICHAEL/HUBER-PURTSCHERT TINA/MAISSEN EVA, Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse, Art 184–529 OR und Innominatverträge, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2023 (zit.: BEARBEITER, CHK OR)
- HOFFET FRANZ, Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien, Diss. Zürich 1991

- HORVATH GÜNTHER J., Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation – Ein glückliches Paar?, *SchiedsVZ* 2005, 292 ff.
- HOSTETTLER SEAN YANNICK, Die Gerichtsstandsvereinbarung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, *ZZZ* 2013, 95 ff.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019
- HUTNER ARMIN, Die Mediationsvereinbarung – Regelungsgegenstände und vertragsrechtliche Qualifizierung, *SchiedsVZ* 2003, 226 ff.
- INGEN-HOUSZ ARNOLD (Hrsg.), ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Culture II, Alphen am Rhein 2010 (zit.: BEARBEITER, in: Ingen-Housz (Hrsg.))
- JEGHER GION, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse im Internationalen Zivilverfahrensrecht der Schweiz, Diss. Basel, Zürich/Basel/Genf 2003
- JIMÉNEZ FIGUERES DYALÀ, Multi-Tiered Dispute Resolutions Clauses in ICC Arbitration, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 2003, 71 ff.
- JOLLES ALEXANDER, Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement, in: *72 Arbitration* (No. 4, 2006), 329 ff.
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland*, Oxford 2015
- KAYALI DIDEM, Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, *J. Int'l Arb.* 2010, 551 ff.
- KELLERHALS FRANZ, Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Gerichtsstandsgesetz: Schutz des Schwachen vs. Schutz gegen widersprüchliche Entscheide und ineffiziente Streiterledigung, in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift für Hans Peter Walter*, Bern 2005 (zit.: KELLERHALS, in: FS Walter)
- KILLIAS LAURENT, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, Diss. Zürich 1993
- KOFMEL SABINE, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Diss. Bern 1992
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 5. Auflage, Bern 2023
- KRAMER ERNST A., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit.: KRAMER, BK OR)
- KRAMER ERNST A., *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, Bern 2019 (zit.: KRAMER, Methodenlehre)
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Vereinbarungen zwischen Sozialversicherer und Haftpflichtversicherern betreffend den Verjährungsverzicht, *HAVE* 2017, 318 ff.

- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Das Verhältnis zwischen dem engsten Zusammenhang und der charakteristischen Leistung (Art. 117 Abs. 1 und 2 IPRG) – dargestellt anhand ausgewählter Innominatverträge, in: Basedow Jürgen et al. (Hrsg.), *Private Law in the International Arena, From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag 2000 (zit.: KREN KOSTKIEWICZ, in: FS Siehr)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, IPRG/LugÜ Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2019 (zit.: KREN KOSTKIEWICZ, OFK IPRG bzw. KREN KOSTKIEWICZ, OFK LugÜ)
- KRONKE HERBERT/NACIMIENTO PATRICIA/OTTO DIRK/PORT NICOLA CHRISTINE (Hrsg.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen am Rhein 2010 (zit.: BEARBEITER, Kluwer-Komm. NYÜ)
- KUMPAN CHRISTOPH/BAUER-BULST CATHRIN, *Mediation in Switzerland: A New Approach in a Conciliation-oriented Tradition*, in: Hopt Klaus J./Steffek Felix (Hrsg.), *Mediation, Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford 2013
- KUNZ OLIVER M./HOFFMANN-NOWOTNY URS H./STAUBER DEMIAN, *ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO*, Basel 2013 (zit.: BEARBEITER, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber)
- LARENZ KARL/CANARIS CLAUS-WILHELM, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1995
- LEW JULIAN D.M./MISTELIS LOUKAS A./KRÖLL STEFAN M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Den Haag 2003
- MARKUS ALEXANDER R., *Internationales Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, Bern 2020
- MEIER ISAAK, *Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zürich/Basel/Genf 2010
- MÖHLER CHRISTINE, *Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten*, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2014
- MONN VALENTIN, *Die Verhandlungsabrede, Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten*, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2010
- MOSIMANN OLIVIER LUC, *Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration*, Diss. Basel, Den Haag 2010
- MÜLLER CHRISTOPH, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Bern 2018 (zit.: MÜLLER, BK OR)
- MÜLLER CHRISTOPH, *Verjährungsverzicht: 13 praxisrelevante Fragen unter dem neuen Recht*, AJP 2020, 288 ff.

- MÜLLER-CHEN MARKUS/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit.: BEARBEITER, ZK IPRG)
- NATER-BASS GABRIELLE, Praktische Aspekte des Vergleichs in Schiedsgerichtsverfahren, ASA Bull. 2002, 427 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Basler Kommentar: Bundesgerichtsgesetz, 3. Auflage, Basel 2018 (zit.: BEARBEITER, BSK BGG)
- OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2021 (zit.: BEARBEITER, KuKo ZPO)
- OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar: Lugano-Übereinkommen, 3. Auflage, Basel 2024 (zit.: BEARBEITER, BSK LugÜ)
- OSTERWALDER SIMON/KAISER MARTIN, Vom Rechtsstaat zum Richtersport? – Fragen zum vorsorglichen Rechtsschutz in der Sportschiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, SpuRt 2011, 230 ff.
- PACZOSKA KOTTMANN DOROTA, Reform der EuGVVO: Ein kontinuierlicher Verbesserungsprozess? Ein Beitrag zur neuen Regelung der Gerichtsstandvereinbarungen unter der revidierten Fassung der EuGVVO, in: Fahrländer Lukas/Heizmann Reto A. (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich/St. Gallen 2013
- PAULSSON JAN, Jurisdiction and Admissibility, in: Aksén Gerald et al. (Hrsg.), Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, Paris 2005 (zit.: PAULSSON J., in: FS Briner)
- PAULSSON MARIKE R. P., The 1958 New York Convention in Action, Alphen am Rhein 2016
- PELLI OLIVIA, Beweisverträge im Zivilprozess, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2012
- PFISTERER STEFANIE, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Diss. Zürich 2011
- PFISTERER STEFANIE, Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts *ratione temporis* – eine Illusion?, in: Grolimund Pascal et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit.: PFISTERER, in: FS Schnyder)
- PICHONNAZ PASCAL, Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte, SJZ 2019, 739 ff.
- PITTET LUC, La compétence du juge et de l'arbitre en matière de compensation, Diss. Lausanne, Zürich 2001
- PLATZ ERNST, Der Vergleich im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014

- POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Un statut privilégié pour l'arbitrage aux tiers?, ASA Bull. 2004, 390 ff.
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, London 2007
- PRÜTTING HANNS, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 23.11.1983 – ZR 197/82, ZZP 1986, 93 ff.
- PRYLES MICHAEL, Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, J. Int'l Arb. 2001, 159 ff.
- RADJAI NORADÈLE, Confidentiality in International Arbitration: Brief Overview of the Position in Switzerland and Further Reading, ASA Bull. 2009, 48 f.
- REISER HANS, Gerichtsstandvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz, Zugleich ein Beitrag zur Schiedsabrede, Diss. Zürich 1989
- RIEDER MARKUS S., Die Rechtsscheinhaftung im elektronischen Geschäftsverkehr, Diss. München, Berlin 2004
- RITZ PHILIPP, Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, Diss. Bern, Tübingen 2007
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Auflage, Zürich 1993
- RUSCH ARNOLD F., Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010
- SANDERS PIETER, The Links between Arbitration and Conciliation, in: Berger Klaus Peter et al. (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000 (zit.: SANDERS, in: FS Sandrock)
- SANDROCK OTTO, Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr, SchiedsVZ 2005, 1 ff.
- SCHLAEPFER ANNE VÉRONIQUE, Jurisdiction and Admissibility: a Subtle Distinction, Not Always Easy to Make in International Arbitration, Les Cahiers de l'Arbitrage 2013, 327 ff.
- SCHLOSSER PETER, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Tübingen 1989
- SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, in: Vischer Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, OR – Besondere Vertragsverhältnisse, Zweiter Halbband, Basel 1979 (zit.: SCHLUEP, SPR VII/2)
- SCHLUEP WALTER R., Zusammengesetzte Verträge: Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung, in: Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit.: SCHLUEP, in: FS Rey)
- SCHMIDT CÉLINE P., Die Durchsetzbarkeit vertraglich vereinbarter vorprozessualer Streitbeilegungsabreden, in: Loacker Leander D./Zellweger-Gutknecht Corinne (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012

- SCHNYDER ANTON K./SOGO MIGUEL (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: BEARBEITER, DIKE-Komm. LugÜ)
- SCHÜTZ JÜRGEN, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Eine Untersuchung zur Streitbehandlungslehre: Verfahrensvergleich und -auswahl anhand gesetzlich geregelter Alternativen zum staatlichen Zivilprozess – Mediation, Schiedsgerichtsbarkeit und deren Hybridisierung, Diss. Bern 2009
- SCHWEBEL STEPHEN M., Anti-Suit Injunctions in International Arbitration – An Overview, in: Gaillard Emmanuel (Hrsg.), Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, New York/Bern 2005
- SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bern 2020
- SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2011
- SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS/OBERHOLZER NIKLAUS, Stämpfli Handkommentar: Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Auflage, Bern 2015 (zit.: BEARBEITER, SHK BGG)
- SETZ ANNA LEA, Die Wirkung und Durchsetzung der Entscheide von Dispute Boards, recht 2013, 142 ff.
- SPÜHLER KARL/RODRIGUEZ RODRIGO, Internationales Zivilprozessrecht: Zuständigkeit, Verfahren, LugÜ, Anerkennung und Vollstreckung, Rechtshilfe, Internationales Konkursrecht, Rechtsmittel, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Auflage, Basel 2024 (zit.: BEARBEITER, BSK ZPO)
- SPÜHLER KARL/VOCK DOMINIK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011
- STACHER MARCO, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2007 (zit.: STACHER, Schiedsvereinbarung)
- STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015 (zit.: STACHER, Schiedsgerichtsbarkeit)
- STACHER MARCO, Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen (2011 und 2012), AJP 2013, 102 ff. (zit.: STACHER, AJP 2013)
- STACHER MARCO, You Don't Want to Go There – Antisuit Injunctions, ASA Bull. 2005, 640 ff. (zit.: Stacher, ASA Bull. 2005)

- STAEHELIN ADRIAN, Dispositives Zivilprozessrecht, in: Habscheid Walter J./Hoffmann-Nowotny Hans-Joachim/Linder Willy/Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Freiheit und Zwang, Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur Dr. phil. Hans Giger, Bern 1989 (zit.: STAEHELIN, in: FS Giger)
- STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2024 (zit.: BEARBEITER, in: Zivilprozessrecht)
- STAEHELIN MATTHIAS, Gerichtsstandvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr Europas: Form und Willenseinigung nach Art. 17 EuGVÜ/LugÜ, Diss. Basel 1994 (zit.: STAEHELIN, Gerichtsstandvereinbarungen)
- STOJILJKOVIĆ MLADEN, Arbitral Jurisdiction and Court Review: Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider, ASA Bull. 2016, 897 ff. (zit.: STOJILJKOVIĆ, ASA Bull. 2016)
- STOJILJKOVIĆ MLADEN, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2014 (zit.: STOJILJKOVIĆ, Zuständigkeit)
- SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA/LEUENBERGER CHRISTOPH/SEILER BENEDIKT, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2025 (BEARBEITER, Kommentar ZPO)
- TRAIN FRANÇOIS-XAVER, Note – Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 4 mars 2004, Rev. de l'Arb 2005, 151 ff.
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2023
- UNBERATH HANNES, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit, NJW 2011, 1320 ff.
- VAN DEN BERG ALBERT JAN (Hrsg.), Yearbook Commercial Arbitration, Volume XXXII – 2007, Alphen am Rhein 2007
- VAN DEN BERG ALBERT JAN (Hrsg.), Yearbook Commercial Arbitration, Volume XXXIV – 2009, Alphen am Rhein 2009
- VISCHER FRANK/HUBER LUCIUS/OSER DAVID, Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, Bern 2000
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Auflage, Bern 2020
- VOSER NATHALIE, Note – Kassationsgericht Zürich, 15. März 1999, ASA Bull. 2002, 376 ff.
- WAGNER GERHARD, Alternative Streitbeilegung und Verjährung, NJW 2001, 182 ff. (zit.: WAGNER, NJW 2001)
- WAGNER GERHARD, Prozessverträge, Privatautonomie im Prozessrecht, Habil. Göttingen, Tübingen 1998 (zit.: WAGNER, Prozessverträge)

- WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar: Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BEARBEITER, BSK BV)
- WALTER GERHARD, Dogmatik der unterschiedlichen Verfahren zur Streitbeilegung, ZZP 1990, 141 ff. (zit.: WALTER, ZZP 1990)
- WALTER GERHARD, Freie Beweiswürdigung, Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, Habil. Tübingen 1979 (zit.: WALTER, Beweiswürdigung)
- WALTER GERHARD/DOMEJ TANJA, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz: Ein Lehrbuch, 5. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2012
- WALTHER FRIDOLIN M.R., e-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution, AJP 2001, 755 ff.
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Auflage, Basel 2020 (zit.: BEARBEITER, BSK OR)
- WIGET MATTHIAS, Der Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut im Schweizerischen Schiedsgerichtsrechts, ZZZ 2010, 247 ff.
- WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012
- WIRZ PASCAL, Zum Sinn und Zweck von Mediationsklauseln in Verträgen, recht 2013, 92 ff.
- WOLFF REINMAR (Hrsg.), New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Commentary, München 2012 (zit.: BEARBEITER, Beck-Komm. NYÜ)
- YOUNG MICHAEL/CHAPMAN SIMON, Confidentiality in International Arbitration: Does the Exception Prove the Rule? Where Now for the Implied Duty of Confidentiality Under English Law?, ASA Bull. 2009, 26 ff.
- ZOTSANG DHEDEN C., Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2015

Materialienverzeichnis

Botschaft betreffend das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 21. Februar 1990, BBl 1990 II, 265 ff. (zit.: Botschaft aLugÜ)

Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18. Februar 2009, BBl 2009, 1777 ff. (zit.: Botschaft, revLugÜ)

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983, 263 ff. (zit.: Botschaft IPRG)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 24. Oktober 2018, BBl. 2018, 7163 ff. (zit.: Botschaft revIPRG)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014, 235 ff. (zit.: Botschaft Verjährungsrecht)

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff. (zit.: Botschaft ZPO)

UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002 (zit.: UNCITRAL, Guide)

Erster Teil: Vereinbarung und Beendigung der Eskalationsklausel

§ 1 Die Eskalationsklausel

Kaum eine Streitbeilegungsmethode vermag den Bedürfnissen der Parteien in jedem Konfliktfall gerecht zu werden. Entsprechend entwickelte sich in der Rechtspraxis eine Bandbreite von unterschiedlichen Streitbeilegungsverfahren, die von rein konsensualen ADR-Verfahren bis hin zu autoritativen Verfahren vor (Schieds-)Gerichten reichen.

Mittels einer Eskalationsklausel vereinbaren die Parteien, dass eine bestehende oder künftige Streitigkeit durch einen mehrstufigen Prozess in getrennten Verfahren beigelegt werden soll. Die Eskalationsklausel verbindet folglich mindestens ein ADR-Verfahren mit einem Verfahren vor einem Schiedsgericht oder staatlichen Gericht als letzte Streitbeilegungsstufe.

Nach dem Willen der Parteien wird dabei nur dann das Verfahren der nächsten Stufe der Eskalationsleiter initiiert, wenn der Streit nicht bereits im Rahmen des vorgeschalteten Verfahrens beigelegt werden konnte.¹ Die Vereinbarung der gestuften Abfolge der Streitbeilegungsmethoden kann bezüglich des streitigen Verfahrens der letzten Streitbeilegungsstufe als «Klageverzicht» bezeichnet werden.²

Die Motive für die Vereinbarung einer Eskalationsklausel dürften neben der Möglichkeit der Anpassung des Streitbeilegungsverfahrens an die (komplexen) Gegebenheiten des Vertrags v. a. auch in den Kosteneinsparungen liegen.³ Dabei werden nicht nur Anwalts- und Gerichtskosten vermieden. Ebenfalls berücksichtigt werden müssen u. a. interne Aufwendungen, die Ressourcenbindung im Zusammenhang mit einem Gerichtsverfahren, Reputationsrisiken, Kosten für die Erstellung von Gutachten sowie mögliche Einbussen der Kreditwürdigkeit durch Rückstellungen.⁴ Zusätzlich kann der Zeitfaktor bei der unternehmerischen Planung für die Zukunft entscheidend sein, denn die Erledigung eines Konflikts kann sich auf die unternehmerische Handlungsfähigkeit insofern auswirken, als eine unternehmerische Entscheidung davon abhängt.⁵

¹ KAYALI, J. Int'l Arb. 2010, 552.

² Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 107; EIHOLZER, N 163.

³ KAYALI, J. Int'l Arb. 2010, 552 f.

⁴ GIRSBERGER/VOSER, N 32; PETER, BK ZPO N 23 Vorbem. Art. 213–218; vgl. GUILLEMIN, in: Ingen-Housz (Hrsg.), 45.

⁵ GIRSBERGER/VOSER, N 32; PETER, BK ZPO N 25 Vorbem. Art. 213–218; vgl. GUILLEMIN, in: Ingen-Housz (Hrsg.), 45.

- 5 Zudem liegt der Zweck der den streitigen Verfahren vorangehenden ADR-Verfahren darin, einen Streit durch Verhandlung bzw. Vermittlung zwischen den Parteien beizulegen. Dadurch können die Interessen beider Parteien berücksichtigt und in das Ergebnis mit einbezogen werden, womit sich der Verhandlungsrahmen im Unterschied zur blossen Beachtung der Positionen der Parteien erweitert.⁶ Ebenfalls sind die Parteien durch andauernde persönliche oder wirtschaftliche Beziehungen miteinander verbunden, womit mindestens eine Partei häufig ein Interesse daran hat, die gegenseitige Beziehung auch nach Beilegung des Streits weiterzuführen. Dieser Beziehungserhalt setzt voraus, dass die Parteien ihre gegenseitigen Positionen zu verstehen versuchen und damit den anderen nicht (mehr) als «Gegner» betrachten.⁷ Dieses gegenseitige Verständnis lässt sich im Zuge der ADR-Verfahren besser als mit einem klassischen Vorgehen erreichen.
- 6 Schliesslich kann auch der Gegenstand der Streitigkeit für die Wahl der Streitbeilegung durch ein ADR-Verfahren sprechen. Dies trifft v. a. für Streitigkeiten aus Verträgen zu, welche die Entwicklung oder Lieferung einer noch nicht bestehenden (Dienst-)Leistung zum Gegenstand haben. Bei diesen (Dienst-)Leistungen drängt sich eine Begleitung des Prozesses der Spezifizierung der Vertragsleistung durch ein ADR-Gremium zwecks rascher und sachgerechter Lösung von allfälligen Konflikten auf.⁸

⁶ Botschaft ZPO, 7242; PETER, BK ZPO N 26 Vorbem. Art. 213–218.

⁷ GIRSBERGER/VOSER, N 32; PETER, BK ZPO N 27 Vorbem. Art. 213–218; vgl. GUILLEMIN, in: Ingen-Housz (Hrsg.), 36.

⁸ GUILLEMIN, in: Ingen-Housz (Hrsg.), 38 f., welcher als Beispiel den Bau des Eurotunnels nennt.

§ 2 Zustandekommen der Eskalationsklausel

I. Die Eskalationsklausel als Innominatvertrag

Das Wesen der Eskalationsklausel stimmt mit keinem inhaltlich im Gesetz geregelten Vertragstypus überein. Daher stellt sich die Frage, ob es sich bei der Eskalationsklausel stattdessen um einen Innominatvertrag handelt. Unterteilt werden die Innominatverträge gemeinhin in die gemischten Verträge und die Verträge eigener Art («sui generis», «sui iuris»).

Werden die Tatbestandselemente von verschiedenen (gesetzlich geregelten oder gesetzlich nicht geregelten) Vertragstypen miteinander kombiniert, spricht man von gemischten Verträgen. Als Folge dieser Kombination erscheint es nicht mehr als sachgerecht, die Rechtsfolgen im Wesentlichen nur der Regelung eines einzigen Vertragstypus zu entnehmen. Ferner muss die Mischung eine neue Vertragseinheit schaffen, d. h., die verschiedenen Leistungen müssen als zusammengehörend und somit in ihrer Verbindung miteinander geschuldet werden.

Ein gemischter Vertrag unterscheidet sich demnach von einem zusammengesetzten Vertrag durch den Willen der Parteien, einen einheitlichen Vertrag abzuschliessen. Entscheidend ist, dass der Verbund der Verträge eine bestimmte Intensität erreicht, was besonders dann der Fall ist, wenn die Parteien und der Abschlussort bzw. -zeitpunkt identisch sind.

Bei den Verträgen eigener Art handelt es sich um nicht gesetzlich geregelte selbständige Verträge, die wie die gemischten Verträge, aber im Gegensatz zu

⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 252; HUGUENIN, N 3684, N 3690; KOLLER, N 3.156; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 3.16.

¹⁰ AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 9 Einl. vor 184 ff.; HUBER-PURTSCHERT/HUGUENIN, CHK OR N 16 Vorbem. 184 ff./Innominatkontrakte AT; SCHLUEP, SPR VII/2, 772.

¹¹ AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 9 Einl. vor 184 ff.

¹² AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 9 Einl. vor 184 ff.; SCHLUEP, SPR VII/2, 773.

¹³ HUBER-PURTSCHERT/HUGUENIN, CHK OR N 16 Vorbem. 184 ff./Innominatkontrakte AT; SCHLUEP, in: FS Rey, 288; vgl. BGE 118 II 142 E. 1a.

¹⁴ HUBER-PURTSCHERT/HUGUENIN, CHK OR N 15 Vorbem. 184 ff./Innominatkontrakte AT; vgl. BGE 107 II 144 E. 2.

den zusammengesetzten Verträgen eine besondere Einheit bilden.¹⁵ Im Unterschied zu den gemischten Verträgen fügen sich die Verträge eigener Art zu einer besonderen inneren Einheit und stellen somit nicht bloss eine eigenständige Mischung aus gesetzlich geregelten oder gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen dar.¹⁶ Mithin kann ein Vertrag eigener Art auch dann vorliegen, wenn aufgrund des Zusammenfügens von Typenelementen der Gesamtcharakter eines Vertrags so wesentlich verändert wird, dass ebenfalls von einer Neuschöpfung gesprochen werden kann.¹⁷

- 11 Die Eskalationsklausel beinhaltet einen Streitbeilegungsmechanismus, der sich aus mehreren Eskalationsstufen mit unterschiedlichen Verfahren zusammensetzt. Die einzelnen Streitbeilegungsverfahren sind nach dem Parteiwillen untereinander in dem Sinne nicht unabhängig, als sie nur durchgeführt werden sollen, wenn die Streitigkeit nicht bereits im Rahmen der vorhergehenden Eskalationsstufe beigelegt werden konnte. Dadurch ist jedoch noch nichts über die rechtliche Abhängigkeit der einzelnen Klauseln gesagt.
- 12 Für die Annahme eines einheitlichen Vertrags und damit gegen das Vorliegen eines zusammengesetzten Vertrags spricht der Wille der Parteien, einen einheitlichen Vertrag zu schliessen.¹⁸ Der Abschluss der Eskalationsklausel beruht regelmässig auf einem einheitlichen Akt der Konsensbildung¹⁹, stimmen doch die Parteien, der Abschlussort sowie der Abschlusszeitpunkt in aller Regel überein. Die Bestimmungen zum Vorgehen in Konfliktfällen werden oft bereits als Klausel in den Hauptvertrag integriert oder dann in einer (einzigen) separaten Vereinbarung umfassend vereinbart. Des Weiteren stellt der erwähnte einheitliche Akt der Willensbildung sicher, dass das Verfahren die von den Parteien gewünschten Eskalationsstufen durchläuft. Bei der zeitlich gestaffelten Vereinbarung der Methoden zur Streitbeilegung besteht nämlich bei Uneinigkeit der Parteien die Gefahr einer Auslegung dahin, dass die später vereinbarte Streitbeilegungsmethode die früher vereinbarte ersetzen soll.²⁰ Im Ergebnis würde dann keine Eskalationsklausel mehr vorliegen, sondern eine einfache Streitbeilegungsklausel. Jedoch verschmelzen die einzelnen in der Eskalati-

¹⁵ AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 11 Einl. vor 184 ff.; HUBER-PURTSCHERT/HUGUENIN, CHK OR N 24 Vorbem. 184 ff./Innominatkontrakte AT; SCHLUEP, SPR VII/2, 776.

¹⁶ AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 11 Einl. vor 184 ff.; SCHLUEP, SPR VII/2, 776.

¹⁷ HUBER-PURTSCHERT/HUGUENIN, CHK OR N 24 Vorbem. 184 ff./Innominatkontrakte AT.

¹⁸ Vgl. EIHOLZER, N 383.

¹⁹ Das Bundesgericht zählt dieses Merkmal als Unterscheidung eines gemischten Vertrags von einem zusammengesetzten Vertrag beispielhaft auf, BGE 115 II 452 E. 3a.

²⁰ Vgl. BGE 121 III 495 E. 5.

onsklausel enthaltenen Vereinbarungen nicht zu einem untrennbaren Ganzen, wie dies etwa bei einem Leasingvertrag der Fall ist.²¹

Indes greift eine Qualifikation der Eskalationsklausel als gemischter Vertrag oder Vertrag *sui generis* allein aufgrund des einheitlichen Akts der Konsensbildung zu kurz. Vielmehr sind noch weitere Kriterien in die Beurteilung mit einzubeziehen, welche sich v. a. aus der Abgrenzung zum zusammengesetzten Vertrag ergeben.

13

II. Die Eskalationsklausel als zusammengesetzter Vertrag

Ein zusammengesetzter Vertrag liegt vor, wenn mindestens zwei Innominat- oder Nominatverträge separat abgeschlossen werden, zwischen ihnen aber ein funktioneller Zusammenhang besteht, sodass Ereignisse in der «Sphäre» eines Vertrags sich auch auf die «Sphäre» des anderen Vertrags auswirken.²² Entscheidend ist folglich, dass zwischen den Verträgen ein «innerer Zusammenhang» besteht, sie durch einen «Finalnexus» verbunden sind.²³ M. a. W. muss ein Vertrag der entscheidende Beweggrund für den Abschluss des anderen sein.²⁴ Angesichts der «blossen» Verknüpfung von selbstständigen Verträgen handelt es sich bei einem zusammengesetzten Vertrag nicht um einen Innominatvertrag als solchen, sondern lediglich um eine «Innominatfigur».²⁵

14

Eine Eskalationsklausel besteht aus mehreren Teilen in Form der einzelnen Vereinbarungen. Diese weisen unterschiedliche gegenseitige Leistungspflichten auf, wodurch sich eine separate Betrachtung und rechtliche Beurteilung aufdrängt.²⁶ Weiter werden die einzelnen Vereinbarungen mittels der Eskalationsklausel gemäss Parteiwillen mit dem gemeinsamen Ziel der Streitbeilegung in ein Stufenverhältnis zueinander gesetzt («Finalnexus»). Dabei sind die einzelnen Vereinbarungen infolge der Festlegung der Stufenfolge der Eskalationsleiter miteinander verknüpft. Mit dem Abschluss der Eskalationsklausel wollen die Parteien ihre Streitigkeiten möglichst effizient im Rahmen der dem

15

²¹ Siehe hinten, [N 157](#).

²² BGE 139 III 49 E. 3.3; 136 III 65 E. 2.4.1; 115 II 452 E. 3a; AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 12 Einl. vor 184 ff.

²³ AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 12 Einl. vor 184 ff.; HUGUENIN, N 3676; KRAMER, BK OR 19-20 N 64.

²⁴ KRAMER, BK OR 19-20 N 64.

²⁵ AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 12 Einl. vor 184 ff.; HUGUENIN, N 3678.

²⁶ Vgl. WAGNER, Prozessverträge, 44.

Verfahren vor (Schieds-)Gericht vorgelagerten ADR-Verfahren beilegen.²⁷ Gleichzeitig ermöglicht es die Eskalationsklausel den Parteien den Streitbeilegungsmechanismus an die (komplexen) Gegebenheiten ihres Vertrags anzupassen.²⁸ Damit diese beiden Zwecke erfüllt werden können, werden die Parteien die einzelnen Streitbeilegungsstufen evaluieren und untereinander abstimmen. Im Zuge des Abschlusses der Eskalationsklausel sind damit die einzelnen darin enthaltenen Vereinbarungen mithin ein entscheidender Beweggrund zum Abschluss der weiteren Vereinbarungen der Eskalationsklausel. Dies ist jedoch nicht mit der (Un-)Abhängigkeit der einzelnen Vereinbarungen untereinander zu verwechseln.²⁹ Letztlich besteht auch ein funktioneller Zusammenhang zwischen den einzelnen Vereinbarungen, da sich die Ereignisse in den «Sphären» der einzelnen Vereinbarungen wechselseitig auswirken (z. B. hat die Verletzung des dilatorischen Klageverzichts Einfluss auf die folgenden Streitbeilegungsstufen).³⁰

- 16 Infolgedessen ist die Eskalationsklausel m. E. als zusammengesetzter Vertrag zu qualifizieren.

III. Abschluss der Eskalationsklausel

A. Ausgangslage

- 17 Bei der Eskalationsklausel handelt es sich nach der hier vertretenen Ansicht um einen zusammengesetzten Vertrag. Dieser vereint die einzelnen Vereinbarungen, ohne dabei selbst einen eigenständigen Vertrag darzustellen.³¹ Auf die einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen findet grundsätzlich das jeweils einschlägige Recht des Nominat- bzw. Innominatvertrags Anwendung.³² Für Fragen rund um den Vertragsabschluss sind daher die ADR-Vereinbarung, die Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarung sowie der dilatorische Klageverzicht näher zu betrachten.

²⁷ Siehe vorne, [N 5](#).

²⁸ Siehe vorne, [N 4](#).

²⁹ Vgl. HUGUENIN, N 3679; hinten, [N 157 ff.](#)

³⁰ Vgl. hinten, [N 333 ff.](#)

³¹ Siehe vorne, [N 15](#).

³² AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 50 Einl. vor 184 ff.

B. Übereinstimmende Willenserklärungen

Damit eine Vereinbarung geschlossen werden kann, braucht es übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien. Die Willenserklärung ist der Ausdruck des Willens zwecks Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses.³³ Werden übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben, liegt ein Konsens zwischen den Parteien vor. Zur Ermittlung, ob die Willenserklärungen übereinstimmend sind, müssen sie in einem ersten Schritt jeweils gesondert ausgelegt und anschliessend in einem zweiten Schritt auf ihre Übereinstimmung untersucht werden.³⁴

18

Im Zusammenhang mit dem Abschluss der einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen stellen sich diesbezüglich keine besonderen Fragen. Lediglich bei der Ermittlung des rechtlichen Konsenses im Zusammenhang mit der ADR-Vereinbarung oder der fehlenden ausdrücklichen Vereinbarung eines Klageverzichts können sich aufgrund derer Natur spezifische Problemstellungen ergeben.

19

Bei der Ermittlung des rechtlichen Konsenses im Zusammenhang mit der ADR-Vereinbarung sollten m. E. keine allzu hohen Massstäbe gesetzt werden, sobald der Wille der Parteien zur Durchführung eines hinreichend konkretisierten ADR-Verfahrens feststeht. Dazu wird die Bezeichnung des durchzuführenden ADR-Verfahrens regelmässig ausreichen.³⁵ Die Formulierung, welche beispielsweise die «Durchführung einer Mediation zur Streitbeilegung» vorsieht, muss von einer vernünftigen Person nach Treu und Glauben in dem Sinne verstanden werden, dass bei einer Streitigkeit der Versuch unternommen werden soll, das Verfahren ausserhalb eines (schieds-)gerichtlichen Verfahrens im Rahmen einer Mediation beizulegen. Die Einzelheiten der konkreten Ausgestaltung des Verfahrens sind in diesen Fällen mittels Auslegung und Ergänzung des Vertrags festzulegen. Als Orientierungshilfe können dabei die diversen institutionellen ADR-Ordnungen dienen (z. B. Swiss Rules of Mediation oder LCIA Mediation Rules). Kann der Parteiwille zur Durchführung des ADR-Verfahrens hingegen nicht festgestellt werden, liegt regelmässig ein (versteckter) Dissens vor, womit die ADR-Vereinbarung nicht zustande kommt.

20

³³ BGE 132 III 609 E. 5.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 168; HUGUENIN, N 168; KOLLER, N 3.02 ff.; SCHWENZER/ FOUNTOLAKIS, N 27.01.

³⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 309; KOLLER, N 3.62 ff.; SCHWENZER/ FOUNTOLAKIS, N 29.01; vgl. HUGUENIN, N 189 f.

³⁵ Dies in Anlehnung an die Rechtsprechung bzgl. der Schiedsklauseln, vgl. ARNTZ, RIW 2014, 805; ARNTZ, SchiedsVZ 2014, 240.

- 21 Aufgrund der zahlreichen Erscheinungsformen der ADR-Verfahren ist die Vereinbarung zur Durchführung von «ADR-Verfahren» ohne nähere Angaben hingegen als erste Streitbeilegungsstufe(n) nicht genügend bestimmt.³⁶ In diesen Fällen scheitert das Zustandekommen der Eskalationsklausel bereits am Konsenserfordernis.
- 22 Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung eines Klageverzichts, liegt vielfach dennoch aufgrund der Verknüpfung der Stufen der Eskalationsleiter mit dem (Schieds-)Verfahren ein stillschweigender Abschluss eines solchen vor. Im Wesentlichen hängt dies davon ab, ob die Durchführung der vorgeschalteten Streitbeilegungsstufen obligatorisch oder fakultativ ist.³⁷ Bei einer obligatorischen Formulierung³⁸ und/oder dann, wenn die einzelnen Streitbeilegungsstufen in Form einer konditionalen Verknüpfung aufeinander Bezug nehmen, kann daher grundsätzlich vom Vorliegen eines Klageverzichts ausgegangen werden.³⁹ Schliesslich lässt sich daraus hinreichend der Wille der Parteien erkennen, dass die nächste Eskalationsstufe erst nach (erfolgloser) Durchführung der vorangehenden Streitbeilegungsstufe eingeleitet werden darf.⁴⁰
- 23 Nicht immer eindeutig ist der Parteiwille bei einer bloss fakultativen oder optionalen Formulierung⁴¹ der dem (Schieds-)Verfahren vorangehenden Stufen innerhalb der Eskalationsklausel. Bei der Wahl solcher Formulierungen wird zwecks der Abklärung in Bezug auf die stillschweigende Vereinbarung eines Klageverzichts auf die konkreten Umstände des Einzelfalls und damit insbesondere auf den konkreten Wortlaut und den Sinn und Zweck der Eskalationsklausel abzustellen sein.⁴²

³⁶ ARNTZ, RIW 2014, 805; ARNTZ, SchiedsVZ 2014, 240.

³⁷ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 213.

³⁸ Beispielsweise durch die Verwendung des Begriffspaars «sind» – «falls» oder «shall» – «if» bei der Verbindung der Streitbeilegungsstufen.

³⁹ AHRENS, 191; ARNTZ, Eskalationsklauseln, 214; BERGER, in: FS Schlosser, 24 f.; FELLER/FREY, 203 f.

⁴⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 214; vgl. BERGER, Arb. Int'l 2006, 5.

⁴¹ Beispielsweise durch die Verwendung des Begriffspaars «kann» – «falls» oder «may» – «if» bei der Verbindung der Streitbeilegungsstufen.

⁴² ARNTZ, Eskalationsklauseln, 215.

C. Rechtsfolgewille

Zur Abgrenzung des Vertrags von einem blossen Gefälligkeitsgeschäft müssen die Willenserklärungen der Parteien zusätzlich auf die Herbeiführung einer rechtlichen Wirkung gerichtet sein («Rechtsfolgewillen»).

24

Ob ein solcher Rechtsfolgewille vorliegt, entscheidet sich gemäss Bundesgericht⁴⁴

25

«[...] nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird, und der Interessenlagen der Parteien.»

Das Verhalten einer Partei bei der Ermittlung des Rechtsfolgewillens mithilfe des Vertrauensprinzips sollte nicht beachtet werden.⁴⁵ Für das Zustandekommen der einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen muss der Rechtsfolgewille im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen, d. h., die Umstände in diesem Zeitpunkt sind massgebend. Durch das anschliessende Verhalten kann der Rechtsfolgewille nicht rückwirkend entfallen. Allenfalls lässt das widersprüchliche Verhalten einer Partei nach dem Zustandekommen Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen zu oder aber es gilt das Verhalten bei den Folgen der Verletzung der Eskalationsklausel zu berücksichtigen.⁴⁶

26

Bei einer Schieds- oder Gerichtsstandvereinbarung stellen sich hinsichtlich des Rechtsfolgewillens i. d. R. keine besonderen Fragen. Auch bei der Vereinbarung der Durchführung eines ADR-Verfahrens wird der Rechtsfolgewille aufgrund der Art des Vertrags sowie seinem Grund und Zweck in aller Regel zu bejahen sein. Nur in Ausnahmefällen lässt sich aufgrund der konkreten Umstände auf Gegenteiliges schliessen (z. B., wenn die Vereinbarung von den Parteien als blosser «Höflichkeitsvereinbarung» vorgesehen wurde). Die Parteien beabsichtigen mit der ADR-Vereinbarung eine rechtliche Bindungswirkung, d. h., ihre Streitigkeit soll nach ihrem Willen möglichst mithilfe eines ADR-Verfahrens beigelegt werden.⁴⁷ Ohne den Rechtsfolgewillen der Parteien würde die ADR-Vereinbarung sodann regelmässig ihren Sinn verlieren, denn in einem

27

⁴³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 353a; HUGUENIN, N 170; KOLLER, N 3.23; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 27.02.

⁴⁴ BGE 137 III 539 E. 4.1.

⁴⁵ Vgl. BGE 132 III 626 E. 3.1; 129 III 675 E. 2.3; 107 II 417 E. 6.

⁴⁶ Siehe dazu hinten, [N 333 ff.](#)

⁴⁷ Vgl. MONN, N 394.

solchen Fall wäre direkt ein autoritatives Verfahren durchzuführen.⁴⁸ Des Weiteren können auch die rechtliche und die wirtschaftliche Bedeutung der ADR-Vereinbarung sowie die Interessenlage der Parteien für den Rechtsfolgewillen sprechen. Die Motive für die Wahl der ADR-Verfahren sind nämlich u. a. die geringeren Kosten, die Vertraulichkeit und der Erhalt der künftigen Beziehungen zwischen den Parteien.

- 28 Auch bei der Vereinbarung des Klageverzichts ist vom Vorliegen des Rechtsbindungswillens auszugehen.⁴⁹ Schliesslich wirkt sich dieser erheblich auf den (zeitlichen) Ablauf eines Streitbeilegungsverfahrens aus. Ohne dessen Vereinbarung steht es den Parteien jederzeit offen, die Streitigkeit durch ein (Schieds-)Gericht beurteilen zu lassen, was sich mit der «Filterfunktion» der Eskalationsklausel nicht vereinbaren lässt. Dabei kann auch der Detaillierungsgrad der Verfahrensvorgaben als weiteres Indiz für die Verbindlichkeit des Klageverzichts und damit der vorgesehenen Abfolge der Streitbeilegungsverfahren dienen. In der Rechtsprechung zeigt sich die Tendenz, bei wenig detaillierten Regeln zum Verfahrensablauf die Verpflichtung der Parteien zur Einhaltung der betroffenen Stufe in der Eskalationsleiter zu verneinen.⁵⁰ Klare Verfahrensvorschriften, insbesondere hinsichtlich der (Maximal-)Fristen für die Durchführung und den Abschluss von Verhandlungen im Rahmen von ADR-Verfahren, sprechen demzufolge für die Pflicht zur Einhaltung der Stufenabfolge der Eskalationsklausel.⁵¹

⁴⁸ Dies etwa im Unterschied zu den Gefälligkeitshandlungen des Alltags (z. B. das Kinderhüten), welche auch bei Verneinung des Rechtsfolgewillens ihren Zweck erfüllen.

⁴⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 210; vgl. BERGER, Arb. Int'l 2006, 6.

⁵⁰ Vgl. BGE 142 III 296 E. 2.4.1.2; BGer 4A_124/2014 vom 7. Juli 2014, E. 3.4.3.4; BGer 4A_46/2011 vom 16. Mai 2011, E. 3.5.2; BGer 4A_16/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2; ICC Case No. 13085, in: YB CommArb 2009, 224 f.

⁵¹ BERGER, in: FS Schlosser, 24, sieht den Sinn und Zweck der Eskalationsklausel in der Einräumung eines flexiblen Rahmens für die Streitbeilegung, bei dem die Eskalationsstufen nicht zwingend und in jedem Einzelfall «abgearbeitet» werden müssen. Die Parteien seien im Einzelfall am besten in der Lage, entscheiden zu können, ob die Einhaltung der vorgesehenen Stufenfolge überhaupt Sinn macht oder ob man bereits derart zerstritten ist, dass der Streit besser direkt vor einem (Schieds-)Gericht ausgetragen werden soll. M.E. kann diesen Ausführungen nicht vollumfänglich zugestimmt werden. Den Parteien steht es auch bei einer verbindlichen Vereinbarung der Eskalationsstufen offen, gemeinsam auf deren Durchführung zu verzichten und direkt an ein (Schieds-)Gericht zu gelangen. Die von BERGER angesprochene Flexibilität lässt sich somit auch bei der verbindlichen Eskalationsklausel sicherstellen, aber eben nur, wenn sich die Parteien einig sind, was vor und nach dem Aufkeimen der Streitigkeit vereinbart werden kann. Sodann besteht die Möglichkeit, mit Hilfe eines ADR-Verfahrens auch bei vermeintlicher Aussichtslosigkeit eine Einigung zu erzielen. Den Verzicht auf diese Möglichkeit in die Hände bloss einer Partei zu legen, scheint somit im Konflikt mit dem Sinn und Zweck eines mehrstufigen Streit-

D. Die wesentlichen Vertragspunkte einer Eskalationsklausel

Für das Zustandekommen eines Vertrags muss nicht der gesamte Vertragsinhalt durch die Vereinbarung festgelegt sein. Vielmehr muss sich der (tatsächliche oder rechtliche) Konsens mindestens auf die wesentlichen Vertragspunkte beziehen (vgl. Art. 2 Abs. 1 OR).⁵² 29

Bei der ADR-Vereinbarung stellt zum einen der Wille der Parteien, ihre Streitigkeiten im Rahmen eines ADR-Verfahrens beizulegen, einen wesentlichen Vertragspunkt dar.⁵³ Zum anderen muss sich aus der ADR-Vereinbarung genügend bestimmt ergeben, welche Streitigkeiten von ihr erfasst sind, d. h., die Bestimmung des Gegenstands des ADR-Verfahrens muss erfolgen.⁵⁴ 30

Schliessen die Parteien eine Schiedsvereinbarung ab, liegt ein objektiv wesentlicher Vertragspunkt in dem Willen der Parteien, ihre Streitigkeiten unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht zu unterstellen.⁵⁵ Des Weiteren müssen die Parteien die von der Schiedsvereinbarung erfassten Streitigkeiten individuell genügend bestimmt oder bestimmbar umschrieben haben.⁵⁶ 31

Die wesentlichen Vertragspunkte für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung sind zum einen die Prorogation eines bestimmten bzw. hinreichend bestimmbaren Gerichtsstandes sowie zum anderen die Bezugnahme auf einen bestehenden oder zukünftigen Rechtsstreit aus einem konkreten Rechtsverhältnis, für welches der vereinbarte Gerichtsstand gelten soll.⁵⁷ 32

Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung des Klageverzichts ergeben sich dessen wesentliche Vertragspunkte nicht bereits aus einer Norm. Unter Beachtung der Definition und des Zwecks eines Klageverzichts ist die Zusiche- 33

beilegungsverfahrens zu stehen und ist deshalb ohne anderslautende Parteivereinbarung abzulehnen. Vgl. auch AHRENS, 191; VOSER, ASA Bull. 2002, 376 f.

⁵² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 330; HUGUENIN, N 256; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 29.03; vgl. KOLLER, N 6.27.

⁵³ EIHOLZER, N 351; GABRIEL, 69; MONN, N 412; SCHÜTZ, N 441.

⁵⁴ EIHOLZER, N 352; GABRIEL, 69; MONN, N 413; vgl. SCHÜTZ, N 440 f.

⁵⁵ BERGER/KELLERHALS, N 289; GIRSBERGER/VOSER, N 373; GÖKSU, N 436; POUDRET/BESSON, N 155.

⁵⁶ BERGER/KELLERHALS, N 299 f.; GIRSBERGER/VOSER, N 394; GÖKSU, N 440; POUDRET/BESSON, N 156.

⁵⁷ BERGER, BK ZPO 17 N 21; FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 9; HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 14 ff.; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Kommentar ZPO 17 N 25 ff.; INFANGER, BSK ZPO 17 N 12.

rung des Verzichts der Einleitung eines Gerichts- bzw. Schiedsgerichtsverfahrens als objektiv wesentlicher Vertragspunkt von den Parteien zwingend vorzusehen.

§ 3 Gültigkeit der Eskalationsklausel

I. Formelle Gültigkeit der Eskalationsklausel

Nach dem Grundsatz der Formfreiheit bedürfen Verträge nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorsieht (Art. 11 Abs. 1 OR) oder die Parteien sich die Anwendung einer Formvorschrift vorbehalten (Art. 16 Abs. 1 OR). Weder Gewohnheits- noch Richterrecht vermögen dagegen einen Formzwang zu begründen.⁵⁸ Die Formvorschriften der prozessualen Verträge richten sich nach dem einschlägigen Prozessrecht.⁵⁹

34

Die Qualifikation der Eskalationsklausel als zusammengesetzter Vertrag hat grundsätzlich zur Folge, dass aufgrund des separaten Abschlusses der einzelnen Vereinbarungen die für diese allfällig geltenden Formvorschriften beachtet werden müssen.⁶⁰

35

A. Formvorschriften für die in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen

a. Formvorschriften für die ADR-Vereinbarung

Formvorschriften sind eine gesetzgeberische Entscheidung und sollten daher bloss ausnahmsweise analog angewendet werden.⁶¹ Die ADR-Vereinbarung wird weder im materiellen noch im prozessualen Recht gesetzlich geregelt. Auch für die einzelnen konkreten Ausgestaltungen, beispielsweise in Form einer Mediationsvereinbarung, fehlen gesetzliche Formvorschriften (vgl. Art. 213 ff. ZPO). Des Weiteren lässt sich aus dem (Schutz-)Zweck der Formvorschriften nicht auf einen Formzwang bei einer ADR-Vereinbarung schliessen.

36

Bei den ADR-Verfahren handelt es sich um nicht autoritative Verfahren, die gegen den Willen der Parteien zu keinem verbindlichen Entscheid führen können. Eine Beurteilung durch ein Schiedsgericht oder staatliches Gericht bleibt

37

⁵⁸ MÜLLER, BK OR 11 N 24; EIHOLZER, N 362.

⁵⁹ MÜLLER, BK OR 11 N 27.

⁶⁰ KOLLER, N 12.104.

⁶¹ Siehe vorne, [N 34](#).

auch bei Abschluss einer ADR-Vereinbarung weiterhin möglich.⁶² Sodann bleibt in dringenden Fällen bzw. bei Verzögerungstaktiken einer Partei der Weg an das (Schieds-)Gericht offen.⁶³ Aufgrund dieser gegenüber der Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung eingeschränkten Rechtswirkungen ist ein Formzwang nicht angebracht. Die Parteien wahren vielmehr ihre Rechte und gewinnen aufgrund der Durchführung eines ADR-Verfahrens mehr Zeit für ihre rechtliche Auseinandersetzung.⁶⁴

- 38 Aufgrund der zahlreich denkbaren ADR-Verfahren hat der Gesetzgeber nicht sämtliche ADR-Verfahren geregelt. Wo er ein ADR-Verfahren gesetzlich geregelt hat, fehlen Formvorschriften. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst nicht sämtliche denkbaren ADR-Verfahren geregelt hat und wo er dies gemacht hat, bewusst auf eine Formvorschrift verzichtet hat. Es kann bei der fehlenden Regelung der ADR-Verfahren und den fehlenden Formvorschriften somit nicht von einer planwidrigen Gesetzeslücke ausgegangen werden. Weiter entsprechen die Rechtsfolgen der ADR-Vereinbarung und der Schieds- bzw. Gerichtsstandsvereinbarung nicht demselben Wertmuster. Mit der ADR-Vereinbarung verzichten die Parteien schliesslich nicht auf den Rechtsschutz durch ein (bestimmtes) staatliches Gericht.⁶⁵ Entsprechend können die vom Gesetzgeber vorgesehenen Formvorschriften für Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen bzw. für den Verzicht auf Rechtsmittel in Schiedsverfahren nicht analog auf das ADR-Verfahren angewendet werden.
- 39 Auch eine Betrachtung aus dem Blickwinkel des Schutzzwecks und der Reichweite der gesetzlichen Formvorschrift vermag daran nichts zu ändern. Mit den Formvorschriften werden insbesondere der Schutz vor Übereilung, die Sicherheit des Rechtsverkehrs und die Schaffung von klaren Verhältnissen verfolgt.⁶⁶ Die Formvorschriften für den Abschluss einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung bezwecken bekanntlich den Schutz der Parteien vor Übereilung und die Sicherstellung des Beweises. Durch die Vereinbarung zur Durchführung eines Schiedsverfahrens oder der örtlichen Prorogation eines staatlichen Gerichts verzichten die Parteien sodann auch auf ihre Garantien nach Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, womit einschneidende (Rechts-)Folgen einhergehen. Eine ADR-Vereinbarung zieht dagegen keine solchen Konsequenzen nach sich. Gegen den Willen der Parteien kann keine verbindliche Entscheidung er-

⁶² Ausser die Parteien schliessen im Rahmen der ADR-Vereinbarung einen endgültigen Klageverzicht, was bei einer Eskalationsklausel jedoch notwendigerweise nicht der Fall ist.

⁶³ Siehe hinten, [N 271 ff.](#) und [N 511 ff.](#)

⁶⁴ EIHOLZER, N 363.

⁶⁵ Siehe hinten, [N 244.](#)

⁶⁶ EIHOLZER, N 363; MÜLLER, BK OR 11 N 52 ff.; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, BSK OR 11 N 2.

gehen und der Weg an das ordentliche Gericht bleibt frei. Die Ausdehnung der Formvorschriften auf die ADR-Vereinbarung scheint deshalb weder aus Sicht des Schutzes vor Übereilung noch für die Sicherstellung des Beweises einer einschneidenden (Rechts-)Folge angezeigt.⁶⁷ Hingegen vermag die formfrei gültige ADR-Vereinbarung nicht die angesichts der Konsequenzen des Abschlusses einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung vorgesehenen Formvorschriften zu ändern.

An der Formfreiheit einer ADR-Vereinbarung ändert sich auch dann nichts, wenn diese als Klausel in einem einer Formvorschrift unterstehenden Hauptvertrag enthalten ist. Die Formvorschriften umfassen zunächst die objektiv wesentlichen Vertragspunkte.⁶⁸ Die Regelung des Streitbeilegungsmechanismus kann dabei nie ein objektiv wesentlicher Vertragspunkt des Hauptvertrags sein.⁶⁹

Allerdings ist durchaus denkbar, dass die ADR-Vereinbarung als subjektiv wesentlicher Vertragspunkt qualifiziert werden kann, welcher grundsätzlich ebenfalls dem Formzwang unterliegt.⁷⁰ Das Bundesgericht schränkt in seiner Rechtsprechung den Umfang des Formzwangs bezüglich der subjektiv wesentlichen Vertragspunkte aber dahin gehend ein, dass nur solche Punkte diesem unterliegen, die vom «*cadre naturel*» des konkreten Geschäfts erfasst werden, d. h., ihrer Natur nach ein Element des konkreten Vertragstypus bilden.⁷¹ Aufgrund dieser Einschränkung entfällt ein allfälliges Formerfordernis für die ADR-Vereinbarung auch bei deren Qualifikation als subjektiv wesentlicher Vertragspunkt. Die Bestimmungen zur Streitbeilegung betreffen nicht das Synallagma des Hauptvertrages und haben somit keinen Einfluss auf die Leistung und Gegenleistung.⁷² Schliesslich sind diese Bestimmungen daher auch nicht unter die formpflichtigen *accidentalita negotii* zu subsumieren, welche die Hauptleistungen bzw. deren Verhältnis zueinander präzisieren.⁷³

Aufgrund der Vertragsfreiheit steht es den Parteien indes offen, für den Abschluss der ADR-Vereinbarung jederzeit eine besondere Form vorzubehalten.⁷⁴

⁶⁷ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 194, der eine analoge Anwendung der für die Schiedsvereinbarung geltenden Formvorschriften ebenfalls ablehnt.

⁶⁸ BGE 125 III 131 E. 4b; HUGUENIN, N 365; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, BSK OR 11 N 14.

⁶⁹ EIHOLZER, N 374.

⁷⁰ BGE 125 III 131 E. 4b; 113 II 402 E. 2a; HUGUENIN, N 365; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, BSK OR 11 N 15.

⁷¹ BGE 135 III 295 E. 3.2; 119 II 135 E. 2a; 113 II 402 E. 2a; 90 II 34 E. 2.

⁷² Vgl. EIHOLZER, N 377; HUGUENIN, N 365.

⁷³ HUGUENIN, N 365.

⁷⁴ EIHOLZER, N 364.

b. Formvorschriften für die Schiedsvereinbarung

- 43 Im Unterschied zur ADR-Vereinbarung ergeben sich für die Schiedsvereinbarung die Formvorschriften aus Art. 358 ZPO bzw. Art. 178 Abs. 1 IPRG. Diese hat somit schriftlich oder in einer anderen Form zu erfolgen, die den Nachweis durch Text erlaubt. Eine Unterschrift der Parteien ist weder nach den Bestimmungen der ZPO noch nach denjenigen des IPRG notwendig.⁷⁵ Dadurch sollen die Parteien primär vor Übereilung geschützt werden. Aber auch die inhaltliche Klarheit, die es dem (Schieds-) Richter ermöglichen soll, den Willen der Parteien einfach und mit einer gewissen Sicherheit beurteilen zu können.⁷⁶
- 44 Die vorgeschriebene Textform darf von den Parteien nicht abgeschwächt werden.⁷⁷ Ist auf die Schiedsvereinbarung Schweizer Recht anwendbar, können die Parteien gemäss Art. 16 Abs. 1 OR allerdings das Formerfordernis ergänzen oder verstärken (z. B. mittels der gewillkürten Schriftform nach Art. 16 Abs. 2 OR, womit die Schiedsvereinbarung der Unterschrift der Parteien bedarf).⁷⁸
- 45 Das NYÜ sieht im Grundsatz die gleichen Formerfordernisse vor. Nach Art. II Abs. 2 NYÜ ist unter einer «schriftlichen Vereinbarung» eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben. Im Unterschied zu den Bestimmungen des IPRG und der ZPO verlangt das NYÜ demnach die Unterschrift der Parteien oder einen Austausch der Dokumente. Trotz dieser Unterschiede kam das Bundesgericht in einem Entscheid zum Schluss, dass keine Differenzen zwischen den Formvorschriften des Art. 178 Abs. 1 IPRG und des Art. II Abs. 2 NYÜ bestünden.⁷⁹
- 46 Die formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung beurteilt sich aber nur in zwei Fällen nach Art. II Abs. 2 NYÜ. Zum einen wenn sich das staatliche Gericht mit einer Schiedseinrede gestützt auf eine Schiedsvereinbarung, welche ein Schiedsgericht mit Sitz im Ausland vorsieht, konfrontiert sieht. Zum anderen

⁷⁵ BGer 4P.124/2001 vom 7. August 2001, E. 2c; BERGER/KELLERHALS, N 422 und 434; GIRSBERGER, BSK ZPO 358 N 1; GRÄNICH, BSK IPRG 178 N 26. Beachte jedoch Art. II Abs. 2 NYÜ.

⁷⁶ GIRSBERGER, BSK ZPO 358 N 1; GRÄNICH, BSK IPRG 178 N 11.

⁷⁷ GIRSBERGER, BSK ZPO 358 N 8; GRÄNICH, BSK IPRG 178 N 10.

⁷⁸ BGE 142 III 239 E. 6; GIRSBERGER, BSK ZPO 358 N 8; GRÄNICH, BSK IPRG 178 N 26. Zum anwendbaren Recht hinten, [N 73 ff.](#)

⁷⁹ BGE 121 III 23 E. 2c.

wenn das staatliche Gericht über die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsurteils zu entscheiden hat.⁸⁰

c. Formvorschriften für die Gerichtsstandvereinbarung

Vorschriften über die formelle Gültigkeit einer Gerichtsstandvereinbarung sind für Binnensachverhalte in Art. 17 Abs. 2 ZPO und für internationale Sachverhalte in Art. 5 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 23 Abs. 1 LugÜ vorgesehen. Im Anwendungsbereich der ZPO und des IPRG hat die Gerichtsstandvereinbarung damit schriftlich oder in einer anderen Form, welche den Nachweis durch Text erlaubt, zu erfolgen. Dies sind die gleichen Formvorschriften wie für die Schiedsvereinbarung. Eine Unterschrift der Parteien ist zur Einhaltung der Formvorschrift ebenfalls nicht notwendig.⁸¹

Bei der Anwendbarkeit des LugÜ wird zur Einhaltung der Schriftlichkeit ebenfalls keine Unterschrift vorausgesetzt.⁸² Des Weiteren reichen auch die schriftliche Bestätigung einer mündlichen Vereinbarung («halbe Schriftlichkeit»), die Form, die den zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten entspricht, sowie die im internationalen Handelsverkehr einem Handelsbrauch entsprechende Form, welche die Parteien kannten oder kennen mussten und Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmässig beachten, aus. Die Einhaltung der Schriftform soll wiederum dem Schutz vor Übereilung und der Sicherstellung des Beweises dienen.⁸³

Ist Schweizer Recht auf die Gerichtsstandvereinbarung anwendbar, steht es den Parteien wie bei der Schiedsvereinbarung nach Art. 16 Abs. 1 OR offen, das Formerfordernis ausdrücklich oder konkludent zu ergänzen oder zu verstärken.⁸⁴

⁸⁰ GIRSBERGER/VOSER, N 388.

⁸¹ FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 32; INFANGER, BSK ZPO 17 N 27; SPÜHLER/RODRIGUEZ, N 118 f.; WALTER/DOMEJ, 135; vgl. BGE 131 III 398 E. 7.1.1. A.M. betreffend die Gerichtsstandvereinbarung nach IPRG, GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 26; GROLIMUND/AMMANN, in: Zivilprozessrecht, § 9 N 64.

⁸² BERGER, BSK LugÜ 23 N 43; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 94.

⁸³ GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 23; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 86.

⁸⁴ Vgl. BERGER, BSK LugÜ 23 N 44. Zum anwendbaren Recht hinten, [N 79 ff.](#)

d. Formvorschriften für den dilatorischen Klageverzicht

- 50 Für das *pactum de non petendo* bestehen keine gesetzlichen Formvorschriften (vgl. Art. 12 OR).⁸⁵ Den Parteien steht aber auch bezüglich des dilatorischen Klageverzichts die Möglichkeit offen, ein bestimmtes Formerfordernis vorzuschreiben (Art. 16 Abs. 1 OR). Aus dem (Schutz-)Zweck der Formvorschriften drängt sich darüber hinaus keine Anwendung von Formvorschriften auf. Die Parteien vereinbaren mit dem dilatorischen Klageverzicht lediglich einen zeitweiligen Ausschluss der Zulässigkeit der Einleitung des (schieds-)gerichtlichen Verfahrens. Auch wenn der dilatorische Klageverzicht für einen langen Zeitraum vereinbart wurde, bleibt in dringenden Fällen bzw. bei Verzögerungstaktiken einer Partei der Weg an das (Schieds-)Gericht offen.⁸⁶ Das zuständige (Schieds-)Gericht kann daher auch bei Abschluss eines dilatorischen Klageverzichts mit langer Dauer jederzeit über den eingeklagten Anspruch urteilen, wenn dies zur Wahrung des effektiven Rechtsschutzes einer Partei angezeigt ist. Entsprechend wird ihre Rechtsposition durch den Abschluss eines dilatorischen Klageverzichts nicht so stark eingeschränkt, dass sich die Anwendung einer Formvorschrift rechtfertigen würde. Damit zusammenhängend erscheint die Bejahung einer Formvorschrift aus dem Blickwinkel der Beweissicherung ebenfalls als nicht notwendig.
- 51 Des Weiteren können die Formvorschriften der Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen nicht analog auf den dilatorischen Klageverzicht angewendet werden. Bei diesem handelt es sich um eine Vereinbarung über das Verfahren vor dem Schiedsgericht und damit nicht über dessen Zuständigkeit, womit sich der dilatorische Klageverzicht von der Schiedsvereinbarung unterscheidet und damit deren Formvorschriften nicht anwendbar sind.⁸⁷ Eine Gerichtsstandsvereinbarung liegt mangels der durch den dilatorischen Klageverzicht erfolgenden örtlichen Prorogation eines staatlichen Gerichts ebenfalls nicht vor. Die Parteien verzichten folglich wie bei der ADR-Vereinbarung als solche mit Abschluss des dilatorischen Klageverzichts nicht auf den Rechtsschutz durch ein (bestimmtes) staatliches Gericht. Die Rechtsfolgen der Vereinbarungen entsprechen folglich nicht dem Wertmuster einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung.

⁸⁵ Vgl. beispielsweise für den in einer formlos gültigen Sicherungsabrede enthaltenen (stillschweigenden) Klageverzicht, TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 114 N 35 und 38.

⁸⁶ Siehe hinten, [N 271 ff.](#) und [N 511 ff.](#)

⁸⁷ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 194. Dazu hinten, [N 333 ff.](#)

B. Formvorschriften für die Eskalationsklausel

Wie zuvor ausgeführt, bestehen für die Schieds- und die Gerichtsstandvereinbarung von Gesetzes wegen Formvorschriften, während die ADR-Vereinbarung und der Klageverzicht keiner Formvorschrift unterliegen. Somit stellt sich die Frage, ob sich durch die Zusammenführung dieser einzelnen Abreden in einer Eskalationsklausel die gesetzlichen Formvorschriften auch auf die ADR-Vereinbarung und den Klageverzicht ausdehnen oder umgekehrt die formfrei gültigen Vereinbarungen die gesetzlichen Formvorschriften zu verdrängen vermögen.

52

Wie bereits eingangs dieses Kapitels erwähnt, hat jede in der Eskalationsklausel vorhandene Vereinbarung ihren eigenen Formvorschriften zu genügen. Entsprechend vermag die Zusammenführung der einzelnen Abreden zu einer Eskalationsklausel nichts an den ihnen zugrunde liegenden Formvorschriften zu ändern.

53

Dementsprechend unterliegen bei der Vereinbarung einer Eskalationsklausel m. E. bloss die Schieds- und die Gerichtsstandvereinbarung einer gesetzlichen Formvorschrift.⁸⁸ Ist Schweizer Recht auf die eine oder mehrere in der Eskalationsklausel enthaltene Vereinbarung(en) anwendbar, steht es den Parteien nach Art. 16 Abs. 1 OR offen, strengere Formvorschriften für die Schieds- und Gerichtsstandvereinbarung sowie überhaupt eine Formvorschrift für übrigen enthaltenen Vereinbarungen vorzusehen.

54

C. Rechtsfolgen der Verletzung der auf die Eskalationsklausel anwendbaren Formvorschriften

Nachdem die für den gültigen Abschluss der einzelnen in einer Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen zu beachtenden Formvorschriften erarbeitet wurden, sollen in einem nächsten Schritt die Rechtsfolgen der formungültigen Abreden einer Eskalationsklausel dargestellt werden. Gemäss Art. 11 Abs. 2 OR hängt die Gültigkeit des Vertrags grundsätzlich von der Beachtung der gesetzlichen Formvorschrift ab. Dies führt gemäss der klassischen Nichtigkeitstheorie zur absoluten und unheilbaren Nichtigkeit des formungültigen Rechtsgeschäfts.⁸⁹

55

⁸⁸ Gl.M. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 193 f.; EIDENMÜLLER, 11 (Fn. 29); a.M. EIHOLZER, N 383, der eine Ausdehnung der Formvorschriften auf sämtliche Vereinbarungen der Eskalationsklausel bejaht.

⁸⁹ HUGUENIN, N 369.

- 56 Dieser absoluten Nichtigkeit werden durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts nunmehr aber Grenzen gesetzt. Um durch die Berufung auf einen Formmangel mitunter entstehende unbillige Ergebnisse zu vermeiden, wird ein formungültiger Vertrag dann als gültig erachtet, wenn dieses Verhalten gegen Treu und Glauben verstösst und damit einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch i. S. v. Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt.⁹⁰ Eine die Formvorschriften missachtende in der Eskalationsklausel enthaltene Vereinbarung ist demnach grundsätzlich als ungültig anzusehen und vermag die Parteien nicht zu binden. Ein Anwendungsfall des verpönten Rechtsmissbrauchs dürfte beispielsweise vorliegen, wenn sich beide Parteien nach der Entstehung einer Streitigkeit vorbehaltlos am ADR-Verfahren beteiligen (z. B. durch die Ernennung eines Mediators), eine Partei aber anschliessend dennoch – unter Berufung auf den Formmangel – ohne Durchführung des ADR-Verfahrens direkt Klage vor dem (Schieds-)Gericht einreicht.⁹¹ In diesen Fällen sind die Parteien auch bei Vorliegen eines Formmangels zur Durchführung der mittels Eskalationsklausel zwingend vorgesehenen Verfahren verpflichtet.⁹²
- 57 Eine Konversion der in der Eskalationsklausel enthaltenen formungültigen Schieds- oder Gerichtsstandvereinbarung in eine weniger strengen Formvorschriften unterstehende Vereinbarung wird kaum möglich sein. Es wird bereits an der ersten Voraussetzung des formgültigen Ersatzgeschäfts, welches die formungültige Schieds- oder Gerichtsstandvereinbarung inhaltlich umfasst, d. h., denselben Zweck verfolgt bzw. dieselben Wirkungen hat, fehlen.⁹³ Ein solches Ersatzgeschäft mit ähnlichen Wirkungen wie die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur verbindlichen Entscheidung einer Streitigkeit oder der örtlichen Prorogation eines staatlichen Gerichts existiert nicht.

⁹⁰ BGer 4C.175/2003 vom 28. Oktober 2003, E. 3.2; vgl. BGE 112 II 330 E. 2b.

⁹¹ Es läge in solch einem Fall ein widersprüchliches Verhalten («*venire contra factum proprium*») vor, welches nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz verdient. Dazu BGE 115 II 331 E. 5a; 104 II 99 E. 3; vgl. auch BERGER, in: FS Schlosser, 33.

⁹² Vgl. VOSER, ASA Bull. 2002, 380 f. Im Ergebnis gleich für die Schiedsvereinbarung, BGE 121 III 38 E. 3; GIRSBERGER, BSK ZPO 358 N 23; PFISTERER, BK ZPO 358 N 25; SCHLOSSER, N 374. Vgl. für die Gerichtsstandvereinbarung, GEHRI, BSK ZPO 52 N 10; GÖKSU, DIKE-Komm. ZPO 52 N 28; HURNI, BK ZPO 52 N 65. In BGE 105 Ia 307 E. 4 hat das Bundesgericht zudem festgehalten, dass wer ohne Vorbehalt eine Vorladung oder andere Verfügung befolgt, nachträglich nicht mehr deren Mangel rügen kann, ohne gegen den Grundsatz von Treu und Glauben zu verstossen. Dies lässt sich mit der Situation des oben aufgeführten Beispiels für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vergleichen.

⁹³ Zu den Voraussetzungen der Konversion, BUCHER, OR AT, 171; HUGUENIN, N 379.

II. Materielle Gültigkeit der Eskalationsklausel

A. Das auf die Eskalationsklausel anwendbare Recht

Die materielle Gültigkeit ergibt sich aus dem auf die einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen anwendbaren Recht.

58

a. Binnensachverhalt

Fehlt es einem Sachverhalt an einem relevanten Auslandsbezug (z. B., wenn eine Partei den gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz nicht in der Schweiz hat), liegt ein Binnensachverhalt vor. In dieser Konstellation braucht das auf die Eskalationsklausel anwendbare Recht nicht gesondert bezeichnet zu werden. Vielmehr bestimmt sich die materielle Gültigkeit in diesen Fällen nach Schweizer Recht.⁹⁴

59

b. Internationaler Sachverhalt

Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn ein internationaler und damit grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Die materielle Gültigkeit der Eskalationsklausel wird dann durch das anhand der Kollisionsnormen des IPRG zu bestimmende anwendbare Recht geregelt (Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG). Die Ermittlung der einschlägigen Bestimmungen des IPRG kann sich aufgrund der unterschiedlichen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen schwierig gestalten. Des Weiteren muss die Rechtsnatur der einzelnen Vereinbarungen bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts berücksichtigt werden.⁹⁵

60

i. ADR-Vereinbarung

Prozessuale Abreden liegen dann vor, wenn die Vereinbarung auf den Eintritt eines prozessualen Rechtserfolgs gerichtet ist und sich die Vertragswirkungen im Prozessrecht entfalten.⁹⁶ Dabei ist hinsichtlich der Wirkungen auf den Parteiwillen und nicht auf die tatsächlich eingetretenen bzw. möglichen Rechts-

61

⁹⁴ Vgl. GROLIMUND/LOACKER/SCHNYDER, BSK IPRG 1 N 1.

⁹⁵ ARNTZ, RIW 2014, 804.

⁹⁶ PELLI, 55; SCHMIDT, 93; SCHÜTZ, N 452; WAGNER, Prozessverträge, 28. Ausführlich hinten, [N 150 ff.](#)

folgen der Vereinbarung abzustellen.⁹⁷ Prozessverträge betreffen mithin die Frage, wie zur verbindlichen Feststellung des materiell-rechtlichen Streitverhältnisses vorzugehen ist.⁹⁸

- 62 Durch den Abschluss einer in der Eskalationsklausel enthaltenen ADR-Vereinbarung begründen die Parteien bestimmte Leistungspflichten, die sich entweder aus der Natur des durchzuführenden ADR-Verfahrens oder direkt aus einer expliziten vertraglichen Abrede ergeben.⁹⁹ Gleichzeitig wirkt sich die ADR-Vereinbarung auf die Streitbeilegungsvorschriften des Staats aus, indem das vereinbarte ADR-Verfahren durchgeführt werden muss oder das ADR-Verfahren das Schlichtungsverfahren gemäss ZPO gar ersetzt.¹⁰⁰ M. a. W. greift die ADR-Vereinbarung in das Prozessrechtsverhältnis der Parteien ein, welche mit Abschluss der ADR-Vereinbarung von den Regeln des Prozessrechts abweichen. Damit handelt es sich bei der ADR-Vereinbarung m. E. um einen prozessrechtlichen Vertrag.¹⁰¹
- 63 Die Unterscheidung zwischen Verträgen des Prozessrechts und solchen des materiellen Rechts ist im Hinblick auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts in internationalen Verhältnissen von Bedeutung, denn das (Schieds-) Gericht hat bei Vorliegen eines prozessualen Charakters der Vereinbarung grundsätzlich das Recht «seines» Staates anzuwenden, d. h. die *lex fori* die *lex fori arbitri*.¹⁰² Findet sich keine entsprechende Regelung im Prozessrecht, ist das materielle Recht analog heranzuziehen.¹⁰³ Das anwendbare materielle Recht muss daher gestützt auf das IPR-Gesetz des angerufenen staatlichen Gerichts bzw. nach demjenigen am Sitz des Schiedsgerichts bestimmt werden (vgl. für die Schweiz: Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG).

⁹⁷ PELLI, 67; SCHMIDT, 93; WAGNER, Prozessverträge, 29.

⁹⁸ BGE 41 II 534 E. 2; PELLI, 56 f.; SCHÜTZ, N 452.

⁹⁹ Vgl. PETER, BK ZPO N 52 Vorbem. Art. 213–218; SCHÜTZ, N 446. Als Beispiele seien die Mitwirkungspflicht bei der Ernennung einer neutralen Drittperson, die Pflicht zur Teilnahme am ADR-Verfahren und die Wahl einer bestimmten institutionellen ADR-Verfahrensordnung genannt.

¹⁰⁰ Siehe hinten, [N 549 ff.](#)

¹⁰¹ Vgl. auch BGE 142 III 296 E. 2.4.4.2; OGer ZH vom 11. September 2001, in: ZR 101/2002, 77 ff.; BOOG, ASA Bull. 2008, 108; VOSER, ASA Bull. 2002, 378 ff. Anders KassGer ZH vom 15. März 1999, in: ZR 99/2000, 86 f., welches von der materiell-rechtlichen Natur einer Schlichtungsvereinbarung ausgeht.

¹⁰² PELLI, 75 f.; WILLISEGGER, 47 f.

¹⁰³ FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 2; HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 11; INFANGER, BSK ZPO 17 N 12.

Da das hiesige Prozessrecht keine Bestimmungen zur ADR-Vereinbarung enthält, gilt es die aus Schweizer Sicht für die Bestimmung des anwendbaren Recht relevanten Bestimmungen zu ermitteln.

Vereinzelt wird vorgebracht, dass durch den Abschluss der ADR-Vereinbarung zwischen den Parteien eine einfache Gesellschaft entsteht. Dies ist m. E. jedoch zu verneinen.¹⁰⁴ Eine einfache Gesellschaft dient den Parteien zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (Art. 530 Abs. 1 OR). Die Durchführung des vereinbarten ADR-Verfahrens stellt jedoch keinen Zweck dar, sondern ist als Mittel zur Erreichung des Zwecks des Hauptvertrags zu betrachten und damit in diesen integriert.¹⁰⁵ Hinsichtlich des durch die Parteien verfolgten Zwecks besteht keine Gemeinsamkeit bzw. Einigkeit, denn dieser ist schliesslich derart gegensätzlich, dass überhaupt erst eine Streitigkeit entstehen konnte.¹⁰⁶ Die Erzielung einer einvernehmlichen Streitbeilegung bildet somit lediglich das gemeinsame Interesse der Parteien an der Durchführung des ADR-Verfahrens. Das blosse gemeinsame Motiv vermag für sich allein genommen noch keinen Gesellschaftszweck auszumachen.¹⁰⁷ Demzufolge sind zwecks Festsetzung des anwendbaren Rechts die IPRG-Bestimmungen in Bezug auf die Verträge und nicht das Gesellschaftsrecht zu konsultieren.¹⁰⁸ Die Regeln zum Vertragsabschluss und die weiteren aus der ADR-Vereinbarung entstehenden Pflichten sind dabei nach einheitlichem Recht zu beurteilen.¹⁰⁹

Nach Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Diese haben somit zunächst die Möglichkeit, das auf die ADR-Vereinbarung anwendbare Recht selbst zu bestimmen. Diese Rechtswahl kann jederzeit getroffen oder geändert werden und muss ausdrücklich sein bzw. sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben (Art. 116 Abs. 2 und 3 IPRG). Fehlt eine Rechtswahl, untersteht der Vertrag nach Art. 117 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt. In diesem Zusammenhang geht die Vermutung dahin, dass der engste Zusammenhang mit dem Staat besteht, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen

¹⁰⁴ EIHOLZER, N 498 ff.; PETER, BK ZPO N 52 Vorbem. Art. 213–218; SCHÜTZ, N 446; a.M. GABRIEL, 83 ff.; HABSCHEID E., AJP 2001, 941.

¹⁰⁵ EIHOLZER, N 500; PETER, BK ZPO N 52 Vorbem. Art. 213–218.

¹⁰⁶ PETER, BK ZPO N 52 Vorbem. Art. 213–218; vgl. EIHOLZER, N 500 f.

¹⁰⁷ HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 530 N 209.

¹⁰⁸ Aufgrund von Art. 150 Abs. 2 IPRG wären auch bei der Qualifikation der ADR-Vereinbarung als einfaches Gesellschaftsverhältnis die Bestimmungen zum Vertrag anwendbar.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 100 II 34 E. 3; 94 II 355 E. 3; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 199.

hat, in dem sich ihre Niederlassung befindet (Art. 117 Abs. 2 IPRG). Bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts nach dem engsten Zusammenhang gilt es zu beachten, dass die in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen in aller Regel vom Hauptvertrag unabhängig sind.¹¹⁰ Entsprechend bestimmt sich die charakteristische Leistung nicht anhand des Hauptvertrags, sondern mittels der ADR-Vereinbarung.¹¹¹

- 67 Eine ausdrückliche Rechtswahl liegt bei der schriftlichen oder mündlichen Bestimmung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts dann vor, wenn zur Feststellung des diesbezüglichen Willens nicht auf weitere Umstände zurückgegriffen werden muss.¹¹² Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ergeben sich bei der Ermittlung der für die ADR-Vereinbarungen relevanten Rechtsordnung vorläufig keine weiteren Probleme.¹¹³
- 68 Die Parteien können das anwendbare Recht unter Beachtung des Eindeutigkeitserfordernisses von Art. 116 Abs. 2 IPRG auch stillschweigend wählen. Vorausgesetzt wird die Annahme, dass die Parteien ihr Verhältnis bewusst und in Kenntnis des Rechtswahlproblems einer bestimmten Rechtsordnung unterstellen wollten.¹¹⁴
- 69 Die ADR-Vereinbarung wird im Hinblick auf die allfällige Beilegung einer sich aus einem Vertrag oder anderem Rechtsverhältnis ergebenden Streitigkeit geschlossen. Als Indiz für eine stillschweigende Rechtswahl der Parteien kann daher der Umstand des Zusammenhangs dieser beiden (Vertrags-)Verhältnisse gewertet werden.¹¹⁵ Um tatsächlich von einer stillschweigenden Rechtswahl für die ADR-Vereinbarung zugunsten des auf die Streitigkeit anwendbaren Rechts ausgehen zu können, bedarf es jedoch zusätzlich des Vorliegens von weiteren Umständen.¹¹⁶ Solche können m. E. angenommen werden, wenn der Ort der Durchführung des ADR-Verfahrens in dem Staat liegt, dessen Recht auf die Streitigkeit anwendbar ist, oder wenn bei der Formulierung der ADR-

¹¹⁰ Dazu ausführlich hinten [N 157 ff.](#)

¹¹¹ Vgl. PACZOSKA KOTTMANN, 148.

¹¹² AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 38; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 48; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 9.

¹¹³ Zur Beachtung des «einheitlichen Ganzen» siehe hinten, [N 93 ff.](#)

¹¹⁴ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 39; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 51. Siehe auch hinten, [N 93 ff.](#)

¹¹⁵ Vgl. AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 44; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 69.

¹¹⁶ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 39; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 56; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 11.

Vereinbarung ein typischer Ausdruck der auf die Streitigkeit anwendbaren Rechtsordnung verwendet wird.¹¹⁷

Bei Fehlen einer Rechtswahl gestaltet sich die Bestimmung der charakteristischen Leistung einer ADR-Vereinbarung schwierig. Sämtliche Parteien sind regelmässig zu denselben Leistungen verpflichtet, sei dies zur Teilnahme am ADR-Verfahren oder zur allfälligen Mitwirkung bei der Ernennung einer neutralen Drittperson. Die Leistung, welche dem konkreten Vertragstypus sein Gepräge gibt und diesen von anderen Verträgen unterscheidet,¹¹⁸ kann als Folge davon kaum einer der an der ADR-Vereinbarung beteiligten Parteien zugeordnet werden. Auch die Richtlinie, dass die nicht in Geld bestehende Vertragsleistung gegenüber der in Geld zu erbringenden Leistung als charakteristisch zu qualifizieren ist,¹¹⁹ vermag die Problematik nicht zu lösen. Schliesslich teilen die Parteien die externen Kosten des ADR-Verfahrens i. d. R. zu gleichen Teilen bei gleichzeitiger Tragung der eigenen Kosten auf.¹²⁰ Kann keine charakteristische Leistung ausgemacht werden, fungiert die Generalklausel des Art. 117 Abs. 1 IPRG als «Auffangbecken».¹²¹

Damit stellt sich bei der Bestimmung der charakteristischen Leistung infolge der Gleichartigkeit der gegenseitigen Leistungspflichten ein ähnliches Problem wie bei echten Tauschverträgen i. S. v. Art. 237 OR. In der Lehre wurde für diese Verträge vorgeschlagen, an den gewöhnlichen Aufenthalt derjenigen Partei anzuknüpfen, welche den Tauschvertrag angeregt hat.¹²² Ein solcher Nachweis der Vertragsanbahnung wird regelmässig nur schwer zu erbringen sein, weshalb sich dieses Kriterium nur beschränkt zur Bestimmung des anwendbaren Rechts eignet.¹²³ Deshalb werden das Abstellen auf die konkreten Umstände des Einzelfalls oder die Anknüpfung an das Recht des Abschlussortes als weitere Möglichkeiten vorgeschlagen.¹²⁴ Ist der Abschlussort nicht nachweisbar oder fehlt es an einem solchen – was bei Abschluss unter Abwesenden, die sich nicht am selben Ort befinden, stets der Fall ist –, soll es zur

¹¹⁷ Vgl. BGE 121 III 35 E. 2bb; 62 II 140 E. 1 zum Indiz des typischen Ausdrucks einer Rechtsordnung. Vgl. zum Ganzen auch hinten, [N 101](#).

¹¹⁸ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 117 N 18; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 27.

¹¹⁹ Botschaft IPRG, 410; AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 117 N 18; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 29.

¹²⁰ Siehe beispielsweise Art. 22 Ziff. 1 Swiss Rules of Mediation; Art. 9.2 und 9.8 LCIA Mediation Rules.

¹²¹ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 117 N 12; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 67; KREN KOSTKIEWICZ, in: FS Siehr, 367.

¹²² AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 117 N 27; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 33.

¹²³ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 117 N 27.

¹²⁴ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 117 N 27; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 34.

Spaltung des Vertragsstatuts kommen und jedes Leistungsglied an das Recht seines Schuldners angeknüpft werden.¹²⁵ Diese Lösungsansätze wären auch für die Bestimmung des anwendbaren Rechts der ADR-Vereinbarung denkbar. Sie leiden jedoch an Beweisproblemen (Vertragsanbahnung), anhaftender Willkür bei der Bestimmung (konkrete Umstände des Einzelfalls) sowie fehlender praktischer Relevanz (Abschlussort; die Parteien werden wohl in einer Vielzahl der internationalen Fälle die Vereinbarung unter Abwesenden schließen) oder führen zur Anwendung von mehreren u. U. widersprüchlichen Rechtsordnungen (separate Anknüpfung der Leistungsglieder).

- 72 Da die ADR-Vereinbarung im Hinblick auf die Beilegung einer aus einem bestimmten (Vertrags-)Verhältnis entstehenden Streitigkeit abgeschlossen wird, besteht m. E. eine weitere Möglichkeit darin, das anwendbare Recht mittels einer Anknüpfung an dieses (Vertrags-)Verhältnis zu bestimmen. Dies führt sowohl für den Fall der Integration der ADR-Vereinbarung in den Hauptvertrag (anwendbar ist das Recht, welches für den Hauptvertrag gilt) als auch für die separate Vereinbarung (anwendbar ist das Recht, welches für die Beurteilung der mithilfe der ADR-Vereinbarung beizulegenden Streitigkeit massgebend ist) zu einer Lösung.¹²⁶ Die erwähnten Probleme der Lösungsansätze zur Bestimmung der charakteristischen Leistung bei einer ADR-Vereinbarung liessen sich dadurch vermeiden. Im Unterschied zur weiter oben erwähnten Möglichkeit der stillschweigenden Rechtswahl durch diese beiden Anknüpfungsvarianten sind bei der objektiven Anknüpfung keine weiteren Indizien für die Bestimmung des anwendbaren Rechts notwendig. Vielmehr kann hier mithilfe des hypothetischen Parteiwillens¹²⁷ darauf geschlossen werden, dass die Parteien die Gültigkeit der ADR-Vereinbarung und die damit beizulegende Streitigkeit nicht nach unterschiedlichen Rechtsordnungen beurteilen lassen wollen. Der engste Zusammenhang i. S. v. Art. 117 Abs. 1 IPRG besteht demnach bei diesem Lösungsansatz mit dem Recht des Staates, nach dem der mittels der ADR-Vereinbarung zu lösende Konflikt beurteilt wird.

¹²⁵ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 117 N 27; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 34.

¹²⁶ Eine ähnliche Lösung wird sodann auch für die Bestimmung des auf einen aussergerichtlichen Vergleich anwendbaren Rechts vorgeschlagen, KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 197. Vgl. auch Art. 178 Abs. 2 IPRG betreffend des auf eine Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts.

¹²⁷ Eine Orientierung am hypothetischen Parteiwillen ist bei der objektiven Anknüpfung zulässig, KREN KOSTKIEWICZ, in: FS Siehr, 375.

ii. Schiedsvereinbarung

Oft sehen die Parteien als letzte Eskalationsstufe ein Schiedsverfahren vor. Die Zuständigkeit des Schiedsgericht wird mit einer Schiedsvereinbarung begründet.¹²⁸ Im Folgenden gilt es daher, das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht zu bestimmen.¹²⁹ Nach der dafür einschlägigen Bestimmung ist die Schiedsvereinbarung im Übrigen, d. h., wenn die Formvorschriften eingehalten wurden, gültig, sofern sie dem von den Parteien gewählten Recht, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht (Art. 178 Abs. 2 IPRG). Diese alternative Anknüpfung folgt dem Prinzip des *favor validitatis*. Für die Beurteilung der materiellen Gültigkeit dürfen die drei zur Verfügung gestellten Rechtsordnungen allerdings nicht «vermischt» werden, sondern die Schiedsvereinbarung muss gesamthaft einer Rechtsordnung entsprechen.¹³⁰

73

Die Parteien treffen in der Praxis nur selten eine Rechtswahl für das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht.¹³¹ Diese erste Variante zur Bestimmung der materiellen Gültigkeit kommt zudem nur dann zur Anwendung, wenn sich das von den Parteien gewählte Recht von demjenigen des Hauptvertrags unterscheidet.¹³² Mitunter kann eine solche Rechtswahl konkludent erfolgen, was etwa bei der durch die Parteien erfolgten Bestimmung des Sitzes des Schiedsgerichts oder der Wahl einer Schiedsordnung mit einer spezifischen Rechtsordnung verbundenen Institution der Fall sein kann.¹³³

74

Das im Sinne der zweiten Variante auf den Hauptvertrag anwendbare Recht bestimmt sich nach Art. 187 Abs. 1 IPRG. Demzufolge richtet sich die materielle Gültigkeit wiederum zuerst nach der Rechtswahl durch die Parteien für den Hauptvertrag oder bei Fehlen einer Rechtswahl nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt. Dabei gelten für die Rechtswahl durch

75

¹²⁸ Ein Teil der Lehre qualifiziert die Schiedsvereinbarung als gemischt-rechtlichen Vertrag, GIRSBERGER, BSK ZPO 357 N 6; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 4; OETIKER, ZK IPRG 178 N 9; PFISTERER, BK ZPO 357 N 24. Die Schiedsvereinbarung als rein prozessualen Vertrag qualifizierend, BGE 116 Ia 56 E. 3a; EGGER, Kommentar ZPO 357 N 23; STACHER, DIKE-Komm. ZPO 357 N 2. Offengelassen bei BERGER/KELLERHALS, N 310; DASSER, KuKo ZPO 357 N 1.

¹²⁹ Dabei handelt es sich wie bei der ADR-Vereinbarung um eine einzige Rechtsordnung. Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 397; GÖKSU, N 424; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 49; OETIKER, ZK IPRG 178 N 32; a.M. GIRSBERGER/VOSER, N 400.

¹³⁰ BERGER/KELLERHALS, N 396; GÖKSU, N 428; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 49; OETIKER, ZK IPRG 178 N 32.

¹³¹ GÖKSU, N 431; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 50.

¹³² BGE 129 III 675 E. 2.3; 117 II 94 E. 5b.

¹³³ GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 50.

die Parteien dieselben Kriterien wie bei derjenigen gemäss Art. 116 IPRG.¹³⁴ Aufgrund einer fehlenden entsprechenden Vermutung sind für die objektive Anknüpfung anhand des engsten Sachzusammenhangs im Unterschied zu Art. 117 Abs. 2 IPRG der gewöhnliche Aufenthalt einer Partei und die Lokalisierung der charakteristischen Leistung irrelevant.¹³⁵ Das Schiedsgericht hat deshalb bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts den inneren sachlichen Zusammenhang zu beachten und dabei sämtliche für den Einzelfall relevanten Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in die Beurteilung mit einzubeziehen.¹³⁶ Unbeachtlich sind dabei u. a. der Ort der Vertragsverhandlungen und des Vertragsabschlusses, der Schiedsort, die Nationalität der Schiedsrichter (aufgrund des bloss zufälligen Zusammenhangs mit der «Streitsache» oder des Zusammenhangs mit dem Schiedsverfahren) oder der rechtliche Erfüllungsort.¹³⁷ Hingegen ist dem Grundgedanken von Art. 117 Abs. 1 IPRG folgend v. a. auf den Ort bzw. die Orte abzustellen, an denen die nicht geldwerten Leistungen erbracht werden.¹³⁸ Aufgrund der schier unendlichen Möglichkeiten der Vertragsgestaltung durch die Parteien können an dieser Stelle keine allgemein gültigen Aussagen zur Bestimmung der für die Anknüpfung relevanten Leistungen getroffen werden. Dies hat durch die zuständige Instanz im Einzelfall zu erfolgen. Haben die Parteien das Schiedsgericht i. S. v. Art. 187 Abs. 2 IPRG ermächtigt, nach Recht und Billigkeit («ex aequo et bono») zu entscheiden, bezieht sich diese Abrede nur auf die materielle Beurteilung der Streitigkeit, nicht aber der Schiedsvereinbarung.¹³⁹ An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ diese Anknüpfung zwecks Begründung der materiellen Gültigkeit nicht vorsieht. Bei entsprechendem Vorbringen einer Partei kann dadurch der Fall eintreten, dass die materielle Gültigkeit ausschliesslich gestützt auf das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht begründet werden kann und damit einem schweizerischen Schiedsentscheid die Anerkennung und Vollstreckung im Ausland versagt wird. Diese Problematik kann nur vermieden werden, wenn die zuständige ausländische Behörde diese Variante des Art. 178 Abs. 2 IPRG unter das «Recht des Staates, in dem der Schiedsspruch ergangen ist», gemäss Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ subsumiert.¹⁴⁰

¹³⁴ BERGER, BSK IPRG 187 N 56; OETIKER, ZK IPRG 187 N 14. Zu den Kriterien von Art. 116 IPRG vorne, [N 61 ff.](#)

¹³⁵ BERGER, BSK IPRG 187 N 97; BERGER/KELLERHALS, N 1416.

¹³⁶ BERGER, BSK IPRG 187 N 96; BERGER/KELLERHALS, N 1414.

¹³⁷ BERGER, BSK IPRG 187 N 97; BERGER/KELLERHALS, N 1417.

¹³⁸ BERGER, BSK IPRG 187 N 98; vgl. BERGER/KELLERHALS, N 1417.

¹³⁹ GRÄNICH, BSK IPRG 178 N 28; a.M. BERGER/KELLERHALS, N 405.

¹⁴⁰ BERGER/KELLERHALS, N 410; GRÄNICH, BSK IPRG 178 N 46.

Schliesslich sieht die dritte Variante die Anwendung des schweizerischen Rechts zur Beurteilung der materiellen Gültigkeit der Schiedsvereinbarung vor. Hierbei entfaltet diese Variante keine eigenständige Bedeutung, wenn bereits gestützt auf die anderen beiden Anknüpfungsvarianten von Art. 178 Abs. 2 IPRG schweizerisches Recht anwendbar ist. Der Verweis umfasst die relevanten vertragsrechtlichen Bestimmungen des Schweizer Rechts, insbesondere die Bestimmungen des OR in Bezug auf den Abschluss und die Gültigkeit von Verträgen.¹⁴¹ 76

Die ZPO enthält für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit keine entsprechende Bestimmung. Art. 357 ZPO, der sich mit der Schiedsvereinbarung befasst, geht sodann implizit von der exklusiven Anwendbarkeit des Schweizer Rechts aus, womit sich die materielle Gültigkeit in diesem Fall ausschliesslich nach Schweizer Recht beurteilt.¹⁴² 77

Auf Fragestellungen, die das Verhältnis der Parteien zum Staat betreffen, ist das Recht am Sitz des Schiedsgerichts («*lex fori arbitri*») 78

iii. Gerichtsstandvereinbarung

Enthält die Eskalationsklausel eine Gerichtsstandvereinbarung, ist zur Beurteilung der materiellen Gültigkeit in einem ersten Schritt das anwendbare Recht zu ermitteln. 79

Die Beantwortung dieser Frage für die Gerichtsstandvereinbarung gemäss Art. 5 IPRG ist in der Lehre umstritten. Nach einem Teil der Lehre soll in Übereinstimmung mit den für die Schiedsvereinbarung in Art. 178 Abs. 2 IPRG vorgesehenen Regelungen alternativ das von den Parteien gewählte Recht, das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht oder schweizerisches Recht anwendbar sein.¹⁴³ Eine abweichende Lehrmeinung vertritt die Auffassung, dass die *lex fori* anwendbar sein soll.¹⁴⁴ Schliesslich erachten wiederum andere die *lex cau-* 80

¹⁴¹ BERGER/KELLERHALS, N 408.

¹⁴² Botschaft ZPO, 7394; DASSER, KuKo ZPO 357 N 11; SCHWEIZER, CPC ZPO 357 N 5; wohl ebenso BGE 116 Ia 56 E. 3a (noch zum KSG). A.M. BERGER/KELLERHALS, N 413; EGGER, Kommentar ZPO 357 N 34; PFISTERER, BK ZPO 357 N 33; STACHER, DIKE-Komm. ZPO 357 N 3.

¹⁴³ REISER, 70.

¹⁴⁴ STAEHELIN, Gerichtsstandvereinbarungen, 186.

sae des Hauptvertrags als massgebend.¹⁴⁵ Denkbar wäre darüber hinaus auch eine Anknüpfung an die *lex fori prorogati*.¹⁴⁶

- 81 Trotz der Qualifikation der Gerichtsstandvereinbarung als prozessrechtlichen Vertrag¹⁴⁷ sollten sich die Voraussetzungen der materiellen Gültigkeit aus dem auf die Streitigkeit anwendbaren Recht ergeben. Gegebenenfalls müssen dabei Sonderanknüpfungen (z. B. Art. 126 IPRG in Fragen der Stellvertretung) berücksichtigt werden. Davon ausgenommen ist die explizite Vereinbarung eines auf die Gerichtsstandvereinbarung anwendbaren Rechts.¹⁴⁸
- 82 Dabei wird nicht ausser Acht gelassen, dass es sich bei der Gerichtsstandvereinbarung um eine vom Hauptvertrag unabhängige Vereinbarung handelt.¹⁴⁹ Dennoch wird eine Anknüpfung an das auf die Streitigkeit anwendbare Recht i. d. R. dem Willen der Parteien am ehesten entsprechen, da sie sich doch kaum dieser Unabhängigkeit bewusst sind, sondern von einem einheitlichen Vertragsverhältnis aus gehen, das den Regeln einer einzigen Rechtsordnung unterliegt.¹⁵⁰ Im Ergebnis handelt es sich dabei um die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl i. S. v. Art. 116 Abs. 2 IPRG, welche das Vorliegen von weiteren Umständen voraussetzt. Somit wird vorausgesetzt, dass anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls oder des Vertragsinhalts auf den bewussten Willen der Parteien zur Rechtswahl des auf die Streitigkeit anwendbaren Rechts zur Beurteilung der materiellen Gültigkeit der Gerichtsstandvereinbarung geschlossen werden kann. Im Hinblick auf den Vertragsinhalt gilt es u. a. dessen Systematik und Wortlaut für die Annahme des bewussten Parteiwillens zu beachten. So kann eine stillschweigende Wahl des in der Hauptsache anwendbaren Rechts dann vorliegen, wenn die Rechtswahl unmittelbar vor oder nach der Gerichtsstandsklausel und umfassend für den ganzen Hauptvertrag vereinbart wurde.¹⁵¹ Bei Vorliegen einer separaten Gerichtsstandvereinbarung spricht die Bezugnahme auf die Streitigkeit (z. B. auf ausservertragliche Haf-

¹⁴⁵ Vgl. Nachweis bei GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 39.

¹⁴⁶ ANOMO, ZZPInt 2012, 197. Dies wird in Art. 25 Abs. 1 EuGVVO ausdrücklich so vorgesehen («[...] die Gerichte dieses Mitgliedstaates zuständig, es sei denn, die Vereinbarung ist nach dem Recht dieses Mitgliedstaates nichtig.»).

¹⁴⁷ BGE 121 III 495 E. 5c; 93 I 323 E. 4; 87 I 73 E. 5; BERGER, BK ZPO 17 N 3; FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 2; INFANGER, BSK ZPO 17 N 1. Mangels eigener prozessrechtlicher Regelungen findet jedoch das materielle Recht analog Anwendung, FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 2; KILLIAS, 12.

¹⁴⁸ GLM. BUCHER, CR IPRG 5 N 20; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 43; KILLIAS, 12; vgl. BGer 4C.163/2001 vom 7. August 2001, E. 2b.

¹⁴⁹ BGE 121 III 495 E. 5c; 93 I 323 E. 4.

¹⁵⁰ ANOMO, ZZPInt 2012, 195; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 43; KILLIAS, 12.

¹⁵¹ STAEHELIN, Gerichtsstandvereinbarungen, 179.

tungsfragen) in der Vereinbarung für eine stillschweigende Rechtswahl der *lex causae* der Hauptsache. Wie bei der ADR-Vereinbarung müssen daneben noch weitere Umstände hinzutreten, beispielsweise die Wahl des Rechts des prorogierten Gerichts im Hauptvertrag.

Lässt sich der bewusste Parteiwillen zur (stillschweigenden) Wahl des auf die Gerichtsstandvereinbarung anwendbaren Rechts nicht feststellen, muss dieses anhand der objektiven Anknüpfung gemäss Art. 117 IPRG bestimmt werden. Die Problemstellung bezüglich der Bestimmung der charakteristischen Leistung ist dabei mit derjenigen der ADR-Vereinbarung vergleichbar.¹⁵² Weder kann die Leistung, welche der Gerichtsstandvereinbarung das Gepräge gibt und diese von anderen Verträgen unterscheidet, d. h. die örtliche Prorogation eines Gerichts, einer Partei zugeteilt werden noch stehen sich eine geldwerte und eine nicht geldwerte Leistung gegenüber. Denkbar sind daher ebenfalls eine Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts derjenigen Partei, welche den Abschluss der Gerichtsstandvereinbarung initiiert hat oder bei Vertragsschluss unter Anwesenden an das Recht am nachweisbaren Abschlussort, aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls oder die Spaltung des anwendbaren Rechtsstatuts. Diese Anknüpfungen für die Bestimmung der materiellen Gültigkeit leiden wiederum an denselben Nachteilen der entstehenden Beweisprobleme, der anhaftenden Willkür, der fehlenden praktischen Relevanz oder der Anwendung von mehreren, u. U. widersprüchlichen Rechtsordnungen. Zur Vermeidung dieser Probleme kann m. E. auch bei der Bestimmung des engsten Zusammenhangs auf das (Vertrags-)Verhältnis, für das die Gerichtsstandvereinbarung gelten soll, abgestellt werden. Der engste Zusammenhang wird durch den Abschluss der Vereinbarung im Hinblick auf die Beilegung der allfällig daraus entstehenden oder bereits entstandenen Streitigkeiten hergestellt, sei dies unter Bezugnahme auf den Hauptvertrag oder auf ein anderes (ausservertragliches) Verhältnis.

83

Fällt die Gerichtsstandvereinbarung in den Anwendungsbereich des LugÜ, ändert dies nichts Grundlegendes an der Bestimmung des für die materielle Gültigkeit anwendbaren Rechts. Dennoch gilt es eine Besonderheit beim Konsenserfordernis zu beachten, auf die im Folgenden einzugehen ist. Zur Sicherstellung einer weitgehend vertragsautonomen Auslegung der Erfordernisse von Art. 23 LugÜ strebt die Rechtsprechung des EuGH eine Verschmel-

84

¹⁵² Siehe dazu vorne, [N 70 ff.](#)

zung von Form und Konsens an.¹⁵³ So kann von der Wahrung der Form auf das Vorliegen eines «äusseren Konsenses» geschlossen werden; m. a. W. wird bei der Einhaltung der Formvorschriften das Vorliegen des Parteikonsenses angenommen.¹⁵⁴ Ein Rückgriff auf die nach dem internationalen Privatrecht des Forumstaats bestimmte *lex causae* ist im Anwendungsbereich des LugÜ somit nur dann zulässig, wenn sich aus der zuvor beschriebenen Verschmelzung von Form und Konsens keine Lösung ergibt.¹⁵⁵ Dabei kann es sich etwa um Fragen der Stellvertretung, der Handlungsfähigkeit oder des Vorliegens von Willensmängeln handeln.

- 85 Demzufolge kann festgehalten werden, dass sich die materielle Gültigkeit einer Gerichtsstandvereinbarung grundsätzlich nach dem auf die Streitigkeit anwendbaren Recht richtet. Zu diesem Ergebnis gelangt man sowohl bei der Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl als auch bei der objektiven Anknüpfung nach dem engsten Zusammenhang. Vorbehalten bleibt stets eine explizite Rechtswahl für die Gerichtsstandvereinbarung durch die Parteien. Im Gegensatz zu einer allfälligen Anknüpfung an die *lex fori* kann dadurch eine weitere Aufspaltung der anwendbaren Rechte auf das (Vertrags-)Verhältnis zwischen den Parteien einerseits und auf die Gerichtsstandvereinbarung andererseits vermieden werden. Eine solche Abhängigkeit der materiellen Gültigkeit von der Rechtsordnung des im Einzelfall angerufenen Gerichts ist der Rechtssicherheit abträglich, da dies zu einer Einschränkung der Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts führt.¹⁵⁶
- 86 Da es sich bei der Gerichtsstandvereinbarung um einen prozessrechtlichen Vertrag handelt, findet das Prozessrecht der *lex fori* auf die Fragestellungen Anwendung, für welche das Verfahrensrecht besondere Normen enthält.¹⁵⁷ Folglich ergeben sich die Zulässigkeit, Form und Wirkung einer Gerichtsstandvereinbarung anhand der *lex fori* (Art. 17 ZPO; Art. 5 IPRG; Art. 23 LugÜ).

¹⁵³ Zurückgehend auf EuGH vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – Estatiz Salotti/Rüwa. Siehe auch BERGER, BSK LugÜ 23 N 28; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 40; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 91; vgl. BGer 4C.353/1999 vom 28. Januar 2000, E. 2b.

¹⁵⁴ Botschaft aLugÜ, 309; GROLIMUND/BACHOFNER, DIKE-Komm. LugÜ 23 N 11; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 40; KILLIAS, 200; vgl. BGer 4C.163/2001 vom 7. August 2001, E. 2b; kritisch STAEHELIN, Gerichtsstandvereinbarungen, 137 ff.

¹⁵⁵ BERGER, BSK LugÜ 23 N 30; GROLIMUND/BACHOFNER, DIKE-Komm. LugÜ 23 N 11; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 139.

¹⁵⁶ GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 43.

¹⁵⁷ FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 2; HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 3; KILLIAS, 12; WALTER/DOMEI, 127 f.

iv. Klageverzicht

Über die Qualifikation des im Regelfall in einer Eskalationsklausel enthaltenen dilatorischen Klageverzichts als materiell-rechtlicher oder prozessualer Vertrag herrscht in der Lehre Uneinigkeit. 87

Durch die Vereinbarung eines dilatorischen Klageverzichts bezwecken die Parteien, die Einleitung eines (schieds-)gerichtlichen Verfahrens bis zum Abschluss der in der Eskalationsklausel umschriebenen vorangehenden Streitbeilegungsstufen als nicht zulässig zu erklären. Die Parteien disponieren somit über ihre prozessualen Befugnisse in Bezug auf die Klageeinleitung und regeln das Vorgehen zur Feststellung des materiell-rechtlichen Streitverhältnisses. Der Klageanspruch, über den die Parteien verfügen, ist vom materiellen Recht zu unterscheiden und dem Prozessrecht zuzuteilen.¹⁵⁸ Demzufolge ist der dilatorische Klageverzicht m. E. den prozessualen Verträgen zuzuordnen.¹⁵⁹ 88

Damit regelt grundsätzlich die prozessuale *lex fori* den dilatorischen Klageverzicht. Finden sich darin keine Regelungen, muss das materielle Recht analog angewendet werden. Diese *lex causae* bestimmt sich wiederum nach dem IPR-Gesetz des angerufenen staatlichen Gerichts bzw. nach demjenigen am Sitz des Schiedsgerichts (vgl. für die Schweiz: Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG).¹⁶⁰ 89

Wird das anwendbare Recht nach dem schweizerischen IPRG festgelegt, so sind wiederum die Art. 116 ff. IPRG heranzuziehen, womit primär eine durch die Parteien erfolgte Rechtswahl zu beachten ist. Wie bei den anderen in einer Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen wird die ausdrückliche Rechtswahl auch betreffend den dilatorischen Klageverzicht den Ausnahmefall darstellen. Umstände, welche für eine stillschweigende Rechtswahl sprechen, sind u. a. darin zu sehen, dass die Parteien eine Gerichtsstand- oder Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben («*qui eligit iudicem eligit ius*» oder «*qui eligit arbitrum eligit ius*»).¹⁶¹ Diese beiden Umstände sind umso stärker zu gewichten, da sich der dilatorische Klageverzicht ausdrücklich auf die Durchführung dieser Verfahren und damit auf die entsprechenden Vereinbarungen bezieht. Ein entsprechender Bezug oder Zusammenhang mit anderen Verträgen bildet wiederum ein weiteres Indiz für eine stillschweigende Rechtswahl.¹⁶² Wird zusätzlich im Hauptvertrag 90

¹⁵⁸ SCHMIDT, 94; WAGNER, Prozessverträge, 404.

¹⁵⁹ GL.M. HACKE, 119; SCHMIDT, 94; SCHÜTZ, N 456; WAGNER, NJW 2001, 186; WAGNER, Prozessverträge, 38. Ausführlich hinten, [N 344 ff.](#)

¹⁶⁰ Vgl. vorne, [N 80 f.](#)

¹⁶¹ Siehe hinten, [N 97 ff.](#)

¹⁶² AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 45; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 69.

eine Rechtswahl zugunsten des Rechts des prorogierten Gerichts oder am Sitz des Schiedsgerichts vereinbart bzw. ist dieses Recht aufgrund der objektiven Anknüpfung anwendbar, sprechen m. E. ausreichend Umstände für die stillschweigende Rechtswahl nach Art. 116 Abs. 2 IPRG zugunsten des Rechts des Hauptvertrags (bei der Integration der Eskalationsklausel in den Hauptvertrag) oder des auf die Streitigkeit anwendbaren Rechts (bei separater Vereinbarung der Eskalationsklausel).

- 91 Ohne das Vorliegen einer Rechtswahl bestimmt sich das auf den dilatorischen Klageverzicht anwendbare Recht nach dem engsten Zusammenhang (Art. 117 Abs. 1 IPRG). Die charakteristische Leistung in Form der eingangs umschriebenen Unterlassungspflicht wird von sämtlichen Vertragsparteien geschuldet. Eine Zuteilung dieser Unterlassungspflicht an eine der am dilatorischen Klageverzicht beteiligten Parteien ist deshalb nicht möglich. Auch die Evaluation der charakteristischen Leistung mittels einer Gegenüberstellung von Geldleistung und Nicht-Geldleistung hilft vorliegend nicht weiter. Die von der Lehre für solche Konstellationen vorgeschlagenen Lösungsansätze der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt derjenigen Person, welche den Vertragsabschluss angeregt hat, das Abstellen auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, die Anknüpfung an den Abschlussort oder die Spaltung des anwendbaren Rechts und die damit verbundene Anknüpfung an die einzelnen Leistungsglieder an das Recht ihres Schuldners weisen selbst wiederum diverse Schwächen auf und führen bei der Beurteilung eines im Rahmen einer Eskalationsklausel vereinbarten dilatorischen Klageverzichts nicht immer zu befriedigenden Lösungen. Beispielsweise besteht die Gefahr, dass die Vereinbarung bei der Spaltung des anwendbaren Rechts nur nach dem Recht einer Partei gültig zustande gekommen ist und daher der durch die Unterlassungspflicht zu sichernde Zweck des Verbots der Einleitung eines (schieds-)gerichtlichen Verfahrens bis zum Abschluss der in der Eskalationsklausel umschriebenen vorangehenden Streitbeilegungsstufen durch eine Partei einseitig vereitelt werden kann.
- 92 Berücksichtigt man den Umstand, dass die Parteien den dilatorischen Klageverzicht im Hinblick auf das in der Eskalationsklausel vorgeschriebene mehrstufige Streitbeilegungsverfahren abschliessen, scheint es angebracht, den engsten sachlichen Zusammenhang aufgrund der allfälligen Streitigkeit zu ermitteln, die von der Eskalationsklausel und damit dem dilatorischen Klageverzicht erfasst ist. Somit besteht nach der hier vertretenen Auffassung der engste Zusammenhang mit dem Recht des Staates, nach dem sich das (Ver-

trags-)Verhältnis – auf welches sich die in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen bezieht – beurteilt.¹⁶³

v. Eskalationsklausel

Nachdem das Vorgehen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts für die einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Abreden aufgezeigt wurde, gilt es nun, diese Überlegungen auf die Eskalationsklausel als Ganzes zu übertragen. Die Eskalationsklausel wurde bereits als zusammengesetzter Vertrag qualifiziert.¹⁶⁴ Grundsätzlich bedeutet dies, dass das auf die ADR-Vereinbarung, die Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung und den dilatorischen Klageverzicht anwendbare Recht gesondert nach den vorhergehend beschriebenen Grundsätzen zu bestimmen ist.

Allenfalls drängt sich dennoch eine einheitliche Bestimmung des anwendbaren Rechts in denjenigen Fällen auf, in denen die verschiedenen Vereinbarungen von allen beteiligten Parteien als eine untrennbare Einheit wahrgenommen werden.¹⁶⁵ Dies liegt bei Vereinbarungen vor, die das Hilfsmittel oder die notwendige Ergänzung einer anderen Vereinbarung darstellen, zu deren Vorbereitung, Ausführung oder Abänderung sie zu dienen bestimmt sind.¹⁶⁶ Zwar haben die einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen im Regelfall als voneinander unabhängig zu gelten,¹⁶⁷ dennoch sind sie infolge der Eskalationsleiter miteinander verknüpft. Infolge dieser Verknüpfung und vor dem Hintergrund der Rechtsprechung und Lehrmeinungen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts bei einer «untrennbaren Einheit», drängt sich eine einheitliche Vorgehensweise auf.¹⁶⁸

Den Parteien steht es zunächst frei, das auf die Eskalationsklausel anwendbare Recht zu wählen (Art. 116 IPRG). Eine ausdrückliche Rechtswahl liegt bei der schriftlichen oder mündlichen Bestimmung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts in einer Weise vor, dass zur Feststellung des diesbezüglichen Willens

¹⁶³ Siehe schon vorne, [N 72](#).

¹⁶⁴ Siehe vorne, [N 15](#).

¹⁶⁵ BGE 100 II 34 E. 3; 94 II 355 E. 3; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 199.

¹⁶⁶ BGE 94 II 355 E. 3; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 199.

¹⁶⁷ Dazu hinten, [N 157 ff.](#)

¹⁶⁸ Vgl. BGE 100 II 34 E. 3; 94 II 355 E. 3; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 117 N 199. Das Bundesgericht hat beispielsweise Art. 178 Abs. 3 IPRG auf die ADR-Vereinbarung für anwendbar erklärt, sollte die letzte Streitbeilegungsstufe ein Schiedsverfahren sein und beide Vereinbarungen demselben anwendbaren Recht unterstellt, BGer 4A_124/2014 vom 7. Juli 2014, E. 3.3.

nicht auf weitere Umstände zurückgegriffen werden muss.¹⁶⁹ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ergeben sich bei der Ermittlung der für die Eskalationsklausel relevanten Rechtsordnung vorläufig keine weiteren Probleme. Die Parteien können die einzelnen Vereinbarungen auch für unterschiedliche Rechtsordnungen für anwendbar erklären.

- 96 Neben der ausdrücklichen Rechtswahl ist auch eine stillschweigende möglich, sofern diese dem Eindeutigkeitserfordernis von Art. 116 Abs. 2 IPRG genügt. Der stillschweigende Parteiwille muss ein wirklicher sein, ein Abstellen auf den hypothetischen Parteiwillen ist mithin nicht ausreichend.¹⁷⁰ Somit wird vorausgesetzt, dass aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall oder durch den Vertragsinhalt auf den bewussten Willen der Parteien zugunsten der Wahl eines bestimmten Rechts geschlossen werden kann.¹⁷¹ Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung diverse Indizien erwähnt, welche auf die Wahl einer bestimmten Rechtsordnung schliessen lassen. Dabei sind jedoch stets zusätzlich die weiteren Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, um tatsächlich eine stillschweigende Rechtswahl bejahen zu können.¹⁷² Im Zusammenhang mit dem Abschluss der Eskalationsklausel interessieren zunächst v. a. die aus der Vereinbarung einer Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung zu ziehenden Schlüsse.
- 97 Getreu dem Grundsatz «*qui eligit iudicem eligit ius*» war eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäss der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl ausreichend.¹⁷³ In der jüngeren Rechtsprechung wird dieser Umstand bloss noch als Indiz für die Wahl des Rechts des prorogierten Gerichts gewertet.¹⁷⁴ Der Gerichtsstandsvereinbarung wird zwar weiterhin ein erhöhtes Gewicht bei der Feststellung des Vorliegens einer stillschweigenden Rechtswahl zugemessen, es müssen jedoch noch weitere Umstände hinzutreten (z. B. Verwendung von Rechtsbegriffen der *lex fori*, Verwendung der am Gerichtsort üblichen Sprache oder das Zusammenfallen des Abschluss- oder Erfüllungsortes mit dem Gerichtsort), um

¹⁶⁹ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 38; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 48; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 9.

¹⁷⁰ Botschaft IPRG, 408; AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 40; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 53; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 10; vgl. BGE 119 II 173 E. 1b.

¹⁷¹ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 40; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 51 f.; vgl. BGE 130 III 417 E. 2.2.1; BGer 4C.168/2006 vom 11. September 2006, E. 2.

¹⁷² AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 40; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 56; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 11.

¹⁷³ BGE 94 II 255 E. 5; 82 II 550 E. 2; 72 III 52 E. 1; 60 II 294 E. 2.

¹⁷⁴ BGE 131 III 289 E. 2.6; 100 II 34 E. 2.

von einer stillschweigenden Rechtswahl ausgehen zu können.¹⁷⁵ Wird als letzte Stufe der Eskalationsleiter ein Verfahren vor einem örtlich prorogierten staatlichen Gericht vorgesehen, kann dies somit als Indiz für die stillschweigende Wahl der *lex fori* Neben den erwähnten Beispielen für das Vorliegen der für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl erforderlichen weiteren Umstände können nach der hier vertretenen Auffassung insbesondere auch die Wahl des Rechts des prorogierten Gerichts im Hauptvertrag (bei der Integration der Eskalationsklausel in den Hauptvertrag) oder die Anwendung dessen Rechts auf die zu beurteilende Streitigkeit (bei der separaten Vereinbarung der Eskalationsklausel) ein weiteres und entscheidendes Indiz darstellen.

Auch der Abschluss einer Schiedsvereinbarung vermag gegebenenfalls auf eine stillschweigende Rechtswahl zugunsten des Rechts am Sitz des Schiedsgerichts schliessen lassen («*qui eligit arbitrum eligit ius*»)¹⁷⁶ Die herrschende Lehre unterscheidet hinsichtlich des Indizienwerts von Schiedsvereinbarungen verschiedene Konstellationen je nach der Wahl des zuständigen Schiedsgerichts.¹⁷⁷ Bei der Wahl eines ständigen, institutionellen Schiedsgerichts, welches fest mit der Organisation oder Einrichtung eines Staates verbunden ist (z. B. LCIA oder SCAI) kann von einem Indiz für die Wahl der *lex fori arbitri* ausgegangen werden.¹⁷⁸ Handelt es sich hingegen um ein ständiges internationales Schiedsgericht (z. B. ICC), ist dies nicht als Indiz für eine Rechtswahl zu werten.¹⁷⁹ Haben sich die Parteien für ein Ad-hoc-Schiedsgericht entschieden, ist eine stillschweigende Rechtswahl nur ausnahmsweise zu bejahen, beispielsweise in den Fällen, in denen der Sitz des Schiedsgerichts ausdrücklich vereinbart wurde und in demjenigen Staat liegt, dessen Nationalität sämtliche Schiedsrichter besitzen.¹⁸⁰

Folgt man diesen Ausführungen, ist der Abschluss einer Schiedsvereinbarung als letzte Streitbeilegungsstufe einer Eskalationsklausel als Indiz für eine Rechtswahl zugunsten des Rechts am Sitz des Schiedsgerichts zu werten. Dagegen wird m. E. berechtigte Kritik geübt. Durch die Vereinbarung, Streitig-

¹⁷⁵ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 41; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 56; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 12.

¹⁷⁶ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 42; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 60 f.; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 13.

¹⁷⁷ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 42 m.w.H.

¹⁷⁸ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 42; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 60; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 13.

¹⁷⁹ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 42; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 60; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 13.

¹⁸⁰ KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 61; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 13.

keiten durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen, entscheiden sich die Parteien bewusst für eine ausserstaatliche Form der Streitbeilegung. Die Annahme der stillschweigenden Wahl der *lex fori arbitri* trägt diesem Umstand zu wenig Rechnung, wodurch der Indizienwert von Anfang an entkräftet wird.¹⁸¹ Zudem besteht für die Bestimmung des anwendbaren Rechts in Verfahren vor einem Schiedsgericht mit Art. 187 Abs. 1 IPRG eine Spezialnorm. Daher wird z. T. vorgebracht, dass die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach Art. 116 IPRG nur Anwendung finden kann, wenn die Streitigkeit vor einem staatlichen Gericht ausgetragen wird, mithin die Schiedsvereinbarung scheitert, und gestützt auf eine ungültige Schiedsvereinbarung nicht auf eine stillschweigende Rechtswahl geschlossen werden darf.¹⁸² Dies mag grundsätzlich zutreffend sein. Jedoch kann die Schiedsvereinbarung bei der Vereinbarung einer Eskalationsklausel rechtsgültig sein und aufgrund der Eskalationsleiter zunächst dessen ungeachtet und korrekterweise ein ADR-Verfahren durchgeführt werden. Für die Beurteilung des auf die materiellen Abreden einer ADR-Vereinbarung anwendbaren Rechts kann demnach die Wahl des zuständigen Schiedsgerichts durchaus ein Indiz darstellen. Auf jeden Fall müssen nach der hier vertretenen Ansicht wie bei der Gerichtsstandsvereinbarung weitere Umstände zum Abschluss der Schiedsvereinbarung hinzutreten, um von einer stillschweigenden Rechtswahl der Parteien zugunsten des Rechts am Sitz des Schiedsgerichts ausgehen zu können.¹⁸³

- 100 Befinden sich die Parteien aufgrund einer Streitigkeit bereits in einem von der Eskalationsklausel vorgeschriebenen Verfahren, kann ihr Prozessverhalten ebenfalls ein Indiz für die Annahme der stillschweigenden Rechtswahl darstellen, insbesondere gilt dies für die Berufung der Parteien auf eine bestimmte Rechtsordnung.¹⁸⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesgericht kann auf eine Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts geschlossen werden, wenn aus den Akten hervorgeht, dass sich sämtliche Parteien ausdrücklich auf Schweizer Recht beziehen und die kantonalen Vorinstanzen dieses Recht angewendet haben.¹⁸⁵ Eine stillschweigende Rechtswahl darf aber bei einer der Unkenntnis

¹⁸¹ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 42; GUILLAUME, CR IPRG 116 N 42; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 13. Vgl. auch die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Indizienwert einer Gerichtsstandsvereinbarung, bei der neben der Vereinbarung noch weitere Umstände für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl vorliegen müssen.

¹⁸² AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 42; GUILLAUME, CR IPRG 116 N 42.

¹⁸³ Gl.M. GUILLAUME, CR IPRG 116 N 42.

¹⁸⁴ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 44; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 64; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 14.

¹⁸⁵ BGer 4A_158/2014 vom 26. August 2014, E. 2; BGer 4A_255/2013 vom 4. November 2013, E. 2; BGer 4A_132/2013 vom 23. Oktober 2013, E. 2; BGer 4A_191/2013 vom 5. August 2013, E. 2.

zuzuschreibenden Berufung auf eine Rechtsordnung nicht angenommen werden, beispielsweise, wenn die Parteien von Gesetzes wegen oder aufgrund anderer Umstände von der Anwendung eines bestimmten Rechts ausgehen.¹⁸⁶ Solche weiteren Anhaltspunkte können m. E. u. a. wiederum mithilfe des Hauptvertrags (bei der Integration der Eskalationsklausel in den Hauptvertrag) oder der konkret zu beurteilenden Streitigkeit (bei der separaten Vereinbarung der Eskalationsklausel) festgestellt werden. Berufen sich die Parteien hinsichtlich der Gültigkeit der Eskalationsklausel auf die Rechtsordnung, die auf das (Vertrags-)Verhältnis, aus der die Streitigkeit entstand, anwendbar ist, sprechen erhebliche Gründe für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl zugunsten dieser. Zur Vermeidung der einer Unkenntnis zuzuschreibenden Berufung auf die Rechtsordnung des Hauptvertrags oder der zwischen den Parteien entstandenen Streitigkeit sollte die angerufene Instanz sich zusätzlich bei den Parteien nach der Anwendbarkeit dieser Rechtsordnung auf die in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen erkundigen (vgl. Art. 16 Abs. 1 IPRG bei Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts).¹⁸⁷

Schliesslich sei an dieser Stelle noch auf weitere Indizien für eine stillschweigende Rechtswahl hingewiesen:¹⁸⁸

101

- die Vertragssprache;
- die Berufung auf typische Rechtsinstitute und Klauseln einer Rechtsordnung;
- die Vereinbarung eines einheitlichen Erfüllungsortes;
- die Bezeichnung eines Abschlussortes;
- der Zusammenhang mit anderen Verträgen, wenn für einen Teil der Verträge oder für den Hauptvertrag schon eine ausdrückliche Rechtswahl getroffen wurde;
- im Vertrag enthaltene Hinweise auf Behörden eines bestimmten Staates;
- ein gemeinsames Personalstatut; und
- die Vertragswährung.

Die Verwendung von Formularverträgen oder AGB allein reicht hingegen nicht aus, um auf eine konkludente Wahl des Rechts zu schliessen, welchem das die AGB ausgebende Unternehmen untersteht. Vielmehr findet eine objektive An-

102

¹⁸⁶ KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 66; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 14.

¹⁸⁷ Vgl. AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 44; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 68.; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 14.

¹⁸⁸ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 43 und 45; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 69; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 15.

knüpfung an das Recht des diese Verträge verfassenden Unternehmens statt.¹⁸⁹

- 103 Das Vorliegen einer stillschweigenden Wahl des auf die Eskalationsklausel anwendbaren Rechts muss demzufolge anhand konkreter Indizien im Einzelfall bestimmt werden. Gelingt dies, wird regelmässig eine Wahl zugunsten des auf den Hauptvertrag oder die zu beurteilende Streitigkeit anwendbaren Rechts vorliegen. Kann keine (stillschweigende) übereinstimmende Willenserklärung seitens der Parteien hinsichtlich der Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung auf ihr Vertragsverhältnis erstellt werden,¹⁹⁰ müssen zur objektiven Anknüpfung gemäss Art. 117 IPRG die charakteristische Leistung bzw. der engste sachliche Zusammenhang zum Recht eines Staates eruiert werden.
- 104 Ebenso wie bei den einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen erweist sich die Bestimmung der charakteristischen Leistung als schwierig. Beide Parteien sind nicht nur zu den im jeweiligen Abschnitt in Bezug auf die ADR-Vereinbarung, die Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarung sowie den dilatorischen Klageverzicht beschriebenen (nicht geldwerten) Leistungen verpflichtet. Vielmehr haben zusätzlich die einzelnen Vereinbarungen aufgrund der unterschiedlichen Vertragstypen auch differierende charakteristische Leistungen. Ein Rückgriff auf das «Auffangbecken» des engsten sachlichen Zusammenhangs nach Art. 117 Abs. 1 IPRG scheint damit unausweichlich.¹⁹¹ Dabei müssen nicht zwingend gesetzliche Bestimmungen analog angewendet werden, sondern es kann in diesem Rahmen auch auf den hypothetischen Willen vernünftiger Parteien oder auf branchenübliche Handelsbräuche abgestellt werden.¹⁹²
- 105 Die von der Lehre entwickelten Lösungsansätze zur Bestimmung des engsten Sachzusammenhangs wurden bereits bei den Ausführungen zu den einzelnen Vereinbarungen dargelegt und diskutiert. Erleichternd erweist sich der Umstand, dass dabei für sämtliche enthaltenen Vereinbarungen dieselben Grundsätze Anwendung finden.¹⁹³ Als Folge davon lässt sich auch für die einheitliche Bestimmung des anwendbaren Rechts für die einzelnen Vereinbarungen der engste sachliche Zusammenhang unter Beiziehung der Streitigkeit, d. h. des auf diese anwendbaren Rechts, ermitteln. Mit dem Abschluss der Vereinbarun-

¹⁸⁹ AMSTUTZ/WANG/GOHARI, BSK IPRG 116 N 43; KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPRG 116 N 69; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG 116 N 15.

¹⁹⁰ BGE 81 II 175 E. 3.

¹⁹¹ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, in: FS Siehr, 373.

¹⁹² KREN KOSTKIEWICZ, in: FS Siehr, 375.

¹⁹³ Siehe vorne, [N 61 ff.](#) Zumindest im Ergebnis trifft dies auch für die Schiedsvereinbarung zu, da Art. 187 IPRG u.a. eine Anknüpfung an den Hauptvertrag vorsieht.

gen bezwecken die Parteien die Beilegung dieser Streitigkeit anhand der in der Eskalationsleiter vorgesehenen Verfahren, wodurch ein sachlicher Zusammenhang der beiden (Vertrags-)Verhältnisse entsteht. Durch diesen Zusammenhang mit dem Recht des Staates, das auf das (Vertrags-)Verhältnis anwendbar ist, spricht einiges für die Annahme eines entsprechenden hypothetischen Parteiwillens zur Anwendbarkeit dieses Rechts auf die Vereinbarungen der Eskalationsklausel. Die Anwendbarkeit zweier verschiedener Rechtsordnungen auf die Beurteilung der Streitigkeit und der dazugehörigen Streitbeilegungsklauseln entspricht i. d. R. nicht dem Willen der Parteien. Diese gehen schliesslich von der Beurteilung sämtlicher Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem spezifischen (Vertrags-)Verhältnis zwischen ihnen anhand einer einzigen Rechtsordnung aus.¹⁹⁴ Damit besteht m. E. der engste Zusammenhang mit dem Recht des Staates, welches für den Hauptvertrag gilt (bei Integration der Eskalationsklausel in den Hauptvertrag) oder für die Beurteilung der mithilfe der Eskalationsklausel beizulegenden Streitigkeit massgebend ist (bei einer separaten Vereinbarung der Eskalationsklausel).

Wie zu sehen war, wären auch bei der separaten Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung für die in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarung das Recht des Hauptvertrags oder das auf die konkrete Streitigkeit anwendbare Recht einschlägig. Eine alternative Anknüpfung nach dem Grundsatz des *favor validitatis* ist hingegen nur für die Schiedsvereinbarung in Art. 178 Abs. 2 IPRG vorgesehen. Nun stellt sich die Frage, ob diese Vorgehensweise auch auf sämtliche Vereinbarungen der Eskalationsklausel anwendbar ist. Dabei kann zunächst festgehalten werden, dass m. E. eine analoge Anwendung von Art. 178 Abs. 2 IPRG auf die Eskalationsklausel bei Vereinbarung eines staatlichen Gerichts als letzte Stufe der Eskalationsleiter ausser Betracht fällt.¹⁹⁵ Wurde von den Parteien indessen ein schiedsgerichtliches Verfahren als letzte Streitbeilegungsstufe vorgesehen, hängt die Beantwortung der Frage von einer möglichen analogen Anwendung der Bestimmungen auf die ADR-Vereinbarung(en) ab. Schliesslich lassen sich diese nicht unter den Begriff der «Schiedsvereinbarung» subsumieren.

Wie bereits festgestellt wurde, finden sich für vereinzelte in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen keine gesetzlichen Regelungen. Im Hinblick auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts besteht jedoch keine planwidrige gesetzliche Lücke, was die erste Voraussetzung für die Vornahme

¹⁹⁴ Vgl. vorne, [N 61 ff.](#)

¹⁹⁵ Vgl. vorne, [N 80 ff.](#)

eines Analogieschlusses wäre.¹⁹⁶ Schliesslich erfolgt dies nach Art. 116 f. IPRG bzw. Art. 187 IPRG. Eine analoge Anwendung von Art. 178 Abs. 2 IPRG kommt damit nicht infrage.¹⁹⁷

- 108 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich eine einheitliche Bestimmung des auf die einzelnen Vereinbarungen der Eskalationsklausel anwendbaren Rechts aufgrund der Verknüpfung der einzelnen Vereinbarungen und den Parteiinteressen aufdrängt. Für die materiell-rechtlichen Abreden bestimmt sich das anwendbare Recht nach den allgemeinen Prinzipien des IPRG. Mangels einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Rechtswahl besteht der engste sachliche Zusammenhang mit dem auf die Streitigkeit anwendbaren Recht, womit dieses für die Bestimmung der materiellen Gültigkeit sämtlicher Vereinbarungen massgebend ist. Auf die als prozessrechtlich zu qualifizierenden Abreden findet die *lex fori* die *lex fori arbitri* Anwendung, sofern eine entsprechende Regelung enthalten ist.

B. Verbot der übermässigen Bindung

- 109 Die folgenden Ausführungen zum Verbot der übermässigen Bindung beruhen auf der Annahme der Anwendbarkeit von Schweizer Recht auf die Eskalationsklausel.
- 110 Das Prinzip der Vertragsfreiheit wird innerhalb der Schranken des Gesetzes gemäss Art. 19 Abs. 1 OR gewährleistet. Die Parteien sind bei der inhaltlichen Gestaltung der Eskalationsklausel frei, sofern sie dadurch nicht gegen zwingendes Gesetzesrecht, die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit verstossen (Art. 19 Abs. 2 OR).
- 111 Zum Schutz der Persönlichkeit vor einer übermässigen Bindung sieht Art. 27 Abs. 2 ZGB vor, dass sich niemand seiner Freiheit entäussern oder in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Bei der Vereinbarung der Eskalationsklausel gilt es, diese Beschränkung der Gestaltungsfreiheit v. a. bezüglich der Festlegung der umfassten Streitigkeiten zu beachten. Unproblematisch sind regelmässig die Fälle, in denen sich die Eskalationsklausel auf eine bereits bestehende Streitigkeit bezieht und ihre

¹⁹⁶ BYDLINSKI, 475; EMMENEGGER/TSCHECHTER, BK ZGB 1 N 380; HONSELL, BSK ZGB 1 N 13; KRAMER, Methodenlehre, 226 f.; LARENZ/CANARIS, 202.

¹⁹⁷ Zur Frage was gilt, wenn aufgrund der Anknüpfung *favor validitatis* die materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung gegeben ist, diejenige der übrigen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen jedoch nicht, hinten, [N 157 ff.](#) Vgl jedoch BGer 4A_124/2014 vom 7. Juli 2014, E. 3.3.

Reichweite dadurch klar umschrieben ist.¹⁹⁸ Sollen noch nicht entstandene Streitigkeiten von der Eskalationsklausel umfasst werden, muss dieser zumindest genügend bestimmbar umschrieben werden.¹⁹⁹ Die im Zusammenhang mit dem Abschluss von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen häufig verwendeten Formulierungen «Streitigkeiten aus dem Vertrag [...]» und «Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag [...]» sind hinsichtlich der Vereinbarung einer Eskalationsklausel als genügend bestimmt anzusehen.²⁰⁰ Ebenfalls ausreichend ist, wenn die Eskalationsklausel in den Hauptvertrag integriert wurde oder Teil seines Anhangs ist und sich aus dieser Verbindung die Anwendbarkeit auf aus dem Hauptvertrag entstehende Streitigkeiten ergibt.²⁰¹ Sodann kann die Eskalationsklausel unter der Voraussetzung, dass die davon erfassten Rechtsverhältnisse objektiv bestimm- bzw. vorhersehbar sind, auch als Teil eines Rahmen- oder Sukzessivlieferungsvertrags vorgesehen werden.²⁰² Schliesslich ist auch ein im jeweiligen Vertrag vorgenommener Verweis auf die AGB, welche eine Eskalationsklausel enthalten, denkbar.²⁰³

Problematischer ist die Rechtslage, wenn die Parteien eine Eskalationsklausel vereinbart haben, welche für «sämtliche Streitigkeiten aus dem derzeitigen und zukünftigen Geschäftsverkehr» gelten soll. Nach einem Teil der Lehre erfüllt dies die Anforderung der genügenden Bestimmtheit nicht und stellt eine unzulässige übermässige Bindung dar.²⁰⁴ Die Gegenmeinung schliesst die Zulässigkeit einer solchen Formulierung in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Globalzession nicht absolut aus.²⁰⁵ Das Bundesgericht erachtete eine Abtretung sämtlicher Forderungen aus dem derzeitigen und zukünftigen Geschäftsverkehr mit Rücksicht auf Art. 27 Abs. 2 ZGB als zulässig.²⁰⁶ Diese Rechtsprechung liesse sich analog auf die Vereinbarung einer Eskalati-

112

¹⁹⁸ Vgl. BERGER, BSK LugÜ 23 N 35; BERGER/KELLERHALS, N 301; INFANGER, BSK ZPO 17 N 17; PFISTERER, BK ZPO 357 N 20.

¹⁹⁹ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 300; vgl. auch Art. 17 Abs. 1 ZPO; Art. 5 Abs. 1 IPRG; Art. 23 Abs. 1 LugÜ; Art. 357 Abs. 1 ZPO.

²⁰⁰ Vgl. GIRSBERGER, BSK ZPO 357 N 18; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 45; INFANGER, BSK ZPO 17 N 17.

²⁰¹ Vgl. GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 58.

²⁰² Vgl. BERGER, BK ZPO 17 N 29; FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 12; GIRSBERGER, BSK ZPO 357 N 18; HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 16.

²⁰³ Vgl. FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 12.

²⁰⁴ FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 11; GIRSBERGER, BSK ZPO 357 N 17; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 58; INFANGER, BSK ZPO 17 N 17; vgl. BGer vom 8. Februar 1996 E. 4b, in: ASA Bull. 1998, 142 ff.

²⁰⁵ BERGER, BK ZPO 17 N 30; BERGER/KELLERHALS, N 301; HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 16; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Kommentar ZPO 17 N 26.

²⁰⁶ BGE 113 II 163 E. 2.

onsklausel anwenden, wodurch die oben erwähnten Anwendungsbereiche für «sämtliche Streitigkeiten aus dem derzeitigen und zukünftigen Geschäftsverkehr» gültig und für die Parteien verbindlich wären.

- 113 Durch die Bezeichnung, dass die Streitigkeiten aus dem «Geschäftsverkehr» entstehen müssen, sind diese m. E. genügend bestimmt. Schliesslich sind darunter Streitigkeiten aus dem kaufmännischen Verkehr zwischen den Parteien zu verstehen, auf welche auch andernorts in Gesetzen²⁰⁷ verwiesen wird und deren Begriff dementsprechend durch Lehre und Rechtsprechung konkretisiert wurde. Das Argument, dass es sich bei der Bestimmbarkeit um ein eigenständiges Tatbestandselement handelt und dieses durch die Formulierung «sämtliche Streitigkeiten aus dem derzeitigen und zukünftigen Geschäftsverkehr» verletzt ist, sowie der daraus gezogene Schluss der Unzulässigkeit dieser Formulierung überzeugen daher nicht.²⁰⁸ Vielmehr ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob eine derart weitgehende Abrede eine übermässige Bindung i. S. v. Art. 27 Abs. 2 ZGB darstellt.²⁰⁹ Angesichts der allenfalls unterschiedlich starken Verhandlungspositionen und der damit verbundenen Möglichkeit des Aufzwingens einer solchen Eskalationsklausel wird für eine restriktive Handhabung plädiert.²¹⁰ Jedenfalls ist es ausreichend, wenn Rechtsverhältnisse nachträglich nicht einseitig und in (weitgehend) offener Zahl einer Zuständigkeitswahl unterstellt werden können.²¹¹ Anders würde es sich aufgrund der zu offenen Formulierung beispielsweise verhalten, wenn «sämtliche Streitigkeiten» zwischen den Parteien ungeachtet ihres Entstehungsgrundes unter die Eskalationsklausel fallen würden.
- 114 Ob der Lehrmeinung einer grosszügigen Auslegung der erforderlichen Bestimmbarkeit des umfassten Streitgegenstands gefolgt werden kann, hängt im Wesentlichen von der Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Globalzession auf die Eskalationsklausel ab. Das Bundesgericht erlaubt eine umfassende Verfügung über sämtliche künftige Forderungen aus dem Geschäftsverkehr im Rahmen einer Globalzession.²¹² Mittels des Abschlusses einer Eskalationsklausel verfügen die Parteien über die Möglichkeit der Durchsetzung künftiger streitiger Forderungen. Infolgedessen verlangt die Gewährleistung der Wider-

²⁰⁷ Z.B. Art. 190 OR; Art. 191 Abs. 2 OR; Art. 313 Abs. 2 OR.

²⁰⁸ So aber wohl COURVOISIER, SHK ZPO 17 N 8.

²⁰⁹ HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 16; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Kommentar ZPO 17 N 26; vgl. BERGER, BK ZPO 17 N 30.

²¹⁰ BERGER, BK ZPO 17 N 30; BERGER, BSK LugÜ 23 N 38.

²¹¹ GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 45; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Kommentar ZPO 17 N 26.

²¹² BGE 113 II 163 E. 2.

spruchsfreiheit der Rechtsordnung m. E., dass die Rechtsprechung zur Globalzession analog auf die Eskalationsklausel angewendet wird. Der Durchsetzungsmechanismus muss der Forderung gültig und rechtsverbindlich folgen können. Die wirtschaftliche Verfügungsfreiheit der Parteien scheint als Folge des Abschlusses der Eskalationsklausel nicht stärker als bei der Globalzession beeinträchtigt zu sein.²¹³ Die Problematik der möglichen Benachteiligung einer Partei durch unterschiedlich starke Verhandlungspositionen wird dadurch entschärft, dass sich der Anwendungsbereich der Eskalationsklausel bei einer Ausweitung des «Geschäftsverkehrs» für beide Parteien gleichermaßen vergrössert.²¹⁴ Freilich schränkt das Bundesgericht die Zulässigkeit insoweit ein, als eine Abtretung von zeitlich und gegenständlich unbeschränkten Forderungen als übermässige Bindung qualifiziert wird.²¹⁵ Daher sind nach der hier vertretenen Auffassung Eskalationsklauseln, deren Anwendungsbereich sich auf «sämtliche Streitigkeiten aus dem derzeitigen und zukünftigen Geschäftsverkehr» erstreckt, unter dem Aspekt der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB bei Vorliegen von zwei Voraussetzungen gültig. Erstens müssen die Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses klare Vorstellungen über das Ausmass und die Natur des künftigen Geschäftsverkehrs haben. Zweitens muss sich die spätere Geschäftstätigkeit, welche zum Streit führt, in diesem Rahmen bewegen.²¹⁶

Neben dem Verbot der übermässigen Bindung sind als weitere Aspekte der materiellen Gültigkeit der Eskalationsklausel neben den Regeln in Bezug auf das Angebot, die Annahme und den Konsensaspekt auch allfällige Willensmängel und Auslegungsfragen nach dem eingangs dieses Kapitels bestimmten anwendbaren Recht zu beurteilen.²¹⁷ Diesbezüglich stellen sich jedoch keine Sonderfragen in Bezug auf die Eskalationsklausel.

115

²¹³ GLM. BERGER/KELLERHALS, N 301.

²¹⁴ STACHER, DIKE-Komm. ZPO 357 N 20. Die Gefahr der Benachteiligung einer Partei ist damit geringer als bei der Globalzession, bei der sich eine Ausweitung des «Geschäftsverkehrs» des Zedenten v.a. zugunsten des Zessionars auswirkt (beispielsweise erhöht sich dadurch die Sicherung des dem Zedenten gewährten Kredits).

²¹⁵ BGE 112 II 433 E. 3; 84 II 355 E. 3. Es fehlt dabei an der Bestimmung des Entstehungsgrundes, wie z. B. «Forderungen aus dem Geschäftsverkehr».

²¹⁶ Vgl. DASSER, KuKo ZPO 357 N 17; PFISTERER, BK ZPO 357 N 22; a.M. GIRSBERGER/VOSER, N 452; EGGER, Kommentar ZPO 357 N 40. Wohl für eine generelle Zulässigkeit solcher Klauseln, BERGER/KELLERHALS, N 301.

²¹⁷ Vgl. GRÄNICHER, BSK IPRG, 178 N 47.

III. Weitere Gültigkeitsvoraussetzungen der Eskalationsklausel

- 116 Für die Gültigkeit einer vereinbarten Eskalationsklausel müssen neben der formellen und materiellen Gültigkeit noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Auf diese wird im Folgenden näher eingegangen.

A. Zulässige Streitigkeit

- 117 Bestimmte Streitigkeiten sind einem ADR-Verfahren, einem Schiedsverfahren oder einer Gerichtsstandsvereinbarung aufgrund ihrer Natur nicht zugänglich. Angesichts des Wesens der Eskalationsklausel als Kombination von ADR-Verfahren mit einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung wird nachfolgend zwischen der objektiven «ADR-Fähigkeit», der objektiven Schiedsfähigkeit sowie der Zulässigkeit des Abschlusses einer Gerichtsstandsvereinbarung unterschieden. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der Zulässigkeit «*ratione materiae*».²¹⁸

a. Objektive «ADR-Fähigkeit»

- 118 Voraussetzung zur Beilegung einer Streitigkeit mithilfe eines ADR-Verfahrens ist, dass diese «ADR-fähig» ist. M. a. W. muss die Rechtsordnung die von den Parteien als Resultat eines ADR-Verfahrens geschlossene Vereinbarung als verbindlich anerkennen, wenigstens, soweit das Resultat des ADR-Verfahrens nicht aufgrund gesetzlicher Regelung der Genehmigung durch ein Gericht untersteht.²¹⁹ Die objektive «ADR-Fähigkeit» bildet damit die Grundvoraussetzung für die Streitbeilegung mittels eines ADR-Verfahrens.²²⁰
- 119 Die objektive «ADR-Fähigkeit» beantwortet demnach die Frage, in welchem Umfang Streitigkeiten der staatlichen Gerichtsbarkeit (temporär) entzogen werden können bzw. zwingend durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden sind. Dieselbe Fragestellung findet sich auch bei der Schiedsgerichtsbarkeit als ebenfalls ausserstaatliche Methode der Streitbeilegung in Form der Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit wieder.²²¹ Es rechtfertigt sich da-

²¹⁸ MABILLARD/BRINER, BSK IPRG 177 N 3; PFISTERER, BK ZPO 354 N 1; WEBER-STECHER/WOHLGEMUTH, BSK ZPO 354 N 2.

²¹⁹ SCHÜTZ, N 418. Eine Genehmigung ist beispielsweise gemäss Art. 217 ZPO in der gerichtsnahen Mediation vorgesehen.

²²⁰ SCHÜTZ, N 418.

²²¹ Ausführlich zur objektiven Schiedsfähigkeit hinten, [N 122 ff.](#)

her, deren gesetzliche Regelungen zur Feststellung der objektiven «ADR-Fähigkeit» heranzuziehen.²²² Im Bereich der Binnenschiedsgerichtsbarkeit kann gemäss Art. 354 ZPO jeder Anspruch, über den die Parteien frei verfügen können, Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein. Enger wird die objektive Schiedsfähigkeit für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit festgesetzt. So kann nach Art. 177 Abs. 1 IPRG jeder Anspruch, der vermögensrechtlicher Natur ist, Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein.

Die Grenze der weiteren Umschreibung der objektiven Schiedsfähigkeit bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit bildet die «freie Verfügbarkeit» über den Streitgegenstand. Damit sind lediglich Ansprüche ausgenommen, welche die Parteien nicht durch Anerkennung beenden oder durch einen Vergleich beilegen können.²²³ Ausgeschlossen von der schiedsgerichtlichen Beurteilung sind folglich insbesondere Verfahren über familienrechtliche Statusfragen.²²⁴ Gemäss der Botschaft zur ZPO kommt jedoch auch im Bereich der familienrechtlichen Streitigkeiten der Mediation als Anwendungsfall der ADR-Verfahren eine herausragende Bedeutung zu.²²⁵ So kann das Gericht beispielsweise die Kinderbelange betreffend in familienrechtlichen Angelegenheiten die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern (Art. 297 Abs. 2 ZPO) oder die Ehegatten beim Einreichen der Scheidungsklage zu einer Einigungsverhandlung vorladen (Art. 291 ZPO). Daneben können die Parteien im Allgemeinen auch für Streitigkeiten, für welche nach Art. 198 ZPO eigentlich kein Schlichtungsverfahren stattzufinden hätte, die Durchführung eines ADR-Verfahrens gültig vorsehen.²²⁶ Der Sinngehalt der Durchführung eines ADR-Verfahrens bei fehlender (vollständiger) Verfügungsmacht der Parteien über den Streitgegenstand sei dabei dahingestellt.²²⁷

Die Definition der objektiven «ADR-Fähigkeit» einer Streitigkeit ist demnach weiter als die objektive Schiedsfähigkeit zu fassen. Sie umfasst neben den der Disposition der Parteien unterliegenden Streitgegenständen (z. B. Konsumentstreitigkeiten) auch diejenigen, für welche das Gesetz die Mediationsfähig-

²²² SCHÜTZ, N 418.

²²³ DASSER, KuKo ZPO 354 N 5; GÖKSU, N 357; PFISTERER, BK ZPO 354 N 13; WEBER-STECHER/WOHLGEMUTH, BSK ZPO 354 N 7.

²²⁴ DASSER, KuKo ZPO 354 N 18; PFISTERER, BK ZPO 354 N 19; WEBER-STECHER/WOHLGEMUTH, BSK ZPO 354 N 39.

²²⁵ Botschaft ZPO, 7255 f.

²²⁶ Botschaft ZPO, 7329; INFANGER, BSK ZPO 197/198 N 12; RUGGLE, BSK ZPO 213 N 4; vgl. MORDASINI, Kommentar ZPO 213 N 38.

²²⁷ Vgl. PETER, BK ZPO 198 N 2.

keit vorsieht.²²⁸ Wie schon aufgezeigt, kann es sich dabei auch um familienrechtliche oder von dem obligatorischen Schlichtungsversuch ausgenommene Streitigkeiten handeln. Auf eine unterschiedliche Reichweite der objektiven «ADR-Fähigkeit» für Binnensachverhalte oder internationale Sachverhalte kann verzichtet werden. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, welche für internationale ADR-Verfahren eine engere Umschreibung der zulässigen Streitigkeiten vorschreibt, rechtfertigt sich aus Gründen der Rechtssicherheit und der Wahrung einer einheitlichen Rechtsordnung keine unterschiedliche Behandlung der beiden Sachverhalte.

b. Objektive Schiedsfähigkeit

- 122 Wie bereits erwähnt, muss für die Bestimmungen der objektiven Schiedsfähigkeit zwischen Fällen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit und solchen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unterschieden werden.

i. Binnenschiedsgerichtsbarkeit

- 123 Nach dem für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit einschlägigen Art. 354 ZPO kann jeder Anspruch, über den die Parteien frei verfügen können, Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein. Darunter sind diejenigen Ansprüche zu verstehen, auf welche die Parteien verzichten oder die sie durch einen Vergleich beilegen können.²²⁹ Die «freie Verfügbarkeit» bestimmt sich dabei nach der *lex causae*, d. h. nach dem auf die Streitigkeit materiell anwendbaren Recht.²³⁰ Damit sind auch Streitigkeiten, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind, der Binnenschiedsgerichtsbarkeit zugänglich.²³¹ Im Unterschied zu der alten Regelung in Art. 5 KSG bildet der fehlende zwingende Charakter eines Gerichtsstandes keine Voraussetzung für die objektive Schiedsfähigkeit eines An-

²²⁸ SCHÜTZ, N 424; vgl. GIRSBERGER/PETER, N 735.

²²⁹ DASSER, KuKo ZPO 354 N 5; GÖKSU, N 357; PFISTERER, BK ZPO 354 N 13; WEBER-STECHER/WOHLGEMUTH, BSK ZPO 354 N 7.

²³⁰ BERGER/KELLERHALS, N 258; DASSER, KuKo ZPO 354 N 6; WEBER-STECHER/WOHLGEMUTH, BSK ZPO 354 N 8; vgl. BGE 118 II 353 E. 3b. A.M. GÖKSU, N 350, nach dem sich die freie Verfügbarkeit über den Streitgegenstand nach Schweizer Recht bestimmt. Im Ergebnis mag dies zwar häufig zutreffen, da bei Binnensachverhalten oft das schweizerische Recht auf die Streitigkeit anwendbar ist.

²³¹ Botschaft ZPO, 7393; BERGER/KELLERHALS, N 258; GÖKSU, N 357; PFISTERER, BK ZPO 354 N 13.

spruchs.²³² Entsprechend sind insbesondere auch Konsumentenstreitigkeiten in aller Regel schiedsfähig.²³³

Ebenfalls nach Art. 354 ZPO beurteilen sich die Fälle der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, wenn die Parteien den dritten Teil der ZPO für anwendbar erklärt haben (Art. 176 Abs. 2 IPRG). 124

ii. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Bei Vorliegen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, d. h., wenn bei Abschluss der Schiedsvereinbarung mindestens eine der Parteien ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte und ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vorgesehen wurde (Art. 176 Abs. 1 IPRG), richtet sich die objektive Schiedsfähigkeit der Streitigkeit grundsätzlich nach Art. 177 Abs. 1 IPRG. Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann somit jeder vermögensrechtliche Anspruch sein. Das Bundesgericht äusserte sich zu den vermögensrechtlichen Streitigkeiten bei Fragen des Streitwerts wie folgt:²³⁴ 125

«Als nicht vermögensrechtlich sind Streitigkeiten über Rechte zu betrachten, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können. Es muss sich um Rechte handeln, die weder zum Vermögen einer Person gehören noch mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis eng verbunden sind. Dass die genaue Berechnung des Streitwerts nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig ist, genügt aber nicht, um eine Streitsache als eine solche nicht vermögensrechtlicher Natur erscheinen zu lassen. Massgebend ist, ob mit der Klage letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird.»

Diese Definition lässt sich auch für die Umschreibung der vermögensrechtlichen Streitigkeiten im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit übernehmen.²³⁵ Im Unterschied zu Art. 354 ZPO handelt es sich bei Art. 177 Abs. 1 IPRG um eine materielle Norm und nicht um eine kollisionsrechtliche Regelung. Dies hat zur Folge, dass sich die objektive Schiedsfähigkeit ohne Rückgriff auf die Regelung 126

²³² Botschaft ZPO, 7394; BERGER/KELLERHALS, N 257; GÖKSU, N 385; PFISTERER, BK ZPO 354 N 7; WEBER-STECHER/WOHLGEMUTH, BSK ZPO 354 N 12.

²³³ GIRSBERGER/PETER, N 877; PFISTERER, BK ZPO 354 N 22; STACHER, DIKE-Komm. ZPO 354 N 18; WEBER-STECHER/WOHLGEMUTH, BSK ZPO 354 N 27. Je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls kann jedoch eine Berufung auf die Schiedsvereinbarung für die Geltendmachung der sozial schwächeren Partei als missbräuchlich und damit unzulässig qualifiziert werden, WEBER-STECHER/WOHLGEMUTH, BSK ZPO 354 N 27.

²³⁴ BGE 108 II 77 E. 1a m.w.H.

²³⁵ BERGER/KELLERHALS, N 215; MABILLARD/BRINER, BSK IPRG 177 N 14.

gen der *lex causae* nach der *lex arbitri* bestimmt.²³⁶ Hat das Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz, wird die vermögensrechtliche Natur einer Streitigkeit folglich nach schweizerischem Recht beurteilt.

- 127 Demzufolge können auch Ansprüche, über welche die Parteien nicht frei verfügen können, die aber als vermögensrechtlich zu qualifizieren sind, in internationalen Fällen einem Schiedsgericht zur Beurteilung vorgelegt werden.²³⁷ Darunter fallen insbesondere auch Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen.²³⁸ Ob auch nicht vermögensrechtliche Ansprüche, die der freien Disposition der Parteien unterliegen, im umgekehrten Fall aufgrund von Art. 177 Abs. 1 IPRG nicht objektiv schiedsfähig sind, sollte mithilfe einer weiten Auslegung des Begriffs der vermögensrechtlichen Streitigkeit im Einzelfall entschieden werden.²³⁹

c. Zulässigkeit einer Gerichtsstandvereinbarung

- 128 Die Zulässigkeit, für eine Streitigkeit ein staatliches Gericht örtlich zu prorogieren, ergibt sich ebenfalls aus den einschlägigen Gesetzesbestimmungen. Nebst der Unterscheidung zwischen nationalen und internationalen Sachverhalten muss bei Vorliegen eines internationalen Sachverhalts zwischen dem staatsvertraglichen und dem nicht staatsvertraglichen Bereich differenziert werden.
- 129 Die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung ergibt sich daher bei Binensachverhalten aus der ZPO und bei internationalen Sachverhalten aus dem IPRG resp. aus einem Staatsvertrag.

i. Zulässigkeit nach der ZPO

- 130 Nach Art. 17 Abs. 1 ZPO können die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren, sofern das Gesetz, d. h. die ZPO, nichts anderes bestimmt. Primär sind die zwingenden Gerichtsstände von dem Abschluss einer Gerichtsstandvereinbarung ausgenommen (Art. 9 Abs. 2 ZPO). Diese müssen vom Gesetz gemäss Art. 9 Abs. 1 ZPO ausdrücklich vorgeschrieben werden. Ausserhalb der ZPO und damit insbesondere im SchKG muss mit-

²³⁶ BGE 118 II 198 E. 5c/aa; Botschaft IPRG, 460; BERGER/KELLERHALS, N 208 f.; MABILLARD/BRINER, BSK IPRG 177 N 9.

²³⁷ BGE 118 II 353 E. 3b; BERGER/KELLERHALS, N 217; GÖKSU, N 381.

²³⁸ GIRSBERGER/PETER, N 877; MÖHLER, N 227.

²³⁹ BERGER/KELLERHALS, N 214; MABILLARD/BRINER, BSK IPRG 177 N 17; vgl. auch GÖKSU, N 381.

tels Auslegung der Norm bestimmt werden, ob ihr ein zwingender Charakter zukommt.²⁴⁰ Daneben sind hinsichtlich der teilzwingenden Gerichtsstände diverse Besonderheiten beim Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung zu beachten. Auf diese kann die schwächere Partei nicht im Voraus und nicht durch Einlassung verzichten. Eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit bleibt weiterhin möglich (vgl. Art. 35 ZPO). Zulässig bleibt dagegen vor Entstehung der Streitigkeit der Abschluss einer Vereinbarung, welche der schwächeren Partei ausschliesslich zusätzliche Gerichtsstände zur Verfügung stellt und diese damit einseitig begünstigt.²⁴¹

Weitere Kriterien sind für die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 ZPO nicht zu beachten. So können auch nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten und solche, die nicht der freien Parteidisposition unterliegen, den Gegenstand einer Gerichtsstandsvereinbarung bilden.²⁴² Ebenso sieht Art. 17 ZPO nicht vor, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam ist, wenn einer Partei der Gerichtsstand missbräuchlich entzogen wurde. Die Einführung einer solchen Missbrauchskontrolle drängt sich sodann auch nicht auf. Die Vertragsfreiheit der Parteien wird bereits durch den Vorbehalt der zwingenden Gerichtsstände gemäss Art. 9 Abs. 2 ZPO sowie die teilzwingenden Gerichtsstände eingeschränkt, womit wenig Raum für Missbräuche bleibt.²⁴³ Zudem findet das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB auch im Bereich der ZPO Anwendung (Art. 52 ZPO). Schliesslich hat der Gesetzgeber mit der Einführung der ZPO auf eine Regelung «forum non conveniens» verzichtet, mit der ein Gericht seine Zuständigkeit ablehnen darf, sofern ein anderes Gericht für die Beurteilung der Streitigkeit als geeigneter erscheint.²⁴⁴

131

ii. Zulässigkeit nach dem IPRG

Liegt ein internationaler Sachverhalt vor, der nicht in den Anwendungsbereich eines Staatsvertrags fällt, bestimmt sich die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 5 IPRG (vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG). Nach Abs. 1 der Norm können die Parteien für einen bestehenden oder zukünftigen Rechtsstreit über vermögensrechtliche Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis

132

²⁴⁰ FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 6; vgl. INFANGER, BSK ZPO 17 N 3 ff.

²⁴¹ BGer 4C.29/2006 vom 21. März 2006, E. 4.1; FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 7; WALTHER, BK ZPO 35 N 8.

²⁴² BERGER, BK ZPO 17 N 17 f.; SUTTER-SOMM/HOSTETTTLER, Kommentar ZPO 17 N 13.

²⁴³ SUTTER-SOMM/HOSTETTTLER, Kommentar ZPO 17 N 14.

²⁴⁴ BERGER, BK ZPO 17 N 19. Vgl. auch hinten, [N 404 ff.](#)

einen Gerichtsstand vereinbaren. Wenn einer Partei ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts missbräuchlich entzogen wird, ist die Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Art. 5 Abs. 2 IPRG ungültig. Damit gelten für die Zulässigkeit andere Voraussetzungen als bei einem Binnensachverhalt.

- 133 Was unter einer vermögensrechtlichen Streitigkeit zu verstehen ist, wurde bereits im Zusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit dargelegt.²⁴⁵ Entgegen dem Wortlaut kann eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht für sämtliche vermögensrechtliche Streitigkeiten geschlossen werden. Ausgenommen davon sind die mittels Auslegung zu bestimmenden (teil-)zwingenden gesetzlichen Zuständigkeiten des IPRG.²⁴⁶ Darunter fallen etwa dingliche Streitigkeiten über in der Schweiz oder im Ausland belegene Liegenschaften (bei Letzteren nur, soweit der ausländische Staat eine zwingende Zuständigkeit beansprucht; Art. 97 i. V. m. Art. 108 Abs. 1 IPRG), Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen (Art. 114 Abs. 2 i. V. m. Art. 149 Abs. 2 lit. b IPRG) oder Streitigkeiten aus der Verantwortlichkeit bei Prospekthaftungen (Art. 151 Abs. 3 IPRG).²⁴⁷ Bei den teilzwingenden Zuständigkeitsvorschriften gilt das Verbot der *prorogatio fori* allerdings nicht absolut. Möglich bleibt beispielsweise bei Konsumentenstreitigkeiten eine Prorogation nach Entstehen der Streitigkeit (vgl. Art. 114 Abs. 2 IPRG) und bei Prospekthaftungsklagen ist die Klagemöglichkeit am Ausgabort nicht mittels einer Gerichtsstandsvereinbarung ausschliessbar (vgl. Art. 151 Abs. 3 IPRG).
- 134 Das Gesetz enthält keine Konkretisierung des in Art. 5 Abs. 2 IPRG vorgesehenen Missbrauchsvorbehalts. Die Botschaft spricht vom Schutz von geschäftsunkundigen, sozial und wirtschaftlich schwächeren Parteien oder von ebenbürtigen Parteien, denen durch unseriöse Machenschaften ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts in unzulässiger Weise entzogen wird.²⁴⁸ In der jüngeren Lehre wird dem Missbrauchsvorbehalt m. E. korrekterweise nur noch äusserst beschränkte Wirkung zugebilligt. Die Einhaltung der Vorschriften zum Zustandekommen sowie zur formellen und materiellen Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung, die (teil-)zwingenden Zuständigkeiten zum Schutz der schwächeren Partei und die allgemeinen Schranken der Rechts-

²⁴⁵ Siehe vorne, [N 122 ff.](#)

²⁴⁶ DASSER, in: FS Meier, 90; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 18; MÜLLER-CHEN, ZK IPRG 5 N 71 ff.

²⁴⁷ GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 18 mit weiteren Beispielen; vgl. MÜLLER-CHEN, ZK IPRG 5 N 71 ff.

²⁴⁸ Botschaft IPRG, 301. Als Beispiel für eine unzulässige Entziehung des Gerichtsstands wird die Ausnützung einer unvorteilhaften Lage der Gegenpartei in Verletzung elementarer Regeln der Fairness zwecks Erlangung eines prozessualen Vorteils aufgeführt.

ordnung, d. h. auch das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB, bieten bereits ausreichenden Schutz.²⁴⁹ Auf eine davon losgelöste und weitergehende Missbrauchskontrolle sollte daher verzichtet werden.

iii. Zulässigkeit nach dem LugÜ

Fällt der internationale Sachverhalt in den Anwendungsbereich des LugÜ, bestimmt sich die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung ausschliesslich nach Art. 23 LugÜ (vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG). 135

Grundsätzlich ist die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen auch im Anwendungsbereich des LugÜ gewährleistet, sofern im LugÜ keine entgegenstehenden Bestimmungen vorgesehen sind. So bestimmt Art. 23 Abs. 5 LugÜ, dass Gerichtsstandsvereinbarungen keine rechtliche Wirkung entfalten, wenn sie den Vorschriften der Art. 13 LugÜ (Zuständigkeit für Versicherungssachen), Art. 17 LugÜ (Zuständigkeit bei Verbrauchersachen) und Art. 21 LugÜ (Zuständigkeit für individuelle Arbeitsverträge) zuwiderlaufen oder die Gerichte, deren Zuständigkeit abbedungen wird, aufgrund von Art. 22 LugÜ ausschliesslich zuständig sind. Somit handelt es sich um Vorschriften zum Schutz der schwächeren Partei sowie um zwingende Zuständigkeiten aufgrund der intensiven Sachnähe zum Gericht am jeweiligen Anknüpfungsort bzw. des besonderen öffentlichen Interesses der Vertragsstaaten an der alleinigen Entscheidung über die entsprechenden Streitgegenstände.²⁵⁰ Die Formulierung «keine rechtliche Wirkung» bedeutet, dass eine gegen Art. 23 Abs. 5 LugÜ verstossende Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam bzw. nichtig ist.²⁵¹ Wie bereits im Anwendungsbereich der ZPO und des IPRG sind Gerichtsstandsvereinbarungen zum Schutz der schwächeren Partei nicht absolut unzulässig, sondern können insbesondere nach Entstehung der Streitigkeit gültig geschlossen werden (siehe Art. 13 Ziff. 1 LugÜ; Art. 17 Ziff. 1 LugÜ; Art. 21 Ziff. 1 LugÜ). 136

Im Gegensatz zu Art. 5 IPRG sieht Art. 23 LugÜ keine Beschränkung der Zulässigkeit auf vermögensrechtliche Streitigkeiten vor, d. h., es können auch nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten Gegenstand einer gültigen Gerichtsstandsvereinbarung sein.²⁵² Weiter stellt auch die freie Verfügbarkeit über den Streitgegenstand keine Gültigkeitsvoraussetzung dar.²⁵³ Hinsichtlich des in 137

²⁴⁹ GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 58; vgl. DASSER, in: FS Meier, 90. Eher für eine Missbrauchskontrolle, KELLERHALS, in: FS Walter, 493 ff.

²⁵⁰ GÜNGERICH, BSK LugÜ 22 N 1; MARKUS, SHK LugÜ N 1 Vorbem. Art. 22.

²⁵¹ BERGER, BSK LugÜ 23 N 24; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 57.

²⁵² BERGER, BSK LugÜ 23 N 25.

²⁵³ BERGER, BSK LugÜ 23 N 25.

Art. 5 Abs. 2 IPRG vorgesehenen Missbrauchsvorbehalts findet sich in Art. 23 LugÜ ebenfalls keine entsprechende Bestimmung. Sodann besteht auch kein Grund für eine Ausdehnung der Missbrauchskontrolle auf eine in den Anwendungsbereich des LugÜ fallende Gerichtsstandsvereinbarung.²⁵⁴ Zum einen sind die Einschränkungen der Prorogationsfreiheit und damit der Vertragsfreiheit abschliessend in Art. 23 Abs. 5 LugÜ geregelt.²⁵⁵ Zum anderen werden durch den anderweitig sichergestellten Schutz der schwächeren Partei durch das Bestimmtheitserfordernis und die teilzwingenden Gerichtsstände in Versicherungs-, Konsumenten- und Arbeitsstreitigkeiten die möglichen Anwendungsfälle einer missbräuchlichen Gerichtsstandsvereinbarung weitgehend verhindert.²⁵⁶ Ein Rückgriff auf Wertvorstellungen des nationalen Rechts zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung ist aufgrund der grundsätzlich vertragsautonomen Auslegung des LugÜ ebenfalls nicht zulässig.²⁵⁷ In Anwendung des auch für das LugÜ relevanten allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist lediglich einer betrügerischen oder krass rechtsmissbräuchlichen Gerichtsstandsvereinbarung die Zulässigkeit zu verweigern.²⁵⁸ Letztlich wurde bei der Ausarbeitung des LugÜ ebenfalls aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit bewusst auf die Einführung einer Regelung «forum non conveniens» verzichtet.²⁵⁹

d. Zulässigkeit einer Eskalationsklausel

- 138 Nachdem die Zulässigkeit *ratione materiae* der einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen dargestellt wurde, stellt sich in einem nächsten Schritt die Frage, wie sich die Kombination der Vereinbarungen zu einer Eskalationsklausel auf diese objektive Zulässigkeit auswirkt.
- 139 Aufgrund der grundsätzlich vorhandenen Selbstständigkeit der einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen beurteilt sich m. E. auch die Zulässigkeit *ratione materiae* separat anhand der konkreten Einzelvereinbarung. Für eine solche Einzelbeurteilung spricht auch die explizite gesetzliche Regelung der objektiven Schiedsfähigkeit und der Zulässigkeit des Abschlusses einer Gerichtsstandsvereinbarung im Prozessrecht. Diese Vorschriften sind zwingender

²⁵⁴ BERGER, BSK LugÜ 23 N 26; BUCHER, CR LugÜ 23 N 36; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 196; GROLIMUND/BACHOFNER, DIKE-Komm. LugÜ 23 N 63.

²⁵⁵ Botschaft revLugÜ, 1801.

²⁵⁶ KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 195.

²⁵⁷ KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 196; vgl. BGE 139 III 345 E. 4; 131 III 398 E. 5; BGer 4A_451/2014 vom 28. April 2015, E. 2.1.

²⁵⁸ KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 197 m.w.H.

²⁵⁹ BERGER, BSK LugÜ 23 N 26; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 197. Vgl. auch hinten, [N 404 ff.](#)

Natur und unterliegen nicht der Parteidisposition.²⁶⁰ Damit besteht kein Raum für eine davon abweichende Bestimmung der Zulässigkeit *ratione materiae* im Zusammenhang mit einer von den Parteien vorgesehenen Eskalationsklausel.

B. Vereinbarkeit mit prozessualen Mindestgarantien

Eine Eskalationsklausel kann nur dann Wirkung entfalten, wenn sie nicht gegen die Rechtsordnung verstösst (vgl. Art. 20 Abs. 1 OR). Damit muss sie v. a. in Einklang mit den in der Rechtsordnung vorgesehen prozessualen Mindestgarantien stehen. Beispielsweise hat nach Art. 6 EMRK und Art. 29 ff. BV jede Person ein Recht darauf, dass ihre Streitigkeiten innert angemessener Frist durch ein unabhängiges, unparteiliches und auf Gesetz beruhendes Gericht beurteilt werden. Durch die Vereinbarung der Eskalationsklausel verzichten die Parteien zumindest teilweise bzw. vorübergehend auf diese Garantien. Im Folgenden ist deshalb darzulegen, inwieweit ein solcher Verzicht überhaupt zulässig ist. 140

a. Zulässigkeit des dilatorischen Klageverzichts

Durch den Abschluss des dilatorischen Klageverzichts wird der Anspruch einer Partei auf eine (schieds-)richterliche Beurteilung der Streitigkeit vorübergehend aufgehoben, da für den vereinbarten Zeitraum der Weg zum (Schieds-)Gericht nach dem Willen der Parteien versperrt bleibt. Ein solcher Verzicht findet sich häufig in Verbindung mit den in der Eskalationsleiter vorgesehenen ADR-Verfahren. ADR-Vereinbarungen ohne einen daran gekoppelten Klageverzicht sind unproblematisch, da es zu keiner Einschränkung der prozessualen Mindestgarantien kommt.²⁶¹ 141

i. Auf staatliches Gerichtsverfahren bezogener Klageverzicht

Sehen die Parteien ein staatliches Gericht als letzte Eskalationsstufe vor, bezieht sich der Klageverzicht auf das Verfahren vor diesem Gericht. Nun verzichten die Parteien nicht dauerhaft auf die gerichtliche Beurteilung ihrer Streitigkeit. Sie verzichten vielmehr auf die prozessuale Geltendmachung der von der Eskalationsklausel erfassten Streitigkeit bis zum Abschluss der voran- 142

²⁶⁰ Vgl. BERGER, BSK LugÜ 23 N 24; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 16; MABILLARD/BRINER, BSK IPRG 177 N 3; PFISTERER, BK ZPO 354 N 3. Vgl. auch Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 ZPO.

²⁶¹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 196.

gehenden Streitbeilegungsstufen.²⁶² Ein gerichtliches Verfahren unter Einhaltung der prozessualen Mindestgarantien kann damit immer noch durchgeführt werden. In der Vereinbarung eines dilatorischen Klageverzichts kann daher keine Verletzung der prozessualen Mindestgarantien gesehen werden.

- 143 Indes wird zu Recht auf die Problematik hingewiesen, dass bei der Durchführung von ADR-Verfahren allgemein die Gefahr der mangelhaften Verfahrensgestaltung und bei ADR-Verfahren mit Drittunterstützung die Gefahr der parteiischen Auswahl der Drittperson besteht.²⁶³ Dem wird jedoch weitgehend durch den Zweck der ADR-Verfahren entgegengewirkt. Denn deren Durchführung zielt auf die Herbeiführung einer gütlichen Einigung zwischen den Parteien und nicht auf die autoritative Entscheidung der Streitigkeit. Die primär mittels der prozessualen Mindestgarantien sicherzustellende gerechte Entscheidung tritt damit in den Hintergrund.²⁶⁴ Vielmehr soll mithilfe des ADR-Verfahrens die Grundlage für die vergleichsweise Beilegung der Streitigkeit geschaffen werden. Die Annahme des Urteils- oder Vergleichsvorschlags des neutralen Dritten oder der Gegenpartei liegt vollständig im Ermessen der betroffenen Partei. Empfindet diese die Verfahrensgestaltung als mangelhaft oder die Drittperson als parteiisch, so verringert dies lediglich die Aussichten auf die erfolgreiche Streitbeilegung durch das ADR-Verfahren.²⁶⁵
- 144 Schliesslich ändert auch das in Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK festgehaltene Beschleunigungsgebot nichts an der Zulässigkeit eines dilatorischen Klageverzichts,²⁶⁶ denn es entfaltet seine Wirkung erst ab Einleitung der Klage. Der diesem Zeitpunkt vorangehende Zeitraum muss daher für die Beurteilung der Einhaltung des Beschleunigungsgebots ausser Acht gelassen werden.²⁶⁷ Wurde die Klage in Verletzung des dilatorischen Klageverzichts zu früh eingeleitet, darf das angerufene Gericht diesen nicht unter Berufung auf das Beschleunigungsgebot missachten. Die Parteien haben in diesem Zeitpunkt noch keinen Anspruch auf Verfahrenserledigung und müssen sich die durch den dilatorischen Klageverzicht eingetretene Verzögerung des Verfahrens anrechnen lassen.²⁶⁸

²⁶² ARNTZ, Eskalationsklauseln, 197.

²⁶³ WAGNER, Prozessverträge, 445.

²⁶⁴ WALTER, ZZP 1990, 161; a.M. PRÜTTING, ZZP 1986, 96 f.; WAGNER, Prozessverträge, 445.

²⁶⁵ Zum Ganzen WALTER, ZZP 1990, 161. Auf die Problematik des allfälligen durch Verjährung eintretenden Rechtsverlusts als Folge der Vereinbarung eines dilatorischen Klageverzichts wird im späteren Verlauf der Arbeit noch spezifisch eingegangen, siehe hinten, [N 511 ff.](#)

²⁶⁶ SCHMIDT, 96.

²⁶⁷ Vgl. WALDMANN, BSK BV 29 N 26.

²⁶⁸ Vgl. STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, DIKE-Komm. BV 29 N 36; WALDMANN, BSK BV 29 N 23.

ii. Auf Schiedsverfahren bezogener Klageverzicht

Wird von den Parteien die Durchführung eines Schiedsverfahrens als letzte Stufe der Eskalationsleiter vorgesehen, bezieht sich der dilatorische Klageverzicht auf dieses Schiedsverfahren. Aus der Schweizer *lex fori arbitri* ergeben sich ebenfalls keine expliziten Regelungen zur Zulässigkeit eines dilatorischen Klageverzichts. Sowohl für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit (Art. 373 Abs. 1 ZPO) als auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 182 Abs. 1 IPRG) wird jedoch vorgesehen, dass die Regelung des schiedsgerichtlichen Verfahrens primär den Parteien obliegt. Lediglich die Gleichbehandlung der Parteien sowie die Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem kontradiktorischen Verfahren müssen gewährleistet werden (Art. 373 Abs. 4 ZPO; Art. 182 Abs. 3 IPRG).

145

Angesichts der Möglichkeit der freien Gestaltung des Schiedsverfahrens muss es den Parteien auch gestattet sein, mittels eines dilatorischen Klageverzichts die Zulässigkeit des Zeitpunkts der Klageeinleitung von der Durchführung der vorangehenden Streitbeilegungsstufen abhängig zu machen.²⁶⁹ Insbesondere werden dadurch die zwingend einzuhaltenden Verfahrensvorschriften in Form der Gleichbehandlung der Parteien sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Sollten diese nicht bereits im ADR-Verfahren eingehalten werden, so kann ein schiedsgerichtliches Verfahren unter Beachtung der zwingend einzuhaltenden Verfahrensvorschriften immer noch durchgeführt werden.

146

b. Zulässigkeit der ADR-Vereinbarung

Die Zulässigkeit von ADR-Vereinbarungen stellt hinsichtlich der prozessualen Mindestgarantien insofern keine besondere Problematik dar. Eine (schieds-)gerichtliche Beurteilung der Streitigkeit bei fehlender Einigung bleibt möglich. Der blosser Abschluss einer ADR-Vereinbarung führt daher nicht zu einer Beschränkung der prozessualen Mindestgarantien.²⁷⁰

147

c. Zulässigkeit der Schiedsvereinbarung

Trotz der Garantien von Art. 29 ff. BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK können die Parteien eine Schiedsvereinbarung gültig abschliessen. Vorausgesetzt wird dafür, dass die Vereinbarung freiwillig, unzweideutig und rechtmässig abgeschlossen wurde und das Schiedsverfahren bestimmte Mindestgarantien eines fairen

148

²⁶⁹ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 199; RUGGLE, BSK ZPO 213 N 11.

²⁷⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 196; vgl. auch vorne, [N 61](#).

Verfahren einhält.²⁷¹ Die Sicherstellung der Mindestgarantien für ein faires Verfahren erfolgt durch die bereits erwähnten zwingenden Vorschriften in Bezug auf die Gleichbehandlung der Parteien und die Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem kontradiktorischen Verfahren (Art. 373 Abs. 4 ZPO; Art. 182 Abs. 3 IPRG).

d. Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung

- 149 Nach Art. 30 Abs. 2 BV hat jede Person gegen die eine Zivilklage erhoben wird, Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird, wobei das Gesetz einen anderen Gerichtsstand vorsehen kann. Dieses verfassungsmässige Recht der Parteien schränkt die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung jedoch nicht ein. Mit dem gültigen Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung geht ein Verzicht auf den Anspruch auf das Wohnsitzgerichts einher.²⁷²

C. Zulässigkeit von Prozessverträgen

a. Im Allgemeinen

- 150 Verschiedene in einer Eskalationsklausel enthaltene Vereinbarungen sind als prozessrechtlich zu qualifizieren oder enthalten zumindest prozessrechtliche Teilgehalte.²⁷³ Verschiedentlich wird in der Lehre die Meinung vertreten, Prozessverträge seien ausserhalb der ausdrücklich im Gesetz vorgesehenen Vereinbarung aufgrund der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts unzulässig.²⁷⁴ Hinsichtlich der Zulässigkeit von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen bestehen daher keine Bedenken. Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage in Bezug auf den nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehenen dilatorischen Klageverzicht als weiteren in der Eskalationsklausel enthaltenen Prozessvertrag. Würde man die Zulässigkeit der Prozessverträge verneinen, könnte der dilatorische Klageverzicht die Klagbarkeit in zeitlicher Hinsicht nicht verbindlich regeln. Dies würde den Einsatz einer Eskalationsklausel als «Filter» für durch ein (schieds-)gerichtliches Verfahren zu entscheidende Streitigkeiten unweigerlich erschweren.

²⁷¹ EGMR vom 28. Oktober 2010, No. 1643/06, Suda v. Tschechische Republik, Ziff. 48; WALDMANN, BSK BV 29a N 30; vgl. BGE 128 III 50 E. 2c/aa.

²⁷² REICH, BSK BV 30 N 41.

²⁷³ Siehe vorne, [N 61 ff.](#)

²⁷⁴ MEIER, 598 f.; SCHÜTZ, N 457; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 1 N 7; WAGNER, Prozessverträge, 48 ff.

Die zwingende Natur des Prozessrechts als öffentliches Recht gilt jedoch nicht absolut.²⁷⁵ In den Vorschriften des Prozessrechts findet sich keine Bestimmung, welche vertragliche Vereinbarungen zwischen den Parteien ausschliesst. Dies macht ein Rückgriff auf das materielle Recht in Form der analogen Anwendung des OR notwendig.²⁷⁶ Nach Art. 19 Abs. 2 OR sind von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Vereinbarungen zulässig, sofern sie nicht gegen zwingendes Recht, die öffentliche Ordnung und die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit verstossen. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Prozessverträgen ist insbesondere der fehlende Verstoss gegen zwingendes Recht von Bedeutung. Zur Ermittlung des zwingenden oder dispositiven Charakters einer Norm bedarf es daher auch im Bereich des Prozessrechts ihrer Auslegung.²⁷⁷ Als zwingend sind solche Normen zu qualifizieren, die vorwiegend öffentlichen Interessen oder Interessen Dritter dienen, den Schutz der schwächeren Partei bezwecken, grundlegende Verfahrensrechte betreffen oder bei Missachtung eine Partei im Verfahren unbillig benachteiligen würden.²⁷⁸

151

b. Klageverzicht

Nach dem Gesagten sind Prozessverträge im Bereich des dispositiven Prozessrechts zulässig. Zur Beurteilung der Zulässigkeit eines dilatorischen Klageverzichts bedarf es der gesonderten der durch ihn tangierten Bestimmungen.²⁷⁹

152

Zunächst kann auf die fehlende gesetzliche Regelung des dilatorischen Klageverzichts hingewiesen werden. Die Parteien disponieren lediglich über den zulässigen Zeitpunkt der Klageeinleitung und ändern keine prozessualen Normen ab. Der Dispositionsgrundsatz gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO räumt den Parteien prozessuale Befugnisse ein, namentlich bezüglich der Prozesseinleitung und -beendigung durch Entscheidsurrogate, und delegiert damit einen Teil der Herrschaft über den Verfahrensablauf an sie. Allfällige entgegenstehende öffentliche Interessen werden aufgrund dessen nicht tangiert.²⁸⁰ Sodann spricht auch das im Vertragsrecht geltende Primat der Privatautonomie, des-

153

²⁷⁵ GULDENER, ZSR 1946, 199; SCHMIDT, 95; SCHÜTZ, N 458; STAEHELIN, in: FS Giger, 652; WAGNER, Prozessverträge, 50.

²⁷⁶ STAEHELIN, in: FS Giger, 650.

²⁷⁷ SCHMIDT, 95; SCHÜTZ, N 458; STAEHELIN, in: FS Giger, 651.

²⁷⁸ SCHMIDT, 95; SCHÜTZ, N 458; STAEHELIN, in: FS Giger, 652 f.; vgl. WAGNER, Prozessverträge, 90 ff.

²⁷⁹ SCHMIDT, 95.

²⁸⁰ WAGNER, Prozessverträge, 56 und 91.

sen Ausfluss der im Prozessrecht geltende Dispositionsgrundsatz darstellt, für die Disponibilität des Zeitpunkts der Klageeinleitung. Andernfalls würde zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht ein Wertungsbruch bestehen.²⁸¹ Dementsprechend lässt sich zur Begründung der Zulässigkeit von Dispositionen über prozessuale Befugnisse auf das Prinzip der Privatautonomie bzw. auf den Dispositionsgrundsatz zurückgreifen.²⁸² Die Wahl des Zeitpunkts der Klageeinleitung ist dabei als Teilgehalt des im Prozessrecht verankerten Dispositionsgrundsatzes anzusehen.²⁸³ Vereinbaren die Partei einen dilatorischen Klageverzicht, verfügen sie über diesen Teilgehalt des Dispositionsgrundsatzes. Die allgemeinen zivilprozessualen Grundsätze der Schweizer *lex fori* stehen demzufolge der Zulässigkeit eines dilatorischen Klageverzichts nicht im Wege. Angesichts dieser aus dem Dispositionsgrundsatz folgenden Befugnisse steht es den Parteien offen, einen dilatorischen Klageverzicht abzuschliessen.

- 154 Fraglich bleibt noch die Zulässigkeit eines dilatorischen Klageverzichts, der sich auf eine zukünftige Streitigkeit bezieht. Denn eine Aufgabe des (Prozess-)Rechts besteht darin, Parteien vor der leichtfertigen und übermässigen Einschränkung ihrer Freiheiten zu schützen, etwa des Rechts auf die richterliche Beurteilung einer Streitigkeit (Art. 29a BV).²⁸⁴ So kann beispielsweise ein dilatorischer Klageverzicht von übermässig langer Dauer als persönlichkeitsverletzend qualifiziert werden, was dessen (Teil-)Nichtigkeit zur Folge hat (Art. 19/20 OR i. V. m. Art. 27 Abs. 2 ZGB).²⁸⁵ Da solche Vereinbarungen jedoch der Durchführung eines dem (schieds-)gerichtlichen Verfahren vorangehenden ADR-Verfahrens und der Chance auf eine gütliche Einigung im Rahmen dessen förderlich sind, stehen sie mit den Zielen des Gesetzgebers – der Wahrung des Rechtsfriedens und der Entlastung der Gerichte – im Einklang.²⁸⁶ So wird in der Botschaft zur ZPO die Stärkung der aussergerichtlichen Streitbeilegung betreffend festgehalten:²⁸⁷

«Die Gerichte sollen nicht vorschnell angerufen werden. Vielmehr sollte der Gang vor Gericht erst die letzte Eskalationsstufe eines Konflikts sein. Ein Gericht ist kein beliebiger Dienstleistungsbetrieb, ausgerichtet auf

²⁸¹ STAEHELIN, in: FS Giger, 644; WAGNER, Prozessverträge, 89; vgl. SCHÜTZ, N 463.

²⁸² STAEHELIN, in: FS Giger, 644; SCHÜTZ, N 463; WAGNER, Prozessverträge, 89.

²⁸³ GLASL/GLASL, DIKE-Komm. ZPO 58 N 4; HURNI, BK ZPO 58 N 8; SCHMIDT, 93; vgl. SEILER, Kommentar ZPO 58 N 6 f.

²⁸⁴ Vgl. WAGNER, Prozessverträge, 93.

²⁸⁵ SCHMIDT, 95.

²⁸⁶ Vgl. GULDENER, ZSR 1946, 211.

²⁸⁷ Botschaft ZPO, 7241 f.

möglich viele Kundenkontakte und hohen Umsatz. Das Gericht ist und bleibt eine Autorität. Es weist erst dann den Weg, wenn die Betroffenen nicht mehr imstande sind, allenfalls mit Hilfe Dritter selber einen Weg zu finden. Die einvernehmliche Lösung eines Problems hat daher klar im Vordergrund zu stehen. Das entlastet nicht nur die Gerichte, sondern dient auch den Parteien: Einvernehmliche Lösungen bringen zumeist nachhaltigere und günstigere Lösungen, zumal sie auch Gesichtspunkte einbeziehen können, die ein Gericht nicht berücksichtigen dürfte.»

Vor diesem Hintergrund muss der Abschluss eines dilatorischen Klageverzichts ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens als zulässig erachtet werden.²⁸⁸ 155

Zusammenfassend lässt sich demzufolge festhalten, dass der Abschluss eines dilatorischen Klageverzichts für bereits bestehende oder künftige Streitigkeiten zulässig ist. 156

²⁸⁸ Vgl. GULDENER, ZSR 1946, 215; SCHMIDT, 96; STAEHELIN, in: FS Giger, 651.

§ 4 Abhängigkeit bzw. Unabhängigkeit der einzelnen Vereinbarungen

I. Verhältnis der einzelnen Streitbeilegungsstufen zueinander

- 157 Bei Abschluss einer Eskalationsklausel einigen sich die Parteien auf mehrere Vereinbarungen in Form einer oder mehreren ADR-Vereinbarung(en), eines dilatorischen Klageverzichts sowie einer Schieds- oder Gerichtsstandsklausel. Gleichzeitig vereinbaren die Parteien für die einzelnen Eskalationsstufen gänzlich voneinander unterschiedliche Verfahrensarten (z. B. Vergleichsverhandlungen, Mediation, Schieds- oder Gerichtsverfahren). Für diese unterschiedlichen Verfahrensarten können die Parteien u.a. verschiedene (institutionelle) Verfahrensordnungen wählen. Sodann hat die Qualifikation der Eskalationsklausel als zusammengesetzten Vertrag zur Folge, dass der eine spezifische Streitbeilegungsstufe betreffende Rechtsmangel nicht automatisch die Ungültigkeit der gesamten Eskalationsklausel nach sich zieht. Beispielsweise führt eine ungültige Schiedsvereinbarung nicht zwingend zum Wegfall des vereinbarten ADR-Verfahrens, was regelmässig dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen wird.²⁸⁹ Eine Qualifikation der Eskalationsklausel als einheitliche Schiedsvereinbarung, mit den vorgeschalteten ADR-Verfahren als Verfahrensregelung i.S.v. Art. 183 Abs. 1 IPRG und Art. 373 Abs. 1 ZPO ist daher abzulehnen. Salopp gesagt vereinbaren die Parteien mit einer Eskalationsklausel nicht ein Verfahren, sondern gleich mehrere Verfahren.²⁹⁰ Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei der Eskalationsklausel nicht um eine einheitliche Vereinbarung, sondern um mehrere Vereinbarungen, die zur Eskalationsklausel in Form eines zusammengesetzten Vertrags kombiniert werden.²⁹¹
- 158 Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung der Eskalationsklausel lassen sich keine Vorschriften finden, welche das Verhältnis der unterschiedlichen Streitbeilegungsstufen – d.h. der unterschiedlichen Vereinbarungen – zueinander regeln. Damit ist es primär den Parteien überlassen, bei der Redaktion

²⁸⁹ Siehe hinten, [N 164 ff.](#)

²⁹⁰ Vgl. zur ähnlichen Fragestellung bei der Vereinbarung eines Oberschiedsgerichts, GöKSU, ASA Bull. 2016, 610 f.

²⁹¹ Siehe vorne, [N 14 ff.](#)

der Eskalationsklausel die Auswirkungen einer mangelhaften Vereinbarung auf die übrigen Vereinbarungen zu regeln. Haben sie dies unterlassen, gilt es, diese Vertragslücke mithilfe des hypothetischen Parteiwillens zu schliessen.²⁹² Daher ist danach zu fragen, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten.²⁹³ Eine solche Vertragsergänzung hinsichtlich des Verhältnisses der einzelnen Streitbeilegungsstufen zueinander ist auch zulässig, denn es handelt es sich dabei nicht um eine *essentialia negotii* einer in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarung.

Zur Bestimmung der Ab- bzw. Unabhängigkeit sind die möglichen Kombinationen der einzelnen Streitbeilegungsstufen und die damit zusammenhängenden Vereinbarungen jeweils gesondert zu betrachten. Die Erarbeitung von allgemeingültigen Ausführungen, die in jedem Fall Geltung für sich beanspruchen können, fällt aufgrund des Abstellens auf den hypothetischen Parteiwillen schwierig aus. Vielmehr müssen die konkreten Umstände des Einzelfalls stets mit in die Beurteilung des hypothetischen Parteiwillens einfließen. Vereinbaren die Parteien beispielsweise eine «salvatorische Klausel» im Hauptvertrag, kann dies auch als Indiz für die rechtliche Unabhängigkeit der einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen gewertet werden. Weiter sollen die folgenden Ausführungen als Auslegungshilfe dienen.

159

A. Verhältnis der ADR-Vereinbarungen zueinander

Die Eskalationsklausel sieht als erste Stufe(n) der Eskalationsleiter regelmässig ein oder mehrere ADR-Verfahren vor. Dementsprechend soll auch an dieser Stelle zunächst das Verhältnis der einzelnen ADR-Vereinbarungen untereinander dargelegt werden.

160

Durch den Abschluss einer Eskalationsklausel beabsichtigen die Parteien eine möglichst effiziente Beilegung ihrer Streitigkeiten. Diese sollen vorzugsweise im Rahmen der als kostengünstiger und effizienter empfundenen ADR-Verfahren beendet und nur als *ultima ratio* in Form eines Verfahrens vor einem Schiedsgericht oder staatlichen Gericht entschieden werden. Unterliegt die rechtliche Grundlage einer von mehreren in der Eskalationsleiter vorgesehenen ADR-Verfahren einem Rechtsmangel, dürfte der hypothetische Parteiwille der Parteien angesichts des Zwecks der Eskalationsklausel dahin gehen, dass der Rechtsmangel der einen ADR-Vereinbarung sich nicht auf die anderen

161

²⁹² BGE 115 II 484 E. 4b; ARNTZ, Eskalationsklauseln, 148; HUGUENIN, N 306.

²⁹³ BGE 115 II 484 E. 4b.

ADR-Vereinbarungen auswirkt, diese m. a. W. voneinander rechtlich unabhängig sind.²⁹⁴ Die entgegengesetzte Auslegung des hypothetischen Parteiwillens hätte die rechtliche Abhängigkeit der einzelnen ADR-Vereinbarung zur Folge. Infolgedessen hätte der eine einzelne ADR-Vereinbarung betreffende Rechtsmangel zur Folge, dass auch die anderen ADR-Vereinbarungen ungültig wären. Die Parteien würden sich dann direkt vor den lediglich als *ultima ratio* durchzuführenden Verfahren wiederfinden.

- 162 Für die gegenseitige Abhängigkeit der ADR-Vereinbarungen spricht, dass die einzelnen Stufen der Eskalationsleiter bis zu einem bestimmten Grad aufeinander abgestimmt sind.²⁹⁵ Beispielsweise soll eine Mediation mit einem neutralen Mediator folgen, wenn die Parteien ihre Streitigkeiten nicht durch Gespräche ohne Dritunterstützung beilegen können. Dieses System zur effizienten Streitbeilegung kann durch das Wegfallen eines ADR-Verfahrens gegebenenfalls derart gestört werden, dass ein Festhalten an dem in der Eskalationsklausel vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus nicht mehr dem hypothetischen Willen der Parteien entspricht.²⁹⁶ Insbesondere bei komplexen und sehr detailliert formulierten Eskalationsklauseln kann es vorkommen, dass durch die Unwirksamkeit einer Streitbeilegungsstufe das fein aufeinander abgestimmte System (z. B. Einbezug unterschiedlicher Hierarchiestufen eines Unternehmens in unterschiedlichen Streitbeilegungsstufen) zerrüttet wird bzw. die verbleibenden Stufen nicht operabel bleiben, wodurch auf die gegenseitige Abhängigkeit der ADR-Vereinbarungen geschlossen werden muss.²⁹⁷
- 163 Dennoch dürfte die rechtliche Abhängigkeit der ADR-Vereinbarungen zueinander eher den Ausnahmefall und die rechtliche Unabhängigkeit die Regel bilden. Die bloße Formulierung des einen ADR-Verfahrens als Voraussetzung zur Durchführung des anderen spricht nicht zwingend gegen die Annahme der rechtlichen Unabhängigkeit. In erster Linie geht es den Parteien mit solchen Formulierungen um die Verdeutlichung der stufenweise durchzuführenden Streitbeilegung in Form einer aufschiebenden Bedingung.²⁹⁸

²⁹⁴ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 151.

²⁹⁵ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 150.

²⁹⁶ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 150.

²⁹⁷ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 150 und 152.

²⁹⁸ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 150; vgl. hinten, [N 350 ff.](#)

B. Verhältnis der ADR-Vereinbarung zur Schiedsvereinbarung

Bezüglich des Verhältnisses der ADR-Vereinbarungen zur Schiedsvereinbarung gestaltet sich die Rechtslage grundsätzlich gleich wie beim vorangehend beschriebenen Verhältnis der ADR-Vereinbarungen zueinander. D. h., im Regelfall sind die ADR-Vereinbarungen von der Schiedsvereinbarung rechtlich unabhängig.²⁹⁹ 164

Bei der Ermittlung des für die Schliessung der Vertragslücke massgebenden hypothetischen Parteiwillens muss die einschneidende Rechtsfolge des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung beachtet werden. Durch die gültig zustande gekommene Schiedsvereinbarung wird die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte zugunsten privater Schiedsgerichte ausgeschlossen. Die Parteien entscheiden sich damit bewusst gegen das staatliche Gerichtsverfahren und für die Durchführung eines Schiedsverfahrens mit eigenen, allenfalls auf die Bedürfnisse der Parteien massgeschneiderten Verfahrensregeln. Diese Möglichkeit der Anpassung des Schiedsverfahrens an die Bedürfnisse der Parteien kann insbesondere bei der Berücksichtigung der Spezialitäten eines mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens eine wichtige Rolle spielen (z. B. Regelungen bezüglich der Nicht-Verwertbarkeit von in ADR-Verfahren getätigten Aussagen³⁰⁰). Erweist sich eine dem Schiedsverfahren vorgehende Streitbeilegungsstufe als unwirksam, fällt es vor diesem Hintergrund schwer, den hypothetischen Parteiwillen dahin gehend auszulegen, dass sich diese Unwirksamkeit auch auf die Schiedsvereinbarung ausweiten sollte. Dadurch würde nämlich die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entfallen und die Parteien wären an das staatliche Gericht zur Durchführung des streitigen Verfahrens zu verweisen. Die Annahme, bei gültigen ADR-Vereinbarungen sei ein Schiedsverfahren durchzuführen, bei unwirksamen ADR-Vereinbarungen hingegen nicht, drängt sich folglich nicht auf.³⁰¹ 165

Demzufolge dürfte bei der Vereinbarung einer Eskalationsklausel die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung in aller Regel nicht von der Wirksamkeit der vorangehenden ADR-Vereinbarungen abhängig sein. Eine rechtliche Abhängigkeit kommt nur bei konkreten Anhaltspunkten in Betracht (z. B., wenn der Wortlaut 166

²⁹⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 152.

³⁰⁰ Dazu hinten, [N 552 ff.](#)

³⁰¹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 152; JOLLES, 335; PRYLES, J. Int'l Arb. 2001, 166; STOJILJKOVIĆ, ASA Bull. 2016, 907; TRAIN, Rev. de l'Arb. 2005, 158 f.; a.M. EIDENMÜLLER, 11 (Fn. 29); EIHOLZER, N 383. Vgl. auch hinten, [N 355.](#)

und/oder der Zusammenhang bzw. das Zusammenspiel der unterschiedlichen Stufen der Eskalationsklausel für eine rechtliche Abhängigkeit sprechen).³⁰²

- 167 Ist die Schiedsvereinbarung unwirksam, die ADR-Vereinbarung aber gültig, ändert dies grundsätzlich nichts an der rechtlichen Unabhängigkeit der beiden Vereinbarungen. Auch in diesen Konstellationen spricht aufgrund des Zwecks der durchzuführenden ADR-Verfahren vieles für die rechtliche Unabhängigkeit der ADR-Vereinbarung von der Schiedsvereinbarung. Der hypothetische Wille der Parteien wird in aller Regel dahin gehen, dass trotz Wegfallens des Schiedsverfahrens zunächst ein Versuch der gütlichen Einigung mithilfe des ADR-Verfahrens durchgeführt werden soll. Ob bei fehlender Einigung im Anschluss daran ein Verfahren vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht durchgeführt wird, hat keine Auswirkungen auf das mittels des ADR-Verfahrens verfolgte Ziel der raschen, effizienten und kostengünstigen Streitbeilegung.

C. Verhältnis der ADR-Vereinbarung zur Gerichtsstandsvereinbarung

- 168 Haben die Parteien als letzte Streitbeilegungsstufe keine Schiedsvereinbarung, sondern eine Gerichtsstandsvereinbarung vorgesehen, gilt es die Frage nach deren Unabhängigkeit im Verhältnis zu der ADR-Vereinbarung zu beantworten. Im Wesentlichen kann dabei auf die Ausführungen zum Verhältnis zwischen der ADR-Vereinbarung und der Schiedsvereinbarung verwiesen werden. Bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens sind jedoch folgende Besonderheiten zu beachten.
- 169 Mit dem Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung entscheiden sich die Parteien bewusst für die (internationale und) örtliche Prorogation eines von ihnen bestimmten Gerichts. Diese Wahl kann für die Parteien von nicht zu unterschätzender Bedeutung sein. So können die Parteien beispielsweise einen Gerichtsstand mit guter Infrastruktur und Gerichtsorganisation oder mit ihnen bekannten bzw. qualifizierten Anwälten zwecks effizienter Behandlung ihrer Streitigkeit wählen. In internationalen Sachverhalten geht mit der Wahl des Gerichtsstands auch die Wahl der prozessualen *lex fori* herein, was erhebliche Auswirkungen auf das Verfahren zur Streitbeilegung hat, beispielsweise in Kostenfragen (Tragung der eigenen Kosten durch jede Partei durch die unterliegende Partei), Beweisfragen (Notwendigkeit der Durchführung eines

³⁰² Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 153; hinten, [N 355 f.](#)

teuren und aufwendigen «Discovery-Verfahren») oder die zu erwartende Verfahrensdauer. Schliesslich werden über das Kollisionsrecht des Gerichtsstaates auch die Zulässigkeit einer Rechtswahl sowie bei deren Fehlen das anwendbare Recht bestimmt.³⁰³

Vor dem Hintergrund dieser von der Gerichtsstandsvereinbarung ausgehenden einschneidenden Rechtsfolgen wird der hypothetische Parteiwillen in aller Regel dahin gehen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung auch bei der Unwirksamkeit der ADR-Vereinbarung ihre Wirkung entfalten soll. Wie beim Verhältnis der ADR-Vereinbarung zur Schiedsvereinbarung drängt sich die Annahme, das örtlich prorogierte Gericht sei nur bei gültiger Vereinbarung des vorangehenden ADR-Verfahrens zuständig, nicht auf. Die Parteien haben sich vielmehr bewusst für die örtliche Zuständigkeit des entsprechenden Gerichts entschieden. 170

Tritt der entgegengesetzte Sachverhalt ein, d. h., fehlt es der Gerichtsstandsvereinbarung an der rechtlichen Gültigkeit und die Durchführung des ADR-Verfahrens wurde gültig vereinbart, ändert dies grundsätzlich nichts an der rechtlichen Unabhängigkeit der beiden Vereinbarungen. Die Parteien haben auch in diesem Fall vor der Durchführung des Prozesses vor dem ordentlichen Gericht ein Interesse an einer effizienten und kostengünstigeren gütlichen Beilegung ihrer Streitigkeit im Rahmen des vorgesehenen ADR-Verfahrens. Der hypothetische Willen der Parteien lässt folglich i. d. R. auf die rechtliche Unabhängigkeit der Vereinbarungen auch in diesen Sachverhalten schliessen.³⁰⁴ 171

D. Verhältnis der ADR-Vereinbarung zum Klageverzicht

Der dilatorische Klageverzicht wird in den meisten Fällen ausdrücklich oder stillschweigend von den Parteien vereinbart und bezweckt, die Erfolgsaussichten einer gütlichen Beilegung der Streitigkeit im Rahmen der ADR-Verfahren zu erhöhen. Oft wird der dilatorische Klageverzicht daher an die ADR-Vereinbarung «gekoppelt», er kann von den Parteien aber auch vollständig weggelassen werden. 172

Ausgehend von diesem Zweck des dilatorischen Klageverzichts ergibt sich im Unterschied zu den Ausführungen zum Verhältnis der ADR-Vereinbarungen untereinander bzw. zur Schiedsvereinbarung eine andere Ausgangslage. Da mittels 173

³⁰³ Vgl. zum Ganzen KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 1.

³⁰⁴ Vgl. bereits vorne, [N 166](#).

des für einen bestimmten Zeitraum vereinbarten Klageverzichts die Durchführung des ADR-Verfahrens vor der Einleitung eines (Schieds-)Verfahrens und damit im Ergebnis auch die Einhaltung der Eskalationsleiter sichergestellt werden sollen, wird der hypothetische Parteiwille i. d. R. darauf gerichtet sein, dass bei Wegfall der ADR-Vereinbarung auch der dilatorische Klageverzicht seine Wirkung verliert.³⁰⁵ Wenn kein ADR-Verfahren durchgeführt werden soll, soll direkt beim zuständigen (Schieds-)Gericht geklagt werden können. Eine entgegengesetzte Auslegung des hypothetischen Parteiwillens sollte sich auf den klaren Wortlaut der Eskalationsklausel stützen können oder eindeutig aus dem Zusammenspiel der unterschiedlichen Stufen der Eskalationsklausel ergeben.³⁰⁶ Die Folge davon wäre die Unzulässigkeit der Klageeinleitung für den im dilatorischen Klageverzicht vorgesehenen Zeitraum ohne gleichzeitige Durchführung eines ADR-Verfahrens. Beispielsweise könnte die primäre Absicht der Parteien, die Einhaltung einer zusätzlichen «Bedenkzeit» vor Einleitung des mit Konsequenzen verbundenen (schieds-)gerichtlichen Verfahrens vorzusehen, für eine rechtliche Abhängigkeit der beiden Vereinbarungen sprechen.³⁰⁷

- 174 Auch im umgekehrten Fall, d. h. bei Gültigkeit der ADR-Vereinbarung und einem gleichzeitig vereinbarten, aber unwirksamen dilatorischen Klageverzicht, wird aufgrund des hypothetischen Parteiwillens i. d. R. auf die rechtliche Abhängigkeit der beiden Vereinbarungen zu schliessen sein. Kann von den Parteien jederzeit ein Verfahren vor einem Schiedsgericht oder einem staatlichen Gericht eingeleitet werden, entspricht dies nicht mehr der mit dem dilatorischen Klageverzicht sicherzustellenden Stufenfolge der einzelnen Verfahren. Die Durchführung der ADR-Verfahren vor der Klageeinleitung ist in diesen Fällen nicht mehr durchsetzbar, was die Erreichung des Ziels einer gütlichen Streitbeilegung ausserhalb eines (Schieds-)Verfahrens wesentlich erschwert.³⁰⁸

³⁰⁵ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 148; EIDENMÜLLER, 11; HUTNER, SchiedsVZ 2003, 229; vgl. HACKE, 45 f.

³⁰⁶ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 149.

³⁰⁷ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 148 f., der in diesem Zusammenhang von «cooling off»-Phasen spricht.

³⁰⁸ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 149. Haben die Parteien auf die (stillschweigende) Vereinbarung eines dilatorischen Klageverzichts verzichtet, stellt sich die Frage der Abhängigkeit selbstredend nicht. Die Interessenlage ist in solchen Fällen denn auch eine andere, da die Parteien die Einhaltung der Eskalationsleiter nicht verbindlich regeln wollten und damit die «Filterfunktion» der Eskalationsklausel weniger im Vordergrund steht.

II. Verhältnis der Eskalationsklausel zum Hauptvertrag

Sehen die Parteien die Eskalationsklausel als Bestimmung in einem ungültigen Hauptvertrag vor, stellt sich unweigerlich die Frage des rechtlichen Schicksals der Eskalationsklausel. Im Unterschied zu den vorausgehenden Ausführungen zu den einzelnen in der in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen bestehen hinsichtlich der rechtlichen Unabhängigkeit zum Hauptvertrag für einzelne Vereinbarungen gesetzliche Vorschriften. Für die Bestimmung des Verhältnisses der anderen Vereinbarungen ohne gesetzliche Vorschriften muss hingegen wiederum auf den hypothetischen Willen der Parteien abgestellt werden.³⁰⁹ Oft findet sich eine «salvatorische Klausel» im Hauptvertrag, wonach bei Ungültigkeit einer Vertragsklausel die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht berührt sein soll. Diese kann bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens als Indiz zugunsten der rechtlichen Unabhängigkeit der Eskalationsklauseln bzw. der einzelnen Vereinbarungen gewertet werden. 175

Aber auch für den Fall der separaten Vereinbarungen der Eskalationsklausel stellt sich die Frage der Auswirkungen der Ungültigkeit eines Vertrages, der in den Anwendungsbereich der Eskalationsklausel fällt, auf diese. 176

Zur Bestimmung der rechtlichen Ab- bzw. Unabhängigkeit der einzelnen Vereinbarungen zum Hauptvertrag ist die Eskalationsklausel daher wiederum in ihre Einzelteile zu zerlegen und diese für jede Vereinbarung einzeln zu bestimmen. 177

A. Eskalationsklausel als Teil des Hauptvertrags

a. Verhältnis der ADR-Vereinbarung zum Hauptvertrag

Das Verhältnis der ADR-Vereinbarung zum Hauptvertrag findet keine gesetzliche Normierung. Mangels einer expliziten Regelung durch die Parteien muss die rechtliche Ab- bzw. Unabhängigkeit der ADR-Vereinbarung mittels Ergänzung des Vertrags bestimmt werden. Zur Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens können folgende Überlegungen als Orientierung dienen. 178

³⁰⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 143; HUGUENIN, N 299 und 306; WAGNER, Prozessverträge, 328; vgl. WIEGAND, BSK OR 18 N 61.

- 179 Lässt sich aus der Formulierung der Eskalationsklausel ableiten, dass diese eine möglichst umfassende Wirkung entfalten soll,³¹⁰ spricht dies für die rechtliche Unabhängigkeit der ADR-Vereinbarung vom Hauptvertrag.³¹¹ Bei der Streitigkeit um die Gültigkeit des Hauptvertrags handelt es sich um eine solche «im Zusammenhang mit dem Vertrag». Damit wird den Parteien ermöglicht, im Rahmen des ADR-Verfahrens auf die Ungültigkeit des Hauptvertrags zu schliessen, ohne dadurch die Wirksamkeit der ADR-Vereinbarung selbst infrage zu stellen.³¹² Eine entgegengesetzte Auslegung des Parteiwillens liefe dem Interesse der Parteien an der gütlichen Beilegung sämtlicher Streitigkeiten ausserhalb eines (schieds-)gerichtlichen Verfahren entgegen, könnte sich doch eine Partei der Durchführung des ADR-Verfahrens mittels der Behauptung der Unwirksamkeit des Hauptvertrags entziehen.³¹³ Demnach lässt sich festhalten, dass es regelmässig dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, die ADR-Vereinbarung als rechtlich unabhängig vom Hauptvertrag zu behandeln.³¹⁴ Es wird beispielsweise kaum dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen, wenn die Durchführung einer Mediation davon abhängt, ob eine Partei die Ungültigkeit des Hauptvertrags behauptet.
- 180 Dieser Grundsatz der Unabhängigkeit gilt jedoch nicht absolut. So können die Rechtsmängel des Hauptvertrags auch die ADR-Vereinbarung befallen (z. B. die fehlende Rechts- oder Handlungsfähigkeit einer Partei).³¹⁵
- 181 Auf eine rechtliche Abhängigkeit der ADR-Vereinbarung kann somit nur bei einer entsprechenden eindeutigen Regelung in der Vereinbarung geschlossen werden.³¹⁶ Auch im umgekehrten Fall der Ungültigkeit der ADR-Vereinbarung und des Fehlens eines Ungültigkeitsgrunds für den Hauptvertrag sind die beiden Vereinbarungen i. d. R. als voneinander unabhängig zu betrachten. Nach

³¹⁰ Z.B. wenn «sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag» von der Eskalationsklausel erfasst sind.

³¹¹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 143 f.; EIHOLZER, N 445.

³¹² HUTNER, SchiedsVZ 2003, 228.

³¹³ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 144.

³¹⁴ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 143 f.; HUTNER, SchiedsVZ 2003, 228. Im Urteil *Cable & Wireless plc. v IBM United Kingdom Ltd.* [2002] EWHC 2059 (Comm) hielt der High Court of Justice Folgendes fest: «*The reference to ADR is analogous to an agreement to arbitrate. As such, it represents a free-standing agreement ancillary to the main contract and capable of being enforced by a stay of proceedings or by injunction absent any pending proceedings.*». Der High Court of Justice wendet zur Beurteilung der rechtlichen Unabhängigkeit der ADR-Vereinbarung vom Hauptvertrag somit die Rechtslage bei der Schiedsvereinbarung analog an und schliesst daraus die entsprechende rechtliche Unabhängigkeit der ADR-Vereinbarung.

³¹⁵ Dazu sogleich, N 183 ff.

³¹⁶ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 144.

dem hypothetischen Willen der Parteien wird die ADR-Vereinbarung ihnen nicht derart wichtig gewesen sein, dass diese den Bestand des Hauptvertrags mit dessen materiell-rechtlichen Rechten und Verpflichtungen beeinflussen soll.³¹⁷

b. Verhältnis der Schiedsvereinbarung zum Hauptvertrag

Im Gegensatz zur ADR-Vereinbarung findet das Verhältnis der Schiedsvereinbarung zum Hauptvertrag eine gesetzliche Regelung. So bestimmen Art. 357 Abs. 2 ZPO und Art. 178 Abs. 3 IPRG, dass gegen eine Schiedsvereinbarung nicht eingewendet werden kann, der Hauptvertrag sei ungültig. 182

Anhand dieser beiden Regelungen ergibt sich die rechtliche Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung zum Hauptvertrag. Die Ungültigkeit des Hauptvertrags wirkt sich auch dann nicht auf die Schiedsvereinbarung aus, wenn diese ebenfalls im Hauptvertrag festgehalten worden ist.³¹⁸ Der Autonomiegrundsatz gilt sodann auch über den Wortlaut der entsprechenden Bestimmung hinaus, wenn sich die Schiedsvereinbarung nicht auf den Hauptvertrag als Ganzes, sondern nur auf einzelne Forderungen oder ein anderes (schiedsfähiges) Rechtsverhältnis bezieht.³¹⁹ Bei Art. 357 Abs. 2 ZPO und Art. 178 Abs. 3 IPRG handelt es sich jedoch um dispositive Bestimmungen und die Parteien können daher insbesondere auch die rechtliche Abhängigkeit der Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag vorsehen.³²⁰ 183

Daneben gilt die gesetzlich vorgeschriebene Unabhängigkeit nicht absolut. So können sich gewisse Ungültigkeitsgründe des Hauptvertrags auch auf die Schiedsvereinbarung auswirken (z. B. fehlende Rechts- oder Handlungsfähigkeit einer Partei, fehlende Vollmachten, Vorliegen eines Dissenses etc.).³²¹ Unterliegt der Hauptvertrag einem Mangel im Sinne der Tatbestände der Übervorteilung (Art. 21 OR), der Willensmängel (Art. 23 f. OR) oder der absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR), führt dies hingegen nicht automatisch zur Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung.³²² 184

³¹⁷ Vgl. WAGNER, Prozessverträge, 329.

³¹⁸ BGE 88 I 100 E. 2; GÖKSU, N 693; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 164.

³¹⁹ GIRSBERGER, BSK ZPO 357 N 47; GÖKSU, N 696; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 165.

³²⁰ BGE 121 III 495 E. 5a; GIRSBERGER/VOSER, N 631; GÖKSU, N 697.

³²¹ BGE 121 III 495 E. 6a; 119 II 380 E. 4a; GIRSBERGER/VOSER, N 631; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 164; PFISTERER, BK ZPO 357 N 62.

³²² GIRSBERGER/VOSER, N 631; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 164.

- 185 Demzufolge hat grundsätzlich auch die Schiedsvereinbarung von dem Hauptvertrag als rechtlich unabhängig zu gelten, sofern die Parteien nichts Gegenteiliges vorsehen. Leidet ausschliesslich die Schiedsvereinbarung an einem Rechtsmangel, wird dies i. d. R. keine Auswirkung auf die Gültigkeit des Hauptvertrags haben. Der hypothetische Wille der Parteien wird kaum dahin gehend auszulegen sein, dass bei Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung auch der Hauptvertrag mit allen seinen Verpflichtungen und Rechten entfallen soll.³²³

c. Verhältnis der Gerichtsstandvereinbarung zum Hauptvertrag

- 186 Das Verhältnis der Gerichtsstandvereinbarung zum Hauptvertrag erfährt keine gesetzliche Regelung. In der Lehre und Rechtsprechung hat sich jedoch der allgemeine Grundsatz herausgebildet, dass es sich bei der Gerichtsstandvereinbarung um eine vom Hauptvertrag autonome Vereinbarung handelt (sog. «Autonomie der Prorogation»).³²⁴ Aufgrund dieser rechtlichen Unabhängigkeit kann gegen die Gültigkeit einer Gerichtsstandvereinbarung nicht die Ungültigkeit des Hauptvertrags eingewendet werden. Die Parteien sind jedoch frei, die rechtliche Abhängigkeit der Gerichtsstandvereinbarung vorzusehen.³²⁵
- 187 Ausnahmen vom Grundsatz der Autonomie der Prorogation werden wiederum in denjenigen Fällen gemacht, in denen sich die Ungültigkeitsgründe des Hauptvertrags auf die Gerichtsstandvereinbarung ausdehnen (sog. «Fehleridentität»)³²⁶ Ist der Tatbestand der Simulation (Art. 18 Abs. 1 OR), der Übervorteilung (Art. 21 OR), eines Willensmangels (Art. 23 f. OR) oder der absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) erfüllt, liegt keine Fehleridentität vor. Die Begründung für den entsprechenden Einwand im Einzelfall kann sich auch nur auf einen Mangel in der Willensbildung beziehen, der ausschliesslich den Hauptvertrag betrifft.³²⁷

³²³ Vgl. GRÄNICH, BSK IPRG 178 N 164; WAGNER, Prozessverträge, 329.

³²⁴ BGE 131 III 398 E. 5; 121 III 495 E. 5a; BERGER, BK ZPO 17 N 43; BERGER, BSK LugÜ 23 N 54; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 38; INFANGER, BSK ZPO 17 N 29; VISCHER/HUBER/OSER, N 1259. Dies auch gestützt auf die unterschiedliche Rechtsnatur des Hauptvertrages und der Gerichtsstandvereinbarung, HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 4.

³²⁵ BGE 121 III 495 E. 5a.

³²⁶ Als Beispiele seien die fehlende Rechts- oder Handlungsfähigkeit einer Partei oder die fehlende Vollmacht erwähnt, BERGER, BK ZPO 17 N 45; BERGER, BSK LugÜ 23 N 56; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 38.

³²⁷ BERGER, BK OR 17 N 45; BERGER, BSK LugÜ 23 N 56; vgl. vorne, [N 184](#).

Folglich ist die Gerichtsstandvereinbarung mangels anderer Regelung durch die Parteien vom Hauptvertrag als rechtlich unabhängig zu betrachten. Auch für den Fall der Ungültigkeit der Gerichtsstandvereinbarung und Gültigkeit des Hauptvertrags sind die beiden Vereinbarungen i. d. R. als voneinander unabhängig zu betrachten. Nach dem hypothetischen Willen der Parteien sollen die Gültigkeit des Hauptvertrags und damit auch die Verpflichtung zu dessen Erfüllung kaum von einer rechtsungültigen Gerichtsstandvereinbarung beeinflusst werden.³²⁸

188

d. Verhältnis des Klageverzichts zum Hauptvertrag

Mangels gesetzlicher Vorschriften betreffend das Verhältnis des dilatorischen Klageverzichts zum Hauptvertrag muss zwecks Ergänzung des Vertrags auf den hypothetischen Parteiwillen zurückgegriffen werden. Die Ausgangslage präsentiert sich dabei ähnlich derjenigen zur Bestimmung der rechtlichen Unabhängigkeit der ADR-Vereinbarung zum Hauptvertrag.³²⁹

189

Der dilatorische Klageverzicht verdeutlicht den Willen der Parteien, eine zwischen ihnen entstandene Streitigkeit möglichst im Rahmen eines ADR-Verfahrens beizulegen. Schliesslich soll die Klageeinleitung vor einem (Schieds-)Gericht für einen von den Parteien definierten Zeitraum zwecks Unterstützung eines gütlichen Einigungsversuchs unzulässig sein. Der hypothetische Parteiwillen wird daher in aller Regel dahin gehen, dass der dilatorische Klageverzicht auch bei Ungültigkeit des Hauptvertrags seine Wirksamkeit behält und somit eine rechtliche Unabhängigkeit zwischen den beiden Vereinbarungen besteht.³³⁰ Andernfalls wäre es den Parteien mit der Geltendmachung der Ungültigkeit des Hauptvertrags möglich, direkt Klage vor dem zuständigen Schiedsgericht oder staatlichen Gericht zu erheben und damit die aussergerichtliche Einigung zu erschweren. Als Ausfluss der Vertragsfreiheit steht es den Parteien allerdings auch offen, die Gültigkeit des dilatorischen Klageverzichts von derjenigen des Hauptvertrags abhängig zu machen. Weiter spricht die eigenständige Natur des Klageverzichts als prozessrechtlicher Vertrag³³¹ für dessen Unabhängigkeit vom Hauptvertrag.³³² Mangels einer entsprechen-

190

³²⁸ Vgl. WAGNER, Prozessverträge, 329.

³²⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 146; siehe bezüglich der Unabhängigkeit der ADR-Vereinbarung zum Hauptvertrag vorne, [N 178 ff.](#)

³³⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 146; vgl. WAGNER, Prozessverträge, 328 f.

³³¹ Vgl. hinten, [N 344 ff.](#)

³³² Vgl. HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 4.

den Parteivereinbarung ist der dilatorische Klageverzicht demnach von der Gültigkeit des Hauptvertrags rechtlich unabhängig.

- 191 Auch im umgekehrten Fall der Ungültigkeit des dilatorischen Klageverzichts bei gleichzeitiger Gültigkeit des Hauptvertrags sind die beiden Vereinbarungen i. d. R. als voneinander unabhängig zu betrachten. Nach dem hypothetischen Willen der Parteien wird der dilatorische Klageverzicht von ihnen kaum als derart wichtig betrachtet, dass bei dessen Unwirksamkeit auch der Hauptvertrag dahinfallen soll.³³³

B. Eskalationsklausel als separate Vereinbarung

- 192 Sollten die Parteien die Eskalationsklausel nicht im Hauptvertrag selbst vorsehen, sondern im Rahmen einer separaten Vereinbarung abschliessen, ändert sich dadurch die Rechtslage in Bezug auf die Unabhängigkeit der einzelnen Vereinbarungen zum Hauptvertrag³³⁴ nicht.³³⁵ Die Interessenslage und der hypothetische Wille der Parteien werden dadurch nicht beeinflusst, womit sich auch bei separater Vereinbarung eine allfällige Ungültigkeit des Hauptvertrags nicht auf die Eskalationsklausel bzw. die darin enthaltenen Vereinbarungen auswirkt. Die rechtliche Unabhängigkeit der Vereinbarungen wird in diesen Fällen durch das Vorliegen von zwei separaten Verträgen auch bildlich verdeutlicht.

³³³ Vgl. WAGNER, Prozessverträge, 329.

³³⁴ In diesem Zusammenhang ist unter dem Begriff «Hauptvertrag» der Vertrag zu verstehen, auf den sich die separate Vereinbarung der Eskalationsklausel bezieht.

³³⁵ Vgl. für die Gerichtsstandsvereinbarung, BERGER, BK ZPO 17 N 43; BERGER, BSK LugÜ 23 N 54 und für die Schiedsvereinbarung, GÖKSU, N 693.

§ 5 Beendigung der Eskalationsklausel

I. Einvernehmliche Beendigung der Eskalationsklausel

Den Parteien steht es jederzeit frei, eine vertragliche Verpflichtung in gegenseitigem Einverständnis mittels einer entsprechenden Vereinbarung formlos aufzuheben (Art. 115 OR). Die Aufhebungsvereinbarung bedarf der Zustimmung sämtlicher Parteien des aufzuhebenden Vertrags.³³⁶ Diese können somit durch Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung die Verbindlichkeit der Eskalationsklausel, d. h. sämtlicher enthaltenen Vereinbarungen, aufheben. Als Ausfluss der Vertragsfreiheit besteht auch die Möglichkeit der Aufhebung bloss einzelner vorgesehener Streitbeilegungsstufen (z. B. der ADR-Vereinbarung, wenn beide Parteien hoffnungslos zerstritten sind und nach ihrer Ansicht keine Aussicht auf eine gütliche Beilegung der Streitigkeit besteht). 193

Angesichts der grundsätzlichen Autonomie der Eskalationsklausel und der einzelnen in ihr enthaltenen Vereinbarungen vom Hauptvertrag teilen diese nicht notwendigerweise das Schicksal des Hauptvertrags.³³⁷ Die Aufhebungsvereinbarung darf sich deshalb nicht ausschliesslich auf den Hauptvertrag beziehen, sondern muss nach dem (hypothetischen) Parteiwillen auch die Eskalationsklausel bzw. einzelne in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen erfassen. Ist dies nicht der Fall, bleibt der vorgesehene mehrstufige Streitbeilegungsmechanismus für aus der Abwicklung der Vertragsauflösung entstandene Differenzen anwendbar.³³⁸ Enthält die Aufhebungsvereinbarung eine eigene Streitbeilegungsklausel, so ersetzt diese den im Hauptvertrag vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus, sofern die Parteien keine andere Rechtsfolge in der Aufhebungsvereinbarung vorgesehen haben.³³⁹ 194

³³⁶ Vgl. BGer 4C.335/1999 vom 25. August 2000, E. 4b.

³³⁷ Siehe vorne, [N 157 ff.](#)

³³⁸ BGE 116 Ia 56 E. 3b; vgl. GÖKSU, N 606.

³³⁹ Vgl. BGer 4A_244/2012 vom 17. Januar 2013, E. 4.5.

II. Nachträgliche Unmöglichkeit der Eskalationsklausel

- 195 Bei nachträglicher Unmöglichkeit der Durchführung des mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens gilt die Eskalationsklausel als erloschen (Art. 119 Abs. 1 OR).³⁴⁰ Die Fälle, in denen sämtliche in der Eskalationsklausel enthaltene Vereinbarungen nachträglich unmöglich werden, dürften allerdings nur äusserst selten vorliegen. Eher denkbar sind dagegen Konstellationen, in denen lediglich einzelne Vereinbarungen von einer nachträglichen Unmöglichkeit betroffen sind. Als Beispiel kann etwa der im Voraus bezeichnete Schiedsrichter, der sein Mandat nicht annehmen kann bzw. will, genannt werden, sofern die Parteien für diesen Fall nicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit verzichten wollen.³⁴¹

III. Einseitige Auflösung der Eskalationsklausel

A. Ausgangslage

- 196 Aus der Qualifikation der Eskalationsklausel als aus den einzelnen Streitbeilegungsvereinbarungen bestehender zusammengesetzter Vertrag³⁴² ergibt sich die Notwendigkeit, die Möglichkeiten zur einseitigen Auflösung grundsätzlich nach den auf die einzelnen Vereinbarungen anwendbaren Gesetzesbestimmungen gesondert zu ermitteln. Weiter unterstreicht die grundsätzlich vorhandene Autonomie im Verhältnis der einzelnen Streitbeilegungsstufen zueinander das Erfordernis der gesonderten Betrachtung.³⁴³ Eine Ausnahme davon ist lediglich für den dilatorischen Klageverzicht zu machen, der ohne gegen-
teilige Vereinbarung der Parteien das rechtliche Schicksal der ADR-Vereinbarung teilt.³⁴⁴

³⁴⁰ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 624; GIRSBERGER/VOSER, N 611; GÖKSU, N 712; RÜEDE/HADENFELDT, 97.

³⁴¹ BERGER/KELLERHALS, N 624; GÖKSU, N 713; vgl. Art. 371 Abs. 2 ZPO.

³⁴² Siehe vorne, [N 15](#).

³⁴³ Siehe vorne, [N 157 ff.](#)

³⁴⁴ Siehe vorne, [N 172 ff.](#)

B. Einseitige Auflösung der Eskalationsklausel

a. Einseitige Auflösung der ADR-Vereinbarung

i. Aufgrund der Parteivereinbarung

Den Parteien steht es zunächst frei, die Gründe und Modalitäten einer auf einseitige Initiative einer Partei erfolgenden Auflösung der beiden Vereinbarungen selbst festzulegen.³⁴⁵ Die entsprechenden Bestimmungen können bereits in den Vereinbarungen festgehalten werden oder sich auch aus der anwendbaren Verfahrensordnung ergeben. 197

ii. Aufgrund von ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen

Bei der ADR-Vereinbarung handelt es sich um einen Vertrag *sui generis*.³⁴⁶ Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu deren einseitigen Auflösung ist aus diesem Grund nicht vorhanden. Da zwischen den Parteien durch den Abschluss der ADR-Vereinbarung keine einfache Gesellschaft entsteht,³⁴⁷ darf auch nicht (direkt) auf die Auflösungsgründe von Art. 545 OR zurückgegriffen werden. 198

iii. Aufgrund anderer Gründe

Auf den ersten Blick wäre eine einseitige Auflösung der ADR-Vereinbarung damit nur möglich, wenn die Parteien dies vertraglich vorgesehen haben. Dass dem jedoch nicht so ist, ergibt sich aus der Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen trotz fehlender gesetzlicher Bestimmung.³⁴⁸ Danach kann eine Partei den Vertrag bei Vorliegen von wichtigen Gründen, welche für die kündigende Partei die Fortsetzung des Vertrags unzumutbar machen, fristlos auflösen.³⁴⁹ 199

Ein Dauerschuldverhältnis liegt dann vor, wenn sich die Leistung nach der Dauer der Verbindlichkeit richtet und somit der Umfang der Leistung von der Zeit abhängt.³⁵⁰ Eine ADR-Vereinbarung erfüllt m. E. diese Voraussetzung. 200

³⁴⁵ HACKE, 300.

³⁴⁶ HACKE, 300. Zum Begriff vorne, [N 10](#).

³⁴⁷ Siehe vorne, [N 61](#).

³⁴⁸ BGE 128 III 428 E. 3; AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 30 Einl. vor 184 ff.; BERGER, Schuldrecht, N 1188; HUGUENIN, N 797.

³⁴⁹ AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 30 Einl. vor 184 ff.; BERGER, Schuldrecht, N 1189; HUGUENIN, N 797.

³⁵⁰ HUGUENIN, N 59; KOLLER, N 2.39.

Zwar steht der Leistungsumfang in Form der allfälligen Mitwirkung bei der Ernennung der neutralen Drittperson von Anfang an fest, ohne dass dabei das Zeitmoment eine Rolle spielen würde. Dagegen trifft dies in Bezug auf die Pflichten bei der Durchführung des vorgesehenen ADR-Verfahrens nicht zu. Deren Umfang hängt von der Dauer des ADR-Verfahrens ab. Je länger dieses andauert, desto länger müssen die Parteien am Verfahren mitwirken und anwesend sein. Eine solche Verpflichtung erschöpft sich nie in einer ausschliesslich «punktuellen Transaktion».³⁵¹ Selbst wenn die Parteien eine Maximaldauer für den Einigungsversuch im Rahmen des ADR-Verfahrens vorgesehen haben, bestimmt die Zeit den Leistungsumfang der zu erbringenden Mitwirkung. Demzufolge kann eine ADR-Vereinbarung aus wichtigen Gründen gestützt auf Art. 2 ZGB ausserordentlich gekündigt werden. Das Vorliegen solcher wichtigen Gründe (z. B. wenn eine Partei das ADR-Verfahren grundsätzlich und beharrlich behindert) sollte jedoch nur zurückhaltend angenommen werden.³⁵²

201 Ebenfalls aus Art. 2 ZGB wird ein weiterer Grundsatz zur einseitigen Auflösung in Form der *clausula rebus sic stantibus* Dieses Institut findet dann Anwendung, wenn sich die äusseren Umstände nach Vertragsschluss und für die Parteien unvorhersehbar derart verändern (z. B. grundlegende Veränderung der politischen Verhältnisse und kriegerische Auseinandersetzungen), dass eine gravierende Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt und den Parteien dabei kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden kann.³⁵³ Die Rechtsfolgen liegen beim Vorliegen der Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* im Ermessen des (Schieds-)Gerichts; dieses kann den Inhalt des Vertrags an die veränderten Umstände anpassen oder den Vertrag auflösen.³⁵⁴ Dabei muss es den hypothetischen Parteiwillen und das Gebot von Treu und Glauben berücksichtigen.³⁵⁵

202 Eine einseitige Auflösung der ADR-Vereinbarung in Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* in den (seltenen) Fällen, in denen die Voraussetzungen erfüllt sind, ist damit denkbar. Angesichts der grundsätzlichen Unabhängigkeit ist zudem zu fordern, dass sich die gravierende Äquivalenzstörung etc. nicht bloss auf den Hauptvertrag, sondern (auch) auf die ADR-Vereinbarung auswirkt. Die Mitteilung der einseitigen Auflösung der ADR-Vereinbarung ge-

³⁵¹ HACKE, 301; vgl. hinten, [N 320 ff.](#)

³⁵² Vgl. GÖKSU, N 716.

³⁵³ BERGER, Schuldrecht, N 1175 ff.; HUGUENIN, N 327 ff.; KOLLER, N 29.32 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 35.01 ff.

³⁵⁴ BGE 127 III 300 E. 6b; BERGER, Schuldrecht, N 1184 ff.; HUGUENIN, N 333 f.; KOLLER, N 29.61 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 35.10.

³⁵⁵ BGE 127 III 300 E. 6a.

stützt auf Art. 2 ZGB, sei es aus wichtigen Gründen oder aufgrund der *clausula rebus sic stantibus*, muss innert angemessener Frist erfolgen.³⁵⁶

Schliesslich könnte sich als Ausfluss der Freiwilligkeit der Durchführung eines ADR-Verfahrens ein jederzeitiges Kündigungsrecht ergeben. Zwar mag es zu-
treffend sein, dass der Grundsatz der Freiwilligkeit innerhalb der ADR-Verfahren zwecks der Erarbeitung einer eigenverantwortlichen Lösung des Konflikts zu gewährleisten ist.³⁵⁷ Die Freiwilligkeit wirkt sich jedoch nur auf das Stadium der Durchführung des ADR-Verfahrens und nicht bereits auf dessen Initiierung aus. Bei der freiwilligen Teilnahme am ADR-Verfahren handelt es sich um keine Voraussetzung für die Verfahrensinitiierung und diese hat keine Auswirkungen auf die Gewährleistung der eigenverantwortlichen Konfliktlösung.³⁵⁸ Nach diesen Ausführungen ergibt sich aus dem Grundsatz der Freiwilligkeit der Durchführung eines ADR-Verfahrens m. E. kein jederzeitiges Kündigungsrecht der ADR-Vereinbarung. Eine entgegengesetzte Beurteilung der Rechtslage würde zudem kaum dem hypothetischen Willen der Parteien entsprechen. Verpflichten sich die Parteien zur Durchführung eines ADR-Verfahrens, leuchtet es nicht ein, warum sie sich nicht grundsätzlich an dieser Verpflichtung festhalten lassen wollen.³⁵⁹

203

b. Einseitige Auflösung der Schiedsvereinbarung

i. Aufgrund der Parteivereinbarung

Die einseitige Auflösung der Schiedsvereinbarung ist zunächst gestützt auf in einer Parteivereinbarung vorgesehene Gründe möglich.³⁶⁰ Haben die Parteien diese nicht auf einseitige Initiative einer Partei bereits in der Schiedsvereinbarung selbst vorgesehen, können sie sich auch aus der anwendbaren Verfahrensordnung ergeben.³⁶¹

204

³⁵⁶ Vgl. KELLERHALS/BERGER, N 634.

³⁵⁷ PETER, BK ZPO N 18 Vorbem. Art. 213–218; vgl. Botschaft ZPO, 7242.

³⁵⁸ PETER, BK ZPO N 19 Vorbem. Art. 213–218; vgl. BGer 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009, E. 4, wo eine angeordnete, und damit nicht freiwillig initiierte Mediation, zulässig ist, m.a.W. nicht dem Zweck und der Zielsetzung der Mediation im Wege steht.

³⁵⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 284; HACKE, 301 («wer seiner Verpflichtung jederzeit entsagen kann, ist letztlich nicht verpflichtet»); KAYALI, J. Int'l Arb. 2010, 570.

³⁶⁰ BERGER/KELLERHALS, N 628; GIRSBERGER/VOSER, N 616; GÖKSU, N 714.

³⁶¹ BERGER/KELLERHALS, N 629; GIRSBERGER/VOSER, N 616; GÖKSU, N 714.

ii. *Aufgrund von ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen*

- 205 Weiter besteht die Möglichkeit einer einseitigen Auflösung der Schiedsvereinbarung gestützt auf im Gesetz vorgesehene Bestimmungen. Im Anwendungsbereich des dritten Teils der ZPO sieht Art. 378 Abs. 2 ZPO vor, dass eine Partei auf die Durchführung des Schiedsverfahrens verzichten kann, sofern die andere Partei den Vorschuss für die mutmasslichen Verfahrenskosten nicht leistet. Verzichtet die Partei auf das Schiedsverfahren, kann sie für diese Streitigkeit ein neues Schiedsverfahren einleiten oder Klage vor dem staatlichen Gericht erheben (Art. 378 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Somit wird der sich nicht im Verzug befindenden Partei ein gesetzliches Rücktrittsrecht von der Schiedsvereinbarung eingeräumt.³⁶² Der beklagten Partei steht die entsprechende Befugnis bei Nichtleistung der Sicherstellung der Parteientschädigung durch die klagende Partei zu (Art. 379 ZPO).
- 206 Das IPRG enthält für internationale Schiedsverfahren keine entsprechende Bestimmung. Damit liegt es an den Parteien bzw. am Schiedsgericht, die Folgen der Nichtleistung des Vorschusses für die mutmasslichen Verfahrenskosten zu regeln.³⁶³ U. U. stellt die von der säumigen Partei erhobene Schiedseinrede vor dem anschliessend angerufenen staatlichen Gericht einen Verstoss gegen das Gebot von Treu und Glauben dar und ist deshalb nicht zu berücksichtigen (vgl. Art. 61 lit. c ZPO; Art. 7 lit. c IPRG).³⁶⁴
- 207 Sodann sind auch die Bestimmungen in Art. 61 lit. c ZPO und Art. 7 lit. c IPRG zu erwähnen. Danach ist das staatliche Gericht auch bei Vorliegen einer gültigen Schiedsvereinbarung zuständig, wenn das Schiedsgericht aus von der beklagten Partei zu verantwortenden Gründen nicht bestellt werden kann.³⁶⁵

iii. *Aufgrund anderer Gründe*

- 208 Die aus dem allgemeinen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) abgeleiteten Ausnahmen des Grundsatzes der Vertragstreue sind auch auf die Schiedsvereinbarung anwendbar. Entsprechend kann die Schiedsvereinbarung auf Initiative einer Partei bei gegebenen Voraussetzun-

³⁶² BERGER/KELLERHALS, N 629; GIRSBERGER/VOSER, N 618; GÖKSU, N 715.

³⁶³ BGer 4P.2/2003 vom 12. März 2003, E. 3.3; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 378 N 2; vgl. STACHER, BK ZPO 357 N 4 ff.

³⁶⁴ GRÄNICH, BSK IPRG 178 N 157.

³⁶⁵ GÖKSU, N 715; vgl. BERGER/KELLERHALS, N 633, nach denen dies ein wichtiger Grund für die einseitige Auflösung der Schiedsvereinbarung darstellt.

gen der *clausula rebus sic stantibus* sowie aus wichtigen Gründen einseitig aufgelöst werden.³⁶⁶

Nicht ausser Acht gelassen werden darf auch hier die grundsätzlich vorhandene rechtliche Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag. Bezogen auf die einseitige Auflösung aus wichtigen Gründen oder gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* bedeutet dies, dass die jeweiligen Voraussetzungen (auch) bezogen auf die Schiedsvereinbarung erfüllt sein müssen. Solche Gründe können etwa politische Unruhen sowie die Prozessarmut einer Partei sein.³⁶⁷ Das Vorliegen dieser Gründe wird jedoch nur ausnahmsweise und zurückhaltend bejaht werden können.³⁶⁸

Die entsprechende Erklärung der Partei, welche die Schiedsvereinbarung gestützt auf das Gebot von Treu und Glauben einseitig aufzuheben gedenkt, hat innert angemessener Frist zu erfolgen.³⁶⁹ Für die Parteien bedeutet dies, dass sie zur Vermeidung der Verwirkung ihres Rechts zur einseitigen Auflösung ihre entsprechende Willenserklärung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände so rasch abgeben müssen, wie dies bei einer sorgfältigen Prozessführung und einer raschen Beilegung der Streitigkeit als notwendig erscheint.³⁷⁰

c. Einseitige Auflösung der Gerichtsstandvereinbarung

i. Aufgrund der Parteivereinbarung

Unbeachtet der Qualifikation der Gerichtsstandvereinbarung als Prozessvertrag³⁷¹ steht es den Parteien frei, Gründe für eine einseitige Auflösung zu vereinbaren. Die einschlägigen Normen in den Prozessgesetzen stehen dieser Möglichkeit nicht entgegen, womit das materielle Recht und damit auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit (vgl. Art. 19 Abs. 1 OR) analog Anwendung finden.³⁷² Um u. U. schwierige Auslegungsfragen zu vermeiden, sollten die Parteien die Möglichkeit zur einseitigen Auflösung in der Gerichtsstandsklausel selbst vorsehen. Ansonsten laufen sie Gefahr, dass die entsprechenden Be-

³⁶⁶ BERGER/KELLERHALS, N 631 ff.; GIRSBERGER/VOSER, N 619; GÖKSU, N 716. Zu den Voraussetzungen vorne, [N 196 ff.](#)

³⁶⁷ BERGER/KELLERHALS, N 632 f.; GÖKSU, N 716; RÜEDE/HADENFELDT, 103.

³⁶⁸ BERGER/KELLERHALS, N 632; GÖKSU, N 716; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 158.

³⁶⁹ BERGER/KELLERHALS, N 634; differenzierend GÖKSU, N 717.

³⁷⁰ BERGER/KELLERHALS, N 634.

³⁷¹ Siehe vorne, [N 81](#).

³⁷² Siehe vorne, [N 81](#).

stimmungen nur als Möglichkeit zur einseitigen Auflösung des Hauptvertrags ausgelegt werden. Schliesslich ist die Gerichtsstandsklausel ohne entgegengesetzte Parteivereinbarung vom Hauptvertrag rechtlich unabhängig.³⁷³

ii. Aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen

- 212 Weder in der ZPO, im IPRG noch im LugÜ finden sich Vorschriften, welche die Möglichkeit der einseitigen Auflösung einer Gerichtsstandvereinbarung zum Gegenstand haben. Folglich bestehen keine gesetzlichen Bestimmungen, auf die sich für eine Auflösung der Gerichtsstandvereinbarung auf Initiative einer der Parteien berufen werden kann.

iii. Aufgrund anderer Gründe

- 213 Die Rechtsfolge des Abschlusses einer Gerichtsstandvereinbarung besteht in der Pflicht der Parteien, ihre Ansprüche (ausschliesslich) vor dem örtlich prorogierten Gericht geltend zu machen. Diese prozessuale Pflicht begründet kein Dauerschuldverhältnis, da sie in ihrem Umfang nicht von der Dauer der Verbindlichkeit abhängt.³⁷⁴ Trotz der fehlenden Qualifikation als Dauerschuldverhältnis sollten eine ausserordentliche Kündigung der Gerichtsstandvereinbarung aus wichtigen Gründen sowie die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* zulässig sein. Zum einen entfaltet eine Prorogationsvereinbarung, wenn überhaupt, erst nach Ablauf einer längeren Periode nach ihrem Abschluss Wirkung. Die dann vorliegenden Umstände sind von den Parteien nur schwer vorhersehbar. Somit muss den Parteien ein Mittel zur Reaktion auf die geänderten Umstände zur Verfügung gestellt werden.³⁷⁵ Zum anderen leiten sich sowohl die ausserordentliche Kündigung als auch die *clausula rebus sic stantibus* aus dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) ab. Dieses Grundprinzip der Rechtsordnung findet auch im Prozessrecht (vgl. Art. 52 ZPO) und damit ebenfalls auf die prozessrechtlichen Verträge Anwendung.³⁷⁶ Unter Beachtung der prozessrechtlichen Natur der Gerichtsstandvereinbarung sind die Anwendungsfälle jedoch auf seltene Ausnahmefälle beschränkt (z. B. politische Unruhen, kriegserische Ereignisse etc.).³⁷⁷

³⁷³ Siehe vorne, [N 186 ff.](#)

³⁷⁴ Zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses vorne, [N 199 f.](#)

³⁷⁵ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 630.

³⁷⁶ Vgl. RÜEDE/HADENFELDT, 103.

³⁷⁷ Vgl. RÜEDE/HADENFELDT, 103.

Wie bei der ADR-Vereinbarung und der Schiedsvereinbarung müssen sich die Gründe zur einseitigen Auflösung aufgrund der grundsätzlich vorhandenen rechtlichen Selbstständigkeit der Gerichtsstandvereinbarung unmittelbar auf diese beziehen. Zur Wahrung der Möglichkeit der einseitigen Auflösung muss die entsprechende Willensäußerung derjenigen Partei, welche die Gerichtsstandvereinbarung aufzulösen gedenkt, innert angemessener Frist erfolgen.³⁷⁸ 214

d. Einseitige Auflösung des dilatorischen Klageverzicht

Wie eingangs des Abschnitts erwähnt, ist der dilatorische Klageverzicht grundsätzlich von der ADR-Vereinbarung rechtlich abhängig. Hinsichtlich der Beendigung des dilatorischen Klageverzichts besteht die Rechtsfolge der fehlenden Autonomie darin, dass der dilatorische Klageverzicht bei der Auflösung der ADR-Vereinbarung ebenfalls als nicht mehr bindend gilt. 215

Sollten die Parteien ausnahmsweise die rechtliche Unabhängigkeit des Klageverzichts angeordnet haben, richtet sich die einseitige Auflösung nach denselben Grundlagen, wie sie für die anderen Vereinbarungen erarbeitet wurden. Dies bedeutet, dass der dilatorische Klageverzicht aufgrund einer entsprechenden Parteivereinbarung oder der aus Art. 2 ZGB abgeleiteten Möglichkeiten auf Initiative einer einzelnen Partei aufgelöst werden kann. 216

e. Einseitige Auflösung der Eskalationsklausel

Die einseitige Auflösung der Eskalationsklausel erfolgt durch die Auflösung sämtlicher Vereinbarungen für die einzelnen Streitbelegungsstufen.³⁷⁹ Demnach sei an dieser Stelle auf die Ausführungen zur einseitigen Auflösung der ADR-Vereinbarung, zur Schieds- und Gerichtsstandvereinbarung sowie zum dilatorischen Klageverzichts verwiesen.³⁸⁰ 217

IV. Rechtsfolge der Beendigung der Eskalationsklausel

Wurde die Eskalationsklausel von den Parteien bzw. von einer Partei einseitig gültig beendet, sind die Parteien nicht mehr an die darin vorgesehenen Regelungen gebunden. Konkret bedeutet dies, dass eine Klage vor dem ordentli- 218

³⁷⁸ Vgl. bereits vorne, [N 199 ff.](#) und [N 204 ff.](#)

³⁷⁹ Siehe vorne, [N 196.](#)

³⁸⁰ Siehe vorne, [N 196 ff.](#)

chen Gericht oder Schiedsgericht eingeleitet werden kann, ohne zunächst die ursprünglich vorgeschalteten Streitbeilegungsstufen durchlaufen zu müssen. Gegebenenfalls haben die Parteien vor der Einleitung des gerichtlichen Entscheidungsverfahrens einen Schlichtungsversuch vor der zuständigen Schlichtungsbehörde gemäss Art. 197 ff. ZPO durchzuführen.

- 219 Soll nicht das gesamte mehrstufige Streitbeilegungsverfahren für unverbindlich erklärt werden, steht den Parteien auch die Möglichkeit zur Beendigung bloss einzelner Streitbeilegungsstufen, d. h. der entsprechenden Vereinbarung, offen. Die Rechtsfolgen hängen in diesen Fällen von der konkret aufgelösten Vereinbarung ab. Wird beispielsweise die Schiedsvereinbarung aufgehoben, ist nach erfolglosem Durchlauf der vorgeschalteten Stufen der Eskalationsleiter ein Verfahren vor dem staatlichen Gericht durchzuführen und der beklagten Partei steht die Schiedseinrede (*«exceptio arbitri»*) nicht zu.
- 220 Als Folge der Autonomie führt die Beendigung des Hauptvertrags nicht auch zur Beendigung der Eskalationsklausel und damit der einzelnen darin enthaltenen Vereinbarungen. Haben die Parteien nichts anderes bestimmt, entfaltet die Eskalationsklausel auch für Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Vertragsauflösung Wirkung.³⁸¹

V. Zweckerfüllung

- 221 Können Streitigkeiten mithilfe des mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens der Eskalationsklausel endgültig beigelegt werden, hat diese ihren Zweck erfüllt. Grundsätzlich führt dies zur Befreiung von der Verpflichtung.³⁸² Nun kann diese Rechtsfolge nicht ohne Weiteres auf die Eskalationsklausel übertragen werden, denn auch dann, wenn nach der endgültigen Beilegung einer Streitigkeit erneut Differenzen aus dem fraglichen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien entstehen, muss das in der Eskalationsklausel vorgesehene Verfahren durchlaufen werden.³⁸³ Der Erlöschungsgrund der Zweckerfüllung ist folglich nicht gegeben, wenn die Geltendmachung von aus dem fraglichen Rechtsverhältnis und in den Anwendungsbereich der Eskalationsklausel fallenden Ansprüchen weiterhin möglich bleibt.

³⁸¹ Vgl. PFISTERER, BK ZPO 357 N 67; RÜEDE/HADENFELDT, 104.

³⁸² BUCHER, OR AT, 291; HUGUENIN, N 723; SCHROETER, BSK OR Vorbem. zu Art. 68-74 N 26.

³⁸³ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 625; GÖKSU, N 709; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 160.

§ 6 Zusammenfassung

Bei der Eskalationsklausel handelt es sich um einen zusammengesetzten Vertrag mit dem Zweck der möglichst effizienten Beilegung von Streitigkeiten. Dazu sehen die Parteien einen mehrstufigen Streitbeilegungsmechanismus vor, welcher sich in aller Regel aus einem oder mehreren ADR-Verfahren und einem autoritativen Verfahren vor einem Schiedsgericht oder staatlichen Gericht als *ultima ratio*. Die Stufenabfolge soll durch einen dilatorischen Klageverzicht sichergestellt werden.

222

Für das Zustandekommen der Eskalationsklausel braucht es nach den allgemein für Verträge gültigen Vorschriften den gegenseitigen Austausch von übereinstimmenden Willensäusserungen, den Rechtsfolgewillen sowie die Einigung über die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte. Da die Eskalationsklausel als zusammengesetzter Vertrag qualifiziert wird, sind diese Voraussetzungen grundsätzlich für jede Streitbeilegungsstufe einzeln zu bestimmen und zu erfüllen. Dies gilt auch im Zusammenhang mit der Ermittlung der formellen und materiellen Gültigkeit einer Eskalationsklausel. Dabei vermögen sich die für den Abschluss einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung zu beachtenden Formvorschriften nicht auf die anderen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen auszudehnen. Bei fehlender ausdrücklicher oder stillschweigender Rechtswahl ist zwecks der Beurteilung der materiellen Gültigkeit der Eskalationsklausel zunächst das auf diese anwendbare Recht zu bestimmen. Aufgrund der engen Verbindung zwischen den Vereinbarungen der einzelnen Stufen innerhalb der Eskalationsklausel drängt sich eine einheitliche Lokalisierung des anwendbaren Rechts gestützt auf den engsten sachlichen Zusammenhang auf. Dieser besteht mit dem Recht des Staates, welches für den Hauptvertrag gilt (bei Integration der Eskalationsklausel in den Hauptvertrag) oder das für die Beurteilung der Mithilfe der Eskalationsklausel beizulegenden Streitigkeit massgebend ist (bei einer separaten Vereinbarung der Eskalationsklausel). Auf die als prozessrechtlich zu qualifizierenden Abreden findet die *lex fori* die *lex fori arbitri* Anwendung, sofern diese eine entsprechende Regelung enthält. In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Globalzession sollte im Hinblick auf das Verbot der übermässigen Bindung ein grosszügiger Massstab angewendet werden. Eine weite Umschreibung der von der Eskalationsklausel erfassten Streitigkeiten ist daher zulässig, sofern die Parteien im Zeitpunkt der Eingehung klare Vorstellungen über das Ausmass und die Natur des künftigen Geschäftsverkehrs hatten und die spätere Geschäftstätigkeit, welche zum Streit führt, sich in diesem Rahmen bewegt.

223

- 224 Die Zulässigkeit der Eskalationsklausel *ratione materiae* orientiert sich an den im konkreten Einzelfall enthaltenen Vereinbarungen. Insbesondere die dem zwingenden Prozessrecht zuzuordnenden und im Unterschied zur objektiven «ADR-Fähigkeit» enger gefassten Vorschriften zur objektiven Schiedsfähigkeit sowie zur Zulässigkeit des Abschlusses einer Gerichtsstandvereinbarung sollten von den Parteien beachtet werden. Im (internationalen) Wirtschaftsverkehr und bei Grossprojekten dürfte die fehlende Zulässigkeit *ratione materiae* jedoch kaum ein Problem darstellen. Auch werden durch den Abschluss einer Eskalationsklausel die prozessualen Mindestgarantien der Parteien nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt. So ist insbesondere der Abschluss von Prozessverträgen im Bereich der dispositiven Normen des Zivilprozessrechts und damit verbunden auch eines dilatorischen Klageverzichts als zulässig zu erachten.
- 225 Ohne entgegenstehende übereinstimmende Willensäusserungen der Parteien sind die einzelnen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen voneinander rechtlich unabhängig. Eine Ausnahme davon bildet der dilatorische Klageverzicht, welcher i. d. R. keine Wirkung entfaltet, sollte sich die ADR-Vereinbarung als unwirksam herausstellen. Im Verhältnis zum Hauptvertrag wirkt sich dessen Ungültigkeit sowohl bei der Integration der Eskalationsklausel in den Hauptvertrag als auch bei separater Vereinbarung nicht auf die Vereinbarungen der einzelnen Streitbeilegungsstufen aus.
- 226 Will eine Partei nicht mehr an das vereinbarte Streitbeilegungsverfahren gebunden sein, stellt sich ihr die Frage nach den möglichen Grundlagen für eine Beendigung der Eskalationsklausel. Neben der jederzeitigen Möglichkeit des Abschlusses einer Aufhebungsvereinbarung und den seltenen Fällen des Eintritts einer nachträglichen Unmöglichkeit sind Konstellationen denkbar, in denen eine einseitige Auflösung der Eskalationsklausel zulässig ist. Es steht den Parteien zunächst frei, dies ausdrücklich vorzusehen. Gestützt auf Art. 2 ZGB können je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls die einzelnen Vereinbarungen der Eskalationsklausel aus wichtigen Gründen ausserordentlich gekündigt oder in Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* aufgelöst werden. Bezüglich der einseitigen Auflösung einer Schiedsvereinbarung finden sich in den jeweils relevanten Bestimmungen der ZPO und des IPRG zusätzlich gesetzlich vorgesehene Auflösungsgründe. Als Folge der Beendigung der Eskalationsklausel bzw. einzelner darin enthaltener Vereinbarungen sind die Parteien nicht mehr daran gebunden und das Verfahren ist direkt vor den ordentlichen Gerichten oder dem Schiedsgericht einzuleiten bzw. es sind nicht mehr sämtliche ursprünglich vorgesehenen Streitbeilegungsstufen zu durchlaufen. Festzuhalten bleibt in diesem Zusammenhang, dass die Beendigung des

Hauptvertrags als Folge der Autonomie nicht automatisch auch zur Beendigung der Eskalationsklausel, d. h. der einzelnen darin enthaltenen Vereinbarungen, führt.

Nachdem im ersten Teil der Arbeit die Vereinbarung und Beendigung der Eskalationsklausel dargestellt wurde, sollen im nächsten Teil die Bindungswirkung und die Folgen der Verletzung einer gültig vereinbarten Eskalationsklausel dargestellt werden.

227

Zweiter Teil: Bindungswirkung und Folgen der Verletzung der Eskalationsklausel

§ 7 Bindungswirkung der Eskalationsklausel

I. Bindungswirkung der Eskalationsklausel in objektiver Hinsicht

Nach dem Grundsatz «*pacta sunt servanda*» sind die Parteien an die vereinbarte, rechtsgültig zustande gekommene Eskalationsklausel gebunden. Die Bindung der Parteien kann dabei nicht weiter reichen, als dies von ihnen in der Eskalationsklausel vorgesehen wurde. Damit stellen sich Fragen nach der Reichweite der Vereinbarung hinsichtlich der erfassten Streitigkeiten und Einreden bzw. Einwände sowie der Verpflichtung zur Einhaltung der vorgesehenen Stufenabfolge innerhalb der Eskalationsleiter.

228

A. Erfasste Streitigkeiten und Einreden bzw. Einwände

a. Im Allgemeinen

Die von der Eskalationsklausel erfassten Streitigkeiten («objektive Reichweite») ergeben sich primär aus dem Wortlaut der Eskalationsklausel. Damit ist es im Rahmen der Zulässigkeit *ratione materiae* der Parteiautonomie überlassen, welche Konflikte in Anwendung der Eskalationsklausel beigelegt werden sollen. Möglich, aber auch regelmässig im Widerspruch mit dem Konzept der mehrstufigen Streitbeilegung stehend ist daher auch die Festsetzung einer für die einzelnen Stufen der Eskalationsleiter unterschiedlichen objektiven Reichweite.³⁸⁴ Im Regelfall werden die Parteien jedoch eine einheitliche Umschreibung der von der Eskalationsleiter erfassten Streitigkeiten vorsehen.

229

Oft wird die objektive Reichweite bei Integration der Eskalationsklausel in den Hauptvertrag mit der Formulierung «sämtliche Streitigkeiten aus dem Vertrag [...]» oder «sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag [...]» umschrieben. Unter den «Streitigkeiten aus dem Vertrag» sind sodann auch ausschliesslich solche zu verstehen, die aus dem Vertrag entstehen (inkl. Streitigkeiten hinsichtlich dessen Zustandekommen und Gültigkeit). Dagegen umfassen die «Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem

230

³⁸⁴ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 156.

Vertrag» sämtliche Ansprüche, die sich aus dem vom Hauptvertrag geregelten Sachverhalt ergeben oder diesen unmittelbar berühren (z. B. ausservertragliche Ansprüche).³⁸⁵ Allfällige Unklarheiten hinsichtlich der erfassten Streitigkeiten sind mittels Auslegung der Eskalationsklausel nach den allgemeinen für Verträge geltenden Prinzipien zu beseitigen, wobei im Zweifel von einer umfassenden objektiven Reichweite auszugehen ist.³⁸⁶

b. Ausdehnung auf andere Verträge

- 231 Findet sich die Eskalationsklausel in einem Vertrag zwischen den Parteien, sind tendenziell auch nachfolgende Streitigkeiten zwischen denselben Parteien in Einhaltung der Eskalationsleiter beizulegen.³⁸⁷ Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Streitigkeit einen Zusammenhang mit dem ursprünglichen (Haupt-)Vertrag aufweist (z. B. Ansprüche, die auf Anhängen, Beilagen oder Ergänzungen beruhen).³⁸⁸ Den Parteien steht frei, für diese Streitigkeiten eine andere von der Eskalationsklausel des (Haupt-)Vertrags abweichende Regelung zur Streitbeilegung vorzusehen. In diesen Fällen wird vermutet, dass die neue Vereinbarung betreffend die Beilegung dieser Streitigkeiten die alte Vereinbarung ersetzt (*«ius posterior derogat priori»*).³⁸⁹
- 232 Diese Ausführungen sind auch anwendbar, wenn die Eskalationsklausel in einem Rahmenvertrag vorgesehen ist. Ohne anderslautende Vereinbarungen in den Einzelverträgen fallen sämtliche Streitigkeiten in die objektive Reichweite der Eskalationsklausel.³⁹⁰

c. Kumulation von Ansprüchen aus unterschiedlichen Verträgen

- 233 Nicht selten sind zwischen den Parteien mehrere Ansprüche gleichzeitig Gegenstand ihrer Streitigkeit (*«objektive Klagehäufung»*). Gegebenenfalls entspringen die behaupteten Ansprüche zusätzlich aus unterschiedlichen Sachverhalten. Aus Effizienzgründen wird zumindest die klagende Partei regelmässig ein Interesse

³⁸⁵ BGE 138 III 681 E. 4.4; BERGER/KELLERHALS, N 504 ff.; BORN, 1459 ff.; GÖKSU, N 443; HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 21; RÜEDE/HADENFELDT, 74.

³⁸⁶ Vgl. BGE 138 III 681 E. 4.4; 121 III 495 E. 5c; 116 Ia 56 E. 3b; BERGER/KELLERHALS, N 489; BORN, 1437 f.; HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 21a.

³⁸⁷ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 515; GIRSBERGER/VOSER, N 678; TSCHANZ, CR IPRG 178 N 298.

³⁸⁸ BERGER/KELLERHALS, N 515.

³⁸⁹ BGE 121 III 495 E. 5a; BGer 4A_94/2009 vom 9. Juni 2009, E. 3; BERGER/KELLERHALS, N 516.

³⁹⁰ BERGER, BK ZPO 17 N 29; BERGER, BSK LugÜ 23 N 37; BERGER/KELLERHALS, N 517; TSCHANZ, CR IPRG 178 N 298.

darán haben, dass alle Ansprüche in einem einzigen Verfahren beurteilt werden. Dabei können hinsichtlich der objektiven Reichweite insoweit Problemfälle entstehen, als nicht sämtliche Ansprüche derselben Streitbeilegungsklausel unterliegen. Für die nachfolgenden Ausführungen ist die Ausgangslage interessant, in der sich die Parteien nicht (nachträglich) auf die Durchführung eines einheitlichen Verfahrens für sämtliche Streitigkeiten einigen können.

Auf Stufe der ADR-Verfahren bestehen keine gesetzlichen Bestimmungen, welche sich zur Möglichkeit der gleichzeitigen Behandlung von mehreren Ansprüchen äussern. Auch einschlägige institutionelle Verfahrensordnungen schweigen zu diesem Thema. Die Durchführung eines ADR-Verfahrens beruht auf einer entsprechenden Parteivereinbarung.³⁹¹ Fehlt es an dieser, kann eine Streitigkeit nicht mittels eines ADR-Verfahrens beigelegt werden.³⁹² Als Konsequenz ist m. E. eine einheitliche Beurteilung einer nicht in der objektiven Reichweite einer ADR-Vereinbarung liegenden Streitigkeit mit einer darunterfallenden Streitigkeit nicht zulässig. Nichts anderes gilt auch in den Fällen, in denen zwischen den Streitigkeiten ein sachlicher Zusammenhang besteht, denn dieser allein vermag die zuständigkeitsbegründende ADR-Vereinbarung nicht zu ersetzen.

234

Dasselbe muss gelten, wenn die für die jeweilige Streitigkeit relevanten ADR-Vereinbarungen nicht zumindest im Kern identisch sind. Dieser Kern umfasst insbesondere den Typ des durchzuführenden ADR-Verfahrens, die beteiligten Personen und die anwendbaren Verfahrensvorschriften.³⁹³ Unterliegen sämtliche geltend gemachten Ansprüche ADR-Vereinbarungen, die zumindest im Kern übereinstimmen, und stehen die Ansprüche in einem sachlichen Zusammenhang zueinander, sollte eine Beurteilung in einem einheitlichen Verfahren zulässig sein. Dies ermöglicht ein effizienteres Vorgehen zur umfassenden Beilegung der zwischen den Parteien entstandenen Streitigkeiten, was regelmässig auch in deren Interesse sein dürfte.

235

Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit sowie in den Anwendungsfällen von Art. 176 Abs. 2 IPRG sieht Art. 376 Abs. 2 ZPO vor, dass sachlich zusammenhän-

236

³⁹¹ Vgl. beispielsweise Art. 1 Ziff. 1 Swiss Rules of Mediation, Art. 2.0 AAA Dispute Resolution Board Hearing Rules and Procedures oder Art. 1 Ziff. 4 lit. a. UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.

³⁹² So z. B. Art. 2.4 LCIA Mediation Rules für die Mediation.

³⁹³ Vgl. die unmittelbar folgenden Ausführungen zur Schiedsvereinbarung in N 237 f. Einige institutionelle Verfahrensordnungen für die Mediation sehen sodann explizit vor, dass die Mediation, trotz Vorliegen einer Mediationsvereinbarung, bei Ablehnung der jeweiligen Verfahrensordnung nicht durchgeführt werden kann (z. B. Art. 3 Ziff. 4 ICC Mediation Rules).

gende Ansprüche zwischen den gleichen Parteien im gleichen Schiedsverfahren beurteilt werden können, wenn sie Gegenstand übereinstimmender Schiedsvereinbarungen der Parteien sind. Das Erfordernis der übereinstimmenden Schiedsvereinbarungen setzt die fehlende Divergenz hinsichtlich wesentlicher Punkte voraus, beispielsweise in Bezug auf die *lex arbitri* und die anwendbaren Verfahrensvorschriften, den Sitz des Schiedsverfahrens oder die Anzahl der Schiedsrichter.³⁹⁴ Das weitere Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs ist in den Fällen erfüllt, in denen die Ansprüche auf demselben Rechtsgrund oder Lebenssachverhalt beruhen sowie in einem rechtlichen Verhältnis zueinander stehen.³⁹⁵

- 237 Im Anwendungsbereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit finden sich im 12. Kapitel des IPRG keine entsprechenden Bestimmungen. Die Möglichkeit einer objektiven Klagehäufung wird aber trotzdem auch bei fehlender Regelung durch die Parteien anerkannt.³⁹⁶ Stets sind sowohl bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit als auch bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit die von den Parteien vorgesehenen Verfahrensvorschriften zu konsultieren. Diese können u. U. eine objektive Klagehäufung als unzulässig erklären oder weniger strenge Voraussetzungen vorschreiben.³⁹⁷
- 238 Haben die Parteien eine Gerichtsstandvereinbarung als letzte Stufe der Eskalationsleiter vorgesehen, enthalten diverse gesetzliche Bestimmungen (indirekt) Vorschriften zu deren objektiver Reichweite hinsichtlich der Ansprüche in objektiver Klagehäufung.
- 239 Stehen mehrere Ansprüche gegen eine beklagte Partei in einem sachlichen Zusammenhang, so ist jedes Gericht zuständig, das eine Zuständigkeit für einen der Ansprüche zuständig hat (Art. 15 Abs. 2 ZPO). Die Zuständigkeit des Gerichts kann sich dabei auch auf eine Gerichtsstandvereinbarung stützen.³⁹⁸

³⁹⁴ BERGER/KELLERHALS, N 519; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 376 N 9; PFISTERER, BK ZPO 376 N 12. GÖKSU, N 645, nimmt eine fehlende Übereinstimmung nur dann an, wenn eine Schiedsvereinbarung aufgrund der Thematik der Streitigkeit die Wahl eines Schiedsrichters mit entsprechendem Fach- bzw. Spezialwissen vorsieht.

³⁹⁵ GÖKSU, N 641; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 376 N 9; PFISTERER, BK ZPO 376 N 13.

³⁹⁶ PFISTERER, BK ZPO 376 N 56; kritisch BERGER/KELLERHALS, N 520. Vgl. GIRSBERGER/VOSER, N 677.

³⁹⁷ BERGER/KELLERHALS, N 520. So können z. B. nach Art. 9 ICC Arbitration Rules Ansprüche, die sich aus oder im Zusammenhang mit mehr als einem Vertrag ergeben, in einem einzigen Schiedsverfahren geltend gemacht werden, und zwar unabhängig davon, ob diese Ansprüche aufgrund einer oder mehrerer der Schiedsgerichtsordnung unterlegenen Schiedsvereinbarungen geltend gemacht werden.

³⁹⁸ BORLA-GEIER, DIKE-Komm. ZPO 15 N 25; WEBER, BSK ZPO 15 N 20.

Bei Vorliegen eines internationalen Sachverhalts äussert sich im nicht staatsvertraglichen Bereich Art. 8a Abs. 2 IPRG zur objektiven Klagehäufung. Der Wortlaut orientiert sich stark an Art. 15 Abs. 2 ZPO, womit sich die Zuständigkeit eines schweizerischen Gerichts zur Beurteilung eines Anspruchs ebenfalls auf eine Gerichtsstandvereinbarung stützen kann.³⁹⁹ Im Anwendungsbereich des LugÜ können gemäss Art. 28 Abs. 2 LugÜ erstinstanzliche Klagen miteinander verbunden werden, wenn das zuerst angerufene Gericht für die betreffenden Klagen zuständig und die Verbindung der Klagen nach seinem Recht zulässig ist. Die Zuständigkeit des Erstgerichts kann u. a. auch auf einer Gerichtsstandvereinbarung beruhen.⁴⁰⁰ Aus dem Wortlaut der jeweiligen Bestimmung ergibt sich darüber hinaus die Notwendigkeit des sachlichen Zusammenhangs zwischen den kumulativ geltend gemachten Ansprüchen.

Dementsprechend ergibt sich für die Eskalationsklausel folgendes Bild:

240

Sehen mehrere Verträge zwischen denselben Parteien identische Eskalationsklauseln vor, so können die aus diesen entstandenen Streitigkeiten in einem einzigen Verfahren und in Einhaltung der vorgesehenen Stufenabfolge behandelt werden. Darüber hinaus ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Streitgegenständen zu fordern. Ebenfalls ausreichend für die gemeinsame Beurteilung von mehreren Ansprüchen ist, wenn diese jeweils Eskalationsklauseln unterliegen, die im Kern übereinstimmend sind. Dies erfordert zunächst die Identität sämtlicher im Rahmen der Eskalationsleiter vorgesehenen Streitbeilegungsverfahren. Soll bei einer Streitigkeit zunächst ein Versuch der Mediation, bei der anderen ein Verfahren vor einem Dispute Resolution Board durchgeführt werden oder wird als letzte Streitbeilegungsstufe nur bezüglich eines Anspruchs eine Beurteilung durch ein Schiedsgericht vorgesehen, ist eine objektive Klagehäufung nicht zulässig. Solche Verfahren können einer Partei nicht gegen ihren Willen aufgezwungen werden. Darüber hinaus ist zu fordern, dass die vorgesehenen Verfahren in den wesentlichen Punkten übereinstimmen. Insbesondere dürfen zwischen den Bestimmungen zum Sitz des Schiedsgerichts (aufgrund der *lex fori arbitri*), den beteiligten Personen (neutrale Drittperson, Organe etc. aufgrund der Legitimität des Verfahrens, der Sicherstellung des Vorhandenseins von Spezial- bzw. Fachwissen) und der Anzahl der Schiedsrichter (aufgrund der Einflussnahme der Parteien auf die Zusammensetzung, der Sicherstellung des Vorhandenseins von Spezial- bzw. Fachwissen etc.) sowie den anwendbaren Verfahrensvorschriften (aufgrund

241

³⁹⁹ DROESE, BSK IPRG 8a N 15 und N 19; vgl. MARKUS, N 468.

⁴⁰⁰ DASSER, SHK LugÜ 28 N 31.

der Einhaltung von Fristen, der Zulässigkeit von Beweismitteln bzw. -anträgen, Anzahl und Art der Schriftenwechsel etc.) keine Divergenzen bestehen.

- 242 Davon unterschieden werden müssen Konstellationen, in denen bloss die Durchsetzung einzelner Ansprüche mittels einer zumindest im Kern identischen Eskalationsklausel zu erfolgen hat, während andere Ansprüche einer einfachen Streitbeilegungsklausel in Form einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung unterliegen. Wie bereits angedeutet, fällt eine Durchführung der dem autoritativen Verfahren vorangehenden Stufen der Eskalationsklausel hinsichtlich letzterer Ansprüche ausser Betracht. Damit ist jedoch noch nichts über die Möglichkeit der objektiven Klagehäufung in dem Zeitpunkt gesagt, in dem die vorangehenden Eskalationsstufen für die entsprechenden Streitigkeiten von den Parteien erfolglos durchlaufen wurden und dementsprechend ein (schieds-)gerichtliches Verfahren als letzte Streitbeilegungsstufe durchzuführen ist.
- 243 Die verbindliche Entscheidung der Streitigkeit durch ein Schiedsgericht setzt eine Schiedsvereinbarung in der Eskalationsklausel voraus. Stimmt diese mit der einfachen Streitbeilegungsklausel in Form der Schiedsvereinbarung in den wesentlichen Punkten überein und besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Streitgegenständen, so können grundsätzlich sämtliche Ansprüche in einem einheitlichen Schiedsverfahren beurteilt werden. Fraglich bleibt jedoch, ob aufgrund der Integration einer Schiedsvereinbarung in eine Eskalationsklausel die Voraussetzung der «Identität im Kern» dennoch erfüllt sein kann. Für die Möglichkeit einer solchen Identität spricht die Qualifikation der Eskalationsklausel als zusammengesetzter Vertrag. Dieser setzt sich bekanntlich aus mehreren Nominat- oder Innominatverträgen zusammen, auf welche die für den jeweiligen Vertrag einschlägigen Normen Anwendung finden.⁴⁰¹ Die Schiedsvereinbarung ist daher zwar ein Teil der Eskalationsklausel, bleibt aber unabhängig von den restlichen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen und untersteht ihren eigenen Normen.
- 244 Damit besteht in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit gestützt auf Art. 376 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit einer objektiven Klagehäufung, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Keine Partei kann sich bei der Kumulation der Ansprüche aus den unterschiedlichen Verträgen auf die Verletzung der in der Eskalationsklausel enthaltenen Schiedsvereinbarung oder einfachen Schiedsvereinbarung berufen.⁴⁰² Dasselbe gilt grundsätzlich auch im Anwen-

⁴⁰¹ Siehe vorne, [N 17 ff.](#)

⁴⁰² Vgl. für dieses Kriterium, DASSER, KuKo ZPO 376 N 7; PFISTERER, BK ZPO 376 N 12.

dungsbereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Man könnte sich jedoch fragen, ob die analoge Anwendung von Art. 376 Abs. 2 ZPO in diesen Konstellationen als gerechtfertigt erscheint. Dazu muss der nicht geregelte Sachverhalt dem «Wertmuster» der analog anzuwendenden Gesetzesvorschrift entsprechen, sodass es hinsichtlich der Gewährleistung der Widerspruchsfreiheit im gesetzlichen Wertungssystem gerechtfertigt erscheint, den nicht geregelten Sachverhalt trotz fehlender Stütze im Wortlaut sinngemäss gleich zu beurteilen.⁴⁰³ Es geht somit um die Rechtsfindung nach dem Motto: «Wo derselbe Sinn, dort dieselbe Regelung».⁴⁰⁴ Der Zweck der objektiven Klagehäufung im Schiedsverfahren liegt in der Steigerung der Effizienz der Schiedsgerichtsbarkeit.⁴⁰⁵ Diese Effizienzsteigerung kann auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit durch die Möglichkeit der objektiven Klagehäufung erreicht werden und erfolgt ebenfalls im Interesse der am Verfahren beteiligten Parteien. Daher rechtfertigt sich, die Ausführungen zur Binnenschiedsgerichtsbarkeit auch auf Fälle der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (analog) anzuwenden.⁴⁰⁶

Ähnlich gestaltet sich die Rechtslage auch bei Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung als letzte Streitbeilegungsstufe. Die Anforderungen an die Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung vor einem staatlichen Gericht sind im Anwendungsbereich der ZPO (Art. 15 Abs. 2 ZPO) und des IPRG (Art. 8a Abs. 2 IPRG) gesetzlich geregelt. Sind die Voraussetzungen erfüllt, d. h., macht der Kläger gegen den Beklagten mehrere sachlich zusammenhängende Ansprüche geltend, kann grundsätzlich⁴⁰⁷ ein Gericht in einem einheitlichen Verfahren über sämtliche Ansprüche entscheiden, auch wenn für einzelne Ansprüche zunächst ein oder mehrere ADR-Verfahren durchgeführt wurden. Die Zuständigkeit des schweizerischen Gerichts darf auch in diesen Sachverhalten auf einer Gerichtsstandsvereinbarung beruhen. Findet das LugÜ Anwendung, so können gemäss Art. 28 Abs. 2 LugÜ bei gegebenem sachlichem Zusammenhang zwischen den Ansprüchen erstinstanzliche Klagen miteinander verbunden werden. Der Umstand, dass für einen Anspruch zunächst die vorgesehe-

245

⁴⁰³ BYDLINSKI, 475 f.; HONSELL, BSK ZGB 1 N 13; KRAMER, Methodenlehre, 230; LARENZ/CANARIS, 202 f.

⁴⁰⁴ KRAMER, Methodenlehre, 230 f. m.w.H.; vgl. LARENZ/CANARIS, 202.

⁴⁰⁵ Botschaft ZPO, 7400; BORN, 2761.

⁴⁰⁶ Vgl. für die einfache Streitbeilegungsklausel in Form der Schiedsvereinbarung, vorne, [N 237](#).

⁴⁰⁷ Die Prozessvoraussetzungen müssen für jeden einzelnen Anspruch erfüllt sein. Insbesondere ist gegebenenfalls zunächst ein Schlichtungsverfahren nach Art. 198 ff. ZPO durchzuführen. Zusätzlich muss das gleiche Gericht sachlich zuständig sein und die gleiche Verfahrensart anwendbar sein (Art. 90 ZPO).

nen Stufen der Eskalationsleitern durchlaufen wurden, vermag diese Möglichkeit der Verfahrensverbindung nicht zu verhindern. Das Schweizer Recht sieht in Art. 127 ZPO überdies die Möglichkeit der Verbindung von unterschiedlichen, sachlich zusammenhängenden Verfahren vor.

- 246 Somit ist festzuhalten, dass eine objektive Klagehäufung auch bei Vereinbarung einer Eskalationsklausel zulässig sein kann. Voraussetzung dafür ist die Identität der Eskalationsklauseln, welche zumindest für den wesentlichen Kern gegeben sein muss. Eine kumulative Geltendmachung von Ansprüchen aus unterschiedlichen Verträgen, die teils eine Eskalationsklausel und teils eine einfache Streitbeilegungsklausel enthalten, kann gegebenenfalls auch erst im Rahmen der Durchführung des (schieds-)gerichtlichen Verfahrens erfolgen.

d. Eskalationsklausel als Gegenstand der Streitigkeit

- 247 Streiten sich die Parteien über die Gültigkeit der Eskalationsklausel oder fordert eine Partei Schadenersatz aus einer behaupteten Verletzung der Eskalationsklausel, stellt sich die Frage, ob für diese Streitigkeiten die vorgesehenen Stufen der Eskalationsleiter durchlaufen werden müssen oder die Parteien auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen sind. Die Parteien werden diesen Punkt in aller Regel nicht ausdrücklich in der Eskalationsklausel regeln. Schliesslich umfassen die Standardformulierungen bezüglich der objektiven Reichweite lediglich Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag. Da sich im Gesetz ebenfalls keine Regelung zu dieser Problematik finden lässt, muss die Lösung mittels Auslegung der Eskalationsklausel ermittelt werden.⁴⁰⁸
- 248 Fordert eine Partei Schadenersatz aus einer behaupteten Verletzung der Eskalationsklausel, so scheint es insbesondere bei einer weiten Formulierung der erfassten Streitigkeiten angebracht, in Anwendung des Vertrauensprinzips auf die Bindung an das Verfahren auf in der Eskalationsklausel vorgesehene Verfahren zu schliessen.⁴⁰⁹ Die Parteien durften und mussten nach Treu und Glauben in diesen Fällen vernünftigerweise davon ausgehen, dass sämtliche Streitigkeiten in Bezug auf eine Bestimmung im Hauptvertrag oder in der separaten Vereinbarung der Eskalationsklausel in dem von ihnen vorgesehenen mehrstufigen Verfahren beizulegen sind. Die Beweggründe zum Abschluss einer Eskalationsklausel liegen in aller Regel gerade in der effizienten Streitbei-

⁴⁰⁸ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 160; vgl. BERGER/KELLERHALS, N 536.

⁴⁰⁹ Vgl. BGer 4A_232/2013 vom 30. September 2013, E. 3.4; BGer 4A_444/2009 vom 11. Februar 2010, E. 4.1; ARNTZ, Eskalationsklauseln, 160; BERGER/KELLERHALS, N 536.

legung, wobei der Gang vor ein Schiedsgericht oder staatliches Gericht lediglich als *ultima ratio* angetreten werden soll. Davon dürften regelmässig auch Schadenersatzforderungen aus einer behaupteten Verletzung der Eskalationsklausel erfasst sein.

In Bezug auf das die Gültigkeit der Eskalationsklausel betreffende Verfahren sind folgende Punkte zu beachten: 249

In der Schiedsgerichtsbarkeit gilt das Prinzip der «Kompetenz-Kompetenz», wonach ein Schiedsgericht grundsätzlich selbst über seine Zuständigkeit entscheidet (Art. 359 Abs. 1 ZPO; Art. 186 Abs. 1 IPRG). Als Folge dieses Prinzips beurteilt das Schiedsgericht u. a. auch die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung.⁴¹⁰ Bei einer Gerichtsstandsvereinbarung verhält es sich im Grossen und Ganzen wie bei der Schiedsvereinbarung. Die staatlichen Gerichte entscheiden selbst über ihre Zuständigkeit (vgl. Art. 59 f. ZPO).⁴¹¹ Diese Rechtslage lässt sich nur begrenzt auf den Sachverhalt übertragen, in dem zwischen den Parteien Uneinigkeit über die Gültigkeit einer ADR-Vereinbarung besteht. Im Unterschied zum (schieds-)gerichtlichen Verfahren können in ADR-Verfahren bekanntlich keine verbindlichen Entscheidungen durch Drittpersonen erlassen werden. Die von den Parteien eingesetzte Drittperson verfügt daher nicht über die Autorität, über die Gültigkeit der ADR-Vereinbarung und damit über ihre Zuständigkeit als Ausfluss der Kompetenz-Kompetenz zu entscheiden. Ihre Zuständigkeit beruht auf dem Konsens der Parteien, welcher offensichtlich strittig ist, sobald eine Partei die Ungültigkeit der ADR-Vereinbarung geltend macht. Noch deutlicher wird dieser Umstand bei ADR-Verfahren ohne Dritunterstützung. Bei fehlender Einigkeit über die Durchführung würde es in der Kompetenz einer der Parteien liegen, über die Gültigkeit der ADR-Vereinbarung zu entscheiden. Das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz kann demnach nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf Streitigkeiten hinsichtlich der Gültigkeit von ADR-Vereinbarungen angewendet werden. Vielmehr obliegt die Aufgabe der Feststellung der Gültigkeit der ADR-Vereinbarung dem zuständigen (Schieds-)Gericht. 250

In Bezug auf die eingangs gestellte Frage ergibt sich somit folgendes Bild: 251

Wird die Ungültigkeit der Eskalationsklausel geltend gemacht, müssen zwecks deren Beurteilung nicht sämtliche vorgesehenen Eskalationsstufen durchlau- 252

⁴¹⁰ BERGER/KELLERHALS, N 667; BORN, 1144 f. Diese Kompetenz-Kompetenz ist überdies in vielen institutionellen Schiedsordnungen vorgesehen (z. B. Art. 21 Ziff. 1 Swiss Rules of International Arbitration; Art. 6 Ziff. 3 ICC Arbitration Rules; Art. 23.1 LCIA Arbitration Rules).

⁴¹¹ STOJILJKOVIĆ, Zuständigkeit, 127.

fen werden. Angesichts der Natur der ADR-Verfahren als konsensorientierte Methode zur Streitbeilegung fehlt es an der Kompetenz-Kompetenz des neutralen Dritten bzw. der Parteien. Wird die Ungültigkeit der gesamten Eskalationsklausel von einer Partei behauptet, ist für deren Beurteilung ein Schiedsgericht (bei Vorliegen einer Schiedsvereinbarung als letzte Eskalationsstufe) bzw. das staatliche Gericht (bei Fehlen einer Schiedsvereinbarung) zuständig. Sieht die Eskalationsklausel eine Schiedsvereinbarung vor und wird trotzdem ein staatliches Gericht angerufen, beschränkt sich die Kognition bezüglich der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung auf offensichtliche Ungültigkeitsgründe (Art. 61 lit. b ZPO) bzw. auf eine summarische Prüfung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 7 lit. b IPRG).⁴¹² Erfolgt die Prüfung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung hingegen gestützt auf Art. 2 Abs. 3 NYÜ, d. h., befindet sich der Sitz des Schiedsgerichts nicht in der Schweiz, hat das Gericht volle Kognition.⁴¹³

- 253 Macht eine Partei die Ungültigkeit dagegen nur bezüglich einer spezifischen in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarung geltend, stellt sich die Frage, ob die Beurteilung dieses Vorbringens unter Einhaltung der Streitbeilegungsstufen zu erfolgen hat. Im Unterschied zur Geltendmachung der Ungültigkeit der gesamten Eskalationsklauseln sind sich die Parteien in dieser Konstellation grundsätzlich einig, dass Teile der Eskalationsklausel wirksam vereinbart wurden. Zur Durchführung der Verfahren dieser Teile wird folglich keine Kompetenz-Kompetenz benötigt. Über deren Gültigkeit kann daher auch in einem ADR-Verfahren verhandelt werden. Demnach ist in Anwendung des Vertrauensprinzips zu bestimmen, ob Streitigkeiten betreffend die Gültigkeit der Vereinbarung von einzelnen Streitbeilegungsstufen ebenfalls von der Eskalationsklausel erfasst sind. Bei Verwendung einer weiten Formulierung der objektiven Reichweite wird dies i. d. R. zu bejahen sein.⁴¹⁴

e. Ergebnisse des Streitbeilegungsverfahrens als Gegenstand der Streitigkeit

- 254 Konnten die Parteien ihre Streitigkeiten gütlich beilegen, entstehen anschließend aber neue Uneinigkeiten in Bezug auf die getroffene gütliche Einigung, stellt sich die Frage nach dem Verfahren zur Lösung dieser Streitigkeiten. Den Parteien steht es frei, im Vergleichsvertrag eine neue (mehrstufige) Streitbeilegungsklausel zu vereinbaren. Haben sie dies unterlassen, werden sie sich re-

⁴¹² BGE 138 III 681 E. 3.2; 122 III 139 E. 2b; BGer 4A_436/2007 vom 9. Januar 2008, E. 3.

⁴¹³ BGE 121 III 38 E. 2b.

⁴¹⁴ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 160; vorne, [N 229 f.](#)

gelmässig mit der Frage der (erneuten) Einhaltung der Stufenabfolge nach der Eskalationsklausel konfrontiert sehen.

Wiederum steht es primär in der Autonomie der Parteien, eine entsprechende 255
Regelung in der Eskalationsklausel vorzusehen. Bei Fehlen einer solchen Regelung muss die Eskalationsklausel zwecks Ermittlung der objektiven Reichweite ausgelegt werden.⁴¹⁵ Die zur Umschreibung der erfassten Streitigkeiten gewählten Formulierungen enthalten in aller Regel den Teil «[...] aus diesem Vertrag [...]». In der Lehre und Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit scheint die Tendenz zu bestehen, Streitigkeiten aus dem geschlossenen Vergleich ebenfalls der Schiedsvereinbarung des (Haupt-)Vertrags zu unterstellen.⁴¹⁶ Ein ICC-Schiedsgericht sprach in einem unpublizierten Urteil gar von einem Prinzip der Schiedsgerichtsbarkeit:⁴¹⁷

«The survival of the arbitration clause in case of a settlement or novation agreement, as a matter of principle, is a general rule of arbitration law. [...] In any event, the rule is firmly established in the law of France and Switzerland, the two legal systems, by the Parties' choice of the seat of the arbitration and the law applicable to the substance of the dispute, are the conceivably relevant laws for the present case.»

Entsprechend muss es sich m. E. auch bezüglich der ADR-Vereinbarung und 256
der Gerichtsstandsvereinbarung verhalten. Die von den Parteien geschlossene gütliche Einigung weist notwendigerweise einen Bezug auf die Streitigkeit und damit auch auf den ursprünglichen (Haupt-)Vertrag auf, womit daraus entstehende Streitigkeiten grundsätzlich vom ursprünglichen Streitbeilegungsmechanismus erfasst werden.⁴¹⁸

f. Verrechnungseinrede

Während der Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens können die Par- 257
teien die Einrede der Verrechnung gegen den Anspruch der Gegenpartei erheben. Im Hinblick auf die Zuständigkeit des jeweiligen Gremiums zur Beurteilung dieser Parteivorbringen können sich insbesondere hinsichtlich derjenigen Verrechnungseinreden, deren Grundlage in einem anderen Rechtsverhältnis fusst, Probleme ergeben. So können sich die neutrale Drittperson, der Schiedsrichter

⁴¹⁵ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 161.

⁴¹⁶ BGE 121 III 495 E. 5a; GÖKSU, N 444; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 154; PFISTERER, BK ZPO 357 N 47; PLATZ, 207.

⁴¹⁷ ICC Case No. 9473 (2001), in: GRIGERA NAÓN, 97.

⁴¹⁸ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 162; vgl. vorne, [N 231 f.](#)

oder staatliche Richter beispielsweise mit der Frage konfrontiert sehen, ob die Beurteilung der zur Verrechnung vorgebrachten Forderung überhaupt in ihre Zuständigkeit fällt. Dabei kommt erschwerend hinzu, dass sich diese Frage wiederum bezüglich jeder einzelnen Streitbeilegungsstufe einzeln stellt.

- 258 Keine besonderen Probleme entstehen in den Fällen, in denen sich die Gegenpartei der einredeweisen Geltendmachung der Verrechnungsforderung nicht widersetzt. Die Zuständigkeit des Gremiums zur Behandlung des Einwands bzw. der Einrede wird in aller Regel durch Einlassung begründet. Widersetzt sich die Gegenpartei hingegen der einredeweise erfolgenden Geltendmachung eines Anspruchs, hat die Lehre ausführlich behandelt, ob ein Schiedsgericht die Verrechnungseinrede beurteilen kann. Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit hält Art. 377 Abs. 1 ZPO zur Beantwortung dieser Frage ausdrücklich fest, dass das Schiedsgericht eine Verrechnungseinrede unabhängig davon beurteilen kann, ob die zur Verrechnung gestellte Forderung unter die Schiedsvereinbarung fällt oder für sie eine andere Schiedsvereinbarung oder Gerichtsstandsvereinbarung besteht. In den Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit fehlt eine entsprechende Bestimmung. Die wohl herrschende Lehre sieht deshalb die Möglichkeit der analogen Anwendung der in Art. 377 Abs. 1 ZPO enthaltenen Regelung auf internationale Schiedsverfahren vor.⁴¹⁹
- 259 Getreu dem Grundsatz *«le juge de l'action est le juge de l'exception»* ist ein staatliches Gericht für die Beurteilung der Verrechnungseinrede zuständig, selbst wenn beim isolierten Vorbringen der Forderung ein anderes Gericht zuständig wäre.⁴²⁰ Anders verhält es sich nach einer traditionellen Lehrmeinung lediglich dann, wenn die zur Verrechnung vorgebrachte Forderung Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist. Die Verrechnungsforderung mit Schiedsklausel soll aufgrund des bewussten Ausschlusses der staatlichen Gerichtsbarkeit – etwa aus Gründen der Vertraulichkeit – vermutungsweise nicht vom staatlichen Gericht der Hauptforderung behandelt werden.⁴²¹ Durch die Ein-

⁴¹⁹ BERGER/KELLERHALS, N 525; COURVOISIER/JAISLI KULL, BSK IPRG 186 N 84 f.; GIRSBERGER/VOSER, N 480; GÖKSU, N 611; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 377 N 4; POUDRET/BESSON, N 324; STACHER, BK ZPO 377 N 2. Vgl. auch Art. 21 Ziff. 5 Swiss Rules of International Arbitration: *«Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung von Verrechnungseinreden auch dann zuständig, wenn die zur Verrechnung gestellten Forderungen nicht unter die Schiedsvereinbarung fallen oder Gegenstand einer anderen Schiedsvereinbarung oder einer Gerichtsstandsvereinbarung sind.»*.

⁴²⁰ BGE 124 III 207 E. 3b/bb; BERGER, BK ZPO 17 N 56; BERGER/KELLERHALS, N 524; DASSER, BSK IPRG 148 N 32.

⁴²¹ BGE 63 II 133 E. 3c; 23 I 774 E. 5; DASSER, BSK IPRG 148 N 40; VISCHER/HUBER/OSER, N 1144.

führung des Art. 377 Abs. 1 ZPO scheint diese Lehrmeinung überholt. Kann nur der Schiedsrichter, nicht aber der staatliche Richter die Verrechnungserklärung behandeln, entsteht ein nicht zu rechtfertigender Wertungswiderspruch.⁴²²

Damit bleibt noch die Möglichkeit der Behandlung der Verrechnungsforderung bei der Durchführung eines ADR-Verfahrens zu thematisieren. Haben die Parteien die Zulässigkeit der Behandlung der Verrechnungseinrede nicht explizit in der ADR-Vereinbarung bzw. der dazugehörigen Verfahrensordnung geregelt, muss diese nach den allgemeinen vertraglichen Grundsätzen zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ausgelegt werden.⁴²³ Dabei wird zunehmend davon ausgegangen, dass ähnlich der Schiedsgerichtsbarkeit hinsichtlich der objektiven Reichweite der ADR-Vereinbarung eine möglichst grosszügige Auslegung vorzunehmen ist (vgl. Art. 377 Abs. 1 ZPO).⁴²⁴ Dem ist zuzustimmen. Mit der umfassenden objektiven Reichweite der ADR-Vereinbarung wird man dem Ziel des ADR-Verfahrens und dem Willen der Parteien zur gütlichen Streitbeilegung am ehesten gerecht.⁴²⁵ Der Erreichung dieses Zwecks scheint es abträglich, wenn bei der Durchführung der ADR-Verfahren eine Beurteilung von zur Verrechnung vorgebrachten Forderungen nicht erfolgen kann und aus diesem Grund die Einigungsversuche möglicherweise scheitern. Insbesondere sollte der bewusste Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit bzw. die örtliche Prorogation eines staatlichen Gerichts nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Parteien die Verrechnungsforderung nicht in einem ADR-Verfahren behandelt haben wollen. Abgesehen von allfälligen Verzögerungen in zeitlicher Hinsicht wirkt sich das ADR-Verfahren als solches nämlich nicht auf das Verfahren vor (Schieds-)Gericht aus. So kann beispielsweise trotz ADR-Verfahren die vertrauliche Behandlung der Verrechnungsforderung gewahrt werden.⁴²⁶ Daher sollten m. E. auch Verrechnungsforderungen, welche nicht unter die ursprüngliche ADR-Vereinbarung fallen, bei der Durchführung des ADR-Verfahrens behandelt werden können. Durch diese Betrachtung können auch die nur schwer zu rechtfertigenden Widersprüche mit der Rechtslage bei Vorliegen einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung vermieden werden.

260

⁴²² BERGER, BK ZPO 17 N 56; vgl. BERGER/KELLERHALS, N 525; PITTET, 198 f.; vgl. GIRSBERGER/GASSMANN, ZK IPRG 148 N 64.

⁴²³ Vgl. DASSER, BSK IPRG 148 N 36; VISCHER/HUBER/OSER, N 1143.

⁴²⁴ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 157; UNBERATH, NJW 2011, 1322.

⁴²⁵ UNBERATH, NJW 2011, 1322.

⁴²⁶ Siehe vorne, [N 259](#).

- 261 Nicht ausser Acht gelassen werden darf vorliegend stets die Tatsache, dass es einer Partei freigestellt ist, den Abschluss eines Vergleichs zu verweigern, sofern sie mit der Verrechnung mit ihrer Hauptforderung im ADR-Verfahren nicht einverstanden ist. Als Folge davon wird dann ein Verfahren vor dem (Schieds-)Gericht durchzuführen sein, das zum einen aufgrund der Kosten- und Zeitersparnisse möglichst hätte verhindert werden sollen und zum anderen ungeachtet des entgegenstehenden Vorbringens einer Partei über die Verrechnungseinrede urteilen kann. Diese Folgen werden kaum dem hypothetischen Willen der Parteien zur effizienten und kostengünstigen Streitbeilegung entsprechen.⁴²⁷
- 262 Mithilfe der Auslegung der konkreten Streitbeilegungsvereinbarung ist letztlich auch zu bestimmen, ob die Parteien einen (konkludenten) Verrechnungsverzicht vereinbart haben. Bei einem derartigen mittelbaren Verzicht schliessen die Parteien die Möglichkeit zur Verrechnung vertraglich aus und diese wird, falls sie trotzdem erklärt wird, materiell-rechtlich nicht wirksam.⁴²⁸ Die Auslegungsregeln sind dementsprechend dem materiellen Recht und nicht dem Prozessrecht zu entnehmen.⁴²⁹ Somit richtet sich die Auslegung der konkreten Streitbeilegungsvereinbarung nach dem gemäss Art. 148 IPRG ermittelten Verrechnungsstatut. Mangels konkreter Hinweise dürfte auch hinsichtlich eines allfälligen konkludenten Verrechnungsverzichts davon ausgegangen werden, dass die Parteien einen solchen nicht beabsichtigten. Auch Forderungen, die einer Schiedsklausel als Teil einer ein- oder mehrstufigen Streitbeilegungsklausel unterliegen und der Beurteilung eines Schiedsgerichts unterstehen, sollten vermutungsweise vom staatlichen Gericht der Hauptforderung beurteilt werden können.⁴³⁰

⁴²⁷ Vgl. auch Art. 11 Ziff. 1 Swiss Rules of Mediation: «Das Mediationsverfahren wird so durchgeführt, wie es die Parteien vereinbart haben. Falls es dazu keine Vereinbarung gibt, leitet der Mediator das Verfahren, so wie er es für angemessen hält, unter Berücksichtigung der Umstände des Streitfalls, der von den Parteien geäusserten Wünsche und der Notwendigkeit einer schnellen Regelung des Streitfalls.». Gerade die Umstände des Streitfalls (Vorliegen einer Verrechnungsforderung) können die Zulässigkeit der Behandlung der Verrechnungseinrede zur schnellen und umfassenden Regelung des Streitfalls (Vermeidung von Folgeverfahren hinsichtlich der Verrechnungsforderung) notwendig machen.

⁴²⁸ BUCHER, in: FS Geimer, 128 f.; DASSER, BSK IPRG 148 N 35.

⁴²⁹ DASSER, BSK IPRG 148 N 35; a.M. wohl VISCHER/HUBER/OSER, N 1143.

⁴³⁰ GIRSBERGER/GASSMANN, ZK IPRG 148 N 64, verlangen «besondere Indizien» für den Ausschluss der Verrechnungseinrede der einer Schiedsvereinbarung unterstehenden Forderungen vor einem staatlichen Gericht (z. B. Wahl eines besonders schnellen oder fachlich spezialisierten Schiedsverfahrens für die Beurteilung der Verrechnungsforderung); a.M. DASSER, BSK IPRG 148 N 40.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Behandlung der Verrechnungseinrede in sämtlichen Stufen der Eskalationsleiter nach dem (hypothetischen) Parteiwillen zulässig sein muss. Demzufolge kann im Rahmen des in der Eskalationsklausel vorgesehenen mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens über die Verrechnungsforderung verhandelt und im autoritativen Verfahren der letzten Streitbeilegungsstufe auch entschieden werden. Umgekehrt bedeutet dies jedoch auch, dass eine Forderung stets auch in einem anderen Verfahren zur Verrechnung gebracht werden kann, selbst wenn sie in den Anwendungsbereich einer von den Parteien vereinbarten Eskalationsklausel fällt, was gegebenenfalls eine Verfahrenskoordination notwendig macht.⁴³¹ Für die Beurteilung der Verrechnungseinrede braucht die Verrechnungsforderung nicht zunächst die einzelnen Streitbeilegungsstufen zu durchlaufen, denn es handelt sich nur um eine Einrede und nicht um einen selbstständig geltend gemachten Anspruch.⁴³² In zeitlicher Hinsicht ergibt sich der späteste mögliche Zeitpunkt zur Geltendmachung der Verrechnung etwa in Form der die Verrechnung begründenden Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge anhand der konkreten Verfahrensbestimmungen.⁴³³ Der Abschluss der Eskalationsklausel beinhaltet nur dann einen konkludenten Verrechnungsverzicht, wenn konkrete Umstände dafür sprechen.

263

B. Widerklage

Ähnlich der Problematik bei der Erhebung der Verrechnungseinrede durch eine der Parteien stellt sich die Frage der Zulässigkeit der widerklageweisen Geltendmachung eines Anspruchs im mehrstufigen Streitbeilegungsverfahren, welcher nicht vom Anwendungsbereich der Eskalationsklausel erfasst wird. Zur Beantwortung muss wiederum zwischen den einzelnen Stufen innerhalb der Eskalationsleiter unterschieden werden. Zusätzlich fraglich ist die Einhaltung der Eskalationsstufen für die Behandlung der Widerklage, sollte deren Erhebung zulässig sein.

264

Sind die Bestimmungen der ZPO auf das Schiedsverfahren anwendbar, insbesondere in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, regelt Art. 377 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit der Widerklage ausdrücklich. Art. 377 Abs. 2 ZPO besagt, dass eine

265

⁴³¹ Vgl. BGE 142 III 626 E. 8; BGE 141 III 549 E. 6.5.

⁴³² Vgl. BGE 123 III 35 E. 3c.

⁴³³ Vgl. für staatliche Gerichtsverfahren BGer 4A_432/2013 vom 14. Januar 2014, E. 2.2. Für institutionelle Schiedsverfahren sehen beispielsweise die Swiss Rules of International Arbitration in Art. 3 Ziff. 10 vor, dass die Verrechnungseinrede grundsätzlich mit der Einleitungsantwort zu erheben ist.

Widerklage zulässig ist, wenn sie eine Streitsache betrifft, die unter eine übereinstimmende Schiedsvereinbarung der Parteien fällt. Vorausgesetzt wird daher das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung für beide Streitigkeiten, beide Parteien müssen jeweils Partei der beiden Schiedsvereinbarungen sein und die Schiedsvereinbarungen müssen übereinstimmen⁴³⁴; ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Streitgegenständen wird nicht vorausgesetzt.⁴³⁵ Bei Erfüllen dieser Voraussetzungen kann eine Widerklage anhängig gemacht und vom Schiedsgericht beurteilt werden. In den Art. 176 ff. IPRG findet sich bezüglich der Zulässigkeit einer Widerklage keine entsprechende Bestimmung. Jedoch erscheint es gerechtfertigt, Art. 377 Abs. 2 ZPO auch für die Beurteilung einer Widerklage in internationalen Schiedsverfahren anzuwenden.⁴³⁶ Die Situation der Parteien unterscheidet sich schliesslich nicht wesentlich von den Sachverhalten, auf welche die einschlägige Bestimmung der ZPO anwendbar ist. Den Parteien wird (vermutlich) auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mehr an der effizienten und gemeinsamen Beurteilung der Streitigkeit als an einer getrennten Beurteilung mit entsprechend höheren Kosten liegen.⁴³⁷ Durch die Anwendung des Prinzips von Art. 377 Abs. 2 ZPO lässt sich sodann auch ein Widerspruch im gesetzlichen Wertungssystem vermeiden. Eine abweichende Parteiregelung bleibt jedoch vorbehalten.

- 266 Bezüglich des Abschlusses einer Gerichtsstandvereinbarung als letzte Stufe der Eskalationsklausel ergibt sich folgende Rechtslage. Sind die Voraussetzungen der *lex fori* hinsichtlich der Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage erfüllt, ist das zuständige Gericht auch zu deren Beurteilung befugt. Der für schweizerische Gerichte massgebende Art. 224 ZPO erwähnt die gemeinsame örtliche Zuständigkeit nicht als Voraussetzung. Trotzdem wird dies für die Erhebung einer Widerklage vorausgesetzt.⁴³⁸ Bei einem gegebenen sachlichen Zusammenhang zwischen der Klage und der Widerklage besteht allgemein eine örtliche Zuständigkeit beim für die Hauptklage zuständigen Gericht (Art. 14 Abs. 1 ZPO; Art. 8 IPRG; Art. 6 Ziff. 3 LugÜ). Aus der Notwendigkeit der gemeinsamen örtlichen Zuständigkeit ergibt sich sodann die Rechtsfolge, dass bei Vorliegen einer für den widerklageweise geltend gemachten Anspruch vorgesehenen Gerichtsstandvereinbarung, welche von der örtlichen Zuständig-

⁴³⁴ Dazu bereits vorne, [N 233 ff.](#)

⁴³⁵ Botschaft ZPO, 7400; BERGER/KELLERHALS, N 533; GIRSBERGER/VOSER, N 476; GÖKSU, N 624 ff.; STACHER, BK ZPO 377 N 68.

⁴³⁶ GÖKSU, N 623; STACHER, BK ZPO 377 N 4.

⁴³⁷ STACHER, BK ZPO 377 N 4.

⁴³⁸ KILLIAS, BK ZPO 224 N 27; MEIER, 225.

keit der Hauptklage abweicht, die Widerklage ausgeschlossen ist.⁴³⁹ Umso mehr fehlt es an den Voraussetzungen einer Widerklage, wenn diese einer Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien unterliegt.⁴⁴⁰

Auf Stufe der ADR-Verfahren finden sich keine gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Zulässigkeit einer Widerklage. Regelmässig haben auch die Parteien weder explizit noch durch Verweis die Zulässigkeit der widerklageweisen Geltendmachung eines Anspruchs bei der Durchführung des ADR-Verfahrens geregelt. Wie die Durchführung eines Schiedsverfahrens beruht auch das ADR-Verfahren auf einer entsprechenden Parteivereinbarung. Zur Beurteilung einer Widerklage in einem ADR-Verfahren bedarf es daher eines dahin gehenden Konsenses zwischen den Parteien. Dieser kann vor oder nach der Erhebung der Widerklage zustande kommen. Nun kann aber das Vorliegen einer ADR-Vereinbarung für beide Klagen allein noch nicht ausreichend sein. Schliesslich gibt es eine schier unendliche Bandbreite möglicher Ausgestaltungen eines ADR-Verfahrens. Daher ist zusätzlich zu fordern, dass die konkret für die Haupt- und Widerklage vorgesehenen ADR-Vereinbarungen zumindest im Kern übereinstimmen. Zu diesem Kern sind namentlich der Typ des durchzuführenden ADR-Verfahrens, die beteiligten Personen und die anwendbaren Verfahrensvorschriften zu zählen.⁴⁴¹ Wird dieses Erfordernis eingehalten, kann im Rahmen des ADR-Verfahrens auch ohne (erneute) Zustimmung des Hauptklägers über den widerklageweise geltend gemachten Anspruch verhandelt werden.

Damit gestaltet sich die Rechtslage hinsichtlich der widerklageweisen Geltendmachung eines Anspruchs bei einer vorhandenen Eskalationsklausel im Wesentlichen wie bei einer objektiven Klagehäufung.⁴⁴² Stimmt die für die Hauptklage vorgesehene Eskalationsklausel mit der auf die Widerklage anwendbaren Eskalationsklausel überein, kann ein Anspruch auf dem Wege der Widerklage geltend gemacht werden. Dasselbe gilt bei im Kern identischen Eskalationsklauseln. Ohne eine entsprechende Vereinbarung kann keiner Partei eine Streitbeilegung ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit aufgezwungen werden. Es erscheint jedoch zu formalistisch, wenn bei der Zulassung der Widerklage auch die gesamte vorgesehene Stufenabfolge innerhalb der Eskalationsleiter durchlaufen werden muss. Dies wird aus Effizienzüberlegungen kaum dem Parteiwillen entsprechen und könnte auch einer umfassenden

⁴³⁹ BGE 123 III 35 E. 3c; BERGER, BK ZPO 17 N 54; BERGER/KELLERHALS, N 532; MARKUS, N 454; ROHNER/LERCH, BSK LugÜ 6 N 82; WALTER/DOMEJ, 146.

⁴⁴⁰ BERGER/KELLERHALS, N 532; DROESE, BSK IPRG 8 N 16.

⁴⁴¹ Vgl. zum Ganzen bereits vorne, [N 233 ff.](#)

⁴⁴² Dazu vorne, [N 233 ff.](#)

Streitbeilegung im Weg stehen, was ebenfalls nicht im Interesse der Parteien sein wird.

269 Entsprechend verhält es sich grundsätzlich auch, wenn in einem Verfahren vor einem (Schieds-)Gericht eine in die objektive Reichweite einer Eskalationsklausel fallende Widerklage erhoben wird. Den Parteien soll es im Hinblick auf eine möglichst effiziente und umfassende Streitbeilegung erlaubt sein, mittels der Geltendmachung ihres Anspruchs in Form einer Widerklage den vorgesehenen mehrstufigen Streitbeilegungsmechanismus zu überspringen und den Anspruch direkt in einem anderen zwischen ihnen hängigen (schieds-)gerichtlichen Verfahren geltend zu machen.⁴⁴³ Gleich verhält es sich selbstredend, wenn die dem autoritativen Verfahren vorangehenden Streitbeilegungsstufen im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage bereits erfolglos durchlaufen wurden. In diesen Fällen werden einzelne Stufen der Eskalationsklausel durch die widerklageweise Geltendmachung des (immer noch) streitigen Anspruchs nicht übersprungen, da der Anspruch ohnehin als nächster Schritt von einem Schiedsgericht oder staatlichen Gericht beurteilt werden müsste. Im spiegelverkehrten Sachverhalt, d. h., wenn nur die Hauptklage unter eine Eskalationsklausel fällt, muss die Erhebung einer Widerklage aus denselben Überlegungen in jeder Streitbeilegungsstufe möglich sein. Stets zu beachten sind aber die in den einschlägigen Verfahrensgesetzen bzw. -ordnungen vorhandenen Voraussetzungen zur Zulässigkeit einer Widerklage.⁴⁴⁴ Ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Streitgegenständen wird im Unterschied zur objektiven Klagehäufung nicht vorausgesetzt.

270 Mit Ausnahme der zwingenden Vorschriften des Prozessrechts steht es den Parteien auch frei, bei der Formulierung der Eskalationsklausel oder der Bestimmung der anzuwendenden Verfahrensvorschriften selbst über die Zulässigkeit einer Widerklage und deren Voraussetzungen zu bestimmen.

⁴⁴³ Siehe ICC Case 16765, Final Award vom August 2013, in: ICC Bull. 2015 No. 1, 101 ff.

⁴⁴⁴ So muss in der staatlichen Gerichtsbarkeit beispielsweise gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO die Hauptklage und die Widerklage in der gleichen Verfahrensart beurteilt werden. Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens entfällt jedoch für den mittels Widerklage geltend gemachten Anspruch (Art. 198 lit. g ZPO).

C. Vorsorgliche Massnahmen

a. Im Allgemeinen

Um vorsorgliche Massnahmen wird aufgrund von Streitigkeiten zwischen den Parteien ersucht. Sie fallen damit ohne anderslautende Vereinbarung der Parteien in aller Regel unter die objektive Reichweite der Eskalationsklausel.⁴⁴⁵ Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme bezweckt den Schutz der angeblich anspruchsberechtigten Partei schon vor dem rechtskräftigen Entscheid, nötigenfalls bereits vor der Einleitung der Klage.⁴⁴⁶ Aus der in Art. 29a BV statuierten Rechtsweggarantie (vgl. auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ergibt sich, dass jeder-mann einen substanziellen «Anspruch» auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle der Rechts- und Sachverhaltsfragen und nicht bloss die Möglichkeit zur Anrufung des Gerichts hat.⁴⁴⁷ Daraus kann ein allgemeiner Anspruch auf effektiven Rechtsschutz abgeleitet werden, welcher auch den einstweiligen Rechtsschutz umfasst.⁴⁴⁸

271

Im Rahmen von ADR-Verfahren fehlt es dem neutralen Dritten bzw. dem Gremium an (autoritativer) Entscheidungsmacht. Daraus folgt, dass diese keine verbindlichen vorsorglichen Massnahmen zum Schutz der angeblich anspruchsberechtigten Partei anordnen können. Dazu müssen die Parteien das Schiedsgericht⁴⁴⁹ bzw. das staatliche Gericht anrufen und somit die letzte Streitbeilegungsstufe der Eskalationsleiter beschreiten.⁴⁵⁰

272

⁴⁴⁵ Dazu vorne, [N 229 f.](#)

⁴⁴⁶ Botschaft ZPO, 7353; BERGER/KELLERHALS, N 1236; GIRSBERGER/VOSER, N 1227; MEIER, 253; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 22 N 1.

⁴⁴⁷ KLEY, DIKE-Komm. BV 29a N 8; WALDMANN, BSK BV 29a N 4.

⁴⁴⁸ Ausführlich dazu BOOG, Einstweilige Massnahmen, N 560 ff. m.w.H.

⁴⁴⁹ Davon zu unterscheiden ist die Durchsetzbarkeit der von einem Schiedsgericht angeordneten vorsorglichen Massnahmen, ausführlich dazu BOOG, Einstweilige Massnahmen, N 114 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. Botschaft ZPO, 7336, wonach die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen trotz Sistierung des Gerichtsverfahrens gemäss Art. 214 Abs. 3 ZPO durch das Gericht möglich bleibt. Vgl. ebenfalls Art. 13 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation gemäss welchem die Parteien trotz Abschluss einer ADR-Vereinbarung das Schiedsgericht bzw. staatliche Gericht anrufen können, sofern und soweit dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Als Anwendungsfall wird das Ersuchen um Erlass von vorsorglichen Massnahmen erwähnt, UNCITRAL, Guide, 54. Im Unterschied dazu sehen beispielsweise die ICC Dispute Board Rules in Art. 15 Ziff. 1 die Möglichkeit zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen durch das Dispute Resolution Board vor. Diese vermögen jedoch nicht entsprechende Anordnungen von (Schieds-)Gerichten gleichwertig zu ersetzen. Schliesslich handelt es sich dabei lediglich um eine vertragliche Pflicht der Parteien, SETZ, recht 2013, 149 f.

- 273 Damit stellt sich die Frage nach den Auswirkungen des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf den Erlass einer vorsorglichen Massnahme auf die verbindlich vereinbarte Stufenabfolge der Streitbeilegungsverfahren.

b. Schiedsverfahren als letzte Streitbeilegungsstufe

i. Im Allgemeinen

- 274 Nach Art. 374 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 183 Abs. 1 IPRG kann das Schiedsgericht, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen erlassen. Für das staatliche Gericht besteht gemäss diesen Bestimmungen eine konkurrierende Zuständigkeit zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Des Weiteren herrscht in der Lehre Uneinigkeit hinsichtlich der Autonomie der Parteien, die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme mittels einer Vereinbarung auszuschliessen.⁴⁵¹ Der differenzierende Lösungsansatz lässt den Ausschluss der Zuständigkeit des staatlichen Gerichts in jenen Fällen zu, in denen das Schiedsgericht oder ein anderer privater Spruchkörper einen effektiven Rechtsschutz sicherstellen kann.⁴⁵² Dies setzt u. a. ein bereits konstituiertes Schiedsgericht oder die Möglichkeit der Anrufung eines «emergency arbitrators»⁴⁵³ voraus.⁴⁵⁴ Im Ergebnis soll dadurch der eingangs erwähnte Teilgehalt der Rechtsweggarantie gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29a BV sichergestellt werden.
- 275 Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Ausschluss der Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen so lange unbedenklich, als dadurch nicht die Rechtsweggarantie und ihre Teilgehalte, insbesondere der effektive Rechtsschutz, verletzt werden. Durch den Abschluss einer Schiedsvereinbarung verzichten die Parteien zwar ebenfalls (rechtsgül-

⁴⁵¹ Dagegen: BRUNNER/STEINIGER, DIKE-Komm. ZPO 374 N 6; DASSER, KuKo ZPO 374 N 5; GÖKSU, N 1920. Dafür: BOOG/STARK-TRABER, BK ZPO 374 N 92 ff.; GIRSBERGER/VOSER, N 1296; MABILLARD, BSK IPRG 183 N 6; OETIKER, ZK IPRG 183 N 6. Differenzierend: BERGER/KELLERHALS, N 1277; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 374 N 19; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.108; VON SEGESSER/BOOG, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 125 f.

⁴⁵² BERGER/KELLERHALS, N 1277; vgl. HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 374 N 19; VON SEGESSER/BOOG, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 125 f.

⁴⁵³ Ein solcher wird beispielsweise in Art. 43 Swiss Rules of Arbitration, Art. 29 ICC Arbitration Rules, Art. 9B LCIA Arbitration Rules und Anhang II SCC Arbitration Rules vorgesehen.

⁴⁵⁴ BERGER/KELLERHALS, N 1277; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 374 N 19; VON SEGESSER/BOOG, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 125.

tig) auf einen Teilgehalt von Art. 6 EMRK und Art. 29 f. BV⁴⁵⁵, der effektive Rechtsschutz wird dagegen nicht berührt, denn die Schiedsrichter können eine Entscheidung fällen, der in seinen Wirkungen mit denjenigen eines staatlichen Gerichts übereinstimmt.⁴⁵⁶

ii. Verbindlichkeit der Eskalationsleiter

Mangels autoritativer Entscheidungsgewalt des neutralen Dritten bzw. des Gremiums im Rahmen von ADR-Verfahren sind die Parteien zwecks Erlangung eines wirkungsvollen Schutzes ihrer Rechte vor Einleitung des schiedsgerichtlichen Verfahrens auf den staatlichen Richter bzw. den «emergency arbitrator» oder ein ähnliches privates Institut mit Entscheidungsgewalt angewiesen.⁴⁵⁷ M. a. W. sehen sich die Parteien u. U. gezwungen, im Bewusstsein um die Missachtung der vereinbarten Eskalationsleiter direkt eine vorsorgliche Massnahme vor dem (Schieds-)Gericht zu beantragen. Damit stellt sich die Frage, ob das angerufene (Schieds-)Gericht auf die entsprechende Einrede der Gegenparteien das Verfahren zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu sistieren hat.⁴⁵⁸

Primär ist zur Beantwortung dieser Frage die konkret vereinbarte Eskalationsklausel zu konsultieren. Haben die Parteien darin die Möglichkeit zur jederzeitigen Anrufung des (Schieds-)Gerichts zwecks Erlangung einer vorsorglichen Massnahme vorgesehen, liegt keine Verletzung der Eskalationsklausel in Form der Missachtung der Eskalationsleiter vor. Einer entsprechenden Einrede der Gegenpartei wird kein Erfolg beschieden sein. Äussert sich die Eskalationsklausel weder ausdrücklich noch implizit zu dieser Thematik, hilft ein Rückgriff auf die verfassungsrechtlichen Prinzipien weiter. Wie bereits dargelegt wurde, umfasst der aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29a BV abgeleitete Anspruch auf effektiven Rechtsschutz die Möglichkeit der Parteien zur Beantragung von vorsorglichen Massnahmen zwecks Schutzes ihrer Rechtsposition. Dieser muss stets gewährleistet sein, sodass die Parteien auch bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung das staatliche Gericht zu diesem Zweck anrufen können und dessen Zuständigkeit nur dann ausschliessen dürfen, wenn der effektive Rechtsschutz durch entsprechende (ergänzende) Vereinbarungen sichergestellt wird (z. B. mittels eines «emergency arbitrator»).

⁴⁵⁵ Siehe vorne, [N 140 ff.](#)

⁴⁵⁶ Vgl. OSTERWALDER/KAISER, 234 f.

⁴⁵⁷ Siehe vorne, [N 271 ff.](#)

⁴⁵⁸ Zu dieser Rechtsfolge hinten, [N 344 ff.](#)

- 278 Dementsprechend gestaltet sich die Rechtslage hinsichtlich der vorzeitigen Initiierung eines (schieds-) gerichtlichen Verfahrens wie folgt:
- 279 Mangels (autoritativer) Entscheidungsgewalt des neutralen Dritten oder des vorgesehenen Gremiums können im Rahmen eines ADR-Verfahrens keine mit den von einem Schiedsrichter oder staatlichen Richter angeordneten vorsorglichen Massnahmen gleichwertigen Anordnungen erlassen werden. Zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes sind die Parteien folglich auf die Anrufung des (Schieds-)Gerichts angewiesen. Diesen Zugang zur letzten Streitbeilegungsstufe in Verletzung der Eskalationsleiter haben die Parteien nach ihrem hypothetischen Parteiwillen kaum ausgeschlossen. Es liegt nicht im Interesse einer vernünftig handelnden Partei, bei Abschluss der Eskalationsklausel auf die Möglichkeit, einen wirksamen vorprozessualen Rechtsschutz zu erlangen, zu verzichten. M. a. W. umfasst der dilatorische Klageverzicht keine Verfahren, in denen um den Erlass vorsorglicher Massnahmen ersucht wird. Selbst wenn die Parteien die Einhaltung der Eskalationsleiter für das Ersuchen um Erlass von vorsorglichen Massnahmen ausdrücklich vereinbart haben, ist dies für die Parteien und das angerufene (Schieds-)Gericht nicht verbindlich.⁴⁵⁹ Dies würde einen unzulässigen Verzicht auf den effektiven Rechtsschutz von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29a BV darstellen.⁴⁶⁰ Folglich muss es den Parteien jederzeit und unabhängig von der vereinbarten Eskalationsleiter offen stehen, beim (Schieds-)Gericht den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zu beantragen. Sieht sich dieses mit einem entsprechenden Gesuch konfrontiert, hat es darüber auch bei Missachtung der vereinbarten Eskalationsleiter zu entscheiden. Das Verfahren um Erlass der vorsorglichen Massnahme darf somit auch nicht auf Einrede des Gesuchgegners hin sistiert werden.
- 280 Die konkurrierende Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 374 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 183 Abs. 1 IPRG darf nur ausgeschlossen werden, wenn die Parteien zur Sicherstellung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz adäquate Alternativen für die Zeit vor der Konstituierung des Schiedsgerichts vorgesehen haben.⁴⁶¹ Im Zusammenhang mit einem mehrstufigen Streitbeilegungsverfahren kommt dieser Voraussetzung insoweit besondere Bedeutung zu, als die Frage nach der Einhaltung der

⁴⁵⁹ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 1277, die im Zusammenhang mit dem Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit ohne anderwertige Sicherstellung der Möglichkeit zur Erlangung von vorsorglichen Massnahmen vor der Konstituierung des Schiedsgerichts die Möglichkeit einer übermässigen Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB in Betracht ziehen.

⁴⁶⁰ Vgl. vorne, [N 274 ff.](#)

⁴⁶¹ Siehe vorne, [N 274 ff.](#)

Eskalationsleiter nur in denjenigen Fällen gestellt werden kann, in denen das Schiedsverfahren noch nicht initiiert wurde.

Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten, dass die Eskalationsklausel die Parteien zwecks Ersuchen um vorsorgliche Massnahmen nicht daran hindert, diese direkt beim zuständigen Schiedsgericht oder einem anderen privaten Spruchkörper zu beantragen. 281

c. Staatliches Gerichtsverfahren als letzte Streitbeilegungsstufe

i. Im Allgemeinen

Die Ermächtigung der staatlichen Gerichte zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen wird sowohl für Binnensachverhalte (Art. 261 ff. ZPO) als auch für internationale Sachverhalte (Art. 10 IPRG und Art. 31 LugÜ) gesetzlich vorgesehen. Im Unterschied zum schiedsgerichtlichen Verfahren als letzte Streitbeilegungsstufe handelt es sich beim staatlichen Gericht um eine ständige Einrichtung, die nicht zuerst konstituiert werden muss. Die Parteien wählen ihre Richter nicht selbst aus. Entsprechend entfällt die Problematik der Sicherstellung des effektiven Rechtsschutzes vor Konstituierung des Gerichts. Des Weiteren stellen sich bei Abschluss einer Gerichtsstandvereinbarung bzw. bei der Zuständigkeit des staatlichen Gerichts als letzte Streitbeilegungsstufe keine Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit eines allfälligen Ausschlusses der Ermächtigung zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Schliesslich haben die Parteien die Zuständigkeit des staatlichen Richters für das gegebenenfalls durchzuführende Hauptverfahren nicht ausgeschlossen. 282

ii. Verbindlichkeit der Eskalationsleiter

Grundsätzlich sei an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen zur Verbindlichkeit der Eskalationsleiter bei der Vereinbarung eines Schiedsverfahrens als letzte Streitbeilegungsstufe verwiesen.⁴⁶² Demnach ist primär auf die Vereinbarung der Parteien abzustellen. Haben diese die Möglichkeit der jederzeitigen Anrufung des staatlichen Richters zwecks Ersuchen um Erlass einer vorsorglichen Massnahme unabhängig von der Einhaltung der vereinbarten Eskalationsleiter vorgesehen, ist sie diesbezüglich nicht verbindlich. Auch bei der expliziten Vereinbarung der Verbindlichkeit der vorgesehenen 283

⁴⁶² Siehe vorne, [N 274 ff.](#)

Stufenabfolge für die Beantragung des einstweiligen Rechtsschutzes ist diese aus Gründen der Sicherstellung des Teilgehalts der Rechtsweggarantie gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29a BV weder für die Parteien noch für das Gericht verbindlich.

- 284 Das angerufene Gericht darf das entsprechende Verfahren nicht aufgrund der Einrede der Missachtung der Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts sistieren. Die Parteien sind demzufolge hinsichtlich des Ersuchens um Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht an die in der Eskalationsklausel vereinbarte Stufenabfolge der Verfahren gebunden und dürfen dazu direkt das staatliche Gericht anrufen.

d. Prosequierungsfrist

- 285 Nach Art. 263 ZPO setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage, sofern die vorsorgliche Massnahme vor Rechtshängigkeit des Verfahrens in der Hauptsache begehrt wird («Prosequierungsfrist»)⁴⁶³. Verstreicht diese Frist ungenutzt, entfällt die angeordnete Massnahme ohne Weiteres. Beim Abschluss einer Eskalationsklausel müssen vor der Einleitung des Verfahrens in der Hauptsache zunächst die vorgeschalteten Streitbeilegungsstufen durchgeführt werden. Der Richter hat bei der Anordnung die Länge der Prosequierungsfrist anhand der Würdigung der Umstände des konkreten Falls nach seinem Ermessen festzusetzen.⁴⁶⁴ Hierbei ist insbesondere dem Umstand der stufenweise zu erfolgenden Streitbeilegung Rechnung zu tragen. Demnach sollten bei der Ansetzung der Frist die konkret vereinbarte Eskalationsklausel sowie das Verfahrensstadium innerhalb der Eskalationsleiter in die Berechnung mit einbezogen werden.
- 286 Stellt sich die gerichtlich angesetzte Frist im Nachhinein als zu kurz dar, kann diese aus zureichenden Gründen erstreckt werden (Art. 144 Abs. 2 ZPO).⁴⁶⁵ Aus dem Wortlaut der Bestimmung («können») ergibt sich zwar, dass die Parteien auf die Gewährung der Fristerstreckung keinen Anspruch haben. Jedoch ist in der Durchführung von ADR-Verfahren zwecks gütlicher Beilegung der Streitigkeit in aller Regel aus prozessökonomischen Überlegungen ein zureichender Grund für die Erstreckung der Frist zu sehen.⁴⁶⁶ Verweigert das Gericht

⁴⁶³ Zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit, hinten [N 492 ff.](#)

⁴⁶⁴ SPRECHER, BSK ZPO 263 N 18.

⁴⁶⁵ GÜNGERICH, BK ZPO 263 N 4; SPRECHER, BSK ZPO 263 N 18; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 22 N 36.

⁴⁶⁶ Botschaft ZPO, 7309; BENN, BSK ZPO 144 N 8 und 10; FREI, BK ZPO 144 N 8 f.; TANNER, DIKE-Komm. ZPO 144 N 8.

die (weitere) Fristerstreckung, bleibt der gesuchstellenden Partei stets die Möglichkeit zur vorzeitigen Initiierung des Hauptverfahrens vor dem zuständigen Gericht, welches sodann das Verfahren zwecks Durchführung der vorgeschalteten ADR-Verfahren sistieren sollte.⁴⁶⁷

II. Bindungswirkung der Eskalationsklausel in subjektiver Hinsicht

A. Im Allgemeinen

Neben der objektiven Reichweite gilt es auch abzuklären, welche Personen von der Bindungswirkung der Eskalationsklausel erfasst sind («subjektive Reichweite»). Unbestritten sind die ursprünglich am Abschluss der Eskalationsklausel beteiligten Parteien durch diese gebunden (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR). Nicht so eindeutig ist die Rechtslage in Bezug auf die Bindungswirkung für Drittpersonen. Es stellt sich die Frage, ob beispielsweise Rechtsnachfolger, Konzerngesellschaften oder ein Zessionar ebenfalls an den mehrstufigen Streitbeilegungsmechanismus gebunden sind.

287

B. Rechtsnachfolger

a. Im Allgemeinen

Besonders bei langfristigen Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien, etwa bei grösseren Bauvorhaben oder Sukzessiv- und Lizenzvereinbarungen, kann es vorkommen, dass eine natürliche Person stirbt oder eine juristische Person mit einem anderen Unternehmen fusioniert oder liquidiert wird. Treten im Anschluss an solche Sachverhalte Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis mit enthaltener Eskalationsklausel auf, stellt sich für die Parteien die Frage nach dem weiteren Vorgehen mit entsprechend weitreichenden organisatorischen und/oder finanziellen Konsequenzen. Ist die Eskalationsklausel auch für den Rechtsnachfolger verbindlich, sind entsprechend auch die vorgesehenen Stufen der Eskalationsleiter zu durchlaufen und es kann nicht direkt Klage vor dem zuständigen (Schieds-)Gericht erhoben werden.

288

⁴⁶⁷ Vgl. hinten, [N 372 ff.](#)

b. Eskalationsklausel

i. Universalsukzession

- 289 Werden die einzelnen Vereinbarungen zu einer Eskalationsklausel zusammengesetzt, ändert sich durch deren Verknüpfung nichts am grundsätzlichen Übergang auf den oder die Gesamtrechtsnachfolger im Rahmen einer Erbschaft oder gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung nach dem FusG.⁴⁶⁸ Anderweitige Vereinbarungen sowie Ausnahmen im Zusammenhang mit höchstpersönlichen Rechten und einer gesetzlich vorgesehenen Unvererblichkeit von Rechten vorbehalten, sind somit bei einer Universalsukzession die Rechtsnachfolger der an der ursprünglichen Vereinbarung der Eskalationsklausel beteiligten Personen ebenfalls gebunden.⁴⁶⁹

ii. Singularsukzession

- 290 Auch hinsichtlich der Singularsukzession bleibt es bei der grundsätzlichen Verbindlichkeit der Eskalationsklausel für den Rechtsnachfolger.⁴⁷⁰
- 291 An dieser Stelle sei jedoch auf den Umstand hingewiesen, dass sowohl die Schieds- und Gerichtsstandvereinbarung als auch die ADR-Vereinbarung in aller Regel vom Hauptvertrag unabhängige Vereinbarungen darstellen.⁴⁷¹ Deshalb erscheint es nicht konsequent, wenn eine vom Hauptvertrag unabhängige Vereinbarung ein Nebenrecht desselben darstellen soll, zumal nach schweizerischem Recht nur einzelne Forderungen, nicht aber ganze Vertragsverhält-

⁴⁶⁸ Vgl. betreffend die Schiedsvereinbarung, BERGER/KELLERHALS, N 540 ff.; GÖKSU, N 656; PFISTERER, BK ZPO 357 N 49; POUDRET/BESSON, N 290; betreffend die Gerichtsstandvereinbarung, BGE 93 I 323 E. 3; BERGER, BK ZPO 17 N 58; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 54; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 177. Um einen Widerspruch im gesetzlichen Wertungssystem zu verhindern, sollte die ADR-Vereinbarung gleich wie die Schieds- und Gerichtsstandvereinbarung behandelt werden.

⁴⁶⁹ Vgl. betreffend die Schiedsvereinbarung, BÜRGI, KuKo ZGB 560 N 15; GÖKSU, CHK ZGB 560 N 8; vgl. betreffend die Gerichtsstandvereinbarung, KILLIAS, 244.

⁴⁷⁰ Vgl. betreffend die Schiedsvereinbarung, BGE 134 III 565 E. 3.2; 103 II 75; BGer 4A_627/2011 vom 8. März 2012, E. 3.2; BERGER/KELLERHALS, N 543 ff.; GÖKSU, N 660 ff.; PFISTERER, BK ZPO 357 N 50 f.; vgl. betreffend die Gerichtsstandvereinbarung, BERGER, BK ZPO 17 N 58; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 54; HOSTETTLER, ZZZ 2013, 125; KILLIAS, 244; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 177. Um einen Widerspruch im gesetzlichen Wertungssystem zu verhindern, sollte die ADR-Vereinbarung gleich wie die Schieds- und Gerichtsstandvereinbarung behandelt werden.

⁴⁷¹ Siehe vorne, [N 157 ff.](#)

nisse abgetreten werden können.⁴⁷² Der wohl aus Praktikabilitätsgründen erfolgten Bejahung des Übergangs der erwähnten Vereinbarungen auf den Zessionar ist aber dennoch im Ergebnis zuzustimmen. Das *pactum de cedendo* umfasst nach dem (hypothetischen) Parteiwillen auch die Streitbeilegungsvereinbarungen.⁴⁷³ Andernfalls könnte sich die Situation ergeben, dass die betroffene Forderung gar nicht mehr durchgesetzt werden kann.

Das folgende Beispiel, bei dem der *debitor cessus* und der Zedent die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vorgesehen haben, soll dies verdeutlichen. Entsteht eine Streitigkeit nach der Abtretung der Forderung und leitet der Zessionar anschliessend ein Verfahren vor einem staatlichen Gericht ein, kann der *debitor cessus* erfolgreich die Schiedseinrede erheben, da er mit dem Zedenten eine Schiedsvereinbarung zur Durchsetzung der Forderung vorgesehen hat. Gegen die Durchführung des Schiedsverfahrens könnte der Zessionar seinerseits vorbringen, die Schiedsvereinbarung sei durch die Abtretung gar nicht auf ihn übergegangen. Als Folge davon wäre der Anspruch (schieds-)gerichtlich nicht durchsetzbar, was nicht der Wille der Parteien gewesen sein kann und gleichzeitig auch mit den prozessualen Grundrechten im Widerspruch steht.⁴⁷⁴

292

C. Vertrag zugunsten Dritter

a. Im Allgemeinen

Bei einem Vertrag zugunsten Dritter gemäss Art. 112 OR verpflichtet sich eine Person («Promittent») gegenüber der anderen am Vertrag beteiligten Person («Promissar»), die geschuldete Leistung an einen Dritten («Begünstigter») zu erbringen, der nicht Partei des Vertrags ist.⁴⁷⁵ Unterschieden wird dabei zwischen einem echten (Art. 112 Abs. 1 OR) und einem unechten (Art. 112 Abs. 2 und 3 OR) Vertrag zugunsten Dritter. Nur bei Ersterem kann der Dritte die Leistung selbständig fordern.⁴⁷⁶

293

Haben der Promittent und der Promissar eine Eskalationsklausel in einem Vertrag zugunsten Dritter vereinbart, stellt sich bei allfällig entstehenden Streitigkeiten die Frage nach der Bindungswirkung für den nicht am Abschluss beteiligten Dritten.

294

⁴⁷² BERGER/KELLERHALS, N 547; PFISTERER, BK ZPO 357 N 50.

⁴⁷³ PFISTERER, BK ZPO 357 N 50; vgl. BERGER/KELLERHALS, N 548.

⁴⁷⁴ BERGER/KELLERHALS, N 548; BUCHER, OR AT, 572 (Fn. 142).

⁴⁷⁵ HUGUENIN, N 1119; GUHL/KOLLER, § 22 N 6.

⁴⁷⁶ BGE 139 III 60 E. 5.2; BGer 4A_627/2011 vom 8. März 2012, E. 3.5.1; HUGUENIN, N 1125.

b. Eskalationsklausel

- 295 Die Bindungswirkung einer in einem Vertrag zugunsten Dritter vorgesehenen Eskalationsklausel richtet sich wiederum nach den separaten Vereinbarungen.
- 296 Bei der Integration der Eskalationsklausel in einen echten Vertrag zugunsten Dritter kann sich der Begünstigte bei Auftreten einer Streitigkeit auf die Eskalationsklausel berufen, sofern die Parteien dies nicht ausgeschlossen haben.⁴⁷⁷ Ob dieser zwingend das vorgesehene mehrstufige Streitbeilegungsverfahren anzustrengen hat, muss davon gesondert beantwortet werden. Als Ausgangslage zur Beantwortung dieser Frage muss der im schweizerischen Vertragsrecht geltende Grundsatz beachtet werden, dass die Vertragsparteien durch den Abschluss ihres Vertrags keinen Dritten ohne dessen Zustimmung verpflichten können.⁴⁷⁸ Der Dritte ist somit durch die Vereinbarung einer Eskalationsklausel im Deckungsverhältnis nicht ohne Weiteres zu deren Befolgung verpflichtet.⁴⁷⁹ Die Bindungswirkung setzt vielmehr sein Mitwirken voraus, sei dies in Form der ausdrücklichen Zustimmung zur Eskalationsklausel oder mittels vorbehaltloser Entgegennahme der Leistung bzw. Berufung auf die im Deckungsverhältnis eingeräumten Rechte.⁴⁸⁰
- 297 Bei Vorliegen eines unechten Vertrags zugunsten Dritter kann sich der Begünstigte weder auf die Durchführung eines mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens berufen noch ist er durch die Eskalationsklausel gebunden.⁴⁸¹ Eine

⁴⁷⁷ Vgl. betreffend die Schiedsvereinbarung, BGer 4A_627/2011 vom 8. März 2012, E. 3.2; BERGER/KELLERHALS, N 559; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 109; POUDRET/BESSON, N 289; RÜEDE/HADENFELDT, 41 und 81; vgl. betreffend die Gerichtsstandvereinbarung, BERGER, BSK LugÜ 23 N 69; FÜLLEMANN, DIKE-Komm. ZPO 17 N 24; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 57. Aus Gründen der Gewährleistung der Widerspruchsfreiheit innerhalb der Rechtsordnung verhält es sich bei der Bindungswirkung einer ADR-Vereinbarung für den Begünstigten eines Vertrags zugunsten Dritter gleich.

⁴⁷⁸ GUHL/KOLLER, § 22 N 20; HUGUENIN, N 1168; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 86.28. Die Marginalie von Art. 111 OR («Vertrag zu Lasten eines Dritten») ist somit irreführend.

⁴⁷⁹ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 562.

⁴⁸⁰ Vgl. betreffend die Schiedsvereinbarung, GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 109; POUDRET/BESSON, N 289; a.M. BERGER/KELLERHALS, N 559; vgl. betreffend die Gerichtsstandvereinbarung, KILLIAS, 247; KILLIAS, SHK LugÜ 23 N 185. Aus Gründen der Gewährleistung der Widerspruchsfreiheit innerhalb der Rechtsordnung verhält es sich bei der Bindungswirkung einer ADR-Vereinbarung für den Begünstigten eines Vertrags zugunsten Dritter gleich.

⁴⁸¹ Vgl. betreffend die Schiedsvereinbarung, BERGER/KELLERHALS, N 561; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 110, vgl. betreffend die Gerichtsstandvereinbarung, BGE 87 I 53 E. 3b wo von der analogen Anwendung von Art. 112 Abs. 2 OR (echter Vertrag zugunsten Dritter) die Rede ist. Aus Gründen der Gewährleistung der Widerspruchsfreiheit innerhalb der Rechtsordnung verhält es sich bei der Bindungswirkung einer ADR-Vereinbarung für den Begünstigten eines Vertrags zugunsten Dritter gleich.

Ausnahme davon wird dann zu machen sein, wenn in der Eskalationsklausel ausdrücklich das Gegenteil angeordnet wird.⁴⁸²

Sofern ein dilatorischer Klageverzicht vereinbart wurde, wird dieser zwecks Sicherstellung der Stufenabfolge an die ADR-Vereinbarung(en) geknüpft sein.⁴⁸³ Die Ausdehnung auf den Begünstigten eines Vertrags zugunsten Dritten richtet sich daher nach derjenigen der ADR-Vereinbarung. 298

Schliesslich muss der i. d. R. gegebenen Unabhängigkeit der Eskalationsklausel vom Hauptvertrag Rechnung getragen werden. Wie bei den einzelnen einstufigen Streitbeilegungsvereinbarungen muss der gemeinsame Willen der am Deckungsverhältnis beteiligten Parteien ermittelt werden. Dieser wird mangels ausdrücklich anderer Regelung dahin gehen, dass sich die Wirkung des echten Vertrags zugunsten Dritter auf die Eskalationsklausel ausdehnt.⁴⁸⁴ 299

D. Ausdehnung auf Dritte

a. Im Allgemeinen

Als Folge der stets zunehmenden Internationalisierung des Wirtschaftsverkehrs mit z. T. komplexen Vertragswerken, die aus lang andauernder Verhandlungen resultieren, lassen sich die an einer Vereinbarung beteiligten Parteien nicht immer eindeutig ermitteln. Oft stellt sich vor diesem Hintergrund bezüglich der subjektiven Reichweite einer (mehrstufigen) Streitbeilegungsklausel die Frage nach der Verbindlichkeit für Personen, die formell nicht Teil des Hauptvertrags bzw. der Streitbeilegungsklausel sind («non-signatories»). Möglicherweise vermag die Eskalationsklausel Drittparteien beispielsweise auf Grundlage des Rechtsscheins, des Durchgriffs oder einer Vertragseinmischung zu binden. 300

Die Form der jeweiligen Streitbeilegungsklausel braucht dabei nur von den Vertragsparteien eingehalten zu werden.⁴⁸⁵ Eine differenzierte Betrachtung dieses Grundsatzes erscheint jedoch bei der Ausdehnung gestützt auf die Einmischung einer Drittpartei in die Vertragsausführung erforderlich.⁴⁸⁶ 301

⁴⁸² Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 561.

⁴⁸³ Siehe vorne, [N 172 ff.](#)

⁴⁸⁴ Vgl. betreffend die Schiedsvereinbarung, BERGER/KELLERHALS, N 559. Gleich verhält es sich aufgrund derselben Interessenlage der Parteien m. E. betreffend die Gerichtsstandsvereinbarung und die ADR-Vereinbarung.

⁴⁸⁵ BGE 129 III 727 E. 5.3.1; BERGER/KELLERHALS, N 564.

⁴⁸⁶ Siehe hinten, [N 312 ff.](#)

b. Ausdehnung aufgrund eines Rechtsscheins

302 Personen können durch ambivalentes Handeln einen (Rechts-)Schein schaffen, auf den Mitmenschen vertrauen. Das berechtigte Vertrauen wird von der Rechtsordnung geschützt, indem der Rechtsschein im Sinne einer Vertrauensentsprechung zur Rechtswirklichkeit wird.⁴⁸⁷ Die Rechtsfolge des Rechtsscheins liegt dementsprechend in der Ausdehnung der Eskalationsklausel auf den Dritten, sodass dieser ebenfalls vertraglich verpflichtet wird. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Rechtsscheins können wie folgt zusammengefasst werden:

- *Rechtsschein*: Beim erweckten Schein muss es sich um einen Rechtsschein handeln, wodurch der Vertrauenstatbestand nicht bloss auf eine natürliche Tatsache beziehen darf.⁴⁸⁸ Des Weiteren muss sich der Vertrauenstatbestand auf eine bereits bestehende Rechtslage richten.⁴⁸⁹
- *Zurechnung des Rechtsscheins*: Der Rechtsschein muss einer Person aufgrund ihres (unbewussten) Verhaltens zurechenbar sein.⁴⁹⁰ Die Zurechnung erfolgt über die bewusste Kundgabe oder die positive Kenntnis des in Anspruch Genommenen.⁴⁹¹
- *Guter Glaube*: Die auf den Rechtsschein vertrauende Person muss gutgläubig sein.⁴⁹²
- *Vertrauen und Vertrauensdisposition*: Unter der Vertrauensdisposition sind Handlungen oder Unterlassungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu verstehen.⁴⁹³ Das Vertrauen der den Rechtsschein wahrnehmenden Person muss sich in diesem Sinne äusserlich manifestieren.⁴⁹⁴
- *Kausalität*: Zwischen dem Vertrauen und der Vertrauensdisposition muss eine natürliche Kausalität bestehen.⁴⁹⁵
- *Schutzwürdigkeit des Erwerbsvorgangs*: Der Vorgang, aus dem der Vertrauende seinen (vermeintlichen) Anspruch ableitet, muss angesichts der der Rechtsscheinlehre immanenten Verkehrsschutzüberlegungen schutz-

⁴⁸⁷ BERGER, Schuldrecht, N 184; PFISTERER, N 176; RUSCH, 1.

⁴⁸⁸ BERGER, recht 2002, 220; CANARIS, 496; PFISTERER, N 175; RUSCH, 39.

⁴⁸⁹ BERGER, recht 2002, 220; CANARIS, 495; PFISTERER, N 175; RIEDER, 92; RUSCH, 39.

⁴⁹⁰ CANARIS, 517; PFISTERER, N 175; RIEDER, 96; RUSCH, 48 und 59.

⁴⁹¹ CANARIS, 517; PFISTERER, N 175; RIEDER, 97 ff.; RUSCH, 51 ff.

⁴⁹² CANARIS, 504; PFISTERER, N 175; RIEDER, 93 f.; RUSCH, 60.

⁴⁹³ CANARIS, 511; PFISTERER, N 175; RIEDER, 95; RUSCH, 65.

⁴⁹⁴ PFISTERER, N 175; RUSCH, 65.

⁴⁹⁵ CANARIS, 514; PFISTERER, N 175; RIEDER, 95; RUSCH, 68.

würdig sein.⁴⁹⁶ Unentgeltliche oder auf unerlaubter Handlung (anstatt auf Verkehrsgeschäften) beruhende Erwerbsformen sind deshalb ausgeschlossen.⁴⁹⁷

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen können die in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen und damit auch die Eskalationsklausel als solche eine Nicht-Vertragspartei vertraglich verpflichten. Anwendungsfälle finden sich u. a. im Umfeld eines Konzerns (Rechtsschein der Einheit) und beim Vorliegen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht.⁴⁹⁸

c. Ausdehnung aufgrund eines Durchgriffs

Juristische Personen besitzen eine eigene Rechtspersönlichkeit und sind als eigenständige Rechtssubjekte zu behandeln (vgl. Art. 53 ZGB). Ausnahmsweise wird diese rechtliche Eigenständigkeit nicht beachtet (sog. «Durchgriff»)⁴⁹⁹. Mithilfe des Durchgriffs wird der «Schleier der juristischen Person gelüftet», indem ihre formalrechtliche Selbstständigkeit als unerheblich und die wirtschaftliche Realität auch rechtlich als massgebend betrachtet wird.⁵⁰⁰

Die Vornahme eines Durchgriffs erfordert zunächst das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses der juristischen Person von ihrem Eigentümer.⁵⁰¹ Weiter muss die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit einen Missbrauchstatbestand erfüllen und somit eine zweckwidrige Verwendung der juristischen Person vorliegen.⁵⁰² Fallgruppen solcher Missbrauchstatbestände bilden beispielsweise die Unterkapitalisierung der Gesellschaft, die Missachtung der Grundstruktur der juristischen Person, die Instrumentalisierung zur Umgehung von Vorschriften sowie die Vermögensvermischung.⁵⁰³ Der Durchgriff ist ein Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs i. S. v. Art. 2 Abs. 2 ZGB, womit die Prüfung der Voraussetzungen anhand objektiver Kriterien im konkreten Einzelfall vorzunehmen ist.⁵⁰⁴

⁴⁹⁶ CANARIS, 516; PFISTERER, N 175; RUSCH, 70.

⁴⁹⁷ PFISTERER, N 175; RUSCH, 70.

⁴⁹⁸ Vgl. PFISTERER, N 180 ff.

⁴⁹⁹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 22; PFISTERER, N 273.

⁵⁰⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 48; PFISTERER, N 274; VON DER CRONE, N 2274; vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 22.

⁵⁰¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 54; PFISTERER, N 290.

⁵⁰² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 49; PFISTERER, N 291; VON DER CRONE, N 2277.

⁵⁰³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 63 ff.; PFISTERER, N 292; VON DER CRONE, N 2288 ff.; vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 23 ff.

⁵⁰⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 53; PFISTERER, N 289.

- 306 Eine mögliche Rechtsfolge des Durchgriffs führt zur Zurechnung der Eigenschaften der natürlichen Person bei einer von dieser beherrschten juristischen Person.⁵⁰⁵ Dies führt zur Gleichstellung von Eigentümer und juristischer Person im Anwendungsbereich einzelner Vertrags- oder Rechtsvorschriften («Zurechnungsdurchgriff») und die Wirkungen des Vertrags treten beim kontrollierenden Gesellschafter ein.⁵⁰⁶ Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, auch die Wirkungen der Eskalationsklausel auf den kontrollierenden Gesellschafter «auszudehnen» wenn die juristische Person hinsichtlich des Abschlusses der Eskalationsklausel zweckwidrig verwendet wird.⁵⁰⁷ Angesichts des Durchgriffs wird die materiell-rechtliche Wirkung des Vertrags auf den kontrollierenden Gesellschafter verlagert, was ohne «Ausdehnung» die Durchsetzung des materiell-rechtlichen Anspruchs mithilfe eines mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens unmöglich macht.⁵⁰⁸ Streng genommen wird dabei die Eskalationsklausel nicht auf eine Drittperson ausgedehnt, sondern vielmehr eine am Abschluss beteiligte Partei ausgetauscht.⁵⁰⁹

d. Ausdehnung aufgrund einer Vertragseinmischung

- 307 Bei der Aushandlung von komplexen bzw. langfristigen Verträgen können neben den eigentlichen Vertragsparteien auch Dritte (z. B. Muttergesellschaft, Patron) an den Vertragsverhandlungen beteiligt sein, sei dies aus Gründen der Einbringung des notwendigen Fachwissens oder der blossen Überprüfung der Verhandlungen. Daneben kann die Einmischung auch erst im Stadium der Vertragsausführung erfolgen. In beiden Fällen kann sich beim Auftreten einer Streitigkeit den Parteien die Frage stellen, ob auch die sich einmischende Drittpartei an den Streitbeilegungsmechanismus der Eskalationsklausel gebunden ist.

i. Einmischung in die Vertragsverhandlungen

- 308 Intervenierte der Dritte bereits bei der Aushandlung des Vertrags, betrifft die mögliche Ausdehnung der Eskalationsklausel das Stadium dessen Zustandekommens. Die Beantwortung der Frage hängt damit wesentlich vom Willen der

⁵⁰⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 72; PFISTERER, N 296.

⁵⁰⁶ BERGER/KELLERHALS, N 572; PFISTERER, N 296.

⁵⁰⁷ Vgl. BGer 4A_160/2009 vom 25. August 2009, E. 4.3; BERGER/KELLERHALS, N 572; GIRSBERGER/VOSER, N 466; GÖKSU, N 666; PFISTERER, N 354 f.

⁵⁰⁸ Vgl. BGer 4A_160/2009 vom 25. August 2009, E. 4.3.1; BGer 4P.330/1994 vom 29. Januar 1996, E. 6b, abgedruckt in: ASA Bull. 1996, 506; PFISTERER, N 355.

⁵⁰⁹ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 572; GIRSBERGER/VOSER, N 466; GÖKSU, N 666.

Parteien und dem Wortlaut der Vereinbarung ab. In aller Regel regelt dieser die Verbindlichkeit der Eskalationsklausel für den Dritten nicht, da sich ansonsten die Frage der Ausdehnung gar nicht stellen würde. Die Auslegung der Vereinbarungen bildet folglich die Grundlage der Ausdehnung der Eskalationsklausel.⁵¹⁰

Die Auslegung der entsprechenden Willenserklärungen erfolgt anhand der gewöhnlichen Regeln des Vertragsrechts. Kann der primär massgebende tatsächliche Wille der Parteien nicht festgestellt werden, ist dieser mittels des Vertrauensprinzips objektiviert zu ermitteln. Danach sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie von einem vernünftigen Empfänger nach Treu und Glauben unter den konkreten Umständen verstanden werden durften und mussten.⁵¹¹ Interveniert ein Dritter in die Vertragsverhandlungen, muss folglich durch eine (objektivierte) Auslegung bestimmt werden, ob dieser Partei der Eskalationsklausel wurde.⁵¹² Im Falle der Vereinbarung zur Durchführung des autoritativen Verfahrens als letzte Streitbeilegungsstufe muss dabei ein restriktiver Massstab angewendet werden. Wie eingangs bereits erwähnt, ist die Ausdehnung aufgrund einer Einmischung in die Vertragsverhandlungen im Stadium des Zustandekommens der Vereinbarung anzusiedeln. Durch den Verzicht auf den durch die Verfassung garantierten staatlichen Richter bzw. Wohnsitzgerichtsstand gilt für das Zustandekommen der Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung eine restriktive Auslegung. Der Parteiwillen muss in klarer und unzweideutiger Weise zum Ausdruck kommen.⁵¹³

Ebenfalls darf die grundsätzlich gegebene Unabhängigkeit der Eskalationsklausel und der darin enthaltenen Vereinbarungen vom Hauptvertrag nicht unbeachtet bleiben. Die Auslegung der Willensäußerung der intervenierenden Drittpartei muss daher dahin gehend verstanden werden, dass dieser nicht nur Partei des Hauptvertrags, sondern auch der Eskalationsklausel sein will.⁵¹⁴

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass mithilfe der Auslegung der Willenserklärung des sich einmischenden Dritten bestimmt werden muss, ob dieser ebenfalls Partei der Eskalationsklausel wurde. In Bezug auf die Schieds- bzw. Gerichtsstandsvereinbarung der letzten Streitbeilegungsstufe darf ein da-

⁵¹⁰ PFISTERER, N 411.

⁵¹¹ Vgl. vorne, [N 20](#).

⁵¹² Vgl. BGer 4C.62/2006 vom 21. April 2006, E. 3.1; PFISTERER, N 415.

⁵¹³ Vgl. PFISTERER, N 416.

⁵¹⁴ Vgl. PFISTERER, N 417.

hin gehender Wille der Parteien aufgrund der restriktiven Auslegung nicht leichthin angenommen werden.

ii. *Einmischung in die Vertragsausführung*

- 312 Nicht mehr in das Stadium des Zustandekommens der Eskalationsklausel fällt die Einmischung des Dritten im Rahmen der Durchführung des Vertrags. Der (Haupt-)Vertrag wurde bereits abgeschlossen. Als Konsequenz kann die Ausdehnung der Eskalationsklausel nur noch durch Beitritt zu dem zwischen den ursprünglichen Parteien abgeschlossenen Vertrag erfolgen.⁵¹⁵ In den Gesetzen finden sich keine Bestimmungen zum Vertragsbeitritt. Dennoch wird die Rechtsfigur im schweizerischen Recht anerkannt.⁵¹⁶
- 313 Durch den Vertragsbeitritt erhält der Dritte die rechtliche Stellung eines Vertragspartners, da er sich an einem bestehenden Vertragsverhältnis beteiligt.⁵¹⁷ Vorausgesetzt wird damit eine Vereinbarung zwischen den bisherigen Vertragsparteien und dem beitretenden Dritten, welche dessen Beitritt zum ursprünglichen Vertragsverhältnis zum Gegenstand hat.⁵¹⁸ Entsprechend bedarf es einer übereinstimmenden Willensäußerung der Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR). Sofern der tatsächliche Parteiwillen nicht feststellbar ist, muss dieser abermals in Anwendung des Vertrauensprinzips ermittelt werden. Das konkrete Verhalten des Dritten ist somit nach dem Vertrauensprinzip zu würdigen.⁵¹⁹ Durften und mussten die ursprünglichen Vertragsparteien das Verhalten des Dritten nach Treu und Glauben als Willen zum Vertragsbeitritt deuten und haben die ursprünglichen Vertragsparteien denselben Willen, kommt der Vertragsbeitritt gestützt auf das Vertrauensprinzip zustande. Die entsprechenden Handlungen des Dritten müssen jedoch eindeutige Anhaltspunkte für die Herleitung einer entsprechenden Willensäußerung enthalten.⁵²⁰
- 314 Auch bei der Einmischung der Drittperson in die Vertragsausführung ist die Autonomie der Eskalationsklausel und der darin enthaltenen Vereinbarungen zum Hauptvertrag zu beachten. Das Verhalten des Dritten muss angesichts der grundsätzlich gegebenen Unabhängigkeit dahin gehend ausgelegt werden

⁵¹⁵ PFISTERER, N 388.

⁵¹⁶ BERGER, Schuldrecht, N 2359 f.; BUCHER, OR AT, 593; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3551; HUGUENIN, N 1469.

⁵¹⁷ BUCHER, OR AT, 593; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3551; HUGUENIN, N 1469.

⁵¹⁸ BERGER, Schuldrecht, N 2359; BUCHER, OR AT, 593; HUGUENIN, N 1469; PFISTERER, N 390.

⁵¹⁹ PFISTERER, N 392.

⁵²⁰ FRANK, 279; PFISTERER, N 392; vgl. BÖCKSTIEGEL, in: FS Bülow, 7.

können, dass er nicht bloss Partei des Hauptvertrags, sondern auch der Eskalationsklausel mit ihren einzelnen Vereinbarungen sein will.⁵²¹

Fraglich bleibt bloss noch die Notwendigkeit der Einhaltung der für die Gültigkeit massgebenden Formvorschriften.⁵²² Im Unterschied zur Einmischung in die Vertragsverhandlungen stellt sich die Frage der Ausdehnung nicht mehr im Stadium des Zustandekommens der Vereinbarung, sondern diese (ursprüngliche) Vereinbarung wurde bereits abgeschlossen. Die Einhaltung der Formvorschriften für die ursprüngliche Vereinbarung erfasst damit im Falle der Einmischung in die Vertragsausführung den (hypothetischen) Parteiwillen zur Ausdehnung auf die Drittperson nicht. 315

Die Vereinbarung zum Vertragsbeitritt stellt eine dreiseitige Vereinbarung *sui generis* dar.⁵²³ Eine gesetzliche Formvorschrift existiert nicht. Für die Beantwortung der Frage der Anwendbarkeit von Formvorschriften ist damit deren Schutzzweck entscheidend.⁵²⁴ Die Ziele des Schutzes vor Übereilung und der Beweissicherung rechtfertigen m. E. die Anwendung der für die Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarung gesetzlich vorgesehenen Formvorschriften auf die Vereinbarung zum Vertragsbeitritt. Die einschneidenden Wirkungen der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur verbindlichen Streitbeilegung sowie die örtliche Prorogation eines staatlichen Gerichts treffen den Dritten im selben Masse wie die ursprünglichen Vertragsparteien. Der Beitretende ist deshalb ebenfalls vor Übereilung zu schützen.⁵²⁵ Ebenso unterscheidet sich die Vereinbarung zum Vertragsbeitritt hinsichtlich der Notwendigkeit eines Mittels zum Beweis der Zuständigkeit des Schiedsgerichts bzw. der örtlichen Zuständigkeit des staatlichen Gerichts nicht vom ursprünglichen Vertrag.⁵²⁶ Der Vertragsbeitritt unterliegt demzufolge grundsätzlich den gleichen Formvorschriften wie die ursprüngliche und auf den Dritten zu erweiternde Vertragsbeziehung.⁵²⁷ Unstreitig können die ADR-Vereinbarung und der dilatorische Klageverzicht auch in diesem Umfeld formlos geschlossen bzw. dazu beigetreten werden.⁵²⁸ 316

⁵²¹ PFISTERER, N 393; vgl. BÖCKSTIEGEL, in: FS Bülow, 7.

⁵²² Vgl. für die massgebenden Formvorschriften, vorne, [N 34 ff.](#)

⁵²³ BERGER, Schuldrecht, N 2359; PFISTERER, N 390; vgl. BUCHER, OR AT, 593.

⁵²⁴ AMSTUTZ/MORIN, BSK OR N 32 Einl. vor 184 ff.

⁵²⁵ PFISTERER, N 397.

⁵²⁶ PFISTERER, N 397.

⁵²⁷ PFISTERER, N 400. Auch das eng mit dem Vertragsbeitritt verwandte Institut der Vertragsübernahme gelten nach h.L. die Formerfordernisse der zu übertragenden Formvorschriften zu befolgen, BAUER, N 227 m.w.H.; BUCHER, OR AT, 593; a.M. BERGER, Schuldrecht, N 2357.

⁵²⁸ Vgl. vorne, [N 36 ff.](#)

- 317 Im Zusammenhang mit der Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung auf eine sich die in Ausführung des Vertrags einmischende Drittperson hielt das Bundesgericht fest, dass der Grundsatz von Treu und Glauben in bestimmten Fällen die Einhaltung der Formvorschrift entbehrlich macht.⁵²⁹ Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung würde die Ausdehnung der formpflichtigen Schiedsvereinbarung nicht an einer formlosen Vereinbarung zum Vertragsbeitritt scheitern. Die angesprochene bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt sich auch auf die Gerichtsstandsvereinbarung als zweite formpflichtige Vereinbarung einer Eskalationsklausel übertragen.⁵³⁰ Ein Teil der Lehre kritisierte die weitergehende, allgemeine Lockerung der Formvorschriften für die Schiedsvereinbarung aufgrund der Einmischung in die Ausführung des Vertrags durch einen Dritten, wonach die Formvorschriften von Art. 178 Abs. 1 IPRG nur zwischen den ursprünglichen Parteien der Schiedsvereinbarung gelten.⁵³¹
- 318 Nach der hier vertretenen Ansicht kann auf die Einhaltung der Formvorschriften für die Vereinbarung über den Vertragsbeitritt lediglich verzichtet werden, sofern die Berufung des Dritten auf den Formmangel gegen Treu und Glauben verstossen würde.⁵³² Diese sich aus dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ergebende Rechtsfolge ist restriktiv anzuwenden und auf offensichtliche Sachverhalte zu beschränken.⁵³³ Ob ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch im Verhalten des Dritten angenommen werden kann, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen und kann nicht mittels starrer Regeln ermittelt werden.⁵³⁴ Hierbei wird insbesondere auf die Art, Dauer und Intensität der Einmischung in die Vertragsausführung abzustellen zu sein. Der in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorgesehene gänzliche Verzicht der Einhaltung der Formvorschriften für die Ausdehnung auf eine Drittperson ist hingegen abzulehnen. Dabei handelt es sich nicht um eine Frage der subjektiven Reichweite der bereits formgültig abgeschlossenen Vereinbarung.⁵³⁵ Wie be-

⁵²⁹ BGer 4A_376/2008 vom 5. Dezember 2008, E. 8.4; vgl. BGE 129 III 727 E. 5.3.1; 121 III 38 E. 3; BGer 4P.124/2001 vom 7. August 2001, E. 2c. Dies ist insofern von Bedeutung, als dass das Bundesgericht die Ausdehnung aufgrund der Vertragseinmischung im Zusammenhang mit Treu und Glauben sieht, BGer 4P.126/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 4e/bb.

⁵³⁰ GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 27; KREN KOSTKIEWICZ, OFK IPRG 5 N 16.

⁵³¹ BGE 129 III 727 E. 5.3.1; BGer 4A_44/2011 vom 19. April 2011, E. 2.4.1; HABEGGER, ASA Bull 2004, 298 ff.; POUDRET, ASA Bull, 2004, 390 ff.; SANDROCK, SchiedsVZ 2005, 1 ff.

⁵³² Vgl. DASSER, KuKo ZPO 358 N 4; GIRSBERGER, BSK ZPO 358 N 14; GROLIMUND/BACHOFNER, BSK IPRG 5 N 27; KREN KOSTKIEWICZ, OFK IPRG 5 N 16; POUDRET, ASA Bull, 2004, 394; SANDROCK, SchiedsVZ 2005, 9 f.

⁵³³ BGer 4C.175/2003 vom 28. Oktober 2003, E. 3.2; HUGUENIN, N 370; POUDRET, ASA Bull, 2004, 396; vgl. DASSER, KuKo ZPO 358 N 4a.

⁵³⁴ BGE 115 II 331 E. 3a; HUGUENIN, N 370.

⁵³⁵ In diesem Sinne jedoch BGE 129 III 727 E. 5.3.1; BGer 4A_44/2011 vom 19. April 2011, E. 2.4.1.

reits aufgezeigt,⁵³⁶ stellt sich die Problematik der Ausdehnung aus Gründen der Einmischung in die Vertragsausführung nicht im Stadium des Zustandekommens der Vereinbarung (auf der Konsensebene), sondern erst bei der Ausführung des Vertrags, d. h. nach dem Abschluss des Hauptvertrags und der Streitbeilegungsvereinbarung. Die Ausdehnung auf den Dritten erfolgt angesichts dessen mittels einer entsprechenden, formpflichtigen Vereinbarung zum Vertragsbeitritt und nicht durch Auslegung der Streitbeilegungsvereinbarung.⁵³⁷

Als Fazit kann demnach festgehalten werden, dass die Vereinbarung zum Vertragsbeitritt dieselben Formvorschriften wie die ursprüngliche Vereinbarung einzuhalten hat. Dem Dritten kann die Berufung auf einen Formmangel jedoch verwehrt werden, wenn dies als offensichtlich rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, entfaltet die Eskalationsklausel mit ihren einzelnen Vereinbarungen auch Wirkung für die in die Vertragsausführung intervenierende Drittperson.

319

⁵³⁶ Vgl. vorne, [N 308 ff.](#)

⁵³⁷ Vgl. PFISTERER, N 90. Siehe auch vorne, [N 312.](#)

§ 8 Verletzung der Eskalationsklausel

I. Verletzung der Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten

A. Umfang der Pflichten

320 Durch den Abschluss einer Eskalationsklausel verpflichten sich die Parteien gleichzeitig zur Einleitung, Förderung und Ermöglichung der vorgesehenen Verfahren sowie dazu, alles zu unterlassen, was der Durchführung der Verfahren zuwiderläuft. Diese Pflichten lassen sich als «Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten» umschreiben.⁵³⁸ Der konkrete Umfang dieser Pflichten ergibt sich aus den konkret vereinbarten Verfahren, d. h. in erster Linie aus der Vereinbarung und den anwendbaren Verfahrensordnungen selbst und in zweiter Linie durch Auslegung der Vereinbarung.⁵³⁹ Als Beispiele für die Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflicht können etwa die Pflicht zur Mitwirkung bei der Einleitung des Verfahrens oder der Auswahl und Ernennung der neutralen Drittperson bzw. des Gremiums sowie eine allfällige Anwesenheitspflicht bei den Verhandlungen genannt werden.⁵⁴⁰

B. Folgen der Verletzung

321 Die Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten der Parteien sind materiell-rechtlicher Natur.⁵⁴¹ Schliesslich werden durch die Pflichten hinsichtlich der Mitwirkung bei der Einleitung des Verfahrens, der Auswahl und Ernennung der neutralen Drittperson und allfälligen Anwesenheitspflichten an der Verhandlung keine zivilprozessualen Regeln abgeändert und sie betreffen nicht das Verhältnis zwischen staatlichen Rechtspflegeorganen und Rechtssubjekt.⁵⁴² Die Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten betreffen

⁵³⁸ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 248; HACKE, 46; vgl. EIHOLZER, N 351.

⁵³⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 248; vgl. GIRSBERGER, BSK ZPO 357 N 6; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 5; PETER, BK ZPO N 52 Vorbem. Art. 213–218; SCHÜTZ, N 446.

⁵⁴⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 248 f.; GIRSBERGER, BSK ZPO 357 N 6; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 5; PETER, BK ZPO N 52 Vorbem. Art. 213–218; SCHÜTZ, N 446.

⁵⁴¹ GIRSBERGER, BSK ZPO 357 N 6; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 5; PETER, BK ZPO N 52 Vorbem. Art. 213–218; SCHÜTZ, N 472 f.; a.M. STACHER, Schiedsvereinbarung, Rz. 294 ff.

⁵⁴² Zum Begriff des Prozessvertrags vorne, [N 150 ff.](#) und hinten, [N 344 ff.](#)

m. a. W. das Verhältnis der Parteien untereinander und sie begründen gegenseitige Rechte und Pflichten zur späteren Erfüllung durch die Parteien selbst.⁵⁴³ Entsprechend bestehen ein Primäranspruch auf Erfüllung und ein Sekundäranspruch auf Schadenersatz.

a. Anspruch auf Erfüllung

Erfüllt eine Partei ihre vertragliche Verpflichtung nicht freiwillig, steht der anderen Vertragspartei die Möglichkeit der Klage auf Erfüllung der Vertragspflicht offen.⁵⁴⁴ Ob eine Partei klageweise zur Erfüllung ihrer Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten angehalten werden kann, hängt zunächst von der konkreten Pflicht ab, die durchgesetzt werden soll. Einklagbar sind neben den Hauptpflichten nur die primären Nebenpflichten, nicht aber die sekundären Nebenpflichten.⁵⁴⁵ Den Parteien steht aber auch offen, die Möglichkeit der Realexekution mittels der Erfüllungsklage vertraglich auszuschliessen.⁵⁴⁶ 322

Nebenpflichten unterscheiden sich von den Hauptpflichten dadurch, dass sie für das konkrete Vertragsverhältnis nicht essenziell sind.⁵⁴⁷ Ergeben können sich die Nebenpflichten aus Gesetz, Vertrag oder dem Grundsatz von Treu und Glauben.⁵⁴⁸ Die Unterteilung in primäre und sekundäre Nebenpflichten erfolgt regelmässig anhand ihres Zwecks. Während primäre Nebenpflichten den Eintritt des mit dem Vertrag bezweckten Erfolgs sichern sollen und damit unmittelbar dem Leistungsvollzug dienen, zeichnen sich sekundäre Nebenpflichten regelmässig dadurch aus, dass sie keinen Austausch zum Gegenstand haben (z. B. Schutzpflichten).⁵⁴⁹ 323

Bezogen auf eine ADR-Vereinbarung sind neben der Hauptpflicht zur Einleitung des vorgesehenen ADR-Verfahrens insbesondere die Mitwirkung an der Ernennung der neutralen Drittperson bzw. des Gremiums, die Teilnahme an den Verhandlungen oder die Zahlung des für das Verfahren erforderlichen 324

⁵⁴³ Vgl. GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 5.

⁵⁴⁴ BUCHER, OR AT, 328; HUGUENIN, N 809; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 61.01; vgl. Art. 97 Abs. 2 OR; Art. 98 Abs. 1 OR; Art. 107 Abs. 2 OR.

⁵⁴⁵ HUGUENIN, N 103; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 4.24; WIEGAND, BSK OR 97 N 32; vgl. BERGER, Schuldrecht, N 226.

⁵⁴⁶ BUCHER, OR AT, 328; EIHOLZER, N 551; KOLLER, N 60.02 ff.

⁵⁴⁷ BERGER, Schuldrecht, N 225; HUGUENIN, N 99; KOLLER, N 2.58; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 4.22.

⁵⁴⁸ BGE 114 II 57 E. 6d/aa; GUHL/KOLLER, § 2 N 25; KOLLER, N 2.59; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 4.22.

⁵⁴⁹ BERGER, Schuldrecht, N 226; KOLLER, N 2.58; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 67.09.

Kostenvorschusses als primäre Nebenpflichten der Klage auf Erfüllung zugänglich.⁵⁵⁰ Anders gestaltet sich die Rechtslage bei den sekundären Nebenpflichten, insbesondere bei Schutzpflichten hinsichtlich der absolut geschützten Rechtsgüter des Vertragspartners, für welche keine Möglichkeit zur Klage auf Erfüllung besteht. Der Sinn einer solchen klageweisen Durchsetzung der Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten mag jedoch in der Praxis fraglich erscheinen. Ziel der ADR-Verfahren ist es schliesslich, die entstandenen Differenzen ausserhalb eines (schieds-)gerichtlichen Verfahrens gütlich beizulegen, was eine entsprechende Bereitschaft bei den beteiligten Parteien voraussetzt. Dazu sei an dieser Stelle lediglich der Hinweis gegeben, dass trotz anfänglich fehlender Bereitschaft zur Durchführung des ADR-Verfahrens dennoch oft ein Vergleich zwischen den Parteien geschlossen werden kann⁵⁵¹ und aufgrund der Drohkulisse der Erfüllungsklage möglicherweise die Mitwirkungsbereitschaft der Parteien erhöht wird.⁵⁵²

- 325 Aus der Schiedsvereinbarung ergeben sich ähnliche Verpflichtungen der Parteien.⁵⁵³ Verletzt eine Partei eine Mitwirkungs- oder Verfahrensförderungspflicht im Zusammenhang mit der Durchführung eines Schiedsverfahrens, sehen die schweizerische *lex arbitri* und viele Schiedsordnungen eine «indirekte» Durchsetzung der Pflichten vor.⁵⁵⁴ Diese indirekte Durchsetzung unterscheidet sich von der direkten Durchsetzung im Wege der Erfüllungsklage insofern, als eine sich pflichtwidrig verhaltende Partei «lediglich» prozessuale Nachteile erfährt.⁵⁵⁵ So kann etwa der (Partei-)Schiedsrichter durch ein staatliches Gericht ernannt werden, wenn die fehlbare Partei ihre Mitwirkung an der Konstitution des Schiedsgerichts verweigert (Art. 362 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 179 Abs. 2 IPRG).⁵⁵⁶ Weiter kann das Schiedsgericht regelmässig das Verfahren fortsetzen, sollte eine Partei ohne Vorbringen von ausreichenden Gründen nicht zur Verhandlung er-

⁵⁵⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 253 f.; FRIEDRICH, 130 f. und 168; SCHÜTZ, N 499. EIHOLZER, N 551 f. geht von einer natürlichen Vermutung des Ausschlusses der Zulässigkeit einer Erfüllungsklage durch die Parteien aus. Diese Auffassung wird vorliegend nicht geteilt, da die Einleitung des ADR-Verfahrens nicht freiwillig ist, siehe vorne, [N 203](#).

⁵⁵¹ FRIEDRICH, 130; PETER, BK ZPO N 19 Vorbem. Art. 213–218 m.w.H.

⁵⁵² ARNTZ, Eskalationsklauseln, 254; vgl. EIDENMÜLLER, 23; HACKE, 303. Die Initiierung des ADR-Verfahrens ist sodann nicht freiwillig, vgl. vorne, [N 203](#).

⁵⁵³ Vgl. GIRSBERGER, BSK ZPO 357 N 6; GRÄNICHER, BSK IPRG 178 N 5.

⁵⁵⁴ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 255; BERGER/KELLERHALS, N 312; vgl. LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 7–85.

⁵⁵⁵ BERGER/KELLERHALS, N 312; vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 255 f.

⁵⁵⁶ Siehe auch Art. 5 Ziff. 3 Swiss Rules of International Arbitration; Art. 5.6 LCIA Arbitration Rules; Art. 12 ICC Arbitration Rules.

scheinen,⁵⁵⁷ oder die fehlbare Partei verliert die Möglichkeit zur Erhebung der Schiedseinrede bei Nichtleistung des Vorschusses der mutmasslichen Verfahrenskosten.⁵⁵⁸ Die prozessualen Nachteile haben somit indirekt einschneidende Auswirkungen auf die Rechtslage der säumigen Partei.

b. Schadenersatzanspruch

Ungeachtet der Qualifikation einer Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflicht als Hauptpflicht bzw. primäre oder sekundäre Nebenpflicht kann deren Verletzung eine Schadenersatzpflicht aufgrund einer «positiven Vertragsverletzung» nach Art. 97 Abs. 1 OR auslösen.⁵⁵⁹ Die Geltendmachung einer Schadenersatzforderung gestaltet sich in der Praxis jedoch schwierig, da der Nachweis des durch die Verletzung einer Mitwirkungs- oder Verfahrensförderungspflicht erlittenen Schadens erforderlich ist. Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestimmt sich die Höhe des Schadens nach der Differenztheorie. Der Schaden entspricht nach dieser Theorie der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.⁵⁶⁰ Der Geschädigte soll so gestellt werden, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre.⁵⁶¹

Nach den vorherigen Ausführungen würde es derjenigen Partei, welche einen Schadenersatzanspruch geltend macht, obliegen, den Schaden zu beziffern (vgl. Art. 8 ZGB). Für die Geltendmachung im Zusammenhang mit der Verletzung der Pflichten einer ADR-Vereinbarung müsste beispielsweise die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand bei Nichtdurchführung des ADR-Verfahrens und dem Stand, den das Vermögen bei Durchführung des ADR-Verfahrens gehabt hätte, nachgewiesen werden.⁵⁶² Da die Parteien bei ADR-Verfahren jedoch nicht zur gütlichen Beilegung ihrer Streitigkeit ver-

⁵⁵⁷ So z. B. Art. 28 Ziff. 2 Swiss Rules of International Arbitration; Art. 15.8 LCIA Arbitration Rules; Art. 26 Ziff. 2 ICC Arbitration Rules. Weder die ZPO noch das IPRG enthalten Bestimmungen über die Säumnisfolgen, weshalb deren Regelung den Parteien bzw. dem Schiedsgericht obliegt (Art. 373 ZPO; Art. 182 IPRG).

⁵⁵⁸ Vgl. vorne, [N 205 ff.](#)

⁵⁵⁹ EIHOLZER, N 559; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2627 und 2638 f.; HUGUENIN, N 852; WIEGAND, BSK OR 97 N 25.

⁵⁶⁰ Statt vieler BGE 132 III 359 E. 4; 127 III 73 E. 4a; 120 II 296 E. 3b.

⁵⁶¹ BGer 4A_434/2007 vom 22. Februar 2008, E. 2.2.2; BERGER, Schuldrecht, N 1561; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2898.

⁵⁶² Der deutsche Bundesgerichtshof verpflichtete jüngst die Partei, welche an einem anderen als dem prorogierten Gericht klagte, zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe der Prozesskosten, die der anderen Partei entstanden sind, BGH III ZR 42/19 vom 17. Oktober 2019.

pflichtet sind, lassen sich das Zustandekommen eines Vergleichs sowie dessen Inhalt kaum prognostizieren.⁵⁶³

- 328 Neben der dargestellten Problematik des Anspruchs auf das positive Interesse kann allenfalls trotzdem der Ersatz des negativen Interesses verlangt werden.⁵⁶⁴ Erreicht wird durch den Ersatz des negativen Interesses, dass der Geschädigte so gestellt wird, als ob der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre.⁵⁶⁵ Ersetzt werden folglich frustrierte Aufwendungen, insbesondere die für den Vertragsschluss aufgewendeten Kosten (z. B. Reisekosten).⁵⁶⁶

c. Weitere Ansprüche

- 329 Neben den gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten besteht auch die Möglichkeit der Regelung der Rechtsfolgen durch die Parteien. Eine Alternative ist die Vereinbarung einer Konventionalstrafe gemäss Art. 160 ff. OR. Weiter können die Parteien festlegen, dass eine beim Vertragsabschluss geleistete Geldzahlung bei Verletzung der Pflichten in Form eines Haftgeldes nach Art. 158 OR beim Empfänger verbleiben soll. Die Vereinbarung solcher Sanktionen für den Fall der Missachtung der aus der Eskalationsklausel entstehenden Verpflichtungen stellt sodann ein starkes Indiz für das Vorhandensein eines Rechtsfolgengewillens dar.⁵⁶⁷
- 330 Bei der Vereinbarung einer Konventionalstrafe⁵⁶⁸ oder eines Haftgeldes haben die Parteien der rechtlichen Unabhängigkeit der Eskalationsklausel Rechnung zu tragen.⁵⁶⁹ Deshalb ist es bei der Redaktion der Konventionalstrafe bzw. des Haftgeldes empfehlenswert, explizit festzuhalten, dass die darin vorgesehene Rechtsfolge auch bei Verletzung der Eskalationsklausel und somit einer darin enthaltenen Vereinbarung eintreten soll. Lässt der Wortlaut diesbezüglich keine eindeutigen Schlüsse zu, muss die entsprechende Klausel anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls ausgelegt und der hypothetische Parteiwille bestimmt werden.⁵⁷⁰

⁵⁶³ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 256; vgl. HACKE, 332.

⁵⁶⁴ WIEGAND, BSK OR 97 N 39a.

⁵⁶⁵ BERGER, Schuldrecht, N 1562; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2899; HUGUENIN, N 874.

⁵⁶⁶ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 256; EIDENMÜLLER, 22; EIHOLZER, N 569 f.

⁵⁶⁷ Dies kann v.a. bei der Ermittlung des Rechtsfolgengewillens bei einer ADR-Vereinbarung von Bedeutung sein. Siehe vorne, [N 27](#).

⁵⁶⁸ Diese braucht nicht zwingend in einer Geldleistung zu bestehen, sondern kann auch einen Rechtsverlust beinhalten, BGE 135 III 433 E. 3.4.

⁵⁶⁹ Zur Unabhängigkeit siehe vorne, [N 157 ff.](#)

⁵⁷⁰ Vgl. BGE 122 III 420 E. 3; BENTELE, 44; BUCHER, OR AT, 526.

Zur Vermeidung der Problematik des Schadensnachweises⁵⁷¹ können die Parteien auch eine Schadenspauschale vereinbaren. Auf diese Weise wird der Nachweis des erlittenen Schadens insofern erleichtert oder je nach Wortlaut gar ersetzt, als der zu ersetzende Schaden im Voraus geschätzt wird.⁵⁷² Dadurch findet bei der widerlegbaren Pauschale im Ergebnis eine vertragliche Umkehrung der Beweislast statt.⁵⁷³ Soll nach dem Willen der Parteien eine unwiderlegbare Pauschale festgesetzt werden, entfällt der Schadensnachweis gänzlich, indem der geschätzte Schaden unwiderleglich als tatsächlich entstehender Schaden festgelegt wird.⁵⁷⁴ Im Unterschied zur Konventionalstrafe muss jedoch bei einer Schadenspauschale der Eintritt eines erlittenen Schadens nachgewiesen werden.⁵⁷⁵ Die Erleichterung betrifft m. a. W. ausschliesslich den Nachweis der Höhe des erlittenen Schadens.

331

Findet das Verfahren der letzten Streitbeilegungsstufe vor dem staatlichen Richter statt, kann dieser die Verletzung der Eskalationsklausel durch eine Partei bei der Verteilung der Prozesskosten berücksichtigen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).⁵⁷⁶ Der vertragsbrüchigen Partei kann demnach unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zumindest ein Teil der Prozesskosten auferlegt werden.

332

II. Vorzeitige Initiierung des (schieds-)gerichtlichen Verfahrens

A. Vorzeitige Initiierung des Schiedsverfahrens

Ruft eine Partei vorzeitig und in Verletzung der in der Eskalationsklausel vereinbarten Stufenabfolge das Schiedsgericht an, stellt sich die Frage, inwiefern es die Klage überhaupt behandeln darf. Als Ausfluss der «Kompetenz-Kompetenz» gemäss Art. 359 Abs. 1 ZPO und Art. 186 Abs. 1 IPRG befindet das Schiedsgericht selbst über den Einwand, die Einleitung des Schiedsverfahrens sei wegen der Nichteinhaltung der vorgesehenen Stufenabfolge der Verfahren unzulässig.⁵⁷⁷ Dem Schiedsgericht stehen diesbezüglich grundsätzlich drei

333

⁵⁷¹ Siehe vorne, [N 326 ff.](#)

⁵⁷² BENTELE, 19; BUCHER, OR AT, 525; KOLLER, N 82.10.

⁵⁷³ KOLLER, N 82.10; vgl. HUGUENIN, N 1256.

⁵⁷⁴ KOLLER, N 82.10.

⁵⁷⁵ BENTELE, 19; BUCHER, OR AT, 525; HUGUENIN, N 1256; KOLLER, N 82.10.

⁵⁷⁶ Vgl. HOFMANN/BAECKERT, BSK ZPO 107 N 9.

⁵⁷⁷ OGer ZH vom 11. September 2001, E. 3, in: ZR 101/2002, 78; ARNTZ, Eskalationsklauseln, 256; JOLLES, 335. Zur «Kompetenz-Kompetenz» vorne, [N 250 ff.](#)

Möglichkeiten offen: (i) Es kann sich für zuständig erklären und das Verfahren trotz Verletzung der Eskalationsklausel durchführen, (ii) einen Nichteintretensentscheid fällen oder (iii) die Klage «zurzeit» abzuweisen und das eingeleitete Schiedsverfahren sistieren. Der Entscheid für eine dieser Varianten hängt im Wesentlichen von der rechtlichen Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts ab.⁵⁷⁸

a. Die drei Möglichkeiten

i. Durchführung des Schiedsverfahrens

334 Das Schiedsgericht wird sich für zuständig erklären und das Schiedsverfahren trotz der Nichteinhaltung der in der Eskalationsklausel vorgesehenen Stufenabfolge durchführen, wenn es den dilatorischen Klageverzicht als materiell-rechtliche Vereinbarung qualifiziert. Bei Vorliegen eines entsprechenden Parteiwillens ist der dilatorische Klageverzicht in diesen Fällen als Eigenschaft der Klageforderung zu betrachten und über die Folgen der Missachtung ausschliesslich im Sachurteil zu entscheiden.⁵⁷⁹ Die Verletzung des dilatorischen Klageverzichts kann dann allenfalls zur Abweisung der Klage oder zu anderen sich aus dem materiellen Recht ergebenden Nachteilen führen.⁵⁸⁰ Denkbar wäre beispielsweise eine Abweisung der Klage in jenen Fällen, in denen die klageweise geltend gemachte Forderung selbst an die aufschiebende Bedingung des Durchlaufs der dem Schiedsverfahren vorangehenden Streitbeilegungsstufen gekoppelt wurde.⁵⁸¹ Der entsprechende Parteiwillen wird jedoch nur selten vorliegen, womit der dilatorische Klageverzicht in den allermeisten Fällen nicht als Eigenschaft der Klageforderung zu betrachten ist.⁵⁸²

335 Als Folge der fehlenden Auswirkung des dilatorischen Klageverzichts auf die Klageforderung, d. h. die Forderung des Hauptvertrags, begründet dieser keine Verpflichtung des Hauptvertrags, sondern ist in erster Linie für die Eskalationsklausel von Bedeutung.⁵⁸³ In dieser Funktion als materiell-rechtliche Vereinbarung soll der dilatorische Klageverzicht keine Prozessvoraussetzung darstellen, sondern vielmehr den Prozess vor dem Schiedsgericht durch die Verpflichtung zur Durchführung der vorgesehenen ADR-Verfahren verhin-

⁵⁷⁸ Zur rechtlichen Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts, vorne, [N 87 ff.](#)

⁵⁷⁹ EIHOLZER, N 657 und 662.

⁵⁸⁰ KassGer ZH vom 15. März 1999, in: ZR 99/2000, 87; WALTHER, AJP 2001, 762.

⁵⁸¹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 108; EIHOLZER, N 673; VOSER, ASA Bull. 2002, 376; vgl. FRIEDRICH, 180.

⁵⁸² EIHOLZER, N 673; vgl. FRIEDRICH, 180; VOSER, ASA Bull. 2002, 376 (Fn. 4).

⁵⁸³ EIHOLZER, N 660 und 665.

dern.⁵⁸⁴ Im Ergebnis wird das *pactum de non petendo* demnach wie jeder andere privatrechtliche Vertrag behandelt.

Damit zusammenhängend wird die Verpflichtung zur Durchführung des Verfahrens vor dem angerufenen Schiedsgericht mit der Natur der ADR-Verfahren begründet. Der Grund für die jederzeit zulässige Klageerhebung liegt in der nicht bindenden und nicht exklusiven Natur der ADR-Verfahren, deren Durchführung immer auf der Freiwilligkeit der Parteien beruht.⁵⁸⁵ Aufgrund dessen darf der Zugang zu den (Schieds-)Gerichten zur Erlangung eines autoritativen Entscheids nicht eingeschränkt werden und das Erfüllen der Eskalationsklausel keine Prozessvoraussetzung bilden.⁵⁸⁶ 336

Die Rechtsfolge der Verletzung der in der Eskalationsklausel vereinbarten Abfolge der unterschiedlichen Streitbeilegungsverfahren ergibt sich konsequenterweise ebenfalls aus dem materiellen Recht. Folglich haben die Parteien neben dem Erfüllungsanspruch auch einen Anspruch auf Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1 OR).⁵⁸⁷ Besonders hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs ergeben sich für die Parteien beim Nachweis des erlittenen Schadens die gleichen Probleme wie bei dessen Geltendmachung aufgrund der Verletzung von Mitwirkungs- oder Verfahrensförderungspflichten.⁵⁸⁸ Der Erfüllungsanspruch zur Einleitung des ADR-Verfahrens stellt für die betroffene Partei kaum eine befriedigende Lösung dar. Schliesslich müssten das ADR-Verfahren und das Schiedsverfahren mangels prozessualer Wirkung des dilatorischen Klageverzichts parallel (weiter-)geführt werden. 337

ii. Nichteintretensentscheid durch das Schiedsgericht

Ein Nichteintretensentscheid aufgrund der Verletzung der in der Eskalationsklausel vorgesehenen Stufenabfolge kann dann ergehen, wenn das Schiedsgericht den dilatorischen Klageverzicht als prozessrechtliche Vereinbarung qualifiziert. In diesem Fall wird in ihm ein prozessuales Verpflichtungsgeschäft gesehen, dass den Parteien im Sinne einer Prozessvoraussetzung für eine bestimmte Dauer die Einleitung einer Klage vor dem Schiedsgericht verbietet.⁵⁸⁹ 338

⁵⁸⁴ EIHOLZER, N 665.

⁵⁸⁵ WALTHER, AJP 2001, 762; vgl. STACHER, Schiedsgerichtsbarkeit, N 262.

⁵⁸⁶ WALTHER, AJP 2001, 762; vgl. EIHOLZER, N 671; STACHER, Schiedsgerichtsbarkeit, N 262 f.

⁵⁸⁷ KassGer ZH vom 15. März 1999, in: ZR 99/2000, 87; BOOG, ASA Bull. 2008, 107; EIHOLZER, N 649; STACHER, Schiedsgerichtsbarkeit, N 263; VOSER, ASA Bull. 2002, 376 f.

⁵⁸⁸ Dazu vorne, [N 326 ff.](#) Siehe auch JOLLES, 336; VOSER, ASA Bull. 2002, 377.

⁵⁸⁹ OGer ZH vom 11. September 2001, in: ZR 101/2002, 77 ff.; RÜEDE/HADENFELDT, 27; SCHÜTZ, N 476; vgl. OGer TG vom 23. April 2001, in: ASA Bull. 2003, 418 ff.; VOSER, ASA Bull. 2002, 377 f.

- 339 Diese Lehrmeinung lässt sich mit der Autonomie der Parteien zur Festsetzung der für die Durchführung des Schiedsverfahrens notwendigen Prozessvoraussetzungen begründen. Neben den ausdrücklich in den entsprechenden Gesetzen vorgesehenen Prozessvoraussetzungen (z. B. die objektive Schiedsfähigkeit der Streitsache⁵⁹⁰), können die Parteien diese auch selbst definieren.⁵⁹¹ Im Ergebnis wird der Zugang der Parteien zum Schiedsgericht geregelt. M. a. W. regelt der dilatorische Klageverzicht den Verlauf des Verfahrens und betrifft den Rechtsschutz. Für den Sachentscheid über den Streitgegenstand ist er dagegen nicht relevant. Daraus ergibt sich, dass der dilatorische Klageverzicht als prozessrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist.⁵⁹²
- 340 Die Rechtsfolge der Nichteinhaltung der vereinbarten Stufenabfolge innerhalb der Eskalationsklausel ergibt sich als Folge der prozessrechtlichen Qualifikation des *pactum de non petendo* aus dem Prozessrecht. Materielles Recht findet auf Prozessverträge nur dann (analog) Anwendung, wenn das Prozessrecht keine entsprechende Bestimmung enthält.⁵⁹³ Nun ergibt sich die Rechtsfolge des Fehlens einer Prozessvoraussetzung aus dem Prozessrecht: Das Schiedsgericht hat auf Einrede einer Partei hin einen Nichteintretensentscheid zu fällen.⁵⁹⁴ Ein Rückgriff auf die u. U. schwierig geltend zu machenden materiellrechtlichen Ansprüche entfällt damit. Ungeachtet dessen zieht jedoch auch dieser Lösungsansatz gegebenenfalls problematische Rechtsfolgen für die Parteien nach sich. Erwähnt sei zunächst der Umstand, dass durch den Nichteintretensentscheid das Mandat der Schiedsrichter ebenfalls beendet wird.⁵⁹⁵ Dementsprechend sind diese nach dem Abschluss der nachgeholten ADR-Verfahren neu zu ernennen, wobei aus Gründen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit die Frage aufkommen kann, ob die ursprünglichen Schiedsrichter erneut ernannt werden dürfen.⁵⁹⁶ Weiter können beiden Parteien durch den Nichteintretensentscheid und die Wiedereinleitung des Schiedsverfahrens erhebliche Kosten, etwa durch den dadurch verursachten erhöhten Zeitaufwand, entstehen.⁵⁹⁷ Schliesslich könnte sich eine Partei mit einer Situation

⁵⁹⁰ Dazu vorne, [N 122 ff.](#)

⁵⁹¹ STACHER, AJP 2013, 116; VOSER, ASA Bull. 2002, 380; vgl. BGer 4A_18/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.2; BERGER/KELLERHALS, N 582. Vgl. auch Art. 373 Abs. 1 ZPO und Art. 182 Abs. 1 IPRG.

⁵⁹² Vgl. SCHÜTZ, N 453; STACHER, AJP 2013, 116 (Fn. 69); STACHER, Schiedsvereinbarung, N 60 f.; offengelassen in BGer 4A_46/2011 vom 16. Mai 2011, E. 3.4 in fine.

⁵⁹³ Siehe vorne, [N 150 ff.](#)

⁵⁹⁴ BOOG, ASA Bull. 2008, 107; GÖKSU, N 1528; JOLLES, 336; RÜEDE/HADENFELDT, 228; VOSER, ASA Bull. 2002, 380 f.

⁵⁹⁵ BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1; BOOG, ASA Bull. 2008, 109.

⁵⁹⁶ BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1; BOOG, ASA Bull. 2008, 109; JOLLES, 336.

⁵⁹⁷ BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1; BOOG, ASA Bull. 2008, 109.

konfrontiert sehen, in der ihr eine rechtzeitige Geltendmachung der Forderung zur Verhinderung der Verjährung nicht mehr möglich ist.⁵⁹⁸

iii. Sistierung des Schiedsverfahrens oder Abweisung der Klage als zurzeit unzulässig

Eine dritte mögliche Rechtsfolge liegt darin, das Schiedsverfahren zu sistieren, bis die Parteien die der letzten Streitbeilegungsstufe vorausgehenden ADR-Verfahren durchlaufen haben, oder die Klage vor diesem Zeitpunkt als zurzeit unzulässig abzuweisen. Anstatt eines Nichteintretensentscheids erklärt sich das Schiedsgericht demnach bloss als «zurzeit» unzuständig («Unzuständigkeit *ratione temporis*»).

Befürworter dieser Rechtsfolge bringen Praktikabilitätsgründen und v. a. die Interessenlage der Parteien vor, welche für eine Sistierung des Schiedsverfahrens gepaart mit der Anweisung zur Durchführung der ADR-Verfahren sprechen.⁶⁰⁰ Die Praktikabilitätsgründe ergeben sich primär aus den mit den anderen beiden Lösungsansätzen verbundenen Nachteilen. Der Schadensnachweis zur Durchsetzung einer Schadenersatzforderung wird kaum gelingen und ein Nichteintretensentscheid führt zu Problemen im Zusammenhang mit dem Schiedsrichtermandat, den zusätzlichen Kosten sowie der Verjährung.⁶⁰¹ Nach dem Parteiwillen soll das Schiedsverfahren lediglich als *ultima ratio* durchgeführt werden. Der Interessenlage der Parteien bei Abschluss einer Eskalationsklausel entspricht es daher, wenn das angerufene Schiedsgericht seine Zuständigkeit bis zum Abschluss der vorausgehenden Streitbeilegungsstufen ablehnt.⁶⁰² Im Ergebnis führt dies nach den vorherigen Ausführungen dazu, dass die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens als durch die Durchführung der vorangehenden Stufen der Eskalationsleiter aufschiebend bedingt vereinbart zu betrachten ist.⁶⁰³

Die Sistierung des Schiedsverfahrens zwecks Durchführung der vorgesehenen ADR-Verfahren erfolgt nicht von Amtes wegen, sondern bloss auf Einrede ei-

⁵⁹⁸ BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1; BOOG, ASA Bull. 2008, 109; VOSER, ASA Bull. 2002, 378 f. Siehe zur Verjährung ausführlich hinten, [N 511 ff.](#)

⁵⁹⁹ BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1; BERGER/KELLERHALS, N 584; BOOG, ASA Bull. 2008, 109; JOLLES, 336 f.; POUDRET/BESSON, N 13; VOSER, ASA Bull. 2002, 379.

⁶⁰⁰ BOOG, ASA Bull. 2008, 108 f.; JOLLES, 336 f.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 5.23; LIATOWITSCH/MENZ, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 326 f.; vgl. BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1.

⁶⁰¹ Siehe bereits vorne, [N 338 ff.](#)

⁶⁰² KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 5.23; LIATOWITSCH/MENZ, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 326; VOSER, ASA Bull. 2002, 380; vgl. BOOG, ASA Bull. 2008, 109.

⁶⁰³ Dazu eingehend hinten, [N 350 ff.](#)

ner der Parteien.⁶⁰⁴ Mit der Sistierung sollte das Schiedsgericht den Parteien eine Maximalfrist für die Durchführung der ADR-Verfahren setzen sowie die genauen Bedingungen für die Fortsetzung des Schiedsverfahrens festlegen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die sich der Eskalationsklausel widersetzen-
zende Partei der sich konform verhaltenden Partei dauerhaft den Zugang zum Schiedsgericht versperrt.⁶⁰⁵

b. Stellungnahme

i. Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts

- 344 Bevor über die konkrete Rechtsfolge der Verletzung der in der Eskalationsklausel vorgesehenen Stufenabfolge der Streitbeilegungsverfahren und des dieses sicherstellenden dilatorischen Klageverzichts diskutiert werden kann, hat die Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts zu erfolgen.
- 345 Die Parteien wollen durch den Abschluss einer Eskalationsklausel einen stufenweisen Ablauf des Verfahrens zur Erledigung allfälliger Konflikte für verbindlich erklären. Durch diese Abfolge von getrennten Verfahren und die damit verbundene «Filterfunktion» soll das Streitbeilegungsverfahren möglichst effizient sein und teure sowie langjährige Verfahren sollen vor (Schieds-)Gerichten lediglich als *ultima ratio* durchgeführt werden.⁶⁰⁶ Sichergestellt wird die Abfolge der Eskalationsleiter durch den dilatorischen Klageverzicht, mit welchem die Parteien die Einleitung des nachfolgenden Verfahrens für einen gewissen Zeitraum ausschliessen wollen.⁶⁰⁷ Demzufolge befasst sich der dilatorische Klageverzicht mit dem Rechtsschutz, d. h., der Gegenstand würde mangels einer diesbezüglichen Vereinbarung vom Prozessrecht geregelt. Schliesslich könnte ansonsten, andere Parteivereinbarungen vorbehalten, jederzeit Klage vor dem zuständigen Schiedsgericht erhoben werden. M. a. W. regelt der dilatorische Klageverzicht den Verlauf des Verfahrens.
- 346 Darüber hinaus bestanden zwischen den Vertragsparteien bereits vor dem Abschluss der in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen Kontakte in Form der Verhandlung des Hauptvertrags bzw. des Rechtsverhältnisses, dessen Ansprüche von der objektiven Reichweite der Eskalationsklausel erfasst sind, welche mithilfe des mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens beurteilt

⁶⁰⁴ RÜEDE/HADENFELDT, 27; VOSER, ASA Bull. 2002, 380.

⁶⁰⁵ BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1; BOOG, ASA Bull. 2008, 109; JOLLES, 337.

⁶⁰⁶ Vgl. vorne, [N 2 ff.](#)

⁶⁰⁷ Siehe vorne, [N 22.](#)

werden sollen.⁶⁰⁸ Da der dilatorische Klageverzicht keine Auswirkungen auf die materiell-rechtlichen Ansprüche der Parteien zeitigt, ist dieser für den Entscheid in der Sache nicht relevant. Es dürfte kaum von den Parteien beabsichtigt sein, die materiellen Ansprüche von der Einhaltung des dilatorischen Klageverzichts abhängig zu machen. Andernfalls könnte beispielsweise argumentiert werden, dass die Leistungen des Hauptvertrags erst nach der Durchführung der vorgeschalteten Verfahren fällig werden und dem Gläubiger allenfalls keine Verzugsansprüche zustehen.⁶⁰⁹ Der eingeklagte Anspruch besteht damit trotz Vereinbarung des dilatorischen Klageverzichts.

Die Einordnung des dilatorischen Klageverzichts als prozessuale Vereinbarung entspricht im Regelfall auch den Interessen der Parteien.⁶¹⁰ Das gegenüber den ADR-Verfahren als weniger effizient eingestufte Schiedsverfahren soll nur dann durchgeführt werden, wenn der vorgängige Versuch zur gütlichen Beilegung der Differenz scheitert. Ohne prozessuale Wirkung des dilatorischen Klageverzichts könnten nun aber die Stufen der ADR-Verfahren «übersprungen» und das Schiedsverfahren könnte jederzeit eingeleitet und durchgeführt werden, was im Widerspruch zum Zweck der Eskalationsklausel steht. Die Verletzung des dilatorischen Klageverzichts bliebe aufgrund der Qualifikation als materiell-rechtlicher Vertrag oft sanktionslos.⁶¹¹ 347

Auch das UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation geht in Art. 13 von einer prozessualen Wirkung des dilatorischen Klageverzichts aus (Hervorhebungen hinzugefügt): 348

*«Where the parties have agreed to conciliate and have expressly undertaken not to initiate in a specified period of time or until a specified event has occurred arbitral or judicial proceedings with respect to an existing or future dispute, such an undertaking **shall be given effect by the arbitral tribunal or the court** until the terms of the undertaking have been complied with [...].»*

Nach den vorherigen Ausführungen ist der dilatorische Klageverzicht m. E. als Vertrag des Prozessrechts zu qualifizieren.⁶¹² 349

⁶⁰⁸ Für diese Voraussetzungen des Prozessvertrags siehe STACHER, Schiedsvereinbarung, N 61.

⁶⁰⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 117; WAGNER, Prozessverträge, 425 f.; vgl. BUCHER, OR AT, 404. Dies käme im Ergebnis einer Stundung gleich.

⁶¹⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 116; BOOG, ASA Bull. 2008, 108.

⁶¹¹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 116; JOLLES, 330.

⁶¹² GL.M. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 131; BERGER, in: FS Schlosser, 25; SCHÜTZ, N 453; FRIEDRICH, 179; HACKE, 119; SCHÜTZ, N 456; STACHER, AJP 2013, 116 (Fn. 69); WAGNER, Prozessverträge, 426; vgl. BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1. Siehe auch bereits vorne, [N 87 ff.](#)

ii. *Rechtsfolge der vorzeitigen Initiierung des Schiedsverfahrens*

Ausgangslage

- 350 Nachdem der dilatorische Klageverzicht als prozessrechtliche Vereinbarung qualifiziert wurde, können in einem nächsten Schritt die konkreten Rechtsfolgen der vorzeitigen Initiierung des Schiedsverfahrens dargestellt werden. Infrage kommt dabei neben den eingangs erwähnten Möglichkeiten des Nichteintretens, der Sistierung des Verfahrens bzw. der Abweisung der Klage als zurzeit unzulässig auch die Sanktionslosigkeit der Verletzung der in der Eskalationsklausel vorgesehenen Stufenabfolge.
- 351 Die Sanktionslosigkeit der vorzeitigen Initiierung des Schiedsverfahrens, d. h. dessen Durchführung ungeachtet der Nichteinhaltung des dilatorischen Klageverzichts, steht möglicherweise bereits im Konflikt mit dem vertragsrechtlichen Grundsatz des *pacta sunt servanda*. Aus der Möglichkeit zum rechtsgültigen Abschluss des dilatorischen Klageverzichts⁶¹³ folgt, dass dieser grundsätzlich auch einzuhalten ist. Diesem Prinzip der Vertragstreue widerspricht es, wenn sich das Schiedsgericht weigert, eine Vertragsklausel anzuwenden, obwohl es davon ausgeht, dass diese die Parteien bindet, oder umgekehrt aus einer Klausel eine Verpflichtung ableitet, obwohl es diese für unverbindlich erachtet.⁶¹⁴ Anders ausgedrückt muss das Schiedsgericht demnach eine Bestimmung der Vereinbarung angewendet bzw. deren Anwendung verweigert und sich damit widersprüchlich gegenüber dem Ergebnis der eigenen Auslegung hinsichtlich der Existenz oder des Inhalts der strittigen Vereinbarung verhalten haben.⁶¹⁵ Der Vorgang der Auslegung der Vereinbarung sowie die daraus gezogenen Schlüsse werden hingegen nicht vom Grundsatz des *pacta sunt servanda* erfasst.⁶¹⁶ Von dessen Schutzbereich

⁶¹³ Siehe vorne, [N 150 ff.](#)

⁶¹⁴ BGer 4A_532/2016 vom 30. Mai 2017, E. 3.2.2; BGer 4A_522/2016 vom 2. Dezember 2016, E. 3.2.2; BGer 4A_319/2015 vom 5. Januar 2016, E. 4.1; BGer 4A_634/2015 vom 21. Mai 2015, E. 5.1.1.

⁶¹⁵ BGer 4A_532/2016 vom 30. Mai 2017, E. 3.2.2; BGer 4A_522/2016 vom 2. Dezember 2016, E. 3.2.2; BGer 4A_319/2015 vom 5. Januar 2016, E. 4.1; BGer 4A_634/2015 vom 21. Mai 2015, E. 5.1.1.

⁶¹⁶ BGer 4A_532/2016 vom 30. Mai 2017, E. 3.2.2; BGer 4A_522/2016 vom 2. Dezember 2016, E. 3.2.2; BGer 4A_319/2015 vom 5. Januar 2016, E. 4.1; BGer 4A_634/2015 vom 21. Mai 2015, E. 5.1.1.

ausgeschlossen sind insbesondere nahezu sämtliche sich aus der Vertragsverletzung ergebenden Rechtsstreitigkeiten.⁶¹⁷

Sieht das Schiedsgericht den dilatorischen Klageverzicht als rechtswirksam und verbindlich an, muss es diesen somit zur Vermeidung einer Verletzung des Prinzips der Vertragstreue auch anwenden. Die eingangs umschriebene Sanktionslosigkeit dürfte dennoch keinen Verstoss gegen den Grundsatz des *pacta sunt servanda* Wie sich aus der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt, sind die aus dem dilatorischen Klageverzicht gezogenen Schlüsse (inkl. der Rechtsstreitigkeiten aus dessen Verletzung) nicht vom Grundsatz erfasst. Das Schiedsgericht kann somit den dilatorischen Klageverzicht als wirksam erachten, jedoch mittels Auslegung zum Schluss kommen, dass dieser keinen Einfluss auf den Fortgang des Schiedsverfahrens hat, ohne dabei gegen das Prinzip der Vertragstreue zu verstossen. Dennoch handelt es sich dabei m. E. um keine angemessene Rechtsfolge, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird.⁶¹⁸ 352

Im (internationalen) Rechtsverkehr sind Verträge im Zweifelsfall so auszulegen, dass ihre praktische Wirksamkeit («effet utile») sichergestellt wird.⁶¹⁹ Eine Auslegung des in einer Eskalationsklausel enthaltenen dilatorischen Klageverzichts hat sich ebenfalls am «effet utile» zu orientieren. Die Einräumung der praktischen Wirksamkeit hat wiederum zur Folge, dass sich der dilatorische Klageverzicht aufgrund seiner prozessualen Natur in einer Form auf das Schiedsverfahren auswirken muss.⁶²⁰ Damit sind erneut die Möglichkeiten des Nichteintretens auf die Schiedsklage, der Klageabweisung als zurzeit unzulässig und der Sistierung des Schiedsverfahrens bis zur Durchführung der vorangehenden ADR-Verfahren angesprochen. Die Wahl einer dieser Rechtsfolgen hängt neben dem (hypothetischen) Parteiwillen im Wesentlichen davon ab, ob die Einhaltung die Zuständigkeit («jurisdiction») des Schiedsgerichts oder die Zulässigkeit («admissibility») des Schiedsverfahrens betrifft. Dementsprechend kommt der Unterscheidung der beiden Begriffe «jurisdiction» und «admissibility» entscheidendes Gewicht zu. 353

Unter «jurisdiction» wird die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, d. h. die von den Parteien mittels Abschluss der Schiedsvereinbarung eingeräumte Befugnis 354

⁶¹⁷ BGer 4A_532/2016 vom 30. Mai 2017, E. 3.2.2; BGer 4A_522/2016 vom 2. Dezember 2016, E. 3.2.2; BGer 4A_319/2015 vom 5. Januar 2016, E. 4.1; BGer 4A_634/2015 vom 21. Mai 2015, E. 5.1.1.

⁶¹⁸ Vgl. auch bereits vorne, [N 203](#).

⁶¹⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 132; OETIKER/WEIBEL/FOUNTOULAKIS, BSK LugÜ N 62 Einleitung.

⁶²⁰ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 131.

zur hoheitlichen Entscheidung über die vorgelegte Streitigkeit, verstanden.⁶²¹ Bei erfolgreicher Einrede der fehlenden Zuständigkeit hätte dies somit zur Folge, dass die Klage nicht vor das angerufene Schiedsgericht gebracht werden könnte.⁶²² Die «admissibility» beschäftigt sich hingegen mit der Zulässigkeit des Schiedsverfahrens, d. h. mit dem Vorliegen der weiteren «Prozessvoraussetzungen».⁶²³ Ist die Einrede der fehlenden Zulässigkeit der Schiedsklage erfolgreich, darf das Schiedsverfahren somit (zurzeit) nicht durchgeführt werden.⁶²⁴

Im Regelfall sollte das Schiedsgericht das Verfahren sistieren

- 355 In aller Regel haben sich die Parteien mit dem Abschluss der in einer Eskalationsklausel enthaltenen Schiedsvereinbarung endgültig für das Verfahren vor einem Schiedsgericht als letzte Streitbeilegungsstufe entschieden. Daher wird es kaum ihrem (hypothetischen) Willen entsprechen, den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit von der Durchführung der vorangehenden ADR-Verfahren im Sinne einer aufschiebenden Bedingung abhängig zu machen. Der in der Eskalationsklausel enthaltene dilatorische Klageverzicht soll ausschliesslich die Einhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter mit dem Schiedsverfahren als *ultima ratio* sicherstellen.⁶²⁵ Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts lässt sich darüber hinaus lediglich in Bezug auf ein anderes mit autoritativen Entscheidungsbefugnissen ausgestattetes Schiedsgericht oder staatliches Gericht anfechten.⁶²⁶ In der vorliegenden Konstellation würde die Zuständigkeit des Schiedsgerichts jedoch zugunsten der im spezifischen ADR-Verfahren vorgesehenen neutralen Drittperson oder gar der Parteien selbst verneint. Dadurch entsteht, wenn auch nur für eine vorübergehende Dauer, ein unzulässiges Vakuum der Rechtsprechungsbezugnis.⁶²⁷ Die erfolgreich erhobene Einrede der Nichteinhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter führt demnach nicht zur fehlenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts, sondern berührt die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens in zeitlicher Hinsicht.

⁶²¹ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 687 f.; GIRSBERGER/VOSER, N 564 f.; GÖKSU, 1156 f.

⁶²² PAULSSON J., in: FS Briner, 617; vgl. SCHLAEPFER, Les Cahiers de l'Arbitrage 2013, 331.

⁶²³ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 582 und 678.

⁶²⁴ PAULSSON J., in: FS Briner, 617; vgl. SCHLAEPFER, Les Cahiers de l'Arbitrage 2013, 332.

⁶²⁵ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 133.

⁶²⁶ SCHLAEPFER, Les Cahiers de l'Arbitrage 2013, 333. Dies ergibt sich aus den prozessualen Mindestgarantien, insbesondere aus der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Dazu vorne, [N 140 ff.](#)

⁶²⁷ SCHLAEPFER, Les Cahiers de l'Arbitrage 2013, 333 f.; vgl. STACHER, Schiedsgerichtsbarkeit, N 261.

Wie schon erwähnt, verhält es sich nur in den Ausnahmefällen, in denen die Schiedsvereinbarung als unter der aufschiebenden Bedingung der Durchführung der vorangehenden Streitbeilegungsstufen abgeschlossen zu gelten hat, anders. Dann befindet sich die Schiedsvereinbarung bis zur Erfüllung der Bedingung, d. h. bis zum Abschluss der ADR-Verfahren, in einem Schwebezustand und entfaltet keine Rechtswirkungen (Art. 151 Abs. 2 OR). Entsprechend fehlt es an der Zuständigkeit des Schiedsgerichts, denn diese beruht auf der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung. Die erfolgreich erhobene Einrede der Nichteinhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter führt in diesen Fällen dazu, dass das Schiedsgericht seine Zuständigkeit zu verneinen hat. Mangels einer ausdrücklichen entsprechenden Parteivereinbarung handelt es sich bei dieser Betrachtungsweise angesichts des hypothetischen Parteiwillens um den Ausnahmefall.⁶²⁸ Die Entscheidung der Parteien für die Durchführung eines Schiedsverfahrens und den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit ist von grosser Tragweite. Dieser Entscheid wird bewusst unter Abwägung der Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit getroffen, wobei etwa die Wahl eines neutralen Gerichtsorts, die Vertraulichkeit oder die besser gewährleistete Vollstreckung des Schiedsspruchs von Bedeutung sind.⁶²⁹ Der Schwebezustand der Schiedsvereinbarung und damit der Zuständigkeit des Schiedsgerichts stehen im Widerspruch zu diesem bewussten Entscheid der Parteien. Anders liesse sich die Rechtslage allenfalls dann interpretieren, wenn die letzte Streitbeilegungsstufe als alternative Schiedsvereinbarung ausgestaltet und im Zeitpunkt des Abschlusses der Eskalationsklausel noch keine endgültige Entscheidung zugunsten der Schiedsgerichtsbarkeit gefallen ist.⁶³⁰

356

Nach den vorherigen Erwägungen betrifft die Einhaltung der in der Eskalationsklausel vereinbarten Eskalationsleiter, d. h. die Beachtung des an die ADR-Verfahren gekoppelten dilatorischen Klageverzichts, in den meisten Fällen die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens. Der Erlass eines Nichteintretensentscheids durch das Schiedsgericht fällt damit regelmässig ausser Betracht.

357

Die Abweisung der Schiedsklage als zurzeit unzulässig führt im Zusammenhang mit dem Schiedsrichtermandat, dem Zeit- und Kostenaufwand sowie der Verjährung zu denselben Problemen wie der Erlass eines Nichteintretensentscheids.⁶³¹ Die Schiedsklage bei Verletzung des dilatorischen Klageverzichts als

358

⁶²⁸ Vgl. bereits die Ausführungen zur Unabhängigkeit der einzelnen Streitbeilegungsstufen zueinander in N 158 ff.

⁶²⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 133.

⁶³⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 134.

⁶³¹ Dazu vorne, [N 338 ff.](#)

zurzeit unzulässig abzuweisen, ist daher mit den Parteiinteressen ebenfalls nur schwer vereinbar und von den Parteien kaum beabsichtigt. Zudem hat der dilatorische Klageverzicht keinen Einfluss auf den Bestand des eingeklagten Anspruchs.⁶³² Eine Abweisung der Schiedsklage als zurzeit unzulässig fällt daher ausser Betracht.⁶³³ Die Sistierung des Schiedsverfahrens bis zum Zeitpunkt der Nachholung des vorangehenden ADR-Verfahrens ist dementsprechend die zu bevorzugende Lösung.

- 359 Weder die ZPO noch das IPRG enthalten Bestimmungen, welche die Sistierung des Schiedsverfahrens oder andere Rechtsfolgen bei Verletzung des dilatorischen Klageverzichts anordnen. Nach Art. 373 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 182 Abs. 1 IPRG sind die Parteien berechtigt, das schiedsgerichtliche Verfahren selbst oder durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung zu regeln. Ihnen steht es folglich primär offen, die Sistierung des Schiedsverfahrens für den erwähnten Fall ausdrücklich vorzuschreiben.⁶³⁴ In der Praxis dürfte es jedoch häufiger vorkommen, dass die Parteien die Möglichkeit zur Sistierung des Schiedsverfahrens bei Verletzung der in der Eskalationsklausel vorgesehenen Abfolge der Streitbeilegungsverfahren nicht explizit vorgesehen haben. Auch die institutionellen Schiedsordnungen regeln diesen Sachverhalt, soweit dies ersichtlich ist, nicht ausdrücklich. Entsprechend obliegt es häufig dem Schiedsgericht, das Verfahren zumindest in diesem Punkt festzulegen (Art. 373 Abs. 2 ZPO; Art. 182 Abs. 2 IPRG). Die Voraussetzungen für eine Sistierung des Schiedsverfahrens können somit durch die Schiedsrichter mittels einer prozessleitenden Verfügung festgelegt werden, solange der Ordre public gemäss Art. 373 Abs. 4 ZPO bzw. Art. 182 Abs. 3 IPRG nicht verletzt wird. Eine Sistierung des Schiedsverfahrens wegen Verletzung des dilatorischen Klageverzichts ist dementsprechend bei Fehlen einer entgegengesetzten Parteivereinbarung im Lichte der Verfahrensregelung durch die Schiedsrichter möglich.⁶³⁵ Zur Verhinderung von (weiteren) Verzögerungstaktiken sollte das Schiedsgericht mit der Sistierung den Parteien eine Frist setzen, innert welcher die übersprungenen ADR-Verfahren nachgeholt werden müssen, sowie festlegen, unter welchen Bedingungen das Schiedsverfahren fortgesetzt wird.⁶³⁶

⁶³² Siehe vorne, [N 346](#).

⁶³³ EIHOLZER, N 673; vgl. MEIER, 229; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 23 N 1.

⁶³⁴ Vgl. auch vorne, [N 145 f.](#)

⁶³⁵ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 134; BERGER/KELLERHALS, N 1183; GÖKSU, N 1975 f.; vgl. GABRIEL/BUHR, BK ZPO 373 N 41.

⁶³⁶ BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1; BOOG, ASA Bull. 2008, 109; JOLLES, 337.

Die Sistierung des Schiedsverfahrens erfolgt ausschliesslich auf Antrag einer Partei. Das Schiedsgericht darf diese nicht von Amtes wegen anordnen.⁶³⁷ Unterlassen die Parteien die Erhebung der Einrede der Nichteinhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter, hat diese als verwirkt zu gelten und kann im späteren Verlauf des Schiedsverfahrens nicht mehr vorgebracht werden. Dies ergibt sich aus dem aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) abgeleiteten Prinzip, dass Verfahrensmängel bei Kenntnis sofort gerügt werden müssen und nicht im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittel gegen den Schiedsentscheid «aufgespart» werden dürfen (vgl. Art. 373 Abs. 6 ZPO).⁶³⁸ Die Verletzung des dilatorischen Klageverzichts ist den Parteien bei der Einleitung des Schiedsverfahrens bekannt. Deshalb ist zu fordern, dass die entsprechende Einrede vor Einlassung in der Hauptsache erhoben wird.⁶³⁹

Nach diesen Ausführungen hat das Schiedsgericht m. E. das Verfahren auf Einrede einer Partei bei Verletzung der vereinbarten Eskalationsleiter, d. h. des dilatorischen Klageverzichts, zu sistieren.⁶⁴⁰ Ein Nichteintretensentscheid des Schiedsgerichts ist nur dann angebracht, wenn aus der Eskalationsklausel klar hervorgeht, dass die Schiedsvereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung der Durchführung der vorangehenden ADR-Verfahren geschlossen wurde.

c. Prozessverbote

Für die Parteien mag sich in solchen Sachverhalten die Frage nach der Möglichkeit der Anrufung des vereinbarten Schiedsgerichts zwecks Erlass eines Prozessverbots ergeben. Mit dieser Massnahme würde der Gegenpartei verboten, das Schiedsverfahren bis zum erfolglosen Abschluss der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren einzuleiten. Gemäss Art. 374 Abs. 1 ZPO und Art. 183 Abs. 1 IPRG kann das Schiedsgericht vorsorgliche Massnahmen anordnen, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Aus diesen Bestim-

⁶³⁷ BGE 142 III 296 E. 2.4.4.1; ARNTZ, Eskalationsklauseln, 299; BROWN-BERSET, ZSR 2002 II, 373; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 5.24; RÜEDE/HADENFELDT, 27; VOSER, ASA Bull. 2002, 380.

⁶³⁸ BGE 113 Ia 67 E. 2a; BERGER/KELLERHALS, N 1158; GÖKSU, N 1383.

⁶³⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 300.

⁶⁴⁰ BERGER/KELLERHALS, N 584; BOOG, ASA Bull. 2008, 109; BROWN-BERSET, ZSR 2002 II, 373; JOLLES, 337; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 5.23; LIATOWITSCH/MENZ, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 326 f.; POUDRET/BESSON, N 13; STACHER, Schiedsgerichtsbarkeit, N 264; VOSER, ASA Bull. 2002, 380; a.M. GÖKSU, N 76 ff., der eine Sanktionslosigkeit bei der Verletzung der Eskalationsklausel vertritt und RÜEDE/HADENFELDT, 27, die eine Abweisung der Schiedsklage als zur Zeit unzulässig befürworten. Siehe auch UNCITRAL, Guide, N 84.

mungen ergibt sich ebenfalls, dass zudem eine konkurrierende Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen besteht.

363 Vorliegend befinden sich die Parteien im Zeitpunkt der Entstehung der Streitigkeit oder aber noch in der Durchführung eines dem Schiedsverfahren vorgeschalteten ADR-Verfahrens. Dementsprechend ist das Schiedsgericht, das um den Erlass einer eingangs beschriebenen vorsorglichen Massnahme er sucht werden könnte, noch nicht konstituiert. Folglich kann es noch keine vorsorglichen Massnahmen anordnen und das staatliche Gericht ist dazu ausschliesslich zuständig.⁶⁴¹

364 Das staatliche Gericht kann kein Prozessverbot in Form einer anti-suit injunction oder anti-arbitration injunction anordnen.⁶⁴² Ebenfalls ausser Betracht fällt die Anordnung eines Verbots der Einleitung des Schiedsverfahrens bis zur erfolglosen Durchführung der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren als vorsorgliche Massnahme. Leitet eine Partei das Schiedsverfahren vorzeitig ein, sistiert das Schiedsgericht in aller Regel das Schiedsverfahren und setzt den Parteien eine Frist, bis zu welcher die vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren nachgeholt werden müssen, oder erklärt sich ausnahmsweise für unzuständig.⁶⁴³ Diese Rechtsfolgen sind im Ergebnis gleichwertig mit denjenigen, die mit dem Begehren um Anordnung der eingangs beschriebenen vorsorglichen Massnahme erlassen werden sollen. M. a. W. ergibt sich dieselbe Rechtslage, wenn die beklagte Partei die vorzeitige Initiierung des Schiedsverfahrens «abwartet» und dann die Einrede der Nichteinhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter (Regelfall) bzw. die Einrede der Unzuständigkeit (Ausnahmefall) erhebt. Dementsprechend fehlt es an der Voraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils i. S. v. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO.⁶⁴⁴

365 Ausnahmsweise besteht eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen bereits vor der Konstituierung des Schiedsgerichts. Dies ist dann der Fall, wenn die Parteien eine private Institution ermächtigen, was insbesondere in einzelnen institutionellen Schiedsordnungen explizit vorgesehen wird («emergency arbitrator»)⁶⁴⁵ Ist das Schiedsgericht bzw. der emergency arbitrator zur Anordnung von vorsorglichen

⁶⁴¹ BERGER/KELLERHALS, N 1241; BOOG, Einstweilige Massnahmen, 212; GIRSBERGER/VOSER, N 1282; GÖKSU, N 1911.

⁶⁴² Dazu ausführlich hinten, [N 404 ff.](#)

⁶⁴³ Vgl. vorne, [N 350 ff.](#)

⁶⁴⁴ Vgl. hinten, [N 414.](#)

⁶⁴⁵ BERGER/KELLERHALS, N 1241; BOOG, Einstweilige Massnahmen, 212; GIRSBERGER/VOSER, N 1293; GÖKSU, N 1912. Siehe z. B. Art. 43 Swiss Rules of International Arbitration, Art. 29 ICC Arbitration Rules, Art. 9B LCIA Arbitration Rules; Appendix II SCC Arbitration Rules.

Massnahmen befugt, ist er hinsichtlich des möglichen Inhalts der Massnahmen nicht an die schweizerische *lex fori* gebunden.⁶⁴⁶ Somit hat das Schiedsgericht insbesondere auch die Kompetenz, ein Prozessführungsverbot in Form einer anti-suit injunction oder anti-arbitration injunction auszusprechen.⁶⁴⁷ Daneben käme auch die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, mit welcher der Gegenpartei die Einleitung des Schiedsverfahrens bis zum erfolglosen Abschluss der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren verboten wird, in Betracht. Jedoch werden auch diese Gesuche an das Schiedsgericht bzw. den emergency arbitrator kaum erfolgreich sein. Die konkreten Voraussetzungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ergeben sich zwar aus dem anwendbaren Verfahrensrecht gemäss Art. 373 ZPO bzw. Art. 182 IPRG. Jedoch werden die Parteien sich kaum über diese Voraussetzungen geeinigt haben, wodurch die Schiedsrichter jene festzulegen haben. Dabei sollten sich die Schiedsrichter nach der schiedsgerichtlichen Praxis richten.⁶⁴⁸ Darunter fällt u. a. die Vornahme einer Nachteilsprognose, wonach zu beurteilen ist, ob dem Gesuchsteller bei Nichtanordnung der vorsorglichen Massnahme nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile erwachsen.⁶⁴⁹ Bei der Nachteilsprognose gilt wiederum, dass bei Gutheissung des Gesuchs um Erlass der erwähnten vorsorglichen Massnahme dieselbe Rechtslage vorliegt wie bei der erhobenen Einrede der Nichteinhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter bzw. der Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts. Der Nachteil, der durch die Nichtanordnung der begehrten Massnahme droht (das Überspringen der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren), kann somit im Schiedsverfahren zur Hauptsache wiedergutmacht werden. Dementsprechend fehlt es am nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil.

B. Vorzeitige Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens

a. Gleiche Problematik wie beim Schiedsverfahren

Mit der vorzeitigen Initiierung des Verfahrens in Verletzung der in der Eskalationsklausel vorgesehenen Abfolge der Streitbeilegungsverfahren kann sich auch ein staatliches Gericht konfrontiert sehen. Dem staatlichen Gericht ste-

366

⁶⁴⁶ BERGER/KELLERHALS, N 1258; BOOG/STARK-TRABER, BK ZPO 374 N 22; GIRSBERGER/VOSER, N 1308.

⁶⁴⁷ BOOG/STARK-TRABER, BK ZPO 374 N 28.

⁶⁴⁸ BOOG/STARK-TRABER, BK ZPO 374 N 35; GIRSBERGER/VOSER, N 1250; GÖKSU, N 1926.

⁶⁴⁹ BERGER/KELLERHALS, N 1253; BOOG/STARK-TRABER, BK ZPO 374 N 47 ff.; GIRSBERGER/VOSER, N 1250; GÖKSU, N 1926; VON SEGESSER/BOOG, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 109.

hen dieselben Sanktionsmöglichkeiten wie dem Schiedsgericht offen: die Durchführung des Gerichtsverfahrens und Verurteilung zu Schadenersatzzahlungen, der Erlass eines Nichteintretensentscheids, die Abweisung der Klage als zurzeit unzulässig sowie die Sistierung des Verfahrens bis zur Durchführung der ADR-Verfahren.⁶⁵⁰

b. Rechtsprechung der Schweizer Gerichte

- 367 Die höchstrichterliche Rechtsprechung musste sich noch nicht mit den Auswirkungen der Verletzung der Stufenabfolge einer Eskalationsklausel auf das staatliche Gerichtsverfahren auseinandersetzen. Auf kantonaler Ebene waren das Handelsgericht und das ehemalige Kassationsgericht des Kantons Zürich sowie das Obergericht des Kantons Thurgau mit dieser Frage konfrontiert.
- 368 Der vom Kassationsgericht Zürich zu beurteilenden Streitigkeit lag eine Vereinbarung zugrunde, welche die Parteien verpflichtete, sich vorgängig zur Anrufung des staatlichen Gerichts einem Schlichtungsverfahren zu unterwerfen. Hierzu bezeichnet jede Partei einen Schlichter; diese einigen sich gemeinsam auf einen unabhängigen Obmann. Das Schlichtungsgremium sollte berechtigt sein, auch Billigkeitsempfehlungen abzugeben. Einigen sich die Parteien nicht innert 30 Tagen nach Abgabe der Empfehlung der Schlichter, kann jede Partei den Richter anrufen. Die Kläger hielten dieses Verfahren nicht in Bezug auf sämtliche geltend gemachten Ansprüche ein, woraufhin die Beklagte beantragte, auf die Klage sei zurzeit nicht einzutreten, eventualiter sei die Klage abzuweisen.⁶⁵¹ Nach Auffassung des Kassationsgerichts Zürich handelte es sich bei der Schlichtungsabrede um einen materiell-rechtlichen Vertrag, dessen Nichteinhaltung durch eine der Parteien allenfalls zur Abweisung der Klage oder zu anderen sich aus dem materiellen Recht ergebenden Nachteilen führen kann.⁶⁵² Ein Nichteintreten sei damit von der Vorinstanz korrekterweise nicht entschieden worden.
- 369 Das Obergericht des Kantons Thurgau befasste sich mit einer Klausel in einem Mietvertrag, nach welcher die Parteien alle Streitigkeiten dem Rechtsdienst der Gastrosuisse unterbreiten müssen. Dieser oder eine von ihm beauftragte Person setzt zur Bereinigung der Differenzen eine Vergleichsverhandlung an. Kann eine Einigung auf dem Vergleichsweg nicht zustande kommen, werden

⁶⁵⁰ Vgl. vorne, [N 333 ff.](#)

⁶⁵¹ KassGer ZH vom 15. März 1999, in: ZR 99/2000, 86 f.

⁶⁵² KassGer ZH vom 15. März 1999, in: ZR 99/2000, 87.

die Parteien auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen.⁶⁵³ Nach dem Obergericht des Kantons Thurgau ist die vertragliche Verpflichtung der Parteien, eine Streitsache vor Einleitung der Klage dem Rechtsdienst Gastrosuisse zu unterbreiten, im Rahmen der materiellen Beurteilung der Streitigkeit fraglos zu berücksichtigen. Die Klägerin müsste sich vor Einleitung des Prozesses an diesen Rechtsdienst wenden, andernfalls würde das Gericht die Klage auf Einrede hin wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung als zurzeit unbegründet abweisen.⁶⁵⁴ Das Obergericht des Kantons Thurgau geht damit von einer prozessualen Natur der Vereinbarung aus.

Schliesslich befand das Handelsgericht des Kantons Zürich über einen Sachverhalt, dem ebenfalls eine Eskalationsklausel zugrunde lag. Die Parteien vereinbarten, dass erst nach der erfolglosen Durchführung eines Mediationsverfahrens die ordentlichen Gerichte angerufen werden durften. Die Klägerin missachtete diese Vereinbarung.⁶⁵⁵ Das Handelsgericht qualifizierte die Einhaltung der Eskalationsleiter nicht als Prozessvoraussetzung. Entsprechend war bei deren Verletzung kein Nichteintretensentscheid zu fällen. Vielmehr ist das verfrüht eingeleitete Verfahren gemäss Handelsgericht auf den entsprechenden Antrag einer Partei hin zu sistieren.⁶⁵⁶

370

c. Stellungnahme

i. Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts

An der Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts als Vertrag des Prozessrechts ändert sich durch die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts als letzte Streitbeilegungsstufe nichts.⁶⁵⁷

371

ii. Rechtsfolge der vorzeitigen Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens

Ausgangslage

Als Folge der prozessrechtlichen Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts entfällt auch bei der vorzeitigen Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens die Sanktionierung in Form der Verpflichtung zur Zahlung von Scha-

372

⁶⁵³ OGer TG vom 23. April 2001, in: ASA Bull. 2003, 418.

⁶⁵⁴ OGer TG vom 23. April 2001, in: ASA Bull. 2003, 419.

⁶⁵⁵ HGer ZH vom 22. Dezember 2017, in: ZR 117/2018, 24.

⁶⁵⁶ HGer ZH vom 22. Dezember 2017, in: ZR 117/2018, 24 f.

⁶⁵⁷ Dazu vorne, [N 344 ff.](#)

denersatz als primäre Rechtsfolge.⁶⁵⁸ Die Verletzung des dilatorischen Klageverzichts darf des Weiteren gestützt auf den Grundsatz des «effet utile» nicht sanktionslos bleiben und muss sich auf das Verfahren auswirken.⁶⁵⁹ Damit sind auch bezüglich des staatlichen Gerichtsverfahrens die prozessualen Rechtsfolgen des Nichteintretensentscheids, der Abweisung der Klage als zurzeit unzulässig und der Möglichkeit zur Sistierung des Verfahrens näher zu betrachten.

- 373 Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu dieser Problematik betraf ausschliesslich Eskalationsklauseln, welche ein Schiedsverfahren als letzte Streitbeilegungsstufe vorsahen.⁶⁶⁰ Auch bei einem Entscheid des Zürcher Obergerichts waren die Auswirkungen des dilatorischen Klageverzichts auf das Schiedsverfahren zu beurteilen.⁶⁶¹ Lediglich im Urteil des Zürcher Handelsgerichts und Kassationsgerichts sowie des Obergerichts des Kantons Thurgau musste über die Auswirkungen der Verletzung eines dilatorischen Klageverzichts auf ein staatliches Gerichtsverfahren entschieden werden.⁶⁶² Während das Zürcher Kassationsgericht festhielt, dass es sich beim «Nichtangriffspakt» um eine Vereinbarung materiell-rechtlicher Natur handelt, deren Nichteinhaltung allenfalls zur Abweisung der Klage oder zu anderen sich aus dem materiellen Recht ergebenden Nachteilen führen kann,⁶⁶³ schloss das Obergericht des Kantons Thurgau aufgrund des Fehlens einer Prozessvoraussetzung auf eine Klageabweisung als zurzeit unbegründet.⁶⁶⁴ Das Handelsgericht des Kantons Zürich sah die Sistierung des gerichtlichen Verfahrens als adäquate Rechtsfolge.⁶⁶⁵

Die Einhaltung des dilatorischen Klageverzichts ist keine Prozessvoraussetzung

- 374 Die für die Beantwortung der Frage nach den adäquaten Rechtsfolgen bei der vorzeitigen Initiierung eines Schiedsverfahrens vorgenommene Unterscheidung zwischen «jurisdiction» und «admissibility»⁶⁶⁶ soll auch in Bezug auf die Auswirkungen auf das staatliche Gerichtsverfahren den Ausgangspunkt dar-

⁶⁵⁸ Siehe vorne, [N 350 ff.](#)

⁶⁵⁹ Siehe vorne, [N 353.](#)

⁶⁶⁰ Vgl. BGE 142 III 296; BGer 4A_124/2014 vom 7. Juli 2014; BGer 4A_46/2011 vom 16. Mai 2011; BGer 4A_16/2007 vom 6. Juni 2007.

⁶⁶¹ Vgl. OGer ZH vom 11. September 2001, in: ZR 101/2002, 77 ff.

⁶⁶² Vgl. OGer TG vom 23. April 2001, in: ASA Bull. 2003, 418 ff.; KassGer ZH vom 15. März 1999, in: ZR 99/2000, 86 f.

⁶⁶³ KassGer ZH vom 15. März 1999, in: ZR 99/2000, 87.

⁶⁶⁴ OGer TG vom 23. April 2001, in: ASA Bull. 2003, 419.

⁶⁶⁵ HGer ZH vom 22. Dezember 2017, in: ZR 117/2018, 25 f.

⁶⁶⁶ Vgl. vorne, [N 354 ff.](#)

stellen. Hätte die erfolgreich erhobene Einrede der Nichteinhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter zur Folge, dass das angerufene Gericht für die Beurteilung der Klage unzuständig wäre, würde es sich um ein Problem der Zuständigkeit («jurisdiction») handeln. Würde die erfolgreiche Einrede dagegen die Durchführung des Verfahrens zeitlich beeinflussen, wäre die Zulässigkeit («admissibility») betroffen.

Allerdings verliert diese Unterscheidung im Rahmen der staatlichen Gerichtsbarkeit an Bedeutung. Im Unterschied zur Schiedsgerichtsbarkeit handelt es sich bei den Verfahrensvorschriften der ZPO grundsätzlich um zwingendes Recht, das nicht durch eine Parteivereinbarung modifiziert werden kann.⁶⁶⁷ In Art. 59 Abs. 2 ZPO werden in nicht abschliessender Weise die Prozessvoraussetzungen aufgeführt. Es handelt sich um jene Rechtsbedingungen, die zur Fällung eines Urteils in der Sache erfüllt sein müssen.⁶⁶⁸ Dabei geht es nicht um die Zulässigkeit eines Prozesses; dieser findet auch bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung statt, wird aber mit einem Prozessurteil in Form eines Nichteintretensentscheids abgeschlossen (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO *e contrario*).⁶⁶⁹ In der Terminologie der «jurisdiction» und «admissibility» sind die Prozessvoraussetzungen daher auf den ersten Blick der «jurisdiction» des Gerichts zuzuordnen. Bei genauerer Betrachtung drängt sich jedoch eine Trennung der Zuständigkeit i. S. v. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO von den anderen Prozessvoraussetzungen auf. Nur die Prozessvoraussetzungen der örtlichen (und sachlichen) Zuständigkeit fallen unter den Begriff der «jurisdiction», die anderen Prozessvoraussetzungen betreffen vielmehr die Zulässigkeit der Klage («admissibility».⁶⁷⁰

375

Trotz der Zuteilung der Einhaltung des dilatorischen Klageverzichts zur «admissibility» kann die gesetzliche Rechtsfolge bei dessen Missachtung in der Fällung eines Nichteintretensentscheids liegen. Dies ist dann der Fall, wenn die Einhaltung des dilatorischen Klageverzichts zu den anderen Prozessvoraussetzungen i. S. v. Art. 59 Abs. 2 lit. a und c-f ZPO zu zählen ist (Art. 59 Abs. 1 ZPO *e contrario*).

376

Die Durchführung von dem staatlichen Gerichtsverfahren vorangehenden, verbindlich vereinbarten ADR-Verfahren wird weder in den Prozessvoraussetzungen gemäss Art. 59 Abs. 2 ZPO aufgezählt noch in einer anderen Bestimmung der ZPO festgehalten. Gleichzeitig sind Prozessvoraussetzungen nur ausnahmsweise der privatautonomen Gestaltung zugänglich, etwa im Bereich

377

⁶⁶⁷ Vgl. vorne, [N 150 f.](#)

⁶⁶⁸ MEIER, 229; GROLIMUND/AMMANN, in: Zivilprozessrecht, § 11 N 1; ZINGG, BK ZPO 59 N 3.

⁶⁶⁹ GROLIMUND/AMMANN, in: Zivilprozessrecht, § 11 N 1.

⁶⁷⁰ Vgl. PFISTERER, in: FS Schnyder, 287 f.

der internationalen und örtlichen Zuständigkeit sowie teilweise auch bei der sachlichen Zuständigkeit (vgl. Art. 8 ZPO).⁶⁷¹ Demzufolge können sie i. d. R. mittels einer Parteivereinbarung weder erweitert noch eingeschränkt werden. Eine Ausnahme wird bei einer Vereinbarung der Parteien, welche die Unklagbarkeit der Forderung festhält, gemacht.⁶⁷² Bei diesem *pactum de non petendo in perpetuum* verpflichten sich die Parteien, eine Forderung niemals einzuklagen.⁶⁷³ Die Vereinbarung kann nicht mit dem dilatorischen Klageverzicht gleichgesetzt werden. Der dilatorische Klageverzicht schliesst die klageweise Durchsetzung der Forderung lediglich für einen bestimmten Zeitraum aus. Das *pactum de non petendo in perpetuum* schliesst dies zeitlich unbegrenzt aus. Folglich wird die Klagbarkeit (und mithin die Vollstreckbarkeit) der Forderung beim dilatorischen Klageverzicht nicht ganzheitlich ausgeschlossen, weswegen den Parteien dennoch ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Beurteilung zuzusprechen ist.⁶⁷⁴ Die Gutheissung des klägerischen Rechtsbegehrens würde sich positiv auf die rechtliche Position des Klägers auswirken.⁶⁷⁵ Diese Vereinbarung des dilatorischen Klageverzichts zeitigt somit keine Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Beurteilung der Forderung, sondern soll ausschliesslich die Einhaltung der Eskalationsleiter sicherstellen.⁶⁷⁶ Die Einhaltung der durch die Vereinbarung eines dilatorischen Klageverzichts abgesicherten Eskalationsleiter stellt dementsprechend keine Prozessvoraussetzung dar und ein Gericht kann bei einer Verletzung nicht auf Nichteintreten entscheiden.⁶⁷⁷

Das Gericht sollte das Verfahren sistieren

- 378 Vor dem Hintergrund der zwingenden Verfahrensvorschriften der ZPO stellt sich infolge der fehlenden Einordnung der Einhaltung des dilatorischen Klageverzichts unter die Prozessvoraussetzungen die Frage nach den Rechtsfolgen. Zum einen könnte die Klage als zurzeit unzulässig abgewiesen werden. Zum anderen bestünde die Möglichkeit der Sistierung des Gerichtsverfahrens bis zum Abschluss der in der Eskalationsklausel vorgesehenen ADR-Verfahren.

⁶⁷¹ GROLIMUND/AMMANN, in: Zivilprozessrecht, § 11 N 3; ZINGG, BK ZPO 59 N 28.

⁶⁷² ZINGG, BK ZPO 59 N 29.

⁶⁷³ BUCHER, OR AT, 400.

⁶⁷⁴ Ein solches wäre bei Vorliegen eines *pactum de non petendo in perpetuum* zu verneinen, wodurch es an einer Prozessvoraussetzung fehlen würde, ZINGG, BK ZPO 59 N 29.

⁶⁷⁵ Die Prozessvoraussetzung des schutzwürdigen Interesses gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ist dadurch erfüllt, vgl. BGer 4C.45/2006 vom 26. April 2007, E. 6; ZINGG, BK ZPO 59 N 32.

⁶⁷⁶ Vgl. auch die Qualifikation des dilatorischen Klageverzichts als Prozessvertrag, N 345 ff.

⁶⁷⁷ So auch HGer ZH vom 22. Dezember 2017, in: ZR 117/2018, 26; vgl. PETER, BK ZPO N 58 Vorbem. Art. 213-218; RUGGLE, BSK ZPO 213 N 8; WIRZ, recht 2013, 93 f.

Die Rechtsfolge der Abweisung der Klage als zurzeit unzulässig ist aus denselben Gründen wie bei der vorzeitigen Initiierung des Schiedsverfahrens abzulehnen.⁶⁷⁸ Neben dem Widerspruch zu den Parteiinteressen wirkt sich der dilatorische Klageverzicht auch nicht auf den eingeklagten Anspruch aus. Dieser soll vielmehr ausschliesslich die Abfolge der Streitbeilegungsverfahren sicherstellen und entfaltet keine Auswirkungen auf den materiellen-rechtlichen Anspruch der Parteien.⁶⁷⁹

Die Möglichkeit der Sistierung eines Gerichtsverfahrens ist der ZPO nicht fremd. So kann nach Art. 126 Abs. 1 ZPO das Gericht ein Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. In den Bestimmungen zur Mediation bestimmt Art. 214 Abs. 3 ZPO ausdrücklich, dass ein gerichtliches Verfahren bis zum Widerruf des Antrags auf Mediation durch eine Partei oder bis zur Beendigung der Mediation sistiert bleibt. Da das Gericht ein Verfahren in bestimmten Fällen von Gesetzes wegen sistieren muss,⁶⁸⁰ wird nachstehend zunächst geprüft, ob die Einrede der Nichteinhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter unter den Tatbestand von Art. 214 Abs. 3 ZPO subsumiert werden kann. 379

Art. 214 Abs. 2 ZPO spricht von der gemeinsamen Beantragung einer Mediation bei Gericht. Stellt man ausschliesslich auf den Wortlaut der Bestimmung ab, würde eine Einrede durch eine Partei, dass zunächst eine Mediation durchzuführen sei, für die Sistierung des Gerichtsverfahrens nicht ausreichen. Richtigerweise sollte die Voraussetzung des gemeinsamen Antrags jedoch weiter verstanden werden. Mit dem Abschluss der in der Eskalationsklausel enthaltenen ADR-Vereinbarung – vorliegend der Mediationsvereinbarung – haben die Parteien bereits ihre Einwilligung zur Durchführung einer Mediation gegeben. Eine zusätzliche gemeinsame Willenserklärung in Form eines gemeinsamen Antrags würde eine formale Hürde darstellen. Diese macht angesichts des fehlenden Erfordernisses der Bewilligung der Durchführung der Mediation durch das Gericht keinen Sinn.⁶⁸¹ Ebenso wenig drängt sich mangels der «Gefahr» einer verbindlichen Entscheidung durch den Mediator die Bewilligung der Mediationsvereinbarung durch das Gericht aus Gründen des Schutzes vor Übereilung auf.⁶⁸² 380

Nach den vorherigen Ausführungen muss bei einer Mediationsvereinbarung als Teil einer Eskalationsklausel der Antrag zur Durchführung der Mediation 381

⁶⁷⁸ Vgl. vorne, [N 358](#).

⁶⁷⁹ Vgl. vorne, [N 346](#).

⁶⁸⁰ FREI, BK ZPO 126 N 7; MEIER, 392.

⁶⁸¹ Botschaft ZPO, 7336; PETER, BK ZPO 213 N 7; ROBERTO/HAUSER, SHK ZPO 213 N 3.

⁶⁸² PETER, BK ZPO 213 N 7.

einer Partei ausreichen.⁶⁸³ Damit kann festgehalten werden, dass das Gericht das Verfahren sistieren muss, sobald sich eine der Parteien auf die rechtswirksame Mediationsvereinbarung beruft (Art. 214 Abs. 3 ZPO). Zur Vermeidung von Verzögerungstaktiken sollte das Gericht bei der Sistierung des Verfahrens den Parteien eine exakt festgelegte Frist zur Nachholung der vorausgehenden Streitbeilegungsstufe festsetzen und die Bedingungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens genau festlegen.⁶⁸⁴

- 382 Nun sieht Art. 214 Abs. 3 ZPO jedoch die Wiederaufnahme des gerichtlichen Verfahrens vor, sobald eine Partei den Antrag auf Durchführung einer Mediation widerruft. Der die Mediationsvereinbarung verletzende Kläger wird sich daher auf den Standpunkt stellen, dass er infolge der direkten Einleitung des Gerichtsverfahrens (konkludent) die Mediationsvereinbarung widerrufen hat. Diese Auffassung würde dazu führen, dass entgegen dem Grundsatz *pacta sunt servanda* die Willenserklärungen der Parteien nur «wirksam» sind, wenn sie von deren «aktuellem Einverständnis» getragen werden.⁶⁸⁵ M. a. W. könnte vor der Durchführung der Mediation diese nicht verbindlich vereinbart werden. Dies würde zum einen der vom Gesetzgeber mit der Regelung der Mediation bezweckten Stärkung der Selbstbestimmung der Parteien bei der Streitbeilegung widersprechen.⁶⁸⁶ Zum anderen würden dadurch überhöhte Anforderungen an den Begriff der Freiwilligkeit gestellt. Diese Anforderung wird m. E. bereits durch die freiwillige Vereinbarung der Mediationsvereinbarung erfüllt.⁶⁸⁷ Die Botschaft hält des Weiteren ausdrücklich fest, jede Partei könne einseitig auf die Fortsetzung der Mediation verzichten.⁶⁸⁸ Dies setzt notwendigerweise die vorangehende Einleitung einer Mediation voraus. Schliesslich wäre ein solches Vorgehen des Klägers auch aus dem Blickwinkel des Verhaltens nach Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*) problematisch. Nach der hier vertretenen Ansicht kann daher nicht einseitig auf die Durchführung der Mediation verzichtet werden, solange nicht zumindest bestimmte Bemühungen (z. B. Vereinbarung eines Mediators, Ort und Zeitpunkt der Mediation, Teilnahme an der Mediation etc.) durch die Parteien getroffen wurden.⁶⁸⁹ Dabei können die vereinbarten Regeln zum Ablauf des Verfahrens Anhaltspunkte geben, wann diese Bemühungen erfüllt sind.⁶⁹⁰

⁶⁸³ PETER, BK ZPO 213 N 7 und ZPO 214 N 11.

⁶⁸⁴ Vgl. auch vorne, [N 343](#).

⁶⁸⁵ PETER, BK ZPO N 62 Vorbem. Art. 213-218.

⁶⁸⁶ PETER, BK ZPO N 62 Vorbem. Art. 213-218.

⁶⁸⁷ PETER, BK ZPO N 62 Vorbem. Art. 213-218; vgl. HGer ZH vom 22. Dezember 2017, in: ZR 117/2018, 24 f.; GIRSBERGER/PETER, N 463 und 944.

⁶⁸⁸ Botschaft ZPO, 7336; vgl. RUGGLE, BSK ZPO 214 N 15.

⁶⁸⁹ Im Ergebnis auch HGer ZH vom 22. Dezember 2017, in: ZR 117/2018, 25; vgl. vorne, [N 203](#).

⁶⁹⁰ Vgl. BGE 142 III 296 E. 2.4.2.

Somit bleibt noch zu prüfen, ob entgegen dem Wortlaut von Art. 214 ZPO auch andere ADR-Verfahren von der Bestimmung erfasst sind. 383

In der Botschaft zur ZPO wird die Mediation als aussergerichtliches Verfahren beschrieben, in welchem eine neutrale und unabhängige Drittperson zwischen den Parteien vermittelt.⁶⁹¹ Das Wesen der Mediation im Sinne der ZPO besteht daher in den Begriffen «aussergerichtlich», «Vermittlung» und «neutrale und unabhängige Drittperson». Anders ausgedrückt müssen sich die Parteien auf eine private Streitvermittlung einigen, deren Zweck in der parteiautonom getroffenen Streitbeilegung mithilfe zumindest einer Drittperson besteht.⁶⁹² Solange diese Charakteristika vom vorgesehenen ADR-Verfahren erfüllt werden, liegt eine Mediation im Sinne der ZPO vor, auch wenn es sich nicht um eine «klassische» Form handelt.⁶⁹³ Dementsprechend ist der Mediationsbegriff der ZPO in einem sehr weiten Sinne zu verstehen und erfasst jede Form der privaten Streitbeilegung, bei welcher eine neutrale und unabhängige Drittperson ohne Entscheidkompetenz unterstützend beigezogen wird.⁶⁹⁴ Andere ADR-Verfahren wie beispielsweise der «Mini-Trial», die aussergerichtliche Schlichtung, das «Dispute Review Board» und die «Dispute Adjudication» fallen somit ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 214 ZPO.⁶⁹⁵ Ein Begehren um Sistierung des Gerichtsverfahrens bis zur Beendigung des jeweiligen ADR-Verfahrens ist nach dem Gesagten auch für solche Verfahren stattzugeben. 384

Die Unterstützung einer neutralen und unabhängigen Drittperson im Rahmen des Versuchs der gütlichen Beilegung der Streitigkeiten stellt ein Merkmal des Mediationsbegriffs der ZPO dar. Blosser Verhandlungen zwischen den Parteien ohne Drittunterstützung fallen deshalb nicht darunter.⁶⁹⁶ Daneben sind unzählige weitere Ausgestaltungen von ADR-Verfahren denkbar, welche die Merkmale der Mediation im Sinne der ZPO nicht vorweisen. 385

Die Problematik lässt sich nicht durch den blossen Verweis auf Art. 214 Abs. 3 ZPO und dessen analoge Anwendung lösen. Die Sistierung des staatlichen Gerichtsverfahrens knüpft nicht an den vereinbarten dilatorischen Kla- 386

⁶⁹¹ Botschaft ZPO, 7335.

⁶⁹² MEIER, 584; PETER, BK ZPO N 35 Vorbem. Art. 213-218.

⁶⁹³ PETER, BK ZPO N 35 Vorbem. Art. 213-218; SCHÜTZ, DIKE-Komm. ZPO N 29 Vor Art. 213-218.

⁶⁹⁴ MEIER, 593; PETER, BK ZPO N 38 Vorbem. Art. 213-218; vgl. SCHÜTZ, DIKE-Komm. ZPO N 29 Vor Art. 213-218.

⁶⁹⁵ A.M. für die aussergerichtliche Schlichtung, SCHÜTZ, DIKE-Komm. ZPO N 29 und N 32 f. Vor Art. 213-218.

⁶⁹⁶ PETER, BK ZPO N 37 Vorbem. Art. 213-218; SCHÜTZ, DIKE-Komm. ZPO N 29 ff. Vor Art. 213-218; a.M. MEIER, 593.

geverzichtet, sondern an das Vorhandensein der Mediationsvereinbarung im oben beschriebenen weiten Sinne an.⁶⁹⁷ Da nicht sämtliche ADR-Vereinbarungen darunter zu subsumieren sind, muss eine Sistierung des Verfahrens in einer anderen gesetzlichen Bestimmung vorgesehen werden. In der ZPO und anderen Gesetzen finden sich neben den bereits behandelten Vorschriften zur Mediation keine weiteren Bestimmungen zu ADR-Verfahren und deren Auswirkungen auf das Gerichtsverfahren. Die Möglichkeit einer Sistierung muss sich folglich aus der allgemeinen Bestimmung in Art. 126 ZPO ergeben.

387 Gestützt auf Art. 126 ZPO kann das Gericht ein Verfahren aus Zweckmässigkeitsgründen sistieren.⁶⁹⁸ Im Hinblick auf das in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV garantierte Beschleunigungsgebot wird das Gericht das Verfahren nur sistieren, wenn objektive Gründe dafür sprechen, und sieht im Zweifel davon ab.⁶⁹⁹ Objektive Gründe können etwa darin gesehen werden, dass beide Parteien den Vergleichsverhandlungen zustimmen und eine ernsthafte Aussicht auf einen zeitlich absehbaren Abschluss besteht.⁷⁰⁰ Den Entscheid im konkreten Fall hat das Gericht unter Abwägung der Interessen der Parteien und unter Beachtung des Gebots der beförderlichen Prozess erledigung zu fällen.⁷⁰¹ Als Anwendungsbeispiel nennt die Botschaft explizit auch die Durchführung von aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen.⁷⁰²

388 Vor dem Hintergrund, dass eine Partei trotz abgeschlossener Verhandlungsvereinbarung Klage vor dem staatlichen Gericht erhoben hat, spricht dieses Verhalten grundsätzlich mangels Zustimmung beider Parteien gegen die Sistierung des Verfahrens zwecks Durchführung von aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen. Im Unterschied zu drittunterstützten ADR-Verfahren fehlt es bei den Verhandlungen ohne Drittunterstützung definitionsgemäss an einer neutralen und unabhängigen Drittperson, welche die vermeintlich verhärteten Fronten zwischen den Parteien durch ihr Verhandlungsgeschick aufweichen könnte. Dennoch sollte das Gericht die Umstände des konkreten Einzelfalls berücksichtigen. Eine Sistierung liesse sich u. U. rechtfertigen, wenn die Eskalationsklausel vorsieht, dass die Vergleichsgespräche zwischen spezifischen Managementstufen durchgeführt werden müssen und diese noch nicht konsultiert wurden. In solchen Fällen lässt sich eine Bereitschaft zur Durchfüh-

⁶⁹⁷ Vgl. PETER, BK ZPO 213 N 6 und ZPO 214 N 11; WIRZ, recht 2013, 93 f.

⁶⁹⁸ Botschaft ZPO, 7305; FREI, BK ZPO 126 N 1; GSCHWEND, BSK ZPO 126 N 9; MEIER, 391.

⁶⁹⁹ BGer 5A_218/2013 vom 17. April 2003, E. 3.1; FREI, BK ZPO 126 N 1; GSCHWEND, BSK ZPO 126 N 9; vgl. BGE 141 III 549 E. 6.5.

⁷⁰⁰ GSCHWEND, BSK ZPO 126 N 9; vgl. FREI, BK ZPO 126 N 2.

⁷⁰¹ FREI, BK ZPO 126 N 1; GSCHWEND, BSK ZPO 126 N 10.

⁷⁰² Botschaft ZPO, 7305.

zung von erfolgsversprechenden Vergleichsverhandlungen nicht bereits im Voraus ausschliessen. Ähnlich wie bei einem drittunterstützten ADR-Verfahren sind allenfalls Personen in die Verhandlungen integriert, welche einen gewissen Abstand zur Streitigkeit bzw. eher das «Gesamtbild» der Interessenlage im Blick haben (z. B. das Management der Muttergesellschaft oder einer sonstigen höheren Hierarchiestufe).

Damit bliebe noch die Möglichkeit der analogen Anwendung von Art. 214 Abs. 3 ZPO auf ADR-Verfahren ausserhalb seines Anwendungsbereichs. Die Voraussetzung der gesetzlichen Lücke ist erfüllt, da ADR-Verfahren ohne Vermittlung durch eine unabhängige und neutrale Drittperson nicht in den Anwendungsbereich von Art. 214 Abs. 3 ZPO fallen und bezüglich der Sistierung auch sonst keine gesetzliche Bestimmung besteht. Dem «Wertmuster» von Art. 214 Abs. 3 ZPO entspricht es, das Verhältnis der Mediation zum gerichtlichen Verfahren zu klären, damit diese ihre Aufgabe der nachhaltigen Konfliktlösung – auch zur Entlastung der Gerichte – erfüllen kann.⁷⁰³ Im Hinblick auf die Gewährleistung der Widerspruchsfreiheit im gesetzlichen Wertungssystem erscheint es daher gerechtfertigt, nicht vom Anwendungsbereich von Art. 214 Abs. 3 ZPO erfasste ADR-Verfahren gleich zu beurteilen. Schliesslich dienen auch solche ADR-Verfahren der nachhaltigen Konfliktlösung (eine gütliche Einigung wird von den Parteien i. d. R. eher akzeptiert als ein autoritatives Gerichtsurteil) sowie der Entlastung der Gerichte (es handelt sich um aussergerichtliche Verfahren). Zudem haben die Parteien mit dem Abschluss der entsprechenden ADR-Vereinbarung bereits ihre Einwilligung zur Durchführung des vereinbarten ADR-Verfahrens gegeben. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte Art. 214 Abs. 3 ZPO folglich auch auf andere ADR-Verfahren analog angewendet werden («Wo derselbe Sinn, dort dieselbe Regelung»)⁷⁰⁴ Die Problematik der allfälligen Unbestimmtheit einer blossen Verhandlungspflicht kann durch die Ansetzung einer Maximalfrist durch das Gericht bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens entschärft werden.⁷⁰⁵

389

Als Zwischenfazit lässt sich demnach festhalten, dass vorgesehene ADR-Verfahren ohne Drittunterstützung im Gegensatz zur Vereinbarung der Einholung

390

⁷⁰³ Botschaft ZPO, 7335.

⁷⁰⁴ Vgl. im Ergebnis MEIER, 593.

⁷⁰⁵ Hingegen ist ein Analogieschluss betreffend die Herbeiführung der Rechtshängigkeit durch die blosser Einleitung von (unbestimmten) Verhandlungspflichten m. E. abzulehnen. Es besteht die Gefahr, dass die für die Einleitung vorzunehmenden Handlungen zu unbestimmt sind und sich damit die Rechtshängigkeit nicht genau eruieren lässt. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Eintritts der Rechtshängigkeit (z. B. Verjährungsunterbrechung) würde eine zu grosse Rechtsunsicherheit bestehen.

eines Schiedsgutachtens i. d. R. keine Sistierung des Gerichtsverfahrens gestützt auf Art. 126 Abs. 1 ZPO rechtfertigen.⁷⁰⁶ Hingegen hat das angerufene Gericht eine Sistierung in analoger Anwendung von Art. 214 Abs. 3 ZPO anzuordnen. Selbst dann, wenn das Gericht den Analogieschluss verneint, kann das Verfahren aufgrund des vereinbarten dilatorischen Klageverzichts sistiert werden, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

391 Angesichts der Anknüpfung an das Vorliegen einer Mediationsvereinbarung im weiten Sinne zur Sistierung des Gerichtsverfahrens gemäss Art. 214 Abs. 3 ZPO wurde für die bisherigen Ausführungen dem Vorliegen eines dilatorischen Klageverzichts keine Beachtung geschenkt. Für die Gerichte wird sich bei der Verletzung einer ADR-Vereinbarung, welche nicht unter die Mediationsvereinbarung im Sinne der ZPO subsumiert werden kann (v. a. bei nicht drittunterstützten ADR-Verfahren), die Frage nach der Sistierung aufgrund des vereinbarten dilatorischen Klageverzichts stellen. In den vorangehenden Kapiteln wurde bereits die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung bejaht und den Prozessverträgen zugeordnet.⁷⁰⁷ Im Abschluss des dilatorischen Klageverzichts ist sodann ein gemeinsamer Antrag der Parteien auf die Sistierung des Gerichtsverfahrens bis zur Durchführung der vorgeschalteten Eskalationsstufen zu sehen. Schliesslich haben sich die Parteien auf die Unzulässigkeit des Verfahrens während eines bestimmten Zeitraums geeinigt.

392 Nach Art. 124 Abs. 1 ZPO leitet das Gericht den Prozess. Die Einwirkung der Parteien auf den Gang des Verfahrens durch gemeinsame Anträge bleibt trotzdem möglich. Durch die zwingende Natur des Prozessrechts ist das Gericht ausser in den ausdrücklich im Gesetz genannten Fällen jedoch nicht verpflichtet, diesen Anträgen Folge zu leisten.⁷⁰⁸ Beim gemeinsamen Sistierungsantrag in Form des in der Eskalationsklausel enthaltenen dilatorischen Klageverzichts verhält es sich nicht anders.⁷⁰⁹ Dennoch sollte in diesen Fällen dem Antrag auf Sistierung stattgegeben werden. Das schutzwürdige Interesse der Parteien liegt in der Einhaltung ihrer Vereinbarung («*pacta sunt servanda*»). Mit dem Abschluss der Eskalationsklausel haben sich die Parteien bewusst auf ein mehrstufiges Streitbeilegungsverfahren geeinigt, bei dem das gerichtliche Verfahren lediglich als *ultima ratio* durchgeführt werden soll. Entspräche das

⁷⁰⁶ Die Parteien sind damit grundsätzlich auf die in N 322 ff. aufgezeigten Rechtsbehelfe angewiesen.

⁷⁰⁷ Vgl. vorne, [N 344 ff.](#)

⁷⁰⁸ FREI, BK ZPO 124 N 2; MEIER, 391; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 22 N 2.

⁷⁰⁹ FREI, BK ZPO 126 N 13; GSCHWEND, BSK ZPO 126 N 9; KAUFMANN/KAUFMANN, DIKE-Komm. ZPO 126 N 18; a.M. MEIER, 392, der die Verbindlichkeit für das Gericht bejaht, sofern das Begehren der Parteien auf Sistierung nicht als missbräuchlich erscheint.

Gericht nicht dem Sistierungsantrag einer Partei, würde der dilatorische Klageverzicht nur dann seine Wirkung entfalten, wenn dieser im Zeitpunkt der Initiierung der dem gerichtlichen Verfahren vorangehenden Streitbeilegungsstufe vom «aktuellen Einverständnis» sämtlicher Parteien getragen wird.⁷¹⁰ Demgegenüber vermag das Gebot der beförderlichen Prozess erledigung regelmässig nicht zu überwiegen, zumal die gütliche Einigung im Rahmen der hier relevanten ADR-Verfahren ohne Drittunterstützung wiederum nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Dem Gericht entstehen zudem durch die Sistierung des Verfahrens keine erheblichen Mehrkosten und es lassen sich sogar andere Verfahren mit mehr Ressourcen bearbeiten. Dementsprechend sollte das Gericht einen auf den vereinbarten dilatorischen Klageverzicht gestützten Sistierungsantrag nur in Ausnahmefällen abweisen.⁷¹¹

Mangels Qualifikation als Prozessvoraussetzung wird das Verfahren nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag einer Partei hin sistiert.⁷¹² Den Parteien steht sodann auch keine Möglichkeit offen, die Einhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts als Prozessvoraussetzung zu definieren, da diese nicht der Parteidisposition unterstehen.⁷¹³ Entsprechend lässt sich grundsätzlich die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts nicht unter die aufschiebende Bedingung der Einhaltung des mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens stellen. Eine Ausnahme davon ist jedoch für den Fall der örtlichen Prorogation des Gerichts zu machen. Die Gerichtsstandvereinbarung als Teil der Eskalationsklausel kann der erwähnten aufschiebenden Bedingung unterfallen.⁷¹⁴ Ein dahin gehender Parteiwille wird jedoch aufgrund der mit der Wahl des Gerichtsstands verbundenen Rechtsfolgen (Aufgabe des durch Verfassung oder Gesetz garantierten Gerichts, Gerichtsinfrastruktur, verfügbare Anwälte etc.) nicht zu vermuten sein.⁷¹⁵

Dieser Lösung steht auch das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot nicht im Wege.⁷¹⁶

Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass das angerufene Gericht bei vorzeitiger Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens auf entsprechende Einrede einer Partei hin das Verfahren gestützt auf Art. 214

⁷¹⁰ Vgl. für die Mediationsvereinbarung, PETER, BK ZPO N 62 Vorbem. Art. 213-218.

⁷¹¹ Vgl. FREI, BK ZPO 124 N 2.

⁷¹² MEIER, 594; PETER, BK ZPO N 58 Vorbem. Art. 213-218; a.M. SCHÜTZ, N 480 ff., der die Beachtung des dilatorischen Klageverzichts als Prozessvoraussetzung qualifiziert.

⁷¹³ Vgl. vorne, [N 377](#).

⁷¹⁴ Die Bestimmungen des OR AT sind schliesslich analog anwendbar, vgl. vorne, [N 79 ff.](#)

⁷¹⁵ Vgl. vorne, [N 355 f.](#)

⁷¹⁶ Vgl. vorne, [N 144](#).

Abs. 3 ZPO zu sistieren hat. Die Sistierung hat zwingend zu erfolgen und liegt nicht im Ermessen des Gerichts. Diese Rechtsfolge gilt gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 214 Abs. 3 ZPO auch für nicht in den Anwendungsbereich der Mediationsvereinbarung im Sinne der ZPO fallende ADR-Verfahren. Selbst bei Verweigerung der analogen Anwendbarkeit hat das angerufene Gericht das Verfahren regelmässig in Anwendung von Art. 126 Abs. 1 ZPO zu sistieren, ist dann jedoch nicht dazu verpflichtet. Um Verzögerungstaktiken vorzubeugen, tut das Gericht gut daran, den Parteien eine exakte Frist zur Nachholung der vorangehenden Streitbeilegungsstufe zu setzen und die Bedingungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens genau zu umschreiben. Die Möglichkeit der Anordnung einer anti-suit injunction bzw. anti-arbitration injunction oder ähnlicher vorsorglicher Massnahmen ist abzulehnen.⁷¹⁷

III. Vorzeitige Initiierung des ADR-Verfahrens

- 396 Schliesslich besteht noch die Möglichkeit der vorzeitigen Initiierung des ADR-Verfahrens unter Missachtung der in der Eskalationsklausel vereinbarten Abfolge der Streitbeilegungsverfahren. Eine Besonderheit in diesem Zusammenhang ist, dass bei der Durchführung von ADR-Verfahren keiner Person Entscheidungsbefugnisse zukommen. M. a. W. können grundsätzlich keine Sistierung des Verfahrens und kein Nichteintreten auf das Gesuch oder eine Abweisung des Gesuchs um Durchführung des Verfahrens von einer unabhängigen Drittperson oder einem Gremium als zurzeit unzulässig gegen den Willen einer Partei angeordnet werden.⁷¹⁸ Die Durchführung von entscheidungsorientierten ADR-Verfahren⁷¹⁹ ist u. U. auch ohne Mitwirkung einer Partei möglich. Der die Teilnahme verweigernden Partei erwachsen dadurch Rechtsnachteile, das Ergebnis des Verfahrens stellt jedoch keine verbindliche Entscheidung dar. Demnach sind die Rechtsfolgen der vorzeitigen Initiierung des ADR-Verfahrens darin zu sehen, dass die Gegenpartei die Mitwirkung am Verfahren sanktionslos verweigern kann.⁷²⁰

⁷¹⁷ Vgl. vorne, [N 362 ff.](#) und hinten, [N 404 ff.](#)

⁷¹⁸ Vgl. vorne, [N 252](#).

⁷¹⁹ Bei den entscheidungsorientierten ADR-Verfahren versuchen die Parteien mit Unterstützung einer Drittperson ihre Streitigkeit aussergerichtlich beizulegen. Im Unterschied zu den verhandlungsorientierten ADR-Verfahren übt die neutrale Drittperson stärker auf das Verfahrensergebnis ein und verfügt dazu über eine erhöhte Kontrolle über den Verfahrensablauf, SCHÜTZ, N 150.

⁷²⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 290 f. Zu den möglichen Sanktionen siehe vorne, [N 321 ff.](#)

Daneben steht es den Parteien frei, mittels einer entsprechenden Vereinbarung den Ablauf des ADR-Verfahrens und die Befugnisse der unabhängigen Drittperson bzw. des Gremiums selbst zu regeln. Dabei ist zu prüfen, ob diese eine andere Rechtsfolge als die sanktionslose Verweigerung der Mitwirkung vorsehen. Beispielsweise sehen die Swiss Rules of Mediation betreffend die Verfahrensregeln in Art. 11 Ziff. 1 vor, dass bei fehlender Parteivereinbarung der Mediator das Verfahren unter Berücksichtigung der Umstände des Streitfalls, der von den Parteien geäusserten Wünsche und der Notwendigkeit einer schnellen Regelung des Streitfalls so leitet, wie er es für angemessen hält. Eine Sistierung des Verfahrens käme m. E. gestützt auf diese Bestimmung durchaus infrage. Mit dem Abschluss der Eskalationsklausel einigen sich die Parteien auf ein mehrstufiges Streitbeilegungsverfahren, bei dem die nächste Stufe der Eskalationsleiter nur bei Scheitern des vorangehenden Verfahrens eingeleitet werden soll. Die Parteien äusserten damit beim Abschluss der Eskalationsklausel den Wunsch, das ADR-Verfahren erst nach erfolglosem Durchlauf des vorangehenden ADR-Verfahrens durchzuführen. Ähnliche Regeln finden sich in weiteren institutionellen ADR-Verfahrensordnungen.⁷²¹ Ausserdem müsste anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls näher geprüft werden, ob die Parteien in der Vereinbarung des stufenweise zu erfolgenden Streitbeilegungsverfahrens nicht ihrerseits bereits eine Sistierung des ADR-Verfahrens bis zum Abschluss der vorangehenden Stufen der Eskalationsleiter vorgesehen haben.⁷²²

397

Nach den vorherigen Ausführungen kann damit festgehalten werden, dass die vorzeitige Initiierung eines ADR-Verfahrens mangels der entsprechenden Kompetenzen des unabhängigen Dritten bzw. Gremiums lediglich zum Abschluss von Sanktionsmöglichkeiten gegen die die Teilnahme verweigernde Partei führt. Den Parteien steht jedoch offen, selbst andere Rechtsfolgen vorzusehen oder den unabhängigen Dritten bzw. das Gremium zur Verfahrenslei-

398

⁷²¹ Vgl. beispielsweise Art. 7 Ziff. 3 ICC Mediation Rules; Art. 6.1 LCIA Mediation Rules; Art. 6 Ziff. 2 UNCITRAL Model Law on International Conciliation.

⁷²² Ähnlich dem dilatorischen Klageverzicht hinsichtlich des streitigen Verfahrens der letzten Eskalationsstufe, soll auch in den hier diskutierten Fällen das vorgesehene ADR-Verfahren nur bei erfolglosen vorangehenden Verfahren durchgeführt werden. Die Vereinbarung betrifft demnach ebenfalls die Zulässigkeit («admissibility») des ADR-Verfahrens und liesse sich damit als entsprechende Anweisung an den unabhängigen Dritten bzw. das Gremium verstehen. Im Unterschied zu den Ausführungen bezüglich der vorzeitigen Initiierung des Schiedsverfahrens ist diese Frage für die ADR-Verfahren strenger zu beurteilen, da die subsidiäre Befugnis zur Regelung des Verfahrens nicht gesetzlich vorgesehen ist (für das Schiedsverfahren: Art. 373 Abs. 2 ZPO und Art. 182 Abs. 2 IPRG). Ausgangspunkt für die Beurteilung bildet der Wortlaut der Vereinbarung (z. B. der Detailgrad, die Bezugnahme auf das vorangehende ADR-Verfahren etc.).

tung zu ermächtigen. In diesen Fällen drängt sich unter Berücksichtigung des Parteiwillens eine Sistierung des ADR-Verfahrens bis zur Nachholung der vorangehenden Streitbeilegungsstufe regelmässig auf.

IV. Vorzeitige Initiierung des (schieds-)gerichtlichen Verfahrens in Verletzung der Schieds- oder Gerichtsstandvereinbarung

- 399 Leitet eine Partei in Verletzung des dilatorischen Klageverzichts vorzeitig eine Klage vor einem Schiedsgericht oder staatlichen Gericht ein, verletzt diese u. U. gleichzeitig die in der Eskalationsklausel enthaltene Schieds- oder Gerichtsstandvereinbarung. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn trotz des Vorliegens einer Schiedsvereinbarung der staatliche Richter angerufen oder nicht beim prorogierten Gericht Klage erhoben wird.

A. Vorzeitige Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens in Verletzung der Schiedsvereinbarung

a. Im Allgemeinen

- 400 Wird ein staatliches Gericht trotz Vorliegen einer rechtswirksamen Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien angerufen, lehnt dieses seine Zuständigkeit ab (Art. 61 ZPO; Art. 7 IPRG; Art. II Abs. 3 NYÜ). In den gesetzlichen Bestimmungen werden sodann Ausnahmen von diesem Prinzip statuiert, sodass beispielsweise bei einer durch das staatliche Gericht festzustellenden, ungültigen Schiedsvereinbarung ein Gerichtsverfahren durchzuführen ist. Ungültig ist eine Schiedsvereinbarung bei Nichtzustandekommen aus formellen oder materiellen Gründen sowie bei nachträglichem Wegfallen.⁷²³ Ausgehend vom Vorliegen einer gültigen Schiedsvereinbarung wird für das Vorgehen des angerufenen staatlichen Gerichts demnach entscheidend sein, wie die Rechtsfolgen der Verletzung der in der Eskalationsklausel vereinbarten Abfolge der Streitbeilegungsverfahren festgelegt sind.

⁷²³ HURNI, BK ZPO 61 N 20; vgl. DROESE, BSK IPRG 7 N 18 f. Dazu vorne, [N 43 ff.](#)

b. Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Schiedsverfahrens

In aller Regel soll die Einhaltung der vereinbarten Abfolge der Streitbeilegungsverfahren, d. h. im Ergebnis die Beachtung des dilatorischen Klageverzichts, die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens betreffen. Das Verfahren vor dem Schiedsgericht darf erst bei erfolglosem Durchlauf der vorangehenden Stufen der Eskalationsleiter durchgeführt werden. Auf den Willen der Parteien, die Streitigkeit als *ultima ratio* von einem Schiedsgericht beurteilen zu lassen, hat die Verletzung der Stufenabfolge keine Auswirkung.⁷²⁴

401

Angesichts der ausschliesslichen Auswirkungen auf die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens wurde die zuständigkeitsbegründende Schiedsvereinbarung nicht unter der aufschiebenden Bedingung des erfolglosen Durchlaufs der vorangehenden Streitbeilegungsverfahren geschlossen.⁷²⁵ Die Schiedsvereinbarung wird infolgedessen mit ihrem Abschluss im Rahmen der Eskalationsklausel für die Parteien verbindlich und entfaltet ab diesem Zeitpunkt ihre negative Wirkung.⁷²⁶ Demzufolge ist die Schiedsvereinbarung infolge der Verletzung der vereinbarten Abfolge der Streitbeilegungsverfahren nicht ungültig i. S. v. Art. 61 lit. b ZPO, Art. 7 lit. b IPRG und Art. II Abs. 3 NYÜ und das staatliche Gericht hat vorbehaltlich anderer Einwände seine Zuständigkeit abzulehnen.

402

c. Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des Schiedsgerichts

Anders hat das angerufene staatliche Gericht zu entscheiden, wenn die Parteien die Schiedsvereinbarung ausnahmsweise unter der aufschiebenden Bedingung der erfolglosen Durchführung der vorangehenden Streitbeilegungsstufen geschlossen haben.⁷²⁷ Die Schiedsvereinbarung befindet sich dann bis zum Eintritt der Bedingung in einem Schwebezustand und kann ihre negativen Wirkungen nicht entfalten.⁷²⁸ Daher wird die von der beklagten Partei erhobene Schiedseinrede nicht erfolgreich sein und das staatliche Gericht für die Beurteilung der Streitigkeit zuständig. Jedoch behält der dilatorische Klageverzicht auch vor der Erfüllung der Bedingung seine Wirkung und das staatli-

403

⁷²⁴ Vgl. vorne, [N 355](#).

⁷²⁵ Vgl. vorne, [N 355 f.](#)

⁷²⁶ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 295.

⁷²⁷ Vgl. vorne, [N 356](#).

⁷²⁸ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 295.

che Gericht ist infolgedessen nicht zur Durchführung des Verfahres befugt.⁷²⁹ Nach Eintritt der Bedingung, zu deren Ermöglichung das staatliche Gericht das Verfahren sistiert, entfaltet die Schiedsvereinbarung auch ihre negative Wirkung und das staatliche Gericht wird, andere Einwände vorbehalten, seine Zuständigkeit ablehnen.⁷³⁰ Allenfalls kann bereits gestützt auf das Verhalten des Klägers (z. B. die Verhinderung der Durchführung der vorangehenden ADR-Verfahren ohne sachliche Gründe) die Bedingung als erfüllt angesehen werden (Art. 156 OR).

d. Prozessverbote oder Unterlassungsanspruch als vorsorgliche Massnahme

i. Ausgangslage

- 404 Erfährt eine Partei von den Absichten des anderen, in Verletzung der in der Eskalationsklausel enthaltenen Vereinbarungen ein Verfahren vor einem staatlichen Gericht einzuleiten, mag sich die Frage nach der Möglichkeit eines aktiven Handelns stellen. Die Erhebung der Schiedseinrede bzw. die Sistierung des Gerichtsverfahrens und anschliessende Erhebung der Schiedseinrede sind schliesslich lediglich als Reaktion auf das vertragswidrige Verhalten der Gegenpartei ausgestaltet.
- 405 Eine Klage vor dem staatlichen Gericht auf Feststellung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit scheitert in aller Regel am fehlenden Rechtsschutzinteresse.⁷³¹ Ebenfalls aus dem Grund des fehlenden Rechtsschutzinteresses scheitert auch eine Feststellung des Vorliegens einer Schiedsvereinbarung als vorsorgliche Massnahme.⁷³² Im Folgenden sollen demnach Massnahmen geprüft werden, welche gegenüber der Gegenpartei eine konkrete Verhaltensweise anordnen.

ii. Prozessverbot («anti-suit injunction»)

- 406 In Common-law-Rechtsordnungen können die Parteien dazu eine anti-suit injunction bei einem staatlichen Gericht beantragen. Die Möglichkeit zum Erlass

⁷²⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 295.

⁷³⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 295 f.

⁷³¹ BERGER/KELLERHALS, N 675; COURVOISIER/JAISLI KULL, BSK IPRG 186 N 6; PFISTERER, BK ZPO 359 N 11; POUDRET/BESSON, N 487.

⁷³² Einer solche vorsorgliche Massnahme fehlt es an der Anordnung einer konkreten Verhaltensweise, GÜNGERICH, BK ZPO 262 N 50.

einer anti-suit injunction ermöglicht dem Gericht bei Vorliegen einer Schiedsvereinbarung insbesondere, den Parteien die Einleitung eines staatlichen Gerichtsverfahrens zu verbieten.⁷³³ Dabei handelt es sich um eine «offensive Ausprägung» der «Forum-non-conveniens-Doktrin».⁷³⁴ Das staatliche Gericht legt seiner Beurteilung im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit jedoch weniger den Massstab zugrunde, welches Gericht am besten zur Beurteilung der Klage geeignet ist, sondern entscheidet aufgrund einer Überprüfung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung.⁷³⁵ Erlässt das angerufene staatliche Gericht eine anti-suit injunction und verstösst eine Partei gegen dieses Prozessführungsverbot, befindet sie sich in «contempt of court».⁷³⁶ Dies kann mit einschneidenden Folgen für die betroffene Partei verbunden sein. Der Richter kann als Konsequenz der fehlbaren Partei empfindliche Bussen auferlegen, Vermögenswerte beschlagnahmen oder gar eine Haftstrafe anordnen.⁷³⁷ Die Möglichkeit zur Beantragung einer anti-suit injunction gibt den Parteien demnach ein wirksames Mittel für ein aktives Handeln gegen eine befürchtete Verletzung der in der Eskalationsklausel enthaltenen Schiedsvereinbarung in die Hand.

iii. *Anti-suit injunction in der Schweiz*

Der Erlass einer anti-suit injunction durch ein Schweizer Gericht muss bei Vorliegen eines internationalen Sachverhalts zunächst mit den staatsvertraglichen Vorschriften kompatibel sein (Art. 2 ZPO; Art. 1 Abs. 2 IPRG). Im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit ist insbesondere die Konformität einer anti-suit injunction mit dem NYÜ näher zu betrachten. Das NYÜ enthält keine expliziten Bestimmungen, die sich mit der Zulässigkeit einer anti-suit injunction befassen. Seine Regelungen sind entsprechend zum Hinweis auf die Vereinbarkeit des Staatsvertrags mit dem Erlass von anti-suit injunctions auszulegen.

In Art. II Abs. 3 NYÜ wird mittels der bereits angesprochenen Schiedsereinrede⁷³⁸ die Wirkung der Schiedsvereinbarung verstärkt. Das gleiche Ziel der Durchsetzung der aus der Schiedsvereinbarung entstehenden Verpflichtungen verfolgt die anti-suit injunction. Verbietet aber das staatliche Gericht den

⁷³³ BORN, 1392; HAU, 191; POUURET/BESSON, N 1019; STACHER, ASA Bull. 2005, 645.

⁷³⁴ POUURET/BESSON, N 1019; STACHER, ASA Bull. 2005, 644.

⁷³⁵ BORN, 1394 ff.; HAU, 198; STACHER, ASA Bull. 2005, 645; POUURET/BESSON, N 1020.

⁷³⁶ BERGER/KELLERHALS, N 677; CLAVEL, Rev. de l'Arb. 2001, 671; HAU, 200; POUURET/BESSON, N 1020.

⁷³⁷ BERGER/KELLERHALS, N 677; CLAVEL, Rev. de l'Arb. 2001, 671; HAU, 200; POUURET/BESSON, N 1019.

⁷³⁸ Vgl. vorne, [N 400 ff.](#)

Parteien, an anderen Gerichten ein Verfahren einzuleiten, greift es in die Kompetenz der Gerichte ein, über ihre Zuständigkeit selbst zu entscheiden («Kompetenz-Kompetenz»).

⁷³⁹ Der erwähnte Art. II Abs. 3 NYÜ räumt den Schiedsrichtern in diesem Zusammenhang kein Vorrecht gegenüber den staatlichen Richtern ein (sog. negative Wirkung der Kompetenz-Kompetenz).⁷⁴⁰ Ein Konflikt zwischen Art. II Abs. 3 NYÜ und dem Erlass einer anti-suit injunction besteht demnach nicht. Auch aus den anderen Bestimmungen des NYÜ kann nicht auf die Unzulässigkeit einer anti-suit injunction geschlossen werden.

409 Mithilfe des NYÜ soll jedoch hauptsächlich sichergestellt werden, dass in einem dezentralisierten Gebiet wie der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sämtliche Gerichte und Schiedsgerichte nebeneinander bestehen können und dadurch auch gegenseitig anerkennen sollen, dass jedes (Schieds-)Gericht im Rahmen der Verpflichtungen des NYÜ über seine eigene Zuständigkeit entscheiden kann.

⁷⁴¹ Der Anerkennung des Grundsatzes der Kompetenz-Kompetenz liegt zudem der Gedanke des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Gerichten und Schiedsgerichten der Vertragsstaaten zugrunde.⁷⁴² Diesem «Geist» des NYÜ widerspricht das Wesen der anti-suit injunction, womit diese als nicht mit dem NYC vereinbar zu gelten hat.⁷⁴³

410 Als weiteren Staatsvertrag haben Schweizer Gerichte das LugÜ für die Beurteilung der Zulässigkeit einer anti-suit injunction zu beachten. Der EuGH hat in einem Urteil festgehalten, dass trotz der Ausnahme der Schiedsgerichtsbarkeit vom sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d LugÜ der Erlass einer Anordnung durch ein Gericht eines Mitgliedstaates, mit der einer Person die Einleitung oder Fortführung eines Verfahrens vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaates mit der Begründung verboten wird, dass ein solches Verfahren gegen eine Schiedsvereinbarung verstösst, mit EG VO Nr. 44/2001 (Wortgleich mit dem LugÜ) nicht vereinbar ist.

⁷⁴⁴ Eine anti-suit injunction wahrt nicht den sich aus dem LugÜ ergebenden allgemeinen Grundsatz, nach dem jedes angerufene Gericht nach seinem Recht selbst bestimmt, ob es für die Entscheidung über den bei ihm anhängig gemachten

⁷³⁹ Vgl. vorne, [N 250 ff.](#); Art. 59 f. ZPO.

⁷⁴⁰ POUDRET/BESSON, N 491 und N 1030; STACHER, ASA Bull. 2005, 649; vgl. WILSKE/FOX, Beck-Komm. NYÜ II N 299.

⁷⁴¹ BORN, 1417 f.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 5.72.

⁷⁴² KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 5.72.

⁷⁴³ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 5.72; SCHWEBEL, 10 f.; STACHER, ASA Bull. 2005, 648 f.; a.M. MOSIMANN, 50; POUDRET/BESSON, N 1030. Vgl. auch BORN, 1417 f.

⁷⁴⁴ EuGH vom 10. Februar 2009, Rs. C-185/07, Allianz SpA/West Tankers, N 32.

Rechtsstreit zuständig ist.⁷⁴⁵ Des Weiteren widerspricht die anti-suit injunction auch dem Vertrauen, das die Mitgliedstaaten gegenseitig ihren Rechtssystemen und Rechtspflegeorganen entgegenbringen und auf dem das Zuständigkeitssystem des LugÜ beruht.⁷⁴⁶ Diese Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des LugÜ haben auch Schweizer Gerichte für ihre Entscheide zu beachten (Art. 1 Abs. 1 Protokoll 2 zum LugÜ). Nach den bisherigen Ausführungen widerspricht die Anordnung einer anti-suit injunction, welche die Einleitung eines Verfahrens vor einem Gericht eines anderen LugÜ-Mitgliedstaates verbietet, dem LugÜ.

Bei internationalen Sachverhalten ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ richtet sich die Zulässigkeit eines Eingriffs in die Kompetenz-Kompetenz nach dem eigenen Recht des betroffenen Gerichts.⁷⁴⁷ Schweizer Gerichte prüfen im Rahmen von Art. 59 f. ZPO ihre Zuständigkeit und die weiteren Prozessvoraussetzungen selbst und grundsätzlich von Amtes wegen. Die Anordnung einer anti-suit injunction greift folglich in unzulässiger Weise in den Grundsatz ein, dass jedes angerufene Gericht selbst über seine Zuständigkeit befindet. Die anti-suit injunction steht damit im Widerspruch zur Schweizer Rechtsordnung und ist als unzulässiger Eingriff in die Kompetenz-Kompetenz des angerufenen Gerichts zu werten.⁷⁴⁸ 411

iv. *Unterlassungsanspruch als vorsorgliche Massnahme*

Das Begehren um Anordnung eines Prozessverbots in Form einer anti-suit injunction beim staatlichen Gericht wird nach den vorherigen Erläuterungen nicht erfolgreich sein. Zu prüfen ist weiter noch die Möglichkeit, eine ähnliche Wirkung mittels eines Unterlassungsanspruchs als vorsorgliche Massnahme zu erreichen. Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürch- 412

⁷⁴⁵ EuGH vom 10. Februar 2009, Rs. C-185/07, Allianz SpA/West Tankers, N 29; EuGH vom 27. April 2004, Rs. C-159/02, Turner/Grovit, N 26. Der EuGH bestätigt mit diesen Urteilen folglich die Kompetenz-Kompetenz der Gerichte eines Vertragsstaates.

⁷⁴⁶ EuGH vom 10. Februar 2009, Rs. C-185/07, Allianz SpA/West Tankers, N 29; EuGH vom 27. April 2004, Rs. C-159/02, Turner/Grovit, N 24 f.

⁷⁴⁷ Fällt der Sachverhalt in den Anwendungsbereich des NYÜ, darf unter Berufung auf Art. II Abs. 2 NYÜ, d.h. wenn eine Partei sich auf diese Bestimmung beruft, ebenfalls keine anti-suit injunction angeordnet werden, siehe unmittelbar vorne, [N 407 ff.](#)

⁷⁴⁸ Vgl. Genfer Tribunal de première instance vom 2. Mai 2005, in: ASA Bull. 2005, 747; BERGER/KELLERHALS, N 677; COURVOISIER/JAISLI KULL, BSK IPRG 186 N 9; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 5.72; STACHER, ASA Bull. 2005, 654.

ten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Der Inhalt einer vorsorglichen Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, insbesondere auch ein Verbot (Art. 262 lit. a ZPO).

- 413 Betreffend die Möglichkeit der Verpflichtung zur Unterlassung der Einleitung eines Prozesses bei einem staatlichen Gericht in Missachtung der Schiedsvereinbarung wirft bereits die Voraussetzung des Vorliegens eines «Anspruchs» i. S. v. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO Probleme auf, da den vorsorglichen Massnahmen ein materiell-rechtlicher Anspruch zugrunde liegen muss.⁷⁴⁹ Damit stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur der aus der Schiedsvereinbarung erwachsenden Verpflichtungen.⁷⁵⁰
- 414 Weiter muss der gesuchstellenden Partei aus der Verletzung der Schiedsvereinbarung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen. Unter diesem Titel ist durch den Gesuchsteller glaubhaft darzulegen, dass bei Zuwarten bis zum Entscheid im Hauptprozess der materiell-rechtliche Anspruch vereitelt, seine gehörige Befriedigung erheblich erschwert oder ihm ungeachtet der Möglichkeit des nachträglichen Vollzugs ein nicht leicht zu ersetzender Schaden oder anderer Nachteil drohen würde.⁷⁵¹ Angesichts der Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag⁷⁵² betrifft der Hauptprozess die Frage nach der Verpflichtung der Parteien zur Durchführung des Schiedsverfahrens, d. h. die Gültigkeit bzw. Verbindlichkeit der Schiedsvereinbarung zumindest als Vorfrage der materiell-rechtlichen Beurteilung des Anspruchs. Durch das Zuwarten bis zum Entscheid des Hauptprozesses wird weder der materiell-rechtliche Anspruch vereitelt noch seine gehörige Befriedigung erheblich erschwert – das Schiedsverfahren kann anschliessend stets noch durchgeführt werden. Des Weiteren droht dem Gesuchsteller kaum ein nicht leicht zu ersetzender Schaden oder anderer Nachteil. Leitet die Gegenpartei ein staatliches Verfahren unter Missachtung der Schiedsvereinbarung ein, so braucht in diesem Verfahren bloss die Schiedseinrede erhoben zu werden, um die Gegenpartei auf das Schiedsverfahren zu verweisen. M. a. W. ergibt sich dieselbe Rechtslage, wenn die beklagte Partei die vorzeitige Initiierung des Schiedsverfahrens «abwartet» und dann die Einrede der Nichteinhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter (Regelfall) bzw. die Einrede der Unzuständig-

⁷⁴⁹ GÜNGERICH, BK ZPO 261 N 14; SPRECHER, BSK ZPO 261 N 15; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 22 N 8.

⁷⁵⁰ Vgl. vorne, [N 73 ff.](#)

⁷⁵¹ Botschaft ZPO, 7354; SPRECHER, BSK ZPO 261 N 16.

⁷⁵² Vgl. vorne, [N 182 ff.](#)

keit (Ausnahmefall) erhebt.⁷⁵³ In aller Regel wird die Erhebung der Schiedseinrede sogar mit geringeren Kosten verbunden sein, da kein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen inkl. Sachverhaltsdarstellung verfasst werden muss.

Auch weitere im Zusammenhang mit allfälligen Verzögerungen befürchtete Nachteile lassen sich leicht wiedergutmachen. Die Schiedseinrede ist zu Beginn des Gerichtsverfahrens geltend zu machen, da ansonsten die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts infolge der Einlassung begründet wird (vgl. Art. 61 lit. a ZPO; Art. 7 lit. a IPRG). Obschon das NYÜ die Begründung der Zuständigkeit aufgrund rügeloser Einlassung nicht ausdrücklich vorsieht (vgl. Art. II Abs. 3 NYÜ), ist ihre Zulässigkeit im Grundsatz allgemein anerkannt.⁷⁵⁴ Entsprechend beurteilt das angerufene staatliche Gericht die Schiedseinrede, bevor es sich der materiellen Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs annimmt. Eine Verzögerung gegenüber dem Verfahren auf Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist daher im Normalfall nicht wesentlich.

Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme, welche den Gesuchsgegner verpflichten würde, kein Verfahren vor einem staatlichen Gericht einzuleiten, kann demnach aufgrund des fehlenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht verfügt werden. Selbst wenn ausnahmsweise der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vom Gericht bejaht werden sollte, bestimmt sich der mögliche Inhalt einer vorsorglichen Massnahme nach der Schweizer *lex fori*.⁷⁵⁵ Im Ergebnis würde die verlangte vorsorgliche Massnahme mit der Wirkung einer anti-suit injunction übereinstimmen.⁷⁵⁶ Eine solche ist, wie bereits festgestellt wurde,⁷⁵⁷ mit dem schweizerischen Recht nicht vereinbar, womit das angerufene Gericht eine entsprechende vorsorgliche Massnahme nicht veranlassen darf.

⁷⁵³ JEGHER, 103 f.; a.M. MOSIMANN, 46 f.

⁷⁵⁴ STOJILJKOVIĆ, Zuständigkeit, 15.

⁷⁵⁵ SPRECHER, BSK ZPO N 20 Vor Art. 261-269.

⁷⁵⁶ Vgl. Genfer Tribunal de première instance vom 2. Mai 2005, in: ASA Bull. 2005, 746.

⁷⁵⁷ Vgl. vorne, [N 407 ff.](#)

B. Vorzeitige Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens in Verletzung der Gerichtsstandvereinbarung

a. Im Allgemeinen

- 417 Liegt zwischen den Parteien eine gültige Gerichtsstandvereinbarung vor, ist das darin bezeichnete Gericht vermutungsweise ausschliesslich zur Beurteilung der Streitigkeiten zuständig (Art. 17 Abs. 1 ZPO; Art. 5 Abs. 1 IPRG; Art. 23 Abs. 1 LugÜ). Erhebt eine Partei die Klage vor einem anderen als dem prorogierten Gericht ein, fehlt es somit an der Prozessvoraussetzung der örtlichen Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) und es hat gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO ein Nichteintretensentscheid zu ergehen. Trotz Art. 60 ZPO ergibt sich aus der Möglichkeit der Einlassung nach Art. 18 ZPO, Art. 6 IPRG und Art. 24 LugÜ, dass das angerufene Gericht das Vorliegen einer Gerichtsstandvereinbarung nicht in jedem Fall von Amtes wegen prüft. Wird ein derogiertes Gericht angerufen, darf dieses seine Zuständigkeit ausschliessende Gerichtsstandvereinbarung nur dann beachten, wenn der Beklagte die entsprechende Einrede («*exceptio fori prorogati*») erhebt.⁷⁵⁸ Leidet die Gerichtsstandvereinbarung an keinen Rechtsmängeln, wird für das konkrete Vorgehen des derogierten Gerichts wiederum entscheidend sein, wie die Rechtsfolgen der Verletzung der Eskalationsklausel festgelegt sind.

b. Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Verfahrens

- 418 Aufgrund der zwingenden Natur des Prozessrechts stellt die Einhaltung der vereinbarten Eskalationsleiter, d. h. die Beachtung des dilatorischen Klageverzichts, keine Prozessvoraussetzung dar. Die Vereinbarung zur Durchführung von vorgeschalteten ADR-Verfahren betrifft vielmehr die Zulässigkeit des staatlichen Gerichtsverfahrens. Entsprechend hätte das staatliche Gericht grundsätzlich auf die Klage einzutreten, müsste jedoch das Verfahren bis zum Durchlauf der vorgeschalteten Eskalationsstufen sistieren.⁷⁵⁹
- 419 Die Einhaltung der vereinbarten Eskalationsleiter wirkt sich folglich in aller Regel nicht auf die Zuständigkeit der Gerichte aus. Die örtliche Zuständigkeit

⁷⁵⁸ HAAS/SCHLUMPF, KuKo ZPO 17 N 23b; HOSTETTLER, ZZZ 2013, 123; GROLIMUND/AMMANN, in: Zivilprozessrecht, § 9 N 61; ZINGG, BK ZPO 60 N 10.

⁷⁵⁹ Vgl. vorne, [N 372 ff.](#)

haben die Parteien durch Abschluss der Gerichtsstandvereinbarung explizit vorgesehen. Auch wenn das staatliche Gerichtsverfahren vorzeitig initiiert wird, soll nach dem (hypothetischen) Parteiwillen das prorogierte Gericht zur Beurteilung zuständig sein.⁷⁶⁰ Infolgedessen entfaltet die Gerichtsstandvereinbarung im Zeitpunkt ihres Abschlusses als Teil der Eskalationsklausel ihre Wirkung. Erhebt der Beklagte die *exceptio fori prorogati*, darf das derogierte Gericht daher auch bei Verletzung der Eskalationsleiter infolge fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht auf die Klage eintreten und hat ein entsprechendes Prozessurteil zu erlassen (Art. 59 ZPO).

c. Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des Gerichts

Ungeachtet der fehlenden Parteiautonomie in Bezug auf die Festsetzung der Prozessvoraussetzungen kann die Zuständigkeit des Gerichts bei der Verletzung der in der Eskalationsklausel vorgesehenen Abfolge der Streitbeilegungsverfahren betroffen sein. Dies wird ausnahmsweise dann der Fall sein, wenn die Parteien die Gerichtsstandvereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen haben, dass die vorangehenden Streitbeilegungsstufen erfolglos durchlaufen wurden.⁷⁶¹ In diesen Fällen ist für den Beginn der Wirkungen der Zeitpunkt massgebend, in dem die Bedingung in Erfüllung geht, sofern nicht auf eine andere Absicht der Parteien geschlossen werden muss (Art. 151 Abs. 2 OR). Im Regelfall entfaltet die Gerichtsstandvereinbarung demnach erst nach Eintritt der Bedingung ihre Wirkung. Das nicht in Übereinstimmung mit der Gerichtsstandvereinbarung angerufene Gericht verliert seine Zuständigkeit aufgrund der Parteivereinbarung (noch) nicht und muss auf das Verfahren bei Vorliegen der weiteren Prozessvoraussetzungen eintreten. Jedoch wird das Verfahren anschliessend zwecks Durchführung der vorangehenden ADR-Verfahren sistiert.⁷⁶² Im Zeitpunkt der Fortführung des Verfahrens ist die Bedingung ebenfalls eingetreten, womit die Gerichtsstandvereinbarung ihre Wirkung entfaltet und das nicht in Übereinstimmung mit dieser angerufenen Gericht mangels örtlicher Zuständigkeit trotzdem nicht auf die Klage einzutreten hat (Art. 59 ZPO).

420

⁷⁶⁰ Vgl. vorne, [N 393](#).

⁷⁶¹ Vgl. vorne, [N 393](#).

⁷⁶² Vgl. vorne, [N 379 ff.](#)

d. Prozessverbote

- 421 Die Möglichkeit eines aktiven Vorgehens derjenigen Partei, welche eine Verletzung der abgeschlossenen Gerichtsstandvereinbarung befürchtet, scheitert aus denselben Gründen, wie dies bereits bei der vorzeitigen Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens in Verletzung der Schiedsvereinbarung beschrieben wurde.⁷⁶³ Ein Begehren um vorsorgliche Feststellung der Gültigkeit der Gerichtsstandvereinbarung ist nicht zulässig, einer Feststellungsklage auf Gültigkeit der Gerichtsstandvereinbarung fehlt es am erforderlichen Rechtsschutzinteresse,⁷⁶⁴ eine anti-suit injunction ist nicht mit dem Schweizer Recht vereinbar. Schlüssig scheitert ein Begehren um eine vorsorgliche Massnahme mit der Verpflichtung zur Unterlassung der Einleitung eines Verfahrens vor einem anderen als dem prorogierten Gericht, zum einen an dem Erfordernis des «nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils» und zum anderen an der fehlenden Vereinbarkeit einer solchen Massnahme mit dem Schweizer Recht.

C. Vorzeitige Initiierung eines Schiedsverfahrens ohne Vorliegen einer Schiedsvereinbarung

- 422 Im Unterschied zu den bisher in diesem Abschnitt behandelten Problemstellungen besteht in dieser Sachverhaltskonstellation keine die Zuständigkeit des angerufenen (Schieds-)Gerichts begründende Vereinbarung. Sofern sich die beklagte Partei nicht vorbehaltlos auf das Schiedsverfahren einlässt, hat sich dieses für unzuständig zu erklären (vgl. Art. 359 Abs. 2 ZPO; Art. 186 Abs. 2 IPRG).
- 423 Lässt sich die beklagte Partei auf das Schiedsverfahren ein, muss u. U. anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, ob die Parteien dadurch auf die dem Schiedsverfahren vorangehenden Eskalationsstufen verzichten. Falls dies nicht zutrifft, hat das Schiedsgericht das Verfahren zwecks Durchführung der übersprungenen ADR-Verfahren zu sistieren.⁷⁶⁵
- 424 Der Erlass eines Prozessverbots in Form einer anti-arbitration injunction, d. h. das Verbot der Einleitung eines Schiedsverfahrens, fällt aus denselben Grün-

⁷⁶³ Vgl. vorne, [N 404 ff.](#)

⁷⁶⁴ Bei Vorliegen eines internationalen Sachverhalts wäre jedoch die negative Feststellungsklage zwecks Sicherung des Gerichtsstands von den Parteien näher zu prüfen, vgl. BGE 144 III 175 E. 5.2 ff.

⁷⁶⁵ Vgl. vorne, [N 350 ff.](#)

den wie eine anti-suit injunction ausser Betracht.⁷⁶⁶ Auch einem Schiedsgericht kommt nach Art. 186 IPRG die Kompetenz zu, selbst über seine Zuständigkeit zu entscheiden. Dabei handelt es sich um eine zwingende Bestimmung des 12. Kapitels des IPRG.⁷⁶⁷ Den Schiedsrichtern kann dementsprechend ihre Kompetenz-Kompetenz nicht durch eine Parteivereinbarung entzogen werden. Dasselbe gilt nach Art. 359 Abs. 1 ZPO auch für Fälle, auf welche der dritte Teil der ZPO Anwendung findet.⁷⁶⁸ Die vorsorgliche Feststellung des Fehlens einer Schiedsvereinbarung ist wiederum unzulässig, der entsprechenden Feststellungsklage fehlt es am erforderlichen Rechtsschutzinteresse. Das Verbot zur Einleitung eines Schiedsverfahrens als vorsorgliche Massnahme ist mit dem Schweizer Recht unvereinbar.⁷⁶⁹

Da die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen ebenfalls auf der Schiedsvereinbarung fusst,⁷⁷⁰ kann dieses bei offensichtlichem Fehlen der Schiedsvereinbarung keine vorsorglichen Massnahmen anordnen. 425

V. Rechtsmittel gegen den in Verletzung der Eskalationsleiter ergangenen Entscheid

A. Rechtsmittel gegen den in Verletzung der Eskalationsleiter ergangenen Schiedsentscheid

a. Im Allgemeinen

Entscheide eines Schiedsgerichts können nur gestützt auf die in Art. 393 ZPO bzw. Art. 190 Abs. 2 IPRG erwähnten Beschwerdegründe an ein staatliches Gericht weitergezogen werden. Im Zusammenhang mit der Anfechtung des Schiedsentscheids aufgrund der Verletzung der vorgesehenen Eskalationsleiter ist v. a. der Beschwerdegrund der fehlenden schiedsgerichtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 393 lit. b ZPO und Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG näher zu be- 426

⁷⁶⁶ Vgl. vorne, [N 406 ff.](#)

⁷⁶⁷ BERGER/KELLERHALS, N 670; COURVOISIER/JAISLI KULL, BSK IPRG 186 N 5; OETIKER, ZK IPRG 186 N 2; POUDRET/BESSON, N 462.

⁷⁶⁸ DASSER, KuKo ZPO 359 N 2a; GIRSBERGER, BSK ZPO 359 N 5; PFISTERER, BK ZPO 359 N 2.

⁷⁶⁹ Vgl. vorne, [N 412 ff.](#)

⁷⁷⁰ BOOG/STARK-TRABER, BK ZPO 374 N 13; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 374 N 23 f.; MABILLARD, BSK IPRG 183 N 3.

trachten. Die beiden Bestimmungen haben einen identischen Wortlaut, womit sie auch gleich auszulegen sind.⁷⁷¹

- 427 Im Regelfall entscheidet das Schiedsgericht in einem Vor- bzw. Zwischenentscheid über seine Zuständigkeit (Art. 359 Abs. 1 ZPO; Art. 186 Abs. 3 IPRG).⁷⁷² Nach Art. 392 lit. b ZPO und Art. 190 Abs. 3 IPRG gilt jedoch auch für diese der Beschwerdegrund der fehlenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Die Zuständigkeitsbeschwerde unterliegt in zweifacher Hinsicht der Verwirkung: Die Parteien müssen die Einrede der fehlenden Zuständigkeit bereits vor dem Schiedsgericht zwecks Verhinderung einer Einlassung erheben sowie die entsprechende Beschwerde gegen den ersten möglichen Schiedsentscheid (i. d. R. ein Vor- bzw. Zwischenentscheid) einlegen.⁷⁷³

b. Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Verfahrens

- 428 In aller Regel beschlägt die Einhaltung der vereinbarten Eskalationsleiter und damit des dilatorischen Klageverzichts nicht die Zuständigkeit («jurisdiction») des Schiedsgerichts, sondern die Zulässigkeit («admissibility») des Schiedsverfahrens.⁷⁷⁴ Daher stellt sich primär die Frage, ob die Problematik der Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens ebenfalls unter den Beschwerdegrund der fehlenden schiedsgerichtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 393 lit. b ZPO und Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG subsumiert werden kann. Andernfalls wäre die Beschwerde gegen einen Schiedsentscheid, welcher die vereinbarte Stufenabfolge und den dilatorischen Klageverzicht missachtet, nicht zulässig.
- 429 Die Möglichkeit der Anfechtung des Schiedsentscheids aufgrund der fehlenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist essenziell zur Überprüfung des Verzichts der Parteien auf den in Art. 29a BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantierten Zugang zu einem staatlichen Gericht.⁷⁷⁵ Dieses rechtsstaatliche Bedürfnis hat nur eingeschränkte Bedeutung in Fällen, in denen nicht der Konsens zur Entscheidung der Streitigkeit durch ein Schiedsgericht Probleme aufwirft, son-

⁷⁷¹ MARUGG/NEUKOM CHANEY, BK ZPO 393 N 1; MRÄZ/PETER, BSK ZPO 393 N 28.

⁷⁷² Obschon Art. 359 Abs. 1 ZPO im Unterschied zu Art. 186 Abs. 3 IPRG kein Regel-Ausnahme-Verhältnis statuiert, bestehen in dieser Frage zwischen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und der Binnenschiedsgerichtsbarkeit keine Unterschiede, GIRSBERGER, BSK ZPO 359 N 26; GÖKSU, N 1236.

⁷⁷³ BERGER/KELLERHALS, N 1720 f.; GÖKSU, N 2055 ff.; MARUGG/NEUKOM CHANEY, BK ZPO 393 N 44 und 47; PFISTERER, BSK IPRG 190 N 55 und N 109.

⁷⁷⁴ Vgl. vorne, [N 350 ff.](#)

⁷⁷⁵ BGE 117 II 94 E. 5a; PFISTERER, BK ZPO 359 N 8; STOJILJKOVIĆ, ASA Bull. 2016, 899 f.

dern lediglich die vorzeitige Klageeinreichung und deren Auswirkungen auf das Schiedsverfahren zu Meinungsverschiedenheiten führen.⁷⁷⁶ Die Problematik der Zulässigkeit berührt schliesslich nicht die Zuständigkeit des Schiedsgerichts.⁷⁷⁷ Konsequenterweise führt dies dazu, dass der Beschwerdegrund der fehlenden schiedsgerichtlichen Zuständigkeit aufgrund der Nichteinhaltung der Eskalationsleiter bzw. der Verletzung des dilatorischen Klageverzichts nicht geltend gemacht werden kann.⁷⁷⁸

Das Bundesgericht behandelt ein solches Vorbringen dennoch unter dem Rückgrund der fehlenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts.⁷⁷⁹ Begründet wird dies mit der Verletzung der zeitlichen Geltung der Schiedsvereinbarung (Zuständigkeit *ratione temporis*). Im Effekt scheint die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedwede Verletzung einer dem Schiedsverfahren vorgeschalteten ADR-Vereinbarung mit gekoppeltem dilatorischen Klageverzicht unter die Zuständigkeit *ratione temporis* zu subsumieren.⁷⁸⁰ Diese befasst sich – ihrem Namen entsprechend – mit der zeitlichen Komponente der Schiedsvereinbarung, d. h. damit, ab wann bzw. bis wann diese ihre Wirkung entfaltet und das Schiedsgericht zur Fällung eines Entscheids zuständig ist.⁷⁸¹ Betrifft die Einhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter nach dem (hypothetischen) Parteiwillen lediglich die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens, was den Regelfall darstellt, zeitigt dies aber richtigerweise auch in zeitlicher Hinsicht keine Auswirkungen auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Die Parteien haben sich schliesslich im Zeitpunkt des Abschlusses der in der Eskalationsklausel enthaltenen Schiedsvereinbarung endgültig für die Durchführung eines Schiedsverfahrens unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit entschieden.⁷⁸² Demzufolge sollten nach der hier vertretenen Auffassung Fälle, welche lediglich die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens in zeitlicher Hinsicht betreffen, nicht unter den Begriff der Zuständigkeit *ratione temporis* subsumiert werden.

Indem das Bundesgericht die Sistierung des Schiedsverfahrens bis zur Nachholung der vorgeschalteten ADR-Verfahren anordnet, scheint es die Einhaltung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts im Ergebnis ebenfalls als Problem der Zulässigkeit zu behandeln. Es ist wider-

⁷⁷⁶ STOJILJKOVIĆ, ASA Bull. 2016, 904.

⁷⁷⁷ Vgl. vorne, [N 350 ff.](#)

⁷⁷⁸ PAULSSON J., in: FS Briner, 601 und 617; STOJILJKOVIĆ, ASA Bull. 2016, 904 f.

⁷⁷⁹ BGE 142 III 296 E. 1; BGer 4A_488/2011 vom 18. Juni 2012, E. 4.3.1; BGer 4A_46/2011 vom 16. Mai 2011, E. 3.3.2; BGer 4A_18/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.2.

⁷⁸⁰ STOJILJKOVIĆ, ASA Bull. 2016, 905.

⁷⁸¹ BERGER/KELLERHALS, N 582; vgl. GIRSBERGER/VOSER, N 604.

⁷⁸² Vgl. vorne, [N 355](#) und [N 418 f.](#)

sprüchlich, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu verneinen und gleichzeitig das Verfahren zu sistieren, wie dies jedoch vom Bundesgericht in der erwähnten Rechtsprechung vorgenommen wird. Bei fehlender Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist das Verfahren zu beenden, womit dessen Sistierung gar nicht (mehr) möglich ist. M. a. W. kann die Beschwerdeinstanz bei dem vorgebrachten Beschwerdegrund der fehlenden Zuständigkeit lediglich entscheiden, dass das Schiedsgericht zur Beurteilung der Streitigkeit zuständig war oder eben nicht.⁷⁸³

- 432 Nach diesen Ausführungen drängt sich in aller Regel die Anwendung des Beschwerdegrunds der fehlenden schiedsgerichtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 393 lit. b ZPO und Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG weder aus rechtsstaatlichen Bedenken auf noch lässt sich der Tatbestand unter die Zuständigkeit *ratione temporis* Entsprechend obliegt es dem Schiedsgericht, endgültig über die Rechtsfolgen der Verletzung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts zu entscheiden; eine Beschwerde kann aufgrund der eingeschränkten Rügegründe nicht erhoben werden.⁷⁸⁴

c. Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 433 Anders ist die Rechtslage, wenn der (hypothetische) Parteiwillen auf den Abschluss der Schiedsvereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung der erfolglosen Durchführungen der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren lautet. Die Schiedsvereinbarung befindet sich in diesen Fällen bis zum Eintritt der Bedingung in einem Schwebezustand und kann daher ihre Wirkung nicht entfalten. Entsprechend besteht (noch) keine Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der Streitigkeit. Ohne eindeutige Hinweise auf eine solche Ausgestaltung der Eskalationsklausel durch die Parteien sollte dies jedoch nicht vermutet werden.⁷⁸⁵

⁷⁸³ Zum Ganzen STOJILJKOVIĆ, ASA Bull. 2016, 905 f.

⁷⁸⁴ G.L.M. PAULSSON J., in: FS Briner, 601 und 617; STOJILJKOVIĆ, ASA Bull. 2016, 903 und 907; a.M. BERGER/KELLERHALS, N 583; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 8.150 (insb. Fn. 340); MARUGG/NEUKOM CHANEY, BK ZPO 393 N 39; PFISTERER, BSK IPRG 190 N 51. Die Gegenmeinungen verweisen auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung ohne sich näher mit der m. E. notwendigen Unterscheidung zwischen «jurisdiction» und «admissibility» auseinanderzusetzen. Vgl. auch BGE 136 III 597 E. 4.2, mit der Sistierung befindet das Schiedsgericht gerade nicht über seine Zuständigkeit, sondern bloss über die Zulässigkeit des Verfahrens.

⁷⁸⁵ Vgl. vorne, [N 355](#).

Bejaht das angerufene Schiedsgericht trotz des Vorliegens einer aufschiebend bedingten Schiedsvereinbarung, deren Bedingung noch nicht eingetreten ist, seine Zuständigkeit, kann der Entscheid des Schiedsgerichts dementsprechend gestützt auf den Beschwerdegrund der fehlenden schiedsgerichtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 393 lit. b ZPO und Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG angefochten werden.⁷⁸⁶

434

B. Rechtsmittel gegen den in Verletzung der Eskalationsleiter ergangenen staatlichen Gerichtsentscheid

a. Im Allgemeinen

Gegen Entscheide von erstinstanzlichen Schweizer Gerichten können die in Art. 308 ff. ZPO vorgesehenen Rechtsmittel ergriffen werden. Die zulässigen Rügegründe sind im Gegensatz zur Rechtslage im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit weiter gefasst. So lassen sich im Anwendungsbereich der Berufung die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO) und im Anwendungsbereich der Beschwerde ebenfalls die unrichtige Rechtsanwendung, jedoch bloss offensichtlich unrichtige Feststellungen des Sachverhalts (Art. 320 ZPO) rügen.

435

Interessant ist im Zusammenhang mit dem Weiterzug des erstinstanzlichen Urteils aufgrund der Verletzung der Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts v. a. die Rügemöglichkeit der unrichtigen Rechtsanwendung. Diese umfasst die rechtliche Würdigung eines Sachverhalts, d. h. die Subsumption unter einen Tatbestand sowie die Bestimmung der Rechtsfolge.⁷⁸⁷ Unter den Begriff der unrichtigen Rechtsanwendung fallen des Weiteren insbesondere Mängel des Prozessrechts wie auch des materiellen Rechts.⁷⁸⁸ Auch für die Beschwerde an das Bundesgericht sieht Art. 95 lit. a BGG den Rügegrund der Verletzung von Bundesrecht vor, welcher wiederum die Subsumtion eines Sachverhalts unter einen Tatbestand sowie die Bestimmung der Rechtsfolge erfasst.⁷⁸⁹ Darunter fällt ebenfalls die Verletzung des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts.⁷⁹⁰

436

⁷⁸⁶ STOJILJKOVIĆ, ASA Bull. 2016, 907.

⁷⁸⁷ SEILER, 197 f.; STAUBER, in; Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO 310 N 5; STAUBER, in; Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO 320 N 3.

⁷⁸⁸ Botschaft ZPO, 7372; SEILER, 198; SPÜHLER, BSK ZPO 310 N 1; STAUBER, in; Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO 310 N 7.

⁷⁸⁹ SCHOTT, BSK BGG 95 N 39.

⁷⁹⁰ SCHOTT, BSK BGG 95 N 39.

- 437 Aufgrund der Möglichkeit einer vorbehaltslosen Einlassung auf das Verfahren i. S. v. Art. 18 ZPO, Art. 6 IPRG oder Art. 24 LugÜ muss die allenfalls fehlende örtliche Zuständigkeit rechtzeitig gerügt werden, da ansonsten das entsprechende Vorbringen verwirkt ist.⁷⁹¹ Anfechtbar sind u. a. mit der Berufung erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide (Art. 308 lit. a ZPO), mit der Beschwerde neben den nicht berufungsfähigen erstinstanzlichen End- und Zwischenentscheiden u. U. auch prozessleitende Verfügungen (Art. 319 ZPO) sowie vor dem Bundesgericht Endentscheide (Art. 90 BGG) und gegebenenfalls Vor- und Zwischenentscheide (Art. 92 f. BGG).

b. Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des staatlichen Gerichtsverfahrens

- 438 Wird das staatliche Gerichtsverfahren in Verletzung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts vorzeitig angerufen, muss es auf Antrag einer Partei das Verfahren bis zum Widerruf des Antrags oder zu der Mitteilung der Beendigung der Mediation sistieren und den Parteien eine Frist zur Nachholung der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren setzen.⁷⁹² Verweigert das angerufene Gericht die Sistierung des Verfahrens, stellt dies bei Vorliegen einer Mediationsvereinbarung im Sinne der ZPO eine Verletzung von Art. 214 Abs. 3 ZPO dar.⁷⁹³ Das Gericht hätte damit Verfahrensrecht verletzt. Nun handelt es sich bei der Nichtanordnung der Sistierung jedoch um eine prozessleitende Verfügung,⁷⁹⁴ welche nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen oder bei nicht leicht wiedergutzumachendem Nachteil auf kantonaler Ebene mit einer Beschwerde angefochten werden kann (Art. 319 lit. b ZPO).
- 439 Gemäss Art. 126 Abs. 2 ZPO ist die Sistierung mit einer Beschwerde anfechtbar. Von der Bestimmung ist aber lediglich die Anordnung und nicht die Verweigerung einer beantragten Sistierung erfasst.⁷⁹⁵ Folglich muss dem Beschwerde-

⁷⁹¹ SEILER, 197.

⁷⁹² Vgl. vorne, [N 372 ff.](#)

⁷⁹³ Vgl. vorne, [N 382.](#)

⁷⁹⁴ Die Nichtanordnung der Sistierung betrifft die formelle Gestaltung und den Ablauf des Verfahrens. Im Unterschied zu einem Zwischenentscheid führt eine abweichende oberinstanzliche Beurteilung hinsichtlich der Nichtanordnung der Sistierung nie zu einem (prozessualen) Endentscheid. Schliesslich zeitigt die Sistierung weder Auswirkungen auf die materielle Begründetheit der Klage noch stellt die Beachtung von Art. 214 Abs. 3 ZPO, d.h. der Mediationsvereinbarung im Sinne der ZPO, eine Prozessvoraussetzung dar. Siehe HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO 319 N 12 f.; vgl. SPÜHLER, BSK ZPO 319 N 1.

⁷⁹⁵ FREI, BK ZPO 126 N 22; GSCHWEND, BSK ZPO 126 N 17a; HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO 319 N 22; WEBER, KuKo ZPO 126 N 14.

führer aus der Verweigerung der Sistierung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entstehen. Dies ist bei der Verweigerung einer von Gesetzes wegen vorgesehenen Sistierung stets der Fall.⁷⁹⁶ Die zwingende Sistierung eines Verfahrens wurde vom Gesetzgeber schliesslich für solche Fälle bestimmt, welche der Prozessökonomie sowie den Interessen der Parteien dienen.⁷⁹⁷

Liegt keine Mediationsvereinbarung im Sinne der ZPO zwischen den Parteien vor (z. B. eine Vereinbarung zur Durchführung von Verhandlungen ohne Dritunterstützung), erfolgt die Sistierung gestützt auf die allgemeine Bestimmung von Art. 126 Abs. 1 ZPO.⁷⁹⁸ Verweigert das staatliche Gericht die Sistierung des Verfahrens, setzt die Beschwerde gegen die prozessleitende Verfügung wiederum einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil voraus, welcher sich nun jedoch nicht bereits aus der Nichtbeachtung einer Gesetzesbestimmung ergibt. Im Unterschied zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG werden nach der wohl herrschende Lehre neben rechtlichen Nachteilen auch Nachteile bloss tatsächlicher Natur als Rügegründe für die Beschwerde nach ZPO erfasst.⁷⁹⁹ Daraus folgt, dass es sich auch um Nachteile handeln kann, die nur eine Verteuerung oder Verlängerung des Verfahrens zur Folge haben.⁸⁰⁰ Da auch das Beschwerdeverfahren das Verfahren verlängert und Kostenfolgen mit sich bringt, ist der geltend gemachte Nachteil gegen die durch die Beschwerde verursachte Verfahrensverzögerung abzuwägen.⁸⁰¹

Mit der Durchführung der dem streitigen Verfahren vorgeschalteten ADR-Verfahren beabsichtigen die Parteien, eine zwischen ihnen entstandene Strei-

⁷⁹⁶ WEBER, KuKo ZPO 126 N 14; vgl. Botschaft ZPO, 7376; BRUNNER/VISCHER, KuKo ZPO 319 N 10.

⁷⁹⁷ Neben Art. 214 ZPO ist eine Sistierung von Gesetzes wegen u.a. auch zwecks der Klärung der Rechte des Hauptintervenienten (Art. 73 Abs. 2 ZPO), bei Konkurseröffnung über eine Partei (Art. 207 SchKG) oder bei Tod einer Partei für die Dauer des öffentlichen Inventars (Art. 586 Abs. 3 ZGB) vorgesehen. Die Sistierung dient in diesen Fällen v.a. der Kosteneinsparung durch Vermeidung von Parallelverfahren bzw. der Abwägung der Frage hinsichtlich der Übernahme des Kostenrisikos aufgrund der Weiterführung der Verfahren.

⁷⁹⁸ Vgl. vorne, [N 387 ff.](#)

⁷⁹⁹ SCHWENDENER, DIKE-Komm. ZPO 319 N 40 mit vielen Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung; FREIBURGHaus/AFHELDT, Komm. ZPO 319 N 15; HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO 319 N 27; MEIER, 470; SPÜHLER/VOCK, 40; STAEHELIN/MOSIMANN, in: Zivilprozessrecht, § 26 N 31b; a.M. SPÜHLER, BSK ZPO 319 N 7; STERCHI, BK ZPO 319 N 12. Das Bundesgericht hat sich dazu noch nicht geäussert, jedoch in BGE 137 III 380 E. 2.2 festgehalten, dass ein nicht wiedergutzumachender Nachteil i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erst recht einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO darstelle.

⁸⁰⁰ HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO 319 N 27.

⁸⁰¹ OGer ZH PF110056 vom 11. Oktober 2011.

tigkeit möglichst effizient und kostensparend beizulegen.⁸⁰² Dieses Ziel wird durch die Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens in Verletzung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts torpediert. Dabei entstehen den Parteien durch die verfrühte Durchführung des staatlichen Gerichtsverfahrens zusätzliche Kosten, welche bei einer gütlichen Beilegung der Streitigkeit hätten vermieden werden können. Des Weiteren stellen die in der Eskalationsklausel getroffenen Vereinbarungen einen gemeinsamen Sistierungsantrag der Parteien dar, dem das Gericht in aller Regel entsprechen sollte.⁸⁰³ Neben dem tatsächlichen Interesse der beschwerdeführenden Partei spricht folglich auch ein weiterer triftiger Grund für die Sistierung des Verfahrens. Dementsprechend hat die Beschwerdeinstanz grundsätzlich auch bei fehlendem Vorliegen einer Mediationsvereinbarung im Sinne der ZPO auf eine Beschwerde gegen die Verweigerung der Sistierung gestützt auf Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO einzutreten.⁸⁰⁴

- 442 Ein allfälliger Weiterzug des Entscheids der letzten kantonalen Instanz an das Bundesgericht hat den Voraussetzungen von Art. 93 BGG zu genügen.⁸⁰⁵ Wie bereits angesprochen, reicht ein bloss tatsächlicher Nachteil nicht aus. Vielmehr muss der Nachteil rechtlicher Natur sein, d. h. sich auch bei einem günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beheben lassen.⁸⁰⁶ Nachteile, die lediglich eine Verteuerung oder Verlängerung des Verfahrens nach sich ziehen, erfüllen daher die Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nicht.
- 443 Neben den rein finanziellen Nachteilen stellt die Missachtung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts zusätzlich eine (möglicherweise) rechtswidrige Überspringung eines vorgeschriebenen Verfahrensschritts dar. Fallen die vorgeschalteten ADR-Verfahren aus, können diese nicht nachgeholt werden. Die Beurteilung der Streitigkeit erfolgt dann vollumfänglich in einem anderen Zusammenhang, im streitigen Verfahren vor dem staatlichen Gericht. Dieser verfahrensmässige Nachteil lässt sich auch bei einem günstigen Endentscheid nicht beseitigen.⁸⁰⁷ Somit stellt die Verletzung

⁸⁰² Vgl. vorne, [N 4 ff.](#)

⁸⁰³ Vgl. vorne, [N 387 ff.](#)

⁸⁰⁴ Vgl. WEBER, KuKo ZPO 126 N 14.

⁸⁰⁵ Das BGG kennt die Entscheidart der prozessleitenden Verfügung nicht. Diese sind vielmehr als Zwischenentscheide zu qualifizieren, ZOTSANG, 176; vgl. SPÜHLER/VOCK, 89.

⁸⁰⁶ BGE 137 III 380 E. 1.2.1; 134 III 188 E. 2.1; HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO 319 N 25; SPÜHLER/VOCK, 90; ZOTSANG, 176.

⁸⁰⁷ Vgl. BGE 137 III 380 E. 1.2.4, in welchem als Folge der Überspringung der Einigungsverhandlung im Scheidungsverfahren gemäss Art. 291 ZPO ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil bejaht wurde.

der Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil i. S. v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG dar.

Nach den vorherigen Ausführungen kann somit bei vorzeitiger Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens im Falle der Verweigerung der Sistierung dagegen auf kantonaler Ebene Beschwerde geführt (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) und auf Bundesebene mittels Beschwerde in zivilrechtlichen Angelegenheiten das Bundesgericht angerufen werden (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). 444

c. Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des staatlichen Gerichts

Die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts ist lediglich in den Ausnahmefällen betroffen, in denen die Gerichtsstandvereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung des erfolglosen Durchlaufs der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren geschlossen wurde.⁸⁰⁸ Trifft dies dennoch zu und wurde das prorogierte Gericht vorzeitig angerufen, fehlt es diesem i. d. R. aufgrund des Schwebzustands der Gerichtsstandvereinbarung (Art. 151 Abs. 2 OR) an der örtlichen Zuständigkeit. Entsprechend darf das prorogierte Gericht (noch) nicht auf die Klage eintreten (Art. 59 ZPO). Ist dies trotz erhobener Unzuständigkeitseinrede der beklagten Partei dennoch der Fall, stellt sich die Frage nach den dagegen zulässigen Rechtsmitteln. 445

Beim Entscheid des Gerichts in Bezug auf seine Zuständigkeit handelt es sich um einen Zwischenentscheid i. S. v. Art. 237 Abs. 1 ZPO.⁸⁰⁹ Bei Erfüllen der Streitwertgrenze von CHF 10'000 kann somit auf kantonaler Ebene gegen die Bejahung der örtlichen Zuständigkeit trotz fehlenden Eintritts der aufschiebenden Bedingung Berufung gegen den Zwischenentscheid eingelegt werden (Art. 308 ZPO). Wird die Streitwertgrenze nicht erreicht, besteht die Möglichkeit der Anfechtung mittels der Beschwerde (Art. 319 lit. a ZPO). 446

Auf Ebene des Bundes ist die Beschwerde in zivilrechtlichen Angelegenheiten gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit ausdrücklich zulässig (Art. 92 Abs. 1 BGG). Selbstständig eröffnet sind Entscheide dann, wenn sie den Parteien schriftlich mitgeteilt werden begründet sind sowie eine Rechtsmittelbelehrung enthalten (vgl. Art. 112 Abs. 1 BGG).⁸¹⁰ 447

⁸⁰⁸ Vgl. vorne, [N 393](#).

⁸⁰⁹ HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO 308 N 20; KILLIAS, BK ZPO 237 N 8; MEIER, 468; SOGO/NAEGELI, KuKo ZPO 237 N 1; vgl. STAHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 23 N 4.

⁸¹⁰ UHLMANN, BSK BGG 92 N 11.

- 448 Hinsichtlich des Zeitpunkts der Anfechtung sehen Art. 92 Abs. 2 BGG und Art. 237 Abs. 2 ZPO vor, dass der Vor- und Zwischenentscheid selbstständig im Zeitpunkt ihres Erlasses angefochten werden müssen. Die Möglichkeit der Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid entfällt, d. h., das Recht der Anfechtung ist verwirkt.⁸¹¹

VI. Auswirkungen auf die Anerkennung eines ausländischen Entscheids

A. Auswirkungen auf die Anerkennung eines ausländischen Schiedsentscheids

a. Im Allgemeinen

- 449 Die Anerkennung und die Vollstreckung ausländischer Schiedsentscheide richten sich gemäss Art. 194 IPRG nach dem NYÜ. Das NYÜ beansprucht nach Art. I Ziff. 1 NYÜ ohnehin Wirkung *erga omnes*, wodurch dem Verweis im IPRG lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt.⁸¹² Die Anerkennungsverweigerungsgründe werden in Art. V NYÜ statuiert. Primär dürfte sich eine Partei bei der Verletzung der Eskalationsklausel auf den Anerkennungsverweigerungsgrund stützen, dass den vereinbarten Verfahrensbestimmungen nicht entsprochen wurde (Art. V Ziff. 1 lit. d NYÜ). Sie könnte sich auch auf die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung (Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ) berufen.
- 450 Nach Art. V Ziff. 1 lit. d NYÜ können die Anerkennung und die Vollstreckung des Schiedsentscheids u. a. versagt werden, wenn das schiedsgerichtliche Verfahren der Vereinbarung der Parteien oder mangels einer solchen Vereinbarung dem Recht des Landes, in dem das schiedsgerichtliche Verfahren stattfand, nicht entsprochen hat. Nach der Schweizer *lex arbitri* werden die Verfahrensvorschriften in Abwesenheit einer Parteivereinbarung durch die Schiedsrichter direkt oder in Bezugnahme auf ein Gesetz oder schiedsgerichtliche Verfahrensordnung festgesetzt (Art. 182 Abs. 2 IPRG; Art. 373 Abs. 2 ZPO).⁸¹³
- 451 Ungeachtet des Wortlauts der Bestimmung stellt jedoch nicht jede Verletzung der Verfahrensvorschriften einen Anerkennungsverweigerungsgrund dar. Im

⁸¹¹ UHLMANN, BSK BGG 92 N 23; VON WERDT, SHK BGG 92 N 22.

⁸¹² BERGER/KELLERHALS, N 2027; GÖKSU, N 2363; PATOCCHI/JERMINI, BSK IPRG 194 N 49.

⁸¹³ Vgl. vorne, [N 359 f.](#)

Hinblick auf den Zweck des NYÜ zur erleichterten Anerkennung von Schiedsentscheiden muss vielmehr ein Verstoss gegen grundlegende Verfahrensvorschriften vorliegen.⁸¹⁴ Daneben hat die Partei, welche den Anerkennungsverweigerungsgrund geltend macht, darzulegen, dass die Verfahrensverletzung auch Einfluss auf den Inhalt des Schiedsspruchs hatte.⁸¹⁵ Schliesslich muss der Verfahrensmangel zwecks Verhinderung der Verwirkung von der Partei während der Schiedsverfahrens unverzüglich gerügt werden.⁸¹⁶ Nicht notwendig ist hingegen die vorgängige Anfechtung des Schiedsentscheids.⁸¹⁷

Einen weiteren Grund zur Verweigerung der Anerkennung des Schiedsentscheids stellen gemäss Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ die formelle oder materielle Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung und damit – indirekt – die fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts dar.⁸¹⁸ Der Anerkennungsverweigerungsgrund der ungültigen Schiedsvereinbarung kann nicht mehr angeführt werden, wenn sich eine Partei vorbehaltlos auf das Schiedsverfahren eingelassen hat.⁸¹⁹

b. Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Schiedsverfahrens

In aller Regel betrifft die Verletzung der vorgesehenen Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens. Nach dem Willen der Parteien soll das Schiedsgericht von Anfang an für die autoritative Entscheidung in der Streitigkeit zuständig sein, aber das Verfahren erst nach erfolglosem Durchlauf der vorangeschalteten Streitbeilegungsstufen durchführen. Bei der vorzeitigen Initiierung des Schiedsverfahrens haben die Schiedsrichter dementsprechend das Schiedsverfahren aufgrund der Parteivereinbarung bzw. der schiedsgerichtlichen Festlegung der Verfahrensordnung zu sistieren.⁸²⁰

Der Begriff des «schiedsrichterlichen Verfahrens» i. S. v. Art. V Ziff. 1 lit. d NYÜ ist weit zu verstehen und erfasst den Zeitraum von der Initiierung des

⁸¹⁴ BERGER/KELLERHALS, N 2075; BORN, 3907; GIRSBERGER/VOSER, N 2097 ff.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 8.266; NACIMIENTO, Kluwer-Komm. NYÜ, 298 f.; PATOCCHI/JERMINI, BSK IPRG 194 N 242; PLOUDRET/BESSON, N 902; a.M. GÖKSU, N 2425.

⁸¹⁵ BORN, 3908; BORRIS/HENNECKE, Beck-Komm. NYÜ V N 319; GIRSBERGER/VOSER, N 2097 ff.; NACIMIENTO, Kluwer-Komm. NYÜ, 298 f.; PLOUDRET/BESSON, N 916.

⁸¹⁶ BERGER/KELLERHALS, N 2076; GIRSBERGER/VOSER, N 2102; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 8.266; PATOCCHI/JERMINI, BSK IPRG 194 N 245.

⁸¹⁷ BGer 4A_124/2010 vom 4. Oktober 2010, E. 6.3.3.1.

⁸¹⁸ BERGER/KELLERHALS, N 2059; PAULSSON M., 180.

⁸¹⁹ BERGER/KELLERHALS, N 2062; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 8.259.

⁸²⁰ Vgl. vorne, [N 350 ff.](#)

Schiedsverfahrens bis zur Eröffnung des Entscheids.⁸²¹ M. a. W. stellt die Missachtung der Rechtsfolge der Verletzung der vorgesehenen Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts, d. h. die fehlende Sistierung, einen Verstoß gegen die Verfahrensordnung dar. Entsprechend hat ein chinesisches Gericht die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsentscheids mit der Begründung verweigert, dass der vereinbarten «pre-arbitral consultation period» nicht genügend Folge geleistet wurde.⁸²² Im Unterschied dazu erkannte ein deutsches Gericht die Nichteinhaltung einer dem Schiedsverfahren vorgeschalteten Verhandlungsphase nicht als Anerkennungsverweigerungsgrund gestützt auf Art. V Ziff. 1 lit. d NYÜ an.⁸²³ In seiner Begründung führt das Gericht aus, dass es sich bei der entsprechenden Klausel im Vertrag lediglich um eine Absicht der Parteien, Streitigkeiten soweit möglich im Rahmen von Verhandlungen beizulegen, handle. Diese «Absichtserklärung» sei für die Parteien nicht verbindlich und stelle daher keine formelles «pre-arbitration proceeding» dar.⁸²⁴ Offen bleibt damit, wie das Gericht entschieden hätte, wenn es die Durchführung der vorgeschalteten Verhandlungen als zwingend qualifiziert hätte. Das explizite Abstellen auf die fehlende Verbindlichkeit der Verhandlungspflicht lässt zumindest erahnen, dass das Gericht zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre, wenn es die Durchführung der Verhandlungen als formelles «pre-arbitration proceeding» qualifiziert hätte.

- 455 M. E. stellt die Verweigerung der Sistierung des Schiedsverfahrens, welches in Verletzung der vorgesehenen Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts eingeleitet wurde, in aller Regel eine Verletzung des «schiedsrichterlichen Verfahrens» i. S. v. Art. V Ziff. 1 lit. d NYÜ dar. Bei der Beurteilung der Umstände der Einleitung des Schiedsverfahrens, welche einen Grund zur Verweigerung der Anerkennung darstellen können, bildet die Parteivereinbarung den Ausgangspunkt.⁸²⁵ Diese hält verbindlich fest, dass das Schiedsverfahren lediglich als *ultima ratio* eingeleitet und das Verfahren bei vorzeitiger Initiierung bis zur Nachholung der vorgeschalteten Streitbeilegungsstufen sistiert

⁸²¹ BORRIS/HENNECKE, Beck-Komm. NYÜ V N 314; NACIMIENTO, Kluwer-Komm. NYÜ, 293; vgl. POUDRET/BESSON, N 916.

⁸²² PepsiCo, Inc. v. Sichuan Pepsi-Cola Beverage Co. Ltd., [2005] Cheng Ming Chu Zi Di No. 912 (Chengdu Intermediate People's Court, China); PepsiCo Investment (China) Co. Ltd. v. Sichuan Yunlv Development Industrial Co., [2006] Cheng Ming Chu Zi Di No. 36 (Chengdu Intermediate People's Court, China).

⁸²³ OLG Celle vom 6. Oktober 2005, in: YB CommArb 2007, 322 ff.

⁸²⁴ OLG Celle vom 6. Oktober 2005, in: YB CommArb 2007, 324.

⁸²⁵ BORRIS/HENNECKE, Beck-Komm. NYÜ V N 324.

werden soll.⁸²⁶ Fraglich bleibt folglich, ob es sich dabei um einen Verstoss gegen eine grundlegende Verfahrensvorschrift handelt und die Verletzung Einfluss auf den Schiedsentscheid hat.

Die Verpflichtung zur Sistierung des vorzeitig eingeleiteten Schiedsverfahrens dient primär der Durchsetzung des Parteiwillens. Nach diesem soll das kostenintensive Schiedsverfahren nur dann durchgeführt werden, wenn die Streitigkeit nicht im Rahmen der vorgeschalteten Streitbeilegungsstufen beigelegt werden kann. Daher handelt es sich um eine grundlegende Verfahrensvorschrift. Schliesslich wird mithilfe der Sistierung des Schiedsverfahrens der Zweck der Eskalationsklausel sichergestellt und durchgesetzt. Ohne eindeutige gegenteilige Anhaltspunkte sehen die Parteien zusätzlich die Abfolge der Streitbeilegungsverfahren in Übereinstimmung mit der Eskalationsleiter zwingend vor.⁸²⁷ Eine Interpretation der Verfahrensvorschrift zur Sistierung des vorzeitig eingeleiteten Schiedsverfahrens als bloss dispositive Vorschrift fällt daher in aller Regel ausser Betracht.⁸²⁸

Schwieriger gestaltet sich die Darlegung des Einflusses der Verletzung der Verfahrensvorschriften auf den Inhalt des Schiedsentscheids. Die Partei, welche sich auf den Anerkennungsverweigerungsgrund beruft, wird in diesem Zusammenhang i. d. R. vorbringen, dass die vorgeschalteten ADR-Verfahren zumindest hinsichtlich einzelner Punkte der Auseinandersetzung erfolgreich gewesen wären und damit nicht mehr von den Schiedsrichtern hätte entschieden werden müs-

⁸²⁶ Vgl. vorne, [N 28](#) und [N 350 ff.](#) A.M. wohl mit Bezugnahme auf die chinesischen Urteile, *FAN*, 108, die die Problematik der Befolgung von dem Schiedsverfahren vorangehenden Verfahren der «jurisdiction» zuordnet (ohne jedoch auf die Unterscheidung zur «admissibility» einzugehen). *DARWAZEH/YEOH*, *J. Int'l Arb.* 2008, 845, weisen richtigerweise darauf hin, dass es sich bei der Missachtung der dem Schiedsverfahren vorangehenden Streitbeilegungsstufen um eine Problematik der «admissibility» handelt, scheinen aber anschliessend die Problematik der «jurisdiction» und «admissibility» nicht sauber voneinander zu trennen. Gegen die entsprechenden chinesischen Urteile bringen sie u.a. sodann vor, dass bei der Subsumption der Problematik unter die «admissibility» das Schiedsgericht endgültig entscheidet und das mit der Anerkennung befasste Gericht damit an den Entscheid des Schiedsgerichts gebunden ist. Dies trifft m. E. nur für die Rechtsmittelinstanz zu, vgl. vorne [N 426 ff.](#) Art. V Ziff. 1 lit. d NYÜ betrifft dagegen nicht die zulässigen Rügegründe in einem Rechtsmittelverfahren, sondern die Anerkennung eines ausländischen Schiedsentscheids. Die Anerkennungsverweigerungsgründe können durchaus weiter gefasst werden als die zulässigen Rügegründe, wodurch im innerstaatlichen Kontext das Schiedsgericht tatsächlich endgültig über die «admissibility» entscheidet, im Rahmen der Anerkennung die Problematik der «admissibility» jedoch vor dem Anerkennungsgericht gestützt auf Art. V Ziff. 1 lit. d NYÜ nochmals vorgebracht werden kann. Der Schiedsentscheid ist diesbezüglich «nicht endgültig».

⁸²⁷ Vgl. vorne, [N 28](#).

⁸²⁸ Zu diesem Erfordernis, *PATOCCHI/JERMINI*, *BSK IPRG* 194 N 243.

sen. Die Gegenpartei wird dies bestreiten. Während sich die entsprechenden Parteibehauptungen nicht eindeutig beweisen lassen, kann der Nicht-Sistierung ein wesentlicher Einfluss auf das Schiedsverfahren nicht abgesprochen werden. Durch sie wird den Parteien die Möglichkeit genommen, ihre Streitigkeiten im Rahmen der vereinbarten ADR-Verfahren beizulegen, zumindest, ohne gleichzeitig zusätzlich das Schiedsverfahren durchführen zu müssen, was die Erfolgsaussichten auf den Abschluss eines Vergleichs regelmässig stark mindert. Dass dieser Umstand auch Auswirkungen auf den Inhalt des Schiedsentscheids gehabt hat, lässt sich daher nicht gänzlich ausschliessen. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Beweisnot sollte das mit der Anerkennung des Schiedsentscheids befasste Gericht nicht auf das Regelbeweismass beharren, sondern einen «Wahrscheinlichkeitsbeweis» als ausreichend erachten.⁸²⁹ Ein strikter Beweis der Darlegung des Einflusses der Verletzung der Verfahrensvorschriften auf den Inhalt des Schiedsentscheids ist nach der Natur der Sache nicht möglich und lässt sich bloss mittelbar durch Indizien beweisen. Jedoch dürfte auch dieser Beweis in aller Regel nicht gelingen.

458 Nach den voranstehenden Ausführungen führt die Verletzung der vorgesehenen Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts i. d. R. nicht zur Verweigerung der Anerkennung des ausländischen Schiedsentscheids gestützt auf Art. V Ziff. 1 lit. d NYÜ.⁸³⁰

459 Sollte der Beweis der Auswirkungen auf den Inhalt des Schiedsentscheids gelingen und zeitigt die vorzeitige Initiierung Auswirkungen auf die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens und nicht auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, muss die Verfahrensverletzung zwecks Verhinderung der Verwirkung des Anerkennungsverweigerungsgrunds bereits vor dem Schiedsgericht gerügt worden sein. Eine vorgängige Anfechtung des Schiedsentscheids bei der dafür vorgesehenen Rechtsmittelinstanz bildet dagegen keine Voraussetzung für die Verweigerung der Anerkennung.

c. Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des Schiedsgerichts

460 Ergibt sich aus der Eskalationsklausel eindeutig, dass die darin enthaltene Schiedsvereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung der erfolglosen Durchführung der vorangeschalteten Streitbeilegungsverfahren abgeschlos-

⁸²⁹ BGE 130 III 321 E. 3.2; 128 III 271 E. 2b/aa; BAUMGARTNER, KuKo ZPO N 11 Vorbem. Art. 150-193; GROLIMUND/AMMANN, in: Zivilprozessrecht, § 18 N 40.

⁸³⁰ Vgl. BORN, 3899.

sen wurde, fehlt es dem angerufenen Schiedsgericht bis zum Eintritt der Bedingung an seiner Zuständigkeit.⁸³¹ Der in Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ vorgesehene Anerkennungsverweigerungsgrund ermöglicht den Parteien, die fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts vor dem Anerkennungsgericht vorzubringen.⁸³² Hat sich die Partei, welche den Verweigerungsgrund geltend macht, nicht vorbehaltlos auf das Schiedsverfahren eingelassen, wird das zuständige Gericht im eingangs erwähnten Sachverhalt die Anerkennung des Schiedsentscheids folglich verweigern.

B. Auswirkungen auf die Anerkennung eines Entscheids eines ausländischen Gerichtsentscheids

a. Im Allgemeinen

Die einschlägigen Bestimmungen zur Anerkennung des Entscheids eines ausländischen staatlichen Gerichts finden sich im LugÜ bzw. im IPRG, wobei Ersteres in seinem Anwendungsbereich Letzterem vorgeht (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Weitere multilaterale Staatsverträge, welche Bestimmungen zur Anerkennung eines ausländischen Gerichtsentscheids enthalten, finden sich im Bereich des für die Zwecke dieser Arbeit nicht relevanten Familienrechts (z. B. auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern oder der Ehescheidungen und Ehetrennungen). Des Weiteren hat die Schweiz mit diversen Staaten bilaterale Staatsverträge auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheiden abgeschlossen.⁸³³ Diese bilateralen Staatsverträge bündeln mit Inkrafttreten des LugÜ weite Teile ihres sachlichen Anwendungsbereichs ein (vgl. Art. 65 f. LugÜ) und werden daher im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher behandelt.

461

b. Vorzeitige Initiierung betrifft Zulässigkeit des Verfahrens

i. Auswirkungen auf die Anerkennung nach IPRG

Nach Art. 25 IPRG wird eine ausländische Entscheidung in der Schweiz anerkannt, wenn die Zuständigkeit der Gerichte des Staates, in dem die Entschei-

462

⁸³¹ Vgl. vorne, [N 356](#).

⁸³² PAULSSON M., 180; vgl. BORN, 3765.

⁸³³ Für eine Übersicht siehe DÄPPEN/MABILLARD, BSK IPRG 25 N 18 ff.

dung ergangen ist, begründet war (lit. a), gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann oder sie endgültig ist (lit. b) und kein Verweigerungsgrund i. S. v. Art. 27 IPRG vorliegt (lit. c). Für die Auswirkungen der vorzeitigen Initiierung auf die Anerkennung des ausländischen Gerichtsentscheids gilt es insbesondere die Voraussetzungen von Art. 25 lit. a und lit. c IPRG näher zu betrachten.

463 Der Anerkennungsverweigerungsgrund der fehlenden indirekten internationalen Zuständigkeit des ausländischen Gerichts gemäss Art. 25 lit. a i. V. m. Art. 26 IPRG dürfte v. a. in den Situationen, in denen eine Partei nicht das in der Gerichtsstandvereinbarung prorogierte Gericht angerufen hat, vorgebracht werden. Missachtet das derogierte ausländische Gericht die nach Art. 5 IPRG gültige Gerichtsstandvereinbarung,⁸³⁴ wird dieses Urteil in der Schweiz mangels indirekter Zuständigkeit nicht anerkannt.⁸³⁵ Die Ermittlung der indirekten Zuständigkeit aufgrund der Bestimmungen des IPRG oder des Wohnsitzes des Beklagten muss anhand des konkret betroffenen Rechtsgebiets bzw. der konkreten Umstände des Einzelfalls erfolgen. Die entsprechenden Verweigerungsgründe können indessen nicht mehr vorgebracht werden, wenn sich der Beklagte vorbehaltlos auf eine vermögensrechtliche Streitigkeit eingelassen hat (Art. 26 lit. c IPRG).

464 Weitere Anerkennungsverweigerungsgründe, auf welche sich der Beklagte bei einem in Missachtung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts ergangenen Entscheid allenfalls berufen kann, werden in Art. 27 IPRG aufgeführt. Der materielle *Ordre public* i. S. v. Art. 27 Abs. 1 IPRG erfasst ausschliesslich die tragenden Grundsätze des schweizerischen Rechtssystems und ist restriktiv auszulegen.⁸³⁶ Soweit die Missachtung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts überhaupt den materiellen Bestimmungen zugeordnet werden kann, handelt es sich dabei jedoch in keinem Fall um eine Verletzung der tragenden Grundsätze des schweizerischen Rechtssystems, durch die der Inhalt des Entscheids *«in unverträglichem Widerspruch zur schweizerischen Rechtsauffassung steht»*⁸³⁷. Die Berufung auf die Verletzung des materiellen *Ordre public* führt demnach nicht zur Verweigerung der Anerkennung des ausländischen Gerichtsentscheids. Insbesondere der unter

⁸³⁴ Vgl. vorne, [N 47 ff.](#)

⁸³⁵ MÜLLER-CHEN, ZK IPRG 26 N 25; SPÜHLER/RODRIGUEZ, N 340. Dasselbe gilt für den Fall, dass ein staatliches Gericht in Missachtung einer gültigen Schiedsvereinbarung entschieden hat, BGE 124 III 83 E. 5b.

⁸³⁶ DÄPPEN/MABILLARD, BSK IPRG 27 N 5; MÜLLER-CHEN, ZK IPRG 27 N 6 f.; WALTER/DOMEJ, 431 f.

⁸³⁷ Botschaft IPRG, 328 f.

den materiellen *Ordre public* zu subsumierende Grundsatz «*pacta sunt servanda*» wird durch das Gericht nicht verletzt. Die aus der Vereinbarung der Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts gezogenen Schlüsse (inkl. der Rechtsstreitigkeiten aus deren Verletzung) werden schliesslich vom Grundsatz nicht erfasst.⁸³⁸

Verstösse gegen den verfahrensrechtlichen *Ordre public* führen gemäss Art. 27 Abs. 2 IPRG ebenfalls zur Nichtanerkennung des ausländischen Gerichtsentscheidings. So wird eine im Ausland ergangene Entscheidung nicht anerkannt, wenn eine Partei vorbringt, dass die Entscheidung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts zustande gekommen ist (Art. 27 Abs. 2 lit. b IPRG). Verweigert das mit dem materiellen Entscheid befasste ausländische Gericht bei vorzeitiger Initiierung des Verfahrens dessen Sistierung, führt dies jedoch kaum zu einer Verletzung der wesentlichen Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts. Neben dem rechtlichen Gehör fallen weitere Grundsätze für ein faires Verfahren wie beispielsweise die Gleichbehandlung der Parteien, die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht sowie die Beachtung des Rechts auf Beweis darunter.⁸³⁹ Die Nicht-Sistierung des Gerichtsverfahrens lässt sich m. E. nicht unter diese wesentlichen Grundsätze zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens subsumieren. Weder wird dadurch eine Partei durch das Gericht bevorzugt behandelt – der Nachteil ist für beide Parteien derselbe – noch führt dies notwendigerweise zu einer Befangenheit der Richter. Dementsprechend wird die Anerkennung des ausländischen Gerichtsentscheidings auch nicht gestützt auf Art. 27 Abs. 2 lit. b IPRG verweigert. Die Anerkennungsverweigerungsgründe gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. a und c IPRG sind wiederum anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu überprüfen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Missachtung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts in Form der Nicht-Sistierung des Gerichtsverfahrens gemäss IPRG nicht zur Verweigerung der Anerkennung des ausländischen Gerichtsentscheidings führt. Eine Ausnahme davon ist in den Sachverhalten zu machen, in denen es dem mit dem Sachentscheid befassten ausländischen Gericht an der indirekten internationalen Zuständigkeit fehlt.

⁸³⁸ Vgl. vorne, [N 352](#).

⁸³⁹ DÄPPEN/MABILLARD, BSK IPRG 27 N 56 ff.; WALTER/DOMEJ, 439.

ii. *Auswirkungen auf die Anerkennung nach LugÜ*

- 467 Im Unterschied zu den Bestimmungen des IPRG (insbesondere Art. 25 lit. a IPRG) sieht das LugÜ keine Überprüfung der indirekten internationalen Zuständigkeit vor. Vielmehr darf gemäss Art. 35 Abs. 3 LugÜ die Zuständigkeit der Gerichte des Ursprungsstaats im Regelfall unter keinen Umständen nachgeprüft werden. Der zweite Satz dieser Bestimmung verstärkt diesen Grundsatz, indem festgehalten wird, dass die Vorschriften über die Zuständigkeit nicht zum *ordre public* i. S. v. Art. 34 Ziff. 1 LugÜ gehören. Entsprechend führt eine Missachtung der Gerichtsstandvereinbarung durch das derogierte Gericht nicht zu einer Verweigerung der Anerkennung.⁸⁴⁰ Folglich entfällt die Möglichkeit zur Verweigerung der Anerkennung des ausländischen Gerichtsentscheids aufgrund der fehlenden Zuständigkeit ausserhalb der in Art. 35 Abs. 1 LugÜ genannten Vorschriften (insb. Versicherungs- und Verbrauchersachen sowie ausschliessliche Zuständigkeiten).
- 468 Damit stellt sich für das zwecks der Anerkennung angerufene Gericht v. a. die Frage nach der Anwendbarkeit der Verweigerungsgründe gemäss Art. 34 LugÜ. Auch der *ordre-public*-Vorbehalt des Art. 34 Ziff. 1 LugÜ greift nur ausnahmsweise und ausschliesslich im Sinne eines engen «*Ordre public international*»⁸⁴¹ ein.⁸⁴² So stellen ausschliesslich die Verletzungen von fundamentalen verfahrensrechtlichen Grundprinzipien bzw. die offensichtliche Unvereinbarkeit mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung einen Verstoss gegen den *ordre public* i. S. v. Art. 34 Ziff. 1 LugÜ dar.⁸⁴³ Die Missachtung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts durch das ausländische Gericht sowie die nicht erfolgte Sistierung des Verfahrens zwecks Nachholung der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren stellen bedeuten keine Verletzung des *ordre public*, womit Art. 34 Ziff. 1 LugÜ nicht erfolgreich herangezogen werden kann.⁸⁴⁴ Ob die weiteren Anerkennungsverweigerungsgründe ge-

⁸⁴⁰ WALTER/DOMEJ, 479; WALTHER, SHK LugÜ 35 N 29; vgl. DOMEJ/OBERHAMMER, DIKE-Komm. LugÜ 35 N 6; SCHULER/ROHN/MARUGG, BSK LugÜ 35 N 2 ff.; SPÜHLER/RODRIGUEZ, N 381 ff. Auch die fehlende Zuständigkeit des mit dem Sachentscheid befassten ausländischen Gerichts aufgrund einer zwischen den Parteien bestehenden gültigen Schiedsvereinbarung kann vor dem mit der Anerkennung befassten Gericht nicht mehr vorgebracht werden, WALTER/DOMEJ, 479.

⁸⁴¹ «*Effet atténué de l'ordre public*», BGer 5P.390/2003 vom 23. Januar 2003, E. 3.2.

⁸⁴² DOMEJ/OBERHAMMER, DIKE-Komm. LugÜ 34 N 6; SCHULER/ROHN/MARUGG, BSK LugÜ 34 N 8; SPÜHLER/RODRIGUEZ, N 385; WALTER/DOMEJ, 489.

⁸⁴³ DOMEJ/OBERHAMMER, DIKE-Komm. LugÜ 34 N 18 und 21; WALTER/DOMEJ, 489; WALTHER, SHK LugÜ 34 N 4; SCHULER/ROHN/MARUGG, BSK LugÜ 34 N 14 und 18; vgl. auch vorne, [N 462 ff.](#)

⁸⁴⁴ Vgl. vorne, [N 462 ff.](#)

mäss Art. 34 Ziff. 2-4 LugÜ anwendbar sind, hat das mit der Anerkennung befasste Gericht anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu prüfen. Spezifische Fallstricke im Zusammenhang mit der Verletzung der Eskalationsklausel und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen sind diesbezüglich nicht ersichtlich.

Somit kann festgehalten werden, dass die Missachtung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts durch das mit dem Sachentscheid befasste ausländische Gericht und die fehlende Sistierung des Verfahrens auch nach den Bestimmungen des LugÜ nicht zur Verweigerung der Anerkennung des ausländischen Gerichtsentscheids führt.

469

c. Vorzeitige Initiierung betrifft Zuständigkeit des ausländischen Gerichts

i. Auswirkungen auf die Anerkennung nach IPRG

Entscheidet das örtlich prorogierte Gericht ungeachtet des fehlenden Eintritts der aufschiebenden Bedingung der Gerichtsstandvereinbarung in der Sache, fehlt es ihm unter Vorbehalt der vorbehaltlosen Einlassung aus Schweizer Sicht an der indirekten internationalen Zuständigkeit (Art. 25 lit. a i. V. m. Art. 26 IPRG).⁸⁴⁵ Daher kann die Anerkennung des ausländischen Urteils in der Schweiz verweigert werden, sofern sich die Zuständigkeit des Urteilsstaats nicht aus einer anderen Anerkennungszuständigkeit gemäss Art. 26 IPRG herleiten lässt.⁸⁴⁶

470

Im umgekehrten Fall, d. h. dann, wenn das derogierte Gericht einen Entscheid in der Sache fällt, befindet sich die Vereinbarung bis zum Eintritt der Bedingung im Schwebezustand und entfaltet noch keine rechtlichen Wirkungen. Entsprechend führt die Missachtung der vereinbarten Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts nicht zur aus Schweizer Sicht fehlenden indirekten internationalen Zuständigkeit. Ob das ausländische Gericht das Verfahren zwecks Durchführung der vorgeschalteten Streitbeilegungsstufen und damit bis zum Eintritt der Bedingung hätte sistieren müssen, bestimmt sich nach dessen Verfahrensrecht.⁸⁴⁷ Aus Sicht des schweizerischen Gerichts, welches über die Anerkennung befindet, hat dies jedoch keinen Einfluss auf den Umstand, dass aufgrund des fehlenden Eintritts der aufschiebenden Bedingung

471

⁸⁴⁵ Vgl. vorne, [N 462 ff.](#)

⁸⁴⁶ MÜLLER-CHEN, ZK IPRG 26 N 24.

⁸⁴⁷ Vgl. vorne, [N 417 ff.](#)

noch keine rechtswirksame Gerichtsstandvereinbarung i. S. v. Art. 5 IPRG vorliegt. Die Berufung auf den Anerkennungsverweigerungsgrund der fehlenden indirekten internationalen Zuständigkeit wird daher nicht erfolgsversprechend sein, sofern das ausländische Gericht aufgrund einer anderen Bestimmung in Art. 26 IPRG aus Schweizer Sicht zur Entscheidungsfällung zuständig gewesen ist.

472 Eine Verweigerung der Anerkennung aufgrund eines Verstosses gegen den materiellen oder verfahrensrechtlichen Ordre public nach Art. 27 IPRG scheitert aus den bereits ausgeführten Gründen.⁸⁴⁸

473 Demzufolge präsentiert sich die Rechtslage hinsichtlich der Anerkennung eines ausländischen Gerichtsentscheids wie im Regelfall, in dem die vorzeitige Initiierung die Zulässigkeit des Gerichtsverfahrens betrifft.⁸⁴⁹ Eine Verweigerung der Anerkennung ist grundsätzlich ausschliesslich bei Verletzung der rechtswirksamen Gerichtsstandvereinbarung gestützt auf Art. 25 lit. a i. V. m. Art. 26 IPRG möglich.

ii. Auswirkungen auf die Anerkennung nach LugÜ

474 Im Anwendungsbereich des LugÜ verbietet Art. 35 Abs. 3 LugÜ grundsätzlich ausdrücklich die nachträgliche Überprüfung der Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsstaates. Die Vorschriften der Zuständigkeiten dürfen darüber hinaus nicht zum Ordre public i. S. v. Art. 34 Ziff. 1 LugÜ gezählt werden (Art. 35 Abs. 3 LugÜ). Daraus folgt, dass auch bei einem vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung vom prorogierten Gericht gefällten Entscheid die Anerkennung durch das schweizerische Gericht nicht verweigert werden kann.⁸⁵⁰ Auch wenn ein derogiertes Gericht angerufen wird und dieses – gegebenenfalls in Verletzung der Pflicht zur Sistierung des Verfahrens – in der Sache entscheidet, darf die Anerkennung des ausländischen Entscheids nicht verweigert werden.⁸⁵¹

475 Somit gestaltet sich die Rechtslage auch bei der Anwendbarkeit des LugÜ im Ausnahmefall der lediglich unter aufschiebender Bedingung abgeschlossenen Gerichtsstandvereinbarung wie bei der Auswirkung der vorzeitigen Initiierung auf die Zulässigkeit des Verfahrens⁸⁵²: Der ausländische Gerichtsentscheid ist

⁸⁴⁸ Vgl. vorne, [N 462 ff.](#)

⁸⁴⁹ Vgl. vorne, [N 462 ff.](#)

⁸⁵⁰ Vgl. vorne, [N 467 ff.](#)

⁸⁵¹ Vgl. vorne, [N 470 ff.](#)

⁸⁵² Vgl. vorne, [N 467 ff.](#)

ungeachtet dessen anzuerkennen, sofern ausnahmsweise nicht ein anderer Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 34 LugÜ einschlägig ist.

§ 9 Zusammenfassung

- 476 Eingangs des dritten Teils der Arbeit betreffend die Wirkungen der Eskalationsklausel wurde die Bindungswirkung der Eskalationsklausel in objektiver und subjektiver Hinsicht dargelegt.
- 477 Weist die Streitigkeit zwischen den Parteien einen Bezug zum ursprünglichen (Haupt-)Vertrag auf, sind tendenziell auch nachfolgende Streitigkeiten zwischen denselben Parteien vom objektiven Anwendungsbereich der Eskalationsklausel erfasst, stets jedoch unter dem Vorbehalt einer abweichenden Parteivereinbarung. Ebenso besteht die Möglichkeit einer objektiven Klagehäufung, sofern im Kern identische Eskalationsklauseln vorliegen. Des Weiteren kann eine kumulative Geltendmachung von Ansprüchen aus unterschiedlichen Verträgen, die teils eine Eskalationsklausel und teils eine einfache Streitbeilegungsklausel enthalten, gegebenenfalls auch erst im Rahmen der Durchführung des (schieds-)gerichtlichen Verfahrens erfolgen. Bildet die Eskalationsklausel selbst den Gegenstand der Streitigkeit, indem eine Partei beispielsweise die Gültigkeit der Eskalationsklausel bestreitet, fehlt es angesichts der Natur der ADR-Verfahren als konsensorientierte Methoden zur Streitbeilegung an der Kompetenz-Kompetenz des neutralen Dritten bzw. der Parteien und es müssen zunächst nicht sämtliche Streitbeilegungsstufen durchlaufen werden. Wird die Ungültigkeit der gesamten Eskalationsklausel von einer Partei vorgebracht, ist für deren Beurteilung ein Schiedsgericht (bei Vorliegen einer Schiedsvereinbarung als letzte Eskalationsstufe) bzw. das staatliche Gericht (bei Fehlen einer Schiedsvereinbarung) zuständig. Entstehen nach Abschluss des Streitbeilegungsverfahrens Differenzen bezüglich der getroffenen gütlichen Vereinbarung, sind diese grundsätzlich vom Streitbeilegungsmechanismus der Eskalationsklausel erfasst. Vorbehalten bleibt stets eine anderweitige Umschreibung des objektiven Anwendungsbereichs durch die Parteien. Schliesslich muss auch die Behandlung der Verrechnungseinrede in sämtlichen Stufen der Eskalationsleiter nach dem (hypothetischen) Parteiwillen zulässig sein. Die Rechtslage hinsichtlich einer widerklageweisen Geltendmachung eines Anspruchs bei vorhandener Eskalationsklausel gestaltet sich im Wesentlichen wie bei der objektiven Klagehäufung. Stimmt die für die Hauptklage vorgesehene Eskalationsklausel im Kern mit der auf die Widerklage anwendbaren Eskalationsklausel überein, kann ein Anspruch auf dem Wege der Widerklage geltend gemacht werden. Ohne eine entsprechende Vereinbarung kann keiner Partei eine Streitbeilegung ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit aufgezwungen werden.

In subjektiver Hinsicht ist die Bindungswirkung der Eskalationsklausel nicht in jedem Fall bloss auf die ursprünglichen Vertragsparteien beschränkt. So kann deren Bindungswirkung gestützt auf eine Singular- oder Universalsukzession, einen echten Vertrag zugunsten Dritter sowie eine Ausdehnung aufgrund eines Rechtsscheins, eines Durchgriffs oder einer Vertragseinmischung auf Dritte ausgeweitet werden. 478

Hält sich eine der an die Eskalationsklausel gebundenen Parteien nicht an ihre darin festgehaltenen Pflichten, stellen sich Fragen nach der Sanktionierung des vertragsbrüchigen Verhaltens. Zu unterscheiden sind dabei die Verletzung der Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten von der vorzeitigen Initiierung einer Streitbeilegungsstufe innerhalb der Eskalationsleiter. 479

Die Verletzung der Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten, d. h. der Pflichten zur Einleitung, Förderung und Ermöglichung der vorgesehenen Verfahren sowie der Pflicht, alles zu unterlassen, was der Durchführung der Verfahren zuwiderläuft, eröffnet der anderen Partei die Möglichkeit zur klageweisen Durchsetzung ihres Erfüllungsanspruchs, zur Geltendmachung von Schadenersatzforderungen oder anderer vereinbarter Ansprüche (z. B. Konventionalstrafe oder Schadenspauschale). 480

Die Rechtsfolge der vorzeitigen Initiierung des schiedsgerichtlichen Verfahrens in Verletzung der Eskalationsklausel und des dilatorischen Klageverzichts besteht in aller Regel in der Sistierung des jeweiligen Verfahrens. Denn die Einhaltung der in der Eskalationsklausel vereinbarten Eskalationsleiter, d. h. die Beachtung des an die ADR-Verfahren gekoppelten dilatorischen Klageverzichts, betrifft nämlich ohne klar gegenteiligen Parteiwillen die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens und nicht die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Mit der Anordnung der Sistierung sollte der Schiedsrichter den Parteien eine Maximalfrist zur Durchführung der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren setzen, bei deren Verstreichen er das Schiedsverfahren wiederaufnimmt. Ein Nichteintretensentscheid des Schiedsgerichts ist nur dann angebracht, wenn aus der Eskalationsklausel klar hervorgeht, dass die Schiedsvereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung der Durchführung der vorangehenden ADR-Verfahren geschlossen wurde. 481

Haben die Parteien ein staatliches Gericht als letzte Stufe der Eskalationsleiter vorgesehen, hat auch der staatliche Richter auf Antrag einer Partei das Verfahren zwecks Nachholens der vorangeschalteten Streitbeilegungsverfahren unter Setzung einer Maximalfrist zu sistieren. Diese Rechtsfolge ergibt sich für die Mediation und andere drittunterstützte ADR-Verfahren direkt aus Art. 214 ZPO. In Bezug auf die nicht unter den weiten Mediationsbegriff der ZPO sub- 482

sumierbaren ADR-Verfahren drängt sich die Verfahrenssistierung aufgrund analoger Anwendung von Art. 214 ZPO oder aber der allgemeinen Bestimmung zur Sistierung nach Art. 126 ZPO auf. Zu beachten gilt es dabei jedoch, dass das Gericht in Anwendung von Art. 126 Abs. 1 ZPO nicht zur Sistierung verpflichtet ist. Mit Ausnahme einer aufschiebend bedingten Gerichtsstandvereinbarung steht den Parteien sodann keine Möglichkeit offen, die Einhaltung der vorgesehenen Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts direkt als Prozessvoraussetzung zu definieren, da diese nicht der Parteidisposition unterstehen.

- 483 Schliesslich führt die vorzeitige Initiierung eines ADR-Verfahrens mangels entsprechender Kompetenzen des unabhängigen Dritten bzw. Gremiums lediglich zum Ausschluss von Sanktionsmöglichkeiten gegen die die Teilnahme verweigernde Partei. Den Parteien steht es jedoch offen, selbst andere Rechtsfolgen vorzusehen oder den unabhängigen Dritten bzw. das Gremium zur Verfahrensleitung zu ermächtigen. In diesen Fällen drängt sich unter Berücksichtigung des Parteiwillens regelmässig eine Sistierung des ADR-Verfahrens bis zur Nachholung der vorangehenden Streitbeilegungsstufe auf.
- 484 Verletzt eine Partei durch die vorzeitige Initiierung zusätzlich die in der Eskalationsklausel enthaltene Schieds- oder Gerichtsstandvereinbarung, muss zur Bestimmung der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen wiederum zwischen der Zulässigkeit des Verfahrens und der Zuständigkeit der angerufenen Instanz unterschieden werden. In aller Regel betrifft die in Verletzung der vereinbarten Stufenabfolge vorgenommene Einleitung die Zulässigkeit des Verfahrens. Daraus folgt, dass die Schieds- bzw. Gerichtsstandvereinbarung von Anfang an ihre Wirkung entfaltet. Ein in Verletzung der Schiedsvereinbarung angerufenes staatliches Gericht hat sich somit auf Einrede hin für unzuständig zu erklären. Bei Anrufung eines derogierten Gerichts darf dieses bei Verletzung der Eskalationsleiter infolge fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht auf die Klage eintreten. Wurde die Schiedsvereinbarung hingegen ausnahmsweise unter der aufschiebenden Bedingung der erfolglosen Durchführung der vorangeschalteten ADR-Verfahren geschlossen, befindet sich diese bis zum Eintritt der Bedingung in einem Schwebezustand und kann ihre negativen Wirkungen nicht entfalten. Jedoch behält der dilatorische Klageverzicht auch vor der Erfüllung der Bedingung seine Wirkung und das staatliche Gericht hat das Verfahren zu sistieren und sich nach erfolgloser Durchführung der vorangeschalteten Verfahren – wenn die aufschiebende Bedingung eingetreten ist – für unzuständig erklären. Entsprechend verhält es sich auch bei einer aufschiebend bedingt abgeschlossenen Gerichtsstandvereinbarung. Abzulehnen sind die Zulässigkeit des Erlasses einer anti-suit injunction bzw. anti-arbitra-

tion injunction und die Anordnungen eines Unterlassungsanspruchs in Form einer vorsorglichen Massnahme.

Fehlt es der Eskalationsklausel an einer (wirksamen) Schiedsvereinbarung und lässt sich die beklagte Partei auf das Schiedsverfahren ein, muss u. U. anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, ob die Parteien dadurch auf die dem Schiedsverfahren vorangehenden Eskalationsstufen verzichten. Falls dies nicht zutrifft, hat das Schiedsgericht das Verfahren wiederum zwecks Durchführung der übersprungenen ADR-Verfahren zu sistieren. 485

Setzt sich das angerufene (Schieds-)Gericht über die Eskalationsklausel und den dilatorischen Klageverzicht hinweg und trifft einen Entscheid in der Sache, kann die beklagte Partei gegen den Schiedsentscheid im Regelfall mangels Vorliegen eines Rügegrunds nach Art. 393 ZPO bzw. Art. 190 Abs. 2 IPRG keine Beschwerde führen. Nur dann, wenn die Einhaltung der Eskalationsleiter die Zuständigkeit des Schiedsgerichts berührt, ist der Rügegrund der fehlenden Zuständigkeit erfüllt und ein Rechtsmittel gegen den Schiedsentscheid zulässig. Bei vorzeitiger Initiierung des staatlichen Gerichtsverfahrens kann im Falle der Verweigerung der Sistierung dagegen auf kantonaler Ebene Beschwerde geführt werden (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) und auf Bundesebene mittels Beschwerde in zivilrechtlichen Angelegenheiten das Bundesgericht angerufen werden (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Ergibt sich aus dem Parteiwillen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung der erfolglosen Durchführung der vorangeschalteten Streitbeilegungsverfahren geschlossen wurde und tritt das progierte Gericht dennoch auf die Klage ein, steht dem Beklagten die Berufung oder bei Nichterreichen der Streitwertgrenze von CHF 10'000 die Beschwerde nach den Bestimmungen der ZPO zur Verfügung. Auf Ebene des Bundes ist die Beschwerde in zivilrechtlichen Angelegenheiten gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit ausdrücklich zulässig (Art. 92 Abs. 1 BGG). Besonders beachtet werden muss der Umstand, dass der entsprechende Entscheid zwingend selbstständig im Zeitpunkt des Erlasses angefochten werden muss. 486

Die Verletzung der vorgesehenen Eskalationsleiter und des dilatorischen Klageverzichts führt i. d. R. nicht zur Verweigerung der Anerkennung des ausländischen Schiedsentscheids gestützt auf Art. V Ziff. 1 lit. d NYÜ. Dies trifft für den Regelfall zu, in dem die vorzeitige Initiierung Auswirkungen auf die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens und nicht die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zeitigt. Wurde die Schiedsvereinbarung explizit unter der aufschiebenden Bedingung des erfolglosen Durchlaufs der vorausgeschalteten ADR-Verfahren geschlossen, ermöglicht Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ den Parteien, die fehlende Zu- 487

ständigkeit des Schiedsgerichts vor dem Anerkennungsgericht vorzubringen. Sofern keine vorbehaltlose Einlassung vorliegt, wird daher die Anerkennung des Schiedsentscheids verweigert.

488 Bezüglich der Anerkennung eines ausländischen Gerichtsentscheids führt die Missachtung der Eskalationsklausel und des dilatorischen Klageverzichts weder nach den Bestimmungen des IPRG noch gemäss den Vorschriften des LugÜ zur Verweigerung der Anerkennung. Findet das IPRG Anwendung, ist eine Ausnahme davon in den Sachverhalten zu machen, in denen es dem mit dem Sachentscheid befassten ausländischen Gericht an der indirekten internationalen Zuständigkeit fehlt. Dies gilt für den Regelfall, in dem die vorzeitige Initiierung die Zulässigkeit des Verfahrens betrifft. Soll sich dagegen nach dem ausdrücklichen Willen der Parteien die Einhaltung der in der Eskalationsklausel vereinbarten Eskalationsleiter auf die Zuständigkeit des Gerichts auswirken, kann sich die Rechtslage abweichend gestalten. Entscheidet das örtlich prorogierte Gericht ungeachtet des fehlenden Eintritts der aufschiebenden Bedingung der Gerichtsstandvereinbarung in der Sache, fehlt es dem Gericht unter Vorbehalt der vorbehaltlosen Einlassung aus Schweizer Sicht im Anwendungsbereich des IPRG an der indirekten internationalen Zuständigkeit (Art. 25 lit. a i. V. m. Art. 26 IPRG). Als Folge davon kann die Anerkennung des ausländischen Urteils in der Schweiz verweigert werden, sofern die indirekte Zuständigkeit nicht anderweitig begründet werden kann. Im umgekehrten Fall, d. h., wenn das derogierte Gericht einen Entscheid in der Sache fällt, befindet sich die Vereinbarung bis zum Eintritt der Bedingung im Schwebezustand und entfaltet noch keine rechtlichen Wirkungen. Die Berufung auf den Anerkennungsverweigerungsgrund der fehlenden indirekten internationalen Zuständigkeit wird daher nicht erfolgsversprechend sein, sofern wiederum das ausländische Gericht aufgrund einer anderen Bestimmung von Art. 26 IPRG aus Schweizer Sicht zur Entscheidfällung zuständig gewesen ist. Findet das LugÜ Anwendung, ist der ausländische Gerichtsentscheid dessen ungeachtet anzuerkennen, sofern nicht ausnahmsweise ein anderer Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 34 LugÜ einschlägig ist.

489 Der Abschluss einer Eskalationsklausel hindert die Parteien nicht daran, vorsorgliche Massnahmen direkt beim zuständigen (Schieds-)Gericht zu ersuchen. Die Parteien sind demzufolge hinsichtlich des Ersuchens um Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht an die in der Eskalationsklausel vereinbarte Stufenabfolge der Verfahren gebunden. Bei der Festsetzung der Prosequierungsfrist ist insbesondere dem Umstand der stufenweise Streitbeilegung Rechnung zu tragen. Demnach sollten bei der Ansetzung der Frist die konkret

vereinbarte Eskalationsklausel sowie das Verfahrensstadium innerhalb der Eskalationsleiter mit in die Berechnung einbezogen werden.

Nachdem die Bindungswirkung und die Folgen der Verletzung der Eskalationsklausel dargelegt wurden, soll im nächsten Teil der Ablauf des Streitbeilegungsverfahrens gemäss Eskalationsklausel und die sich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen dargestellt werden. 490

Dritter Teil: Ablauf des Streitbeilegungsverfahrens gemäss Eskalationsklausel

§ 10 Einleitung des Streitbeilegungsverfahrens

I. Im Allgemeinen

Die Einleitung des Verfahrens der ersten Streitbeilegungsstufe bestimmt sich nach der Vereinbarung der Parteien. Verweisen die Parteien dabei nicht auf ein bestimmtes bestehendes Regelwerk, sollten sie die Verfahrensbestimmungen vor dem Aufkommen einer Streitigkeit ausführlich regeln. Erfahrungsgemäss fällt es ansonsten schwer, auf einen gemeinsamen Nenner hinsichtlich der Durchführung des Verfahrens zu kommen. Insbesondere sollten im Hinblick auf die möglicherweise damit zusammenhängende Begründung der Rechtshängigkeit die für die Einleitung des Verfahrens notwendigen Angaben und Unterlagen ausdrücklich genannt werden (vgl. beispielsweise Art. 2 Ziff. 2 Swiss Rules of Mediation und Art. 2 Ziff. 1 ICC Mediation Rules). Des Weiteren sind für dieses Verfahrensstadium Regelungen bezüglich des Verhandlungsorts, der Verfahrenssprache sowie der beteiligten Personen bzw. des Ernennungsmechanismus der neutralen Drittperson empfehlenswert. Als Orientierungspunkt mögen den Parteien die zahlreichen institutionellen Verfahrensordnungen dienen.

491

II. Eintritt der Rechtshängigkeit

A. Im Allgemeinen

An den Eintritt der Rechtshängigkeit sind diverse Rechtsfolgen geknüpft. So kann in der staatlichen Gerichtsbarkeit der Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien nicht vor einem zweiten Gericht hängig gemacht werden («Sperrwirkung»), die örtliche Zuständigkeit bleibt auch bei allfälligen Änderungen des Sachverhalts bestehen («Fixationswirkung»; «*perpetuatio fori*») und die Fortführungslast tritt u. U. ein (Art. 64 f. ZPO). Schliesslich hängt vom Zeitpunkt der Rechtshängigkeit insbesondere auch die Einhaltung der Verwirkungs- und Verjährungsfristen sowie der Klagefristen ab (Art. 64 Abs. 2 ZPO), wobei in internationalen Sachverhalten dazu das anwendbare Recht konsultiert werden muss.

492

- 493 Auch in der Schiedsgerichtsbarkeit führt die Rechtshängigkeit zu einer Sperrwirkung.⁸⁵³ Weitere prozessuale Wirkungen ergeben sich aus der anwendbaren Verfahrensordnung.⁸⁵⁴ Zur Bestimmung der Einhaltung von Verwirkungs- und Verjährungsfristen sowie anderer materiell-rechtlicher Wirkungen muss wiederum das auf den Streitgegenstand anwendbare materielle Recht konsultiert werden.⁸⁵⁵

B. Eintritt der Rechtshängigkeit bei Schiedsverfahren als letzte Streitbeilegungsstufe

a. Im Allgemeinen

- 494 In der Schiedsgerichtsbarkeit finden sich gesetzliche Bestimmungen zum Beginn der Rechtshängigkeit sowohl für die Binnenschiedsverfahren (Art. 372 ZPO) als auch für internationale Schiedsverfahren (Art. 181 IPRG). Beide Bestimmungen sind hinsichtlich des Zeitpunkts, in dem die Rechtshängigkeit eintritt, zwingend, sodass lediglich die dazu konkret notwendigen weiteren Voraussetzungen der Parteiautonomie unterstehen (z. B. Anforderungen an das einleitende Schriftstück).⁸⁵⁶ Im Übrigen sind die beiden Bestimmungen nicht deckungsgleich, weshalb im Folgenden der Eintritt der Rechtshängigkeit im Sinne der beiden Bestimmungen getrennt dargestellt wird.

b. Rechtshängigkeit in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit

- 495 Bei Anwendbarkeit des dritten Teils der ZPO nennt Art. 372 Abs. 1 ZPO alternativ den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit. Wurde das Schiedsgericht bereits in der Schiedsvereinbarung bezeichnet, ist das Verfahren rechtshängig, sobald eine Partei dieses anruft (Art. 372 Abs. 1 lit. a ZPO). Regelmässig wird jedoch auf die zweite Variante nach Art. 372 Abs. 1 lit. b ZPO zurückzugreifen sein, da die Parteien das Schiedsgericht nach Entstehung der Streitigkeit erst noch bilden müssen. Die Bezeichnung einer Schiedsinstitution stellt nämlich keine hinreichende Bestimmung des Schiedsgerichts dar.⁸⁵⁷ Danach

⁸⁵³ DASSER, Rechtshängigkeit, 111; GÖKSU, N 1465; vgl. Art. 372 Abs. 2 ZPO.

⁸⁵⁴ BERGER/KELLERHALS, N 1019 f.; GÖKSU, N 1467.

⁸⁵⁵ GÖKSU, N 1468; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 20; PFISTERER, BSK IPRG 181 N 24.

⁸⁵⁶ AMBAUEN/FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, CHK IPRG 181 N 2 f.; GÖKSU, N 1441; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 3a; OETIKER, ZK IPRG 181 N 12; PFISTERER, BSK IPRG 181 N 4; STACHER, BK ZPO 372 N 5 f.; offengelassen BERGER/KELLERHALS, N 1030.

⁸⁵⁷ GÖKSU, N 1444; vgl. MÜLLER, Komm. ZPO 372 N 9; STACHER, BK ZPO 372 N 33.

tritt die Rechtshängigkeit des Schiedsverfahrens in dem Zeitpunkt ein, in dem das Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts oder das von den Parteien vereinbarte vorausgehende Schlichtungsverfahren eingeleitet wird. Die Einleitung des vorgesehenen Schlichtungsverfahrens begründet entgegen dem Wortlaut und der Systematik von Art. 372 Abs. 1 ZPO auch bei einem bereits in der Schiedsvereinbarung bezeichneten Schiedsgericht die Rechtshängigkeit des Verfahrens.⁸⁵⁸ Im Rahmen der Vereinbarung einer Eskalationsklausel interessiert dabei v. a. die Anknüpfung an den Zeitpunkt der Einleitung des dem Schiedsverfahren vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens.

Entscheidend für die Begründung der Rechtshängigkeit ist die Frage, was alles unter den Begriff des «Schlichtungsverfahrens» gemäss Art. 372 Abs. 1 lit. b ZPO subsumiert werden kann. Im Unterschied zu staatlichen Gerichtsverfahren findet sich keine gesetzliche Statuierung der Schlichtungsverfahren wie in Art. 197 ff. ZPO. Eine strikte Auslegung des Begriffs im Sinne einer «Schlichtung i. e. S.» wäre zu eng. Vielmehr sollte der Begriff weiter ausgelegt werden, sodass dazu wiederum Verfahren zu zählen sind, in welchen die Parteien einen Versuch zur einvernehmlichen Lösung ihrer Streitigkeit mit Unterstützung einer Drittperson unternehmen.⁸⁵⁹ Unzweifelhaft darunter fallen dürften die Vereinbarungen zur Durchführung einer Mediation oder einer Schlichtung i. e. S. sowie eines Med-Arb-Verfahrens.⁸⁶⁰ Den Ausgangspunkt für die Beurteilung sollte im Zweifelsfall das Schlichtungsverfahren gemäss Art. 202 ff. ZPO bilden. Erfasst von Art. 372 Abs. 1 lit. b ZPO sind demnach Verfahren, welche dem in der ZPO vorgesehenen Schlichtungsverfahren in der Struktur entsprechen und ebenfalls von einer neutralen Drittperson begleitet werden.⁸⁶¹ Aufgrund der mannigfachen Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien bei der Festlegung des durchzuführenden ADR-Verfahrens muss im konkreten Einzelfall über die Subsumption unter den Begriff des «Schlichtungsverfahrens» und über den Eintritt der Rechtshängigkeit entschieden werden.

Entscheidend wird sein, dass das Schlichtungsverfahren durch ein entsprechendes Gesuch eingeleitet wird (Art. 202 ZPO) und (mehrere) mündliche oder schriftliche Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit zwecks Erör-

⁸⁵⁸ DASSER, KuKo ZPO 372 N 10; DASSER, Rechtshängigkeit, 112; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 12; GÖKSU, N 1458; MÜLLER, Komm. ZPO 372 N 13; STACHER, BK ZPO 372 N 22.

⁸⁵⁹ STACHER, BK ZPO 372 N 23; vgl. BERGER/KELLERHALS, N 164; MÜLLER, Komm. ZPO 372 N 14. Vgl. vorne, [N 384 f.](#)

⁸⁶⁰ DASSER, KuKo ZPO 372 N 11; GÖKSU, N 1459; STACHER, BK ZPO 372 N 24; vgl. HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 14; MÜLLER, Komm. ZPO 372 N 14.

⁸⁶¹ DASSER, KuKo ZPO 372 N 12; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 14; MÜLLER, Komm. ZPO 372 N 14; STACHER, BK ZPO 372 N 24.

terung des Streitgegenstandes umfassen kann, in denen bestimmte Beweise vorgelegt werden können und zu denen die Parteien grundsätzlich persönlichen Erscheinen müssen, wobei sie sich von einem Rechtsbeistand begleiten lassen dürfen (Art. 203 f. ZPO). Des Weiteren zielt auch das Schlichtungsverfahren auf die gütliche Beilegung der Differenzen zwischen den Parteien ab, wobei den Parteien u. U. ein Urteilsvorschlag vorgelegt werden kann (Art. 210 ZPO). Schliesslich unterstützt nicht zwingenderweise nur eine einzelne Drittperson, sondern in den Fällen vor der paritätischen Schlichtungsbehörde nach Art. 200 ZPO ein Gremium aus drei Personen die Parteien. Dementsprechend führt zur Bestimmung des Eintritts der Rechtshängigkeit aufgrund der Einleitung eines drittunterstützten ADR-Verfahrens kein Weg an der Einzelfallprüfung vorbei. In jedem Fall ist jedoch die ausreichende Bezeichnung des Streitgegenstands in den Rechtsbegehren zwecks Bestimmung des Umfangs der Rechtshängigkeit zu fordern.⁸⁶²

498 Nicht unter das Schlichtungsverfahren i. S. v. Art. 372 Abs. 1 lit. b ZPO subsumiert werden können das Schiedsgutachterverfahren sowie ADR-Verfahren ohne Drittunterstützung.⁸⁶³

499 Scheitert das ADR-Verfahren und kann keine Einigung zwischen den Parteien herbeigeführt werden, darf der geltend gemachte Anspruch nicht für einen unbegrenzten Zeitraum rechtshängig bleiben. Art. 372 ZPO äussert sich jedoch nicht ausdrücklich dazu, innert welcher Frist die nachfolgende Streitbeilegungsstufe zwecks Erhaltung der Rechtshängigkeit angerufen werden muss. Primär können die Parteien diese Frist in der Eskalationsklausel selbst oder indirekt über die Wahl einer institutionellen Verfahrensordnung festsetzen.⁸⁶⁴ Alternativ – im Falle des Fehlens einer Parteivereinbarung – ist von einer den Umständen entsprechenden angemessenen Frist auszugehen, wobei die dreimonatige Frist von Art. 209 Abs. 3 ZPO ab Scheitern des ADR-Verfahrens als Orientierungspunkt dienen kann.⁸⁶⁵

⁸⁶² DASSER, KuKO ZPO 372 N 12; vgl. HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 21; MÜLLER, Komm. ZPO 372 N 14.

⁸⁶³ STACHER, BK ZPO 372 N 24 f.; vgl. HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 14; MÜLLER, Komm. ZPO 372 N 14. GÖKSU, N 1459 scheint den Begriff des «Schlichtungsverfahrens» (noch) weiter auszulegen, setzt aber mehr als bloss gewöhnliche Gespräche der Parteien über Differenzen voraus, womit direkte Parteiverhandlungen keine Rechtshängigkeit begründen. Vgl. auch bereits zum Mediationsbegriff von Art. 214 ZPO vorne, [N 384 f.](#)

⁸⁶⁴ Vgl. HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 14b; STACHER, BK ZPO 372 N 26.

⁸⁶⁵ DASSER, KuKO ZPO 372 N 11; vgl. DASSER, Rechtshängigkeit, 113; MÜLLER, Komm. ZPO 372 N 14; STACHER, BK ZPO 372 N 27 f. (mit einem alternativen Lösungsansatz). Für eine analoge Anwendung von Art. 209 Abs. 3 ZPO, HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 14b.

c. Rechtshängigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Findet das 12. Kapitel des IPRG auf das Schiedsverfahren Anwendung, bestimmt sich der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit nach Art. 181 IPRG. Danach ist das Schiedsverfahren anhängig, sobald eine Partei mit einem Rechtsbegehren den oder die in der Schiedsvereinbarung bezeichneten Schiedsrichter anruft oder, sofern die Vereinbarung keinen Schiedsrichter bezeichnet, das Verfahren zur Bildung des Schiedsgerichts einleitet. Auffallend ist, dass die Möglichkeit der Begründung der Rechtshängigkeit durch Einleitung des vereinbarten Schlichtungsverfahrens in der Bestimmung nicht vorgesehen ist. Als Folge davon führt die Einleitung eines gemäss der Eskalationsklausel vorgeschalteten ADR-Verfahrens in keinem Fall zur Rechtshängigkeit des Verfahrens.⁸⁶⁶ Aufgrund der zwingenden Natur des Art. 181 IPRG können die Parteien dies auch nicht mittels einer entsprechenden Parteivereinbarung vorsehen.⁸⁶⁷

500

Demzufolge treten die eingangs beschriebenen Rechtsfolgen der Rechtshängigkeit erst bei der Anrufung des in der Schiedsvereinbarung bezeichneten Schiedsrichters oder der Einleitung des Verfahrens zur Bestellung der Schiedsrichter ein. Die Parteien können sich folglich gezwungen sehen, das Schiedsverfahren in Verletzung der Eskalationsleiter vorzeitig zu initiieren, um allfällige Rechtsnachteile abzuwenden.⁸⁶⁸

501

C. Eintritt der Rechtshängigkeit bei staatlichem Gerichtsverfahren als letzte Streitbeilegungsstufe

a. Im Allgemeinen

Abhängig von den Umständen des konkreten Einzelfalls bestimmt sich der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit eines staatlichen Gerichtsverfahrens in der Schweiz nach Art. 62 ZPO, Art. 9 IPRG oder Art. 30 LugÜ. Zur Beurteilung der Frage nach der Rechtshängigkeit eines Verfahrens ist demnach zwischen Sachverhalten mit nationalen und internationalen Bezügen zu unterscheiden, wobei bei Letzteren die Anwendbarkeit eines Staatsvertrags (insbesondere des LugÜ) geprüft werden muss. Der Wortlaut der Bestimmungen

502

⁸⁶⁶ BERGER/KELLERHALS, N 1029; GÖKSU, N 1462; PFISTERER, BSK IPRG 181 N 14.

⁸⁶⁷ GÖKSU, N 1462. Zur zwingenden Natur der Bestimmung vorne, [N 494](#).

⁸⁶⁸ Vgl. zu den Rechtsfolgen der vorzeitigen Initiierung vorne, [N 333 ff.](#)

ist nicht identisch, weshalb nachstehend der Zeitpunkt bei Anwendbarkeit der jeweiligen Bestimmung einzeln zu prüfen ist.

b. Rechtshängigkeit in Binnenverfahren

- 503 Nach Art. 62 Abs. 1 ZPO begründet die Einreichung eines Schlichtungsgesuchs, einer Klage, eines Gesuchs oder eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens Rechtshängigkeit. Zusätzlich muss der geltend gemachte Anspruch individualisierbar sein, d. h., die Rechtsbegehren, involvierten Parteien sowie der massgebende Streitgegenstand müssen hinreichend konkretisiert werden (vgl. Art. 202 Abs. 2 ZPO).⁸⁶⁹ Vereinbaren die Parteien eine Eskalationsklausel mit mindestens einem dem staatlichen Gerichtsverfahren vorgeschalteten ADR-Verfahren, interessiert insbesondere die Frage, ob durch Einleitung des vereinbarten ADR-Verfahrens der Streitgegenstand nach Art. 62 Abs. 1 ZPO rechtshängig wird.
- 504 Das «Schlichtungsgesuch» i. S. v. Art. 62 Abs. 1 ZPO erfährt im Unterschied zur Rechtslage in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit⁸⁷⁰ eine gesetzliche Definition in Art. 202 Abs. 1 ZPO. Durch dieses Schlichtungsgesuch wird das ebenfalls gesetzlich geregelte und genau bestimmte Schlichtungsverfahren gemäss Art. 202 ff. ZPO eingeleitet. Entsprechend bleibt kein Raum für eine weite Auslegung des «Schlichtungsgesuchs» auf andere Spielarten von ADR-Verfahren.⁸⁷¹ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang jedoch auf Art. 213 ZPO, wonach eine Mediation an Stelle des Schlichtungsverfahrens durchgeführt werden kann. Der Antrag auf Durchführung der Mediation begründet in diesen Fällen die Rechtshängigkeit des Verfahrens, wenn er im Schlichtungsgesuch gestellt wird (Art. 213 Abs. 2 ZPO).⁸⁷² Damit muss der Rechtsstreit trotz der Gleichwertigkeit der privaten Mediation und der staatlichen Schlichtung formell bei der Schlichtungsbehörde eingeleitet werden.⁸⁷³ Wie bereits festgestellt wurde, ist entgegen dem Wortlaut der Bestimmung kein gemeinsamer Antrag der Parteien an die Schlichtungsbehörde notwendig, sondern es reicht aus, wenn diese eine rechtsgültige Mediationsvereinbarung abgeschlossen haben und eine Partei den Antrag zur Durchführung der Mediation anstelle eines

⁸⁶⁹ BERGER-STEINER, BK ZPO 62 N 16; INFANGER, BSK ZPO 62 N 16.

⁸⁷⁰ Vgl. vorne, [N 495 ff.](#)

⁸⁷¹ Vgl. BERGER-STEINER, BK ZPO 62 N 18; DASSER, KuKo ZPO 372 N 11.

⁸⁷² Das Schlichtungsverfahren braucht dann nicht durchgeführt zu werden, wobei das Schlichtungsgesuch dennoch als Klageanhebung gilt, Botschaft ZPO, 7336.

⁸⁷³ MEIER, 593; PETER, BK ZPO 213 N 3; RUGGLE, BSK ZPO 213 N 2; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 20 N 51.

Schlichtungsverfahrens stellt.⁸⁷⁴ Des Weiteren muss es sich beim vereinbarten Verfahren nicht um eine «Mediation i. e. S.» handeln. Vielmehr fallen darunter sämtliche Varianten der privaten Streitbeilegung, bei welcher die Parteien mit Unterstützung einer neutralen Drittperson oder eines Gremiums ohne Entscheidungskompetenz versuchen, eine gütliche Einigung zu erzielen.⁸⁷⁵

Nach den vorherigen Ausführungen kann somit festgehalten werden, dass neben der Klageeinleitung vor Gericht auch durch ein Schlichtungsgesuch an die staatliche Schlichtungsbehörde ein Verfahren rechtshängig gemacht werden kann. Daneben können auch private ADR-Verfahren den Eintritt der Rechtshängigkeit bewirken, sofern eine entsprechende ADR-Vereinbarung im Rahmen der Eskalationsklausel zwischen den Parteien vorliegt und eine Partei deren Durchführung im Schlichtungsgesuch beantragt. Stets vorausgesetzt ist, dass sich das ADR-Verfahren unter den weiten Mediationsbegriff der ZPO subsumieren lässt. Die Rechtslage ist damit im Ergebnis mit Ausnahme der Notwendigkeit der Einleitung mittels eines Schlichtungsgesuchs i. S. v. Art. 202 ZPO mit der in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit identisch.

505

c. Rechtshängigkeit in internationalen Verfahren

i. Im Anwendungsbereich des IPRG

Gemäss Art. 9 Abs. 2 IPRG ist zur Feststellung, wann eine Klage in der Schweiz hängig gemacht worden ist, der Zeitpunkt der ersten für die Klageeinleitung notwendigen Verfahrenshandlung massgebend. Als solche genügt die Einleitung des Sühneverfahrens, d. h. des staatlichen Schlichtungsverfahrens. Mangels eigenständiger Regelung im IPRG bestimmt sich der genaue Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit nach den gleichen Grundsätzen wie in einem Binnenverfahren.⁸⁷⁶ An dieser Stelle sei deshalb auf die unmittelbar vorstehenden Ausführungen zur Rechtshängigkeit im Binnenverfahren verwiesen.⁸⁷⁷

506

ii. Im Anwendungsbereich des LugÜ

Für den Anwendungsbereich des LugÜ enthält Art. 30 LugÜ die einschlägige Regelung zur Festsetzung des Zeitpunkts der Rechtshängigkeit eines Verfahrens. Für ein Schweizer Verfahren ist dabei Ziff. 1 der Bestimmung massge-

507

⁸⁷⁴ Vgl. vorne, [N 380 f.](#)

⁸⁷⁵ Vgl. vorne, [N 384 f.](#)

⁸⁷⁶ MÜLLER-CHEN, DIKE-Komm. ZPO 62 N 46; vgl. BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, CHK IPRG 9 N 14.

⁸⁷⁷ Vgl. vorne, [N 503 ff.](#)

bend, da das verfahrenseinleitende Schriftstück bei Gericht und nicht zuerst bei dem Beklagten einzureichen ist (vgl. Art. 222 Abs. 1 ZPO). Entscheidend ist daher der Zeitpunkt der Einreichung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks bei Gericht, sofern der Kläger in der Folge nicht versäumt, die ihm obliegenden Massnahmen zu treffen, um die Zustellung des Schriftstücks an den Beklagten zu bewirken. Aufgrund der an die Rechtshängigkeit geknüpften Rechtsfolgen ist für die Parteien wiederum die Frage von besonderer Bedeutung, ob mit der Einleitung der in der Eskalationsklausel vereinbarten, dem staatlichen Gerichtsverfahren vorgeschalteten ADR-Verfahren das Verfahren als rechtshängig gilt.

508 Das «verfahrenseinleitende Schriftstück» wird im LugÜ nicht näher bezeichnet und bestimmt sich als Folge davon nach der *lex fori*.⁸⁷⁸ Mit Ausnahme der in Art. 198 ZPO statuierten Fälle sowie bei einem allfälligen (einseitigen) Verzicht auf die Durchführung nach Art. 199 ZPO findet vor dem gerichtlichen Verfahren ein Einigungsversuch zwischen den Parteien im Rahmen eines staatlichen Schlichtungsverfahrens statt (Art. 197 ZPO). Das verfahrenseinleitende Schriftstück ist in diesen Fällen nach der schweizerischen *lex fori* das Schlichtungsgesuch gemäss Art. 202 ZPO. Nun verlangt der Wortlaut des Art. 30 Ziff. 1 LugÜ die Einreichung des Schriftstücks bei «Gericht». Der Begriff erfährt eine Definition in Art. 62 LugÜ. Erfasst wird jede Behörde, die von einem Vertragsstaat als für die in den Anwendungsbereich des LugÜ fallenden Rechtsgebiete zuständig bezeichnet worden ist. Entsprechend stellt auch die zuständige Schlichtungsbehörde ein Gericht im Sinne des Übereinkommens dar und die Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der Schlichtungsbehörde begründet die Rechtshängigkeit des Verfahrens.⁸⁷⁹

509 Als Folge der Einreichung des Schlichtungsgesuchs muss nicht zwingend ein staatliches Schlichtungsverfahren durchgeführt werden.⁸⁸⁰ Vielmehr kann eine Partei im Schlichtungsbegehren auch die Durchführung eines vereinbarten privaten ADR-Verfahrens verlangen, ohne dass dies Auswirkungen auf den

⁸⁷⁸ MABILLARD, BSK LugÜ 30 N 11.

⁸⁷⁹ EuGH vom 20. Dezember 2017, Rs. C-467/16, Schlömp/Landratsamt Schwäbisch Hall, N 58; BGer 4A_143/2007 vom 6. Juli 2007, E. 3.5; Botschaft revLugÜ, 1803; BUCHER, CR LugÜ 30 N 4; DASSER, Rechtshängigkeit, 107 ff.; DASSER, SHK LugÜ 30 N 10 ff.; MEIER/BAECKERT, DIKE-Komm. LugÜ 30 N 6; MABILLARD, BSK LugÜ 30 N 11; WALTER/DOMEJ, 541; kritisch BERTI, SZZP 2007, 59 ff. Der London High Court of Justice hat in einem Urteil vom 6. August 2014 die Schweizer Schlichtungsbehörde als Gericht im Sinne des LugÜ qualifiziert und damit die Möglichkeit der Begründung der Rechtshängigkeit mittels Einleitung des Schlichtungsverfahrens bejaht, siehe Lehman Brothers Finance AG v. Klaus Tschira Stiftung GmbH & Anor [2014] EWHC 2782 (Ch).

⁸⁸⁰ Vgl. DASSER, SHK LugÜ 30 N 14 f.; MABILLARD, BSK LugÜ 30 N 11.

Eintritt der Rechtshängigkeit des Verfahrens zeitigt. Voraussetzung hierfür ist eine Ausgestaltung des ADR-Verfahrens in der Form, dass die Parteien mit Unterstützung einer neutralen Drittperson oder eines Gremiums ohne Entscheidungskompetenzen versuchen, eine gütliche Einigung zu erzielen.⁸⁸¹

Demzufolge tritt die Rechtshängigkeit nach Art. 30 Ziff. 1 LugÜ bereits mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der Schlichtungsbehörde ein. Dabei kann im Rahmen des Schlichtungsgesuchs auch die Durchführung eines privaten ADR-Verfahrens verlangt werden, sofern dies von den Parteien in der Eskalationsklausel vereinbart wurde und es die erforderlichen Merkmale aufweist. 510

III. Vorgehen zur Verjährungsunterbrechung

A. Im Allgemeinen

Droht ein Anspruch zu verjähren, stellt sich für die an eine Eskalationsklausel gebundene Partei die Frage nach dem korrekten Vorgehen. Oft sieht sich diese Partei in dieser Situation mit einem Problem in zeitlicher Hinsicht konfrontiert. Dabei geht es in erster Linie um die Konstellation, in der einer Partei vor der Verjährung ihres Anspruchs nicht mehr genügend Zeit für den Durchlauf der einzelnen Streitbeilegungsstufen bleibt. Die Verjährungsfrist muss daher idealerweise möglichst zeitnah unterbrochen werden. Dies kann durch Anerkennung der Forderung seitens des Gläubigers sowie durch Schuldbetreibung, Einleitung eines (schieds-)gerichtlichen Verfahrens und Eingabe im Konkurs (Art. 135 OR) herbeigeführt werden. 511

B. Geldforderungen

Bei Geldforderungen und Ansprüchen auf eine Sicherheitsleistung kann die Verjährung problemlos mittels der Schuldbetreibung unterbrochen werden (vgl. Art. 38 Abs. 1 SchKG i. V. m. Art. 135 Ziff. 2 OR), wenn ein Beitreibungsort in der Schweiz besteht. Der Abschluss einer Eskalationsklausel hindert die Parteien nicht an der Einleitung einer entsprechenden Betreibung. 512

Daneben führt die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur Übertragung der Kompetenz zur Fällung eines autoritativen Entscheids vom 513

⁸⁸¹ Vgl. vorne, [N 503 ff.](#)

staatlichen Richter auf den Schiedsrichter. Das Betreibungsverfahren wird mangels Notwendigkeit der Entscheidung durch ein Gericht nicht durch die Schiedsvereinbarung oder ADR-Vereinbarungen beeinflusst, da es sich um ein Zwangsvollstreckungsverfahren und nicht um ein Erkenntnisverfahren handelt.

C. Andere Forderungen

- 514 Falls keine Geldforderung und kein Anspruch auf eine Sicherheitsleistung betroffen sind bzw. kein Betreibungsort in der Schweiz besteht, steht den Parteien die Möglichkeit der Schuldbetreibung nicht zur Verfügung. Liegt in diesen Sachverhalten keine Anerkennung der Forderung durch den Schuldner vor, führt insbesondere die Klageeinleitung vor dem Schiedsrichter oder staatlichen Richter zur Unterbrechung der Verjährungsfrist (Art. 135 OR). Die Regelung des Art. 135 Ziff. 2 OR muss im Zusammenhang mit Art. 62 Abs. 1 ZPO sowie Art. 64 Abs. 2 ZPO betrachtet werden.⁸⁸²
- 515 Bei der Unterbrechung der Verjährung durch Einreichung eines Schlichtungsgesuchs stellt sich wiederum die Frage, welche ADR-Verfahren unter den Begriff fallen. Unstreitig ist, dass das Schlichtungsgesuch an die staatliche Schlichtungsbehörde die Verjährung unterbricht, sofern kein Ausnahmetatbestand von Art. 198 ZPO einschlägig ist.⁸⁸³ Hinsichtlich der Einleitung von privaten ADR-Verfahren ist die Rechtslage weniger eindeutig. Einem Schlichtungsgesuch kann nur dann verjährungsunterbrechende Wirkung zukommen, wenn dadurch Rechtshängigkeit i. S. v. Art. 62 ZPO begründet wird (Art. 64 Abs. 2 ZPO).⁸⁸⁴ Wie bei Ausführungen zur Rechtshängigkeit dargelegt wurde, reicht u. U. auch eine im Schlichtungsgesuch beantragte Durchführung von privaten ADR-Verfahren für die Begründung der Rechtshängigkeit aus.⁸⁸⁵ Demzufolge unterbricht auch die Einleitung eines privaten ADR-Verfahrens die Verjährungsfrist, sofern dieses unter den weiten Mediationsbegriff der ZPO subsumiert werden kann und ein entsprechender Antrag im Schlichtungsgesuch an die staatliche Schlichtungsbehörde gestellt wird.

⁸⁸² KILLIAS/WIGET, CHK OR 135 N 11; KOLLER, N 69.10. Vgl. zu den Bestimmungen in der ZPO vorne, [N 503 ff.](#)

⁸⁸³ BGer 4A_592/2013 vom 4. März 2013, E. 3.2; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3348; vgl. DÄPPEN, BSK OR 135 N 5a; KILLIAS/WIGET, CHK OR 135 N 12.

⁸⁸⁴ BGE 140 III 561 E. 2.2.2.4; KOLLER, N 69.10.

⁸⁸⁵ Vgl. vorne, [N 503 ff.](#)

Dieselbe Rechtslage liegt auch in der Schiedsgerichtsbarkeit bei Anwendbarkeit des Dritten Teils der ZPO vor. Nach Art. 372 Abs. 1 lit. b ZPO führt die Einleitung des dem Schiedsverfahren vorausgehenden «Schlichtungsverfahrens» zur Rechtshängigkeit des Schiedsverfahrens. Folglich vermag ein privates ADR-Verfahren, welches unter den Begriff des «Schlichtungsverfahrens» i. S. v. Art. 372 Abs. 1 lit. b ZPO subsumiert werden kann, den Lauf der Verjährungsfrist zu unterbrechen.⁸⁸⁶ 516

Anders präsentiert sich die Rechtslage bei Schiedsverfahren, welche unter das 12. Kapitel des IPRG fallen. Die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens jeder Ausgestaltung vermag nicht zum Eintritt der Rechtshängigkeit zu führen und daher auch nicht die Verjährungsfrist zu unterbrechen.⁸⁸⁷ Zwecks Verhinderung der Verjährung des Anspruchs muss somit (direkt) Klage beim Schiedsgericht eingereicht werden (Art. 135 Ziff. 2 OR). 517

Droht einer Partei die durch die Verjährung bewirkte beschränkte Durchsetzbarkeit der Forderung und bleibt nicht genügend Zeit zum Durchlauf (sämtlicher) der dem (schieds-)gerichtlichen Verfahren vorgeschalteten ADR-Verfahren, stellt dies nach den vorherigen Ausführungen mit Ausnahme der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit häufig kein besonderes Problem dar. Mit der Einleitung der ersten Streitbeilegungsstufe kann die Verjährungsfrist regelmässig bereits unterbrochen werden. Dennoch darf in diesem Zusammenhang nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Einleitung privater ADR-Verfahren ohne Dritunterstützung nicht zur Unterbrechung der Verjährungsfrist führt.⁸⁸⁸ Den Parteien bleibt in diesen zwei Konstellationen damit keine andere Möglichkeit, als direkt ein drittunterstütztes ADR-Verfahren bzw. im Anwendungsbereich des 12. Kapitels des IPRG direkt das Schiedsverfahren einzuleiten. Die vorzeitig angerufene Instanz hat daraufhin das eingeleitete Verfahren zu sistieren und den Parteien eine Frist zur Nachholung der übersprungenen Streitbeilegungsstufen zusetzen. Die Unterbrechung der Verjährungsfrist tritt als Folge davon dennoch ein.⁸⁸⁹ 518

In diesen Fällen kann jedoch u. U. auf den mit der Revision des Verjährungsrechts neu eingefügten Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8 OR zurückgegriffen werden, der zwar keine Unterbrechung der Verjährung, aber deren Stillstand bewirkt. Die- 519

⁸⁸⁶ Vgl. BERGER/KELLERHALS, N 1070 f.; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 372 N 14a; STACHER, BK ZPO 372 N 60.

⁸⁸⁷ Vgl. vorne, [N 494 ff.](#)

⁸⁸⁸ Vgl. vorne, [N 498](#), [500](#) und [505](#).

⁸⁸⁹ Bei ADR-Verfahren muss hingegen zusätzlich beachtet werden, dass es allenfalls an der Kompetenz zur Sistierung des Verfahrens fehlt. Entsprechend bestehen die Rechtsfolgen u. U. «bloss» in der Möglichkeit der Verweigerung der Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflichten. Vgl. vorne, [N 333 ff.](#)

ser sieht nun vor, dass die Verjährung während der Dauer von Vergleichsgesprächen, eines Mediationsverfahrens oder anderer Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung nicht beginnt bzw. stillsteht, wenn die Parteien dies schriftlich vereinbaren. Die Aufzählung im Gesetz ist weit zu verstehen und erfasst alle formellen und informellen Arten der Streitbeilegung ausserhalb des (schieds-)gerichtlichen Klagewegs; der Beizug einer neutralen Drittperson ist nicht nötig.⁸⁹⁰

- 520 Die Schriftlichkeit ist gemäss Botschaft i. S. v. Art. 13 OR zu verstehen und soll neben dem Schutz vor Übereilung auch der Klarstellung und damit der Rechtssicherheit dienen.⁸⁹¹ Ersterer und die Klarstellung im Zusammenhang mit dem Verjährungsstillstand lassen sich jedoch durch jede Textform gewährleisten.⁸⁹² Entsprechend reicht ein durch Text nachweisbarer Austausch der Willenserklärungen für den Eintritt des Verjährungsstillstands aus.⁸⁹³
- 521 Das Gesetz schweigt zum Zeitpunkt, in welchem ein Stillstand der Verjährung gemäss Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8 OR vereinbart werden kann; Art. 129 OR gilt insoweit nicht.⁸⁹⁴ Richtigerweise steht es den Parteien daher offen, bereits beim Abschluss der Eskalationsklausel vorzusehen, dass während der Dauer der dem (schieds-)gerichtlichen Verfahren vorgeschalteten Streitbeilegungsstufen die Verjährung stillstehen soll.⁸⁹⁵

D. Verjährungsverzicht

- 522 Um die in den vorgehenden Abschnitten beschriebenen Fragestellungen rund um die Verjährung des Anspruchs zu vermeiden, sollten die Parteien ausdrücklich einen Verjährungsverzicht zu vereinbaren. Die Zulässigkeit des Verjährungsverzichts ergibt sich dabei aus dem auf den Streit anwendbaren materiellen Recht.
- 523 Bei der Beurteilung nach Schweizer Recht sind die gesetzlichen Einschränkungen der Parteiautonomie zu beachten. Nach Art. 129 OR können die im dritten

⁸⁹⁰ Botschaft Verjährungsrecht, 260. Der Begriff ist noch weiter als der Mediationsbegriff der ZPO, da auch direkte Vergleichsgespräche unter den Parteien darunterfallen.

⁸⁹¹ Botschaft Verjährungsrecht, 260.

⁸⁹² Botschaft revIPRG, 7188.

⁸⁹³ PICHONNAZ, SJZ 2019, 743.

⁸⁹⁴ Botschaft Verjährungsrecht, 260. Dies im Unterschied zum Verjährungsverzicht, vgl. hinten, [N 522 ff.](#)

⁸⁹⁵ Vgl. auch den Wortlaut von Art. 134 Abs. 1 OR, nach welchem die Verjährung bei Vorliegen der aufgeführten Tatbestände auch nicht beginnt. Folglich muss eine entsprechende Vereinbarung auch bereits vor Beginn der Verjährung möglich sein.

Titel des OR (Art. 114-142 OR) vorgesehenen Fristen durch Verfügung der Parteien nicht abgeändert werden. Des Weiteren hält Art. 141 Abs. 1 OR fest, dass ab Beginn der Verjährung jeweils für höchstens zehn Jahre auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet werden kann. Folglich kann erst ab Fälligkeit der Forderung ein Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede erklärt werden (Art. 130 Abs. 1 OR). Der Verzicht muss in schriftlicher Form erfolgen (Art. 141 Abs. 1^{bis} OR).

Obschon das Gesetz vom «Verzicht auf die Verjährungseinrede» spricht, verlängert der Verjährungsverzicht die Verjährungsfrist um die Dauer der vereinbarten Fristverlängerung, d. h. des Verzichts.⁸⁹⁶ 524

Inkorporieren die Parteien die Eskalationsklausel direkt in den Hauptvertrag, was wohl den Regelfall darstellen wird, entfaltet ein gleichzeitig vereinbarter Verjährungsverzicht nur dann rechtliche Wirkungen, wenn die Forderung gleichzeitig fällig wird. Folglich lässt er sich nur in diesen Fällen mit dem Abschluss der Eskalationsklausel verbinden. Den Parteien steht es jedoch aufgrund ihrer Vertragsautonomie auch frei, den dilatorischen Klageverzicht derart auszugestalten, dass dieser keine Wirkung entfaltet, wenn eine Partei sich zur Wahrung der Verjährungsfrist verpflichtet sieht, direkt das (Schieds-)Gericht anzurufen oder drittunterstützte ADR-Verfahren einzuleiten.⁸⁹⁷ 525

Eine weitere Möglichkeit, die Verjährungsproblematik bereits im Zeitpunkt des gleichzeitigen Abschlusses der Eskalationsklausel und des Hauptvertrags zu regeln, könnte in einem suspensiv bedingten Verjährungsverzicht für den Fall der Einleitung der ersten Streitbeilegungsstufe bestehen. Der Verjährungsverzicht wird zwar bei Vertragsschluss vereinbart, entfaltet seine Wirkung aber erst im Zeitpunkt der Einleitung der ersten Streitbeilegungsstufe, was für die Parteien bei Durchführung von nicht drittunterstützten ADR-Verfahren als erste Stufe der Eskalationsleiter entscheidend sein kann. Diese Vertragsgestaltung wird jedoch kaum dem Verbot des Vorausverzichts auf die Verjährung nach Art. 141 Abs. 1 OR standhalten. Auch bei der Unterstellung des Verjährungsverzichts unter die suspensive Potestativbedingung der Einleitung des Verfahrens der ersten Streitbeilegungsstufe liegt bereits vor Fälligkeit der 526

⁸⁹⁶ BGE 99 II 185 E. 3a; BGer 4A_707/2012 vom 28. Mai 2013, E. 7.4.2; BGer 9C_104/2007 vom 20. August 2007, E. 8.2.1; MÜLLER, AJP 2020, 293. Das Bundesgericht behandelt somit den Verjährungsverzicht und den Verzicht auf die Einrede der Verjährung im Interesse der Einfachheit und Klarheit sowie der Verständlichkeit in den Wirkungen gleich.

⁸⁹⁷ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 201; vgl. Art. 13 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. Zu den Voraussetzungen des Eintritts der Rechtshängigkeit, vorne, [N 492 ff.](#)

Forderung ein Verjährungsverzicht vor. Lediglich dessen Wirksamkeit im Einzelfall ist von der Einleitung des zuerst durchzuführenden Streitbeilegungsverfahrens abhängig.⁸⁹⁸

- 527 Die Parteien sind folglich gut beraten, wenn sie allfälligen Fragen rund um die Verjährung vor Einleitung des Streitbeilegungsverfahrens sowie allenfalls im Rahmen des Übergangs zur nächsten Eskalationsstufe – erneut – regeln. Weigert sich der Schuldner, einem Verjährungsverzicht zuzustimmen, bleibt dem Gläubiger u. U. keine andere Möglichkeit, als direkt das drittunterstützte ADR-Verfahren einzuleiten bzw. im Anwendungsbereich von Art. 181 IPRG das Schiedsgericht anzurufen. Insbesondere steht es nicht in der Dispositionsfreiheit der Parteien, neben den gesetzlich vorgesehenen Unterbrechungs- und Hinderungsgründe gemäss Art. 134 f. OR weitere vorzusehen.⁸⁹⁹

⁸⁹⁸ Vgl. KRAUSKOPF, HAVE 2017, 321 f.; a.M. KGer AR K2Z 14 27 vom 10. November 2015, in: HAVE 2016, 236.

⁸⁹⁹ BGE 132 V 404 E. 4.1; 62 II 232; BERTI, ZK OR 135 N 180; BUCHER, OR AT, 464; DÄPPEN, BSK OR 135 N 1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3344; KILLIAS/WIGET, CHK OR 135 N 2; a.M. KOLLER, N 71.46. Die Parteien können folglich beispielsweise einem eingeschriebenen Brief zur Einleitung der ersten Streitbeilegungsstufe keine die Verjährung unterbrechende Wirkung zukommen lassen, wohl aber deren Stillstand.

§ 11 Übergang zur nächsten Streitbeilegungsstufe

I. Bestimmung der Voraussetzungen für den Übergang zur nächsten Stufe der Eskalationsleiter

A. Im Allgemeinen

Es liegt primär in der Kompetenz der Parteien, die Voraussetzungen für den Übergang zur nächsten Stufe innerhalb der Eskalationsleiter selbst festzulegen. Konkret handelt es sich dabei um eine mit dem dilatorischen Klageverzicht zusammenhängende Vereinbarung. Bestimmt wird, wann das Verfahren der nächsten Eskalationsstufe eingeleitet werden darf.⁹⁰⁰ Beispielsweise können die Parteien ganz allgemein festhalten, dass das nachfolgende Streitbeilegungsverfahren initiiert werden darf, sobald das ADR-Verfahren erfolglos durchgeführt wurde oder, konkreter, für den Fall der fehlenden gütlichen Einigung nach Ablauf einer bestimmten Frist angewendet werden soll. Schliesslich steht es den Parteien auch frei, eine «Cooling-off»-Periode vorzuschreiben, bevor das Verfahren weitergeführt werden darf. 528

Allfällige von den Parteien für anwendbar erklärte institutionelle Verfahrensordnungen enthalten in Bezug auf die Bedingungen zum Übergang auf ein nachfolgendes Streitbeilegungsverfahren in aller Regel keine Bestimmungen. Gegebenenfalls können die darin enthaltenen Regelungen zur Beendigung des ADR-Verfahrens bei fehlender ausdrücklicher Regelung in dem Sinne als Auslegungshilfe beigezogen werden, als bei korrekter Beendigung das Verfahren der nachfolgenden Eskalationsstufe in aller Regel eingeleitet werden kann. Bei Fehlen einer diesbezüglichen Regelung in der Eskalationsklausel oder der Verfahrensordnung bzw. bei Unklarheit hinsichtlich der vereinbarten Übergangsvoraussetzungen sind diese Voraussetzungen nach den allgemeinen Prinzipien des Vertragsrechts mittels Auslegung zu ermitteln.⁹⁰¹ 529

⁹⁰⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 258; HACKE, 126; vgl. EIHOLZER, N 857; FRIEDRICH, 180; SCHÜTZ, N 476.

⁹⁰¹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 259; vgl. zur Vertragsauslegung vorne, [N 18 ff.](#)

B. Objektives Kriterium als Voraussetzung für den Übergang zur nächsten Stufe der Eskalationsleiter

a. Im Allgemeinen

- 530 Häufig vereinbaren die Parteien die Maximaldauer des ADR-Verfahrens, bei deren ergebnislosem Verstreichen das Verfahren der nachfolgenden Streitbeilegungsstufe spätestens initiiert werden darf. Auch die in vereinzelt institutionellen Verfahrensordnungen enthaltenen mehrstufigen Musterklauseln sehen regelmässig eine maximale Frist zur Beilegung der Streitigkeit im Rahmen der vorgeschalteten ADR-Verfahren vor.⁹⁰² Darüber hinaus steht es den Parteien jederzeit frei, sich auf eine Verlängerung der Frist zu verständigen, sofern sie innerhalb der anfangs bestimmten Maximalfrist keine Einigung erzielen können.⁹⁰³
- 531 Fehlt es gänzlich an einer Vereinbarung einer Maximalfrist, bevor das Streitbeilegungsverfahren der nächsten Eskalationsstufe eingeleitet werden darf, ergeben sich die Voraussetzungen dazu mittels Auslegung der Vereinbarung. In aller Regel dürfte dazu nach dem hypothetischen Parteiwillen auf das Scheitern des vorangehenden ADR-Verfahrens abgestellt werden.⁹⁰⁴

b. Beginn des Fristenlaufs

- 532 Knüpfen die Parteien die Zulässigkeit der Einleitung eines Verfahrens der nachfolgenden Stufe innerhalb der Eskalationsleiter u. a. an den Ablauf einer Frist, kommt dem Zeitpunkt der Bestimmung, in welchem die Frist zu laufen beginnt, entscheidende Bedeutung zu. Die Parteien verfügen diesbezüglich weitgehend über Autonomie und können verschiedene Regelungen treffen.⁹⁰⁵

⁹⁰² Vgl. beispielsweise die entsprechende Musterklausel in den Swiss Rules of Mediation: «[...] Falls die Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche innerhalb von 60 Tagen nach der Bestätigung oder Nennung des/der Mediators-/en nicht vollständig durch das Mediationsverfahren gelöst werden können, sind sie durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution zu regeln. [...]» und diejenige der ICC Mediation Rules: «[...] Wird die Streitigkeit nicht innerhalb einer Frist von 45 Tagen ab Einbringung eines Antrags auf ein Mediationsverfahren oder einer anderen von den Parteien schriftlich vereinbarten Frist gemäss den ICC-Mediations-Regeln beigelegt, wird sie anschließend gemäss der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC) von einem oder mehreren gemäss dieser Ordnung ernannten Schiedsrichter endgültig entschieden.».

⁹⁰³ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 260; BERGER, in: FS Schlosser, 30.

⁹⁰⁴ Vgl. hinten, [N 543 ff.](#)

⁹⁰⁵ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 260; vgl. BERGER, in: FS Schlosser, 29.

Als Orientierungspunkte können dabei wiederum die institutionellen Verfahrensordnungen dienen.

Die Bestimmung des Beginns des Fristenlaufs bereitet am wenigsten Probleme, wenn dazu auf einen objektiv überprüfbaren Zeitpunkt wie etwa einen formalen Verfahrensschritt abgestellt wird. Konkret bildet die Abstimmung mit dem Zeitpunkt der Bestätigung oder Ernennung des Mediators (Swiss Rules-Musterklausel), der Einbringung eines Antrags auf ein Mediationsverfahren (ICC-Musterklausel), der Einleitung des Mediationsverfahrens (LCIA-Musterklausel und WIPO-Musterklausel) oder der Erhaltung einer «invitation to negotiate» (CI Arb-Musterklausel) einen guten Ausgangspunkt zur Berechnung des Fristenlaufs. Das Abstellen auf die Einleitung des ADR-Verfahrens kann sich dann als problematisch erweisen, wenn die Parteien die dazu notwendigen Handlungen und Unterlagen nicht ausdrücklich in der Eskalationsklausel oder Verfahrensordnung festgelegt haben. 533

Knüpfen die Parteien den Beginn des Fristenlaufs an einen weniger leicht zu bestimmenden Zeitpunkt an, beispielsweise an das Auftreten der Streitigkeit, gestaltet sich die Berechnung der Frist u. U. schwierig. Dann besteht die Gefahr, dass zwischen den Parteien auch diesbezüglich Streitigkeiten aufkommen, wobei es sich in erster Linie um eine Beweisproblematik handelt.⁹⁰⁶ Um neben dem Beginn des Fristenlaufs auch Streitigkeiten bezüglich der konkreten Fristenberechnung zu vermeiden, empfiehlt es sich insbesondere bei internationalen Verträgen, eine entsprechende Regelung zum Beginn des Fristenlaufs in die Parteivereinbarung zu integrieren.⁹⁰⁷ 534

c. Übergang vor Ablauf der Frist

Den Parteien mag sich in den Fällen der Aussichtslosigkeit des ADR-Verfahrens oder der Beendigung durch den neutralen Dritten bzw. das Gremium die Frage stellen, ob das Verfahren der nachfolgenden Eskalationsstufe in jedem Fall erst nach Ablauf der vorgesehenen Frist eingeleitet werden darf. Wiederum gilt es zur Beantwortung dieser Frage zunächst die konkrete Vereinbarung zwischen den Parteien zu konsultieren. 535

Zunächst ist denkbar, dass die Parteien der Frist eine eigenständige Bedeutung als Voraussetzung für den Übergang zur nächsten Streitbeilegungsstufe zukommen lassen wollten. Dann darf das nachfolgende Verfahren erst nach Ab- 536

⁹⁰⁶ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 261.

⁹⁰⁷ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 262.

lauf der Frist initiiert werden.⁹⁰⁸ Dies wird einerseits insbesondere dann der Fall sein, wenn nach dem (hypothetischen) Willen der Parteien nach der Durchführung des ADR-Verfahrens zunächst eine «Cooling-off»-Periode abgewartet werden soll. Andererseits steht es den Parteien auch frei, die Frist als Maximalfrist im Sinne eines Zeitlimits für die Durchführung des vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahrens auszugestalten.⁹⁰⁹ In diesem Fall stellt das Verstreichen der Frist lediglich einen unter mehreren Gründen für die Beendigung des Verfahrens und damit für die Zulässigkeit der Initiierung des darauffolgenden Verfahrens dar (vgl. beispielsweise Art. 8 Ziff. 1 ICC Mediation Rules). Folglich wäre die Einleitung des Verfahrens der nächsten Stufe innerhalb der Eskalationsleiter u. a. auch dann zulässig, wenn das vorgeschaltete ADR-Verfahren vor Ablauf der Frist gescheitert ist oder auf andere Weise beendet wurde.

- 537 Schweigen die Parteien bezüglich der Behandlung der Frist in ihrer Vereinbarung und lässt sich der (innere) Willen der Parteien nicht feststellen, muss die von ihnen gewählte Formulierung zwecks Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ausgelegt werden. Die Erklärungen und das Verhalten sind folglich so zu interpretieren, wie diese unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände in gutem Glauben verstanden werden durften und mussten.⁹¹⁰ Den Ausgangspunkt dazu bildet der dilatorische Klageverzicht. Dieser bezweckt primär die Einhaltung der stufenweisen Durchführung der Verfahren, d. h. die Sicherstellung einer möglichst effizienten Streitbeilegung im Rahmen der ADR-Verfahren. Muss das durchgeführte ADR-Verfahren als gescheitert gelten, besteht vor diesem Hintergrund keine Notwendigkeit des Abwartens, bis die vereinbarte (Maximal-)Frist verstrichen ist. Die Parteien verlieren dadurch Zeit, in welcher ihre Ressourcen nicht anderweitig genutzt werden können, sondern weiterhin an die Streitbeilegung gebunden sind. Des Weiteren besteht bei Scheitern des ADR-Verfahrens keine Notwendigkeit mehr, dessen (ungestörte) Durchführung durch den dilatorischen Klageverzicht zu ermöglichen und zu erzwingen.⁹¹¹ Folglich dürfte die in der Eskalationsklausel enthaltene Frist i. d. R. als Maximalfrist auszulegen sein, welche die Initiierung des nachfolgenden Streitbeilegungsverfahrens vor Ablauf zulässt. Für eine entgegengesetzte Auslegung, d. h. die Behandlung der Frist als eigenständige Voraussetzung für den Übergang zur nächsten Streitbeilegungsstufe, sind klare Indizien zu for-

⁹⁰⁸ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 264.

⁹⁰⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 264.

⁹¹⁰ BGE 131 III 606 E. 4.1; vgl. vorne, [N 25](#).

⁹¹¹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 265; vgl. vorne, [N 28](#).

dern (z. B. entsprechender Wortlaut oder die ausdrückliche Vereinbarung einer «Cooling-off»-Periode).

Doch auch im Falle der Behandlung der Frist als eigenständige Voraussetzung für den Übergang zur nächsten Streitbeilegungsstufe muss der Ablauf der Frist nicht unter jedem Umstand abgewartet werden, bevor das nachfolgende Streitbeilegungsverfahren eingeleitet werden darf. Aus dem Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB ergibt sich das Verbot des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, welches in der gesamten Rechtsordnung Geltung hat.⁹¹² Stellt sich die Berufung einer Partei auf die Einhaltung der Frist als rechtsmissbräuchlich heraus, etwa, weil sie die Durchführung des ADR-Verfahrens absichtlich boykottiert, verdient sie diesbezüglich keinen Rechtsschutz und das Verfahren der nachfolgenden Eskalationsstufe kann wirksam eingeleitet werden. Schliesslich vereitelt die fehlbare Partei durch ihr Verhalten in treuwidriger Weise den Hauptzweck des dilatorischen Klageverzichts in Form der vereinbarten Frist.⁹¹³ 538

Letztlich liegt es auch in der Kompetenz der Parteien, einen einseitigen Verzicht auf die Durchführung einer oder mehrerer Streitbeilegungsstufen in Form eines «Opting-out»-Rechts vorzusehen.⁹¹⁴ Vor dem Hintergrund der voranstehenden Ausführungen ist dessen Einräumung jedoch auf seltene Ausnahmefälle beschränkt. 539

d. Durchführung des Verfahrens als zusätzliche Voraussetzung

Verweigert eine Partei beharrlich die Mitwirkung und Teilnahme am ADR-Verfahren, stehen der sich konform verhaltenden Partei diverse Rechtsbehelfe zur Verfügung.⁹¹⁵ Daneben kann sich in diesen Situationen zusätzlich die Frage 540

⁹¹² HONSELL, BSK ZGB 2 N 4.

⁹¹³ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 265; vgl. auch die WIPO-Musterklausel: «[...] Alternativ soll, wenn vor Ablauf der genannten Frist von [60] [90] Tagen eine Partei versäumt, sich an dem Schlichtungsverfahren zu beteiligen oder nicht mehr an dem Schlichtungsverfahren teilnimmt, die Streitigkeit nach Einreichung eines Schiedsantrags durch die andere Partei gemäss den Regeln für das Schiedsgerichtsverfahren der WIPO dem Schiedsgerichtsverfahren unterworfen und endgültig im Schiedsgerichtsverfahren entschieden werden. [...]».

⁹¹⁴ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 266; vgl. auch die SCC-Musterklausel: «Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall first be referred to Mediation in accordance with the Mediation Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, unless one of the parties objects. [...]». Vgl. vorne, [N 196 ff.](#)

⁹¹⁵ Vgl. vorne, [N 320 ff.](#)

nach der Zulässigkeit der Initiierung des nachfolgenden Verfahrens stellen. Auch hier ist in einem ersten Schritt die konkrete Vereinbarung zu konsultieren, denn den Parteien steht es frei, vorzusehen, dass lediglich der Ablauf der Frist die Voraussetzung für den Übergang zum Verfahren der nächsten Eskalationsstufe bildet.⁹¹⁶ Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung scheint es jedoch eher unwahrscheinlich, die Vereinbarung einer Frist im soeben ausgeführten Sinne zu verstehen. Der Zweck des dilatorischen Klageverzichts würde ansonsten lediglich in der Einräumung einer «Bedenkzeit» für die Parteien bezüglich der Kosten und weiteren Konsequenzen der Einleitung des nachfolgenden Streitbeilegungsverfahrens dienen.⁹¹⁷

- 541 Stattdessen ist der hypothetische Parteiwillen in aller Regel dahin gehend auszulegen, dass der Übergang zur nächsten Eskalationsstufe vom Scheitern des vorangehenden ADR-Verfahrens abhängt. Dies bedingt einen Versuch zur gütlichen Einigung im Rahmen des Verfahrens und damit die Mitwirkung und Teilnahme am selbigen Verfahren.⁹¹⁸ Folglich bleibt einer Partei, welche jegliche Mitwirkung am ADR-Verfahren verweigert, im Regelfall auch nach Ablauf der Frist die Einleitung des nachfolgenden Streitbeilegungsverfahrens verwehrt und eine Berufung auf die vorzeitige Initiierung ist als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.

e. Vorliegen eines Entscheidvorschlags bei entscheidorientierten ADR-Verfahren

- 542 Neben dem Ablauf einer vereinbarten Maximalfrist kommt bei den entscheidorientierten ADR-Verfahren als weiterer objektiver Anknüpfungspunkt die Vorlage einer Entscheidung, Empfehlung, Bewertung oder eines Entscheidvorschlags durch den neutralen Dritten oder das Gremium infrage. Regelmässig entspricht es dem Parteiwillen, wenn unmittelbar im Anschluss daran das Verfahren der nachfolgenden Eskalationsstufe eingeleitet werden kann. Gegebenenfalls muss eine der Parteien den Entscheidvorschlag innerhalb einer bestimmten Frist ausdrücklich durch eine entsprechende Erklärung («notice of dissatisfaction») zurückweisen.⁹¹⁹ Vorbehalten bleibt wiederum die ausdrück-

⁹¹⁶ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 262.

⁹¹⁷ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 262.

⁹¹⁸ Auch der Zweck einer möglichst effizienten und kostengünstigen Streitbeilegung wird dadurch kaum gefördert, vgl. vorne. [N 535 ff.](#)

⁹¹⁹ Vgl. beispielsweise Art. 4 Ziff. 3 ICC Dispute Board Rules: «The Parties agree that if no Party has given a written notice to the other Party and the DRB expressing its dissatisfaction with a Recommendation within 30 days of receiving it, the Recommendation shall become final and binding on the Parties. [...]» und weiter in Art. 4 Ziff. 6 ICC Dispute Board Rules: «If any

liche Vereinbarung einer «Cooling-off»-Periode, beispielsweise zwecks eingehender Auseinandersetzung mit dem Entscheidvorschlag. Schliesslich ist es den Parteien auch weiterhin freigestellt, die Einleitung des nachfolgenden Streitbeilegungsverfahrens vorzusehen, wenn bei vorläufiger Bindungswirkung eines Entscheidvorschlags eine Partei diese nicht innerhalb einer bestimmten Frist befolgt.⁹²⁰

C. Subjektives Kriterium als Voraussetzung für den Übergang zur nächsten Stufe der Eskalationsleiter

a. Im Allgemeinen

Neben der Möglichkeit, ein objektives Kriterium in Form des Fristablaufs zu berücksichtigen, kann zwecks Bestimmung der Zulässigkeit des Übergangs zur nächsten Stufe der Eskalationsleiter auch auf einen subjektiven Eindruck der Parteien oder eines Dritten abgestellt werden. Regelmässig sehen die Eskalationsklauseln vor, dass mangels vollständiger Beilegung der Streitigkeit das nachfolgende Verfahren initiiert werden darf.⁹²¹ 543

b. Scheitern des Verfahrens

Die Anknüpfung an das Scheitern des ADR-Verfahrens als Voraussetzung zum Übergang auf das nachfolgende Streitbeilegungsverfahren findet sich in den meisten Vereinbarungen, bildet dies doch gerade den Kerngehalt einer Eskalationsklausel.⁹²² Schwierigkeiten können sich dabei insbesondere hinsichtlich der Bestimmung des Zeitpunkts ergeben, in welchem das Verfahren als gescheitert zu gelten hat. Aufgrund des Abstellens auf den subjektiven Eindruck der Parteien lässt sich diese Problematik auch durch entsprechende Redaktion der Eskalationsklausel bzw. Verfahrensordnung nicht gänzlich entschärfen. 544

Party gives such a written notice expressing its dissatisfaction with a Recommendation, [...] the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the parties have agreed so, or, if not, by any court of competent jurisdiction.».

⁹²⁰ Zum Ganzen ARNTZ, Eskalationsklauseln, 288 f.

⁹²¹ Gegebenenfalls auch alternativ zum Ablauf einer Frist. Vgl. beispielsweise die entsprechende Musterklausel in den Swiss Rules of Mediation: «[...] Falls die Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche innerhalb von 60 Tagen nach der Bestätigung oder Nennung des/der Mediators-/en nicht vollständig durch das Mediationsverfahren gelöst werden können, sind sie durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution zu regeln. [...]».

⁹²² Vgl. vorne, [N 2 ff.](#)

545 Als Ausfluss der Natur der ADR-Verfahren als freiwilliges Verfahren, in denen die Parteien ohne Beizug eines (Schieds-)Richters versuchen, ihre Differenzen gütlich beizulegen, kommt jeder Seite das Recht zu, das Verfahren einseitig zu beenden und damit im Ergebnis für gescheitert zu erklären.⁹²³ Des Weiteren ermächtigen einige institutionelle Verfahrensordnungen den neutralen Dritten zur Beendigung des Verfahrens, wenn dieses nach seiner Einschätzung aussichtslos erscheint.⁹²⁴ Der Vorteil der Ermächtigung des neutralen Dritten zur Beendigungserklärung des ADR-Verfahrens ist v. a. darin zu sehen, dass Streitigkeiten über eine allfällig zu früh erfolgte Beendigung weitgehend vermieden werden können. Für eine Partei dürfte es sich als schwierig erweisen, im nachfolgenden Streitbeilegungsverfahren darzulegen, dass die Verhandlungen zu früh abgebrochen wurden.⁹²⁵

546 Mit der Beendigung des ADR-Verfahrens hat dieses grundsätzlich als Konsequenz auch als gescheitert zu gelten. Rechtfertigen lässt sich diese Möglichkeit dadurch, dass die Parteien am besten in der Lage sind, die Erfolgsaussichten eines ADR-Verfahrens zu beurteilen.⁹²⁶ Jedoch darf von der Geltendmachung dieses Beendigungsgrunds nicht vorbehaltlos auf die Zulässigkeit des Übergangs auf die nächste Streitbeilegungsstufe geschlossen werden. Eine sich vertragswidrig verhaltende Partei ist unter Berufung auf das Scheitern nicht zur Einleitung des Verfahrens der nächsten Eskalationsstufe berechtigt.⁹²⁷ Sind sich die Parteien über die Aussichtslosigkeit des ADR-Verfahrens uneinig, spielen zu dessen Beurteilung auch Aspekte von Treu und Glauben eine wichtige Rolle.⁹²⁸ Ein Schiedsgericht in einem Verfahren nach der ICC-Verfahrensordnung hat dazu Folgendes festgehalten (Hervorhebungen hinzugefügt).⁹²⁹

*«With regard to prior resort to amicable settlement, the Tribunal notes that there are no objective criteria making it possible to declare that the means of amicable settlement have been actually exhausted. These means cannot be identified in absolute terms and do not obey any pre-established and stereotyped rules. **Everything depends on the circumstances***

⁹²³ BERGER, in: FS: Schlosser, 30 f.; SANDERS, in: FS Sandrock, 827; vgl. Art. 16 Ziff. 1 lit. c Swiss Rules of Mediation; Art. 8 Ziff. 1 lit. b ICC Mediation Rules; Art. 13 Ziff. 1 (iii) SCC Mediation Rules. Keine Freiwilligkeit besteht dagegen bezüglich der Einleitung des ADR-Verfahrens, vgl. vorne, [N 203](#).

⁹²⁴ Vgl. Art. 8 Ziff. 1 lit. d ICC Mediation Rules; Art. 13 Ziff. 1 (ii) SCC Mediation Rules; Art. 7(iii) LCIA Mediation Rules.

⁹²⁵ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 279.

⁹²⁶ BERGER, in: FS Schlosser, 30.

⁹²⁷ Vgl. vorne, [N 540 f.](#)

⁹²⁸ BERGER, in: FS Schlosser, 31; vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 269 f.

⁹²⁹ ICC Case 6276, Entscheid vom 29. Januar 1990, in: Figueres, 77.

and chiefly on good faith of the parties. What matters is that they should have shown their good will by seizing every opportunity to try to settle their dispute in amicable manner. They will only be discharged of this duty when they arrive in good faith at the conviction that they have reached a persistent deadlock.»

In Übereinstimmung mit dem Schiedsentscheid müssen folglich stets die konkreten Umstände des Einzelfalls bei der Beurteilung der von den Parteien vorgenommenen Bemühungen zur gütlichen Beilegung im Rahmen des ADR-Verfahrens berücksichtigt werden. Allzu hohe Anforderungen an die Bemühungen zu stellen, wird jedoch kaum im Interesse der Parteien liegen. Schliesslich dürfte es im Hinblick auf eine möglichst effiziente und kostengünstige Beilegung der Streitigkeiten nicht förderlich sein, auch bei Scheitern des ADR-Verfahrens an diesem festzuhalten und das nachfolgende Verfahren zu blockieren.⁹³⁰ Im Ergebnis sollte dabei nicht mehr verlangt werden, als dass die Parteien das vorgesehene Verfahren eingeleitet und sich zur gütlichen Beilegung der Streitigkeit bemüht haben.⁹³¹ Anschliessend kommt grundsätzlich auch eine einseitige Beendigung des Verfahrens infrage. Diese Ausführungen treffen auch dann zu, wenn die vereinbarte Verfahrensordnung eine jederzeitige einseitige Beendigungsmöglichkeit vorsieht. Die Verknüpfung der verschiedenen Streitbeilegungsverfahren in der Eskalationsklausel geht im Sinne einer Modifikation der Verfahrensordnung dieser vor.⁹³²

547

Als Ausfluss ihrer Autonomie in der Festlegung der Verfahrensbestimmungen für das ADR-Verfahren können die Parteien weiterhin bestimmte «Mindestanstrengungen» festlegen, die erfüllt sein müssen, bevor das Verfahren als gescheitert gelten darf (z. B. eine Mindestanzahl abzuhaltender Treffen oder die Anwesenheit bestimmter Personen).⁹³³

548

II. Notwendigkeit des staatlichen Schlichtungsverfahrens

Findet das Verfahren der letzten Streitbeilegungsstufe bei einem staatlichen Gericht statt, geht diesem im Regelfall ein Schlichtungsversuch vor der staatlichen Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO). Haben die Parteien im Rah-

549

⁹³⁰ Vgl. BERGER, in: FS Schlosser, 30; BORN/ŠČEKIĆ, 254; SANDERS, in: FS Sandrock, 827.

⁹³¹ BERGER, in: FS Schlosser, 31; BORN/ŠČEKIĆ, 252; KAYALI, J. Int'l Arb. 2010, 571; SANDERS, in: FS Sandrock, 827; vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 268 ff.

⁹³² ARNTZ, Eskalationsklauseln, 270; vgl. FRIEDRICH, 91.

⁹³³ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 272 ff.

men der vorgeschalteten ADR-Verfahren bereits ein oder mehrere Versuche durchlaufen, stellt sich unweigerlich die Frage nach der Notwendigkeit des Schlichtungsversuchs nach Art. 197 ff. ZPO.

550 Gemäss Art. 213 Abs. 3 ZPO stellt die staatliche Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung aus, wenn ihr eine der Parteien das Scheitern der Mediation mitteilt. Ein Verfahren vor der staatlichen Schlichtungsbehörde muss dann nicht mehr durchgeführt werden.⁹³⁴ Als Folge des weiten Begriffsverständnisses «Mediation» im Sinne der ZPO⁹³⁵ gilt dies auch für weitere ADR-Verfahren, sofern zu deren Durchführung und Vermittlung zwischen den Parteien eine neutrale Drittperson beigezogen wird. Bei einer entsprechenden Mitteilung des Scheiterns der Mediation ist es aber nicht die Aufgabe der staatlichen Schlichtungsbehörde, genau abzuklären, ob eine Mediation tatsächlich stattgefunden hat.⁹³⁶ Zur Vermeidung einer Umgehung des Schlichtungsobligatoriums durch fingierte Mediationen sind die Parteien auf Ersuchen der staatlichen Schlichtungsbehörde angehalten, den Namen des Mediators mitzuteilen oder eine Erklärung des Mediators bezüglich des Scheiterns der Mediation vorzulegen.⁹³⁷ Analoges muss für andere unter den Mediationsbegriff fallende ADR-Verfahren gelten.

551 Anders gestaltet sich die Rechtslage bezüglich der ADR-Verfahren, welche ohne Drittunterstützung durchgeführt werden bzw. bei denen es an der «Vermittlung» fehlt und die damit nicht unter den Begriff der Mediation im Sinne der ZPO subsumierbar sind. Wenn innerhalb der Eskalationsleiter kein «vermittelndes» drittunterstütztes ADR-Verfahren vorgesehen wird, muss demnach vor der Einleitung des staatlichen Gerichtsverfahrens ein Schlichtungsversuch i. S. v. Art. 197 ff. ZPO durchgeführt werden. Davon ausgenommen sind die Ausnahmen vom Schlichtungsobligatorium gemäss Art. 198 ZPO sowie die Verzichtsmöglichkeiten nach Art. 199 ZPO.

⁹³⁴ MEIER, 593; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 20 N 53; vgl. INFANGER, BSK ZPO 197/198 N 2; PETER, BK ZPO 197 N 4.

⁹³⁵ Vgl. vorne, [N 384 f.](#)

⁹³⁶ PETER, BK ZPO 213 N 21.

⁹³⁷ PETER, BK ZPO 213 N 21; RUGGLE, BSK ZPO 213 N 25; a.M. ROBERTO/HAUSER, SHK ZPO 213 N 5; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 20 N 53.

§ 12 Vertraulichkeit der im Rahmen der Eskalationsstufen erlangten Informationen

I. Im Allgemeinen

Um die Grundlage für eine möglichst erfolgreiche gütliche Beilegung einer Streitigkeit zu schaffen, ist die freie Darlegung der jeweiligen Sichtweisen der Parteien entscheidend. Nur wenn im Rahmen des Verfahrens eine Atmosphäre des gegenseitigen Vertrauens geschaffen werden kann, sind die Parteien auch dazu bereit, zur Findung eines Kompromisses Eingeständnisse zu machen. Dies bedingt wiederum, dass die Parteien nicht befürchten müssen, dass die dabei offengelegten Informationen ausserhalb des konkreten Verfahrens gegen sie verwendet werden. Bei der Vereinbarung eines mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens besteht diese Gefahr des Vertrauensmissbrauchs umso mehr, als dem streitigen Verfahren vor dem (Schieds-)Gericht zwingend ein oder mehrere ADR-Verfahren vorgeschaltet ist bzw. sind. Die im Rahmen der ADR-Verfahren erlangte Vielzahl von Informationen, welche neben dem konkreten Streitgegenstand u. U. auch solche aus dem persönlichen oder geschäftlichen Umfeld der beteiligten Parteien umfassen, könnten im (schieds-)gerichtlichen Verfahren zuungunsten der Gegenpartei verwendet werden. Erschwerend kommt bezüglich einer allfälligen Vereinbarung der Vertraulichkeit bei einer Eskalationsklausel hinzu, dass diese Frage in Bezug auf alle potenziell durchzuführenden Verfahren zu beantworten ist.⁹³⁸ Die Parteien sind somit gut beraten, wenn sie bezüglich der Vertraulichkeit insbesondere sicherstellen, dass Informationen und Zugeständnisse, welche im Rahmen einer vorgeschalteten Streitbeilegungsstufe preisgegeben werden, in einer nachgehenden Eskalationsstufe nicht gegen die andere Partei verwendet werden dürfen. Im Folgenden werden drei verschiedenen Arten der Vertraulichkeit unterschieden: verfahrensinterne Vertraulichkeit, verfahrensexterne Vertraulichkeit und systeminterne Vertraulichkeit.⁹³⁹

Die verfahrensinterne Vertraulichkeit befasst sich mit der Frage, wie mit den offenbarten Informationen innerhalb des jeweiligen Streitbeilegungsverfahrens

⁹³⁸ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 315.

⁹³⁹ So die überzeugende Unterteilung in ARNTZ, Eskalationsklauseln, 316 f.

umgegangen werden muss.⁹⁴⁰ Beispielsweise kann der neutrale Dritte bei der Durchführung des ADR-Verfahrens mit den Parteien einzeln Gespräche führen (sog. «caucus sessions»).941 Die dabei erlangten Kenntnisse der Positionen und eigenen Einschätzungen der Parteien ermöglichen es ihm, einen umfassenden und vertieften Überblick über die Streitigkeit zu erhalten und damit besser auf den Abschluss eines Vergleichs hinzuarbeiten. Ohne Zweifel haben die Parteien bei der Offenbarung von Informationen im Rahmen dieser Unterredung mit dem neutralen Dritten ein Interesse daran, dass diese den anderen Verfahrensbeteiligten nicht zugänglich gemacht werden.

- 554 Die verfahrensexterne Vertraulichkeit betrifft die Zulässigkeit der Weitergabe von im jeweiligen Verfahren erlangten Informationen durch die am Verfahren beteiligten Parteien an ausserhalb des Verfahrens stehende Drittpersonen.⁹⁴²
- 555 Schliesslich behandelt die systeminterne Vertraulichkeit die für mehrstufige Streitbeilegungsverfahren spezifische Frage, inwieweit die im Zusammenhang mit einem Verfahren erlangten Informationen in das Verfahren einer nachfolgenden Eskalationsstufe eingebracht und verwendet werden können und dürfen.⁹⁴³
- 556 Die Bedeutung der Vertraulichkeit im Sinne einer umfassenden Geheimhaltung der im Rahmen des Verfahrens erlangten Informationen ist nach den bisherigen Ausführungen nicht zu unterschätzen. Daher überrascht es auch nicht weiter, dass die Möglichkeit zur vertraglich vereinbarten Vertraulichkeit der ADR-Verfahren und Schiedsverfahren einen wichtigen Beweggrund für den (vorläufigen) Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit darstellt.⁹⁴⁴ Indem durch die stufenweise Abfolge der Verfahren die Wahrscheinlichkeit des Abschlusses eines Vergleichsvertrags maximiert werden soll und die Erfolgsaussichten nicht unwesentlich von der Offenlegung der Informationen abhängen,

⁹⁴⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 316.

⁹⁴¹ GUILLEMIN, in: Ingen-Housz (Hrsg.), 21 f.; HOCHSTRASSER/BURLET, BSK IPRG N 321 Einl. 12. Kap.; vgl. beispielsweise Art. 12 WIPO Mediation Rules: «Dem Mediator steht es frei, sich mit einer Partei zu treffen und mit ihr separat zu kommunizieren, mit der Massgabe, dass die in solchen Zusammenkünften oder Kommunikationen gegebenen Informationen der anderen Partei nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der Partei offengelegt werden dürfen, die die Information erteilt hat».

⁹⁴² ARNTZ, Eskalationsklauseln, 317.

⁹⁴³ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 317.

⁹⁴⁴ GIRSBERGER/VOSER, N 150; GUILLEMIN, in: Ingen-Housz (Hrsg.), 31; LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 24–9.

kommt der Regelung der Vertraulichkeit im Falle des Abschlusses einer Eskalationsklausel ein noch höherer Stellenwert zu.⁹⁴⁵

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelung der Vertraulichkeit

A. Verfahrensinterne Vertraulichkeit

Die verfahrensinterne Vertraulichkeit erfährt keine gesetzliche Regelung durch die ZPO oder das IPRG. Damit steht es grundsätzlich in der Verantwortung der Parteien, diesbezüglich direkt oder indirekt durch Verweis auf eine institutionelle Verfahrensordnung entsprechende Vorschriften festzuhalten. Fraglich bleibt jedoch, was bei Fehlen einer vertraglichen Regelung durch die Parteien gelten soll. 557

Relevant wird die verfahrensinterne Vertraulichkeit in den Situationen, in denen der neutrale Dritte bzw. das Gremium mit den Parteien Einzelgespräche führt. Den Ausgangspunkt zur Ergänzung der Parteivereinbarung in diesem Punkt bildet die Notwendigkeit der vertraulichen Behandlung der in solchen Einzelgesprächen getätigten Äusserungen hinsichtlich des Zwecks dieser Gespräche *ex parte*. Durch die Einzelgespräche soll schliesslich ein umfassender Informationsaustausch zwischen der jeweiligen Partei und dem neutralen Dritten ermöglicht werden, was diesen wiederum dazu befähigt, möglichst effizient und erfolgsversprechend auf den Abschluss eines Vergleichs hinzuwirken.⁹⁴⁶ Man ermittelt man vor diesem Hintergrund den hypothetischen Parteiwillen, d. h., 558

«was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart haben würden, wenn sie den eingetretenen Verlauf der Dinge in Betracht gezogen hätten. Dabei hat es [das Gericht] sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des konkret in Frage stehenden Vertrages zu orientieren. [...]»⁹⁴⁷.

Vor diesem Hintergrund wird die konkrete Vereinbarung um die verfahrensinterne Vertraulichkeit zu ergänzen sein.⁹⁴⁸ Entsprechend sieht auch eine Vielzahl von institutionellen Verfahrensordnungen die verfahrensinterne Vertrau- 559

⁹⁴⁵ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 321.

⁹⁴⁶ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 324; vorne, [N 552 ff.](#)

⁹⁴⁷ BGE 127 III 300 E. 6a.

⁹⁴⁸ Vgl. auch ARNTZ, Eskalationsklauseln, 324.

lichkeit bei der Abhaltung von «caucus sessions» vor.⁹⁴⁹ Einen anderen Ansatz wählt Art. 8 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, wonach der neutrale Dritte in Abwesenheit einer anderen Anordnung durch die Partei selbst entscheiden kann, ob er die erhaltenen Informationen an die andere Partei weitergeben will.⁹⁵⁰

- 560 Um Unklarheiten und (weitere) Streitigkeiten zu verhindern, sollten die Parteien stets die verfahrensinterne Vertraulichkeit explizit in ihrer Vereinbarung regeln, gegebenenfalls im Anschluss an einen Hinweis des neutralen Dritten auf die fehlende Regelung.

B. Verfahrensexterne Vertraulichkeit

a. Im Allgemeinen

- 561 In Art. 216 Abs. 1 ZPO wird u. a. bestimmt, dass die Mediation vertraulich ist. «Vertraulich» in diesem Zusammenhang bedeutet, dass weder der Mediator noch die Parteien Informationen, welche sie in der Mediation erlangt haben, nach aussen tragen dürfen.⁹⁵¹ Aus der Marginalie von Art. 216 ZPO («Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren») ergibt sich nun jedoch eine Einschränkung des Anwendungsbereichs. Das gesetzliche Vertraulichkeitsgebot gilt ausschliesslich gegenüber den staatlichen Behörden; eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber am Verfahren Unbeteiligter lässt sich daraus dagegen nicht ableiten.⁹⁵² Des Weiteren enthalten weder die Bestimmungen der ZPO noch diejenigen des IPRG Vorschriften zur Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens.
- 562 Dagegen sind nach Art. 54 ZPO Verfahren vor dem staatlichen Gericht in aller Regel öffentlich. Die Öffentlichkeit kann lediglich dann ganz oder teilweise ausgeschlossen werden, wenn dies das öffentliche Interesse oder das schutzwürdige Interesse einer beteiligten Partei erfordern (Art. 54 Abs. 3 ZPO). Nicht öffentlich sind dagegen familienrechtliche Verfahren (Art. 54 Abs. 4 ZPO).

⁹⁴⁹ Vgl. beispielsweise Art. 6.3 LCIA Mediation Rules; Art. 3 Ziff. 2 SCC Mediation Rules; Art. 12 WIPO Mediation Rules.

⁹⁵⁰ «When the conciliator receives information concerning the dispute from a party, the conciliator may disclose the substance of that information to any other party. However, when a party gives any information to the conciliator, subject to a specific condition that it be kept confidential, that information shall not be disclosed to any other party to the conciliation.». Dazu UNCITRAL, Guide, 39 ff.

⁹⁵¹ GLOOR/UMBRICHT LUKAS, KuKo ZPO 216 N 4.

⁹⁵² SCHÜTZ, DIKE-Komm. ZPO 216 N 8; vgl. PETER, BK ZPO 216 N 5; RUGGLE, BSK ZPO 216 N 1.

Dementsprechend obliegt es wiederum den Parteien, die verfahrensexterne Vertraulichkeit selbst vorzusehen. Die Voraussetzung dafür bildet der Umstand, dass solche Vertraulichkeitsvereinbarungen überhaupt der Parteiautonomie unterliegen. 563

b. Verfahrensexterne Vertraulichkeit im ADR-Verfahren

Die Pflichten des neutralen Dritten als Leiter des ADR-Verfahrens sind im Vermittlungsvertrag festgehalten, welcher den Bestimmungen zum Auftrag nach Art. 394 ff. OR untersteht. Die Ausgestaltung des Vermittlungsvertrags liegt weitestgehend in der Autonomie der Parteien (vgl. Art. 19 f. OR). Folglich steht es ihnen frei, den neutralen Dritten im gewünschten Umfang zur Verschwiegenheit gegenüber am Verfahren Unbeteiligten zu verpflichten.⁹⁵³ Ebenfalls möglich ist die Aufhebung des gesetzlichen Vertraulichkeitsgebots in Bezug auf die staatlichen Behörden (Art. 216 Abs. 1 ZPO).⁹⁵⁴ Mit Ausnahme des Sachverhalts, welcher vom stark eingeschränkten Anwendungsbereich von Art. 216 Abs. 1 ZPO erfasst ist, stellt sich die Frage nach der Rechtslage in Abwesenheit einer ausdrücklichen Regelung im Vermittlungsvertrag. 564

Vereinbaren die Parteien die Anwendbarkeit einer institutionellen Verfahrensordnung auf ihr ADR-Verfahren, finden sich darin oft Bestimmungen, welche sich mit der verfahrensexternen Vertraulichkeit befassen.⁹⁵⁵ Fehlt es aufgrund eines fehlenden Verweises auf eine institutionelle Verfahrensordnung an einer Regelung der verfahrensexternen Vertraulichkeit oder finden sich darin keine diesbezüglichen Bestimmungen, ist fraglich, ob sich eine Geheimhaltungspflicht nicht bereits aus der Natur des dem Auftragsrecht unterstehenden Vermittlungsvertrags ergibt. Das Auftragsrecht hält den Beauftragten nicht ausdrücklich zur Geheimhaltung an, jedoch zählt die Geheimhaltungspflicht zu dessen Treuepflichten nach Art. 398 OR.⁹⁵⁶ Die explizite Nennung im Ver- 565

⁹⁵³ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 324; PETER, BK ZPO N 16 Vorbem. Art. 213–218; SCHÜTZ, DIKE-Komm. ZPO 216 N 8 f.

⁹⁵⁴ LIATOWITSCH/MORDASINI-ROHNER, Komm. ZPO 216 N 3a; PETER, BK ZPO 216 N 7; ROBERTO/HAUSER, SHK ZPO 216 N 11; a.M. RUGGLE, BSK ZPO 216 N 9. Für die Zulässigkeit eines Verzichts erst nach erfolgter Durchführung der Mediation, SCHÜTZ, DIKE-Komm. ZPO 216 N 9.

⁹⁵⁵ Vgl. beispielsweise Art. 13 Swiss Rules of Mediation; Art. 9 Ziff. 1 ICC Mediation Rules; Art. 12.3 LCIA Mediation Rules; Art. 3 Ziff. 1 SCC Mediation Rules; Art. 9 Ziff. 2 ICC Dispute Board Rules; Art. 11 Ziff. 3 ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings. Auch Art. 9 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation schreibt die verfahrensexterne Vertraulichkeit der Verfahren vor, sofern die Parteien oder das anwendbare Recht nichts Gegenteiliges vorsehen.

⁹⁵⁶ FELLMANN, BK OR 398 N 43; OSER/WEBER, BSK OR 398 N 11.

mittlungsvertrag kann für den Umfang der Geheimhaltungspflicht, nicht aber für die grundsätzliche Verpflichtung massgebend sein.⁹⁵⁷ In Abwesenheit einer ausdrücklichen Regelung durch die Parteien bestimmt sich das Ausmass der Geheimhaltungspflicht anhand der Interessen des Auftraggebers, wie sie für den Beauftragten erkennbar waren bzw. nach den Umständen erkennbar sein mussten.⁹⁵⁸ Für eine möglichst erfolgsversprechende Durchführung des ADR-Verfahrens spielt die vertrauliche Behandlung der darin offengelegten Informationen eine entscheidende Rolle.⁹⁵⁹ Daneben haben die Parteien ein gewichtiges Interesse daran, dass allfällige zwecks des Verfahrens offengelegte Angaben über die geschäftliche Tätigkeit sowie Kennzahlen des Unternehmens etc. nicht an die Öffentlichkeit gelangen. Die Streitparteien als Auftragsgeber haben folglich in aller Regel ein erhebliches Interesse an der Vereinbarung der verfahrensexternen Vertraulichkeit. Diese Interessenslage der Streitparteien dürfte sodann für den neutralen Dritten erkennbar sein bzw. nach den Umständen sein müssen, da es sich beim neutralen Dritten regelmässig um eine auf diesem Gebiet erfahrene Person handelt. Als solche wird sich dieser der Wichtigkeit der verfahrensexternen Vertraulichkeit bewusst sein.⁹⁶⁰ Folglich unterliegt der neutrale Dritte auch in Abwesenheit einer (direkten oder indirekten) Vereinbarung einer Geheimhaltungspflicht gegenüber am Verfahren unbeteiligten Dritten.⁹⁶¹

- 566 Setzen die Parteien einen Rechtsanwalt als neutralen Dritten für das vereinbarte ADR-Verfahren ein, untersteht dieser darüber hinaus jedoch nicht dem öffentlich-rechtlichen Berufsgeheimnis nach Art. 13 BGFA. Dieses verpflichtet die Rechtsanwälte dazu, Informationen, die ihnen in Ausübung ihrer anwaltlichen Tätigkeit anvertraut wurden bzw. die sie dabei wahrnehmen, geheim zu halten.⁹⁶² Die Tätigkeit als neutraler Dritter in einem ADR-Verfahren fällt nicht darunter.⁹⁶³

⁹⁵⁷ FELLMANN, BK OR 398 N 43.

⁹⁵⁸ FELLMANN, BK OR 398 N 44.

⁹⁵⁹ Vgl. vorne, [N 552 ff.](#)

⁹⁶⁰ Schliesslich handelt es sich dabei um einen tragenden Grundsatz der Durchführung von ADR-Verfahren, was u.a. auch in den entsprechenden Vorschriften in zahlreichen institutionellen Verfahrensordnungen zum Ausdruck kommt.

⁹⁶¹ Vgl. EIHOLZER, N 466 und 470; für das deutsche Recht, HACKE, 257.

⁹⁶² FELLMANN, Anwaltsrecht, N 615; NATER/ZINDEL, Komm. BGFA 13 N 117; vgl. BGE 115 IA 197 E. 3d/bb.

⁹⁶³ BGE 124 III 363 E. II/2d (*obiter dictum*); GOETZ, AJP 2005, 287; KUMPAN/BAUER-BULST, in: Hopt/Steffek, 1221; LIATOWITSCH/MENZ, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 329; SCHÜTZ, N 251; SCHÜTZ, DIKE-Komm. ZPO 216 N 28. Eine Unterscheidung, falls der Anwalt als «Mediator SAV» eine Mediation leitet, drängt sich nicht auf. Ziff. 2.1 der SAV-Richtlinien sieht zwar vor, dass die Richtlinien für alle Mitglieder des SAV Gültigkeit haben, die als Mediator tätig

Die Geheimhaltungspflicht der Parteien im Rahmen von ADR-Verfahren richtet sich in Ermangelung von gesetzlichen Vorschriften ebenfalls primär nach der Parteivereinbarung. Verweisen die Parteien auf eine institutionelle Verfahrensordnung, wird die verfahrensexterne Vertraulichkeit darin im Regelfall explizit vorgesehen.⁹⁶⁴ Auch in Abwesenheit einer (direkten oder indirekten) Regelung durch die Parteien sind diese zur Geheimhaltung der in Durchführung des ADR-Verfahrens erlangten Informationen verpflichtet. In Übereinstimmungen mit den Ausführungen zur verfahrensinternen Vertraulichkeit⁹⁶⁵ wird die Parteivereinbarung aufgrund der essenziellen Bedeutung der Vertraulichkeit für die Erfolgsaussichten des ADR-Verfahrens nach dem hypothetischen Parteiwillen um eine entsprechende Vorschrift zu ergänzen sein.⁹⁶⁶

567

Folglich richten sich auch die Reichweite und die Ausnahmen der Geheimhaltungspflicht nach der konkreten Parteivereinbarung.⁹⁶⁷ Die meisten institutionellen Verfahrensordnungen verwenden eine offene Formulierung und erfassen damit sämtliche im ADR-Verfahren offengelegte Informationen sowie teilweise auch Mitteilungen über die Durchführung des ADR-Verfahrens selbst bzw. dessen Ergebnis.⁹⁶⁸ Ebenso sieht Art. 9 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation vor, sämtliche Informationen im Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren vertraulich zu behandeln.⁹⁶⁹ Unter Bezugnahme auf den hypothetischen Parteiwillen und unter Beachtung der Interessenlage der Parteien ist auch bei einer hinsichtlich der Reichweite der

568

sind, und diesen Bereich der anwaltlichen Tätigkeit abschliessend regeln. Solche vereinsrechtlichen Regelungen vermögen jedoch die gesetzlichen Berufspflichten des Anwalts nicht zu erweitern. Die Streitparteien könnten sich zudem sowieso nur darauf berufen, wenn der Mediator dieselben Verpflichtungen auch ihnen gegenüber eingegangen wäre, GOETZ, AJP 2005, 287 (Fn. 70). Siehe aber NATER/ZINDEL, Komm. BGFA 13 N 121.

⁹⁶⁴ Vgl. die aufgeführten Bestimmungen in Fn. 955.

⁹⁶⁵ Vgl. vorne, [N 557 ff.](#)

⁹⁶⁶ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 330; EIHOLZER, N 466.

⁹⁶⁷ Vgl. auch UNCITRAL, Guide, 41 f.; ARNTZ, Eskalationsklauseln, 331.

⁹⁶⁸ Vgl. beispielsweise Art. 13 Ziff. 1 Swiss Rules of Mediation («Das Mediationsverfahren ist vertraulich. [...]»); Art. 9 Ziff. 1 lit. a ICC Mediation Rules («Mangels anderwertiger Parteivereinbarung und soweit nicht vom anwendbaren Recht untersagt, ist das Verfahren, nicht jedoch die Tatsache, dass es stattfindet, stattgefunden hat oder stattfinden wird, vertraulich und nicht öffentlich.»); Art. 12.3 LCIA Mediation Rules («The mediation shall be confidential. Unless agreed among the parties, or required by law, neither the mediator nor the parties may disclose to any person any information regarding the mediation or any settlement terms, or the outcome of the mediation.»); Art. 3 Ziff. 1 SCC Mediation Rules («Unless the parties have agreed otherwise, neither the parties, the Mediator nor the SCC shall disclose the existence of the Mediation and the outcome, or use any information learned in the context of the mediation.»).

⁹⁶⁹ Dazu UNCITRAL, Guide, 41 f.

Geheimhaltungspflicht fehlenden Regelung durch die Parteien von einem weiten Anwendungsbereich auszugehen.⁹⁷⁰

- 569 Schliesslich ist auch ein Verfahren vor einer staatlichen Schlichtungsbehörde gemäss Art. 203 Abs. 3 ZPO nicht öffentlich. Ausnahmsweise kann in Verfahren vor der paritätischen Schlichtungsbehörde die Öffentlichkeit ganz oder teilweise zugelassen werden, sofern ein öffentliches Interesse daran besteht (Art. 203 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Daneben ist die Öffentlichkeit auch bei einem Entscheidungsverfahren i. S. v. Art. 212 Abs. 1 ZPO zuzulassen.⁹⁷¹ Die Möglichkeit zur parteiautonen Gestaltung der Vorschriften zur verfahrensexternen Vertraulichkeit besteht infolgedessen lediglich ausserhalb desjenigen Bereichs, für den die Verfahrensöffentlichkeit gesetzlich vorgeschrieben ist.

c. Verfahrensexterne Vertraulichkeit im Schiedsverfahren

- 570 Das Mandat des Schiedsrichters beruht auf dem Schiedsrichtervertrag; einem Vertrag *sui generis*, auf den Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) anwendbar ist. Aus der Vertragsfreiheit ergibt sich die Autonomie zur inhaltlichen Gestaltung nach den Bedürfnissen der Parteien im Rahmen von Art. 19 f. OR. Die gesetzlichen Bestimmungen des dritten Teils der ZPO bzw. des 12. Kapitels des IPRG regeln die Geheimhaltungspflicht des Schiedsrichters nicht. Folglich obliegt es wiederum ausschliesslich den Streitparteien, eine solche Pflicht im Sinne der verfahrensexternen Vertraulichkeit vorzusehen.
- 571 Vereinzelt enthalten institutionelle Schiedsordnungen entsprechende Bestimmungen, wenn die Parteien die Durchführung eines institutionellen Schiedsverfahrens vereinbaren.⁹⁷² Des Weiteren legen die einschlägigen IBA-Regelwerke dem Schiedsrichter eine gewisse Geheimhaltungspflicht auf.⁹⁷³ In Ermangelung einer (direkten oder indirekten) vertraglichen Regelung durch die Parteien ergibt sich die Pflicht des Schiedsrichters zur Wahrung der ver-

⁹⁷⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 331; vgl. EIHOLZER, N 466.

⁹⁷¹ HURNI, BK ZPO 54 N 11; OBERHAMMER/WEBER, KuKo ZPO 54 N 3; SUTTER-SOMM/SEILER, Komm. ZPO 54 N 10; a.M. GÖKSU, DIKE-Komm. ZPO 54 N 28.

⁹⁷² Vgl. beispielsweise Art. 44 Ziff. 1 Swiss Rules of International Arbitration; Art. 30.2 LCIA Arbitration Rules; Art. 3 SCC Arbitration Rules; Art. 78 lit. a WIPO Arbitration Rules.

⁹⁷³ Siehe Art. 3 Ziff. 13 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration («Wird ein Dokument von einer Partei oder von einem nicht am Schiedsverfahren beteiligten Dritten eingereicht oder vorgelegt, das nicht allgemein zugänglich ist, ist es vom Schiedsgericht und von den anderen Parteien vertraulich zu behandeln; [...]»).

fahrensexternen Vertraulichkeit aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht nach Art. 398 OR.⁹⁷⁴

Auch im Rahmen seiner Tätigkeit als Schiedsrichter unterliegt ein Rechtsanwalt nicht dem Berufsgeheimnis nach Art. 13 BGFA, da diese Tätigkeit nicht der originären anwaltlichen Tätigkeit zuzuordnen ist.⁹⁷⁵ 572

Hinsichtlich der Verpflichtung zur Einhaltung der verfahrensexternen Vertraulichkeit durch die Parteien liegt es primär ebenfalls in deren Händen, diesbezügliche Vorschriften festzuhalten. Oft ergeben sich solche Verpflichtungen bereits aus den gewählten institutionellen Verfahrensordnungen und sind darüber hinaus auch in den IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration vorgeschrieben.⁹⁷⁶ 573
Zudem lässt sich u. U. eine im Hauptvertrag enthaltene Vertraulichkeitsvereinbarung auf die Schiedsvereinbarung ausdehnen.⁹⁷⁷ Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien, kann sich eine Geheimhaltungspflicht mangels einer gesetzlichen Regelung als Ausfluss des hypothetischen Parteiwillens im Rahmen der Vertragsergänzung ergeben.⁹⁷⁸ Schliesslich haben die Parteien einen Punkt, der einer vertraglichen Regelung bedurft hätte, nicht geregelt, insbesondere, weil sie sich häufig im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit der Frage nach der verfahrensexternen Vertraulichkeit beschäftigten.⁹⁷⁹ Stellt man demnach darauf ab, was vernünftige Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie sich dieser Frage bewusst gewesen wären,⁹⁸⁰ wird man die Vereinbarung der verfahrensexternen Vertraulichkeit regelmässig annehmen können.⁹⁸¹ Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens bildet schliesslich für viele Parteien gerade ein wichtiges Kriterium für die Wahl der schiedsgerichtlichen

⁹⁷⁴ DASSER, KuKo ZPO 364 N 10; GÖKSU, N 1076; HABEGGER/FEIT, BSK ZPO 364 N 7; HOFFET, 233 f.; PETER/LEGLER/RUSCH, BSK IPRG 179 N 60; vgl. BGE 140 III 75 E. 3.2.1 (die auftragsrechtliche Treuepflicht wird m. E. aufgrund der Stellung des Schiedsrichters nicht ausgeschlossen); RITZ, 192. Vgl. vorne, [N 565](#).

⁹⁷⁵ Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 7. September 2000, in: ASA Bull. 2001, 322 ff.; DASSER, KuKo ZPO 364 N 10; GÖKSU, N 1077; NATER/ZINDEL, Komm. BGFA 13 N 122; RITZ, 292.

⁹⁷⁶ Vgl. die Hinweise in Fn. 972 und 973.

⁹⁷⁷ BERGER/KELLERHALS, N 1233; GÖKSU, N 1893.

⁹⁷⁸ STACHER, Schiedsvereinbarung, N 389; a.M. RITZ, 94.

⁹⁷⁹ Vgl. BGR 4A_356/2011 vom 9. November 2011, E. 4.1 («Eine Vertragslücke liegt vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben. [...]»); WIEGAND, BSK OR 18 N 61 ff.

⁹⁸⁰ Vgl. vorne, [N 558](#).

⁹⁸¹ BERGER/KELLERHALS, N 1234; POUDET/BESSON, N 369; RADJAI, ASA Bull. 2009, 48; STACHER, N 389; a.M. GÖKSU, N 1893; RITZ, 100. Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 337 f.

Streitbeilegung.⁹⁸² Dennoch gestaltet sich die Rechtslage hinsichtlich der Annahme der Vereinbarung zur verfahrensexternen Vertraulichkeit in Abwesenheit einer ausdrücklichen Parteivereinbarung gerade auch wegen der international nicht einheitlichen Rechtsprechung und Lehre weniger klar als bezüglich derselben Problematik bei ADR-Verfahren.⁹⁸³ Eine ausdrückliche Regelung durch die Parteien erscheint vor diesem Hintergrund umso wichtiger. Das Prinzip der Verfahrensöffentlichkeit gemäss Art. 30 BV steht der verfahrensexternen Vertraulichkeit nicht entgegen.⁹⁸⁴

574 Ähnlich verhält es sich auch bei der Festlegung der Reichweite der verfahrensexternen Vertraulichkeit. Primär sind dazu die Parteivereinbarung bzw. die anwendbare institutionelle Verfahrensordnung zu konsultieren. In den übrigen Fällen bestimmt sich die Reichweite anhand der konkreten Interessenslage der Parteien und damit nach ihrem (hypothetischen) Willen.⁹⁸⁵ Davon erfasst dürften demnach regelmässig der Streitgegenstand und zu dessen Erläuterung eingereichte oder angefertigte Beweismittel sowie der Inhalt des Entscheids, nicht jedoch der Umstand der Durchführung eines Schiedsverfahrens sein.⁹⁸⁶

575 Schliesslich sind in ein Schiedsverfahren regelmässig auch Drittpersonen als Zeugen oder Sachverständige etc. miteinbezogen. Diesen Drittpersonen lässt sich eine Verpflichtung zur Beachtung der verfahrensexternen Vertraulichkeit nicht gestützt auf den Schiedsrichtervertrag bzw. die Schiedsvereinbarung auferlegen, fehlt es ihnen doch bereits an der Parteistellung hinsichtlich dieser Vereinbarungen. Als Folge der Relativität der Vertragsbeziehungen bedarf es dementsprechend einer separaten vertraglichen Vereinbarung zwischen den Streitparteien und Schiedsrichtern mit den Drittpersonen.⁹⁸⁷ Ein konkludenter Abschluss der Vertraulichkeitsvereinbarung durch die blosser Teilnahme am Schiedsverfahren, beispielsweise in Form der Ablegung der Zeugenaussage oder der Erstellung und Einreichung eines Sachverständigengutachtens, ist wohl zu verneinen. Anders als die Streitparteien werden die Drittpersonen

⁹⁸² Vgl. vorne, [N 556](#).

⁹⁸³ Für eine rechtsvergleichende Behandlung der Fragestellung, YOUNG/CHAPMAN, ASA Bull. 2009, 26 ff. Bezüglich ADR-Verfahren vorne, [N 564 ff.](#)

⁹⁸⁴ BGer 4A_612/2009 vom 10. Februar 2010, E. 4.2. Anders im Bereich der «Zwangsschiedsgerichtsbarkeit», d.h. dass die Schiedsgerichtsbarkeit gesetzlich vorgesehen wird und die Parteien keine Möglichkeit haben, ihre Streitigkeit der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu entziehen, EGMR, Mutu und Pechstein v. Schweiz vom 2. Oktober 2018, Rn. 95.

⁹⁸⁵ BERGER/KELLERHALS, N 1234.

⁹⁸⁶ BERGER/KELLERHALS, N 1234; GIRSBERGER/VOSER, N 1784.

⁹⁸⁷ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 338; BERGER/KELLERHALS, N 1232; JOLLES/STARK-TRABER/DE CEDIEL, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 142 f.

ohne bereits vor der Streitigkeit abgeschlossene Vereinbarung in das Schiedsverfahren eingebunden. M. a. W. liegt dem Entscheid der Drittpersonen nicht der Wunsch nach einem vertraulichen Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit zugrunde. Ebensowenig haben sie in den meisten Fällen ein gleich hohes Interesse an der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens wie die Parteien. Allenfalls ergibt sich die Geheimhaltungspflicht auch für die Drittperson bereits aus der Treuepflicht des Auftragsrechts (Art. 398 OR), dem Werkvertragsrecht (Art. 364 OR) oder dem Arbeitsrecht (Art. 321a OR).⁹⁸⁸

d. Verfahrensexterne Vertraulichkeit im staatlichen Gerichtsverfahren

Der staatliche Richter untersteht von Gesetzes wegen dem Amtsgeheimnis gemäss Art. 320 StGB, sodass er zur Einhaltung der verfahrensexternen Vertraulichkeit verpflichtet ist. Einer Regelung durch die Parteien bedarf es daher nicht, eine solche wäre zudem angesichts der zwingenden Natur dieser Vorschriften gar nicht der Parteidisposition zugänglich.

576

Des Weiteren statuiert Art. 54 Abs. 1 ZPO, dass die Verhandlungen des staatlichen Gerichts sowie eine allfällige mündliche Eröffnung des Urteils öffentlich sind und die Entscheide der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Das Gebot der Öffentlichkeit ist zudem verfassungsrechtlich in Art. 30 Abs. 3 BV und staatsvertraglich in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankert. Im Anwendungsbereich der so statuierten Verfahrensöffentlichkeit besteht kein Raum für davon abweichende Parteivereinbarungen. Die Parteien haben lediglich die Möglichkeit der Stellung eines Antrags auf Ausschluss der Öffentlichkeit nach Art. 54 Abs. 3 ZPO. Folglich steht der Öffentlichkeitsgrundsatz den Parteien nicht zur Disposition.⁹⁸⁹

577

Zwecks Entscheid über die Verfahrensöffentlichkeit wägt das zuständige Gericht die privaten Interessen der Parteien gegen das öffentliche Interesse an der Transparenz der Rechtspflege ab.⁹⁹⁰ Lehnt das Gericht das Gesuch der Parteien um Ausschluss der Öffentlichkeit ab, bleibt diesen noch die Alternative des Verzichts auf die Durchführung der Verhandlung selbst (vgl.

578

⁹⁸⁸ BERGER/KELLERHALS, N 1232; JOLLES/STARK-TRABER/DE CEDIEL, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 142; ausführlich RITZ, 157 ff.

⁹⁸⁹ HURNI, BK ZPO 54 N 30; STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, DIKE-Komm. BV 30 N 78.

⁹⁹⁰ BGE 119 Ia 99 E. 4a; GEHRI, BSK ZPO 54 N 20; HURNI, BK ZPO 54 N 30. In Frage kommen dabei u.a. Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, HURNI, BK ZPO 54 N 29.

Art. 233 ZPO).⁹⁹¹ Der für familienrechtliche Verfahren vorgesehene Ausschluss der Öffentlichkeit (Art. 54 Abs. 4 ZPO) dürfte im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Eskalationsklausel höchst selten einschlägig sein.

- 579 Ausgehend von der Öffentlichkeit der staatlichen Gerichtsverfahren bestimmt sich die Frage nach der Reichweite der Vertraulichkeit aus dem Umkehrschluss des sachlichen Schutzbereichs von Art. 54 Abs. 1 ZPO. Dieser erfasst die «Verhandlungen» und eine «allfällige mündliche Eröffnung des Urteils». Die Öffentlichkeit der «Verhandlungen» bezieht sich auf sämtliche Verfahrensabschnitte, welche die Grundlage zur Erledigung der Streitsache durch ein Urteil bilden.⁹⁹² Nicht im sachlichen Schutzbereich liegen demnach insbesondere Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien, auch wenn dazu eine Instruktionsverhandlung angeordnet wurde.⁹⁹³ Entsprechend sind die Gespräche mit dem Ziel einer gütlichen Einigung nicht dem gesetzlich vorgesehenen Öffentlichkeitsprinzip unterworfen und unterliegen bezüglich dieser Thematik der Parteidisposition.⁹⁹⁴ Hinsichtlich der unter das Öffentlichkeitsprinzip fallenden allfälligen Eröffnung des Urteils ergeben sich keine spezifischen Geheimhaltungspflichten für die Parteien.
- 580 Schliesslich bestehen für gewisse Drittpersonen, welche in das staatliche Gerichtsverfahren einbezogen werden, ebenfalls gesetzliche Vorschriften in Bezug die Einhaltung der verfahrensexternen Vertraulichkeit. So ergibt sich aus dem gemäss Art. 184 Abs. 2 ZPO zu erfolgenden Hinweis an den Sachverständigen auf die Strafbarkeit der Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) sowie aus dessen Stellung als Hilfsperson des Gerichts die Verpflichtung zur Einhaltung des Amtsgeheimnisses.⁹⁹⁵ Für Zeugen besteht jedoch keine solche Verpflichtung (vgl. Art. 169 ff. ZPO).

⁹⁹¹ GEHRI, BSK ZPO 54 N 9; HURNI, BK ZPO 54 N 31; vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.1; 127 I 44 E. 2e/aa; 122 V 47 E. 2d.

⁹⁹² HURNI, BK ZPO 54 N 10; SCHENKER, SHK ZPO 54 N 3; vgl. OBERHAMMER/WEBER, KuKo ZPO 54 N 3; SUTTER-SOMM/SEILER, Komm. ZPO 54 N 10.

⁹⁹³ GÖKSU, DIKE-Komm. ZPO 54 N 28; HURNI, BK ZPO 54 N 10; OBERHAMMER/WEBER, KuKo ZPO 54 N 3; SCHENKER, SHK ZPO 54 N 3; SUTTER-SOMM/SEILER, Komm. ZPO 54 N 11.

⁹⁹⁴ Vgl. vorne, [N 569](#).

⁹⁹⁵ DOLGE, BSK ZPO 184 N 8; RÜETSCHI, BK ZPO 184 N 8; SCHMID/BAUMGARTNER, KuKo ZPO 184 N 2.

C. Systeminterne Vertraulichkeit

a. Im Allgemeinen

Von grösserer Bedeutung für die Parteien dürfte die Frage nach der Zulässigkeit der Verwendung der im Rahmen von vorgeschalteten Eskalationsstufen erlangten Informationen in einem nachfolgenden Verfahren sein. Besonders problematisch kann dies im Zusammenhang mit dem Verfahren der letzten Streitbeilegungsstufe sein, denn das zuständige (Schieds-)Gericht entscheidet autoritativ aufgrund des ihm vorliegenden Sachverhalts. 581

Neben der direkten Verwendung, d. h. insbesondere in Form der Einbringung von Urkunden aus dem ADR-Verfahren, besteht auch die Gefahr einer «indirekten» Verwendung der erlangten Informationen. So könnte sich eine Partei u. a. versucht sehen, eine Drittperson aus den vorgeschalteten Verfahren als Zeugen zu benennen. Folglich geht es im Wesentlichen darum, zu vermeiden, dass eine Partei Informationen, welche die andere Partei im Verlaufe der vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahren offengelegt hat, im (schieds-)gerichtlichen Verfahren zu deren Nachteil nutzt oder durch Ernennung als Zeugen an Informationen gelangt, die von der anderen Partei im Rahmen eines vertraulichen Einzelgesprächs offenbart wurden. Kurz gefasst bedeutet dies: Die systeminterne Vertraulichkeit soll den Missbrauch der vorgeschalteten Streitbeilegungsstufen zur Ausforschung der Gegenpartei verhindern.⁹⁹⁶ 582

Zu beachten bleibt der Umstand, dass die Parteien an einer vollständigen Informationsbarriere zwischen den einzelnen Streitbeilegungsstufen in bestimmten Fällen kaum ein Interesse haben werden. Insbesondere müssen die Parteien die Möglichkeit haben, im nachgeschalteten Verfahren das Vorliegen der Übergangsvoraussetzungen aufzuzeigen.⁹⁹⁷ Das Darstellen des Scheiterns des vorgeschalteten Streitbeilegungsverfahrens erfordert u. U. die Vorlage von darin eingebrachten Informationen oder die Wiederholung von darin getroffenen Aussagen. 583

b. Verwendung der Informationen im Schiedsverfahren

Die Ausgestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens unterliegt weitestgehend der Autonomie der Parteien, die das Verfahren ihren Ansprüchen und 584

⁹⁹⁶ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 339.

⁹⁹⁷ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 361.

Bedürfnissen anpassen können (Art. 373 ZPO; Art. 182 IPRG).⁹⁹⁸ Damit sind auch primär sie dafür verantwortlich, entsprechende Regelungen bezüglich der Zulässigkeit der Beweismittel im Schiedsverfahren zu vereinbaren.⁹⁹⁹ Allenfalls stellt bereits die für anwendbar erklärte institutionelle Verfahrensordnung die systeminterne Vertraulichkeit sicher.¹⁰⁰⁰ Diese Bestimmungen sind zwar in den Verfahrensordnungen der ADR-Verfahren enthalten und regeln damit nicht direkt das Schiedsverfahren, jedoch beziehen sie sich ausdrücklich auf ein allfälliges nachfolgendes Verfahren vor dem Schiedsgericht. Die Regelung hat daher im Hinblick auf das allfällige Schiedsverfahren in aller Regel als von den Parteien abgeschlossen und damit als selbstständige Verfahrensregelung i. S. v. Art. 373 Abs. 1 lit. a ZPO und Art. 182 Abs. 1 IPRG oder zumindest als starkes Indiz für einen entsprechenden (hypothetischen) Parteiwillen zu gelten. Verstärkend mag der Umstand erscheinen, dass die Parteien vielfach aus Effizienzgründen für das Schiedsverfahren und das ADR-Verfahren die Verfahrensordnung derselben Institution vorsehen. Eine Anwendung der für das ADR-Verfahren statuierten systeminternen Vertraulichkeit auf das Schiedsverfahren drängt sich daher auch vor dem Hintergrund der Wahrung des von der Institution beabsichtigten «Zusammenspiels» der unterschiedlichen Streitbeilegungsverfahren auf.

585 In Ermangelung einer (direkten oder indirekten) Regelung der systeminternen Vertraulichkeit durch die Parteien tun die Schiedsrichter gut daran, sich ebenfalls an diesen Bestimmungen zu orientieren. Nach den gesetzlichen Bestimmungen kommt den Schiedsrichtern in diesen Fällen die Kompetenz zur Verfahrensregelung zu (Art. 373 Abs. 2 ZPO; Art. 182 Abs. 2 IPRG).¹⁰⁰¹ Im internationalen Kontext herrscht bezüglich der systeminternen Vertraulichkeit weitgehend Konsens darüber, dass Informationen aus vorgeschalteten ADR-Verfahren nicht in ein Schiedsverfahren eingebracht werden dürfen.¹⁰⁰² Die Leitung des ADR-Verfahrens durch einen neutralen Dritten oder ein Gremium bildet keine Voraussetzung dafür.¹⁰⁰³ Dieser Konsens spiegelt sich zudem auch in Art. 9 Ziff. 3 lit. b IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration wider. Die-

⁹⁹⁸ Vgl. vorne, [N 359 f.](#)

⁹⁹⁹ Vgl. BOOG/STARK-TRABER, BK ZPO 375 N 7; SCHNEIDER/SCHERER, BSK IPRG 184 N 15.

¹⁰⁰⁰ Vgl. beispielsweise Art. 13 Ziff. 1 Swiss Rules of Mediation; Art. 9 Ziff. 2 ICC Mediation Rules; Art. 12.4 LCIA Mediation Rules; Art. 3 Ziff. 1 SCC Mediation Rules; Art. 9 Ziff. 3 ICC Dispute Board Rules; Art. 11 Ziff. 3 ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings. Siehe auch Art. 10 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.

¹⁰⁰¹ Vgl. vorne, [N 359 f.](#)

¹⁰⁰² ARNTZ, Eskalationsklauseln, 351; BERGER, Arb. Int'l 2008, 266; PETER, BK ZPO 216 N 8; vgl. LIATOWITSCH/MENZ, in: Geisinger/Voser (Hrsg.), 328.

¹⁰⁰³ BERGER, Arb. Int'l 2008, 271.

ser hält fest, dass bei der Bewertung des Beweisverwertungsverbots auch die etwaige Notwendigkeit, die Vertraulichkeit eines Dokuments, einer Erklärung oder einer mündlichen Kommunikation zu wahren, die im Zusammenhang mit und zum Zweck von Vergleichsverhandlungen stattgefunden hat, berücksichtigt werden kann. Dementsprechend wird man im Regelfall auch bei fehlender Regelung durch die Parteien von der Beachtung der systeminternen Vertraulichkeit durch das Schiedsgericht ausgehen dürfen.

Ebenfalls liegt die Festlegung der Reichweite der Verpflichtung zur Einhaltung der systeminternen Vertraulichkeit primär in der Autonomie der Parteien. Sie kann sich direkt aus der Parteivereinbarung oder indirekt aus der anwendbaren institutionellen Verfahrensordnung ergeben. Regelmässig findet sich darin eine möglichst weite Umschreibung der von der systeminternen Vertraulichkeit erfassten Informationen.¹⁰⁰⁴ Auch bei Fehlen einer Regelung durch die Parteien wird das Schiedsgericht gestützt auf die Interessenslage der Parteien in aller Regel auf einen weiten Anwendungsbereich der systeminternen Vertraulichkeit schliessen müssen.¹⁰⁰⁵ 586

Grenzen der Berufung auf die systeminterne Vertraulichkeit sind den Parteien durch den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB gesetzt. Gegen Treu und Glauben würde eine Partei beispielsweise dann verstossen, wenn sie bei der Durchführung des ADR-Verfahrens bestimmte Informationen ausschliesslich preisgibt, um die andere Partei daran zu hindern, diese in einem allfälligen darauffolgenden Schiedsverfahren vorzubringen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die systeminterne Vertraulichkeit Informationen und andere Tatsachen, welche durch die Gegenpartei im Schiedsverfahren auch ohne vorangehende ADR-Verfahren hätten bewiesen werden können, nicht erfasst.¹⁰⁰⁶ 587

Hinsichtlich der Auswirkung der systeminternen Vertraulichkeit auf die am ADR-Verfahren teilnehmenden Drittpersonen gelten dieselben Überlegungen 588

¹⁰⁰⁴ Vgl. beispielsweise Art. 13 Ziff. 1 Swiss Rules of Mediation («[...] Keine im Verlauf der Mediation gemachten Feststellungen, Aussagen oder Vorschläge, und keine Dokumente, die für den Zweck der Mediation erstellt wurden, dürfen ausserhalb der Mediation weitergegeben oder später verwendet werden ohne das schriftliche Einverständnis aller an der Mediation beteiligten Personen... [...]») und Art. 12.4 LCIA Mediation Rules («All documents or other information produced for or arising in relation to the mediation will be privileged and will not be admissible in evidence or otherwise discoverable in any litigation or arbitration [...]»).

¹⁰⁰⁵ Vgl. zur Wichtigkeit der Vertraulichkeit und der Interessenslage der Parteien vorne, [N 552 ff.](#)

¹⁰⁰⁶ BERGER, Arb. Int'l 2008, 271; EIDENMÜLLER, 26; vgl. PETER, BK ZPO 216 N 14 ff.

wie für die Reichweite der Verpflichtung: Den Parteien steht frei, diese für das nachfolgende Schiedsverfahren als mögliche Zeugen auszuschliessen.¹⁰⁰⁷

- 589 Wurde die Regelung dieser Problematik durch die Parteien vergessen, sprechen deren Interessenslage und der internationale Konsens bezüglich der systeminternen Vertraulichkeit dennoch für den Ausschluss der Drittpersonen als Zeugen im nachfolgenden Schiedsverfahren.¹⁰⁰⁸ Einen Spezialfall stellen diejenigen Sachverhalte dar, in denen der neutrale Dritte aus dem vorgeschalteten ADR-Verfahren im nachfolgenden Schiedsverfahren die Funktion des Schiedsrichters übernehmen soll. Trotz bestimmter verfassungsrechtlicher Bedenken werden solche Konstruktionen als zulässig erachtet.¹⁰⁰⁹ Die Ausführungen zur systeminternen Vertraulichkeit finden auch auf diesen Spezialfall Anwendung. Allerdings lässt sich bei der Personalunion von neutraler Drittperson und Schiedsrichter kaum verhindern, dass dieser sich bei der Fällung des Schiedsentscheids, wenn auch nur unbewusst, von im Rahmen des ADR-Verfahrens offengelegten Informationen beeinflussen lässt.¹⁰¹⁰ Legen die Parteien sehr grossen Wert auf die Beachtung der systeminternen Vertraulichkeit, sollten sie folglich auf die Personalunion verzichten.

c. Verwendung der Informationen im staatlichen Gerichtsverfahren

- 590 Im Unterschied zur Schiedsgerichtsbarkeit sind der Parteiautonomie bei der Gestaltung des Verfahrens vor dem staatlichen Richter enge Grenzen gesetzt. Vielmehr bestimmt die ZPO den Ablauf des Verfahrens sowie einzelne Verfahrensschritte (z. B. das Beweisverfahren) in grösstenteils zwingenden Vorschriften.¹⁰¹¹ Demnach sollten zunächst die gesetzlichen Bestimmungen in Bezug auf eine mögliche Regelung der Verpflichtung zur Einhaltung der systeminternen Vertraulichkeit konsultiert werden.
- 591 Der bereits angesprochene Art. 216 Abs. 1 ZPO sieht die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens gegenüber staatlichen Behörden vor.¹⁰¹² So dürfen im

¹⁰⁰⁷ Dies erfolgt im Rahmen der Verfahrensfestlegung durch die Parteien, vgl. BOOG/STARK-TRABER, BK ZPO 375 N 7; SCHNEIDER/SCHERER, BSK IPRG 184 N 15.

¹⁰⁰⁸ Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 351; EIDENMÜLLER, 26.

¹⁰⁰⁹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 355; PETER, BK ZPO N 70 Vorbem. Art. 213–218; SCHÜTZ, N 946 ff.

¹⁰¹⁰ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 354; HORVATH, SchiedsVZ 2005, 299; DENDORFER/LACK, SchiedsVZ 2007, 201.

¹⁰¹¹ Vgl. vorne, [N 150 f.](#)

¹⁰¹² Vgl. vorne, [N 564.](#)

Rahmen der Mediation getätigte Aussagen der Parteien nicht ohne deren Einverständnis in einem späteren Gerichtsverfahren verwendet werden.¹⁰¹³ Als Folge des weiten Mediationsbegriffs der ZPO entfaltet die Bestimmung m. E. auch für andere drittunterstützte ADR-Verfahren Wirkung.¹⁰¹⁴ Schwieriger gestaltet sich die Sicherstellung der systeminternen Vertraulichkeit bezüglich der anderen ADR-Verfahren, d. h. insbesondere in Bezug auf die direkten Verhandlungen zwischen den Parteien ohne neutrale Drittperson. In den allgemeinen Bestimmungen zum Beweisrecht (Art. 150 ff. ZPO) lassen sich keine Vorschriften zum Schutz der systeminternen Vertraulichkeit finden. Sofern rechtlich zulässig, müssen die Parteien diese demnach durch Abschluss einer Vereinbarung sicherstellen.

Verträge, welche die gesetzlichen Bestimmungen in Bezug auf die Beweisführung oder Beweislastverteilung abändern, werden gemeinhin als «Beweisverträge» bezeichnet.¹⁰¹⁵ Mithilfe des sog. «Beweismittelvertrags» als Unterart des «Beweisführungsvertrags» vereinbaren die Parteien insbesondere, auf bestimmte Beweismittel zu verzichten.¹⁰¹⁶ Die Zulässigkeit solcher Beweisführungsverträge ist umstritten. So verneint ein Teil der Lehre die Zulässigkeit von Beweismittelverträgen mit der Begründung, diese würden die prozessuale Bewegungsfreiheit der Parteien i. S. v. Art. 27 ZGB übermässig einschränken und im Widerspruch zur freien richterlichen Beweiswürdigung stehen. Daneben erkennt der andere Teil der Lehre die Zulässigkeit von Beweismittelverträgen innerhalb bestimmter Schranken an.¹⁰¹⁷

Den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Möglichkeit zum Abschluss von rechtlich verbindlichen Beweismittelverträgen bildet die Verhandlungsmaxime gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO.¹⁰¹⁸ Schliesslich handelt es sich dabei um den prozessualen Ausdruck der Privatautonomie.¹⁰¹⁹ Allein auf diese Maxime abzustellen und Beweisführungsverträge in ihrem Anwendungsbereich pauschal für zulässig zu erklären, greift jedoch zu kurz. Vielmehr gilt es zu prüfen, ob nicht bloss die Möglichkeit zur tatsächlichen, sondern auch diejenige zur rechtlichen Parteidisposition durch die Verhandlungsmaxime abgedeckt ist.¹⁰²⁰

¹⁰¹³ Botschaft ZPO, 7337.

¹⁰¹⁴ Vgl. vorne, [N 384 ff.](#)

¹⁰¹⁵ HASENBÖHLER, N 7.2; PELLI, 4; WALTER, BK ZGB 8 N 639.

¹⁰¹⁶ HASENBÖHLER, N 7.3; PELLI, 10 f.; WALTER, BK ZGB 8 N 645.

¹⁰¹⁷ Ein ausführlicher Überblick zu den Lehrmeinungen findet sich bei PELLI, 83 ff.

¹⁰¹⁸ Vgl. vorne, [N 150 f.](#)

¹⁰¹⁹ PELLI, 127.

¹⁰²⁰ PELLI, 128; WAGNER, Prozessverträge, 621.

- 594 Durch den Abschluss eines Beweismittelvertrags im Hinblick auf die Sicherstellung der systeminternen Vertraulichkeit schränken die Parteien ihr Recht zur Beantragung von Beweismitteln vertraglich ein. Die sich aus dem in Art. 2 Abs. 1 ZGB sowie Art. 52 ZPO statuierten Grundsatz von Treu und Glauben ergebende prozessuale Wahrheitspflicht verbietet es einer Partei, bei ihrem Vorbringen bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen aufzustellen und wahre Tatsachen wissentlich zu bestreiten.¹⁰²¹ Unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Wahrheitspflicht sind Beweismittelverträge somit nicht verpönt. Mit dem Abschluss vereinbaren die Parteien in den vorliegend interessierenden Sachverhalten lediglich den Verzicht auf das Vorbringen von gewissen Beweismitteln. Nicht Gegenstand der Vereinbarung ist das Lügen in Form des bewussten Vorbringens von unwahren Tatsachenbehauptungen.¹⁰²²
- 595 Der Beweismittelvertrag könnte weiter mit der freien richterlichen Beweiswürdigung im Widerspruch stehen. Dazu müsste dieser Grundsatz auch die Freiheit zur Bestimmung der Würdigungsbasis erfassen. Dies trifft nach der hier vertretenen Ansicht nicht zu. Die freie richterliche Beweiswürdigung findet erst ab dem Zeitpunkt Anwendung, in welchem die Beweise dem Gericht vorliegen.¹⁰²³ Folglich wird die Befugnis des Gerichts zur freien Beweiswürdigung durch den Abschluss eines Beweismittelvertrags nicht verletzt, denn es darf die ihm zur Verfügung stehenden Beweise weiterhin frei würdigen.¹⁰²⁴
- 596 Als Folge der Beschränkung des Rechts zur Beantragung von Beweismitteln schränken die Parteien weiter ihre prozessuale Bewegungsfreiheit i. S. v. Art. 27 ZGB ein, da damit einhergehend ein teilweiser Verzicht des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO vorliegt. Ein solcher wird als zulässig erachtet, darf im Einzelfall aber nicht übermässig i. S. v. Art. 27 ZGB sein.¹⁰²⁵ Vor diesem Hintergrund lässt sich als Grundsatz festhalten, dass sich der Beweismittelvertrag zwecks Vermeidung einer übermässigen Bindung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beziehen muss und die Folgen für die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraussehbar

¹⁰²¹ BGer 4P.163/2003 vom 29. Januar 2004, E. 2.3; GEHRI, BSK ZPO 52 N 6; HURNI, BK ZPO 52 N 28; PELLI, 142 f.

¹⁰²² PELLI, 144.

¹⁰²³ HABSCHIED W., SJZ 1984, 386; KOFMEL, 98 ff.; PELLI, 161; WALTER, Beweiswürdigung, 287 f.; a.M. BGer 4P.216/2000 vom 14. Dezember 2000, E. 4a; BÜHLER, 75; GULDENER, Beweiswürdigung, 4.

¹⁰²⁴ PELLI, 161.

¹⁰²⁵ PELLI, 171; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 1 N 8.

sein müssen.¹⁰²⁶ Die Prüfung der Zulässigkeit hat dementsprechend anhand der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu erfolgen.

Grundsätzlich unproblematisch erscheinen die während des hängigen Verfahrens abgeschlossenen Beweismittelverträge. Der Vertrag bezieht sich notwendigerweise auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis – dasjenige, was Gegenstand des Verfahrens bildet – und die Parteien können im Regelfall die Konsequenzen des Vertrags beurteilen.¹⁰²⁷ Nun wird der Abschluss des Beweismittelvertrags erst während des gerichtlichen Verfahrens im Hinblick auf die Notwendigkeit der Sicherstellung der systeminternen Vertraulichkeit bereits bei der Durchführung der ADR-Verfahren den seltenen Ausnahmefall bilden. In aller Regel erfolgt ein Abschluss folglich vor Einreichung einer Klage oder bereits vor Entstehen eines Streits im Rahmen des Abschlusses der Eskalationsklausel. Für die Erfüllung der «Voraussehbarkeit» sprechen der Umstand und der Zweck des Beweismittelvertrags zur Absicherung der systeminternen Vertraulichkeit. Die Folgen in Gestalt des Verzichts auf die Ernennung von am ADR-Verfahren beteiligten Drittpersonen als Zeugen und/oder auf die Einreichung von bestimmten im ADR-Verfahren eingebrachten Urkunden etc. können ohne grosse Schwierigkeiten vorgesehen werden.¹⁰²⁸ Sodann ergibt sich das Rechtsverhältnis, auf welches sich der Beweismittelvertrag bezieht, regelmässig im Zusammenhang mit dem konkreten Streitbeilegungsverfahren in ausreichend bestimmter Form.¹⁰²⁹

Des Weiteren hat neben den Parteien auch die Öffentlichkeit ein Interesse an der Einhaltung der Prozessökonomie, d. h. einer möglichst kostenschonenden und raschen Handhabung des Gerichtsverfahrens.¹⁰³⁰ Der Abschluss eines Beweismittelvertrags, welcher den Verzicht auf das Vorbringen von bestimmten Beweismitteln mit Ursprung im vorangeschalteten ADR-Verfahren beinhaltet, vermag das Gerichtsverfahren zu verkürzen. Vor diesem Hintergrund sind Beweismittelverträge, wie sie vorliegend zur Diskussion stehen, auch im Hinblick auf die Prozessökonomie für zulässig zu erachten, denn sie fördern eine möglichst kosteneffiziente und rasche Durchführung des Verfahrens.¹⁰³¹

¹⁰²⁶ PELL, 172; STAEHELIN, in: FS Giger, 651.

¹⁰²⁷ PELL, 172 f.

¹⁰²⁸ Vgl. PELL, 174.

¹⁰²⁹ Vgl. vorne, [N 109 ff.](#)

¹⁰³⁰ PELL, 178 f.; WAGNER, Prozessverträge, 80 ff. Die Prozessökonomie wird in der ZPO nicht ausdrücklich vorgesehen. Jedoch dienen mehrere vorgesehene Prozessinstitute der Prozessökonomie (z. B. Widerklage, antizipierte Beweismittelwürdigung, Möglichkeit der Delegation der Prozessleitung vom Kollegialgericht an eines der Gerichtsmitglieder etc.), vgl. Botschaft ZPO, 7339; GASSER/RICKLI/JOSI, ZPO 152 N 3; GSCHWEND, BSK ZPO 124 N 6.

¹⁰³¹ Vgl. PELL, 179 und 181; WAGNER, Prozessverträge, 84.

- 599 Eine Schranke für den Abschluss eines Beweismittelvertrags findet sich jedoch im Anwendungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 55 Abs. 2 ZPO) und bei fehlender materiell-rechtlicher Dispositionsfreiheit der Parteien.¹⁰³² Unter dem Regime der abgeschwächten Untersuchungsmaxime entfaltet das Verbot allerdings nur dann Geltung, wenn sich der Beweismittelvertrag zuungunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei auswirkt.¹⁰³³ Schliesslich vermag der Beweismittelvertrag das Gericht in den Fällen nicht zu binden, in denen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO) oder das Gericht auch bei Geltung der Verhandlungsmaxime Beweise von Amtes wegen erheben kann (z. B. Art. 181 Abs. 1 ZPO, Art. 183 Abs. 1 ZPO und Art. 192 Abs. 1 ZPO).¹⁰³⁴
- 600 Bei Fehlen eines entsprechenden Beweismittelvertrags stellt sich für die mit dem Verfahren befassten Richter die Frage nach der Beachtung der problematischen Beweismittel mit Ursprung im ADR-Verfahren. Wie zuvor ausgeführt, handelt es sich beim Beweisverwertungsverbot der im Rahmen des vorgeschalteten ADR-Verfahrens erlangten Informationen im nachfolgenden Schiedsverfahren zwar um einen international anerkannten Grundsatz.¹⁰³⁵ Im Unterschied zum Recht der Schiedsgerichtsbarkeit findet sich jedoch in der ZPO keine Bestimmung, welche es den Richtern erlauben würde, die Verfahrensregeln selbst festzulegen. Haben die Parteien keinen Beweismittelvertrag abgeschlossen, sind die Richter dementsprechend nicht von Gesetzes wegen zur Festsetzung des Verbots für das Vorbringen bestimmter Beweise ermächtigt. Damit bleibt lediglich die Möglichkeit der Vertragsergänzung der fraglichen ADR-Vereinbarung zwecks Implementierung der systeminternen Vertraulichkeit. Zur Schliessung der Vertragslücke in Form der systeminternen Vertraulichkeit greift das Gericht mangels nachträglicher Einigung unter den Parteien auf den hypothetischen Parteiwillen zurück.¹⁰³⁶ Wären sich die Parteien der Regelungslücke bewusst gewesen, hätten vernünftige und redliche Vertragspartner insbesondere aufgrund des Zwecks der ADR-Vereinbarung der gütlichen Beilegung der Streitigkeit und des dazu notwendigen freien Informationsflusses einen Verzicht auf das Vorbringen gewisser Beweismittel im

¹⁰³² HASENBÖHLER, N 7.11 ff.; PELLI, 129 f. und 187; WALTER, BK ZGB 8 N 647.

¹⁰³³ HASENBÖHLER, N 7.14; PELLI, 130.

¹⁰³⁴ HASENBÖHLER, N 7.10; PELLI, 193; WALTER, BK ZGB 8 N 647.

¹⁰³⁵ Vgl. vorne, [N 585](#).

¹⁰³⁶ BGE 115 II 484 E. 4b; HUGUENIN, N 306; vgl. vorne, [N 159](#).

Sinne der systeminternen Vertraulichkeit vereinbart.¹⁰³⁷ Entscheidend sind jedoch stets die Umstände des konkreten Einzelfalls.

Zusammenfassend ergibt sich damit hinsichtlich der nicht von Art. 216 Abs. 1 ZPO erfassten ADR-Verfahren, d. h. insbesondere denjenigen ohne Unterstützung einer neutralen Drittperson, dass die systeminterne Vertraulichkeit mittels Abschlusses eines Beweismittelvertrags sichergestellt werden kann. Ohne explizite Regelung durch die Parteien lässt sich die systeminterne Vertraulichkeit in aller Regel mittels Ergänzung der konkreten ADR-Vereinbarung begründen. Dabei haben die damit befassten Richter aber stets die konkreten Umstände des Einzelfalls im Auge zu behalten.

Bezüglich der inhaltlichen Reichweite sowie der Auswirkungen auf die im ADR-Verfahren teilnehmenden Drittpersonen kann auf die entsprechenden Ausführungen zum Schiedsverfahren verwiesen werden.¹⁰³⁸ Statt direkt über die Festlegung der Verfahrensregeln in der Schiedsgerichtsbarkeit erfolgt die Regelung der Thematik im staatlichen Gerichtsverfahren hingegen mithilfe des Beweismittelvertrags. Zudem statuiert Art. 166 Abs. 1 lit. d ZPO für Mediatoren ein beschränktes Aussageverweigerungsrecht in Bezug auf Tatsachen, welche diese in Ausübung ihres Mediatormandats wahrgenommen haben. Auf dieses beschränkte Verweigerungsrecht können sich in Übereinstimmung mit dem weiten Begriffsverständnis der «Mediation» im Sinne der ZPO¹⁰³⁹ sämtliche Personen berufen, welche als neutrale Drittperson in ADR-Verfahren tätig sind.¹⁰⁴⁰

d. Verwendung der Informationen im ADR-Verfahren

Die Festlegung der Verfahrensregeln für die ADR-Verfahren unterliegt der Autonomie der Parteien.¹⁰⁴¹ Zur Sicherstellung der systeminternen Vertraulichkeit gilt damit das für das Schiedsverfahren Ausgeführte grundsätzlich analog.¹⁰⁴²

Somit liegt es primär in der Autonomie der Parteien, einen Verzicht auf die Verwendung der im Zusammenhang mit der Durchführung des vorgeschalte-

¹⁰³⁷ Vgl. bereits für die verfahrensinterne Vertraulichkeit, N 558 ff. und für die verfahrensexterne Vertraulichkeit, N 562 ff. Nach PELLi enthalten Mediationsverträge denn auch typischerweise solche Vertraulichkeitsvereinbarungen, PELLi, 11.

¹⁰³⁸ Vgl. vorne, [N 584 ff.](#)

¹⁰³⁹ Vgl. vorne, [N 384 f.](#)

¹⁰⁴⁰ Vgl. HASENBÖHLER, Komm. ZPO 166 N 60; RÜETSCHI, BK ZPO 166 N 40.

¹⁰⁴¹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 352.

¹⁰⁴² Vgl. vorne, [N 584 ff.](#)

ten ADR-Verfahrens erlangten Beweismittel, die davon erfassten Beweismittel sowie die Auswirkungen auf die am ADR-Verfahren teilnehmenden Drittpersonen vorzusehen. Ohne eine (direkte oder indirekte) diesbezügliche Vereinbarung fehlt es dem neutralen Dritten bzw. einer der Parteien jedoch an der Autorität zur Festlegung der Verfahrensvorschriften. Den Parteien steht es aber auch offen, die neutrale Drittperson zur Leitung des Verfahrens nach seinem Ermessen zu ermächtigen.¹⁰⁴³ Angesichts der Bedeutung der Vertraulichkeit für die Erfolgsaussichten der ADR-Verfahren sowie der vorangehenden Ausführungen zur Verwendung der Informationen im (schieds-)gerichtlichen Verfahren wird die neutrale Drittperson bei einer entsprechenden Ermächtigung tendenziell die systeminterne Vertraulichkeit beachten. Bei fehlender Ermächtigung durch die Parteien bzw. fehlender Beachtung durch den neutralen Dritten sind die Rechtsnachteile aufgrund der Natur des ADR-Verfahrens begrenzt. Den Parteien steht es immer noch frei, den Vergleich nicht zu unterzeichnen oder den vom neutralen Dritten ausgearbeiteten Vorschlag abzulehnen.

e. Berufspflichten des Rechtsanwalts

- 605 Oft nehmen die Rechtsanwälte der Streitparteien bereits an den ADR-Verfahren teil. Für Rechtsanwälte bestehen diverse Berufs- und Standespflichten. So haben diese u. a. ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben (Art. 12 lit. a BGFA). Das Bundesgericht sah diese Pflicht als verletzt an, wenn Rechtsanwälte den Inhalt von vertraulichen Vergleichsverhandlungen preisgeben.¹⁰⁴⁴ Dieser Ansatz entspricht auch Art. 28 Standesregeln SAV, welcher ebenfalls ein entsprechendes Verbot vorsieht.¹⁰⁴⁵ Um ihren Zweck zu erfüllen, müssen die Berufs- und Standesregel der Vertraulichkeit von Vergleichsgesprächen selbst dann greifen, wenn die ADR-Verfahren nicht ausdrücklich als vertraulich bezeichnet wurden.¹⁰⁴⁶ Bei einer allfälligen Verletzung dieser Pflicht drohen dem Rechtsanwalt aufsichtsrechtliche Konsequenzen gemäss Art. 17 BGFA.

¹⁰⁴³ Vgl. vorne, [N 396 ff.](#)

¹⁰⁴⁴ BGer 2C_900/2010 vom 17. Juni 2011, E. 1.4; BGer 2A.658/2004 vom 3. Mai 2005, E. 3.4. Siehe auch FELLMANN, Anwaltsrecht, N 237 ff.; FELLMANN, Komm. BGFA 12 N 24 f.

¹⁰⁴⁵ Art. 28 Verhaltenen im Prozess: «Vergleichsvorschläge zwischen Kolleginnen und Kollegen sind vertraulich und dürfen nur mit Zustimmung der Gegenpartei dem Gericht oder einer Behörde zur Kenntnis gebracht werden».

¹⁰⁴⁶ Vgl. BGE 144 II 473 E. 4.6.1; a.M. FELLMANN, Anwaltsrecht, N 238; FELLMANN, Komm. BGFA 12 N 24a; vgl. BGer 2C_900/2010 vom 17. Juni 2011, E. 1.4; BGer 2A.658/2004 vom 3. Mai 2005, E. 3.4.

§ 13 Beendigung des Streitbeilegungsverfahrens

I. Fehlende Einigung zwischen den Parteien

Falls das Verfahren im Rahmen der letzten Streitbeilegungsstufe vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht abgeschlossen wird, ergeht ein Entscheid des entsprechenden Spruchkörpers. Sofern die Parteien nicht rechtsgültig auf die Ergreifung eines Rechtsmittels verzichtet haben, kann dieser nach den entsprechenden Vorschriften angefochten werden.¹⁰⁴⁷ Bei Fehlen der Ergreifung eines Rechtsmittels oder nach Ausschöpfung des Rechtsmittelzugs entfaltet der Entscheid volle formelle und materielle Rechtskraft und es besteht die Möglichkeit der Vollstreckung im dafür vorgesehenen Verfahren.¹⁰⁴⁸ 606

Im Zuge der (inzidenten) Anerkennung eines ausländischen (Schieds-)Entscheids steht dem Schuldner die Geltendmachung der Anerkennungsverweigerungsgründe gemäss den anwendbaren Bestimmungen, insbesondere nach NYÜ, LugÜ und IPRG, zu.¹⁰⁴⁹ 607

II. Einigung zwischen den Parteien

A. Abschluss eines Vergleichs

a. Aussergerichtlicher Vergleich

Legen die Parteien ihre Streitigkeit im Rahmen der dem (Schieds-)Verfahren vorgelagerten Streitbeilegungsstufen bei, halten sie dies in der überwiegenden Mehrheit der Fälle in einem Vergleichsvertrag fest. Da dieser ausserhalb eines 608

¹⁰⁴⁷ Vgl. zu den möglichen Rechtsmitteln, vorne, [N 426 ff.](#)

¹⁰⁴⁸ Die Vollstreckung erfolgt grundsätzlich nach den Bestimmungen von Art. 335 ff. ZPO bzw. Art. 67 ff. SchKG für Geldforderungen. Auch bei ausländischen Gerichtsentscheiden richtet sich die Vollstreckung in der Schweiz immer nach Schweizer Recht und darf nicht mit der Vollstreckbarerklärung nach IPRG oder einschlägigem Staatsvertrag verwechselt werden, STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht § 28 N 13. Dasselbe gilt für (ausländische) Schiedsentscheide, vgl. BERGER/KELLERHALS, N 2009 ff. und 2029 ff.

¹⁰⁴⁹ Vgl. zu den möglichen Anerkennungsverweigerungsgründen, vorne, [N 449 ff.](#)

(schieds-)gerichtlichen Verfahren abgeschlossen wird, handelt es sich um einen ausser(schieds)gerichtlichen Vergleich.¹⁰⁵⁰ Dieser entfaltet daher keine prozessualen Wirkungen und ist vollständig den materiell-rechtlichen (Innominat-)Verträgen zuzuordnen.¹⁰⁵¹ Entsprechend muss bei Nichtbefolgung des Vergleichsvertrags die Erfüllung klageweise verlangt bzw. bei Geldforderungen alternativ ein Betreibungsverfahren eingeleitet werden.¹⁰⁵² Die Notwendigkeit der (erneuten) Anstrengung eines Verfahrens bei fehlender freiwilliger Erfüllung mag für die Parteien je nach gegenseitigem Vertrauen eine unbefriedigende Lösung darstellen.

- 609 Zur Vermeidung der Notwendigkeit einer klageweisen Durchsetzung des nicht freiwillig erfüllten aussergerichtlichen Vergleichs könnten die Parteien vereinbaren, dass der von ihnen abgeschlossene Vergleich durch ein Schiedsgericht zum Urteil erhoben wird (sog. «kupiertes Schiedsverfahren»).
- 1053 Gegen die Zulässigkeit eines solchen bringt Vorgehens ein Teil der Lehre vor, dass ein Schiedsverfahren nur dann vergleichsweise abgeschlossen werden kann, wenn der Vergleich nicht bereits vor der Einleitung des Schiedsverfahrens abgeschlossen wurde.¹⁰⁵⁴ Richtigerweise ist die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens jedoch zu bejahen. Die Verpflichtung der Parteien zur Einleitung eines dem Anschein nach streitigen Verfahrens zwecks anschliessender Einigung «während des Schiedsverfahrens» (so Art. 385 ZPO) erscheint als keine sachgerechte Lösung.¹⁰⁵⁵ Allerdings kann die Möglichkeit der Vollstreckung nach den Bestimmungen des NYÜ nicht vollständig gewährleistet werden, da ein solcher Schiedsentscheid u. U. vom Vollstreckungsstaat nicht als «Schiedsspruch» im Sinne des NYÜ qualifiziert wird.¹⁰⁵⁶
- 610 Eine entsprechende Möglichkeit der Übernahme eines während eines ADR-Verfahrens, welches vor Einleitung des staatlichen Gerichtsverfahrens durchgeführt wurde, geschlossenen Vergleichs in ein Urteil eines staatlichen Gerichts scheitert hingegen regelmässig bereits an der Prozessvoraussetzung

¹⁰⁵⁰ GöKSU, N 1772 f.; GSCHWEND, BSK ZPO 241 N 23; MEIER, 233.

¹⁰⁵¹ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 304; GöKSU, N 1772; GSCHWEND, BSK ZPO 241 N 23; MEIER, 233; SCHÜTZ, N 634 f.

¹⁰⁵² Vgl. ARNTZ, Eskalationsklauseln, 306; GöKSU, N 1772; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 23 N 25.

¹⁰⁵³ GöKSU, N 70; SCHÜTZ, N 926. Vgl. beispielsweise Art. 14 SCC Mediation Rules: «In case of settlement, the parties may, subject to the consent of the Mediator, agree to appoint the Mediator as an Arbitrator and request him/her to confirm the settlement agreement in an arbitral award.».

¹⁰⁵⁴ ARNTZ, Eskalationsklauseln, 309 f.; BERGER, RIW 2000, 10; BERGER, RIW 2001, 16 f.

¹⁰⁵⁵ LAZOPOULOS, BK ZPO 385 N 25; WIGET, ZZZ 2010, 250; vgl. SCHÜTZ, N 927 (Fn. 1125).

¹⁰⁵⁶ DASSER, KuKo ZPO 385 N 9; NATER-BASS, ASA 2002, 433 f. und 437.

des schutzwürdigen Interesses nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO.¹⁰⁵⁷ Dem «Kläger» fehlt es an einem Interesse aus dem materiellen Recht am Führen des Prozesses.¹⁰⁵⁸ Die Durchsetzung der dem Vergleich zugrundeliegenden Streitigkeit macht keinen gerichtlichen Rechtsschutz mehr nötig.

Alternativ steht den Parteien die Möglichkeit zur Ausgestaltung des aussergerichtlichen Vergleichs als vollstreckbare öffentliche Urkunde i. S. v. Art. 347 ZPO offen. Erfüllt eine der Parteien ihre aus dem Vergleichsvertrag entstandenen Pflichten nicht freiwillig, kann die öffentliche Urkunde nach den Bestimmungen von Art. 349 ff. ZPO vollstreckt werden.

611

b. (Schieds-)Gerichtlicher Vergleich

Wird die Streitigkeit dagegen im Rahmen der Durchführung des Verfahrens vor dem (Schieds-)Gericht durch Erzielung einer gütlichen Einigung beigelegt, besteht für die Parteien zusätzlich die Möglichkeit der Ausgestaltung der Einigung als (schieds-)gerichtlicher Vergleich. Der Vorteil eines solchen Urteilsurrogats besteht in der vollstreckungsrechtlichen Gleichbehandlung mit einem (Schieds-)Urteil.¹⁰⁵⁹ Dementsprechend entfällt bei fehlender freiwilliger Erfüllung der Verpflichtungen die Notwendigkeit einer klageweisen Durchsetzung.

612

Bei Abschluss des (schieds-)gerichtlichen Vergleichs im Ausland sind bei dessen Anerkennung und Vollstreckung in der Schweiz jedoch diverse Besonderheiten zu beachten. Wie soeben erwähnt, ist nicht vollständig klar, ob der schiedsgerichtliche Vergleich in Form des «consent award», d. h. eines Schiedsentscheids, der den Vergleichsinhalt wiedergibt, einen «Schiedsspruch» i. S. d. NYÜ darstellt.¹⁰⁶⁰ Entsprechend qualifizieren unterschiedliche Vollstreckungsstaaten auch den Begriff «Schiedsspruch» unterschiedlich. In der Schweiz wird ein «consent award» echten Schiedsentscheiden gleichgestellt und ebenso vollstreckt.¹⁰⁶¹ Die vor einem Gericht eines LugÜ-Staates abgeschlossenen gerichtlichen Vergleiche werden unter den Voraussetzungen des Art. 58 LugÜ in der Schweiz vollstreckt, sofern sie in den Anwendungsbereich des LugÜ fallen. Ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ richtet sich die Vollstreckung des ausländischen gerichtlichen Vergleichs nach Art. 30 IPRG.

613

¹⁰⁵⁷ Vgl. ZINGG, BK ZPO 59 N 45 ff.

¹⁰⁵⁸ GEHRI, BSK ZPO 59 N 6 f.

¹⁰⁵⁹ BERGER/KELLERHALS, N 1546; GÖKSU, N 1783; MEIER, 233; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, § 23 N 29; vgl. Art. 241 Abs. 2 ZPO; Art. 385 i.V.m. Art. 387 ZPO.

¹⁰⁶⁰ Vgl. vorne, [N 609](#).

¹⁰⁶¹ BERGER/KELLERHALS, N 2038; PATOCCHI/JERMINI, BSK IPRG 194 N 15.

B. Vorlegen eines Urteilsvorschlags etc.

- 614 Auch im Rahmen von entscheidungsorientierten ADR-Verfahren führen die Urteilsvorschläge und Entscheide etc. zu einer vertragsrechtlichen Bindung der Parteien, sofern diese von den Parteien akzeptiert werden.¹⁰⁶² Daher fehlt es den Urteilsvorschlägen und Entscheiden etc. an der direkten Vollstreckbarkeit. Die Rechtslage präsentiert sich damit wie beim Abschluss eines aussergerichtlichen Vergleichs. Somit können für die Parteien dieselben Vorkehrungen zur Erleichterung der Durchsetzung einer nicht freiwillig erfüllten vertragsrechtlichen Verpflichtung interessant werden, wie sie bereits ausgeführt wurden.¹⁰⁶³
- 615 Sollten die von den Parteien für die Durchführung der entscheidungsorientierten ADR-Verfahren gewählten Regelwerke eine Möglichkeit zur Anfechtung der Urteilsvorschläge und Entscheide etc. vorsehen, dürften diese in aller Regel insoweit von den Parteien als modifiziert gelten, als in solchen Fällen die Einleitung des Verfahrens der nachfolgenden Streitbeilegungsstufe durch den Abschluss der Eskalationsklausel vorgesehen ist.

¹⁰⁶² ARNTZ, Eskalationsklauseln, 306.

¹⁰⁶³ Vgl. vorne, [N 608 ff.](#)

§ 14 Zusammenfassung

Der Ablauf des Streitbeilegungsverfahrens gemäss der Eskalationsklausel lässt sich in drei Abschnitte gliedern: Einleitung, Übergang und Abschluss. Die Einleitung des Verfahrens der ersten Streitbeilegungsstufe, d. h. die dazu vorzunehmenden Schritte sowie die erforderlichen Unterlagen, bestimmen sich nach den von den Parteien vereinbarten Verfahrensbestimmungen. 616

Bei drohender Verjährung von Geldforderungen und Ansprüchen auf eine Sicherheitsleistung steht es den Parteien jederzeit frei, zwecks Unterbrechung der Verjährungsfrist eine Betreibung einzuleiten. Andere Forderungen müssen innerhalb der Frist bei der zuständigen Instanz hängig gemacht werden. Dabei darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Einleitung privater ADR-Verfahren ohne Drittunterstützung nicht zur Unterbrechung der Verjährungsfrist führt. Reicht die Einleitung des konkret vorgesehenen ADR-Verfahrens nicht aus, bleibt den Parteien keine andere Möglichkeit, als direkt ein drittunterstütztes ADR-Verfahren bzw. im Anwendungsbereich des 12. Kapitels des IPRG direkt das Schiedsverfahren einzuleiten. Die vorzeitig angerufene Instanz hat daraufhin das eingeleitete Verfahren zu sistieren und den Parteien eine Frist zur Nachholung der übersprungenen Streitbeilegungsstufen zu setzen. Die Unterbrechung der Verjährungsfrist tritt als Folge davon dennoch ein. In jedem Fall empfiehlt sich, allfällige Fragen rund um die Verjährung vor Einleitung des Streitbeilegungsverfahrens zu regeln (z. B. mittels eines Verjährungsverzichts). 617

Auch die Voraussetzungen zum Übergang zur nächsten Stufe der Eskalationsleiter richten sich nach den von den Parteien vereinbarten Verfahrensbestimmungen. Der im Regelfall von den Parteien vereinbarte dilatorische Klageverzicht bestimmt, wann zur nächsten Stufe der Eskalationsleiter übergegangen werden darf. Am wenigsten Probleme bereitet die Anknüpfung an ein objektives Kriterium wie etwa die Vereinbarung einer maximalen Dauer des ADR-Verfahrens, in der nach einer gütlichen Einigung gesucht werden soll. Zur Vermeidung des Aufkeimens von Differenzen bei der Berechnung dieser Maximalfrist sollte der Beginn der Frist an ein genau bestimmbares Ereignis geknüpft werden. Im Hinblick auf den Zweck der Eskalationsklausel der Sicherstellung einer möglichst kostengünstigen und effizienten Streitbeilegung muss der Übergang vor Ablauf der Maximalfrist und damit bei vorzeitigem Scheitern des Einigungsversuchs ohne klar ersichtlichen gegenteiligen Parteiwillen ebenfalls möglich sein. Doch auch im Falle der Behandlung der Frist als 618

eigenständige Voraussetzung für den Übergang zur nächsten Streitbeilegungsstufe muss der Ablauf der Frist gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB nicht unter jedem Umstand abgewartet werden. Zudem obliegt es auch den Parteien, die Möglichkeit eines einseitigen Verzichts auf die Durchführung einer oder mehrerer Streitbeilegungsstufen in Form eines «Opting-out»-Rechts zu vereinbaren. Regelmässig sehen Eskalationsklauseln im Sinne eines subjektiven Kriteriums vor, dass das Verfahren der nachfolgenden Stufe der Eskalationsleiter mangels vollständiger Beilegung der Streitigkeit initiiert werden darf. Bei Uneinigkeit der Parteien über die Aussichtslosigkeit des Verfahrens sind sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls sowie das konkrete Parteiverhalten zu würdigen.

- 619 Die Sicherstellung der Vertraulichkeit erlangt im Rahmen der Durchführung eines mehrstufigen Streitbeilegungsverfahrens besondere Bedeutung. Nur wenn im Rahmen des Verfahrens eine Atmosphäre des gegenseitigen Vertrauens geschaffen werden kann, sind die Parteien auch dazu bereit, Zugeständnisse zur Findung eines Kompromisses zu machen. Dies bedingt wiederum, dass die Parteien nicht befürchten müssen, dabei offengelegten Informationen könnten ausserhalb des konkreten Verfahrens gegen sie verwendet werden. Die daher sicherzustellende Vertraulichkeit lässt sich in die verfahrensinterne, verfahrensexterne und systeminterne Vertraulichkeit unterteilen. Den Gegenstand der verfahrensinternen Vertraulichkeit bildet die Frage, wie mit den offenbarten Informationen innerhalb des jeweiligen Streitbeilegungsverfahrens umgegangen werden muss. Im Unterschied dazu regelt die verfahrensexterne Vertraulichkeit die Zulässigkeit der Weitergabe von während des Verfahrens offengelegten Informationen an nicht involvierte Drittpersonen. Schliesslich befasst sich die systeminterne Vertraulichkeit mit der Frage, inwieweit die im Zusammenhang mit einem Verfahren erlangten Informationen in das Verfahren einer nachfolgenden Eskalationsstufe eingebracht und verwendet werden dürfen.
- 620 Die Gewährleistung der verfahrensinternen Vertraulichkeit liegt aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung in der Verantwortlichkeit der Parteien. Die verfahrensexterne Vertraulichkeit unterliegt nur im Bereich der ADR-Verfahren und der Schiedsverfahren der Parteiautonomie. Der Verfahrensleiter bzw. Schiedsrichter untersteht dabei infolge seines Mandats der auftragsrechtlichen Treuepflicht der Geheimhaltungspflicht gegenüber Drittpersonen. Anders beurteilt sich die Rechtslage hinsichtlich der staatlichen Gerichtsverfahren. Der staatliche Richter unterliegt bereits aufgrund von zwingenden Gesetzesbestimmungen der Geheimhaltungspflicht. Des Weiteren wird für staatliche Gerichtsverfahren der Grundsatz der Öffentlichkeit gesetzlich festgehalten (Art. 54 ZPO). Schliesslich

bestehen für bestimmte Drittpersonen, welche in das staatliche Gerichtsverfahren einbezogen werden, ebenfalls gesetzliche Vorschriften betreffend die Einhaltung der verfahrensexternen Vertraulichkeit.

Zur Beurteilung der rechtlichen Rahmenbedingungen der systeminternen Vertraulichkeit müssen wiederum die unterschiedlichen Verfahrensarten getrennt betrachtet werden. Die Festlegung der systeminternen Vertraulichkeit in Schiedsverfahren liegt primär in der Autonomie der Parteien, wobei auch bei Fehlen der expliziten Parteiregelung regelmässig von einer solchen Verpflichtung ausgegangen werden darf. Ein Verbot der Verwendung von im Rahmen der Mediationsverfahren offengelegten Informationen im späteren staatlichen Gerichtsverfahren findet sich bereits in Art. 216 ZPO. Davon ebenfalls erfasst sind auch andere ADR-Verfahren, die unter das weitere Begriffsverständnis der «Mediation» im Sinne der ZPO subsumiert werden können. Hinsichtlich der nicht darunterfallenden Verfahren, d. h. insbesondere solcher ohne Drittunterstützung, kann die systeminterne Vertraulichkeit mithilfe des Abschlusses eines Beweismittelvertrags sichergestellt werden. Letztlich haben die Parteien die systeminterne Vertraulichkeit in Bezug auf ADR-Verfahren ebenfalls selbst zu vereinbaren.

621

Das grundsätzlich dem staatlichen Gerichtsverfahren vorangehende Schlichtungsverfahren i. S. v. Art. 197 ff. ZPO entfällt, wenn das ADR-Verfahren unter den weiten Mediationsbegriff der ZPO fällt. In den seltenen Fällen, in denen innerhalb der Eskalationsleiter kein «vermittelndes» drittunterstütztes ADR-Verfahren vorgesehen wird, muss hingegen grundsätzlich vor der Einleitung des staatlichen Gerichtsverfahrens ein Schlichtungsversuch i. S. v. Art. 197 ff. ZPO durchgeführt werden.

622

Schlagen die Versuche zur vergleichsweisen Beilegung der Streitigkeit fehl, ergeht ein Urteil des zuständigen (Schieds-)Gerichts, welches anschliessend bei Bedarf in der Schweiz nach den entsprechenden Bestimmungen anerkannt und vollstreckt werden kann. Können sich die Parteien hingegen einigen, geschieht dies häufig in Form eines aussergerichtlichen oder (schieds-)gerichtlichen Vergleichs. Relevante Unterschiede bestehen diesbezüglich v. a. im Hinblick auf eine allenfalls notwendige zwangsweise Vollstreckung des Vergleichs. Entsprechende Gegenmassnahmen der Parteien vorbehalten, bedarf es dazu beim aussergerichtlichen Vergleich einer erneuten Anstrengung eines Verfahrens. Dagegen entfällt beim (schieds-)gerichtlichen Vergleich die Notwendigkeit einer klageweisen Durchsetzung. Die Rechtslage bei Vorliegen eines Urteilsvorschlags und Entscheids etc. als Resultat eines entscheidungsorientierten ADR-Verfahrens präsentiert sich wie beim Abschluss eines aussergerichtlichen Vergleichs.

623

Curriculum Vitae

Marc Bircher, geboren 1989, erwarb seine Matura 2008 an der Kantonsschule Graubünden. Nach Abschluss des Durchdienerdienstes in der Schweizer Armee studierte er von 2009 bis 2014 Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Nach dem anschliessenden Anwaltspraktikum erwarb er 2017 das Anwaltspatent im Kanton Zürich. Seit 2018 ist Marc Bircher als Rechtsanwalt in Zürich tätig. Von 2021 bis 2022 absolvierte er ein LL.M.-Studium an der University of Chicago.

Eskalationsklauseln – vertraglich vereinbarte, mehrstufige Streitbeilegungsklauseln – freuen sich in der Praxis immer grösserer Beliebtheit. Die Parteien versprechen sich davon, ihre Streitigkeiten möglichst im Rahmen der dem (schieds-)gerichtlichen Verfahren vorgelagerten und als effizienter empfundenen ADR-Verfahren beizulegen. Doch genau diese Eskalationsklauseln bergen ihr eigenes Konfliktpotenzial: Welche Formvorschriften gelten? Welche Streitigkeiten sind tatsächlich erfasst, und bindet die Klausel auch Drittparteien? Was geschieht, wenn eine Partei dringend (super-)provisorischen Rechtsschutz benötigt oder die ADR-Verfahren bewusst überspringt? Wie sollen staatliche Gerichte und Schiedsgerichte auf eine verfrüht eingeleitete Klage reagieren – und welche Folgen hat dies für Rechtsmittel, Anerkennung und Vollstreckung des Entscheids? Die vorliegende Dissertation bietet eine umfassende Analyse dieser und weiterer Fragen aus Sicht des Schweizer Rechts.