

Vorsorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht

Von Dr. Lukas F. Wyss, LL.M., Bern/Zürich*

Schiedsgerichte als von den Parteien durch Parteiübereinkunft geschaffene Streitbeilegungskörper verfügen nicht über die Zwangsgewalt, welche den staatlichen Gerichten zukommt. Gerade im Rahmen der Beweiserhebung und -sicherung sowie zur Durchsetzung vorsorglicher Massnahmen sind sie deshalb auf die Beihilfe der staatlichen Gerichte angewiesen. Der nachfolgende Artikel behandelt aus Anlass der Inkraftsetzung der schweizerischen Zivilprozessordnung per

1. Januar 2011 die Rolle der schweizerischen staatlichen Gerichte in internationalen Schiedsverfahren im Zusammenhang mit dem Erlass sowie der Durchsetzung vorsorglicher Massnahmen sowie der Beweiserhebung. Dabei werden gleichzeitig neue Tendenzen in der Lehre sowie der Rechtsprechung in diesem Bereich diskutiert.

Arbitral tribunals as party-appointed dispute resolution bodies lack the judicial authority and power of state courts. In particular with regard to the taking and securing of evidence and the enforcement of interim measures, arbitral tribunals depend on the assistance of state courts. On January 1, 2011 the Swiss Statute on Procedural Law entered into force. The following contribution discusses the role of the Swiss state courts under the new procedural regime along with new tendencies in the doctrine and the case law in terms of the issuance and enforcement of interim measures and the taking of evidence in international arbitration.

I. Einleitung

Schiedsverfahren spielen sich in diversen Belangen in einem eigenen rechtlichen Rahmen ab. Dies beginnt mit der parteiautonen Vereinbarung eines Schiedsverfahrens (*ad hoc* oder im Rahmen einer in einen Vertrag integrierten Schiedsklausel), welche den Rechtsstreit dem staatlichen Entscheidverfahren entzieht, und setzt sich über die Schiedsregeln fort, welche den Ablauf des Schiedsverfahrens bestimmen¹. Da das Schiedsgericht jedoch ein von den Parteien durch *Parteiübereinkunft geschaffenes Privatgericht* ist, verfügt es nicht über die Zwangsgewalt, welche den staatlichen Gerichten zukommt. In der Verfahrensführung ist es deshalb vorab darauf angewiesen, dass sich die beteiligten Parteien freiwillig seinen Anordnungen unterziehen. Sobald dies nicht (mehr) der Fall ist, benötigen die ersuchende Partei bzw. das Schiedsgericht der Unterstützung durch den staatlichen Richter.

Die Mithilfe der staatlichen Gerichte kann in jeder Phase des Schiedsverfahrens erforderlich sein und unter anderem die Konstituierung des Schiedsgerichts, die Beweiserhebung und -sicherung sowie die Durchsetzung vorsorglicher Massnahmen und des Schiedsspruchs betreffen². Die Inkraftsetzung neuer verfahrensrelevanter Gesetze in der Schweiz per 1. 1. 2011, insbesondere der schweizerischen Zivilprozessordnung³, gibt die Gelegenheit, eine *Auslegeordnung* über die Rolle der schweizerischen staatlichen Gerichte in internationalen Schiedsverfahren vorzunehmen, wobei sich dieser Artikel auf den *Erlass vorsorglicher Massnahmen* sowie die *Beweiserhebung* in der Schweiz konzentriert.

II. Mitwirkung des Zivilrichters beim Erlass sowie der Durchsetzung vorsorglicher Maßnahmen

1. Grundlage für die Mitwirkung des schweizerischen staatlichen Richters in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz im Rahmen vorsorglicher Maßnahmen

Grundlage für die Mitwirkung des staatlichen Richters in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz ist Art. 183 IPRG, welcher unter dem Titel „vorsorgliche und sichernde Maßnahmen“ vorsieht:

- Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei *vorsorgliche oder sichernde Maßnahmen* anordnen.
- Unterzieht sich der Betroffene nicht freiwillig der angeordneten Maßnahme, so kann *das Schiedsgericht den staatlichen Richter um Mitwirkung ersuchen*; dieser wendet sein eigenes Recht an.
- Das Schiedsgericht oder der staatliche Richter können die Anordnung vorsorglicher oder sichernder Maßnahmen von der Leistung angemessener Sicherheiten abhängig machen.

Solche Maßnahmenentscheide sind keine Schiedssprüche i.S.v. Art. 190 IPRG und können nicht beschwerdeweise angefochten werden⁴.

Die Parteien können durch indirekte (d.h. über die Wahl einer entsprechenden Schiedsordnung) oder direkte Vereinbarung die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen *ausschließen*⁵.

2. Begriff der vorsorglichen Maßnahme

Als vorsorgliche und sichernde Maßnahmen i.S. von Art. 183 Abs. 1 IPRG gelten Vorkehrungen eines Schiedsgerichts oder eines staatlichen Gerichts, welche für die Dauer des Verfahrens vorläufig die Rechtspositionen der Parteien schützen oder ihre Beziehungen für die Dauer des Prozesses provisorisch regeln sollen⁶.

3. Zuständigkeit des Schiedsgerichts zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen

Sofern die Parteien keine anders lautende Vereinbarung getroffen haben⁷, so ist gemäß Art. 183 Abs. 1 IPRG das *mit der Sache befasste Schiedsgericht* zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen zuständig. Die Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen kann sich zudem direkt aus der von den Parteien gewählten Schiedsordnung ergeben, wie etwa aus Art. 26 der Swiss Rules of International Arbitration („Swiss Rules“)⁸, oder aus Art. 23 der ICC Rules⁹.

Dies setzt jedoch grundsätzlich voraus, dass das Schiedsgericht bereits konstituiert ist und dass auf Grund einer *prima facie*-Prüfung von seiner Zuständigkeit auszugehen ist¹⁰. Sofern allerdings die von den Parteien gewählte oder vereinbarte Schiedsordnung ein *permanentes Organ* vorsieht, welches die Kompetenz der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen beschliessen kann, fällt diese Voraussetzung weg. Diese bisherige Ausnahme wird in naher Zukunft insofern neue Relevanz erhalten, als sowohl die überarbeiteten Swiss Rules als auch die im Herbst neu in Kraft tretenden ICC Rules of Arbitration einen „*Emergency Arbitrator*“ vorsehen, welcher bereits vor Ernennung des Schiedsgerichts vorsorgliche Massnahmen erlassen kann¹¹. Inwieweit sich dieses Institut durchsetzen kann, wird sich weisen, bleibt doch auch der Entscheid eines Emergency Arbitrators oftmals nicht direkt durchsetzbar. Dies ist Fällen, in welchen zeitliche Dringlichkeit besteht – mit anderen Worten: in der typischen vorsorgliche Massnahmen-Situation –, ein nicht zu unterschätzender Nachteil.

Unter dem IPRG können *alternativ* das angerufene Schiedsgericht¹² wie auch die staatlichen Gerichte vorsorgliche Maßnahmen erlassen^{13, 14}. Die Anrufung des

Wyss: Vorsorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht (SchiedsVZ 2011, 194)

staatlichen Richters zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen stellt keinen Verzicht auf die Anrufung des Schiedsgericht in der Sache selber dar¹⁵. Die gesuchstellende Partei hat damit die Möglichkeit, für den vorsorglichen Rechtsschutz die ihr geeigneter erscheinende Gerichtsbarkeit zu wählen¹⁶. Eine Schiedsklausel begründet somit eine Schiedseinrede ausschließlich im Hauptsacheverfahren, nicht dagegen in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes¹⁷.

Die alternative Zuständigkeit von Schiedsgericht und staatlichem Gericht zum Erlass provisorischer Maßnahmen kann dazu führen, dass ein Schiedsgericht vorsorglichen Rechtsschutz gewährt, welchen das staatliche Gericht der ersuchenden Partei versagt hat. Das schweizerische Recht kennt keine Rechtsnorm, welche diese Situation regelt¹⁸. Ein pragmatischer Ansatz, diktiert durch die Grundsätze der Prozessökonomie sowie der Rechtssicherheit, legt nahe, dass ein Schiedsgericht Maßnahmebegehren, welche auf demselben Sachverhalt sowie identischen Umständen basieren und die vom staatlichen Richter verworfen wurden, nicht gewährt (und *vice versa*). Dasselbe muss für die *Abänderung oder den Widerruf* der von einem staatlichen Gericht erlassenen Maßnahmen durch ein Schiedsgericht oder die *Genehmigung* eines Vollstreckungsgesuchs eines Schiedsgerichts durch ein staatliches gelten, wenn beim staatlichen Gericht bereits ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Maßnahmen anhängig gemacht wurde¹⁹.

4. Allgemeine Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen

Voraussetzung zum Erlass einer vorsorglichen Maßnahme Elemente (sog. *Anspruchsvoraussetzungen*) sind kumulativ folgende²⁰:

- *Prima facie*-Zuständigkeit des Schiedsgerichts, was insbesondere die Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts zur Beurteilung der Hauptsache voraussetzt;
- *Bestehen eines Verfügungsanspruchs* (sog. Hauptsachenprognose), d.h. es muss die tatsächliche und rechtliche Notwendigkeit der vorläufigen Maßnahme glaubhaft gemacht werden (*fumus boni iuris*). Dieser richtet sich nach der *lex causae*;
- *Vorliegen eines Verfügungsgrunds*, d.h. es ist zu klären, ob die verlangte Maßnahme für den Antragsteller dringlich ist, da ansonsten bei Verzug die Gefahr eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils besteht (Nachteilsprognose, oder *periculum in mora*);
- *Positive Interessenabwägung* zugunsten des Gesuchstellers, d.h. die verlangte vorsorgliche Maßnahme muss unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls, insb. der Dringlichkeit, der Bedrohungslage, des Schadenspotentials für den Gesuchsgegner, sowie der mutmaßlichen Hauptdauer des Verfahrens angemessen sein. Eine vorläufige Befriedigung des Hauptantrags einer Partei für die Dauer des Verfahrens darf nur mit großer Zurückhaltung angeordnet werden²¹.
- Zudem kann gemäß Art. 183 Abs. 3 IPRG der Erlass der Maßnahme vom vorgängigen Stellen einer *Sicherheitsleistung* abhängig gemacht werden.

Während die meisten Aspekte (Nachteilsprognose; Grad des Beweismasses, i.d.R Glaubhaftmachung; Inhalt der vorsorglichen Maßnahme; Sicherheitsleistung; weitere Voraussetzungen für bestimmte Maßnahmearten) sich nach der *lex fori* richten, wird die Hauptsachenprognose nach der *lex causae* beurteilt²².


5. Zulässigkeit des vertraglichen Verzichts auf Sicherheitsleistungen

In diversen Verträgen, wie Geheimhaltungsvereinbarungen, Vertriebs- und Lizenzverträgen etc. finden sich zum Schutz der Rechtsposition der Parteien oftmals Klauseln wie die folgende:

Die Gesellschaft anerkennt hiermit, dass die unautorisierte Nutzung von X AG's Rechten und vertraulichen Informationen durch Geldzahlungen nur unzureichend abgegolten werden kann. Die X AG wird deshalb hiermit ausdrücklich ermächtigt, vorsorgliche oder anderweitige Massnahmen zum Schutz ihrer Rechte zu ergreifen, welche durch das zuständige Gericht als angemessen betrachtet werden. Die X AG wird dabei von jeglichen Sicherheitsleistungen im Zusammenhang mit solchen Massnahmen befreit. Im Übrigen bleiben sämtliche Rechte der X AG in Bezug auf Schadenersatz oder weitere Massnahmen zum Schutze ihrer Rechte und vertraulichen Informationen gewahrt.

Es fragt sich, ob solche Vereinbarungen – insbesondere auch unter der neuen ZPO – zulässig sind. Dies ist dann nicht der Fall, sofern die Frage, ob das Gericht den Erlass einer vorsorglichen Massnahme vom Stellen einer Sicherheitsleistung abhängig machen kann, der Parteidisposition entzogen ist.

Obwohl der Wortlaut von Art. 264 ZPO dies nicht festhält, ist in der Lehre unbestritten, dass die Sicherheitsleistung vom Gericht nur verfügt werden kann, sofern ein entsprechender *Antrag* der Gegenpartei vorliegt²³. Damit ist nach der hier vertretenen Auffassung

Wyss: Vorsorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht (SchiedsVZ 2011, 194) 197 

erstellt, dass die Parteien unter der ZPO bereits bei Abschluss der Vereinbarung, aus welcher sich der Rechtsstreit ergibt, für den Fall des Antrags einer Partei auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme auf das Leisten einer Sicherheit rechtswirksam verzichten können. Dies ist umso mehr der Fall, als es sich bei Art. 264 ZPO ohnehin um eine „Kann“-Vorschrift handelt.

6. Zulässige vorsorgliche Maßnahmen

a) Voraussetzungen vorsorglicher Maßnahmen gemäß Art. 183 IPRG

Werden vorsorgliche Maßnahmen in Erwägung gezogen, stellt sich vorab die Frage, welche vorsorglichen Maßnahmen gemäß Art. 183 IPRG zulässig sind.

Zwar bestimmt Art. 183 Abs. 2 IPRG, dass sofern sich der Betroffene nicht freiwillig der angeordneten Maßnahme unterzieht, das Schiedsgericht den staatlichen Richter um Mitwirkung ersuchen kann, welcher *sein eigenes Recht* anwendet. Allerdings können internationale Schiedsgerichte nicht nur einstweilige Maßnahmen erlassen, welche vom schweizerischen Zivilprozessrecht vorgesehenen sind²⁴. Ihre Kompetenz richtet sich vielmehr nach der *lex arbitri*, d.h. nach dem 12. Kapitel des IPRG.

Die Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz sind damit bei entsprechendem Antrag berechtigt, auch *dem schweizerischen Recht unbekannt* vorsorgliche Anordnungen zu treffen, welche zum Beispiel eine vorsorgliche Zahlung vorsehen oder eine Verfügung mit der Androhung von Bußgeldern absichern, oder eine Verfügung hinsichtlich der Leistung einer Parteikostensicherheit beinhalten können²⁵. Auch kann ein Schiedsgericht unter diesem Gesichtspunkt eine *Freezing (Mareva) Injunction* verfügen^{26, 27}.

Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz sind zudem berechtigt, auf einseitigen Antrag hin *superprovisorische Verfügungen* zu treffen²⁸.

b) Die gemäß schweizerischer lex fori vor einem staatlichen Gericht durchsetzbaren vorsorglichen Maßnahmen

Der Vollzug einer dem schweizerischen Recht unbekanntem Maßnahmen durch den staatlichen Richter gemäß Art. 183 Abs. 2 IPRG ist allerdings nur dann gewährleistet, sofern die von der Maßnahme betroffene Partei dieser *freiwillig* nachkommt²⁹, da dieser nach der vorgenannten Bestimmung sein eigenes Recht


anwendet. Dabei passt der staatliche Richter die vom Schiedsgericht verfügte vorsorgliche Maßnahme soweit erforderlich an eine von der *lex fori* vorgesehene Maßnahme an³⁰.

Für schweizerische staatliche Gerichte wird der vorsorgliche Rechtsschutz in Art. 261ff. ZPO geregelt. Dieser bestimmt, dass das angerufene (und zuständige) staatliche Gericht die notwendigen vorsorglichen Maßnahmen trifft, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr *zustehender Anspruch verletzt* ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein *nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil* droht (Abs. 1)³¹. Leistet die Gegenpartei dagegen *angemessene Sicherheit*, so kann das Gericht von vorsorglichen Maßnahmen absehen (Abs. 2). Für die Vollstreckung der vorsorglichen Maßnahmen ist das Gericht zuständig, welches die vorsorgliche Maßnahme angeordnet hat (Art. 267 ZPO).

Ist eine Anpassung der beantragten vorsorglichen Maßnahme an die von der *lex fori* vorgesehenen Maßnahmen unmöglich oder stellt sich heraus, dass die beantragte bzw. die durch das Schiedsgericht verfügte vorsorgliche Maßnahme dem schweizerischen *ordre public* widerspricht, so weist der staatliche Richter das Gesuch um deren Vollstreckung ab³².

Gemäß Lehre³³ und Rechtsprechung³⁴ kann man vorsorgliche Maßnahmen in drei Kategorien einordnen:

- *Sicherungsmaßnahmen*, welche darauf zielen, den Streitgegenstand für die Prozessdauer in seinem Ausgangszustand zu bewahren;
- *Regelungsmaßnahmen*, welche eine dauernde Rechtsbeziehung zwischen den Parteien für die Dauer des Prozesses regeln; sowie
- *Leistungsmaßnahmen*³⁵, welche eine Geldleistung wie auch andere Verpflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen zum Inhalt haben können und dazu dienen, einstweilig die vollständige oder teilweise Erfüllung des streitgegenständlichen Anspruches zu erhalten³⁶, was auch die vorläufige Übertragung des Streitgegenstandes beinhalten kann³⁷.

Wyss: Vorsorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht (SchiedsVZ 2011, 194) 198 

Für ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz sind dabei die Maßnahmen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, wie etwa die Arrestlegung, nach wohl herrschender Lehre ausgeschlossen³⁸.

Dagegen steht es dem angerufenen staatlichen Richter (wie auch dem Schiedsgericht) frei, *ausländische Gerichte* um deren Mitwirkung bei der Durchsetzung vorsorglicher Maßnahmen anzugehen³⁹.

c) Unterstützung ausländischer Schiedsverfahren durch schweizerische staatliche Gerichte

Das schweizerische Schiedsverfahrensrecht, insbesondere das IPRG, ist auf Grund des Territorialitätsprinzips nur für Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz anwendbar⁴⁰. Es ist jedoch unbestritten, dass schweizerische staatliche Gerichte vorsorgliche Maßnahmen zur Unterstützung ausländischer Schiedsverfahren treffen können⁴¹. Dies ergibt sich aus Art. 10 IPRG, welcher bestimmt, dass schweizerische Gerichte oder Behörden vorsorgliche Maßnahmen treffen können, selbst wenn sie in der Sache selber nicht zuständig sind, bzw. aus Art. 183 Abs. 2 IPRG⁴². Weitere Hilfsmaßnahmen sind vom Gesetze nicht vorgesehen, könnten sich in Einzelfällen jedoch gestützt auf die Notzuständigkeit gemäß Art. 3 IPRG ergeben⁴³.

d) Verfahren betreffend Erlass von vorsorglichen Maßnahmen durch den staatlichen Richter

Der staatliche Richter wird im Rahmen des Erlasses von vorsorglichen Maßnahmen in internationalen Schiedsverfahren nur aktiv, sofern das mit der Hauptsache befasste *Schiedsgericht* darum ersucht (Art. 183 Abs. 2 IPRG). Dies wird dann der Fall sein, *sofern der Betroffene den Anordnungen des Schiedsgerichts nicht nachkommt*. Die Parteien des Schiedsverfahrens dagegen sind gemäß dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht befugt, im besagten Fall von sich aus an den staatlichen Richter zu gelangen. Es steht ihnen jedoch offen, dem Schiedsgericht zu beantragen, den staatlichen Richter anzurufen⁴⁴. Der staatliche Richter erlässt einen *eigenen Entscheid* über den beantragten vorsorglichen Rechtsschutz und nicht einen Vollstreckungsentscheid hinsichtlich der vom Schiedsgericht verfügten Maßnahme⁴⁵.


Wieweit die Überprüfungsbefugnis des angerufenen staatlichen Richters geht, ist umstritten. Klar dürfte sein, dass der Richter seine örtliche und sachliche Zuständigkeit sowie die Zulässigkeit der Maßnahme nach der *lex fori* zu prüfen hat. Eine weitergehende Prüfung, insbesondere, ob die Schiedsklausel gültig oder die angeordnete Maßnahme zweckmässig ist, dürfte dagegen nicht zulässig sein⁴⁶.

Das IPRG regelt nur die internationale Zuständigkeit des schweizerischen Maßnahmenrichters, nicht jedoch dessen örtliche Zuständigkeit⁴⁷. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus der ZPO, welche in Art. besagt, dass soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, für die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen zwingend das Gericht am Ort zuständig ist, an dem die *Zuständigkeit für die Hauptsache* gegeben ist (hier: Sitz des Schiedsgerichts) oder die *Maßnahme vollstreckt* werden soll⁴⁸.

e) (Un)Zulässigkeit von anti-arbitration und anti-suit Injunctions

Der *West Tankers*-Entscheid des Europäischen Gerichtshofs⁴⁹ hat die Frage der Zulässigkeit von *anti-suit injunctions*, und damit thematisch verbunden, jener für *anti-arbitration injunctions*, ins breite Scheinwerferlicht der internationalen Schiedsgerichtsgemeinschaft gerückt⁵⁰. An dieser Stelle kann auf die EU-bezogene Diskussion nicht näher eingegangen werden, sondern soll nur untersucht werden, ob die beklagte Partei im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens bei Bestreitung der Zuständigkeit des von der Gegenpartei angerufenen Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz ihren *Anspruch auf Unterlassung einer Prozessführung vor staatlichen Gerichten* in der Form des vorsorglichen Rechtsschutzes – konkret: durch Anbegehren einer *anti-arbitration injunction* – geltend machen kann.

Diese Möglichkeit wird sie vor allem dann in Betracht ziehen, wenn sie befürchtet, dass ihr Unterlassungsanspruch bei klageweiser Geltendmachung während des Verfahrens untergeht, weil der schiedsgerichtliche Prozess, den sie unterbinden will, früher abgeschlossen wird. Bei einer vorsorglichen Maßnahme auf Unterlassung einer ausländischen Prozessführung handelt es sich um einen Fall der *Leistungsmaßnahme*, mit

Wyss: Vorsorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht (SchiedsVZ 2011, 194) 199 

welcher behauptete Ansprüche während der Dauer des Prozesses vorläufig durchgesetzt werden.


Während im Ausland diese Möglichkeit teilweise bejaht wird⁵¹, ist ein schweizerisches staatliches Gericht auf Grund des Grundsatzes der *Kompetenz-Kompetenz*⁵², welcher seit 2007 in Art. 186 Abs. 1^{bis} im schweizerischen IPRG ausdrücklich verankert wurde⁵³, grundsätzlich nicht befugt, eine „*Anti-Arbitration Injunction*“ auszusprechen⁵⁴, was umso mehr für eine Anti-anti-suit injunction gelten muss⁵⁵.

Auch ist ein schweizerisches staatliches Gericht durch eine *anti-suit injunction* eines ausländischen Gerichts bzw. eines Schiedsgerichts nicht gebunden⁵⁶.

Interessant ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz sehr wohl *Anti-anti-suit injunctions* erlassen können⁵⁷. Zudem liegt es in der Kompetenz eines Schiedsgerichts, den wahrscheinlich aus dieser Vertragsverletzung entstehenden Schaden sicherzustellen. Dieser Entscheid kann in Form eines Entscheids gemäss Art. I des New York Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ)⁵⁸ ergehen⁵⁹, was der vorsorglichen Massnahme in Form einer *Anti-suit injunction* die nötige Schärfe verleiht⁶⁰. Weiter kann der Entscheid dann mit einer „Astreinte“ versehen werden, sofern diese im Land, in welchem der Entscheid vollstreckt werden soll, durchsetzbar ist (vgl. dazu lit. f) nachstehend).

f) Strafandrohungen bei Verfügungen des Schiedsgerichts („Astreinte“)

Die Zulässigkeit einer privaten Geldstrafe („Astreinte“) bei Zuwiderhandlung gegen prozessuale Verfügungen des Schiedsgerichts, insbesondere bei Editionsverfügungen, ist in der Schweiz umstritten. Verschiedene Autoren postulieren, dass sie wohl zumindest einer Grundlage im anwendbaren materiellen Recht (*lex causae*) oder in der Schiedsvereinbarung (etwa in *Terms of Reference* o.ä.) bedürfte⁶¹. Andere halten dafür, dass diese Befugnis aus der Kompetenz des Schiedsgerichts zur Verfahrensführung folgt⁶². So oder anders dürfte es eines Antrags durch eine Partei bedürfen, damit ein Schiedsgericht eine *Astreinte* anordnen darf⁶³.

Wyss: Vorsorgliche Massnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht (SchiedsVZ 2011, 194) 200 

In die ZPO hat die *Astreinte* keinen Eingang gefunden⁶⁴. Der Vollzug einer durch ein Schiedsgericht verfügten *Astreinte* durch den staatlichen Richter, wenn diese in einen Endentscheid eingebettet wird, dürfte allerdings in der Schweiz vollzogen werden⁶⁵.

Weiter stehen dem staatlichen Richter zur Durchsetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes nach Art. 261 ZPO dieselben *sichernden Massnahmen* zu wie zur Vollstreckung rechtskräftiger Urteile⁶⁶. Zuständig zu deren Erlass ist das Vollstreckungsgericht⁶⁷.

7. Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch staatliche Gerichte zugunsten von Schiedsgerichten mit Sitz im Ausland

Obwohl im IPRG nicht explizit vorgesehen, gehen sowohl Lehre wie auch Rechtsprechung davon aus, dass schweizerische staatliche Gerichte auch zugunsten von Schiedsgerichten mit Sitz im Ausland vorsorgliche Massnahmen anordnen können, sieht doch Art. 10 IPRG ausdrücklich eine Massnahmenzuständigkeit auch bei fehlender Hauptsachenzuständigkeit vor⁶⁸. Voraussetzung dafür ist gemäß herrschender Lehre, dass das schweizerische staatliche Gericht für den Erlass der fraglichen vorsorglichen Massnahmen zuständig wäre, sofern das Gesuch direkt an dieses gestellt worden wäre⁶⁹.

Sofern dagegen ein ausländisches staatliches Gericht eine vorsorgliche Massnahme, welche von einem Schiedsgericht beauftragt wurde, in der Schweiz durchsetzen lassen möchte, richtet sich das Verfahren für Mitgliedstaaten nach dem *Haager Übereinkommen 1970*⁷⁰. Das New York Übereinkommen kommt auf Massnahmenentscheide nicht zur Anwendung⁷¹.

8. Rechtsmittel gegen Massnahmenentscheide

Gegen *Massnahmeentscheide eines Schiedsgerichts* im Sinne von Art. 183 Abs. 1 IPRG stehen keine Rechtsmittel zur Verfügung, stellen diese doch keinen Endentscheid i.S.v. Art. 190 und 191 IPRG dar⁷².


Maßnahmenentscheide erstinstanzlicher staatlicher Gerichte dagegen unterliegen der *Berufung* gemäß Art. 308 Abs. 1 lit.b ZPO. Mit Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden, vorausgesetzt der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren beträgt mindestens 10000 Franken⁷³. Nicht berufungsfähige erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Maßnahmen sind mit *Beschwerde* anfechtbar, wobei lediglich die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden kann (vgl. Art. 319 und 320 ZPO).

Gegen kantonale Berufungsentscheide steht die *Beschwerde ans Bundesgericht* lediglich unter den Voraussetzungen von Art. 77 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) offen, welches auf Art. 190–192 IPRG verweist. Art. 190 Abs. 2 IPRG sieht als Rügegründe vor, dass der Entscheid nur angefochten werden, sofern der Einzelschiedsrichter vorschriftswidrig ernannt, das Schiedsgericht vorschriftswidrig zusammengesetzt wurde, sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat bzw. über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden; wenn es Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen (*ultra vel infra petitio*), den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder des rechtlichen Gehörs verletzt hat bzw. der Entscheid mit dem schweizerischen *Ordre public* unvereinbar ist⁷⁴.

III. Beweisaufnahme mit Hilfe des staatlichen Richters

1. Die Regelung von Art. 184 IPRG

Die Beweiserhebung dient der Feststellung des entscheidrelevanten Sachverhalts⁷⁵. Art. 184 Abs. 1 IPRG bestimmt, dass das Schiedsgericht die Beweise selber abnimmt. Über die Zulässigkeit sowie die Relevanz der angebotenen Beweismittel entscheidet das Schiedsgericht⁷⁶. Als Besonderheit gilt es zu beachten, dass Art. 184 Abs. 1 IPRG bestimmt, dass die Beweise durch das Schiedsgericht selber abzunehmen sind. Dies verlangt die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung, d.h.

Wyss: Vorsorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht (SchiedsVZ 2011, 194) 201 

die Beweise müssen dem Schiedsgericht selber vorgelegt werden⁷⁷. Ob dabei die Delegation der Beweisabnahme an einzelne Mitglieder des Schiedsgerichts zulässig ist, ist umstritten, wird aber eher verneint⁷⁸.

Ist für die Durchführung des *Beweisverfahrens* staatliche Rechtshilfe erforderlich, so kann das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichtes den staatlichen Richter am Sitz des Schiedsgerichtes um Mitwirkung ersuchen⁷⁹. Die Weigerung des Schiedsgerichts, ohne guten Grund und trotz Antrag einer Partei den staatlichen Richter um Rechtshilfe anzugehen, stellt einen Rechtsverweigerungstatbestand dar⁸⁰.

Die für das Beweisverfahren anwendbaren Regeln bestimmen sich nach Art. 182 IPRG (*lex fori*), d.h. nach den von den Parteien gewählten Schiedsregeln oder den von diesen als anwendbar erklärten Verfahrensrecht, bzw. mangels solcher, nach den durch das Schiedsgericht festgelegten Regeln⁸¹. Dasselbe gilt für die Frage, welche *Beweismittel zulässig* sind⁸². Sofern der staatliche Richter für die Abnahme von Beweismitteln bemüht werden muss, wendet dieser sein eigenes Recht, d.h. *in casu* die ZPO, an⁸³.

Antragsberechtigt sind das Schiedsgericht, oder mit dessen Zustimmung, auch eine der Parteien. Adressat des Antrags auf Rechtshilfe ist der staatliche Richter am Sitz des Schiedsgerichts. Der Richter hat die Zuständigkeit des Schiedsgerichts dabei nicht zu überprüfen⁸⁴. Er nimmt die Beweise selber ab und übermittelt das Ergebnis dem Schiedsgericht⁸⁵.

2. Zulässigkeit der vorsorglichen Beweisabnahme durch den staatlichen Richter gemäß Art. 158 ZPO im Rahmen internationaler Schiedsverfahren?

Die per 1. 1. 2011 neu in Kraft getretene ZPO sieht vor, dass der staatliche Richter im Maßnahmeverfahren in gewissen Fällen eine *vorsorgliche Beweisabnahme* durchführen kann. Nach Art. 158 Abs. 1 lit.a und b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder der Gesuchsteller eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Das Institut der vorsorglichen Beweisführung ermöglicht damit die *zeitliche Vorverlegung der Beweisabnahme*⁸⁶.


Das Verfahren der vorsorglichen Beweissicherung richtet sich nach den Bestimmungen über die vorsorglichen Maßnahmen⁸⁷. Hierbei besteht die Besonderheit, dass der Gesuchsteller nur einen gesetzlichen Anspruch⁸⁸ oder eine Gefährdung der Beweismittel bzw. ein schutzwürdiges Interesse⁸⁹ und auch nicht die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptanspruchs glaubhaft machen muss⁹⁰. Anders als die vorsorglichen Maßnahmen⁹¹, setzt die vorsorgliche Beweisaufnahme gemäß Art. 158 ZPO *nicht zwingend Dringlichkeit* voraus.

Das Verfahren wird durch ein Gesuch eingeleitet⁹². Der Gegenpartei wird Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, sofern keine besondere Dringlichkeit, insbesondere keine Vereitelungsgefahr vorliegt⁹³. Entspricht das Gericht dem Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme, so erlässt es seine Beweisanordnung und lädt beide Parteien zur Beweisabnahme vor⁹⁴.

Davon ausgehend, dass die *Anspruchsvoraussetzungen*⁹⁵ glaubhaft gemacht werden können, kann im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme der Beweis mit Zeugnis, mit Urkunden bzw. deren Edition, mit Augenschein, Gutachten, schriftlicher Auskunft oder mit Parteibefragung und Beweisaussage aufgenommen werden. Auf die vorsorgliche Beweisabnahme sind die Bestimmungen des 10. Titels (Art. 150–193 ZPO) über den Beweis anwendbar⁹⁶.

Es stellt sich vorliegend die Frage, ob eine Partei vor oder während hängigem Schiedsverfahren berechtigt ist, beim staatlichen Richter eine vorsorgliche Beweisabnahme i.S.v. Art. 158 ZPO zu verlangen.

Gemäß Art. 183 Abs. 2 IPRG ist für die Frage, ob trotz Schiedsabrede ein staatliches Gericht zum Erlass einer bestimmten vorsorglichen Maßnahme zuständig sei, die *lex fori*, mithin die schweizerische ZPO anwendbar⁹⁷. Diese Bestimmung äussert sich allerdings nicht dazu, ob auch die vorsorgliche Beweisabnahme durch den staatlichen Richter möglich sei, sofern in internationalen Schiedsverfahren zwar ein schutzwürdiges Interesse (z.B. Abklärung von Prozesschancen), nicht aber eine Dringlichkeit bestehe. Auch aus der *lex fori* kann keine eindeutige Antwort abgeleitet werden: Die vorsorgliche Beweisabnahme ist zwar gemäß Art. 158 ZPO in schweizerischen Zivilverfahren zulässig, findet sich jedoch unter dem 10. Titel unter den allgemeinen Verfahrensbestimmungen. Für das Verfahren wird allerdings auf die Regelung der vorsorglichen Maßnahmen verwiesen (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Darauf

Wyss: Vorsorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht (SchiedsVZ 2011, 194) 202 

gestützt könnte argumentiert werden, die vorsorgliche Beweisabnahme sei nur dann zulässig, sofern der staatliche Richter im Hauptverfahren zuständig sei, da damit das Beweisverfahren vor dem staatlichen Gericht „vorgezogen“ werde, weshalb diese Bestimmung in internationalen Schiedsverfahren nicht anwendbar sei. Dafür würde auch sprechen, dass gemäß Art. 184 IPRG das Schiedsgericht für die Beweisabnahme zuständig ist. Andererseits kann ebenso argumentiert werden, die vorsorgliche Beweisabnahme stelle eine Erweiterung der zulässigen vorsorglichen Maßnahmen dar, und da gemäß Art. 183 IPRG der staatliche Richter *neben* dem Schiedsgericht für vorsorgliche Maßnahmen zuständig sei und

dieser dabei die *lex fori* anwende, könne die vorsorgliche Beweisabnahme auch im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens zur Anwendung gelangen.

In der Tat spricht einiges für die letztere Auslegung: Dass es sich bei der vorsorglichen Beweisführung (selbst wenn diese der Abklärung der Beweisaussichten dient) um eine vorsorgliche Maßnahme handelt, wird durch die örtliche Zuständigkeit verdeutlicht, welche sich vorprozessual nach Art. 13 ZPO richtet (Titel „vorsorgliche Maßnahmen“⁹⁸). Dasselbe ergibt sich wie erwähnt aus Art. 158 Abs. 2 ZPO. Auch der Wortlaut von Art. 374 Abs. 1 ZPO, welcher besagt, „das staatliche Gericht oder, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, das Schiedsgericht kann auf Antrag einer Partei vorsorgliche Maßnahmen *einschließlich solcher für die Sicherung von Beweismitteln* anordnen“, verdeutlicht, dass die Beweissicherung auch im Schiedsverfahren den vorsorglichen Maßnahmen zuzuordnen ist. Weiter setzt das Verfahren um vorsorgliche Beweisabnahme gerade *nicht* voraus, dass – gleichzeitig oder nachträglich – ein Hauptverfahren in der Sache durchgeführt wird⁹⁹.

Grundsätzlich dürfte eine weite Auslegung der Bestimmung von Art. 183 IPRG sinnvoll sein, da auch internationale Schiedsgerichte nicht auf den Erlass von nach dem schweizerischen Zivilprozessrecht vorgesehenen einstweiligen Maßnahmen beschränkt sind¹⁰⁰ und die Beweiswürdigung so oder anders dem Schiedsgericht obliegt^{101, 102}.

Hinzu kommt, dass die Dringlichkeit der vorsorglichen Beweisführung bereits dann zu bejahen sein dürfte, sofern eine Partei ihre Ansprüche erst wirksam geltend machen und schützen kann, sofern ihr die dazu erforderlichen sachverhaltlichen Grundlagen bekannt sind. Dies ist z.B. bei *Abrechnungsprozessen* der Fall, in welchen ein Anspruch erst formuliert werden kann, sofern die entsprechenden Buchhaltungsunterlagen bzw. die Abrechnungsgrundlagen bekannt sind¹⁰³.

Eine vorsorgliche Beweisabnahme kann allerdings schon auf Grund der Bestimmung von Art. 184 Abs. 1 IPRG das Beweisverfahren vor dem Schiedsgericht nicht *ersetzen*, da diese Bestimmung die Kompetenz des Schiedsgerichts zur Beweisabnahme festschreibt.


Die vorsorgliche Beweisabnahme dürfte dann sinnvoll sein, wenn es etwa darum geht, Dokumente bei der Gegenpartei oder Dritten heraus zu verlangen („*document production*“) und Aussagen Dritter zur *Einschätzung der Prozesschancen* erhältlich zu machen. Da auch im Verfahren um vorsorgliche Beweisabnahme die gesuchstellende Partei die Kosten vorzuschießen hat¹⁰⁴, kann sich im Einzelfall allerdings die Frage stellen, ob zur Beschleunigung des Verfahrens nicht besser sofort eine Stufenklage vor dem Schiedsgericht angehoben werden soll. Auch in Fällen, in welchen beispielsweise der Grundsatz der Haftung vorab zur Diskussion steht, ist es wenig sinnvoll, vorab ein das Quantum betreffendes Beweisverfahren durchzuführen¹⁰⁵.

Sofern die vorsorgliche Beweisabnahme bei Zuständigkeit eines internationalen Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz als zulässig erachtet wird, kann ggf. auch die Erstellung eines Gutachtens, z.B. über den Wert der Aktien bei Ausübung eines Put- oder Call-Rechts, veranlasst werden¹⁰⁶. Diesem käme jedoch auf Grund der dem Schiedsgericht vorbehaltenen Kompetenz zur Beweisabnahme (und damit auch zur Beweiswürdigung; s. vorstehend) nur *indikativen Charakter* zu. Das Schiedsgericht könnte deshalb später sowohl auf Antrag einer Partei wie auch von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen¹⁰⁷.

3. Zulässigkeit der Verwertung von Beweismitteln, welche im Rahmen eines US pretrial discovery-Verfahrens gewonnen wurde?

Bei internationalen Schiedsverfahren, insbesondere bei parallelen Verfahren in verschiedenen Jurisdiktionen, kann sich die Frage stellen, ob Beweismittel, die in einem Verfahren gewonnen wurden, in einem anderen Verfahren verwendet werden können. Dies ist insbesondere dann interessant, wenn in

einem Verfahren weitergehende Beweiserhebungsmaßnahmen möglich sind als in einem anderen. Das klassische Beispiel in

Wyss: Vorsorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht (SchiedsVZ 2011, 194) 203 

diesem Zusammenhang ist das *U.S. pretrial discovery*-Verfahren, welches eine weitgehende Beweiserhebung durch die Parteien erlaubt¹⁰⁸. Während die Durchführung von *U.S. pretrial discovery*-Maßnahmen auf schweizerischem Boden weitgehend unzulässig sind¹⁰⁹, ist grundsätzlich denkbar, dass Beweismittel, welche in einem *U-S. pretrial discovery*-Verfahren gewonnen wurden, in einem schweizerischen Gerichtsverfahren zur Unterstützung der Beweisaufnahme im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens verwendet werden. Dies kann dann sinnvoll sein, wenn sich etwa Zeugen weigern, vor einem Schiedsgericht auszusagen, und diese dann vor dem zur Beweiserhebung hilfsweise angerufenen staatlichen Richter mit Beweisurkunden konfrontiert werden sollen. Zu diesem Zweck sind allerdings die Verfahrensvorschriften gemäß dem Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. 3. 1970, welches für die Schweiz am 1. 1. 1995 in Kraft trat (SR 0.274.132; „Haager Übereinkommen 1970“), zu beachten¹¹⁰.

IV. Beweiserhebung mit Hilfe der Strafverfolgungsbehörden

Sofern strafrechtlich relevante Sachverhalte zur Diskussion stehen, steht auch die Beweiserhebung mithilfe der Strafbehörden zur Verfügung. Aufgrund deren weit reichenden Möglichkeiten an Beweiserhebungen mittels Haussuchungen, Beschlagnahmung von Dokumenten, Servern, Desk- und Laptops etc., kann das Einschalten der Strafverfolgungsbehörden unter Umständen die geeignete Methode zur Beweiserhebung darstellen. Dies ist v.a. dann der Fall, wenn hohe Interessenwerte auf dem Spiel stehen, die klagende Partei zwingend auf Informationen und Dokumente angewiesen ist, welche auf dem Zivilweg nicht erhältlich gemacht werden können, und falls dem Überraschungseffekt große Bedeutung zukommt (insbesondere zur Verhinderung der Vernichtung von Beweismaterial).

Am 1. 1. 2011 trat in der Schweiz die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. 10. 2007 vom 5. 10. 2007¹¹¹ in Kraft, welche die vormals kantonalen Strafprozessordnungen ablöste und gesamtschweizerisch einheitliche Verfahrensvorschriften einführt. Die Strafverfolgungskompetenzen sind jedoch grundsätzlich nach wie vor den Kantonen zugeteilt¹¹². Die StPO bestimmt in Art. 139 Abs. 1, dass die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einzusetzen berechtigt sind, die rechtlich zulässig sind. Der Einsatz von Zwangsmitteln, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und von Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt (Art. 140 Abs. 1 StPO) und führen zu einem absoluten Beweisverwertungsverbot (Art. 141 Abs. 1 StPO). Zu den erlaubten Beweismitteln, welche auch zivilrechtlich interessant sind, gehören insbesondere die Einvernahme von Personen (Art. 142ff. StPO), die Beschlagnahmung von Gegenständen (Art. 192 StPO), der Augenschein (Art. 193 StPO), sowie der Beizug von Akten (Art. 194 StPO). Zudem sind die Strafverfolgungsbehörden berechtigt, Zwangsmaßnahmen vorzunehmen, die dazu dienen, Beweise zu sichern und die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen (Art. 196ff. StPO). Dazu gehören die Anordnung von Untersuchungshaft (Art. 212ff. und Art. 220ff. StPO) bzw. die vorläufige Festnahme durch die Polizei (Art. 217ff. StPO), das Durchsuchen und Untersuchen von Personen, Räumlichkeiten, Gegenstände oder Aufzeichnungen (Art. 241ff. StPO), die Hausdurchsuchung (Art. 244 StPO), und auch verdeckte Ermittlungen¹¹³.

Der Vorteil von Beweiserhebungsmaßnahmen durch die Strafverfolgungsbehörden, welche durch eine Strafanzeige eingeleitet werden, ist, dass sie bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen ohne Verzug und hoheitlich vollzogen werden und damit sofort viel Druck auf die Gegenpartei ausgeübt werden kann. Weiter halten sich die Kosten für den Anzeiger – im Gegensatz zu den Kosten im Rahmen eines

Schiedsverfahrens – in der Regel in Grenzen. Allerdings hat der Anzeiger u.U. lediglich einen geringen Einfluss, welche Maßnahmen wie erhoben werden, und der Zugang zu den Ergebnissen des Untersuchungsverfahrens kann ihm während längerer Zeit entzogen sein. Untersuchungsmaßnahmen durch Strafverfolgungsbehörden sollten deshalb im Rahmen von Schiedsverfahren – eine Straftat, welche die entsprechenden Maßnahmen zulässt, vorausgesetzt – nur zurückhaltend und unter genauer Abwägung der Vor- und Nachteile eines solchen strafrechtlichen Verfahrens eingesetzt werden.

-
- * Dr. Lukas F. Wyss, LL.M (Georgetown) ist Rechtsanwalt und Partner bei Bratschi, Wiederkehr & Buob, Bern/Zürich. Der Autor dankt Prof. Dr. Jürgen Brönnimann für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie seine wertvollen Anregungen und Hinweise.
- 1 Wie z.B. die ICC Rules of Arbitration, die Swiss Rules of International Arbitration, die LCIA Rules, DIS etc.
 - 2 Vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, BBl. 1983 I S. 464; vgl. auch *Walther*, Vorläufiger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte, Jusletter 16. 4. 2007, Rdnr. 18.
 - 3 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. 12. 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO), SR 272. Diese kommt zwar für internationale Schiedsverfahren nicht direkt zur Anwendung, ist jedoch vorliegend dennoch von Bedeutung. Vgl. dazu Ziff. 6a) nachstehend.
 - 4 Dies wurde vom *schweizerischen Bundesgericht* kürzlich im Entscheid BGE 136 III 200ff. bestätigt. In diesem Entscheid äußerte sich das Bundesgericht ausführlich zum Unterschied zwischen schiedsrichterlichem Urteil und einer Verfügung. Es hielt dabei fest, dass für die Unterscheidung eines Urteils von einer Maßnahmeverfügung *nicht ihre Bezeichnung, sondern ihr Inhalt* maßgebend sei; die vom Schiedsgericht verwendete Begrifflichkeit sei dagegen nicht relevant. Interessant ist der Entscheid zudem, weil er die Abgrenzung eines Urteils von einer Maßnahmeverfügung nebst den entsprechenden Auswirkungen der Qualifikation als „Nicht-Urteil“ auf die Vollstreckung erörterte.
 - 5 Vgl. *von Berti* in: Basler Kommentar IPRG, Basel 2007, Rdnr. 3 zu Art. 183 IPRG; *Berger/Kellerhals*, Internationale und Interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, Rdnr. 1137.
 - 6 Vgl. dazu das *schweizerische Bundesgericht* im Entscheid BGE 136 III 200ff., E. 2.3.2, sowie *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1139. – Davon abzugrenzen ist das „*Befehlsverfahren*“, welcher Rechtsschutz in klaren Fällen in einem vereinfachten Verfahren vorsieht. Dieser ist jedoch kein Maßnahmeverfahren, sondern ein Erkenntnisverfahren (*Sutter-Somm/Lötscher*, in, ZPO Komm., a.a.O., Art. 257 Rdnr. 56). Auch die vorläufige Rechtsdurchsetzung von Geldforderungen im Rahmen des *Rechtsöffnungsverfahrens* gemäß Art. 82ff. des schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. 4. 1889 (SR 281.1) ist im Rahmen von Schiedsverfahren nicht möglich. So führte das *schweizerische Bundesgericht* im Urteil 7B.95/2005 vom 19. 8. 2005 in E. 4.3 aus, die Beseitigung des Rechtsvorschlages als vollstreckungsrichterliche Tätigkeit sei nicht schiedsfähig und dem Schiedsgericht fehle die Befugnis zur Rechtsöffnung. *Schmid/Knecht*, Schiedsvereinbarung und provisorische Rechtsöffnung, SJZ, 105(2009), S. 537ff., insb. 542.
 - 7 Dabei sind grundsätzlich keine besonderen Formvorschriften zu beachten (vgl. *Walther*, Rdnr. 21; *Wirth*, Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland, ASA Bulletin 2000, S. 32), außer der die Schiedsvereinbarung enthaltende Vertrag bzw. in *ad hoc*-Schiedsverfahren: der Schiedsvertrag sähe für Vertragsänderungen ausdrücklich ein Schriftlichkeitserfordernis vor.
 - 8 Art. 26 der Swiss Rules of International Arbitration hält fest, dass das Schiedsgericht auf Antrag der einen oder der anderen Partei alle vorläufigen Maßnahmen treffen kann, die es für notwendig oder angemessen erachtet. Diese können in der Form eines vorläufigen Schiedsspruchs getroffen werden.
 - 9 Dieser bestimmt, dass soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, das Schiedsgericht nach Übermittlung der Akten auf Antrag einer Partei in der Form eines begründeten Beschlusses oder eines Schiedsspruchs ihm angemessen erscheinende sichernde oder vorläufige Maßnahmen anordnen kann. – Für eine weitere Darstellung der Regelung vorsorglicher Maßnahmen unter diversen institutionellen Schiedsordnungen, vgl. *von Segesser*, Vorsorgliche Maßnahmen im Internationalen Schiedsprozess, in: ASA Bulletin 3/2007, S. 480ff.
 - 10 So etwa *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1136.
 - 11 Gemäss Vorinformation ZAV Fachgruppe Schiedsgerichtsbarkeit vom 20. Juni 2011, – Auch 2006 neu in Kraft getretenen ICDR International Arbitration Rules (Art. 37) sowie die per Herbst 2009 revidierten Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules (Art. 32 Abs. 4 i.V.m. Anhang II) sehen einen „Emergency Arbitrator“ vor.
 - 12 Zur umstrittenen Frage, ob auch einzig der Präsident des Schiedsgerichts vorsorgliche Maßnahmen erlassen kann, sofern das anwendbare Verfahrensrecht oder die parteiautonom festgelegte Verfahrensordnung keine solche Regelung vorsieht, vgl. etwa *Oetiker*, in: *Zuberbühler/Müller/Habegger*, Swiss Rules of International Arbitration, Zürich et al. 2005, N. 5 zu Art. 26, welcher diese Kompetenz bei ausdrücklicher Übertragung des Schiedsgerichts auf den Vorsitzenden, sowie in dringlichen Fällen auch ohne solche Übertragung, bejaht.
 - 13 Vgl. z.B. *Girsberger/Voser*, International Arbitration in Switzerland, Zürich Basel Genf 2008, Rdnr. 806; *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1167.

- ¹⁴ Zur Frage, ob der staatliche Richter oder das Schiedsgericht zum Erlass von vorsorglichen Maßnahmen angerufen werden soll, vgl. *Walther*, a.a.O., Rdnr. 37ff. sowie Fn. 9 nachstehend. *Walther* schlägt zudem vor, bei der Frage nach der Anrufung des Schiedsgerichts oder des staatlichen Richters (i) ein voraussichtlich freiwilliges Vollzugs einer vorsorglichen Maßnahme durch die maßnahmebelastete Partei, (ii) Kosten- und Zeitüberlegungen (iii) die Vollstreckbarkeit der Maßnahme nach der *lex fori*, (iv) die Frage des Heimvorteils vor einem staatlichen Richter, (v) eine mögliche Vertraulichkeit des Verfahrens, (vi) der Sachverstand des anzurufenden Instanz sowie (vii) die allfällige Vorbefasstheit der Maßnahmeninstanz zu prüfen (a.a.O., Rdnr. 38-42).
- ¹⁵ Vgl. etwa *Walter/Bösch/Brönnimann*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, S. 146, sowie *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1168. Dasselbe ergibt sich teilweise aus Bestimmungen von Schiedsordnungen. Vgl. etwa Art. 26 Abs. 3 Swiss Rules sowie Art. 23 Abs. 2 ICC Rules.
- ¹⁶ Vgl. etwa *Netzele*, ZPO Komm., Art. 374 Rdnr. 9. Dasselbe gilt bei internationalen Schiedsverfahren nach Art. 183 Abs. 1 IPRG. Vgl. *Berger/Kellerhals*, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Sweet & Maxwell 2010, Rdnr. 1140 und 1150)
- ¹⁷ *Walther*, a.a.O., Rdnr. 21.
- ¹⁸ *Geisinger*, les relations entre l'arbitrage commercial international et la justice étatique en matière de mesures provisionnelles, SJ 2005 II, S. 381f.; *von Segesser/Kurth*, Interim Measures, in: *Kaufmann-Kohler/Stucki* (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland – A Handbook for Practitioners, 2004, S. 86, weisen zu Recht darauf hin, dass diese Situation nicht durch die Prinzipien des *lis pendens* bzw. der *res judicata* geregelt werden, begründen vorsorgliche Maßnahmen doch keine Rechtshängigkeit und bewirken damit auch keine formelle oder materielle Rechtskraft. Sofern allerdings eine Maßnahme durch ein Gericht vollzogen wurde, wird das identische Gesuch vor einem anderen, parallel angerufenen Gericht gegenstandslos.
- ¹⁹ Vgl. dazu *Geisinger*, S. 381; *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1170; *von Segesser/Kurth*, S. 86; *Walther*, Rdnrn. 34ff.
- ²⁰ Vgl. dazu ausführlich *von Segesser*, Vorsorgliche Massnahmen im Internationalen Schiedsprozess, ASA-Bulletin 3/2007, S. 476ff; *Berger/Kellerhals*, N 1142ff.; *Geisinger*, S. 379; *Kaplan*, Interim Measures Ordering Performance: Procedural Implementation, in: Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration, ASA Special Series No. 30, Huntington NY 2011, S. 318.
- ²¹ Vgl. etwa *Berti*, Rdnr. 10 zu Art. 183 IPRG. Für ein Beispiel einer solchen Maßnahme vgl. den kürzlich ergangenen BGE 136 III 200ff. sowie Fn. 35.
- ²² Vgl. *Sprecher*, in: Basler Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, vor Art. 261–269 Rdnr. 19.
- ²³ Vgl. etwa *Huber*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 9 zu Art. 264 ZPO, mit Verweis auf die Botschaft etc.; *Zürcher* in: *Brunner/Gasser/Schwander*, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), St. Gallen/Zürich 2011, N 5 zu Art. 264 ZPO.
- ²⁴ Vgl. *Walther*, id., Rdnr. 24; *Wirth*, S. 32f.; *Vischer* in: Zürcher Kommentar-, Zürich 2004, Rdnr. 5 zu Art. 183 IPRG.
- ²⁵ Vgl. *Walther*, Rdnr. 24; *von Segesser/Kurth*, S. 76f. (mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis); *Wirth*, S. 36; *Poudret/Besson*, Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich/Paris/Brussels 2002, Rz. 610; *Geisinger*, S. 378; *Kaplan*, S. 317
- ²⁶ Zum Begriff der „Mareva injunction“ bzw. der „world-wide freezing injunction“, s. etwa BGE 129 III 626ff., E. 1. Sofern die Sicherungsmaßnahme von einem Vertragsstaat (wie Großbritannien) ausgeht, wird ihre Vollstreckung in der Schweiz durch das Übereinkommen vom 16. 9. 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.11) geregelt (vgl. BGE 129 III 626ff., E. 2). Im fraglichen Entscheid schützte das Bundesgericht den entsprechenden Vollstreckungsentscheid des Zürcher Obergerichts (vgl. a.a.O., E. 5.1, 5.3.2 und 5.4). – Vgl. auch *Dasser*, Englische Freezing Injunction vor dem schweizerischen Vollstreckungsrichter – Anmerkungen zu BGE 129 III 626 (4P.86/2003) vom 30. 7. 2003, Jusletter 19. 1. 2004; *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1151. – Zur Frage der Durchsetzbarkeit einer solchen Maßnahme, vgl. lit.b) nachstehend.
- ²⁷ Für eine Übersicht über mögliche vorsorgliche Maßnahmen, vgl. *von Segesser*, S. 478ff., sowie *von Segesser/Kurth*, S. 71ff.
- ²⁸ Vgl. *Walther*, id., Rdnr. 24.
- ²⁹ Die Bereitschaft der Parteien, sich einer vom Schiedsgericht angeordneten vorsorglichen Maßnahme zu fügen, ist allerdings regelmäßig groß, da bei renitentem Verhalten negative Auswirkungen auf den Endentscheid zu befürchten sind.
- ³⁰ Vgl. etwa *Walther*, Rdnr. 26; *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1163.
- ³¹ Dies entspricht den allgemein anerkannten Anspruchsvoraussetzungen, welche oben in Ziff. 4 dargestellt wurden.
- ³² Vgl. *Walther*, Rdnr. 26.
- ³³

Vgl. etwa *Berger/Kellerhals*, Rdnrn. 1149ff.; Sangiorgio, Der vorsorgliche Rechtsschutz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach Art. 183 IPRG, Diss. Zürich 1996, S. 133f.

- ³⁴ Vgl. etwa den Entscheid des *Bundesgerichts* 4A_582/2009, Urteil vom 13. 34. 2010 (BGE 136 III 200ff.)
- ³⁵ Das *Bundesgericht* führte im BGE 136 III 200ff., E. 2.3.2 aus, auch das Schweizer Recht kenne Leistungsmaßnahmen. So sehe die ZPO in Art. 262 lit.d die einstweilige Leistung einer Sachleistung und in Art. 262 lit.e in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen die *einstweilige Zahlung einer Geldleistung* vor. Auch habe das *Bundesgericht* bereits in BGE 125 III 452 E. 3c entschieden, dass der Vollzug eines Distributionsvertrages als vorsorgliche Maßnahme angeordnet werden könne. Leistungsmaßnahmen fände man darüber hinaus im Bereich des geistigen Eigentums und auch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ignoriere diese nicht.
- ³⁶ Vgl. insb. BGE 136 III 200ff., E. 2.3.2, die oben dargestellten Regelungen der ZPO, sowie die Bemerkungen von Bemerkungen von *Augsburger/Pair* zum erwähnten Urteil in AJP/PJA 2010, S. 1616ff., S. 1620f. – Die Leistungsmaßnahme ist dadurch bedingt, dass zur Aufrechterhaltung einer tatsächlichen Situation oft die Abänderung eines Rechts notwendig ist. Zudem kann sich eine Leistungsmaßnahme dort als unerlässlich erweisen, wo auf Grund der andauernden Nichterfüllung einer Leistung der Gesuchsteller von einem (*schwerwiegenden*) *Nachteil* bedroht wird (so auch das *Bundesgericht* in BGE 136 III 200ff., E. 2.3.2).
- ³⁷ Das *Bundesgericht* hatte bereits im BGE 125 III 452 die vorläufige Erfüllung eines Distributionsvertrages als eine unter Schweizer Recht zulässige vorsorgliche Maßnahme anerkannt. Im BGE 136 III 200ff., E. 2.3. schützte das Bundesgericht die Anweisung des Maßnahmegerichts an die beklagte Partei, *im Rahmen einer Regelungs- oder Leistungsmaßnahme den Lagerbestand an Kleidern an die Klägerin zu übertragen*, da dem Entscheid des Einzelschiedsrichters die klare Absicht zu entnehmen sei, gerade nicht abschließend über einen Anspruch der Parteien zu entscheiden. Die Abtretung des Lagerpostens schien dem Bundesgericht am besten geeignet, den potentiellen Schaden beider Parteien einzugrenzen. Weiter führte das Bundesgericht aus, die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, dass das Eigentum am Lagerposten oder der Wert desselben tatsächlich dem Hauptverfahren vorbehaltenen Gegenstände gewesen seien (E. 2.3.4.2; vgl. kritisch dazu *Augsburger/Pair*, S. 1621).
- ³⁸ Vgl. *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1141; *Besson*, Arbitrage international et mesures provisoires – Etude de droit comparé, Diss., Zürich 1998, 64ff.; *Walther*, a.a.O., Rdnr. 26; *von Segesser*, S. 479. – Für eine Übersicht zum neu ab dem 1. 1. 2011 geltenden Arrestrecht, vgl. etwa *Meier-Dieterle*, Arrestpraxis ab dem 1. 1. 2011, AJP 10/2010, S. 1211ff.; *Schwander*, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens, ZBJV (146) 2010, S. 641ff.
- ³⁹ Vgl. dazu im Detail *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1162.
- ⁴⁰ Vgl. *Steinbrück*, Die Unterstützung ausländischer Schiedsverfahren durch staatliche Gerichte, Tübingen 2009, S. 117; *Walter/Bösch/Brönnimann*, S. 147, 166 und 175.
- ⁴¹ Vgl. etwa *Steinbrück*, S. 119, mit zahlreichen weiteren Verweisungen in Fn. 109.
- ⁴² So insb. *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rdnr. 1161, sowie *Sangiorgio*, S. 83.
- ⁴³ Vgl. ausführlich *Steinbrück*, S. 131ff.
- ⁴⁴ Vgl. *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1158ff. Art. 374 Abs. 2 ZPO macht die Anrufung des staatlichen Maßnahmenrichters bei Weigerung einer Partei, der schiedsgerichtlichen Anordnung nachzukommen, vom Einverständnis des Schiedsgerichts abhängig.
- ⁴⁵ Vgl. *Von Segesser/Kurth*, S. 81, m.w.H.
- ⁴⁶ So insb. *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1164, sowie *Sangiorgio*, S. 89f.
- ⁴⁷ Vgl. *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1161.
- ⁴⁸ Dies war bereits vor Inkrafttreten der ZPO der Fall; vgl. *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1161.
- ⁴⁹ *Allianz SpA v West Tankers Inc.* (C-185/07) [2009] 1 All E.R. (Comm) 435.
- ⁵⁰ Vgl. dazu etwa *Bělohávek*, *West Tankers* as a Trojan Horse with Respect to the Autonomy of Arbitration Proceedings and the New York Convention 1958, ASA-Bulletin 4/2009, S. 646ff.; *Byford/Sarwar*, Arbitration Clauses after West Tankers: The unanswerable Conundrum? Practical Solutions for enforcing arbitration clauses, Int.A.L.R. 3/2009, S. 29ff.; *Charles*, Section 44, Freezing Injunctions and Foreign Arbitrations: Limitations on Jurisdiction, Int.A.L.R. 3/2009, S. 34ff.; *Scherer/Jahnel*, Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions in International Arbitration: A Swiss Perspective, Int.A.L.R. 4/2009, S. 66ff.; *Hakeem Seriki*, Anti-suit Injunctions, Arbitration and the Non-EU Perspective: Some Recent Developments, in Int.A.L.R. 1/2011, S. 19ff.; *Flavia Foz Mange*, Anti-suit Injunctions in International Arbitration: Protecting the Procedure or Pushing to Settlement?, *Dispute Resolution International*, Vol. 4, No. 2, October 2010, S. 191ff.
- ⁵¹ Vgl. dazu insb. die in Fn. 48 zitierten Literaturhinweise.
- ⁵² Vgl. dazu etwa *Berger/Kellerhals*, S. 218 Rdnr. 616.
- ⁵³ Art. 186 Abs. 1 IPRG besagt, dass das Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit entscheidet. Abs. 1bis präzisiert, dass das Schiedsgericht über seine Zuständigkeit ungeachtet einer bereits vor einem staatlichen Gericht oder einem anderen Schiedsgericht anhängigen Klage über denselben

Gegenstand zwischen denselben Parteien entscheidet, es sei denn, dass beachtenswerte Gründe ein Aussetzen des Verfahrens erfordern.

- ⁵⁴ Vgl. *Geisinger*, S. 389ff. sowie ausführlich Scherer/Jahnel, S. 66ff., insb. S. 69. Diese Autoren weisen auf die theoretische Möglichkeit hin, dass vor einem mit der Sache befassten staatlichen Gericht eine *Unterlassungsverfügung* beantragt werden könnte, sofern trotz gerichtlich festgestellter Zuständigkeit der staatlichen Gerichte (z.B. wegen Nichtigkeit der Schiedsklausel) das Schiedsgericht sein Verfahren fortführt. Dies dürfte allerdings auf Grund von Art. 186 Abs. 1bis IPRG und der damit eingeführten Prioritätszuweisung an die Schiedsgerichte nur in eng begrenztem Rahmen der Fall sein, da diese Bestimmung im Nachgang zum *Fomento*-Entscheid (BGE 127 III 279 vom 14. 5. 2001) ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz ausdrücklich ermächtigt, ungeachtet einer bereits vor einem staatlichen Gericht oder einem anderen Schiedsgericht hängigen Klage über den identischen Streitgegenstand zwischen den selben Parteien fortzuführen, es sei denn, *beachtenswerte Gründe* würden ein Aussetzen des Verfahrens erfordern. Vgl. auch *Wenger/Schott* in Basler Kommentar, Basel 2007, Rdnrn. 7a, 15 und 16 zu Art. 186 IPRG. Sofern das staatliche Gericht seine Zuständigkeit (gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung: summarisch; vgl. BGE 122 III 139ff., 143f.) wegen der offensichtlich fehlenden Schiedsvereinbarung bejaht, dürfte das Schiedsgericht seinerseits regelmässig ebenfalls zur Verneinung seiner Kompetenz gelangen, womit positive Kompetenzkonflikte vermieden werden. Vgl. auch Basler Kommentar-*Wenger/Schott*, Rdnr. 7b zu Art. 186 IPRG. Sofern die Rechtshängigkeit des Schiedsgericht gemäß Art. 181 IPRG vor jener des staatlichen Gerichts eingetreten ist, hat letzteres auf Grund des Litispendenz-Grundsatzes sein Verfahren bis zum schiedsgerichtlichen Zuständigkeitsentscheid und allenfalls bis zum rechtskräftigen Rechtsmittelentscheid auszusetzen (vgl. Basler Kommentar-*Wenger/Schott*, Rdnr. 16 zu Art. 186 IPRG m.w.H.).
- ⁵⁵ Vgl. dazu etwa *Mange*, S. 207 unten f., welche auf die zunehmende Popularität dieser Massnahme u.a. in den USA hinweist (id., S. 208)
- ⁵⁶ Vgl. Scherer/Jahnel, S. 66, mit Verweis auf den einzigen bekannten (erstinstanzlichen) schweizerischen Gerichtsentscheid des Tribunal de première instance de Genève vom 2. 5. 2005; *Geisinger*, S. 389ff., insb. S. 392; *Grolimund*, Fallstricke und Stilblüten bei der Zuständigkeit in Zivilsachen, AJP/PJA 2009 Seite 964; *Richli/Grob Andermacher*, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 102 (2006) Seite 10ff., insb. S. 13f. – *Von Segesser/Kurth* bejahen grundsätzlich die Zulässigkeit einer durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz angeordneten *anti-suit injunction* in Bezug auf ausländische Gerichtsverfahren und weisen darauf hin, dass solche gelegentlich erlassen werden. Vgl. a.a.O., S. 74ff.
- ⁵⁷ Vgl. etwa *Scherer*, welcher dieser Frage in Besprechung der BGE 4A_444/2009 nachging. Das Bundesgericht hatte im entsprechenden Entscheid festgehalten, sofern ein Entscheid über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht angefochten werde, ein zweiter – Feststellungsentscheid –, in welchem die Schadenersatzpflicht der beklagten Partei wegen Verletzung der Schiedsvereinbarung durch Anrufung eines staatlichen Gerichts festgehalten wurde, nicht zulässig sei: Die Verletzung der Schiedsvereinbarung sei bereits durch den Entscheid über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bejaht worden. Scherer untersuchte daraufhin die Frage, ob der Kläger den Beklagten vom Anrufen eines staatlichen Gerichts durch eine *Anti-suit injunction* hätte abhalten bzw. zum Rückzug der Klage hätte anhalten können, was er für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz grundsätzlich bejahte (vgl. *Scherer*, Court Proceedings in Violation of an Arbitration Agreement, Int.A.L.R. 2/2011, S. 43ff. (nachfolgend: „Scherer, Court Proceedings“))
- ⁵⁸ SR 0.277.12.
- ⁵⁹ Vgl. *Scherer*, Court Proceedings, S. 45.
- ⁶⁰ Dies ist jedoch dann nicht der Fall, sofern das parallel zum Schiedsverfahren angerufene Gericht seine Zuständigkeit bejaht und der Entscheid betreffend Sicherheitsleistung oder Schadenersatz später in diesem Land durchgesetzt werden muss. Vgl. dazu auch *Mange*, a.a.O., S. 206f.
- ⁶¹ So Berger/Kellerhals, N 1156, 1215; vgl. weiter *Walter*, in: *Spühler* (Hrsg.), Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht, Zürich 2000, S. 139f.; *Von Segesser/Kurth*, S. 77; *Poudret/Besson*, Comparative Law on International Arbitration, London 2007, S. 540; *Mourre*, Judicial Penalties and Specific performance in International Arbitration, in: Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration, ASA Special Series No. 30, Huntington NY 2011, S. 371. *Kölz*, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 2007, S. 295 N 335 sowie *Oetiker*, N 18 zu Art. 235 dagegen lassen die Frage offen. Letzterer hält nur fest, dass die Swiss Rules of International Arbitration keine ausdrückliche Basis für eine Astreinte bieten würden.
- ⁶² Vgl. etwa *Geisinger*, S. 378 unten; *Kaplan*, S. 323ff.; für eine Übersicht über die nationale Anerkennung von *Astreintes*, s. *Mourre*, S. 361f.
- ⁶³ Vgl. *Kaplan*, S. 315; *Mourre*, S. 376. Zur Fragen, in welchen Schranken und in welcher Form dies zu geschehen hätte, vgl. im Detail *Mourre*, S. 365f. und 372ff. – In Bezug auf die Schweiz steht nach der hier vertretenen Auffassung fest, dass die Anordnung einer Astreinte durch ein internationales Schiedsgericht auf Begehren einer Partei nicht gegen den Ordre public verstossen würde. So lässt das schweizerische Obligationenrecht (OR; SR 220) die überkompensatorische, d.h. zuzüglich zum Schadenersatz geschuldeten Vertragsstrafe grundsätzlich vor (sog. „Konventionalstrafe“; vgl. Art. 160 -163 OR; allerdings ist sie vertraglich zu vereinbaren). Weiter kannten bereits verschiedene kantonale Zivilprozessordnungen, welche bis am 31. Dezember 2010 in Kraft waren, die Geldstrafe bei Nichtbefolgen einer gerichtlichen Anordnung, so etwa die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918 (Fassung 1997; aBE ZPO), Art. 403 und 404 Abs. 4 aBE ZPO. Ähnliche Regelungen sahen die früheren Zivilprozessordnungen der Kantone Zürich, Genf und Luzern vor, und auch die heutige schweizerische ZPO kennt die Verbindung einer Vollstreckungsmassnahme mit einer

Bussenandrohung, auch wenn die Busse nicht als Privatbusse ausgestaltet ist, sondern an den Staat verfällt. Gegen die Ordre public-Widrigkeit einer Astreinte unter schweizerischem Recht spricht zudem, dass die Astreinte im Vorentwurf zur ZPO vorgesehen war (Art. 332 Abs. 1 lit. c VE ZPO) und das Bundesgericht im Entscheid BGE 4A_440/2010 vom 7. Januar 2011 das Aussprechen einer Astreinte von EUR 2'500.— pro Tag nicht als unzulässig taxiert (vgl. a.a.O., E 5.2.3; die Rüge der Beschwerdeführerin zielte allerdings gemäss der Begründung des Entscheids v.a. auf den Umstand, dass die Astreinte bereits vor Rechtskraft des Schiedsurteils ausgefällt worden sei, was im fraglichen Fall nicht zutrif). – A.M. ohne nähere Begründung Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar, N 6 zu Art. 343 ZPO, für den Fall der überkompensatorisch geschuldeten Astreinte.

- ⁶⁴ Vgl. etwa *Ehrenzeller*, N 5 zu Art. 343 ZPO.
- ⁶⁵ Selbst wenn die *lex causae* die Verfügung einer Astreinte nicht vorsieht, liegt kein Anfechtungsgrund gemäss Art. 190 IPRG vor (zum Anfechtungsgrund der Verletzung des Ordre public i.S.v. Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG, vgl. oben FN 64); dasselbe gilt betreffend eines Vollstreckungshindernisses im Sinne von Art. V des NYÜ. – Kritisch dazu *Maissen*, Die Zwangsvollstreckung nach Art. 343 ZPO, ZZZ 2010, S. 50ff., insb. S. 52 Ziff. 3.4.
- ⁶⁶ Vgl. *Ehrenzeller* in: *Oberhammer* (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 2 zu Art. 336 ZPO; *Stahelin*, in: *Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich et al. 2010, N 5 zu Art. 336 ZPO; zu den sichernden Massnahmen, vgl. etwa *Maissen*, S. 37ff.
- ⁶⁷ Vgl. Art. 340 ZPO.
- ⁶⁸ *Walther*, Rdnr. 32, m.w.H. in Fn. 69 und 70.
- ⁶⁹ Dies gemäß Art. 24 des Lugano Übereinkommens oder Art. 10 IPRG; vgl. *von Segesser/Kurth*, S. 82f., m.w.H.
- ⁷⁰ Vgl. dazu *von Segesser/Kurth*, S. 83. Mit der internationalen Rechtshilfe unterstützen die Behörden oder Gerichte eines ersuchten Staates die Rechtspflege eines ersuchenden Staates. Sie nehmen auf ihrem Gebiet Prozess- oder andere Amtshandlungen vor und übermitteln das Ergebnis den Behörden oder Gerichten des ersuchenden Staates, damit diese es in einem bestimmten Verfahren verwenden können (vgl. VPB 1985 [49/I], S. 93). Als Rechtshilfehandlungen im klassischen Sinn gelten die Zustellung von gerichtlichen und außergerichtlichen Urkunden und die Beweiserhebung Vgl. die Wegleitung des *Bundesamtes für Justiz* „Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen“, 3. Aufl. 2003 (Stand Juli 2005), Ziff. I.A.), abrufbar unter <http://www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0049.File.tmp/wegl-ziv-d.pdf>.
- ⁷¹ Vgl. zu dieser Thematik etwa *Josi*, Die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche in der Schweiz, Diss. Bern 2005, S. 84; *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1184.
- ⁷² Vgl. etwa BGE 136 III 200ff., E. 2.3.1., wo das *Bundesgericht* festhielt, die Beschwerde in Zivilsachen sei nicht zulässig gegen den Entscheid eines Schiedsgerichts über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 183 IPRG. S. auch *von Segesser/Kurth*, S. 86. – Da die Verfügung einer *Astreinte* keine vorsorgliche Massnahme darstellt, muss sie in Form eines Teilentscheids erlassen werden und kann deshalb gemäß den (eingeschränkten) Rügegründen von Art. 190 Abs. 3 IPRG angefochten werden. Diese umfassen die vorschriftswidrige Ernennung des Einzelschiedsrichters bzw. die ebensolche Zusammensetzung des Schiedsgerichts sowie die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts.
- ⁷³ Vgl. auch *Reetz/Theiler*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich et al. 2010, Rdnr. 1ff. zu Art. 308 ZPO; *Brunner*, in: Kurzkomentar ZPO, *Oberhammer* (Hrsg.), Basel 2010, Rdnrn. 1ff. zu Art. 308 ZPO.
- ⁷⁴ Vgl. *Berti/Schnyder*, in: *Honsell/Vogt/Schnyder/Berti*, Basler Kommentar IPRG, Rdnr. 16ff. zu Art. 190 IPRG; *Heini*, in: *Girsberger et al.*, Zürcher Kommentar zum IPRG, Zürich 2004, Rdnr. 16ff. zu Art. 190 IPRG.
- ⁷⁵ Vgl. *Schneider* in: Basler Kommentar zum IPRG, Basel 2007, Rdnr. 4 zu Art. 184 IPRG.
- ⁷⁶ *Schneider*, Rdnr. 50 zu Art. 184 IPRG.
- ⁷⁷ Vgl. *Schneider*, Rdnr. 49 zu Art. 184 IPRG.
- ⁷⁸ Vgl. *Schneider*, Rdnr. 49 zu Art. 184 IPRG.
- ⁷⁹ Art. 184 Abs. 2 IPRG.
- ⁸⁰ Vgl. BGE 119 II 271.
- ⁸¹ *Schneider*, Rdnr. 8 zu Art. 184 IPRG.
- ⁸² *Schneider*, Rdnr. 12 und 13 zu Art. 184 IPRG; für eine umfassende Darstellung der nach schweizerischem Recht zulässigen Beweismittel, vgl. etwa *Berti*, Rdnrn. 13ff. zu Art. 184 IPRG.
- ⁸³ Vgl. *Schneider*, Rdnr. 61 zu Art. 184 IPRG.
- ⁸⁴ Vgl. etwa *Berger/Kellerhals*, Rdnr. 1164; *Berti*, Rdnr. 61f. zu Art. 184 IPRG.
- ⁸⁵ Vgl. *Schneider*, Rdnrn. 61f. zu Art. 184 IPRG.

- ⁸⁶ Vgl. etwa *Fellmann*, ZPO Komm., a.a.O., Art. 158 Rdnr. 6; *Schweizer*, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, Nr. 21/22 2010, S. 3ff.).
- ⁸⁷ Art. 158 Abs. 2 ZPO i.V.m.Art. 261ff.ZPO.
- ⁸⁸ Art. 158 Abs. 1 lit.a ZPO.
- ⁸⁹ Art. 158 Abs. 1 lit.b ZPO.
- ⁹⁰ Vgl. *Fellmann*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)., Zürich et al. 2010, Rdnr. 23 zu Art. 158.
- ⁹¹ Vgl. oben, Ziff. 4.
- ⁹² Art. 252 ZPO.
- ⁹³ Art. 265 Abs. 1 ZPO.
- ⁹⁴ Vgl. *Fellmann*, Rdnrn. 26f. zu Art. 158.
- ⁹⁵ Vgl. oben, Ziff. 4.
- ⁹⁶ Vgl. Art. 168 ZPO, sowie *Fellmann*, Rdnr. 30 zu Art. 158. – Auch bei *vorprozessualer Beweisabnahme* sind die Bestimmungen über die *Beweisführung im ordentlichen Verfahren* maßgebend (vgl. *Schmid*, in: *Kurzkommentar ZPO, Oberhammer* (Hrsg.), Basel 2010, Rdnr. 5 zu Art. 158). Dazu ist festzuhalten, dass die Gegenpartei im Prozess (anders: Dritte) nur zur Beweiserhebung im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet sind. D.h. die Verweigerung der Mitwirkung hat *lediglich prozessuale Nachteile* und kann nicht *in realis* durchgesetzt werden (vgl. *Schmid*, Rdnr. 1 zu Art. 160). Die Pflicht zur Herausgabe von Urkunden *in einem anhängigen Prozess* richtet sich nach Art. 160 Abs. 1 lit.b ZPO. Es handelt sich hierbei um eine Mitwirkungspflicht im Sinne einer Obliegenheit (vorprozessuale Last). Die Verweigerung einer Partei kann entsprechend weder mit Ordnungsbusse noch mit Strafdrohung sanktioniert oder direkt erzwungen werden. Hingegen ist es zulässig, das renitente Verhalten einer Partei zu ihrem Nachteil bei der Beweismwürdigung zu berücksichtigen (*Hasenböhler*, in *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich et al. 2010, Rdnrn. 8f. zu Art. 160).
- ⁹⁷ Vgl. oben, Ziff. 5b).
- ⁹⁸ Vgl. *Fellmann*, Rdnr. 35 zu Art. 158; *Schmid*, Rdnr. 8 zu Art. 158.
- ⁹⁹ Zur Frage der Kostenverlegung, insb. wenn kein Hauptsachenverfahren nachfolgt, vgl. *Fellmann*, Rdnr. 36ff. zu Art. 158.
- ¹⁰⁰ Vgl. oben, Ziff. 5a).
- ¹⁰¹ Art. 158 ZPO schließt nämlich auch nicht aus, dass bei Durchführung der vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Prozesses die Beweisabnahme zum gleichen Thema im Hauptprozess nochmals durchgeführt wird. Vgl. *Fellmann*, Rdnr. 46 zu Art. 158 ZPO.
- ¹⁰² *Schweizer*, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 3ff., insb. S. 24. – *Berger/Kellerhals*, Rdnrn. 1139 und 1140 halten dafür, dass vorsorgliche Maßnahmen im Rahmen von Art. 183 Abs. 1 IPRG einer Dringlichkeit sowie einer vorübergehenden Gültigkeit der verfügten Anordnung bedürfen. Sie halten zudem fest, dass nach herrschender Lehre unter Art. 183 PRG auch vorsorgliche Maßnahmen fallen, welche dem Schutz gefährdeter Beweise dienen. Diese Autoren äußern sich jedoch nicht zur Frage, ob die vorsorgliche Beweisführung unter Art. 183 IPRG fällt, trat diese Bestimmung doch erst dieses Jahr neu in Kraft.
- ¹⁰³ Sofern sich dabei Geheimhaltungsfragen stellen, sind diese zu prüfen und ggf. entsprechende Maßnahmen zum Schutz der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Partei zu treffen. Vgl. dazu im Detail *Wyss*, How to Protect Business Secrets in International Commercial Arbitration, Int. A.L.R. 6/2009, S. 158–167 (nachfolgend zit. „*Wyss*, Protection of Business secrets“).
- ¹⁰⁴ Vgl. Art. 95 Abs. 2 lit.c und Abs. 3 ZPO i.V.m.Art. 98 und 99 ZPO.
- ¹⁰⁵ Dabei müsste in jedem Fall grundsätzlich glaubhaft gemacht werden, dass der dem eingeklagten Betrag zugrundeliegende Anspruch tatsächlich besteht. Vgl. die vorstehenden Ausführungen zu den Anspruchsvoraussetzungen betreffend die vorsorgliche Beweisabnahme.
- ¹⁰⁶ Das Gutachten ist gemäß Art. 168 Abs. 1 Bst.d ZPO ein zulässiges Beweismittel.
- ¹⁰⁷ Vgl. Diesbezüglich besteht zwar grundsätzlich keine Pflicht, herrscht doch in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz auch die Verhandlungsmaxime vor; vgl. *Schneider*, Rdnrn. 5 und 10 zu Art. 184 IPRG. Das *Bundesgericht* stipuliert dann eine Pflicht des Schiedsgerichts, einen Sachverständigen beizuziehen, sofern es nicht selber über den technischen Sachverstand verfügt, um die strittige Frage zu entscheiden. Vgl. BGE 102 Ia 492ff., sowie *Schneider* mit weiterführenden Hinweisen, Rdnr. 35 zu Art. 184 IPRG.
- ¹⁰⁸ Vgl. dazu *Fischer/Richa*, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, Basel 2010, S. 19ff.
- ¹⁰⁹ Dies verbieten bereits Art. 271 und 273 des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. 12. 1937 (SR 311.0) sowie weitere spezialgesetzliche Bestimmungen aus dem Bereich Bankenrecht, Schutz von Berufsgeheimnissen bei Ärzten, Anwälten etc. Vgl. etwa *Fischer/Richa*, S. 43ff. und 63ff.; *Wyss*,

Protection of Business Secrets, S. 158ff.; *Honegger/Kolb*, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, in: *Emmenegger* (Hrsg.), *Cross-Border Banking*, Basel 2009, S. 1ff.

¹¹⁰ Vgl. Im Detail Fischer/Richa, S. 95ff.

¹¹¹ StPO; SR 312.0.

¹¹² Vgl. dazu Art. 22 StPO, welcher besagt, dass die kantonalen Strafbehörden die Straftaten des Bundesrechts verfolgen und beurteilen. Vorbehalten bleiben die in der StPO geregelten gesetzlichen Ausnahmen, welche Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen, gegen Magistratspersonen des Bundes, gegen Mitglieder der Bundesversammlung, sowie schwere Straftaten wie Geiselnahme, Nötigung von Behörden des Bundes oder des Auslandes, politischen Verbrechen und Vergehen, sowie das organisierte Verbrechen, Finanzierung des Terrorismus und Wirtschaftskriminalität etc. betreffen (vgl. Art. 23 und 24 StPO).

¹¹³ Vgl. hierzu z.B. *Jaggi*, Geheime Überwachungsmaßnahmen, ZBJV (147) 2011, S. 1ff.