

Der Ausländerarrest nach revidiertem SchKG - Ausreichende Binnenbeziehung durch Wahl eines schweizerischen Schiedsortes oder des Schweizer Rechts ?

Matthias C. Scherer^{*}

Artikel 271 Absatz 1 Ziff. 4 des Schweizerischen Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) in seiner Fassung vom 1. Januar 1997 lässt einen Arrest gegen einen Schuldner, der nicht in der Schweiz wohnt, nur zu, wenn die Arrestforderung einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist. In der Lehre wurde die Meinung geäußert, die Wahl eines Schiedsortes in der Schweiz oder die Wahl des Schweizer materiellen Rechts stellen einen solchen Bezug her, selbst wenn der Forderung ansonsten jeglicher Bezug zur Schweiz abgeht. M. C. Scherer formuliert wesentliche Vorbehalte gegen diese Anknüpfung im Rahmen der schweizerischen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.

* * *

Depuis le 1er janvier 1997, l'article 271 al. 1 ch. 4 de la Loi suisse sur la poursuite pour dettes et faillite (LP) impose au créancier séquestrant de démontrer que sa créance a un "lien suffisant" avec la Suisse. A défaut d'un tel lien, le séquestre ne pourra être accordé. On a pu lire dans des publications commentant la révision de la LP que le fait que la créance est issue d'un contrat contenant une clause arbitrale prévoyant un siège en Suisse était suffisant pour créer ce lien territorial. Certains commentateurs ont également indiqué que l'élection de droit suisse sera à même d'entraîner ce résultat. M. C. Scherer s'attelle à formuler des réserves quant à ces conclusions dans le domaine de l'arbitrage international.

Inhaltsverzeichnis

^{*} Fürsprecher, LL.M., Genf.

Der Autor dankt Herrn Bernd EHLE, Rechtsreferendar, Freiburg i. Br., für seine Mithilfe bei der Zusammenstellung der für diesen Artikel benutzten Dokumentation.

- A. Der “Ausländerarrest” nach schweizerischem Recht**
- B. Ein alter Bekannter in neuem Gewand: Die Binnenbeziehung**
- C. Arbeitshypothesen**
- D. Vorbehalte zur herrschenden Lehre**
- E. Gegensätzliche Finalitäten von SchKG, IPRG und Staatenimmunität: *ratio legis* und *ratio jurisprudentiae***
 - 1. SchKG
 - 2. Vollstreckungsimmunität fremder Staaten
 - 3. Der LIAMCO Entscheid : Unzulässige Rückschlüsse auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG
- F. Schiedsprozessuale Treuepflichten : Eine widersprüchliche Praxis**
- G. Wahl des Schweizer materiellen Rechts als Geburtshelfer einer Binnenbeziehung ?**
- H. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen**

* * *

A. Der “Ausländerarrest” nach schweizerischem Recht

Zur Sicherung des Substrates einer schon eingeleiteten oder bevorstehenden Vollstreckung wegen einer Geldforderung stellt Artikel 271 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) dem Gläubiger das Institut des Arrestes zur Verfügung. Um einen Arrest zu erwirken, muss der Gläubiger den Bestand der Arrestforderung (und in der Regel deren Fälligkeit) glaubhaft machen, realisierbares Arrestgut und das Vorliegen einer der in Artikel 271 Absatz 1 abschliessend aufgezählten Situationen (Arrestgründe) nachweisen. Das Gesetz nennt folgende Arrestgründe: kein fester Wohnsitz des Schuldners, unredliches Verhalten des Schuldners, Durchreise oder Markt- und Messebesuch des Schuldners, ausländisches Domizil des Schuldners (“**Ausländerarrest**”²), oder das Vorliegen eines definitiven oder provisorischen Verlustscheines. Der Ausländerarrest ist gegenüber den übrigen Arrestgründen subsidiär.

Der Arrest wird nur provisorisch verfügt und muss vom Arrestgläubiger prosequiert werden, widrigenfalls der Arrest dahinfällt. Die Prosequierung geschieht nach dem auf die Geltendmachung der

¹ Literaturauswahl: Botschaft vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1 (91.034), § 208.1; Hans FRITZSCHE / Hans Ulrich WALDER-BOHNER, Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1993; Karl SPÜHLER / Peter STÜCHELI / Susanne PFISTER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, S. 44 ff.; Kurt AMMON / Dominik GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997, S. 405 ff.; Ernst F. SCHMID / Thomas SPRECHER, Veränderte Voraussetzungen für den Ausländerarrest, in Neue Zürcher Zeitung Nr. 302/1996 (28./29.12.1996), S. 23; Felix MEIER-DIETERLE, Der “Ausländerarrest” im revidierten SchKG, in AJP/PJA 1996, 1416 ff.; Walter A. STOFFEL, Das neue Arrestrecht, AJP/PJA 1996, 1401 ff., 1407 f.; Laurent KILLIAS, Internationale Zuständigkeit für Arrest- und Arrestprosequierungsverfahren in der Schweiz, in RIW 1996, Heft 12, S. 1005 ff.; Dominik GASSER, Revidiertes SchKG - Hinweise auf kritische Punkte, in ZBJV 1996, 627, 651; Ders., Das Abwehrdispositiv der Arrestbetroffenen nach revidiertem SchKG, in ZBJV 1994, 582 ff.; Lucien GANI, Le “lien suffisant avec la Suisse” et autres conditions du séquestre lorsque le domicile du débiteur est à l'étranger, in SJZ 12/1996, S. 227 ff.; Daniel STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in AJP/PJA 1995, 259, 269; Hans REISER, Zur geplanten Einschränkung des “Ausländerarrestes” gem. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG, in Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Vefahren in Zürich, Nr. 14, April 1992, S. 17 ff.; Pierre-Robert GILLIÉRON, Une alerte centenaire : La volonté de restreindre le cas du séquestre de l'article 271 al. 1 ch. 4 LP, in SJZ/RSJ 1986, 121 ff.; Jean-François EGLI, Deux aspects internationaux du séquestre, de lege ferenda, in Premier Séminaire de droit international et de droit européen, Neuchâtel 1985, Le droit de la faillite international, Zürich 1986, S. 121 ff.; H.-U. FREIMÜLLER, Attachments in Switzerland and their validation in international commercial arbitration, in Bulletin ASA 1984, S. 72 ff.; Der Arrest im SchKG, Schriftenreihe SAV, Bd. 4; Das revidierte SchKG, Schriftenreihe SAV, Bd. 13, S. 119 ff.

Arrestforderung anwendbaren Verfahrensrecht, bei Vorliegen einer Schiedsklausel also durch die Einleitung eines Schiedsverfahrens³.

B. Ein alter Bekannter in neuem Gewand: Die Binnenbeziehung

War es nach altSchKG noch möglich, als einzige Rechtfertigung für ein Arrestbegehren auf den ausländischen Wohnsitz des angeblichen Schuldners hinzuweisen, so errichtet nun Artikel 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG eine Hürde⁴. Hat der Schuldner keinen Wohnsitz in der Schweiz, so kann ein Arrest gegen ihn nur noch dann erwirkt werden, (i) wenn die Forderung des Gläubigers sich auf einen Rechtsöffnungstitel stützen kann (Schuldanererkennung, Urteil) oder (ii) wenn die Arrestforderung **“einen genügenden Bezug zur Schweiz”** aufweist.

Die Botschaft über die Änderung des SchKG und dessen Exegeten verweisen zur Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes unisono auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Sachen Vollstreckungsimmunität^{5 6}. Das Schweizer Bundesgericht schuf in der Tat das Erfordernis einer **“Binnenbeziehung”**, um darüber zu entscheiden, ob ein ausländischer Staat in der Schweiz Vollstreckungsimmunität genießt oder nicht: Will ein Gläubiger in der Schweiz gegen einen ausländischen Staat Vollstreckungshandlungen vornehmen, muss er nicht nur den Nachweis erbringen, dass sein Anspruch auf einem Auftreten des Staates im Rechtsverkehr wie ein Privater gründet (*iure gestionis*), sondern darüber hinaus aufzeigen, dass

³ H.-U. FREIMÜLLER, loc. cit., S. 72 ff., BGE 56 III 233 *Moser-Briner c./ Briner*, BGE 101 III 58, *LINOCO*.

⁴ Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 SchKG lautet: *“Der Gläubiger kann für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners mit Arrest belegen lassen: ... (4) wenn der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt, kein anderer Arrestgrund gegeben ist, die Forderung aber einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist oder auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil oder auf einer Schuldanererkennung im Sinne von Artikel 82 Absatz 1 beruht;”*

Genau genommen muss sich der Bezug zur Schweiz aus dem **Rechtsverhältnis** ergeben, aus dem die Arrestforderung abgeleitet wird. Wollte man sich nur auf letztere abstützen, käme man zum Ergebnis, dass eine Forderung, die für sich alleine betrachtet keine Beziehung zur Schweiz hat, keinen Arrest rechtfertigt, obwohl sie in einem Vertrag verbrieft ist, der einen Bezug zur Schweiz hat (Bspw. die Kaufpreisforderung in einem Kaufvertrag mit einem für die Kaufpreisforderung in London gelegenen Erfüllungsort und einem Erfüllungsort in Genf für die Warenlieferung).

⁵ Das Erfordernis einer Binnenbeziehung ist laut Bundesgericht nicht im Völkergewohnheitsrecht, sondern im innerstaatlichen Schweizer Recht anzusiedeln (BGE 106 Ia 142, Erw. 3 b).

⁶ Vgl. die in Fussnote 1 aufgeführten Textstellen. GANI, loc. cit., S. 230 weist auch Erwähnungen in anderen Rechtsgebieten nach.

seine Forderung eine Beziehung zur Schweiz hat, eine Binnenbeziehung eben⁷. Die Botschaft verzichtet bewusst darauf, den Begriff der Binnenbeziehung endgültig zu definieren⁸.

Eine Binnenbeziehung wurde in der Vergangenheit von Schweizer Gerichten im Bereich der Vollstreckungsimmunität unter anderem bei Vorliegen eines Erfüllungsortes in der Schweiz und bei Vornahme von vertragsbegründenden⁹ oder vertragserfüllende Handlung in der Schweiz angenommen¹⁰. Keinesfalls genügt es jedoch zur Schaffung einer Binnenbeziehung, dass Vermögenswerte des Schuldners in der Schweiz liegen¹¹.

⁷ Vgl., mit weiteren Hinweisen, Christian DOMINICE, Immunités de juridiction et d'exécution des Etats et chefs d'Etat étrangers, FJS n° 934, S. 7 ff.; Jean-François EGLI, Immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers et de leurs agents dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 201 ff., 208.

⁸ Botschaft, § 208.1.

⁹ GILLIÉRON, SJZ 1986, 125 f., hat mit Recht darauf hingewiesen, dass der Abschlussort als Anknüpfungskriterium nicht mehr die moderne Geschäftspraktik widerspiegle. Es handle sich meist um eine reine Fiktion. Was den Erfüllungsort anbelangt, so sei dieser uneinheitlich, oft nicht vertraglich festgelegt, sondern vom Zufall abhängig und eigne sich insgesamt nicht zu Abgrenzungszwecken (Allerdings ist fraglich, ob bei einer solchen Zufälligkeit überhaupt eine genügende Binnenbeziehung vorliegt. Das Bundesgericht hat in der Tat eine solche verneint, wenn der Vertrag eine Partei berechtigt, die Erfüllung an irgendeinem Ort zu fordern und sie daraufhin einen Erfüllungsort in der Schweiz wählt: BGE 106 Ia 142, 150; BGE 82 I 75, 92).

¹⁰ Vgl. BGE 106 Ia 142 *LIAMCO* und die dort angeführten Entscheide, Bundesgerichtsentscheid *République Arabe d'Égypte c./ Cinetelevision International Registered Trust* vom 20. Juli 1979, in ASDI 1983, 206 ff. sowie die in Fussnote 1 genannten Autoren, insbesondere L. GANI, loc. cit. und Ernst F. SCHMID / Thomas SPRECHER, loc. cit.; Botschaft, § 208.1.

¹¹ BGE 106 Ia 142 und die dort angeführten Entscheide; Botschaft, § 208.1.

C. Arbeitshypothesen

Es lässt sich nicht leugnen, dass ein schweizerischer Schiedsort oder die Wahl schweizerischen Rechts eine Beziehung zur Schweiz schaffen. Aber jede Binnenbeziehung soll gerade nicht ausreichen, um einen Ausländerarrest zu rechtfertigen (Artikel 271 spricht von einem “genügenden” Bezug der Forderung zur Schweiz). Dennoch liest man bei sämtlichen in diesem Artikel zitierten und sich zur Binnenbeziehung äussernden Autoren ohne nähere Begründung, dass das Vorliegen eines Schiedsortes in der Schweiz oder die Wahl des Schweizer Rechts den Anforderungen von Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 Genüge tue. Die meisten stützen sich dabei auf einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1980 (BGE 106 Ia 142, *LIAMCO*), auf den im folgenden noch näher einzugehen ist.

In den hier untersuchten Hypothesen des Ausländerarrestes seien Schiedsort und/oder anwendbares Recht die einzigen Berührungspunkte mit unserem Land. Insbesondere sei die in Frage stehende Forderung weder in der Schweiz begründet worden, noch hier zu erfüllen.

Ebenfalls ausklammern wollen wir den nach Ergehen des Schiedsspruchs erwirkten Arrest, da sich die im Schiedsverfahren obsiegende Partei direkt auf den Schiedsspruch berufen wird. Die Prüfung des Vorliegens einer Binnenbeziehung erübrigt sich in diesem Fall (vgl. Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 SchKG).

D. Vorbehalte zur herrschenden Lehre

Generell sind unsere Bedenken gegen die Zulässigkeit eines Arrestbegehrens nach Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 SchKG im Verhältnis von durch eine Schiedsklausel und/oder der Wahl des Schweizer materiellen Rechts gebundenen Parteien dreierlei Natur :

1. Angesichts der unterschiedlichen Zielsetzungen und Inhalte scheint es insgesamt bedenklich, im Bereich der Staatenimmunität begründete Konzepte unbesehen ins SchKG zu übertragen. Insbesondere ist die Anwendung der vom Bundesgericht im *LIAMCO* Entscheid zur Frage der Vollstreckungsimmunität angestellten Überlegungen auf Artikel 271 SchKG unzulässig (dazu E).

2. Die aus der Wahl eines Sitzes in der Schweiz gezogene Schlussfolgerung der Kommentatoren des SchKG ist auf Kollisionskurs mit wichtigen Leitplanken des schweizerischen internationalen Schiedsrechts:

- ◆ Generell gilt es zu prüfen, ob die Bejahung einer Binnenbeziehung im Rahmen von Artikel 271 SchKG, falls die Parteien einen Schiedsort in der Schweiz gewählt haben, den legitimen Parteierwartungen entspricht (dazu E.3);
- ◆ Sodann muss untersucht werden, ob die Bejahung einer Binnenbeziehung den Erwartungen des Gesetzgebers als Schöpfer von SchKG und IPRG gerecht wird; Lösungsansätze zur Auslegung von Artikel 271 des revidierten SchKG müssen in seiner *ratio legis* und derjenigen des 12. Kapitels des IPRG gesucht werden, wenn die Binnenbeziehung aus einer Anknüpfung des Schiedsverfahrenssitzes an die Schweiz erfolgt (dazu E.3);
- ◆ Es ist fraglich, ob ein Arrestbegehren mit den im Schiedsverfahrensrecht sonst hochgehaltenen (oder jedenfalls gepriesenen) Treuepflichten kompatibel ist (dazu F).

3. Bezüglich einer auf Schweizer Recht verweisenden Rechtswahl ist zu prüfen, ob damit tatsächlich ein im Sinne von Artikel 271 SchKG genügender Bezug der Forderung zur Schweiz entsteht (dazu G).

E. Gegensätzliche Finalitäten von SchKG, IPRG und Staatenimmunität: *ratio legis* und *ratio jurisprudentiae*

Selbst bei oberflächlicher Betrachtung wird klar, dass insbesondere aus teleologischen Gründen der im SchKG nicht näher definierte Begriff

des “genügenden Bezuges” nicht mit Ellen gemessen werden darf, die im Zusammenhang mit der Vollstreckungsimmunität fremder Staaten entwickelt wurden.

1. SchKG

Wie bereits erwähnt, ist das abhängig machen des Ausländerarrestes vom Vorliegen einer Binnenbeziehung als ausdrücklicher Abschied von “*der zu leichtfertigen Zulassung des Ausländerarrestes*” zu verstehen¹², dem ein heute schon aus kommunikations- und transporttechnischen Gründen nicht mehr zeitgemässes Misstrauen gegenüber dem im “fernen” Ausland domizilierten Schuldner Pate stand. Kommt hinzu, dass heute wenigstens in Europa dem Gläubiger mit dem EuGVÜ und dem Lugano Parallel-Übereinkommen ein effizienteres Instrument zur Verfügung steht, als dies zur Zeit der Einführung des aSchKG der Fall war (anno Domini 1889 !).¹³

¹² Botschaft, § 208.1.

¹³ Der EuGH ist zu dem Schluss gekommen, dass es innerhalb der Europäischen Union kein “Vollstreckungsausland” gibt. Der EU-ausländische Wohnsitz kann in seinen Augen kein arrestrelevantes Kriterium darstellen: EuGH, 10. Februar 1994, *Mund & Fester c./ Hatrex Internationaal Transport*, I-467 ff.; Vgl. Paul VOLKEN, Der EuGH knackt den Ausländerarrest, in SZIER 1994, S. 1 f. Vgl. auch das Urteil des LG Hamburg vom 14.8.1996, 317 S 144/96, in RIW 1997, 67: Der Kläger mit Sitz in Malta erwirkte ein Urteil in London gegen eine nigerianische Reederei, das er in Deutschland zu vollstrecken sucht und stellte ebenfalls ein Arrestbegehren. Das LG Hamburg hielt den Arrestgrund von § 917 Abs. 2 ZPO für gegeben, obwohl der Kläger ausserhalb der EU domiziliert war : “*Hierfür spricht das im EuGVÜ verankerte ... Prinzip, Urteile der Mitgliedstaaten im EG-Raum gleichzustellen ... und eine Diskriminierung von Urteilen anderer EG-Staaten durch die Gerichte eines Mitgliedstaates zu unterbinden.*” (ibid. S. 68).

2. Vollstreckungsimmunität fremder Staaten

Im Rahmen von gegen Private gerichteten Arrestbegehren können nicht die gleichen Überlegungen zum Tragen kommen, die das Schweizer Bundesgericht aus *comity*-Gründen zu seiner Rechtsprechung in Sachen Vollstreckungsimmunität fremder Staaten bewogen haben. Auch die Regel *par in parem non habet imperium* kann nicht gelten. Staatspolitische Überlegungen¹⁴ spielen höchstens eine untergeordnete Rolle. Die Bejahung einer Binnenbeziehung ist im Bereich der Staatenimmunität eine *conditio sine qua non* für die Durchführung irgendwelcher Vollstreckungsmassnahmen in der Schweiz. Hingegen kann selbst bei Fehlen einer Binnenbeziehung ein Arrest (Subsidiarität des Ausländerarrestes gegenüber anderen Arrestformen, Vorliegen eines Urteils oder einer Schuldanerkennung) oder andere Vollstreckungsmassnahmen gegen Private durchaus möglich sein.

3. Der LIAMCO Entscheid: Unzulässige Rückschlüsse auf Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 SchKG

Der von der Doktrin als Referenz zur Bejahung einer Binnenbeziehung durch Wahl eines Schiedsortes in der Schweiz angeführte Bundesgerichtsentscheid in Sachen *Sozialistische Libysche Arabische Volks-Jamahiriya c./ LIAMCO* (BGE 106 Ia 142 ff. = JdT 1982 II 66) ist ausschliesslich unter dem Blickwinkel der Vollstreckungsimmunität fremder Staaten zu betrachten.

Kurz gesagt ging es dabei um folgenden Sachverhalt: Infolge der Aufkündigung einer Erdölkonzession durch den libyschen Staat hatte LIAMCO gegen diesen einen Schiedsspruch erwirkt. Der Einzelschiedsrichter hatte Genf als Schiedsort bestimmt. LIAMCO stellte darauf in Zürich diverse Arrestbegehren gegen Libyen und staatliche libysche Organisationen auf der Basis von Art. 271 Abs.1 Ziff. 4 SchKG. Die Sozialistische Libysche Arabische Volks-Jamahiriya erhob Beschwerde ans Bundesgericht wegen Verletzung ihrer Vollstreckungsimmunität. Das Bundesgericht bejahte eine derartige Verletzung, da keine genügende Binnenbeziehung vorgelegen habe.

¹⁴ Besonders deutlich werden diese in BGE 106 Ia 141, 148 formuliert: "Es müssen ... Umstände vorliegen, die das Rechtsverhältnis so sehr an die Schweiz binden, dass es sich rechtfertigt, einen fremden Staat vor schweizerischen Behörden zur Verantwortung zu ziehen, Die Interessen der Schweiz erfordern ein solches Vorgehen nicht; im Gegenteil könnten dadurch leicht politische Schwierigkeiten entstehen."

Das Bundesgericht verneint das Vorliegen einer Binnenbeziehung mit folgender Begründung (S. 150):

“Wird der Sitz des Schiedsgerichts durch Dritte oder durch das Schiedsgericht selber gewählt, so ergibt sich daraus indes noch keine ausreichende Binnenbeziehung zur Schweiz, jedenfalls dann nicht, wenn das Schiedsgericht mit der Entscheidung über einen Rechtsstreit aus einem Rechtsverhältnis betraut ist, das an sich mit der Schweiz keine Berührungspunkte hat.”

Die Lehre folgert wie erwähnt aus dieser Rechtsprechung, dass im Rahmen von Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 SchKG eine Binnenbeziehung dann bejaht werden muss, wenn die Arrestforderung in einem Vertrag verankert ist, der ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vorsieht. Dieser Auslegung stehen gewichtige Bedenken entgegen :

3.1 Unzulässige Analogieschlüsse

Das Urteil äussert sich zum Problem der Vollstreckungsimmunität eines fremden Staates, nicht hingegen zu der völlig anders gelagerten Frage, ob generell ein Arrest gegen einen privaten, nicht in der Schweiz ansässigen Schuldner möglich ist. Diese Diskrepanz und die unterschiedlichen Zielsetzungen der Revision von Artikel 271 SchKG einerseits und der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Rahmen der Vollstreckungsimmunität andererseits wurden vorne erörtert. Aus den dort angeführten Gründen sind Analogieschlüsse hinsichtlich der Auslegung von Artikel 271 SchKG im Ansatz verfehlt.

3.2 Ein unzulässiger Umkehrschluss

3.2.1 Das Bundesgericht kommt in BGE 106 Ia 142 zum Schluss, dass zumindest der vom Schiedsrichter bestimmte Sitz in der Schweiz keine Binnenbeziehung nach sich ziehe. Bezüglich der Wirkung eines direkt durch die Parteien gewählten Schiedsortes legt sich das Bundesgericht auch im Rahmen der Vollstreckungsimmunität ausdrücklich nicht fest¹⁵. Die eine Sitzwahl als binnenbeziehungs begründend erachtende Doktrin zieht aus dem LIAMCO Entscheid einen unzulässigen Umkehrschluss. Zu dessen Rechtfertigung führt die Lehre (soweit sie auf die Frage überhaupt eingeht) an, dass Artikel 271 SchKG eine weitere Auslegung erfahren müsse, als dies bei Fragen der Vollstreckungsimmunität fremder Staaten der Fall sei. Die Begründung geht fehl, da sie zwei Sachverhalte vergleicht, die nicht verglichen werden können. In der Tat ist mit der herrschenden Meinung¹⁶ festzuhalten, dass BGE 106 Ia 142 im Rahmen der Vollstreckungsimmunität zu eng ist:

Wenn ein Staat wie ein Privater im Rechtsverkehr auftritt, eine Schiedsklausel akzeptiert und vor einem Schiedsgericht in der Schweiz unterliegt, dann sollte der gegen ihn ergangener Schiedsspruch in der Schweiz auch vollstreckbar sein¹⁷. Ein Schiedsverfahren ist schliesslich nicht Selbstzweck, sondern ein notwendiger, der angestrebten Vollstreckung in das Vermögen der Gegenpartei vorgelagerter Prozess.

Das LIAMCO Urteil erging im Jahre 1980, d.h. zu einem Zeitpunkt, da das internationale schweizerische Schiedsrecht noch nicht von einem modernen IPR-Gesetz, sondern vom interkantonalen Schiedskonkordat geregelt wurde. Im Anwendungsbereich des neuen IPRG (1987) und der dort zum Ausdruck kommenden Effizienzsteigerung der Schweizer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erscheint die einschränkende Auslegung des Bundesgerichts als mit den Ambitionen des Gesetzgebers unvereinbar.

¹⁵ Schon in BGE 102 Ia 574, 581, *SGTM c./ République populaire du Bangladesh* (vgl. BLESSING/BURCKHARDT, loc. cit., S. 115 f.) hat das Bundesgericht die Frage nach der Binnenbeziehungswirkung eines Schiedssitzes in der Schweiz offengelassen. Es handelte sich jedoch auch damals um eine von der hier besprochenen Situation völlig verschiedenen Fragestellung (Keine Anwendung des Schweizer *ordre public*, wenn eine Sache keinen Bezug zur Schweiz hat.).

¹⁶ Pierre LALIVE / Andreas BUCHER, in ASDI 1981, 443 ff.; Marc BLESSING / Thomas BURCKHARDT, Sovereign Immunity - A Pitfall in State Arbitration ? in Schweizerische Beiträge zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1984, p. 107 ff. 114.

¹⁷ Albert Jan VAN DEN BERG, Some recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions, ICSID Review 1987, S. 439, 449 f.; Wolfgang PETER, loc. cit., S. 291.

3.2.2 Die Aussage des Bundesgerichts, dass aus der Wahl eines Verfahrenssitzes in der Schweiz keine Binnenbeziehung entstehe, ist hingegen für Artikel 271 SchKG zutreffend. Die gegenteilige Auffassung ist nicht mit dem sich klar zu einem modernen, effizienten Schiedsrecht bekennenden IPRG vereinbar:

Mit der Wahl eines Sitzes in der Schweiz wollen Parteien, deren Vertrag über keine Beziehung zur Schweiz verfügt gerade keine Anknüpfung an die Schweiz bewirken. In Wahrheit beabsichtigen sie das Gegenteil. Die Lokalisierung eines Schiedsgerichtes in der Schweiz geschieht vor dem Hintergrund der Neutralität und Modernität des schweizerischen Schiedsrechtes, insbesondere dessen Nichteinmischungspolitik.

Letztere kommt auch in Artikel 192 IPRG zum Ausdruck. Wo keine Schweizer Partei am Verfahren beteiligt ist, d.h. in der Konstellation, die auch für den Ausländerarrest typisch ist, war der Gesetzgeber bereit, den vertraglichen Ausschluss der Zuständigkeit der Schweizer Gerichte zur Überprüfung eines Schiedsspruches hinzunehmen¹⁸.

Eine der Hauptattraktionen des IPRG ist ja gerade, dass es die Durchführung in der Schweiz von internationale Schiedsverfahren erlaubt, in denen weder die Parteien noch die strittige Forderung eine Beziehung zu unserem Land haben. Das *rattachement* zur Schweiz wird von den Parteien zwar gesucht, jedoch nur weil die Intervention des Schweizer *juge d'appui* sich seit Inkrafttreten des IPRG auf eine pure Hilfestellung beschränkt. Im Gegensatz zur Wahl eines Gerichtsstandes in der Schweiz wollen sich die Parteien durch die Wahl des Schiedsverfahrens ja gerade jeder staatlichen Einmischung entziehen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass wer aus Sorge um die Glaubwürdigkeit des Schiedsplatzes Schweiz bei einem schweizerischen Schiedsort eine Binnenbeziehung im Rahmen der Vollstreckungsimmunität bejaht, die Existenz einer Binnenbeziehung im Bereiche des Ausländerarrestes verneinen muss.

3.3 Die abstrakte Natur des Schiedsverfahrenssitzes

Der Sitz eines Schiedsverfahrens ist (entgegen landläufiger Annahme) eine pure **Fiktion**. Der Sitz beinhaltet weder eine Anknüpfung an das schweizerische Rechts- noch Gerichtssystem (ausserhalb der

¹⁸ Statt vieler s. Paolo Michele PATOCCHI/Cesare JERMINI, in HONSELL et al., Internationales Privatrecht, Basel 1996, ad Art. 192 ff.

Artikel 176 ff. IPRG und der ebendort eng limitierten Kompetenzen des *juge d'appui*) und schon gar kein körperliches Fussfassen der Parteien oder des Schiedsgerichts in der Schweiz. Das Verfahren (Urteilsberatung, Parteiverhör, Zeugeneinvernahme, etc.) kann auch bei einem Sitz in der Schweiz im Ausland stattfinden, ohne dass der zu fällende Entscheid Gefahr läuft, das Prädikat "made in Switzerland" zu verlieren.

3.4 Das Wesen der Anknüpfung nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4

Artikel 271 SchKG verlangt, dass die Forderung selber einen "körperlichen" oder tatsächlichen Bezug zur Schweiz hat (Erfüllungsort, Erfüllungshandlungen). Ein Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz führt zwar zu einem "Schweizer" Schiedsspruch. Es entsteht eine auf den Anwendungsbereich von Artikel 176 ff. IPRG begrenzte Beziehung zwischen dem Schweizer Rechtssystem und dem Schiedsspruch. Hingegen wird die im Schiedsurteil verbrieftete Forderung nicht an die Schweiz geknüpft.

Dies ist auch gar nicht mehr nötig, denn sobald die Forderung in einem vollstreckbarem Urteil oder einer Schuldanerkennung verankert ist, erübrigt sich gemäss Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 SchKG die Suche nach einer Binnenbeziehung (es sei denn, der Arrestschuldner genieesse Vollstreckungssimmunität). Der Gläubiger darf sich direkt auf das Urteil abstützen. Es spielt keine Rolle, wie es zu dem vollstreckbaren Urteil oder zur Schuldanerkennung kam und auch nicht, ob diese einen Bezug zur Schweiz haben oder nicht.

Im übrigen scheint das Bundesgericht im LIAMCO Urteil der Meinung zu sein, dass der Sitz des Schiedsgerichts nicht die vom Schiedsrichter zu beurteilende Forderung an die Schweiz binde, sondern nur das Schiedsgericht selber: *"Wird der Sitz des Schiedsgerichts durch Dritte oder durch das Schiedsgericht selber gewählt, so ergibt sich daraus indes noch keine ausreichende Binnenbeziehung zur Schweiz, jedenfalls dann nicht, wenn das Schiedsgericht mit der Entscheidung über einen Rechtsstreit aus einem Rechtsverhältnis betraut ist, das an sich mit der Schweiz keine Berührungspunkte hat."*

In Wahrheit hat das Bundesgericht gar nicht den Bezug der Forderung zur Schweiz untersucht, also nicht geprüft, ob (S. 148) *"Umstände vorliegen, die das Rechtsverhältnis so sehr an die Schweiz binden, dass es sich rechtfertigt, einen fremden Staat vor schweizerischen Behörden zur Verantwortung zu ziehen ..."*, sondern nur ob ein Vollstreckungstitel es rechtfertigt, einen fremden Staat vor schweizerischen Behörden vollstreckungsrechtlich zu belangen. Den im obigen Zitat

hervorgehobenen Satzteil hat das Bundesgericht in seinen Überlegungen gerade nicht geprüft¹⁹. Es bleibt aber dabei, dass das Rechtsverhältnis, nicht das Urteil, eine Beziehung zur Schweiz haben muss.

3.5 Eine untaugliche Abgrenzung

Da die Bestimmung des Schiedsortes in der Schweiz keinen tatsächlichen Bezug der Forderung zur Schweiz schafft und daher nicht binnenbeziehungs begründend ist, so ist es irrelevant, ob der Schiedsort direkt von den Parteien, von einem durch die Parteien gewählten Schiedsreglement²⁰, vom Schiedsrichter, vom *juge d'appui* oder von einer Drittpartei bestimmt wird.

Der Urheber der Sitzwahl ist im übrigen auch zur Beantwortung der Frage nach dem Umfang der Vollstreckungsimmunität fremder Staaten ein untaugliches Kriterium. Denn wer auch immer den definitiven Sitzentscheid fällt, ohne die Einwilligung der Parteien in ein Schiedsverfahren kommt kein solches zustande. Letztlich sind also immer die Parteien für die Wahl des Sitzes verantwortlich.

3.6 Das internationale Schiedsverfahren kennt keinen Heimvorteil

In der Botschaft wird mit Recht darauf hingewiesen, es sei dem Gläubiger, falls der Anspruch keine enge Beziehung²¹ zur Schweiz habe, *„ohne weiteres zumutbar, zunächst am ordentlichen ausländischen Gerichtsstand ein vollstreckbares Urteil zu erwirken“* (§ 208.1). Nun gibt es aber im Anwendungsbereich der Schiedsklausel gerade keinen ordentlichen Gerichtsstand, weder einen ausländischen noch einen schweizerischen. Es gibt im internationalen Schiedsverfahren auch keine *„ausländische“* oder *„inländische“* Partei. Das IPRG behandelt alle Parteien gleich. Dem Gläubiger ist nicht nur zuzumuten, sondern zwingend vorgeschrieben, den Schiedsweg zu beschreiten. Das Pferd würde auch hier vom Schwanz her aufgezäumt, wollte man die

¹⁹ Diese Unterlassung bringt das Kreisschreiben des EJPD an die Kantonsregierungen vom 8. Juli 1986 deutlich zum Ausdruck. Dieses kommt gestützt auf den LIAMCO Entscheid zu der pauschalen Schlussfolgerung, dass sich ein Arrest gegen fremde Staaten nicht *„auf ein Urteil eines Schiedsgerichtes ... , das seinen Sitz in der Schweiz hatte“* abstützen lässt, da in diesem Fall keine genügende Binnenbeziehung zu unserem Land bestehe.

²⁰ Vgl. Artikel 3 des Schiedsreglements der Genfer Handelskammer, Artikel 6 des Schiedsreglements der Zürcher Handelskammer.

²¹ Der schliesslich verabschiedete Text verlangt nur einen *„genügenden“* Bezug.

Beziehung des Forderungsverhältnisses mit der Schweiz aus dem Ergreifen der Option "Schiedsgerichtsbarkeit Schweiz" ableiten.

Nicht unerwähnt bleiben sollte an dieser Stelle ein Urteil des Genfer Cour de Justice aus dem Jahre 1990²². Die Genfer Richter entschieden (mit Verweis auf Schiedsverfahrensrecht), dass es auch Parteien, die keine Beziehung zur Schweiz haben freisteht, mittels einer Vereinbarung nach Artikel 5 IPRG Genf als Gerichtsstand zu erküren. Diese Gerichtsstandsvereinbarung ziehe jedoch nicht zwingend die Zuständigkeit des prorogierten Gerichtes auch für den einstweiligen Rechtsschutz nach sich : Da die Gewährung provisorischen Rechtsschutzes notwendigerweise eine gewisse Dringlichkeit bedinge, müsse der Rechtssuchende sich an dasjenige Gericht wenden, in dessen Zuständigkeitsbereich die Verfügung vollstreckt werden soll.

Die Ausführungen des Genfer Cour de Justice belegen, dass eine Gerichtsstands- oder Schiedsklausel nicht unbedingt ausschlaggebend für die Zuständigkeit im Bereich des einstweiligen Rechtsschutz ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Wahl eines Schiedsplatzes in der Schweiz einen Bezug des Schiedsverfahrens zur schweizerischen Rechtsordnung zur Folge hat (begrenzt auf Artikel 176 ff. IPRG). Diese Erkenntnis gibt jedoch keine Antwort auf die gemäss Artikel 271 SchKG entscheidende Frage, (i) **was** (ii) **woran** angeknüpft werden muss. Laut dieser Bestimmung muss (i) **die Forderung selber**, nicht das über sie erkennende Verfahren, einen genügender Bezug zur Schweiz aufweisen. Als genügend kann im Lichte der in Doktrin und Rechtsprechung genannten Beispiele nur eine Beziehung gelten, die einen (ii) **körperlichen Bezug zur Schweiz** schafft. Dies ist bei der Wahl eines Schiedsortes, die höchstens eine abstrakte Anknüpfung an die Schweiz zur Folge hat, nicht der Fall. Die Bejahung einer Binnenbeziehung allein gestützt auf einen Sitz in der Schweiz hiesse die berechtigten, auf der *ratio legis* des IPRG basierenden Erwartungen der Parteien in die Folgen der Sitzwahl enttäuschen. Damit würde nicht nur den Parteien, sondern vor allem dem Schiedsplatz Schweiz ein Bärendienst erwiesen.

F. Schiedsprozessuale Treuepflichten : Eine widersprüchliche Praxis

²² Entscheid vom 8.2.1990 i.S. *J. & M. Communications Ltd. c./ Seabay Corp. et al.*, in SemJud 1990, 196 ff.

Wie wir gesehen haben, rechtfertigt die Wahl eines Schiedsortes in der Schweiz für sich alleine noch keinen Ausländerarrest. Selbst wenn jedoch eine genügende Binnenbeziehung angenommen wird, stellen sich Fragen bezüglich der Zulässigkeit einer Arrestes im Rahmen eines Schiedsverfahrens.

Das Institut des (Ausländer-)Arrestes erfreute sich in der Vergangenheit auch bei an Schiedsverfahren beteiligten Parteien grosser Beliebtheit. Dies ist an und für sich nicht erstaunlich, denn welcher Gläubiger oder Rechtsvertreter desselben lässt es sich schon nehmen, einen ihm günstigen und grosszügig zur Verfügung gestellten Gesetzesbehelf nicht wahrzunehmen. Erstaunlich ist hingegen etwas anderes: Eigentlich hätte man schon in der Vergangenheit von Arrestschuldern erwartet, dass sie sich die Diskrepanz zwischen der *ratio legis* des IPRG und des SchKG zu Nutze machen und sich einem Arrest mit der Begründung zur Wehr setzten, dass ein solcher im Verhältnis von durch Schiedsklauseln gebundenen Parteien systemwidrig sei. Argumente hätten in der reichen schiedsgerichtlichen und ordentlichgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich der beliebten Gesuche um Kostensicherheit gefunden werden können. *Cautio iudicatum solvi* - Begehren werden in der Tat meist ohne viel Federlesen mit der Begründung abgewiesen, durch die Unterzeichnung einer Schiedsklausel hätten sich die Parteien verpflichtet, sich jedem, auch einem ihnen ungünstigen Schiedsentscheid ohne Murren zu unterziehen^{23 24}. Um diese Verpflichtung zu unterstreichen, werden direkt oder analog Bestimmungen von Schiedsinstitutionen herangezogen, die den Entscheid für endgültig erklären. Darüberhinaus enthalten auch viele

²³ Schiedsurteil in Bulletin ASA 1995, 529; Schiedsurteil in ICC Schiedssache Nr. 7047, Bulletin ASA 1995, 301 ff.; Prozessverfügung in ICC Schiedssache Nr. 7489, J.D.I. Clunet 1993, 1081; Marc BLESSING, Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation, WIPO 1995, S. 59; RAESCHKE-KESSLER/BERGER/LEHNE, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, Köln 1995, n 356 ff.; Wolfgang PETER, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, 2nd ed., The Hague 1995, S. 288 : "... the signing of an arbitration clause implies in itself the acceptance of the jurisdiction of an arbitral tribunal and the willingness to comply with a final and binding award ...". Auch die Begründung des Gesuches um Sicherheitszahlung mit kantonalen Zivilprozessregeln hilft nicht weiter, da diese in internationalen Schiedsverfahren keine Anwendung finden: ZHK-Schiedsspruch in Bulletin ASA 1995, 84 ff.

²⁴ In der Praxis scheint die Mehrheit der Schiedssprüche tatsächlich freiwillig vollstreckt zu werden (Laut RAESCHKE-KESSLER/BERGER/LEHNE, loc. cit., ist dies bei 90 % aller Schiedsurteile der Fall). Ob der Grund dafür in der obengenannten Philosophie zu suchen ist, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden. Die Tatsache, dass die Beschwerdegründe gegen einen Schiedsspruch in der Regel limitiert und die Verteidigungsmöglichkeiten auf Vollstreckungsebene wenigstens in den Unterzeichnerstaaten des New Yorker Übereinkommens eng beschränkt sind, dürfte den pragmatischen Rechtsbeistand wohl eher zur Besonnenheit bewegen, als dies philanthropischen Überlegungen tun.

Schiedsabreden eine solche Aussage. Diese Argumente könnten auch einem Arrestbegehren entgegengehalten werden, das ja *per definitionem* die Sicherung des Vollstreckungssubstrates zum Inhalt hat. Die Praxis ist anders: Wo wie etwa im Falle von ICC Schiedsverfahren (Artikel 8.5 ICC Rules), von auf dem UNCITRAL Model Law basierenden Gesetzen (Artikel 9) oder dem schweizerischen IPRG (Artikel 183) einstweiliger Rechtsschutz nicht prinzipiell ausgeschlossen ist²⁵, geht die Tendenz dahin, dessen Möglichkeiten auch auszuschöpfen²⁶.

Festzuhalten bleibt, dass ein Arrest nach Artikel 271 SchKG von seiner Funktion her nicht mit einer für die Durchführung des Schiedsverfahrens oder der Sicherung von Beweisen oder des Streitgegenstandes unabdingbaren einstweiligen Verfügung²⁷ gleichgestellt werden kann. Bei einem Rechtsbehelf, der wie ein Arrestgesuch lediglich die (teilweise oder umfassende) Sicherung der späteren Vollstreckung ins Vermögen der unterliegenden Partei zum Inhalt hat, kann gerügt werden, er sei mit der Philosophie des Schiedsrechtes nicht vereinbar. Klare Ausnahmen gelten jedoch dort, wo eine Partei durch Taten oder Worte zu verstehen gibt, dieser Philosophie abtrünnig zu werden²⁸. Dann sollten dem *juge d'appui* und auch dem Schiedsrichter die Mittel gegeben sein, durch die Sicherung des Vollstreckungssubstrates diesem "Treuebruch" zuvorzukommen.

Bei Anhängigkeit des Schiedsverfahrens kann das Schiedsgericht dem Arrestgläubiger die Anweisung erteilen, den erwirkten Arrest rückgängig zu machen²⁹. Zwangsmassnahmen stehen dem Schiedsrichter allerdings nicht zur Verfügung. Allenfalls könnte man sich vorstellen, dass der Arrestschuldner im Schiedsverfahren den Ersatz desjenigen Schadens geltend macht, den er durch den Arrest erlitten hat. Falls ihm

²⁵ Für das französische Recht s. Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires, in *Revue critique de droit international privé*, 3/1996, S. 397 ff., 434 ff.

²⁶ Vgl. Albert Jan VAN DEN BERG, The New York Convention of 1958 - Consolidated Commentary, in *Yearbook Commercial Arbitration XXI 1996*, 458. In ICSID Schiedsverfahren hingegen verzichten die Parteien auf jegliche Anrufung des staatlichen Richters (wenigstens bis zum Vollstreckungsstadium). Es ist nicht erstaunlich, dass die Frage der Zulässigkeit von an den Rechtsschutzrichter gerichteten Begehren gerade im Rahmen von ICSID Schiedsverfahren Anlass zu Rechtsprechung gab, vgl. *Bulletin ASA*, 1987, S. 24 ff.; Wolfgang PETER, loc. cit., S. 314 ff.

²⁷ Für eine illustrative Aufzählung von Fallbeispielen, vgl. Section 44 des neuen Englischen Schiedsgesetzes (Arbitration Act).

²⁸ Unter Umständen ist diesfalls auch der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG gegeben.

²⁹ *Bulletin ASA* 1987, 24, 31 (ICSID); *Bulletin ASA* 1990, 270, 282; *Bulletin ASA* 1991, 67 f.

der Nachweis der Missbräuchlichkeit des Arrestes (im oben ausgeführten Sinn) gelingt, sollte ihm eine entsprechende Entschädigung zugestanden werden (allerdings wird der Schiedsrichter dabei eine vom Arrestgläubiger im Arrestverfahren gestellte Kautions im Auge behalten; Artikel 273 SchKG; siehe auch Artikel 183 Absatz 3 IPRG).

Die Frage, ob auch der Schiedsrichter einen Arrest verfügen kann, ist umstritten³⁰. Artikel 183 IPRG schliesst dies jedenfalls nicht explizit aus. Praktische Überlegungen (insbesondere der Verlust des Überraschungseffekts) dürften die Parteien davon abhalten, zuerst das Schiedsgericht anzurufen, das sich auch an den *juge d'appui* wenden muss, wenn die Partei sich einem allfälligen Arrest nicht fügt. Falls die Voraussetzungen zur Geltendmachung von Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 SchKG vor staatlichen Behörden nicht gegeben sind (d.h. wenn einzig der Sitz in der Schweiz oder das anwendbare Schweizer Recht angerufen werden), kann jedenfalls auch über den Umweg des Schiedsrichters kein "Ausländerarrest" erwirkt werden.

G. Wahl des Schweizer materiellen Rechts als Geburtshelfer einer Binnenbeziehung ?

Im Bereiche der Schweizer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit kann die Wahl des Schweizer Rechts direkt durch die Parteien oder indirekt durch den Schiedsrichter erfolgen (Artikel 187 IPRG). Ausserhalb des Schiedsrechts können sich die Parteien im Rahmen von Artikel 5 IPRG dem Schweizer Recht unterstellen.

In der sich zur Frage äussernden Lehre zu Artikel 271 SchKG herrscht die Auffassung, dass die Wahl des Schweizer Rechts eine Binnenbeziehung bewirke³¹. Dieser Schluss ist nicht zwingend.

U. E. besteht auch im Fall der Wahl Schweizer Rechts keine relevante, d.h. genügend enge Binnenbeziehung, um einen Ausländerarrest zu rechtfertigen.

1. Das Prinzip der freien Rechtswahl durch die Parteien ist in allen modernen Rechtssystemen anerkannt. Wenn ein Vertrag nichts mit der Schweiz zu tun hat, und die Parteien nicht in der Schweiz domiziliert

³⁰ Stephen V. BERTI, *in* HONSELL et al., Internationales Privatrecht, Basel 1996, n 12 ad Art. 183, mit Hinweisen.

³¹ Siehe Fussnote 1.

sind, geben die Parteien mit der Wahl des Schweizer Rechts zu erkennen, dass sie sich einem in jeder Hinsicht neutralen Recht unterstellen wollen, gerade weil dieses in keiner Beziehung zum Vertrag oder den beteiligten Parteien steht. Daraus eine SchKG-relevante Binnenbeziehung zu konstruieren, ist abwegig.

Welchen Stellenwert das Schweizer Recht in den Augen ausländischer Parteien hat, geht beispielhaft aus folgenden Überlegungen eines bekannten ausländischen Juristen hervor : “*On insiste ... aujourd’hui sur la nécessité de permettre aux parties de choisir **une loi neutre, c’est-à-dire, précisément, une loi n’ayant aucun rapport ni avec les parties, ni avec le contrat.***” (Emmanuel GAILLARD, Arbitrage commercial international, Sentence arbitrale, Droit applicable au fond du litige, J.Cl. dip, Fasc. 586-9-1, proc.civ. Fasc. 1070-1, S. 5, mit weiteren Hinweisen; vgl. a. Yves DERAÏNS, La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat, in RDAI/IBLJ 1996, 514 ff.)

- 2.** Die Verneinung einer genügenden Binnenbeziehung drängt sich *a fortiori* dort auf, wo ausländische Richter oder Schiedsrichter mit Sitz im Ausland Schweizer Recht anwenden. Hier stellt das Schweizer Recht ein reines Exportprodukt dar (dessen Beliebtheit die Bejahung einer Binnenbeziehung schon aus psychologischen Überlegungen kaum förderlich wäre). Einer der wichtigsten Anreize für ausländische Parteien ist in der Tat, dass das die Schweiz ihr Recht grosszügig und neutral jeder Partei zur Verfügung stellt und keinerlei Ambitionen hat, aus der Rechtswahl Eingriffskompetenzen abzuleiten. Das Rechtsverhältnis wird somit zwar an das Schweizer Recht, nicht aber an das hiesige Rechtssystem angebunden.
- 3.** Selbst wenn eine Einbindung in das hiesige Rechtssystem erfolgt, wenn also ein in der Schweiz urteilendes Schiedsgericht das Schweizer Recht auf Grund einer Rechtswahl anwendet, so ergibt sich daraus noch keine Binnenbeziehung: Wie wir gesehen haben, erfordert Artikel 271 SchKG eine körperliche Anknüpfung der Forderung an die Schweiz. Eine abstrakte Anknüpfung an das Gerichtssystem (dazu noch auf Artikel 176 ff. IPRG beschränkt) genügt nicht.
- 4.** Wenn Schweizer Recht von einem Schiedsrichter in der Schweiz angewandt wird, ist die Abstraktheit des Bezuges zur Schweiz aus einem weiteren Grund offensichtlich: Die Überprüfung der Rechtsanwendung

wird ausschliesslich (und äusserst restriktiv) in den Fällen von Artikel 190 IPRG von einem "Sondergericht", d.h. von dem als Schiedsaufsichtsinstanz agierenden Bundesgericht gehandhabt. Falls die Parteien einen gültigen Rechtsmittelausschluss vorgesehen haben (Artikel 192 IPRG), ist sogar jegliche Rechtskontrolle ausgeschlossen.

5. Nur mit der generellen Ablehnung der Binnenbeziehung durch die Wahl Schweizer Rechts lassen sich praktische Probleme vermeiden, die bei einer Mehrfach- oder Kaskadenrechtswahl, bei Billigkeitsschiedsverfahren und der Anwendung anationaler Regeln (Lex mercatoria, UNIDROIT Principles, Handelsbräuche, etc.) zwangsläufig entstehen.

Ganz zu schweigen von der (u.E. verfehlten) Abgrenzung, nach der man in Analogie zu bundesgerichtlichen Schlussfolgerungen zur Schiedssitzwahl je nach **Autor** der Rechtswahl schreiten müsste : hat der Schiedsrichter - im Gegensatz zur vertraglichen Rechtswahl durch die Parteien selber - das anwendbare Recht autonom bestimmt, so wäre in analoger Anwendung von BGE 106 Ia 142 keine Binnenbeziehung entstanden.

H. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Wahl eines Schiedsortes in der Schweiz oder die Wahl des Schweizer Rechts eine arrestrelevante Binnenbeziehung i.S.v. Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 SchKG schaffen, müssen (i) betreibungsrechtliche, (ii) völkerrechtliche und (iii) schiedsrechtliche Sichtweisen herangezogen werden. Ersteres wurde von der veröffentlichten Doktrin ausgiebig getan; zweiteres teilweise erkannt³², jedoch nicht die sich aufdrängenden Schlüsse daraus gezogen. Was letztere Überlegungen anbelangt, so soll vorstehender Artikel die bisher nicht geführte Diskussion zum Spannungsfeld revSchKG - Schiedsverfahren eröffnen³³.

Aus den folgenden Gründen sind wir der Überzeugung, dass aus der Wahl eines Schiedsortes in der Schweiz oder der Wahl des Schweizer

³² Vgl. STOFFEL, loc. cit., S. 1407.

³³ Gerne nimmt der Autor in diesem Zusammenhang Anregungen entgegen und würde sich freuen, informiert zu werden, sollten sich in der nächsten Zeit die Behörden mit den hier erörterten Fragen auseinandersetzen.

Rechts alleine keine Anknüpfung an die Schweiz folgt, die genügend eng ist, um einen Ausländerarrest zu rechtfertigen:

- Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 4 SchKG verlangt nach einer genügenden Beziehung der Arrestforderung zur Schweiz. Darunter ist angesichts der in Lehre und Rechtsprechung zitierten Beispiele ein “körperlicher” Bezug der Forderung zur Schweiz zu verstehen, d. h. insbesondere die Vornahme von Erfüllungshandlungen in der Schweiz.
- Der Schiedsort selbst ist eine Fiktion. Da er keine körperliche Verankerung der Schiedsgerichts in der Schweiz zur Folge hat, kann aus ihm keine Binnenbeziehung zu unserem Land abgeleitet werden.
- Mit der Wahl eines Schiedssitzes in der Schweiz wird nicht die Forderung selber an die Schweiz angeknüpft, sondern nur das Verfahren (Kapitel 12 des IPRG), in dem über die Forderung entschieden wird. Es handelt sich um eine abstrakte Beziehung des Verfahrens zur Schweiz, statt der nötigen konkreten Beziehung der Arrestforderung selber.
- Ein Schiedsort in der Schweiz bindet noch nicht einmal das Schiedsverfahren genügend an die Schweiz: Das 12. Kapitel des IPRG basiert auf einer weitgehenden Nichteinmischung des staatlichen Gerichtsapparates. Dies ist für ausländische Parteien die Hauptattraktion eines Schiedsverfahrenssitzes in der Schweiz. Das IPRG muss als *lex specialis* zur Auslegung von Artikel 271 SchKG herangezogen werden, wo immer der Arrestgläubiger sich ausschliesslich auf eine durch einen Schiedsort oder eine Rechtswahl entstandene Binnenbeziehung beruft.
- Da der Sitz eines Schiedsgerichtes in der Schweiz ein untaugliches Abgrenzungskriterium ist, erübrigt es sich darauf einzugehen, ob die im Rahmen der Vollstreckungsimmunität fremder Staaten ergangene Rechtsprechung zur Binnenbeziehung im Rahmen von Artikel 271 SchKG eine weitere Auslegung erfahren muss. Diese Rechtsprechung eignet sich im übrigen ganz generell nicht zur Übertragung ins SchKG, da sie in einem völlig anderen Zusammenhang entwickelt wurde.
- Auch die Wahl des Schweizer Rechtes führt nicht zu einem genügenden tatsächlichen Bezug der Forderung zur Schweiz. Die

Forderung wird bloss rechtlich-abstrakt, nicht aber körperliche an die Schweiz geknüpft. Darüber hinaus wird das Schweizer Recht von ausländischen Parteien meist als Exportprodukt verstanden und gerade seiner Neutralität wegen geschätzt. Aus einer auf diese Neutralität bauenden Rechtswahl kann keine Binnenbeziehung abgeleitet werden.

In der Vergangenheit konnte aus systemimmanenten Gründen eine Partei in einem anhängigen oder bevorstehenden Schiedsverfahren unter Hinweis auf den ausländischen Wohnsitz ihres Schuldners einen Arrest erwirken. Unseres Erachtens schliesst das revidierte SchKG diese Möglichkeit im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bei Fehlen eines anderweitigen Bezuges zur Schweiz aus den hier erläuterten Gründen aus. Die Schweiz hat ein ureigenes Interesse daran, dass ihre Gerichte diese Erkenntnis durchsetzen³⁴. Wenn dies nicht der Fall sein sollte, müssten Schweizer Rechtsberater ihre im Ausland domizilierten Klienten vor einer Wahl des vermeintlich neutralen Schweizer Rechts oder eines Schiedsortes in der Schweiz darauf aufmerksam machen, dass ein gegen sie gerichtetes Arrestbegehren in der Schweiz gerade wegen dieser Wahl Erfolg haben kann (wenn die Forderung keinen anderweitigen Bezug zur Schweiz hat). Um einen Arrest bei Beibehalt der Rechtswahl und/oder des Schiedsplatzes Schweiz zu vermeiden, bliebe der im Ausland domizilierten Partei nur der Abzug jeglichen in der Schweiz belegenen Vermögens übrig³⁵. Dass weder der Verlust von Vermögen noch die Abwanderung von Schiedsverfahren im Interesse des einem harten Konkurrenzkampf ausgesetzten Schieds- und Bankplatzes Schweiz ist, dürfte einleuchten.

* * * * *

³⁴ Sicher wird sich die Judikative der Frage mit grösserem Elan und Pflichtbewusstsein annehmen, als dies diejenigen Parlamentarier taten, die Nationalratspräsident Schmidhalter während der Diskussion der SchKG Revision mit folgenden Worten bedachte: "Darf ich die Damen und Herren darauf aufmerksam machen, dass diejenigen, welche sich unterhalten, nicht mehr Lärm machen sollten, als die, welche schlafen. Das wäre für diejenigen, die zuhören möchten, sehr angenehm." (Amtl. Bull. NR 1993, 2).

³⁵ Diese Gefahr hatte die Schweizerische Bankiervereinigung schon in ihrer Stellungnahme zum Revisionsentwurf erkannt (Schreiben an den Bundesrat vom 12. Oktober 1982, S. 20). Die Interessen des Finanzplatzes Schweiz standen auch bei der Revision von Artikel 271 im Vordergrund: "*Mit dieser Einschränkung (die erforderliche Beziehung zur Schweiz) ... wird vermieden, dass Vermögen nur deswegen aus der Schweiz abgezogen werden, weil die Eigentümer Sucharreste befürchten.*" (Botschaft, § 208.1)