

# Das Zivilrecht und seine Durchsetzung

---

*Festschrift für Professor  
Thomas Sutter-Somm*

---

Herausgegeben von

Roland Fankhauser  
Corinne Widmer Lüchinger  
Rafael Klingler  
Benedikt Seiler

Das Zivilrecht  
und seine Durchsetzung

—

*Festschrift für Professor  
Thomas Sutter-Somm*

—

Herausgegeben von

Roland Fankhauser

Corinne Widmer Lüchinger

Rafael Klingler

Benedikt Seiler

Schulthess § 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016  
ISBN 978-3-7255-7089-8

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Die Optierung gemäss Artikel 353 Absatz 2 ZPO

## und ihre Auswirkungen auf die Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten

Inhaltsverzeichnis	Seite
<b>I. Einleitung</b> .....	644
<b>II. Die Optierung gemäss Artikel 353 Absatz 2 ZPO</b> .....	644
1. Entstehungsgeschichte .....	644
2. Modalitäten .....	646
a) Form gemäss Artikel 358 ZPO .....	646
b) Inhaltliche Anforderungen .....	646
ba) Ausdrückliche Erklärung .....	646
bb) Optierung durch Verweis? .....	648
3. Freiwilligkeit als zusätzliche Voraussetzung eines <i>Opt out</i> ? .....	649
a) Übertragung der Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht .....	649
b) Würdigung .....	650
<b>III. Auswirkungen einer Optierung auf die Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten</b> .....	651
1. Anwendungsbereich für eine Optierung .....	651
2. Materiell-rechtliche Beschränkung? .....	652
a) Diskussionsstand .....	653
b) Stellungnahme .....	655
<b>IV. Zusammenfassung</b> .....	656

## I. Einleitung<sup>1</sup>

Mit der Einführung der Zivilprozessordnung wurden die Bestimmungen über das Binnenschiedsverfahren einerseits in diese integriert und andererseits gegenüber dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit<sup>2</sup> modernisiert. In Art. 353 Abs. 2 ZPO<sup>3</sup> wurde die Möglichkeit im Gesetz verankert, in einem Binnensachverhalt eine Optierung zugunsten des IPRG<sup>4</sup> zu vereinbaren und damit gleichzeitig die Anwendung der ZPO auszuschliessen.<sup>5</sup> Eine solche Vereinbarung hat zur Folge, dass sich ein Binnenschiedsverfahren, trotz des nationalen Sachverhalts, nach den Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG richtet.

Gegenstand dieses Beitrages sollen sowohl die Voraussetzungen für eine gültige Optierung als auch deren Auswirkungen auf die Frage der Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten sein.

## II. Die Optierung gemäss Artikel 353 Absatz 2 ZPO

### 1. Entstehungsgeschichte

Nationale und internationale Schiedsverfahren unterstehen unterschiedlichen Regelungen. Die Anknüpfung erfolgt strikt nach dem Wohnsitz, Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der Schiedsparteien.<sup>6</sup> Diese, dem dualen System inhärente, rein formelle Unterscheidung zwischen nationalem und einem internationalen Sachverhalt hat in der Vergangenheit teilweise zu zufälligen Ergebnissen geführt.<sup>7</sup> So kann es vorkommen, dass sehr ähnliche Sachverhalte unterschiedlichen Schiedsverfahrensregeln unterstehen,

---

1 Der vorliegende Beitrag basiert auf der im Jahr 2016 publizierten Dissertation der Co-Autorin: ANGELA CASEY-OBRIST, Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A Privatrecht, Band 127, Basel 2016.

2 Konkordat vom 27. 3. 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit, SR 279 (ausser Kraft).

3 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. 12. 2008, SR 272.

4 Bundesgesetz vom 18. 12. 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291.

5 BERNHARD BERGER/FRANZ KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 111 ff.; KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 7 ff.; BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 31 ff.; BSK-WEBER-STECHER, Art. 353 ZPO N 16 ff.; WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 11.

6 Art. 176 Abs. 1 IPRG und Art. 353 Abs. 1 ZPO.

7 Insbesondere bezüglich Streitigkeiten in Sportschiedsverfahren ergaben sich regelmässig derartige Konstellationen, vgl. insbesondere ANTONIO RIGOZZI/YVES HOCHULI, Die Internationalität der Schiedsgerichtsbarkeit in Sportstreitigkeiten, Jusletter vom 27. 11. 2006, S. 2 ff.

weil eine Partei ihren Wohnsitz, Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt zufällig in der Schweiz beziehungsweise im Ausland hat.<sup>8</sup>

Mit der Möglichkeit der Optierung zugunsten des IPRG soll dieser Problematik Abhilfe geschaffen werden. Der Gesetzgeber hat dabei insbesondere Schiedsverfahren des organisierten Sports im Auge und trägt damit der in der Vernehmlassung geäusserten Kritik Rechnung.<sup>9</sup> Die Gleichbehandlung aller Sportler gebietet, dass in einem Schiedsverfahren die gleichen Bestimmungen angewendet werden. Hat der Spieler beziehungsweise Sportler seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz, handelt es sich um ein internationales Verfahren. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass die Sportler, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben, anders behandelt werden, weil es sich um einen Binnensachverhalt handelt und dabei die ZPO auf das Schiedsverfahren angewendet wird.<sup>10</sup>

Die Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ist ein in der Lehre kontrovers diskutiertes Thema. Das Bundesgericht hat in BGE 136 III 467<sup>11</sup> klargestellt, dass arbeitsrechtliche Ansprüche schiedsfähig sind, sofern die Arbeitsvertragsparteien über den Streitgegenstand verfügen können. Verfügen können Arbeitsvertragsparteien über Ansprüche, wenn diese gemäss Art. 341 OR<sup>12</sup> nicht zwingend sind. Welche Bestimmungen für das Arbeitsertragsrecht einseitig oder beidseitig zwingend sind, regeln Art. 361 und Art. 362 OR.<sup>13</sup> Im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bedeutet dies,

- 
- 8 Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 2006, S. 7221 ff., 7393; KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 7, der das duale System grundsätzlich kritisiert; ISABELLE WILDHABER/ALEXANDRA JOHNSON WILCKE, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, ARV 2010, S. 160 ff., 162 f.; BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 9; NATHALIE VOSER, New Rules on Domestic Arbitration in Switzerland: Overview of Most Important Changes to the Concordat and Comparison with Chapter 12 PILA, ASA Bulletin 2010, S. 753 ff., 755.
  - 9 Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) 2004, S. 790; BERGER/KELLERHALS (Fn. 5), Rz. 114; KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 7 f.; ULRICH HAAS/ANNE HOSSFELD, Die (neue) ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeit, ASA Bulletin 2012, S. 312 ff., 318; VOSER, ASA Bulletin 2010 (Fn. 8), S. 755; WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 12; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, ARV 2010 (Fn. 8), S. 163.
  - 10 Dies war auch eine Hauptmotivation für den Gesetzgeber, die Optierung einzuführen, Botschaft ZPO (Fn. 8), S. 7393; RIGOZZI/HOCHULI, Jusletter 2006 (Fn. 7), N 6 ff.; HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 318.
  - 11 BGE 136 III 467 (= JAR 2011, S. 240 ff. = Pra 2011, Nr. 28).
  - 12 Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.
  - 13 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 361 OR N 2 und Art. 362 OR N 2.

dass Arbeitnehmer nur Ansprüche, die keinen zwingenden Charakter aufweisen, in einem Schiedsverfahren beurteilen lassen können.<sup>14</sup>

## 2. Modalitäten

### a) Form gemäss Artikel 358 ZPO

Art. 353 Abs. 2 ZPO verweist auf die im Binnenschiedsverfahren für Schiedsvereinbarungen geltende Formvorschrift in Art. 358 ZPO. Deshalb gilt diese ebenfalls für eine Optierung zugunsten des IPRG.<sup>15</sup> Gemäss der Bestimmung muss die Abrede schriftlich oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form erfolgen.<sup>16</sup> Die Willenserklärung muss in «visuell wahrnehmbarer und physisch reproduzierbarer Form» vorliegen.<sup>17</sup> Diese Voraussetzung wird erfüllt durch eine Erklärung in Briefen, Telefax oder auch E-Mail. Um der Entwicklung von zukünftigen Kommunikationstechnologien Rechnung zu tragen, wurde die Formulierung bewusst offen gewählt.<sup>18</sup>

Nicht erforderlich ist eine eigenhändige Unterzeichnung oder die Handschriftlichkeit des Dokuments. Die Erklärung kann den Parteien auch in gedruckter Form vorliegen. Eine fehlende Unterschrift kann allerdings die Vermutung nahelegen, dass die Willenserklärungen der Parteien nicht übereinstimmen und auch auf einen fehlenden Konsens bezüglich der Optierung hindeuten.<sup>19</sup>

### b) Inhaltliche Anforderungen

#### ba) Ausdrückliche Erklärung

Der Wille der Parteien, die Anwendung der ZPO auszuschliessen und das Schiedsverfahren gleichzeitig dem IPRG zu unterstellen, muss sich gemäss Art. 353 Abs. 2 ZPO eindeutig aus einer Erklärung ergeben. Diese kann in der Schiedsvereinbarung selbst enthalten sein oder aus einer separaten Übereinkunft hervorgehen.<sup>20</sup> Der Wortlaut von Art. 355 Abs. 2 ZPO sowie die korrelierende Bestimmung in Art. 176 Abs. 2 IPRG sehen vor, dass die ZPO ausgeschlossen und gleichzeitig auf das IPRG und dessen Anwendung verwie-

---

14 SÉBASTIEN BESSON, Sports Arbitration: Which Lessons for Employment Disputes?, in: ELLIOT GEISINGER/ELENA TRABALDO-DE MESTRAL (Hrsg.), Sports Arbitration: A Coach for Other Players?, ASA Special Series No. 41, Zürich 2015, S. 159 ff., 161 f.

15 KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 10; BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 34.

16 BERGER/KELLERHALS (Fn. 5), Rz. 112; HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 318, BK-PFISTERER, Art. 358 ZPO N 9.

17 KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 10 und Art. 358 ZPO N 1; BK-PFISTERER, Art. 358 ZPO N 9; JEAN-FRANÇOIS POUURET/SÉBASTIEN BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., London 2007, Rz. 193.

18 Botschaft ZPO (Fn. 8), S. 7395.

19 BERGER/KELLERHALS (Fn. 5), Rz. 423; BK-PFISTERER, Art. 358 ZPO N 10; vgl. BK-KRAMER, Art. 1 OR N 117 ff.; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, Rz. 29.01 ff.; zur Vertragsauslegung DIES., Rz. 33.01 ff., m.w.H.

20 KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 10.

sen werden muss.<sup>21</sup> Wird von den Parteien nur die Anwendung der ZPO ausgeschlossen, ohne dass gleichzeitig auf das IPRG verwiesen wird, ist dies ungenügend, da sich der Wille der Parteien nicht eindeutig erstellen lässt.<sup>22</sup>

Im umgekehrten Fall ist bei einem Ausschluss des IPRG eine Verweisung auf die ZPO ausreichend, da die Anwendung der ZPO damit implizit ausgeschlossen wird.<sup>23</sup> Der Ausschluss kann auch nachträglich, gar nach der Einleitung des Schiedsverfahrens, vorgenommen werden.<sup>24</sup>

In diesem Sinn fordert der Gesetzgeber ebenfalls im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverzicht gemäss Art. 192 Abs. 1 IPRG eine «ausdrückliche Erklärung».<sup>25</sup> Die Bestimmung ermöglicht es den Parteien, im internationalen Schiedsverfahren die Anfechtung eines Schiedsspruches vor Bundesgericht vertraglich auszuschliessen.<sup>26</sup> Aus der diesbezüglich gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts können hinsichtlich der Ausdrücklichkeit der Erklärung Erkenntnisse abgeleitet werden für die vom Bundesgericht noch nicht behandelte Frage der Anforderungen an eine Optierung. Die Parteien müssen seit einer Praxisänderung im Jahr 2005 zwar ihren Willen klar zum Ausdruck bringen, sie müssen in der Vereinbarung allerdings nicht mehr konkret auf Art. 190 oder Art. 192 IPRG Bezug nehmen.<sup>27</sup> Es ist anzunehmen, dass aufgrund der ähnlichen Formulierung die Anforderungen an eine gültige Optierung ebenfalls hoch sein werden. Das bedeutet, dass

21 BSK-PFIFNER/HOCHSTRASSER, Art. 176 IPRG N 42; BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 32.

22 KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 11; HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 318; BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 32; WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 14.

23 KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 11; HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 320.

24 KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 13; BK-PFISTERER, N 35 Art. 353 ZPO.

25 BSK-PATOCCHI/JERMINI, Art. 192 IPRG N 14, zu den besonderen Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Ausdrücklichkeit des Rechtsmittelverzichts; ausführlich PASCAL RUCH, Zum Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 74, Zürich 2013, zugl. Diss. Zürich/Basel/Genf 2013, S. 18 ff.

26 BERGER/KELLERHALS (Fn. 5), Rz. 1664; CHRISTOPH BRUNNER, Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: eine Standortbestimmung nach dem Cañas Urteil (BGE 133 II 235), AJP 2008, S. 738 ff., 739; VALENTINE GÉTAZ KUNZ, Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, mit Rechtsvergleichung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 549, Bern 1993, zugl. Diss. Bern 1993, S. 29 f.; ausführlich zur Entstehungsgeschichte RUCH (Fn. 25), S. 3 ff.; ZK-SIEHR, Art. 192 IPRG N 1; BSK-PATOCCHI/JERMINI, Art. 192 IPRG N 1; PLOUDRET/BESSON (Fn. 17), Rz. 839.

27 BGE 131 III 173, E. 4.2.1 (= Pra 2005, Nr. 134); vgl. zum Rechtsmittelverzicht BRUNNER, AJP 2008 (Fn. 26), S. 739 f.; ELLIOT GEISINGER/ALEXANDRE MAZURANIC, Chapter 11: Challenge and Revision of the Award, in: ELLIOT GEISINGER/NATHALIE VOSER (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2013, S. 256; GÉTAZ KUNZ (Fn. 26), S. 84 f.; WALTHER J. HABSCHIED, Rechtsstaatliche Aspekte des internationalen Schiedsverfahrens mit Rechtsmittelverzicht nach dem IPR-Gesetz, Herausgegeben von der Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte, 1988, S. 12 f.; BSK-PATOCCHI/JERMINI, Art. 192 IPRG N 14; RUCH (Fn. 25), S. 18 f.



aus einer Optierung unmissverständlich zum Ausdruck kommen muss, dass die Parteien die Anwendung des IPRG vereinbaren und damit die Zivilprozessordnung ausschliessen wollen.<sup>28</sup>

bb) Optierung durch Verweis?

Die Schiedsvereinbarung kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch einen Verweis abgeschlossen werden. Dabei ist im Hauptvertrag regelmässig ein Verweis enthalten, der auf allgemeine Vertragsbedingungen oder statutarische Regelwerke, wie beispielsweise Vereinsstatuten verweist, die wiederum eine Schiedsklausel enthalten.<sup>29</sup>

Bezüglich der hier diskutierten Optierung stellt sich die Frage, ob diese gültig sein kann, wenn lediglich auf eine Klausel in einem anderen Dokument verwiesen wird. Berufssportler schliessen beispielsweise regelmässig Lizenz- oder Regelanerkennungsverträge ab. Mit diesen Verträgen unterwerfen sich die Sportler den Statuten und Regelwerken ihres Sportverbandes.<sup>30</sup> Fraglich ist, ob eine Optierung in den Statuten des Sportverbandes gültig ist, wenn nur im Lizenzvertrag auf die Statuten als Ganzes verwiesen wurde.<sup>31</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung wird eine Optierung durch eine Verweisung schon den gesetzlichen Anforderungen bezüglich der Ausdrücklichkeit nicht standhalten.<sup>32</sup> Die Parteien sind damit gehalten, auch bezüglich einer Optierung zugunsten des IPRG eine ausdrückliche und individuelle Vereinbarung abzuschliessen.<sup>33</sup>

Das bedeutet im Ergebnis, dass eine Optierung in einer individuellen Vereinbarung getroffen werden muss. Obwohl Lizenz- oder Regelanerkennungsverträge regelmässig individuell abgeschlossen werden, ist es kaum denkbar, dass ein Generalverweis auf die Statuten des Verbandes den Anforderungen der geforderten Ausdrücklichkeit genügen würde.<sup>34</sup> Damit wird die geäusserte Befürchtung, dass die Sportverbände derartige Verweisungen *en masse* vornehmen und damit insbesondere den arbeitsrechtlichen Sozial-

---

28 BK-PFISTERER Art. 353 ZPO N 32; DIKE-STACHER, Art. 353 ZPO N 14.

29 BSK-GRÄNICHNER, Art. 178 IPRG N 18; LUCIUS HUBER, Arbitration Clause «By Reference», in: MARC BLESSING/JEAN-FRANCOIS PLOUDRET/LUCIUS HUBER et al. (Hrsg.), *The Arbitration Agreement – its Multifold Critical Aspects*, a Collection of Reports and Materials Delivered at the ASA Conference held in Basel on 17 June, ASA Special Series No. 8, Zürich 1994, S. 78 ff., 80; MÜLLER, in: *Practitioner's Guide*, Art. 178 IPRG N 27 und 61 ff.; PLOUDRET/BESSON (Fn. 17), Rz. 213 ff.; ZK-VOLKEN, Art. 178 IPRG N 37.

30 Beispielsweise denjenigen der FIFA, der FIBA oder der ATP.

31 HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 321.

32 HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 319 f.

33 HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 321 f.; vgl. die Argumentation des Bundesgerichts zur Frage der Gültigkeit eines Rechtsmittelverzichts durch Verweis auf Verfahrensregelungen in BGE 116 II 639, E. 2c. «*Nach der genannten Vorschrift hätte ein solcher Verzicht ausdrücklich erfolgen müssen. Dafür genügt nach einhelliger Lehrmeinung nicht, dass die Parteien in der Schiedsvereinbarung auf die IHK-Verfahrensregeln verwiesen haben, die ihrerseits in Art. 24 Schiedsurteile für endgültig erklären.*»

34 SHK-FRICK, Art. 353 ZPO N 17; HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 321; a.A. BSK-WEBER-STECHER, Art. 353 ZPO N 21.

schutz aushebeln würden, etwas relativiert.<sup>35</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung erscheint es schwierig, einem Arbeitnehmer eine Optierung durch eine Verweisung auf die Statuten oder allenfalls Allgemeine Geschäftsbedingungen «unterzuschieben». Zur definitiven Klärung dieser Frage ist allerdings die bundesgerichtliche Rechtsprechung hierzu abzuwarten.

### 3. Freiwilligkeit als zusätzliche Voraussetzung eines *Opt out*?

#### a) Übertragung der Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht

Ein Teil der Lehre fordert neben den erwähnten Formvorschriften und den inhaltlichen Anforderungen, dass eine Optierung analog zu den Voraussetzungen zum Rechtsmittelverzicht *freiwillig* zu erfolgen hat. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn eine sozial schwächere Partei, wie eine Arbeitnehmerpartei involviert ist.<sup>36</sup>

Im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverzicht hat das Bundesgericht im Jahr 2007 im viel diskutierten Entscheid des Tennisspielers Guillermo Cañas die Gültigkeit eines Rechtsmittelverzichts verneint, weil der Berufssportler vor Bundesgericht erfolgreich argumentierte, dass er die Vereinbarung zum Rechtsmittelverzicht nicht freiwillig unterzeichnet hatte.<sup>37</sup> Nun stellt sich die Frage, ob das ungeschriebene Kriterium der Freiwilligkeit ebenfalls auf eine gültige Optierung übertragen werden muss.

Es lässt sich argumentieren, dass analog zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht die Optierung in einem Sportschiedsverfahren dann unzulässig wäre, wenn die Parteien in einem extremen Machtgefälle zueinander stehen und die Beziehung zwischen den Parteien nicht horizontal, sondern vertikal verläuft. Dies könnte sowohl auf Sportler als auch auf Arbeitnehmende zutreffen.<sup>38</sup>

---

35 RIGOZZI/HASLER/NOTH, in: Practitioner's Guide, S. 891; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, S. 68; vgl. HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 321; SHK-FRICK, Art. 353 ZPO N 17.

36 HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 321.

37 BGE 133 III 235, E. 4.3.3.2 (= Pra 2007, Nr. 139); vgl. die Entscheidbesprechungen MARGARETA BADDELEY, La décision Cañas: Nouvelles règles du jeu pour l'arbitrage international du sport, CaS 2007, S. 155 ff.; BERNHARD BERGER/FRANZ KELLERHALS, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2007 – Veröffentlicht im Band 133 sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide – 3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit, ZBJV 2009, S. 379 ff.; BRUNNER, AJP 2008 (Fn. 26), S. 738 ff.; ULRICH HAAS/STEFANIE REICHE, Aufhebung eines Schiedsurteils des CAS, SchiedsVZ 2007, S. 330 ff. mit rechtsvergleichenden Hinweisen; FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER, Tribunal fédéral, 1<sup>re</sup> Cour civile, 22 mars 2007, X. c/ATP Tour, 4P.172/2006, Bulletin ASA 2007, p. 592, RSDIE 2008, S. 85 ff.; FRANK OSCHÜTZ, Bundesgericht hebt erstmals Schiedsspruch des TAS/CAS auf, Jusletter vom 4.6.2007, S. 1 ff.; RUCH (Fn. 25), S. 34 ff.

38 HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 318 und 331. Vgl. auch BRUNNER, AJP 2008 (Fn. 26), S. 748, der sich die Frage stellt, ob ein Rechtsmittelverzicht eines Arbeitnehmers zulässig sein könnte.

Hat das Schiedsverfahren einen internationalen Bezug, so sind die Verfahrensbeteiligten ohnehin den internationalen Verfahrensregeln unterworfen. Haben hingegen beide Parteien ihren Sitz in der Schweiz, ist fraglich, ob eine Optierung den gleichen Schutz verdient wie ein Rechtsmittelverzicht nach Art. 192 Abs. 1 IPRG. Das Bundesgericht möchte mit der strengen Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht sicherstellen, dass keine Partei, insbesondere kein Sportler, leichtfertig auf das Recht verzichtet, einen Entscheid vor dem höchsten Gericht anfechten zu lassen.<sup>39</sup>

*b) Würdigung*

Das Kriterium der Freiwilligkeit wurde bis anhin weder auf andere Rechtsbereiche ausserhalb des Sportrechts noch auf andere Rechtsinstitute als auf den Rechtsmittelverzicht angewendet.<sup>40</sup> Damit erscheint es eher unwahrscheinlich, dass es beispielsweise in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit bei einer Optierung zugunsten des IPRG herangezogen werden könnte.

Das Bundesgericht hat allerdings gerade im Leitentscheid zur Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten angemerkt,<sup>41</sup> dass die schiedsgerichtliche Beurteilung eines Anspruches einem Verzicht gleichkomme.<sup>42</sup> In diesem Sinn könnte argumentiert werden, dass dieses Schutzbedürfnis der Arbeitnehmerpartei nicht über den Umweg mittels Optierung umgangen werden darf und deshalb auch hier eine Inhaltsprüfung unter dem Kriterium der Frage der Freiwilligkeit der Optierung vorgenommen werden soll.<sup>43</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung verzichtet weder ein Sportler noch ein Arbeitnehmer auf ein Recht, wenn er eine Optierung zugunsten des IPRG vornimmt. Durch die Optierung kann die arbeitsrechtliche Streitigkeit erst von einem Schiedsgericht beurteilt werden, weil sich die Schiedsfähigkeit des Anspruches nach dessen vermögensrechtlichem Charakter richtet. Beim Rechtsmittelverzicht ergibt sich eine andere Interessenlage: dort wird auf die Rechtsmittelinstanz verzichtet, was im Vergleich gravierendere Konsequenzen aufweist.<sup>44</sup>

---

39 BGE 133 III 235, E. 4.3.2 *in fine* (= Pra 2007, Nr. 139).

40 Vgl. aber das Verfahren der Eisschnellläuferin Claudia Pechstein, Landgericht München I, Urteil vom 26.2.2014 – 37 O 28331/12 abgedruckt in SchiedsVZ 2014, S. 100 ff.

41 BGE 136 III 467 (= JAR 2011, S. 240 ff. = Pra 2011, Nr. 28).

42 WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 19.

43 HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 332.

44 Obwohl eine Überprüfung des Vollstreckungsgerichts weiterhin möglich ist, BSK-PATOCCHI/JERMINI, Art. 192 IPRG N 2 und 55. Allerdings wird die Tragweite des Verzichts in der Lehre bisweilen bezweifelt, da die Erfolgsaussichten einer Anfechtung vor Bundesgericht gemäss Art. 192 IPRG ohnehin sehr gering sind, BERGER/KELLERHALS, ZBJV 2009 (Fn. 37), S. 380.

Hinsichtlich der Schiedsverfahren im Sport ist zu bedenken, dass gerade in diesem Bereich ein praktisches Bedürfnis nach der Gleichbehandlung der Sportler und damit der Optierung bestand.<sup>45</sup> Die Gültigkeitsvoraussetzungen in diesem Zusammenhang zu verschärfen, würde diesem Anliegen diametral widersprechen. Ebenfalls finden sich in den Gesetzgebungsmaterialien keine Anhaltspunkte zur Optierung, an denen sich festmachen liesse, dass der Gesetzgeber zusätzlich auf das Kriterium der Freiwilligkeit abstellen beziehungsweise auf diesem Weg eine Inhaltskontrolle einführen wollte.<sup>46</sup>

Obwohl das Schutzbedürfnis der Arbeitsvertragsparteien in einem Schiedsverfahren gleichwohl besteht, scheint die Übertragung der Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht auf eine Optierung zugunsten des IPRG kaum denkbar. Das Kriterium der Freiwilligkeit wurde bis anhin ausschliesslich im Zusammenhang mit Sportschiedsverfahren diskutiert und nicht auf weitere Rechtsgebiete übertragen. Die Optierung der Rechtsgrundlagen zugunsten des IPRG wurde aber gerade für Sportschiedsverfahren in die ZPO eingefügt. In diesem Sinne lässt sich nicht argumentieren, dass eine zusätzliche ungeschriebene Voraussetzung für die Sportschiedsverfahren gelten soll.

### **III. Auswirkungen einer Optierung auf die Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten**

#### **1. Anwendungsbereich für eine Optierung**

Die Schiedsverfahrensregelung der ZPO unterscheidet sich nur in wenigen Punkten deutlich von den entsprechenden Bestimmungen des IPRG. Deshalb könnte angenommen werden, dass durch die Erneuerung der binnenschiedsverfahrensrechtlichen Regelungen der Möglichkeit einer Optierung eine untergeordnete Bedeutung zukommen könnte. Bei näherer Betrachtung wird ersichtlich, dass die Regelung des Binnenschiedsverfahrens der ZPO verschiedene Regelungen vorsieht, die das IPRG für den internationalen Sachverhalt nicht kennt beziehungsweise anders regelt. In Bezug auf die Schiedsfähigkeit, die vorsorglichen Massnahmen sowie die Kognition des Bundesgerichts bei der Anfechtung des Schiedsspruches bestehen Unterschiede. Hinsichtlich dieser Fragen hat eine Optierung erhebliche Auswirkungen auf die Verfahrensausgestaltung.<sup>47</sup>

---

45 BERGER/KELLERHALS (Fn. 5), Rz. 114; KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 8; HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 318; RIGOZZI/HOCHULI, Jusletter 2006 (Fn. 7), N 6 ff.; VOSER, ASA Bulletin 2010 (Fn. 8), S. 755; WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 12; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, ARV 2010 (Fn. 8), S. 163.

46 Botschaft ZPO (Fn. 8), S. 7393.

47 KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 15; RIGOZZI/HOCHULI, Jusletter 2006 (Fn. 7), N 3 ff.

In Bezug auf die Schiedsfähigkeit eines (arbeitsrechtlichen) Anspruches führen die unterschiedlichen Regeln im nationalen und im internationalen Schiedsverfahren zu divergierenden Ergebnissen. Aus Art. 177 IPRG geht hervor, dass alle Streitigkeiten, die einen *vermögensrechtlichen Charakter* haben, von einem Schiedsgericht beurteilt werden können. Im nationalen Verhältnis sieht Art. 354 ZPO vor, dass Ansprüche schiedsfähig sind, sofern die Parteien *frei über den Streitgegenstand verfügen* können. Aufgrund dieser Diskrepanz ist eine Optierung für arbeitsrechtliche Streitigkeiten von besonderer Relevanz. Im Binnensachverhalt ist die Schiedsfähigkeit aufgrund der materiell-rechtlichen Beschränkung durch Art. 341 Abs. 1 OR nur gegeben, wenn der Anspruch nicht zwingend und damit gemäss Art. 354 ZPO disponibel ist.<sup>48</sup> Möchten die Parteien eines Binnensachverhalts dennoch ihre Streitigkeit in einem Schiedsverfahren regeln, sei es aufgrund der möglichen Vertraulichkeit des Verfahrens oder der Flexibilität, welche ein Schiedsverfahren mit sich bringt, so liegt es nahe, sich die Möglichkeit einer Optierung als alternative Lösungsstrategie zu überlegen.<sup>49</sup> Die Schiedsfähigkeit des Anspruches würde sich damit nach dessen vermögensrechtlichen Charakter richten, welcher im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Streitigkeiten regelmässig gegeben ist.<sup>50</sup>

## 2. Materiell-rechtliche Beschränkung?

Haben die Arbeitsvertragsparteien in einer Schiedsvereinbarung eine Optierung vorgenommen, schliessen sie die Anwendung der Zivilprozessordnung aus. Damit ist ausschliesslich das IPRG als *lex arbitri* auf das Schiedsverfahren anwendbar. Es muss allerdings geprüft werden, ob allenfalls eine materiell-rechtliche Beschränkung im Sinne eines unausgesprochenen Vorbehalts durch die ZPO besteht und die zwingenden Bestimmungen der Zivilprozessordnung weiterhin Bestand haben müssen.<sup>51</sup>

---

48 BGE 136 III 467, E. 4.5 (= JAR 2011, S. 240 ff. = Pra 2011, Nr. 28). BESSON, ASA Special Series No. 41 (Fn. 14), S. 161 f.; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, ARV 2010 (Fn. 8), S. 168.

49 WILDHABER/JOHNSON WILCKE, ARV 2010 (Fn. 8), S. 168; VOSER, ASA Bulletin 2010 (Fn. 8), S. 757; WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 21.

50 Vgl. WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 21; differenzierend HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 332f., der dies nur zulassen will, wenn eine prozessuale Gleichbehandlung erforderlich ist, bspw. wenn ein Arbeitgeber Sportler bzw. Arbeitnehmende beschäftigt, die sowohl im In- als auch im Ausland wohnhaft sind.

51 WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 21.

a) *Diskussionsstand*

In der neueren Literatur zur Optierung gemäss Art. 353 Abs. 2 ZPO ist eine rege Diskussion zur Frage eines materiell-rechtlichen Vorbehalts zugunsten der ZPO entstanden.<sup>52</sup> Würde dessen Vorhandensein bejaht, müsste die Definition der Schiedsfähigkeit aus der ZPO trotz einer gültigen Optierung angewendet werden. Dies mit der Konsequenz, dass ein Schiedsverfahren nur dann durchgeführt werden kann, wenn die in Frage stehenden (arbeitsrechtlichen) Ansprüche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss Art. 341 Abs. 1 OR frei verfügbar sind.<sup>53</sup>

Zunächst ist festzustellen, dass der Wortlaut der Regelung des *Opt out* in Art. 353 Abs. 2 ZPO keinerlei inhaltliche Beschränkungen vorsieht.<sup>54</sup> Auch in den Materialien zur ZPO finden sich keine Ausführungen zum besonderen Schutzbedürfnis der präsumtiv schwächeren Partei im Schiedsverfahren. Obwohl auf das Fehlen einer expliziten Bestimmung bezüglich der Arbeitnehmenden im Gesetzgebungsverfahren wiederholt hingewiesen wurde, fand eine Einschränkung der Schiedsfähigkeit bezüglich arbeitsrechtlicher Strei-

- 
- 52 BERGER/KELLERHALS (Fn. 5), Rz. 112; BERNHARD BERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2010 – 3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit, ZBJV 2012, S. 159 ff., 171; BESSON, ASA Special Series No. 41 (Fn. 14), S. 166; FRANÇOIS BOHNET/ALEXANDRE ZEN-RUFFINEN, L'arbitrabilité des conflits individuels de travail en matière sportive, en particulier dans les domaines du football, du hockey sur glace et du basketball, in: PASCAL MAHON/MINH SONN NGUYEN, L'activité et l'espace, droit du sport et aménagement du territoire, mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Basel 2011, S. 35 ff., 37; KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 15; STEPHAN FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 75, Bern 2014, zugl. Diss. Zürich 2013, Rz. 116; HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 333 ff.; THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHÄUSER, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 2012, S. 405 ff., 452; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2010 – 1. Teil: Zivilprozess im internen Verhältnis, ZBJV 2012, S. 123 ff., 129; MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, S. 20 ff., 28; BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 37; BSK-PORTMANN, Vor Art. 319 ff. OR N 99; DIKE-Komm-STACHER, Art. 353 ZPO N 15, der einen Vorrang bezüglich der zwingenden Bestimmungen (und damit Art. 354 ZPO) annimmt; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 35), S. 67 f.; VOSER, ASA Bulletin 2010 (Fn. 8), S. 755; BSK-WEBER-STECHER, Art. 353 ZPO N 17b; WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 21; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, ARV 2010 (Fn. 8), S. 169. Die Frage stellt sich auch in der umgekehrten Konstellation, wenn eine Optierung zugunsten der Zivilprozessordnung vorgenommen wird. Aufgrund der geringeren praktischen Relevanz wird diese Frage allerdings nicht weiter vertieft, vgl. aber m.w.H. BSK-PFIFNER/HOCHSTRASSER, Art. 176 IPRG N 40 ff.
- 53 Es ist zu bemerken, dass – soweit ersichtlich – noch keine veröffentlichten Gerichtsentscheide zu dieser Problematik vorhanden sind; vgl. BESSON, ASA Special Series No. 41 (Fn. 14), S. 166.
- 54 HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 331; VOSER, ASA Bulletin 2010 (Fn. 8), S. 755; WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 21.

tigkeiten nicht Eingang in das Gesetz.<sup>55</sup> Im Zusammenhang mit Wohnungsmieten hingegen wurde eine derartige Bestimmung erlassen, welche die Schiedsfähigkeit der Ansprüche erheblich einschränkt. In Art. 361 Abs. 4 ZPO wird den Parteien des Mietvertrages die freie Wahl der Schiedsrichter entzogen.<sup>56</sup> Dem Gesetzgeber war also die Problematik bewusst, dass präsumtiv sozial schwächere Parteien in Schiedsverfahren involviert sein können. Vor diesem Hintergrund lässt sich schwer argumentieren, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Streitigkeiten einen materiellen Vorbehalt einfügen wollte, ohne diesen ausdrücklich im Gesetz zu verankern.<sup>57</sup>

Wird weiter das IPRG betrachtet, so wird ersichtlich, dass das 12. Kapitel des IPRG isoliert angewendet werden muss. Gleiches muss auch im Falle einer gültigen Optierung gelten, Rückgriffe auf zwingende Bestimmungen des abgewählten Gesetzes sind ausgeschlossen. Die gültige Optierung führt nach überwiegender Ansicht zum kompletten Ausschluss der Vorschriften der Zivilprozessordnung und zur Anwendung des gesamten 12. Kapitels des IPRG.<sup>58</sup> Dies bedeutet, dass in Bezug auf die Schiedsfähigkeit Art. 177 IPRG einschlägig ist. Die Möglichkeit der Rechtswahl der Schiedsordnung in den engen Grenzen der Optierung ist der Parteidisposition unterstellt. In diesem Sinn soll die Wahl nicht durch eine Anwendung von zwingenden Bestimmungen in einem späteren Schritt kompromittiert werden.<sup>59</sup>

Entgegen dieser Ansicht wird in der Lehre die Befürchtung geäußert, dass durch eine Optierung der arbeitsrechtliche Sozialschutz umgangen werde.<sup>60</sup> Art. 341 Abs. 1 OR und die verfahrensrechtlichen Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts wollen gerade den Arbeitnehmer als präsumtiv schwächere Partei schützen. Diese *Ratio* und das damit verbundene Schutzbedürfnis dürfen nicht leichthin mit einer Optierung umgangen wer-

---

55 WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 21. Auf die gelegentlich geäußerte Vermutung, dass es sich dabei um ein gesetzgeberisches Versehen handle, muss nach der hier vertretenen Auffassung entgegnet werden, dass sowohl FRANÇOIS BOHNET (L'arbitrage des conflits individuels de travail selon le projet de code de procédure civile suisse, Jusletter vom 4. 12. 2006, N 35) im Jahr 2006 als auch die Universität Zürich in der Vernehmlassung zur ZPO (Vernehmlassung ZPO (Fn. 9), S. 799) auf die Problematik hingewiesen haben.

56 WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 18.

57 VOSER, ASA Bulletin 2010 (Fn. 8), S. 755; WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 353 ZPO N 21.

58 BERGER, ZBJV 2012 (Fn. 52), S. 171; BOHNET/ZEN-RUFFINEN (Fn. 52), S. 37; KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 15; FRÖHLICH (Fn. 52), Rz. 116; LEUENBERGER, ZBJV 2012 (Fn. 52), S. 129; MAUERHOFER, GesKR 2011 (Fn. 52), S. 28; BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 37; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 35), S. 67 f.; VOSER, ASA Bulletin 2010 (Fn. 8), S. 755; BSK-WEBER-STECHER, Art. 353 ZPO N 17b; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, ARV 2010 (Fn. 8), S. 169; a.A. KOLLER/SENNHAUSER, ZBJV 2012 (Fn. 52), S. 452; DIKE-Komm-STACHER, Art. 353 ZPO N 15.

59 BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 37.

60 HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 331 f.; MAUERHOFER, GesKR 2011 (Fn. 52), S. 28.

den.<sup>61</sup> Ebenfalls wird argumentiert, dass ein Verfahren und die daran beteiligten Parteien allein durch eine Optierung nicht «international» werden.<sup>62</sup>

Weiter wird kritisiert, dass eine Optierung nur in einer *gültigen* Schiedsvereinbarung enthalten sein kann. Sind von dieser Schiedsvereinbarung nicht frei verfügbare Ansprüche, beispielsweise im Sinne von Art. 341 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 354 ZPO erfasst, so kann die Schiedsvereinbarung schon nicht gültig abgeschlossen werden. Es fehle dabei am Essentiale der objektiven Schiedsfähigkeit. Mit dem Fehlen einer gültigen Schiedsvereinbarung könne damit auch keine Optierung vorgenommen werden.<sup>63</sup>

### b) *Stellungnahme*

Nach diesen Argumenten und insbesondere im Hinblick auf die bereits dargelegten, strengen inhaltlichen Anforderungen an die Ausdrücklichkeit der Optierung ist derjenigen Ansicht zu folgen, die befürwortet, dass *kein materieller Vorbehalt* zugunsten der zwingenden Bestimmungen der Zivilprozessordnung angenommen werden muss.<sup>64</sup> Zur Begründung kann hier der Zweck der Bestimmung angeführt werden. Bei Erlass der Bestimmung ging es darum, diejenigen Nachteile des dualen Systems auszugleichen, die zu einer Ungleichbehandlung von ähnlichen Sachverhalten führen konnten, weil eine Partei den Wohnsitz innerhalb der Schweiz hatte.<sup>65</sup> Dies ist insbesondere im Zusammenhang mit der Schiedsfähigkeit, aber auch bei den Anfechtungsgründen einer Beschwerde der Fall. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn von einer Optierung auch die zwingenden Bestimmungen erfasst werden, da die Regelung sonst leer läuft.<sup>66</sup>

Das formalistische Argument, dass eine Optierung gar nicht gültig abgeschlossen werden könne, da es bezüglich arbeitsrechtlicher Streitigkeiten an der objektiven Schiedsfähigkeit und damit an einem Essentiale fehle, lässt sich ebenfalls mit der *Ratio* der Optierung entkräften. Der Gesetzgeber wollte den Parteien ermöglichen, durch eine Optierung eine Rechtswahl bezüglich der *lex arbitri* vorzunehmen. Auch hier hätte der Gesetzgeber eine ausdrückliche Beschränkung aufstellen sollen, wenn er verhindern wollte, dass Parteien eine derartige Optierung vereinbaren.

---

61 MAUERHOFER, GesKR 2011 (Fn. 52), S. 28.

62 VOSER, ASA Bulletin 2010 (Fn. 8), S. 755.

63 MAUERHOFER, GesKR 2011 (Fn. 52), S. 28.

64 BOHNET/ZEN-RUFFINEN (Fn. 52), S. 37; KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 15; FRÖHLICH (Fn. 52), Rz. 116; LEUENBERGER, ZBJV 2012 (Fn. 52), S. 129; MAUERHOFER, GesKR 2011 (Fn. 52), S. 28; BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 37; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 35), S. 67 f.; VOSER, ASA Bulletin 2010 (Fn. 8), S. 755; BSK-WEBER-STECHER, Art. 353 ZPO N 17b; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, ARV 2010 (Fn. 8), S. 169; a.A. MAUERHOFER, GesKR 2011 (Fn. 52), S. 28; DIKE-Komm-STACHER, Art. 353 ZPO N 15.

65 Botschaft ZPO (Fn. 8), S. 7393.

66 BK-PFISTERER, Art. 353 ZPO N 37; KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 15.



#### IV. Zusammenfassung

Mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung wurden auch die Regelungen des Binnenschiedsverfahrens modernisiert. Ein Ergebnis dieser Revision ist die Möglichkeit einer Optierung zugunsten des IPRG.

Eine kurze Analyse der Modalitäten hat ergeben, dass eine derartige Vereinbarung – im Gegensatz zu einer Schiedsvereinbarung – ausdrücklich abgeschlossen werden und der Form von Art. 358 ZPO entsprechen muss. Mit dem Kriterium der Ausdrücklichkeit bezieht sich der Gesetzgeber auf den Wortlaut und die Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht gemäss Art. 192 IPRG. Damit wird klar, dass auch eine Optierung in diesem Sinn vereinbart werden muss.

Im Gegensatz zur neueren Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht im Bereich des organisierten Sports ist hingegen nicht davon auszugehen, dass das Kriterium der Freiwilligkeit ebenfalls erfüllt sein muss.

Im Fall einer gültigen Optierung kommt, nach der hier vertretenen Auffassung, ausschliesslich das IPRG zur Anwendung. Der Ansicht, dass die Bestimmung in Art. 354 ZPO mittels eines materiell-rechtlichen Vorbehalts angewendet werden soll, ist nicht zu folgen.<sup>67</sup> Die Schiedsfähigkeit richtet sich damit, gemäss Art. 177 IPRG, ausschliesslich nach dem vermögensrechtlichen Charakter des Anspruches. Dies führt dazu, dass arbeitsrechtliche Streitigkeiten, aufgrund des generell zu bejahenden vermögensrechtlichen Charakters, schiedsfähig sind.

---

67 BERGER, ZBJV 2012 (Fn. 52), S. 171; KUKO-DASSER, Art. 353 ZPO N 20; BSK-PORTMANN, Vor Art. 319 ff. OR N 99; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 35), S. 67f.; WENGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 354 ZPO N 21; a.A. HAAS/HOSSFELD, ASA Bulletin 2012 (Fn. 9), S. 332, der für eine Optierung eine Inhaltsprüfung verlangt; KOLLER/SENNHAUSER, ZBJV 2012 (Fn. 52), S. 452; MAUERHOFER, GesKR 2011 (Fn. 52), S. 28.