SWISSLEX User-ID: jennifer.meier@walderwyss.com, 03.09.2025 14:59:07

Dokument	**AJP 2014 S. 1545**
Autor	**Marco Stacher**
Titel	**Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen (2013 und 2014)**
Urteilsbesprechung	**4A_538/2012, 4A_244/2012, 4A_232/2013, 4A_282/2013, 4A_388/2012, 4A_450/2013, 4A_490/2013, BGE 139 III 511, ATF 140 III 75**
Seiten	**1545-1568**
Publikation	**Aktuelle Juristische Praxis**
Herausgeber	**Valérie Défago Gaudin, Anne-Sylvie Dupont, Patricia Egli, Olivier Hari, Stefan Heimgartner, Stephanie Hrubesch-Millauer, Audrey Leuba, Alexander R. Markus, Bertrand Perrin, Arnold F. Rusch**
ISSN	**1660-3362**
Verlag	**Dike Verlag AG**

Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen (2013 und 2014)

Marco Stacher
Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Walder Wyss AG, Zürich

Das Bundesgericht stellte 2013 und 2014[1] mehrere Dutzend Entscheide über Schiedsbeschwerden online. Wenige dieser Entscheide sind spektakulär. Etliche Urteile verdeutlichen und präzisieren indessen die bereits bestehende Rechtsprechung oder werfen spezifische Fragen auf; dies gilt gerade für die Konstituierungsbeschwerde i.S.v. Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG: Drei Urteile präzisieren den Anwendungsbereich dieses Beschwerdegrundes, bzw. veranlassen dazu, ihn zu hinterfragen; dies insbesondere im Verhältnis zur Zuständigkeitsbeschwerde. Diese drei Urteile bilden den Schwerpunkt dieser Übersicht.[2]

---

1 Berücksichtigt sind Entscheide, die bis zum 9. November 2014 auf der Homepage des Bundesgerichts veröffentlicht wurden.

2 BGer 4A_538/2012 (Abschnitt A) fasst die Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Konstituierungsbeschwerde zusammen; erfasst seien Fragen zur Unabhängigkeit der Schiedsrichter sowie zur Ernennung und Ersetzung von Schiedsrichtern. Das Bundesgericht entschied gestützt darauf, dass der geltend gemachte Fehler – dass der Parteivertreter ein falsus procurator sei – nicht von Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG erfasst sei.

Ganz am Anfang ist aber auf eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu einer die Zulässigkeit des Beschwerdeverfahrens betreffenden Frage hinzuweisen: Das Bundesgericht hatte früher verneint, dass im Rahmen der Zuständigkeits- oder Konstituierungsbeschwerde gegen Zwischenentscheide weitere Beschwerdegründe erhoben werden können, d.h. andere als diejenigen von Art. 190 Abs. 2 lit. a und b IPRG.[3] Dann liess es die Frage offen[4] und erklärte Ende August 2014 erstmals, dass dies möglich sei;[5] dies sofern der geltend gemachte Fehler auf den Konstituierungs- oder Zuständigkeitsentscheid durchschlägt. Insbesondere kann somit geltend gemacht werden, der Konstituierungs- oder Zuständigkeitsentscheid sei nicht in einem Art. 182 Abs. 3 IPRG konformen Verfahren zustande gekommen (lit. d); der Beschwerdeführer kann mit anderen Worten vortragen, dass das Tatsachenfundament, auf welchem der Konstituierungs- und Zuständigkeitsentscheid fusst, in einem Verfahren erstellt wurde, das den Anspruch auf Gleichbehandlung oder rechtliches Gehör verletzt.[6]

A. Prozessvoraussetzungen/Anwaltsvollmacht

(BGer 4A_538/2012, Urteil vom 17. Januar 2013 i.S. *X v. Y*)

Die irakische Y und die französische X standen sich in einem Schiedsverfahren gegenüber. Die irakische Klägerin forderte Kommissionszahlungen ein und liess sich im Verfahren von den Anwälten F und G vertreten. Die französische Beklagte unterlag im Wesentlichen und erhob Zuständigkeitsbeschwerde. Sie machte u.a. geltend, der Schiedsspruch sei aufzuheben, da F und G, welche für die irakische Klägerin die Schiedsklage erhoben hatten, nicht zur Vertretung der Klägerin befugt gewesen seien; die Person, welche F und G eine Vollmacht ausgestellt habe, sei dazu nicht ermächtigt gewesen. Deshalb und da die Frage nach der rechtsgültigen Vertretung eine Zuständigkeitsfrage sei, sei der Schiedsspruch aufzuheben. Y widersprach und entgegnete, die Rüge betreffe – wenn überhaupt – einen Fall der falschen Konstituierung des Schiedsgerichts i.S.v. Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG; X hätte sich auf die falsche Bestimmung (lit. b statt lit. a) berufen und auf die Beschwerde sei deshalb nicht einzutreten.[7]

AJP 2014 S. 1545, 1546

BGE 139 III 511 (Abschnitt B) diskutiert den Anwendungsbereich der Konstituierungsbeschwerde im Detail und bestätigt grundsätzlich die Ausführungen in BGer 4A_538/2012 (vgl. aber Abschnitt B bei FN 27). Dass das Schiedsgericht nicht mit der richtigen Zahl Schiedsrichter besetzt sei, sei deshalb mit der Konstituierungsbeschwerde zu rügen. BGE 140 III 75 (Abschnitt C) weist einen Grenzfall (Erlass des Schiedsspruchs nach Amtsenthebung des Schiedsrichters) der Zuständigkeitsbeschwerde zu und hält fest, dass der in BGer 4A_538/2012 definierte Anwendungsbereich (Ernennung und Ersetzung von Schiedsrichtern sowie deren Unabhängigkeit und Unparteilichkeit) im Sinne der Rechtssicherheit als quasi starr zu verstehen sei; von dieser Definition nicht erfasste Mängel seien mit der Zuständigkeitsbeschwerde zu rügen.

3 Vgl. z.B. BGer 4A_210/2008 E. 5.2.

4 BGer 4A_414/2012 E. 3.2.

5 BGer 4A_74/2014 E. 3.1; BGer 4A_6/2014 E. 2.2.3.

6 Gemäss dieser Rechtsprechung bliebe die ordre public-Beschwerde unzulässig, wenn die behauptete ordere public-Verletzung nicht mit einer Konstituierungs- oder Zuständigkeitsfrage zusammenhängt; insoweit mit der ordre public-Beschwerde aber geltend gemacht wird, der Zwischenschiedsspruch sei fehlerhaft, weil er die Rechtskraft eines früheren Urteils missachtet, ist dies zu überdenken: Der Grund für die Weiterentwicklung der Rechtsprechung, nämlich dass so erreicht werde, dass gerichtsorganisatorische Fragen (Konstituierung und Zuständigkeit) frühzeitig beantwortet werden, gilt mutatis mutandis. Zudem wird den Parteien möglicherweise ein langes und kostspieliges Verfahren erspart, indem eine prozessuale, potentiell das Verfahren entscheidende und bereits in einem frühen Stadium prüfbare Sache vorab angegangen wird.

7 Vgl. Art. 77 Abs. 3 BGG.

Das Bundesgericht beurteilte die Argumentation von Y als *«artificiel»*.[8] Es gebe keinen Grund, den Anwendungsbereich von Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG auf Fragen der korrekten Vertretung auszuweiten, d.h. die Bestimmung weiter zu verstehen, als sie die Rechtsprechung des Bundesgerichts bis dato verstanden habe; erfasst seien nur *«la manière dont les arbitres sont nommés ou remplacés (art. 179 LDIP) et les questions relatives à leur indépendance (art. 180 LDIP). Les autres problèmes relèvent soit du grief tiré de l'incompétence du tribunal arbitral […] soit de l'un des autres motifs de recours spécifiques prévus par l'art. 190 al. 2 LDIP»* (E. 4.3.2). Mit anderen Worten: Der Anwendungsbereich von Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG ist gemäss Bundesgericht durch seine Rechtsprechung vordefiniert; dies mit Ziel, die Rechtssicherheit zu gewährleisten (E. 4.3.2). Alle in der zitierten Passage nicht genannten Fehler sollen demnach nicht mit der Konstituierungsbeschwerde gerügt werden können; die unterliegende Partei habe sich auf einen anderen Beschwerdegrund berufen und die Frage, ob das Schiedsgericht von einem vollmachtlosen Vertreter angerufen worden sei, betreffe *«la compétence rationae personae, comprise dans un sens large»* (E. 4.3.3).

Die korrekte Vertretung ist somit gemäss Bundesgericht eine Zuständigkeitsfrage i.S.v. Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG und das Ergebnis kam in einer Art Ausschlussverfahren zustande: Weil der Fehler nicht von der bundesgerichtlichen Definition des Konstituierungsfehlers erfasst sei und weil kein Grund anzunehmen sei, diese zu hinterfragen, könne nur die Zuständigkeitsbeschwerde einschlägig sein.

Das Ergebnis erschliesst sich nicht ohne weiteres. Die Postulationsfähigkeit[9] des gewillkürten Vertreters ist im Zivilprozessrecht eine eigenständige Prozessvoraussetzung[10] und nicht Teil der (davon zu unterscheidenden Prozessvoraussetzung der) Zuständigkeit des staatlichen Gerichts;[11] es geht zumindest unmittelbar nicht um die Frage, ob das Gericht etwas darf, nämlich den Streitgegenstand beurteilen, sondern darum, ob jemand anderes etwas kann, nämlich darum, ob der Vertreter für eine Partei in einem Verfahren handeln kann. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Besonderheiten der Schiedsgerichtsbarkeit einen Ansatz dafür liefern, die Postulationsfähigkeit als Teil der Zuständigkeit zu verstehen.

Zu denken ist z. B. an das Institut der Amtseinführung: Gemäss Tschanz konkretisiert die Amtseinführung die schiedsgerichtliche Zuständigkeit; das Schiedsgericht sei in einem konkreten Verfahren nicht zur Entscheidung aller Streitigkeiten zuständig, die sich aus der Schiedsvereinbarung ergeben können, sondern nur zur Entscheidung derjenigen Streitigkeiten, die ihm tatsächlich (durch die Partei, bzw. deren Vertreter) unterbereitet würden.[12] Es

---

8 Im Einzelnen erklärte das Bundesgericht, dass man unter dem Ansatz der Beschwerdegegnerin diverse der Zuständigkeitsbeschwerde zuzuordnende Mängel auch in den Anwendungsbereich der Konstituierungsbeschwerde drängen könne; bspw. liesse sich argumentieren, dass ein Schiedsgericht, das mangels Schiedsvereinbarung unzuständig sei, (auch) vorschriftswidrig konstituiert sei; dies, da es an der Schiedsvereinbarung als ganz grundsätzlicher Grundlage der Konstituierung des Schiedsgerichts fehle (E. 4.3.2). Dies überzeugt nicht. (i) Wenn keine Schiedsvereinbarung besteht, ist das Schiedsgericht unzuständig. Trotzdem sind die Schiedsrichter eigentliche Schiedsrichter (vgl. zum Ganzen Marco Stacher, Der unzuständige Schiedsrichter, ZZZ 9 [2013], 32 ff., 35 ff.), und die Unzuständigkeit zieht gemäss der Konzeption des 12. Kapitels gerade keine Folgefehler nach sich: Der Schiedsspruch eines unzuständigen Schiedsgerichts ist ein (wenn auch anfechtbarer) Schiedsspruch und nicht ein Nichtschiedsspruch. Dies spricht dagegen, der Unzuständigkeit mangels Schiedsvereinbarung in einem anderen Bereich (Konstituierung) einen Folgefehler zuzuordnen; dies umso weniger als dieser Fehler einen selbständigen Rügegrund darstellt. (ii) I.c. war der angebliche Fehler nicht der Schiedsvereinbarung inhärent; das Schiedsgericht war in der Sache zuständig. Der angebliche Fehler stand nicht mit dem Vertragsschluss, sondern mit der praktischen Umsetzung der Schiedsvereinbarung in Zusammenhang; dass in der einen Situation (mangelhafter Vertragsschluss) die Zuständigkeitsbeschwerde zu ergreifen ist, sagt deshalb nichts zum in der anderen Situation (mangelnde Vertretung) passenden Rügegrund. Richtiger erschiene folgende Begründung: Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts stehen Schiedsrichtervertrag und Zuständigkeit in Zusammenhang (vgl. BGer 4A_490/2013 E. 4.1 [Abschnitt C]). Wenn nun der Parteivertreter mangels Vollmacht nicht im Namen seiner Partei einen Vertrag zwischen ihr und den Schiedsrichtern schliessen kann, wird der zuständigkeitsbegründende Schiedsrichtervertrag nicht gültig geschlossen. Indessen überzeugt auch dies nach der hier vertretenen Meinung nicht; dies, weil die Zuständigkeit nicht aus dem Schiedsrichtervertrag folgt; es gilt gerade das Gegenteil: Wenn das Schiedsgericht zuständig ist, besteht zwischen Partei und Schiedsrichter eo ipso ein Schiedsrichtervertrag (vgl. Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1990, Rz. 864; Franz Hoffet, Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien, Diss. Zürich 1991, 81, 94; Hans-Heinrich Inderkum, Der Schiedsrichtervertrag, Diss. Fribourg 1988, 40 f., 51 ff.; Stacher [supra], 43 f. m.w.N.).

9 Die Postulationsfähigkeit ist «die Fähigkeit, in eigenem Namen oder als Vertreter einer Partei vor Gericht aufzutreten und prozessuale Handlungen vorzunehmen» (BK-Simon Zingg, Art. 59 ZPO N 62).

10 BGer 5A_15/2009 E. 4.1; BK-Martin H. Sterchi, Art. 68 ZPO N 13; a.M. noch Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 221 (Fn. 6b): Gemäss Guldener bildet die Postulationsfähigkeit des Vertreters keine Prozessvoraussetzung und eine durch einen vollmachtlosen Vertreter eingeleitete Klage wird nicht rechtshängig.

11 Vgl. z.B. die Aufzählung bei Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013, § 23 N 1.

12 Vgl. CR-Pierre-Yves Tschanz, Art. 186 IRPG N 3.

liesse sich nun argumentieren, dass diese konkrete, streitgegenstandsbezogene Zuständigkeit nur dann korrekt auf das Schiedsgericht übertragen werde, wenn der Parteivertreter dazu bevollmächtigt ist. Allein, wenn das Argument der Beschwerdegegnerin *«artificiel»* ist, wonach die Konstituierung vorschriftswidrig sei, wenn ein vollmachtloser Vertreter mitwirkt, dann muss dasselbe für diesen Erklärungsversuch gelten.[13] Es wäre *vice versa «artificiel»* zu argumentieren, dass das Schiedsgericht aus diesem Grund die Zuständigkeit nicht rechtsgültig übertragen erhalten habe. Der Ansatz kann deshalb nicht schlüssig erklären, weshalb die Postulationsfähigkeit losgelöst vom sonstigen Verständnis einen Aspekt der Zuständigkeit bilden soll.

Immerhin lässt sich das Urteil *prima facie* in die bisherige Rechtsprechung einordnen, wonach Fragen zur Partei- oder Prozessfähigkeit von Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG erfasst sind;[14] denn die Postulationsfähigkeit ist in Bezug auf die Prozessparteien ein Teil der Prozessfähigkeit.[15] Das belegt indessen nicht die Erhältlichkeit der Zuständigkeitsbeschwerde im Falle vollmachtloser Vertretung: In einem solchen Fall steht gerade nicht zur Debatte, ob der Prozesspartei mangels Prozessfähigkeit die Postulationsfähigkeit abgeht; fraglich ist einzig, ob sie sie gültig auf ihren Vertreter übertragen hat. Zur Debatte steht alleine die Rechtsstellung einer Drittperson.

Selbst wenn man die Postulationsfähigkeit inklusive der hier interessierenden Frage in der eigentlichen Prozessfähigkeit der Prozesspartei aufgehen liesse, erschlösse sich die Rechtsprechung nicht ohne Weiteres:[16] Die Rechts- und Handlungsfähigkeit im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung betrifft zweifellos eine für die Zuständigkeit entscheidende Frage; andernfalls ist die Schiedsvereinbarung nicht gültig zustande gekommen. Der während eines Schiedsverfahrens eintretende Verlust der Prozessfähigkeit bleibt jedoch ohne Auswirkung auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung. Die nachträgliche Änderung der Rechtsstellung lässt die Schiedsvereinbarung nicht quasi rückwirkend untergehen.[17] Der Verlust der Prozessfähigkeit betrifft deshalb keine unmittelbare Zuständigkeitsfrage.

Dass das Bundesgericht die Frage der fehlenden Anwaltsvollmacht trotz alledem unter Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG subsumiert, lässt sich wohl nur damit erklären, dass es sie für beschwerdewürdig erachtet und dass es keinen anderen Beschwerdegrund als gegeben sieht.[18] Es ist nun zwar durchaus diskutierbar, ob Fehlurteile überprüft werden sollen, welche Prozessvoraussetzungen betreffen; gerade weil dieser Meinung eine Wertung zugrunde liegt, ist die *ordre public*-Beschwerde indessen passender als die Zuständigkeitsbeschwerde;[19] dies etwa im Einklang mit der Rechtsprechung,[20] wonach eine andere Prozessvoraussetzung – das Fehlen eines rechtskräftigen Urteils zum Streitgegenstand – dem Bundesgericht über Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG zur Prüfung vorgelegt werden kann.

---

13 Zum Argument der Amtseinführung vgl. auch FN 65.

14 BGer 4A_118/2014 E. 3.1; BGer 4A_414/2012 E. 1.2; BGer 4A_50/2012 E. 3.2; BGer 4A_428/2008 E. 3.1.

15 Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, 219; Ernst Staehelin/Silvia Schweizer, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2013, Art. 67 ZPO N 4.

16 Vgl. dazu im einzelnen Marco Stacher, Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen (2009 und 2010), AJP/PJA 2011, 125 ff., 130 f.

17 Vgl. BK-Eugen Bucher, Art.12 ZGB N 16. Die Schweizer Per spektive ist relevant, da die Schiedsvereinbarung materiell gültig ist (und bleibt), wenn sie nach Schweizer Recht wirksam ist (Art. 178 Abs. 2 IPRG).

18 Vgl. dazu auch BGer 4A_124/2014 E. 3.2 («Le Tribunal fédéral envisage sous l'angle de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, relatif à la compétence du tribunal arbitral, le grief tiré de la violation d'un mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage... Il le fait en quelque sorte par défaut, dans l'impossibilité où il se trouve de rattacher semblable grief à un autre motif de recours, au sens de cette disposition, admettant ainsi de manière implicite que pareille violation n'est certes pas suffisamment grave pour relever de l'ordre public procédural visé par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP … mais doit néanmoins être sanctionnée d'une façon ou d'une autre»; Hervorhebungen hinzugefügt).

19 Zu überprüfen ist die Rechtsprechung, wonach ein Fehlurteil in Bezug auf das Rechtsschutzinteresse nicht mit ordre public-Beschwerde geltend gemacht werden kann (BGer 4A_444/2009 E.4.2.1): Im Vergleich zu staatlichen Verfahren existiert diese Prozessvoraussetzung in Schiedsverfahren nur in gemilderter Form; nämlich insoweit als das Erheben einer Schiedsklage nicht rechtsmissbräuchlich sein darf (Marco Stacher, Das Rechtsschutzinteresse im internationalen Verhältnis, AJP/PJA 2007, 1123 ff., Rz. 41; resp. insoweit an der Klage ein tatsächliches Interesse besteht; vgl. dazu im Einzelnen Stefan Leimgruber, Declaratory Relief in International Commercial Arbitration, ASA Bull. 32 [2014], 467 ff., 483 ff.). Da aber das Rechtsmissbrauchsverbot zum ordre public zählt (BGer 4A_558/2011 E. 4.1; BGer 4A_579/2010 E. 3.1; BGer 4A_326/2010 E. 3.1; BGE 132 III 389 E. 2.2.), ist nicht ersichtlich, weshalb dieser abgeschwächte Test zum Rechtsschutzinteresse nicht der Überprüfung durch das Bundesgericht unterliegen sollte.

20 BGer 4A_490/2009 E. 2.1; BGer 4P.98/2005 E. 5; BGE 127 III 279 E. 2b.

Wie dem auch sei: Das Bundesgericht trat auf die Zuständigkeitsbeschwerde ein und prüfte sie in der Sache. Die Beschwerdeführerin brachte dabei vor, das Schiedsgericht hätte das irakische Recht falsch angewendet. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, das Schiedsgericht hätte erklärt, weshalb es die korrekte Vertretung von Y be-

AJP 2014 S. 1545, 1548

jaht hätte, und die Beschwerdeführerin hätte es unterlassen zu erklären, weshalb diese Ausführungen gegen das irakische Recht verstiessen (E.4.4.1). *«Il n'y a donc pas lieu d'examiner cette question»;* die Beschwerde war abzuweisen.

Noch zwei letzte Bemerkungen: (i) Einzelne Schiedsrichter verhindern Querelen wie die vorliegende, indem sie zu Beginn eines Verfahrens *ex officio* verlangen, dass jede Partei sowohl eine Vollmacht als auch einen Auszug aus dem Handelsregister (oder einem vergleichbaren Register) beibringt, welcher bestätigt, dass die Vollmacht von dazu befugten Personen ausgestellt wurde. (ii) Wenn man die Frage der Anwaltsvollmacht als Zuständigkeitsfrage betrachtet, trägt die Gegenpartei, welche sich im Beschwerdeverfahren auf die fehlende Vollmacht berufen will, die Last, diesen Mangel im Schiedsverfahren rechtzeitig zu rügen; die Einrede ist wie die Unzuständigkeitseinrede[21] frühzeitig vorzubringen;[22] andernfalls verwirkt der Beschwerdegrund.[23] Es wäre unbillig, wenn die betroffene Partei den Fehler in der Bevollmächtigung gerade deshalb nicht heilen könnte, weil die Gegenpartei den Fehler nicht bereits im Schiedsverfahren rügt. Dass eine rechtzeitige Rüge möglich gewesen wäre, ist dabei zu vermuten: Wenn eine Partei eine entsprechende Rüge im Beschwerdeverfahren vortragen kann, ist davon auszugehen, dass sie die fraglichen Informationen bereits früher besass oder hätte besitzen können.

B. Konstituierung/Zahl der Schiedsrichter (BGE 139 III 511 [BGer 4A_282/2013], Urteil vom 13. November 2013 i.S. *X v. Z*)

Die Schiedsvereinbarung zwischen Z, einer spanischen Vermittlungsagentur, und X, einem Fussballverein, sah vor, dass Streitigkeiten durch ein Dreierschiedsgericht am *Tribunal Arbitral du Sport* («TAS») entschieden werden.

Z leitete in der Folge ein Schiedsverfahren ein und schlug vor, dass anstelle des vereinbarten Dreierschiedsgerichts ein Einzelschiedsrichter ernannt werde. Das TAS lud X zur Stellungnahme ein, welcher am 21. Dezember 2011 auf einem Dreierschiedsgericht beharrte. Trotzdem ernannte das TAS unter Verweis auf Art. 40.2 der TAS-Regeln[24] am 21. Februar 2012 einen Einzelschiedsrichter, was bereits im Januar 2012 angekündigt worden war. X nahm dazu nicht Stellung und rügte die Ernennung des Einzelschiedsrichters nicht.

In seiner Klageantwort vom 2. April 2012 beantragte X, dass *«the Sole Arbitrator»* die Klage abweise. X brachte denn auch in der Klageantwort keine Rügen gegen die Zusammensetzung des Schiedsgerichts vor. Im Gegenteil: Am 15. Mai 2012 unterzeichnete X unter der Zeile *«read an agreed upon»*, eine prozessuale Verfügung des TAS. Diese hielt u.a. fest, dass ein irischer Anwalt als Einzelschiedsrichter fungieren würde. Am 12. Juni 2012 beantragte indessen der neue Prozessvertreter von X, dass der Einzelschiedsrichter durch einen rumänischen Schiedsrichter ersetzt werde; subsidiär sei wie in der Schiedsvereinbarung vorgesehen ein Dreierschiedsgericht einzusetzen (E. 5.1.2 und 5.3.4). Das TAS wies diese Anträge ab. Letztlich verurteilte der Einzelschiedsrichter X nach einem ca. 1.5-jährigen Verfahren zur Zahlung der von Z eingeforderten Summe. X erhob Schiedsbeschwerde und machte geltend, das Schiedsgericht sei falsch zusammengesetzt gewesen (Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG). Es hätte ein Dreierschiedsgericht entscheiden müssen.

---

21 Vgl. BGer 4A_597/2013 E. 2.1; BGer 4A_682/2012 E. 4.4.2.1; BGE 128 III 50 E. 2c; BSK-Markus Schott/Maurice Courvoisier, Art. 186 IPRG N 100 ff.

22 Dies analog zum Gebot der umgehenden Rüge von Verfahrensfehlern (BGer 4A_324/2014 E. 3.2.2; BGer 4A_597/2013 E. 3.1; BGer 4A_617/2010 E. 3.1; BGer 4A_440/2010 E. 4.1; BGer 4P.96/2002 E. 5.2.2; BGE 119 II 386 E. 1a) und zum Gebot, Ablehnungsgründe umgehend geltend zu machen (Art. 180 Abs. 2 IPRG; BGer 4A_506/2007 E. 3.2).

23 Das Urteil vom 17. Januar 2013 stellt nicht klar, wie es sich diesbezüglich i.c. verhielt.

24 «The parties may agree on the method of appointment of the arbi trators from the CAS list. In the absence of an agreement, the arbitrators shall be appointed in accordance with the following paragraphs».

Das TAS machte im Beschwerdeverfahren geltend, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten; mit dem angerufenen Beschwerdegrund (lit. a), könne nur die mangelnde Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit eines Schiedsrichters gerügt werden. Das Bundesgericht wies dieses Argument nach einem *tour d'horizon* durch die Lehre und seine bisherige Rechtsprechung zurück: Es seien *«par régularité de la constitution du tribunal arbitral, au sens de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP»*, nicht nur Fragen zur Unabhängigkeit der Schiedsrichter (Art. 180 IPRG) zu verstehen, sondern auch *«la manière dont les arbitres ont été nommés ou remplacés (art. 179 LDIP)»* (E. 4).

Nachdem das Bundesgericht so geklärt hatte, dass X den richtigen Beschwerdegrund angerufen hatte, prüfte es, ob die Ernennung im Einklang mit den von den Parteien gewählten TAS-Regeln erfolgt war. Es verneinte dies zu Recht (E. 5.2): Gemäss TAS Regel 40.1 [25] bestimmt

AJP 2014 S. 1545, 1549

das TAS nur für den Fall die Anzahl der Schiedsrichter, dass sie die Schiedsvereinbarung nicht regelt. I.c. sah die Schiedsvereinbarung aber klipp und klar ein Dreierschiedsgericht vor.

Die vorschriftswidrige Konstituierung führte indessen nicht zur Aufhebung des Schiedsspruchs; dies, weil X die Ernennung des Einzelschiedsrichters nicht ausreichend gerügt hätte (E. 5.3): X hätte zwar zunächst den Vorschlag zurückgewiesen, einen Einzelschiedsrichter zu ernennen. Nach dessen Ernennung hätte X aber den Eindruck erweckt, sich der Entscheidung zu fügen, dass ein Einzelschiedsrichter anstelle eines Dreierschiedsgerichts tätig würde; insbesondere die Unterzeichnung der prozessualen Verfügung vom Mai 2012 würde dazu Anlass geben *(«read an agreed upon»)*. Gleiches würde im Übrigen daraus folgen, dass X im Juni 2012 primär forderte, es sei ein anderer Einzelschiedsrichter zu ernennen, und nur subsidiär, dass ein Dreierschiedsgericht bestellt werde.

Der Entscheid ist insoweit unspektakulär; er reiht sich in eine lange Liste von Entscheiden ein, in welchen das Bundesgericht eine Schiedsbeschwerde abweist, weil die beschwerdeführende Partei im Schiedsverfahren nicht gegen den Verfahrensmangel vorgegangen ist, mit welchem sie die Schiedsbeschwerde begründet. Er mahnt aber in einem Punkt zur Vorsicht (4.) und enthält drei Aussagen, die der Konstituierungsbeschwerde zusätzliche Konturen verleihen (1. bis 3.):

Erstens betont das Bundesgericht, dass die vereinbarungsgemässe Konstituierung grundsätzlich wesentlich und zu beachten sei.[26] Zu Recht wirft es jedoch die Frage auf, ob bereits kleine Fehler bei der Bestellung des Schiedsgerichts zur Aufhebung des Schiedsspruchs führen sollen. I.c. konnte es diese – verneinend zu beantwortende – Frage offen lassen, da es sich bei der Zahl der Schiedsrichter nicht um einen untergeordneten Punkt handelt (E. 4 a.E.).

Zweitens scheint das Bundesgericht Parteivereinbarungen zur Konstituierung des Schiedsgerichts nunmehr sozusagen umfassend schützen zu wollen, d.h. nicht nur in Bezug auf den Ernennungsmodus und die Zahl der Schiedsrichter, sondern auch in Bezug auf die vereinbarten *«qualifications»* (E. 4).[27] Diese Aussage ist zu begrüssen[28] und kehrt ein *obiter dictum* von 1994.[29] Es handelt sich aber (i) zum einen auch bei BGer 4A_282/2013 um ein *obiter dictum* und der Entscheid weitet (ii) zum anderen den in BGer 4A_538/2012 eigentlich noch als starr bezeichneten Anwendungsbereich ein erstes Mal aus. Es wird deshalb zu beobachten sein, wie sich das Bundegericht in Zukunft zu dieser Frage stellt.[30]

---

25 «The Panel is composed of one or three arbitrators. If the arbi tration agreement does not specify the number of arbitrators, the President of the Division shall determine the number, taking into account the amount in dispute and the complexity of the dispute».

26 «Celui qui renonce par anticipation, en concluant une conven tion d'arbitrage … à ce que sa cause soit entendue par un tribunal établi par la loi … peut raisonnablement s'attendre à ce que les membres du tribunal arbitral ou l'arbitre unique, non seulement offrent des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, mais encore répondent aux exigences que les parties ont fixées d'un commun accord … ou qui résultent d'un règlement d'arbitrage adopté par elles, voire des dispositions légales applicables à titre subsidiaire» (E. 4).

27 «… peut raisonnablement s'attendre à ce que les membres du tribunal arbitral … répondent aux exigences que les parties ont fixées d'un commun accord (nombre, qualifications, mode de désigna tion) ou qui résultent d'un règlement d'arbitrage adopté par elles, voire des dispositions légales applicables à titre subsidiaire (cf. art. 179 al. 2 LDIP)» (E. 4; Hervorhebungen hinzugefügt).

28 Wie hier: BSK-Stefanie Pfisterer, Art. 190 IPRG N 27.

29 BGer 4P.292/1993 E. 4 («Eine Missachtung von lediglich durch die Parteien vereinbarten Anforderungen [Art. 180 Abs. 1 lit. a IPRG], welche über die rechtsstaatlichen Garantien hinausgehen, vermag die Nichtigkeit des Schiedsspruch nicht zu bewirken»; publ. in ASA Bull. 15 [1997], 99 ff.).

30 Bereits in BGer 4A_490/2013 E. 4 wurden die «qualifications» nicht mehr explizit als Teil des Anwendungsbereichs der Konstituierungsbeschwerde angeführt.

Drittens bestätigte das Bundesgericht, dass eine ordnungsgemässe Rüge nicht erfordert, dass die einmal korrekt[31] erhobene Rüge konstant erneuert wird (E. 5.3.3). Allein, im vorliegenden Fall hatte X die ganz zu Beginn, vor der Konstituierung, erhobene Rüge nicht nur nicht wiederholt, sondern durch sein Prozessverhalten gerade zum Ausdruck gebracht, dass er nicht an der Rüge festhalte. X akzeptierte *(«read and agreed upon»)*, dass ein Einzelschiedsrichter tätig würde. Zumindest bei dieser Gelegenheit hätte aber eine Bestätigung der Rüge erwartet werden dürfen, wenn X tatsächlich an einem Dreierschiedsgericht gelegen war. Jedenfalls erhebt eine Partei die Rüge im Zweifelsfall besser einmal zu viel als einmal zu wenig.

Viertens hält das Bundesgericht fest, dass die Beschwerde nicht nur deshalb abzuweisen war, weil X die Ernennung des Einzelschiedsrichters im Schiedsverfahren nicht ausreichend gerügt hatte. Vielmehr sei die Schiedsbeschwerde verspätet gewesen: X hätte bereits gegen den Ernennungsentscheid des TAS und nicht erst gegen den Schiedsspruch Beschwerde erheben müssen (E. 5.3.2).[32]

AJP 2014 S. 1545, 1550

Mit anderen Worten erachtete das Bundesgericht den Entscheid des TAS als Schiedsinstitution als mögliches Anfechtungsobjekt einer Schiedsbeschwerde. Das Bundesgericht verwies dabei auf BGer 4A_600/2008 E. 2.3,[33] in welchem es eine Verfügung des TAS ebenfalls als Anfechtungsobjekt qualifiziert hatte; in diesem Fall hatte die Verfügung indessen nicht die Ernennung des Schiedsrichters zum Gegenstand, sondern die Beendigung des Verfahrens zufolge Nichtleisten des Kostenvorschusses; zur Bestellung des Schiedsgerichts kam es nie.

Eine eigentliche Begründung dazu, weshalb der Entscheid der Institution mit Schiedsbeschwerde anfechtbar sein soll, findet sich weder im besprochenen Entscheid, noch in BGer 4A_600/2008 E. 2.3; dieser hält dazu schlicht fest, dass die Tatsache, dass der angefochtene Entscheid *«émane du Président suppléant de la Chambre arbitrale d'appel plutôt que d'une Formation arbitrale, laquelle n'était du reste pas encore constituée, n'empêche pas qu'il s'agit bien d'une décision susceptible de recours au Tribunal fédéral»*. Auf Letzteres, dass im Zeitpunkt der Ernennungsverfügung des TAS noch kein Schiedsgericht bestellt war, verweist auch BGer 4A_282/2013 E. 5.3.2. Im Unterschied zum früheren Entscheid wäre hier aber eine Beschwerde gegen einen eigentlichen Schiedsspruch möglich gewesen; das TAS ernannte ja einen Einzelschiedsrichter. Freilich hätte dies X nicht von der Last zur rechtzeitigen Rüge und somit zur Rüge bereits des Ernennungsentscheides befreit. Aber die Fragen nach dem Anfechtungsobjekt und der rechtzeitigen Rüge sind zu trennen.

Jedenfalls verfängt der Verweis auf BGer 4A_600/2008 E. 2.3 wegen der unterschiedlichen prozessualen Situation nicht ohne weiteres; zudem besteht zwischen BGer 4A_282/2013 E. 5.3.2 und anderen Entscheiden *«quelque incohérence»* (E. 5.3.2):[34] Entscheide zu Ablehnungsbegehren, welche das TAS während eines Schiedsverfahrens trifft, unterstehen gemäss der Rechtsprechung nicht der Schiedsbeschwerde; anfechtbar ist erst der Endschiedsspruch.[35] Letztlich wäre es aber angebracht, Entscheide einer Institution zur Person des Schiedsrichters entweder immer oder nie als Beschwerdeobjekt zu betrachten. Die erste Option böte den Vorteil, dass ein streitiger Punkt zu einem frühen Zeitpunkt geklärt würde; es ist den Parteien wenig geholfen, wenn sie nach dem Entscheid der Institution, mit welchem diese ein Ablehnungsbegehren abweist, ein allenfalls zeit- und geldintensives Schiedsverfahren zu Ende führen müssen, nur um dann auf eine Beschwerde hin festzustellen, dass das Verfahren nicht regelkonform geführt wurde und deshalb zumindest zum Teil wiederholt werden muss; diese Gefahr wiegt schwerer als diejenige, dass das Schiedsverfahren durch eine Beschwerde torpediert wird;[36] denn das Schiedsverfahren kann während des Beschwerdeverfahrens fortgeführt werden; dies gerade dann, wenn während dieses Verfahrens

---

31 Für die Gehörs- und die Gleichbehandlungsrüge ist daran zu erinnern, dass der Beschwerdeführer (i) im Schiedsverfahren rechtzeitig und deutlich die Rüge erheben muss und dass er, (ii) alles unternommen haben muss, um den Mangel noch im Schiedsverfahren zu beseitigen (BGer 4A_407/2012 E. 3.1, 3.2; vgl. auch Johannes Landbrecht, Good manners never hurt anyone – or do they?, ASA Bull. 31 [2013], 671 ff.).

32 Vgl. demgegenüber BGer 4A_476/2012 E. 3.2: Die Beschwerdeführerin hatte in einem TAS Schiedsverfahren vor der Konstituierung des Schiedsgerichts vorgebracht, es sei nicht ein Einzelschiedsrichter, sondern ein Dreierschiedsgericht zu ernennen. Trotzdem ernannte das TAS in der Folge eine Einzelschiedsrichterin; die Beschwerdeführerin rügte dies im Schiedsverfahren nicht, sondern erst mittels einer Schiedsbeschwerde. Das Bundesgericht wies die Beschwerde mangels Rüge der falschen Konstituierung ab; d.h. es beurteilte die Beschwerde in der Sache.

33 Vgl. auch BGer 4A_126/2008 E. 1.

34 Dies trifft zu (vgl. Matthias Scherer, Decisions of private bodies and institutions cannot be challengend under Art. 190 PIL Act – Really?, ASA Bull. 32 [2014], 102 ff., 103).

35 BGer 4A_644/2009 E. 1.

36 Vgl. BSK-Pfisterer (FN 28), Art. 190 IPRG N 30.

nicht das Schiedsgericht am Zug ist, sondern Fristen zur Einreichung von Rechtsschriften laufen.[37] Indessen steht wohl nur die zweite Option mit dem Wortlaut von Art. 190 IPRG im Einklang, wonach der *«Entscheid»*, bzw. die *«sentence»* anfechtbar ist.[38] Zudem erscheint das Urteil vom 13. November 2013 als Fremdkörper; dies vor allem angesichts der gefestigten Praxis zum Nichteintreten bei Beschwerden gegen Entscheide von Schiedsinstitutionen über Ablehnungsbegehren.[39]

C. Zuständigkeit/Ende des Schiedsrichtervertrages (BGE 140 III 75 [BGer 4A_490/2013], Urteil vom 28. Januar 2014 i.S. X v. Z)

Der Sachverhalt, den das Bundesgericht beurteilte, wirkt surreal und hätte aus einem Lehrbuch stammen können: Die Parteien ernannten E im April 2010 gemeinsam als

AJP 2014 S. 1545, 1551

Einzelschiedsrichter. Im Mai 2011 plädierten die Parteien zum letzten Mal vor E und warteten fortan auf den Schiedsspruch. Mitte Juni 2012 erkundigte sich X nach dem *status quo*. E teilte den Parteien mit, er werde den Schiedsspruch Ende dieses Monates erlassen. Dies erfolgte nicht. X erkundigte sich in der Folge ca. zehn Mal erfolglos nach dem ungefähren Datum, an dem E seinen Schiedsspruch eröffnen würde. Am 24. Oktober 2012 drohten die Parteien E schliesslich an, sich an den *juge d'appui* zu wenden.[40] Die Parteien wiederholten diese Androhung im Januar 2013. Am 3. Juni 2013 bat der Einzelschiedsrichter X, welche sich wiederum nach dem Stand der Dinge erkundigt hatte, sich eine oder zwei weitere Wochen zu gedulden. X forderte diesbezüglich ein *«firm commitment»* von E. E antwortete wie folgt: *«Subject to the approval of both parties' counsel, I shall resign if the award is not rendered by 30 June 2013»*. E erliess im Juni 2013 keinen Schiedsspruch.

Im August 2013 informierten die Parteien E gemeinsam, dass sie das Rücktrittsangebot von E annähmen, wenn bis zum 30. August 2013 kein Schiedsspruch erlassen würde. Der Schiedsrichter erhielt das Schreiben am 27. August 2013 und stimmte dessen Inhalt zu. Indessen wurde die Frist in der Folge von beiden Parteien gemeinsam bis zum 2. September 2013 verlängert. Auch am 2. September 2013 war aber noch kein Schiedsspruch eröffnet worden. Am 3. September (18:29 Uhr) teilte X deshalb mit, dass die Frist abgelaufen sei, und bat den Schiedsrichter zu bestätigen, dass er keine weiteren Handlungen vornehmen würde. Eine Viertelstunde später (18:42 Uhr) teilte E mit, dass der Schiedsspruch innerhalb der nächsten halben Stunde zugestellt würde. Um 19:24 Uhr teilte E mit, dass die Zustellung gescheitert sei, weil niemand den Schiedsspruch entgegengenommen habe. Die Zustellung würde am folgenden Tag wiederholt, was am Nachmittag des 4. September 2013 tatsächlich geschah.

---

37 In Betracht zu ziehen ist auch, dass das Bundesgericht Beschwerdeverfahren effizient erledigt (vgl. Felix Dasser/David Roth, Challenges of Swiss Arbitral Awards – Selected Statistical Data as of 2013, ASA Bull. 32 [2014], 453 ff., 465 [Median von unter sechs Monaten in den Jahren 2012 und 2013]).

38 Scherer (FN 34), 103. Eine Ausnahme liesse sich prima facie immerhin für Fälle wie den in BGer 4A_600/2008 E. 2.3 entschiedenen propagieren: Wenn das Schiedsverfahren von der Institution gestoppt wird, bevor das Schiedsgericht gebildet worden ist, mag es angemessen erscheinen, ihren Entscheid als Anfechtungsgegenstand zu betrachten; dies, damit der Ausgang eines privaten Verfahrens zumindest auf elementare Punkte hin von einem staatlichen Richter überprüft werden kann. Allein, der Entscheid der Institution führt nicht zu einem Entscheid mit materieller Rechtskraft; er stammt nicht einmal vom in der Sache zuständigen Spruchkörper. Der adäquate und effiziente Rechtsbehelf für die Klägerin, welche ihr Verfahren durch die Institution beendet sieht, ist deshalb, (regelkonform) ein neues Verfahren einzuleiten.

39 Scherer (FN 34), 104.

40 Denkbar ist ein Mitwirken in der Art, dass der staatliche Richter, gestützt auf das Schiedsrichterverhältnis, und somit auf einer speziellen Grundlage, bei Untätigkeit des Schiedsrichters feststellt, dass die Schiedsrichter den Schiedsspruch innert vernünftiger Frist erlassen müssen (Bernhard Berger/Franz Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. A., Bern 2006, Rz. 1093; Pierre Lalive/Jean-François Poudret/Claude Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, Art. 185 IPRG N 5; Marcel Schneider, Funk tionen des staatlichen Richters am Sitz des internationalen Schiedsgerichts gemäss 12. Kapitel IPRG, Diss. St. Gallen 2008, 124 ff., 129 ff.; Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. A., Zürich 1993, 250).

X erhob gegen den Schiedsspruch Beschwerde in Zivilsachen; nach unbenütztem Ablauf der Frist vom 2. September 2013 hätte E keinen Schiedsspruch mehr erlassen können.[41] Das Bundesgericht hob den Schiedsspruch zu Recht auf. Als Ausgangspunkt seiner Begründung wählte es dabei das Institut des Schiedsrichtervertrags.[42] Es analysierte eingehend, wann er *in casu* beendet worden war und folgerte dabei aus den Umständen, dass der Schiedsrichtervertrag gemäss übereinstimmendem Parteiwillen am 2. September 2013 *«ipso facto»* erloschen sei. Dies hätte auch der Einzelschiedsrichter nicht anders verstehen können; deshalb sei seine Rechtsprechungsgewalt vorzeitig durch *«un accord tripartite»* aufgehoben worden, der *«par chacune des parties avec l'autre, d'une part, et par les deux parties conjointement avec l'arbitre, d'autre part»*, geschlossen worden sei (E. 3.2.2). Der Schiedsspruch sei deshalb zu spät erlassen worden, nämlich: *«après que la mission de l'arbitre unique avait pris fin»* (E. 3.3).

Gemäss Bundesgericht betrifft die interessierende Frage – der Erlass des Schiedsspruchs nach dem Untergang des Schiedsrichtervertrages – die Zuständigkeit des Schiedsgerichts *ratione temporis;*[43] der Schiedsspruch sei

AJP 2014 S. 1545, 1552

deshalb gestützt auf Art. 190 Abs. 1 lit. b IPRG (falscher Zuständigkeitsentscheid) und nicht gestützt auf lit. a (vorschriftswidrige Konstituierung) aufzuheben. Es handle sich zwar um einen Grenzfall.[44] Gerade wegen des durch die Rechtsprechung beschränkten Anwendungsbereichs von Art. 190 Abs. 1 lit. a IPRG sei aber die Zuständigkeitsbeschwerde vorzuziehen.[45] Dies hätte für X unangenehme Folgen haben können; X hatte nämlich Konstituierungsbeschwerde erhoben.[46] Trotzdem trat das Bundesgericht auf die Beschwerde ein (E. 4.1), die es in der Sache bereits als gerechtfertigt betrachtet hatte (E. 3.2).[47]

---

41 Y argumentierte, die Schiedsbeschwerde sei rechtsmissbräuchlich, da sie X nur mit dem Ziel eingereicht habe, einen ihr unliebsamen Schiedsspruch aufheben zu lassen. Das Bundesgericht verwarf diesen Einwand zu Recht (E. 4.2). X hatte das Verfahren nicht verzögert und E wiederholt abgemahnt. X hatte mit anderen Worten gerade die zeitgerechte Eröffnung des Schiedsspruchs zu erreichen versucht; zudem hatte X den E bereits nach Ablauf der Frist (und vor Erlass des Schiedsspruchs) darum ersucht, seine Tätigkeit einzustellen, und den Schiedsspruch nur unter Vorbehalt entgegengenommen; dass X auf den sich aus dem Fristablauf ergebenden Konsequenzen beharrte, stellt deshalb kein widersprüchliches Verhalten dar.

42 Dies verfängt nicht, da die Zuständigkeit den Schiedsrichtervertrag begründet und nicht umgekehrt (vgl. FN 8): Ein Schiedsrichtervertrag besteht im Falle der Zuständigkeit des Schiedsgerichts oder wenn beide Parteien der Ernennung des Schiedsrichters zustimmen. Andernfalls besteht zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern ein gesetzliches Schuldverhältnis (vgl. zum Ganzen Berger/Kellerhals [FN 40], 893 und die Nachweise bei Stacher [FN 8], 43 f.).

43 Gleichermassen nimmt das Bundesgericht bei multi-tier dispute resolution clauses auf das Konzept der Zuständigkeit ratione temporis Rückgriff. Wenn dem Schiedsverfahren ein Media tionsverfahren oder ein Verfahren vor einem dispute adjudication board (FIDIC oder anderes) vorausgehen soll, so sei zu prüfen, ob dieses Verfahren gemäss Parteivereinbarung zwingend sei; wenn dies zu bejahen ist, sei das Schiedsgericht erst nach dessen Durchführung zuständig ratione temporis. Immerhin könne sich das beklagtische Berufen auf das vorausgehende Verfahren als rechtsmissbräuchlich erweisen; dies, wenn dem Beklagten nicht am Streiterledigungsversuch, sondern an der Verfahrensverzögerung gelegen sei (BGer 4A_124/2014 E. 3; BGer 4A_46/2011 E. 3.4; BGer 4A_18/2007 E. 4.3.1; vgl. dazu auch Christopher Boog, Note on Decision 4A_18/2007 of 6 June 2007, ASA Bull. 26 [2008], 103 ff., 108; Rüede/Hadenfeldt [FN 40], 27; Alexander Jolles, Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses, Issues of Enforcement, Arbitration 72 [2006], 329 ff., 336; Samuel Monbaron, Besprechung BGE 4A_18/2007, SZZP 3 [2007], 253 ff., 255; Marco Stacher, Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen (2011 und 2012), AJP/PJA 2013, 102 ff., Rz. 68 ff.; Nathalie Voser, Sanktion bei Nichterfüllung einer Schlichtungsklausel, ASA Bull. 20 [2002], 376 ff., 380 f.).

44 «En théorie, les deux constructions juridiques [Zuständigkeits- und Konstituierungsbeschwerde] pourraient s'appliquer au vice de procédure examiné»; denn «il n'échappe pas à la Cour de céans que le critère distinctif permettant d'écarter une construction juridique au profit de l'autre demeure assez flou» (E. 4.1). Ebenso: Cesare Jermini, Die Anfechtung der Schiedssprüche im interna tionalen Privatrecht, Diss. Zürich 1997, Rz. 279.

45 «Si l'on s'en tient toutefois à la délimitation jurisprudentielle du champ d'application de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP, la préférence doit être donnée à la seconde construction juridique […] par régularité de la constitution du tribunal arbitral ou de la désignation de l'arbitre unique, au sens de cette disposition, il faut entendre la manière dont le ou les arbitres ont été nommés ou remplacés (art. 179 LDIP) et les questions relatives à leur indépendance (art. 180 LDIP). Or, vue sous l'angle restrictif ainsi défini par la jurisprudence, la position de l'arbitre ou du tribunal arbitral qui statue hors délai n'est pas assimilable à celle d'un arbitre ou d'un tribunal qui n'aurait pas été régulièrement nommé ou remplacé» (E. 4.1).

46 Vgl. Art. 77 Abs. 3 IPRG; BGer 4A_538/2012 E. 4.3.1.

47 «Toutefois, déclarer son recours irrecevable pour ce seul motif reviendrait à faire preuve d'un formalisme excessif, étant donné l'incertitude qui régnait jusqu'à ce jour sur la question de la disposition – l'art. 190 al. 2 let. a LDIP ou l'art. 190 al. 2 let. b LDIP – entrant en ligne de compte. On y renoncera donc. L'intimée n'a, du reste, soulevé aucune objection en ce qui concerne le choix du grief formulé par la recourante» (E. 4.1). Vgl. aber BGer 4A_538/2012 E. 4.1, wo ebenfalls nicht offensichtlich war: dass die Zuständigkeitsrüge der korrekte Rügegrund war «Si l'on en croit la recourante, pareille dispute serait vaine. Selon elle, en effet, dès lors que le grief a été invoqué avec toute la précision voulue, le Tribunal fédéral doit l'examiner, quelle que soit la lettre de l'art.190 al. 2 LDIP à laquelle il

Der Entscheid des Bundesgerichts ist im Ergebnis richtig und er reflektiert die herrschende Lehre insoweit, als diese das Überschreiten der Amtsdauer als Zuständigkeitsfrage *(ratione temporis)* betrachtet.[48] Indessen belässt es das Bundesgericht dabei, auf die erwähnte herrschende Lehre[49] und auf seine Rechtsprechung zur Konstituierungsbeschwerde zu verweisen; diese habe einen engen Anwendungsbereich,[50] was *eo ipso* dagegen spreche, die hier relevante Frage unter Art. 190 Abs. 1 lit. a IPRG zu subsumieren. Dies gleicht einem Zirkelschluss und es fehlen originäre Ausführungen dazu, welcher Beschwerdegrund i.c. der richtige war, bzw. weshalb der vom Bundesgericht definierte Anwendungsbereich der Konstituierungsbeschwerde nicht um den vorliegenden Fehler erweitert werden muss; dies, obwohl das Bundesgericht einen Grenzfall annimmt. Es ist deshalb zu hinterfragen, ob X nicht doch zu Recht Konstituierungsbeschwerde ergriff. Ausgangspunkt dazu ist die zweite, vom Bundesgericht angeführte Begründung, nämlich die von der h.L. vertretene Auffassung, wonach die Amtsdauer die Zuständigkeit *ratione temporis* betreffe und ein nach Ablauf der Amtsdauer erlassener Schiedsspruch deshalb von einem unzuständigen Schiedsgericht erlassen worden sei. Diese Auffassung wird insbesondere wie folgt[51] erklärt: Mit

AJP 2014 S. 1545, 1553

Ablauf der Amtsdauer (i) falle die Schiedsvereinbarung dahin,[52] bzw. (ii) werde der Schiedsrichter seines Amtes entbunden *(functus officio)*.[53]

Letzteres taugt nicht zur Begründung der Unzuständigkeit des Schiedsrichters; der Schiedsrichter verliert zwar im Regelfall mit Erlass des Schiedsspruchs seine Rechtsprechungskompetenz;[54] dies folgt aber nicht daraus, dass er seine Zuständigkeit verloren hätte; er bleibt ja für den Fall zuständig, dass der Schiedsspruch aufgehoben wird.[55] Vielmehr folgt die Amtsentbindung bei Verfahrensbeendigung mittels

---

convient de le rattacher. Semblable avis méconnaît la véritable nature du recours en matière civile dirigé contre une sentence arbitrale internationale et n'est, de surcroît, pas compatible avec les termes de l'art. 77 al. 3 LTF».

48 Statt vieler: Berger/Kellerhals (FN 40), Rz. 917; KuKo-Felix Dasser (FN 37), Art. 366 ZPO N 6; BSK-Philipp Habegger, Art. 366 ZPO N 11; BSK-Michael Mráz, Art. 393 ZPO N 45; BSK-Schott/Courvoisier (FN 21), Art. 186 IPRG N 86.

49 Dies, obwohl das Bundesgericht festhält, dass das Konstrukt der Amtsdauerbeschränkung i.c. nicht passend war («Le comportement des parties pourrait enfin être regardé comme un accord passé en cours d'instance par celles-ci en vue de limiter la durée de la mission de l'arbitre. Cependant, pareille construction juridique n'expliquerait guère la participation active de l'intéressé aux discussions qui ont eu lieu quant à la poursuite et à la fin de sa mission» [E. 3.2.2]); d.h. das Bundesgericht nimmt Rückgriff auf die h.L. zu einem Punkt, den es gar nicht für passend hält, und erklärt nicht, weshalb die h.L. zu diesem Punkt trotzdem (analogieweise oder direkt) zur Anwendung gelangen soll.

50 Vgl. BGer 4A_538/2012: Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG erfasst «la manière dont les arbitres sont nommés ou remplacés (art. 179 LDIP) et les questions relatives à leur indépendance (art. 180 LDIP). Les autres problèmes relèvent soit du grief tiré de l'incompétence du tribunal arbitral […] soit de l'un des autres motifs de recours spécifiques prévus par l'art. 190 al. 2 LDIP» (E. 4.3.2).

51 Denkbar ist zudem folgende Argumentation: Die Parteien ermächtigen das Schiedsgericht zur Streitentscheidung. Die Zuständigkeit ist deshalb durch die Ermächtigung begrenzt, d.h. durch den konkreten, ihm unterbreiteten Streitgegenstand (vgl. CR-Tschanz (FN 12), Art. 186 IPRG N 3). Entscheide, welche über diese Ermächtigung, d.h. den konkreten Streitgegenstand hinausgehen, seien mit Zuständigkeitsbeschwerde anfechtbar (BGer 4A_488/2011 E. 4.3.1; BGer 4A_210/2008 E. 3.1; BGer 4P.114/2001 E. 2a). Es liesse sich nun argumentieren, dass E mit dem Wegfall des Schiedsrichtervertrags die Ermächtigung zu jeglicher Streitentscheidung entzogen wurde und er deshalb unzuständig wurde (vgl. aber FN 8, 58 und 65). Dies lässt nach der hier vertretenen Auffassung aber unberücksichtigt (vgl. bei FN 59), dass die Parteien mit ihrer Vereinbarung gewünscht haben können, dass das Schiedsverfahren mit einem anderen Schiedsrichter weitergeht. In diesem Fall liegt der Schluss nahe, dass das konstituierte Schiedsgericht nicht unzuständig wird, sondern vorschriftswidrig konstituiert ist.

52 KuKo-Dasser (FN 48), Art. 366 ZPO N 6; Stefan Grundmann in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2013, Art. 366 ZPO N 11; Pierre Jolidon, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Art. 36 KSG N 10b; Gerhard Walter/Wolfgang Bosch/Jürgen Brönnimann, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, 217.

53 CPC-Philippe Schweizer, Art. 370 ZPO N 14.

54 Vgl. BGer 4A_14/2012 E. 3.1.1 («Ainsi, la sentence finale rendue, le tribunal arbitral se voit sa compétence éteindre et devient functus officio, sous réserve de diverses exceptions»); Berger/Kellerhals (FN 40), Rz. 915a.

55 Stephan A. Vogt, Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1989, 125, 167 f.; vgl. BGer 4A_14/2012 E. 3.1.1, wo das Bundesgericht offen liess, ob von einem Wiederaufleben auszugehen sei oder davon, dass das Amt des Schiedsrichters gar nie erloschen sei («Quant aux arbitres ayant conduit cette procédure, leur mission n'est pas achevée ou, si on considère qu'elle l'a été temporairement, elle est réactivée»). Eine weitere Ausnahme vom Prinzip des functus officio besteht in Bezug auf die Ermächtigung des Schiedsgerichts, den Schiedsspruch zu interpretieren, zu erläutern und zu ergänzen (vgl. dazu auch Bertrand Moreau, Le prononcé de la sentence entraîne-t-il le dessaisissement des arbitres?, in: Jacques Haldy/Jean-Marc Rapp/Phidias Ferrari [Hrsg.], Études en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, 453 ff., 456 ff.).

Schiedsspruch daraus, dass der Schiedsrichter an die materielle Rechtskraft seines Schiedsspruchs gebunden ist und nicht auf seinen Entscheid zurückkommen kann.[56] Der Hauptvorwurf an einen Schiedsrichter, der nach Erlass des Schiedsspruchs, d.h. nach seiner Amtsentbindung, einen weiteren Schiedsspruch erlässt, besteht nicht darin, zuständigkeitslos gehandelt zu haben, sondern darin, die Rechtskraft seines ersten Schiedsspruchs missachtet zu haben; dies ist indessen mit der *ordre public* -Beschwerde zu rügen.[57] *Functus officio* und Zuständigkeit lassen sich deshalb nicht ohne weiteres verknüpfen.[58]

Ersteres, das Dahinfallen der Schiedsvereinbarung, kann eine nach Ablauf der Amtsdauer eintretende Unzuständigkeit erklären: Wenn die Schiedsvereinbarung mit dem Ende der Amtsdauer dahinfällt, ist das Schiedsgericht nach diesem Zeitpunkt nicht mehr zuständig. Allein die Folgerung, wonach das Ende der Amtsdauer sozusagen mechanisch die Schiedsvereinbarung und mit ihr die Zuständigkeit des vereinbarten Schiedsgerichts untergehen lässt, vernachlässigt die Interessen der Parteien. So führt Dasser zu Recht aus, dass *«die Auslegung der Schiedsvereinbarung ergeben [kann], dass die Parteien diese Folgen gar nicht wollten, sondern die Frist nur als Ordnungsvorschrift verstanden haben»*.[59] Die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen, drängt sich in der Tat gerade in der Schiedsgerichtsbarkeit auf, in welcher die Parteiautonomie eine zentrale Rolle spielt. Das Bundesgericht anerkennt in seinem Urteil denn auch, dass das Verhalten der Parteien anhand des Vertrauensprinzips geprüft werden müsse (E. 3.2.2).

Eine Ordnungsvorschrift schwebte den Parteien i.c. sicherlich nicht vor; das Nichteinhalten der Frist sollte die Konsequenz haben, dass E nicht weiter tätig würde. Der Knackpunkt ist nun, was genau die Parteien nach Treu und Glauben als Plan «B» vorsahen. Denkbar ist einerseits, dass die Parteien nach der leidvollen Erfahrung mit E auf den Schiedsweg verzichten wollten; die Schiedsvereinbarung wäre dann mit Ablauf der Frist vom 2. September 2013 jedenfalls in Bezug auf den hängigen Streitgegenstand untergegangen und die Streitigkeit wäre vor ein staatliches Gericht zu bringen gewesen. Jeder Schiedsrichter – ob E oder ein anderer – wäre dann zufolge Aufhebung der Schiedsvereinbarung unzuständig. Der in Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG erwähnte falsche Zuständigkeitsentscheid wäre dann der korrekte Beschwerdegrund.

Denkbar ist andererseits, was das Bundesgericht nicht explizit thematisiert,[60] dass die Parteien an der Schieds-

AJP 2014 S. 1545, 1554

vereinbarung festhalten, aber E durch einen neuen Schiedsrichter ersetzen wollten. Dies würde den Parteien, die wegen E bereits beträchtliche Zeit verloren hatten, den Vorteil bieten, dass der neue Schiedsrichter das Verfahren nicht ganz von neu beginnen müsste;[61] er könnte das Verfahren dort aufnehmen, wo es am 2. September 2013 stand; insbesondere könnte er, wenn er die Streitsache nach seinem Aktenstudium für spruchreif hält, direkt zum Verfassen und Eröffnen des Schiedsspruchs schreiten. Bei diesem Ansatz wäre die Schiedsgerichtsbarkeit für den konkreten Streitgegenstand nicht *per se* ausgeschlossen; ausgeschlossen wäre nur E als Schiedsrichter.

---

56 BGE 136 III 345 E. 2.1; BGE 128 III 191 E. 4a.

57 BGE 136 III 345 E. 2.1.

58 Gleiches gilt für die vom Bundesgericht propagierte Verknüpfung von Zuständigkeit und Schiedsrichtervertrag: Dass die Zuständigkeit nach der Aufhebung des Schiedsspruchs durch das Bundesgericht wieder aufleben kann, lässt sich nicht mit vertragsrechtlichen Überlegungen, sondern nur mittels einer Auslegung des 12. Kapitels des IPRG erklären (vgl. dazu Stacher [FN 8], 51; vgl. auch Walther J. Habscheid, Grundsätzliches zur Dogmatik des Schiedsrichtervertrages im schweizerischen Recht, in: Richard Holzhammer/Wolfgang Jelinek/Peter Böhm [Hrsg.], Festschrift für Hans W. Fasching, Wien 1988, 195 ff., 204; Hoffet [FN 8], 317).

59 KuKo-Dasser (FN 48), Art. 366 ZPO N 7; vgl. auch Martin Molina, Swiss Federal Supreme Court Annuls Belated Award of «Resigning» Arbitrator: A Curse in Disguise?, ASA Bull. 32 (2014), 635 ff., 644.

60 Denkbar ist aber, dass der Ansatz des Bundesgerichts zum gleichen Resultat führt: Dass ein konkreter Schiedsrichter zufolge Dahinfallens des Schiedsrichtervertrags ratione temporis nicht mehr zuständig ist, schliesst nicht aus, dass fortan ein anderer Schiedsrichter die Streitsache beurteilt.

61 Nach der Ersatzernennung müssen die Parteien bzw. subsidiär das Schiedsgericht (vgl. BSK-Wolfgang Peter/Thomas Legler, Art. 179 IPRG N 32; Jean-François Poudret/Sébastien Besson, Comparative Law of International Arbitration, Zürich 2007, N 435) entscheiden, inwieweit bereits erfolgte Verfahrensschritte wiederholt werden müssen (vgl. Schneider [FN 40], 152 ff.; CR-Tschanz, Art. 179 IPRG N 30; für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit vgl. Art. 371 Abs. 3 ZPO; BSK-Philipp Habegger, Art. 371 ZPO N 24 ff.). Der Grundsatz der Prozessökonomie legt nahe, dass dies soweit möglich unterbleibt und nur auf Parteiantrag erfolgt. Wiederholungen sind aber angebracht, wenn die unmittelbare Wahrnehmung eines Beweismittels durch den neuen Schiedsrichter erforderlich ist oder das rechtliche Gehör der Parteien vor der Ersetzung nicht ausreichend gewahrt wurde (vgl. zu Letzterem BK-Simon Gabriel/Axel Buhr, Art. 371 N 34).

Der Bundesgerichtsentscheid enthält durchaus Anhaltspunkte dafür, dass zumindest die Beschwerdeführerin X die Streitsache auf dem Schiedsweg behalten wollte: X beantragte, dass das Bundesgericht das Dossier nach der Aufhebung des Schiedsspruchs an den Genfer *juge d'appui* weiterleite, damit dieser einen neuen Schiedsrichter bestelle. Auch nach Treu und Glauben ist davon auszugehen, dass X und ihrer Gegenpartei an dieser effizienteren Variante gelegen war.[62] E würde dann im laufenden Verfahren ersetzt; ein neuer Schiedsrichter würde den Fall von ihm übernehmen und weiterführen. Zur Debatte stünde alleine die Person des Schiedsrichters. Dies ist nach der hier vertretenen Meinung nicht eine Zuständigkeits-, sondern eine Konstituierungsfrage:[63] Andernfalls käme es zu einer zuständigkeitslosen Zeit zwischen dem Ablauf der Frist zum Erlass des Schiedsspruchs durch E und der Ernennung des neuen Schiedsrichters; dies, (i) obwohl die Streitigkeit weiterhin auf dem Schiedsweg und durch ein Schiedsgericht von der Art des anfänglich tätigen Einzelschiedsrichters entschieden wird und (ii) obwohl das dazu eingeleitete Schiedsverfahren während des Ersetzungsprozederes rechtshängig[64] bleibt sowie anschliessend fortgeführt wird.

Vor diesem Hintergrund ist die Annahme einer Zuständigkeitslücke artifiziell. Sie lässt sich indessen nur vermeiden, wenn man das Schiedsgericht als abstrakte Grösse versteht. Zu fragen wäre dann nicht, ob der einzelne Schiedsrichter zuständig ist, sondern, ob das Schiedsgericht – unabhängig von der Identität seiner Mitglieder – zuständig ist. Die Zuständigkeit (i) auf der einen Seite bezöge sich dann auf Fragen wie die Schiedsfähigkeit sowie den Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung und (ii) die Konstituierung auf der anderen Seite auf die Person des Schiedsrichters und die Art und Weise seiner Ernennung und Ersetzung. *In casu* stellte sich dann die Frage nach der Zuständigkeit *ratione temporis* nicht: Da das Schiedsgericht als solches konstant zuständig ist, ist nur zu fragen, ob die richtige Person Schiedsrichter ist, d.h. es wäre Konstituierungsbeschwerde zu ergreifen.[65]

---

62 Im Gegensatz zur Weiterführung des Schiedsverfahrens vor einem anderen Schiedsrichter bliebe die Rechtshängigkeit bei der Einstellung des Schiedsverfahrens zufolge fehlender Zuständigkeit nicht erhalten; vor dem staatlichen Gericht müsste ein neues Verfahren eingeleitet werden.

63 Molina (FN 59), 644. Gegen die hier vertretene Meinung liesse sich prima facie der Wortlaut von Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG anführen. Die Bestimmung sieht vor, dass der Schiedsspruch aufgehoben wird, wenn das Schiedsgericht vorschriftswidrig ernannt oder zusammengesetzt «wurde». Aus dem Imperfekt liesse sich schliessen, dass Konstituierungsmängel nur bei der ursprünglichen, ersten Konstituierung auftreten können; dies trifft indessen nicht zu: Die Konstituierungsbeschwerde kann auch ergriffen werden, wenn das ursprünglich korrekt konstituierte Schiedsgericht diese Voraussetzung nachträglich nicht mehr erfüllt; bspw., wenn ein Schiedsrichter ausscheidet und das Schiedsgericht das Verfahren fortführt, ohne ihn zu ersetzen (BGE 117 Ia 166 E. 6; CR-Tschanz (FN 12), Art. 190 IPRG N 56; BSK-Pfisterer (FN 28), Art. 190 IPRG N 28).

64 Vgl. Art. 371 Abs. 4 ZPO: Die Bestimmung sieht vor, dass eine allfällige Frist, während welcher das Schiedsgericht den Schiedsspruch zu fällen hat, während des Ersetzungsverfahrens nicht still steht. Diese Regel bekräftigt gleich wie diejenige von Art. 371 Abs. 3 ZPO – wonach im Falle einer Ersetzung zu entscheiden ist, welche Prozesshandlungen zu wiederholen sind –, dass das einmal eingeleitete Schiedsverfahren bei der Ersetzung nicht beendet und anschliessend ein neues Schiedsverfahren begonnen wird, sondern dass das einmal eingeleitete Verfahren mit dem Ersatzschiedsrichter zu Ende geführt wird, d.h. dass das Schiedsverfahren während des Ersetzungsverfahrens rechtshängig bleibt; dies gilt unabhängig davon, ob es sich beim ersetzten Schiedsrichter um einen Einzelschiedsrichter oder um ein Mitglied eines Mehrpersonenschiedsgerichts handelt (vgl. BSK-Habegger [FN 48], Art. 371 ZPO N 27). Ein Grund dafür, weshalb in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit etwas anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Dies umso weniger, als auch dort diskutiert wird, welche Prozesshandlungen im Falle einer Ersetzung zu wiederholen sind (vgl. bspw. BSK-Peter/Legler (FN 61), Art. 179 IPRG N 32).

65 Ebenso: Molina (FN 59), 642 ff. Das Bundesgericht weitet den Anwendungsbereich der Zuständigkeitsbeschwerde (lit. b) im Übrigen auch zu Lasten der Streitgegenstandsbeschwerde aus (lit. c): Gemäss Bundesgericht ist das Schiedsgericht nur zuständig innerhalb der «limites que lui assignent la requête d'arbitrage et, le cas échéant, l'acte de mission» (BGer 4A_488/2011 E. 4.3.1; BGer 4A_210/2008 E. 3.1; BGer 4P.114/2001 E. 3c; BGer 4P.245/1993 E. 3c). Verwiesen wird dafür letztlich auf BGE 116 II 639 E. 3a, der festhält, dass der «im deutschen und italienischen Text [sc. von lit. c] genannte Beschwerdegrund über nicht unterbreitete Streitpunkte [sc. nicht im acte de mission genannte] … einen Sonderfall der fehlenden Zuständigkeit darstellt» (so auch Hans Peter Walter, Praktische Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde gegen internationale Schiedsentscheide [Art. 190 IPRG], ASA Bull. 19 [2001], 2 ff., 16; vgl. auch CR-Bucher, Art. 190 IPRG N 77); das Schiedsgericht wäre dann nur für den konkreten, ihm unterbreiteten Streitgegenstand zuständig. Dies geht zu weit und es ist gerade auch im Hinblick auf den Verweis auf den «acte de mission» resp. die terms of reference in einem ICC Verfahren (vgl. Lalive/Poudret/Reymond [FN 40], Art. 190 IPRG N 5c) zu differenzieren: In den terms of reference schildern die Parteien auf summarische Weise den relevanten Lebenssachverhalt und halten ihre Rechtsbegehren fest (Art. 23 ICC Arbitration Rules). Beide Aspekte betreffen den (konkreten) Streitgegenstand (vgl. BGer 4A_496/2012 E. 3.2.3) und nicht die (abstrakte) Zuständigkeit, welche insbesondere durch die Schiedsvereinbarung und die Schiedsfähigkeit definiert wird. In der Regel entscheidet ein Schiedsgericht, das die terms of reference überschreitet, demnach ultra petita und nicht zuständigkeitslos. Eine Ausnahme besteht immerhin, wenn die Parteien in den terms of reference die abstrakte Zuständigkeit definieren oder einschränken; die Parteien sind dazu ermächtigt und können dies ohne Weiteres mittels Unterzeichnung der terms of reference tun. Wenn das Schiedsgericht anschliessend über einen vereinbarungsgemäss von der Zuständigkeit ausgenommenen Punkt entscheidet, kann die unterliegende Partei Zuständigkeitsbeschwerde (lit. b) erheben. Dass mit den terms of reference eine entsprechende zuständigkeitsreduzierende Vereinbarung getroffen wurde, ist indessen nicht leichthin anzunehmen: Ihr Zweck

Dies steht im Einklang damit, dass andere die Person des Schiedsrichters betreffende Punkte mit der Konstituierungsbeschwerde geltend zu machen sind, z.B. seine mangelnde Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit. Gleiches dürfte gelten, wenn die vorab in der Schiedsvereinbarung genannte Person trotz Verfügbarkeit nicht als Schiedsrichter ernannt wird.[66]

Die hier vertretene Ansicht, wonach das Schiedsgericht zuständig bleibt, aber nach Ablauf der Frist zum Erlass des Schiedsspruchs vorschriftswidrig konstituiert ist, unterscheidet sich nicht nur in Bezug auf den anzurufenden Beschwerdegrund von der Meinung des Bundesgerichts. Vielmehr drückt sie ein grundsätzlich anderes Verständnis des «Schiedsgerichts» aus: (i) Das Bundesgericht leitete die Unzuständigkeit von E daraus ab, dass sein Rechtsverhältnis mit den Parteien vor Erlass des Schiedsspruchs beendet war. Es verknüpft so über den Schiedsrichtervertrag die Person des Schiedsrichters mit der Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Mit anderen Worten: Zuständig ist gemäss Bundesgericht nicht ein abstraktes Schiedsgericht, das mit einer oder mehreren Personen – den Schiedsrichtern – besetzt wird; zuständig sind vielmehr diese Personen selbst. Diese Sichtweise steht damit im Einklang, dass dem Schiedsgericht keine eigenständige Rechtspersönlichkeit zukommt; seine Mitglieder bilden auch keine einfache Gesellschaft und jedes seiner Mitglieder verfügt über ein selbständiges Rechtsverhältnis mit den Parteien.[67] (ii) Allein, all dies trifft auch zu, wenn man das Schiedsgericht als Einheit versteht, die von den einzelnen Schiedsrichtern gebildet wird, d.h. wenn man die Zuständigkeit mit dem Schiedsgericht und nicht mit den einzelnen Schiedsrichtern verknüpft.

Die gute Nachricht ist, dass das Bundesgericht für einen Grenzfall zwischen Zuständigkeits- und Konstituierungsbeschwerde bestimmt hat, welche Beschwerde zu ergreifen ist. Es hat so Rechtssicherheit geschaffen; dies ist anzuerkennen, auch wenn die Lösung des Bundesgerichts nicht überzeugt. Die schlechte Nachricht ist, dass damit nicht sämtliche möglichen Grenzfälle gelöst sind.[68] Für diese weiteren Grenzfälle bleibt es dabei, dass die Anwendungsbereiche der Konstituierungs- und der

Zuständigkeitsbeschwerde schwierig abzugrenzen sind. Dies ist für eine Beschwerdeführerin ein Nachteil; dieser Nachteil wird noch grösser, wenn man der hier als korrekt vertretenen Meinung folgt, wonach die mutmasslichen Parteiinteressen zu berücksichtigen sind. Der korrekte Beschwerdegrund lässt sich dann nur unter einer Analyse dieses Parteiwillens bestimmen. In der Praxis kann dies dazu führen, dass die Beschwerdeführerin vorsichtshalber beide Beschwerdegründe anführt. Es stellt sich deshalb *de lege ferenda* die Frage, ob die beiden Beschwerdegründe nicht zusammengeführt werden können.

---

besteht in der Ordnung des Verfahrens und im Klarstellen, was Gegenstand des Verfahrens bildet. Wenn das Schiedsgericht über einen nicht unterbreiteten Streitpunkt entscheidet, ist deshalb in der Regel Streitgegenstandsbeschwerde zu ergreifen; dies bspw., wenn die Klägerin ihre Rechtsbegehren ausnahmsweise einseitig auf vertragliche Ansprüche beschränkt und das Schiedsgericht einen Deliktsanspruch zuspricht (vgl. BGer 4A_307/2011 E. 2.4; BGer 4A_464/2009 E. 4.1; Berger/Kellerhals [FN 40], Rz. 1574; KuKo-Paul Oberhammer, Art. 57 ZPO N 4); nur wenn die (abstrakte) Zuständigkeit für den vom Schiedsgericht entschiedenen Streitpunkt fehlt – sei es, dass keine Schiedsvereinbarung besteht oder dass die Parteien die Schiedsvereinbarung gemeinsam in faktischer oder rechtlicher Hinsicht beschränken (BGer 4P.260/2000 E. 5b; Berger/Kellerhals [FN 40], Rz. 1574) –, ist die Zuständigkeitsbeschwerde erhältlich (vgl. zur Thematik auch Jolidon [FN 52], Art. 36 N 62; Lalive/Poudret/Reymond [FN 40], Art. 190 N 5c; KuKo-Dasser (FN 48), Art. 393 ZPO N 7; Rüede/Hadenfeldt [FN 40], 343; Wolfgang Wiegand, Iura novit curia v. ne ultra petita, in: Jametti Greiner/Berger/Güngerich [Hrsg.], FS Kellerhals, Bern 2005, 127 ff., 134).

66 Es steht den Parteien frei, den Schiedsrichter bereits in der Schiedsvereinbarung zu bestimmen (Berger/Kellerhals [FN 40], Rz. 742). Wenn trotzdem eine andere Person als Schiedsrichter ernannt würde, so wäre «la manière dont le ou les arbitres ont été nommés» betroffen und somit eine Konstituierungsfrage (E. 4.1).

67 Vgl. dazu Stacher (FN 8), 42.

68 Wenn bspw. statt des vereinbarten ICC- ein SRIA-Verfahren eingeleitet wird, ist gemäss verbreiteter Lehrmeinung die Zuständigkeitsbeschwerde zu ergreifen (BSK-Mráz (FN 48), Art. 393 ZPO N 10; Jermini [FN 44], Rz. 280). Demgegenüber lässt sich die Formel des Bundesgerichts zum Anwendungsbereich der Konstituierungsbeschwerde auch so deuten, dass es diese als erhältlich erachten würde (vgl. BGer 4A_538/2012: Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG erfasst «la manière dont les arbitres sont nommés ou remplacés…» [E. 4.3.2], und die Ernennung durch die eine oder andere Institution betrifft die Art und Weise der Ernennung).

D. Zuständigkeit/Schadenersatz zufolge Verletzung der Schiedsvereinbarung (BGer 4A_232/2013, Urteil vom 30. September 2013 i.S. X v. Z)

X und Z schlossen einen Vertrag, inkl. Schiedsvereinbarung. Trotzdem rief X nicht das vereinbarte Schiedsgericht, sondern die griechischen Gerichte an. Anschliessend erhob Z Schiedsklage und forderte u.a. Schadenersatz zufolge Verletzung der Schiedsvereinbarung; ihr seien die Kosten des staatlichen Verfahrens sowie alles zu ersetzen, was X im griechischen Verfahren zugesprochen würde.

Das Schiedsgericht qualifizierte die Klage als *«fondée sur la violation de la convention d'arbitrage de prétention contractuelle au sens de la loi anglaise»* und bejahte seine Zuständigkeit gestützt auf englisches Recht; der Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung sei unter englischem Recht (vgl. Art. 178 Abs. 2 IPRG) so auszulegen, dass er auch Verletzungen der Schiedsvereinbarung erfasse. In der Sache hiess das Schiedsgericht die Schadenersatzklage gut (noch bevor in Griechenland ein Urteil erlassen wurde); das Schiedsgericht stellte gestützt auf englisches Recht fest, dass Z das Recht habe *«de réclamer à X le versement d'une indemnité pour toutes les sommes qu'elle pourrait être condamnée à verser à cette dernière et/ou pour les frais de procédure et d'avocat qu'elle aurait à payer au cas où la demande grecque … viendrait à être admise …. voire pour les frais et dépens qu'elle ne pourrait pas recouvrer dans l'hypothèse où elle obtiendrait gain de cause devant ces tribunaux étatiques»* (B.b).

X erhob Zuständigkeitsbeschwerde. Insbesondere dürfe das Schiedsgericht nicht in die Kompetenz der griechischen Gerichte eingreifen, die Parteientschädigung in den vor diesen hängigen Verfahren festzusetzen. Dazu hatte das Schiedsgericht im Schiedsspruch ausgeführt, dass es dies gerade nicht bezwecke; es lege nicht die Parteientschädigung für das griechische Verfahren fest, sondern äussere sich nur zum Schaden, der Z aus dem griechischen Verfahren entstünde und welchen X ersetzen müsse. Das Bundesgericht stützte diesen Ansatz zu Recht (E. 3.4.2).[69] Es wies die Zuständigkeitsbeschwerde u.a. deshalb ab.

Das Urteil ist zu begrüssen. Das Bundesgericht äusserte sich nach BGer 4A_444/2009 zum zweiten Mal gegenüber der schiedsgerichtlichen Beurteilung einer Schadenersatzklage, die mit der Verletzung der Schiedsvereinbarung begründet wird, nicht grundsätzlich ablehnend. Trotzdem stellt das Urteil vom 30. September 2013 noch nicht den letzten Schritt dar: Erstens stand i.c. englisches Recht und nicht Schweizer Recht zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Schiedsvereinbarung zur Debatte. Zweitens trug X in ihrer Zuständigkeitsbeschwerde gewisse Gegenargumente in einer Art und Weise vor, die ihren Rügelasten nicht genügten; zudem hat X auch die ganz grundsätzliche Frage – soweit ersichtlich – nicht gestellt, ob ein Schiedsgericht für die Beurteilung einer Schadenersatzklage zufolge Verletzung der Schiedsvereinbarung überhaupt zuständig sein kann. X hat lediglich unter der Prämisse der grundsätzlichen Zuständigkeit Argumente vorgetragen, weshalb das Schiedsgericht – auch wenn es eigentlich zur Beurteilung der Schadenersatzklage zuständig wäre – i.c. nicht zur Zusprechung von Schadenersatz ermächtigt sein konnte. Es existieren also noch nicht verworfene Argumente für eine renitente Beklagte.

Es bleibt zu wünschen, dass die Zuständigkeit eines Schweizer Schiedsgerichts zum Zusprechen von Schadenersatz in einem nächsten Entscheid gerade auch für das Schweizer Recht (vgl. Art. 178 Abs. 2 IPRG) explizit bejaht wird. Denn der Abschluss einer Schiedsvereinbarung begründet auch unter Schweizer Recht in der Regel die Pflicht, kein staatliches Verfahren einzuleiten.[70] Die

---

69 X brachte auch vor, dass sie das Schiedsgericht zum Leisten von Schadenersatz für eine hypothetische und zukünftige Vertragsverletzung verurteilt habe. Das Bundesgericht widersprach zu Recht. Das griechische Verfahren war zwar noch nicht beendet; aber bereits das Einleiten dieses Verfahrens verletzte die Schiedsvereinbarung; zudem hätte X, so das Bundesgericht, nicht erklärt, wie das Schiedsgericht englisches Recht verletzt hätte, indem es urteilte, dass die Schiedsvereinbarung ihm erlaube, X zufolge der Verletzung der Schiedsvereinbarung zu Schadenersatz zu verurteilen (E. 3.4.2).

70 Simon Gabriel, Damages for Breach of Arbitration Agreements, in Arroyo (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, Alphen an den Rijn 2013, 1473 ff., Rz. 30; Daniel Girsberger/Simon Gabriel, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, 819 ff., 832 f; BSK-Dieter Gränicher, Art. 178 IPRG N 4; Ivo Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, Besonderer Teil, 2. A., St.Gallen/Lachen 1998, Rz. 925; Marco Stacher, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. St. Gallen 2007, Rz. 176 ff.; a.M. Gerhard Wagner, Prozessverträge, Tübingen 1998, 255 ff.

Verletzung dieser Pflicht kann nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen einen Schadenersatzanspruch[71] nach sich ziehen,[72] und das Schiedsgericht ist zur Beurteilung dieses Schadenersatzanspruchs zuständig.[73]

E. Zuständigkeit/Ausdehnung der Schiedsvereinbarung (BGer 4A_450/2013, Urteil vom 7. April 2014 i.S. X v. Y und Y Engineering)

Das Urteil vom 7. April 2014 beschäftigt sich u.a. mit der Frage, ob eine Partei an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein kann, obwohl sie den Hauptvertrag nicht unterzeichnete, der die Schiedsvereinbarung enthält. Die Fakten lassen sich (vereinfacht) wie folgt zusammenfassen:

X schloss mit der Y Engineering S.p.A. («Y Engineering») einen Vertrag. Y Engineering erfüllte den Vertrag indessen, so X, mangelhaft. In der Folge kam es zu Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien; ein im Verlaufe dieser Verhandlungen entworfenes Papier vom 18. April 2004 hielt den Wunsch von X fest, den Vertrag nicht mit Y Engineering, sondern mit Y.D. zu Ende zu führen, d.h. mit einer Einheit (ohne eigene Rechtspersönlichkeit) der Y Group S.p.A. («Y Group»). Zwei Tage später, am 20. April 2004, sandte der Leiter von Y.D. einen Brief an X. In diesem Brief hielt er fest, dass ein Mitarbeiter von Y.D. der neue Projektverantwortliche sei. Diesem Brief war eine Erklärung des CEO von Y Engineering (auf dem Briefpapier dieser Gesellschaft) beigefügt, die ebenfalls von Y Group unterzeichnet wurde. Gemäss dieser Erklärung (i) war Y Engineering damit einverstanden, dass das Projekt neu von einem Mitarbeiter von Y Group betreut würde, (ii) und Y Group *«acknowledges and agrees»* mit dieser Entscheidung. Am 26. Mai 2004 unterzeichneten X und Y Engineering zudem zwei Protokolle, welche u.a. den *«responsibility transfer letter»* erwähnten und festhielten, dass Y Group eine Garantie stellen würde. Im Anschluss daran war die Y Engineering nicht mehr in die Vertragsabwicklung involviert. Im Februar 2006, nachdem es erneut zu Problemen gekommen war, teilte der vormalige CEO von Y Group und Präsident von Y Engineering X mit, dass er damals dem Ansinnen, *«to transfer the realization of the project from Y Engineering … to Y.D.»*, zugestimmt hätte.

Letztlich erhob X Schiedsklage gegen Y Engineering und Y S.p.A. («Y»), die Y.D. zwischenzeitlich von der Y Group erworben hatte. Y wurde deshalb zur Beklagten im Schiedsverfahren und erhob die Unzuständigkeitseinrede. Das Schiedsgericht verneinte seine Zuständigkeit gegenüber Y; die Zuständigkeit sei ihm Rahmen der Verhandlungen von 2004 nicht auf Y Group erstreckt worden und es könne deshalb offen bleiben, ob Y als Rechtsnachfolgerin von Y Group an die Schiedsvereinbarung gebunden sei. X erhob Zuständigkeitsbeschwerde. Die Schiedsvereinbarung erfasse auch Y, bzw. sie müsse auf Y erstreckt werden.

---

71 Eine Klage auf Realerfüllung der Unterlassungspflicht ist dagegen nicht möglich: Der Kläger würde dazu verurteilt, die vor einem staatlichen Gericht erhobene Klage zurückzuziehen. Ein solches Verbot würde, wenn es auf eine Klage vor einem ausländischen Gericht abzielt, einer ausländischen Rechtsordnung mittelbar die inländische Sichtweise aufzwingen. Transnationale Prozessführungsverbote sind denn auch unzulässig (Berger/Kellerhals [FN 40], Rz. 616; BSK-Schott/Courvoisier (FN 21), Art. 186 IPRG N 9; Stacher [FN 70], Rz. 196 ff.; vgl. Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Arbitrage international, 2. A., Bern 2010, Rz. 461; a.M. Olivier Mosimann, Anti-suit injunctions in international commercial arbitration, Diss. Basel 2010, 46 f.; Paolo Michele Patocchi/Xavier Favre-Bulle, Case Notes on International Arbitration, SZIER 2012, 365 ff., 368; Matthias Scherer/Werner Jahnel, Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions in International Arbitration: A Swiss Perspective, International Arbitration Law Review 12 [2009], 66 ff., 72 [von Schiedsrichtern erlassene Prozessführungsverbote]; vgl. zur Thematik auch die Beiträge bei Emmanuel Gaillard [Hrsg.], Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, New York 2005; Kyriaki Noussia, Antisuit Injunctions and Arbitration Proceedings: What does the Future Hold?, JIA 26 [2009], 311 ff.; vgl. auch BGE 138 III 304 E. 5.3.2).

72 Gabriel (FN 70), Rz. 33, Girsberger/Gabriel (FN 70), 819 ff., 832 f.; Patocchi/Favre-Bulle (FN 71), 368; Stacher (FN 70), Rz. 259 ff. Diese Rechtsfolge gilt unabhängig davon, ob die aus der Schiedsvereinbarung fliessenden Pflichten materiell-rechtlich (Gabriel [FN 70], Rz. 33; Girsberger/Gabriel [FN 70], 829) oder prozessual qualifiziert werden (Stacher [FN 70], Rz. 58, 183 ff.). Die Pflichten beurteilen sich auch bei prozessualer Qualifikation (analogieweise) nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (vgl. BGE 41 II 534 E. 2; Stacher [FN 70], Rz. 65 f.; CR-Tschanz (FN 12), Art. 178 IPRG N 84 f., 125 f.) und das Schiedsgericht entscheidet auch dann in einem Sachurteil über die Schadenersatzklage (Stacher [FN 70], Rz. 264).

73 Erstens verhindert ein schiedsrichterlicher Entscheid, dass eine Streitigkeit, welche letztlich mit der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit zur Beurteilung der Hauptfrage im Zusammenhang steht, vom Schiedsverfahren abgespalten wird. An einer solchen Spaltung des Rechtswegs kann Parteien, welche eine effiziente Streiterledigung wünschen und sich widersprechende Entscheide verhindern wollen, nicht gelegen sein. Eine Partei darf deshalb aus der Zustimmung der Gegenpartei zur Schiedsvereinbarung schliessen, dass diese nicht nur auf Streitigkeiten aus dem Hauptvertrag, sondern auch auf Streitigkeiten aus der Schiedsvereinbarung anwendbar sein soll (Stacher [FN 70], Rz. 266). Zweitens steht dieses Ergebnis im Einklang mit der Rechtsprechung, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts im Zweifelsfall umfassend ist (BGer 4A_279/2010 E. 3.1; BGE 116 Ia 56 E. 3b).

AJP 2014 S. 1545, 1558

Das Bundesgericht gab zuerst seine stehende Praxis wider, wonach die Schiedsvereinbarung gerade im Falle der Einmischung erstreckt werden könne: *«[E]n vertu du principe de la relativité des obligations contractuelles, la convention d'arbitrage incluse dans un contrat ne lie que les cocontractants. Cependant … le tiers qui s'immisce dans l'exécution du contrat contenant la convention d'arbitrage est réputé avoir adhéré, par actes concluants, à celle-ci si l'on peut inférer de cette immixtion sa volonté d'être partie à la convention d'arbitrage (ATF 129 III 727 consid. 5.3.2 p. 737; arrêt 4P.48/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3.4.1)»* (E. 3.2).[74]

Anschliessend ergänzte das Bundesgericht seinen Textbaustein um folgenden Zusatz: *«Par ailleurs, s'agissant des personnes morales et suivant les circonstances, des obligations contractuelles peuvent aussi être imputées à la société mère en cas de confusion des sphères de la société mère et de la société fille. Sur le plan théorique, diverses figures juridiques ont été imaginées afin de justifier le refus de tenir compte de l'indépendance formelle de la mère et de la fille à l'égard des tiers. Outre la levée du voile social (Durchgriff) et la prise en considération d'une procuration apparente, entre autres hypothèses, la responsabilité fondée sur l'apparence juridique vise à protéger, en vertu du principe de la confiance, le partenaire contractuel dans sa croyance erronée d'avoir conclu le contrat avec la société mère et non avec la société fille, voire avec les deux sociétés»*.

Dieser Zusatz lockert (nur) *prima facie* die strikte[75] Praxis des Bundesgerichts zur Erstreckung von Schiedsvereinbarungen. Das Bundesgericht verweist zwar nicht mehr alleine auf die Einmischung der Drittpartei, aus welcher eine Vertragspartei aufgrund des Vertrauensprinzips deren Willen ableiten könne, an die Schiedsvereinbarung gebunden zu sein; die Erstreckung könne sich auch aus anderen Rechtsfiguren ergeben. Immerhin handelt es sich dabei aber nur um ein *obiter dictum* und *in casu* spielte der Zusatz keine Rolle: Das Bundesgericht prüfte anhand des Vertrauensprinzips, ob X die Y als Vertragspartei beachten durfte. Es bejahte dies gerade auch aufgrund der Erklärung vom 20. April 2004; dies zu Recht:

Das Schreiben von Y.D. (inkl. Beilage) vom 20. April 2004, in welchem Y.D. festhielt, die Verantwortung für die Vertragserfüllung sei auf Y.D., bzw. die Y Group übertragen worden, konnte X nach Treu und Glauben nur so verstehen, dass sich Y Group mit der Übernahme der Verantwortung für das Geschäft auf Seiten des Y Konzerns einverstanden erklärte. Zudem bestätigten die beiden anderen Dokumente vom 18. April und 26. Mai 2004 gemäss Bundesgericht diesen Schluss; sie brächten zum Ausdruck, dass die Übertragung der Vertragserfüllung auf Y.D. zumindest beabsichtigt gewesen sei, bzw. dass diese Übertragung im späteren Dokument hätte bestätigt werden sollen. Beim zweiten Dokument sei für die X zudem nicht klar ersichtlich gewesen, von wem genau es stammte; dies, da einzelne Personen im Y Konzern für verschiedene Konzerngesellschaften handelten, was für die Anwendung des Vertrauensprinzips relevant sei: *«Toujours est-il que la confusion caractérisant ce groupe constitue un élément à ne pas négliger dans le cadre de l'application du principe de la confiance, c'est-à-dire du point de vue du destinataire des manifestations de volonté émanant de l'une ou l'autre de ces différentes sociétés»* (E. 3.5.3.3.). X durfte das Verhalten von Y Engineering und Y.D. deshalb nach Treu und Glauben so verstehen, dass X in eine vertragliche Beziehung zu Y.D., d.h. – mangels deren selbständiger Rechtspersönlichkeit der Y.D. – zu Y Group getreten sei (vgl. E. 3.5.5.1.1).[76] Dementsprechend hielt das Bundesgericht fest, dass sich aus dem beschriebenen Gefüge von Kommunikationen nicht die Unzuständigkeit über Y ergebe.[77]

Das Urteil überzeugt; ob es notwendig war, für das Urteil die Rechtsprechung zur Einmischung als Ausgangspunkt zu wählen, ist eine andere Frage. Das Handeln von Y.D. ist weniger als (einseitiges) Einmischen, welches gemäss Bundesgericht eine vertragsrechtliche Bedeutung

---

74 BGer 4A_44/2011 E. 2.4.1; BGer 4A_376/2008 E. 8.6; BGE 134 III 565 E. 3.2; BGer 4P.48/2005 E. 3.4.1; BGE 129 III 727 E. 5.3.1.

75 Vgl. BGer 4A_128/2008 E 4.1.2 («conditions strictes à l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers qui n'y est pas désigné»; die Tatsache, dass eine Gesellschaft die Partei einer Schiedsvereinbarung beherrscht, zieht deshalb nicht ohne Weiteres die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Muttergesellschaft nach sich); Georg Nägeli/Chris Schmitz, Switzerland: Strict Test for the Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories, SchiedsVZ 7 (2009), 185 ff., 188; vgl. auch BGer 4A_128/2008 E 4.1.2, wonach in der Regel nur die eigentlichen, formellen Vertragsparteien an die Schiedsvereinbarung gebunden sind (vgl. auch Berger/Kellerhals [FN 40], Rz. 492). Insbesondere gilt die group-of-companies doctrine in der Schweiz nicht (Berger/Kellerhals [FN 40], Rz. 530; Kaufmann-Kohler/Rigozzi [Rz. 71], Rz. 271k).

76 Zudem sei es, so das Bundesgericht, atypisch, dass die Muttergesellschaft (Y.D., Y), Subunternehmerin der Tochtergesellschaft werde (E. 3.5.3.1). Genau dies wäre aber der Fall, wenn man sie nicht als Vertragspartei, sondern nur als Erfüllungsgehilfin von Y Engineering betrachtete.

77 Indessen stellte das Bundesgericht nicht die Zuständigkeit gegenüber Y fest. Vielmehr wies es die Sache an das Schiedsgericht zurück; dies zum Entscheid über allfällige andere Gründe für seine Unzuständigkeit gegenüber Y (vgl. E. 3.5.1), die das Schiedsgericht in seinem Entscheid offen gelassen hatte (E. 3.6).

haben kann,[78] sondern als reguläres geschäftliches Handeln zu verstehen; Y.D. und X interagierten ja gerade auch in Bezug auf die Vertragserfüllung durch Y.D. Es hätte deshalb ausgereicht, nach ganz allgemeinen Prinzipien zu prüfen, ob Y Group mittels Willenserklärung an die Schiedsvereinbarung gebunden wurde; erst falls dies – anders als in diesem Fall – zu verneinen gewesen wäre, hätte untersucht werden müssen, ob sich Y.D. auf eine rechtlich relevante Art und Weise in die Vertragserfüllung eimischte. In casu war dieser Rückgriff auf das Konzept der Einmischung aber nicht erforderlich.

Was die Erstreckung auf der Grundlage der Einmischung betrifft, ist letztlich Folgendes festzuhalten: Das Bundesgericht wählt einen vertragsrechtlichen Weg. Das Einmischen in die Ausführung des Hauptvertrags lasse sich u.U. als Willenserklärung dergestalt verstehen, dass die Drittpartei mit der Erstreckung der Schiedsvereinbarung einverstanden sei.[79] Dies mag im Ergebnis angebracht sein, ist aber unrealistisch. Die Gegenpartei, welche sich mit der Einmischung konfrontiert sieht, wird – bevor sie ein Schiedsverfahren einleitet – kaum je davon ausgehen, dass die Einmischung in den Hauptvertrag etwas mit der davon zu unterscheidenden selbständigen Schiedsvereinbarung zu tun haben soll. Der Hauptvorwurf an die nicht ausfertigende Partei besteht darin, dass die Schiedseinrede zu ihrem früheren Verhalten gegenüber der klagenden Partei in Widerspruch steht; wenn sie sich aktiv in die Vertragserfüllung einmischt, soll sie sich nicht u.U. darauf berufen dürfen, dass Hauptvertrag und Schiedsvereinbarung nicht für sie gelten sollen; ein Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot ist deshalb der Fiktion eines Konsenses vorzuziehen.[80]

F. Zuständigkeit/Schiedsfähigkeit (BGer 4A_388/2012, Urteil vom 18. März 2013 i.S. A gegen Bulgarische Fussballunion)

Die Bulgarische Fussballunion («FBU») engagierte A als Cheftrainer. Der Vertrag sah in Bezug auf die Streitbeilegung Folgendes vor: *«The disputes concerning the interpretation of the meaning and the performance of the contract will be resolved amicably by agreement of the parties. In case an agreement is impossible to reach, the dispute shall be referred for resolving by the competent court. The parties to the contract recognize the Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne, Switzerland as in this case the Statute and the regulations of BFU and the provisions of Bulgarian legislation will apply»*.

Die FBU entliess A nach ca. einem Jahr und bezahlte ihm einen Monatslohn als Entschädigung. A forderte eine höhere Abfindung, nämlich zwölf Monatslöhne; er leitete deshalb 2009 ein staatliches Gerichtsverfahren in Bulgarien ein, und das angerufene Gericht erklärte sich mangels Schiedsfähigkeit der Streitsache für zuständig.[81] Es wies die Rechtsbegehren von A aber in der Sache ab. Die im Vertrag zwischen den Parteien vereinbarte Konventionalstrafe, welche A einforderte, sei gemäss bulgarischem Recht unzulässig. Am 13. Oktober 2011 reichte A eine neue Klage in Bulgarien ein; es seien ihm zufolge Vertragsverletzung sechs Monatslöhne zu bezahlen. Das bulgarische Gericht erklärte sich mangels Schiedsfähigkeit der Streitsache für zuständig.

Am 8. November 2011 reichte A zudem eine Schiedsklage vor dem Tribunal Arbitral du Sport («TAS») ein. Vor dem TAS verlangte A zufolge missbräuchlicher Kündigung elf Monatslöhne, *«corresponding to the remaining value of the Employment Contract»*. Die BFU erhob im Schiedsverfahren die Unzuständigkeitseinrede: (i) Der Rechtsstreit sei nicht schiedsfähig, weil er gemäss bulgarischen Recht

---

78 Nämlich als implizite Willenserklärung der Art, dass die sich einmischende Partei ihren Willen kund tut, an die Schiedsvereinbarung gebunden zu sein.

79 BGer 4A_44/2011 E. 2.4.1; BGer 4A_376/2008 E. 8.6; BGE 134 III 565 E. 3.2; BGer 4P.48/2005 E. 3.4.1; BGE 129 III 727 E. 5.3.1; vgl. auch Philipp Habegger, Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form, ASA Bull. 22 (2004), 398 ff. N 4; Poudret/Besson (FN 61), N 258; Tobias Zuberbühler, Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate, ASA Bull. 26 (2008), 18 ff., 18; Stefanie Pfisterer, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Diss. Zürich 2011.

80 Sébastien Besson, Les parties à l'arbitrage, SZZP 2 (2006), 313 ff., 317.

81 Vgl. Art. 19 der bulgarischen ZPO: «The parties to a property dispute may agree that it be settled by a court of arbitration, unless the dispute has as its subject property rights or possession of immo veable property, alimony or rights as per employment relationship».

82 Vgl. auch BGer 4A_654/2011, in welchem das Bundesgericht das Argument der Beschwerdeführerin zurückwies, die Streitsache sei nicht schiedsfähig, da ihr Heimatrecht die schiedsgerichtliche Beurteilung ausschlösse (und dazu Christopher Boog/Benjamin Moss, Arbitrability, Foreign Mandatory Law and the Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Obligation to Render an Enforceable Award, ASA Bull. 31 [2013], 647 ff.).

zwingend von den dortigen Gerichten beurteilt werden müsse;[82] (ii) A habe mittels der Klagen vor den staatlichen bulgarischen Gerichten auf die Schieds-

vereinbarung verzichtet und (iii) der Schiedsvereinbarung stehe die Rechtskraft des ersten in Bulgarien gefällten Urteils entgegen. Die Unzuständigkeitseinrede wurde aus dem ersten Grund gutgeheissen. Art. 177 IPRG, wonach vor Schiedsgerichten in der Schweiz alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten schiedsfähig sind, stehe der Berücksichtigung zwingender Bestimmungen einer ausländischen Rechtsordnung nicht im Wege; beispielsweise der Bestimmung des bulgarischen Rechts, welche die schiedsgerichtliche Beurteilung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen ausschlösse. A erhob Zuständigkeitsbeschwerde.

Das Bundesgericht erklärte zunächst, es habe *«zwar die Möglichkeit in Betracht gezogen, die Schiedsfähigkeit eines konkreten Rechtsstreites mit Blick auf Bestimmungen zu verneinen, die zwingend die staatliche Gerichtsbarkeit vorschreiben und deren Beachtung unter dem Blickwinkel des ordre public […] geboten ist»* (E. 3.3).[83] In der Tat gab das Bundesgericht in BGE 118 II 353 E. 3c entsprechende Lehrmeinungen wieder, musste sich aber letztlich nicht in der Sache mit dem Argument auseinandersetzen, da bereits das Erfordernis der *ordre public*-Verletzung nicht erfüllt war; es konnte die Frage somit offen lassen. Insoweit geht der Textbaustein zu weit, mit welchem in späteren Entscheiden auf BGE 118 II 353 E. 3c verwiesen wird *(«in Betracht gezogen»)*.[84] Wie dem auch sei – das Bundesgericht kam zu Recht zum Schluss, dass das TAS seine Zuständigkeit zu Unrecht zufolge mangelnder Schiedsfähigkeit verneint habe; jedenfalls könne BGE 118 II 353 E. 3c nicht so verstanden werden, dass *«ohne Weiteres zwingende Bestimmungen einer ausländischen Rechtsordnung zu berücksichtigen wären, mit welcher die Rechtsstreitigkeit Verbindungen aufweist, und die den Begriff der Schiedsfähigkeit möglicherweise enger fassen»* (E. 3.3.).

Trotzdem hob das Bundesgericht den Unzuständigkeitsentscheid des TAS nicht auf. Dies weil sowohl unter bulgarischem als auch unter Schweizer Recht keine gültige Schiedsvereinbarung bestünde (E. 3.4). Dies sei für das bulgarische Recht zwischen den Parteien unstreitig (E. 3.4.1). Für das Schweizer Recht nahm das Bundesgericht seine Rechtsprechung als Ausgangspunkt, wonach *«bei der Auslegung einer Schiedsvereinbarung […] deren Rechtsnatur zu berücksichtigen [ist]; insbesondere ist zu beachten, dass mit dem Verzicht auf ein staatliches Gericht die Rechtsmittelwege stark eingeschränkt werden. Ein solcher Verzichtswille kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht leichthin angenommen werden, weshalb im Zweifelsfall eine restriktive Auslegung geboten ist»* (E. 3.4.2).

In casu hätten die Parteien zwar die Zuständigkeit des TAS vereinbart. Sie hätten jedoch *«gleichzeitig auf die Bestimmungen des bulgarischen Rechts [verwiesen]*,[85] *das ein Schiedsverfahren nicht zulässt […] Es erscheint daher zumindest als fraglich, ob sich der vertraglichen Abmachung nach dem Vertrauensprinzip ein hinreichend klarer Wille entnehmen lässt, Streitsachen aus dem Vertrag von der staatlichen Gerichtsbarkeit auszunehmen und einer Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterstellen […] Der Utilitätsgedanke, nach dem möglichst ein Vertragsverständnis zu suchen ist, das die Schiedsvereinbarung bestehen lässt, greift im Übrigen erst, wenn als Auslegungsergebnis feststeht, dass die Parteien die Streitsache von der staatlichen Gerichtsbarkeit ausnehmen wollten»* (E. 3.4.3).

Nach der hier vertretenen Meinung ist bereits der Ausgangspunkt des Bundesgerichts nicht korrekt. Es besteht kein Anlass dazu, bei der Frage, ob ein Konsens in Bezug auf die Schiedsgerichtsbarkeit besteht, einen strengeren Massstab als bei anderen Verträgen anzusetzen: Das Bundesgericht begründet dies zwar damit, dass der Abschluss einer Schiedsvereinbarung (i) den Verzicht auf den verfassungsmässigen Richter beinhaltet und (ii) eine Beschränkung des Rechtsmittelwegs sowie (iii) höhere Kosten nach sich zieht. Dies sind indessen keine sachgerechten Gründe für ein Abweichen von allgemeinen Auslegungsregeln. Die Vertragsparteien werden zum einen durch das Texterfordernis von Art. 178 Abs. 1 IPRG geschützt. Zum anderen legt der *favor validitatis* von Art. 178 Abs. 2 IPRG nahe, dass an den für eine Schiedsvereinbarung erforderlichen Konsens keine höheren Anforderungen als bei anderen Verträgen zu stellen sind. Die übrigen Nachteile werden durch die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeglichen: Sie erlaubt den Parteien, bei der Bestimmung des Verfahrens und der Bestellung der Schiedsrichter mitzuwirken und verhindert, dass der Kläger seine Klage vor den Heimatgerichten der Beklagten erheben muss.

---

83 Vgl. BGE 118 II 353 E. 3c.

84 BGer 4A_654/2011 E. 3.4; BGer 4A_370/2007 E. 5.2.2 und nunmehr BGer 4A_388/2012 E. 3.3.

85 «The disputes concerning the interpretation of the meaning and the performance of the contract will be resolved amicably by agreement of the parties. In case an agreement is impossible to reach, the dispute shall be referred for resolving by the competent court. The parties to the contract recognize the Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne, Switzerland as in this case the Statute and the regulations of BFU and the provisions of Bulgarian legislation will apply».

In casu lässt sich die «Schiedsvereinbarung» durchaus auch so verstehen, dass die Parteien ein Schiedsverfahren

AJP 2014 S. 1545, 1561

vereinbart haben[86] und dass in diesem Verfahren bulgarisches Recht in der Sache auf die vertragsrechtlichen Streitigkeiten anwendbar sein soll. Auch in diesem Fall ist das TAS aber nicht ohne weiteres zuständig. Das Bundesgericht erinnert zu Recht daran, dass A in Bulgarien zwei staatliche Verfahren einleitete (E. 3.4.3); dies steht *prima facie* im Widerspruch zu seiner Klage vor dem TAS. Diese wäre gänzlich ausgeschlossen, wenn die FBU in diesen staatlichen Verfahren keine Schiedseinrede erhoben hätte (was der Sachverhalt nicht erklärt); diesfalls wäre eine Schiedsvereinbarung, auch wenn sie bestanden hätte, für den angehobenen Streitgegenstand durch das konkludente Verhalten beider Parteien im bulgarischen Verfahren aufgehoben worden *(contrarius actus)*.[87] Da das Schiedsverfahren letztlich im Kern den gleichen Sachverhalt betrifft, würde dies auf das TAS Verfahren durchschlagen (und dessen Unzulässigkeit bedeuten). Was aber, wenn nicht?

Dann würde gegebenenfalls ein bulgarisches Urteil in der Sache vorliegen, das aus der Optik eines Schweizer Schiedsgerichts von einem unzuständigen staatlichen Gericht erlassen wurde. Es stellt sich die Frage, ob es das Schiedsgericht trotzdem berücksichtigen müsste. Nun ist Bulgarien mittlerweile auch Mitgliedstaat des Lugano Übereinkommens und das Urteil eines Konventionsstaates ist in der Schweiz auch dann anzuerkennen und zu vollstrecken, wenn der Zuständigkeitsentscheid des ausländischen Gerichts nach Schweizer Auffassung eine Schiedsvereinbarung ignoriert, welche ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vorsieht:[88] Der Grundsatz, dass Staatsvertragsrecht Landesrecht verdrängt,[89] gebietet die Anerkennung des ausländischen Urteils.[90] Eine Überprüfung ist nur möglich, wenn das ausländische Gericht eine Schiedseinrede nicht geprüft hat, was einen Verstoss gegen den *ordre public* darstellt. Andernfalls und wenn bereits ein rechtskräftiges und anerkennungsfähiges ausländisches Urteil vorliegt, verstösst die schiedsgerichtliche Beurteilung des Streitgegenstandes gegen den *ordre public*.

---

86 Dies, wenn das TAS als «competent court» verstanden wird.

87 Dies zumindest unter Schweizer Recht (Stacher [FN 70], Rz. 93 ff.).

88 BSK-Schott/Courvouisier (FN 21), Art. 186 IPRG N 34, 36.

89 Wenn die Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht mit Sitz im Ausland vorsieht, sind sowohl das New Yorker Übereinkommen als auch das Lugano Übereinkommen, und somit zwei Staatsverträge, anwendbar. Wenn der ausländische Entscheid in Verletzung einer Schiedsvereinbarung ergeht, fordert Art. II NYÜ die Nichtanerkennung, das LugÜ aber die Anerkennung des Urteils und es kommt zu einem Staatsvertragskonflikt (vgl. Hans van Houtte, Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regula tion?, Arb.Int. 21 [2005], 509 ff., 514). Ein Anhaltspunkt dafür, wie in einer solchen Konstellation vorzugehen ist, folgt aus der Entstehungsgeschichte des Brüsseler Übereinkommens, des ursprünglichen Schwesterabkommens des LugÜ: Bei seiner Ausarbeitung wurde bewusst darauf verzichtet, Regelungen zu erlassen, welche sich mit der Schiedsgerichtsbarkeit befassen; dies aus dem Grund, dass wegen der damals bereits bestehenden Konventionen, wie des NYÜ, kein Regelungsbedürfnis existierte, und dass nicht in das durch diese Konventionen geschaffene System eingegriffen werden sollte (Lawrence Collins, Anti-Suit Injunctions Process and Arbitration, ASA Special Series 15 [2001] 85 ff., 89; Reinhold Geimer/Rolf Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. A., München 2010, Art. 1 N 144; Manuel Liatowitsch, Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland, Diss. Basel 2002, 92). Dies wäre aber der Fall, wenn man das NYÜ nicht beachtete und ausländische Entscheide, die eine Schiedsvereinbarung verletzen, ohne Nachprüfung vollstrecken würde (Liatowitsch [supra], 92). Den Zuständigkeitsentscheid eines Konventionsgerichts im Sinne des NYÜ nachzuprüfen ist deshalb möglich, obwohl Art. 34 f. LugÜ dies nicht vorsehen (Sébastien Besson, Le sort et les effets au sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une excep tion d'arbitrage et statuant sur le fond, in: Jacques Haldy/Jean-Marc Rapp/Phidias Ferrari [Hrsg.], Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, 329 ff., 344. Martina Maack, Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr, Diss. Berlin 1999, 196, geht demgegenüber davon aus, dass dem Brüsseler Übereinkommen als lex posterior der Vorrang zukommt. A.M. auch Alexander Markus/Sandrine Giroud, A Swiss Perspective on West Tankers and Its Aftermath, What about the Lugano Convention?, ASA Bull. 28 [2010], 230 ff., 237.) Es kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Lugano Konventionsstaaten mit ihrem Beitritt ihr gegenseitiges Vertrauen in ihre Rechtspflegesysteme zum Ausdruck brachten. Es besteht ceteris paribus zumindest kein Grund dafür, einem Konventionsgericht weniger Vertrauen zu schenken, wenn sich der Zuständigkeitsentscheid mit einer Schiedseinrede auseinandersetzen musste und insoweit sich die Antworten auf die in ihm beantworteten Fragen aus einer vereinheitlichten Rechtsgrundlage ergeben (vgl. Liatowitsch [supra], 92; Jean-François Poudret, Concluding Remarks on the Relationship Between State Courts and Arbitral Tribunals, ASA Special Series 15 [2001] 147 ff., 164). Letzteres ist bspw. für die formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung der Fall, wenn sich der Sitz des Schiedsgerichts weder in der Schweiz noch im Konventionsstaat befindet, welcher das Urteil erlässt (vgl. Besson [supra], 344, 346). Sie beurteilt sich dann sowohl in der Schweiz als auch im entsprechenden Konventionsstaat nach Art. II NYÜ. Wenn sich der ausländische Zuständigkeitsentscheid aus der Formungültigkeit der Schiedsvereinbarung ergibt, ist diese deshalb in einem Anerkennungs- oder Vollstreckungsverfahren nicht zu thematisieren.

90 Vgl. aber Berger/Kellerhals [FN 40], Rz. 1512c.

G: Zuständigkeit/pathologische Schiedsvereinbarung (BGer 4A_244/2012, Urteil vom 17. Januar 2013 i.S. *FC X gegen Y*)

Der Vertrag zwischen dem FC X und Y, einem Fussballtrainer, enthielt zwei Klauseln, die sich mit der Entschei-

AJP 2014 S. 1545, 1562

dung von Streitigkeiten aus dem Vertrag befassten; nämlich: Art. 7: *«Any dispute arising from or related to the present contract will be submitted exclusively to the Court of Arbitration for Sport in Lausanne, Switzerland…»;* und Art. 25: *«…each of the parties hereto submits to the non-exclusive jurisdiction of the Swiss courts»*. Y erhob gestützt auf Art. 7 Schiedsklage. Der FC X erhob die Unzuständigkeitseinrede; es läge keine Schiedsvereinbarung vor. Das Schiedsgericht bejahte seine Zuständigkeit und hiess die Klage von Y teilweise gut.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde des FC X gut. Dies folge letztlich aus der Definition der Schiedsvereinbarung: Sie sei eine Übereinkunft *«mit der sich zwei oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Parteien einigen, eine oder mehrere, bestehende oder künftige Streitigkeiten verbindlich unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht nach Massgabe einer unmittelbar oder mittelbar bestimmten rechtlichen Ordnung zu unterstellen... Entscheidend ist, dass der Wille der Parteien zum Ausdruck kommt, über bestimmte Streitigkeiten ein Schiedsgericht, d.h. ein nichtstaatliches Gericht, entscheiden zu lassen»* (E. 4.2).[91]

In casu sahen Art. 7 und Art. 25 zwei unterschiedliche Klauseln zur Streiterledigung vor, nämlich die exklusive Zuständigkeit eines TAS Schiedsgerichts und die nicht-exklusive Zuständigkeit der Schweizer Gerichte.[92] Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, können diese beiden Klauseln nicht koexistieren: Die exklusive Zuständigkeit des TAS Schiedsgerichts schliesst die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte aus. Es bestehen nun zwei Ansätze zur Lösung des Dilemmas: (i) Es lässt sich argumentieren, dass die Parteien nicht hinreichend klar zum Ausdruck gebracht hätten, dass statt der staatlichen Gerichte ein Schiedsgericht angerufen werden könne; dies weil sich die beiden Streiterledigungsklauseln widersprächen; die Partei hätten deshalb keine Schiedsvereinbarung geschlossen; dies insbesondere, weil der Abschluss einer Schiedsvereinbarung nicht leichthin anzunehmen sei. Dies ist der Ansatz des Bundesgerichts. (ii) Ein Gegenansatz lässt sich aber ebenfalls vertreten:

Die Parteien haben – wenn auch nicht auf elaborierte Weise – zwei Streiterledigungsklauseln mit dem Hauptvertrag verbunden. Der einen haben sie gemäss Vertragstext mehr Gewicht gegeben: Das TAS Schiedsgericht soll exklusiv zuständig sein. Damit ist *prima facie* schwer vereinbar, die Schiedsvereinbarung als Ganzes zu streichen (bzw. einen entsprechenden Konsens zu verneinen). Richtiger erscheint es, die Schiedsvereinbarung um die vereinbarte Exklusivität zu reduzieren. Die Parteien hätten dann die Wahl, ob sie im Falle eines Streites vor ein Schiedsgericht oder ein staatliches Gericht gelangen. Ein solches Wahlrecht ist zulässig: Die Parteien bestimmen Umfang und Modalitäten der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit. Es steht ihnen deshalb frei zu vereinbaren, dass das Schiedsgericht nicht ausschliesslich zuständig ist. Das Bundesgericht liess dies im Urteil vom 17. Januar 2013 offen, bejahte die Zulässigkeit eines Wahlrechts aber in einem Urteil vom 17. April 2013.[93]

Es kommt hinzu, dass das Bundesgericht in anderen Fällen fehlerhafte Teile von Schiedsvereinbarungen gestrichen hat, bzw. eine Streichung in Betracht zog.[94] In diesen Fällen stand zwar nicht das Verhältnis zwischen einer Schiedsvereinbarung und einer Gerichtsstandsvereinbarung zur Debatte: Der Hauptvertrag enthielt nur eine Schiedsvereinbarung und es war zu prüfen, ob sie trotz ihrer Fehlerhaftigkeit umgesetzt

---

91 Dabei sei die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung «zu berücksichtigen; insbesondere ist zu beachten, dass mit dem Verzicht auf ein staatliches Gericht die Rechtsmittelwege stark eingeschränkt werden. Ein solcher Verzichtswille kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht leichthin angenommen werden, weshalb im Zweifelsfall eine restriktive Auslegung geboten ist» (E. 4.2). Dem ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht zuzustimmen (vgl. Abschnitt E nach FN 85).

92 Zur Thematik als solcher vgl. auch Simone Stebler, The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses, ASA Bull. 31 (2013), 27 ff.

93 BGer 4A_515/2012 E. 5.2 («Ainsi, la convention peut disposer que le recours à l'arbitrage est facultatif, en ce sens que les deux parties ou l'une d'elles se voient accorder le choix entre l'arbitrage et la juridiction ordinaire»).

94 BGer 4A_246/2011 E. 2.2.3, 2.3.3; BGE 130 III 66 E. 3.3; vgl. auch BGer 4A_74/2014 E 5.2, wo das Bundesgericht die Klausel «the Arbitration Committe, to be established in Basel, is authorized» als Verweis auf ein gemäss den Regeln der Handelskammern beider Basel durchzuführendes Schiedsverfahren verstand; es war deshalb zu Recht ein Swiss Rules Schiedsverfahren durchgeführt worden.

werden konnte. Gerade diese Frage stellt sich aber auch *in casu* und der einzige Grund, der gegen die Streichung der Exklusivität – und somit für das Dahinfallen der Schiedsvereinbarung spricht – ist das Argument, es ergebe sich nicht *«ein hinreichend klarer Wille der Parteien … bestimmte Streitigkeiten von der staatlichen Gerichtsbarkeit aus[zu]nehmen»* (E. 4.4). Allein, ein «Ausnehmen» von der staatlichen Gerichtsbarkeit ist nicht erforderlich; die Parteien können – wie bereits erklärt – ein Wahlrecht vereinbaren;[95] und die Parteien haben eine Schiedsvereinbarung in den Hauptvertrag aufgenommen; daraus folgt, dass die Parteien grundsätzlich mit den Wirkungen einverstanden waren, welche eine Schiedsvereinbarung nach sich zieht, nämlich, dass

AJP 2014 S. 1545, 1563

ein nichtstaatliches Gericht entscheiden kann.[96] Daraus wiederum folgt, dass die Fehlerhaftigkeit, falls möglich, geltungserhaltend zu beseitigen ist. *In casu* hätte dies mittels des erwähnten Eingriffs erfolgen können.[97]

H. *Ordre public*/Bestechung (BGer 4A_538/2012, Urteil vom 17. Januar 2013 i.S. *X v. Y*)

Die französische X machte die irakische Y zur Exklusivvertreterin für den Irak und Syrien. Die Parteien vereinbarten, dass Y im Falle eines Vertragsschlusses 8.5% des Vertragspreises als Kommission erhalten würde. In der Folge kam es zu einem Vertragsschluss in Syrien, und X informierte Y darüber, dass im Vertragspreis eine zu den 8.5% zusätzliche Kommission von EUR 6 Mio. enthalten sei. Letztlich bezahlte die X die Kommission nicht vollständig und Y leitete ein Schiedsverfahren ein. Das Schiedsgericht anerkannte einen Anspruch von X, reduzierte die Kommission indessen auf ca. 10% des Vertragspreises.[98] Eine 10% übersteigende Kommission würde gemäss Verkehrsübung den Verdacht nähren, *«que la part excédentaire ne sert pas à rémunérer le travail lui-même du représentant, mais est utilisée à des fins de corruption»*. Beweismässig, so das Schiedsgericht, sei aber keine Korruption erstellt und mit der mittels Schiedsspruch auf 10% reduzierten Kommission ergebe sich auch kein Korruptionsverdacht; ein Zeuge von X hätte eine Korruptionsabsicht im Übrigen explizit verneint (E. 6.2).

Die unterlegene X reichte Schiedsbeschwerde ein und machte u.a. geltend, dass der Schiedsspruch gegen den *ordre public* verstiesse. Das Bundesgericht verneinte dies (E. 6.2). Das Schiedsgericht hätte im Schiedsspruch festgestellt, dass keine Korruption oder Korruptionsabsicht bewiesen worden sei. Das

---

95 Zudem überzeugt die Rechtsprechung nicht, wonach der Abschluss einer Schiedsvereinbarung «nicht leichthin» angenommen werden kann (vgl. Abschnitt E nach FN 85).

96 Anders etwa im Falle der in BGer 5A_560/2013 zitierten Streitbeilegungsklausel. Diese hielt fest, dass Streitigkeiten «nach Möglichkeit unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte durch ein Schiedsgericht erledigt [werden]. Erst wenn [sich die Parteien nicht auf ein Schiedsgericht einigen können oder wenn] der Entscheid des Schiedsgerichts nicht akzeptiert wird, kann das zuständige Gericht angerufen werden». Hier hatten die Parteien keine schiedsgerichtliche Streitentscheidung vorgesehen. Jede Partei konnte die Bestellung des «Schiedsgerichts» verhindern; sogar wenn eines bestellt werde konnte, sollte der «Schiedsspruch» an die staatliche Gerichtsbarkeit weitergezogen werden können; dies nicht (nur) mittels Schiedsbeschwerde an das Bundesgericht, sondern mittels Klage an die erstinstanzlichen staatlichen Gerichte, welche volle Kognition haben sollten. Dies widerspricht der Konzeption der Schiedsgerichtsbarkeit im 12. Kapitel des IPRG, wonach das Schiedsgericht unter Vorbehalt der in Bezug auf die Kognition beschränkten Schiedsbeschwerde endgültig entscheidet. Speziell zu beachten ist bei BGer 4A_560/2013 aber v.a. dessen E. 2.2.3. Das Bundesgericht wendete Art. 61 ZPO an und hielt fest, dass es dabei in einem ersten Schritt mit voller Kognition prüfe, ob eine Schiedsvereinbarung über einen schiedsfähigen Streitgegenstand vorliegt. Erst dann prüfe es (summarisch), ob die Schiedsvereinbarung hinfällig oder ungültig ist. Damit scheint das Bundesgericht von seiner Rechtsprechung zur Schiedseinrede gemäss Art. 7 IPRG abzuweichen. Dort ist die Prüfung (bis dato) summarisch, wenn sich der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz befindet (BGer 4A_119/2012 E. 3; BGer 4A_436/2007 E. 3; BGE 122 III 139 E. 2b.; BGE 121 III 38 E. 2b). Ob BGer 4A_560/2013 tatsächlich eine wünschenswerte neue Rechtsprechung einleitet, bleibt aber abzuwarten; denn der Sachverhalt erklärt nicht, ob der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz hätte sein sollen (vgl. zu diesem Entscheid auch Bernhard Berger, Negative Effect of Competence-Competence Revisited, ASA Bull. 32 [2014], 539 ff).

97 Zu einem anderen Ergebnis hätte dies aber nicht geführt: Das Schiedsgericht leitete seine Zuständigkeit aus den eingangs zitierten Bestimmungen des Arbeitsvertrags ab, welche auch eine Schiedsvereinbarung enthielten. Die Parteien schlossen nach dem Arbeitsvertrag aber einen Vergleich ab, der die Streitigkeiten aus dem Arbeitsvertrag regeln sollte. Dieser Vergleich enthielt keine Schiedsvereinbarung, sondern nur eine (nicht ausschliessliche) Gerichtsstandsvereinbarung. Diese ersetzte die ursprüngliche Streitbeilegungsklausel, es sei denn, es wäre der zweiten Vereinbarung trotz deren Wortlaut ein gegenteiliger Parteiwille zu entnehmen gewesen (E. 4.5).

98 Da der Vertragspreis zur Berechnung der prozentualen Kommission um gewisse Posten reduziert werden musste, hätte Y ansonsten mehr als 10 % verdient.

Bundesgericht wies die Beschwerde deshalb zu Recht ab. Das Urteil des Bundesgerichts vom 17. Januar 2013 gibt denn auch weniger Anlass zur Diskussion als der Schiedsspruch selbst.

Die vom Schiedsgericht getroffene Lösung, die Reduktion der Kommission auf ca. 10%, scheint vor allem ein Dilemma widerzuspiegeln: Wegen der Höhe der Kommission kam beim Schiedsgericht ein Korruptionsverdacht auf; weil X die Bestechung von syrischen Offiziellen nicht beweisen konnte, konnte und wollte das Schiedsgericht aber nicht den ganzen Vertrag für nichtig erklären; es fehlte ihm dazu die faktische Grundlage. Das ungute Gefühl aber blieb und es wählte deshalb den erwähnten Mittelweg – die Reduktion der Kommission auf ca. 10%. Dieser letzte Schritt ist juristisch schwer nachvollziehbar, wie das Bundesgericht zu Recht festhält: Entweder ist die Bestechung erstellt und der Vertrag ist nichtig; oder sie ist nicht erstellt, wie vom Schiedsgericht angenommen, und dann müsste die ganze Kommission zugesprochen werden. Aber eben – das ungute Gefühl veranlasste das Schiedsgericht zu seinem salomonischen Entscheid, beiden Parteien zum Teil Recht zu geben. Anders als im biblischen Vorbild obsiegte letztlich aber nicht die Partei, die sich dagegen wehrte, dass das Baby geteilt werde. Es blieb bei der Teilung. Interessant wäre indessen gewesen, wenn auch Y Schiedsbeschwerde ergriffen hät-

AJP 2014 S. 1545, 1564

te; dies mit dem Argument, das Schiedsgericht habe die Ungültigkeit des Vertrags verworfen und die Reduktion der Kommission widerspreche deshalb dem Prinzip von *pacta sunt servanda*.

Die eigentliche Frage, die das Urteil vom 17. Januar 2013 aufwirft, ist aber folgende: Schiedsgerichte sind zur Prüfung zuständig, ob ein Vertrag ungültig ist, weil er der Korruption dient; es handelt sich um einen Fall der schiedsgerichtlichen Vorfragezuständigkeit.[99] Aber: Wie soll sich ein Schiedsgericht verhalten, wenn bei ihm von selbst oder zufolge einer entsprechenden Einrede des Beklagten ein Korruptionsverdacht aufkommt?

Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage ist, dass Vereinbarungen über Bestechungszahlungen gemäss Art. 20 OR nichtig[100] sind und gegen den *ordre public* verstossen;[101] Analoges wird angesichts der mittlerweile quasi weltweiten Ächtung[102] der Korruption auch dann gelten, wenn eine andere Rechtsordnung in der Sache anwendbar ist.[103]

Die Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR ist nun von Amtes wegen zu beachten. Diese Regel ist zwar prozessualer Natur und als solche in Schiedsverfahren *prima facie* nicht anwendbar.[104] Die Regel von Art. 20 OR drückt aber die Wertung des Gesetzgebers aus, dass das materielle Recht ohne das prozessuale Gebot unvollkommen ist. Wenn Schweizer Recht anwendbar ist und die Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit eines Vertrages zufolge Bestechungsabsicht zwar von keiner Partei geltend gemacht wird, sie sich aber aus den Akten ergibt, muss das Schiedsgericht den Vertrag für nichtig erklären und die aus ihm geltend gemachten Rechtsbegehren *ex officio* abweisen;[105] dies, auch wenn der Beklagte nur teilweise Klageabweisung verlangt. Die Parteien sollen nicht über den Abschluss einer Schiedsvereinbarung eine Vereinbarung über nichtiges Handeln durchsetzen können.

---

99 Statt vieler: Anne-Catherine Hahn, Schweizer Schiedsgerichte und der internationale Kampf gegen Korruption, SZW 2010, 382 ff., 387 f.; vgl. zur Vorfragenzuständigkeit i.a. BGer 4A_482/2010 E. 4.3.1; BGE 133 III 139 E. 5.

100 Der Verstoss gegen inländisches Recht zieht Widerrechtlichkeit nach sich; der Verstoss gegen ausländisches Recht ist sittenwidrig, wenn er aus einer Schweizer Optik grundlegende ethische Prinzi pien verletzt (BGer 4A_753/2011 E. 6.5; Hahn [FN 99], 390); dies trifft im hier interessierenden Fall zu (BGer 4A_231/2014 E. 5.1).

101 BGer 4A_231/2014 E. 5.1; Hahn (FN 99), 385; Matthias Scherer, Beweisfragen bei Korruptionsfällen vor internationalen Schiedsgerichten, ASA Bull. 19 (2001), 684 ff., 685.

102 Vgl. bspw. Carolyn Lamm/Hansel Pham/Rahim Moloo, Fraud and Corruption in International Arbitration, in: Fernández-Ballesteros/Arias (Hrsg.), Liber Amicorum Bernardo Cremades, Wolters Kluwer España 2010, 699 ff., 711; Richard Kreindler, Schiedsgerichte und Rechtsverstösse der Vertragsparteien, in: Bachmann et al. (Hrsg), Grenzüberschreitungen – Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, 430 ff., 437; Mohamed Raouf, How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues? in: Fernández-Ballesteros/Arias (Hrsg.), Liber Amicorum Bernardo Cremades, Wolters Kluwer España 2010, 1 ff., Rz. 18 ff.; United Nations Convention Against Corruption (https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/); OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials (http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm); Civil Law Convention on Corruption (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/174.htm).

103 Vgl. zum anwendbaren Recht, insbesondere zur Berücksichtigung von ausländischem zwingenden Recht Hahn (FN 99), 390 ff.; Scherer (FN 101), 687 ff.

104 Die prozessualen Regeln ergeben sich aus Art. 182 IPRG, welcher nicht auf die Regeln des in der Sache anwendbaren Rechts verweist.

105 Marco Stacher, «Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten», in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 1041 ff., 1046 f.

Das vorne Ausgeführte ist in der Praxis nur selten hilfreich: Die Parteien verschleiern oftmals den Korruptionszweck einer Abrede bei deren Abschluss und auch in der Folge. Der Korruptionszweck lässt sich dann nur schwerlich nachweisen;[106] dies gilt selbst dann, wenn eine Partei im Verfahren behauptet, der Vertrag sei aus diesem Grund nichtig und wenn sie deshalb alles tut, um den Korruptionszweck nachzuweisen. Die Beweislage für die entsprechende Behauptung wird oftmals dürftig bleiben. Nicht zu vergessen ist auch Folgendes: Die Korruptionseinrede kann auch wider besseres Wissen erhoben werden, um der Erfüllung einer Pflicht aus einem ehrbaren und gültigen Vertrag zu entgehen. Die Einrede ist deshalb nicht *per se* glaubhaft.[107]

Die Lage eines Schiedsgerichts ist also oftmals unangenehm: Es will verhindern, dass es Korruptionsabreden umsetzt; aber es ist oft schlicht nicht mit Sicherheit erstellbar, ob die Abrede tatsächlich der Korruption dient. Immerhin hat das Schiedsgericht eine Untersuchungsbefugnis; es darf von sich aus Abklärungen vornehmen, d.h. auch wenn beide Parteien die Korruptionsfrage nicht thematisieren und beim Schiedsgericht trotzdem ein Korruptionsverdacht entsteht:[108] Erstens ist es wenig sachge-

recht, einem Schiedsrichter zu verunmöglichen, das Vorliegen eines *ordre public*-Verstosses zu prüfen. Zweitens könnte ein sich aus den Akten ergebender Korruptionsverdacht ansonsten den Schiedsrichter dazu zwingen zurückzutreten; dies, wenn er verhindern will, ein allenfalls *ordre public*-widriges Urteil zu sprechen; nämlich, wenn er mangels Untersuchungsbefugnis einen entsprechenden Verdacht nicht widerlegen oder erhärten könnte. Das Verneinen einer Untersuchungsbefugnis würde somit sowohl den Interessen des Schiedsrichters als auch dem Interesse an einer effizienten Rechtsprechung widersprechen. Dieses legt nahe, dem Schiedsrichter nicht die Hände zu binden, sondern ihm für diese Frage zu erlauben, alle für seinen Schiedsspruch relevanten Tatsachen zu hinterfragen.

Dies gilt *a maiore minus* in Säumnisverfahren, bei welchen das Schiedsgericht vermutet, dass es zur Geldwäscherei missbraucht wird, oder wenn es vermutet, dass die Verfahrensparteien zu diesem Zweck einen Vergleich schliessen. In einem Säumnisverfahren kann gar eine beschränkte Untersuchungspflicht bestehen; dies in Analogie zu Säumnisverfahren, bei denen sich während des Aktenstudiums Zweifel an der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit ergeben.[109] Mit anderen Worten hat das Schiedsgericht zu prüfen, ob sich die Korruption aus den Akten ergibt (was selten der Fall sein wird). Dieser Ansatz lässt sich auch auf Fälle übertragen, in denen beide Parteien am Verfahren teilnehmen und keine die Korruptionseinrede erhebt: Wenn beide Parteien in einer dem *ordre public* widersprechenden Sachen säumig sind und sich dem Schiedsgericht aus den Akten ein Bestechungsverdacht ergibt, dann hat es dieser Sache zumindest summarisch mittels Aktenstudium nachzugehen.[110]

Zusätzlich zum Untersuchungsrecht kann dem Schiedsgericht das Institut der *adverse inference* das Beantworten der Korruptionsfrage erleichtern:[111] Das Schiedsgericht kann die Partei, die bei erstellter Korruption in der Sache unterliegen würde, in Ausübung seines Untersuchungsrechts oder im Rahmen des regulären Editionsverfahrens dazu auffordern, Dokumente einzureichen; dies um zu klären, ob der Korruptionsverdacht gerechtfertigt ist. Wenn sich diese Partei nun weigert, die geforderten Dokumente herauszugeben, kann das Schiedsgericht den Schluss ziehen, dass die fraglichen Dokumente den Korruptionsverdacht erhärten würden; vorausgesetzt ist freilich, dass es Anhaltspunkte für das Bestehen der Dokumente gibt.

---

106 Cecily Rose, Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption, JIA 31 (2014), 183 ff., 184; Lamm/Pham/Moloo (FN 102), 699.

107 Dies war bspw. im Verfahren der Fall, welches zu BGer 4A_42/2008 führte: Die Auftraggeberin hatte sich dort mit allen Mitteln gegen die Verurteilung zur Zahlung einer Kommission gewehrt und auch die Korruptionseinrede erhoben. Immerhin liess sich die Einrede in diesem Verfahren dadurch entkräften, dass die Auftragnehmerin nachweisen konnte, dass sie tatsächlich erhebliche Anstrengungen unternommen hatte, d.h. dass sie gerade dafür entlöhnt werden sollte und nicht zur Bestechung von taiwanesischen Offiziellen Geld erhielt.

108 Hahn (FN 99), 388; Thomas Kendra/Anna Bonini, Dealing with Corruption in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus? JIA 31 (2014), 439 ff., 446 ff.; Raouf (FN 102), Rz. 38 [Megafon]; Rose (FN 106), 194; Scherer (FN 101), 689; Stacher (FN 105), 1052; vgl. auch Kreindler (FN 102), 440; Franz Knoepfler, Anmerkung zu BGE 132 III 389, SZIER 2007, 89 [bei Verstössen gegen ausländisches Kartellrecht]; vgl. aber Raouf (FN 102), Rz. 33 [ICC Schiedsverfahren Nr. 6497].

109 Vgl. BGer 4A_682/2012 E. 4.4.2.1; BSK-Schott/Courvoisier (FN 21), Art. 186 IPRG N 99.

110 Weitergehend: Scherer (FN 101), 689 f.

111 Lamm/Pham/Moloo (FN 102), 704 ff.; Rose (FN 106), 185, 195, 214.

112 Die Verteilung dieser Lasten ergibt sich aus dem in der Sache anwendbaren Recht (vgl. Stacher [FN 105], 1048 ff).

Eine Umverteilung der Beweislast sowie eine Reduktion der Substantiierungs- oder Beweislast[112] sind demgegenüber nicht angebracht;[113] es obliegt dem Beklagten, seine Korruptionseinrede zu erläutern und zu beweisen,[114] und der Beklagte soll sich dieser Lasten nicht dadurch entledigen können, dass er generisch behauptet, die Korruption sei in einem bestimmten Land verbreitet. Auch nicht angebracht ist aber, das Beweismass wegen der Schwere des Vorwurfes zu erhöhen.[115] Dies würde über das Ziel hinausschiessen. Es ist deshalb möglich, den Korruptionsbeweis mittels Indizien[116] zu führen,[117] z.B. wenn der «Vermittler» für eine nur eine kurze Zeit dauernde Tätigkeit eine übermässig hohe Kommission erhält und er nicht nachweisen kann, was er tatsächlich geleistet hat.[118]

AJP 2014 S. 1545, 1566

I. *Pêle-mêle procédural*

a. Beschwerdeverfahren: Übersetzung von Schiedssprüchen

Es ist nicht Praxis des Bundesgerichts, in einem Beschwerdeverfahren von auf Englisch verfassten Schiedssprüchen eine Übersetzung zu verlangen (BGer 4A_450/2013 E. 1; vgl. auch BGE 138 III 520 E. 5 für Vollstreckungsverfahren).

b. Beschwerdeverfahren: Zulässiges Nachbessern der Beschwerde

X reichte am 14. März 2012 eine Beschwerdeschrift ein. Am Tag darauf reichte er eine zweite Version ein *«dans laquelle il a apporté quelques retouches au texte initial qu'une panne informatique l'avait empêché de finaliser»*. Dies sei zulässig, auch wenn die Beschwerdefrist am Tag der ersten Eingabe abgelaufen sei (was das Bundesgericht offen liess); dies, da mit der zweiten Eingabe nur einige formelle Mängel behoben wurden und keine ergänzenden Argumente vorgetragen wurden. In ihrer Replik führte X indessen neue rechtliche Argumente ein; dies beurteilte das Bundesgericht im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung als unzulässig (BGer 4A_146/2012 E. 2.3, 2.7).

c. Beschwerdeverfahren: Ausnahmsweise zulässiger Vortrag von im Schiedsspruch nicht festgestellten Tatsachen

Im Rahmen einer Schiedsbeschwerde können ausnahmsweise Sachverhaltsaspekte vorgetragen werden, die der Schiedsspruch nicht anspricht (vgl. Art. 99 Abs. 1 und 105 Abs. 1 BGG); dies trifft auf den Verfahrensverlauf vor dem Schiedsgericht zu, wenn er im Schiedsverfahren nicht vor Erlass des Schiedsspruchs gerügt werden konnte – wie etwa im Fall, dass der Schiedsrichter den Entscheid erlässt,

---

113 Vgl. dazu im einzelnen Rose (FN 106), 217 ff.; Lamm/Pham/ Moloo (FN 102), 700 f.

114 Hahn (FN 99), 389; Raouf (FN 102), Rz. 26; Scherer (FN 101), 685, 689; Stephan Wilske/Todd Fox, Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?, in: Kröll/Mistelis et al. (Hrsg.), International Arbitration and International Commercial Law: Convergence and Evolution, Kluwer 2011, 489 ff., 495.

115 Hahn (FN 99), 389; Florian Haugeneder/Christoph Liebscher, Investment Arbitration – Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards of Proof, in: Christian Klausegger/Peter Klein (Hrsg.), Austrian Arbitration Yearbook 2009, 539 ff., 556; vgl. aber Raouf (FN 102), Rz. 27; a.M. Lamm/Pham/Moloo (FN 102), 699; vgl. zur Frage des Beweismasses auch Wilske/Fox (FN 114), 494 ff.

116 Für Listen von sog. red flags, vgl. bspw. World Compliance, Navigating Through the FCPA Minefield, Debunking Myths, and Addressing Red Flags, 13 ff. (http://www.worldcompliance.com/Libraries/WhitePapers/Navigating_through_the_FCPA_Debunking_ Myths_White_paper.sflb.ashx); World Bank, Most Common Red Flags of Fraud and Corruption in Procurement (http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Red_flags__reader_friendly.pdf); A Resource Guide to the FCPA, 22 (http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf).

117 Haugeneder/Liebscher (FN 115), 556; Lamm/Pham/Moloo (FN 102), 703; Rose (FN 106), 200, 213 f.; Scherer (FN 101), 693 ff.

118 Vgl. den Schiedsspruch in ICC Verfahren Nr. 8891, u.a. diskutiert bei Rose (FN 106), 200 und Haugeneder/Liebscher (FN 115), 552: Der Berater erhielt 18.5 % Kommission für eine zweimonatige Tätigkeit und konnte nicht nachweisen, wie er den Abschluss des Geschäfts in diesen zwei Monaten zwischen Vertragsschluss (mit der Auftraggeberin) und der Auftragsvergabe gefördert hatte. Das Schiedsgericht erklärte den Beratungsvertrag deshalb für nichtig und wies die Schiedsklage des Beraters ab; vgl. auch Hahn (FN 99), 389.

nachdem er bereits demissioniert hat. Der Beschwerdeführer kann diese Demission in der Beschwerde unabhängig davon nachweisen, ob sie der Schiedsspruch erwähnt (BGer 4A_490/2013 E. 2.2).

d. Beschwerdeverfahren: Gegen Zwischenschiedsspruch zulässige Rügen

Nochmals ist zu betonen, dass nunmehr im Rahmen einer Zuständigkeits- oder Konstituierungsbeschwerde gegen einen Zwischenschiedsspruch auch andere Beschwerdegründe als lit. a und b geltend gemacht werden können; dies, sofern der geltend gemachte Fehler auf den Konstituierungs- oder Zuständigkeitsentscheid durchschlägt. Insbesondere kann geltend gemacht werden, der Konstituierungs- oder Zuständigkeitsentscheid sei nicht in einem Art. 182 Abs. 3 IPRG konformen Verfahren zustande gekommen (BGer 4A_74/2014 E. 3.1; BGer 4A_6/2014 E. 2.2.3).

e. Schiedsverfahren: *iura novit curia*

X machte geltend, das Schiedsgericht hätte es unterlassen, eine bestimmte Norm des türkischen Rechts anzuwenden; das Schiedsgericht habe somit den Grundsatz von *iura novit curia* verletzt, was eine Verletzung des formellen *ordre public* darstelle. Das Bundesgericht hielt fest, dies sei sicherlich dann nicht der Fall, wenn sich die betroffene Partei nicht auf die fragliche Norm berufen hatte und die prozessualen Regeln vorsähen, dass die Parteien das Recht beweisen müssen (BGer 4A_446/2013 E. 6.2.2.3).

f. Schiedsverfahren: Nicht gehörige Vertretung, Fragepflicht und Verhandlungsmaxime

Eine Partei ist für ihre gehörige Vertretung verantwortlich; es ist nicht Aufgabe des Schiedsgerichts, dies sicherzustellen; ebenso wenig muss das Schiedsgericht durch unsachgemässe Vertretung verursachte Versäumnisse in Bezug auf Substantiierung, Beweisführung etc. mittels Fragepflicht ausgleichen (BGer 4A_597/2013 E. 3.2.1. und 3.2.2).

g. Schiedsverfahren: Missachtung gemeinsamer Parteivorträge zum Beweiswert eines Dokumentes

Eine Partei reichte einen Vertrag ein; dies als Anhaltspunkt zur Berechnung des Marktpreises eines Produktes. Im Verlaufe des Schiedsverfahrens stimmte sie jedoch der Position der Gegenpartei zu, dass der entsprechende Vertrag keinen Beweiswert habe. Das Schiedsgericht stellt trotzdem auf ihn ab. Dies zu Ungunsten der Beschwerdeführerin; diese machte eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs geltend. Wenn das Schiedsgericht schon

AJP 2014 S. 1545, 1567

eine Position einnehme, die derjenigen beider Parteien widerspreche, dann hätte es sie zu dieser überraschenden Beweiswürdigung zumindest anhören müssen. Das Bundesgericht erklärte einleitend, dass sich das Überraschungsverbot in Bezug auf die Rechtsanwendung nicht auf die Sachverhaltsfeststellung übertragen lasse (BGer 4A_214/2013 E. 4.1, 4.3.1). Die Parteien könnten nicht über den Beweiswert eines Beweismittels bestimmen, da im Schiedsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gelte;[119] eine Partei müsse sich zuerst überlegen, ob ihr das Beweismittel schaden könne, bevor sie es einreicht (BGer 4A_214/2013 E. 4.3.1).[120] Gleichermassen kann ein Schiedsgericht ein Beweismittel, das zum Beweis einer bestimmten Behauptung eingereicht wurde, auch dann zur Prüfung einer anderen Behauptung beiziehen, wenn sich keine Partei im Hinblick auf diese zweite Behauptung auf dieses Beweismittel berufen hat (BGer 4A_538/2012 E. 5.1).

---

119 Vgl. auch Olivia Pelli, Beweisverträge im Zivilprozess, Diss. Zürich 2012, 156 («Beweiswürdigungsverträge sind demzufolge rechtswidrig und somit nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR per analogiam»).

120 Dies trifft zu. Indessen bleibt ein schaler Beigeschmack. Die übereinstimmenden Parteierklärungen zum Beweiswert hätten sich auch als bindender, konsensualer Rückzug eines Beweismittels verstehen lassen (vgl. Art. 182 Abs. 1 IPRG). Allerdings hätte eine Missachtung dieses Rückzugs, d.h. einer Parteivereinbarung zum Schiedsverfahren, einen blossen Verfahrensfehler dargestellt. Der Schiedsspruch wäre unanfechtbar geblieben.

h. Schiedsverfahren: Ausschluss der Streitgegenstandsbeschwerde durch catch-all Klageabweisung

Die Klägerin machte im Beschwerdeverfahren geltend, das Schiedsgericht hätte gewisse Rechtsbegehren nicht beurteilt; der Schiedsspruch sei deshalb gestützt auf Art. 190 Abs. 2 lit. c IPRG aufzuheben. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass der Schiedsspruch im Dispositiv eine *catch-all*-Klausel enthielt, wonach *«all other claims»* abgewiesen worden sind, d.h. alle Rechtsbegehren, die der Schiedsspruch nicht spezifisch entschied (BGer 4A_635/2012 E. 4.2).[121]

i. Schiedsverfahren: Unrechtmässig erlangte Beweismittel

Das BGer 4A_362/2013 vorausgehende Schiedsverfahren betraf Vorgänge, welche sich in der Ukraine abspielten und die Verfahrensbeteiligten waren, soweit ersichtlich, ukrainische (natürliche und juristische) Personen. Die unterliegende Partei machte im Beschwerdeverfahren geltend, das Schiedsgericht hätte unrechtmässig erlangte Beweismittel berücksichtigt und der Schiedsspruch verstosse deshalb gegen den *ordre public*. Das Bundesgericht widersprach; es erklärte, der *ordre public* gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG erfasse *«fundamentale und weitgehend anerkannte Werte …, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollten»* (E. 3.1.1). Es prüfte deshalb – ohne explizit zu bejahen, dass der vom Beschwerdeführer angerufene Grundsatz zum *ordre public* gehöre – unter Rücktriff auf Schweizer Recht, ob das Schiedsgericht zu Unrecht auf die fraglichen Beweismittel abgestellt habe. Relevant sei dabei eine Interessensabwägung zwischen den Interessen der Wahrheitsfindung und dem Schutzinteresse am bei der Beweisbeschaffung verletzten Rechtsgut (BGer 4A_362/2013 E. 3.2.2).

j. Arrest gestützt auf einen ausländischen Schiedsspruch

Ein Einzelschiedsrichter (Sitz London) erliess einen Schiedsspruch zugunsten von B und C; er verurteilte A zur Bezahlung von ca. USD 5,4 Mio. B und C begehrten gestützt auf den ausländischen Schiedsspruch, aber ohne dessen vorgängige Anerkennung oder Vollstreckung, die Verarrestierung von in der Schweiz gelegenen Vermögenswerten (vgl. Art. 271 Ziff. 6 SchKG). Der Arrestrichter gab diesem Begehren statt; gemäss Bundesgericht urteilte er dabei nicht willkürlich, sodass der Arrestentscheid nicht aufgehoben wurde (BGE 139 III 135; BGer 5A_355/2012 E. 4).[122]

AJP 2014 S. 1545, 1568

k. Beschwerdeverfahren: Beginn der Beschwerdefrist bei Zustellung mittels (zurückbehaltenem) Einschreiben

Das TAS hatte den Parteien am 3. Juni 2013 das Dispositiv des Schiedsspruchs zugestellt und angekündigt, dass der begründete Schiedsspruch *«in due course»* folgen würde. Tatsächlich wurde dieser am 31. Juli 2013 eingeschrieben verschickt und traf am 2. August 2013 beim Postamt des Beschwerdeführers ein. Dieser hatte der Post aufgegeben, seine Post bis am 26. August 2013 zurückzuhalten. Der Beschwerdeführer berechnete die 30-tägige Frist mit dem 26. August 2013 als Ausgangspunkt, d.h. mit dem Tag, an dem er den Schiedsspruch tatsächlich in den Händen hielt. Dies mit Folgen. Bei einem Einschreiben wird nach sieben Tagen die Zustellung fingiert. Die Beschwerde vom 25. September 2013 war deshalb verspätet und das Bundesgericht trat nicht auf sie ein (BGer 4A_476/2013 E. 2.2).

---

121 Dies ist unbefriedigend. Dies folgt auch aus einem Vergleich mit der Gehörsrüge: Ein relevanter Verstoss liegt dort u.a. vor, wenn ein Versehen des Schiedsgerichts dazu führt, dass es potentiell entscheidrelevante Argumente, Behauptungen, Beweisofferten oder Beweismittel nicht berücksichtigt (BGer 4A_360/2011 E. 5; BGer 4A_46/2011 E. 4.3.1; BGE 133 III 235 E. 5.2). Ein tatbestandsmässiges Nichtberücksichtigen liegt dabei prima facie vor, wenn der Schiedsspruch das fragliche Vorbringen nicht erwähnt (BGer 4A_46/2011 E. 4.3.2); diesfalls haben der Beschwerdegegner und/oder das Schiedsgericht in ihren Stellungnahmen darzutun, dass das entsprechende Element nicht entscheidrelevant war oder implizit berücksichtigt wurde (BGer 4A_669/2012 E. 3.1; BGer 4A_360/2011 E. 5.1; BGer 4A_46/2011 E. 4.3.1; BGer 4A_46/2011 E. 4.3; BGer 4A_433/2009 E. 2.4; BGE 133 III 235 E. 5.2; BGer 4A_18/2007 E. 5.1). Falls dies nicht gelingt, hebt das Bundesgericht den Schiedsspruch auf. Analoges sollte auch gelten, wenn sich das Schiedsgericht im Schiedsspruch nicht mit einem Rechtsbegehren auseinandersetzt und deshalb unklar ist, ob es das Rechtsbegehren tatsächlich beurteilt hat. Die catch-all Klausel gibt dies vor, legt es aber nicht dar.

122 Vgl. zu diesem Entscheid auch Blaise Stucki/Louis Burrus, Sentence arbitrale étrangère, séquestre et exequatur, ASA Bull. 31 (2013), 429 ff.

I. Beschwerdeverfahren: (I.c. unzulässige) Ergänzung der Beschwerde bei Wechsel des Parteivertreters

Y erhob am 16. August 2010 Schiedsklage gegen X. Am 24. August 2011 teilte der Rechtsvertreter von X dem Schiedsgericht mit, dass er X nicht mehr vertrete. Ab diesem Zeitpunkt verhielt sich X im Schiedsverfahren passiv. Das Schiedsgericht erliess den Schiedsspruch am 19. März 2012. X unterlag mehrheitlich, erhob Schiedsbeschwerde und reichte am 17. August 2012 eine Beschwerdeergänzung ein; X sei auf letztere angewiesen; denn X hätte keinen Zugang zu den Verfahrensakten gehabt, die nach dem 24. August 2011 erstellt worden wären, d.h. dem Datum, an welchem der frühere Rechtsvertreter von X sein Mandat niedergelegt hatte. Das Bundesgericht nahm die Beschwerdeergänzung nicht an Hand: Beschwerdeergänzungen seien nur unter den Voraussetzungen von Art. 43 BGG möglich. Diese seien nicht erfüllt und die Ergänzung sei auch nicht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs erforderlich: X hätte bis am 24. August 2011 am Verfahren teilgenommen und hätte ab diesem Zeitpunkt selbst auf eine aktive Verfahrensteilnahme verzichtet (BGer 4A_244/2012 E. 2.5).