

Recht der Internationalen Wirtschaft

Heft 10 / 34. Jahrgang

Oktober 1988

Der Verfahrensverstoß des Schiedsgerichtsinstituts Überlegungen zur Änderung der ICC-Schiedsgerichtsordnung zum 1. 1. 1988

Von Rechtsanwalt Dr. Menno ADEN, Essen

1. Ausgangspunkt

Wie verschiedentlich berichtet, wurde die seit 1975 unverändert gebliebene ICC-Schiedsgerichtsordnung zum 1. 1. 1988 in mehreren Punkten geändert. Zum Änderungsgehalt ist allgemein auf die bisherige Literatur zu verweisen¹. Der Verfasser selbst hat diese Änderungen im einzelnen kommentiert².

Die Änderungen sind nicht eigentlich erheblich. Es war das erklärte Ziel der Internationalen Handelskammer, die seit langem eingeführte Verfahrensordnung der IHK behutsam anzupassen und insbesondere der Tatsache Rechnung zu tragen, daß heute ca. ein Drittel der ICC-Schiedsverfahren einen Beteiligten aus Entwicklungsländern haben, Ländern also, die keine eigene Landesgruppe der Internationalen Handelskammer unterhalten. Diesem Anliegen dient die weitgehende Neugestaltung des Artikels 2, welcher in alter und neuer Fassung die Bildung und Zusammensetzung des Schiedsgerichtes regelt sowie Vorschriften darüber bereithält, wie die Unparteilichkeit bzw. Unabhängigkeit des Schiedsgerichtes gewahrt und ggf. durch Abrufung des Schiedsrichters durchgesetzt werden kann.

Auf Artikel 2, dessen Absätze 6 – 8 a. F. gestrichen und durch die völlig neu geschaffenen Absätze 6 – 13 ersetzt wurden, liegt daher das Schwergewicht der Änderungen. Die weiteren Änderungen halten sich im Rahmen redaktioneller Verbesserungen:

Artikel 2 Absatz 5 verlängert die Frist, innerhalb welcher die Parteien in dem dort beschriebenen Fall den Schiedsrichter benennen können, von 15 auf 30 Tage. Artikel 6 hat einen neuen Absatz 4 erhalten, welcher eine Anleitung zur Berechnung von Fristen enthält, die im Grunde auf die in Mitteleuropa übliche Berücksichtigung von örtlichen arbeitsfreien Tagen hinausläuft. Artikel 9 enthält rein redaktionelle Änderungen ohne erkennbare materielle Auswirkungen. Artikel 13 Absatz 2 gibt dem Schiedsgerichtshof das Recht, auf Antrag oder von sich aus die Frist von zwei Monaten zu verlängern, innerhalb derer der Schiedsrichter den Schiedsauftrag (Terms of Reference) unterzeichnen (lassen) muß. Artikel 18 Absatz 1 enthält eine Anpassung im Anschluß an die Änderungen in Artikel 6 Absatz 4 und Artikel 13 Absatz 2 für die Berechnung der 6-Monatsfrist, innerhalb derer der Schiedsspruch erlassen werden soll. Im einzelnen ist hierzu auf die Kommentierung des Verfassers hinzuweisen².

Artikel 2 der Verfahrensregeln fiel schon in der alten Fassung insofern aus dem Rahmen der insgesamt 26 Artikel der ICC-Verfahrensordnung, als er bei weitem der längste Artikel war. Das hat sich verstärkt. Die Lesbarkeit der Verfahrensordnung wird damit verschlechtert. Artikel 2 enthält mit seinen nun 13, zum Teil aus mehreren Unterabsätzen bestehenden, Absätzen ca. 15% des Wortmaterials der gesamten Verfahrensordnung. Verweisungen auf die Schiedsgerichtsordnung werden dadurch schwierig, wenn es etwa er-

forderlich werden sollte, auf den Fall in Artikel 2 Absatz 6 Unterabsatz 4 Satz 2 erster Halbsatz zweite Alternative zu verweisen, den Fall nämlich, daß die ersuchte Landesgruppe nicht fristgemäß antwortet.

Diese Unebenheiten sind gewiß auch von den Redaktoren der Neufassung gesehen worden. Das Publikum wird aber auf eine in einigen Jahren anstehende „große Reform“ der Verfahrensordnung verwiesen³. Es ist anzuerkennen, daß es mißlich wäre, die mit festen Inhalten assoziierten Artikelnummern der Verfahrensordnung aus gleichsam „ästhetischen“ Gründen zu verschieben. Es wären aber wohl möglich gewesen, die zum Teil überlangen Absätze besser zu strukturieren, etwa durch Verwendung von die Referenz erleichternden Unterbezeichnungen. Es hätte sich angeboten, Artikel 1 ersatzlos zu streichen, wodurch z. B. Artikel 2 Absätze 1–4 zum Artikel 1 aufgerückt wären und die restlichen Absätze 5–13 des neugefaßten Artikels 2 bei dieser Artikelnummer geblieben wären. Artikel 1 gehört nämlich nicht in die Schiedsgerichtsordnung, weil er ausschließlich der Parteidisposition entzogene Organisationsregeln enthält. Zum Teil sind es auch sogar nur schlichte Tatsachenmitteilungen, wenn Artikel 1 Absatz 4 uns z. B. darüber unterrichtet, daß sich das Sekretariat des Schiedsgerichtshofes in den Räumen der Internationalen Handelskammer befindet. Auf derselben Ebene liegt die „Bestimmung“ in Artikel 1 Absatz 2, wonach der Schiedsgerichtshof „in der Regel einmal im Monat zusammentritt“.

2. Die Änderungen in Artikel 2⁴

Absatz 6 Unterabsatz 1

Es ist ein Merkmal der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit, daß die Schiedsrichterauswahl im engen Zusammenwirken des Schiedsgerichtshofes mit den Landesgruppen erfolgt, soweit die Benennung des Schiedsrichters durch den Schiedsgerichtshof zu geschehen hat. Absatz 6 a. F. machte es dem Schiedsgerichtshof zur Pflicht, die Schiedsrichter dem Vorschlag einer Landesgruppe zu entnehmen. Die Wahl der Landesgruppe stand dem Schiedsgerichtshof nicht frei.

Nur wenn der Schiedsgerichtshof entsprechend der Verfahrensordnung oder dem Parteiauftrag einen Einzelschiedsrichter oder Obmann zu benennen hatte, konnte der Schiedsgerichtshof eine Landesgruppe auswählen. Es liegt auf der Hand, daß Parteien aus Ländern ohne eigene ICC-Landesgruppe in der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit insofern benachteiligt waren bzw. noch sind, als sie geringere Chancen haben, Schiedsrichter aus dem eigenen Lande als „ihren“

1 Bredow/Bühler, IPRax 1988 S. 69 ff.

2 Aden, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (Kommentar), 1988, Art. 2 ICC n. F. S. 135 ff.

3 Triebel, NJW 1988 (demnächst).

4 Vgl. allgemein Aden, a. a. O.; Bredow/Bühler, IPRax 1988 S. 69 ff. Die deutsche, von der Kammer herausgegebene Textausgabe datiert von April 1988 (Ausgabe Nr. 447).

Schiedsrichter ins Spiel zu bringen. Dieses betraf im wesentlichen die Entwicklungsländer.

Diese Regelung erschien spätestens seit der Zeit nicht mehr sachgerecht, seitdem rd. ein Drittel der ICC-Parteien in diesen Ländern wohnen. Die vielleicht etwas umständliche Regelung in Absatz 6 versucht einen Kompromiß zwischen dem Wunsch, einerseits das Landesgruppenprinzip aufrechtzuerhalten, und andererseits für Länder ohne Landesgruppe offen zu sein.

Unterabsatz 1 präzisiert die bereits bisher bestehende grundsätzliche Wahlmöglichkeit des Schiedsgerichtshofs. Absatz 6 Unterabsatz 1 besagt: Der Schiedsgerichtshof ersucht eine ihm geeignet erscheinende Landesgruppe um einen Vorschlag. Während Absatz 6 a. F. so zu verstehen war, daß der Schiedsgerichtshof an den Vorschlag der Landesgruppe gebunden war, so ist jetzt ausdrücklich gesagt, daß der Schiedsgerichtshof dem Vorschlag nicht zu folgen braucht. Die Formulierung des englischen sowohl wie des deutschen Textes legt nahe, daß den Verfassern der Verfahrensordnung ein völlig freies Entscheidungsrecht des Schiedsgerichtshofs vorschwebte. Dieses ist rechtlich problematisch. Es ist selbstverständlich, daß der Schiedsgerichtshof seine Entscheidungen nicht willkürlich sondern nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen hat. Wäre das also ohnehin zu fordernde pflichtgemäße Ermessen des Schiedsgerichtshofes nicht weiter eingegrenzt, wäre nicht zu verstehen, weswegen die Ernennungsprozedur in Artikel 2 Absatz 6 nunmehr so ausführlich geregelt ist. Wenn der Schiedsgerichtshof völlig frei wäre, einen Vorschlag einer als geeignet angesehenen Landesgruppe anzunehmen, dann fragt sich eigentlich, weswegen die Landesgruppe überhaupt erst gefragt werden muß und warum diese „geeignet“ sein muß. Beiläufig ist zu fragen, ob der Schiedsgerichtshof in bezug auf das Kriterium der „Geeignetheit“ nicht ebenfalls Einschränkungen unterliegt, welche sein pflichtgemäßes Ermessen eingrenzen. Es folgt also wohl, daß der Schiedsgerichtshof den Vorschlag nur aus Gründen zurückweisen darf, die innerhalb des pflichtgemäßen Ermessens aber in einem Rahmen enger als dieses liegen, eine Bestellung der vorgeschlagenen Person ausschließen. Die Zurückweisung des Schiedsrichtervorschlages wäre daher wohl nur aus Gründen möglich, die im Konzept der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit liegen, z. B.: Wenn der von einer Landesgruppe vorgeschlagene Kandidat nicht die Qualifikation hat, die bei der Auswahl der als geeignet erscheinenden Landesgruppe als Durchschnitt erwartet werden dürfte.

Theoretisch schwierig war der Fall, daß die um einen Vorschlag ersuchte Landesgruppe nicht reagierte oder einen ungeeigneten Einzelschiedsrichter oder Obmann vorschlug. Allgemeine Rechtsgedanken (z. B. § 326 BGB) mögen zwar letztlich zu dem Ergebnis führen, daß der Schiedsgerichtshof dann eine neue Landesgruppe aussuchen dürfte, um einen neuen Schiedsrichtervorschlag zu erbitten. Klarer ist es, wenn wie jetzt dieses Recht des Schiedsgerichtshofes ausdrücklich formuliert wird.

Absatz 6 Unterabsatz 2

Der Grundsatz, daß der Schiedsrichtervorschlag stets über eine Landesgruppe einzuholen ist, läßt eine Ausnahme zu.

Der Einzelschiedsrichter/Obmann kann aus einem Lande genommen werden, welches keine Landesgruppe hat, allerdings nur, „wenn der Schiedsgerichtshof Umstände für gegeben hält, die dies erforderlich machen“, und keine Partei widerspricht. Welches solche Umstände sind, ist nicht gesagt.

Ausgehend von dem Grundkonzept der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit, daß der spezielle Sachverstand von Landesgruppen bei der Schiedsrichterbestellung genutzt werden soll, können als derartige Umstände wohl nur solche anerkannt werden, die der Nutzung dieses Landesgruppenvor-

teils grundsätzlich im Wege stehen. Z. B.: Es kann von keiner geeigneten Landesgruppe erwartet werden, daß sie nach sachlichen Erwägungen Einzelschiedsrichter/Obmann benennt, da es für die zu entscheidende Spezialfrage praktisch nur Spezialisten in Ländern gibt, die mit dem Streitfall nichts zu tun haben, deren Landesgruppen also nicht als „geeignet“ angesehen werden müßten. Oder: Es gibt zwar eine oder mehrere geeignete Landesgruppen; der von dort zu erwartende Schiedsrichtervorschlag betrifft aber eine Person, die als Schiedsrichter notorisch überlastet ist.

Auch wenn in diesem Sinne eine landesgruppenunabhängige Auswahl erforderlich ist, kann eine Partei widersprechen mit der Folge, daß wiederum Unterabsatz 1 in Kraft tritt: Der Schiedsgerichtshof hat, nunmehr wohl auf Biegen und Brechen, eine geeignete Landesgruppe zu suchen. Wenn daher das Konzept des Schiedsrichtervorschlages aus „geeigneten“ Landesgruppen streng durchgeführt wird, stellt sich die Frage nach dem inneren Zusammenhang von Unterabsatz 1 und Unterabsatz 2, denn es ist nicht zu sehen, woher die „geeignete“ Landesgruppe kommen sollte, nur weil eine Partei gemäß Unterabsatz 2 widerspricht.

Der Widerspruch muß innerhalb der vom Schiedsgerichtshof gesetzten Frist erfolgen. Es versteht sich, daß diese angemessen sein muß. Da es sich im Falle des Unterabsatz 2 um einen relativ komplizierten Fall handelt, muß den Parteien wohl Gelegenheit gegeben werden, zunächst die vom Schiedsgerichtshof angenommenen besonderen Umstände zu würdigen und ggf. in Rede und Gegenrede dieser Meinung entgegenzutreten.

Absatz 6 Unterabsatz 3

Der Unterabsatz 3 ist fast identisch mit Absatz 6 Unterabsatz 1 Satz 2 und 3 a. F.: Er enthält die (nationale) Neutralitätsanweisung für den Einzelschiedsrichter/Obmann, nachdem (!) dieser gemäß Unterabsatz 1 durch die Landesgruppe, ggf. gemäß Unterabsatz 2 ohne eine solche ermittelt wurde. Systematisch enthält Unterabsatz 3 also ein zusätzliches Ausschließungskriterium für die Person des Schiedsrichters. Auch hier sind jedoch Umstände vorgesehen, welche es rechtfertigen, von der nationalen Neutralitätsanordnung abzuweichen. Die vom Schiedsgerichtshof den Parteien zur Stellungnahme gesetzte Frist müßte auch hier angemessen sein, was freilich wiederum im Text nicht gesagt wird.

Absatz 6 Unterabsatz 4

Dieser Unterabsatz ist inhaltlich an Absatz 6 Unterabsatz 2 a. F. angelehnt. Anders als in Unterabsatz 1 und 2 n. F., wo es um die Benennung des Einzelschiedsrichters/Obmanns geht, ist hier die Frage, nach welchen Kriterien der Schiedsgerichtshof die Ersatzbenennung durchgeführt hat, wenn eine Partei ihrer Pflicht, den Schiedsrichter zu benennen, nicht nachkommt. Inhaltlich weicht Unterabsatz 4 von der entsprechenden a. F. nur dadurch ab, daß der Fall ausdrücklich geregelt ist, in welchem die ersuchte Landesgruppe nicht antwortet oder einen Vorschlag macht, welchen der Schiedsgerichtshof nicht annehmen will. In bezug auf die Annahme des Vorschlages ist jedoch auf die Anmerkungen zu Unterabsatz 1 oben hinzuweisen.

Würdigung zu Absatz 6:

Das Auswahlverfahren ist kompliziert und nicht widerspruchsfrei. Nimmt man den Text des Absatzes 6 wörtlich und versucht, ihn sachgerecht auszulegen, ergibt sich eine zusätzliche Komplikation des Verfahrens daraus, daß der Schiedsgerichtshof eine Reihe von Wertungen zu treffen hat, an welchen er die Parteien in Rede und Widerrede innerhalb angemessener Fristen beteiligen muß. Der Zeitaufwand bis zur Konstituierung eines Schiedsgerichts kann daher erheblich sein.

Artikel 2 Absatz 7

Der Unterabsatz 1 dieses Absatzes sagt zunächst, daß der Schiedsrichter zur Zeit seiner Bestellung von den Parteien

„unabhängig“ sein muß, und zwar von beiden. Die Parteien könnten auf die Idee verfallen, vereinbarungsgemäß jeweils Angestellte der Gegenpartei zu benennen, so daß der Schiedsrichter des Klägers ein Mann des Beklagten, der des Beklagten ein Mann des Klägers wäre. Das geht hiernach nicht. Der Begriff der „Unabhängigkeit“ ist im übrigen nicht erläutert (siehe unten: Absatz 8). Im Grunde ist Unterabsatz 1 eine rechtlich wertlose Proklamation, da die fehlende oder im Laufe des Verfahrens wegfallende Unabhängigkeit für sich genommen keine Rechtsfolge zeitigt, sondern über das Ablehnungsgesuch gemäß Absatz 8 geltend gemacht werden muß.

Als wichtige Änderung der ICC-Regeln wird die Einfügung von Absatz 7 Unterabsatz 2 angesehen, wonach jeder, welcher als Schiedsrichter vorgeschlagen wird, vor seiner Ernennung alle Umstände offenlegen muß, die seine Unabhängigkeit in Frage stellen können.

Unsicher ist, welche rechtlichen Folgen es hat, wenn der Schiedsrichter dieser Pflicht nicht nachkommt. Insbesondere sind nicht alle Umstände, welche der Schiedsrichter gemäß dieser Vorschrift offenlegen muß, auch geeignet, seine Unabhängigkeit wirklich zu gefährden. Ausdrücklich ist gesagt, daß der Schiedsrichter die Umstände mit den Augen der Parteien bewerten soll, was offenbar bedeutet, daß der Schiedsgerichtshof, wenn er im Rahmen eines Ablehnungsgesuches über die Unabhängigkeit zu entscheiden hat, geringere Anforderungen stellen darf als die Parteien.

Der Schiedsgerichtshof ist gehalten, die Stellungnahmen der Parteien einzuholen und erst aufgrund dieser Stellungnahmen darüber zu entscheiden, ob er den vorgeschlagenen Schiedsrichter ernennen bzw. bestätigen will. Fraglich ist, ob den Parteien in dieser wichtigen Frage nicht Gelegenheit gegeben werden muß, zu den Stellungnahmen der jeweiligen Gegenpartei zu replizieren. Hierzu wären angemessene Fristsetzungen seitens des Schiedsgerichtshofs erforderlich.

Der Schiedsgerichtshof ist an das, möglicherweise sogar übereinstimmende, Votum der Parteien in bezug auf die Unabhängigkeit des Schiedsrichters nicht gebunden. Wenn also der Schiedsgerichtshof aufgrund der vom Schiedsrichter selbst offenbarten Umstände und aufgrund der Stellungnahmen der Parteien zu dem Ergebnis kommt, daß der Schiedsrichter bestätigt werden kann, etwa weil die vorgebrachten Gründe gegen seine Unabhängigkeit nicht ausreichend erscheinen, stellt sich die Frage, ob dieselben Gründe im Rahmen des Absatzes 8, nämlich nach Bestätigung des Schiedsrichters, zur Begründung eines Antrages auf Ablehnung aufgegriffen werden dürfen, und wenn ja, ob diese auch unter die Ausschlußfrist von 30 Tagen fallen.

Artikel 2 Absatz 8

Die Absätze 8 und 9 regeln das Ablehnungsverfahren, welches in Artikel 2 Absatz 7 a. F. schlicht mit den Worten abgehandelt wurde:

„Wird ein Schiedsrichter durch eine Partei abgelehnt, so entscheidet der Schiedsgerichtshof über die Gründe der Ablehnung nach eigenem Ermessen; seine Entscheidung ist endgültig.“

Der neue Text folgt der UNCITRAL-Schiedsverfahrensordnung, freilich mit dem Unterschied, daß dort die Gegenseite und hier der Schiedsgerichtshof Adressat des Ablehnungsverlangens ist.

Der Ablehnungsantrag kann auf fehlende Unabhängigkeit „oder auf andere Gründe“ gestützt werden. Die Regeln geben keine Auskunft darüber, wann die Unabhängigkeit des Schiedsrichters gefährdet ist und noch viel weniger darüber, was unter „anderen Gründen“ zu verstehen ist. Insbesondere an diesem Punkt ist zu fragen, ob der Schiedsge-

richtshof bei seiner Entscheidung an ein Verfahrensrecht gebunden ist. Die Parteien haben einen Anspruch darauf, daß der Schiedsgerichtshof diese wichtige Frage aus Gründen entscheidet, welche einer objektiven Nachprüfung standhalten. Während das Kriterium „Unabhängigkeit“ in den Verfahrensordnungen der Staaten im wesentlichen gleichartig sein dürfte, ist das Kriterium „anderer Grund“ völlig offen. Zu denken wäre daran, daß eine Partei ihr Ablehnungsgesuch darauf stützt, daß der Schiedsrichter bekanntermaßen von der herrschenden Meinung abweichende juristische Aufsätze veröffentlicht, was jedenfalls dann ein Grund sein kann, wenn die Parteien im Vertrauen auf eine feste Rechtsprechung des gewählten Rechtes ihre Rechtswahl getroffen haben. In Frage kommt auch, daß eine Partei schlicht die Inkompetenz eines Schiedsrichters rügt oder politische Veränderungen im Heimatstaat des Schiedsrichters anführt, die seiner Entscheidungsfreiheit im Wege sein könnten. Nach Absatz 9 entscheidet der Schiedsgerichtshof über die Begründetheit des Ablehnungsantrages, was aber nicht bedeuten muß, daß der Schiedsgerichtshof ohne Rückgriff auf ein Verfahrensrecht entscheidet, insbesondere ist fraglich, ob die Parteien dieses wollen.

Nach Absatz 8 Unterabsatz 2 ist der Ablehnungsantrag nach einer Ausschlußfrist von 30 Tagen unzulässig mit der Folge, daß eine Partei nach Fristverstreichung mit einem als „abhängig“ angesehenen Schiedsrichter weiterverhandeln muß. Es bestehen aus Sicht des deutschen Rechtes grundsätzlich keine Bedenken dagegen, daß der Schiedsgerichtshof nach einer solchen Fristverstreichung das Ablehnungsverfahren nicht mehr durchführen will. Unklar und im Zweifel zu verneinen ist, ob die Partei aufgrund dieser Vorschrift auch für ein nachfolgendes Aufhebungsverfahren mit diesem Aufhebungsgrund präkludiert ist.

Artikel 2 Absatz 9

Der Schiedsgerichtshof entscheidet über die Zulässigkeit sowie über die Begründetheit eines Ablehnungsantrages. Da der Schiedsgerichtshof auch die anderen, nicht abgelehnten, Mitglieder des Schiedsgerichtes zur Stellungnahme über den Ablehnungsantrag auffordern muß, ist das Ablehnungsverfahren recht schwerfällig. Offen ist, ob die Beteiligten gegenseitig Kenntnis von den Stellungnahmen der anderen bekommen sollen. Da die Parteien Herren des Verfahrens sind, ist wenigstens zu fordern, daß diese Einsicht in die Stellungnahmen der anderen Mitglieder des Schiedsgerichtes erhalten und wohl auch, daß ihnen Gelegenheit gegeben wird, darüber mit dem Schiedsgerichtshof in einen Austausch zu treten.

Artikel 2 Absatz 10

Das Amt des Schiedsrichters endet mit seinem Tode, seiner Amtsenthebung oder durch „Annahme seines Rücktritts durch den Schiedsgerichtshof“. Die einseitige Amtsniederlegung seitens des Schiedsrichters beendet das Amt also nicht.

Artikel 2 Absatz 11

Wenn der Schiedsrichter seinen Pflichten nicht nachkommen kann, oder wenn er seine Pflichten gemäß der Schiedsgerichtsordnung nicht fristgemäß erfüllt, kann er ebenfalls vom Schiedsgerichtshof ersetzt werden.

Soweit objektive Gründe gegen eine Fortführung des Amtes sprechen (z. B. der Schiedsrichter erhält Ausreiseverbot in seinem Heimatstaat) ist die Regel unproblematisch. Fragen kommen freilich auf, wenn der Schiedsgerichtshof den Schiedsrichter deswegen seines Amtes entsetzt, weil er seinen Pflichten nicht nachkomme. Nicht geregelt ist nämlich der Fall, daß der Schiedsrichter die Nichterfüllung seiner Pflichten bestreitet oder der, in welchem Schiedsrichter und Schiedsgerichtshof unterschiedlicher Meinung über die Schwierigkeiten eines Falles und damit über die Möglichkeit, Fristen einzuhalten, sind.

Auch in diesem Fall ist ein Abstimmungsverfahren mit den Parteien und den anderen Mitgliedern des Schiedsgerichts vorgesehen, welches, wenn man es genau nimmt, umständlich und zeitraubend ist.

Artikel 2 Absatz 12

Diese Vorschrift entspricht im wesentlichen Artikel 2 Absatz 8 a. F., allerdings mit dem Zusatz, daß das Schiedsgericht, nachdem es im Rahmen eines erfolgreichen Ablehnungsgesuches neu konstituiert wurde, darüber bestimmt, ob vorausgegangene Verfahrensabschnitte wiederholt werden sollen. Diese Vorschrift ist der UNCITRAL-Verfahrensordnung angelehnt, aber im Grunde wohl überflüssig, da das Schiedsgericht selbst das Verfahren bestimmt.

Artikel 2 Absatz 13

Der Satz, daß die Entscheidungen des Schiedsgerichtshofs in bezug auf Schiedsrichterbenennung „endgültig“ sind, ist zunächst eine einseitige Proklamation. Das anwendbare Verfahrensrecht in dem Lande, in welchem der Schiedsrichter vollstreckt werden soll, wird sich die endgültige Entscheidung darüber vorbehalten.

Bedenklich ist die Regelung in Unterabsatz 2, wonach der Schiedsgerichtshof für seine Entscheidungen im Rahmen des Artikels 2 keine Gründe bekannt gibt. Das ist um so auffälliger, als der Schiedsgerichtshof aufgrund der zitierten Vorschriften immer wieder gehalten ist, seine Entscheidungen im Anschluß an eine relativ komplizierte Abstimmungsprozedur zu treffen. Die Frage nach der rechtsstaatlichen Zulässigkeit einer solchen „Kabinettsjustiz“ soll hier nicht vertieft werden.

3. Der Schiedsgerichtshof und die Verfahrensherrschaft der Parteien

Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit ist, daß die Parteien die Verfahrensherrschaft haben. Dieser Grundsatz wird natürlich weder vor der Internationalen Handelskammer noch von dem Schiedsgerichtshof bezweifelt. Gleichwohl entsteht gelegentlich das Gefühl, daß der Schiedsgerichtshof gleichsam eine Gerichtshoheit „sui generis“ in Anspruch nimmt.

In der deutschen Ausgabe des geänderten Textes (Nummer 447) steht auf Seite 5 der folgende Passus:

„Die ICC-Vergleichs- und Schiedsgerichtsordnung ist von der Internationalen Handelskammer in ihren offiziellen Sprachen, englisch und französisch, angenommen worden. Sollte die vorliegende Übersetzung mit den englischen oder französischen Fassungen im Widerspruch stehen, so haben Letztere Vorrang.“

Entsprechende Formulierungen in staatsvertraglichen Regelungen mit Originalfassungen in mehreren Sprachen sind angebracht. Für die Schiedsverfahrensordnung der IHK ist der zitierte Passus aber nur schwer einzuordnen. Er soll offenbar mehr als eine bloße Empfehlung an die Parteien sein. Um aber für diese verbindlich zu werden, müßte er vereinbart werden. Abgesehen davon, daß bereits an anderer Stelle die Empfehlung gegeben wurde, daß die Parteien sich auf die sprachliche Fassung der Schiedsverfahrensordnung einigen sollten⁵, kann aber durch die schlichte Bemerkung in einer von der IHK herausgegebenen Broschüre keine, auch keine stillschweigende, Vereinbarung zwischen den Parteien zustandekommen, wenn diese die Regeln nach dem 1. 1. 1988 neu vereinbaren, geschweige denn, daß die Schiedsklausel aus der Zeit davor stammt. Im übrigen ist es kaum im Interesse deutschsprachiger Parteien, welche die ICC-Schiedsgerichtsbarkeit zugrunde legen, wenn im Fall von Widersprüchen gleich zwei „offizielle“ Fassungen als Referenz dienen sollen.

Auf derselben Ebene eines, wie man es nennen könnte, einseitigen Rechtsetzungsversuches seitens der Internationalen Handelskammer/Schiedsgerichtshof liegt es, wenn ein Rundschreiben des Schiedsgerichtshofs vom 20. 11. 1987 (deutsche Übersetzung mit Datum vom 15. 4. 1988!!) apodiktisch erklärt:

„Die geänderte ICC-Schiedsgerichtsordnung gilt für Schiedsklagen, die ab dem 1. Januar 1988 eingereicht werden. Die Parteien können jedoch miteinander vereinbaren, ein derzeit laufendes Verfahren der geänderten Schiedsgerichtsordnung zu unterstellen. Falls die Parteien in einer vor dem 1. Januar vereinbarten Schiedsklausel ausdrücklich die Anwendung der damals geltenden ICC-Schiedsverfahrensordnung bestimmt haben, so wird diese Vereinbarung unabhängig von dem Zeitpunkt des Beginns des Schiedsverfahrens berücksichtigt.“

Es versteht sich von selbst, daß Parteivereinbarungen, und zwar nicht nur ausdrückliche, berücksichtigt werden müssen. Die Betonung dieser Selbstverständlichkeit ist daher eher irreführend in dem Sinne, als der Eindruck erweckt wird, auf den Parteiwillen komme es in diesem Zusammenhang erst nachrangig an.

Mit diesen Beispielen ist der Ansatz gegeben zu einer grundsätzlicheren Frage der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit, die durch die Novellierung zum 1. 1. 1988 zwar nicht neu auftritt, wohl aber an Schärfe gewinnt.

Wenn Maßnahmen und Entscheidungen des Schiedsgerichtshofes als eine Art Hoheitsakt sui generis angesehen werden könnten, dann wären Bekundungen der zitierten Art verbindlich. Die Parteien müßten dann auch die Änderungen des Artikels 2 ebenso wie andere Vorschriften, welche sich in der Verfahrensordnung auf den Schiedsgerichtshof beziehen, als eine Art „öffentlich-rechtlicher Anstaltssatzung“ zur Kenntnis nehmen⁶. Pflichten des Schiedsgerichtshofes müßten in letzter Konsequenz nach den Regeln des französischen Verwaltungsrechts eingefordert werden. Die Parteien hätten lediglich die Wahl, anstelle der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit eine andere Verfahrensordnung zu wählen. Das Selbstverständnis des Schiedsgerichtshofes scheint einer solchen Sicht zuzuneigen.

4. Der Schiedsgerichtshof als Dienstleister der Parteien

Sicherlich liegt es außerhalb der Vorstellung aller Parteien, welche sich auf die ICC-Schiedsgerichtsbarkeit verständigen, daß Einzelfragen der Schiedsrichterbestellung usw. öffentlich-rechtlich gewürdigt werden sollen. Die Parteien wollen sich nur einem privatrechtlichen Verfahren unterwerfen, und sie erwarten eine Entscheidung, welche von allen Beteiligten, auch dem Schiedsgerichtshof, nach den Regeln des privaten Rechtes ergeht, und welche ggf. mit privatrechtlichen Wertungen (z. B. Fragen des Verfahrensverstoßes) angegriffen werden könnten. Es scheint daher nicht ernsthaft bezweifelt zu werden, daß auch das Handeln des Schiedsgerichtshofes (rein) privatrechtlich ist.

Es ist daher zu prüfen, was aus dem Gesichtspunkt des deutschen Rechtes vertragsrechtlich geschieht, wenn die Parteien sich auf die ICC-Schiedsgerichtsbarkeit verständigen⁷. Die ICC-Schiedsverfahrensordnung enthält Regelungen zwei verschiedener Bereiche:

⁵ Aden, a. a. O., S. 37; auch Triebel, a. a. O., weist auf die Anomalie hin, daß Deutsch in den Gremien der IHK keine Rolle spielt.

⁶ So sieht es offenbar Laschet, Festschrift Nagel 1987, S. 182, 183.

⁷ Hierzu auch Raeschke-Kessler/Bühler, ZIP 1987 S. 1157 f.; Aden, a. a. O., Art. 2 ICC Rdnr. 4.

Einmal Regelungen, welche sich auf das eigentliche Verfahren beziehen, wie die Rechte und Pflichten der Schiedsrichter, deren Befugnis, das Verfahrensrecht frei zu bestimmen, Zeugen zu laden sowie Folgen der Säumnis der Parteien usw.; zum anderen enthält die Schiedsverfahrensordnung Vorschriften, welche mit dem eigentlichen Verfahrensablauf nichts zu tun haben, welche sich vielmehr nur auf die Rechte und Pflichten des Schiedsgerichtshofes beziehen bzw. auf die Pflicht der Parteien diesem gegenüber (z.B. Kostenvorschuß, Artikel 9). Beide Bereiche sind juristisch voneinander zu unterscheiden, auch wenn sie im gedruckten Text nicht gegeneinander abgesetzt sind.

Die Schiedsverfahrensordnung, soweit sie das eigentliche Verfahren betrifft, kann als eine von einer dritten Stelle (hier: Internationale Handelskammer) vorformulierte Schiedsgerichtsvereinbarung der Parteien angesehen werden. Die Parteien können den „Formulierungsvorschlag“ der Internationalen Handelskammer so akzeptieren oder ihn auch abändern, etwa in dem Sinne, daß die Einlassungsfrist gemäß Artikel 4 nicht 30 sondern 60 Tage sein soll und daß entgegen Artikel 5 eine Widerklage nicht zulässig sein soll usw. Die Parteien können die Verfahrensordnung auch ergänzen, indem sie bestimmte Regeln für die Beweiserhebung vorschreiben, wie auch den Verfahrensort und die Verfahrenssprache festlegen.

Der zweite Bereich der in der Verfahrensordnung enthaltenen Bestimmungen betrifft die Rechte und Pflichten des Schiedsgerichtshofes, welche gleichsam nur zufällig in denselben Text mitaufgenommen worden sind wie die eigentlichen Verfahrensregeln. Diese Bestimmungen können als eine „Aufforderung zum Angebot“ des Schiedsgerichtshofes bzw. seines Rechtsträgers, der Internationalen Handelskammer, angesehen werden, wonach dieser zu den beschriebenen Bedingungen die beschriebenen Leistungen zu erbringen bereit ist, wenn die Parteien eine der Schiedsverfahrensordnung entsprechende Klage bei ihm einreichen.

In der juristischen Konstruktion wird man die Vereinbarung der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit durch die Parteien als Vertrag nebst gegenseitiger Bevollmächtigung der Parteien darüber ansehen dürfen, daß jede Partei durch Erhebung einer formgültigen Klage das ständige Angebot des Schiedsgerichtshofes auf Abschluß eines solchen Geschäftsbesorgungsvertrages auch zu Lasten der anderen Partei annehmen kann (oder verbindlich anbieten kann – bei Qualifizierung als Aufforderung zum Angebot), wodurch nicht nur der Kläger sondern auch der Beklagte zur anteiligen Zahlung des Kostenvorschusses verpflichtet wird (Artikel 9 Absatz 2)⁷. Der Leistungsumfang auf seiten des Schiedsgerichtshofes für diesen Geschäftsbesorgungsvertrag ist in der Schiedsverfahrensordnung beschrieben, und zwar insbesondere in Artikel 2.

Es stellt sich die Frage, wie sich Leistungsstörungen wie Verzug und (verschuldete) Unmöglichkeit seitens des Schiedsgerichtshofes auf diesen Vertrag und das betreffende Schiedsverfahren auswirken. Diese Frage scheint bisher weder im deutschen noch im ausländischen Schrifttum eingehend erörtert worden zu sein. Sie stellt sich aber mit in dem Maße zunehmender Schärfe wie die Schiedsverfahrensordnung, wie jetzt durch die Neufassung von Artikel 2, den Pflichtenumfang des Schiedsgerichtshofes immer genauer beschreibt. Private Rechtspflichten ohne eine Sanktion für die Nichterfüllung kann es nicht geben. Es muß daher gefragt werden, was die Folge sein soll, wenn der Schiedsgerichtshof z.B. ermessenswidrig eine ungeeignete Landesgruppe um einen Vorschlag angeht (Artikel 2 Absatz 6 Unterabsatz 1) oder wenn der Schiedsgerichtshof den Vorschlag einer Landesgruppe aus fehlerhaften Gründen zurückweist, einen Schiedsrichter zu Unrecht (nicht) abberuft usw. Die Antwort wird schwerlich lauten dürfen, daß solche Mißgriffe nicht zu erwarten sind. Juristisch könnte eine solche Antwort um so

weniger befriedigen, als der Pflichtenkreis des Schiedsgerichtshofes, wie er jetzt namentlich in Artikel 2 beschrieben ist und sich durch sachgerechte Auslegung weiter erschließt, so speziell geworden ist, daß es nicht angeht, daß der Pflichtenträger (hier: der Schiedsgerichtshof) selbst und endgültig darüber entscheidet, ob er seine Pflichten erfüllt hat oder nicht.

5. Der Vertragsverstoß des Schiedsgerichtshofes

Die regelmäßige Sanktion eines Vertragsverstoßes ist Schadensersatz und/oder Kündigung des Vertragsverhältnisses. Letzteres wird den Parteien schwerlich Genüge tun. Das Schiedsverfahren soll ja gerade durchgeführt werden! Die Kündigung des Vertrages mit dem Schiedsgerichtshof würde aber die Durchführung des Schiedsverfahrens nach den ICC-Regeln überhaupt unmöglich machen, womit im Zweifel auch die Schiedsklausel insgesamt wegen Unmöglichkeit erledigt würde. Der Rechtsstreit wäre dann vor das staatliche Gericht zu bringen, was die Parteien ja gerade vermeiden wollten.

Schadensersatzansprüche einer oder beider Parteien mögen im Einzelfall in Betracht kommen. Z.B.: Infolge einer unsachgemäßen Prozedur des Schiedsgerichtshofes hat sich die Bestellung des Schiedsrichters und damit auch der Erlaß des Schiedsspruches so verzögert, daß der Beklagte inzwischen zahlungsunfähig geworden ist, so daß der Kläger mit seinem obsiegenden Schiedsspruch nichts mehr anfangen kann; oder: Die Abberufung eines Schiedsrichters wurde zu Unrecht verweigert, so daß erst in einem nachfolgenden Aufhebungsverfahren dieser Mangel geltend gemacht werden mußte, wodurch der Partei ein Verspätungsschaden entstand usw. Im allgemeinen wird aber auch der Schadensersatzanspruch der Parteien keine angemessene Kompensation für die schuldhaftige Vertragsverletzung seitens des Schiedsgerichtshofes geben. Solche Schadensersatzansprüche können bestenfalls ergänzende Behelfe der Parteien sein. Auf die Beweisnot der Parteien, z.B. zwischen einer fehlerhaften Entscheidung des Schiedsgerichtshofes etwa bei der Auswahl der geeigneten Landesgruppe und dem schließlichen Schiedsspruch einen Ursachenzusammenhang nebst quantifizierbarem Schaden herzustellen, sei nur allgemein hingewiesen.

Unbefriedigend ist auch der Lösungsansatz, welcher in einem (unveröffentlichten) Urteil des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 1987⁸ aufgezeigt wird (in der deutschen Rechtsprechung fehlt offenbar ein entsprechendes Urteil). In dem Fall hatte der Schiedsgerichtshof einen Schiedsrichter auf Antrag des Klägers abberufen. Gegen die Entscheidung erhob der Beklagte Nichtigkeitsbeschwerde. Das Bundesgericht bestätigte die Vorinstanz (Obergericht Zürich) mit folgenden Worten:

„In der Regel kann die Anordnung des Schiedsgerichtshofes der richterlichen Überprüfung nicht unmittelbar, sondern nur auf indirektem Wege unterstellt werden, nämlich im Zusammenhang mit der Anfechtung des auf ihr beruhenden schiedsrichterlichen Entscheides... Demnach unterliegt der Entscheid des Schiedsgerichtshofes über die Amtsenthebung des Schiedsrichters nicht selbständig der Nichtigkeitsbeschwerde.“

An dieser Entscheidung ist auch aus Sicht des deutschen Rechtes richtig, daß die Entscheidung des Schiedsgerichtshofes kein Schiedsspruch im Sinne des eigentlichen Schiedsverfahrens ist. Sie kann daher nicht selbständig mit Rechtsmitteln angegriffen werden, welche die Rechtsordnung für das Aufhebungsverfahren bezüglich eines Schiedsspruches

⁸ Mitgeteilt von Dr. M. Bühler, DIS – Mitteilungen 2/88.

zur Verfügung stellt. Diese Entscheidung gibt den Parteien in bezug auf ihre Möglichkeiten, den Schiedsgerichtshof zur Vertragstreue anzuhalten bzw. Vertragsstörungen seitens des Schiedsgerichtshofes entgegenzutreten. Steine statt Brot. Wohl nicht nur im deutschen Recht gilt, daß im Aufhebungsverfahren ein Verfahrensfehler nur dann berücksichtigt wird, wenn er für den Schiedsspruch ursächlich war⁹. Der Beweis, daß die Auswahl einer nicht geeigneten Landesgruppe (Artikel 2 Absatz 6 Unterabsatz 1), die Setzung einer unangemessenen Erklärungsfrist (Unterabsatz 2), die Unterlassung der Anhörung der anderen Schiedsrichter (Absatz 9) usw. für den Schiedsspruch, wie er sich nach Zeitpunkt des Erlasses und seinem Inhalt darstellt, ursächlich war, ist im Normalfall kaum zu führen¹⁰. Vor allem aber: Es handelt sich gar nicht um einen Verfahrensfehler im Sinne des § 1041 ZPO, wenn der Schiedsgerichtshof seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt. Wenn nicht ausnahmsweise eine solche Vertragsverletzung auf das Verfahren und die Schiedsrichterzusammensetzung (nachweisbar!) durchschlägt, ist gar nicht zu sehen, wie eine oder beide Parteien über den vom schweizerischen Bundesgericht aufgezeigten indirekten Weg die Vertragstreue des Schiedsgerichtsinstituts in Detailpunkten rechtlich einfordern können. Die Konsequenz wäre also, daß es ohne rechtliche Sanktion bliebe, wenn das Schiedsgerichtsinstitut sich über seine vertraglichen Verpflichtungen einseitig hinwegsetzte.

6. Das Schiedsgerichtsinstitut als Schiedsgutachter

Auf der Grundlage des deutschen Rechtes ergibt sich wohl nur ein Ansatz, die Vertragstreue des Schiedsgerichtsinstituts rechtlich zu gewährleisten, dadurch nämlich, daß die Entscheidung des Schiedsgerichtshofes (oder allgemeiner: überhaupt eines Schiedsgerichtsinstitutes) als schiedsgutachterliche Tätigkeit im Sinne des § 317 BGB qualifiziert wird, so daß sich gemäß § 319 BGB eine Korrekturmöglichkeit durch Anrufung des staatlichen Gerichtes ergibt.

Das Schiedsgerichtsinstitut entscheidet den Rechtsstreit der Parteien nicht selbst. Es entscheidet aber tatsächliche und rechtliche Vorfragen, welche für das nachfolgende Schiedsverfahren zugrundegelegt werden. Es ist heute nicht mehr zweifelhaft, daß einem Schiedsgutachter auch die Entscheidung von rechtlichen Vorfragen übertragen werden kann¹¹. In diesem Sinne stellen sich die Entscheidungen des Schiedsgerichtshofes als Vorfragen für das nachfolgende Schiedsverfahren dar, wobei im einzelnen noch unterschieden werden kann; wenn z. B. die Auswahl einer geeigneten Landesgruppe als Vorfrage zu der Vorfrage der Schiedsrichterauswahl angesehen werden kann. Rechtliche Folgerungen sind an diese Unterscheidung jedoch kaum zu knüpfen.

Nach § 317 ist der Schiedsgutachter, hier also das Schiedsgerichtsinstitut, verpflichtet, seine Bestimmung nach „billigem Ermessen“ zu treffen. Dieses gilt „im Zweifel“, es steht also außer Frage, daß der Schiedsgutachter in erster Linie verpflichtet ist, seine Entscheidung entsprechend der mit den Parteien bestehenden Vereinbarung zu treffen¹². Sein „billiges Ermessen“ ist daher durch den Inhalt des Schiedsgutachtervertrages eingegrenzt. Der Schiedsgerichtshof ist daher an den Wortlaut der ICC-Verfahrensordnung gebunden, welche er nach billigem Ermessen auszulegen und anzuwenden hat. Ist seine Entscheidung „offenbar unbillig“ oder – was dasselbe ist – widerspricht sie offenbar dem Text oder der sachgerechten Auslegung der Verfahrensordnung, so ist sie für die Parteien nicht verbindlich. Das staatliche Gericht kann daher auf entsprechende Klage den „offenbar unbillig“ entschiedenen Punkt selbst entscheiden (§ 319 Abs. 1 Satz 2 BGB). Z. B.: Ist die gemäß Artikel 2 Absatz 6 ausgewählte Landesgruppe offenbar ungeeignet, so bestimmt auf Klage das staatliche Gericht eine Landesgruppe, über deren Vorschlag wiederum der Schiedsge-

richtshof (vgl. Absatz 6 Unterabsatz 1 Satz 2) befindet, bis eine Partei vielleicht rügt, daß die Zurückweisung des Schiedsrichtervorschlages „offenbar“ unangemessen ist usw.

Das Kriterium der „Offenbarkeit“ in seiner Auslegung durch die Rechtsprechung dürfte einen hinreichenden Schutz gegen querulatorische oder auch nur mäßig begründete Vorwürfe einer oder beider Parteien gegen Entscheidungen des Schiedsgerichtshofes abgeben. Andererseits dürfte so der notwendige dogmatische Rahmen aufgezeigt sein, innerhalb dessen sich ein Schiedsgerichtsinstitut zwar frei aber nicht völlig rechtsfrei bewegen kann. Im übrigen bleibt es den Parteien unbenommen, § 319 abzubedingen, wenn sie davon überzeugt sind, das Schiedsgerichtsinstitut werde auch ohne dies stets seine Verpflichtungen einhalten¹³. Die schlichte Vereinbarung der ICC-Schiedsverfahrensordnung enthält aber einen solchen Verzicht noch nicht.

7. Das Statut des Vertrages mit dem Schiedsgerichtsinstitut

Die Überlegungen zu 5 und 6 beruhen auf dem deutschen Recht und können daher unmittelbar nur zum Tragen kommen, wenn der Vertrag zwischen den Parteien und dem Schiedsgerichtsinstitut diesem unterliegt. Da dieser Fragenkreis bisher offenbar noch nicht erörtert wurde, muß angenommen werden, daß Parteien, welche die ICC-Schiedsgerichtsbarkeit (oder auch eine andere institutsgebundene Schiedsgerichtsbarkeit) vereinbart haben, sich über diesen Punkt bisher keinerlei Gedanken gemacht haben.

In Frage käme, daß dieser Geschäftsbesorgungsvertrag dem Recht des Landes unterstellt wird, in welchem das entsprechende Schiedsgerichtsinstitut seinen Sitz hat, für die ICC-Schiedsgerichtsbarkeit also dem französischen Recht. Ein entsprechender Wunsch der Schiedsgerichtsinstitute wäre verständlich. Äußerungen der Institute in dieser Hinsicht sind aber offenbar nicht laut geworden, und zwar vermutlich ebenfalls deswegen nicht, weil dieser Punkt bisher nicht gesehen wurde.

Es ist aber fraglich, ob dieser Wunsch von den Parteien geteilt würde. Diese haben sich möglicherweise nach harten Verhandlungen auf ein neutrales Recht als das materielle Recht ihrer Vertragsbeziehungen geeinigt. Dem Interesse der Parteien dürfte es daher eher entsprechen, den Geschäftsbesorgungsvertrag mit dem Schiedsgerichtsinstitut demselben Recht zu unterstellen, dem auch ihr materieller Vertrag unterliegt, und welches auch im Zweifel das Statut der zwischen ihnen geltenden Schiedsklausel ist¹⁴. Das Statut der Schiedsklausel ist ergänzend heranzuziehen, wenn die Schiedsverfahrensordnung auszulegen ist. Es entspricht daher dem mutmaßlichen Parteiwillen, wenn auch ihre Vertragsbeziehungen mit dem Schiedsgerichtsinstitut diesem Recht unterliegen. Da das Schiedsgerichtsinstitut als Partner dieses Vertrages mit seinen Leistungen im Wettbewerb mit anderen Schiedsgerichtsinstituten steht, ist im

⁹ *Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers*, ZPO 1987 45. Aufl., § 1041 Anm. 4 E (Albers).

¹⁰ An dieser Beweisnot ändert sich im Grunde auch nichts, wenn eine nur mögliche Kausalität ausreicht: BGH, 8. 10. 1959, BGHZ 31 S. 48 = BB 1959 S. 1270.

¹¹ BGH, 20. 9. 1962, BGHZ 48 S. 30 m. N. = BB 1962 S. 1259.

¹² BGH, 4. 6. 1975 = BB 1975 S. 899 (III 1) = NJW 1975 S. 1557: „Ist ein Maßstab vereinbart, nach welchem der Schiedsgutachter zu entscheiden hat, so kommt es darauf an, ob dieser (im Ergebnis) Berücksichtigung gefunden hat“. Zum Vorrang der Parteivereinbarung im Schiedsgutachtervertrag vgl. auch BGH, 28. 2. 1972, NJW 1972 S. 827 = BB 1972 S. 515.

¹³ Für die unter 5 erwogene Schadensersatzhaftung des Schiedsgerichtsinstituts ergäbe sich damit auch die Haftungsbeschränkung auf „grobes Verschulden“.

¹⁴ *Aden* (Fn. 2) S. 34 f.

Zweifel anzunehmen, daß es sich einem solchen mutmaßlichen Parteiwillen beugt und dieses Recht seinerseits akzeptiert.

Zusammenfassung

Die Änderung der ICC-Schiedsverfahrensordnung zum 1. 1. 1988 begründet für den Schiedsgerichtshof zum Teil sehr detailliert beschriebene Pflichten. Durch Auslegung des Textes ergeben sich darüber hinaus Pflichten. Hierdurch tritt die bisher nicht hinreichend berücksichtigte Frage in den Vordergrund, welches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Schiedsgerichtshof besteht und insbesondere, wie die Einhaltung der vom Schiedsgerichtshof versprochenen Leistungen rechtlich gewährleistet wird.

Es wird vertreten, daß zwischen den Parteien und dem Schiedsgerichtshof ein Geschäftsbesorgungsvertrag be-

steht, welcher im Zweifel nach dem Recht zu beurteilen ist, welchem die Schiedsklausel untersteht, das ist in der Regel das materielle Recht des Hauptvertrages. Es wird weiter vertreten, daß unter der Herrschaft des deutschen Rechtes das Schiedsgerichtsinstitut seine Pflichten als Schiedsgutachter gemäß § 317 BGB erfüllt. Ist eine Entscheidung des Schiedsgerichtshofes offenbar unbillig bzw. widerspricht sie offenbar dem Wortlaut und wohlverstandenen Inhalt der Schiedsverfahrensordnung, so ist diese unverbindlich und kann auf entsprechende Klage vom staatlichen Gericht getroffen werden (§ 319 BGB).

Die hier anhand des Schiedsgerichtshofes der Internationalen Handelskammer angestellten Überlegungen lassen sich übertragen auf andere Schiedsverfahrensordnungen, welche die Einschaltung eines Schiedsgerichtsinstitutes vorsehen, wie z. B. die Verfahrensordnung der Stockholmer Handelskammer oder der Wiener Bundeskammer.

Terms of Reference

Sinn und Zweck der Terms of Reference, Technik der Abfassung

Von Professor Dr. Fritz NICKLISCH, Heidelberg*

1. Ursprüngliche Bedeutung der Terms of Reference

Nach Art. 12 der Verfahrensordnung des Schiedsgerichtshofs der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris hat das Schiedsgericht „vor Beginn des eigentlichen Schiedsverfahrens“ in einem besonderen Schriftstück die Terms of Reference zu entwerfen. In diesem Acte de Mission halten die Schiedsrichter mit den Parteien die Aufgabe des Schiedsgerichtes fest.

Ein solcher Acte de Mission ist fast allen heutigen Rechtsordnungen fremd. Er stammt aus dem französischen Recht¹; dieses bestimmte früher, wie einige andere Rechtsordnungen auch, daß Schiedsklauseln, die die Parteien über künftig entstehende Streitigkeiten vereinbarten, nicht rechtswirksam seien². Durch diese Regelung sollten die Parteien davor geschützt werden, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und damit im Zeitpunkt vollen Einvernehmens durch Vereinbarung einer Schiedsklausel voreilig auf den staatlichen Rechtsschutz zu verzichten. Daher wurden nur Schiedsvereinbarungen über bereits entstandene Streitigkeiten als wirksam anerkannt, solche über künftige Streitigkeiten dagegen als unwirksam behandelt. Angesichts dieser nach manchen Rechtsordnungen gegebenen Situation, sah die Verfahrensordnung des ICC Schiedsgerichtshofs vor, daß vor dem eigentlichen Eintritt in das Schiedsverfahren die Terms of Reference erstellt werden, so daß mit deren Unterzeichnung durch die Parteien (und die Schiedsrichter) konkludent eine Schiedsvereinbarung über einen bereits entstandenen Rechtsstreit abgeschlossen wurde.

* Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Zivilprozeßrecht; Leiter der Forschungsgruppe Technologierecht an der Universität Heidelberg. Der Beitrag gibt eine erweiterte und mit Anmerkungen versehene Fassung eines Vortrags wieder, den der Verfasser am 2. 5. 1988 im Rahmen einer Veranstaltung über „Das ICC Schiedsverfahren in der Praxis“ der Deutschen Gruppe der Internationalen Handelskammer, Köln, und des Schiedsgerichtshofs der ICC, Paris, im Industrie Club Düsseldorf gehalten hat.

1 Vgl. *Craig/Park/Paulsson*, International Chamber of Commerce Arbitration, New York/London/Rom 1984, Part III § 15.01, S. 59; *Glossner*, Die Vergleichs- und Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer vom 1. Juni 1975, in: Festschrift für Martin Luther, 1976, S. 85, 92 f.; *Sandrock*, Die „Terms of Reference“ und die Grenzen ihrer Präklusionswirkungen, RIW 1987, 649, 651.

2. Heute: Andere Funktionen der Terms of Reference

Die ursprüngliche Hauptfunktion der Terms of Reference, nämlich die mögliche Unwirksamkeit der Schiedsklausel durch eine neue Schiedsvereinbarung zu heilen, war und ist für das deutsche Recht und viele andere Rechtsordnungen nicht von Bedeutung; sie ist auch für das französische und andere ihm folgende Rechtsordnungen inzwischen mehr und mehr entfallen³. Daher hat man dieses Institut als nunmehr überflüssig kritisiert; es verzögere das Verfahren und ermögliche eine Prozeßverschleppung, indem eine daran interessierte Partei die Unterschrift unter die Terms of Reference verweigere⁴.

Entgegen dieser Ansicht hat auch die am 1. 1. 1988 in Kraft getretene Neufassung der ICC Rules of Arbitration⁵ unverändert an den Terms of Reference festgehalten, und zwar weil die Terms of Reference inzwischen andere wichtige Funktionen erfüllen, die den Aufwand an Arbeitskraft und Zeit sowie die mögliche Gefahr einer Prozeßverschleppung bei weitem aufwiegen. Im folgenden will ich diese Funktionen aufzeigen und dabei zugleich einige Hinweise zur Technik der Abfassung geben.

2 Siehe v. *Breitenstein*, Die internationale Arbitrage im französischen Recht, in: *Böckstiegel* (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Bd. 3, 1983, S. 15, 18; *David*, Arbitration in International Trade, Deventer 1985, S. 170 f.; *de Hancock*, The ICC Court of Arbitration, 1 Journal of International Arbitration 1984, 21, 34.

3 Zu den Änderungen im französischen Recht v. *Breitenstein*, a. a. O. (Fn. 2), S. 15 ff.; *Mauro*, Die Reform der internen Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich, in: *Böckstiegel* (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich, a. a. O. (Fn. 2), S. 5 ff.; *Reiner*, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nach österreichischem und französischem Recht, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1986, 162 ff.

4 Zur Kritik und zur positiven Bewertung vgl. *Böckstiegel*, Die neue Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer, NJW 1977, 463, 467; *Craig/Park/Paulsson*, a. a. O. (Fn. 1), Part III § 15.01, S. 60; *Glossner*, a. a. O. (Fn. 1), S. 85, 92; *Lionnet*, ICC-Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht einer Partei, in: *Böckstiegel* (Hrsg.), Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Bd. 6, 1986, S. 65, 69; *Sandrock*, a. a. O. (Fn. 1), RIW 1987, 649, 654.

5 Vgl. hierzu *Bredow/Bühler*, Zur Änderung der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer, IPRax 1988, 69 ff.