

James Menz / Benjamin Gottlieb

## **Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit 2016/2017**

---

Der Beitrag bespricht eine Auswahl der wichtigsten Entscheide, die vom Schweizer Bundesgericht im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in den Jahren 2016 und 2017 gefällt wurden. Die Auswahl der besprochenen Fälle berücksichtigt insbesondere sechs der zwölf ergangenen Leitentseide, d.h. in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts publizierte Entscheidungen, sowie einige der sehr seltenen erfolgreichen Schiedsbeschwerden. Die Fallbesprechungen enthalten Verweise auf weiterführende Literatur zu den hier relativ summarisch besprochenen Entscheiden und den darin thematisierten Fragestellungen.

---

Beitragsarten: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht  
Rechtsgebiete: Schiedsgerichtsbarkeit

Zitiervorschlag: James Menz / Benjamin Gottlieb, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit 2016/2017, in: Jusletter 18. Juni 2018

## Inhaltsübersicht

- I. Überblick
- II. Bindung an die Erwägungen des Rückweisungsentscheids (Art. 395 Abs. 2 ZPO): Urteil des Bundesgerichts 4A\_426/2015 vom 11. April 2016
- III. Zuständigkeit (Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG)
  1. BGE 142 III 239: Bindungswirkung einer Schiedsklausel in einem Vertragsentwurf
  2. BGE 142 III 296: Folgen eines Verstosses gegen vorprozessuale Streitbeilegungsschritte
  3. BGE 143 III 462: Keine Anfechtbarkeit von «partiellen» Zwischenentscheiden nach Art. 190 Abs. 2 lit. b und Art. 190 Abs. 3 IPRG vor dem Bundesgericht
  4. Urteil des Bundesgerichts 4A\_473/2016 vom 16. Februar 2017: Keine Ausdehnung der Schiedsklausel auf Drittpartei
- IV. Rechtliches Gehör (Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG)
  1. BGE 142 III 360: Abbedingung des unbedingten Replikrechts in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz
  2. Urteil des Bundesgerichts 4A\_532/2016 vom 30. Mai 2017: Teilweise Aufhebung wegen Nichtberücksichtigung eines Arguments
  3. Urteil des Bundesgerichts 4A\_277/2017 vom 28. August 2017: Recht auf einen vom Schiedsgericht eingesetzten Sachverständigen
- V. Revision von Schiedsentscheiden
  1. BGE 142 III 521: Unabhängigkeit des Schiedsrichters (Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG) / Revision (1)
  2. Urteil des Bundesgerichts 4A\_412/2016 vom 21. November 2016: Revision (2) aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel (Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG)
  3. BGE 143 III 589: Verzicht auf Rechtsmittel (Art. 192 Abs. 1 IPRG) / Revision (3)
- VI. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Urteil des Bundesgerichts 4A\_616/2015 vom 20. September 2016
- VII. Abschliessende Bemerkungen

## I. Überblick

[Rz 1] Nach wie vor ist die Schweiz weltweit einer der führenden Schiedsorte. So gehört gemäss veröffentlichten Statistiken der Internationalen Handelskammer in Paris die Schweiz zu den am häufigsten gewählten Schiedsgerichtsorten.<sup>1</sup> Um diesen Stellenwert zu verteidigen und den Standort Schweiz noch attraktiver zu machen, hat der Bundesrat eine Änderung des 1989 in Kraft getretenen 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) in die Vernehmlassung geschickt. Ziel dieser Revision ist, das bereits heute sehr progressive schweizerische Schiedsrecht noch flexibler und benutzerfreundlicher auszugestalten, gewisse bundesgerichtliche Rechtsprechung im Gesetz abzubilden, und dabei gleichzeitig Bewährtes beizubehalten. Nach im Mai 2017 abgeschlossener Vernehmlassung steht nun die Verhandlung des Revisionsvorschlags im Parlament an.

[Rz 2] Einer der Hauptgründe für den Erfolg des Schiedsstandorts Schweiz ist die rasche und schiedsgerichtsfreundliche Abhandlung von Beschwerden gegen Schiedssprüche von internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz durch das Schweizerische Bundesgericht. Im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit können Entscheide von Schiedsgerichten unter den Voraussetzungen der Art. 190–192 IPRG mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden (Art. 77 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes; BGG). Die im Art. 190 Abs. 2 IPRG genannten Rüge-

---

<sup>1</sup> 2016 ICC Dispute Resolution Statistics, Place of arbitration, in: ICC Dispute Resolution Bulletin 2016/No. 1.

gründe umfassen (a) unrichtiger Zuständigkeitsentscheid; (b) vorschriftswidrige Besetzung des Schiedsgerichts; (c) Entscheid ultra petita bzw. infra petita; (d) Verletzung des rechtlichen Gehörs oder des Gleichbehandlungsgebots; und (e) Verletzung des Ordre Public.

[Rz 3] In den Jahren 2016 und 2017 hat das Bundesgericht 48 respektive 47 Entscheide im Bereich der internationalen und internen Schiedsgerichtsbarkeit gefällt. Die nachfolgende Tabelle liefert eine statistische Übersicht über diese Rechtsprechung:

Jahr	Anzahl Fälle Gesamt	Gutgeheissen	Abgewiesen	Nichteintreten	Unzulässig	Leitentscheide	Sport v. Kommerziell		International v. Inländisch		Sprache		
											D	F	I
2017	47	3	32	8	4	5	19	28	41	6	18	27	2
2016	48	4	31	8	5	6	11	37	34	14	18	26	4

## II. Bindung an die Erwägungen des Rückweisungsentscheids (Art. 395 Abs. 2 ZPO): Urteil des Bundesgerichts 4A\_426/2015 vom 11. April 2016

[Rz 4] Den Fragen, welche Bindungswirkung die Erwägungen eines Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts auf das Schiedsgericht haben sowie die Reichweite dieser Bindungswirkung, hat sich das Bundesgericht in seinem Entscheid 4A\_426/2015 vom 11. April 2016 angenommen.<sup>2</sup> Obschon dieser Entscheid im Kontext der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit gefällt wurde, ist er auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit von Bedeutung. Der Entscheid zeigt auf, dass Schiedsgerichte die vom Bundesgericht besprochenen Beweggründe für seinen Rückweisungsentscheid nicht ignorieren können, ohne die erneute Aufhebung und Rückweisung des Schiedsentscheids zu riskieren.

[Rz 5] Ein Schweizer Rohstoffhandelsunternehmen (B) kaufte regelmässig Kupferkonzentrat von einem Staatsunternehmen (C), welches in Georgien eine Kupfermine betrieb. Nach einigen Jahren kontaktierte B ein anderes Schweizer Unternehmen (A), welches auf die Produktion, Verarbeitung und den Handel von Rohstoffen spezialisiert war.

[Rz 6] A und B vereinbarten, dass B statt das Kupferkonzentrat direkt von C zu beziehen, dieses von A abnehmen und diese wiederum die gesamte Konzentratproduktion von C kaufen solle. Zu diesem Zwecke schlossen A und B verschiedene Verträge, welche die Lieferansprüche und die entsprechende Vergütung regelten. Als B jedoch zwei Wochen nach Unterzeichnung dieser Verträge seine eigenen Verträge mit C wieder verlängerte, verlangte A die Zahlung der ihr zugute stehenden Vergütungen für die bereits verstrichene Vertragsdauer. B verweigerte die Zahlung und behauptete, die Verträge seien nie wirksam geworden und kündigte, eventualiter, die Verträge auf den von den Verträgen vorgesehenen Zeitpunkt.

[Rz 7] A setzte ihren Anspruch (teilweise) vor einem Schiedsgericht durch. Das Schiedsgericht entschied, dass B gewisse Bestimmungen der Verträge verletzt habe, indem sie den Vertrag mit

---

<sup>2</sup> Siehe auch MELANIE LEHMANN, Bindung des Schiedsgerichts an einen Rückweisungsentscheid, 4. Mai 2016, abrufbar unter: <http://www.zpo-gerichtspraxis.ch/beitrag/bindung-des-schiedsgerichts-an-einen-rueckweisungsentscheid> (alle Websites zuletzt besucht am 30. April 2018).

C verlängerte. Die Kündigung der Verträge widerspreche insbesondere dem Grundsatz von Treu und Glauben und sei deshalb ungültig.

[Rz 8] Das Bundesgericht wies dieses Urteil nach Anfechtung durch B aufgrund Willkürlichkeit (ein Anfechtungsgrund, der lediglich in der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit angerufen werden kann) zur Neuurteilung an das Schiedsgericht zurück, weil das Schiedsurteil zu knapp begründet gewesen sei. Speziell hob das Bundesgericht hervor, dass das Schiedsgericht nicht einmal versucht habe zu erklären, weshalb ein Vertragsbruch einer Partei sie daran hindern würde, den Vertrag gestützt auf die vertragliche Kündigungsklausel aufzulösen. Insbesondere habe das Schiedsgericht nicht hinreichend dargelegt, inwiefern das Verhalten von B gegen Treu und Glauben verstosse.

[Rz 9] Nach der Rückweisung ergänzte das Schiedsgericht in seinem neuen Entscheid seine Argumentation um einige Überlegungen. Allerdings waren diese im Wesentlichen identisch mit denjenigen des ursprünglichen Entscheids. Dies führte zur erneuten Anfechtung dieses zweiten Entscheides. Auch dieses Mal beurteilte das Bundesgericht den Schiedsspruch als willkürlich. Es hob das Schiedsurteil auf und wies die Sache ein zweites Mal zum Schiedsgericht zurück. Das Bundesgericht stellte fest, das Schiedsgericht habe den bindenden Effekt des vorangehenden Bundesgerichtsurteils missachtet, indem es den ersten Schiedsspruch im Wesentlichen lediglich wiederholt und nur geringfügig angepasst habe.

[Rz 10] Wenn ein Schiedsurteil vom Bundesgericht aufgehoben wird und die Sache zur Neuurteilung an das Schiedsgericht zurückgewiesen wird, so ist dieses in internen Schiedsverfahren gemäss Art. 395 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) an die Beurteilung des Bundesgerichts gebunden. Dies betrifft namentlich die rechtliche Beurteilung. Es ist dem Schiedsgericht verwehrt, den Rechtsstreit unter den rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, welche das Bundesgericht zuvor ausdrücklich abgelehnt hat.

[Rz 11] Für internationale Schiedsverfahren fehlt hingegen eine mit Art. 395 Abs. 2 ZPO vergleichbare Rechtsnorm. Eine Bindungswirkung dürfte sich jedoch über den prozeduralen *ordre public* nach Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG herleiten lassen.<sup>3</sup> Demnach ist auch ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz an die Erwägungen des Bundesgerichts in einem Rückweisungsentscheid gebunden.

### III. Zuständigkeit (Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG)

#### 1. BGE 142 III 239: Bindungswirkung einer Schiedsklausel in einem Vertragsentwurf

[Rz 12] In einem illustrativen und für die unternehmerische Praxis wichtigen Anwendungsfall der Autonomie der Schiedsklausel vom Hauptvertrag hatte das Bundesgericht über die Bindungswirkung einer Schiedsklausel in einem Vertragsentwurf zu entscheiden.<sup>4</sup> Die Parteien im vorlie-

---

<sup>3</sup> Siehe dazu BERNHARD BERGER / FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 1829; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_54/2012 vom 27. Juni 2012 E.2.2.3.

<sup>4</sup> Zur Autonomie der Schiedsklausel und derer Grenzen im Allgemeinen siehe DANIEL GIRSBERGER / NATHALIE VOSER, *International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 540 ff.; BERNHARD BERGER / FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Au., Bern 2015, Rz. 679.

genden Fall hatten den Hauptvertrag, welcher die Schiedsklausel enthielt, noch nicht unterzeichnet. Dennoch befand der Einzelschiedsrichter, dass er für die sich aus diesem sich anbahnenden Vertragsverhältnis stellenden Streitfragen zuständig war.<sup>5</sup>

[Rz 13] BGE 142 III 239 ist ein Beispiel des liberalen und schiedsfreundlichen Ansatzes des Bundesgerichts im Allgemeinen, insbesondere aber bezüglich der Interpretation von Schiedsklauseln und dem Willen der Parteien, sich der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen.<sup>6</sup> Der zugrundeliegende Sachverhalt war wie folgt.

[Rz 14] Nach ersten kommerziellen Kontakten und Transaktionen verhandelten zwei nichtschweizerische Parteien aus der Stahlindustrie über den Abschluss eines Rahmenvertrages, welcher ihre geschäftliche Beziehung regeln sollte. Hierzu tauschten die Parteien per E-Mail verschiedene Entwürfe des «Framework Contract» aus. In seinem ersten Entwurf enthielt der «Framework Contract» eine Streitbelegungsklausel, welche im Streitfalle ein Schiedsverfahren in Lugano unter den Swiss Rules vorsah, sowie eine Rechtswahlklausel, die auf das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) als anwendbares Recht verwies. In der von der Gegenpartei retournierten zweiten Fassung des «Framework Contract» sah die Streitbelegungsklausel ein ICC Schiedsverfahren (ICC, internationale Handelskammer) in Paris vor. Nachdem dieser Wechsel der Schiedsinstitution und des Schiedsorts schriftlich zwischen den Parteien diskutiert wurde, enthielten die letzten zwischen den Parteien ausgetauschten Entwürfe zwar noch einige Änderungen, liessen jedoch jeweils die Streitbelegungsklausel unberührt. Trotz dieser längeren Verhandlungen wurde der «Framework Contract» nie unterzeichnet, es wurden keine Güter geliefert und dementsprechend auch keine Zahlungen getätigt.

[Rz 15] In der Folge kam es zwischen den Parteien zu Unstimmigkeiten, was zur Einleitung eines Schiedsverfahrens unter den Swiss Rules führte. Die klagende Partei stütze sich dabei auf die Schiedsklausel im nicht unterzeichneten «Framework Contract». Der Einzelschiedsrichter wies die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ab und erklärte sich für zuständig. Dabei stützte sich der Einzelschiedsrichter primär auf Art. 178 Abs. 3 IPRG, in welchem das Prinzip der Eigenständigkeit der Schiedsklausel enthalten ist, und befand, die Parteien hätten sich auf ein Schiedsverfahren geeinigt, obwohl sie den Vertrag (noch) nicht unterzeichnet hatten.

[Rz 16] In der Beschwerde vor dem Bundesgericht argumentierte die Beschwerdeführerin (nebst weiteren Vorbringen), die Schiedsvereinbarung sei ungültig, weil sie nicht von beiden Parteien unterschrieben worden war und die Parteien ein Schriftformerfordernis vereinbart hätten. Zudem führte die Beschwerdeführerin an, dass der Entscheid des Einzelschiedsrichters – sofern er nicht aufgehoben würde – zu Rechtsunsicherheit führen würde.

[Rz 17] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und betonte, dass aufgrund der Eigenständigkeit der Schiedsklausel die Behauptung, der Hauptvertrag sei nie in Kraft getreten, nicht automatisch zur Ungültigkeit der Schiedsklausel führe. Dies sei nur der Fall, wenn sich die fehlende Zu-

---

<sup>5</sup> Nähere Besprechungen dieses Entscheides finden sich in MARCO STACHER / JOHANNA S. HENSCHEL / PASCALE KÖSTER, Rechtsprechungs-panorama Schiedssachen, AJP 2018, S. 377 ff.; MLADEN STOJILJKOVI, Arbitral Jurisdiction and Court Review: Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider, in: ASA Bulletin 4/2016, S. 897–902; PIERRE-YVES TSCHAZ / ISABELLE FELLRATH GAZZINI, Urteilsbesprechung BGE 142 III 360, in: Revue de l'arbitrage 4/2016, S. 1178; JONATHAN BAIER, Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Supreme Court, in: Christoph Müller / S. Besson / A. Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 114, 149-154, 204-205, 210, 212.

<sup>6</sup> JONATHAN BAIER, Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Supreme Court, in: Christoph Müller / S. Besson / A. Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 153.

stimmung auch auf die Schiedsklausel selbst erstrecke und somit eine sogenannte «Identität des Mangels» vorliege. Das Bundesgericht diskutierte Fallkonstellationen, in welchen ein Mangel, der dem Hauptvertrag anhaftet, auch die Schiedsklausel betrifft (wie z.B. fehlende Vertragsfähigkeit einer Partei). Insbesondere diskutierte das Bundesgericht die in der Literatur vertretende Meinung, dass eine fehlende Einwilligung zum Hauptvertrag sich in der Regel auch auf die Schiedsklausel erstreckt, erwog aber, dass dies nicht immer zwingend zutreffend sei. Beispielsweise sei dies der Fall, wenn die Parteien bereits in der Vergangenheit Verträge geschlossen hätten, welche dieselbe Schiedsklausel beinhalten; wenn die Parteien ein objektives Interesse an der Wahl der Schiedsgerichtsbarkeit, wie die Neutralität des Gerichts, eine internationale Verfahrenssprache oder die Geheimhaltung, haben, oder wenn der Vertragsentwurf auf eine Schiedsvereinbarung hindeutet, obwohl in Bezug auf andere Vertragspunkte keine endgültige Einigung zustande kam. Letzteres könne in diesem Fall zutreffen, in welchem die Parteien Vertragsentwürfe ausgetauscht hatten und die Schiedsklausel in späteren Entwürfen unverändert liessen.

[Rz 18] In Bezug auf die Formerfordernisse an die Schiedsklausel bestätigte das Bundesgericht, Art. 178 Abs. 1 IPRG sei zwingender Natur und die Parteien könnten keine weniger strengen Bestimmungen vereinbaren. Hingegen liess das Bundesgericht durchblicken, es würde die Vertragsfreiheit der Parteien stützen und vertraglich vereinbarte, strengere Formvorschriften anerkennen. Das Bundesgericht konnte diese Fragen offenlassen, weil die Beschwerdeführerin sie nicht bereits im Schiedsverfahren vorgebracht und somit die diesbezügliche Beschwerdemöglichkeit vor dieser Instanz verwirkt hatte. Zur von der Beschwerdeführerin angeführten Gefahr der Rechtsunsicherheit erklärte das Bundesgericht, die Partei hätte zur Verhinderung solcher Unsicherheiten während den Verhandlungen explizit erklären können, sie betrachte sich nicht als durch die Schiedsklausel gebunden, solange der Vertrag nicht unterzeichnet war. Dies scheint aus Sicht der Autoren jedoch ein praxisfremder Ansatz und würde zu ungewünschten Komplikationen bei Vertragsverhandlungen führen.

[Rz 19] Abweichend von seiner sonstigen Haltung, dass das Bestehen einer Schiedsvereinbarung nicht leichtfertig anzunehmen sei,<sup>7</sup> bestätigte das Bundesgericht schliesslich die Gültigkeit der Schiedsklausel. Es begründete dies damit, dass der Einzelschiedsrichter in der Sachverhaltsfeststellung eine gemeinsame subjektive Absicht der Parteien zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung als erwiesen erachtet hatte. Gemäss langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts fällt die Feststellung eines subjektiven Bindungswillens unter die schiedsrichterliche Sachverhaltswürdigung, welche vom Bundesgericht nicht überprüft werden kann.<sup>8</sup> Einerseits spricht dieser Umstand dafür, diesen Bundesgerichtsentscheid nicht bezüglich seiner Verallgemeinerbarkeit überzubewerten.<sup>9</sup> Andererseits ist die Konstellation, in der ein Vertragsentwurf eine Schiedsvereinbarung enthält aber schlussendlich kein Vertrag zu Stande kommt, in der Praxis nicht ungewöhnlich. Auch die Faktoren, die laut Bundesgericht auf ein objektives Interesse an der Wahl der Schiedsgerichtsbarkeit schliessen lassen können, nämlich etwa Neutralität, sind in internationalen Verhandlungen typisch. (Dass das Bundesgericht bei grenzüberschreitenden Verträgen die

---

<sup>7</sup> Vgl. MARCO STACHER / JOHANNA S. HENSCHEL / PASCALE KÖSTER, Rechtsprechungs panorama Schiedssachen, AJP 2018, S. 377.

<sup>8</sup> Kritisch bezüglich dieser Rechtsprechung und insbesondere bezüglich der daraus resultierenden Nichtüberprüfbarkeit von schiedsrichterlichen tatsächlichen Feststellungen bezüglich des Abschlusses von Schiedsklauseln MLADEN STOJILJKOVI, *Arbitral Jurisdiction and Court Review: Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider*, in: ASA Bulletin 4/2016, S. 898 ff.

<sup>9</sup> Siehe auch XAVIER FAVRE-BULLE, *Case Notes on International Arbitration*, SRIEL 2017, S. 451.

Schiedsgerichtsbarkeit als fast schon standardmässig anzunehmenden Streitbeilegungsmechanismus betrachtet, hatte es bereits 2015 zu verstehen gegeben.<sup>10)</sup> Insofern sind die vom Bundesgericht hervorgehobenen «ausserordentlichen Umstände», welche einen subjektiven Bindungswillen der Parteien an ein Schiedsverfahren erlauben würden, bei der Geschäftsanbahnung in internationalen Verhandlungskonstellationen eben nicht so ausserordentlich.<sup>11</sup>

[Rz 20] Daher sollte dieser Entscheid von Parteien beachtet werden, die sich bezüglich Streitigkeiten betreffend die Vertragsanbahnung nicht in ein Schiedsverfahren begeben oder mindestens diesbezüglich keine Unsicherheit haben wollen. In der Regel sprechen die Gründe, aus denen die Parteien anfänglich eine Schiedsklausel in ihren Vertragsentwurf aufnehmen, auch dafür, die Streitigkeiten, die sich aus der Vertragsanbahnung ergeben, durch ein Schiedsverfahren zu lösen. Aus diesem Grund sind im Endeffekt für Parteien zumeist keine wesentlichen oder praktischen Nachteile aus dieser Rechtsprechung ersichtlich.

## 2. BGE 142 III 296: Folgen eines Verstosses gegen vorprozessuale Streitbeilegungsschritte

[Rz 21] In dieser für die internationale Schiedspraxis allgemein, aber insbesondere für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz wichtige Entscheidung BGE 142 III 296 nimmt sich das Bundesgericht den Problemen mehrstufiger Streitbeilegungsmechanismen (sogenannte «multi-tier dispute resolution clauses») an.<sup>12</sup> Das Bundesgericht komplettiert mit dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zu Fragen mehrstufiger nachgeschalteter Streitbeilegungsmechanismen.<sup>13</sup> Der Sachverhalt hat sich wie folgt zugetragen.

[Rz 22] Die Beschwerdeführer und -gegner hatten zwei Verträge über Erschliessung, Förderung, Transport und Kommerzialisierung von Öl- und Gasprodukten abgeschlossen. Die Schiedsklausel der Verträge sah ein UNCITRAL-Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vor. Vor Einleitung

---

<sup>10</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_136/2015 vom 15. September 2015.

<sup>11</sup> BGE 142 III 239 E.3.2.1; Siehe auch JONATAN BAIER, Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Supreme Court, in: Christoph Müller / S. Besson / A. Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 153 f.

<sup>12</sup> Für weitere Besprechungen dieses Entscheids siehe MARCO STACHER / JOHANNA S. HENSCHEL / PASCALE KÖSTER, Rechtsprechungs-panorama Schiedssachen, AJP 2018, S. 371 ff.; TARKAN GÖKSU, Arbitrage/Schiedsgerichtsbarkeit, in: BR 2016, S. 375; PASCAL PICHONNAZ, Le point sur la partie générale du droit des obligations, in: RJS 113/2017; PASCAL PICHONNAZ, Contractual issues arising from the arbitration agreement and the receptum arbitri, in: Christoph Müller / S. Besson / A. Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 39 ff.; MLADEN STOJILJKOVI, Arbitral Jurisdiction and Court Review: Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider, in: ASA Bulletin 4/2016, S. 902–907; XAVIER FAVRE-BULLE, Case Notes on International Arbitration, SRIEL 2017, S. 452 ff.; JONATAN BAIER, Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Supreme Court, in: Christoph Müller / S. Besson / A. Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 154–159, 199–200, 205, 212.

<sup>13</sup> Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A\_18/2007 vom 6. Juni 2007, wo das Bundesgericht festhielt, dass die dem Schiedsverfahren vorgeschaltete Mediation nicht zwingenden Charakter hatte und deshalb die Nichteinhaltung dieses vorprozessualen Schrittes nicht sanktioniert werden musste. Urteil des Bundesgerichts 4A\_46/2011 vom 16. Mai 2011, wo das Bundesgericht zwar die Frage offen liess, ob die vereinbarte Vorstufe (hier ein conciliation-Verfahren) zwingend war, aber von einer Sanktionierung sowieso absah, da es den vorprozessualen Verfahrensschritt als erfüllt betrachtete. Schliesslich Urteil des Bundesgerichts 4A\_124/2014 vom 7. Juli 2014, wo das Bundesgericht entschied, dass das vereinbarte Verfahren vor dem sog. Dispute Adjudication Board zwingend war, der Beschwerdeführer aber aufgrund der speziellen Umstände dieses Einzelfalles sich nicht (mehr) darauf berufen konnte.

eines Schiedsverfahrens sollten die Vertragsparteien allerdings versuchen, ihre Differenzen nach den Mediationsregeln der ICC beizulegen.

[Rz 23] Am 8. September 2014 reichte die Beschwerdegegnerin ein Vermittlungsgesuch bei der ICC ein. Die Parteien einigten sich in der Folge, im Rahmen einer Telefonkonferenz verschiedene prozessuale Fragen zu klären. Kurz vor dem vereinbarten Zeitpunkt der Telefonkonferenz liessen die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin verlauten, es würden auch Vertreter der Gesellschaft selbst teilnehmen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin lehnte dies ab, worauf sich die Parteien auf die Verschiebung der Konferenz einigten.

[Rz 24] Der Vermittler erkundigte sich am 8. Januar 2015 bei den Parteien, wie es nun weitergehen solle, worauf ihn die Beschwerdegegnerin am 16. Januar 2015 informierte, sie habe kein Interesse mehr am Vermittlungsverfahren, welches wegen der Beschwerdeführerin gescheitert sei, und reichte Schiedsklage ein. Die Vermittlerin entgegnete, sie könne das Vermittlungsverfahren nach Art. 5 Abs. 1 der ADR Regeln (Alternative Disputes Resolution) der ICC erst nach einem Treffen beenden, und schlug neue Daten vor. Die Beschwerdegegnerin beharrte jedoch darauf, das Vermittlungsverfahren sei vorbei. Die Vermittlerin und das ADR-Zentrum der ICC betrachteten dieses Verhalten als Rückzug des Vermittlungsgesuchs.

[Rz 25] Im Schiedsverfahren brachte die Beschwerdeführerin vor, das Schiedsgericht sei nicht zuständig, weil das vorgenannte Treffen nicht stattgefunden und damit das vereinbarte Vermittlungsverfahren nicht eingehalten worden sei. In einem Zwischenentscheid wies das Schiedsgericht diesen Einwand zurück und bestätigte seine Zuständigkeit. Es erwo, ein ernsthafter Anlauf zu dem obligatorischen Vermittlungsverfahren sei in gutem Glauben unternommen worden, womit den Mediationsregeln der ICC Genüge getan worden sei.

[Rz 26] Die Beschwerdeführerin reichte daraufhin Beschwerde beim Bundesgericht ein und verlangte die Aufhebung des Zuständigkeitsentscheids mit der Begründung, das Schiedsgericht habe seine Zuständigkeit fälschlicherweise bejaht, weil das vorgeschriebene Vermittlungstreffen nicht stattgefunden habe. Sie führte an, das Schiedsgericht hätte seine Zuständigkeit ablehnen oder das Verfahren sistieren müssen bis das Treffen stattgefunden hätte. Die Beschwerdegegnerin brachte dagegen unter anderem vor, es sei rechtsmissbräuchlich, dass die Beschwerdeführerin sich auf das Vermittlungsverfahren berufe, wo sie doch kein Interesse an einer einvernehmlichen Einigung gezeigt bzw. dieses wo immer möglich behindert habe. Ausserdem sehe die Vertragsklausel lediglich einen Vermittlungsversuch vor, der sich aber nicht zwingend nach den Mediationsregeln richten müsse. Schliesslich sei das Schiedsgericht nicht an die Ansichten des Vermittlers oder des ADR-Zentrum der ICC gebunden und auch wenn die Beschwerdegegnerin das Vermittlungsgesuch tatsächlich zurückgezogen hätte, hätte dies nur zukünftige und keine rückwirkenden Auswirkungen.

[Rz 27] Das Bundesgericht folgte dem Antrag der Beschwerdeführerin und hob den Zwischenentscheid auf. Es wies zunächst das Argument zurück, die Vertragsklausel verlange lediglich einen von den Mediationsregeln unabhängigen Vermittlungsversuch. Sodann untersuchte das Bundesgericht, ob das Verfahren dieser Regeln eingehalten worden war. Das Gericht machte deutlich, dass Art. 5 Abs. 1 der Mediationsregeln ein Treffen oder zumindest einen Austausch der Parteien voraussetzt, welcher Artikel 5 Abs. 1 gerecht wird, bevor das Vermittlungsverfahren eingestellt werden könne. Ein solcher Austausch habe nicht stattgefunden.

[Rz 28] Bezüglich des Vorwurfs, die Beschwerdeführerin habe nicht in gutem Glauben gehandelt, hielt das Bundesgericht fest, diese habe sich sehr wohl am Vermittlungsverfahren beteiligt und dass es an der Beschwerdegegnerin gewesen wäre, weiter auf das Treffen zu drängen. Zudem

sei die der Beschwerdeführerin vorgeworfene Passivität irrelevant. Schliesslich erklärte das Bundesgericht, dass der Umstand, dass aus Sicht der Beschwerdegegnerin die Vermittlung sowieso hoffnungslos gewesen sei, nicht entscheidend sei.

[Rz 29] Da dies der erste Entscheid war, in welchem das Bundesgericht einen Schiedsspruch wegen der Nichteinhaltung eines obligatorischen Vermittlungsverfahrens aufgehoben hat, musste es auch über die Konsequenzen dieses Aufhebungsentscheides befinden. Ausgehend von der Feststellung, dass der Verstoss in irgendeiner Art sanktioniert werden müsse, folgte das Bundesgericht der wohl herrschenden Schweizer Lehre,<sup>14</sup> indem es festhielt, dass ein solcher Verstoss normalerweise keine Schadenersatzansprüche nach sich ziehen, sondern verfahrensrechtliche Konsequenzen haben sollte. Weiter sollte aus der Aufhebung des Schiedsspruchs kein materieller Entscheid folgen. Vielmehr sei es angebracht, das Schiedsverfahren zu sistieren, bis den Pflichten aus dem Vermittlungsverfahren Genüge getan sei. Dies sei die einfachste und ökonomischste Lösung, wobei die Modalitäten vom Schiedsgericht festzulegen seien.

[Rz 30] Bemerkenswerterweise hielt das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass das Schweizerische Schiedsverfahrensrecht keine eigentliche Rechtsgrundlage für die Anfechtung eines Zuständigkeitsentscheides bei Verletzung einer Verfahrensvorstufe vorsehe. Deshalb akzeptierte das Bundesgericht die Anfechtung unter dem Anfechtungsgrund gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG, also der Zuständigkeitsanfechtung. Dieser zwar pragmatische aber rechtlich nicht einwandfreie Ansatz wurde in der Lehre denn auch kritisiert.<sup>15</sup> Pragmatisch ist die Entscheidung aber insbesondere deshalb, weil das Bundesgericht so die in der Lehre umstrittene und komplexe Frage, ob das Nichteinhalten eines vorprozessualen Streitbeilegungsschrittes ein Problem der Zuständigkeit oder Klagezulässigkeit (*admissibility*) betrifft, nicht beantworten musste.

[Rz 31] Mit diesem Entscheid herrscht nun Klarheit darüber, dass ein Schiedsgericht zunächst entscheiden muss, ob ein vorprozessualer Streitbeilegungsversuch von den Parteien zwingend ausgestaltet wurde und – sofern dies der Fall ist – ob die Partei, welche den Verstoss als Hindernis für die Einleitung eines Schiedsverfahrens geltend macht, sich nach Treu und Glauben verhalten hat.<sup>16</sup> Schliesslich ist nun auch die Rechtsfolge eines Verstosses geklärt. Schiedsgerichte haben das Schiedsverfahren zu sistieren, bis der vorprozessuale Streitbeilegungsversuch abgeschlossen wurde oder die vom Schiedsgericht dafür zur Verfügung gestellte Zeit erfolglos verstrichen ist.

### **3. BGE 143 III 462: Keine Anfechtbarkeit von «partiellen» Zwischenentscheiden nach Art. 190 Abs. 2 lit. b und Art. 190 Abs. 3 IPRG vor dem Bundesgericht**

[Rz 32] In dieser Entscheidung BGE 143 III 462 hat das Bundesgericht zum ersten Mal über die in der Praxis eher ungewöhnliche Frage entschieden, ob ein «partieller» Zwischenentscheid über die Zuständigkeit nach Art. 190 Abs. 2 lit. b und 190 Abs. 3 IPRG sofort angefochten werden

---

<sup>14</sup> Vgl. PASCAL PICHONNAZ, Contractual issues arising from the arbitration agreement and the receptum arbitri, in: Christoph Müller / S. Besson / A. Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 55 m.w.H. auch zu den alternativen Ansätzen der Minderheitsmeinungen.

<sup>15</sup> Vgl. MLADEN STOJILJKOVI, Arbitral Jurisdiction and Court Review: Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider, in: ASA Bulletin 4/2016, S. 903 ff.

<sup>16</sup> Siehe zur Rolle von Treu und Glauben bei der Geltendmachung eines Verstosses gegen ein vereinbartes vorprozessuales Verfahren XAVIER FAVRE-BULLE, Case Notes on International Arbitration, SRIEL 2017, S. 456.

kann (bzw. muss). Bisher blieb diese Frage sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung unbeantwortet. Insofern bringt diese Entscheidung bisher fehlende Rechtssicherheit, indem Parteien jetzt mit der Anfechtung von Zuständigkeitsentscheidungen zuwarten können, bis das Schiedsgericht sich endgültig und mit allen Zuständigkeitsfragen abschliessend auseinandergesetzt hat. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der dreissigtägigen Anfechtungsfrist und der damit einhergehenden Verwirkung der Anfechtungsmöglichkeit von grosser Bedeutung.<sup>17</sup>

[Rz 33] Nach dem Konkurs der Yukos Oil Company OSJ (Yukos Oil) in Russland hatte die luxemburgische Yukos Capital Sàrl (Yukos Capital), die Yukos Oil Darlehen gewährt hatte, ein Schiedsverfahren gegen die Russische Föderation unter Berufung auf Art. 26 Abs. 4 lit. b des Energiecharta-Vertrags (ECT)<sup>18</sup> eingeleitet. Yukos Capital behauptete im Wesentlichen, die Russische Föderation habe sie enteignet, indem sie angeblich illegal den Konkurs von Yukos Oil verursacht und Yukos Capital damit um ihre Investitionen (d.h. die Darlehen) gebracht habe.

[Rz 34] Die Russische Föderation hatte zu Beginn des Verfahrens fünf Gründe vorgetragen, woraus sich die Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes ergeben sollte. In einer Vorstufe entschied das Schiedsgericht lediglich über drei dieser fünf Einreden und behielt sich das Urteil über die verbleibenden zwei Einreden für die weitere Phase vor. Einer der drei vom Schiedsgericht zurückgewiesenen Einwände betraf die vorläufige Anwendung des ECT durch die Russische Föderation, eine Frage, welche Auswirkungen auf eine Reihe weiterer anhängiger Schiedsgerichts- und staatlicher Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit Yukos hatte. Die Russische Föderation beantragte beim Bundesgericht, den Vorentscheid gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG aufzuheben und festzustellen, dass dem Schiedsgericht die Zuständigkeit fehle.

[Rz 35] Das Bundesgericht trat auf die genannte Beschwerde nicht ein. Es begründete seinen Entscheid damit, dass das Schiedsgericht zwei der Einreden noch nicht behandelt und somit die Zuständigkeitsfrage noch nicht endgültig beantwortet hatte. Es solle einen Fall in Bezug auf Fragen, die in verschiedenen Phasen des Schiedsverfahrens aufgeworfen oder behandelt wurden, nicht mehrfach beurteilen müssen. Andernfalls könne eine beklagte Partei immer wieder Zuständigkeitsbeschwerden erheben und damit das Schiedsverfahren blockieren. Des Weiteren verlangt der Wortlaut von Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG, dass Entscheide nur angefochten werden können, wenn das Schiedsgericht sich zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat. Dies impliziert, dass die Entscheidung endgültig sein muss, womit die vom Bundesgericht angenommene Lösung dem Wortlaut dieser Bestimmung entspreche.

[Rz 36] Das Urteil ist aus praktischer Sicht sinnvoll, da der Hauptvorteil einer sofortigen Anfechtung eines Urteils über die Zuständigkeit darin liegt, die Zuständigkeitsfrage endgültig und zeitnah zu lösen.<sup>19</sup> Im vorliegenden Fall hatten die Parteien das Recht, den Zwischenentscheid des Schiedsgerichts gemeinsam mit dem endgültigen Entscheid anzufechten. Daher konnte das Bundesgericht immer noch über die Frage nach der vorläufigen Anwendbarkeit des ECT ent-

---

<sup>17</sup> Siehe hierzu und für eine ausführliche Fallbesprechung auch MLADEN STOJILJKOVIC, *Swiss Supreme Court Addresses Judicial Reviewability of Interim Awards on Jurisdiction*, in: dRSK, publiziert am 18. August 2017; AXEL BUHR, «Zuständigkeitsvorfragenschiedssprüche» sind nicht beschwerdefähig, in: dRSK, publiziert am 8. September 2017; MARCO STACHER / JOHANNA S. HENSCHEL / PASCALE KÖSTER, *Rechtsprechungspanorama Schiedssachen*, AJP 2018, S. 376 ff.

<sup>18</sup> Deutsche Fassung des ECT abrufbar unter: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-de.pdf>.

<sup>19</sup> Kritisch MARCO STACHER / JOHANNA S. HENSCHEL / PASCALE KÖSTER, *Rechtsprechungspanorama Schiedssachen*, AJP 2018, S. 376, die unter dem Aspekt der Prozessökonomie mehr Vorteile sehen, Beschwerden zu partiellen Zwischenentscheiden zuzulassen.

scheiden, sollte das Schiedsgericht seinen Entscheid über die Zuständigkeit im endgültigen Urteil bestätigen. Die Klärung dieser Frage bringt gewünschte Rechtssicherheit in Bezug auf die Anfechtungsmöglichkeit partieller Zwischenzuständigkeitsentscheide.

#### **4. Urteil des Bundesgerichts 4A\_473/2016 vom 16. Februar 2017: Keine Ausdehnung der Schiedsklausel auf Drittpartei**

[Rz 37] Mit Entscheidung 4A\_473/2016 vom 16. Februar 2017 in einem Fall aus der internen Schiedsgerichtsbarkeit hat das Bundesgericht einen Antrag auf Aufhebung eines Schiedsspruchs über die Zuständigkeit abgewiesen, in welchem der Einzelschiedsrichter eine Ausdehnung der Schiedsklausel auf eine nichtunterzeichnende Drittpartei abgelehnt hat.

[Rz 38] Nach gescheiterten Verhandlungen über den Abschluss eines Immobilienmaklervertrages für eine Liegenschaft am Genfersee mit A.M., dem Präsidenten des Verwaltungsrates und einem Geschäftsführer der Firma Z SA traf sich X mit A.N., dem Bruder von A.M. Am 18. August 2012 schlossen sie einen Immobilienmaklervertrag ab, demzufolge X bei einem zukünftigen Verkauf der Immobilie an A.N. eine Provision von 4% erhalten sollte. Erst zu diesem Zeitpunkt erhielt A.N. von X Details über die Liegenschaft. Im Juni 2014 wurde die Liegenschaft sodann an die Z SA verkauft. Nach dem Verkauf der Liegenschaft verlangte der Makler die Zahlung seiner Provision von dem Unternehmen, welches die Immobilie zwar letztendlich kaufte, jedoch nicht Vertragspartei des Maklervertrages war. X brachte vor, dass das Unternehmen an die Schiedsvereinbarung gebunden sei, da der Unterzeichner A.N. ein Vertreter der Gesellschaft und die Vereinbarung darauffolgend vom Unternehmen ratifiziert worden sei. Die Z SA sei demzufolge an der Durchführung der Vereinbarung beteiligt gewesen und habe somit ihre Absicht erklärt, an die Vereinbarung gebunden sein zu wollen.

[Rz 39] Das Schiedsgericht lehnte seine Zuständigkeit ab, da A.N. kein Vertreter der Z SA gewesen und diese somit nicht an die Vereinbarung gebunden sei. Weiter sei der Kauf der Liegenschaft nicht Beweis genug dafür, dass das Unternehmen sich an den Immobilienmaklervertrag binden wollte. X gelangte mit der Beschwerde nach Art. 393 lit. b ZPO ans Bundesgericht und brachte vor, das Schiedsgericht hätte sich zu Unrecht für unzuständig erklärt. Zusätzlich rügte er eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 393 lit. d ZPO, da das Schiedsgericht seinen Antrag auf Dokumentenedition abgelehnt hatte.

[Rz 40] Das Bundesgericht urteilte, X habe die Hauptargumente des Einzelschiedsrichters bezüglich der Frage nach der Vertretung nicht klar genug bestritten und wesentliche und rechtliche Anforderungen in Bezug auf die Frage der Intervention bei der Durchführung der Vereinbarung verwechselt. Das Bundesgericht diskutierte des Weiteren die verschiedenen Möglichkeiten der Ausdehnung von Schiedsklauseln auf Dritte. Insbesondere setzte sich das Bundesgericht näher mit dem Durchgriff auseinander. Dies obschon der Beschwerdeführer im Schiedsverfahren dieses Argument gar nicht vortrug, was dazu führte, dass der Einzelschiedsrichter hierzu keine tatsächlichen Feststellungen treffen konnte. Insbesondere führte das Bundesgericht aus, dass die Durchgriffstheorie (*in casu* hätte es sich um einen umgekehrten Durchgriff gehandelt) als Grundlage für die Zuständigkeitsfrage hätte dienen können, was, wie vorstehend ausgeführt, der Antragssteller jedoch ebenso zu erwähnen versäumte.

[Rz 41] Die Entscheidung verdeutlicht zum Einen, dass, obwohl das Prinzip der *iura novit curia* sowohl im Schiedsverfahren als auch vor dem Bundesgericht Anwendung findet, die Parteien

dadurch nicht von der Last befreit werden, ihren Fall mit ausreichender Klarheit vorzutragen. Das Bundesgericht berücksichtigt nur Argumente, die ordnungsgemäss vorgebracht werden.

[Rz 42] Der Entscheid ist zum Anderen in Hinblick auf die Frage der Ausdehnung der Schiedsklausel von Interesse. Das Bundesgericht schien mit seinen «spontanen» Ausführungen zum Durchgriff den Einbezug Dritter in Anwendung dieser Theorie («*piercing the corporate veil*») gewissermassen als Standard für die Ausdehnung von Schiedsklauseln anzusehen.<sup>20</sup> Dies sollten Schiedsparteien im Auge behalten, wenn Schiedsklagen gegen Dritte, welche die Schiedsklausel nicht unterzeichnet haben, angestrengt werden.

#### IV. Rechtliches Gehör (Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG)

##### 1. BGE 142 III 360: Abbedingung des unbedingten Replikrechts in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz

[Rz 43] In diesem weitreichenden Entscheid BGE 142 III 360 hat das Bundesgericht ausführlich die Minimalgarantien in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz bezüglich des rechtlichen Gehörs gegen die Parteiautonomie, insbesondere ausdrücklichen Parteivereinbarungen betreffend das Verfahren, abgewogen. Es hat dabei im vorliegenden Fall die Parteiautonomie höher gewichtet als die prozessrechtliche Minimalgarantie, auf alle Vorbringen der Gegenpartei Stellung nehmen zu können.<sup>21</sup> Schliesslich hat das Bundesgericht Klärung bezüglich des unbedingten Replikrechts im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mit Sitz in der Schweiz gebracht, indem es dieses für diese Streitbeilegungsart für nicht anwendbar erklärte.<sup>22</sup>

[Rz 44] Das Bundesgericht hat die Beschwerde gegen einen Teilentscheid abgewiesen, welcher nach Austausch von nur je einem Schriftsatz der Klägerinnen und der Beklagten erging. Das beklagte deutsche Unternehmen hatte von den Klägerinnen, Gesellschaften eines türkischen Elektronik-Konzerns, eine Produktionsfirma für Haushaltsgeräte gekauft und sich verpflichtet, mit den Klägerinnen einen Vertriebsvertrag zu schliessen. Nach knapp fünf Jahren kündigte die Beklagte diesen Vertriebsvertrag, worauf der türkische Konzern ein Schiedsverfahren einleitete. Die Klägerinnen verlangten die Rückgabe der Aktien der gekauften Gesellschaft, da der Kaufvertrag bezüglich der Produktionsgesellschaft und der Vertriebsvertrag gekoppelt gewesen seien.

---

<sup>20</sup> Siehe allgemein zum Einbezug Dritter mit Beispielen und Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung MARCO STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 200 ff.

<sup>21</sup> Hierzu kritisch SIMON GABRIEL, Minimalgarantie versus Verfahrensvereinbarung, in: dRSK, publiziert am 21. Juli 2016 sowie MARCO STACHER / JOHANNA S. HENSCHEL / PASCALE KÖSTER, Rechtsprechungs panorama Schiedssachen, AJP 2018, S. 373 f., die eine Gehörsrüge aber immerhin nur dann durchdringen lassen wollen, wenn die neuen Behauptungen entscheidrelevant sind. Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_570/2016 vom 7. März 2017, wo das Bundesgericht im Rahmen eines Entscheides in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit zu einem gegenteiligen Schluss kam, namentlich der Unverzichtbarkeit des unbedingten Replikrechts, ohne den Widerspruch zu BGE 142 III 360 aufzulösen.

<sup>22</sup> Siehe für weitere Fallbesprechungen SIMON GABRIEL, Minimalgarantie versus Verfahrensvereinbarung, in: dRSK, publiziert am 21. Juli 2016; MARCO STACHER / JOHANNA S. HENSCHEL / PASCALE KÖSTER, Rechtsprechungs panorama Schiedssachen, AJP 2018, S. 372 ff.; XAVIER FAVRE-BULLE, Case Notes on International Arbitration, SRIEL 2017, S. 451 ff.; JONATAN BAIER, Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Supreme Court, in: Christoph Müller / S. Besson / A. Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 112, 114, 175–181, 197–198, 206, 207, 215; PIERRE YVES TSCHANZ/ISABELLE FELLRATH GAZZINI, Urteilsbesprechung BGE 142 III 360, in: Revue de l'arbitrage 4/2016, S. 1193.

[Rz 45] Anlässlich der Case Management Conference vereinbarten die Parteien eine Zweiteilung des Verfahrens. Zunächst sollte geprüft werden, ob die Kündigung des Vertriebsvertrags zur Aufhebung des Kaufvertrags führe. Das Schiedsgericht sollte diese Frage mit Schiedsspruch nach einfachen Schriftenwechsel der Parteien entscheiden. Nachdem beide Parteien ihre Eingabe fristgerecht eingereicht hatten, verlangte die Klägerin, als Erwiderung zu den Vorbringen der Beklagten, eine Replik mit Beweisen einreichen zu dürfen. Das Schiedsgericht wies sowohl diesen Antrag sowie auch ein Wiedererwägungsgesuch ab.

[Rz 46] Entsprechend der Vereinbarung anlässlich der Case Management Conference erliess das Schiedsgericht einen Teilschiedsspruch und entschied, dass es nicht der Wille der Parteien war, die beiden Verträge zu koppeln. Demzufolge habe die Kündigung des Vertriebsvertrags nicht auch die Auflösung des Kaufvertrags zur Folge. Auf dieser Grundlage und nach Berücksichtigung der Begleitumstände kam das Schiedsgericht zum Schluss, die Klage der türkischen Parteien sei insgesamt abzuweisen. Letztere gelangten ans Bundesgericht und verlangten die Aufhebung des Teilentscheids.

[Rz 47] Die Beschwerdeführerinnen brachten namentlich vor, das Schiedsgericht habe sein rechtliches Gehör sowie sein Recht auf Gleichbehandlung verletzt, als es ihm die Einreichung einer Replik nicht gestattete und deshalb rechtserhebliche Tatsachen nicht prüfte. Zur Beurteilung dieser Rüge zeigte das Bundesgericht, mit Hinweisen auf seine Rechtsprechung, die Grenzen des rechtlichen Gehörs in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz auf. So müsse beispielsweise ein Schiedsspruch nicht zwingend eine schriftliche Begründung enthalten. Auch hätten die Parteien keinen Anspruch auf Information bezüglich der rechtlichen Grundlage, auf welche das Schiedsgericht seine Entscheidung zu stützen gedenkt. Schliesslich sei das Schiedsgericht auch nicht verpflichtet, die Parteien über den entscheidenden Umstand (in tatsächlicher Hinsicht) zu informieren, auf dessen Basis es seinen Entscheid fällen wird oder die Parteien gar zu einer ergänzenden Stellungnahme aufzufordern.

[Rz 48] Das Bundesgericht führte in der Folge weiter aus, dass Parteien sich bei der Anfechtung eines Schiedsspruchs nicht direkt auf die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) berufen können. Ausserdem seien die Parteien frei, den Verfahrensablauf selbst zu bestimmen, solange das rechtliche Gehör im Kern gewahrt bleibe. Weiter sei die relativ strikte Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich des Rechts auf Stellungnahme zu allen Vorbringen der Gegenseite, wie es im staatlichen Verfahren existiert, nicht ohne weiteres auf Schiedsverfahren übertragbar.

[Rz 49] Vor diesem Hintergrund kam das Bundesgericht zum Schluss, dass kein absolutes Recht auf Einreichung eines zweiten Schriftsatzes existiere und die Parteien auf spezifische Verfahrensrechte verzichten können, sofern sie sich der Konsequenzen bewusst seien und das rechtliche Gehör im Kern gewahrt bleibe. Es gebe deshalb keinen Grund, die vertragliche Begrenzung auf nur einen Schriftsatz pro Partei nicht anzuerkennen. Es hob hervor, dass der Schiedsklägerin die relevanten Themen des Falles bekannt und die Folgen dieser Beschränkung klar gewesen sein mussten. Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, dass eine Beschwerde aufgrund der Konsequenzen einer Prozessvereinbarung, die bewusst und freiwillig abgeschlossen wurde, rechtsmissbräuchlich sein könne. Es wies demzufolge die Beschwerde ab.

[Rz 50] Dieser Entscheid ist gleichermassen für an Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz beteiligte Parteien als auch für Schiedsgerichte bedeutsam. Obschon die Trennlinie zwischen Parteiautonomie und prozessrechtlichen Minimalgarantien auch mit diesem Entscheid nicht absolut scharf gezogen wurde, ist dennoch klar, dass Parteiabreden in prozessualer Hinsicht bedacht und

in informierter Voraussicht zu treffen sind. Ansonsten laufen Parteien Gefahr, zum Beispiel aufgrund eines überhöhten Effizienzgedankens, ihre Verteidigungsrechte zu ihren Ungunsten einzuschneiden. Es ist fraglich, inwieweit der Entscheid auch auf im Voraus über die Wahl entsprechender institutioneller Schiedsordnungen getroffene Einschränkungen, zum Beispiel betreffend Anzahl und Umfang von Eingaben oder der Möglichkeit einer Verhandlung, anzuwenden ist. Dort, wo durch das Schiedsverfahrensrecht garantierte Minimalgarantien berührt sein könnten, müssten Schiedsgerichte eine Einzelfallabwägung zwischen ihnen und den Parteiabreden bzw. den institutionellen Schiedsregeln vornehmen.

## **2. Urteil des Bundesgerichts 4A\_532/2016 vom 30. Mai 2017: Teilweise Aufhebung wegen Nichtberücksichtigung eines Arguments**

[Rz 51] Mit Entscheid 4A\_532/2016 vom 30. Mai 2017 hob das Bundesgericht einen Schiedsentscheid teilweise auf, weil das Schiedsgericht ein von der Klägerin vorgebrachtes Argument nicht berücksichtigt habe.

[Rz 52] Das Schiedsverfahren betraf Verträge und Lizenzen für den Betrieb eines Casinos und eines Hotels im Westjordanland. Eine liechtensteinische Gesellschaft (A) schloss im Jahr 1996 mehrere Verträge mit der palästinensischen Autonomiebehörde sowie einer palästinensischen Gesellschaft (B), welche insbesondere den Betrieb eines Casinos und Hotels zum Gegenstand hatten. A errichtete darauf das Hotel, während B die Beschaffung der nötigen Bewilligungen oblag. Im Jahr 2000 wurden in zusätzlichen Verträgen alle Lizenzen – inklusive der Casino-Lizenz – im Wesentlichen erneuert.

[Rz 53] Die A unternahm 2012 mehrere vergebliche Versuche, neue Lizenzen für den Betrieb des Hotels und des Casinos von der Autonomiebehörde zu erhalten. Daraufhin leitete sie ein Schiedsverfahren ein und verlangte namentlich, die Autonomiebehörde sei zu verpflichten, eine bis 2028 gültige Casinolizenz auszustellen und alle übrigen Lizenzen dahingehend anzupassen, dass der Betrieb von Hotel und Casino bis zu diesem Zeitpunkt möglich seien. Darüber hinaus forderte A von der Autonomiebehörde und B rund USD 1.5 Mio. Schadenersatz.

[Rz 54] Das Schiedsgericht wies die Anträge der liechtensteinischen A mit der Begründung ab, die Ausstellung einer Casinolizenz – und damit die Realerfüllung des Vertrags durch B – sei unmöglich, weil dies gegen palästinisches zwingendes Recht verstossen würde, welches das Glücksspiel untersagt. Die auf dem Vertragsbruch von B basierenden und grundsätzlich möglichen Schadenersatzansprüche von A anerkannte das Schiedsgericht ausserdem nicht, da es A nicht gelungen sei, den Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Vertragsbruch nachzuweisen. A reichte daraufhin beim Bundesgericht Beschwerde ein und rügte insbesondere die Verletzung des rechtlichen Gehörs.

[Rz 55] Die Beschwerdeführerin brachte vor, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liege vor, weil das Schiedsgericht sich nicht mit ihren Argumenten hinsichtlich der separaten Erteilung einer Hotellizenz auseinandergesetzt habe. Stattdessen habe es die Verlängerung aller Lizenzen mit der Begründung abgelehnt, das Betreiben eines Casinos sei illegal. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Schiedsgericht sich in seinem Urteil tatsächlich mit der separaten Ausstellung der Hotellizenz hätte auseinandersetzen müssen, da das Glücksspielverbot die Möglichkeit der Ausstellung einer Hotellizenz nicht betreffe. Das Bundesgericht wies dabei insbesondere die Einwände der Autonomiebehörde und B zurück, das Schiedsgericht hätte implizit auch den Antrag zur Er-

teilung einer Hotellizenz abgelehnt. Dies zumal das Schiedsgericht in seiner Stellungnahme ans Bundesgericht selbst verlauten liess, es hätte die Hotellizenz nicht separat geprüft, da die unabhängige Ausstellung einer Hotellizenz von A gar nicht verlangt worden sei. Das Bundesgericht wies die Auffassung des Schiedsgerichts zurück, dass A die Ausstellung aller Lizenzen zusammen und nicht einzeln gefordert hatte, und befand, das Schiedsgericht hätte die separate Ausstellung einer Hotellizenz in seinem Entscheid prüfen müssen.

[Rz 56] Das Bundesgericht bestätigte folglich den Hauptteil des Schiedsspruchs, hob ihn jedoch in Bezug auf die separate Ausstellung einer Hotellizenz auf und wies die Sache zum Schiedsgericht zur neuerlichen Beurteilung dieses Aspekts zurück.

[Rz 57] Dieser Entscheid zeigte deutlich die Wichtigkeit von sorgfältig ausformulierten Rechtsbegehren auf. Das Schiedsgericht hatte die Rechtsbegehren der Klägerin nicht so verstanden, wie sie von ihr gemeint waren. Dies führte zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens, indem der Entscheid angefochten und in diesem Punkt nach Rückweisung noch einmal neu durch das Schiedsgericht entschieden werden musste. Dass vielleicht auch das Bundesgericht Verständnis für das Missverständnis des Schiedsgerichts hatte, zeigt die Kostenentscheidung insofern, als dass der Klägerin trotz ihres Teilerfolgs 95% der (hohen) Gerichtskosten auferlegt wurden. Parteien sind deshalb gut beraten sicherzustellen, dass ihre Rechtsbegehren einfach und klar formuliert sind und – insbesondere in komplexen Sachverhalten – dass das Schiedsgericht diese Begehren auch richtig versteht. Nichtsdestotrotz hat das Bundesgericht richtig entschieden, denn das rechtliche Gehör kann mitunter auch durch ein Missverständnis verletzt werden.

### **3. Urteil des Bundesgerichts 4A\_277/2017 vom 28. August 2017: Recht auf einen vom Schiedsgericht eingesetzten Sachverständigen**

[Rz 58] Mit Entscheid 4A\_277/2017 vom 28. August 2017 wies das Bundesgericht eine Beschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs ab und machte wichtige Ausführungen zum formellen Gehalt des rechtlichen Gehörs und der antizipierten Beweiswürdigung am Beispiel des vom Schiedsgericht eingesetzten Sachverständigen. Grundlage der Beschwerde war die Weigerung des Schiedsgerichtes, einen unabhängigen Sachverständigen zu beauftragen. Das Bundesgericht führte aus, dass die Parteien zwar grundsätzlich ein Recht auf Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen hätten, dabei jedoch gewisse Voraussetzungen erfüllt sein müssten. *In casu* seien diese jedoch nicht erfüllt, weshalb das rechtliche Gehör nicht verletzt sei.<sup>23</sup>

[Rz 59] Dem Schiedsverfahren lag ein 1977 abgeschlossener Vertrag über vier Tourismusprojekte zugrunde. In einem Teilentscheid entschied das Schiedsgericht zunächst, dass der Vertrag aufgrund der Nichtausführung zweier der vier Tourismusprojekte verletzt worden war. Im Endschiedsspruch hielt das Schiedsgericht jedoch den behaupteten Schaden für nicht erwiesen.

[Rz 60] Während des Schiedsverfahrens ersuchte die Beschwerdeführerin das Schiedsgericht darum, einen unabhängigen Sachverständigen zu benennen, der ihren Anspruch auf entgangenen Gewinn aus den beiden aufgegebenen Tourismusprojekten bewerten sollte, den sie mit mehr als 300 Millionen US-Dollar bezifferte. Zur Unterstützung ihres Antrags legte sie vier Dokumente vor: den Bericht einer Bank, eine Machbarkeitsstudie eines privaten Sachverständigen, eine Aktualisierung der vorgenannten Machbarkeitsstudie und einen weiteren undatierten Bericht.

---

<sup>23</sup> Siehe auch TARKAN GÖKSU, Arbitrage/Schiedsgerichtsbarkeit, in: BR 2017, S. 391.

Das Schiedsgericht berücksichtigte die vorgelegten Unterlagen nicht, weil diese erst nach Beginn des Schiedsverfahrens erstellt wurden und nach Auffassung des Schiedsgerichts einzig und allein dem Zweck dienen sollten, die Aufmerksamkeit des Schiedsgerichts vom wahren Sachverhalt abzulenken. Ferner stellte das Schiedsgericht fest, dass der Antragsteller es versäumt hatte, seine Position in Bezug auf die Ernennung des unabhängigen Sachverständigen darzulegen. Das Schiedsgericht vertrat die Auffassung, dass der Antragsteller einerseits die Bestellung eines Sachverständigen beantragt, andererseits aber eine rasche Erledigung des Falles in der Sache gefordert habe. Vor diesem Hintergrund stellte das Schiedsgericht fest, dass es im Rahmen seines Ermessensspielraums nach der geltenden Schiedsgerichtsordnung von der Bestellung eines Sachverständigen absehen kann, wenn es dies nicht für erforderlich hält. Schliesslich stellte das Schiedsgericht fest, dass keine ausreichenden Dokumente anhand welcher ein Gutachten hätte erstellt werden können, vorlagen. Es vertrat deshalb die Auffassung, dass die negativen Auswirkungen der unterlassenen Einreichung direkter und glaubwürdiger Beweismittel von der Partei getragen werden müsse, die die Beweislast für den angeblich entgangenen Gewinn trage.

[Rz 61] Vor dem Bundesgericht argumentierte die Beschwerdeführerin, dass ihr Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt worden sei, weil ihr Recht auf die Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen zur Beurteilung ihres Anspruchs auf entgangenen Gewinn missachtet worden sei.

[Rz 62] Das Bundesgericht bestätigte zunächst grundsätzlich das Recht der Parteien auf einen vom Schiedsgericht bestellten unabhängigen Sachverständigen als Ausfluss des rechtlichen Gehörs. Es wiederholte bei dieser Gelegenheit die in langjähriger und konstanter Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für ebensolche Bestellung:

- Ausdrücklicher sowie form- und zeitgerechter Antrag einer Partei;
- Vorauszahlung der Kosten der Expertise durch die antragstellende Partei;
- Pertinenz der Expertise bezüglich des Entscheidungsprozesses des Schiedsgerichts, wobei dies der Fall ist, wenn kumulativ (i) die zu beurteilenden Fakten technischer Natur sind oder anderweitigem Expertenwissen bedürfen, (ii) die zugrundeliegenden Fakten nicht anderweitig festgestellt werden können, und (iii) die Schiedsrichter über das benötigte Wissen nicht selbst verfügen.

[Rz 63] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, da die eher strengen Voraussetzungen für die Ausübung dieses Rechts nicht erfüllt waren. Insbesondere betonte das Bundesgericht, dass die Parteien die Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen ausdrücklich verlangen müssen und dass die Parteien die Kerndokumente, auf die sich das Gutachten stützen soll, bereits mit dem Antrag auf Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen einreichen müssen, insofern sich dies aus den Formanforderungen für die Beantragung eines Gutachtens ergeben würde. Die Tatsache, dass unter Umständen die Kerndokumente für ein Gutachten bereits mit der Antragstellung eingereicht werden sollen, ergibt sich zwar nicht aus der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ist aber in den meisten Fällen durchaus sinnvoll. Nur anhand solcher Dokumente wird ein Schiedsgericht in der Lage sein zu entscheiden, ob es selbst nicht über den nötigen Sachverstand verfügt und ob sich überhaupt ein sinnvolles und entscheiderelevantes Gutachten wird erstellen lassen.

[Rz 64] Schliesslich erklärte das Bundesgericht, dass es nur sehr begrenzt befugt sei, die Beweiswürdigung eines Schiedsgerichts unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Verletzung des rechtlichen Gehörs zu überprüfen. Tatsächlich sei das rechtliche Gehör nur verletzt, wenn die Verwei-

gerung der Zulassung von Beweismitteln die Entscheidungsfindung des Schiedsgerichts und somit schliesslich das Schiedsurteil selbst beeinflussen kann.

[Rz 65] Während dieser Entscheid hauptsächlich die bestehende Rechtsprechung in Bezug auf das Recht auf einen unabhängigen Sachverständigen bestätigte, zeichnete es dennoch die Konturen dieses Rechts schärfer. Insbesondere scheint das Bundesgericht in dieser Entscheid nicht mehr von einem formellen Recht auf das rechtliche Gehör auszugehen (zumindest wenn die Bestellung eines Sachverständigen zur Frage steht), sondern eine Verletzung immer nur noch dann in Betracht zu ziehen, wenn sie potentiell eine Auswirkung auf den Entscheid des Schiedsgerichts haben kann. Sollte sich diese Tendenz in weiteren Entscheiden fortsetzen, wäre dies eine bedeutende Weiterentwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gehörsverletzung.

## V. Revision von Schiedsentscheiden

### 1. BGE 142 III 521: Unabhängigkeit des Schiedsrichters (Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG) / Revision (1)

[Rz 66] Im Entscheid BGE 142 III 521 hat das Bundesgericht geprüft, ob die Entdeckung von Ausstandsgründen nach Ablauf der dreissigtägigen Anfechtungsfrist als Grundlage für die Revision eines internationalen Schiedsspruchs dienen kann. Ohne diese Frage zu klären, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass unter den nachfolgend beschriebenen Umständen des spezifischen Falles kein Hinweis auf einen Interessenkonflikt vorlag.<sup>24</sup>

[Rz 67] Um 2005 schloss eine niederländische Tochtergesellschaft des deutschen Maschinenbaukonzerns Bosch (Bosch Rexroth) mit einem italienischen Unternehmen (Piacentini) einen Vertrag über den Bau und die Installation eines Schiffshebewerkes in Italien ab. Als der letzte Test im Jahr 2007 durchgeführt wurde, rissen die Liftseile und die Plattform brach zusammen. Zwischen den Parteien kam es zu einer Auseinandersetzung über die finanziellen Folgen dieses Vorfalles.

[Rz 68] Bosch Rexroth leitete im Dezember 2011 ein Schiedsverfahren gegen Piacentini nach der Schiedsgerichtsordnung der ICC ein. Die internationale Handelskammer ernannte einen Schweizer Rechtsanwalt zum Einzelschiedsrichter, welcher in der Sache zugunsten von Bosch Rexroth entschied.

[Rz 69] Nach Ablauf der dreissigtägigen Anfechtungsfrist entdeckte Piacentini, dass das deutsche Büro des Kanzleiverbundes, welchem auch der Einzelschiedsrichter angehörte, die zur Bosch-Gruppe gehörende Bosch Software Innovations bei der Implementierung einer Smartphone-App für das Fahren von Elektroautos beraten hat. Diese Verbindung zwischen der Kanzlei des Einzelschiedsrichters und einer Gesellschaft derselben Gruppe einer der Parteien im Schiedsverfahren sei, so Piacentini, ein Ausstandsgrund oder ein Grund für eine Anfechtung des Schiedsspruchs.

[Rz 70] Das Bundesgericht wies den Antrag auf Revision des Schiedsspruchs ab. Zuvor setzte es sich aber detailliert mit der Frage auseinander, ob Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Schiedsrichters überhaupt Grund für eine Revision darstellen können. Obschon es durchblicken liess, dass die Aufdeckung von Umständen, welche ebensolche Zweifel aufkommen lassen, durchaus in einer Revision eines internationalen Schiedsspruchs resultieren

---

<sup>24</sup> Siehe auch XAVIER FAVRE-BULLE, Case Notes on International Arbitration, SRIEL 2017, S. 462 ff; PIERRE YVES TSCHANZ/ISABELLE FELLRATH GAZZINI, Urteilsbesprechung BGE 142 III 360, in: Revue de l'arbitrage 4/2016, S. 1196.

könnte, liess es die Frage schlussendlich unbeantwortet. Statt diesbezüglich selbst eine Entscheidung zu treffen, hat es die Fragestellung an das Parlament verwiesen, welches sich der Sache im Rahmen der bevorstehenden Revision des schweizerischen Internationalen Privatrechtsgesetzes annehmen soll. Das Bundesgericht liess es sich jedoch nicht nehmen, dem Parlament bereits grobe Richtlinien vorzuzeichnen, indem es kundtat, dass die Revision in Fällen, in denen Ausstandsgründe erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist bekannt würden, tendenziell eher zuzulassen seien. Die Entscheidung ist auch insofern interessant, als sie die Bedeutung der Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration der International Bar Association (IBA)<sup>25</sup> als einen international anerkannten Standard betont.

[Rz 71] Sicherlich hat das Bundesgericht in dieser Angelegenheit einen schiedsfreundlichen Ansatz gewählt, was grundsätzlich zu begrüessen ist. Jedoch sollte im Einzelfall stets eine Prüfung aller relevanten Umstände erfolgen, um zu beurteilen, ob Verbunde, Netzwerke und Zusammenarbeitsabsprachen zwischen einzelnen Anwälten und Kanzleien (oder Kanzleistandorten) nicht dennoch berechnigte Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit eines Schiedsrichters hervorrufen können. Schliesslich wird zu sehen sein, wie das Parlament im revidierten Schiedsverfahrensrecht mit der Frage der Revision von Schiedsentscheiden mit nach Ablauf der Anfechtungsfrist hervorgetretenen Zweifeln umgehen wird.

## **2. Urteil des Bundesgerichts 4A\_412/2016 vom 21. November 2016: Revision (2) aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel (Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG)**

[Rz 72] Mit seinem Entscheid 4A\_412/2016 vom 21. November 2016 hiess das Bundesgericht einen Antrag auf Revision eines internationalen Schiedsspruchs wegen neu gewonnener Beweise im Zusammenhang mit Bestechung gut. Dies war erst das dritte Mal, dass das Bundesgericht einem solchen Antrag stattgegeben hat.<sup>26</sup>

[Rz 73] Im März 2005 schloss die Gesellschaft C einen Beratungsvertrag mit der Gesellschaft B ab. Nach dem Vertrag war C verpflichtet, B bei im Beschaffungsprozess bezüglich eines Grossprojekts im Land V gegen Zahlung einer Provision in Höhe von 2% des Transaktionspreises zu beraten. Die Vereinbarung sah ferner vor, dass die einschlägigen Antikorruptionsgesetze eingehalten werden müssen und dass im Falle eines Verstosses gegen diese Gesetze die Kommissionsgebühr aufgehoben werde. Von Juli 2005 bis Oktober 2007 schloss die Beklagte elf Verträge über die Lieferung von Dieselmotoren mit dem staatlichen Unternehmen E ab, welches für den Import von Energieversorgungsanlagen in Land V zuständig war und enge Beziehungen zum Unternehmen D in Land V unterhielt. Das Gesamtvolumen dieser Verträge belief sich auf über EUR 100 Mio. Bis Juni 2007 zahlte die B Provisionen in Höhe von rund EUR 1,6 Mio. an C, weigerte sich aber, ausstehende Gebühren in Höhe von rund EUR 1,2 Mio. zu zahlen. Am 26. Januar 2009 leitete C ein Schiedsverfahren ein.

[Rz 74] Im Schiedsverfahren hatte die Beklagte B geltend gemacht, dass die Vereinbarung, auf die sich die Klägerin C für ihren Zahlungsanspruch berief, nichtig sei, da ihr einziger Zweck die Über-

---

<sup>25</sup> Deutsche Fassung der IBA Konfliktregeln abrufbar unter: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=F60BF16D-29E9-402F-A329-F1C191B174A1>.

<sup>26</sup> Zum ersten Mal gab das Bundesgericht einem Revisionsgesuch in Urteil des Bundesgerichts 4P.102/2006 vom 29. August 2006, das zweite Mal in Urteil des Bundesgerichts 4A\_596/2008 vom 6. Oktober 2009 statt.

tragung von Bestechungsgeldern sei. Der Beklagten gelang es jedoch nicht, diese Behauptung zu beweisen, da die Klägerin einschlägige Bankunterlagen zurückhielt, obwohl das Schiedsgericht deren Edition angeordnet hatte. Fünf Jahre später erhielt der Rechtsnachfolger der Beklagten jedoch im Rahmen eines Strafverfahrens ein entsprechendes Bankdokument und reichte auf der Grundlage dieses neu gewonnenen Beweismaterials einen Antrag auf Revision des Schiedsspruches ein.

[Rz 75] Das Bundesgericht hat dem Antrag auf Revision in analoger Anwendung von Art. 123 lit. a BGG stattgegeben, den Schiedsspruch aufgehoben und den Fall an das ursprüngliche Schiedsgericht zurückverwiesen, um die Bestechungsvorwürfe im Lichte der neu gewonnenen Beweise erneut zu prüfen. In seinen Erwägungen stellte es fest, dass die Beklagte mit dem Dokument, das zum Zeitpunkt der Verkündung des Schiedsspruches bereits existierte, die Bestechungsvorwürfe im Schiedsverfahren hätte beweisen können, und dies den Ausgang des Verfahrens geändert hätte.

[Rz 76] Der Entscheid zeigt, dass die Revision ein wichtiges Element im Rechtsmittelsystem der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz ist und Parteien auch Jahre nach Abschluss des Schiedsverfahrens zur Durchsetzung eines Anspruches verhelfen kann. Jedoch bleibt zu bedenken, dass die Hürde für eine erfolgreiche Revision ausserordentlich hoch ist, was durch die extreme Seltenheit der vom Bundesgericht gutgeheissenen Anträge ersichtlich ist.<sup>27</sup>

### **3. BGE 143 III 589: Verzicht auf Rechtsmittel (Art. 192 Abs. 1 IPRG) / Revision (3)**

[Rz 77] In einem weiteren Entscheid, der sich unter anderem mit der Revision von Schiedsentscheiden befasste, setzte sich das Bundesgericht mit dem Zusammenspiel eines Rechtsmittelverzichts und der Revisionsmöglichkeit auseinander. Insbesondere nahm sich das Bundesgericht der Frage an, ob es bei dieser Beurteilung eine Rolle spielt, wann ein Revisionsgrund (der zugleich auch ein Anfechtungsgrund dargestellt hätte) der antragsstellenden Partei bekannt wird.<sup>28</sup>

[Rz 78] Auf Initiative von Kroatien erwarb die grösste ungarische Ölgesellschaft, MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc (MOL), einen Anteil von 25% an Kroatiens grösster Ölgesellschaft, INA Industrija Nafta (INA). Die beiden schlossen daraufhin einen Aktionärsbindungsvertrag. Im Zuge der Privatisierung der INA wurde MOL deren grösste Aktionärin. Im Jahr 2009 übernahm MOL schliesslich durch eine Änderung des Aktionärsbindungsvertrags die Geschäftsführung der INA.

[Rz 79] Fünf Jahre später leitete Kroatien auf Basis der Schiedsklausel im Aktionärsbindungsvertrag ein Schiedsverfahren nach den UNCITRAL-Regeln gegen MOL ein. Kroatien verlangte u.a. die Aufhebung des Aktionärsbindungsvertrags, da dieser durch eine Bestechungszahlung von EUR 10 Mio. an den vormaligen kroatischen Premierminister erlangt worden sei. Das Schiedsgericht befand die Vorbringen von Kroatien als nicht erwiesen und wies die Schiedsklage ab.

[Rz 80] Nach Ergehen des Schiedsentscheids aber noch innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfrist entdeckte Kroatien angeblich, dass der von ihnen nominierte Schiedsrichter einen Interes-

---

<sup>27</sup> Vgl. zu den Revisionsgründen MARCO STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 472 ff.

<sup>28</sup> Siehe für eine ausführliche Besprechung dieses Entscheids MLADEN STOJILJKOVIC, Waiving any recourse against the arbitral award – do parties waive also the right to request revision?, in: dRSK, publiziert am 19. Dezember 2017.

senkonflikt nicht offengelegt hatte. Aus diesem Grund reichte Kroatien Beschwerde beim Bundesgericht ein und verlangte die Aufhebung oder alternativ die Revision des Schiedsspruchs. MOL dagegen brachte vor, die Beschwerde sei unzulässig, da die Parteien in der Schiedsvereinbarung, welche die Wendung «*there shall be no appeal to any court from awards rendered hereunder*» beinhaltete, gültig die Möglichkeit der Anfechtung des Schiedsspruchs ausgeschlossen hätten. Der Ausschluss bezöge sich nicht nur auf die Anfechtung sondern auch auf die Revision des Schiedsspruchs.

[Rz 81] Das Bundesgericht wies die Beschwerde als unzulässig zurück. Es hielt fest, die Schiedsklausel begründete zweifellos einen gültigen Ausschluss, da der gemeinsame Wille der Parteien, auf jegliche Möglichkeit der Anfechtung aller Schiedssprüche des Schiedsgerichts vor einem staatlichen Gericht zu verzichten, klar ersichtlich sei. Der Begriff «*appeal*» sei ausserdem weit auszulegen, weil die UNCITRAL-Regeln keine Anfechtung vor einem Appellationsschiedsgericht vorsehen würden und keines der relevanten Gesetze (die schweizerische *lex arbitri*, die kroatische *lex causae* sowie das ungarische Recht) eine materielle Prüfung von Schiedssprüchen durch staatliche Gerichte vorsehen würden. Somit könne sich der Ausschluss in der Schiedsklausel nur auf die Anfechtung vor dem Bundesgericht beziehen.

[Rz 82] Mit Bezug auf den Antrag auf Revision des Schiedsspruchs hielt das Bundesgericht fest, dass einerseits aufgrund der Tatsache, dass der angebliche Konflikt während der gesetzlichen Anfechtungszeit entdeckt wurde, und andererseits, dass die Revision gegenüber den anderen Rechtsbehelfen subsidiär sei, es vorliegend gegen Treu und Glauben verstossen würde, dem Revisionsantrag einer Partei stattzugeben, welche vorgängig einem Rechtsmittelverzicht zugestimmt hat.

[Rz 83] Somit ist nun klar, dass ein Rechtsmittelverzicht nicht umgangen werden kann, indem während der Anfechtungsfrist eine Revision des Schiedsentscheids beantragt wird. Unklar hingegen bleibt, wie das Bundesgericht entschieden hätte, wenn der Revisionsgrund nach Ablauf der dreissigtägigen Anfechtungsfrist bekannt geworden wäre. Ebenso hat das Bundesgericht die umstrittene Frage unbeantwortet gelassen, ob Parteien überhaupt gültig auf die Revision verzichten können, indem es das Problem über den Verstoss gegen Treu und Glauben löste.<sup>29</sup>

[Rz 84] Unabhängig davon ist der Entscheid insofern von Bedeutung, als dass er in der vorliegenden Schiedsklausel («*there shall be no appeal...*») einen gültigen Rechtsmittelverzicht nach Artikel 192 IPRG erkennt und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage wiedergibt. Bei der Abfassung von Schiedsklauseln ist Parteien zur Vorsicht zu raten, die einen solchen Verzicht, wie ihn neben der Schweiz nur wenige nationale Schiedsgesetze kennen, nicht wünschen.

## **VI. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Urteil des Bundesgerichts 4A\_616/2015 vom 20. September 2016**

[Rz 85] In einem der wenigen Entscheide des Bundesgerichts 4A\_616/2015 vom 20. September 2016, die sich mit Investitionsschiedsverfahren auseinandersetzen, beurteilte das Bundesgericht den Investitionsbegriff unter dem französisch-vietnamesischen bilateralen Investitionsschutzab-

---

<sup>29</sup> Siehe hierzu *ibid.*, m.w.H. zu Lehrmeinungen bezüglich der Möglichkeit des Verzichts auf die Revision.

kommen. Dabei machte es weitreichende Aussagen bezüglich seiner Überprüfung von Zuständigkeitsentscheiden von Investitionsschiedsgerichten.

[Rz 86] Zwischen 1986 und 1998 und vor dem Hintergrund der US-amerikanischen Handelsanktionen gegen Vietnam schloss der Kläger eine Reihe von Verträgen im Zusammenhang mit der Lieferung von Nahrungsmittelprodukten und Landwirtschaftsmaschinen sowohl mit privaten wie auch mit staatlichen Unternehmen aus Vietnam. Der Kläger eröffnete ausserdem im Jahr 1991 eine permanente Vertretung in Ho Chi Minh City.

[Rz 87] Im Jahr 2013 leitete der Kläger ein Schiedsverfahren gegen die Beklagte ein, im Zuge dessen er ausstehende Zahlungen von ca. USD 66 Mio. geltend machte. Der Kläger brachte vor, das Investitionsschutzabkommen (BIT) zwischen Frankreich und Vietnam anerkenne «Geldforderungen sowie jegliche Forderungen auf Leistung mit wirtschaftlichem Wert» als «Investitionen». Des Weiteren argumentierte der Kläger, französische Gesetzgebungsmaterialien sowie zahlreiche Entscheide von Investitionsschiedsgerichten würden diese breite Auslegung des Investitionsbegriffs inklusive Geldforderungen bestätigen. Schliesslich behauptete er, die relevanten Verträge seien Teil des vietnamesischen Programms für Nahrungsmittelhilfe und dass seine Vertretung in Vietnam ein weiterer Beleg für seine Präsenz in Vietnam sei.

[Rz 88] Auf Antrag des Beklagten ordnete das Schiedsgericht die Teilung des Verfahrens an und klärte vorfrageweise, ob der Kläger tatsächlich eine «Investition» im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des BIT Frankreich–Vietnam getätigt hat. Im September 2015 erliess das Schiedsgericht ein Urteil, in welchem es seine Zuständigkeit ablehnte, da keine Investition vorliege.

[Rz 89] In seinem Entscheid erwog das Schiedsgericht, der Umstand, dass Geldforderungen in der nicht abschliessenden Liste der geschützten Investitionen enthalten sind, sei eine notwendige aber keine hinreichende Bedingung zum Nachweis einer Investition. Laut dem Schiedsgericht verlangen Ziel und Zweck eines BIT (Entwicklung der bilateralen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen zwei Parteien), dass die Investition auf dem Gebiet des anderen Staates und entsprechend dessen nationalen Gesetzen und Regularien erfolgt. Das Schiedsgericht kam zum Schluss, es sei dem Kläger nicht gelungen, die geografische Verbindung zu Vietnam nachzuweisen. Ausserdem würden weder die vertraglichen Beziehungen des Klägers noch seine Vertretung, welche nur administrative Unterstützung anbot, zur allgemeinen Entwicklung der vietnamesischen Wirtschaft beitragen. Insgesamt reiche dies nicht zum Nachweis einer genügenden Präsenz im Staat, in dem angeblich investiert wurde. Schliesslich habe der Kläger den Nachweis nicht erbringen können, die strittigen Verträge seien Teil des Nahrungsmittelhilfeplans für Vietnam.

[Rz 90] Vor dem Bundesgericht verlangte der Kläger, das Schiedsurteil sei aufzuheben. Das Bundesgericht widmete sich zunächst der Frage, ob der Kläger tatsächlich eine Investition in Vietnam getätigt hatte oder nicht. Unter Bezugnahme auf Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge interpretierte das Bundesgericht Art. 1 Abs. 1 des BIT Frankreich–Vietnam und kam in Übereinstimmung mit dem Schiedsgericht zum Schluss, die Aktivitäten des Klägers stellten keine Investition im Sinne des BIT dar. Auch lehnte es das Argument ab, französische Rechtsquellen wiesen auf das Gegenteil hin. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass, auch wenn die Materialien eine so breite Auslegung des Investitionsbegriffs vorgesehen hätten, diese nur eine unilaterale Sicht Frankreichs widerspiegeln würden. Letztlich hob das Bundesgericht hervor, dass die Auslegung des Schiedsgerichts von spezifischen Fakten abhängen würde, die nicht seiner Kognition unterlägen.

[Rz 91] Das Argument des Klägers, Geldforderungen seien früher schon sowohl in der Literatur als auch von Schiedsgerichten als Investitionen anerkannt worden, wies das Bundesgericht zu-

rück. Mangels einer international anerkannten Definition des Investitionsbegriffs, seien Bestimmungen von BITs auf der Basis des betreffenden BIT zu interpretieren und nicht durch den Verweis auf andere Investitionsabkommen oder nicht bindende Schiedsurteile. Dieser Ansatz könnte zwar dem internationalen Trend einer einheitlichen und globalen Interpretation des Investitionsbegriffes zuwiderzulaufen. Im Ergebnis ist der Entscheid jedoch zu begrüßen, da der Staat, in den investiert wurde, andernfalls bei solchen Ausgangslagen als faktischer Garant für die in seinem Territorium domizilierten Unternehmen enden würde.

[Rz 92] Interessanterweise hielt das Bundesgericht fest, dass, obwohl es bei der Beurteilung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts unbegrenzte Kognition hat, es ohne hinreichenden Grund nicht in den Zuständigkeitsentscheid international anerkannter Schiedsgerichtsexperten eingreifen würde. Dies insbesondere nicht, wenn die Schiedsrichter bezüglich des Investitionsbegriffs eine einstimmige Entscheidung getroffen haben. Was der Grund dieser selbstaufgelegten Zurückhaltung der Überprüfung von Zuständigkeitsentscheiden von Investitionsschiedsgerichten ist, geht aus der Begründung des Entscheids nicht deutlich hervor. Insbesondere lässt sich keine befriedigende Rechtfertigung für die ungleiche Behandlung von Entscheiden eines Investitionsschiedsgerichts gegenüber eines Handelsschiedsgerichts erkennen.

## VII. Abschliessende Bemerkungen

[Rz 93] Wie auch in den Jahren zuvor<sup>30</sup> hat das Bundesgericht in den Jahren 2016 und 2017 einige wichtige und wegweisende Entscheide im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit gefällt.

[Rz 94] Hervorzuheben sind sicherlich die Revisionsentscheide des Bundesgerichts, welche zwar in einigen Bereichen Klärung brachten, die Kernfragen aber unbeantwortet liessen. Daraus lässt sich deutlich die Vorwirkung der bevorstehenden Revision des Schweizerischen Schiedsverfahrensrechts erkennen, welches das Bundesgericht dazu veranlasste, nicht unnötig dem Gesetzgebungsprozess vorzugreifen.

[Rz 95] Des Weiteren zeigt sich auch in dieser Berichtsperiode die betont schiedsfreundliche (oder, je nach Auslegung dieses Begriffs, zumindest die betont liberale) Haltung des Bundesgerichts, indem es beispielsweise auf die Nichtüberprüfbarkeit von Sachverhaltsfeststellungen durch das Schiedsgericht auch in dem Bereich abstellt, in welchem es bisher eher restriktiv vorgeht (namentlich in der Frage des Bestehens einer Schiedsklausel).

[Rz 96] Schliesslich zeigt der differenzierte Umgang mit komplexen prozessrechtlichen Themen, wie zum Beispiel mit der Rolle der Prozessökonomie bei der Anfechtung von Zuständigkeitszwischenentscheiden aber auch mit grundlegenden Fragen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, dass das Bundesgericht in seiner Spruchstätigkeit weiterhin eher auf Pragmatismus als auf Dogmatismus setzt.

---

JAMES MENZ ist stellvertretender Generalsekretär und Leiter Case Management der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) in Köln/Berlin.

---

<sup>30</sup> Siehe JAMES MENZ, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit 2014/2015, in: Jusletter 4. April 2016.

BENJAMIN GOTTLIEB ist Associate in der Praxisgruppe Dispute Resolution der Kanzlei Schellenberg Wittmer AG in Zürich.

Dieser Beitrag gibt die persönlichen Auffassungen der Autoren wieder und nicht die der DIS oder von Schellenberg Wittmer. Die Autoren danken Sabrina Kunz und Philippe Weber, Substituten bei Schellenberg Wittmer in Zürich, für ihre wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.