

Terms of Reference Ihre Bedeutung für das Schiedsverfahren*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Mögliche Ausgestaltung
 1. Ausgestaltung als Vertrag
 2. Konstituierungsbeschluss
 3. Mischformen
- III. Überblick zu einigen essentiellen Terms of Reference
 1. Parteien
 2. Präambel
 - a) Hinweis auf die Schiedsklausel
 - b) Hinweis auf die Gültigkeit der Schiedsklausel
 3. Schiedsgericht
 - a) Sitz
 - b) Mandatsannahme
 - c) Honorarregelung
 - d) Sekretariat
 4. Schiedsgegenstand
 - a) Binnenschiedsgerichtsbarkeit
 - aa) Gültigkeit der Schiedsklausel
 - bb) Umfang der Schiedsklausel
 - cc) Widerklage
 - dd) Verrechnung
 - b) Internationale Schiedsgerichtsbarkeit
 5. Verfahrensrechtliche Bestimmungen
 - a) Primär anwendbares Verfahrensrecht
 - aa) Binnenschiedsgerichtsbarkeit
 - bb) Internationale Schiedsgerichte
 - b) Subsidiär anwendbares Verfahrensrecht
 - c) Aussöhnungsversuch
 - d) Zeitlicher Ablauf des Verfahrens
 - e) Fortführungslast
 - f) Folgen eines Verzichts auf Einreichung der Klage
 - g) Schriftenwechsel
 - h) Sprache
 - i) Übersetzung von Dokumenten
 - j) Einigungsverhandlungen
 - k) Prozessleitende Verfügungen
 - l) Vorsorgliche Massnahmen
 - m) Modalitäten der Zustellung
 - n) Säumnis und Säumnisfolgen
 - o) Sachverständige
 - p) Zeugen
 6. Anwendbares materielles Recht
 7. Rechtswahl für Streitigkeiten aus dem Schiedsrichtervertrag
 8. Kosten
 - a) Verfahrens- und Parteikosten
 - b) Vorschussleistungen
 - aa) Wer ist vorschusspflichtig?
 - bb) Folgen der Nichtleistung
 - c) Prozesskostensicherheit
 9. Rechtsmittel
 - a) Binnenschiedsgerichtsbarkeit
 - b) Internationale Schiedsgerichtsbarkeit
 10. Gründe für das Ausscheiden eines Schiedsrichters
 11. Ersetzung eines Schiedsrichters und ihre Folgen
 12. Hinterlegung und Zustellung

I. Einleitung

Die vorliegende Abhandlung richtet sich in erster Linie an Praktiker, die, sei es als Schiedsrichter, sei es als Parteivertreter, mit der Ausgestaltung von Schieds- und Schiedsrichterverträgen befasst sind. Die Absicht der Autoren besteht darin, die Bedeutung der Terms of Reference für die erfolgreiche und möglichst «störungsfreie» Abwicklung eines Schiedsprozesses herauszustrichen.

Wenn im Folgenden über Terms of Reference gesprochen wird, drängt sich zunächst die Frage auf, was mit diesem Ausdruck genau gemeint ist. Die präziseste allgemeine Übersetzung aus dem Englischen lautet vermutlich «Richtlinien». Gemeint sind – nunmehr bezogen auf die Schiedsgerichtsbarkeit – in erster Linie die verfahrensrechtlichen Fragen, welche die Streitparteien zusammen mit den Schiedsrichtern in einem schriftlichen Dokument festhalten, welches den äusseren Rahmen oder das «Handbuch» für den Ablauf des bevorstehenden Schiedsverfahrens bildet.

Es fällt auf, dass hinsichtlich des erwähnten Dokuments oft eine gewisse Begriffsverwirrung herrscht. So wird neben Terms of Reference auch von Schiedsabrede, Schiedsvereinbarung, Schiedsklausel, Schiedsvertrag, Schiedsrichtervertrag und dergleichen mehr gesprochen, ohne dass immer und überall Klarheit herrschen würde, was damit genau gemeint ist. Daher erscheint es zweckmässig, zunächst die in den nachfolgenden Ausführungen verwendete Terminologie zu erläutern¹. «Schiedsabrede» wird als zusammenfassende Bezeichnung für die Begriffe «Schiedsvertrag» und «Schiedsklausel» verstanden. In einer Schiedsklausel unterstellen die Parteien mögliche *künftige* Streitigkeiten aus einem Rechtsverhältnis der Beurteilung durch ein Schiedsgericht. Demgegenüber vereinbaren die Parteien in einem Schiedsvertrag, eine *bestehende* Streitigkeit einem Schiedsgericht zur Entscheidung zu unterbreiten. Ein «Schiedsrichtervertrag» (receptum arbitri) wiederum regelt das Rechtsverhältnis zwischen jedem einzelnen Schiedsrichter und den beiden Streitparteien².

* Der vorliegende Beitrag fusst auf einem Referat, das der erstgenannte Autor am 26. Oktober 2001 im Rahmen einer Veranstaltung der ASA-Gruppe «Espace Mittelland» zum Thema «Aus dem Alltag des Schiedswesens – ausgewählte Fragen» gehalten hat.

¹ Die hier verwendete Terminologie folgt derjenigen von Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, 14. Kapitel, Rz. 26 ff.

² Vgl. Vogel/Spühler (o. Fn. 1) 14. Kapitel, Rz. 50.

II. Mögliche Ausgestaltung

Die Terms of Reference halten wie erwähnt die «Guidelines» für das Schiedsverfahren fest. Sie lassen sich auf verschiedene Arten gestalten.

1. Ausgestaltung als Vertrag

Wohl in den meisten Fällen liegt einem Schiedsprozess eine Schiedsklausel zu Grunde. Sobald die Streitigkeit aktuell geworden und das Schiedsverfahren eingeleitet ist, wird in der Regel eine als «Terms of Reference» bezeichnete Vereinbarung abgeschlossen. Diese enthält zum einen eine Schiedsabrede. Zum anderen ist in demselben Dokument regelmässig auch der Auftrag an das Schiedsgericht zur Streitentscheidung, mithin der so genannte Schiedsrichtervertrag, mit eingeschlossen. Auf Deutsch könnte man diese Form der Terms of Reference entsprechend als «Schieds- und Schiedsrichtervertrag» bezeichnen.

2. Konstituierungsbeschluss

Als Alternative zur vertraglichen Ausgestaltung der Terms of Reference bietet sich die Zusammenfassung der verfahrensrechtlichen Richtlinien in einem durch das Schiedsgericht erlassenen Konstituierungsbeschluss an. Das setzt grundsätzlich voraus, dass das Schiedsgericht bereits ordentlich bestellt und eingesetzt ist. Daraus folgt, dass sich dieses Vorgehen unter anderem dann eignet, wenn das Schiedsgericht unter Anrufung Dritter, z.B. im Verfahren nach Art. 12 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit³ (nachfolgend «KSG»), eingesetzt wurde. Gegenstand des Beschlusses bildet die Umschreibung des Streitgegenstandes einerseits, die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts andererseits.

Da ein Schiedsprozess in erhöhtem Masse als ein Zivilprozess vor staatlichen Gerichten von der Verhandlungsmassime beherrscht wird, empfiehlt sich, den Parteien Gelegenheit zu geben, zu den in einem Konstituierungsbeschluss enthaltenen Bestimmungen Stellung zu nehmen und einzelne Punkte durch einvernehmliche Regelung abzuändern. Das kann dadurch erreicht werden, dass dem Konstituierungsbeschluss folgende Klausel beigefügt wird: «Den Parteien wird Frist bis [...] angesetzt, um dem Schiedsgericht allfällige von diesem Beschluss abweichende schriftliche Vereinbarungen betreffend das Verfahren mitzuteilen.»

3. Mischformen

Die beiden vorerwähnten Varianten lassen sich auch kombinieren. So können die Parteien in den als Vertrag ausgestalteten Terms of Reference vereinbaren, nur das anwendbare Verfahrensrecht zu bezeichnen, und im Übrigen das Schiedsgericht ermächtigen, nach vorgängiger Gelegenheit zur Stellungnahme in der Form des Beschlusses ergänzende «Specific Procedural Rules» zu erlassen.

III. Überblick zu einigen essenziellen Terms of Reference

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich in erster Linie auf Terms of Reference, die in vertraglicher Form, d.h. als Schieds- und Schiedsrichtervertrag, festgehalten werden. Die Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und geht primär von der Annahme aus, dass es sich um ein Binnenschiedsverfahren handelt. Wo angebracht, wird auf Besonderheiten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit verwiesen.

1. Parteien

In der Einleitung der Terms of Reference sind die an dem jeweiligen Schiedsverfahren beteiligten Parteien aufzuführen. Dazu gehören in erster Linie die Streitparteien, d.h. die klagende sowie die beklagte Partei (Hauptparteien). Im Weiteren sind sämtliche Intervenienten und Streitgenossen (Nebenparteien) aufzuführen. In Bezug auf Intervention und Streitgenossenschaft ist besonders zu beachten, dass diese nach Art. 28 KSG zwingend⁴ nur unter zwei Voraussetzungen zulässig sind: (1) wenn zwischen den Dritten und den Streitparteien eine Schiedsabrede besteht; (2) wenn das Schiedsgericht der Intervention bzw. Streitgenossenschaft zugestimmt hat.

Enthalten die Terms of Reference nicht nur den Schiedsvertrag, sondern auch den Schiedsrichtervertrag, sind neben den beteiligten Haupt- und Nebenparteien auch die Schiedsrichter als Vertragspartner aufzuführen. Namentlich wenn mehrere Schiedsrichter beauftragt werden, sind alle in die Vereinbarung einzubeziehen, soll doch jeder Einzelne verpflichtet werden.

2. Präambel

a) *Hinweis auf die Schiedsklausel*

Es erscheint zweckmässig, in einer Präambel zu den Terms of Reference einen Hinweis auf die

³ Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (KSG; SR 279).

⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 3 KSG.

Schiedsklausel anzubringen. Einerseits soll damit der Hintergrund des vorliegenden Schiedsvertrages erläutert werden. Andererseits haben die Parteien regelmässig bereits in der Schiedsklausel wichtige verfahrensrechtliche Bestimmungen festgehalten, z.B. den Sitz des Schiedsgerichts, die Anzahl Schiedsrichter, die anwendbare Verfahrensordnung etc.

Darüber hinaus können durch die ausdrückliche Erwähnung der Schiedsklausel Einwände erfolgreich abgewehrt werden, wie sie in einem bekannt gewordenen Fall erhoben worden waren⁵: Umstritten war der Umfang der Schiedsklausel, d.h. die Frage, ob diese alle eingeklagten Ansprüche erfasse. Die Klägerin machte geltend, es komme auf die Schiedsklausel gar nicht mehr an, da diese durch die von beiden Parteien unterzeichneten Terms of Reference ersetzt worden sei. Dieser Auffassung widersprach das Zürcher Obergericht (wohl zu Recht) mit dem Argument, den Terms of Reference könne nicht die Wirkung eines die Schiedsklausel ersetzenden Schiedsvertrages unterstellt werden, namentlich dann nicht, wenn darin vermerkt sei, dass die Zuständigkeit zur Beurteilung gewisser Ansprüche bestritten werde.

b) *Hinweis auf die Gültigkeit der Schiedsklausel*

Im Weiteren empfiehlt sich in der Präambel ein Hinweis zur Frage, ob und inwieweit die Parteien die Gültigkeit der Schiedsklausel anerkennen. Zur Begründung dieser Empfehlung kann noch einmal auf den soeben erwähnten Entscheid verwiesen werden⁶: Die Beklagte machte (offenbar erst im Kassationsverfahren) geltend, die Schiedsklausel sei nichtig und damit ungültig. Auch diesen Einwand wies das Zürcher Obergericht sowohl aus prozessualen als auch aus materiellen Gründen (Rechtsmissbrauch) zurück. Mitentscheidend war, dass in den Terms of Reference ausdrücklich stand, dass «für dieses Schiedsverfahren vertraglich eine Schiedsabrede gültig vereinbart» worden sei.

3. Schiedsgericht

a) *Sitz*

Der Sitz des Schiedsgerichts ergibt sich in vielen Fällen bereits aus der Schiedsklausel. Ist dies nicht der Fall, sieht Art. 2 KSG eine Kaskade von «Ersatzlösungen» vor: (1) Vereinbarung des Sitzes in den Terms of Reference. (2) Bestimmung des Sitzes durch eine von den Parteien beauftragte Stelle. (3) Mangels Einigung auf eine solche Stelle

Bestimmung des Sitzes durch Beschluss der Schiedsrichter. (4) Falls sich auch die Schiedsrichter nicht einigen können, bestimmt Art. 2 Abs. 2 KSG, dass sich der Sitz am Ort des Gerichts befindet, das beim Fehlen einer Schiedsabrede örtlich und sachlich zuständig wäre.

Im Interesse einer möglichst flexiblen Handhabung der Sitzfragen empfiehlt sich eine Klausel mit folgendem Wortlaut: «Der Sitz des Schiedsgerichts ist Bern, Schweiz. Das Schiedsgericht kann sich an jedem ihm angemessen erscheinenden Ort beraten. Es kann darüber hinaus, nach vorgängiger Anhörung der Parteien, mündliche Verhandlungen und Zusammenkünfte an jedem ihm angemessen erscheinenden Ort abhalten.»

b) *Mandatsannahme*

Nach Art. 14 Abs. 1 KSG haben die Schiedsrichter «die Annahme des Amtes zu bestätigen» und es ist das Schiedsgericht «erst dann gebildet, wenn alle Schiedsrichter die Annahme des Amtes für die ihnen vorgelegte Streitsache erklärt haben».

Aus dieser Formulierung folgt, dass die Mandatsannahme eine ausdrückliche Erklärung verlangt. Daher empfiehlt es sich, in den Terms of Reference explizit zu erwähnen, dass die von den Parteien ernannten Schiedsrichter die Annahme des Schiedsauftrages bestätigen.

c) *Honorarregelung*

Die essentialia negotii des Schiedsrichterungsvertrages bestehen in der Pflicht der Schiedsrichter zur Teilnahme und Mitwirkung an der Prozessführung und Urteilsfällung sowie in der Pflicht der rechtsuchenden Parteien zur Bezahlung des Schiedsrichterhonorars⁷. Dementsprechend sollten die Terms of Reference – sofern und soweit sie auch den Schiedsrichtervertrag enthalten – die Modalitäten der Honorierung regeln. Dies gilt jedenfalls für die Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit uneingeschränkt. Bei der Bestellung eines institutionellen Schiedsgerichts ist demgegenüber in der Regel automatisch die Honorarordnung der jeweiligen Schiedsorganisation anwendbar⁸.

Als Berechnungsgrundlagen für das Honorar fallen namentlich in Betracht: Honorierung nach Aufwand, nach einem streitwertabhängigen Tarif⁹, oder nach einem fixen Prozentsatz des Streitwerts.

⁷ Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 46 vor §§ 238–258.

⁸ Vgl. z.B. Article 31 ICC 1998 Rules of Arbitration und Appendix III to the ICC Rules of Arbitration (vgl. http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_english.pdf).

⁹ Zum Beispiel durch Verweis auf das Dekret über die Anwaltsgebühren vom 6. November 1973 (BSG 168.81).

⁵ ZR 90 (1991), Nr. 4.

⁶ Vgl. den Nw. oben in Fn. 5.

d) Sekretariat

Es ist grundsätzlich zum Vorteil jedes Schiedsverfahrens, wenn den Schiedsrichtern ein Sekretär zur Seite steht, der sie in administrativen Belangen unterstützt und entlastet. Falls die Ernennung nicht bereits in den Terms of Reference festgehalten wird, sollte sie der Einfachheit halber an den Vorsitzenden des Schiedsgerichts delegiert werden. Erfolgt die Ernennung durch den Vorsitzenden oder das Schiedsgericht, ist den Parteien in jedem Fall vorgängig Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Geltendmachung von Ablehnungsgründen zu geben.

Hinsichtlich der Entschädigung des Sekretärs stellt sich die Frage, ob dessen Leistungen zusätzlich in Rechnung gestellt werden oder ob ihre Abgeltung bereits im Honorar der Schiedsrichter enthalten ist¹⁰. Im Falle separater Entschädigung ist es zwecks Vermeidung späterer Meinungsverschiedenheiten zentral, dass bereits in den Terms of Reference auch das Honorar des Sekretärs geregelt wird.

4. Schiedsgegenstand

a) Binnenschiedsgerichtsbarkeit

aa) Gültigkeit der Schiedsklausel

Nach einer heute allgemein anerkannten Regel ist das Schiedsgericht grundsätzlich legitimiert, selber über seine Zuständigkeit zu entscheiden¹¹. Daraus folgt, dass die Terms of Reference zunächst alle Tatbestände aufführen sollen, welche die Gültigkeit der Schiedsklausel betreffen. Über sie wird das Schiedsgericht vorfrageweise zu befinden haben.

Die Gültigkeit der Schiedsklausel kann ganz oder teilweise bestritten sein. So hat ein erfolgreich geltend gemachter Formmangel¹² zweifellos die vollständige Ungültigkeit der Schiedsklausel und dementsprechend Unzuständigkeit des Schiedsgerichts zur Folge. Anders hingegen, wenn die Klausel z.B. eine nicht mehr bestehende Schiedsorganisation oder einen nicht eindeutig identifizierbaren Sitz bezeichnet; in beiden Fällen ergibt die Auslegung der Schiedsklausel nicht

zwingend, dass die Parteien, hätten sie den Mangel erkannt, sich für ein Schiedsgericht denn für ein staatliches Gericht entschieden hätten. Wohl können aber die Umstände auch im zweiten Fall erfordern, dass sich das angerufene Schiedsgericht für unzuständig erklärt.

bb) Umfang der Schiedsklausel

Der Umfang der Schiedsklausel ist betroffen, wenn die Parteien darüber streiten, ob das Schiedsgericht auf Grund der Schiedsklausel tatsächlich für alle behaupteten Ansprüche und Gegenansprüche zuständig sei. Da auch derartige Streitfragen letztlich die Zuständigkeit des Schiedsgerichts berühren, sollten sie in den Terms of Reference entsprechend erwähnt werden. Zum Beispiel: «Das Schiedsgericht beurteilt vorfrageweise seine Zuständigkeit zur Beurteilung des vom Kläger behaupteten Anspruches auf Bezahlung von CHF [...]»¹³

cc) Widerklage

Weder das KSG noch das 12. Kapitel des IPRG enthalten eine Regelung über die Zulässigkeit der Widerklage. Dementsprechend ist von Bedeutung, dass in den Terms of Reference bestimmt wird, ob und inwieweit der Beklagte widerklageweise Gegenansprüche geltend machen kann.

Als entscheidend für die Zulässigkeit einer Widerklage vor einem Schiedsgericht erachten wir die folgenden beiden Aspekte: (1) Der Gegenanspruch muss mit dem Gegenstand der Vorklage in einem sachlichen Zusammenhang stehen¹⁴. (2) Das Schiedsgericht muss zur Beurteilung des Gegenanspruchs zuständig sein, was nur dann der Fall ist, wenn auch der Gegenanspruch durch die Schiedsklausel erfasst wird.

Beide Punkte lassen sich durch eine Regelung mit folgendem Wortlaut erfassen: «Das Schiedsgericht beurteilt grundsätzlich alle vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Vertrag vom [...]. Eine Widerklage ist aber nur zulässig, sofern sie ihrem Gegenstand nach eine Streitsache betrifft, die unter die Schiedsklausel vom [...] fällt.»

¹⁰ Namentlich aus Kostengründen ist besonders der ICC International Court of Arbitration, was die Ernennung von Schiedsrichters-Sekretären angeht, eher zurückhaltend.

¹¹ Dieses Recht wird auch etwa als Kompetenz-Kompetenz bezeichnet (vgl. dazu Art. 8 KSG und Art. 186 IPRG). Die Kompetenz-Kompetenz ist zu trennen vom so genannten Grundsatz der «Autonomie der Schiedsklausel». Letzterer besagt nur, dass gegen eine Schiedsklausel nicht eingewendet werden kann, diese sei ungültig, weil der Hauptvertrag ungültig sei (vgl. Art. 178 Abs. 3 IPRG).

¹² Vgl. zu den Formvorschriften in der schweizerischen Schiedsgerichtsbarkeit Art. 6 KSG und Art. 178 IPRG.

¹³ Zu beachten ist, dass sich Fragen des Umfangs der Schiedsklausel sowohl aus tatsächlichen als auch aus rechtlichen Überlegungen ergeben können. Tatsächlicher Natur wäre z.B. der Fall, dass Ansprüche aus einem anderen Vertragsverhältnis geltend gemacht werden als aus demjenigen, auf das sich die Schiedsklausel bezieht. Demgegenüber ist der Umfang der Schiedsklausel in rechtlicher Hinsicht betroffen, wenn z.B. ein Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend gemacht wird und sich erweist, dass derartige Ansprüche durch die Schiedsklausel nicht erfasst werden.

¹⁴ So z.B. auch die Formulierungen in Art. 6 GestG sowie in Art. 8 IPRG.

dd) Verrechnung

Wie das Schiedsgericht mit Verrechnungseinwänden umzugehen hat, wird im 12. Kapitel des IPRG überhaupt nicht, und im Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit unbefriedigend geregelt: Art. 29 KSG schreibt zwingend¹⁵ vor, dass das Schiedsgericht das Verfahren aussetzen muss, sobald ein Verrechnungseinwand erhoben wird, zu dessen Beurteilung das Schiedsgericht weder auf Grund der Schiedsklausel noch auf Grund des Schiedsvertrags zuständig ist. Derjenigen Partei, welche den Einwand erhebt, ist Frist zur Geltendmachung ihrer Rechte vor dem staatlichen Richter anzusetzen. Das Schiedsverfahren kann danach erst wieder aufgenommen werden, wenn die staatlichen Gerichte entschieden haben.

Es liegt auf der Hand, dass die Regelung von Art. 29 KSG nicht im Interesse einer raschen und verfahrensökonomischen Streiterledigung ist. Daher empfiehlt sich, in den Terms of Reference eine Vereinbarung zu treffen, die verhindert, dass Art. 29 KSG zur Anwendung kommen muss. Eine entsprechende Klausel könnte etwa wie folgt lauten: «Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung von Verrechnungseinwänden zuständig, sei es dass sie auf dem streitigen Rechtsverhältnis gründen, sei es dass sie auf einem anderen Rechtsgrund beruhen, und zwar selbst dann, wenn die zur Verrechnung gestellte Forderung nicht unter die Schiedsvereinbarung fallen sollte bzw. wenn für sie eine andere Schiedsabrede oder eine Gerichtsstandsvereinbarung besteht.»

b) Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Die vorstehenden Ausführungen zur Bestimmung des Streitgegenstandes in Binnenverhältnissen, namentlich was die Zulässigkeit der Widerklage und der Verrechnung betrifft, sind grundsätzlich auch auf internationale Verhältnisse übertragbar¹⁶.

Eine Besonderheit gilt für ICC-Schiedsverfahren. Hier wird der Streitgegenstand in den Terms of Reference regelmässig sehr präzise und ausführlich umschrieben. Das liegt namentlich daran, dass im Rahmen dieser Form der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit bereits vor der Ausarbeitung der Terms of Reference ein Schriftenwech-

sel stattgefunden hat¹⁷. Für das Schiedsgericht ist es in diesen Fällen von Vorteil, den Streitgegenstand in enger Zusammenarbeit mit den Parteien zu definieren.

5. Verfahrensrechtliche Bestimmungen

a) Primär anwendbares Verfahrensrecht

aa) Binnenschiedsgerichtsbarkeit

Auf die Binnenschiedsgerichtsbarkeit sind primär die Bestimmungen des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (KSG; SR 279) anwendbar. Dies gilt jedenfalls solange und soweit, als diese Bestimmungen zwingenden Charakter haben¹⁸.

bb) Internationale Schiedsgerichte

Für internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz gelten mangels gegenteiliger Abrede¹⁹ primär die Bestimmungen des 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291). Auch hier gilt grundsätzlich, dass die Artikel 176 ff. IPRG nur insofern primäre Rechtsquelle sind, als ihnen zwingende Wirkung zukommt.

Die Parteien einer internationalen Schiedssache haben ferner die Möglichkeit, die Anwendung des 12. Kapitels IPRG schriftlich auszuschliessen. Voraussetzung einer wirksamen Ausschlussvereinbarung ist jedoch nach Art. 176 Abs. 2 IPRG, dass die Parteien gleichzeitig die «ausschliessliche Anwendung der kantonalen Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit» vereinbaren²⁰. In der Literatur wird hingegen zu Recht argumentiert, dass Art. 177, 178 Abs. 1 und 2, Art. 181 und 187 IPRG trotz gültiger Ausschlussvereinbarung weitergelten sollen.²¹

b) Subsidiär anwendbares Verfahrensrecht

Sowohl das KSG als auch das 12. Kapitel IPRG halten nur die verfahrensrechtlichen «Cornerstones» für die Einleitung und Durchführung eines Schieds-

¹⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 3 KSG.

¹⁶ Auch die ICC 1998 Rules of Arbitration enthalten keine Vorschrift über die Verrechnung. Hinsichtlich einer Widerklage erwähnt Article 5, Section 5, bloss deren Möglichkeit, nicht jedoch deren Zulässigkeit. Etwas präziser demgegenüber Article 19, Section 3, Uncitral Arbitration Rules: «[...] the respondent may make a counter-claim arising out of the same contract or rely on a claim arising out of the same contract for the purpose of a set-off.»

¹⁷ Die ICC-Terms of Reference nehmen Bezug auf den Request for Arbitration, die Answer to the Request sowie auf allfällige Counterclaims. Dementsprechend schreibt Article 18, Section 1(c) vor, dass sie enthalten müssen «a summary of the parties' respective claims and of the relief sought by each party, with an indication to the extent possible of the amounts claimed or counter-claimed».

¹⁸ Art. 1 Abs. 3 KSG führt explizit auf, welche Bestimmungen des KSG nicht abdingbar sind.

¹⁹ Art. 176 Abs. 2 IPRG erlaubt den Ausschluss des 12. Kapitels IPRG. Dazu sogleich im Text.

²⁰ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen BGE 115 II 390 (393 f., E.2b/bb); bestätigt in BGE 116 II 721 (724 f., E.4).

²¹ Vgl. Frank Vischer, in: Anton Heini et al. (Hrsg.), IPRG Kommentar, Zürich 1993, N 19 zu Art. 173 IPRG; Andreas Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel/Frankfurt a.M. 1989, Rz. 63; a.A. Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, 14.

prozesses fest²². Dementsprechend empfiehlt sich für die Ausarbeitung der Terms of Reference zweierlei: Zum einen sollten sie besonders wichtige verfahrensrechtliche Punkte explizit regeln²³. Zum anderen sollte eine (private oder öffentliche) Verfahrensordnung bezeichnet werden, die das Schiedsgericht im Sinne einer subsidiären Rechtsquelle zu konsultieren hat, wenn es eine prozessuale Frage zu beurteilen hat, die weder durch das primär anwendbare Verfahrensrecht (KSG oder IPRG), noch durch die Terms of Reference beantwortet wird.

Eine mögliche Klausel für Binnenverhältnisse wäre: «Soweit weder das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (KSG; SR 279) noch die vorliegenden Terms of Reference eine Regelung enthalten, findet das Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918 (BSG 271.1), namentlich die Vorschriften über das Ordentliche Verfahren (Art. 156 ff. ZPO) Anwendung.»

Für ein ICC-Schiedsgericht wäre zum Beispiel folgender Wortlaut denkbar: «The present arbitration is governed by the ICC 1998 Rules of Arbitration, Chapter 12 of the Swiss Private International Law Statute of December 18, 1987 (SR 291), and the present Terms of Reference. In case of doubt concerning the meaning of all these rules, the interpretation of the Arbitral Tribunal shall be controlling. Where these rules are silent, the procedural rules shall be determined by the Arbitral Tribunal, without being bound, by analogy to the Bern Code of Civil Procedure of July 7, 1918 (BSG 271), after due consideration of the views of the Parties. The Arbitral Tribunal shall have, at all times, complete control over the procedure.»

Es gilt zu beachten, dass gerade die Verweisung auf ein staatliches Zivilprozessrecht (z.B. die Bernische Zivilprozessordnung) nicht als integrale Verweisung verstanden werden kann. Es würde, um nur ein Beispiel zu nennen, zweifellos nicht dem Parteiwillen entsprechen, wenn durch die Erwähnung der ZPO BE auch die Regeln über die Gerichtsferien (Art. 118 ff. ZPO BE) mit erfasst würden. Daher kann eine staatliche Prozessordnung als subsidiäre Rechtsquelle lediglich in beschränktem Umfang, d.h. «adaptiert» auf die Besonderheiten der Schiedsgerichtsbarkeit, herangezogen werden. Dementsprechend empfiehlt sich, in den Terms of Reference besonders wichtige diesbezügliche Fragen explizit zu regeln. Die nachfolgenden Ausführungen gehen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) auf einige solche Punkte ein.

c) *Aussöhnungsversuch*

In der Regel wird es nicht den Absichten der Parteien entsprechen, nach Unterzeichnung der Terms of Reference noch einen Aussöhnungsversuch abzuhalten, was aber bei subsidiärer Geltung eines staatlichen Zivilprozessrechts vorgeschrieben sein kann²⁴. Dementsprechend empfiehlt sich, die Absicht der Parteien, auf die Abhaltung eines Aussöhnungsversuches zu verzichten, in den Terms of Reference ausdrücklich festzuhalten²⁵.

d) *Zeitlicher Ablauf des Verfahrens*

Es soll vorliegend dahingestellt bleiben, ob und inwieweit es sinnvoll ist, bereits zu Beginn des Schiedsverfahrens einen festen Zeitplan zu vereinbaren. So verlangt z. B. die ICC-Verfahrensordnung, dass das Schiedsgericht bereits in den Terms of Reference oder aber später in einem separaten Dokument einen provisorischen «Procedural Timetable» aufstellt²⁶. Dieser sieht regelmässig etwa folgendermassen aus:

«Die Parteien vereinbaren folgenden Zeitplan:

1. Frist zur Einreichung der Klage bis [...];
2. Frist zur Einreichung der Klageantwort/Widerklage bis [...];
3. Frist zur Einreichung der Replik bis [...];
4. Frist zur Einreichung der Duplik bis [...];
5. Anhören von Zeugen/Experten am [...].
6. Frist zur Einreichung schriftlicher Schlussbemerkungen bis am [...].
7. Entscheid des Schiedsgerichts bis am [...].»

In jedem Fall sollten die Terms of Reference aber festhalten, ob und wenn ja wie oft das Schiedsgericht für die Einreichung von Rechtschriften und anderen Eingaben Fristerstreckungen gewähren kann.

Soweit das KSG Anwendung findet, ist auf eine weitere «zeitliche» Besonderheit hinzuweisen. Nach Art. 16 Abs. 1 KSG können die Parteien «das dem Schiedsgericht übertragene Amt befristen». Es wäre mit anderen Worten denkbar, eine Klausel folgenden Wortlauts in die Terms of Reference aufzunehmen: «Das Schiedsgericht erlässt das Schiedsurteil binnen 18 Monaten nach Unterzeichnung der vorliegenden Vereinbarung. Diese

²⁴ Nach Art. 144 f. ZPO BE ist ein Aussöhnungsversuch durchzuführen, sofern und soweit die Parteien darauf nicht ausdrücklich verzichtet haben.

²⁵ Im Weiteren ist die Regelung der Anhängigkeit des Schiedsverfahrens in Art. 13 Abs. 2 KSG zu beachten: «Wenn die von den Parteien anerkannte Schiedsordnung oder die Schiedsabrede ein Sühneverfahren vorsehen, so gilt die Einleitung desselben als Eröffnung des Schiedsverfahrens.» Eine (unklare) Rückverweisung auf die Bernische ZPO, die ein Sühneverfahren mangels Verzichts beider Parteien zwingend vorschreibt, kann sich in einem Schiedsprozess demnach auch auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit auswirken.

²⁶ Vgl. Article 18, Section 4, ICC 1998 Rules of Arbitration.

²² Das KSG verweist in Art. 24 Abs. 2 immerhin (subsidiär) auf das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273).

²³ Dazu sogleich nachfolgend im Text.

Frist kann durch Übereinkunft der Streitparteien verlängert werden.» Unseres Erachtens ist von einer solchen Regelung abzusehen. Sie kann Anlass zu unnötigen Auseinandersetzungen bilden und eröffnet einer Partei, die auf Verzögerung taktiert, die Möglichkeit, auf den ergebnislosen Ablauf der Frist zu spekulieren²⁷.

e) Fortführungslast

Weder das KSG noch das 12. Kapitel IPRG äussern sich zu der Frage, ob den Kläger ab einem bestimmten Zeitpunkt des Verfahrens die so genannte Fortführungslast²⁸ trifft. Sofern sich die Terms of Reference dazu nicht äussern, subsidiär aber auf eine staatliche Verfahrensordnung verweisen, könnte auch hierüber Streit entstehen. Zum einen gibt es vereinzelt Prozessgesetze, die das Institut der Fortführungslast gar nicht kennen²⁹. Zum anderen ist der Zeitpunkt der Einsetzung der Fortführungslast nicht einheitlich geregelt³⁰.

f) Folgen eines Verzichts auf Einreichung der Klage

Unabhängig von dem soeben Gesagten ist für das Schiedsverfahren anzunehmen, dass den Kläger jedenfalls so lange keine Fortsetzungslast trifft, als die Klage nicht eingereicht ist. Da aber die Einleitung des Schiedsverfahrens, die Ernennung der Schiedsrichter und die Ausarbeitung der Terms of Reference regelmässig bereits mit erheblichem Zeitaufwand und entsprechenden Kosten verbunden sind, stellt sich die berechtigte Frage, was zu geschehen hat, wenn der Kläger hinterher auf die Einreichung der Klage verzichtet.

Unseres Erachtens empfiehlt sich, der aufgezeigten Problematik durch eine Klausel mit folgendem Wortlaut zu begegnen: «Die vorliegenden Terms of Reference fallen vollständig dahin, wenn der Kläger nicht innert einer Frist von [...] seit der Mitteilung des Schiedsgerichts, wonach

die Terms of Reference allseitig unterzeichnet wurden, die Klage einreicht. In diesem Fall ist der Kläger verpflichtet, die bis dahin entstandenen Verfahrenskosten zu tragen und dem Beklagten eine durch das Schiedsgericht zu bestimmende Parteientschädigung auszurichten.»

g) Schriftenwechsel

Die Terms of Reference sollten sich ferner zu der Frage äussern, wie viele Schriftenwechsel stattfinden sollen. Eine flexible Handhabung bietet etwa die folgende Regelung: «Es findet ein einfacher Schriftenwechsel statt. Das Schiedsgericht ist jedoch nach seinem Ermessen befugt, einen weiteren Schriftenwechsel (Replik und Duplik) anzuordnen.»

h) Sprache

Nicht nur in internationalen Verhältnissen empfiehlt sich, in den Terms of Reference zu bestimmen, in welcher Sprache vor dem Schiedsgericht verhandelt wird und in welcher Sprache sowohl die Eingaben der Parteien als auch die Verfügungen, Entscheide und Mitteilungen des Schiedsgerichts zu verfassen sind. Für die Einvernahme von Zeugen, die der vereinbarten Verhandlungssprache nicht mächtig sind, ist im Weiteren zu regeln, wer für die Anwesenheit eines Übersetzers zu sorgen hat, und wer für die damit verbundenen Kosten aufkommt.

i) Übersetzung von Dokumenten

In das Kapitel «Sprache» gehört auch die Frage, in welcher Form fremdsprachige Dokumente einzureichen sind. Damit auch hier eine gewisse Flexibilität gewährleistet bleibt, empfiehlt sich etwa folgende Klausel: «Schriftliche Beweismittel, welche in einer anderen als der deutschen Sprache abgefasst sind, müssen sowohl im Original als auch in beglaubigter Übersetzung eingereicht werden, ausgenommen wenn es sich um Schriftstücke in englischer oder französischer Sprache handelt.»

j) Einigungsverhandlungen

In den auf der romanistischen Rechtstradition fussenden Rechtsordnungen gilt es heute als selbstverständlich, dass ein Gericht befugt ist, Einigungsverhandlungen durchzuführen oder den Parteien gar einen konkreten Vergleichsvorschlag zu unterbreiten. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis scheint dieses Prinzip weniger stark verankert, sodass rascher Vorwürfe der Voreingenommenheit oder der Parteinahme an die Adresse der Schiedsrichter ertönen. Deshalb ist es – insbesondere in internationalen Verhältnissen

²⁷ Eine wohl in vielen Fällen nicht einzuhaltende Frist enthält auch Article 24, Section 1, ICC 1998 Rules of Arbitration: «The time limit within which the Arbitral Tribunal must render its final Award is six months. Such time limit shall start to run from the date of the last signature by the Arbitral Tribunal or by the parties of the Terms of Reference [...]»

²⁸ Vgl. zu diesem Institut *Vogel/Spühler* (o. Fn. 1) 8. Kapitel, Rz. 44 ff.; *Georg Leuch/Omar Marbach/Franz Kellerhals/Martin Sterchi*, Kommentar zur Bernischen Zivilprozessordnung, 5. Aufl., Bern 2000, N 7 zu Art. 162 ZPO BE.

²⁹ Nach Art. 114 Abs. 2 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 1. Dezember 1985 ist ein Klagerückzug jederzeit ohne materielle Rechtskraftwirkung möglich.

³⁰ Zum Vergleich: Nach der Bernischen Regelung gilt der «Rückzug der Klage nach deren Zustellung an den Beklagten [...] ohne dessen Zustimmung als Abstand, [...]». In anderen Prozessgesetzen setzt die Fortsetzungslast dagegen bereits mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit ein. Vgl. zum Ganzen mit Beispielen *Christoph Leuenberger*, Vereinheitlichte Gerichtsstände – Unterschiede bei der Rechtshängigkeit, in: *Karl Spühler* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts, Zürich 2000, 19, 31 ff.

sen – empfehlenswert, einen entsprechenden Vermerk in die Terms of Reference aufzunehmen: «Das Schiedsgericht hat das Recht, zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens zu versuchen, eine gütliche Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen.»

k) *Prozessleitende Verfügungen*

Auch eine Regelung über den Erlass prozessleitender Verfügungen gehört unseres Erachtens in die Terms of Reference. Zu denken ist an die Festlegung von Fristen, die Gewährung von Fristerstreckungen, die Festlegung von Verhandlungsterminen, die Vorladung von Zeugen und dergleichen mehr. Aus prozessökonomischen Gründen erscheint es sinnvoll, die Befugnis zum Erlass der notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen an den Vorsitzenden des Schiedsgerichts zu delegieren.

l) *Vorsorgliche Massnahmen*

Nach Art. 26 Abs. 1 KSG sind zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend³¹ allein die staatlichen Gerichte zuständig. Immerhin besagt Art. 26 Abs. 2 KSG, dass sich die Parteien vom Schiedsgericht «vorgeschlagenen vorsorglichen Massnahmen» freiwillig unterziehen können³². Letzteres setzt unseres Erachtens aber voraus, dass die Parteien dem Schiedsgericht das erwähnte «Vorschlagsrecht» tatsächlich einräumen wollten³³. Daher: «Das Schiedsgericht hat das Recht, den Parteien auf einseitigen Antrag hin die Befolgung vorläufiger Massnahmen vorzuschlagen.»

Im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gilt eine erheblich flexiblere Ordnung, indem die Frage der Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen weitgehend der privatautonomen Gestaltung überlassen ist. Ob und inwieweit das Schiedsgericht zuständig ist, ergibt sich in erster Linie aus der von den Parteien vereinbarten Verfahrensordnung³⁴. Subsidiär erklärt Art. 183 Abs. 1 IPRG das Schiedsgericht grundsätzlich für zuständig, «auf Antrag einer Partei vorsorgliche oder sichernde Massnahmen» anzuordnen. Die Parteien können dem Schiedsgericht diese Kompetenz indessen voll-

ständig oder teilweise entziehen³⁵; im Umfang dieses Entzugs fällt die Zuständigkeit zurück an die staatlichen Gerichte (Art. 183 Abs. 2 IPRG). Für den Fall, dass das Schiedsgericht tatsächlich zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig ist, empfiehlt sich ferner, das auf das Massnahmenverfahren anwendbare Recht zu bestimmen. Umstritten kann namentlich sein, ob und inwieweit das Schiedsgericht einstweiligen Rechtsschutz auch ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei verfügen darf. Daher z.B.: «Das Schiedsgericht ist zuständig zum Erlass vorsorglicher Massnahmen (Art. 183 IPRG). Soweit das 12. Kapitel IPRG keine Regelung enthält, richtet sich das Massnahmenverfahren vor dem Schiedsgericht nach den Bestimmungen über das summarische Verfahren (Art. 305 ff.) der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern (ZPO; BSG 271.1).» Haben die Parteien ein Dreierschiedsgericht vereinbart, kann es von Fall zu Fall angezeigt sein, die Kompetenz zum Erlass einstweiliger Verfügungen an den Obmann zu delegieren.

m) *Modalitäten der Zustellung*

Die Regelung der Zustellungsmodalitäten bildet einen der ganz zentralen Punkte der Terms of Reference. Im Vordergrund stehen die Angabe von Zustellungsdomizilen, die Bezeichnung der zulässigen Übermittlungsmittel sowie die Frage der Einhaltung von Fristen und Terminen.

Die ersten beiden Punkte lassen sich z.B. durch folgende Bestimmung regeln: «Eingaben an das Schiedsgericht erfolgen durch eingeschriebene Post, durch persönliches Überbringen oder durch Kurier. Mitteilungen und Eröffnungen des Schiedsgerichts erfolgen durch eingeschriebene Post. Alle Mitteilungen und Eingaben samt Beilagen einer Partei sind gleichzeitig und direkt an die folgenden Personen zu richten und mit eingeschriebener Post zu versenden: [...]»³⁶

Die Einhaltung von Fristen könnte so geregelt werden: «Eine Frist gilt als gewahrt, wenn das für den Vorsitzenden bestimmte Exemplar einer Mitteilung oder Eingabe spätestens am letzten

³⁵ Folgt unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 183 Abs. 1 IPRG. Näheres dazu bei *Stephen V. Berti*, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder* (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 3 zu Art. 183 IPRG.

³⁶ In internationalen Verhältnissen ist besonders bei Parteien, die in Übersee domiziliert sind, Wert darauf zu legen, dass diese ihre Zustelladresse möglichst präzise angeben. Es kommt immer wieder vor, dass das Schiedsgericht seine Verfügungen nicht zustellen kann, weil z.B. bei einem Tower in Kuala Lumpur die Angabe des Stockwerkes und/oder der exakten Büronummer fehlt und deswegen die Annahme verweigert wird. Je nach dem kann sich deshalb sogar eine Regelung der Frage aufdrängen, wie die Zustellung an eine Partei ersatzweise erfolgt, d.h., ab wann und unter Beachtung welcher Formalitäten eine Zustellungsfiktion eintritt.

³¹ Vgl. Art. 1 Abs. 3 KSG.

³² Die freiwillige Befolgung führt im Ergebnis dazu, dass die Massnahme «nur» kraft vertraglicher Vereinbarung der Parteien gilt. Kündigt eine Partei die Vereinbarung ungerechtfertigt auf, kann die Gegenpartei, wiederum gestützt auf Art. 26 Abs. 1 KSG, das staatliche Gericht um Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes anrufen.

³³ Ungeachtet des Umstandes, dass auch Art. 26 Abs. 2 KSG zu den nicht abdingbaren Bestimmungen des Konkordates zählt (vgl. Art. 1 Abs. 3 KSG).

³⁴ Vgl. etwa Article 8 ICC 1998 Rules of Arbitration oder Article 26 Uncitral Arbitration Rules.

Tag der Frist der Post oder einem Kurierdienst übergeben wurde (massgeblich: Datum des Poststempels bzw. Datum der durch den Kurier ausgestellten Quittung). Bei Zustellung durch persönliches Überbringen gilt die Frist als gewahrt, wenn das für den Vorsitzenden bestimmte Exemplar am letzten Tag der Frist bis spätestens 16.00 Uhr in dessen Büroräumlichkeiten abgegeben wurde.»

Die Berechnung des Fristenlaufs lässt sich durch folgende Regelung festhalten: «Der Lauf einer Frist beginnt mit der Zustellung des Aktes, in welchem die Frist festgesetzt ist. Die Berechnung von Fristen richtet sich nach den Artikeln 77 und 78 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR; SR 220).»³⁷

Eine Variante, welche die mit Fristen und ihrer Berechnung zusammenhängenden Probleme eliminiert, besteht darin, dass die Parteien dem Schiedsgericht vorschreiben, Zeitbestimmungen statt durch die Festsetzung von Zeiträumen (Fristen) ausschliesslich durch die Festlegung von Terminen vorzunehmen.

n) Säumnis und Säumnisfolgen

In der Literatur zur Schiedsgerichtsbarkeit besteht verbreitet die Meinung, dass Säumnisfolgen erst einsetzen können, wenn sie zuvor angedroht wurden³⁸. Das bedeutet konkret, dass sich eine Partei ein einmaliges Versäumnis ohne Konsequenzen «leisten» kann. Säumnisfolgen können erst greifen, wenn der Partei nach dem ersten Versäumnis Säumnisfolgen androht werden, sie aber hierauf noch ein weiteres Mal eine ihr obliegende Prozesshandlung nicht rechtzeitig vornimmt.

Wird aber – wie eingangs dieses Abschnittes vorgeschlagen – subsidiär auf eine staatliche Prozessordnung verwiesen, z.B. auf die Bernische Zivilprozessordnung, könnte im Falle eines Versäumnisses Streit über dessen Wirkungen entstehen. Nach Art. 283 ZPO setzen die Folgen eines Versäumnisses automatisch, mithin ohne vorgängige Androhung, ein. Dementsprechend erscheint es sinnvoll, Säumnis, Säumnisfolgen und ggf. auch die Wiedereinsetzung in den Terms of Reference ausdrücklich zu regeln.

o) Sachverständige

Staatliche Zivilprozessgesetze, namentlich die Bernische ZPO, sehen regelmässig vor, dass der Richter die Abnahme von Beweisen anordnen kann, die von den Parteien nicht genannt wur-

den³⁹. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist jedoch, ganz allgemein ausgedrückt, weit stärker von der Verhandlungsmaxime geprägt als die staatliche Zivilgerichtsbarkeit. Da die Frage weder durch das KSG noch durch das 12. Kapitel IPRG explizit beantwortet wird, kann die Rückverweisung auf eine staatliche Prozessordnung auch hier wiederum Auslegungsfragen provozieren. Das gilt besonders für die Frage des Beizuges von Experten, der regelmässig mit erheblichen Kosten verbunden ist.

Im Interesse der Sache und als Kompromisslösung könnte man daher z.B. folgende Regelung in die Terms of Reference aufnehmen: «Ist zur Entscheidung einer Tatfrage besondere Fachkenntnis erforderlich, die den Schiedsrichtern abgeht, kann das Schiedsgericht Sachverständige beiziehen. Das Schiedsgericht konsultiert die Parteien vorgängig über Inhalt und Umfang des Gutachterauftrages sowie über die Person und die Honorierung des Gutachters. In jedem Fall haben die Parteien Gelegenheit, zu den gutachterlichen Ergebnissen Stellung zu nehmen und dem Sachverständigen Fragen zu stellen.»

p) Zeugen

«Für das Aufgebot und das Erscheinen eines Zeugen ist diejenige Partei verantwortlich, welche die Einvernahme verlangt hat. Sie trägt zudem alle damit verbundenen Kosten und Auslagen.»

Eine solche Formulierung lässt namentlich die Frage offen, wie zu verfahren ist, wenn ein Zeuge nicht erscheint bzw. wenn es der Partei nicht gelingt, den Zeugen zum Erscheinen anzuhalten⁴⁰. Das Schiedsgericht kann weder in Binnennoch in internationalen Verhältnissen Zwangsmassnahmen anordnen. Erscheint daher ein Zeuge trotz Aufforderung nicht, ist das Schiedsgericht darauf beschränkt, den staatlichen Richter am Sitz des Schiedsgerichts um Mitwirkung bei der Durchführung von Beweismassnahmen zu ersuchen⁴¹.

Es gilt jedoch zu beachten, dass Art. 27 Abs. 2 KSG, welcher dieses Recht des Schiedsgerichts erwähnt, zu den abdingbaren Bestimmungen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit gehört⁴². Dementsprechend könnte die oben erwähnte Formulierung, wonach die Parteien für das Aufgebot und

³⁷ Mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die im OR enthaltenen Fristbestimmungen wird insbesondere auch klargestellt, dass die dortige Feiertagsregelung Anwendung finden soll. Vgl. BG über den Fristenlauf an Samstagen vom 21. Juni 1963 (SR 173.110.3).

³⁸ Vgl. Rüede/Hadenfeldt (o. Fn. 21) 211 und 242 f. je m.w.Nw.

³⁹ Vgl. Art. 214 ZPO BE. Der Richter entscheidet hierbei auch, welche Partei die für die Durchführung der Beweisabnahme erforderlichen Kosten vorzuschüssen hat.

⁴⁰ Denkbar wäre etwa der Fall, dass sich der «Kronzeuge» des Klägers im Einflussbereich des Beklagten befindet.

⁴¹ Vgl. Art. 27 Abs. 2 KSG und Art. 184 Abs. 2 IPRG. Beide Vorschriften sehen vor, dass der so angerufene staatliche Richter sein eigenes Verfahrensrecht anwendet.

⁴² Das ergibt sich aus dem Umstand, dass Art. 27 Abs. 2 KSG in Art. 1 Abs. 3 KSG nicht aufgeführt wird.

das Erscheinen von Zeugen verantwortlich seien, auch als impliziter Ausschluss von Art. 27 Abs. 2 KSG und damit des Rechts, die staatliche Gerichtsbarkeit um ihre Mitwirkung anzugehen, verstanden werden. Somit erscheint es sinnvoll, der oben erwähnten Klausel den folgenden Zusatz beizufügen: «Die Mitwirkung des staatlichen Richters gemäss Art. 27 Abs. 2 KSG bleibt ausdrücklich vorbehalten.»

Wie schon bei den Sachverständigen kann sich ferner auch bei der Einvernahme von Zeugen die Frage stellen, ob und inwieweit dem Schiedsgericht das Recht zusteht, seinerseits Zeugen aufzubieten, sofern es deren Befragung als zweckmässig erachtet. Ein entsprechender Vermerk in den Terms of Reference verschafft Klarheit.

In internationalen Verhältnissen wird, besonders wenn Parteien aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis involviert sind, nicht mit der uns geläufigen Deutlichkeit zwischen Parteien einerseits und Zeugen andererseits unterschieden⁴³. Daraus können Probleme entstehen, z.B. hinsichtlich der Zulässigkeit der Aussageverweigerung, die unter gegebenen Umständen als regelungsbedürftig erscheinen. Ferner wird von internationalen Schiedsgerichten nicht selten verlangt, dass ein Zeuge vor seiner Einvernahme ein schriftliches «Witness Statement» einzureichen habe. Hier kann sich im Zusammenhang mit einem späteren Nichterscheinen des Zeugen die (regelungsbedürftige) Frage stellen, was mit dem sich bereits in den Akten befindlichen Witness Statement zu geschehen habe⁴⁴.

6. Anwendbares materielles Recht

«Das Schiedsurteil ergeht in Anwendung von Schweizer Recht.» Diese häufig anzutreffende Klausel mag für Binnenverhältnisse ausreichen. Für ein internationales Schiedsgericht kann sie jedoch zu erheblichen Interpretationsproblemen führen. Die erwähnte Formulierung lässt namentlich offen, ob lediglich auf das schweizerische Kollisionsrecht (IPRG) verwiesen werden soll, oder ob damit ein direkter Verweis auf das materielle Schweizer Recht gemeint ist. Falls die Auslegung

der Klausel ergibt, dass letzteres gewollt war, ist offensichtlich, dass eine derartige Formulierung eine beträchtliche Lücke aufweist: Vereinbaren zwei Parteien, die in unterschiedlichen Staaten domiziliert sind, dass auf ihr Vertragsverhältnis Schweizer Recht Anwendung finden solle, heisst das nicht, dass sämtliche Tatbestände im Umfeld dieses Vertrages tatsächlich nach Schweizer Recht beurteilt werden können. Als Beispiele dienen die Fälle der Zeichnungsberechtigung oder der Vertretungsbefugnis: Wenn unklar ist, ob einer der Vertragspartner durch den behaupteten Vertragsabschluss überhaupt verpflichtet wurde, weil etwa behauptet wird, die handelnde Person sei weder zeichnungsberechtigt noch bevollmächtigt gewesen, so können diese Fragen höchstens für eine in der Schweiz domizilierte Partei sinnvoll nach Schweizer Recht beurteilt werden. Damit steht aber im Anschluss an diese Feststellung die Frage im Raum, welches denn für diesen Fall das «richtige» anwendbare Recht sei bzw. nach welchen Grundsätzen das Schiedsgericht dieses «richtige» Recht finden soll.

Im internationalen Verhältnis empfiehlt sich daher, das anwendbare Recht allgemein wie folgt zu umschreiben: «In der Sache entscheidet das Schiedsgericht in Anwendung des von den Parteien im Vertrag vom [...] vereinbarten materiellen Rechts. Subsidiär gilt das Recht, auf dessen Anwendung das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291) verweist.»

Mit dieser Lösung wird zum einen verdeutlicht, dass das von den Parteien bereits im streitigen Vertrag vereinbarte materielle Recht unter Ausschluss kollisionsrechtlicher Regeln Anwendung finden soll. Zum anderen wird dem Schiedsgericht für Fälle wie die Frage der Zeichnungsberechtigung oder die Frage der bindenden Wirkung einer Vertretungshandlung vorgeschrieben, nach welchem Kollisionsrecht das darauf anwendbare Recht zu suchen ist⁴⁵.

7. Rechtswahl für Streitigkeiten aus dem Schiedsrichtervertrag

Es ist (jedenfalls nicht zum Vornherein) ausgeschlossen, dass auch aus dem zwischen den Streitparteien und den Schiedsrichtern abge-

⁴³ Vgl. etwa Article 4, Section 3, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration: «Any person may present evidence as a witness, including a Party or a Party's officer, employee or other representative.» (<http://www.ibanet.org/pdf/rules-of-evid-2.pdf>).

⁴⁴ Eine mögliche Lösung enthält Article 4 IBA Rules on the Taking of Evidence: «(7) Each witness who has submitted a Witness Statement shall appear for testimony at an Evidentiary Hearing, unless the Parties agree otherwise. (8) If a witness who has submitted a Witness Statement does not appear without a valid reason for testimony at an Evidentiary Hearing, except by agreement of the Parties, the Arbitral Tribunal shall disregard that Witness Statement unless, in exceptional circumstances, the Arbitral Tribunal determines otherwise.»

⁴⁵ Gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht bei Fehlen einer Rechtswahl «nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt». Ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz hat m.a.W. keine zwingende Verpflichtung, als Kollisionsrecht die Regeln der *lex fori* anzuwenden; vgl. z.B. *Rüede/Hadenfeldt* (o. Fn. 21) 278 und *Pierre A. Karrer*, in: *Stephen V. Berti/Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder*, International Arbitration in Switzerland, Basel/Geneva/Munich 2000, N 105 ff. zu Art. 187 IPRG.

schlossenen Schiedsrichtervertrag einmal ein Rechtsstreit entstehen könnte⁴⁶. Besonders bei internationalen Schiedsgerichten ist es daher eine Überlegung wert, für eventuelle Streitigkeiten aus dem Schiedsrichtervertrag eine Rechtswahl zu treffen und ggf. einen Gerichtsstand zu bestimmen.

8. Kosten

a) Verfahrens- und Parteikosten

Die Terms of Reference sollten bestätigend festhalten, dass das Schiedsgericht im Schiedsurteil über die Verlegung der Verfahrens- und Parteikosten sowie über deren Höhe zu befinden hat.

b) Vorschussleistungen

aa) Wer ist vorschusspflichtig?

Wer im Kanton Bern praktiziert, ist sich gewöhnt, dass nicht nur die klagende, sondern auch die beklagte Partei vorschusspflichtig ist⁴⁷. Diese Regelung ist jedoch keineswegs selbstverständlich⁴⁸. Dementsprechend empfiehlt sich, die Vorschusspflicht in den Terms of Reference etwa wie folgt zu regeln: «Das Schiedsgericht bestimmt die zu leistenden Prozesskostenvorschüsse. Diese sind von den Parteien je zur Hälfte zu tragen. Die Durchführung des Verfahrens ist von der Leistung der angeordneten Vorschüsse abhängig.»⁴⁹

bb) Folgen der Nichtleistung

Staatliche Prozessordnungen, namentlich die Bernische ZPO, regeln die Folgen der Nichtleistung des Kostenvorschusses in der Regel dahin gehend, dass die fehlbare Partei nach zweimaliger Aufforderung säumig wird⁵⁰.

Wie schon der letzte Satz des Formulierungsvorschlags zur Vorschussregelung angedeutet, sind in Schiedsprozessen die Folgen der Nichtbezahlung der verlangten Kostenvorschüsse gewöhnlich anders zu regeln. Grund dafür ist, dass das Institut der unentgeltlichen Prozessführung vor einem Schiedsgericht nicht in Anspruch genommen werden kann und es mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör mithin nicht vereinbar wäre, in einem Schiedsverfahren die Folgen der Nichtbezahlung des Kostenvorschusses in der oben beschriebenen Form zu regeln. Das gilt jedenfalls so lange, als die betroffene Partei mangels liquider Mittel zur Bezahlung nicht in der Lage ist.

Folglich empfiehlt sich, in den Terms of Reference die Folgen der Nichtleistung ausdrücklich zu regeln. Dies kann z.B. durch folgende Formulierung geschehen: «Leistet eine der Parteien den von ihr verlangten Vorschuss nicht, so kann die andere Partei nach ihrer Wahl die gesamten Kosten vorschüssen oder auf das Schiedsverfahren verzichten. Verzichtet sie auf das Schiedsverfahren, so sind die Parteien mit Bezug auf diese Schiedssache berechtigt, entweder ein neues Schiedsverfahren einzuleiten oder vor dem staatlichen Gericht zu klagen.»⁵¹

Das 12. Kapitel IPRG enthält (im Gegensatz zum KSG) weder eine Bestimmung zur Vorschusspflicht, noch werden die Folgen der Nichtbezahlung geregelt. Wird nicht subsidiär auf das KSG verwiesen, rechtfertigt sich daher in internationalen Verhältnissen umso mehr, diese Punkte in die Terms of Reference aufzunehmen⁵².

c) Prozesskostensicherheit

Wird subsidiär auf ein staatliches Zivilprozessgesetz verwiesen, kann sich unter Umständen die Frage stellen, ob und inwieweit die Parteien damit auch auf Bestimmungen über die Pflicht zur Leistung von Prozesskostensicherheit verweisen wollten. Je nach dem empfiehlt sich, diesen

⁴⁶ Dem will wohl Article 34 ICC 1998 Rules of Arbitration entgegenwirken: «Neither the arbitrators, nor the Court and its members, nor the ICC and its employees, nor the ICC National Committees shall be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration.» Geht man mit der herrschenden Meinung davon aus, dass der Schiedsrichtervertrag ein privatrechtlicher Auftrag sei, bedarf es keiner langen Erläuterung, dass ein derartiger genereller Haftungsausschluss – jedenfalls für ein nach schweizerischem Recht zu beurteilendes Verhältnis – in dieser Form unbeachtlich wäre. Zum einen begrenzt Art. 100 Abs. 1 OR Haftungsausschlüsse auf Fälle leichter Fahrlässigkeit. Zum anderen wird in der Doktrin seit Jahren diskutiert, ob im Bereich des Auftragsrechts selbst Klauseln, die nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschliessen wollen, unzulässig sind. Vgl. dazu den Überblick bei *Walter Fellmann*, Berner Kommentar, Der einfache Auftrag (Art. 394–406 OR), Bern 1992, N 514 f. zu Art. 398 OR.

⁴⁷ Vgl. Art. 57 ZPO BE.

⁴⁸ In anderen Kantonen wird lediglich die klagende Partei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses angehalten. In BGE 124 II 241 erklärte das Bundesgericht die «Bernische Praxis» als mit dem bundesverfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör vereinbar.

⁴⁹ Ähnlich bestimmt Article 30, Section 3, ICC 1998 Rules of Arbitration: «The advance on costs fixed by the Court shall be payable in equal shares by the Claimant and the Respondent.»

⁵⁰ Vgl. Art. 286 Abs. 1 ZPO BE.

⁵¹ Die Formulierung lehnt sich an die (dispositive) Regelung von Art. 30 Abs. 2 KSG an.

⁵² Bei ICC-Schiedsgerichten gilt kraft Article 30, Section 4, ICC 1998 Rules of Arbitration eine mit Art. 30 Abs. 2 KSG vergleichbare Regel: «When a request for an advance on costs has not been complied with, and after consultation with the Arbitral Tribunal, the Secretary General may direct the Arbitral Tribunal to suspend its work and set a time limit, which must be not less than 15 days, on the expiry of which the relevant claims, or counterclaims, shall be considered as withdrawn. Should the party in question wish to object to this measure, it must make a request within the aforementioned period for the matter to be decided by the Court. Such party shall not be prevented, on the ground of such withdrawal, from reintroducing the same claims or counterclaims at a later date in another proceeding.»

Aspekt (im positiven oder negativen Sinne) in den Terms of Reference festzuhalten⁵³.

9. Rechtsmittel

a) Binnenschiedsgerichtsbarkeit

Die Bestimmungen des KSG über die Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 36 ff.) sowie über die Revision (Art. 41 ff.) sind gemäss Art. 1 Abs. 3 KSG nicht abdingbar. Wird in den Terms of Reference eines Binnenschiedsfalles darauf verwiesen, so hat dies folglich höchstens deklaratorische Bedeutung.

b) Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Ordentliches Rechtsmittel gegen internationale Schiedssprüche von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz ist die in Art. 190 IPRG geregelte Schiedsbeschwerde⁵⁴. Im Gegensatz zur Binnenschiedsgerichtsbarkeit haben die Parteien eines internationalen Schiedsgerichts die Möglichkeit, auf die Rechtsmittelordnung durch Vereinbarung in den Terms of Reference Einfluss zu nehmen:

(1) Durch eine Vereinbarung nach Art. 176 Abs. 2 IPRG können die Parteien die Regeln des 12. Kapitels IPRG vollständig ausschliessen und sich dem Regime des Konkordates unterwerfen⁵⁵. Ein solcher Ausschluss beschlägt auch die Rechtsmittelordnung: Statt der in Art. 190 IPRG geregelten Schiedsbeschwerde greifen die zwingenden (und weiter gehenden) Rechtsmittel des Konkordates⁵⁶.

(2) Nach Art. 192 Abs. 1 IPRG können die Parteien, falls keine von ihnen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz hat, jede Anfechtung des Schiedsentscheidendes vollumfänglich oder teilweise ausschliessen⁵⁷.

(3) Ferner können die Parteien im Bereich der Schiedsbeschwerde (Art. 190 IPRG) an Stelle des Bundesgerichts als zuständige Beschwerdeinstanz den «Richter am Sitz des Schiedsgerichts» bestimmen (Art. 191 Abs. 2 IPRG).

10. Gründe für das Ausscheiden eines Schiedsrichters

In der Binnenschiedsgerichtsbarkeit richten sich Ablehnung und Abberufung von Schiedsrichtern *zwingend* nach den Artikeln 18 bis 22 KSG⁵⁸. Demgegenüber besteht im Rahmen eines internationalen Schiedsgerichts erheblicher Spielraum, der zu entsprechenden Regelungen in den Terms of Reference veranlassen kann: Art. 179 Abs. 1 IPRG bestimmt, dass die *Abberufung* primär den von den Parteien getroffenen Regeln folgt⁵⁹. Auch im Bereich der *Ablehnungsgründe* gilt der Vorrang der Parteiautonomie: Nach Art. 180 Abs. 1 lit. a IPRG kann ein Schiedsrichter abgelehnt werden, wenn er nicht den von den Parteien «vereinbarten Anforderungen» entspricht. Nach Art. 180 Abs. 1 lit. b IPRG ist Ablehnung ferner statthaft, wenn ein in der von den Parteien «vereinbarten Verfahrensordnung» enthaltener Ablehnungsgrund vorliegt⁶⁰. Schliesslich folgt aus Art. 180 Abs. 3 IPRG, dass auch für das *Ablehnungsverfahren* in erster Linie die in den Terms of Reference vereinbarten Regeln zu beachten sind.

Weder das KSG noch das 12. Kapitel IPRG behandeln indessen die nicht weniger interessierende Frage, ob und inwieweit der Schiedsrichtervertrag auch durch die Schiedsrichter aufgelöst werden kann. In der Literatur wird der Schiedsrichtervertrag nahezu einhellig als ein privatrechtliches Auftragsverhältnis bezeichnet⁶¹, selbst wenn die Schiedsgerichte – jedenfalls in Binnenverhältnissen – als Teil der staatlichen Rechtspflege ange-

⁵³ Entweder: «Die Bestimmungen von Art. 70 ff. ZPO BE sind auf den vorliegenden Schiedsprozess nicht anwendbar.» Oder: «Der Beklagte kann verlangen und das Schiedsgericht kann verfügen, dass der Kläger dem Beklagten für die Kosten des Schiedsverfahrens Sicherheit zu leisten habe. Es gelten sinngemäss die Bestimmungen von Art. 70 ff. ZPO BE.»

⁵⁴ Es handelt sich um einen besonderen Anwendungsfall der staatsrechtlichen Beschwerde (vgl. Art. 85 lit. c OG). Die im IPRG nicht erwähnten, vom Bundesgericht jedoch bestätigten, ausserordentlichen Rechtsmittel sind die Revision nach Art. 136 und 137 OG sowie die Erläuterung und die Berichtigung nach Art. 145 OG. Vgl. BGE 118 II 199 sowie ergänzend *Stephen V. Berti/Anton K. Schnyder*, in: *Honsell/Vogt/Schnyder* (o. Fn. 35) N 31 ff. zu Art. 191 IPRG.

⁵⁵ Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Ausschlussvereinbarung vgl. die Nw. oben in Fn. 20.

⁵⁶ Damit ist gesichert, dass einer in der Schweiz domizilierten Streitpartei eines internationalen Schiedsgerichts selbst nach vereinbartem Ausschluss des 12. Kapitels IPRG ein Rechtsmittel zur Verfügung steht.

⁵⁷ Zu den Grenzen dieses Rechtsmittelverzichts vgl. *Paolo Michele Patocchi/Cesare Jermini*, in: *Honsell/Vogt/Schnyder* (o. Fn. 35), N 20 ff. zu Art. 192 IPRG.

⁵⁸ Dispositiver Natur ist einzig Art. 22 Abs. 1 KSG, wonach ein Schiedsrichter auch durch schriftliche Vereinbarung der Streitparteien abberufen werden kann.

⁵⁹ Nur wenn derartige Regeln fehlen, kann nach Art. 179 Abs. 2 IPRG ersatzweise der Richter am Sitz des Schiedsgerichts angerufen werden.

⁶⁰ Art. 180 Abs. 1 lit. c IPRG, wonach ein Schiedsrichter abgelehnt werden kann, wenn Anlass zu Zweifeln an seiner Unabhängigkeit bestehen, wird demgegenüber als *gesetzlicher* (und damit zwingender) Ablehnungsgrund bezeichnet; vgl. *Wolfgang Peter/Caroline Freymond*, in: *Honsell/Vogt/Schnyder* (o. Fn. 35) N 8 zu Art. 180 IPRG.

⁶¹ Die Parteien vereinbaren unter sich, die ausgewählten Schiedsrichter mit der Streitentscheidung zu beauftragen, die Schiedsrichter erklären Annahme des Mandates. Vgl. statt vieler *Rüede/Hadenfeldt* (o. Fn. 21) 151. Zu beachten ist nur, dass die Parteien in der Bestimmung des Vertragsinhaltes nicht volle Freiheit haben, sondern die im Konkordat bzw. im IPRG enthaltenen zwingenden prozessrechtlichen Bestimmungen beachten müssen. Daher wird auch von einem «durch prozessrechtliche Bestimmungen modifizierten Auftrag» gesprochen; vgl. *Rüede/Hadenfeldt*, a.a.O., 151.

sehen werden. Damit stellt sich zwangsläufig die Frage, ob auch in diesem Mandatsvertrag Art. 404 Abs. 1 OR zu beachten sei⁶², den das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung als zwingendes Recht versteht⁶³. Die Doktrin beantwortet die Frage nicht einheitlich⁶⁴. Überwiegend wird indessen die Meinung vertreten, eine Kündigung mit sofortiger Wirkung sei nur eingeschränkt, nämlich beim Vorliegen wichtiger Gründe, zulässig⁶⁵. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der zweiten Meinung zuzustimmen. Zur Begründung sind vor allem zwei Aspekte hervorzuheben:

(1) Art. 404 Abs. 1 OR geht davon aus, dass der Auftrag, wie das Gesetz sagt, «von *beiden Teilen* jederzeit widerrufen» werden kann. Diese Parität ist beim Schiedsrichtervertrag indessen nur noch eingeschränkt gegeben, können doch die Streitparteien – ohne gegenteilige Vereinbarung – einen Schiedsrichter nicht mehr allein, sondern nur noch durch gegenseitige Übereinkunft abberufen⁶⁶. Dementsprechend sollte auch den Schiedsrichtern nicht zugestanden werden, jederzeit ohne Angabe von Gründen zu kündigen.

(2) Schiedsgerichte werden wie erwähnt, jedenfalls im Binnenverhältnis, als Teil der staatlichen Gerichtsorganisation verstanden. Sowenig es dem staatlichen Richter gestattet ist, jederzeit «den Hut zu nehmen», sowenig sollte dies dem Schiedsrichter zugestanden werden.

Trotz dieser Argumente, die dafür sprechen, dass ein Schiedsrichter sein Mandat nicht voraussetzungslos jederzeit kündigen kann, ist nicht voraussehbar, wie das Bundesgericht vor dem Hintergrund seiner bisher strikten Auffassung zu Art. 404 Abs. 1 OR einen entsprechenden Fall entscheiden würde⁶⁷. So oder anders spricht nichts dagegen, in den Terms of Reference ausdrücklich festzuhalten, dass das Ausscheiden eines Schiedsrichters nur unter bestimmten Vorausset-

zungen zulässig sein soll. Dies in Kenntnis des Risikos, dass eine entsprechende Regel von einem Gericht später für unbeachtlich erklärt werden könnte.

11. Ersetzung eines Schiedsrichters und ihre Folgen

Während die Bestimmungen des KSG über Abberufung und Ablehnung von Schiedsrichtern zwingenden Charakter haben, können die Parteien für das Verfahren der Ersetzung sowie zur Regelung der Folgen der Ersetzung von den in Art. 23 KSG enthaltenen Bestimmungen abweichen.

In jedem Fall ist im Hinblick auf das Ausscheiden eines Schiedsrichters von Bedeutung, dass die Terms of Reference zu der Frage Stellung nehmen, ob und inwieweit die Prozesshandlungen, an welchen der ersetzte Schiedsrichter mitgewirkt hat, weitergelten oder wiederholt werden müssen⁶⁸.

12. Hinterlegung und Zustellung

Das 12. Kapitel IPRG kennt keine Vorschrift betreffend Hinterlegung des Schiedsspruches bei einer staatlichen Stelle. Anders (noch) das Konkordat. Die dort in Art. 35 KSG vorgesehene Hinterlegung des Schiedsspruches bei einem staatlichen Gericht ist jedoch weder zwingend⁶⁹ noch ist sie eine Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches. Sie ist lediglich eine «Ordnungsvorschrift im Interesse einer sicheren Aufbewahrung»⁷⁰. Dementsprechend enthalten die Terms of Reference eines Binnenschiedsgerichts häufig die folgende Bestimmung: «Die Parteien verzichten auf die Hinterlegung des Schiedsurteils sowie darauf, dass ihnen dieses durch die nach Art. 3 KSG zuständige richterliche Behörde zugestellt wird. Sie erklären sich mit der Zustellung des Schiedsspruches durch das Schiedsgericht einverstanden.»

⁶² Nach Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftrag von «jedem Teile jederzeit widerrufen werden.» Erfolgt die Kündigung oder der Widerruf indessen «zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil nach Art. 404 Abs. 2 OR zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet.»

⁶³ Vgl. etwa BGE 98 II 305, 307; BGE 109 II 462, 467; BGE 115 II 464, 466.

⁶⁴ Für die Beachtung von Art. 404 Abs. 1 OR: *Stephan A. Vogt*, Der Schiedsrichtervertrag nach Schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1989, 172; *Georg Leuch*, Kommentar zur Berner Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Bern 1956, N 1 zu Art. 391 ZPO; *Georg Gautschi*, Berner Kommentar, Der einfache Auftrag (Art. 394–406 OR), 3. Aufl., Bern 1971, N 34c zu Art. 394 OR.

⁶⁵ Vgl. etwa *Rüede/Hadenfeldt* (o. Fn. 21) 170. *Pierre Jolidon*, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984, N 22d zu Art. 23 KSG. *Pierre Lalive/Jean-François Poudret/Claude Reymond*, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, N 1.4 zu Art. 23 KSG. *Max Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 607, dort Anm. 67. Ohne nähere Begründung auch *Frank/Sträuli/Messmer* (o. Fn. 7) N 46 vor §§ 238–258.

⁶⁶ Vgl. Art. 22 Abs. 1 KSG.

⁶⁷ In BGE 117 Ia 166 (169, E.6c) konnte die Frage offen gelassen werden. Dazu *François Knoepfler*, SZIER 1993, 187.

⁶⁸ Ansonsten muss darüber (mangels Einigung der Parteien) das zuständige staatliche Gericht entscheiden (vgl. Art. 23 Abs. 3 KSG).

⁶⁹ Das ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 KSG.

⁷⁰ So *Rüede/Hadenfeldt* (o. Fn. 21) 307.