

"Prima Facie" Zuständigkeitsentscheide in internationalen Schiedsgerichtsverfahren aus der Sicht der Parteien*

GABRIELLE NATER-BASS**

Vorbemerkung

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf internationale Schiedsgerichtsverfahren in der Schweiz, d.h. auf Schiedsgerichtsverfahren im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht ("IPRG").¹

I. Einführung

Es gibt grundsätzlich zwei Fälle, bei denen Parteien mit einem "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheid konfrontiert sein können. Es handelt sich dabei entweder um (i) "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheide eines staatlichen Richters, meist im Zusammenhang mit der hilfsweisen Bestellung eines Schiedsgerichts gemäss Art. 179 Abs. 2 und 3 IPRG² oder um (ii) "Prima Facie" Entscheide einer Schiedsinstitution.

* Der folgende Beitrag basiert auf einem in Bern anlässlich der Generalversammlung der ASA am 6. September 2002 gehaltenen Vortrag.

** Studium an der Universität Zürich (lic. iur. 1994) und an der University of Virginia School of Law (LL.M. Class 1999). Anwältin bei Homburger in Zürich.

¹ Art. 176ff. IPRG.

² Der Vollständigkeit halber muss noch darauf hingewiesen werden, dass es auch in anderen als den in Art. 179 Abs. 2 und 3 IPRG genannten Fällen zu einer "Prima Facie" Prüfung der schiedsgerichtlichen Kompetenz durch einen staatlichen Richter kommen kann. Dies ist der Fall, wenn im Laufe des Schiedsverfahrens das Schiedsgericht den staatlichen Richter um Mitwirkung ersucht, sei es bei vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 183 Abs. 2 IPRG, bei der Beweisaufnahme gemäss Art. 184 Abs. 2 IPRG oder in anderem Zusammenhang gemäss Art. 185 IPRG. Da sich zu diesem Zeitpunkt das Schiedsgericht bereits konstituiert hat, ist in diesen Fällen die Zuständigkeitsprüfung aber meist unproblematisch.

II. "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheide eines staatlichen Richters

A. Positiver Zuständigkeitsentscheid

Kommt ein Richter gestützt auf die summarische Prüfung gemäss Art. 179 Abs. 3 IPRG zum Schluss, dass zwischen den Parteien eine Schiedsvereinbarung besteht, hat eine unzufriedene Partei nur sehr beschränkte Möglichkeiten, eine Konstituierung des Schiedsgerichts erfolgreich abzuwehren.³

1. Kein unmittelbares bundesrechtliches Rechtsmittel

Die sich beschwerende Partei kann zunächst prüfen, ob aufgrund der jeweilig anwendbaren kantonalen Prozessordnung⁴ ein kantonales Rechtsmittel gegeben ist.⁵

Nach Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs steht aber gegen einen positiven Zuständigkeitsentscheid des staatlichen Richters kein Bundesrechtsmittel zur Verfügung.⁶

³ Das Erfordernis der summarischen Prüfung ist zwar nur in Art. 179 Abs. 3 IPRG statuiert. Es muss aber für beide Fälle der richterlichen Ernennung gemäss Art. 179 Abs. 2 und 3 IPRG gelten. Vgl. dazu FRANK VISCHER, IPRG-Kommentar (1993), N 10 zu Art. 179 IPRG (im folgenden 'IPRG-KOMMENTAR-VISCHER').

⁴ Art. 179 Abs. 2 IPRG verweist auf das kantonale Recht und damit grundsätzlich auf das Konkordat. Im Rahmen der Anwendung des Konkordats gibt aber das jeweilige kantonale Prozessrecht Auskunft über die zur Anwendung gelangenden Rechtsmittel. Bei dem mit der Ernennung betrauten staatlichen Richter gemäss Art. 179 Abs. 3 IPRG wird hingegen nicht auf ein kantonales Recht Bezug genommen. Deshalb könnte man sich zu Recht fragen, ob letzteres überhaupt eigene Rekurswege gegen solche Entscheide vorsehen kann. In BGE 115 II 295 (und sinngemäss auch in BGE 119 Ia 422) hat aber das Bundesgericht dies insofern bejaht, als es den Ernennungsentscheid des Präsidenten des Genfer Court de Justice nach Art. 179 Abs. 3 IPRG als nicht letztinstanzlich oder endgültig bezeichnet hat.

⁵ RÜEDE / HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht (1993), S. 125 (im folgenden "RÜEDE / HADENFELDT"); LUCIUS HUBER, Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz - Perspektiven und Herausforderungen, in: SJV, 2002, Heft 2, S. 134 (im folgenden "HUBER"); a. M. LALIVE / POUDRET / REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse (1989), S. 83 und S. 335 (im folgenden "LALIVE / POUDRET / REYMOND").

⁶ Die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG) kann nicht ergriffen werden, weil mit ihr nicht die Verfassungsmässigkeit einer Bestimmung des Bundesrechts gerügt werden kann und weil ein blosser Zwischenentscheid vorliegt (Art. 87 OG); die Berufung ist auch ausgeschlossen, da kein Endentscheid vorliegt (BGE 115 II 294) und schliesslich ist auch keine Nichtigkeitsbeschwerde möglich, da kein Entscheid vorliegt, der eine sachliche oder örtliche Zuständigkeitsregel betrifft.

Das Bundesgericht hat sich nämlich in BGE 115 II 294 gegen eine unmittelbare Rekursmöglichkeit ausgesprochen.⁷ Nach der Ansicht des Bundesgerichts entspricht dieses Ergebnis dem gesetzgeberischen Willen und dem Zweck des Internationalen Privatrechtsgesetzes, wonach nur in sehr beschränktem Umfang Rechtsmittel zur Verfügung stehen sollen. Diese Rechtsprechung steht im Widerspruch zu einem beachtlichen Teil der Lehre, der gegen den Entscheid eines Richters eine unmittelbare staatsrechtliche Beschwerde zulassen möchte.⁸ Gemäss Bundesgericht kann der positive Ernennungsentscheid im Rahmen einer Anfechtung gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. a oder b IPRG in Frage gestellt werden. Das hat aber zur Folge, dass eine Partei, die sich gegen den positiven Zuständigkeitsentscheid des staatlichen Richters wehren will, warten muss, bis das Schiedsgericht das Urteil erlässt. Bei einer Gutheissung der Anfechtung hat die vom Bundesgericht geäusserte Ansicht überdies den Nachteil, dass das ganze Verfahren wiederholt werden muss.⁹

2. Anfechtung des Vorentscheids des Schiedsgerichts

Der sich beschwerenden Partei ist daher zu empfehlen, durch Erhebung einer Unzuständigkeitseinrede einen Vorentscheid der Schiedsrichter über die Zuständigkeit zu verlangen (vgl. Art. 186 Abs. 3 IPRG). Der die Zuständigkeit bestätigende Zwischenentscheid kann und muss alsdann nach Art. 190 Abs. 3 IPRG in Verbindung mit Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG direkt beim Bundesgericht angefochten werden.¹⁰ Dabei muss unbedingt beachtet werden, dass die Einrede der Unzuständigkeit gemäss Art. 186 Abs. 2 IPRG grundsätzlich vor,

Vgl. dazu WOLFGANG PETER / THOMAS LEGLER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht (1996), N 49 zu Art. 179 IPRG (im folgenden "PETER / LEGLER").

⁷ Vgl. auch BGE 121 I 81 E. 1.

⁸ HUBER, S. 134; BUCHER, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (1989), N 152 (im folgenden "BUCHER"); LALIVE / POUDRET / REYMOND, S. 83.

⁹ PETER / LEGLER, N 48 zu Art. 179 IPRG; IPRG-KOMMENTAR-VISCHER, N 17 zu Art. 179 IPRG.

¹⁰ BGE 118 II 353; IPRG-KOMMENTAR-VISCHER, N 17 zu Art. 179 IPRG; WALTER / BOSCH / BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (1991), S. 108; WERNER WENGER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht (1996), N 38f. zu Art. 186 IPRG (im folgenden "WENGER").

in jedem Fall aber nicht nach der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben ist.¹¹

Die Möglichkeit der selbständigen Anfechtung des Vorentscheids gemäss Art. 190 Abs. 3 IPRG steht nur offen, sofern die Parteien nicht gemäss Art. 192 Abs. 1 IPRG auf die Anfechtung der Schiedsentscheide verzichtet haben. In einem solchen Fall erfolgt eine Überprüfung des schiedsrichterlichen Zuständigkeitsentscheides erst im Rahmen der Vollstreckung nach dem New Yorker Übereinkommen (vgl. Art. 192 Abs. 2 IPRG).

B. Negativer Zuständigkeitsentscheid

Lehnt der staatliche Richter die Ernennung eines Schiedsrichters ab, weil er aufgrund der summarischen Prüfung den Bestand einer Schiedsabrede verneint, liegt nicht ein blosser Zwischenentscheid, sondern vielmehr ein Endentscheid im Sinn von Art. 87 OG vor. Mit der Ablehnung der Ernennung wird die Durchführung des Schiedsgerichts endgültig verhindert. Es besteht somit keine Möglichkeit, den Entscheid des Richters im Rahmen eines zukünftigen Schiedsverfahrens in Frage zu stellen, wie dies im Falle eines positiven Zuständigkeitsentscheides möglich ist. Aus diesem Grunde hat das Bundesgericht in BGE 118 Ia 25 (bestätigt in BGE 119 Ia 422) grundsätzlich die Möglichkeit einer Willkürbeschwerde ans Bundesgericht bejaht.¹² Es müssen allerdings vorher sämtliche kantonalen Rechtsmittel, auch die ausserordentlichen, ausgeschöpft werden.¹³

Es gibt aber weiterhin Fälle, wo gegen einen negativen Zuständigkeitsentscheid keine staatsrechtliche Beschwerde möglich ist. Die staatsrechtliche Beschwerde kann nur gegen kantonale Hoheitsakte ergriffen werden. Sie ist da-

¹¹ WENGER, N 38 f. zu Art. 186 IPRG.

¹² Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 9 BV (Willkürbeschwerde) ist der einzige direkte Rekursweg. Die bundesrechtliche Berufung gegen eine Ernennungsverweigerung fällt dahin, da das Bundesgericht in BGE 118 Ia 23 auch für den negativen Ernennungsentscheid entschieden hat, dass es sich bei dem in Frage stehenden Entscheid nicht um einen Entscheid über eine Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne der Art. 44 ff. OG handelt.

¹³ BGE 119 Ia 422; vgl. auch BGE 121 I 81.

her nicht gegeben, wenn es sich beim Richter gemäss Art. 179 Abs. 3 IPRG um eine Instanz des Bundes, wie z.B. den Präsidenten des Bundesgerichts, handelt.¹⁴

III. "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheide einer Schiedsinstitution

A. Einleitung

Von den gebräuchlichsten Schiedsgerichtsordnungen sehen die IHK-SchO (Art. 6 (2)) sowie die ZHK-IntSchO (Art. 2 Abs. 2) explizit eine summarische Überprüfung des Vorliegens einer gültigen Schiedsvereinbarung vor. Auch das Schiedsgerichtsinstitut der Stockholmer Handelskammer kennt eine Art summarische Prüfung. In § 7 der Regeln des Schiedsgerichtsinstitutes der Stockholmer Handelskammer wird darauf hingewiesen, dass bei offensichtlicher Unzuständigkeit des Instituts der Antrag des Klägers auf Einleitung des Schiedsverfahrens zurückzuweisen ist.

Die Parteien, welche die Hilfe einer dieser Schiedsinstitutionen in Anspruch nehmen, unterwerfen sich selbstredend den Regeln dieser Institution betreffend der Ernennung der Schiedsrichter. Dies bedeutet, dass die Parteien nicht in den Anwendungsbereich von Art. 179 Abs. 2 und 3 IPRG fallen und somit kein staatlicher Richter sich mit einer summarischen Prüfung des Bestehens einer Schiedsvereinbarung auseinandersetzen muss. Es stellt sich damit die Frage, ob ein "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheid einer Schiedsgerichtsinstitution überhaupt durch ein staatliches Gericht überprüft werden kann.

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat entschieden, dass ein Entscheid eines institutionellen Organs nicht rekursfähig ist, da es sich um einen administrativen Akt handelt.¹⁵ Somit ist der Entscheid eines institutionellen Organs in weitem Masse

¹⁴ BGE 118 Ia 25 sowie PETER / LEGLER, N 50 ff. zu Art. 179 IPRG und IPRG-KOMMENTAR-VISCHER, N 16 zu Art. 179 IPRG.

¹⁵ Vgl. nicht publizierte Entscheid vom 18. 5. 1993 in Sachen H. vs. S., E. 3 (in Bestätigung von BGE 118 II 361 E. 3b), publ. in Bull. ASA 1984, 203 ff.; BUCHER, N 341; LALIVE / POUDRET /

der nachfolgenden Kontrolle durch ein staatliches Gericht am Sitz des Schiedsgerichts entzogen. Was für Möglichkeiten hat eine Partei dennoch, sich gegen einen „Prima Facie“ Zuständigkeitsentscheid einer Schiedsinstitution zu wehren?

C. Positiver Zuständigkeitsentscheid

Kommt eine Schiedsinstitution im Rahmen einer summarischen Prüfung zum Schluss, dass eine gültige Schiedsvereinbarung vorliegt, wird sie gemäss den anwendbaren Schiedsinstitutionsregeln zur Konstituierung des Schiedsgerichts schreiten. Da ihr Entscheid gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht rekursfähig ist, kann er nur im Rahmen der Anfechtung des Schiedsspruchs selbst in Frage gestellt werden. Will eine unzufriedene Partei nicht bis zum Erlass des Schiedsurteils warten, kann sie nach der konstituierenden Sitzung des Schiedsgerichts rechtzeitig (vgl. Art. 186 Abs. 2 IPRG sowie oben II.A.2.) einen Vorentscheid des Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit verlangen, der unter Umständen anders ausfallen kann. Das Schiedsgericht ist nämlich nicht an den Entscheid der Schiedsinstitution gebunden. Dies ergibt sich aus der in Art. 186 Abs. 1 IPRG festgehaltenen Kompetenz - Kompetenz des Schiedsgerichts.¹⁶

Gemäss Art. 186 Abs. 3 IPRG entscheidet das Schiedsgericht in der Regel durch Vorentscheid über seine Zuständigkeit. Verneint es seine Zuständigkeit, handelt es sich grundsätzlich um einen Endentscheid, der alsdann gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG angefochten werden kann.¹⁷ Bestätigt es seine Zuständigkeit, handelt es sich bei seinem Vorentscheid um einen Zwischenentscheid. Aber auch dieser muss gemäss Art. 190 Abs. 3 IPRG i.V.m. Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG direkt beim Bundesgericht angefochten werden.¹⁸ Es ist Sache des Schiedsgerichts, darüber zu befinden, ob das Verfahren vor dem Schiedsgericht zu sistieren ist, und zwar auch dann, wenn die Rechtsmit-

REYMOND, S. 423 N 4 zu Art. 190 IPRG; ANTON HEINI, IPRG-Kommentar (1993), N 17 zu Art. 190 IPRG (im folgenden "IPRG-KOMMENTAR-HEINI").

¹⁶ BGE 118 Ia 27.

¹⁷ Kommt die Rechtsmittelinstanz zu einem anderen Ergebnis hat gemäss BGE 117 II 94 das gleiche Schiedsgericht sich wiederum mit der Streitsache zu befassen.

¹⁸ Vgl. vorne, II.A.2 sowie WENGER, N 49 f. zu Art. 186 IPRG.

telinstantz der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt. Das Schiedsgericht hat sich allerdings von der Zweckmässigkeit leiten zu lassen. Missachtung kann eine zivilrechtliche Haftung der Schiedsrichter begründen.¹⁹

Wiederum ist zu beachten, dass eine Anfechtung des Schiedsentscheides nur offen steht, sofern die Parteien nicht gemäss Art. 192 Abs. 1 IPRG darauf verzichtet haben. In einem solchen Fall erfolgt eine Überprüfung des schiedsrichterlichen Zuständigkeitsentscheides erst im Rahmen der Vollstreckung nach dem New Yorker Übereinkommen (vgl. Art. 192 Abs. 2 IPRG).

D. Negativer Zuständigkeitsentscheid

1. Unbefriedigende Rechtslage: Keine Anfechtungsmöglichkeit

Gelangt die Schiedsgerichtsinstitution aufgrund einer summarischen Prüfung zum Schluss, dass keine gültige Schiedsvereinbarung vorliegt, kommt es zu keiner Konstituierung des Schiedsgerichts, und es findet somit kein Schiedsverfahren statt. Eine Anfechtung nach Art. 190 IPRG fällt daher ausser Betracht.

Das ist auch der Fall bei einem Mehrparteienverfahren, wo der Entscheid der Schiedsinstitution nur eine von mehreren Parteien betrifft und es in bezug auf die andere(n) Partei(en) zu einem Schiedsverfahren kommt. Auch hier kann meines Erachtens kein Vorentscheid des Schiedsgerichts betreffend Zuständigkeit für die ausgeschlossene Partei verlangt werden. Denn das Schiedsgericht wird mit dem Auftrag konstituiert, das Schiedsverfahren nur in bezug auf diejenigen Parteien einzuleiten, bei denen die Schiedsinstitution entschieden hat, dass dem ersten Anschein nach eine gültige Schiedsvereinbarung besteht. Somit fehlt dem Schiedsgericht in bezug auf die ausgeschlossene Partei ein Schiedsrichtermandat, und es wird sich weigern, einen Vorentscheid zu

¹⁹ Vgl. BGE 109 Ia 84 sowie IPRG-KOMMENTAR-HEINI, N 17 zu Art. 186 IPRG.

erlassen und sich mit einem Hinweis auf den Entscheid der Schiedsinstitution begnügen.²⁰

Somit muss gefolgert werden, dass es bei einem negativen Zuständigkeitsentscheid einer Schiedsinstitution keine Anfechtungsmöglichkeit gibt.

2. Korrekturansätze

Diese unbefriedigende Rechtslage muss im Interesse der Parteien behoben werden. Dabei bieten sich folgende Korrekturansätze an:

a) Willkürbeschwerde ans Bundesgericht

Im oben erwähnten Entscheid des Bundesgerichts (vgl. III. B.), bei dem dieses einen direkten Rekurs (staatsrechtliche Beschwerde) gegen den Entscheid eines privaten Gremiums (in casu IHK-Schiedsgerichtshof) ausschloss, ging es um einen Ablehnungsantrag gegen einen Schiedsrichter. Das Bundesgericht war der Ansicht, dass der Entscheid des Gremiums immer noch indirekt mit einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen den eigentlichen, von den Schiedsrichtern gefällten Entscheid angefochten werden kann.²¹

Es ist daher fraglich, ob die Ansicht des Bundesgerichts ohne weiteres auch auf negative "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheide privater Gremien übertragen werden kann, da es in diesem Fall gar nicht zu einem Schiedsverfahren kommt. Stossend ist bei dieser Situation insbesondere, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einer Dissonanz führt zwischen dem Fall, wo ein staatlicher Richter gestützt auf Art. 179 Abs. 3 IPRG einen negativen Ernennungsentscheid fällt und dem Fall, wo ein entsprechender Entscheid von

²⁰ Dies ist sowohl gestützt auf die von Vogt vertretene Ansicht der Fall, wonach zwischen der Schiedsinstitution und dem Schiedsgericht ein Vertrag zu Gunsten Dritter zustande kommt, wie auch gestützt auf die von Hoffet vertretene Ansicht, wonach die Schiedsinstitution als Bevollmächtigter (direkte Stellvertreterin) der Parteien handelt. Auch im zweiten Fall kommt in bezug auf die ausgeschlossene Partei kein Schiedsrichtervertrag zwischen dem Schiedsgericht und dieser Partei zustande. Vgl. dazu FRANZ HOFFET, Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 1991, S. 160 und S. 168; STEPHEN A. VOGT, Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1989, S. 82.

²¹ IPRG-KOMMENTAR-HEINI, N 20a f. zu Art. 190 IPRG.

einem privaten Gremium gefällt wird. Bei einem negativen Ernennungsentscheid eines staatlichen Richters gestützt auf Art. 179 Abs. 3 IPRG hat das Bundesgericht, wie bereits ausgeführt, die staatsrechtliche Beschwerde für zulässig erklärt.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung vermag daher nicht zu überzeugen. Lässt das Bundesgericht eine Anfechtung eines Entscheids eines privaten Gremiums, wenn auch indirekt, zu, könnte aus Gründen der Prozessökonomie und der Verfahrenslogik gefordert werden, dass man in Übereinstimmung mit dem von einem Richter gestützt auf Art. 179 Abs. 3 IPRG gefällten Entscheid auch eine Willkürbeschwerde gegen den Entscheid der Schiedsinstitution zulässt.^{22 23}

b) Feststellungsklage

Eine weitere, neben der direkten Rekursmöglichkeit ans Bundesgericht wohl angebrachte Korrekturmöglichkeit wäre die Zulassung einer Feststellungsklage betreffend das Bestehen einer gültigen Schiedsvereinbarung.

Die herrschende Lehre vertritt die Ansicht, dass aufgrund der dem Schiedsgericht in Art. 186 Abs. 1 IPRG eingeräumten Kompetenz - Kompetenz kein Raum für eine Feststellungsklage bleibt, da es dafür am Rechtsschutzinteresse fehle.²⁴ Eine Ausnahme wird von einem Teil der Lehre und Rechtsprechung für die Fälle bejaht, wo eine Partei geltend macht, dass nicht einmal der An-

²² STEPHEN V. BERTI / ANTON K. SCHNYDER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht (1996), N 29 zu Art. 190 IPRG (im folgenden 'BERTI / SCHNYDER'); PETER / LEGLER, N 17 zu Art. 179 IPRG.

²³ Aus den Entscheiden des Bundesgerichts (nicht publizierter Entscheid vom 18. 5. 1993 sowie BGE 118 II 361 E. 3b) scheint hervorzugehen, dass das Bundesgericht den Pariser Sitz des IHK-Schiedsgerichtshofs nicht als (territoriales) Problem im Hinblick auf seine Zuständigkeit erachtete. Dem kann beigeplichtet werden, weil der Schiedsgerichtshof in solchen Fällen stets im Hinblick auf ein Schiedsverfahren tätig wird, dessen Sitz in der Schweiz liegt.

²⁴ IPRG-KOMMENTAR-HEINI, N 2f. zu Art. 186 IPRG; WENGER, N 4 zu Art. 186 IPRG; BUCHER S. 56; Das Bundesgericht hat die Möglichkeit einer Feststellungsklage grundsätzlich offen gelassen, vgl. BERTI / SCHNYDER, N 21 zu Art. 7 IPRG mit Verweis auf BGE vom 26. Januar 1987, publiziert in SemJud 1987, S. 230 ff.

schein einer gültigen Schiedsabrede gegeben ist.²⁵ Haben die Parteien aber einen Dritten mit der Vorabklärung der "Prima Facie" Gültigkeit der Schiedsvereinbarung betraut, wird ein Feststellungsinteresse und damit ein Rechtsschutzinteresse verneint.²⁶ Diese Ansicht sollte aber noch einmal überdacht werden.

Das Fehlen eines Rechtsmittels gegen den Entscheid der Schiedsinstitution ist zwar die Folge der von den Parteien gewählten Verfahrensordnung. Es kann aber nicht von einem freiwilligen Rechtsmittelverzicht oder gar vom Fehlen eines Rechtsschutzinteresses ausgegangen werden. Dies gilt insbesondere bei der Wahl der IHK-SchO, deren Art. 6 (2) IHK-SchO den Parteien in Aussicht stellt, dass sie im Fall eines negativen „Prima Facie“ Zuständigkeitsentscheidens den Richter anrufen können.²⁷

Die Zulassung der Feststellungsklage für solche Fälle wäre auch im Einklang mit dem international anerkannten Grundsatz, wonach der Entscheid eines Schiedsgerichts, welches frei über seine Zuständigkeit entscheidet, einer Überprüfung durch das staatliche Gericht unterliegt.²⁸ Wenn nun schon der Entscheid eines uneingeschränkt seine Zuständigkeit überprüfenden Schiedsgerichts durch einen staatlichen Richter überprüft werden soll, dann erst recht wohl ein summarischer Entscheid einer privaten Institution.

Fraglich bleibt, bei welchem Gericht eine solche Feststellungsklage anhängig gemacht werden kann. Sinnvollerweise kann es sich dabei nicht um den ordentlich zuständigen staatlichen Richter handeln, da ein solcher womöglich in der Schweiz gar nicht existiert. Als mögliche richterliche Behörde drängt sich

²⁵ IPRG-KOMMENTAR-HEINI, N 3 zu Art. 186 IPRG; BUCHER, S. 56; BGE 108 Ia 308ff.; SemJud 1980, S. 443ff.; SemJud 1984, S. 309ff.; HABSCHIED in SJZ 87, S. 327; a.M. WENGER, N 4 zu Art. 186 IPRG sowie LALIVE / POUDRET / REYMOND, N 16 zu Art. 186 IPRG die dem entgegenhalten, dass in solchen Fällen sowohl der Beklagte als auch staatliche oder institutionelle Ernennungsinstanzen ihre Mitwirkung bei der Bestellung des Schiedsgerichts versagen können und müssen.

²⁶ IPRG-KOMMENTAR-HEINI, N 3 zu Art. 186 IPRG; WENGER, N 4 zu Art. 186 IPRG; BUCHER S. 56.

²⁷ W. LAWRENCE CRAIG / WILLIAM W. PARK / JAN PAULSSON, International Chamber of Commerce Arbitration (2000), S. 155 (im folgenden "CRAIG / PARK / PAULSSON").

²⁸ WENGER, N 2 zu Art. 186 IPRG. In diesem Sinne auch CRAIG / PARK / PAULSSON S. 171.

meiner Meinung nach die auch nach Art. 179 Abs. 2 IPRG zuständige Behörde auf.²⁹

Sollte der staatliche Richter zum Ergebnis kommen, dass eine gültige Schiedsvereinbarung besteht, kann die an einem Schiedsgerichtsverfahren interessierte Partei erneut bei der Schiedsinstitution um Einleitung des Schiedsverfahrens nachsuchen.

c) **Anrufung des Richters am Sitz des Schiedsgerichts**

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann Art. 179 Abs. 2 IPRG nur bei fehlender Vereinbarung der Parteien angerufen werden. Mit dem Hinweis auf das Bestehen einer Parteivereinbarung hat das Bundesgericht daher entschieden, dass eine Partei bei einem negativen Ernennungsentscheid eines Richters gestützt auf Art. 179 Abs. 3 IPRG nicht den nach Art. 179 Abs. 2 IPRG zuständigen Richter am Sitz des Schiedsgerichts anrufen kann.³⁰ Es muss daher angenommen werden, dass das Bundesgericht auch die Möglichkeit einer Anrufung des Richters am Sitz des Schiedsgerichts gemäss Art. 179 Abs. 2 IPRG verneint, wenn es sich beim Ernennungsorgan nicht um den Richter gemäss Art. 179 Abs. 3 IPRG sondern um eine institutionelle Ernennungsinstanz handelt. Denn auch in diesem Fall haben die Parteien durch den Verweis auf eine Schiedsgerichtsordnung grundsätzlich eine Vereinbarung über die Ernennung der Schiedsrichter getroffen.³¹

Meines Erachtens gibt es aber durchaus Gründe, die für die Zulassung einer Anrufung des Richters am Sitz des Sitzgerichts sprechen. Das Bundesgericht ging bei seinem Entscheid davon aus, dass den Parteien gegen den negativen Ernennungsentscheid des staatlichen Richters gestützt auf Art. 179 Abs. 3 IPRG die staatsrechtliche Beschwerde offensteht. Wo dies nicht möglich ist,

²⁹ Da diese Bestimmung auf das kantonale Recht und damit in den meisten Fällen auf das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (im folgenden "KSG") verweist (es sei denn, ein Kanton habe eine spezielle Regelung geschaffen), ist das obere ordentliche Zivilgericht des Kantons, in dem sich der Sitz des Schiedsgerichts befindet, die zuständige richterliche Behörde (Art. 3 KSG).

³⁰ BGE 118 Ia 20; vgl auch BGE 118 Ia 420 mit Hinweisen auf andere Meinungen.

³¹ PETER/LEGLER, N. 20ff. zu Art. 179 IPRG.

da es sich beim Richter gemäss Art. 179 Abs. 3 IPRG um eine Instanz des Bundes handelt, hat das Bundesgericht das Fehlen eines Rechtsmittels mit der Begründung gerechtfertigt, dass dies die Folge einer von den Parteien frei vereinbarten Verfahrensordnung sei und insoweit einem zulässigen Rechtsmittelverzicht gleichkomme.³² Im Fall eines negativen "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheids der Internationalen Handelskammer kann aber, wie bereits ausgeführt (vgl. III. D. 2.b), nicht von einem freiwilligen Rechtsmittelverzicht gesprochen werden, da den Parteien für diesen Fall die Möglichkeit der Anrufung eines staatlichen Richters in Aussicht gestellt wurde (Art. 6(2) IHK-SchO). Dieser staatliche Richter könnte durchaus der in Art. 179 Abs. 2 IPRG vorgesehene Richter am Sitz des Schiedsgerichts sein, was den Parteien die bereits beschriebenen Rechtsbehelfe gegen den Entscheid dieses Richters sichern würde (vgl. II. B.).

3. Weitere Rechtsbehelfe gegen den Entscheid der Schiedsinstitution

Fällt die Schiedsgerichtsinstitution einen "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheid, so könnte eine sich beschwerende Partei zunächst die Schiedsgerichtsinstitution um Wiedererwägung ersuchen. Weder die IHK-SchO noch die ZHK-IntSchO verbieten eine Wiedererwägung, so dass von deren Zulässigkeit ausgegangen werden kann. Eine Wiedererwägung bildet aber die Ausnahme und wird grundsätzlich nur bei Vorbringen neuer Fakten vorgenommen.³³

Grundsätzlich könnte die sich beschwerende Partei auch die Schiedsgerichtsinstitution einklagen. Tatsächlich wurde gegen den IHK-Schiedsgerichtshof in Frankreich bereits mehrfach Klage eingereicht.³⁴ Die französischen Gerichte haben aber durchwegs die Kompetenz des IHK-Schiedsgerichtshofes zur Fällung eines "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheides bejaht und sich geweigert, den Entscheid in der Sache selbst zu überprüfen. So beschränkte sich die

³² BGE 118 Ia 25 mit Verweis auf BGE 113 Ia 30 E 3b.

³³ YVES DERAÏNS / ERIC A. SCHWARTZ, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration (1998), S. 85ff. (im folgenden "DERAÏNS / SCHWARTZ").

³⁴ Die Zürcher Handelskammer wurde hingegen bisher nie eingeklagt.

gerichtliche Überprüfung auf die Frage, ob der IHK-Schiedsgerichtshof sich korrekt an die Regeln der IHK-SchO hielt.³⁵

IV. Schlussbemerkung

Abschliessend noch die folgenden taktischen, bzw. präventiven Hinweise:

A. Flucht nach vorn

Ist für eine Partei absehbar, dass es zu einer summarischen Überprüfung des Vorliegens einer Schiedsvereinbarung kommt, sei es durch einen staatlichen Richter, sei es durch eine Schiedsinstitution, ist ihr folgendes zu empfehlen:

- Wer die schiedsrichterliche Unzuständigkeit bestätigt haben will, klagt – wo möglich – bei dem seiner Meinung nach zuständigen staatlichen Richter und überlässt es der anderen Partei, die Unzuständigkeitseinrede zu erheben.
- Wer die schiedsrichterliche Zuständigkeit bestätigt haben will, sorgt für die Konstituierung des Schiedsgerichts, indem er aktiv auf einen positiven Zuständigkeitsentscheid hinwirkt. Das bedingt, dass bereits im ersten, das Verfahren einleitenden Schriftsatz sehr detailliert aufgezeigt wird, weshalb zwischen der Schiedsklausel und dem geltend gemachten Anspruch eine Beziehung besteht.³⁶

³⁵ DERAINS / SCHWARTZ, S. 88ff.

³⁶ Dies ist auch im Anwendungsbereich von Art. 179 Abs. 3 IPRG wichtig. Das Bundesgericht erachtet eine rein formelle Kontrolle des staatlichen Richters, die sich nur auf die Existenz der Schiedsklausel bezieht, für nicht genügend. Vielmehr besteht gemäss der nun geäusserten Ansicht in BGE 118 Ia 20 eine Pflicht, das Bestehen einer Beziehung zwischen der Schiedsklausel und den von den Parteien geltend gemachten Ansprüchen zu überprüfen. Dies ist insbesondere problematisch, wo Ansprüche aus Konzernhaftung, Durchgriff oder Rechtsnachfolge geltend gemacht werden. Von der Lehre wird diese Rechtsprechung daher meiner Meinung nach zu Recht kritisiert und eine Beschränkung der summarischen Prüfung auf die Existenz und keinesfalls auch auf die Tragweite der zwischen den Parteien bestehenden Schiedsvereinbarung befürwortet. Vgl. PETER / LEGLER, N 41 zu Art. 179 IPRG mit weiteren Hinweisen.

B. Gezielte Abfassung der Schiedsklausel

Wer gänzlich vermeiden will, mit einem "Prima Facie" Zuständigkeitsentscheid konfrontiert zu werden, der muss dies über eine gezielte Abfassung der Schiedsklausel zu erreichen suchen. Zu diesem Zweck muss die Schiedsklausel die Ernennung der Schiedsrichter klar regeln und damit sicherstellen, dass man nicht in den Anwendungsbereich von Art. 179 Abs. 2 oder 3 IPRG fällt. Überdies darf die Schiedsklausel nicht auf die Regeln einer Schiedsinstitution verweisen, die eine summarische Prüfung des Vorliegens einer gültigen Schiedsklausel kennt.

* * * * *

Summary:

There are two problematic scenarios where a party can be confronted with a *prima facie* jurisdictional decision: (a) when a court renders a *prima facie* jurisdictional decision based on Art. 179 para. 2 or 3 of the Swiss Federal Act on International Private Law ("PILA") in the context of the appointment of an arbitral tribunal, or (b) when an arbitral institution renders a *prima facie* jurisdictional decision.

a) *Prima Facie* Jurisdictional Decisions By a Court

In case a court renders a positive jurisdictional decision based on Art. 179 para. 2 or 3 PILA, i.e. if a judge's summary examination yields the result that an arbitration agreement exists between the parties, the party who wants to appeal against such decision must first exhaust all cantonal remedies. An immediate appeal against the positive *prima facie* jurisdictional decision of the court at the Federal Tribunal is not possible. According to the Federal Tribunal, the decision can be challenged in a motion to set aside based on Art. 190 para. 2 lit. a PILA. This expedient has the disadvantage that a final decision regarding the jurisdiction of the arbitral tribunal is deferred until such time as an award is obtained. Consequently, if the motion to set aside is upheld, the whole arbitration proceedings have to be started anew. One way to sidestep this problem is the possibility of asking the arbitral tribunal for a preliminary decision on the matter, against which decision a motion to set aside is admissible based on Art. 190 para. 3 in connection with Art. 190 para. 2 lit. b PILA.

In case a judge renders a negative *prima facie* jurisdictional decision, the cantonal remedies must be pursued first, as well. A negative decision being necessarily a final decision in the sense of Art. 87 of the Statute on the Organization of the Federal Judiciary, the Federal Supreme Court has allowed constitutional review, but limited to an examination of arbitrariness.

b) *Prima Facie* Jurisdictional Decisions By an Arbitral Institution

Prima facie jurisdictional decisions are rendered, for instance, by the ICC Court of Arbitration based on Art. 6(2) of the ICC Rules of Arbitration, or by the Management of the Zurich Chamber of Commerce based on Art. 2 para. 2 of its International Arbitration Rules.

The Federal Tribunal has decided that a jurisdictional decision of an arbitral institution is not appealable since it is a purely administrative act. Hence, if the arbitration institution renders a positive *prima facie* jurisdictional decision, such decision can only be challenged once the arbitral tribunal is constituted. Only then can the interested party ask the arbitral tribunal for a preliminary decision regarding its jurisdiction. Against the arbitral tribunal's decision a motion to set aside is admissible, based on Art. 190 para. 3 in connection with Art. 190 para. 2 lit. b.

If the arbitral institution's *prima facie* jurisdictional decision is negative, or if, in other words, the arbitral institution is *prima facie* not satisfied that an arbitration agreement exists, no arbitration proceedings will be initiated and, hence, no arbitral tribunal constituted. The Federal Tribunal having excluded the possibility of challenging the arbitral institution's decision, a dissatisfied party has no possibility to ask for a judicial re-examination of the arbitral institution's decision.

As a result of the Federal Tribunal's decision, jurisdictional decisions are dealt with in different ways, according to whether they are issued by a court or by an arbitral institution. The author of this article is therefore of the opinion that the present unsatisfactory situation regarding negative *prima facie* jurisdictional decisions rendered by an arbitral institution ought to be remedied in the interest of the parties. Various conceivable approaches are being discussed among leading legal commentators, but none has so far found favour with the Federal Tribunal: (i) an appeal to the Federal Tribunal limited to an examination of arbitrariness; (ii) the admissibility of a declaratory relief to the effect

that a valid arbitration agreement exists; or (iii) the possibility to bring the matter before the judge at the seat of the arbitral tribunal, based on Art. 179 para. 2 PILA.

Apart from these possibilities, a party can of course ask the arbitral institution to reconsider its decision. It could, in fact, even sue the arbitral institution. However, such efforts have so far not met with success, at any rate not in France, where the ICC Court of Arbitration has been repeatedly sued.