Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4P.2/2003 /rnd

Urteil vom 12. März 2003
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichter Walter, Favre,
Gerichtsschreiberin Charif Feller.

Parteien
A._____, einfache Gesellschaft, bestehend aus:,
1. B._____,
2. C._____,
3. D._____,
4. E._____,
5. F._____,
Beschwerdeführer, alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christian P. Meister, Bahnhofstrasse 13, 8001 Zürich,

gegen

G._____,
Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Alexander De Beer, Schlossbergstrasse 22, Postfach 22, 8702 Zollikon,
Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer, c/o Herrn Dr. Georg von Segesser, Vorsitzender,
Löwenstrasse 19, Postfach 6333, 8023 Zürich.

Gegenstand
Art. 85 lit. c OG und Art. 190 IPRG (Internationales Schiedsgericht; Zuständigkeit; Kostenvorschuss),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen die Verfügung des Schiedsgerichts der Zürcher Handelskammer vom 18. November 2002.

Sachverhalt:
A.
Die Beschwerdeführer sind als Mitglieder einer einfachen Gesellschaft neben einer französischen Unternehmung Beklagte in einem vom Beschwerdegegner angehobenen Schiedsgerichtsverfahren.

Das Schiedsverfahren wurde verfahrensmässig der Internationalen Schiedsgerichtsordnung der Zürcher Handelskammer (ISO) unterstellt.
B.
Das Schiedsgericht forderte im Konstituierungsbeschluss vom 18. September 2001 die drei Prozessparteien auf, einen ersten Kostenvorschuss von je Fr. 40'000.– zu leisten. Mit Verfügung vom 11. September 2002 (Order No. 17) verlangte es einen weiteren Kostenvorschuss von je Fr. 70'000.– bis zum 10. Oktober 2002. Am 9. Oktober 2002 änderte es diese Verfügung dahingehend ab, dass es bloss noch einen zusätzlichen Kostenvorschuss von je Fr. 30'000.– forderte und zu dessen Leistung Frist bis zum 24. Oktober 2002 setzte (Order No. 19).

Der Beschwerdegegner leistete den zusätzlichen Kostenvorschuss innert Frist nicht; den Beschwerdeführern wurde auf Gesuch hin eine Fristerstreckung bis zum 13. November 2002 gewährt (Order No. 21).

Mit Schreiben vom 8. November 2002 ersuchte der Beschwerdegegner seinerseits um Erstreckung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses bis zum 29. November 2002. Das Schiedsgericht entsprach diesem Begehren insoweit, als es die Frist mit Verfügung vom 12. November 2002 bis zum 25. November 2002 erstreckte (Order No. 23).

Mit Eingabe vom 13. November 2002 an das Schiedsgericht vertraten die Beschwerdeführer die Auffassung, an die Schiedsvereinbarung nicht mehr gebunden zu sein. Sie begründeten dies damit, dass der Beschwerdegegner als Kläger seinen Kostenvorschuss nicht fristgerecht, d.h. bis zum 24. Oktober 2002, geleistet hatte, sie ihrerseits nicht bereit seien, dessen Anteil zu übernehmen, so dass die Schiedsabrede gemäss Art. 55 ISO hinfällig und das Schiedsgericht in der Auseinandersetzung der Beschwerdeparteien unzuständig geworden sei.

Mit Verfügung vom 18. November 2002 (Order No. 24) wies das Schiedsgericht den Antrag der Beschwerdeführer, das Schiedsverfahren zwischen den Beschwerdeparteien als beendet zu erklären, ab. Es hielt dafür, die dem Beschwerdegegner gesetzte Frist zur Leistung des Kostenvorschusses sei nicht peremptorisch gewesen, zudem habe dieser achtbare Gründe für die Säumnis angeführt, weshalb an der Verfügung vom 12. November 2002 festzuhalten sei.

C.

Mit staatsrechtlicher Beschwerde beantragen die Beschwerdeführer dem Bundesgericht, die seine Zuständigkeit bejahende Verfügung des Schiedsgerichts vom 18. November 2002 aufzuheben, die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts in der Auseinandersetzung der Beschwerdeparteien festzustellen und die Streitsache zur Abschreibung des Verfahrens und zur Regelung der Nebenfolgen an das Schiedsgericht zurückzuweisen.

Das zur Vernehmlassung eingeladene Schiedsgericht verweist auf die Begründung der angefochtenen Verfügung und führt zusätzlich aus, dass es ein diese Verfügung betreffendes Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführer am 27. Dezember 2002 abgewiesen habe.

Der Beschwerdegegner hat auf Stellungnahme verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Unter Berufung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte haben die Beschwerdeführer vorsorglich um einen zweiten Schriftenwechsel für den Fall ersucht, dass das Schiedsgericht dem Bundesgericht eine Vernehmlassung materiellen Inhalts einreichen sollte.

Das Schiedsgericht hat in seiner Stellungnahme an das Bundesgericht auf die angefochtene Verfügung verwiesen und die Schilderung des Verfahrensablaufs bloss um den Hinweis auf ein abgewiesenes Wiedererwägungsgesuch ergänzt. Dieser Hinweis bleibt auf den Ausgang der Streitsache von vornherein ohne Bedeutung und stellt keine materielle Vernehmlassung zum Streitgegenstand dar. Damit erübrigt sich die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Die Beschwerdeführer haben ihr Begehren nach Zustellung der Vernehmlassung des Schiedsgerichts denn auch nicht erneuert.

2.

Der Kläger hatte bei Abschluss der Schiedsvereinbarung Wohnsitz im Libanon, das Schiedsgericht hat seinen Sitz in Zürich. Massgebendes staatliches Schiedsgerichtsrecht sind daher die Art. 176 ff. IPRG (Art. 176 Abs. 1 IPRG).

Mit der angefochtenen Verfügung hat das Schiedsgericht dem Inhalt nach eine Unzuständigkeitseinrede der Beschwerdeführer verworfen und sich (weiterhin) für zuständig erklärt. Gegen diesen Zwischenentscheid steht die staatsrechtliche Beschwerde mit der Rüge der zu Unrecht beanspruchten Zuständigkeit des Schiedsgerichts offen (Art. 190 Abs. 3 IPRG).

Auf die frist- und formgerecht eingereichte staatsrechtliche Beschwerde ist damit einzutreten.

3.

Art. 182 Abs. 1 IPRG stellt die Regelung der Verfahrensordnung in die Autonomie der Parteien. Für die zu beurteilende Streitsache wurde die ISO als schiedsgerichtliche Verfahrensordnung bestimmt. Deren Art. 55 lautet: "Nichtleistung des Kostenvorschusses.

Leistet eine Partei den von ihr verlangten Kostenvorschuss nicht, so kann die andere Partei nach ihrer Wahl die Verfahrenskosten vorschiessen oder auf das Schiedsverfahren verzichten. Verzichtet sie, so sind die Parteien mit Bezug auf diese Streitsache nicht mehr an die Schiedsabrede gebunden."
Die Bestimmung deckt sich inhaltlich mit Art. 30 Abs. 2 des für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit abgeschlossenen Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG; SR 279) und mit § 247 Abs. 2 aZPO ZH, aufgehoben mit dem Beitritt des Kantons Zürich zum Schiedsgerichtskonkordat (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, Bemerkung zu §§ 240-257). Sie entspricht einer auch andernorts geläufigen Rechtsfolge der Säumnis in der Leistung eines Kostenvorschusses (zum Gesamten Poudret/Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, 2002, S. 541 f., Rz. 593; Claude Reymond, Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et sa répartition, in: Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, S. 495 ff., 499 f.; Paul Baumgartner, Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses, Diss. Zürich 1981, S. 310 f.; Wirth, Basler Kommentar, N 49 f. zu Art. 189 IPRG; Volken, in: Heini et. al., IPRG-Kommentar, N 8 zu Art. 182 IPRG; Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, S. 225 ff.; zu einem differenzierten, rein vertraglichen Konzept der schiedsgerichtlichen Kostenvorschusspflicht und der Folgen ihrer Verletzung vgl. Schwab/Walter,
Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl., München 2000, S. 118 ff.).

Im vorliegenden Verfahren stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Partei bei Säumnis der Gegenpartei in der Leistung des Kostenvorschusses auf das Schiedsverfahren verzichten kann. Sie beantwortet sich aus Wesen und Zweck des Kostenvorschusses im schiedsgerichtlichen Verfahren.
3.1 Die Schiedsrichter haben einen vertraglichen Anspruch auf Honorar und Auslagenersatz (Art. 394 Abs. 3 und Art. 402 Abs. 1 OR).

Der von den Parteien einverlangte Kostenvorschuss soll diese Forderungen sicherstellen (Art. 54 ISO). Er dient damit allein dem Interesse des Schiedsgerichts und nicht - wie etwa die im staatlichen Verfahren mögliche Obliegenheit der Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung (vgl. Art. 150 Abs. 2 OG) - den Interessen der Parteien. Die Schiedsrichter sind demzufolge - im Gegensatz zu den staatlichen Gerichten - nicht verpflichtet, sich die Kosten des Verfahrens durch Kautionen sicherstellen zu lassen. Sie können darauf wie auch auf eine Erhöhung der Kautionen im Laufe des Verfahrens einstweilen oder ganz verzichten (vgl. Art. 45 ISO; Pierre Jolidon, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984, S. 416; Sträuli/Messmer/ Wiget, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982, N 3 zu § 247 aZPO ZH; Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 224 f.; Baumgartner, a.a.O., S. 299; OG Zürich vom 4. Juli 1978 in SJZ 74/1978, S. 295 Nr. 48).
3.2 Das privatrechtliche Konzept der Honorierung und Bevorschussung der Tätigkeit der Schiedsrichter schliesst ebenfalls eine unbesehene Übernahme der staatlichen prozessualen Säumnisbestimmungen im Bereich der Kostensicherungen aus (Jolidon, a.a.O., S. 418 f.). Deren Regelung steht vielmehr in der Autonomie der Parteien und der Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichts, welches allerdings das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien (Art. 182 Abs. 3 IPRG) sowie andere klare und unumstrittene Prozessgrundsätze (Poudret/ Besson, a.a.O., S. 498 ff.) zu beachten hat.

3.3 Daraus folgt, dass in der Regelungsfreiheit der Parteien und bei deren Lückenhaftigkeit in der Kompetenz des Schiedsgerichts steht, die Rechtsfolgen der nicht fristgerechten Leistung eines Kostenvorschusses zu bestimmen.

Die Parteien des vorliegenden Verfahrens haben sich der ISO unterstellt. Deren Art. 55 ist aus dem erörterten Sinn und Zweck der Vorschrift so zu verstehen, dass das Schiedsgericht darüber befinden kann, welche Folgen es der nicht fristgerechten Leistung eines Kostenvorschusses gibt. Im Vordergrund steht dabei die Befugnis, die Weiterführung des Verfahrens abzulehnen, sofern der einverlangte Vorschuss nicht umfassend geleistet wird. Es steht dem Schiedsgericht indessen auch frei, das Verfahren ohne vollständige Kostensicherheit fortzuführen.

Die Parteien haben, da die übernommene Verfahrensordnung nichts anderes bestimmt, keinen Anspruch auf einen Entscheid in der einen oder andern Richtung.

Steht aber in der Entscheidungsfreiheit des Schiedsgerichts, das Verfahren unbesehen des nicht oder nicht vollständigen Eingangs des Kostenvorschusses fortzusetzen, ist ihm auch unbenommen, die Frist zu dessen Leistung neu auszusetzen und zwar unbesehen des Grundes der nicht fristgerechten Leistung (OG Zürich, a.a.O; Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N 3 zu § 247 aZPO ZH; Baumgartner, a.a.O., S. 329 f.).
3.4 Diese Freiheit in der Gestaltung des Verfahrensrechts ist nach den Geboten der rechtsgleichen Behandlung der Parteien und des Handelns nach Treu und Glauben wahrzunehmen (vgl. Art. 19 ISO).

Von einer prozessualen Ungleichbehandlung der Parteien kann keine Rede sein, nachdem das Schiedsgericht ebenfalls den Beschwerdeführern die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses antragsgemäss erstreckt hat. Eine Ungleichbehandlung ergibt sich insbesondere nicht bereits daraus, dass die Beschwerdeführer das Gesuch um Erstreckung der Frist bereits vor deren Ablauf gestellt haben, der Beschwerdegegner dagegen erst danach.

Aus dem Gebot des prozessualen Handelns nach Treu und Glauben ist im hier interessierenden Zusammenhang zudem zu fordern, dass das Gericht den Parteien allfällige peremptorische Folgen einer nicht fristgerechten Leistung des Kostenvorschusses anzudrohen hat, sofern diese Folgen sich nicht klar aus der massgebenden Verfahrensordnung ergeben (Baumgartner, a.a.O., S. 328). Art. 55 ISO enthält in diesem Sinne keine klare und unmissverständliche Regelung. Mithin ist in ihrem Anwendungsbereich den Parteien ausdrücklich anzudrohen, bei Nichtleistung des Kostenvorschusses innert Frist durch die eine stehe der anderen ohne weiteres das Wahlrecht nach Art. 55 ISO zu (Lalive/Poudret/Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, N 3 zu Art. 30 KSG; Jolidon, a.a.O., S. 421). Fehlt diese Androhung, ist der säumigen Partei eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses anzusetzen, verbunden mit der Androhung der Folgen von Art. 55 ISO im Falle der Säumnis (Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 227). Eine solche Nachfrist wurde dem Beschwerdegegner nicht gesetzt.
3.5 Hinzu kommt ein Weiteres. Steht in der Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts, das Verfahren unbesehen der unvollständigen Kostensicherheit fortzuführen, hat es auch darüber zu befinden, ob der nicht säumigen Partei das Wahlrecht, den gesamten Kostenvorschuss zu leisten oder auf das Schiedsverfahren zu verzichten, zu eröffnen ist. Das bedeutet, dass dieses Wahlrecht durch prozessleitende Verfügung ausdrücklich zu gewähren ist (Lalive/Poudret/Reymond, a.a.O., N 3 zu Art. 30 KSG; Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 225 und Supplement zur 2. Aufl., S. 45). Eigenmächtig, d.h. gegen den Willen des Schiedsgerichts, kann es durch die berechtigte Partei nicht ausgeübt werden.

Selbstverständlich können die Nachforderung des Kostenvorschusses und die Eröffnung des Wahlrechts für den Fall der Nichtleistung innert Nachfrist verbunden werden, um damit beiden Parteien die Möglichkeit zu geben, das Schiedsverfahren zu retten (Jolidon, a.a.O., S. 428).
Jedenfalls aber steht einer Partei bei Säumnis der Gegenpartei in der Leistung eines Kostenvorschusses das Wahlrecht nach Art. 55 ISO erst zu, wenn das Schiedsgericht ihr diese Möglichkeit eröffnet hat. Dies war im vorliegend zu beurteilenden Verfahren nicht der Fall. Dem Schiedsgericht war daher unbenommen, dem Beschwerdegegner antragsgemäss eine neue Frist zur Leistung des Kostenvorschusses anzusetzen. Die Beschwerdeführer können daraus hinsichtlich der Bindung an die Schiedsabrede nichts zu ihren Gunsten ableiten.
3.6 Im Übrigen steht nach nunmehr gefestigter Auffassung ein Wahlrecht im Sinne von Art. 55 ISO bloss derjenigen Partei zu, welche ihrerseits den auf sie entfallenden Teil des Kostenvorschusses geleistet hat (Lalive/Poudret/Reymond, a.a.O., N 3 zu Art. 30 KSG; Jolidon, a.a.O., S. 428 f.; Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N 6 zu § 247 aZPO ZH; Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 226 Ziff. 9a/cc).
Die Beschwerdeführer weisen die Erfüllung dieser Voraussetzung nicht nach. Aus den Akten ergibt sich, dass sie ihrerseits die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses auf Gesuch hin bis zum 13. November 2002 erstreckt erhielten. Dass sie bei Ausübung des beanspruchten Wahlrechts ihre Kaution bereits geleistet hatten, ist weder festgestellt noch dargetan. Mithin ist im Sinne einer Eventualbegründung auch aus diesem Grunde davon auszugehen, dass die Beschwerdeführer ihr Wahlrecht nach Art. 55 ISO nicht rechtsgültig ausgeübt haben.
4.
Die Beschwerde ist kostenfällig abzuweisen. Dem Beschwerdegegner, der auf eine Stellungnahme verzichtet

hat, ist praxisgemäss keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 12. März 2003
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: