Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4P.104/2004 /lma

Urteil vom 18. Oktober 2004
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett, Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch, Bundesrichter Favre, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
A._____ Ltd.,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Müller,

gegen

Republic of Turkey, Ministry of Energy and Natural
Resources, Inönü Bulvari no. 27, Bahçelievrer,
TR-Ankara,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Fürsprecher Matthias Scherer,
ICC Schiedsgericht Genf, c/o Herrn Dr. Werner Wenger, Schiedsrichter, Aeschenvorstadt 55,
4010 Basel.

Gegenstand
Art. 85 lit. c OG; Art. 190 Abs. 2 lit. d und e IPRG
(Internationales Schiedsgericht; Ordre public),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Schiedsspruch des ICC Schiedsgerichts Genf vom 16. März 2004.

Sachverhalt:
A.
Die A._____ Ltd. (Beschwerdeführerin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach türkischem Recht ("limited liability company"). Ende 1999/Anfangs 2000 verabschiedete der türkische Gesetzgeber eine Reihe von Gesetzen, die es dem türkischen Staat (Beschwerdegegnerin) ermöglichten, im Hinblick auf eine Teilprivatisierung des Elektrizitätssektors privatrechtliche Verträge einzugehen und sich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen. Gestützt auf diese neue Gesetzgebung und eine entsprechende Ermächtigung des Ministerrats schlossen die Parteien am 6. November 2000 den dem türkischen Privatrecht unterstehenden "Implementation Contract". Diese Vereinbarung sah vor, dass der Beschwerdeführerin gegen Bezahlung einer Übertragungsgebühr die Betriebsrechte am A._____ Kraftwerk übertragen würden.

In der Folge kam es in der Türkei zu einem politischen Meinungsumschwung in Bezug auf die Privatisierung von staatlichen Infrastrukturanlagen. Die Auffassung gewann die Oberhand, dass im Rahmen des Privatisierungsprozesses auf eine vollständige Veräusserung der staatlichen Anlagen hinzuwirken sei und nicht lediglich auf eine Übertragung der Betriebsrechte. Diese Änderung fand im Elektrizitätsmarktgesetz vom 20. Februar 2001 ihren Niederschlag. Zudem hob das oberste Verwaltungsgericht den Entscheid des Ministerrats auf, mit dem dieser die Ermächtigung zum Abschluss des Implementation Contract erteilt hatte. In der Folge setzte die Beschwerdegegnerin den Implementation Contract nicht um und erklärte, diesen nicht mehr zu erfüllen.

B.
Mit Eingabe vom 12. Dezember 2002 an die Internationale Handelskammer leitete die Beschwerdeführerin ein Schiedsverfahren ein, wobei sie sich auf eine Schiedsklausel stützte, welche die Parteien im Implementation Contract vom 6. November 2000 vereinbart hatten. Sie verlangte, die Beschwerdegegnerin zur Zahlung von USD 111 Mio für entgangenen Gewinn ("lost profits") nebst Zins zu verurteilen.

Auf Vorschlag der Beschwerdeführerin bestätigte der Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer am 3. Juli 2003 Dr. Werner Wenger und auf Vorschlag der Beschwerdegegnerin am 14. Februar 2003 Dr. Ates Akinci als Parteischiedsrichter. Ferner ernannte er am 3. Juli 2003 Dr. Andreas Reiner als Obmann des Schiedsgerichts.
Mit Urteil vom 16. März 2004 wies das Schiedsgericht die Klage ab. Es bejahte zwar die vorsätzliche Vertragsverletzung durch die Beschwerdegegnerin sowie deren grundsätzliche Schadenersatzpflicht, qualifizierte jedoch die Umstände, die zur Nichterfüllung des Vertrages durch die Beschwerdegegnerin geführt hatten, als "risk event" im Sinne von Art. 22.1 des Implementation Contract und brachte den im Vertrag stipulierten Ausschluss jeglichen Anspruchs auf entgangenen Gewinn im Falle eines "risk event" zur Anwendung.
C.
Mit staatsrechtlicher Beschwerde vom 3. Mai 2004 beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der "Award" vom 16. März 2004 des Schiedsgerichts Nr. 12463 der Internationalen Handelskammer vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an das Schiedsgericht zurückzuweisen. Sie rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG) sowie einen Verstoss gegen den materiellen Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG).

Die Beschwerdegegnerin und das Schiedsgericht schliessen auf Abweisung der Beschwerde.

Die Beschwerdeführerin konnte mit Schriftsatz vom 5. Oktober 2004 antragsgemäss zur Vernehmlassung des Schiedsgerichts Stellung nehmen, während die Beschwerdegegnerin bereits in ihrer Beschwerdeantwort vom 16. August 2004 hierauf Bezug genommen hatte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der angefochtene Entscheid ist in englischer Sprache verfasst. Die Beschwerdeführerin bedient sich im bundesgerichtlichen Verfahren der deutschen, die Beschwerdegegnerin der französischen Sprache. Praxisgemäss ergeht diesfalls das Urteil in der Sprache der Beschwerde (vgl. Art. 37 Abs. 3 OG).
2.
Die Beschwerdeführerin hat in verfahrensmässiger Hinsicht beantragt, die vollständigen Prozessakten des Schiedsgerichts beizuziehen und - soweit notwendig - die Übersetzung von Prozessakten anzuordnen, die nicht in einer schweizerischen Amtssprache verfasst sind. Das Schiedsgericht hat die Prozessakten eingereicht. Der Übersetzung von Prozessakten bedarf es nicht, da die Rügen der Beschwerdeführerin auch ohne dies beurteilt werden können.
3.
Nach Art. 85 lit. c OG ist die staatsrechtliche Beschwerde zulässig gegen Urteile von Schiedsgerichten nach Art. 190 ff. IPRG.
3.1 Der Sitz des Schiedsgerichts befindet sich vorliegend in Genf und keine der Parteien hatte beim Abschluss der angewendeten Schiedsklausel ihren Sitz in der Schweiz. Da die Parteien die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG nicht schriftlich ausgeschlossen haben, gelangen diese somit zur Anwendung (Art. 176 Abs. 1 und 2 IPRG).
3.2 Zulässig sind allein die Rügen, die in Art. 190 Abs. 2 IPRG abschliessend aufgezählt sind (BGE 128 III 50 E. 1a S. 53; 127 III 279 E. 1a S. 282). Da die Verfahrensregeln der staatsrechtlichen Beschwerde anwendbar sind, hat die Beschwerdeführerin die Rügen, die sie erheben will, zu benennen und den Anforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG entsprechend zu begründen (BGE 128 III 50 E. 1c S. 53). Bei Rügen einer Verletzung von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG ist die Unvereinbarkeit des angefochtenen Schiedsentscheids mit dem Ordre public im Einzelnen aufzuzeigen (BGE 117 II 604 E. 3 S. 606). Das Bundesgericht beschränkt sich auf die Prüfung rechtsgenüglich erhobener und gehörig begründeter Rügen.

3.3 Im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren sind Noven grundsätzlich unzulässig (BGE 129 I 49 E. 3 mit Hinweisen). Soweit Noven ausnahmsweise zulässig sind (vgl. BGE 128 I 354 E. 6c S. 357), dürfen sie sich auf jeden Fall nur auf Tatsachen und Beweismittel beziehen, die bereits im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids existierten (Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 370). Die Beschwerdeführerin hat mit der staatsrechtlichen Beschwerde ein in einem anderen Schiedsverfahren zwischen anderen Parteien ergangenes Schiedsurteil Nr. 12575/MS ICC vom 20. März 2004 ins Recht gelegt. Dieses datiert nach dem angefochtenen Entscheid vom 16. März 2004 und kann daher im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nicht berücksichtigt werden.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt erstmals in ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung des Schiedsgerichts vom 5. Oktober 2004 eine Verletzung des formellen Ordre public, indem sie dem Schiedsgericht widersprüchliches und treuwidriges Verhalten vorwirft. Darauf ist nicht einzutreten. Diese Rüge hätte die Beschwerdeführerin schon in der Beschwerde erheben können und müssen. Innert der Beschwerdefrist Versäumtes kann nicht in einem späteren Schriftsatz nachgeholt werden (vgl. BGE 125 I 71 E. 1d/aa; 118 Ia 305 E. 1c). Der Beschwerdeführerin wurde lediglich im Sinne der Gleichbehandlung der Parteien die Möglichkeit eingeräumt, zur Vernehmlassung des Schiedsgerichts Stellung zu nehmen, nachdem die Beschwerdegegnerin diese vor Abfassung ihrer Beschwerdeantwort bereits zugestellt erhalten und also in ihrem Schriftsatz darauf hatte Bezug nehmen können. Das Bundesgericht eröffnete aber weder einen zweiten Schriftenwechsel (Art. 93 Abs. 3 OG) noch gab es der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung (Art. 93 Abs. 2 OG).

5.

Die Beschwerdeführerin wirft dem Schiedsgericht vor, es habe in verschiedener Hinsicht das rechtliche Gehör verweigert sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien verletzt und damit den Beschwerdegrund von Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG gesetzt.

5.1 Nach Art. 182 Abs. 1 und 2 IPRG können die Parteien und allenfalls das Schiedsgericht die schiedsgerichtliche Verfahrensordnung selbst bestimmen. Als verfahrensrechtliche Minimalgarantien der Parteidisposition entzogen sind jedoch nach Art. 182 Abs. 3 IPRG die Ansprüche auf Gleichbehandlung der Parteien und auf rechtliches Gehör in einem kontradiktorischen Verfahren. Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG lässt die Anfechtung allein wegen der zwingenden Verfahrensregeln gemäss Art. 182 Abs. 3 IPRG zu. Danach muss das Schiedsgericht insbesondere den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör wahren. Dieser entspricht - mit Ausnahme des Anspruchs auf Begründung - dem in Art. 29 Abs. 2 BV gewährleisteten Verfassungsrecht (BGE 130 III 35 E. 5 S. 37 f.; 128 III 234 E. 4b; 127 III 576 E. 2c). Die Rechtsprechung leitet daraus insbesondere das Recht der Parteien ab, sich über alle für das Urteil wesentlichen Tatsachen zu äussern, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten, ihre entscheidwesentlichen Sachvorbringen mit tauglichen sowie rechtzeitig und formrichtig offerierten Mitteln zu beweisen, sich an den Verhandlungen zu beteiligen und in die Akten Einsicht zu nehmen (BGE 127 III 576 E. 2c; 130 III 35 E. 5 S. 38, je mit Hinweisen).

5.2 Der Anspruch auf Gleichbehandlung stimmt inhaltlich weitgehend mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör überein (BGE 116 II 639 E. 4c; vgl. auch Hans Peter Walter, Praktische Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde gegen internationale Schiedsentscheide [Art. 190 IPRG], ASA Bulletin 2001 S. 2 ff., S. 17; Lalive/Poudret/ Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, N. 6 ff. zu Art. 182 IPRG; Heini, Zürcher Kommentar, N. 31 zu Art. 190 IPRG; vgl. auch Berti/Schnyder, Basler Kommentar, N. 61 zu Art. 190 IPRG). Er verlangt vom Schiedsgericht zudem insbesondere, die Parteien grundsätzlich in allen Verfahrensfragen gleich zu behandeln (Vischer, Zürcher Kommentar, N. 25 zu Art. 182 IPRG).

5.3 Vorliegend ordnete das Schiedsgericht einen doppelten Schriftenwechsel an. Anschliessend führte es eine mehrtägige Beweisverhandlung (Hearing) durch. Die Parteien erhielten daraufhin die Möglichkeit, sich - zeitgleich - in einer "Post-hearing Submission" zum Beweisergebnis vernehmen zu lassen, unter Ausschluss neuer Behauptungen oder Beweismittel. Die prozessleitenden Anordnungen (Findings) vom 16. September 2003 sahen dazu folgendes vor:

5) Post-hearing submissions

The Parties are given the opportunity to file simultaneous written post-hearing submissions on February 6, 2004. These post-hearing submissions shall not include any new allegations nor any new evidence."

Zum Schluss der Beweisverhandlung wies der Präsident des Schiedsgerichts die Parteien ausdrücklich darauf hin, dass sie sich in ihren Post-hearing Submissions auch zu den rechtlichen Aspekten, darunter namentlich zu den "risk events"-Klauseln, äussern sollten (Protokoll vom 15. Januar 2004 S. 831).

Die Beschwerdeführerin erblickt in dieser Aufforderung an die Parteien, neben ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis auch zu Rechtsfragen und zu Fragen der Vertragsauslegung zu plädieren, eine beschränkte Ergänzung des Hauptverfahrens. Indem das Schiedsgericht trotzdem daran festgehalten habe, dass die Parteien ihre Post-hearing Submissions simultan einreichen müssten, habe es ihren Anspruch verletzt, dem Gericht den Rechtsstreit im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens darzulegen.
5.3.1 Das kontradiktorische Verfahren garantiert den Parteien das Recht, die Vorbringen und Beweise der Gegenpartei zu prüfen, dazu Stellung zu nehmen und zu versuchen, diese mit eigenen Vorbringen und Beweisen zu widerlegen (BGE 130 III 35 E. 5 S. 38; 117 II 346 E. 1a; 116 II 639 E. 4c S. 643; Vischer, Zürcher Kommentar, N. 26 zu Art. 182 IPRG). Dazu hatte die Beschwerdeführerin im Rahmen des doppelten Schriftenwechsels, der Beweisverhandlung und ihrer Post-hearing Submission ausreichend Gelegenheit.

Die Aufforderung des Präsidenten an die Parteien, sich in den Post-hearing Submissions auch zu den Rechtsfragen und insbesondere zu den "risk events"-Klauseln zu äussern, erfasst den gemäss den Findings anvisierten Inhalt der Post-hearing Submissions (Ergebnis des Hearings) nicht strikte und wurde wohl deshalb auch ausdrücklich erwähnt. Eine Ergänzung des Hauptverfahrens ist darin allerdings nicht zu erblicken. Es liegt auf der Hand, dass eine Stellungnahme zum Beweisergebnis sinnvollerweise in der Weise erfolgt, dass dessen Auswirkungen auf die Rechtslage ebenfalls erörtert werden. Zudem stellten rechtliche Erörterungen der Parteien, namentlich auch solche über die "risk events"-Klauseln, nichts Neues dar und wurden von den Parteien schon im vorangehenden Schriftenwechsel vorgetragen (zu den "risk events"-Klauseln: Klagantwort vom 17. November 2003, S. 76/77; Replik vom 24. November 2003, S. 42 ff.). Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör in einem kontradiktorischen Verfahren wurde daher nicht verletzt, indem die Post-hearing Submissions simultan einzureichen waren, ohne Möglichkeit, zu derjenigen der Gegenseite erneut Stellung zu nehmen. Das Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens verlangt nicht, dass sich
die Parteien unbegrenzt antworten können (Bernard Corboz, Le recours au Tribunal Fédéral en matière d'arbitrage international, SJ 2002 II S. 1 ff., S. 22).
5.3.2 Ohnehin ist diese Verfahrensrüge nicht nur unbegründet, sondern auch verspätet erhoben worden. Wie die Beschwerdegegnerin mit Recht geltend macht, hätte die Beschwerdeführerin Einwände gegen die Anordnung der simultanen Einreichung der Post-hearing Submissions ohne weiteres anlässlich der Verhandlung vor dem Schiedsgericht vorbringen können und müssen. Sie hat dort aber auf ausdrückliche Frage des Präsidenten keine Einwände gegen das Verfahren angebracht (Protokoll, a.a.O., S. 834 f.) und auch später nicht dagegen opponiert. Ihre diesbezügliche Verfahrensrüge, die sie erstmals vor Bundesgericht erhebt, erweist sich als verspätet und damit verwirkt (vgl. BGE 119 II 386 E. 1a; 116 II 639 E. 4c S. 644 in fine; Walter, a.a.O, S. 10; vgl. allgemein auch BGE 121 I 30 E. 5f).
5.4 Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die Tragweite der "risk events"-Klauseln sei für sie nicht erkennbar gewesen. Dies habe auch dem Schiedsgericht klar sein müssen, nachdem die Beschwerdeführerin zu diesem Punkt im Rahmen ihrer Post-hearing Submission nur summarisch, die Beschwerdegegnerin hingegen umfassend Stellung genommen habe. Die aus dem rechtlichen Gehör fliessende richterliche Fragepflicht hätte es geboten, eine Stellungnahme der Beschwerdeführerin zu diesem Punkt erhältlich zu machen. Auch unter diesem Aspekt habe das Schiedsgericht den Anspruch auf rechtliches Gehör klar verletzt.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht kein verfassungsrechtlicher Anspruch der Parteien, zur rechtlichen Würdigung der durch sie in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders angehört zu werden. Ebenso wenig folgt aus dem Gehörsanspruch, dass die Parteien vorgängig auf den für den Entscheid wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen wären. Eine Ausnahme besteht namentlich dann, wenn ein Gericht seinen Entscheid mit einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, auf den sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht rechnen mussten (BGE 130 III 35 E. 5 S. 39; 124 I 49 E. 3c S. 52; 123 I 63 E. 2d S. 69, je mit Hinweisen). Bei der Frage, ob die Rechtsanwendung des Schiedsgerichts als überraschend im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren ist, handelt es sich um eine Ermessensfrage, bei deren Beurteilung sich das Bundesgericht auf dem Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Zurückhaltung auferlegt. Damit soll einerseits den Besonderheiten des Verfahrens Rechnung getragen werden, namentlich dem übereinstimmenden Willen der Parteien, ihren Streit nicht vor staatlichen Gerichten auszutragen, sowie der Tatsache, dass die Schiedsrichter

unterschiedlichen Rechtstraditionen entstammen können. Anderseits soll dadurch verhindert werden, dass das Argument der überraschenden Rechtsanwendung dazu missbraucht wird, eine materielle Überprüfung des Schiedsurteils durch das Bundesgericht zu erwirken (BGE 130 III 35 E. 5 S. 39 f. mit Hinweis auf das unveröffentlichte Urteil 4P.260/2000 vom 2. März 2001 E. 6b).
Vorliegend trifft nicht zu, dass eine Anwendung der "risk events"-Klauseln für die Parteien überraschend gewesen ist. Vielmehr wurde dieser Punkt von Anfang an thematisiert. So hat die Beschwerdegegnerin sich, wie bereits erwähnt (Erwägung 5.3.1 vorne), zu ihrer Verteidigung bereits in der Klagantwort vom 17. November 2003 auf diese Klauseln berufen. Die Beschwerdeführerin nahm dazu in ihrer Replik vom 24. November 2003 Stellung. Wie das Schiedsgericht in seiner Vernehmlassung zutreffend ausführt und belegt, brachte es in der Verhandlung vom 12. bis 15. Januar 2004 die "risk events"-Klauseln verschiedentlich zur Sprache. Die Ausführung des Obmanns des Schiedsgerichts, "I do not know whether or to what extent they (Bestimmungen über die "risk events") are or may be relevant. I have no idea" (Protokoll S. 831), musste keineswegs heissen, dass das Schiedsgericht nicht auf diese Vertragsbestimmungen abstellen würde, wie dies die Beschwerdeführerin glauben machen will. Vielmehr kommt in diesem Ausspruch zum Ausdruck, dass das Schiedsgericht diese Vertragsbestimmungen durchaus auf den vorliegenden Sachverhalt für anwendbar befinden könnte, wenn es in jenem Zeitpunkt auch noch nicht bestimmt wusste, ob und inwiefern. Deshalb empfahl es
denn auch den Parteien unmissverständlich, in ihren Post-hearing Submissions die "risk events"-Klauseln zu behandeln. Von einer überraschenden Anwendung kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Spätestens im Anschluss an die erwähnte ausdrückliche Empfehlung musste es den Parteien klar sein, dass die "risk events"-Klauseln eine entscheidende Bedeutung einnehmen könnten. Die Beschwerdegegnerin hat sich denn auch ausführlich dazu geäussert und somit die möglicherweise ausschlaggebende Relevanz dieser Vertragsbestimmungen erkannt. Dass die Beschwerdeführerin sich bloss summarisch dazu äusserte, hat sie sich selbst zuzuschreiben und vermag jedenfalls das Überraschungselement nicht zu belegen. Auch die Gleichbehandlung war gewährleistet, indem beide Parteien die gleiche Empfehlung und Möglichkeit erhielten, sich zu den "risk events"-Klauseln zu äussern. Dass sie nicht im selben Mass davon Gebrauch machten, indiziert noch keine überraschende Rechtsanwendung. Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist insoweit nicht dargetan.
5.5 Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, dass sie keine Gelegenheit hatte, sich zur Post-hearing Submission der Beschwerdegegnerin zu äussern, obwohl diese den Fall erneut in vollem Umfang plädiert, namentlich eine Reihe von neuen Gesichtspunkten zur Vertragsbestimmung betreffend die "risk events" vorbrachte, und überdies mehr als 45 neue Dokumente eingereicht habe.

Die Beschwerdeführerin beanstandete mit einem Schreiben vom 12. Februar 2004 an das Schiedsgericht, dass die Beschwerdegegnerin Dokumente eingereicht hatte, und beantragte, diese unberücksichtigt zu lassen respektive an die Beschwerdegegnerin zurückzusenden, soweit ihr nicht Gelegenheit eingeräumt werde, dazu Stellung zu nehmen. In einem zweiten Schreiben gleichen Datums rügte sie überdies, dass die Beschwerdeführerin neue Gesichtspunkte im Zusammenhang mit der Schadensberechnung vorgebracht hatte und verlangte, auch diese ausser Acht zu lassen. Sie verlangte indessen nicht, zur Post-hearing Submission der Beschwerdegegnerin allgemein oder namentlich bezüglich darin enthaltener Ausführungen über die "risk events-Klauseln" Stellung nehmen zu können. Wie schon in Erwägung 5.3.2 dargelegt, können vor Bundesgericht keine Verfahrensfehler mehr gerügt werden, die mit zumutbarem Aufwand bereits im Schiedsverfahren hätten beanstandet werden können. Wenn die Beschwerdeführerin der Auffassung war, dass sie wegen der Ausführlichkeit der Post-hearing Submission der Beschwerdegegnerin berechtigt gewesen wäre zu replizieren, hätte sie dies in ihren Schreiben vom 12. Februar 2004 geltend machen und beantragen können. Vor Bundesgericht ist sie
damit nicht mehr zu hören. Sie vermag ebenfalls nicht durchzudringen, soweit sie die Rüge mit den neu eingereichten Dokumenten begründet. Das Schiedsgericht hat es für unnötig befunden, der Beschwerdeführerin die Möglichkeit einzuräumen, zu diesen Dokumenten Stellung zu nehmen, da sie Punkte betrafen, in denen die Beschwerdeführerin obsiegte. So heisst es im angefochtenen Urteil, S. 17: "... but since they related to points on which Claimant succeeds, it was not necessary to grant Claimant the possibility to comment on them.". Die Beschwerdeführerin übergeht diese Begründung des Schiedsgerichts und widerlegt nicht, dass sie dadurch, dass diese Dokumente nicht aus dem Recht gewiesen wurden, nicht beschwert ist. Auch insofern erweist sich der Vorwurf, das Schiedsgericht habe das rechtliche Gehör verweigert, als unbegründet.
6.
Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung des materiellen Ordre public und wirft dem Schieds-

gericht vor, den Beschwerdegrund von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG gesetzt zu haben. Indem das Schiedsgericht erkannt habe, dass ein vertraglicher Haftungsausschluss mit Bezug auf entgangenen Gewinn auch bei vorsätzlichem Vertragsbruch gültig sei, habe es im Ergebnis in elementarer Weise gegen den international anerkannten Rechtsgrundsatz, dass die Haftung für rechtswidrige Absicht nicht abdingbar sei (dolus semper praestatur), verstossen. Verletzt sei namentlich der Grundsatz "pacta sunt servanda".
6.1 Die materiellrechtliche Überprüfung eines internationalen Schiedsentscheids durch das Bundesgericht ist auf die Frage beschränkt, ob der Schiedsspruch mit dem Ordre public vereinbar ist (BGE 121 III 331 E. 3a S. 333). Gegen den Ordre public verstösst die materielle Beurteilung eines streitigen Anspruchs nur, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt und daher mit der Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist. Zu diesen Grundsätzen gehören der Grundsatz pacta sunt servanda, das Rechtsmissbrauchsverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot der entschädigungslosen Enteignung, das Diskriminierungsverbot und der Schutz von Handlungsunfähigen. Zur Aufhebung des angefochtenen Schiedsentscheids kommt es nur, wenn dieser nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis dem Ordre public widerspricht (BGE 128 III 191 E. 6b; 120 II 155 E. 6a S. 166 f.; 116 II 634 E. 4 S.636; Corboz , a.a.O., S. 26).
6.2 Ob der von der Beschwerdeführerin angerufene Grundsatz "dolus semper praestatur" dem Ordre public angehört, wurde bislang nicht entschieden und kann auch in casu offen bleiben. Denn die Beschwerdeführerin begründet nicht rechtsgenügend, weshalb und inwiefern bei vorsätzlicher Nichterfüllung des Vertrages der Ausschluss jeglichen Anspruchs auf entgangenen Gewinn - und nur um einen solchen geht es vorliegend - dem Ordre public widerspricht, wenn sie bezüglich entgangenen Gewinns einzig geltend macht, dass dessen Ausgleich in sämtlichen in der römisch-rechtlichen Tradition stehenden Rechtsordnungen ein grundlegender Bestandteil vertraglichen Schadensausgleichs sei. Ihre Ausführungen betreffend die Ordre public-Widrigkeit eines Ausschlusses von Haftungsansprüchen beziehen sich auf einen allgemeinen Haftungsausschluss bei vorsätzlicher und grobfahrlässiger Vertragsverletzung. Sie übergeht darin, dass in casu einzig der Ausschluss von lost profits betroffen ist. Die Rüge ist daher nicht rechtsgenüglich begründet, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Im Übrigen widerspricht sich die Beschwerdeführerin selbst, wenn sie auf der einen Seite die getroffene vertragliche Regelung einschliesslich den Haftungsausschluss betreffend
entgangenen Gewinn für die Phase nach Übertragung der Betriebsrechte für anwendbar und damit für gültig und gar sinnvoll hält (Replik vom 24. November 2003 S. 43; angef. Urteil S. 53 unten), ihn aber für die Vorbereitungsphase nicht gelten lassen will. Weshalb der Ausschluss des entgangenen Gewinns nur in der einen Phase "qualitativ untragbares Recht" sein soll, wie Hans Peter Walter (a.a.O., S. 19) dem Ordre public widersprechendes Recht bezeichnet, und in der anderen nicht, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin mit keinem Wort begründet.
6.3 Den von der Beschwerdeführerin ebenfalls angerufenen Grundsatz "pacta sunt servanda" zählt das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung zum Ordre public (BGE 128 III 191 E. 6b; 120 II 155 E. 6a S. 166 mit Hinweisen). Er ist nur dann verletzt, wenn das Schiedsgericht zwar die Existenz eines Vertrages bejaht, die daraus sich ergebenden Konsequenzen jedoch missachtet, oder - umgekehrt - die Existenz eines Vertrages verneint, jedoch trotzdem eine vertragliche Verpflichtung bejaht (Urteil des Bundesgerichts 4P.62/1999 vom 26. Mai 1999, SZIER 1999 615, E. 1a/bb S. 618; vgl. auch BGE 120 II 155 E. 6c/cc S. 171; 116 II 634 E. 4b S. 638; Heini, Zürcher Kommentar, N. 45 zu Art. 190 IPRG; Corboz, a.a.O., S. 27).

Der angefochtene Schiedsspruch setzt sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht über diesen Grundsatz hinweg. Vielmehr hat das Schiedsgericht den von den Parteien im Implementation Contract stipulierten Ausschluss jeglichen Anspruchs auf entgangenen Gewinn im Falle eines "risk event" gerade zur Anwendung gebracht. Unter diesen Umständen kann von einer Verletzung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" keine Rede sein. Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss die vom Schiedsgericht vorgenommene Vertragsauslegung beanstandet, ist darauf nicht näher einzugehen, da eine falsche Vertragsauslegung für einen Verstoss gegen den Ordre public nicht ausreicht (Corboz, a.a.O., S. 26; vgl. auch BGE 116 II 634 E. 4b; Urteil vom 26. Mai 1999, a.a.O., E. 1a/aa in fine). Ausführungen erübrigen sich auch zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, die vom Schiedsgericht in seiner Vernehmlassung nachgeschobene Alternativbegründung sei unzulässig, da auf diese Alternativbegründung im Rahmen des bundesgerichtlichen Entscheids nicht abgestellt werden muss.
7.
Die staatsrechtliche Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Gerichtsgebühr der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie hat die Be-

schwerdegegnerin überdies für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG). Bei der Bemessung von Gebühr und Entschädigung ist dem hohen Streitwert Rechnung zu tragen.
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 100'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 150'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem ICC Schiedsgericht Genf schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 18. Oktober 2004
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: