Urteilskopf

126 III 249

42. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. April 2000 i.S. Egemetal Demir Celik Sanayi ve Ticaret A.S. gegen Fuchs Systemtechnik GmbH und ICC-Schiedsgericht (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Verfahrensrechtlicher Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG). Ablehnung eines schiedsgerichtlichen Experten wegen Befangenheit.

Ein Schiedsentscheid kann auch bei Verfahrensmängeln, die nicht unter Art. 190 Abs. 2 lit. a-d IPRG fallen, wegen Verstosses gegen den verfahrensrechtlichen Ordre public gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG angefochten werden (E. 3a und b).

Der Anspruch auf Anrufung eines Ablehnungsgrundes verwirkt, wenn er im Schiedsverfahren nicht sofort geltend gemacht wird (E. 3c und d).

Es verstösst nicht gegen den verfahrensrechtlichen Ordre public, wenn ein Ablehnungsgrund nicht von Amtes wegen berücksichtigt wird (E. 4).

Regeste (fr):
Ordre public procédural (art. 190 al. 2 let. e LDIP). Récusation d'un expert arbitral donnant l'apparence de prévention.

Une sentence arbitrale peut être attaquée pour violation de l'ordre public procédural, conformément à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, également lorsque les vices de procédure invoqués ne tombent pas sous le coup de l'art. 190 al. 2 let. a à d LDIP (consid. 3a et b).

Le droit d'invoquer un motif de récusation est périmé lorsque la partie ne le fait pas valoir immédiatement dans la procédure arbitrale (consid. 3c et d).

L'ordre public procédural n'est pas violé lorsqu'un motif de récusation n'est pas examiné d'office (consid. 4).

Regesto (it):
Ordine pubblico procedurale (art. 190 cpv. 2 lett. e LDIP). Ricusazione di un perito arbitrale che dia l'apparenza di essere prevenuto.

Un lodo arbitrale può essere impugnato per violazione dell'ordine pubblico procedurale, conformemente all'art. 190 cpv. 2 lett. e LDIP, anche se i vizi di procedura invocati non rientrano nel campo d'applicazione dell'art. 190 cpv. 2 lett. a-d LDIP (consid. 3a e b).

Il diritto d'invocare un motivo di ricusazione è perento se non viene fatto valere immediatamente nel corso della procedura arbitrale (consid. 3c e d).

L'ordine pubblico procedurale non è violato se un motivo di ricusazione non viene esaminato d'ufficio (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 250

BGE 126 III 249 S. 250

Am 26. März 1993 schlossen die türkische Stahlproduzentin Egemetal Demir Celik Sanayi ve Ticaret A.S. (Beschwerdeführerin) und die deutsche Fuchs Systemtechnik GmbH (Beschwerdegegnerin) einen Vertrag über die Lieferung einer Stahlwerkausrüstung für einen Gesamtpreis von DM 12 Mio. Für Streitigkeiten aus dem Vertrag vereinbarten die Parteien die Zuständigkeit eines nach den Regeln der International Chamber of Commerce (ICC) entscheidenden Schiedsgerichts mit Sitz in Zürich, wobei als materielles Recht das schweizerische gelten sollte. Die von der Beschwerdegegnerin gelieferte Anlage wurde am 12./13. Oktober 1994 in Betrieb genommen. Nachdem in der Folge technische Probleme auftraten, über deren Ursachen sich die Parteien nicht einig wurden, stellte die Beschwerdeführerin bei der ICC das Gesuch um Einleitung des Schiedsverfahrens. Sie machte dabei im Wesentlichen einen Minderungsanspruch und Schadenersatz wegen Vertragsverletzung geltend. Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise im Wesentlichen die Zahlung des Restkaufpreises. Am 2. Oktober 1997 setzte das Schiedsgericht Dr. Wilfried Heinemann, welcher für Swiss Steel tätig war, als technischen Experten ein. Die Parteien erhoben keine Vorbehalte gegen dessen Unparteilichkeit. Der Sachverständige unterzog die von der Beschwerdegegnerin gelieferte Anlage vom 25.-27. März 1998 einer Prüfung, wobei diese im Beisein beider Parteien stattfand. Am 4. Mai 1998 erstattete er einen Gutachtensentwurf und - nachdem sich die Parteien dazu geäussert hatten - am 19. Juni 1998 das definitive Gutachten. Am 6./7. Juli 1998 erläuterte er das Gutachten in einer mündlichen Verhandlung und stellte sich den Fragen der Parteien. Am 31. Juli 1998 erstattete er einen Zusatzbericht, welcher sich zu vom Gericht gestellten Ergänzungsfragen äusserte. Damit war der Auftrag des schiedsgerichtlichen Experten erfüllt. Mit Eingabe vom 21. Oktober 1998 lehnte die Beschwerdeführerin den Gutachter als befangen ab und verlangte die Einsetzung eines neuen Sachverständigen. Mit der dreizehnten Verfügung ("Thirteenth Order") vom 22. April 1999 wies das Schiedsgericht das Ablehnungsbegehren und mit Schiedsspruch vom 23. Dezember 1999 die Klage der Beschwerdeführerin ab. Die Widerklage der Beschwerdegegnerin wurde gutgeheissen.

BGE 126 III 249 S. 251

Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit staatsrechtlicher Beschwerde, der Schiedsentscheid sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Schiedsgericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die staatsrechtliche Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der angefochtene Entscheid verstosse gegen das Gleichbehandlungsgebot und den verfahrensrechtlichen Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. d und e IPRG). a) Mit Eingabe an das Schiedsgericht vom 21. Oktober 1998 lehnte die Beschwerdeführerin den schiedsgerichtlich bestellten Gutachter als befangen ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, bereits am 2. Februar 1998 habe der Experte einen Vertreter der Beschwerdeführerin gebeten, der Connecticut Steel Corporation (CSC), einer Tochterfirma seiner Arbeitgeberin Swiss Steel, eine Offerte für die Lieferung von Stahl zu unterbreiten. Der Sachverständige sei in der Folge aktiv in Verhandlungen für Stahllieferungen der Beschwerdeführerin an die CSC involviert gewesen, wobei er unter dem Marktpreis liegende Preise gefordert und möglicherweise nicht nur Interessen seiner Arbeitgeberin, sondern auch eigene kommerzielle Interessen verfolgt habe. Der Experte

führte in seiner Stellungnahme vom 3. November 1998 aus, er habe zwar einen Kontakt zwischen der CSC und der Beschwerdeführerin hergestellt, jedoch nie einen Vorteil für sich selber verlangt. Seine Unparteilichkeit sei nicht beeinträchtigt gewesen. b) Das Schiedsgericht stützte den das Ablehnungsbegehren abweisenden Entscheid vom 22. April 1999, welcher im angefochtenen Schiedsspruch ausdrücklich bestätigt wird, auf verschiedene Begründungen. Zunächst dürfe nicht übersehen werden, dass im Gegensatz zu Schlüssen von Richtern Expertengutachten nicht bindend seien, sondern der freien Beweiswürdigung unterlägen. Ein Gutachten sollte deshalb nur dann aus den Akten gewiesen werden, wenn vernünftigerweise nicht von der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit des Experten ausgegangen werden könne. Dies sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Der Experte habe zwar den Kontakt zwischen der CSC und der Beschwerdeführerin hergestellt, diese habe aber den

BGE 126 III 249 S. 252

Experten immer wieder kontaktiert, obwohl er darum gebeten habe, dass die Beschwerdeführerin direkt mit der CSC verhandle. Der Gutachter habe vom Scheitern der Verhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und der CSC zudem erst nach der Einreichung des Gutachtensentwurfs erfahren. Weil sich das definitive Gutachten vom Entwurf nicht wesentlich unterscheide, könne eine Beeinflussung durch die gescheiterten Verhandlungen ausgeschlossen werden. Dies werde auch dadurch bestätigt, dass die Beschwerdeführerin nach dem Vorliegen des Entwurfes keine Einwände hinsichtlich der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit des Experten erhob, als sie dazu Gelegenheit hatte. Im Weiteren habe die Beschwerdeführerin treuwidrig gehandelt (venire contra factum proprium), indem sie zuerst die Vermittlungsdienste des Experten akzeptiert und diese trotz dessen Bitte um direkte Kontaktnahme mit der CSC aktiv gefördert habe, um schliesslich gerade diese Vermittlungstätigkeit des Gutachters als Ablehnungsgrund geltend zu machen. Schliesslich müsse die betroffene Partei einen Ablehnungsgrund unverzüglich dem Schiedsgericht und der Gegenpartei mitteilen, ansonsten sie das Ablehnungsrecht verwirke. Die Beschwerdeführerin habe mit der Geltendmachung des Ablehnungsgrundes bis nach dem Vorliegen des gutachterlichen Zusatzberichtes zugewartet. Erst nachdem sie von dessen Inhalt Kenntnis genommen und diesen offensichtlich als für sie negativ eingeschätzt hatte, habe sie - mehr als acht Monate nach den ersten kommerziellen Kontakten mit dem Sachverständigen und zweieinhalb Monate nach dem Scheitern der Verhandlungen mit der CSC - das Ablehnungsbegehren gestellt.

3. a) Nach Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG kann ein Schiedsentscheid angefochten werden, wenn er mit dem Ordre public unvereinbar ist. Dabei gehen Lehre und Praxis davon aus, dass der Ordre public sowohl einen materiellen als auch einen verfahrensrechtlichen Gehalt hat. Somit können auch Verfahrensmängel, welche nicht unter Art. 190 Abs. 2 lit. a-d IPRG fallen, als gegen den Ordre public verstossend angefochten werden (BGE 117 II 346 E. 1a S. 347; JERMINI, Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1997, Rz. 600; DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, N. 8 zu Art. 190 IPRG; BERTI/SCHNYDER, Basler Kommentar, N. 77 zu Art. 190 IPRG; HEINI, IPRG-Kommentar, N. 38 zu Art. 190 IPRG; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, N. 6 zu Art. 190 IPRG).

BGE 126 III 249 S. 253

b) Die formellen Verfahrensgarantien, welche in den Rügegründen von Art. 190 Abs. 2 lit. a-d IPRG und der verfahrensrechtlichen Seite des Ordre public gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG zum Ausdruck gelangen, sollen den Parteien eine unabhängige Beurteilung der dem Gericht prozesskonform unterbreiteten Begehren und Sachbehauptungen gewährleisten (BGE 121 III 331 E. 3c S. 334/5). Ein Verstoss gegen den verfahrensrechtlichen Ordre public ist gegeben bei der Verletzung von fundamentalen und allgemein anerkannten Verfahrensgrundsätzen, deren Nichtbeachtung zum Rechtsempfinden in einem unerträglichen Widerspruch steht, so dass die

Entscheidung als mit der in den Kulturstaaten geltenden Rechts- und Wertordnung schlechterdings unvereinbar erscheint (BGE 103 Ia 531 E. 3a S. 532; JERMINI, a.a.O., Rz. 600; zum materiellen Ordre public vgl. BGE BGE 121 III 331 E. 3a S. 333; BGE 120 II 155 E. 6a mit Hinweisen). Dafür reicht eine falsche oder gar willkürliche Anwendung der schiedsgerichtlichen Verfahrensordnung für sich allein nicht aus (vgl. BGE 121 III 331 E. 3a S. 333; BGE 120 II 155 E. 6a S. 166). Der verfahrensrechtliche Ordre public im Sinne von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG stellt wie der materiellrechtliche eine reine Unvereinbarkeitsklausel dar, mithin kommt ihm lediglich eine Abwehrfunktion zu (BGE 120 II 155 E. 6a S. 166/7). Namentlich darf eine extensive Auslegung nicht dazu führen, dass aus dem verfahrensrechtlichen Ordre public ein eigentlicher "code de procédure arbitrale" abgeleitet wird, welchem das von den Parteien frei gewählte Verfahren genügen müsste (JERMINI, a.a.O., Rz. 600; VISCHER, IPRG-Kommentar, N. 14 zu Art. 182 IPRG; vgl. auch BGE 103 Ia 531 E. 3a S. 532). c) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Verfahrensgarantie von Art. 58 Abs. 1 aBV und von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sinngemäss auch auf das Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Sachverständigen angewendet (BGE 125 II 541 E. 4a S. 544 mit Hinweisen). Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen einen Schiedsspruch können nicht nur Ablehnungsgründe geltend gemacht werden, von denen die Partei erst nach dem Erlass des Schiedsentscheids Kenntnis erhalten hat, sondern auch solche, die vor dem Schiedsspruch bekannt und geltend gemacht, aber von dem über die Ablehnung entscheidenden Gremium nicht akzeptiert worden sind (BGE 118 II 359 E. 3b S. 361). Ausgeschlossen ist eine Partei hingegen mit Ablehnungsgründen, die sie nicht unverzüglich nach Entdeckung dem Schiedsgericht und der Gegenpartei mitteilt (BGE 120 II 155 nicht publ. E. 4; JERMINI, a.a.O., Rz. 178 ff.;

BERTI/SCHNYDER, Basler Kommentar, N. 27 zu Art. 190 IPRG; DUTOIT, a.a.O., N. 4 zu Art. 190 IPRG). Während die Parteien zu Prozessbeginn nicht schon jedes entsprechende Indiz zum Gegenstand eines unsubstanziierten Ablehnungsantrages machen müssen, trifft sie mit zunehmendem Prozessverlauf und Näherrücken des Urteilszeitpunkts die Pflicht, einen echten oder vermeintlichen Mangel auch bei bloss unvollständiger Kenntnis geltend zu machen (BGE 111 Ia 72 E. 2b S. 74/5; JERMINI, a.a.O., Rz. 184/5). Treuwidrig und rechtsmissbräuchlich handelt die Partei, welche Ablehnungsgründe gleichsam in "Reserve" hält, um diese bei ungünstigem Prozessverlauf und voraussehbarem Prozessverlust sowie namentlich nach der Kenntnisnahme von einem für sie nachteiligen Gutachten nachzuschieben. Wer den Richter, Beamten oder gerichtlichen Experten nicht unverzüglich ablehnt, sobald er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf den Prozess einlässt oder diesen fortführt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung des Ablehnungsgrundes (BGE 124 I 121 E. 2 S. 122/3; BGE 119 Ia 221 E. 5a S. 228/9 mit Hinweisen). d) Nach den Feststellungen im angefochtenen Schiedsentscheid hat der Experte mit der Beschwerdeführerin erstmals am 2. Februar 1998 ausserhalb seines Gutachtensauftrages Kontakt aufgenommen; die Verhandlungen der Beschwerdeführerin mit der CSC sind Mitte Juli 1998 definitiv gescheitert. Je nachdem, welches Ereignis als fristauslösend qualifiziert wird, hat die Beschwerdeführerin mit der Geltendmachung des Ablehnungsgrundes somit zwischen zweieinhalb und mehr als acht Monaten zugewartet. Das Ablehnungsgesuch erscheint deshalb im Lichte der zitierten Rechtsprechung in jedem Fall als verspätet.

4. a) Die Beschwerdeführerin wendet ein, es verstosse gegen jegliches Rechtsempfinden, die Rüge der Befangenheit des Experten als verspätet zu qualifizieren. Sobald sich gegen einen Experten Ausstandsgründe ergeben, habe dieser dem Gericht Mitteilung zu machen. Es sei somit primär an den Gerichtspersonen, Ausstandsgründe vorzubringen. Das Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin als verspätet zu bezeichnen hiesse, an sie als Partei einen strengeren Massstab als an den gerichtlichen Experten anzulegen. In einer "dissenting opinion" vom 26. April 1999 zur dreizehnten Verfügung, welche die von der Beschwerdeführerin ernannte Schiedsrichterin verfasst hat, geht diese zwar auch davon aus, dass das Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin als gegen Treu und Glauben verstossend zurückgewiesen werden muss; sie hält

indessen dafür, dass der Gutachter von Amtes wegen abzuberufen sei. b) Soweit sich die Beschwerdeführerin zur Untermauerung ihres Standpunktes auf BGE 111 Ia 72 E. 3b S. 80 stützt, geht ihre Rüge fehl. In diesem Fall war unklar, wann die betroffene Partei vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhielt. Die von der Beschwerdeführerin zitierte Entscheidstelle behandelt deshalb die Frage, inwiefern es einer Partei obliegt, in der Beschwerdeschrift die Tatsachen geltend zu machen, aus denen sich ergibt, dass sie nicht treuwidrig gehandelt hat. Daraus kann für den vorliegenden Fall, in dem die Beschwerdeführerin selbst kommerzielle Kontakte mit dem Experten unterhielt und somit vom Ablehnungsgrund mehrere Monate vor dessen Geltendmachung genaue Kenntnis hatte, nichts abgeleitet werden.
c) Die Prozessgesetze des Bundes und der Kantone unterscheiden regelmässig zwischen Ausschluss- (bzw. Ausstands-) und Ablehnungsgründen. Diese Differenzierung liegt etwa den Art. 22 ff. OG sowie den von der Beschwerdeführerin zitierten zürcherischen und bernischen Verfahrensgesetzen zugrunde (vgl. § 95 ff. des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes GVG vom 13. Juni 1976 und Art. 10 ff. der Zivilprozessordnung ZPO für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918). Der im vorliegenden Fall in Frage stehende Anschein der Befangenheit wird dabei als Ablehnungsgrund qualifiziert (Art. 23 lit. c OG; § 96 Ziff. 4 GVG ZH; Art. 11 Ziff. 5 ZPO BE; VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Aufl., S. 89 Rz. 39; KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., S. 38). Während ein Ausschluss- bzw. Ausstandsgrund von Amtes wegen berücksichtigt werden muss, ist die Mitwirkung einer Person, gegen die ein Ablehnungsgrund vorliegt, nicht von vornherein unzulässig. Ein Richter oder Experte kann namentlich dann gültig tätig sein, wenn keine Partei die Ablehnung beantragt (GEISER, in: Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., S. 40/1 Rz. 1.81c; VOGEL, a.a.O., S. 89 Rz. 39; MESSMER/IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, S. 9; KUMMER, a.a.O., S. 37/8). Daraus erhellt, dass auf das Ablehnungsrecht verzichtet und dieses auch verwirkt werden kann. Einer solchen Verwirkung stehen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch keine unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechtsansprüche entgegen (BGE 118 Ia 282 E. 6). Solange ein Experte am Ausgang eines Verfahrens nicht ein unmittelbares persönliches Interesse hat, was den Ablehnungsgrund

zu einem Ausschlussgrund werden liesse (vgl. etwa Art. 22 Abs. 1 lit. a OG; Art. 10 Ziff. 4 ZPO BE), verstösst es demnach nicht gegen den verfahrensrechtlichen Ordre public, wenn Ablehnungsgründe nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden. Dies würde nämlich den Ablehnungsgrund zum Ausstandsgrund machen und die Sanktion der Rechtsverwirkung wegen treuwidrigem Verhalten obsolet werden lassen, indem jeder verwirkte Ablehnungsgrund zu einem von Amtes wegen zu berücksichtigenden Ausstandsgrund würde. Damit würde auch die Unterscheidung zwischen Ausstands- und Ablehnungsgründen sinnlos.
d) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Schiedsgericht das Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin als verspätet abweisen konnte, ohne gegen den verfahrensrechtlichen Ordre public zu verstossen.