Urteilskopf

130 III 66

10. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. A. AG gegen B. N.V. sowie Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer (staatsrechtliche Beschwerde) 4P.162/2003 vom 21. November 2003

Regeste (de):
Art. 178 f. und Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG; Art. 20 Abs. 2 OR analog; internationale Schiedsgerichtsbarkeit; Auslegung einer Schiedsvereinbarung mit einem teilweise unmöglichen Inhalt.

Lässt sich die Bestellung des Schiedsgerichts nach der von den Parteien getroffenen Regelung nicht realisieren, führt dies nicht zwingend zur Ungültigkeit der Schiedsklausel, wenn aus dieser der klare Wille der Parteien hervorgeht, ihre Streitigkeiten einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen (E. 3). Regeste b

Regeste (fr):
Art. 178 s. et art. 190 al. 2 let. b LDIP; art. 20 al. 2 CO par analogie; arbitrage international; interprétation d'une convention d'arbitrage ayant un contenu partiellement impossible.

S'il n'est pas possible de constituer le tribunal arbitral en appliquant le règlement adopté par les parties, cela n'entraîne pas nécessairement la nullité de la clause compromissoire lorsque celle-ci fait clairement ressortir la volonté des parties de soumettre leurs différends à une juridiction arbitrale privée (consid. 3). Regeste b

Regesto (it):
Art. 178 seg. e art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP; art. 20 cpv. 2 CO per analogia; arbitrato internazionale; interpretazione di un patto d'arbitrato dal contenuto parzialmente impossibile.

L'impossibilità di costituire il tribunale arbitrale così come stabilito nel regolamento sottoscritto dalle parti non implica necessariamente la nullità della clausola compromissoria qualora da questa emerga chiara la volontà delle parti di sottoporre le loro controversie ad una giurisdizione arbitrale privata (consid. 3). Regesto b

Regeste b

Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG; Verwirkung von Einwendungen gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung eines Schiedsgerichts. Gerichtsorganisatorische Fragen sind im Verfahren frühstmöglich zu bereinigen. Entsprechende Einwendungen sind nach Treu und Glauben unverzüglich geltend zu machen (E. 4).
Sachverhalt ab Seite 67

A. Die Parteien schlossen am 20. Mai/22. Juni 1992 einen Alleinvertriebsvertrag (Distributor Agreement), der in Art. 22.2 folgende Schiedsklausel enthält: "The parties agree that any dispute or difference which may arise out of this Agreement or the execution or interpretation of any of the Clauses hereof shall be settled amicably. If such dispute or difference cannot be settled in the aforementioned manner they shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the Zurich Chamber of Commerce, Zurich/Switzerland, in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules. The number of arbitrators shall be three (3). ICC shall be

the appointing authority acting in accordance with the rules adopted by ICC for that purpose."

BGE 130 III 66 S. 68

In deutscher Übersetzung:
"Die Parteien vereinbaren, dass jede Streitigkeit oder Meinungsverschiedenheit, welche aus diesem Vertrag oder der Durchführung oder Interpretation irgendeiner seiner Klauseln entstehen kann, einvernehmlich beigelegt werden soll. Falls eine solche Streitigkeit oder Meinungsverschiedenheit nicht auf diese Weise beigelegt werden kann, soll sie endgültig beigelegt werden, nach den Schlichtungs- und Schiedsgerichtsregeln der Zürcher Handelskammer, Zürich/Schweiz, in Übereinstimmung mit den UNCITRAL-Schiedsregeln. Die Anzahl der Schiedsrichter beträgt drei (3). Die ICC soll die ernennende Stelle sein, handelnd gemäss den dafür von der ICC erlassenen Bestimmungen."

B.

B.a Im August 2002 leitete die Beschwerdegegnerin bei der Zürcher Handelskammer (ZHK) ein Schiedsverfahren ein und beantragte die Verurteilung der Beschwerdeführerin auf Schadenersatz von mindestens EUR 1 Million. Gestützt auf Art. 11 Abs. 2 ZHK-Schiedsordnung ernannte der Präsident der Handelskammer am 16. September 2002 Rechtsanwalt Dr. Rudolf Tschäni zum Präsidenten des Schiedsgerichts. Am 19. September 2002 bezeichnete er sodann die vier Rechtsanwälte Dr. Felix R. Ehrat, Dr. Willi Dietschi, Dr. Philipp Habegger und Dr. Hansjörg Stutzer gestützt auf Art. 12 Abs. 3 ZHK-Schiedsordnung als mögliche Mitglieder des Schiedsgerichts.

B.b Am 23. Oktober 2002 unterbreitete der Präsident des Schiedsgerichts den Parteien den Entwurf einer "Order of Constitution", in der nebst ihm die Rechtsanwälte Dr. Felix R. Ehrat und Dr. Hansjörg Stutzer als Mitglieder des Schiedsgerichts aufgeführt waren. Dabei verfügte er u.a. Folgendes: "Both parties are invited to submit their comments or objections with regard to the aforementioned draft or the appointment of the arbitrators on or before November 1, 2002. Otherwise, the order of constitution will be issued in this form." Die Beschwerdegegnerin teilte am 31. Oktober 2002 mit, sie habe zur "Order of Constitution" weder Bemerkungen noch Einwände anzubringen. Die Beschwerdeführerin liess sich innert der gesetzten Frist nicht vernehmen. Am 12. November 2002 eröffnete das Schiedsgericht den Parteien gestützt auf Art. 20 ZHK-Schiedsordnung die auf den 5. November 2002 datierte "Order of Constitution" in unveränderter Fassung. Von den Parteien wurde mit dieser Verfügung ein Gerichtskostenvorschuss von je Fr. 100'000.- eingefordert. Die

BGE 130 III 66 S. 69

Beschwerdegeg nerin leistete ihn, die Beschwerdeführerin nicht. Der Präsident des Schiedsgerichts lud daher die Beschwerdegegnerin am 20. Februar 2003 ein, auch den Anteil der Beschwerdeführerin zu übernehmen oder auf das Schiedsverfahren zu verzichten (Art. 55 ZHK-Schiedsordnung). In der Folge überwies die Beschwerdegegnerin ebenfalls die noch ausstehende Hälfte des Kostenvorschusses.

B.c In der "Order of Constitution" hatte das Schiedsgericht der Beschwerdeführerin eine Frist zur Klageantwort bis zum 26. November 2002 gesetzt. Diese ersuchte um Fristerstreckung und wies gleichzeitig darauf hin, das Erstreckungsbegehren bedeute keine Anerkennung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit. Am 13. Januar

2003 reichte sie einen Antrag ein, das Verfahren vorerst auf die Frage der Zuständigkeit zu beschränken. Sie erhob eine Unzuständigkeitseinrede ("Plea of Lacking Jurisdiction") mit der Begründung, das Schiedsgericht sei nicht gültig konstituiert. Das Schiedsgericht entsprach dem Verfahrensantrag und setzte der Beschwerdegegnerin Frist, sich zur Unzuständigkeitseinrede vernehmen zu lassen. Diese widersetzte sich der Einrede, und beide Parteien hielten in zusätzlichen Eingaben an ihrem Rechtsstandpunkt fest. Im Nachgang zu einer telefonischen Besprechung mit den Prozessparteien gab der Obmann des Schiedsgerichts ihnen Gelegenheit, sich über die Konstituierung des Schiedsgerichts direkt zu einigen, widrigenfalls das Gericht darüber entscheiden werde. Mit Eingabe vom 30. April 2003 erklärte daraufhin die Beschwerdeführerin, sich einer Abänderung der Schiedsklausel zu widersetzen, und ersuchte das Schiedsgericht, über seine Zuständigkeit zu entscheiden.

B.d Am 6./12. Juni 2003 erliess das Schiedsgericht einen Zwischenentscheid ("Interim Decision and Order"), worin es erkannte, ordnungsgemäss zusammengesetzt zu sein ("The Arbitral Tribunal ist properly constituted").

C. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit staatsrechtlicher Beschwerde, diesen Vorentscheid aufzuheben. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Schiedsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

BGE 130 III 66 S. 70

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Schiedsgericht sei mangels gültiger Schiedsvereinbarung nicht zuständig (Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG). Mit dem Verweis auf drei unterschiedliche Verfahrensordnungen (ZHK-Schiedsordnung, UNCITRAL-Schiedsordnung und ICC-Schiedsgerichtsordnung) enthalte die Schiedsvereinbarung widersprüchliche Anordnungen, die sich nicht kompatibel auslegen liessen. Ein Konsens der Parteien über den Inhalt der Schiedsvereinbarung sei daher nicht auszumachen und diese somit nicht gültig zustande gekommen.

3.1 Art. 178 IPRG regelt die Formerfordernisse der Schiedsklausel und bestimmt das auf ihre materielle Gültigkeit, namentlich hinsichtlich ihres Zustandekommens, ihrer Tragweite und ihres Erlöschens anwendbare Recht. Zu den Wesensmerkmalen und zum notwendigen Inhalt einer Schiedsklausel äussert sich die Norm dagegen nicht (WENGER, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 178 IPRG; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, N. 1 zu Art. 178 IPRG). In Übereinstimmung mit dem überlieferten Begriff der privaten Schiedsgerichtsbarkeit ist darunter eine Übereinkunft zu verstehen, mit der sich zwei oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Parteien einigen, eine oder mehrere, bestehende oder bestimmte künftige Streitigkeiten verbindlich und unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht nach Massgabe einer unmittelbar oder mittelbar bestimmten rechtlichen Ordnung zu unterstellen (WENGER, a.a.O., N. 3 zu Art. 178 IPRG; LALIVE/ POUDRET/REYMOND, a.a.O., N. 1 zu Art. 178 IPRG; VOLKEN, in: Heini/ Keller/Siehr/Vischer/Volken [Hrsg.], IPRG Kommentar, N. 4 zu Art. 178 IPRG; POUDRET/BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich 2002, S. 124 ff.). Allgemeine Voraussetzung einer Schiedsvereinbarung ist zudem ihre Klarheit und Bestimmtheit hinsichtlich der privaten Jurisdiktion, d.h. das zur Entscheidung berufene Schiedsgericht muss entweder eindeutig bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sein (SCHWAB/WALTER, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 6. Aufl., München 2000, S. 23; WALTER/BOSCH/ BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, S. 68; vgl. auch BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 679 f.). Bestimmungen in Schiedsvereinbarungen, die unvollständig,

unklar oder widersprüchlich sind, gelten als pathologische Klauseln

BGE 130 III 66 S. 71

(WENGER, a.a.O., N. 50 zu Art. 178 IPRG; POUDRET/BESSON, a.a.O., S. 130 ff.; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN Traité de l'arbitrage commercial international, Paris 1996, S. 283 ff.; SCALBERT/MARVILLE, Les clauses compromissoires pathologiques, Revue de l'arbitrage 1988 S. 117 ff.). Sofern sie nicht zwingende Elemente der Schiedsvereinbarung, namentlich die verbindliche Unterstellung der Streitentscheidung unter ein privates Schiedsgericht zum Gegenstand haben, führen sie nicht ohne weiteres zu deren Ungültigkeit. Vielmehr ist vorerst durch Auslegung und allenfalls Vertragsergänzung in Anlehnung an das allgemeine Vertragsrecht nach einer Lösung zu suchen, die den grundsätzlichen Willen der Parteien respektiert, sich einer Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen (SCHWAB/WALTER, a.a.O., S. 24; POUDRET/BESSON, a.a.O., S. 130; FOUCHARD/GAILLARD/ GOLDMAN, a.a.O., S. 284; SCALBERT/MARVILLE, a.a.O., passim). Haben die Parteien einen schweizerischen Sitz des Schiedsgerichts bestimmt, können sie die Bestellung des Schiedsgerichts parteiautonom regeln (Art. 179 Abs. 1 IPRG). Diese Bestellung kann individuell ad hoc oder durch Verweis auf eine Schiedsordnung erfolgen. Fehlt eine solche Vereinbarung, kann der Richter am Sitz des Schiedsgerichts angerufen werden, der unter sinngemässer Anwendung des staatlichen Rechts über die Ernennung, Abberufung oder Ersetzung von Schiedsrichtern die erforderlichen Anordnungen trifft (Art. 179 Abs. 2 IPRG).

3.2 Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung folgt den für die Auslegung privater Willenserklärung allgemein geltenden Grundsätzen. Massgebend ist in erster Linie das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen. Kann ein solcher tatsächlicher Parteiwille nicht festgestellt werden, ist die Schiedsvereinbarung objektiviert auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680; BGE 116 Ia 56 E. 3b; vgl. auch BGE 127 III 248 E. 3f S. 255, BGE 126 III 279 E. 2c/ee S. 287; BGE 126 III 119 E. 2a, BGE 126 III 375 E. 2e/aa). Steht als Auslegungsergebnis fest, dass die Parteien die zu beurteilende Streitsache von der staatlichen Gerichtsbarkeit ausnehmen und einer schiedsgerichtlichen Entscheidung unterstellen wollten, bestehen aber Differenzen hinsichtlich der Abwicklung des Schiedsverfahrens, greift grundsätzlich der Utilitätsgedanke Platz, nach dem möglichst ein Vertragsverständnis zu suchen ist, das die

BGE 130 III 66 S. 72

Schieds vereinbarung bestehen lässt (vgl. BGE 110 Ia 59 E. 4; FOUCHARD/ GAILLARD/GOLDMAN, a.a.O., S. 284; POUDRET/BESSON, a.a.O., S. 130 f.; BUDIN, Bemerkung zu BGE 110 Ia 59, in: Revue de l'arbitrage 1986 S. 599 f.). Demnach führt eine unpräzise oder fehlerhafte Bezeichnung des Schiedsgerichts nicht zur Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung, wenn durch Auslegung ermittelt werden kann, welches Schiedsgericht die Parteien bezeichnen wollten (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 681; WENGER, a.a.O., N. 50 zu Art. 178 IPRG; RÜEDE/ HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993, S. 85; POUDRET/BESSON, a.a.O., S. 130 f.; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, a.a.O., S. 284 ff.; SCALBERT/ MARVILLE, a.a.O., S. 119 ff.). Ebenso wird im Allgemeinen gestützt auf Art. 179 Abs. 2 IPRG die Zuständigkeit des staatlichen Richters am gewählten Schiedsort als gegeben erachtet, das Schiedsgericht zu bestellen, wenn die Bestellung sich nach der parteiautonomen Regelung nicht realisieren lässt. Diese rich-

terliche Bestellung des Schiedsgerichts setzt immerhin voraus, dass die Parteien dessen Sitz bestimmt haben (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680; BGE 110 Ia 59 E. 3 betr. das interkantonale Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 [KSG; SR 279]; LALIVE/POUDRET/ REYMOND, a.a.O., N. 4 zu Art. 179 IPRG; POUDRET/BESSON, a.a.O., S. 131; BLESSING, Drafting an Arbitration Clause, in: Association suisse de l'arbitrage [Hrsg.], The Arbitration Agreement - Its Multifold Critical Aspects, Basel 1994, S. 32 ff., 50 f.; SCALBERT/ MARVILLE, a.a.O., S. 121 f.).

3.3 Die zu beurteilende Schiedsvereinbarung ist insoweit unzweideutig und klar, als die Parteien allfällige Streitigkeiten aus ihrem Alleinvertriebsvertrag der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen und einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt haben. Mit dem primären Verweis auf die Schlichtungs- und Schiedsgerichtsregeln der Zürcher Handelskammer haben sie sodann ein institutionelles Schiedsgericht mit Sitz in Zürich als zuständig erklärt (Art. 6 Abs. 1 ZHK-Schiedsordnung; LALIVE/ POUDRET/REYMOND, a.a.O., N. 6 zu Art. 176 IPRG; WENGER, a.a.O., N. 20 zu Art. 176 IPRG; POUDRET/BESSON, a.a.O., S. 113). Dass die ZHK-Schiedsordnung nach der Schiedsvereinbarung "in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules" angewandt werden soll, ist vertrauenstheoretisch und nach dem erwähnten Utilitätsprinzip klarerweise im Sinne einer Verweisung auf Ersatzrecht zu verstehen, das die primäre Verfahrensordnung ergänzen soll. Als

unheilbare pathologische Klausel erscheint die Bestimmung insoweit jedenfalls nicht. Dagegen begründet die Schiedsklausel einen möglichen Kompetenzkonflikt bei der Bestellung des Schiedsgerichts, soweit sie ein Dreierschiedsgericht vorsieht, dessen Ernennung durch die Internationale Handelskammer (ICC) in Paris und nach deren Regeln erfolgen soll, und soweit diese Regeln sich mit der primär anwendbaren ZHK-Schiedsordnung nicht vertragen.

3.3.1 Nach Art. 11 Abs. 2 ZHK-Schiedsordnung ernennt der Präsident der Handelskammer den Obmann des Schiedsgerichts in der Regel aus dem Kreis der vom Vorstand der Kammer gewählten ständigen Obmänner. Die beiden andern Schiedsrichter ernennen je die Parteien, sofern sie dies schriftlich vereinbart haben, andernfalls der Präsident des Schiedsgerichts aus einer ihm vom Präsidenten der Handelskammer unterbreiteten Liste (Art. 12 Abs. 1 und 3 ZHK-Schiedsordnung).

3.3.2 Nach Art. 8 Abs. 4 ICC-Schiedsgerichtsordnung benennt jede Partei einen Schiedsrichter zur Bestätigung durch den Gerichtshof. Der dritte Schiedsrichter, der den Vorsitz im Schiedsgericht führt, wird durch den Gerichtshof ernannt, es sei denn, die Parteien hätten ein anderes Benennungsverfahren vorgesehen. In diesem Fall bedarf die Benennung der Bestätigung des Gerichtshofs (Art. 9 ICC-Schiedsgerichtsordnung).

3.3.3 Die beiden Regelungen stehen in Konflikt, weil sie sich beide auf institutionelle Schiedsgerichte beziehen, die durch die jeweilige Institution (ZHK, ICC) administriert, zur Verfügung gestellt und kontrolliert werden. Die beiden Ordnungen sind jedenfalls insoweit inkompatibel, als das konkrete Schiedsgericht nur einer der beiden Institutionen angehören kann. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Inkompatibilität zur Ungültigkeit der Schiedsklausel führt. Auch sie ist vorerst eine solche der Vertragsauslegung.
Nach dem vertrauenstheoretischen Verständnis der Schiedsvereinbarung unterstellten die Parteien allfällige Streitigkeiten aus dem Alleinvertriebsvertrag einem ZHK-Schiedsgericht. Dies ergibt sich aus dem Aufbau der Bestimmung mit der rangersten Benennung der ZHK-Schiedsordnung und dem sitzbestimmenden ausdrücklichen Hinweis auf Zürich, aber auch daraus, dass die ICC-Schiedsgerichtsordnung nicht umfassend, sondern bloss für die Ernennung der Schiedsrichter als massgebend bezeichnet wird. Die

vereinbarten Modalitäten der Ernennung der Schiedsrichter aber sind in einem ICC-fremden Schiedsgericht ausgeschlossen, weil es an einer Administration durch die Internationale Handelskammer und damit an der Möglichkeit ihrer Einflussnahme fehlt. Insoweit hat die Schiedsvereinbarung einen teilweise unmöglichen Inhalt. Aufgrund des eindeutigen Willens der Parteien, ihre Streitigkeiten einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen, führt diese teilweise Unmöglichkeit allerdings nicht zur vollständigen Unwirksamkeit und damit zur Unzuständigkeit des ZHK-Schiedsgerichts (Art. 20 Abs. 2 OR analog). Vielmehr ist der unmögliche Teil nach den vorbeschriebenen Grundsätzen entweder teleologisch gültigkeitserhaltend auszulegen, ersatzlos zu streichen oder durch staatliches Ersatzrecht zu substituieren. Die erste Möglichkeit scheidet im vorliegenden Verfahren wegen der ausdrücklichen Bezeichnung der ICC als ernennende Stelle ("appointing authority") aus. Dagegen ist eine am Zweck der Vereinbarung orientierte Streichung der unmöglichen Ernennungsbestimmung zu Gunsten der prioritären ZHK-Schiedsordnung durchaus vertretbar, wie auch - in Fortschreibung der Rechtsprechung, namentlich von BGE 110 Ia 59 - die Annahme eines fehlenden Konsenses über die Ernennungsmodalitäten und demzufolge die Anwendung von Art. 179 Abs. 2 IPRG.

3.4 Damit erweist sich die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts mangels gültiger Schiedsvereinbarung als unbegründet.

4. Für den Fall der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung an sich macht die Beschwerdeführerin geltend, das Schiedsgericht sei vorschriftswidrig zusammengesetzt worden (Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG).

4.1 Nach den bisherigen Erwägungen sind die Bestimmungen der Schiedsvereinbarung über die Bestellung des Schiedsgerichts gültigkeitserhaltend entweder so zu verstehen, dass die Schiedsrichter nach Massgabe der ZHK-Schiedsordnung ernannt werden, oder aber dahingehend, dass der staatliche Richter gemäss Art. 179 Abs. 2 IPRG ihre Ernennung vornimmt. Welcher der beiden Modalitäten der Vorzug gebührt, kann offen bleiben, da die Rüge der vorschriftswidrigen Zusammensetzung aus einem andern Grund abzuweisen ist.

4.2 Am 23. Oktober unterbreitete der vom Präsidenten der Zürcher Handelskammer ernannte Obmann des Schiedsgerichts den Parteien den Entwurf einer "Order of Constitution", die u.a. die vorgesehene Zusammensetzung des Schiedsgerichts enthielt.

Gleichzeitig setzte er ihnen Frist, hinsichtlich dieses Entwurfs oder der Ernennung der Schiedsrichter ihre Bemerkungen oder Einwendungen vorzubringen, andernfalls der Konstituierungsbeschluss in der vorliegenden Form erlassen werde (hierseitige Hervorhebungen). Die Beschwerdeführerin liess sich innert der gesetzten Frist nicht vernehmen, die Beschwerdegegnerin opponierte dem vorgelegten Konstituierungsbeschluss nicht. Daraufhin konstituierte sich das Schiedsgericht wie im Entwurf vorgesehen.

4.3 Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind in jedem Verfahren gerichtsorganisatorische Fragen ihrer Natur nach frühstmöglich zu bereinigen, bevor das Verfahren seinen Fortgang nimmt (BGE 126 I 203 E. 1b S. 205 f.; BGE 124 I 255 E. 1b/bb S. 259; BGE 116 II 80 E. 3a S. 84, je mit Hinweisen). Der Grundsatz hat in Art. 87 Abs. 1 OG (in der Fassung vom 8. Oktober 1999) seinen ausdrücklichen gesetzlichen Niederschlag gefunden (BGE 126 I 207 E. 1b S. 209). Er beherrscht auch das schiedsgerichtliche Verfahren.

Ausfluss dieses Grundsatzes ist einmal, dass Zwischenentscheide des Schiedsgerichts über seine Zusammensetzung oder Zuständigkeit nicht nur selbständig anfechtbar sind (Art. 190 Abs. 3 IPRG; vgl. BGE 116 II 80 E. 3a S. 84), sondern auch selbständig angefochten werden müssen, andernfalls die dagegen gerichteten Rügen nach Massgabe des im Zeitpunkt des Zwischenentscheids bekannten Sachverhalts verwirken (BGE 118 II 353 E. 2). Darüber hinaus obliegt den Parteien nach dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs, welche auch im Verfahrensrecht Geltung haben, Einwendungen gegen die Zuständigkeit oder die Zusammensetzung des Schiedsgerichts im frühest möglichen Zeitpunkt geltend zu machen. Verspätete, gegen diese Prinzipien verstossende Vorbringen formeller Natur können zufolge Verwirkung unbeachtet bleiben (BGE 124 I 121 E. 2 S. 123; BGE 121 I 30 E. 5f S. 38). So verhält es sich im vorliegenden Fall. Wurden die Parteien ausdrücklich und unter Fristansetzung aufgefordert ("invited"), sich zur vorgesehenen Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu äussern und ihr gegebenenfalls zu opponieren, waren entsprechende Einwendungen nach Treu und Glauben innert Frist vorzubringen und durfte das Schiedsgericht ohne weiteres aus dem Stillschweigen der Beschwerdeführerin auf deren Einverständnis schliessen oder entsprechende Einwendungen zufolge widersprüchlichen

BGE 130 III 66 S. 76

Verhaltens als verwirkt erachten. Dass die Beschwerdeführerin angeblich im Zeitpunkt des Erhalts des Entwurfs zu einem Konstituierungsbeschluss nicht anwaltlich vertreten und die Frist zur Stellungnahme mit neun Tagen allenfalls etwas kurz angesetzt war, ändert an diesem Ergebnis nichts. Die Aufforderung, allfällige Einwendungen innert Frist zu erheben, war in jeder Hinsicht klar und auch dem Laien verständlich, wobei es sich bei der Beschwerdeführerin um ein geschäftserfahrenes und international tätiges Unternehmen handelt. Falls sodann mögliche Einwendungen aus Zeitgründen nicht innert der gesetzten Frist ausformuliert und dem Schiedsgericht eingereicht werden konnten, hätte der Beschwerdeführerin offen gestanden und oblegen, um eine Fristerstreckung nachzusuchen, wie sie dies in anderem Zusammenhang getan hat, wenn auch unter Vermittlung eines Anwalts. Demzufolge wurde das Schiedsgericht mit der "Order of Constitution" vom 5./12. November 2002 rechtsgültig konstituiert, und ist die Beschwerdeführerin mit Einwendungen gegen dessen Zusammensetzung zufolge normativ zugerechneten Einverständnisses bzw. Verwirkung ausgeschlossen. Auch diese Rüge erweist sich damit als unbegründet.