Urteilskopf

88 I 100

16. Entscheid des Präsidenten des Bundesgerichts vom 7. Juli 1962 i.S. Paperconsult AG gegen Cepal und Mitbeteiligte.
Regeste (de):
Bezeichnung von Schiedsrichtern durch den Präsidenten des Bundesgerichts.

Internationaler Schiedsvertrag, wonach bei Säumnis einer Partei ein Schiedsrichter vom Präsidenten des Bundesgerichts zu ernennen ist.

- Bestimmung des für das Schiedsverfahren massgebenden Rechts. Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln, vom 24. September 1923 (Erw. 1).

- Voraussetzungen der Ernennung eines Schiedsrichters durch den Präsidenten des Bundesgerichts. Bedeutung des Umstands, dass die säumige Partei die Gültigkeit der Schiedsabrede bestreitet (Erw. 2).

Regeste (fr):
Désignation d'arbitres par le président du Tribunal fédéral.

Clause compromissoire internationale disposant qu'en cas de défaut d'une partie, un arbitre sera nommé par le président du Tribunal fédéral.

- Détermination du droit applicable à la procédure arbitrale. Protocole de Genève relatif aux clauses d'arbitrage, du 24 septembre 1923 (consid. 1).

- Conditions de la nomination d'un arbitre par le président du Tribunal fédéral. Qu'en est-il lorsque la partie défaillante conteste la validité de la clause compromissoire? (consid. 2).

Regesto (it):
Designazione di arbitri da parte del presidente del Tribunale federale.

Clausola compromissoria internazionale la quale dispone che in caso di omissione di una partc, un arbitro sarà nominato dal presidente del Tribunale federale.

- Determinazione del diritto applicabile alla procedura arbitrale. Protocollo di Ginevra relativo alle clausole d'arbitrato, del 24 settembre 1923 (consid. 1).

- Condizioni della nomina di un arbitro da parte del presidente dcl Tribunale federale. Importanza del fatto che la parte astenutasi dalla nomina contesta la validità della clausola compromissoria (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 100

A.- Die Gesuchstellerin Paperconsult AG in Zürich, die sich mit der Projektierung und Planung von industriellen Anlagen der Papierindustrie befasst, und die Gesuchsgegner

Cepal (Central de Papeleras Libres) in Madrid nebst zwei Beteiligten schlossen am 19. Juli 1960 einen Vertrag, nach welchem der Paperconsult u.a. die Ausarbeitung bestimmter Vorstudien und Berechnungen übertragen wurde für die von der Cepal erwogene Errichtung von zwei Papierfabriken in Spanien. Art. 15 dieses Vertrages hat folgenden Wortlaut: "Règlement de litiges: Les litiges et différends qui pourraient s'élever au sujet de ce contrat doivent être réglés autant que possible à l'amiable. En cas d'échec, les litiges seront réglés par un tribunal arbitral. Chacune des parties désigne un arbitre dans les deux mois qui suivent la date de la constatation de l'échec des pourparlers à l'amiable. Les deux arbitres désignent le président dans le délai d'un mois après la nomination du deuxième arbitre. Si une partie devait omettre de désigner son arbitre dans le délai prévu ou si les arbitres ne pouvaient se mettre d'accord sur la personne du président dans le délai prévu, l'arbitre ou le président manquant serait désigné par le Président du Tribunal Fédéral Suisse. Le tribunal arbitral a son siège à Zurich; il juge d'après le droit suisse." Nachdem die Gesuchstellerin ihre Studienarbeiten abgeliefert hatte, entstanden wegen der Bezahlung der Rechnungen Differenzen, die auch in wiederholten Verhandlungen nicht behoben werden konnten. Die Gesuchstellerin teilte daher am 20. Dezember 1961 den Gesuchsgegnern mit, dass sie nunmehr die Angelegenheit dem Schiedsgericht unterbreite; gleichzeitig gab sie den Namen des von ihr bezeichneten Schiedsrichters bekannt und forderte die Gesuchsgegner auf, innert vertraglicher Frist ihren Schiedsrichter zu nennen. Die Gesuchsgegner antworteten nicht, worauf die Gesuchstellerin am 29. Januar 1962 Mitteilung und Aufforderung wiederholte, aber wiederum ohne Antwort blieb.

B.- Unter Berufung auf Art. 15 des Vertrages vom 19. Juli 1960 ersuchte die Paperconsult AG den Präsidenten des Bundesgerichts, an Stelle der Gesuchsgegner einen Schiedsrichter zu ernennen. Dieses Gesuch wurde den Gesuchsgegnern zur Kenntnis gebracht, verbunden mit der Aufforderung, zu erklären,

ob sie die Gültigkeit von Art. 15 des Vertrages über die Bestellung eines Schiedsgerichts anerkennen oder die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Art. 15 im vorliegenden Falle bestreiten. Mit Vernehmlassung vom 13. April 1962 bestritten die Gesuchsgegner die Zuständigkeit des Bundesgerichtspräsidenten zur nachgesuchten Bezeichnung eines Schiedsrichters. Sie machten Folgendes geltend: Der Vertrag vom 19. Juli 1960 unterstehe dem spanischen Recht; die normalen Vorkehren zur Einleitung des Schiedsverfahrens seien nicht getroffen worden; zu einem Schiedsverfahren und zur Bezeichnung der Schiedsrichter bestehe erst Anlass, wenn eine gütliche Lösung, wie sie in erster Linie vorgesehen und bisher nicht in die Wege geleitet worden sei, sich als unmöglich erweise; der Vertrag sei durch Schreiben der Gesuchsgegner vom 31. Januar 1961 aufgelöst worden, daher Art. 15 nicht mehr anwendbar; Art. 15 des Vertrages sei nach spanischem Recht nichtig, weil er einem Grundsatz der öffentlichen Ordnung widerspreche und die Erfordernisse des Gesetzes vom 22. Dezember 1953 nicht erfülle.

C.- Mit Gegeneingabe vom 15. Mai 1962 hielt die Gesuchstellerin an ihrem Antrag fest und wies die vorerwähnten Einwendungen im einzelnen zurück. Zum Nachweis für die Zulässigkeit der Schiedsklausel und des Vorgehens der Gesuchstellerin auch nach spanischem Recht wurde ein Rechtsgutachten eines spanischen Dozenten vorgelegt. Weiter machte die Gesuchstellerin geltend, das Schiedsgericht unterstehe nach Art. 15 Abs. 2

des Vertrages dem Zürcher Recht; gemäss § 369 a der Zürcher ZPO entscheide das Schiedsgericht (unter Vorbehalt des Rekurses an das Obergericht) über die Gültigkeit einer Schiedsklausel und über seine Kompetenz auch dann, wenn die Gültigkeit des Schiedsvertrages bestritten wird; deshalb müsse in einem solchen Falle trotz Bestreitung der Gültigkeit der Schiedsklausel das Schiedsgericht doch gebildet werden, nötigenfalls im Wege der Ernennung

BGE 88 I 100 S. 103

eines Schiedsrichters oder des Präsidenten durch den staatlichen Richter.

Erwägungen

Hierüber zieht der Präsident des Bundesgerichts in Erwägung:

1. Die von den Parteien in Art. 15 ihres Vertrages vom 19. Juli 1960 vereinbarte Schiedsklausel stellt einen internationalen Schiedsvertrag dar, da die vertragschliessenden Parteien der Gerichtsbarkeit verschiedener Staaten unterworfen sind. Für diese Schiedsabrede gilt das Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln vom 24. September 1923 (BS 12 S. 387), denn die Schweiz und Spanien sind diesem Protokoll beigetreten, Spanien freilich unter Vorbehalt der Freiheit, die in Art. 1 Abs. 1 des Protokolls erwähnte Verpflichtung auf Handelssachen zu beschränken. Da der Vertrag der Parteien vom 19. Juli 1960 von Kaufleuten abgeschlossen wurde und zudem ein Geschäft des Handelsverkehrs zum Gegenstand hat, sind die Schweiz und Spanien im Sinne des Genfer Protokolls zur Anerkennung der streitigen Schiedsklausel verpflichtet. Gemäss Art. 2 Abs. 1 des vorerwähnten Genfer Protokolls ist für das Verfahren in Schiedssachen, einschliesslich der Zusammensetzung des Schiedsgerichts massgebend der Parteiwille und die Gesetzgebung des Landes, auf dessen Gebiet das Schiedsverfahren stattfindet. Landesgesetzgebung im letztern Sinne wäre hier das in der Schweiz geltende Recht, weil die Parteien in Art. 15 Abs. 2 ihres Vertrages Zürich als Sitz des Schiedsgerichts vereinbarten, das Schiedsverfahren also in Zürich stattzufinden hat. Hieraus würde auch folgen, dass in diesem Falle das Zivilprozessrecht des Kantons Zürich massgebliches Recht ist; denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender schweizerischer Lehre ist die Schiedsabrede ein prozessrechtlicher Vertrag und als solcher wird er vom kantonalen Rechte beherrscht (BGE 41 II 534;BGE 71 II 116, 179;BGE 78 I 358, 361; GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht

BGE 88 I 100 S. 104

2. Aufl. S. 579, LEUCH, Zivilprozessordnung für den Kanton Bern 3. Aufl. S. 357).

2. Der in Art. 15 des Vertrages vom 19. Juli 1960 festgehaltene Parteiwille und das Zürcher Zivilprozessrecht sind nach der ausdrücklichen Bestimmung von Art. 2 Abs. 1 des Genfer Protokolls nicht nur für das eigentliche Schiedsverfahren -wegleitend, sondern auch für die Zusammensetzung, für die Bestellung des Schiedsgerichts. Auch nach der Zürcher ZPO ist eine über die Bestellung des Schiedsgerichts getroffene Abrede, wie sie in Art. 15 des Vertrages vorliegt, zulässig, Gemäss Art. 15 des Vertrages kann eine Partei, wenn sie ihren Schiedsrichter bezeichnet hat und die Gegenpartei innert 2 Monaten nach Konstatierung des Scheiterns von Verständigungsverhandlungen trotz Aufforderung ihren Schiedsrichter nicht nennt, den Präsidenten des schweizerischen Bundesgerichts ersuchen, an Stelle der säumigen Partei einen Schiedsrichter zu ernennen. Ein solches Gesuch hat die Paperconsult AG am 29. März 1962 gestellt. Weder im Gesetz über die Organisation

der Bundesrechtspflege (OG), noch in der Bundeszivilprozessordnung, noch sonstwo ist vorgesehen, dass der Präsident des Bundesgerichts oder der Präsident einer Abteilung des Bundesgerichts auf Verlangen einer Partei einen Schiedsrichter zu ernennen habe. Es ist aber ständige Praxis, dass der Präsident des Bundesgerichts, wenn er (in seiner Eigenschaft als Inhaber dieses Amtes) in der Schiedsklausel als Ernennungsinstanz bezeichnet wurde, einem Begehren auf Ernennung eines Schiedsrichters entspricht, sofern die Gegenpartei mit der verlangten Ernennung einverstanden ist. Ob diese Praxis auf blosser Übung oder auf Gewohnheitsrecht beruht, braucht hier nicht erörtert zu werden. Eine andere Frage ist die, wie es sich verhält, wenn die Gegenpartei gegen ein solches Gesuch Widerspruch erhebt. Hier ist zu unterscheiden: Wird die Gültigkeit des Hauptvertrags bestritten, auf den

BGE 88 I 100 S. 105

die Schiedsabrede Bezug hat, so wird dadurch die Gültigkeit der Schiedsabrede nicht notwendig betroffen, da ja die Schiedsabrede nach der Rechtsprechung auch dann eine selbständige Vereinbarung darstellt, wenn sie im Hauptvertrag enthalten ist; mitbetroffen wird sie nur, wenn der Ungültigkeitsgrund seiner Natur nach für den Hauptvertrag und die Schiedsklausel derselbe ist; im Zweifel ist anzunehmen, dass der Wille der Parteien bei Vereinbarung der Schiedsabrede dahin ging, dass auch die Frage der Gültigkeit des Hauptvertrages vom Schiedsgericht zu entscheiden sei (BGE 59 I 177,BGE 62 I 230,BGE 64 I 44,BGE 65 I 22). Bei dieser Sachlage ist die Ernennung eines Schiedsrichters durch den Präsidenten des Bundesgerichts möglich; eine Rechtspflicht dazu besteht indessen nicht. Wird dagegen, wie im vorliegenden Falle, die Gültigkeit der Schiedsabrede bestritten, so kann der gestützt auf entsprechende Schiedsabrede von einer Partei um Ernennung eines Schiedsrichters ersuchte Dritte, z.B. der Präsident des Bundesgerichts, über die Gültigkeit der Schiedsabrede nicht befinden, sofern er nicht in gültiger Schiedsabrede dazu ausdrücklich ermächtigt worden ist. Und selbst im letzteren Fall besteht, anders als nach kantonalen Prozessordnungen für kantonale Richter, keine Rechtspflicht des Präsidenten des Bundesgerichts, einen Schiedsrichter zu ernennen; im vorliegenden Fall fehlt übrigens eine solche ausdrückliche Ermächtigung. Abgesehen davon, dass eine solche Rechtspflicht des Präsidenten des Bundesgerichts nicht besteht, müsste sie auch aus praktischen Erwägungen abgelehnt werden; denn die Abklärung der Frage der Gültigkeit der Schiedsabrede würde häufig ein kontradiktorisches Verfahren und Beweiserhebungen erfordern, was ausserhalb der Zuständigkeit des Präsidenten des Bundesgerichts liegt. Über die Gültigkeit und Tragweite einer Schiedsabrede und damit über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts kann endgültig nur der zuständige staatliche Richter entscheiden, nicht das Schiedsgericht (BGE 7 707, 27 II 515, 38 II 556/7, 40

BGE 88 I 100 S. 106

II 77/9; LEUCH Art. 385 N. 1; HAMBURGER, Zur Frage der Kompetenz - Kompetenz der Schiedsgerichte, Internat. Jahrb. für Schiedsgerichtswesen 3 (1931) S. 182, 184; GULDENER ZPR S. 587/8). Dies gilt auch dann, wenn ausnahmsweise das Schiedsgericht unter Vorbehalt des Rekurses an ein staatliches Gericht vorläufig über seine Zuständigkeit und über die Gültigkeit einer Schiedsabrede selber entscheidet, wie dies in § 369 a der Zürcher ZPO vorgesehen ist. Es ist daher ständige Praxis, dass der Präsident des Bundesgerichts im Falle der Bestreitung der Gültigkeit der Schiedsabrede die Ernennung eines Schiedsrichters ablehnt (vgl. etwaBGE 78 I 359, 18 S. 617,BGE 31 I 599; nicht veröffentlichter Entscheid vom 14. Januar 1958 i.S. Moderna Bienne SA gegen Meier). Zu prüfen bleibt, ob der Präsident des Bundesgerichts bei bestrittener Gültigkeit der Schiedsabrede wenigstens vorfrageweise über die Gültigkeit der Schiedsabrede befinden kann. Diese Frage ist zu verneinen. Einem Dritten, z.B. einem Richter, dem die Parteien gemäss Schiedsabrede die Bezeichnung

eines Schiedsrichters übertragen haben, kommt nur diese Befugnis zu, nicht aber die Zuständigkeit zur Beurteilung anderer Streitpunkte, wie sie dem ordentlichen Richter zusteht. Im Zweifel darf nicht angenommen werden, dass die Parteien dem für die Ernennung eines Schiedsrichters vorgesehenen Richter eine weitere Befugnis übertragen wollten, insbesondere etwa die Befugnis zum Entscheid darüber, ob die Schiedsabrede gültig sei, wenn sich hierüber unter den Parteien Meinungsverschiedenheiten ergeben. Die Frage der Gültigkeit muss durch den ordentlichen Richter entschieden werden. Hieran ändert auch die Vorschrift von § 369 a Zürcher ZPO nichts. Diese Vorschrift bedeutet eine Abschwächung des Grundsatzes, dass über die Gültigkeit der Schiedsabrede nicht das bestellte Schiedsgericht entscheidet. Sie überträgt den Entscheid hierüber nicht sofort dem ordentlichen Richter, sondern weist diesen Entscheid vorerst dem Schiedsgericht zu, jedoch unter Vorbehalt des endgültigen

Entscheides durch das Obergericht auf Rekurs hin. D:es setzt voraus, dass das Schiedsgericht gebildet werden kann, bzw. bereits gebildet worden ist und dass es den Sitz im Kanton Zürich hat, sodass seine Entscheidung mit einem Rekurs an das Obergericht weitergezogen werden kann. Kann das Schiedsgericht aus irgend einem Grunde nicht gebildet werden, z.B. weil der damit betraute Dritte die Ernennung eines Schiedsrichters nicht vornimmt oder nicht vornehmen kann, so kann das Obergericht auch nicht als Rekursinstanz über die bestrittene Gültigkeit des Schiedsvertrages, über das Bestehen und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entscheiden.
Die Vorschrift von § 369 a Zürcher ZPO ändert nichts an der Rechtsstellung des Präsidenten des Bundesgerichts in der Frage der Ernennung eines Schiedsrichters für ein Schiedsgericht, das seinen Sitz im Kanton Zürich hat. Diese Rechtsstellung ist in keiner Weise abhängig von einer Besonderheit kantonaler Bestimmungen über Schiedsgerichte. Das Bundesgericht und sein Präsident unterstehen nicht der kantonalen Ordnung und seine Befugnisse können nicht je nach dem Inhalt kantonaler Vorschriften oder gar fremdstaatlicher Bestimmungen über die Schiedsgerichte ändern. Das gestellte Gesuch ist daher abzuweisen.