

Sonderdruck:

Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat
Liber amicorum Luzius Wildhaber

Editors / Herausgeber / éditeurs:

Stephan Breitenmoser / Bernhard Ehrenzeller / Marco Sassòli /
Walter Stoffel / Beatrice Wagner Pfeiffer

JAN BANGERT

Die Bindung privater
Schiedsgerichte
an Art. 6 Abs. 1 EMRK

Die Bindung privater Schiedsgerichte an Art. 6 Abs. 1 EMRK

JAN BANGERT*

Inhaltsübersicht

I.	Die Schiedsgerichtsbarkeit: In Strassburg Anathema?	41
II.	Die Verzichtsdoktrin der Kommission	43
III.	Der Fall Suovaniemi	47
IV.	Die Stimmen der Kritik	49
V.	Die Ungereimtheiten der bisherigen Praxis	52
VI.	Der Schiedsspruch als Hoheitsakt	54
VII.	Der Schiedsrichter als Hoheitsträger wider Willen?	56
VIII.	Die Konsequenz: Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK	58

I. Die Schiedsgerichtsbarkeit: In Strassburg Anathema?

Als Völkerrechtslehrer hatte der Jubilar oft Gelegenheit, sich mit Schiedsgerichten zu befassen; mit erkennenden Spruchkörpern also, die durch eine freiwillige Vereinbarung zwischen den Parteien eingesetzt worden sind und nicht durch ein staatliches Gesetz oder die Regeln einer überstaatlichen Organisation, wie etwa der UNO oder der EU, ins Leben gerufen wurden. Zu denken ist da an zwischenstaatliche Schiedsgerichte, die damit betraut werden, völkerrechtliche Streitigkeiten zwischen Staaten, etwa um die Verantwortung des Staats für räuberische Aktivitäten eines auf seinen Werften gebauten und ausgerüsteten Schiffs zu entscheiden,¹

* Der Aufsatz nimmt Gedanken aus einem im Jahre 2005 vor der Basler Regionalgruppe der Association Suisse de l'Arbitrage ASA gehaltenen Referat und der daran anschliessenden Diskussion auf. Der Autor dankt den Mitgliedern der Regionalgruppe für ihre wertvollen Hinweise.

¹ *Alabama Claims*, Schiedsspruch vom 14. September 1872, in: J.B. MOORE, *International Arbitrations*, New York 1898, Vol. I, S. 653 ff. Die «Alabama» war während des amerikanischen Bürgerkriegs auf Werften in England auf Bestellung der Konföderierten Staaten von Amerika hin eigens zum Zwecke der Jagd auf Handelsschiffe gebaut und ausgerüstet worden. Sie versenkte

oder solche um das zu Gunsten neuer Stauseen versiegende Wasser von Gebirgsbächen, die ehemals jenseits der Landesgrenze sprudelten.² Zu denken ist aber ebenso sehr an jene Schiedsverfahren, in denen es um kommerzielle Auseinandersetzungen zwischen Privaten geht, oder um solche zwischen Privaten und ihren auf dem Boden des Privatrechts handelnden staatlichen Vertragspartnern. Auch in solchen Verfahren sind zuweilen völkerrechtliche Vorfragen von Bedeutung, und LUZIUS WILDHABER hat in ihrem Rahmen wichtige Beiträge zur Rechtsfindung geleistet.

Als Präsident des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte hingegen dürfte er mit der freiwilligen Schiedsgerichtsbarkeit kaum je befasst worden sein. Die Annalen der Strassburger Organe verzeichnen nur wenige Fälle, in denen die Beschwerdeführer ein Ungemach thematisierten, das ihnen vor einem privaten Schiedsgericht widerfahren wäre.³ Gerne würde man annehmen, das sei auf die Unfehlbarkeit der Schiedsrichter oder die hohe Akzeptanz ihrer Schiedssprüche zurückzuführen. Ein Blick in die publizierte Rechtsprechung beispielsweise des Schweizerischen Bundesgerichtes belehrt jedoch eines Besseren: Vor Schiedsgerichten unterlegene Parteien nehmen in grosser Zahl, mit grossem Eifer und mit grosser Toleranz für die anfallenden Anwaltshonorare die Möglichkeit wahr, Schiedssprüche anzufechten. Sie zeigen sich dabei erstaunlich unbeeindruckt von ihrer statistisch gegen Null tendierenden Erfolgsaussicht.⁴ Wenn aber tatsächlich einmal ein Schiedsspruch aufgehoben wird, dann in der Regel wegen der Verletzung von Verfahrensregeln durch das Schiedsgericht – und damit oft von solchen

bis 1864 über 70 Handelsschiffe der Vereinigten Staaten. Das in Genf tagende Schiedsgericht bejahte eine Verantwortung des Vereinigten Königreichs und verurteilte es zu einer Schadenersatzzahlung von mehr als 50 Mio. Golddollars; vgl. MARC BLESSING, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1996 (zit. Basler Kommentar IPRG), Einleitung zum 12. Kapitel des IPRG, Rz. 7 f.

² *Lac Lanoux*, 24 ILR, S. 101 ff.

³ Soweit ersichtlich spielten in bloss fünf bisher abgeschlossenen und publizierten Fällen freiwillig vereinbarte private Schiedsgerichte die Hauptrolle: In EKMR, X./*Deutschland* (No. 1197/61) vom 5. März 1962, D.R. 8, S. 68 ff.; EKMR, R./*Schweiz* vom 4. März 1987 und vom 11. Juli 1989 (No. 10881/84), D.R. 51, S. 83 ff., abgedruckt in: ASA-Bulletin 1990, S. 251 ff. und S. 262 ff.; EKMR, *Jakob Boss Söhne KG/Deutschland* vom 2. Dezember 1991 (No. 18479/91); EKMR, *Nordström-Janzon und Nordström-Lehtinen/Niederlande* vom 27. November 1996 (No. 28101/95), D.R. 87-B, S. 112 ff.; und im Zulässigkeitsentscheid des Gerichtshofs in der Sache *Suomaniemi und andere/Finnland* vom 23. Februar 1999 (No. 31737/96, unveröffentlicht). Mehrere weitere Entschiede gehen – wie bspw. *Litgow und andere/Vereinigtes Königreich*, Urteil des Gerichtshofs vom 8. Juli 1986 (A/102) – auf gesetzlich vorgeschriebene und als «Schiedsgerichte» bezeichnete Sondertribunale ein; solche staatlich und nicht privatautonom eingesetzte Spruchkörper sind jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

⁴ Vgl. dazu SÉBASTIEN BESSON, *Réflexions sur la jurisprudence Suisse récente rendue en matière d'arbitrage international*, ASA-Bulletin III/2003, S. 463 ff., S. 479 ff.

Regeln, deren Einhaltung Art. 6 Abs. 1 EMRK garantieren könnte. Art. 6 Abs. 1 EMRK sichert bekanntlich jedermann zu, dass über seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen in einem fairen und öffentlichen Verfahren, von einem gesetzlich eingesetzten Gericht und binnen angemessener Frist entschieden wird.⁵

Warum also werden so selten Mängel von Schiedsverfahren in Strassburg thematisiert? Es scheint beinahe, als hätten sich sowohl die Anwälte des europäischen Menschenrechtsschutzes als auch die Gilde der Schiedsgerichtspraktiker verschworen, einander so wenig wie möglich zur Kenntnis zu nehmen. So wenig jedenfalls, dass die Zahl der literarischen Beiträge zum Thema jene der Praxis weit übersteigt.⁶

II. Die Verzichtsdoktrin der Kommission

Die Strassburger Organe – vor allem die frühere Kommission – orientierten ihre Haltung zur privaten Schiedsgerichtsbarkeit zunächst an einem denkbar einfachen

⁵ Art. 6 Abs. 1 EMRK lautet in der englischen Originalfassung, die zusammen mit der französischen Fassung verbindlich ist: «*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.*»

⁶ Eine Auswahl: JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *L'application de l'article 6 (1) de la Convention européenne des Droits de l'Homme aux procédures arbitrales*, Gazette du Palais, Paris, 2.-3.7.1986, S. 2 ff.; FRANZ MATSCHER, *Schiedsgerichtsbarkeit und EMRK*, in: Walther J. Habscheid/Karl Heinz Schwab (Hrsg.), *Festschrift für Heinrich Nagel*, Münster 1987, S. 227 ff.; OLIVIER JACOT-GUILLARMOUD, *L'arbitrage privé face à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in: Franz Matscher/Herbert Petzold (Hrsg.), *Protecting human rights, The European dimension*, Studies in honour of Gérard J. Wiarda, Bruxelles 1988, S. 281 ff.; CHARLES JAROSSON, *L'arbitrage et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Rev. Arb. 1989, S. 573 ff.; PIERRE LAMBERT, *les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in: *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Vélu*, Bruxelles 1992, S. 1281 ff.; WALTHER HABSCHIED, *Schiedsgerichtsbarkeit und Europäische Menschenrechtskonvention*, in: Walter Gerhardt et al. (Hrsg.) *Festschrift für Wolfgang Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995*, Berlin 1995, S. 341 ff.; ROBERT BRINER/FABIAN VON SCHLABRENDORFF, *Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration*, in: Robert Briner/L. Yves Fortier/Klaus Peter Berger/Jens Bredow (Hrsg.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert, Liber Amicorum für Karl-Heinz Böckstiegl, Köln 2001, S. 89 ff.; SÉBASTIEN BESSON, *Arbitration and Human Rights*, ASA-Bulletin III/2006, S. 395 ff.

Gedanken: Wer eine Schiedsklausel unterzeichnet, der darf sich nachher nicht beklagen, ihm sei kein Recht geschehen. Er optiert aus freien Stücken dafür, eine Streitfrage nicht dem staatlichen Gericht vorzulegen, sondern sie von einem privaten Spruchkörper entscheiden zu lassen. Dieser private Spruchkörper selbst sei der EMRK nicht verpflichtet und der Staat für sein Treiben nicht verantwortlich, weshalb jede Beschwerde über Verfahrensfehler durch ein Schiedsgericht ins Leere laufen müsse.

Die Kommission gab dieser Haltung im Jahre 1987 in ihrem Entscheid zum Fall *R./Schweiz* klaren Ausdruck:

«En conséquence, un compromis d'arbitrage comporte une renonciation à l'exercice des garanties prévues par l'art. 6 § 1, à condition que le compromis n'ait pas été signé sous la contrainte.»⁷

Folgerichtig weigerte sich die Kommission, die Dauer des von 1976 bis 1983 durchgeführten Schiedsverfahrens an der in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderten «angemessenen Frist» zu messen. Sie prüfte stattdessen nur die Dauer des (wenige Monate währenden) Verfahrens vor den staatlichen Schweizer Gerichten, wo der Beschwerdeführer R. die aus seiner Sicht überlange Dauer des Schiedsverfahrens gerügt hatte:

«Tenant compte de tous les éléments qui précèdent concernant la nature de la procédure d'arbitrage volontaire et le cadre législatif, la Commission considère que la responsabilité de l'Etat ne peut être mis en cause pour les agissements des arbitres à moins que et dans la mesure où les juridictions étatiques aient été appelées à intervenir.»⁸

Die Kommission knüpfte damit nahtlos an ihren früheren Bericht vom 12. Dezember 1983 in der Sache *Bramelid und Malmström/Schweden*⁹ an. Auch darin hatte sie den aus ihrer Sicht entscheidenden Punkt deutlich identifiziert. Es müsse zwischen jenen Schiedsgerichten unterschieden werden, denen sich die Parteien freiwillig unterwerfen, und jenen anderen, die den Parteien durch ein staatliches Gesetz als zuständig vorgeschrieben würden. Handle es sich um ein freiwilliges Schiedsgericht, so stellten sich kaum Probleme hinsichtlich der Beachtung von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Nur ein den Parteien vom Gesetz aufgezwungenes Schiedsgericht müsse die darin verbrieften Garantien einhalten.¹⁰

⁷ EKMR, *R./Schweiz*, Entscheid vom 4. März 1987 (No. 10881/84), D.R. 51, 83 ff., ASA-Bulletin 1990, S. 252 ff., S. 254.

⁸ EKMR, *R./Schweiz*, Entscheid vom 4. März 1987, (No. 10881/84), D.R. 51, 83 ff., ASA-Bulletin 1990, S. 252 ff., S. 255.

⁹ EKMR, *Bramelid und Malmström/Schweden* (8688/79 und 8589/79), Bericht vom 12. Dezember 1983, D.R. 38, S. 18 ff.

¹⁰ EKMR, *Bramelid und Malmström/Schweden* (8688/79 und 8589/79), 12. Dezember 1983, D.R. 38, S. 8 ff., Rz. 30. Die Kommission hat *in casu* geprüft, ob das Schiedsgericht ein unabhängiger Spruchkörper gewesen sei, und ob das Recht auf öffentliche Anhörung gewährleistet gewesen sei, und sie hat eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK festgestellt. Zu dieser Prüfung schritt

Die Kommission unterstellte also, dass sich wissentlich und willentlich des Schutzes von Art. 6 EMRK begibt, wer sich damit einverstanden erklärt, seine Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen. Sie setzte zugleich voraus, dass die Schiedsgerichtsbarkeit eine rein private Angelegenheit sei und das Schiedsgericht keinerlei staatliche Funktion ausübe. Wären nämlich die Verhandlungen eines Schiedsgerichts dem Staat zuzuordnen, dann müssten die Garantien der EMRK gemäss Art. 1 EMRK greifen.¹¹

In einem 1987 publizierten Aufsatz klopfte FRANZ MATSCHER, damals Richter am EGMR, der Kommission sachte auf die Finger. Er fand, die freiwillige Zustimmung einer Partei dazu, ihre zivilrechtlichen Ansprüche von einem Schiedsgericht beurteilen zu lassen, dürfe nicht ohne Weiteres als ein umfassender Verzicht auf die in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechte verstanden werden; die Auffassung der Kommission zu diesem Punkt sei «etwas undifferenziert».¹² FRANZ MATSCHER erwartete, die Strassburger Organe würden zukünftig namentlich auch Beschwerden über mangelnde Unabhängigkeit von Schiedsgerichten, über deren unfaire Verfahrensführung oder überlange Verfahrensdauer prüfen. Er liess allerdings keinen Zweifel daran, dass die Schiedsgerichte nicht direkt in der Pflicht stünden, die Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK einzuhalten. Adressat der EMRK sei der Staat, nicht das private Schiedsgericht. Die Beschwerde treffe den Staat nur deshalb, weil seine Rahmengesetzgebung oder die zuständigen Gerichte nicht korrigierend eingriffen und die Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK –

die Kommission jedoch nur, weil sie zuvor zum Schluss gekommen war, es gehe gar nicht um ein freiwilliges Schiedsgericht, sondern um ein staatlich vorgeschriebenes.

¹¹ «Die Hohen Vertragsschliessenden Teile» – also die Mitgliedstaaten – sind es, die gemäss Art. 1 EMRK den ihrer Jurisdiktion unterstehenden Personen die im Abschnitt I der EMRK verbrieften Rechte zusichern. Eine «direkte Drittwirkung» mit der Folge, dass auch das private Verhalten Dritter eine Verletzung der EMRK darstellen und mit Beschwerde beim Gerichtshof gerügt werden könnte, lehnt die h.M. ab (vgl. m.w.H. STEPHAN BREITENMOSER, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, Basel 1986, S. 66 ff.; JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, Kehl 1996, Art. 1, Rz. 12; PIETER VAN DIJK/GODEFRIDUS JOSEPHUS HENRICUS VAN HOOF, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Den Haag 1998, S. 22 ff.; ANNE PETERS, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, S. 15). Verletzungen der EMRK müssen dem Staat in der Ausübung seiner Hoheitsrechte zurechenbar sein; in diesem Sinne können sie aber auch darin bestehen, dass der Staat eine positive Handlungspflicht zum Schutz der in der EMRK verbrieften Rechte vernachlässigt hat (wegweisend hierzu die Urteile des Gerichtshofs *Young, James und Webster/Vereinigtes Königreich* vom 13. August 1981 [A/44], sowie *X. und Y./Niederlande* vom 26. März 1985 [A/91]; vgl. auch LUZIUS WILDHABER, Die Koalitionsfreiheit gemäss Art. 11 EMRK, German Yearbook of International Law, S. 238 ff., S. 245; BREITENMOSER, a.a.O., S. 67 ff., FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Art. 1, Rz. 10 ff.; PETERS, a.a.O., S. 15 ff.).

¹² MATSCHER (Fn. 6), S. 240.

in jenem Masse, in dem die Beschwerdeführer darauf nicht ohnehin freiwillig und gültig verzichtet hatten – nicht durchgesetzt hätten.¹³

Die Kommission zeigte sich wenig beeindruckt. 1996 wies sie eine Beschwerde gegen die Niederlande als offensichtlich unbegründet im Sinne des damaligen Art. 27 Abs. 2 EMRK ab, deren Thema die angebliche Parteilichkeit eines Schiedsrichters war.¹⁴ Der niederländische oberste Gerichtshof («Hoge Raad») hatte befunden, ein Schiedsspruch solle nicht schon des Anscheins der Befangenheit eines Schiedsrichters wegen aufgehoben werden, sondern erst, wenn aufgrund der Beweise von dessen tatsächlicher Befangenheit ausgegangen werden müsse. Er wandte damit auf das Schiedsverfahren ein weit weniger strenges Kriterium an als der Strassburger Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁵ Nach Auffassung der Kommission war das «offensichtlich» nicht zu beanstanden. Im Gegensatz zum Vorschlag FRANZ MATSCHERS sah sie den Staat nicht in der Pflicht, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Schiedsgerichten durchzusetzen:

«The Commission ... considers that it cannot be required under the Convention that national courts must ensure that arbitral proceedings have been in conformity with Article 6 of the Convention. In some respects – in particular as regards publicity – it is clear that arbitral proceedings are often not even intended to be in conformity with Article 6, and the arbitration agreement entails a renunciation of the full application of the Article. The Commission therefore considers that an arbitral award does not necessarily have to be quashed because the parties have not enjoyed all the guarantees of Article 6, but each Contracting State may in principle decide itself on which grounds an arbitral award should be quashed.»¹⁶

Die Kommission hatte damit zwar angedeutet, dass eine freiwillige Schiedsvereinbarung den Verzicht auf bestimmte, aber nicht unbedingt gleich auf alle Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK bedeuten müsse.¹⁷ Sie schloss daraus aber nicht etwa, es gelte nun zu prüfen, inwieweit auf diesen Schutz im konkreten Fall tatsächlich verzichtet worden sei. Sie stellte es vielmehr ins weite Ermessen der Mitgliedstaaten, inwieweit sie den Parteien von Schiedsgerichtsverfahren Schutz ge-

¹³ MATSCHER (Fn. 6), S. 237.

¹⁴ EKMR, *Nordström-Janzon und Nordström-Lehtinen/Niederlande*, Entscheid vom 27. November 1996 (No. 28101/95), D.R. 87-B, S. 112 ff.

¹⁵ EGMR, *Piersack/Belgien*, Urteil vom 1. Oktober 1982; EGMR, *de Cubber/Belgien*, Urteil vom 26. Oktober 1984.

¹⁶ EKMR, *Nordström-Janzon und Nordström-Lehtinen/Niederlande*, Entscheid vom 27. November 1996 (No. 28101/95), D.R. 87-B, S. 112 ff.

¹⁷ Dies hatte die Kommission bereits früher einmal im Fall *X/Deutschland* (No. 1197/61) vom 5. März 1962, D.R. 8, S. 68 ff. vermerkt, damals aber nur in einem *obiter dictum*. Sie war auf die Beschwerde des X. aus anderen Gründen nicht eingetreten.

währen wollen. Im Ergebnis hat die Kommission ihre Haltung damit seit dem eingangs erwähnten Fall *R./Schweiz* nicht geändert.

III. Der Fall Suovaniemi

Die Haltung der Kommission, wie sie in den Fällen *Nordström-Janzon u. Nordström-Lehtinen/Niederlande*, *R./Schweiz* sowie *Bramelid und Malmström/Schweden* zum Ausdruck kam, hat der Strassburger Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zwar leicht modifiziert, grundsätzlich jedoch nicht in Frage gestellt.

In der Sache *Suovaniemi und andere/Finnland*¹⁸ ging es wieder um die anscheinende Befangenheit eines Schiedsrichters. Die Beschwerdeführer hatten den betreffenden Schiedsrichter «M.» zu Beginn des Schiedsverfahrens ausdrücklich akzeptiert, obschon sie wussten, dass er zuvor schon als Anwalt mit einem Aspekt der Streitsache befasst gewesen war. Erst nach verlorenem Verfahren hatten sie dann vor dem zuständigen staatlichen Gericht die Aufhebung des Schiedsspruchs verlangt und dabei zur Begründung vorgebracht, eben jener «M.» sei nicht unparteiisch gewesen. Die finnischen Gerichte sahen diese Rüge als verwirkt an und bestätigten den Schiedsspruch. Der Strassburger Gerichtshof leitete sein Urteil mit folgender Erwägung ein:

«There is no doubt that a voluntary waiver of court proceedings in favour of arbitration is in principle acceptable from the point of view of Art. 6 (cf. No. 8588/79 and 8589/79 *Bramelid and Malmström v. Sweden*, 12 December 1983, D.R. 38, p. 38). Even so, such a waiver should not necessarily be considered to amount to a waiver of all the rights under Art. 6. As indicated by the cases cited in the previous paragraph, an unequivocal waiver of Convention rights is valid only insofar as such waiver is (permissible). Waiver may be permissible with regards to certain rights but not with regard to certain others. A distinction may have to be made even between different rights guaranteed by Article 6. Thus, in the light of the case-law it is clear that the right to a public hearing can be validly waived even in court proceedings (see, *Eur. Court H.R., Hakansson and Stuesson v. Sweden*, judgment of 21 February 1990, *Séries A* no. 171, pp. 20-21, §§ 66-67). The same applies, a fortiori, to arbitration proceedings, one of the very purposes of which is often to avoid publicity.»¹⁹

Der Gerichtshof setzte dann zur Prüfung an, ob die Beschwerdeführer gültig auf den aus Art. 6 Abs. 1 EMRK fließenden Anspruch auf ein unparteiisch zusammengesetztes Schiedsgericht verzichtet hatten. Indem sie «M.» im Wissen um seine Vorbefassung als Schiedsrichter akzeptierten, hatten die Beschwerdeführer

¹⁸ EGMR, Zulässigkeitsentscheid vom 23. Februar 1999.

¹⁹ *Suovaniemi und andere/Finnland*, 23. Februar 1999.

insoweit zweifellos auf diesen Anspruch verzichtet; aber konnte ein solcher Verzicht gültig («permissible») sein? Diese Frage hatte der Gerichtshof bislang nie entschieden,²⁰ und die urteilende Kammer wollte mit ihrem Entscheid im Fall *Suovaniemi* kein Präjudiz für die Beurteilung dieser Frage setzen, soweit sie Verfahren vor staatlichen Gerichten betrifft.

Die Praxis der Kommission kam der urteilenden Kammer des Gerichtshofs deshalb gelegen. Sie bezog sich ausdrücklich auf den hiervor diskutierten Fall *Nordström-Janzon und Nordström-Lehtinen/Niederlande*²¹ und betonte den «erheblichen» Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, wenn es um die Gründe gehe, derentwegen ein Schiedsspruch aufgehoben werden könne. Weiter erwog die Kammer, die Beschwerdeführer seien im Schiedsverfahren anwaltlich vertreten gewesen; der Verzicht sei daher nicht unbedacht erfolgt. Und schliesslich hätten die Beschwerdeführer auch umfassend Gelegenheit gehabt, den finnischen Gerichten ihre Beschwerde detailliert vorzutragen. In deren Weigerung, den Schiedsspruch aufzuheben, könne man daher keine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK erblicken.

Das Urteil im Fall *Suovaniemi und andere/Finnland* bleibt im Spagat hängen zwischen der Frage nach dem gültigen Verzicht auf Verfahrensgarantien der EMRK und der Frage nach den Grenzen des mitgliedstaatlichen Ermessens, wenn es um die Aufhebung von Schiedssprüchen durch ihre staatlichen Gerichte geht. So klar und so richtig das Ergebnis im konkreten Falle ist, so unklar bleibt, wie jene beiden Fragen etwas miteinander zu tun haben könnten. Immerhin scheint der Gerichtshof gewogen, auch die Verfahrensführung vor dem Schiedsgericht selber, wenn auch nur bis zu einem ungewissen Punkt und auf Umwegen, an den Massstäben der EMRK zu messen. Das Urteil bestätigt aber: Als Adressaten der Verfahrensanforderungen, die Art. 6 Abs. 1 EMRK stellt, betrachtet der Gerichtshof, wie schon die Kommission, nicht das Schiedsgericht, sondern allenfalls die gesetzlich vorgesehenen Gerichte des Mitgliedstaats, vor denen das Schiedsverfahren thematisiert wird. Nur ihr Handeln kann – so die in diesem Punkt unveränderte Praxis – eine Verantwortlichkeit des Staates begründen; was auch immer ein Schiedsgericht selbst tut, kann dies nicht.

²⁰ Der Gerichtshof hatte diese Frage zuvor im Urteil *Pfeifer und Plankl/Oesterreich* vom 25. September 1992 noch nicht abschliessend beantwortet (Rz. 37-39). Der Beschwerdeführer Pfeifer hatte den möglicherweise befangenen Richter auf dessen Frage hin zwar akzeptiert, dabei aber seinen Rechtsbeistand nicht in Anspruch genommen. Die Erklärung des Beschwerdeführers beruhte mithin nicht auf einer ihrer Wichtigkeit entsprechenden Willensbildung, weshalb der Gerichtshof sie als nicht wirksam betrachtete.

²¹ EKMR, *Nordström-Janzon und Nordström-Lehtinen/Niederlande*, Entscheid vom 27. November 1996 (No. 28101/95), D.R. 87-B, S. 112 ff.

IV. Die Stimmen der Kritik

Auch in der Literatur ist die Auffassung vorherrschend, Schiedsgerichte selber seien der EMRK nicht verpflichtet und könnten daher nicht die Verantwortlichkeit des Staates begründen.²² Sie sieht es aber mehrheitlich als eine Aufgabe der Staatsorgane an, dafür zu sorgen, dass ein Kern von essentiellen Verfahrensrechten auch von der Schiedsgerichtsbarkeit beachtet werde. Sofern hinsichtlich des spezifisch in Frage stehenden, aus Art. 6 EMRK fließenden Rechts kein Verzicht vorliegt, wäre demnach der Staat – als Adressat der EMRK – gehalten, diesem Recht Nachachtung zu verschaffen. Das bedeutet nichts anderes, als dass der Staat verpflichtet wäre, entsprechende Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen und im Rahmen der zulässigen Beschwerdegründe auch darüber zu wachen, dass die Vorgaben der EMRK eingehalten worden sind, soweit kein gültiger Verzicht darauf vorliegt.²³ Vorgeschlagen wird beispielsweise, dies zu bewerkstelligen, indem die essentiellen Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK bei der Prüfung des *ordre public procédural* zu beachten sind; in diesem Masse müssten sich Schiedsgerichte selbst daran orientieren.²⁴ Dieser *ordre public procédural* umfasst die Kernanforderungen an ein rechtsförmiges Verfahren und ist ein inzwischen anerkannter Teilaspekt des *ordre public*, dem von staatlichen Gerichten stets anwendbaren Prüfstein für das Verfahren vor Schiedsgerichten.²⁵

Die Literatur ist sie sich überdies weitgehend einig, dass der freiwillige Abschluss einer Schiedsklausel nicht gleichzeitig als der freiwillige Verzicht auf die Gesamtheit der Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK verstanden werden kann.²⁶ Das leuchtet ein. Wohl verzichtet die Partei, die eine Schiedsklausel unterzeichnet, darauf, ihre Sache vor einem staatlichen Gericht darzulegen.²⁷ In aller Regel ist ihr

²² So ausdrücklich bspw. MATSCHER (Fn. 6), S. 237; JAROSSON (Fn. 6), S. 579 ff.; BRINER/VON SCHLABRENDORFF (Fn. 6), S. 93; JEAN-FRANÇOIS POUURET/SÉBASTIEN BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich 2002, S. 67 und wohl auch JACOT-GUILLARMOD (Fn. 6), S. 294. Anders, und im Ergebnis wie hier, LAMBERT (Fn. 6), S. 1289 f., und jüngst BESSON (Fn. 6), S. 402, m.w.H. auf das Meinungsbild in der Lehre.

²³ MATSCHER (Fn. 6), S. 240; BRINER/VON SCHLABRENDORFF (Fn. 6), S. 89; POUURET/BESSION (Fn. 22), S. 67.

²⁴ BRINER/VON SCHLABRENDORFF (Fn. 6), S. 93.

²⁵ Die New Yorker Konvention von 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Art. V Ziff. 2 Bst. b erlaubt den Mitgliedstaaten der Konvention die Aufhebung ausländischer Schiedssprüche, die gegen den *ordre public* verstossen; vgl. auch Art. 190 Abs. 2 Bst. e IPRG sowie BGE 126 III 249 ff., E. 3.a., m.w.H.

²⁶ MATSCHER (Fn. 6), S. 240; BRINER/VON SCHLABRENDORFF (Fn. 6), S. 91 f.; BESSON (Fn. 6), S. 400.

²⁷ BESSON (Fn. 6), S. 401, hält mit beachtlichen Gründen dafür, auch ein privates Schiedsgericht qualifiziere als «established by law». In der Tat existiert auch ein privates Schiedsgericht kraft

auch an einer öffentlichen Verhandlung nicht gelegen. Damit jedoch endet regelmässig der Wille dieser Partei, auf Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu verzichten. Denn jede Partei, die eine Schiedsklausel unterzeichnet, hegt mindestens drei begründete Erwartungen an das Verfahren vor dem Schiedsgericht: Sie erwartet, dass ihre Sache vor einem unabhängigen und unparteiischen Schiedsgericht gehört wird.²⁸ Sie erwartet selbstredend ein *faïres* Verfahren, in welchem ihr volles Gehör gewährt wird.²⁹ Und sie erwartet einen verbindlichen Entscheid binnen nützlicher Frist.³⁰ Diese drei Erwartungen korrespondieren mit drei wesentlichen Teilgehalten von Art. 6 Abs. 1 EMRK: der Garantie des Zugangs zu einem *unparteiischen und unabhängigen* Spruchkörper; der Garantie eines *faïren Verfahrens*, und der Garantie eines Verfahrens, das *binnen angemessener Frist* durchgeführt wird. Zumindest die ersten beiden dieser Punkte sind zugleich jene Aspekte von Art. 6 Abs. 1 EMRK, die den Kern eines *ordre public procédural* bilden dürften.

Kommission und Gerichtshof, das wurde hiervor gezeigt, haben dem auch in ihrer neueren Praxis wenig Rechnung getragen. Sie anerkennen zwar, dass die Unterzeichnung der Schiedsklausel kein umfassender Verzicht auf sämtliche Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK ist. Sie prüfen jedoch das Verfahren vor dem Schiedsgericht nicht an diesen Garantien. Sie untersuchen vielmehr, ob die von den Mitgliedstaaten vorgesehenen Beschwerdeinstanzen bei ihrer Beurteilung des Schiedsverfahrens den Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK Rechnung getragen haben, und sie nehmen diese Prüfung nur in dem Masse vor, als das Recht des betreffenden Mitgliedstaates eine solche Prüfung überhaupt vorsieht. Die Strassburger Organe sind bisher noch weit davon entfernt, die Mitgliedstaaten in einer durch die EMRK begründeten Pflicht zu sehen, für die Einhaltung jener Verfahrensgarantien auch vor freiwilligen Schiedsgerichten besorgt zu sein.³¹

dem Gesetz, das den Rahmen für seine Zusammensetzung und sein Verfahren setzt. Eher skeptisch dagegen JACOT-GUILLARMOD (Fn. 6), S. 290 f.

²⁸ Viele Schiedsklauseln und Schiedsordnungen sehen vor, dass jede Partei einen Schiedsrichter ihrer Wahl benennt, die dann beide zusammen wiederum einen Dritten als Obmann bestimmen. Die Wahl der Partei wird tendenziell auf eine Person fallen, von der sie sich angesichts ihres Werdegangs, ihrer Publikationen oder ihres Milieus eine gewisse Sympathie für ihre Anliegen erhofft. Das ist jedoch kein Freibrief dafür, Schiedsgerichte mit parteiischen oder abhängigen Personen zu besetzen – auch die von einer Partei benannten Schiedsrichter müssen Gewähr für ihre Unabhängigkeit und Unbefangenheit leisten können. Vgl. BRINER/VON SCHLABRENDORFF (Fn. 6), S. 94.

²⁹ Ein verbindlicher Vorausverzicht auf das Recht, seinen Fall dem Spruchkörper zu präsentieren, ist auf jeden Fall unzulässig; vgl. BRINER/VON SCHLABRENDORFF (Fn. 6), S. 97.

³⁰ BRINER/VON SCHLABRENDORFF (Fn. 6), S. 97; BESSON (Fn. 6), S. 400, mit Hinweis auf die gegenteilige Auffassung von LANDROVE.

³¹ Einen kurzen Ansatz dazu machte der (ablehnende) Zulässigkeitsentscheid der Kommission *Jakob Boss Söhne KG/D Deutschland* vom 2. Dezember 1991 (No. 18479/91). Die Überlegung darin setzte am Umstand an, dass die staatlichen deutschen Gerichte den Schiedsspruch für voll-

Die Gerichte der Mitgliedstaaten schliessen sich teilweise der Linie der Strassburger Organe an. Wie BRINER/VON SCHLABRENDORFF berichten,³² hat die französische *Cour de Cassation* rundheraus befunden, Schiedsgerichte und die Institutionen, welche sie tragen, seien nicht Adressaten der EMRK und ihre Handlungen daher auch nicht an der EMRK zu messen.³³

Einen Kontrapunkt dazu setzt das Schweizerische Bundesgericht. Das Bundesgericht überprüft auf Beschwerde hin gemäss Art. 191 i. V. mit Art. 190 IPRG Schiedssprüche, die in internationalen Angelegenheiten von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz gefällt wurden. In konstanter Rechtsprechung hält es für Recht:³⁴

«Die sich aus Art. 58 BV [Anm.: heute Art. 30 BV] und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergebenden Garantien betreffen nicht nur staatliche Gerichte, sondern auch private Schiedsgerichte, deren Entscheide jenen der staatlichen Rechtspflege hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gleichstehen und die deshalb dieselbe Gewähr für eine unabhängige Rechtsprechung bieten müssen.»³⁵

In diesem Sinne wendet das Bundesgericht Art. 6 Abs. 1 EMRK namentlich in Fällen der Schiedsbeschwerde gemäss Art. 190 Abs. 2 Bst. a IPRG an, wenn es um die vorschriftsmässige Zusammensetzung des Schiedsgerichts geht; neuestens aber auch, wenn die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines vom Schiedsgericht benannten Experten zur Debatte steht.³⁶ Im Unterschied zur Praxis der Strassburger Organe knüpft die heutige Rechtsprechung des Bundesgerichts damit nicht mehr an den eingangs zitierten Fall *R./Schweiz* an. In jenem Fall hatte das Bundesgericht, 1984 noch im Einklang mit der Strassburger Kommission, dafür gehalten, Art. 6 Abs. 1 EMRK finde auf das Verfahren vor freiwilligen privaten Schiedsgerichten keine Anwendung.³⁷

streckbar erklärten und dabei eine gewisse Kontrolle der Fairness vornehmen mussten. Die spätere Praxis berief sich nicht auf jenen Entscheid.

³² BRINER/VON SCHLABRENDORFF (Fn. 6), S. 90.

³³ Cour de Cassation, décision 255 FS-P, 20. Februar 2001.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 17. Februar 2000 (4P.168/1999); Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 1994, ASA-Bulletin I/1997, 99 ff. E. 2.a; BGE 117 Ia 166 ff., 169.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 1994, ASA-Bulletin I/1997, S. 99 ff., E. 4.a.

³⁶ BGE 126 III 249 ff., E. 3.c.

³⁷ BGE 112 Ia 166, E. 3.a., mit Hinweis auf ein weiteres, unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts in derselben Sache vom 9. Februar 1984.

V. Die Ungereimtheiten der bisherigen Praxis

Sollte sich der Strassburger Gerichtshof nun von der früheren Praxis der Kommission lösen und die Messlatte von Art. 6 Abs. 1 EMRK direkt ansetzen, wenn es um Verfahren vor freiwilligen privaten Schiedsgerichten geht?

Man könnte einwenden, die Frage sei falsch gestellt. Entscheidend sei nicht, ob die Strassburger Organe nun das Verfahren vor Schiedsgerichten unmittelbar prüfen, oder ob sie einen Umweg beschreiten und die Entscheide staatlicher Gerichte auf die ausreichende Gewähr dafür untersuchen, dass die grundlegenden Verfahrensgarantien auch vor Schiedsgerichten beachtet werden. Wichtig sei vielmehr, dass die Organe in Strassburg im Ergebnis den Mitgliedstaat – mehr als bisher – in der Verantwortung dafür sähen, dass die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK, soweit darauf nicht gültig verzichtet wurde, auch vor Schiedsgerichten beachtet werden. Ob man die Schiedsgerichte selbst als durch die EMRK verpflichtet betrachte oder nicht, sei hingegen eine eher theoretische Frage.

In Tat und Wahrheit jedoch ist die Frage keineswegs bloss theoretisch. Es fragt sich zunächst, auf welcher Basis der Gerichtshof so, wie er es gemäss dem Fall *Suovaniemi und andere/Finnland* erwogen hat, jene Verfahren auf Konformität mit Art. 6 Abs. 1 EMRK messen wollte, in denen staatliche Gerichte Schiedsverfahren prüfen. Damit solche Verfahren am Massstab von Art. 6 Abs. 1 EMRK gemessen werden könnten, müssten sie selber «zivilrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungen» im Sinne jener Vorschrift zum Gegenstand haben. Diejenigen zivilrechtlichen Ansprüche, zu deren Beurteilung das Schiedsgericht angerufen war, werden jedoch vom überprüfenden staatlichen Gericht gerade nicht mehr materiell beurteilt.³⁸ Staatliche Instanzen überprüfen Schiedsverfahren primär auf Zuständigkeitsfragen und Verfahrensmängel hin. Man müsste also zeigen, dass die vor diesem Gericht geltend gemachten Verfahrensrechte als «zivilrechtlich» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren sind, was bislang, so weit ersichtlich, noch nicht geleistet worden ist und auch nicht unmittelbar einleuchtet.

Sodann ergibt sich aus der bisherigen Praxis der Strassburger Organe je nach Lage des Falls keine befriedigende Antwort für die Frage, welcher Staat verant-

³⁸ Die vergleichende Untersuchung von POUDRET/BESSON (Fn. 22), S. 801 ff., zeigt, dass keiner der untersuchten Staaten eine volle Rechts- und Tatsachenkontrolle der Angelegenheiten vorsieht, die den im eigenen Staat ergangenen internationalen Schiedssprüchen zu Grunde liegen. Italien, England und Wales sehen unter bestimmten Umständen eine Rechtskontrolle vor; die meisten Staaten beschränken die Überprüfungsbefugnis ihrer Gerichte jedoch auf die Prüfung des *ordre public*. In der Schweiz ist die Prüfung der in internationalen Schiedsverfahren ergangenen Schiedssprüche auf Verletzungen des *ordre public* beschränkt (Art. 190 Abs. 2 Bst. e IPRG), während Schiedssprüche in rein inländischen Angelegenheiten einer Willkürkontrolle unterliegen (Art. 36 Bst. f des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit).

wortlich ist. Gemäss ihrem Art. 1 EMRK geniesst jede Person den Schutz der Konvention gegen jenen Mitgliedstaat, dessen Jurisdiktion sie hinsichtlich der in Frage stehenden Verletzung unterliegt; gegen diesen Staat – und keinen anderen – kann sie die Individualbeschwerde erheben. Es kommt demnach nicht so sehr darauf an, ob sich das Opfer einer Menschenrechtsverletzung auf dem Territorium eines bestimmten Staates aufgehalten hat und dort in seinen Rechten verletzt wurde. Entscheidend ist vielmehr, dass das Opfer, wo und wie auch immer, durch die Ausübung der Hoheitsbefugnisse des betreffenden Mitgliedstaates betroffen wurde, oder auch durch die Nichterfüllung der mit diesen Befugnissen verbundenen Pflichten.³⁹

Unterstellt man nun – im Einklang mit der bisherigen Praxis der Strassburger Organe –, private Schiedsgerichte selbst übten keinerlei staatlichen Hoheitsbefugnisse aus, dann kann es bereits am Anknüpfungspunkt für eine auch nur mittelbare Prüfung fehlen. Der Umstand allein, dass ein Schiedsgericht seinen Sitz in einem bestimmten Mitgliedstaat hätte, könnte noch keine Verantwortlichkeit jenes Staates auslösen.

Zur Illustration mag ein Fall dienen, der dem Schweizerischen Bundesgericht im Jahre 2003 zur Entscheidung vorlag.⁴⁰ Das Bundesgericht hatte über eine Beschwerde gemäss Art. 190 Abs. 2 IPRG gegen den Schiedsspruch eines Schiedsgerichts mit Sitz in Genf zu befinden. Das Schweizer Schiedsgericht wiederum hatte eine Streitigkeit aus einem dem libanesischen Recht unterstehenden Werkvertrag zu beurteilen, den eine libanesische Gesellschaft mit zwei anderen libanesischen Gesellschaften über ein im Libanon zu errichtendes Bauwerk abgeschlossen hatte. Ohne gültige Schiedsabrede wären zweifellos libanesische Gerichte zuständig gewesen, und die schweizerischen Gerichte ebenso zweifellos unzuständig. Der Streit lag also an und für sich klar ausserhalb der Jurisdiktion des EMRK-Mitgliedstaates Schweiz. Libanon wiederum, dessen Gerichte zuständig gewesen wären, ist nicht Mitglied der EMRK. Ohne Schiedsgericht mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EMRK hätte es wohl keiner der beteiligten Parteien je einfallen können, den Streit unter Beachtung von Art. 6 Abs. 1 EMRK entscheiden zu müssen.⁴¹ Und angenommen, das in der Schweiz sitzende Schiedsgericht würde selbst nicht als Adressat der EMRK angesehen, gäbe es auch keinen Grund, warum seine Verfahrensführung direkt von den Schweizer Gerichten oder indirekt vom Strassburger Gerichtshof auf die Einhaltung von Art. 6 Abs. 1 EMRK hin überprüft werden sollte. Ähnliche Probleme dürften entstehen, wenn zwei Mitgliedstaaten der EMRK betroffen sind. Verantwortlich wäre dann wohl in erster Linie nur jener

³⁹ VAN DIJK/VAN HOOFF (Fn. 11), S. 3 f.; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 11), S. 19 f.

⁴⁰ BGE 129 III 717 ff. vom 16. Oktober 2003.

⁴¹ Soweit aus dem Urteil ersichtlich, ist es auch so keiner der beteiligten Parteien eingefallen.

Staat, dessen eigentlich zuständige ordentliche Gerichte angerufen werden, wegen der Schiedseinrede der Gegenpartei jedoch nicht in der Sache eingetreten sind.

VI. Der Schiedsspruch als Hoheitsakt

Die bisherige Praxis der Strassburger Organe steht auf unsicherem Grund, weil sie unterstellt, freiwillig vereinbarte private Schiedsgerichte seien eine rein private Angelegenheit. Sicher trifft zu, dass Schiedsrichter nicht als staatlich besoldete Beamte verhandeln wie die Richter der staatlichen Gerichtsbarkeit. Das kann aber kaum entscheidend sein, denn dasselbe gilt für manchen staatlich vorgeschriebenen Spruchkörper genauso.⁴²

Die Sprüche von Schiedsgerichten sind Erkenntnisse über – in der Regel – genau jene zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen, deren Beurteilung Gegenstand der Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist. Diese Erkenntnisse sind staatlich sanktioniert, denn sie werden von der staatlichen Ordnung als rechtskräftig und vollstreckbar anerkannt. Die meisten Mitgliedstaaten der EMRK wenden das Arsenal hoheitlicher Zwangsmassnahmen zur Vollstreckung von im eigenen Land gefällten Schiedssprüchen an, ohne dass sich ihre staatlichen Gerichte zunächst vergewissern würden, ob auch tatsächlich Recht gesprochen wurde.⁴³

Mit Ausnahme von Andorra und Liechtenstein sind überdies sämtliche Mitgliedstaaten der EMRK der New Yorker Konvention von 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche beigetreten. Sie haben sich damit verpflichtet, ausländische Schiedssprüche von ihren Gerichten und Behörden ohne jede inhaltliche Überprüfung anerkennen und vollstrecken zu lassen, die über eine Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit dem *ordre public* hinausginge.⁴⁴

Dem Schiedsspruch kommt also eine Wirkung zu, die ein rein privater Akt für sich nicht beanspruchen könnte. Er wird von der Rechtsordnung als verbindlicher Entscheid über Rechtsstreitigkeiten anerkannt. Das unterscheidet das Schiedsver-

⁴² Die staatlich vorgeschriebenen Schiedsgerichte waren im Fall *Bramelid und Malmström/Schweden* (8688/79 und 8589/79), 12. Dezember 1983, D.R. 38, S. 18 ff. ganz und im Fall *Lithgow und andere/Vereinigtes Königreich*, Entscheid des Gerichtshofs vom 8. Juli 1986, überwiegend aus nur für den jeweiligen Fall zu Schiedsrichtern bestellten Privatpersonen besetzt. Das stand einer direkten Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf die Verfahren vor diesen Spruchkörpern nicht entgegen.

⁴³ Die Schweizer Rechtsordnung erkennt die Sprüche von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz gar als unmittelbar vollstreckbar an (Art. 190 Abs. 1 IPRG); beim andernorts vorgesehenen Exequatur inländischer Schiedssprüche wird in der Regel neben formellen Einwendungen materiell nur der *ordre public* geprüft, vgl. POUURET/BESSION (Fn. 22), S. 851 ff.

⁴⁴ Art. V Ziff. 2 Bst. b der New Yorker Konvention.

fahren von jeder anderen Methode der Streiterledigung ausserhalb staatlicher Gerichte oder Behörden.

Zum einen unterscheidet sich der Schiedsspruch grundlegend von jeder Streiterledigung, die in einen einvernehmlichen aussergerichtlichen Vergleich mündet. Ein solcher Vergleich wird inhaltlich von den übereinstimmenden Willenserklärungen aller Streitparteien getragen. Der Schiedsspruch hingegen beruht nicht auf der Zustimmung der Parteien zu seinem Inhalt. Viele Schiedssprüche entsprechen inhaltlich noch nicht einmal dem Willen einer einzigen der beteiligten Parteien. Die Zustimmung der Parteien bezieht sich nur gerade darauf, dass der Rechtsstreit vom Schiedsgericht anstelle des staatlichen Gerichts beurteilt werden soll. Selbst diese Zustimmung ist in der Regel historisch – wenn das Schiedsgericht dann tatsächlich angerufen wird, will die beklagte Partei zuweilen nichts mehr von ihrer früheren Zustimmung wissen. Ein Vergleich wird von einer viel aktuelleren Zustimmung der Beteiligten getragen, und zudem von einer Zustimmung, die den Inhalt der Streiterledigung zum Gegenstand hat und nicht bloss das Verfahren dazu. Dennoch kommen dem aussergerichtlichen Vergleich keine dem Schiedsspruch ähnlichen Wirkungen zu. Zwischen dem Vergleich und seiner Vollstreckung steht noch das vollständige gerichtliche Erkenntnisverfahren; der Schiedsspruch dagegen ist selbst rechtskräftige Erkenntnis.

Zum anderen unterscheidet sich der Schiedsspruch auch von jeder anderen aussergerichtlichen Streiterledigung, die auf einer Einigung der Parteien über das Verfahren, nicht aber den Inhalt der Erledigung beruht. Zwei Streitparteien können sehr wohl vereinbaren, ihren Streit beispielsweise durch einen Münzwurf oder einen Würfel entscheiden zu lassen. Wenn die unterliegende Partei sich dann aber weigert, das Urteil Fortunas zu befolgen, so bleibt wiederum der obsiegenden Partei der Gang vor ein erkennendes Gericht nicht erspart. Die im Schiedsverfahren obsiegende Partei hingegen muss bloss noch den Vollstreckungsrichter bemühen.

Der Schiedsspruch lässt sich demnach nicht als ein rein privates Phänomen bar jeder hoheitlichen Komponente erklären. Er ist vielmehr ein von der staatlichen Rechtsordnung – und zwar der Rechtsordnung des Sitzstaats – in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehener Akt erkennender Rechtsprechung.⁴⁵ Erkennende Rechtsprechung wiederum, früher das Privileg der Fürsten, gehört zum innersten Kern staatlicher Hoheitsbefugnisse. Mit dem

⁴⁵ STEPHEN BERTI, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: Stephen Berti et al. (Hrsg.), Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, Professor Walter J. Habscheid zum Anlass seiner Emeritierung dargeboten, Zürich 1991, S. 9 ff., S. 36; BESSION (Fn. 6), S. 402; LAMBERT (Fn. 6), S. 1290.

Schiedsspruch setzen die Schiedsrichter mithin – als Private, aber mit staatlicher Sanktion – einen Hoheitsakt.⁴⁶

VII. Der Schiedsrichter als Hoheitsträger wider Willen?

Der Schiedsspruch – ein Hoheitsakt? Diese Sichtweise wird von der Literatur zur Schiedsgerichtsbarkeit, so weit ersichtlich, ebenso mehrheitlich wie reflexartig abgelehnt.⁴⁷ Nicht ohne Grund betonen die Schiedsgerichtspraktiker gerne, was private Schiedsgerichte von der staatlichen Gerichtsbarkeit positiv unterscheidet. Als Büttel der Staatsgewalt möchten sie fürwahr nicht auftreten.

In einer kürzlich erschienenen Dissertation legt MATTHIAS COURVOISIER eingehend dar, warum der Schiedsrichter kein Träger hoheitlicher Gewalt sei.⁴⁸ Die meisten seiner Argumente zeigen durchaus zutreffend auf, dass Schiedsgerichte keinerlei staatliche Zwangsgewalt ausüben. Das lässt aber nicht notwendig auch darauf schliessen, dass Schiedsgerichte auch dann keine Hoheitsgewalt ausüben, wenn sie Schiedssprüche fällen und eröffnen. Ihre Teilhabe an der staatlichen Hoheit ist eben rein judikativer Natur. Schiedsgerichte erkennen das Recht in der ihnen vorgelegten Streitigkeit – die zwangsweise Durchsetzung des Rechts ist ihre Sache nicht. Wie COURVOISIER zutreffend ausführt, ist die Rechtsprechungsfunktion von der Ausübung des Gewaltmonopols zu unterscheiden.⁴⁹ Soweit er damit implizieren will, staatliche Hoheit sei auf die Ausübung des Gewaltmonopols begrenzt und umfasse nicht auch die Rechtsprechungsfunktion, wird man ihm jedoch kaum folgen wollen.

COURVOISIER erkennt an, dass Schiedsgerichtsbarkeit – auch internationale Schiedsgerichtsbarkeit – ihre rechtliche Relevanz aus der geltenden Rechtsordnung des Sitzstaats zieht und nicht etwa als eine Art naturrechtliches Gebilde oder als eine Institution aus einer nebenstaatlichen Parallelordnung⁵⁰ anzuschauen wäre. Er

⁴⁶ Art. 23 Abs. 1 MWSStG sagt ausdrücklich: «Die Ausübung von Funktionen der Schiedsgerichtsbarkeit gilt als hoheitlich.» Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz sind deshalb nicht mehrwertsteuerpflichtig.

⁴⁷ Z.B. THOMAS RÜEDE/REIMER HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1993, S. 3; POUURET/BESSON (Fn. 22), S. 67.

⁴⁸ MATTHIAS COURVOISIER, In der Sache anwendbares Recht vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Zürich 2005, S. 19 ff.

⁴⁹ COURVOISIER (Fn. 48), S. 21.

⁵⁰ In einer solchen «Parallelordnung», einer Lieblingsidee einiger Schiedsgerichtspraktiker, sah sich beispielsweise das Schiedsgericht im Fall der ICC Arbitration No. 10623 (vgl. ASA-Bulletin I/2003, S. 59 ff.). Es hatte die fast fatalen Folgen des Umstands auszubaden, dass der Sitzstaat selbst – in Form eines Staatsunternehmens – Partei war. Der oberste Gerichtshof des Sitzstaats

sieht auch zutreffend, dass ebendiese Rechtsordnung dem Schiedsspruch seinen endgültigen und vollstreckbaren Charakter verleiht; im Falle der von ihm behandelten internationalen Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, namentlich durch Art. 190 IPRG, der sie als endgültig – d.h. rechtskräftig und vollstreckbar⁵¹ – bezeichnet, ihre Anfechtung nur in wenigen Fällen zulässt und die Inhaltskontrolle durch ein staatliches Gericht weitestgehend ausschliesst.

Dennoch will COURVOISIER den Schiedsspruch nicht als Hoheitsakt sehen, denn es gebe keinerlei Delegation von hoheitlichen Befugnissen an die Schiedsrichter. Auch die Anerkennung des Schiedsspruches als rechtskräftig und vollstreckbar sei keine nachträgliche Delegation. Sein Argument gegen die Annahme einer solchen Delegation ist jedoch nicht überzeugend: Man müsse dann, so schreibt er, auch in der Anerkennung eines ausländischen Urteils eine Delegation von Hoheitsbefugnissen an den ausländischen Richter sehen.⁵² Das muss man nun aber wirklich nicht. Mit der Anerkennung eines ausländischen Urteils wird kraft eigener staatlicher Hoheit ein ausländisches Rechtserkenntnis als auf eigenem Hoheitsgebiet verbindlich anerkannt. Damit wird das ausländische Urteil als solches anerkannt und nicht etwa nachträglich zum inländischen gemacht. Anders beim inländischen Schiedsspruch: Er ist Ergebnis der eigenen, innerstaatlichen Rechtsordnung, nach deren Massgabe erst das Schiedsgericht verfahren konnte und aus der es erst seine Zuständigkeit ableiten konnte.

Genau dieser Platz des Schiedsgerichtes in der Zuständigkeitsordnung des Sitzstaates ist es, der den Schiedsspruch als Hoheitsakt qualifiziert. Ob man das eine Delegation nennen will oder nicht, ist nicht entscheidend.

hatte dem Schiedsgericht auf eine fadenscheinig begründete Beschwerde jener Partei hin die Sistierung des Verfahrens befohlen. Diesem Befehl trotzte das Schiedsgericht, wozu es unter Bezug auf die grosse Zahl von Parteien der New Yorker Konvention von 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen ausführte: «Given that all of these countries are prepared to recognise the validity of arbitration agreements that meet certain basic conditions, it is clear that the Arbitral Tribunal's duty in respect of the parties' arbitration agreement is not founded exclusively in the legal order of [Sitzstaat]» (ASA-Bulletin I/2003, S. 82 ff., Rz. 134). Die kreative Antwort jenes Schiedsgerichts auf ein beinahe unlösbares Dilemma stand zweifellos im Dienste der Rechtsfindung im konkreten Fall; eine allgemeine Anwendung ihrer Grundannahmen erschiene jedoch hoch problematisch. Wie hier auch BERTI (Fn. 45), S. 36; POUURET/BESSON (Fn. 22), S. 98.

⁵¹ STEPHEN V. BERTI, ANTON K. SCHNYDER, Basler Kommentar IPRG (Fn. 1), Art. 190, Rz. 7; ANTON HEINI, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 190, Rz. 2 ff.

⁵² COURVOISIER (Fn. 48), S. 20.

VIII. Die Konsequenz: Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK

Ist der Schiedsspruch ein Hoheitsakt, mit dem über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen rechtskräftig und vollstreckbar befunden werden kann, dann rückt das Verfahren vor dem Spruchkörper Schiedsgericht auch ins Scheinwerferlicht von Art. 6 Abs. 1 EMRK – dorthin also, wo das Schweizerische Bundesgericht es schon heute sieht. Weil der Schiedsspruch das Ergebnis des Schiedsverfahrens ist, wirkt die hoheitliche Qualität des ersteren auf das letztere zurück. Etliche Rechtsordnungen berücksichtigen das beispielsweise, indem sie die Falschaussage eines Zeugen vor Schiedsgericht genauso mit Strafe bedrohen wie jene vor einem staatlichen Gericht.⁵³

Soweit die staatliche Zuständigkeitsordnung Schiedsgerichten die Kompetenz zuweist, in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 fallende Streitigkeiten abschliessend und verbindlich zu beurteilen, weist die staatliche Zuständigkeitsordnung ihnen *eo ipso* auch die Aufgabe zu, den darin aufgestellten Verfahrensgarantien zu genügen. Erfüllen sie diese Aufgabe nicht, so ist die EMRK verletzt. Selbstredend steht es dem Mitgliedstaat frei, die Verletzung durch innerstaatliche Instanzen korrigieren zu lassen.⁵⁴ Das bedeutet aber im System der EMRK nicht, dass keine Verletzung vorgelegen wäre. Es hat nur zur Folge, dass der Staat die ihm von der EMRK ausdrücklich zugestandene Möglichkeit wahrgenommen hat, die Verletzung selber zu korrigieren, und deshalb eine Beschwerde an den Gerichtshof mangels Rechtsschutzinteresses nicht entgegenzunehmen wäre.

Freilich trifft zu, dass der Rechtssuchende auf einige der Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Voraus freiwillig und gültig verzichten kann. Die Unterschrift unter eine Schiedsvereinbarung enthält einen Verzicht auf die Beurteilung der Sache durch ein staatlich bestelltes Gericht, nicht aber auf ein faires Verfahren, das binnen angemessener Frist vor einem unabhängigen und unparteiischen Spruchkörper durchgeführt wird. Diesen Garantien hat das Schiedsgericht Rechnung zu tragen, denn es ist als Autor des Hoheitsaktes «Schiedsspruch» Adressat der EMRK. Dass es dabei die Besonderheiten pflegen darf und soll, welche die Schiedsgerichtsbarkeit von der staatlichen Justiz unterscheiden und nach dem Willen der Rechtssuchenden auch unterscheiden sollen, steht ausser Frage.

⁵³ So namentlich in der Schweiz (Art. 306 StGB i.V. mit Art. 309 StGB), Grossbritannien, Belgien und den Niederlanden (vgl. POUURET/BESSON [Fn. 22], S. 591 f.)

⁵⁴ Eine Verpflichtung dazu, eine Rechtsmittelinstanz vorzusehen, statuiert Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht (*Håkansson und Stureson/Schweden*, Urteil des Gerichtshofs vom 21. Februar 1990). Nach der hier vertretenen Auffassung wäre Art. 192 IPRG, wonach die Parteien eines Schiedsverfahrens in bestimmten Fällen jedes Rechtsmittel an Schweizer Gerichte ausschliessen können, EMRK-konform.