61

Tagwerker Zur Anfechtung schiedsgerichtlicher Vor- und Zwischenentscheide nach Art. 190 IPRG

Zur Anfechtung schiedsgerichtlicher Vor- und Zwischenentscheide nach Art. 190 IPRG

Erich Tagwerker

Veröffentlichungen aus dem Nachdiplomstudium Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und dem Europa Institut Zürich. 2008 Band 61

Schulthess §

Zur Anfechtung schiedsgerichtlicher Vor- und Zwischenentscheide nach Art. 190 IPRG

Erich Tagwerker

Veröffentlichungen aus dem Nachdiplomstudium Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und dem Europa Institut Zürich. 2008 Band 61

Schulthess § 2009

Die vorliegende Abhandlung wurde als Diplomarbeit im Rahmen des Lehrgangs 2006/2008 des Nachdiplomstudiums Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich verfasst und auf Empfehlung von Prof. Dr. iur. Stephen Berti, Professor für Zivilprozessrecht an der Universität Luzern, angenommen.

Bibliografische Information ‹Der Deutschen Bibliothek›
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über ‹http://dnb.ddb.de› abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2009
ISBN 978-3-7255-5897-1

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis V
Literaturverzeichnis VII

I. Einleitung 1

II. Rechtliche Grundlagen 2
1. IPRG 2
2. BGG 3
3. Parteiautonome Vereinbarungen 4
a) Abbedingung des 12. Kapitels des IPRG 4
b) Verzicht auf Anfechtung des Schiedsspruches 5

III. Kognition des Richters 6
1. Allgemeines 6
2. Sachverhaltsfeststellung 6
3. Rechtsfragen 7

IV. Wirkung des Anfechtungsentscheids 9
1. Kassatorisch oder Reformatorisch 9
2. Nichtigkeit oder blosse Anfechtbarkeit 9
3. Rechtsbehelfe gegen den Anfechtungsentscheid 10

V. Abgrenzung der Vor- und Zwischenentscheide von Teilentscheiden 11
1. Anfechtbarkeit von Teilentscheiden 11
2. Beginn der Anfechtungsfrist 11
3. Erfordernis der Abgrenzung von Vor- und Zwischenentscheiden 12
4. Abgrenzungskriterien 13
5. Problemstellung 15
6. Lösungsansätze 15

VI. Geltendmachung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils 18
1. Anfechtbarkeit unter dem OG 18
2. Anfechtbarkeit unter dem BGG 20
3. Intentionen des Gesetzgebers beim Erlass des BGG 20
4. Konsequenzen der geltenden Regelung im BGG 23
a) Stellungnahmen in der Literatur 23
b) Aktuelle Praxis des Bundesgerichts 25
5. Diskussion 26
a) Lex specialis 26
b) Korrigierende Auslegung von Art. 77 Abs. 2 BGG 27
c) De lege ferenda 31
d) Fazit 32

VII. Recours par attraction 34
1. Praxis des Bundesgerichts 34
2. Stellungnahmen in der Literatur 36
3. Diskussion 37
a) Verfahrensökonomie 37
b) Rechtspolitische Überlegungen 39
c) Rechtssicherheit 40
d) Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz 42
e) Fazit 42

VIII. Anfechtung impliziter Entscheide zu gerichtsorganisatorischen Fragen 44
1. Problemstellung 44
2. Gesetzliche Grundlagen 44
3. Botschaft zum BGG 46
4. Praxis des Bundesgerichts 46
5. Stellungnahmen in der Literatur 49
a) Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des BGG 49
b) Zur Rechtslage nach Inkrafttreten des BGG 49
6. Diskussion 51
a) Sinngehalt von Art. 92 Abs. 1 BGG 51
b) Interpretation der Rechtsprechung 51
c) Anwendbarkeit von Art. 92 Abs. 1 BGG auf internationale Schiedsverfahren 52
d) Fazit 54

IX. Abschliessende Bemerkungen 55

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
Art./Artt.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, SR 173.110
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
f./ff.	folgende/fortfolgende
Fn.	Fussnote
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
i.S.	in Sachen
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
N	Nummer
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, vormals SR 173.110
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Literaturverzeichnis

AHRENS JAN-MICHAEL, Zur Anfechtung von Teil- Vor- und Zwischenschiedssprüchen, ASA Bull. 2/2005, S. 300-312.

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006.

BERGER KLAUS PETER, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedpraxis, Berlin 1992 (zit. BERGER, Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit).

BESSON SÉBASTIEN, La recevabilité du recours au Tribunal fédéral contre les sentences préjudicielles, incidentes ou partielles rendues en matière d'arbitrage international, Jusletter 18.04.2005 (zit. BESSON, Recevabilité).

BESSON SÉBASTIEN, Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux), ASA Bull. 1/2007, S. 2-35 (zit. BESSON, Recours).

FORSTMOSER PETER, Einführung in das Recht, 3. Auflage, Bern 2003.

GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG: Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Auflage, Zürich 2004 (zit. ZK-[Name des Kommentators]).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON [HRSG.], Internationales Privatrecht, Basler Kommentar zum IPRG, 1. Auflage, Basel 1996 (zit. BSK-[Name des Kommentators], 1. Auflage).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON/BERTI STEPHEN [Hrsg.], Internationales Privatrecht, Basler Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK-[Name des Kommentators]).

JERMINI CESARE, Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht, Zürich 1997.

KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994.

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, Zürich/Basel/Genf 2006.

LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989.

MÜLLER CHRISTOPH, Neues aus der schweizerischen Gesetzgebung zur internationalen und nationalenSchiedsgerichtsbarkeit, ASA Bull. 4/2006, S. 647-677.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS, Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar zum BGG, Basel 2008.

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Droit comparé de l'arbitrage international, 1. Auflage, Zürich 2002.

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative law of international arbitration, 2. Auflage, London und Zürich 2007 (zit. POUDRET/BESSON, 2. Auflage).

POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Le projet de loi sur le Tribunal fédéral est-il adapté aux recours en matière d'arbitrage international? Journal des Tribunaux 2002 I, S. 5-19 (zit. POUDRET, Projet).

POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Particularismes du recours en matière d'arbitrage international, in: PORTMANN URS [Hrsg.], La nouvelle loi sur le tribunal fédéral, Lausanne 2007 (zit. POUDRET, Particularismes).

POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Le recours au Tribunal fédéral suisse en matière d'arbitrage international (Commentaire de l'art. 77 LTF), ASA Bull. 4/2007, S. 669-703 (zit. POUDRET, Recours).

SPÜHLER KARL/DOLGE ANETTE/VOCK DOMINIK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Zürich/St. Gallen 2006.

WIRTH MARKUS, Neues aus der schweizerischen Gesetzgebung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – zwei Anmerkungen zum Aufsatz von Christoph Müller, ASA Bull. 2/2007, S. 246-252 (zit. WIRTH, Gesetzgebung).

I. Einleitung

Thema der vorliegenden Arbeit sind verschiedene Teilaspekte der Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden in internationalen Schiedsverfahren mit Schweizer Forum. Die in diesem Zusammenhang zentrale Bestimmung findet sich in Art. 190 IPRG. Getreu schweizerischer Gesetzgebungstradition ist sie eher knapp gehalten, so dass sich das Bundesgericht als Beschwerdeinstanz schon sehr bald nach Inkrafttreten des IPRG genötigt sah, in klärender Weise Stellung zu beziehen und dem Rechtsmittel klarere Konturen zu verleihen.

Die Praxis des Bundesgerichts war in der Folge heftiger Kritik der Lehre ausgesetzt, was schliesslich dazu führte, dass das Bundesgericht im Jahr 2003 eine Kehrtwendung vollzog. Im selben Zeitraum wurde vom Parlament die Bundesrechtspflege in umfassender Weise revidiert, wobei auch das Verfahren der Beschwerde gegen internationale Schiedssprüche neu geordnet wurde.

Das heute vorliegende Zwischenergebnis dieser beiden parallelen Vorgänge vermag nicht in allen Teilen zu befriedigen. Bis heute besteht Unsicherheit bezüglich der genauen Tragweite der neuen Rechtsprechung. Hinzu kommt, dass das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Bundesgerichtsgesetz im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit nicht zu einer Klärung, sondern vielmehr für beträchtliche Verwirrung gesorgt hat, indem es ohne nachvollziehbaren Grund der Rechtsprechung des Bundesgerichts in gewichtigen Punkten widerspricht.

Die vorliegende Arbeit hat zum Ziel, einen Teil der derzeit bestehenden Untiefen bei der Anfechtung schiedsgerichtlicher Vor- und Zwischenentscheide auszuloten.

II. Rechtliche Grundlagen

1. IPRG

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist im zwölften Kapitel des schweizerischen IPRG[1] geregelt. Trotz ihrer Einbettung in das IPRG bildet diese – als eigentlicher *Arbitration Act* konzipierte – Regelung eine eigenständige Ordnung und nimmt als solche eine weitgehend unabhängige Stellung ein[2].

Die Anfechtung schiedsgerichtlicher Entscheide ist in den Artikeln 190-192 IPRG geregelt. Diese lauten wie folgt:

> **Art. 190** Endgültigkeit, Anfechtung
>
> [1] Mit der Eröffnung ist der Entscheid endgültig.
>
> [2] Der Entscheid kann nur angefochten werden:
> a. wenn der Einzelschiedsrichter vorschriftswidrig ernannt oder das Schiedsgericht vorschriftswidrig zusammengesetzt wurde;
> b. wenn sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat;
> c. wenn das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden oder wenn es Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat;
> d. wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wurde;
> e. wenn der Entscheid mit dem Ordre public unvereinbar ist.
>
> [3] Vorentscheide können nur aus den in Absatz 2, Buchstaben a und b genannten Gründen angefochten werden; die Beschwerdefrist beginnt mit der Zustellung des Vorentscheides.

---

1 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291.

2 BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, 34.

Art. 191 Beschwerdeinstanz

Einzige Beschwerdeinstanz ist das schweizerische Bundesgericht. Das Verfahren richtet sich nach Artikel 77 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005.[3]

Art. 192 Verzicht auf Rechtsmittel

[1] Hat keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz, so können sie durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft die Anfechtung der Schiedsentscheide vollständig ausschliessen; sie können auch nur einzelne Anfechtungsgründe gemäss Artikel 190 Absatz 2 ausschliessen.

[2] Haben die Parteien eine Anfechtung der Entscheide vollständig ausgeschlossen und sollen die Entscheide in der Schweiz vollstreckt werden, so gilt das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche sinngemäss.

2. BGG

Wie in Art. 191 IPRG statuiert, richtet sich das *Verfahren* der Anfechtung nach dem Bundesgerichtsgesetz (BGG)[4], welches am 1. Januar 2007 in Kraft trat und das bis dahin geltende Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege[5] (OG) ablöste. Die einschlägigen Bestimmungen des BGG lauten wie folgt:

Art. 77 Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

[1] Unter den Voraussetzungen der Artikel 190-192 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht ist gegen Entscheide von Schiedsgerichten die Beschwerde in Zivilsachen zulässig.

---

3 Die im früheren Recht vorgesehene Möglichkeit der Parteien, anstelle des Bundesgerichtes die Zuständigkeit des kantonalen Richters am Sitz des Schiedsgerichts zu vereinbaren, wurde im Zuge der Neuordnung der Bundesrechtspflege aufgehoben.

4 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, SR 173.110.

5 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, vormals SR 173.110.

[2] Die Artikel 48 Absatz 3, 93 Absatz 1 Buchstabe b, 95-98, 103 Absatz 2, 105 Absatz 2 und 106 Absatz 1 sowie 107 Absatz 2, soweit dieser dem Bundesgericht erlaubt, in der Sache selbst zu entscheiden, sind in diesen Fällen nicht anwendbar.

[3] Das Bundesgericht prüft nur Rügen, die in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden sind.

Art. 92 Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und den Ausstand

[1] Gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde zulässig.

[2] Diese Entscheide können später nicht mehr angefochten werden.

Art. 93 Andere Vor- und Zwischenentscheide

[1] Gegen andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ist die Beschwerde zulässig:
a. wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können; oder
b. wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde.

[...]

3. Parteiautonome Vereinbarungen

a) Abbedingung des 12. Kapitels des IPRG

Gemäss Art. 176 Abs. 2 IPRG haben die Parteien eines Schiedsvertrages die Möglichkeit, die Anwendbarkeit des 12. Kapitels des IPRG vollständig abzubedingen und stattdessen die ausschliessliche Anwendung der kantonalen Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit zu vereinbaren. Diese sind im Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit[6] (KSG) geregelt.

[6] Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969.

Ein solcher Ausschluss des 12. Kapitels IPRG beschlägt nicht nur die Zuständigkeit, sondern auch die Rechtsmittelordnung[7], womit an die Stelle der Beschwerdemöglichkeiten von Art. 190 IPRG jene von Art. 36 KSG treten. Diese eröffnen den Parteien zusätzliche Beschwerdemöglichkeiten[8].

Art. 36 KSG hat gemäss Art. 1 Abs. 3 KSG *zwingenden Charakter.* Weder können die Parteien zum Voraus auf das Beschwerderecht an sich verzichten[9], noch ist ein Vorausverzicht auf die Anfechtung einzelner Arten von Entscheiden oder ein solcher auf die Geltendmachung einzelner Beschwerdegründe zulässig[10].

b) Verzicht auf Anfechtung des Schiedsspruches

Unter den in Art. 192 Abs. 1 IPRG genannten (und vom Bundesgericht streng gehandhabten) Voraussetzungen steht es den Parteien sogar frei, die Anfechtung des Schiedsentscheides im Voraus vollständig auszuschliessen. Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass der Verzicht auch nur einzelne der in Artikel 190 Abs. 2 IPRG genannten Anfechtungsgründe betreffen kann.

Unzulässig ist hingegen ein Verzicht auf die Anfechtung einzelner *Arten* von Entscheiden. Mit Blick auf die vorliegende Arbeit ist insbesondere hervorzuheben, dass es nach herrschender Ansicht nicht möglich ist, lediglich auf die Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden zu verzichten[11].

---

7 ZK-VISCHER, Art. 176 N 21.

8 U.a. die Verletzung zwingender Verfahrensvorschriften, die Nichteinhaltung bestimmter formaler Anforderungen an den Schiedsspruch, Willkür.

9 BGE 110 Ia 131 E. 2a.

10 LALIVE/POUDRET/REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, Art. 36 N 1.2.

11 POUDRET/BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich 2002, N 839 Abs. 5; BERGER/KELLERHALS, 34; a.M. MAYER, ASA Bull. 1999, 204.

III. Kognition des Richters

1. Allgemeines

Art. 191 IPRG verweist bezüglich des Verfahrens auf Art. 77 BGG. Dieser Artikel bestimmt, dass gegen Entscheide von Schiedsgerichten die Beschwerde in Zivilsachen zulässig ist. Mit einigen Ausnahmen[12] gelangen damit die Bestimmungen des BGG zur Anfechtung von Zivilentscheiden letzter kantonaler Instanzen zur Anwendung.

Art. 77 Abs. 3 BGG legt fest, dass – analog zur bisherigen staatsrechtlichen Beschwerde, aber im Gegensatz zu den Bestimmungen der Einheitsbeschwerde in Zivilsachen[13] – das strenge Rügeprinzip gilt. Eine Rechtsanwendung von Amtes wegen findet nicht statt. Das Bundesgericht prüft mithin nur die Rügen, die in der Beschwerde vorgebracht und konkret begründet worden sind. Die Rügen sollen die grundlegenden Anforderungen gewährleisten, denen ein Gericht und ein gerichtliches Verfahren nach schweizerischer Auffassung genügen müssen, damit der Entscheid als vollstreckbares Urteil anerkannt werden kann. Die entsprechende Praxis des Bundesgerichts dürfte auch unter dem BGG im Wesentlichen weitergelten[14].

2. Sachverhaltsfeststellung

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz (also das Schiedsgericht) festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Im Gegensatz zum Verfahren der Einheitsbeschwerde in Zivilsachen ist es dem Bundesgericht im Rahmen der Schiedsbeschwerde nicht gestattet, die

---

12 Gemäss Art. 77 Abs. 2 BGG nicht anwendbar sind: Artt. 48 Abs. 3, 93 Abs. 1 Bst. b, 95-98, 103 Abs. 2, 105 Abs. 2 und 106 Abs. 1 sowie (teilweise) 107 Abs. 2 BGG.

13 SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Zürich/St. Gallen 2006, Art. 77 N 6.

14 BSK-KLETT, Art. 77 N 6, mit Verweis auf die Entscheide 4A_17/2007 E. 3.2 sowie 4A_18/2007 E. 5.

Sachverhaltsfeststellung des Schiedsgerichts von Amtes wegen zu berichtigen oder zu ergänzen, selbst wenn diese offensichtlich unrichtig ist[15].

Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn es um Tatsachen geht, welche die Zuständigkeit des Schiedsgerichts berühren, und wenn entweder mittels einer Rüge gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG oder Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG geltend gemacht wird, diese Tatsachen seien in Verletzung prozessualer Garantien erhoben worden oder wenn das Bundesgericht in Anwendung von Art. 55 BGG ausnahmsweise neue Tatsachen und Beweismittel zulassen sollte[16].

3. Rechtsfragen

Nach der Praxis des Bundesgerichts sind Endentscheide (einschliesslich Teilentscheide) internationaler Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz mit sämtlichen Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 IPRG anfechtbar. Gegen Vor- und Zwischenentscheide sind demgegenüber – jedenfalls grundsätzlich – nur die Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG (vorschriftswidrige Ernennung oder Besetzung des Schiedsgerichts) und Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG (unrichtige Feststellung der Zuständigkeit oder Unzuständigkeit des Schiedsgerichts) zulässig[17].

Das Bundesgericht prüft die Beschwerdegründe frei[18]. Entsprechend wird auch die Frage, ob das Schiedsgericht seine Zuständigkeit zu Recht bejaht oder verneint hat, vom Bundesgericht im Rahmen der Zuständigkeitsbeschwerde mit freier Kognition geprüft. Dies gilt auch für die Beantwortung materiellrechtlicher Vorfragen wie etwa jene, ob eine Zession, auf welcher die Zuständigkeit beruht, gültig vorgenommen wurde[19].

---

15 Art. 77 Abs. 2 i.V.m. Art. 105 Abs. 2 BGG.

16 BERGER/KELLERHALS, 547; BSK-BERTI/SCHNYDER, Art. 190 N 51; BGE 129 III 727 E. 5.2.2; BGE 133 III 139 E. 5.

17 BGE 130 III 755 E.1.2.2.

18 ZK-HEINI, Art. 191 N 14.

19 BGE 117 II 94 E.5.

Grundsätzlich nicht überprüft wird die Anwendung ausländischen Rechts[20]. Auch hier gilt indessen eine Ausnahme, wenn es um die Frage der Zuständigkeit geht. Hierzu hat das Bundesgericht festgehalten, auch die Anwendung ausländischen Rechts werde im Rahmen einer Zuständigkeitsbeschwerde frei und mit voller Kognition überprüft; dabei richte es sich indessen nach dem Meinungsstand im Drittstaat und folge dementsprechend einer dort klar herrschenden Auffassung und bei Kontroversen zwischen Rechtsprechung und Lehre der höchstrichterlichen Judikatur[21].

20 ZK-HEINI, Art. 191 N 15.

21 Urteil Nr. 4P.137/2002 vom 04.07.2003.

IV. Wirkung des Anfechtungsentscheids

1. Kassatorisch oder Reformatorisch

Aufgrund der – grundsätzlich – rein kassatorischen Natur des Beschwerdeentscheids hebt das Bundesgericht bei Gutheissung der Beschwerde den angefochtenen Entscheid des Schiedsgerichts ganz oder teilweise auf und weist die Sache an das Schiedsgericht zu neuer Entscheidung zurück[22].

Eine Ausnahme galt zumindest bisher im Bereich der Zuständigkeit (Art. 190 Abs. 1 lit. b IPRG): Das Bundesgericht erachtete sich in konstanter Praxis für kompetent, den angefochtenen Zuständigkeitsentscheid nicht nur aufzuheben, sondern darüber hinaus selbst die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit des Schiedsgerichts festzustellen[23]. Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht noch nicht dazu geäussert, ob die genannte Praxis auch nach Inkrafttreten des BGG weiterhin gilt. Es ist aber davon auszugehen[24].

Ob das Bundesgericht im Falle einer Anfechtung gemäss Art. 190 Abs. 1 lit. a IPRG (vorschriftswidrige Ernennung oder Zusammensetzung des Schiedsgerichts) befugt ist, selber die Ablehnung eines Schiedsrichters anzuordnen, wurde vom Bundesgericht bisher explizit offengelassen[25].

2. Nichtigkeit oder blosse Anfechtbarkeit

Grundsätzlich sind mangelbehaftete Schiedsentscheide nur anfechtbar. Wird die Anfechtung innert der 30-tägigen Frist von Art. 100 Abs. 1 BGG unter-

---

22 Art. 77 Abs. 2 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 BGG; BERGER/KELLERHALS, 578; zur staatsrechtlichen Beschwerde vgl. ZK-HEINI Art. 191 N 15; BGE 128 III 50 E.1b.

23 BGE 127 III 279 E.1b.

24 POUDRET, Particularismes du recours en matière d'arbitrage international, in: PORTMANN [Hrsg.], La nouvelle loi sur le tribunal fédéral, Lausanne 2007 (zit. POUDRET, Particularismes), 125.

25 Urteil Nr. 4P.196/2003 vom 07.01.2004; für eine Rekusationskompetenz des BGer votiert POUDRET, Particularismes, 125.

lassen, so verwirkt die davon betroffene Partei das Recht, den Entscheid anzufechten[26].

Die Frage, ob ein schiedsgerichtlicher Entscheid unter bestimmten Umständen[27] unheilbar mangelhaft und damit absolut nichtig sein kann, ist in der Literatur umstritten[28]. Geht man von der Nichtigkeit eines Entscheides aus, so hat der Betroffene nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Anlass, den Nichtentscheid anzufechten[29]; die Nichtigkeit kann in diesem Fall ohne zeitliche Befristung geltend gemacht werden[30].

3. Rechtsbehelfe gegen den Anfechtungsentscheid

Gegen den Anfechtungsentscheid des Bundesgerichts steht kein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung. Er kann aber immerhin in Revision gezogen werden. Die Revisionsgründe und das Verfahren sind in Art. 121-128 BGG geregelt.

---

26 Vorbehalten bleibt die Revision des Schiedsspruches nach Massgabe von Art. 121 ff. BGG.

27 Als Beispiele werden genannt: Schiedssprüche über nicht schiedsfähige Streitsachen; Entscheide eines Nichtschiedsrichters; Schiedssprüche, die mit einer Ordre public-Widrigkeit behaftet sind.

28 Ablehnend BERGER/KELLERHALS, 579 ff.; befürwortend ZK-HEINI, Art. 190 N 26; BSK-BERTI/SCHNYDER, Art. 190 N 89; auch das Bundesgericht hält eine absolute Nichtigkeit für „denkbar“: BGE 130 III 125 E. 3.1.

29 BGE 130 III 125 E. 3.1.

30 BSK-BERTI/SCHNYDER, Art. 190 N 90.

V. Abgrenzung der Vor- und Zwischenentscheide von Teilentscheiden

1. Anfechtbarkeit von Teilentscheiden

Vom Bundesgericht wurden Teilentscheide während langer Zeit wie Zwischenentscheide im Sinne von Art. 87 OG behandelt[31]. Deren Anfechtung war (ausserhalb des Zuständigkeits- und Organisationsbereiches) nur zulässig, wenn dem Beschwerdeführer ein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohte[32]. Erst im Entscheid BGE 130 III 755 nahm das Bundesgericht eine Praxisänderung vor. Seither behandelt es Teilentscheide im engeren Sinn als Teil-*End*entscheide, welche mit sämtlichen Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 IPRG angefochten werden können, ohne dass es darauf ankäme, ob ein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohe.

2. Beginn der Anfechtungsfrist

Im Entscheid BGE 130 III 755 hatte sich das Bundesgericht nicht dazu geäussert, wann die Beschwerdefrist im Falle von Teilentscheiden zu laufen beginne. Die damit theoretisch offen gebliebene Möglichkeit eines Fristbeginns erst mit Ergehen des das Schiedsverfahren gesamthaft abschliessenden Endentscheids wurde in der Folge von der Lehre einhellig abgelehnt[33]. Sie wäre mit den Ausführungen des Bundesgerichts zur Rechtsnatur der Teilentscheide auch kaum zu vereinbaren gewesen: Zum einen hatte das Bundesgericht hervorgehoben, es entspreche der Prozessökonomie ebenso wie den Erwartungen der Parteien, *„que les chefs de demande tranchés séparément,*

---

31 BSK-BERTI, N 22 zu Art. 190 IPRG.

32 BGE 116 II 80.

33 BSK-WIRTH, N 27 zu Art. 188 IPRG; BERGER/KELLERHALS, 537; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, Zürich/Basel/Genf 2006, 309; BESSON, La recevabilité du recours au Tribunal fédéral contre les sentences préjudicielles, incidentes ou partielles rendues en matière d'arbitrage international, Jusletter 18.04.2005 (zit. BESSON, Recevabilité), N 34; AHRENS, Zur Anfechtung von Teil- Vor- und Zwischenschiedssprüchen, ASA Bull. 2/2005, S. 309.

voire exécutés, ne puissent plus être remis en question par la suite"[34]. Eine Wahlmöglichkeit der beschwerten Partei, den betreffenden Teilentscheid nach Ergehen des Gesamt-Endentscheides noch einmal in Frage zu stellen, hätte diesem Gedanken diametral widersprochen. Kommt hinzu, dass das Bundesgericht an gleicher Stelle explizit festgehalten hatte, *„sentences partielles proprement dites, au sens de l'art. 188 LDIP, [...] pourront faire l'objet d'un recours de droit public aux mêmes conditions que les sentences finales."*

In einem Entscheid aus dem Jahr 2007[35], in welchem es um eine Beschwerde gegen einen Teilentscheid (*sentence partielle proprement dite*) in einem internationalen Schiedsverfahren ging, führte das Bundesgericht aus, die zu beurteilende Schiedsbeschwerde im Sinne von Art. 85 Abs. 1 lit. c OG sei *„déposé en temps utile"* und verwies dazu ausdrücklich auf Art. 89 Abs. 1 OG (welcher wie der aktuelle Art. 100 Abs. 1 BGG eine Beschwerdefrist von 30 Tagen ab Eröffnung vorsah). In einem Entscheid vom 21. Februar 2008[36] nahm das Bundesgericht dann auch explizit Stellung und hielt fest:

> „En réalité, il faut admettre, avec la doctrine, que les sentences partielles *doivent être attaquées dans les trente jours suivant leur communication*, sous peine de forclusion."

3. Erfordernis der Abgrenzung von Vor- und Zwischenentscheiden

Wie bereits ausgeführt, ist die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden – jedenfalls grundsätzlich – auf die Rügen von Art. 190 Abs. 2 lit. a und b IPRG beschränkt[37], während Teilentscheide auch mit den Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG angefochten werden können. Das Bestehen bestimmter Anfechtungsmöglichkeiten hängt mithin davon ab, ob der betreffende Entscheid als Teilentscheid oder als Vor- oder Zwischenentscheid zu qualifizieren ist.

Diese Qualifikation ist von erheblicher Bedeutung. Dies gilt umso mehr, als die Möglichkeit, einen Teil-, Vor- oder Zwischenentscheid anzufechten, eine

---

34 BGE 130 III 755 E. 1.2.2.

35 Urteil Nr. 4P.4/2007 vom 26. September 2007, E. 2.1.

36 Urteil Nr. 4A_370/2007, E. 2.3.1.

37 Art. 190 Abs. 3 IPRG.

eigentliche Anfechtungs*obliegenheit* darstellt; wird sie nicht wahrgenommen, so verwirkt die betroffene Partei ihr Beschwerderecht. Der betreffende Entscheid kann auch auf dem Beschwerdeweg nicht mehr angefochten werden[38].

4. Abgrenzungskriterien

Zur Abgrenzung der Teilentscheide von Vor- oder Zwischenentscheiden hielt das Bundesgericht formelartig fest[39]:

> „Das Teilurteil schliesst das Schiedsverfahren für einen *quantitativen Teil des Streitgegenstandes* ab, indem es *einzelne streitige Ansprüche vorweg umfassend beurteilt* und das Verfahren über die andern vorerst aussetzt.
>
> [...]
>
> Vor- oder Zwischenentscheide beenden den Prozess weder über alle noch über einzelne der eingeklagten Ansprüche, sondern klären eine *Vorfrage*, die entweder einen prozessualen (z.B. die Zuständigkeit des Schiedsgerichts) oder einen materiellrechtlichen Präjudizialstandpunkt (z.B. die Verjährung oder den Grundsatz der Schuld) betrifft, *ohne dass durch diese Klärung das Verfahren beendet wird*. Diese Vor- oder Zwischenentscheide beziehen sich auf einen *qualitativen Teil des Streitgegenstandes*."

Hintergrund des zitierten Entscheids war ein Schiedsverfahren, in welchem das Schiedsgericht – auf gemeinsamen Antrag der Parteien – vorab die Frage entschieden hatte, ob eine grundsätzliche Schuldpflicht der beklagten Partei bestehe. Im Rahmen dieser Frage hatte das Schiedsgericht auch darüber zu befinden, ob der Vertrag, aus welchem die Klägerin ihren Anspruch herleitete, nichtig sei.

Das Bundesgericht entschied, der Entscheid des Schiedsgerichts sei kein Teil- sondern lediglich ein Zwischenentscheid, weil *„einzig eine Anspruchsgrundlage, nicht aber ein selbständiger Anspruch als solcher umfassend*

---

[38] Vor- oder Zwischenentscheide zur Frage der Zusammensetzung des Schiedsgerichts oder zur Zuständigkeit sind sofort anzufechten, andernfalls das Anfechtungsrecht verwirkt. Nicht angefochtene Teilentscheide erwachsen gar in Rechtskraft; vgl. BGE 128 III 191 E. 4.a.

[39] BGE 130 III 76 E. 3.1.2.

beurteilt wurde." Dass das Schiedsgericht den Einwand der Vertragsnichtigkeit geprüft und (mit Wirkung für das Schiedsverfahren) abschliessend beurteilt hatte, ändere daran nichts, denn die Frage der Nichtigkeit sei *„blosse Vorfrage"* gewesen. Insbesondere sei die Frage *„nicht Inhalt eines rechtlich zu beachtenden selbständigen Feststellungsanspruchs, sondern blosses Verteidigungsmittel der Beschwerdeführerin"* gewesen[40].

In der Praxis ist es verbreitet, dass die Rechtsbegehren der Parteien gestaffelte Anträge enthalten, indem zunächst die Feststellung einer bestimmten Rechtslage und im Anschluss daran eine bestimmte Rechtsfolge anbegehrt wird. Solche Anträge sind indessen für die Bestimmung des Streitgegenstandes nicht entscheidend. Selbst wenn ein Antrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses gestellt wurde und der Entscheid die jenem Antrag zu Grunde liegende Rechtsfrage beantwortet, liegt damit noch nicht zwingend ein Teilentscheid vor. Ein solcher setzt vielmehr voraus, dass die vom Gericht beurteilten Punkte einem Teilaspekt des Streitgegenstandes entsprechen[41]. Ein rechtlich zu beachtender[42] selbständiger Feststellungsanspruch, welcher Gegenstand eines Teilentscheids werden kann, liegt nur dann vor, wenn sich das mit der Klage verfolgte Ziel tatsächlich in der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses erschöpft.[43]

Stellt der Feststellungskläger gleichzeitig ein mit dem betreffenden Rechtsverhältnis zusammenhängendes Leistungsbegehren, so degradiert dieses die Rechtsfrage, welche dem Leistungsbegehren zugrunde liegt, zur Vorfrage, über die lediglich ein Vorentscheid, nicht aber ein Teilentscheid ergehen kann.

---

40 BGE 130 III 76 E. 3.2.2.

41 *„[...] que les points traités par l'arbitre correspondent véritablement à un aspect de l'objet du litige"*; BESSON, Recevabilité, N 46.

42 Die Frage, ob das betreffende Rechtsbegehren auch zulässig sein muss und welches die Zulässigkeitskritierien im Schiedsverfahren sind, wurde vom Bundesgericht bisher nicht geklärt; vgl. AHRENS, 309, Fn. 41.

43 BERGER/KELLERHALS, 537.

5. Problemstellung

Da der Streitgegenstand jedenfalls auch durch die Anträge der Parteien bestimmt wird, kann je nachdem, ob und in welcher Form ein entsprechendes Feststellungsbegehren gestellt wurde, derselbe Entscheid entweder einen Vorentscheid oder einen Teilentscheid darstellen[44].

Problematisch ist, dass die Praxis den Rechtsanwendern abverlangt, dass diese einen Teilentscheid von einem Vor- oder Zwischenentscheid zu unterscheiden wissen. Diese Abgrenzung kann aber, gerade bei komplexeren Fällen, Schwierigkeiten bereiten[45]. Abgrenzungsprobleme können sich beispielsweise dann ergeben, wenn der betreffende Entscheid sich über die Vertragswirksamkeit oder über das Vorliegen eines bestimmten Anspruchsgrundes ausspricht[46].

6. Lösungsansätze

Bei der Qualifikation eines Schiedsentscheids können einerseits die Eingaben der Parteien Verwirrung stiften: Die – offenbar vor allem im angloamerikanischen Rechtskreis verbreitete[47] – Usanz, Rechtsbegehren in eine Vielzahl ungenauer Pseudo-Rechtsbegehren[48] zu unterteilen, erschwert die Bestimmung des Streitgegenstandes und damit die Unterscheidung zwischen Teilentscheiden und Vor- oder Zwischenentscheiden.

Daneben – und teilweise als Konsequenz daraus – können auch die Schiedsgerichte eine Qualifikation ihrer Entscheide erschweren, indem sie sich unklarer Sprache bedienen[49], oder indem sie die Parteien nicht dazu anhalten, den Streitgegenstand in einer Weise zu konkretisieren, die im Lauf des Verfahrens eine klare Unterscheidung zwischen Teilentscheiden und Vor- oder Zwischenentscheiden erlaubt.

---

44 AHRENS, 308.

45 BERGER/KELLERHALS, 540.

46 AHRENS, 308.

47 BERGER/KELLERHALS, 536.

48 BESSON, Recevabilité, N 47.

49 Z.B. durch die Verwendung unscharfer Begriffe, vgl. z.B. BGE 130 III 76: *„Partial Award“*.

Sowohl Parteien als auch Schiedsrichter sollten sich der beschriebenen Problematik frühzeitig bewusst sein, damit Unsicherheiten über die Qualifikation der im Rahmen des Schiedsverfahrens ergehenden Entscheide vermieden werden können. Es gehört insofern zu den Sorgfaltspflichten der Parteivertreter, die Anfechtungsmöglichkeiten der *lex arbitri* genau zu kennen. Wünschbar ist eine solche Kenntnis auch auf Seiten des Schiedsgerichts. Allerdings dürfte es gerade in der Natur der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit liegen, dass es auf Seiten der Schiedsrichter (welche grundsätzlich weder Juristen noch mit der schweizerischen Rechtsordnung vertraut sein müssen[50]) oft an einem entsprechenden Problembewusstsein mangelt.

Umso mehr obliegt es den Parteien, ihre eigenen Rechtsbegehren möglichst präzise zu formulieren[51] und diesbezügliche Mängel in den Rechtsbegehren der Gegenpartei zu rügen. Die Schiedsrichter wiederum sollten nicht zögern, die Parteien bei Bedarf zu einer Präzisierung ihrer Rechtsbegehren aufzufordern. Begehren, welche nicht den Streitgegenstand selbst betreffen, sind – soweit möglich und tunlich – in einer Form einzubringen, in der sie von den eigentlichen Rechtsbegehren möglichst klar abgegrenzt sind (z.B. indem sie als Verfahrensantrag eingebracht werden[52]). Sodann sollte das Schiedsgericht jeweils sorgfältig prüfen, ob der Erlass eines Vorab-Schiedsspruchs zu präjudiziellen Fragen dem Verfahrensfortgang nicht eher abträglich ist[53]. Erlässt das Schiedsgericht einen solchen Schiedsspruch, so sollte es immerhin klarstellen, ob es sich aus seiner Sicht um einen Teilentscheid, einen Vor- oder Zwischenentscheid oder eine blosse prozessuale Anordnung handelt[54].

Letzten Endes ist nicht zu vermeiden, dass es im Einzelfall umstritten ist, ob ein direkt anfechtbarer Teilentscheid oder ein erst mit dem Endschiedsspruch anfechtbarer Vor- oder Zwischenentscheid vorliegt. Der umsichtige Parteivertreter wird mithin nicht darum herumkommen, im Falle einer Unsicher-

---

50 Vgl. Art. 180 Abs. 1 IPRG sowie BERGER/KELLERHALS, 257: *„Jedermann kann Schiedsrichter sein“*.

51 Den Schiedsordnungen sind diesbezüglich in der Regel keine konkreten Erfordernisse zu entnehmen; vgl. BERGER/KELLERHALS, 383.

52 BESSON, Recevabilité, N 47.

53 AHRENS, 310.

54 BERGER, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis, Berlin 1992 (zit. BERGER, Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit), 413.

heit über die Qualifikation eines bestimmten Entscheids diesen sicherheitshalber direkt beim Bundesgericht anzufechten, auch auf die Gefahr hin, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten wird und die darin erhobenen Rügen nach Ergehen des Endschiedsspruchs erneut vorgebracht werden müssen.

VI. Geltendmachung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils

1. Anfechtbarkeit unter dem OG

Die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden ist in Art. 190 Abs. 3 IPRG geregelt, wo festgehalten ist, dass *„Vorentscheide [...] nur aus den in Abs. 2 Buchstaben a und b genannten Gründen angefochten werden [können].“* Dieser vermeintlich klare Wortlaut wurde vom Bundesgericht – ungeachtet der heftigen Kritik der Lehre – während langer Zeit im Lichte von Art. 87 OG so ausgelegt, dass Vor- und Zwischenentscheide auch aus den in Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG genannten Gründen angefochten werden konnten, sofern sie für die betroffene Partei einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirkten[55].

Den nicht wiedergutzumachenden Nachteil hatte das Bundesgericht in einem vorherigen Entscheid[56] als *„préjudice juridique [...] qu'une décision favorable ne ferait pas disparaître entièrement*“ umschrieben. Einschränkend hielt das Bundesgericht im selben Entscheid fest, die Verlängerung des Schiedsverfahrens und die dadurch entstehenden Kosten könnten hingegen die direkte Anfechtbarkeit eines Vor-, Zwischen- oder Teilentscheids nicht rechtfertigen.

Nachdem das Bundesgericht die Frage in späteren Entscheiden[57] ausdrücklich offen gelassen hatte, nahm es in BGE 130 III 76 definitiv Abschied von der genannten Praxis. In diesem Grundsatzentscheid setzte sich das Bundesgericht eingehend mit der Entstehungsgeschichte und mit der *ratio legis* von Art. 190 Abs. 3 IPRG auseinander und wog die Argumente der (weit überwiegenden) Autoren, welche sich gegen eine Ausdehnung der Anfechtungsmöglichkeiten über den Wortlaut von Art. 190 Abs. 3 IPRG hinaus aussprachen, gegen die wenigen Stimmen ab, welche sich für eine Beibehaltung der bisherigen Praxis aussprachen.

---

55 BGE 115 II 288 sowie BGE 116 II 80 E. 3b.

56 BGE 115 II 102 E. 2b.

57 Urteil 4P.27/1992 E.2; Urteil 1P.113/2000 E. 2b.

Im Rahmen einer historischen Auslegung von Art. 190 IPRG kam das Bundesgericht zum Schluss, es liesse sich *„nicht begründen, der wahre Sinn der Bestimmung reiche im historischen Bezug nach dem Willen des Gesetzgebers über den Wortlaut der Bestimmung hinaus."* Auch aus Sicht einer teleologischen Auslegung hielt das Bundesgericht fest, Sinn und Zweck von Art. 190 IPRG vermöchten *„eine Auslegung dessen Absatz 3 über den klaren Wortlaut hinaus nicht zu rechtfertigen."* Ausserdem kam das Bundesgericht zum Schluss, Art. 190 Abs. 3 IPRG gehe Art. 87 OG als *lex specialis* vor. Rügen gegen einen schiedsgerichtlichen Zwischenentscheid ausserhalb des Zuständigkeits- und Organisationsbereichs seien damit ausgeschlossen[58].

In einem weiteren Leitentscheid, BGE 130 III 755 vom 6. Oktober 2004, hielt das Bundesgericht sodann fest, Vor-, Zwischen- und Teilentscheide seien allein gemäss Art. 190 IPRG anfechtbar, wobei echte Teilentscheide als Endentscheide immer mit sämtlichen in Art. 190 Abs. 2 IPRG genannten Rügen angefochten werden könnten. In überraschender Deutlichkeit bemerkte das Bundesgericht in jenem Entscheid sodann:

> „Il convient donc de rompre une fois pour toutes le lien que la jurisprudence avait établi jusqu'ici entre l'art. 87 OJ et l'art. 190 LDIP."

Die neue Praxis wurde in der Folge wiederholt bestätigt. In einem Urteil vom 18. November 2004[59] hielt das Bundesgericht explizit fest:

> „Ein schiedsgerichtlicher Zwischenentscheid kann nur aus den in Art. 190 Abs. 2 lit. a und b IPRG genannten Gründen angefochten werden (Art. 190 Abs. 3 IPRG). Eine gesonderte Anfechtung von Zwischenentscheiden ist im Übrigen nicht zulässig (BGE 130 III 76 E. 3.2 S. 79)."

Mit beinahe denselben Worten wurde die Praxis in einem Urteil vom 14. Februar 2007[60] erneut ausdrücklich bestätigt.

---

58 BGE 130 II 76 E. 4.6.

59 Urteil Nr. 4P.140/2004.

60 Urteil Nr. 4P.298/2006; Der angefochtene Schiedsentscheid war noch vor Inkrafttreten des BGG ergangen, weshalb sich das Verfahren vor Bundesgericht noch nach dem OG richtete (Art. 132 Abs. 1 BGG).

2. Anfechtbarkeit unter dem BGG

Am 1. Januar 2007 löste das Bundesgerichtsgesetz (BGG) das OG ab. Gemäss Art. 191 IPRG regelt Art. 77 BGG das Verfahren der Schiedsbeschwerde ans Bundesgericht. In Art. 77 Abs. 2 BGG sind eine Reihe von Bestimmungen genannt, welche für die Anfechtung schiedsgerichtlicher Entscheide *nicht* anwendbar sind; von jenen Ausnahmen abgesehen, unterliegen Entscheide von Schiedsgerichten der Einheitsbeschwerde in Zivilsachen (Art 77 Abs. 1 BGG).

Das Beschwerdeverfahren ist in den Art. 90-107 BGG geregelt. Soweit das BGG nichts anderes vorsieht, beanspruchen die entsprechenden Bestimmungen grundsätzlich auch im Bereich der Anfechtung internationaler Schiedsentscheide Geltung. Die Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden ist in Artt. 92 und 93 BGG geregelt.

Art. 77 Abs. 2 BGG erklärt Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG (Zulässigkeit von Beschwerden, deren Gutheissung sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde) für nicht anwendbar. In Art. 77 Abs. 2 BGG *nicht* genannt ist indessen Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (Zulässigkeit von Beschwerden gegen Vor- und Zwischenentscheide, welche einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können).

Nimmt man das Gesetz beim Wort, so führt das BGG die bis zum Entscheid BGE 130 III 76 geltende Praxis wieder ein, gemäss welcher eine Beschwerde gegen schiedsgerichtliche Vor- und Zwischenentscheide auch ausserhalb des Zuständigkeits- und Organisationsbereichs zulässig ist, sofern der Entscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann.

3. Intentionen des Gesetzgebers beim Erlass des BGG

Es fragt sich, ob das Parlament mit dem Erlass des BGG tatsächlich eine Abkehr von der Rechtsprechung des Bundesgerichts beabsichtigte.

Der Entwurf des Bundesrates aus dem Jahr 2001[61] sah in Art. 88 Abs. 1 lit. a und b E-BGG vor, die Einheitsbeschwerde ans Bundesgericht gegen nicht

[61] E-BGG (2001); BBl 2001 4480-4516.

die Zuständigkeit oder den Ausstand eines Schiedsrichters betreffende Vor- und Zwischenentscheide sei *„zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können“* (lit. a) bzw. *„wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde“* (lit. b). Art. 88 Abs. 1 E-BGG lautete also bereits in der Fassung von 2001 wörtlich wie der heutige Art. 93 Abs. 1 BGG.

Der Entwurf des Bundesrates sah noch keine spezifischen Bestimmungen zur Anfechtbarkeit schiedsgerichtlicher Entscheide vor, sondern begnügte sich damit, auf die in Artt. 190-192 IPRG enthaltenen Anfechtungsvoraussetzungen und Beschwerdegründe zu verweisen[62]. In der damaligen Botschaft[63] führte der Bundesrat lediglich aus, Art. 71 Abs. 3 E-BGG nehme Bezug auf Art. 190 und 191 IPRG. Diese Bestimmungen gewährten zwar den direkten Weiterzug des Schiedsspruchs an das Bundesgericht, es könnten jedoch nur spezifische Rügen vorgebracht werden. Dieser Rechtsweg bleibe durch den Erlass des BGG unverändert[64].

Das Bundesgericht nahm am 23. Februar 2001 zum bundesrätlichen Entwurf Stellung[65]. Die Stellungnahme befasste sich indessen mehr mit den grossen Linien der Justizreform sowie mit organisatorischen Fragen; zu einzelnen Bestimmungen äusserte sich das Bundesgericht nur am Rande. Insbesondere ist der Stellungnahme nichts zur Anfechtung schiedsgerichtlicher Entscheide zu entnehmen.

Am 3. Oktober 2002 liess die Association Suisse de l'Arbitrage (ASA) dem Bundesamt für Justiz Vorschläge zur Anpassung des bundesrätlichen Entwurfs von 2001 zukommen[66]. Die Vorschläge basierten auf einem Aufsatz

---

62 Vgl. Art. 71 Abs. 3 sowie Art. 90 Abs. 4 E-BGG (2001).

63 Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (Botschaft BGG), BBl 2001 4202-4479.

64 Botschaft BGG, 4312.

65 Stellungnahme des Bundesgerichts vom 23. Februar 2001 zur Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege und zu den Entwürfen des Bundesgerichtsgesetzes, des Strafgerichtsgesetzes und des Verwaltungsgerichtsgesetzes, verfügbar im Internet unter: http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesrechtspflge.Par.0028.File.tmp/stgn-bger-d.pdf.

66 Recours contre les sentences arbitrales en matière internationale (art. 190 et 191 LDIP) – Proposition d'amendement du projet de Loi sur le Tribunal fédéral (LTF);

von POUDRET[67] und trugen der damals geltenden höchstrichterlichen Praxis Rechnung, welche Art. 87 Abs. 2 OG auf die Schiedsbeschwerde angewendet wissen wollte[68]. Eine gesetzgeberische Korrektur jener Praxis wurde von der ASA nicht gefordert, sondern es wurde dem Gesetzgeber lediglich kundgetan, welche Neuerungen des BGG als für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nützlich begrüsst wurden, und welche Bestimmungen man für inopportun oder nicht anwendbar erachtete. Konkret hielt die ASA mit POUDRET u.a. dafür, Art. 88 Abs. 1 lit. b E-BGG sei für nicht anwendbar zu erklären. Bezüglich Art. 88 Abs. 1 lit. a E-BGG (welcher wörtlich dem heutigen Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG entsprach) wurde keine Forderung gestellt[69].

Am 23. September 2003, mithin lediglich 5 Tage nach Ergehen des Entscheids BGE 130 III 76, wurde, offenkundig in Befolgung der ASA-Empfehlungen vom 3. Oktober 2002, im Rahmen der parlamentarischen Beratungen vom Ständerat eine präzisierende Bestimmung ins BGG aufgenommen, welche die Nichtanwendbarkeit einzelner Bestimmungen des BGG auf Beschwerden gegen internationale Schiedssprüche vorsah[70]. Unter den Bestimmungen, deren Anwendbarkeit ausgeschlossen wurde, war auch Art. 88 Abs. 1 lit. b E-BGG, nicht jedoch Art. 88 Abs. 1 lit. a E-BGG. Am 5. Oktober 2004 stimmte der Nationalrat dieser Anpassung diskussionslos zu[71]. In den darauf folgenden Sessionen wurden zwar noch diverse Bereinigungen des Gesetzesentwurfes vorgenommen, die Anfechtbarkeit schiedsgerichtlicher Vor- oder Zwischenentscheide war indessen nie mehr ein Thema.

Insgesamt ergibt sich somit aus den Materialien und aus der Entstehungsgeschichte des BGG kein Hinweis darauf, dass Bundesrat und Parlament beab-

---

vgl. dazu KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, 303, Fn. 326 sowie POUDRET, Le recours au Tribunal fédéral suisse en matière d'arbitrage international (Commentaire de l'art. 77 LTF), ASA Bull. 4/2007, S. 669-703 (zit. POUDRET, Recours), 671.

67 POUDRET, Le projet de loi sur le Tribunal fédéral est-il adapté aux recours en matière d'arbitrage international? Journal des Tribunaux 2002 I (zit. POUDRET, Projet), S. 5-19.

68 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, 308 Fn. 338.

69 POUDRET konzedierte in seinem Aufsatz gar, die Anfechtungsmöglichkeit bei Drohen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteil könne *„éventuellement se justifier, au vu de l'art. 190 al. 3 LDIP, pour les sentences incidentes proprement dites ou préjudicielles"*; vgl. POUDRET, Projet, 9.

70 Amtliches Bulletin 2003, 902 (Art. 72a E-BGG).

71 Amtliches Bulletin 2004, 1598 (Art. 72a E-BGG).

sichtigt hätten, mit dem Erlass des BGG die Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden internationaler Schiedsgerichte abweichend von der Praxis des Bundesgerichts zu regeln. Vielmehr ist davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber die Praxisänderung des Bundesgerichts schlicht entgangen ist, und dass diese, wäre sie in den parlamentarischen Beratungen thematisiert worden, in den Gesetzestext übernommen worden wäre. Konkret wäre aller Wahrscheinlichkeit nach auch Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG in die Aufzählung der auf internationale Schiedsverfahren nicht anwendbaren Bestimmungen (Art. 77 Abs. 2 BGG) aufgenommen worden.

Zum selben Schluss kommen – soweit ersichtlich – sämtliche Autoren, die sich zu der Frage geäussert haben. Stellvertretend kann auf den Kommentar BESSONS[72] verwiesen werden:

> „Le législateur n'a manifestement pas eu l'intention de déroger au régime de la LDIP ni à celui résultant de l'arrêt de principe rendu par le Tribunal fédéral le 18 septembre 2003. [...] Il paraît en particulier clair, au sujet du recours contre une sentence préjudicielle pouvant causer un dommage irréparable, *que le législateur a omis d'adapter le texte du projet de loi à l'évolution jurisprudentielle.*"

4. Konsequenzen der geltenden Regelung im BGG

Nachdem die aktuelle Praxis des Bundesgerichts zur Anfechtung von Schiedsentscheiden (insb. BGE 130 III 76 und BGE 130 III 755) während des BGG-Gesetzgebungsverfahrens gewissermassen „unters Eis geraten" ist, stellt sich die Frage, wie mit diesem Umstand umzugehen ist.

a) Stellungnahmen in der Literatur

POUDRET[73] ist zwar der Ansicht, die Bestimmung von Art. 77 Abs. 2 BGG müsse der neuen Praxis des Bundesgerichts *„en principe"* vorgehen. Dennoch kommt er zum Schluss:

---

[72] BESSON, Recours, 11; gleicher Meinung POUDRET, Particularismes, 127; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, 307 f.

[73] POUDRET, Particularismes, 127; vgl. auch POUDRET/BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, London und Zürich 2007, 711.

> „Nous pensons toutefois, à la suite de cet arrêt, que le régime des recours des art. 190 à 192 LDIP, auxquels renvoie l'art. 77 LTF, constitue un tout autonome et exclusif de toute autre voie de recours. En effet, l'art. 77 LTF n'ouvre le recours en matière civile qu'aux conditions prévues par les art. 190 à 192 LDIP, ce qui exclut notamment d'élargir la portée de l'art. 190 al. 3 LDIP. Celui-ci constitue une lex specialis par rapport à l'art. 93 al. 1 let. a LTF. C'est dire que le Tribunal fédéral devrait pouvoir s'en tenir à l'interprétation donnée en 2003 à cette disposition, nonobstant l'inadvertance du législateur."

Auch KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI[74] sehen im IPRG eine *lex specialis*, welche der Regelung im BGG vorgehe. Zur Konkurrenz der beiden Gesetze führen sie aus:

> „On peut certes rétorquer que l'art. 93 al. 1 let. a LTF est postérieur à l'art. 190 al. 3 LDIP. Cela suffit-il à lui donner la priorité sur la jurisprudence du Tribunal fédéral? Nous ne le pensons pas. En effet, la volonté du législateur de la LDIP d'empêcher autant que possible les recours dilatoires est indéniable, alors qu'il n'y a pas d'indication que le législateur de la LTF ait voulu ouvrir un recours supplémentaire en matière d'arbitrage."

BESSON[75] vertritt ebenfalls die Meinung, Art. 190 IPRG regle *„de manière spécifique et autonome les conditions de recevabilité liées à la nature de la sentence attaquable."* Ausserdem bringt er vor, die Botschaft des Bundesrates[76] habe gerade unterstrichen, *„que cette voie de droit demeure inchangée."* Im Ergebnis hält Besson dafür,

> „que les articles 90 à 94 LTF ne s'appliquent pas en matière d'arbitrage international dans la mesure où ils sont en contradiction avec la LDIP et la jurisprudence antérieure."

Auch WIRTH ist der Meinung, die einschlägige Praxis des Bundesgerichtes sei weiterhin gültig und *„daran dürfte auch Art. 77 Abs. 2 BGG nichts ändern"*[77]. Er vertritt die Meinung, die Praxisänderung sei im Verlauf der Verhandlungen *„einfach vergessen"* worden. Einen klaren Hinweis auf den Wil-

---

74 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, 307 f.

75 BESSON, Recours, 11.

76 Botschaft BGG, 4312.

77 BSK-WIRTH, N 28 zu Art. 188 IPRG; in diesem Sinne wohl auch BSK-BERTI/SCHNYDER, N 88 zu Art. 190 IPRG.

len des Gesetzgebers gebe der Entwurf der eidgenössischen ZPO welcher zu einem Zeitpunkt bereits schon *vor* Inkrafttreten des BGG vorgesehen habe, Art. 77 Abs. 2 BGG dahingehend zu revidieren,

> „dass nunmehr die gesamten Art. 90-98 BGG, und somit auch Art. 93 Abs. 1 lit. a, auf die Einheitsbeschwerde gegen Schiedsentscheide nicht anwendbar sein sollen[78]."

BERTI/SCHNYDER[79] nehmen zur Frage nicht ausdrücklich Stellung, sondern halten (unter Verweis auf BGE 130 III 76) lediglich fest, Vorentscheide könnten nur gestützt auf die Anfechtungsgründe nach Art. 190 Abs. 2 lit. a und lit. b angefochten werden.

Offenbar als Einziger vertritt MÜLLER[80] die Auffassung, Art. 77 Abs. 2 BGG sei seinem Wortlaut getreu zu befolgen, womit schiedsgerichtliche Zwischenentscheide auch ausserhalb des Zuständigkeits- und Organisationsbereichs anfechtbar seien, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können. Zur (im Rahmen des Entwurfs ZPO vorgesehenen) Revision des BGG hält er fest:

> „Wahrscheinlich wurde sich der Gesetzgeber bewusst, dass Art. 90-94 BGG insbesondere in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mehr Verwirrung stiften als Klärung bringen. Da sich diese Bestimmungen jedoch im Wesentlichen mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Anfechtung von internationalen Schiedssprüchen decken, wird deren Streichung wohl kaum praktische Auswirkungen haben."

b) Aktuelle Praxis des Bundesgerichts

Im Geltungsbereich des BGG hatte das Bundesgericht – soweit ersichtlich – bisher noch keine Gelegenheit, die Frage der Anwendbarkeit von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG auf internationale Schiedsverfahren zu klären. Immerhin scheint das Bundesgericht aber – ungeachtet des Wortlauts von Art. 77

---

78 WIRTH, Neues aus der schweizerischen Gesetzgebung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – zwei Anmerkungen zum Aufsatz von Christoph Müller, ASA Bull. 2/2007, S. 246-252 (zit. WIRTH, Gesetzgebung), 5.

79 BSK-BERTI/SCHNYDER, N 88 zu Art. 190 IPRG.

80 MÜLLER, Neues aus der schweizerischen Gesetzgebung zur internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ASA Bull. 4/2006, S. 647-677.

Abs. 2 BGG – an der Praxisänderung des Jahres 2003 festhalten zu wollen. In einem Entscheid vom 21. Februar 2008[81] führte das Bundesgericht aus:

> „Les sentences préjudicielles ou incidentes ne peuvent être attaquées, en vertu de l'art. 190 al. 3 LDIP, que pour les deux motifs énoncés à l'art. 190 al. 2 let. a (composition irrégulière du tribunal arbitral) et b (compétence ou incompétence du tribunal arbitral) LDIP (ATF 130 III 755 consid. 1.2.2 p. 162)."

In einem Entscheid vom 29. Februar 2008[82], in welchem ein partieller Nichteintretensentscheid (mithin kein Vor- sondern ein Teil-Endentscheid) eines internationalen Schiedsgerichts angefochten war, hielt das Bundesgericht *obiter* fest:

> „Ein die Zuständigkeit bejahender Zwischenentscheid kann nach Art. 190 Abs. 3 IPRG einzig aus den in Art. 190 Abs. 2 lit. a und b IPRG genannten Gründen angefochten werden. Für den die Zuständigkeit verneinenden Endentscheid gilt diese Beschränkung nicht (vgl. BGE 130 III 76 E. 4, 755 E. 1.2.2 S. 762)."

5. Diskussion

a) Lex specialis

Art. 77 BGG trägt den Titel: *„Internationale Schiedsgerichtsbarkeit"*, womit kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Bestimmung eine spezifisch das Verfahren der Anfechtung von Schiedssprüchen internationaler Schiedsgerichte betreffende Regelung aufstellt. Art. 191 IPRG verweist im Übrigen für das Verfahren der Anfechtung internationaler Schiedssprüche ausdrücklich auf Art. 77 BGG.

Damit ist das (von der Lehre seit Jahrzehnten und vom Bundesgericht seit 2003) gegen die Anwendung von Art. 87 OG auf internationale Schiedsverfahren ins Feld geführte Argument, Art. 190 IPRG müsse als *lex specialis* der Regelung im OG vorgehen, zu einem zweischneidigen Schwert geworden. Hinsichtlich der Einschlägigkeit steht Art. 77 BGG der Regel von Art. 190

---

81 Urteil Nr. 4A_370/2007, E. 2.3.1.

82 4A_452/2007.

IPRG in nichts nach. Zudem kann mit Fug argumentiert werden, Art. 77 BGG müsse als *lex posterior* in jedem Fall Anwendung finden. Die Argumentation POUDRETS, Art. 77 Abs. 1 BGG verweise auf die Art. 190-192 IPRG und damit auf einen autonomen und ausschliesslichen Beschwerdeweg[83], greift angesichts der detaillierten Regelungen in Art. 77 Abs. 2 und 3 BGG jedenfalls zu kurz.

Auch das von BESSON[84] vorgebrachte Argument, die Botschaft des Bundesrates habe gerade unterstrichen, dass der geltende Rechtsweg unverändert bleibe[85], ist wenig hilfreich. Der Botschaftstext aus dem Jahr 2001 konnte sich nicht auf eine Praxisänderung beziehen, welche das Bundesgericht erst im Jahr 2003 vornehmen sollte. Nachdem das Bundesgericht im Jahr 2001 die alte Praxis noch nicht aufgehoben hatte, könnte aus der Botschaft vielmehr der Wille des Gesetzgebers herausgelesen werden, diese *alte* Praxis fortzuführen.

b) Korrigierende Auslegung von Art. 77 Abs. 2 BGG

Es fragt sich, ob dem Problem mittels einer korrigierenden Auslegung von Art. 77 Abs. 2 BGG zu Leibe gerückt werden kann. Im Entscheid BGE 133 III 257 (E.2.4) verdeutlichte das Bundesgericht den Begriff der Gesetzesauslegung wie folgt:

> „Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen *Wertentscheidungen* auszurichten (BGE 128 I 34 E. 3b S. 41). Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut. Vom daraus abgeleiteten Sinne ist jedoch abzuweichen, *wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann*. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben."

Die durch das Zusammenspiel von Art. 77 Abs. 2 und Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG eröffnete Rekursmöglichkeit war – jedenfalls im Zeitpunkt der Redaktion der beiden Bestimmungen – aus Sicht des Gesetzgebers durchaus beab-

---

83 POUDRET, Particularismes, 127; ebenso BESSON, Recours, 11.

84 BESSON, Recours, 11.

85 Botschaft BGG, 4312.

sichtigt: Der Umstand, dass Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG in Art. 77 Abs. 2 BGG *gerade nicht* genannt ist, ist auf das offenkundige Bemühen des Gesetzgebers zurückzuführen, das BGG mit der *alten* Praxis des Bundesgerichts (wonach Art. 87 Abs. 2 OG auch im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gelte) abzustimmen. Dass die Parlamentarier bei Erlass der beiden Bestimmungen fälschlicherweise annahmen, diese entsprächen der aktuellen Rechtsprechung, ändert daran nichts.

Die Argumentation von KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, wonach es keinen Hinweis dafür gebe, dass der Gesetzgeber des BGG eine zusätzliche Rekursmöglichkeit auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit habe eröffnen wollen[86], ist zwar grundsätzlich richtig, sie blendet indessen aus, dass der Gesetzgeber des BGG ebensowenig bestimmte Rekursmöglichkeiten abschaffen wollte; gewollt war in diesem Punkt vielmehr eine Beibehaltung des Status quo, wie ihn die ASA in ihren Anregungen vom 3. Oktober 2002[87] dargestellt hatte, einschliesslich der auf Art. 87 Abs. 2 OG beruhenden Rekursmöglichkeiten.

In diesem Zusammenhang ist auf die Argumentation von WIRTH[88] und dessen Verweis auf den Entwurf für die Schweizerische Zivilprozessordnung aus dem Jahr 2006[89] einzugehen. Der Entwurf sieht (für die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit) in Art. 390 lit. b E-ZPO vor, dass Zwischenschiedssprüche *„aus den in Artikel 391 Buchstaben a und b genannten Gründen"* anfechtbar seien, also nur wegen vorschriftswidriger Zusammensetzung oder mangelnder Zuständigkeit des Schiedsgerichts[90]. Weiter sieht der Entwurf vor, dass im Zuge des Inkrafttretens der neuen gesamtschweizerischen ZPO Art. 77 Abs. 2 BGG in dem Sinne zu ändern sei, dass die *gesamten* Art. 90-98 BGG (und somit auch Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) auf die Einheitsbeschwerde gegen (nationale *und* internationale) Schiedsentscheide nicht mehr anwendbar sein sollen[91].

---

86 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, 307 F.

87 Vgl. den Nachweis in Fn. 66.

88 WIRTH, Gesetzgebung, 5.

89 E-ZPO, BBl 2006, 7423 f.

90 Art. 390 E-ZPO, BBl 2006, 7506.

91 Anhang zur E-ZPO, BBl 2006, 7510 f.

Interessant ist, dass die Botschaft des Bundesrates zur schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006[92] die Bestimmung von Art. 390 E-ZPO wie folgt kommentiert: *„Dieser Artikel übernimmt die Regelung von Artikel 377 des Vorentwurfs – in Anlehnung an die Praxis zu Artikel 190 IPRG*[93]*."* Dem Kommentar ist eine Fussnote beigefügt, welche auf den Entscheid BGE 130 III 76 verweist. Nicht kommentiert wird in der Botschaft die Änderung von Art. 77 Abs. 2 BGG[94].

Nachdem die Botschaft (wenn auch nur im Zusammenhang mit Art. 390 E-ZPO, also einer Bestimmung, welche die nationale Schiedsgerichtsbarkeit betrifft) explizit auf die bundesgerichtliche Praxis zur Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden in internationalen Schiedsverfahren verweist, darf davon ausgegangen werden, dass auch die geplante Anpassung von Art. 77 Abs. 2 BGG durch jene Praxis veranlasst war, und dass auf Seiten des federführenden Bundesamtes für Justiz bzw. im Kreise der beigezogenen Experten[95] die Erkenntnis gereift war, dass man bei der Redaktion des BGG die Praxisänderung des Bundesgerichts nicht berücksichtigt hatte.

Aus dem Gesagten kann indessen nicht der Schluss gezogen werden, *„der Gesetzgeber"* habe den Regelungsgehalt von Art. 77 Abs. 2 BGG *„nicht gewollt."* Zunächst ist (in zeitlicher wie in personeller Hinsicht) zwischen dem Gesetzgeber des BGG und dem Gesetzgeber der eidgenössischen ZPO zu unterscheiden. Zwar mögen bestimmte Parlamentarier, Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz und Mitglieder der Expertenkommissionen sowohl mit dem Erlass des BGG als auch mit der Redaktion des Entwurfs der eidgenössischen ZPO befasst gewesen sein; nichtsdestotrotz liegen zwei getrennte gesetzgeberische Projekte vor.

Vor allem aber kann nicht ohne weiteres aus einem bundesrätlichen Gesetzes*entwurf* auf einen Willen des *Gesetzgebers* geschlossen werden. Der Entwurf der eidgenössischen ZPO basiert auf einem Vorentwurf einer Expertenkommission *„aus Vertreterinnen und Vertretern kantonaler Gerichte, des Bundesgerichtes, der Anwaltschaft sowie aus Wissenschaft und Verwal-*

---

92 Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221 f.

93 Botschaft ZPO, BBl 2006, 7405.

94 Botschaft ZPO, BBl 2006, 7407.

95 Zur Zusammensetzung der Expertenkommission und der Subkommission Schiedsgerichtsbarkeit vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, 7235.

tung"[96]*,* welcher in Vernehmlassung gesetzt und anschliessend vom Bundesamt für Justiz im *„offenen Meinungsaustausch mit den ehemaligen Experten und Expertinnen sowie mit interessierten Dritten und Organisationen"* überarbeitet wurde[97]. Die Bundesversammlung, der auf Bundesebene die Gesetzgebung verfassungsgemäss vorbehalten ist[98], begann die Beratung des Gesetzes erst am 14. Juni 2007[99], also *nach* Inkrafttreten des BGG. Bisher hat sich erst der Ständerat als Erstrat zu der Vorlage geäussert. Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint es unzulässig, den Entwurf des Bundesrates bereits als Willensäusserung des Gesetzgebers zu deuten und ihm damit eine demokratische Legitimation zu unterstellen, welche ihm nicht zukommt. Dass der geplanten Anpassung von Art. 77 Abs. 2 BGG bisher kein Widerstand erwachsen ist und damit zu rechnen ist, dass dies auch im Nationalrat so bleibt, ändert daran nichts.

Es bestehen somit keine triftigen Gründe für die Annahme, der Gesetzgeber des BGG habe die in Art. 77 Abs. 2 BGG getroffene *Wertentscheidung* (dass Vor- und Zwischenentscheide eines internationalen Schiedsgerichts bei Drohen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils angefochten werden können) nicht *gewollt*. Bezüglich der Folgen, welche sich daraus ergeben, dass der Gesetzeswortlaut dem Willen des Gesetzgebers entspricht, hat das Bundesgericht im bereits zitierten Entscheid BGE 133 III 257 ausgeführt (Hervorhebungen durch den Verfasser):

> „Ergibt die Auslegung eines Bundesgesetzes auf eine Rechtsfrage eine eindeutige Antwort, so ist diese gemäss Art. 191 BV [*recte*: wohl Art. 190 BV] für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. *Diese dürfen daher nicht mit der Begründung von Bundesrecht abweichen, es sei verfassungswidrig oder entspreche nicht dem (künftig) wünschbaren Recht*."

Immerhin sieht das Bundesgericht (immer noch im selben Entscheid) unter bestimmten Umständen eine Abweichung vom Willen des Gesetzgebers als zulässig an:

---

96 Botschaft ZPO, BBl 2006, 7235.

97 Botschaft ZPO, BBl 2006, 7239.

98 Art. 163 Abs. 1 BV.

99 Amtliches Bulletin 2007, 499.

> „Eine Abweichung von einer Gesetzesnorm ist jedoch zulässig, wenn der Gesetzgeber sich offenkundig über gewisse *Tatsachen geirrt* hat oder sich die *Verhältnisse* seit Erlass des Gesetzes in einem solchen Masse *gewandelt* haben, dass die Anwendung einer Vorschrift rechtsmissbräuchlich wird."

Es fragt sich also, ob die (unrichtige) Annahme des Gesetzgebers, der neue Gesetzestext widerspiegle die aktuelle Rechtsprechung, einen Irrtum über eine *Tatsache* darstellt. Auch diese Frage ist m.E. zu verneinen. Mit *„Tatsachen"* im Sinne des zitierten Entscheids können nur solche Umstände gemeint sein, welche der *Wertentscheidung* des Gesetzgebers unmittelbar zu Grunde gelegen haben. Die Praxisänderung des Jahres 2003 ist keine solche Tatsache, sondern lediglich der Ausdruck eines Meinungsumschwungs innerhalb des Bundesgerichts. Die Haltung des Bundesgerichts, insbesondere dessen Haltung zu einer eher untergeordneten Frage der Verfahrensgestaltung, auf welche es – wie die Praxisänderung ja gerade gezeigt hat – keine richtige oder falsche Antwort gibt, bindet den Gesetzgeber ebensowenig wie der Meinungsstand in der Literatur. Gerade im Rahmen einer Totalrevision der Bundesrechtspflege kann die Legislative die Ausgestaltung des Gesetzes nicht davon abhängig machen, wie das Objekt jener Gesetzgebung (also das Bundesgericht selbst) eine bestimmte Frage praxisgemäss entscheidet. Vielmehr hat sie in eigener Verantwortung eine Antwort zu finden und eine Regelung zu treffen.

Es kann sodann auch keine Rede davon sein, dass sich in der hier interessierenden Frage die *„Verhältnisse"* seit Erlass des Gesetzes in einem Masse gewandelt hätten, dass die wortgetreue Anwendung von Art. 77 Abs. 2 i.V.m. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG rechtsmissbräuchlich wäre. Immerhin reflektieren die beiden Bestimmungen eine Praxis, welche während langer Zeit galt.

c) De lege ferenda

Den zahlreichen Stimmen, welche sich vor Erlass des BGG für eine wortgetreue Auslegung von Art. 190 Abs. 3 IPRG und damit für die Nichtzulassung der Rügegründe von Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG auch bei Vorliegen eines

nicht wiedergutzumachenden Nachteils ausgesprochen haben[100], ist zuzustimmen.

Die durch die alte, im Entscheid BGE 130 III 76 ausser Kraft gesetzte Praxis geschaffenen zusätzlichen Anfechtungsmöglichkeiten mögen im Einzelfall sowohl aus Sicht der Prozessökonomie wie auch im Hinblick auf den Schutz der beschwerten Partei durchaus sinnvoll gewesen sein. Dies ändert aber nichts daran, dass das Erfordernis des nicht wiedergutzumachenden Nachteils ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, der sich nur schlecht handhaben lässt und der geradezu prädestiniert ist, Unsicherheiten auf Seiten der Parteien und der Schiedsrichter zu schaffen.

Den Vorbehalten in der Lehre ebenso wie der in den Entscheiden BGE 130 III 76 und BGE 130 III 755 vorgenommenen Praxisänderung lässt sich am einfachsten Rechnung tragen, indem Art. 77 Abs. 2 BGG in dem Sinne geändert wird, dass inskünftig die gesamten Art. 90-98 BGG auf die Einheitsbeschwerde gegen Schiedsentscheide nicht mehr anwendbar sein sollen, wie es im Anhang zum Entwurf für eine eidgenössische Zivilprozessordnung bereits vorgesehen ist[101]. Damit würden einerseits klare Verhältnisse geschaffen und andererseits dem Bundesgericht die Möglichkeit geboten, die im Jahr 2003 vollzogene Praxisänderung konsequent fortzuführen.

d) Fazit

Bis das BGG angepasst ist, führt meines Erachtens kein korrekter Weg an der Anwendung von Art. 77 Abs. 2 BGG auf internationale Schiedsverfahren mit Schweizer Forum und an der Zulässigkeit der sich daraus ergebenden Anfechtungsmöglichkeiten vorbei. Dass damit eine allseits begrüsste Rechtsfortbildung des Bundesgerichts (temporär) rückgängig gemacht wird, ist – jedenfalls bei prinzipiengetreuer Betrachtungsweise – in Kauf zu nehmen. Das Problem lässt sich nur auf gesetzgeberische Weise lösen.

Immerhin steht dem Bundesgericht noch ein Mittelweg offen: Es könnte Art. 77 Abs. 2 BGG befolgen und Art. 93 Abs. 1 lit. a IPRG anwenden, das

---

100 Vgl. die Auflistung in BGE 130 III 76 E. 4.4.

101 Anhang zur E-ZPO, BBl 2006, 7510 f.

Konzept des „nicht wiedergutzumachenden Nachteils“ aber im Vergleich zu früher restriktiver interpretieren[102].

Letztlich bleibt abzuwarten, wie das Bundesgericht die Frage handhaben wird. Vieles deutet darauf hin, dass das Bundesgericht den Wortlaut von Art. 77 Abs. 2 BGG ignorieren und an seiner Rechtsprechung festhalten wird. Opposition dürfte ihm kaum erwachsen.

[102] POUDRET/BESSON, 2. Auflage, 711.

VII. Recours par attraction

1. Praxis des Bundesgerichts

Im Zusammenhang mit der Anfechtung von Zwischenentscheiden staatlicher Gerichte bestand im Geltungsbereich des OG eine weit zurück reichende Praxis, wonach die in Art. 87 OG enthaltene Einschränkung, dass letztinstanzliche Zwischenentscheide nur dann wegen Verletzung von Art. 4 BV beim Bundesgericht angefochten werden konnten, wenn sie für den Betroffenen einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge hatten, für *„Entscheide über gerichtsorganisatorische Fragen“* (also Entscheide über die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts) *nicht* galt[103]. Das Bundesgericht befand, solche Entscheide seien *„ihrer Natur nach endgültig zu erledigen [...], bevor das Verfahren weitergeführt werden kann.“* Zur Begründung der direkten Anfechtbarkeit nannte das Bundesgericht zum einen *„Gründe der Prozessökonomie und Zweckmässigkeit,“* zum andern das *„wohlverstandene Interesse der Gegenpartei, dass der Beschwerdeführer sofort handle und nicht den Endentscheid abwarte.“*

Im Entscheid BGE 116 II 80 E. 3b befand das Bundesgericht für den Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, es gebe neben dem Fall, dass ein Vor- oder Zwischenentscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirke, noch eine weitere Konstellation, in welcher – über den Wortlaut von Art. 190 Abs. 3 IPRG hinaus – ein Vor- oder Zwischenentscheid mit den Rügen von Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG angefochten werden könne: Dann nämlich, wenn gleichzeitig auch eine der beiden Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. a oder b IPRG geltend gemacht werde. Diese Möglichkeit sei allerdings insoweit eingeschränkt, als die Geltendmachung der fehlenden Zuständigkeit oder mangelhaften Zusammensetzung des Schiedsgerichts nicht offensichtlich unzulässig (*manifestement irrecevable*) oder unbegründet (*manifestement mal fondé*) sei. In der französischsprachigen Literatur wurde für diese „adhäsionsweise“ Geltendmachung weiterer Rügen der treffende Begriff des „*recours par attraction*“ geprägt[104].

---

[103] BGE 115 Ia 311 E. 2a; BGE 106 Ia 233 E. 3a; BGE 94 I 201.

[104] BESSON, Recevabilité, N 8.

Die Fortgeltung der entsprechenden Praxis wurde in einem Entscheid aus dem Jahr 2001 (ohne vertiefte Auseinandersetzung) in einem *obiter dictum* zwar nicht eigentlich bestätigt, aber immerhin offen gelassen[105]. In jenem Entscheid ging es um einen Schiedsentscheid, welchen das Bundesgericht als *„potentiellement finale"* qualifizierte. Das Bundesgericht setzte sich in der Folge auch mit den Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG auseinander, wobei es auf seine entsprechende Praxis zur Anfechtung von Endentscheiden verwies:

> „Lorsqu'il est saisi du grief d'incompétence, au sens de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, *y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral* [...]. *Cependant, il revoit l'état de fait à la base de la sentence attaquée – même s'il s'agit de la question de la compétence – uniquement lorsque l'un des griefs mentionnés à l'art. 190 al. 2 LDIP est soulevé à l'encontre dudit état de fait ou lorsque des faits* ou des moyens de preuve nouveaux (cf. art. 95 OJ) sont exceptionnellement pris en considération dans le cadre de la procédure du recours de droit public."

Die genannte Praxis wurde auch in jüngster Zeit für Endentscheide wörtlich bestätigt[106]. Es fällt auf, dass in deutschsprachigen Entscheiden stets formuliert wird, das Bundesgericht prüfe den Sachverhalt nur insoweit, als der Beschwerdeführer *„zulässige Rügen im Sinne von Art. 190 Abs. 2 IPRG"* vorgebracht habe[107], während in französischsprachigen schlicht von *„griefs mentionnés à l'art. 190 al. 2 LDIP"* die Rede ist. Nachdem sich indessen die deutschsprachigen Entscheide auch auf die französischsprachigen beziehen, kann aus dem Wort „zulässig" wohl keine weitere Qualifikation abgeleitet werden.

Im Grundsatzentscheid BGE 130 III 76 ging es zwar vordergründig um die Frage, ob die Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG bei Drohen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils geltend gemacht werden dürfen; die dort getroffenen Aussagen können indessen so interpretiert werden, dass das Bundesgericht die genannten Rügen auch dann nicht mehr hören will, wenn sie gemeinsam mit der Rüge der mangelnden Zuständigkeit und/oder Zu-

---

105 Urteil Nr. 4P.114/2001 vom 19. Dezember 2001 E. 1b.

106 BGE 133 III 139.

107 Vgl. z.B. Urteil Nr. 4A_452/2007 vom 29.02.2008.

sammensetzung des Gerichts vorgebracht werden. Das Bundesgericht hielt in jenem Entscheid fest:

> „Ergeben sich aber aus den zu beachtenden Auslegungselementen keine triftigen Gründe, um vom Wortlaut von Art. 190 Abs. 3 IPRG abzuweichen, bleibt dieser für die Rechtsanwendung massgebend, *was Rügen gegen einen schiedsgerichtlichen Zwischenentscheid ausserhalb des Zuständigkeits- und Organisationsbereichs ausschliesst*. Soweit die bisherige Rechtsprechung weitere Beschwerdemöglichkeiten zugelassen oder die Frage nach dem Bestehen von solchen offen gelassen hat, ist daran nicht festzuhalten."

Im Entscheid BGE 130 III 755 E. 1.2.2 bestätigte und präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung und führte aus, Vor- und Zwischenentscheide seien nur *„pour les seuls motifs énoncés à l'article 190 al. 2 let. a et b"* anfechtbar.

In einem aktuellen Entscheid aus dem Jahr 2008[108], bei dem allerdings kein Vor- sondern ein Teilentscheid (mit den Rügen von Art. 190 Abs. 2 lit. a sowie d IPRG) angefochten war, führte das Bundesgericht aus:

> „Positive Zuständigkeitsentscheide können nach Art. 190 Abs. 3 IPRG *ausschliesslich aus den in Art. 190 Abs. 2 lit. a und b IPRG genannten Gründen angefochten werden und eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG) kann daher gerade nicht gerügt werden*. Beim vorliegenden Schiedsspruch vom 28. September 2007 handelt es sich jedoch – soweit er angefochten ist – um einen negativen Zuständigkeitsentscheid und damit um einen Teilendentscheid, welcher der Beschränkung der Rügegründe nach Art. 190 Abs. 3 IPRG nicht unterliegt."

2. Stellungnahmen in der Literatur

Verschiedene Autoren haben die Frage aufgeworfen, ob das Bundesgericht mit seinem „Rundumschlag" in den Entscheiden BGE 130 III 76 und BGE 130 III 755 nicht zu weit gegangen sei. BERGER/KELLERHALS[109] plädieren dafür, das Bundesgericht möge sein obiges Diktum nicht buchstabengetreu befolgen. In Fällen, in welchen das Schiedsgericht bereits bei der Ermittlung des für die Frage der Zuständigkeit massgeblichen Sachverhalts

---

[108] Entscheid Nr. 4A_452/2007 E. 3.2 vom 29.02.2008.

[109] BERGER/KELLERHALS, 539.

einer Partei das rechtliche Gehör verweigert habe, sei es nicht sinnvoll, wenn die Rüge gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. c IPRG erst gegen den nächsten Teilentscheid oder den Endentscheid erhoben werden könne. Der Gesetzgeber habe mit der Bestimmung von Art. 186 Abs. 3 IPRG (wonach das Schiedsgericht über seine Zuständigkeit in der Regel durch Vorentscheid befinde) bewirken wollen, dass ein endgültiger Entscheid zur Zuständigkeit rasch herbeigeführt werde. Diesem Ziel laufe es zuwider, wenn die Parteien nicht bereits gegen den Vorentscheid alle Einwände erheben könnten, welche die Frage der Zuständigkeit berühren. Sie verweisen dabei auch auf die Praxis des Bundesgerichts zur Frage, inwieweit Tatsachenfeststellungen des Schiedsgerichts im Rahmen der Anfechtung von Endentscheiden überprüft bzw. ergänzt werden können.

BESSON kam in einem Aufsatz aus dem Jahr 2005[110] zum Schluss, die Argumentation des Bundesgerichtes schliesse die Geltendmachung der Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG auch im Wege eines *Recours par attraction* aus. In einem weiteren Aufsatz aus dem Jahr 2007[111] schliesst er sich indessen der Meinung von BERGER/KELLERHALS an und spricht sich für die Zulässigkeit des *Recours par attraction* aus, soweit dieser das Tatsachenfundament betreffe, welches dem angefochtenen Entscheid über die Zuständigkeit oder Zusammensetzung des Gerichts zugrunde liege. Zur Begründung führt er an, in derartigen Fällen seien die auf Art. 190 Abs. 2 lit. d und e IPRG gestützten Rügen *„purement accessoires à ceux fondés sur l'article 190 alinéa 2 let. a ou b LDIP",* weswegen sie *„en une seule fois"* vom Bundesgericht geprüft werden sollten.

3. Diskussion

a) Verfahrensökonomie

Der Gesetzgeber des IPRG hat nicht bindend festgelegt, wann und in welcher Form ein Schiedsgericht über seine Zuständigkeit zu befinden hat. Der Wortlaut von Art. 186 Abs. 3 IPRG bringt indessen klar zum Ausdruck, dass die Frage der Zuständigkeit grundsätzlich zu Beginn des Verfahrens beantwortet werden soll, und dass darüber ein Vorentscheid ergehen soll. Indem

---

110 BESSON, Recevabilité, N 21.

111 BESSON, Recours, 9 Fn. 24.

das Gesetz in Art. 190 Abs. 3 IPRG ausserdem den Parteien die Möglichkeit gibt, die Rüge der fehlenden Zuständigkeit bereits gegen den Vorentscheid zu erheben (und ihnen indirekt die Verpflichtung auferlegt, dies innert 30 Tagen zu tun[112]), so soll dies offenkundig dazu dienen, dass rasch ein endgültiger Entscheid über die Befugnis des Schiedsgerichts, in der Sache zu urteilen, herbeigeführt wird. In die gleiche Richtung weist auch Art. 186 Abs. 2 IPRG, welcher die Parteien dazu anhält, die Einrede der Unzuständigkeit vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben[113], sowie Art. 92 Abs. 2 BGG, welcher festlegt, dass *„selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren“* der Beschwerde unterliegen, und zwar unter Androhung der Verwirkungsfolge bei nicht umgehender Anfechtung.

Die frühzeitige Klärung der Frage nach der Zuständigkeit des Schiedsgerichts – ebenso wie jene nach dessen ordnungsgemässer Bestellung – ist offenkundig sinnvoll. Ergibt diese Klärung, dass das Schiedsgericht tatsächlich nicht zuständig ist, wird durch die vorgängige Beantwortung der Zuständigkeitsfrage ein erheblicher zeitlicher und finanzieller Aufwand eingespart. Erweist sich das Schiedsgericht indessen als zuständig, so ist damit ein Streitpunkt erledigt, mit welchem sich das Schiedsgericht und das Bundesgericht ohnehin mit hoher Wahrscheinlichkeit hätten befassen müssen.

Die genannten Vorteile der vorgezogenen Prüfung durch das Bundesgericht sind indessen in Frage gestellt, wenn das Bundesgericht als Beschwerdeinstanz nicht in die Lage versetzt wird, die Prüfung des Vorentscheids zur Zuständigkeit bzw. zur Zusammensetzung des Schiedsgerichts auf der Grundlage derjenigen Fakten vorzunehmen, die es derselben Prüfung auch im Rahmen einer Anfechtung des Endentscheids zugrunde legen würde. Dem verfahrensökonomischen Gebot, wonach zunächst Zuständigkeits- und Ausstandsfragen endgültig geklärt werden, bevor ein Verfahren durchgeführt wird[114], liefe ein solches Vorgehen offenkundig zuwider.

Dies gilt umso mehr, als im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen nicht zu berücksichtigen ist, wenn die Zu-

---

112 Art. 100 Abs. 1 BGG; früher: Art. 89 Abs. 1 OG.

113 Vgl. BERGER/KELLERHALS, 539 sowie BGE 116 II 80 E. 3a.

114 BGE 115 Ia 311, 313 E. 2a.

ständigkeit des Schiedsgerichts bestritten ist[115]. Das Schiedsgericht ist mithin bei der Beurteilung der Frage, ob es selbst zur Beurteilung der ihm unterbreiteten Streitigkeit kompetent ist, nicht an die Sachdarstellung der klagenden Partei gebunden; erlässt es einen Vorentscheid zur Frage der Zuständigkeit, so muss es diese Frage umfassend geprüft haben. Entsprechend hat ein solcher Vorentscheid den Anspruch, die Frage nach der Zuständigkeit endgültig und bindend[116] zu beantworten.

Was den Prüfungsaufwand des Bundesgerichts und die dadurch verursachte zeitliche Verzögerung angeht, so dürften sich diese angesichts des beschränkten Prüfungsgegenstandes und des auf eine Instanz beschränkten Instanzenzugs in aller Regel im Rahmen halten. Die gleichzeitige Prüfung weiterer Rügen, welche die Ermittlung des relevanten Tatbestandes betreffen, ist zwar geeignet, die Verzögerung zu vergrössern, sie ist indessen unabdingbar, wenn das Bundesgericht die Rüge der mangelnden Kompetenz oder vorschriftswidrigen Zusammensetzung wirklich verbindlich beurteilen soll.

Aus Sicht der Prozessökonomie drängt sich somit eine umfassende Prüfung auf, jedenfalls soweit die zusätzlich erhobenen Rügen den Tatbestand betreffen, welchen das Schiedsgericht der Beurteilung seiner Zuständigkeit oder Zusammensetzung zugrunde gelegt hat.

b) Rechtspolitische Überlegungen

Geht man davon aus, eine Partei weise im Rahmen der Anfechtung eines Vor- oder Zwischenentscheids nach, dass der Entscheid des Schiedsgerichts zur eigenen Zuständigkeit oder Zusammensetzung auf Tatsachen beruht, welche in Verletzung des rechtlichen Gehörs oder gar in Missachtung *„fundamentaler Rechtsgrundsätze“*[117] (also des *Ordre public*) erhoben wurden, so wäre es auch aus rechtspolitischer Sicht bedenklich, wenn das Bundesgericht gewissermassen Scheuklappen aufsetzen und die Frage der Zuständigkeit oder der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ebenfalls gestützt auf das mangelbehaftete Tatsachenfundament prüfen müsste.

---

115 BGE 131 III 153, E. 5.1.

116 BGE 128 III 191 E. 4a.

117 BGE 117 II 606.

Wäre dem Bundesgericht die Prüfung weiterer, die Ermittlung des relevanten Tatbestandes betreffender Rügen verwehrt, dann hiesse das nichts anderes, als dass das Bundesgericht Entscheide schützen müsste, die in massiver Verletzung von Parteirechten ergangen sind. Das Bundesgericht müsste damit ein bereits in seinen Grundfesten mangelhaftes Verfahren seinen Fortgang nehmen lassen.

c) Rechtssicherheit

Rechtssicherheit setzt die *Voraussehbarkeit* staatlichen Handelns voraus. Gerade in einem Bereich wie der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, wo mindestens eine Partei ihren Sitz im Ausland hat[118] und wo – ungeachtet des schweizerischen Forums – auch Ausländer und Nichtjuristen als Parteivertreter tätig sind[119], kann es problematisch sein, wenn der Gesetzestext nicht für bare Münze genommen werden kann. Die Zulässigkeit des *Recours par attraction* kann dazu führen, dass sich manche Parteien dieser prozessualen Feinheit und den sich daraus ergebenden Anfechtungsmöglichkeiten nicht bewusst sind und dementsprechend auf die Geltendmachung der zusätzlichen Rügen verzichten, während andere sich die Praxis zunutze machen.

Die Problematik betrifft auch die Schiedsgerichte bzw. die Schiedsrichter selbst, welche ebenfalls weder Schweizer sein noch juristische Kenntnisse besitzen müssen. Auch ihnen sollte die Rechtsordnung eine klare Antwort auf die Frage geben, welche Rügen gegen ihre Schiedssprüche erhoben werden können und welche nicht. Nur so können sie auch die Konsequenzen abschätzen, welche ihre Schiedssprüche für die Parteien haben, und so in Kenntnis der möglichen Rechtsmittel darüber entscheiden, ob und in welcher Form über bestimmte Fragen vorab zu entscheiden ist.

Art. 190 Abs. 3 IPRG äussert sich grundsätzlich klar: *„Vorentscheide können nur aus den in Absatz 2, Buchstaben a und b genannten Gründen angefochten werden.“* Eine wörtliche Auslegung von Art. 190 Abs. 3 IPRG spricht somit gegen die „adhäsionsweise“ Zulassung weiterer Rügen.

Vorliegend ist indessen zu beachten, dass der *Recours par attraction* in der Vergangenheit zugelassen wurde, und zwar praktisch seit Inkrafttreten des

---

[118] Vgl. Art. 176 Abs. 1 IPRG.

[119] BERGER/KELLERHALS, 370 N 1062 sowie Fn. 109.

IPRG[120]. Vor diesem Hintergrund ist auch die *Beständigkeit* staatlichen Handelns ein zu berücksichtigender Aspekt der Rechtssicherheit. Soweit ersichtlich, hat das Bundesgericht bis heute nie eindeutig Abstand von der in BGE 116 II 80 begründeten Praxis genommen.

Im Entscheid BGE 130 III 76 ging es einzig um die Frage, ob ein Vorentscheid auch mit den Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG angefochten werden könne, weil der angefochtene Entscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könne; Gegenstand des Entscheids war mit anderen Worten die Anwendbarkeit von Art. 87 OG auf Vor- und Zwischenentscheide. Im Entscheid BGE 130 III 755 wiederum setzte es sich mit der Frage auseinander, ob die Einschränkung von Art. 190 Abs. 3 IPRG auch für Teilentscheide gelte. Mit den Konsequenzen seiner neuen Rechtsprechung für das Institut des *Recours par attraction* setzte sich das Gericht indessen in keinem der beiden Entscheide auseinander. Vielmehr ging es jeweils um den *„lien que la jurisprudence avait établi jusqu'ici entre l'art. 87 OJ et l'art. 190 LDIP."* Dass diese Verbindung vom Bundesgericht gekappt wurde, hat für die hier interessierende Frage gerade keine Bedeutung, nachdem das Bundesgericht ja stets festgehalten hatte, Entscheide über die Zusammensetzung des Gerichts und solche über die örtliche und sachliche Zuständigkeit fielen gerade nicht unter Art. 87 OG[121].

Aus der seit BGE 130 III 76 immer wieder wiederholten Aussage des Bundesgerichts, Vor- und Zwischenentscheide seien nur *„pour les seuls motifs énoncés à l'article 190 al. 2 let. a et b"* anfechtbar, kann mithin nicht (jedenfalls nicht zwingend) abgeleitet werden, damit sei auch das Institut des *Recours par attraction* aufgegeben worden. Dies gilt auch für das oben zitierte Diktum im Entscheid Nr. 4A_452/2007 vom 29. Februar 2008[122], nachdem sich das Bundesgericht in jenem Entscheid gar nicht mit der Zulässigkeit des *Recours par attraction* auseinander zu setzen hatte, da ein Teilentscheid (also ein Endentscheid) angefochten war.

---

120 Das IPRG trat am 1. Januar 1989 in Kraft; der einschlägige BGE 116 II 80 betraf einen Schiedsentscheid vom 27. Juli 1989 und erging am 6. Februar 1990.

121 BGE 115 Ia 311, 313 E. 2a.

122 Vgl. das Zitat bei Fn. 108.

d) Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz

Bei der hier interessierenden Frage, ob im Rahmen der Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. a und b IPRG „adhäsionsweise" auch weitere Rügen (insbesondere jene gemäss lit. d und e derselben Bestimmung) zuzulassen sind, geht es letztlich darum, in welchem Zeitpunkt das Bundesgericht *endgültig* darüber befinden soll, ob sich ein Schiedsgericht fälschlicherweise für zuständig oder korrekt zusammengesetzt erachtet.

BERTI/SCHNYDER[123] haben festgehalten, dass sich *„unter dem Gesichtspunkt des materiellen Rechtsschutzes [...] eine restriktive Anfechtungsordnung als defizitär erweisen [kann], zumal wenn die Rechtsmittelinstanzen sich bei der praktischen Anwendung weitere Zurückhaltung auferlegen."* Ähnliche Überlegungen sind auch vorliegend am Platz.

Der Entscheid vertragsschliessender Parteien, für den Fall einer Auseinandersetzung die Schweiz als schiedsgerichtliches Forum zu wählen, dürfte zu einem bedeutenden Teil auf der Erwartung beruhen, dass hier eine hochentwickelte Rechtskultur besteht, und dass entsprechend auch das Schiedsverfahren in qualitativer Hinsicht hohen Ansprüchen genügt.

Dreh- und Angelpunkt des Schiedsverfahrens ist das Schiedsgericht selbst. Die Aussicht, dass sich das Schiedsgericht gestützt auf einen Sachverhalt für zuständig oder korrekt zusammengesetzt erklären könnte, welcher in Verletzung des rechtlichen Gehörs oder gar des Ordre public erhoben wurde, und dass dieser Umstand nicht umgehend einer Kontrollinstanz vorgelegt werden könnte, wäre meines Erachtens kaum geeignet, den Schiedsplatz Schweiz als attraktiv erscheinen zu lassen. Eine Partei, welche in gutem Glauben einen Vertrag abschliesst, dürfte es vielmehr schätzen, wenn sie darauf vertrauen kann, dass das Schiedsgericht zumindest bezüglich gerichtsorganisatorischer Fragen eher an einer kurzen Leine gehalten wird.

e) Fazit

Insgesamt überwiegen aus meiner Sicht die Argumente für eine Zulässigkeit weiterer Rügen gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. c-e IPRG, solange sie nur akzes-

[123] BSK-BERTI/SCHNYDER, N 18 zu Art. 190 IPRG.

sorisch zu einer Rüge (oder zu den Rügen) gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. a und b IPRG erhoben werden, und sich ihre Geltendmachung strikte auf Punkte beschränkt, welche direkt die Zuständigkeit bzw. die Zusammensetzung des Schiedsgerichts betreffen.

Für die Funktionalität und die Attraktivität des Schiedsplatzes Schweiz ist es zwar von Bedeutung, ob bestimmte Anfechtungsmöglichkeiten bestehen oder nicht; noch wichtiger dürfte indessen sein, dass die Parteien beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung die berechtigte Erwartung haben können, dass im Falle eines Schiedsverfahrens die Verfahrensregeln eindeutig sind. Eine baldige Klärung der vorliegenden Frage durch das Bundesgericht ist deshalb wünschbar.

VIII. Anfechtung impliziter Entscheide zu gerichtsorganisatorischen Fragen

1. Problemstellung

Die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Parteien eines internationalen Schiedsverfahrens berechtigt bzw. sogar verpflichtet sind, Vor- oder Zwischenentscheide des Schiedsgerichts wegen dessen fehlender Zuständigkeit oder vorschriftswidriger Zusammensetzung mittels einer Beschwerde ans Bundesgericht anzufechten, ist noch nicht abschliessend geklärt[124].

Konkret besteht Unsicherheit darüber, ob die Beschwerde bereits gegen den *ersten* Vor- oder Zwischenentscheid des Schiedsgerichts zu erheben ist (und zwar unabhängig von dessen Gegenstand), da ein derartiger Entscheid die Kompetenz und Funktionalität des Schiedsgerichts zwangsläufig impliziert, oder ob erst ein *expliziter* Vor- oder Zwischenentscheid zur Frage der Zuständigkeit oder Zusammensetzung anzufechten ist.

Das Bundesgericht hatte sich – vor Inkrafttreten des BGG – in zwei Entscheiden aus den Jahren 2000[125] und 2003[126] für die erstere Variante entschieden. In der Lehre ist umstritten, ob diese Rechtsprechung auch heute noch gilt. Umstritten ist insbesondere, ob das Bundesgerichtsgesetz (BGG) die Frage für das Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit beantwortet.

2. Gesetzliche Grundlagen

Die zulässigen Beschwerdegründe gegen Vor- und Zwischenentscheide internationaler Schiedsgerichte sind grundsätzlich in Art. 190 Abs. 3 IPRG geregelt, während sich gemäss Art. 191 IPRG das Verfahren nach Art. 77 BGG richtet.

---

[124] Von der genannten Anfechtungsmöglichkeit bzw. -obliegenheit zu unterscheiden ist die Pflicht der Parteien, die Einrede der Unzuständigkeit vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben (Art. 186 Abs. 2 IPRG) und das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes unverzüglich geltend zu machen (Art. 180 Abs. 2 IPRG).

[125] Urteil Nr. 4P.168/1999 vom 17.02.2000.

[126] BGE 130 III 76 vom 18. September 2003.

Gemäss Art. 92 Abs. 1 BGG (der mangels Erwähnung in Art. 77 Abs. 2 BGG grundsätzlich auch auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit Anwendung findet) ist die Beschwerde ans Bundesgericht gegen *„selbständig eröffnete"* Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit[127] und über Ausstandsbegehren[128] zulässig. Die französische Fassung des BGG spricht von *„décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiés séparément et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation."*

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass bereits Art. 87 Abs. 1 OG[129] (welcher vom Bundesgericht bis 2003 auf das Verfahren zur Anfechtung internationaler Schiedssprüche angewandt wurde[130]) die Anfechtung nur für *„selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren" („décisions préjudicielles et incidentes sur la compétence et sur les demandes de récusation, prises séparément")* vorgesehen hatte.

Hinzuweisen ist sodann auf die Regelung von Art. 180 Abs. 3 IPRG, welche bestimmt: *„Soweit die Parteien das Ablehnungsverfahren nicht geregelt haben, entscheidet im Bestreitungsfalle der Richter am Sitz des Schiedsgerichts endgültig."* Zuständig für die Beurteilung von Ablehnungsbegehren ist mithin nicht das Bundesgericht, sondern der kantonale *Juge d'appuis*. Nach der (in der Lehre umstrittenen[131]) Praxis des Bundesgerichts ist die Endgültigkeit des Entscheides gemäss Art. 180 Abs. 3 IPRG dahingehend zu verstehen, dass sie auch eine spätere Überprüfung des Ablehnungsentscheides des kantonalen Richters im Rahmen der Anfechtung des Schiedsgerichtsentscheides ausschliesst[132]. Haben die Parteien das Ablehnungsverfahren indessen selbst geregelt, steht gegen den Ablehnungsentscheid eines von den Parteien ernannten Gremiums *indirekt* der Rekursweg von Art. 190 Abs. 2 lit. a

---

127 Entscheide, welche die Zuständigkeit *verneinen*, sind als Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG anzusehen und deshalb anfechtbar; vgl. BSK-BERTI/SCHNYDER, N 86 zu Art. 190 IPRG; BSK-UHLMANN, N 6 zu Art. 92 BGG.

128 Entscheide über den Ausstand stellen immer Vor- oder Zwischenentscheide dar; BSK-UHLMANN, N 9 zu Art. 92 BGG sowie Urteil Nr. 9C_149/2007, E. 1 vom 04.06.2007.

129 In der Fassung vom 8. Oktober 1999; AS 2000 416 418; BBl 1999 7922.

130 BGE 130 III 66 E.4.3.

131 Vgl. zum Meinungsstand BSK-PETER/BESSON, N 36 zu Art. 180 IPRG.

132 BGE 128 III 330, 332.

IPRG offen, indem ein späterer Schiedsentscheid wegen der Mitwirkung eines ablehnbaren Schiedsrichters beim Bundesgericht angefochten werden kann[133].

3. Botschaft zum BGG

Die Botschaft zum BGG[134] hält fest:

> „Die Zulässigkeit der Beschwerde setzt [...] voraus, dass der Vor- oder Zwischenentscheid selbstständig eröffnet worden ist. Es reicht beispielsweise nicht, dass die Vorinstanz stillschweigend ihre Zuständigkeit anerkannt hat, sondern sie muss über diese vorentscheidende Frage einen formellen Entscheid fällen und diesen den Parteien eröffnen."

4. Praxis des Bundesgerichts

Im Entscheid Nr. 4P.168/1999 vom 17.02.2000 führte das Bundesgericht aus:

> „Es entspricht dem allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz, dass gerichtsorganisatorische Fragen ihrer Natur nach vor der Weiterführung des Verfahrens endgültig zu erledigen sind [...] Aus dem Zweck von Art. 190 Abs. 3 IPRG ergibt sich somit, dass die Rüge der vorschriftswidrigen Zusammensetzung des Gerichts gegen den ersten Entscheid des Schiedsgerichts zu erheben ist, mit dem es *explizit oder implizit* über seine *Zusammensetzung* entscheidet"[135].

Im Entscheid BGE 130 III 76 vom 18. September 2003 hielt das Bundesgericht sodann fest:

> „Mit den in Art. 190 Abs. 3 IPRG genannten Rügen sind auch schiedsgerichtliche Zwischenentscheide anfechtbar, die nicht ausdrücklich dessen *Zusammensetzung* und *Zuständigkeit*, sondern eine andere formelle oder materielle Vorfrage zum Gegenstand haben, weil das Gericht mit deren Erlass seine rechtmässige Funktionalität *implizite* bejaht. Aus der genannten Anfechtungsobliegenheit folgt sodann,

---

133 BGE 122 I 370 E. 2d.

134 Botschaft BGG, 4333.

135 Der Entscheid war *„par identité de motifs"* auch auf die implizite Bejahung der Zuständigkeit anwendbar; vgl. POUDRET, Recours, 694 Fn. 125.

> dass jeweils der erste selbständige Zwischenentscheid des Schiedsgerichts anzufechten ist“[136].

Das Zitat erweckt zumindest auf den ersten Blick den Eindruck, das Bundesgericht habe damit seine bisherige Praxis klar bestätigt und sogar ausdrücklich auf Fälle der fehlenden *Zuständigkeit* ausgedehnt. Allerdings hält das Gericht unmittelbar nach dem obigen Zitat fest:

> „Diese Auffassung ist in der Literatur nicht unwidersprochen geblieben. Es wird namentlich die Auffassung vertreten, aufgrund einer historischen Gesetzesauslegung sollten nach Art. 190 Abs. 3 IPRG ausschliesslich Zwischenentscheide anfechtbar sein, welche ausdrücklich zur Zusammensetzung oder Zuständigkeit des Schiedsgerichts ergehen.“

In den anschliessenden Erwägungen befürwortet das Gericht zwar eine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten gegen Vor- und Zwischenentscheide, es äussert sich indessen nicht zur Frage, ob die Anfechtbarkeit voraussetzt, dass das Schiedsgericht ausdrücklich über seine Zusammensetzung oder seine Zuständigkeit entschieden hat.

Seit Inkrafttreten des BGG hatte sich das Bundesgericht mit der Frage, ob Art. 92 BGG seine bisherige Praxis in Frage stelle, nicht auseinanderzusetzen. Immerhin führte es in einem Entscheid vom 22. Januar 2008[137] über eine Beschwerde gegen den Entscheid eines internationalen Schiedsgerichts aus:

> „Gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit ist die Beschwerde zulässig (Art. 92 Abs. 1 BGG). Diese Entscheide können gemäss Art. 92 Abs. 2 BGG später nicht mehr angefochten werden.“

Aus der zitierten Erwägung geht zumindest hervor, dass das Bundesgericht von der Anwendbarkeit des Art. 92 BGG auf internationale Schiedsverfahren ausgeht.

---

136 BGE 130 III 76 E.3.2.1.

137 Urteil Nr. 4A_468/2007 E. 4.

In einem Entscheid vom 21. Februar 2008[138] hatte ein Schiedsgericht (das *Tribunal Arbitral du Sport*) im Jahr 2005[139] einen Entscheid gefällt, dem das Bundesgericht in seiner späteren Beurteilung einen *„caractère hybride"* attestierte, weil der Entscheid bezüglich bestimmter Punkte einen Teilentscheid darstellte, bezüglich anderer (darunter die vertragliche Haftung des Beschwerde führenden Fussballspielers gegenüber seinem Verein) einen Vor- oder Zwischenentscheid. Nachdem der Beschwerdeführer den betreffenden Entscheid nicht angefochten hatte, rekurrierte er gegen das im Jahr 2007 ergangene Endurteil und machte geltend, das TAS sei gar nicht zuständig. Das Bundesgericht führte in seinem Urteil zunächst aus (E. 2.3.1; Hervorhebungen durch den Verfasser):

> „Les sentences préjudicielles ou incidentes ne peuvent être attaquées, en vertu de l'art. 190 al. 3 LDIP, que pour les deux motifs énoncés à l'art. 190 al. 2 let. a (composition irrégulière du tribunal arbitral) et b (compétence ou incompétence du tribunal arbitral) LDIP (ATF 130 III 755 consid. 1.2.2 p. 162). *A vrai dire, il ne s'agit pas seulement d'une faculté accordée aux parties, mais bien d'une obligation sanctionnée par la forclusion* (ATF 130 III 66 consid. 4.3 p. 75; 121 III 495 consid. 6d p. 502 et les références). *Il a été jugé, sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, qu'un recours immédiat doit être exercé non seulement lorsque la sentence incidente porte sur la question de la compétence ou de la régularité de la constitution du tribunal arbitral, mais aussi lorsqu'elle tranche une autre question préjudicielle; dans ce cas, en effet, le tribunal admet implicitement sa compétence et la régularité de sa composition* (ATF 130 III 76 consid. 3.2.1 p. 80, 2ème tiret et l'arrêt cité; dans le même sens, cf. Besson, Le recours, p. 10, n. 21; Berger/Kellerhals, op. cit., n. 1535; Kathrin Klett, Commentaire bâlois, n. 4 ad art. 77 LTF).

Ohne sich explizit auf die zitierte Erwägung zu beziehen, entschied das Bundesgericht an späterer Stelle im gleichen Entscheid (E. 4.2):

> „*Le recourant aurait [...] dû exercer immédiatement un recours de droit public, au sens de l'art. 85 let. c OJ, contre cette première sentence, sous peine de forclusion, s'il entendait dénier au TAS la compétence de le condamner personnellement à indemniser l'intimé.* Ne l'ayant pas fait, il n'est plus recevable à soulever le moyen pris de

---

138 Urteil Nr. 4A_370/2007.

139 Der Entscheid erging noch vor Inkrafttreten des BGG, womit sich auch die Pflicht des Beschwerdeführers, den Entscheid anzufechten, noch nicht nach dem BGG richten konnte.

l'incompétence de ce tribunal arbitral dans le cadre de son recours en matière civile dirigé contre la sentence finale du 17 juillet 2007".

5. Stellungnahmen in der Literatur

a) Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des BGG

Unterschiedliche Auffassungen werden zum Entscheid BGE 130 III 76 vertreten: Ein Teil der Lehre[140] interpretiert den Entscheid in dem Sinne, dass das Bundesgericht an der Anfechtbarkeit von Entscheiden festgehalten habe, welche die korrekte Zusammensetzung des Gerichts oder dessen Zuständigkeit zwar nicht explizit feststellen, diese aber implizit bejahen.

Etwas ganz anderes liest WIRTH[141] aus dem zitierten Entscheid. Aus der *„bundesgerichtlichen Umschreibung des Anfechtungsobjekts"* leitet er ab, dass die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht mehr gelte. Aus seiner Sicht sind Vor- und Zwischenentscheide im Lichte von BGE 130 III 76 nur noch selbständig anfechtbar, wenn sie spezifisch die Zusammensetzung oder Zuständigkeit des Schiedsgerichts betreffen.

b) Zur Rechtslage nach Inkrafttreten des BGG

Nach dem Wortlaut von Art. 92 BGG sind *„selbständig eröffnete Vor- oder Zwischenentscheide"* mit Beschwerde ans Bundesgericht anfechtbar. Gemäss VON WERDT[142], welcher wörtlich die entsprechende Formulierung aus der Botschaft zum BGG[143] übernimmt, gilt ein Entscheid nicht als selbständig eröffnet, wenn *„die Vorinstanz stillschweigend ihre Zuständigkeit anerkannt hat, sondern sie muss über diese vorentscheidende Frage einen formellen Entscheid fällen und diesen den Parteien eröffnen."*

---

140 BERGER/KELLERHALS, 538, Fn. 24; BESSON, Recours, 10 ff.; POUDRET, Recours, 694.

141 BSK-WIRTH, N 28 zu Art. 188 IPRG.

142 BK-VON WERDT, N 5 zu Art. 92 BGG.

143 Botschaft BGG, 4333.

UHLMANN[144] teilt diese Ansicht und verweist ebenfalls auf die Botschaft zum BGG. Er zitiert sodann aus einem früheren Urteil des Bundesgerichts, welches von Entscheiden gesprochen habe, *„die [...] äusserlich als Zwischenentscheide zu betrachten sind“*[145]. Bei impliziten Entscheiden über die Zuständigkeit oder die rechtmässige Zusammensetzung fehle es an der *„Äusserlichkeit.“*

KLETT[146] (als Bundesrichterin wohl nah an der Praxis) hält dafür, Vor- und Zwischenentscheide müssten *„bei Gefahr der Verwirkung der entsprechenden Rügen nach der Praxis sofort angefochten werden,“* auch wenn sie weder die Zuständigkeit noch ein Ausstandsbegehren zum Gegenstand hätten. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben.

WIRTH[147] sieht sich durch die Formulierung von Art. 92 Abs. 1 BGG in seiner bereits vor Inkrafttreten des BGG vertretenen Ansicht bestätigt, dass Vor- und Zwischenentscheide nur noch dann selbständig anfechtbar sind, wenn sie spezifisch die Zusammensetzung oder Zuständigkeit des Schiedsgerichts betreffen. Dies entspreche dem Ziel der Straffung der Rechtsmittel im internationalen Schiedsgerichtswesen. Ausserdem sprächen auch verfahrenspraktische Überlegungen für eine derartige Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten. Es sei *„schwer vorstellbar, wie das Bundesgericht eine Zuständigkeitsrüge, die z.B. gegen einen schiedsgerichtlichen Vorentscheid über das anwendbare Recht erhoben wird, beurteilen können sollte, wenn die Zuständigkeitsfrage vorher weder von den Parteien durchplädiert noch vom Schiedsgericht behandelt worden ist.“*

Auch KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI[148] sind der Ansicht, die Formulierung von Art. 92 BGG schliesse die Anfechtung impliziter Entscheide über die Zuständigkeit und die Zusammensetzung aus, *„ce qui constitue à l’évidence une amélioration du point de vue de la sécurité juridique.“*

POUDRET befürwortet nach wie vor die Anfechtung von nicht selbständig eröffneten Vor- und Zwischenentscheiden. Er befürchtet zwar, die Formulie-

---

144 BSK-UHLMANN, N 5 und Fn. 25 zu Art. 92 BGG.

145 BGE 115 Ia 311, 313 E. 2a.

146 BSK-KLETT, N 4 zu Art. 77 BGG.

147 WIRTH, Gesetzgebung, 6.

148 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, 306 sowie Fn. 336.

rung von Art. 92 Abs. 1 BGG könne dazu führen, dass das Bundesgericht seine bisherige Praxis aufgebe[149]; er ist indessen wie BESSON[150] der Ansicht, die Art. 90-94 BGG seien auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gar nicht anwendbar, da *„les recours en matière d'arbitrage international sont régis de manière autonome par la LDIP*[151]*."* Dies gelte umso mehr, als nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung die gesamten Art. 90-98 BGG (und somit auch Art. 92 BGG) auf die Einheitsbeschwerde gegen Schiedsentscheide nicht mehr anwendbar seien.

6. Diskussion

a) Sinngehalt von Art. 92 Abs. 1 BGG

Angesichts der eindeutigen Feststellung in der Botschaft zum BGG (vgl. das Zitat bei Fn. 134) ist kaum in Zweifel zu ziehen, dass im Anwendungsbereich von Art. 92 BGG nur solche Vor- und Zwischenentscheide direkt angefochten werden können, welche sich explizit zur Frage der Zuständigkeit oder Zusammensetzung des Gerichts äussern. Selbst von denjenigen Autoren, welche die bisherige Praxis des Bundesgerichts auch heute angewandt wissen wollen, wird dies nicht wirklich in Zweifel gezogen.

b) Interpretation der Rechtsprechung

Die von WIRTH vertretene Ansicht, das Bundesgericht habe im Entscheid BGE 130 III 76 noch vor dem Erlass des BGG von der im Entscheid Nr. 4P. 168/1999 begründeten Praxis Abschied genommen[152], verfängt indessen nicht. Die Erwägungen im oben (bei Fn. 138) zitierten Entscheid Nr. 4A_ 370/2007 lassen keinen anderen Schluss zu, als dass das Bundesgericht jedenfalls in Bezug auf Entscheide, welche vor Inkrafttreten des BGG ergangen sind, an seiner bisherigen Praxis festhält. Art. 92 Abs. 1 BGG steht damit offenkundig in einem Spannungsverhältnis zur bisherigen Praxis des Bundesgerichts. Dem Bundesgericht dürfte dies bei der Redaktion des letztge-

---

149 POUDRET, Particularismes, 127 f.; vgl. auch POUDRET/BESSON, 2. Auflage, 711.

150 BESSON, Recours, 11.

151 POUDRET, Recours, 694, Fn. 128.

152 BSK-WIRTH, N 28 zu Art. 188 IPRG.

nannten Entscheids durchaus bewusst gewesen sein; wohl gerade deshalb stellte es klar, die genannte Praxis sei *„sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire"* entstanden.

c) Anwendbarkeit von Art. 92 Abs. 1 BGG auf internationale Schiedsverfahren

Damit stellt sich auch bei Art. 92 Abs. 1 BGG die Frage, ob die Bestimmung auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit überhaupt anwendbar ist. Ohne explizit dazu Stellung zu nehmen, hat das Bundesgericht diese Frage in jüngster Zeit *obiter* bejaht (vgl. dazu den bei Fn. 137 zitierten Entscheid).

Art. 92 BGG ist in der Liste der im internationalen Schiedsverfahren nicht anwendbaren Bestimmungen (Art. 77 Abs. 2 BGG) nicht enthalten. Damit spricht der Wortlaut des Gesetzes klar für die Anwendbarkeit der Bestimmung. Es gibt keinen Grund, davon auszugehen, der Gesetzgeber des BGG habe den Sinngehalt von Art. 77 Abs. 2 BGG – und insbesondere die Nichtnennung von Art. 92 BGG in jenem Artikel – nicht gewollt.

Dass mit dem Erlass des BGG inskünftig auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nur noch selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide direkt würden angefochten werden können, war der Expertenkommission bekannt, hatte doch POUDRET bereits in einem Aufsatz aus dem Jahr 2002[153] darauf hingewiesen, und wurde dieser Hinweis wohl auch in der darauf folgenden (die Bemerkungen POUDRETS aufnehmenden) Eingabe der ASA ans Bundesamt für Justiz[154] wiederholt. Eine Aufnahme von Art. 92 Abs. 1 BGG (bzw. Art. 87 Abs. 1 E-BGG) in den Katalog von Art. 77 Abs. 2 BGG wurde von der ASA indessen gerade nicht gefordert[155]. Auch in der Folge war der Umstand, dass in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz nur noch selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide würden angefochten werden können, immer wieder Thema in einschlägigen Publikationen[156].

---

153 POUDRET, Projet, 10.

154 Vgl. den Hinweis in POUDRET, Recours, 671.

155 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, 303, Fn. 326.

156 BESSON, Recours, 10; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, 306 sowie Fn. 336; POUDRET, Particularismes, 127.

Der Blick auf den Entwurf für die Schweizerische Zivilprozessordnung aus dem Jahr 2006[157] legt nahe, dass jedenfalls der Gesetzgeber *der gesamtschweizerischen ZPO* dazu tendiert, die Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden nicht davon abhängig zu machen, ob über die Zusammensetzung oder die Zuständigkeit explizit entschieden wurde. Der Entwurf sieht (für die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit) in Art. 390 lit. b E-ZPO[158] vor, dass Zwischenschiedssprüche *„aus den in Artikel 391 Buchstaben a und b genannten Gründen"* anfechtbar seien. Davon, dass nur selbständig eröffnete Entscheide anfechtbar seien, ist keine Rede. Vielmehr heisst es in Art. 391 E-ZPO, ein Schiedsspruch könne angefochten werden, *„wenn die Einzelschiedsrichterin oder der Einzelschiedsrichter vorschriftswidrig ernannt oder das Schiedsgericht vorschriftswidrig zusammengesetzt worden ist, [oder] sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder für unzuständig erklärt hat."* Für die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit dürfte dies bedeuten, dass die Anfechtbarkeit unabhängig davon gegeben ist, ob der Entscheid zur Zusammensetzung oder zur Zuständigkeit selbständig eröffnet wurde. Vor allem aber sieht der Entwurf vor, dass im Zuge des Inkrafttretens der neuen gesamtschweizerischen ZPO Art. 77 Abs. 2 BGG in dem Sinne zu ändern sei, dass die *gesamten* Art. 90-98 BGG (und somit auch Art. 92 BGG) auf die Einheitsbeschwerde gegen (nationale *und* internationale) Schiedsentscheide nicht mehr anwendbar sein sollen[159]. Ein weiteres Indiz ist der in der Botschaft des Bundesrates zur schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006 enthaltene Verweis[160] auf *„die Praxis zu Artikel 190 IPRG"* sowie den Entscheid BGE 130 III 76.

Dennoch ist damit für die Auslegung des BGG nichts gewonnen. Der Wille des aktuellen Gesetzgebers der gesamtschweizerischen ZPO kann nicht an die Stelle desjenigen des historischen Gesetzgebers des BGG gesetzt werden.

Es kann auch nicht argumentiert werden, dass sich die Verhältnisse seit Erlass des BGG in einem Masse gewandelt hätten, dass die wortgetreue Anwendung von Art. 77 Abs. 2 i.V.m. Art. 92 Abs. 1 BGG rechtsmissbräuchlich wäre.

---

157 E-ZPO, BBl 2006, 7423 f.

158 Art. 390 E-ZPO, BBl 2006, 7506.

159 Anhang zur E-ZPO, BBl 2006, 7510 f.

160 Botschaft ZPO, BBl 2006, 7405.

Das oben[161] zur Anwendung von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG in internationalen Schiedsverfahren Ausgeführte gilt sinngemäss auch hier. Dies umso mehr, als im Falle von Art. 92 Abs. 1 BGG kaum denkbar ist, dass sich der Gesetzgeber über den aktuellen Stand der bundesgerichtlichen Praxis getäuscht hätte. Der grundlegende Entscheid Nr. 4P.168/1999[162] erging am 17. Februar 2000, also deutlich *vor* der Publikation des E-BGG. Zu einer korrigierenden Auslegung von Art. 77 Abs. 2 und Art. 92 Abs. 1 BGG besteht mithin kein Anlass.

d) Fazit

Art. 92 Abs. 1 BGG ist auf internationale Schiedsverfahren anzuwenden. Damit können (und müssen) Vor- und Zwischenentscheidungen eines internationalen Schiedsgerichts nur dann direkt und umgehend angefochten werden, wenn sie spezifisch die Zusammensetzung oder Zuständigkeit des Schiedsgerichts betreffen.

Auch hier liegt indessen der Entscheid letztlich beim Bundesgericht. Bis dieses die Frage entschieden hat, ist einer beschwerten Partei nicht anzuraten, von der Anfechtung bereits des ersten impliziten Entscheides über die Zuständigkeit oder die Zusammensetzung des Gerichts abzusehen[163].

---

161 Vgl. vorgehenden Abschnitt VI.5.b).

162 Vgl. das Zitat bei Fn. 135.

163 Vgl. das Zitat von KLETT bei Fn 146.

IX. Abschliessende Bemerkungen

Die in der vorliegenden Arbeit aufgeworfenen Fragen hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden internationaler Schiedsgerichte mit Forum in der Schweiz harren einstweilen noch einer verbindlichen Klärung. Dass es nicht gelungen ist, im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege zu eindeutigen Antworten zu gelangen, ist zwar bedauerlich, aber vorderhand hinzunehmen.

Eine Klärung kann einerseits auf gesetzgeberischem Weg erfolgen. Die im Rahmen des Erlasses einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung geplante Anpassung des BGG ist ein erster Schritt dazu. Allerdings ist derzeit noch nicht klar, wann das neue Gesetz in Kraft treten wird; zudem ist selbst bei Einhaltung des Zeitplans, den sich das Eidgenössische Justizdepartement gesetzt hat, nicht mit einem Inkrafttreten vor 2010 zu rechnen[164]. Die Schaffung des BGG hat zudem gezeigt, dass Fragen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen der laufenden Justizreform keine sehr hohe Priorität haben, nicht zuletzt wohl auch deshalb, weil dem Bundesgericht in diesem Bereich seit jeher eine federführende Rolle zugestanden wird. Entsprechend sind von Seiten des Gesetzgebers auch kaum Debatten zu den hier aufgeworfenen Fragen und entsprechende detaillierte Regelungen zu erwarten.

Die Hauptlast der zu leistenden Klärungsarbeit wird somit weiterhin beim Bundesgericht liegen, welchem als einziger Beschwerdeinstanz (jedenfalls faktisch) auch die entsprechende Kompetenz zukommt. Ein klärendes höchstrichterliches Wort zur Frage, ob und inwieweit das Bundesgericht an seiner bisherigen Praxis zur Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden festhält, tut Not. Das Bundesgericht neigt indessen dazu, jeweils nur gerade diejenigen rechtlichen Fragen zu entscheiden, die im betreffenden Einzelfall von Relevanz sind; darüber hinausgehende Stellungnahmen zu einem ganzen Themenkreis bilden die Ausnahme. Interessierte Kreise – und insbesondere Parteivertreter in schiedsgerichtlichen Verfahren – werden deshalb weiterhin die Praxis des Bundesgerichts laufend verfolgen und darauf warten müssen, ob in einer bestimmten Teilfrage ein einschlägiger Entscheid ergeht.

---

[164] Amtliches Bulletin 2007, 502.

Was den praktischen Umgang mit den bestehenden Unsicherheiten angeht, so führt kein Weg (jedenfalls kein sicherer) daran vorbei, dass von einem Vor- oder Zwischenentscheid beschwerte Parteien diesen auch mit solchen Rügen anfechten, deren Zulässigkeit fraglich ist, und dass sie dies umgehend (d.h. innert 30 Tagen seit Eröffnung des Entscheids) tun, jedenfalls sofern die Möglichkeit besteht, dass ihr Anfechtungsrecht andernfalls verwirkt.