

EUGEN BUCHER :

Gegen die Erstreckung der Zuständigkeit der Schiedsgerichte auf klauselfremde Verrechnungsforderungen

Will in einem Schiedsverfahren der Beklagte eine Gegenforderung zur Verrechnung stellen oder gar Widerklage erheben, stellt sich die Frage, ob das Schiedsgericht im Falle fehlender Schiedsklausel soll über diese Gegenforderung entscheiden können. Das Konkordat verneint die Frage und ordnet in Art. 29 Sistierung des Schiedsverfahrens an bis zur Entscheidung des zuständigen Gerichts über die Gegenforderung. Umgekehrt wird seit je von der Zürcher Handelskammer, jetzt aber, wie der Vortrag der Referenten darlegt, auch im *Entwurf zu einer schweizerischen ZPO* die Zuständigkeitsfrage bejaht. Professor POUURET hat sich in seinem Referat zu dieser Lösung bekannt und gegenüber den in der Diskussion erhobenen Bedenken die Angelegenheit als eine *question de foi* bezeichnet. Die von BUCHER erhobenen Einwendungen waren, in Stichworten zusammengefasst, die folgenden:

- Die vorgeschlagene Erstreckung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts über den in der Schiedsklausel definierten Bereich hinaus ist nicht zu vereinbaren mit der heute europaweit herrschenden Auffassung, dass jegliche richterliche Entscheidung einer zuständigkeitsbegründenden rechtlichen Grundlage bedarf. Die im Entwurf vorgesehene Regel beraubt den Gläubiger der Verrechnungs- oder Widerklageforderung der für deren Beurteilung zuständigen Gerichtsbarkeit. Damit wird der auf Gesetzes- oder Verfassungsebene (in der Schweiz BV Art.30/I) gewährleistete *Anspruch auf den angestammten Richter verletzt*.

- Im *Ausland* wird die vorgeschlagene Lösung nirgends verwirklicht und insbesondere im deutschsprachigen Ausland einhellig *abgelehnt*¹. Sie würde ausserhalb der Schweiz als helvetischer Versuch interpretiert, möglichst viele ausländische Verfahren in die Schweiz zu ziehen und unerachtet fehlender Schiedsklausel dortiger Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen. Sie wäre für den Schiedsplatz Schweiz eine schlechte Empfehlung.

- Wenn man Schiedsgerichte zur Beurteilung von Verrechnungsforderungen zuständig erklärt, welche der ordentlichen staatlichen Gerichtsbarkeit unterstellt sind, muss Gleiches auch im entgegengesetzten Falle gelten: *Staatliche Gerichte* werden zuständig zur Beurteilung von *Verrechnungsforderungen*, welche einer *Schiedsklausel* unterliegen. Dies Ergebnis ist schlecht verträglich mit der grundlegenden Regel, dass Schiedsklauseln vor jedem staatlichen Gericht eine Unzuständigkeitseinrede begründen: Was die Parteien vertraglich einem Schiedsgericht unterstellt haben, darf von staatlichen Gerichten nicht an die Hand genommen werden. Weshalb dies bei kompensationsweiser statt klageweiser Geltendmachung eines Anspruchs anders sein soll, wird niemand zu erklären vermögen. Das Ergebnis, dass der Kläger, der vor dem staatlichen Richter zu klagen hat, gegen seinen Willen vor diesem auch sich gegen eine schiedsklauselunterworfenen Forderung soll verteidigen müssen, ist genau so unerträglich wie der Zwang, vor einem Schiedsgericht über

¹ Vgl. KLAUS PETER BERGER, Die Aufrechnung im internationalen Schiedsverfahren, in RIW 1998, S. 426-432; GERHARD WAGNER, Die Aufrechnung im europäischen Zivilprozess, in IPRax 1999 S. 65-76; REINHOLD GEIMER in ZÖLLER, Zivilprozessordnung, 18.Aufl.1993, Rn. 54 zu D/ZPO § 1025; *ders.*, Internationales Zivilprozessrecht, 4.Aufl.2001, Rn. 3818. Alle mit weiteren Nachweisen.

eine staatlicher Gerichtsbarkeit unterliegende Forderung verhandeln zu müssen².

Anhangsweise sei der statistische Hinweis beigefügt, dass beide Regeln zusammengenommen eine *Verminderung der Schiedsverfahren* bewirken müssten, da wohl mehr schiedsklauselunterworfenen Forderungen der staatlichen Gerichtsbarkeit unterstellt würden als Normalforderungen der Schiedsgerichtsbarkeit.

- Allerdings trifft es zu, dass die hier abgelehnte Regel in *formellem Sinne dem materiellen Recht entspricht*. Denn nach Art. 124 OR (genau wie nach BGB §§ 388 und 389 oder auch der heutigen Praxis zum ABGB) setzt die Verrechnung die *Verrechnungserklärung* einer der beiden Forderungsberechtigten voraus, welche dann aber unmittelbar die Tilgung der sich entgegenstehenden Forderungen bewirkt und allein die grössere der beiden im Umfang ihres Ueberschiessens weiterbestehen lässt, deren Beurteilung nicht ohne die Prüfung beider Forderungen möglich ist. Die hier abgelehnte Konzeption ist daher an sich folgerichtig, genau wie es auch der von niemandem geliebte und daher zu beseitigende Art. 29 des Konkordats ist³. Auf der *Ebene des materiellen Rechts* ist dem jedoch entgegenzuhalten, dass im Bereich des Modells der Einredeverrechnung⁴ von den Gesetzgebern die Ausschlussgründe der Verrechnung nicht ernsthaft erwogen wurden und deshalb durch Doktrin und Gerichtspraxis nachgeschoben werden müssen. Dies gilt bereits in Fragen des materiellen Rechts⁵, erst recht aber im prozessrechtlichen Zusammenhang⁶. BUCHER vertritt die These, dass die Verrechnung von fremder Gerichtsbarkeit unterliegenden Forderungen bereits auf der Ebene des materiellen Rechts unzulässig ist und damit die hier besprochene Zuständigkeitsausweitung keine materiellrechtliche Grundlage besitzt. Aber selbst wenn man dem nicht zustimmen mag, folgt Gleiches aus zwingenden praktischen, sachbezogenen *prozessualen Ueberlegungen*. So denken jedenfalls die Prozessualisten Deutschlands und Oesterreichs, wenn sie sich gegen die Kompetenzausweitung kraft Kompensation aussprechen. Deren sachliche Einwände gelten nicht weniger auch hierzulande.

* * *

² Oder gar noch schlimmer: HANS W. FASCHING, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht*, Wien 1973, S.27, lehnt zwar Kompensation nicht schiedsklauselunterworfenen Forderungen vor Schiedsgerichten ab, will aber Verrechnung von der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellten Forderungen vor staatlichen Gerichten zulassen, dies offenbar, weil er die Legitimation staatlicher Gerichte für stärker etabliert hält als jene von Schiedsgerichten.

³ Das Konkordat mag inspiriert sein von der Regel *le juge de l'action est le juge de l'exception*. Eine *exceptio* liegt indessen hier nicht vor: Die sog. "Verrechnungseinrede" ist nicht (wie etwa die *exceptio non adimpleti contractus*) eine die Entstehung der Klageforderung hindernde Einrede, sondern umgekehrt die Behauptung deren Tilgung. Vgl. dazu etwa Motive zu E/BGB 1888 §§ 283 S.107: "Die Kompensationslage erzeugt also keine Einrede im materiellen Sinne, die vollzogene Kompensation erzeugt, wie die Zahlung, die materielle Einwendung, dass der Gläubiger befriedigt sei."

⁴ *Compensatio per exceptionem*, die in Gegensatz gestellt wird zur *ipso iure* eintretenden Kompensation, welche in den übrigen Rechtsordnungen kontinentaler Tradition vorherrscht (vgl. franz. CC Art.1291 Abs.1). Beide Modelle haben in IUSTINIANS Kaisererlass (Codex 4, 31, 14 pr.) ihr Vorbild. Das Zürcher PGB von BLUNTSCHLI (1855), §§ 1049 und 1052, hat als erste Kodifikation die Einredekompensation eingeführt, welche die nachfolgende Gesetzgebung des deutschen Sprachbereiches bestimmte: Dresdener Entwurf (1866) Art. 362, 372; aOR (1881/3) Art. 131; BGB §§ 387, 388. Sie fand auch Nachfolge in dessen Einflussbereich vorab des fernen Ostens.

⁵ Materiellrechtlich muss z.B. Kompensation ausgeschlossen sein gegenüber Ansprüchen aus *Zufalls-* wie auch der *Eingriffskondition* (gilt für das OR wie das BGB). Vgl. dazu BUCHER Fall Nr. 15 in Fallsammlung zum OR von BUCHER/WIEGAND, 3.Aufl.2001 [einsehbar <www.eugenbucher.ch> Nr.78].

⁶ Zum Verfahrensrecht: BUCHER, *Kompensation im Prozess etc.*, S. 97-137 in Festschrift für Reinhold Geimer, München 2002 [einsehbar <www.eugenbucher.ch> Nr.79].