

Was macht den Schiedsrichter?

Abschied vom »Schiedsrichtervertrag« – und Weiteres zu Prozessverträgen

Eugen Bucher

I. Prozess und Vertrag

Materielles Recht, vorab das hier interessierende Vertragsrecht, steht in einem problematischen Verhältnis zum Prozessrecht. In guten alten Zeiten waren die beiden untrennbar verbunden, besser: ein und dieselbe Sache. Das ist klar bei den Römern und in der romanistischen Tradition, wo man nicht an Rechte und Pflichten dachte, sondern allein von *actiones* sprach; auch die im Obligationenrecht vielleicht zu unrecht kaum beachtete germanische Rechtsüberlieferung wird vergleichbaren anspruchsbezogenen Habitus gehabt haben. Es war die Aufklärung, welche materielles Recht und Verfahrensrecht trennte. Dies das Glück der Prozessualisten, deren Stand durch die Abtrennung des Verfahrens vom materiellen Recht Selbständigkeit erlangte. Die Behandlung des Privatrechts durch dessen »Befreiung« vom Prozess mag einfacher, das sich ergebende Bild übersichtlicher geworden sein, aber kaum einer der Materieellrechtler spricht von den Nachteilen. Wie sollte man über Vor- und Nachteile eines Vorgangs nachdenken, der, da in langsamem Ablauf vollzogen, kaum ins Bewusstsein trat und niemals in seiner grundsätzlichen Bedeutung und Tragweite erkannt wurde? Kern der Veränderung ist, dass das Privatrecht infolge des Ausklammerns der Rechtsdurchsetzung aus der Betrachtung neuerdings *normativ* gesehen wird. Schön genug kann nun der *französische Code Civil* sagen: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi pour ceux qui les ont faites* (so Art. 1134/I; der aber nur *Domat* zitiert, welcher wohl seinerseits damals gängig werdende Formeln übernahm). Man spricht nicht mehr von den durch den Vertrag für jede der Parteien entstehenden Ansprüchen und Klagemöglichkeiten, sondern von Pflichten und den pflichtentsprechenden Rechten. Diese neue *manière de voir et dire* ist auf weiten Strecken angängig und unschädlich, hat aber seine Tücken: Verträge werden als Ganzes betrachtet und können nur als Ganzes gültig oder ungültig sein. So müssen nun plötzlich von Geschäftsunfähigen geschlossene Verträge *nichtig* sein (BGB § 105/I; CH/ZGB

Art. 18), was *stricto sensu* bedeutet, dass auch der Vertragsgegner mit Berufung auf die Geschäftsunfähigkeit seines Partners Nichtigkeit geltend machen kann. Niemand bestreitet, dass sachgerecht allein das *Zugestehen einer Einrede* an den zu Schützenden ist¹. Da nach selben Schema viel wichtigere Dinge fragwürdige Normierung erfahren, versuchte der Schreibende seine Zivilrechtslehrer-Kollegen in diesem Punkte kritisch zu stimmen². Das soll hier nicht weiter verfolgt werden. Die Liste der Nachteile der Trennung der Betrachtung von Rechtsinhalten und Verfahren liesse sich verlängern³.

Unerachtet der genannten Trennung von früher Zusammengehörendem strahlt das Vertragsrecht in weiteste Rechtsbereiche aus. So zu sehen im Völkerrecht wie auch im Zivilrecht ausserhalb des Obligationenrechts, wo überall ein vertragsrechtlicher Hintergrund besteht und vielen Regeln erst eine Grundlage verschafft. Nicht anders aber auch der Prozess, wo verfahrensrelevante Vereinbarungen der Parteien verschiedener Art vorkommen (Gerichtsstands- und andere Zuständigkeitsvereinbarungen bis hin zu den einen Prozess überhaupt untersagenden *pacta de non petendo*).

Ueberschneidungen von materiellem Recht und Verfahrensrecht gibt es allerdings sehr wohl⁴. Aber Klarstellung ist wünschbar, geboten die Suche nach

¹ In der Praxis wird das richtige Resultat erreicht durch Rückgriff auf BGB § 242 oder CH/ZGB Art. 2, welche gesetzlichen Generalklauseln gemeinhin als Schranke gegenüber Rechtsmissbrauch seitens der Bürger definiert werden, in Wahrheit aber oft (wie hier) Fehler der Gesetzgebung korrigieren. Der *Code Civil* ist vorausschauender; sein Art. 1125 lautet: *Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté* (Fassung 1968, sinngemäss jedoch so schon der CC von 1804).

² Bucher, Für mehr Aktionendenken, in AcP 186 (1986) S. 1–73 (Referat an der Zivilrechtslehrer-Tagung in Passau vom 30. 9. 1985 [www.eugenbucher.ch] Nr. 39)). Aufforderungen zum Umdenken werden indessen nicht gerne gehört. Die soeben überstehende BGB-Schuldrechtsreform setzt noch einen Zahn normativer Abstraktion zu: Die seit langem extralegal anerkannten und gesetzlich zu verankernden Schutzbehelfe der sog. *culpa in contrahendo* werden nicht durch Zuerkennung von Verletzungssanktionen erreicht, sondern durch Statuierung eines normativen Gebots kommerziellen Wohlverhaltens bei Vertragsverhandlungen (die Aufnahme von solchen löst gem. § 311/II Z. 1 aus eine Pflicht zu »Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils« i.S. von § 241/II). Das ist ein Obligationsbegriff bisher nicht bekannter Art.

³ So gibt *compensatio* (Aufrechnung, Verrechnung) fast allein im Rahmen von Gerichtsverfahren Probleme auf, denen man nur durch Blick zurück in die römische Vergangenheit gerecht werden kann. Fragen kommen besonders auch in Schiedsverfahren auf (etwa: Kann in einem solchen eine nicht der Schiedsklausel unterliegende Gegenforderung zur Verrechnung gestellt werden?). Dazu Bucher, in FS für R. Geimer, München 2002, S. 97–137 [www.eugenbucher.ch] Nr. 79].

⁴ Das *pactum de non petendo* als Ausschluss gerichtlicher Geltendmachung einer Forderung bezieht sich allein auf den Prozess, solchen nämlich verunmöglichend, soll aber in seinem Zweck oft genug materiellrechtlicher Natur sein. Deshalb wird in der Praxis meist von »Stundung« (sc. befristete Aufhebung der Fälligkeit und damit Suspendierung von Verzug und Verzugsfolgen) gesprochen, was aber meist *falsa demonstratio* ist, d.h. nicht dem Willen des »Stundenden« entspricht, wenn dieser unerachtet vorübergehenden Klageverzichts nicht auch auf Verzugszinsen und andere Verzugsanktionen verzichten will.

begrifflicher Unterscheidung zwischen den herkömmlichen schuldrechtlichen Verträgen und jenen, welche nicht die Substanz (Rechte und Pflichten der Parteien), sondern das Formale betreffen, d.h. die verfahrensrechtlichen Spielregeln der Anspruchsdurchsetzung. Letztere Vereinbarungen sollten auch terminologisch abgesondert werden. Hier wird vorgeschlagen der Terminus *Prozessvertrag* (ev. *Prozessualvertrag*) zur Bezeichnung von Abmachungen, welche nicht die gegenseitigen Verhaltens- und Leistungspflichten der Parteien als solche betreffen, sondern die Regeln der litiganten Auseinandersetzung über diese. Sie decken sich mit den Verträgen des materiellen Rechts bloß hinsichtlich der Konsens- und Geschäftsfähigkeitsvoraussetzungen, sind aber nicht den obligatorischen Verträgen i.S. von Verpflichtungsgeschäften zur Seite zu stellen, sondern gleichen eher den *Verfügungsgeschäften* (Sach- oder Forderungsübertragungen, Rechtsverzicht usw.), die ebenfalls keine Verhaltenspflichten schaffen, andererseits Verfügungsbefugnis des Verfügenden voraussetzen und diese Verfügungsbefugnis für die Zukunft inhaltlich verändern.

Das sei an Beispielen illustriert und auf das Schiedswesen angewendet. Das genannte *pactum de non petendo* verbietet dem Gläubiger nicht zu klagen, sondern nimmt ihm die Möglichkeit dazu. Falls er klagt, verletzt er nicht eine Pflicht, sondern auf seine Klage wird nicht eingetreten, wenn der beklagte Schuldner eine *exceptio pacti* erhebt. Beim *compromissum*, der *Schiedsabrede* oder *Schiedsklausel* genau so, auch sie schließt Klage vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit aus durch Gewährung einer prozesshindernden Einrede, und an Stelle der ausgeschlossenen staatlichen Gerichtsbarkeit wird eine Gerichtsbarkeit eigener Art installiert. Es mag zur Umschreibung der praktischen Auswirkungen angehen, von einer »Pflicht« der Parteien zu sprechen, ihre Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht auszutragen. Dies ist allein als Redensart in untechnischem Sinne zugänglich. Aber im deutschen Sprachraum sprechen manche Autoren ernsthaft von einer schuldrechtlichen, vertraglich begründeten Pflicht zur Durchführung und Abwicklung eines Schiedsverfahrens. Das ist ungeheuerlich und führt in die Irre, denn von schuldrechtlichen Pflichten im eigentlichen Wortsinn kann keine Rede sein. Die Schiedsabrede ist ein Verfügungsgeschäft, mit welchem die Parteien auf ihre angestammten Möglichkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit verzichten und diese durch die Behelfe des von ihnen gewählten Schiedsverfahrens ersetzen; Pflichten werden keine geschaffen. Von diesen Möglichkeiten Gebrauch zu machen ist niemals Pflichterfüllung, sondern erfolgt aus eigenem Antrieb und in eigenem Interesse. Das selbe gilt bei jedem einzelnen Verfahrensschritt: Die Konstituierung des Schiedsgerichts erfolgt, weil andere Gerichtsbarkeit nicht zur Verfügung steht, vor dem Schiedsgericht wird geklagt, weil man nur bei diesem überhaupt klagen kann. Und während des Verfahrens tragen die Prozesspartei ebenfalls keine schuldrechtlichen Pflichten; die Prozesshandlungen erfolgen nicht in Erfüllung solcher, sondern um prozessuale Nachteile zu vermeiden und Klageguthessung zu errei-

chen. Man mag ja von »Behauptungspflicht«, »Beweispflicht« u.dgl. sprechen, aber dies ist Slang und nicht wörtlich zu verstehen: Schuldrechtliche Pflichten sind ohne erfüllungsfordernden Gläubiger nicht denkbar, aber die andere Partei denkt nicht daran, vom Gegner Behauptungen oder Beweisführung zu fordern, sondern wünschte eher, dass solches unterbleibe.

II. Konstitutierung der Schiedsgerichte im allgemeinen

Am meisten Bedeutung haben Prozessverträge in der Schiedsgerichtsbarkeit. Diese ist per definitionem *Ausnahmegerichtsbarkeit*: Nach heute fast allenthalben geltender Norm stellt staatliche Gerichtsbarkeit die Regel dar, und jede Abweichung davon bedarf gesicherter rechtlicher Grundlage, die fast immer in einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien liegt. Ueber diese Schiedsklauseln, deren Gültigkeitsvoraussetzungen und möglichen Inhalte besteht denn auch abundante Literatur und Praxis.

Aber mit dem Vorliegen einer gültigen Schiedsvereinbarung ist noch nicht alles geleistet, was zur Installierung der gewählten Gerichtsbarkeit geleistet sein muss. Vor allem will das Gericht, sei dieses ein Einmann-Betrieb oder ein Kollektivum, erst noch gewonnen und ins Amt eingesetzt werden. Damit die Besetzung perfekt werden kann, müssen der oder die Richter zur Uebernahme der Aufgabe bereit sein. Bei dieser zu Beginn jedes Schiedsverfahrens sich stellenden Aufgabe bieten sich verschiedene Mechanismen an. Viele nehmen an, dass zur Konstituierung des Schiedsgerichts eine *vertragliche Vereinbarungen der Parteien mit dem oder den ins Amt zu berufenden Schiedsrichtern* in Betracht falle, ja sogar, dass derartige Vereinbarung der einzig mögliche Weg sei. Derartiger Vertrag hat auch bereits seinen Namen erhalten: »Schiedsrichtervertrag«.

Die Theorie der Schaffung und Installierung des für den Streitfall vertraglich vorgesehenen Schiedsgerichts durch Vertrag war im deutschen Sprachbereich bisher verbreitet, ja vorherrschend. Diesem Konzept wird hier entgegengetreten in doppelter Hinsicht: Zuerst die Feststellung, dass das Modell des Schiedsrichtervertrages vielleicht als deskriptives Deutungsmodell funktionierender Schiedsfälle angehen mag, niemals aber im Normalfall, d.h. dem konsequenten Widerstand eines der Beteiligten gegen die Konstituierung des Schiedsgericht. Sodann wird ergänzend auf die Besonderheiten der deutschen Zivilprozessordnung des Jahres 1877 und die durch sie ausgelöste Lehre vom Schiedsrichtervertrag hingewiesen, welches Konstrukt nun aber heute diesen entschuldigenden Hintergrund eingebüsst hat durch den Erlass der ZPO von 1997 (in Geltung seit 1.1.1999) und dem seither in Deutschland massgeblichen Modell der Schiedsgerichtsbarkeit.

III. »Schiedsrichtervertrag« als Konstituierungsgrund des Schiedsgerichts unbrauchbar

1. Vertragliche Einigung nicht erreichbar

Der bis heute in der deutschen Doktrin figurierende *Schiedsrichtervertrag* wird verstanden als der Vertrag, den die Prozessparteien des Schiedsverfahrens einerseits und die als Schiedsrichter zu installierenden Personen andererseits schliessen und welcher die Wirkung der Konstituierung des Schiedsgerichts (d.h. der Installation der Betroffenen als Schiedsrichter) haben soll⁵. Diese auf ersten Blick einleuchtende These erweist sich bei näherem Zusehen als unhaltbar. In Nebenpunkten und Sekundärproblemen mögen Vereinbarungen zwischen Parteien und Schiedsrichtern (hier »Prozessverträge«) angehen (dazu noch unten Zif.X)), im zentralen Punkt der *Konstituierung des Gerichts* und der *Ernennung der Schiedsrichter* sind Verträge zwischen Parteien und zu ernennenden Schiedsrichtern nicht brauchbar; derartiger Erfolg kann daher nicht von dem, was die gängige Doktrin als »Schiedsrichtervertrag« bezeichnet, abhängig gemacht werden.

Die These vom als gerichtskonstitutiv wirkenden Schiedsrichtervertrag beruht allerdings nicht auf einem klaren und allgemein akzeptierten Konzept, was die Auseinandersetzung erschwert. Aber eines müsste feststehen: Soll ein Vertrag das Schiedsverfahren zu einem solchen machen und die Schiedsrichter installieren, darf diese Wirkung nur dann eintreten, wenn an diesem gerichtskonstituierenden Vertrag alle Beteiligten gleichermaßen beteiligt sind; das Gericht muss von der Zustimmung aller getragen werden. Das impliziert die Notwendigkeit, dass die Parteien sich über die als Schiedsrichter zu bestimmenden Personen einigen und beide Parteien gemeinsam den sog. Schiedsrichtervertrag mit dem oder den zu bestellenden Schiedsrichtern schliessen⁶, die ihrerseits ebenso selbstverständlich Bereitschaft zur Amtsübernahme erklären müssen.⁷

⁵ Zur Dokumentation dieser Lehre darf auf das grundlegende Werk des Empfängers vorliegender Festschrift hingewiesen werden: *Schlosser*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, S. 377 ff., Rn. 490 und 491 und Hinweise in Fussnoten. Weitere Nachweise der Literatur und BGH-Judikatur: *Rolf A. Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl. 1993; *K. H. Schwab/Gerhard Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Systematischer Komm. ZPO, 4. Aufl. München 1990, Kap. 11.; *Günter Henn*, Schiedsverfahrensrecht, 2. Aufl. Heidelberg 1991, S. 63 ff.

Vgl. als Vertreter der Anhänger der Konzeption des konstitutiven Schiedsrichtervertrages *G. K. L. Real*, Schiedsrichtervertrag, Köln etc. 1983; *Stephan A. Vögt*, Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem und internationalem Recht, Aachen 1996; *Wolfram Müller-Freienfels*, Der Schiedsrichtervertrag in kollisionsrechtlicher Beziehung, in Festschrift für Ernst J. Cohn.

⁶ »Schiedsrichtervertrag« ist denn auch für einige Autoren *per definitionem* der von beiden Parteien mit den Schiedsrichtern geschlossene Vertrag; so etwa *K. H. Schwab/Gerhard Walter* (Fn. 5) Kap. 11. Andere sprechen kurzerhand von Verträgen, ohne die Möglichkeit der Ver-

Wenn man die genannte Forderung der vertraglichen Einigung der Parteien und der Richter übernimmt, verschwinden zwar die grundsätzlichen Bedenken gegenüber der Theorie des konstitutiven Schiedsvertrages, aber praktisch unbetrachbar bleibt sie immer noch. Denn jeder Kenner der Schiedsgerichtsbarkeit wird bestätigen, dass derartige schiedsgerichtliche *entente cordiale totale* die seltene Ausnahme darstellt, daher nur am Rande interessieren kann. Die Doktrin wie auch die Normierung hat sich am Regelfall, d.h. aber an Vorherrschen von Misstrauen und Abwesenheit von Einigungswillen zwischen den Beteiligten zu orientieren. Im Mittelalter war der Prozess ein möglicherweise mit Waffen ausgetragener Kampf. Auch wenn wir uns gewiss über die inzwischen eingetretene Zivilisierung der Sitten freuen, ist es nicht realistisch, das Schiedsverfahren, auch dieses ein Prozess, zu einem Akt liebevoller Verbrüderung zu stilisieren. Erste und wichtigste Aufgabe jeglichen Verfahrensrechts ist es immer noch, wirksame Durchführung des Verfahrens trotz Widerstandes widerstrebender Verfahrensgegner sicherzustellen.

Unter gutwilligen und wohlmeinenden Parteien sind Verfahrensregeln überhaupt überflüssig. Jegliche Regelung des Schiedsverfahrens, erfolge sie in Prozessgesetzgebung oder Verfahrensordnungen von Schiedsgerichts-Institutionen, hat daher vor allem anderen die Aufgabe, die Gefahr abzuwenden, dass der Beklagte der Durchführung des Verfahrens Schwierigkeiten in den Weg legt und dieses damit verunmöglicht, darüber hinaus dazu auch noch zu verhindern, dass die im Verlauf des Verfahrens Prozessverlust voraussehende Partei das Verfahren torpedieren und Urteilsfällung verhindern kann. Jeder Praktiker wird mit dem Schreibenden die Ansicht teilen, dass die beste der Verfahrensordnungen jene ist, die böswilligen Parteien am wenigsten Möglichkeiten der Sabotage bietet, während die Statuierung schönster Regeln zum Verfahren selber wenig Interesse hat und in keiner Weise die Qualität des Verfahrens gewährleisten oder auch bloß heben kann.

Die Figur des Schiedsrichtervertrags zur konstitutiven Voraussetzung des Schiedsgerichts zu machen scheitert bereits beim zentralen Element, der Ernennung des Einzelschiedsrichters, oder im Falle des mehrköpfigen Schiedsgerichts bei der Ernennung dessen Obmanns. Niemand wird den ernsthaft widerstrebenden Beklagten dazu bringen können, irgend einem Vorschlag des Klägers zuzustimmen oder gar mit dem Ausgewählten einen ihn zu schiedsrichterlicher Tätigkeit ermächtigenden und verpflichtenden Vertrag zu schliessen. Er wird sich umgekehrt bei einem Dreierschiedsgericht weigern, seinerseits einen

einbarung bloß zwischen einer Partei und einem Schiedsrichter zu erwähnen, so etwa *Henn* (Fn. 5).

⁷ Dabei mag allein offen bleiben, ob im Falle eines Mehrpersonengerichts die Gewählten ihre Zustimmung zu der Auswahl der neben ihnen zu ernennenden Personen geben sollen, oder ob umgekehrt gesonderte Anfrage an jeden von ihnen ohne Nennung der übrigen angeht.

Schiedsrichter zu benennen. Scheitert das Modell des Schiedsrichtervertrages bereits in diesen Kernpunkten der Konstituierung des Gerichts (Ernennung des Einzelschiedsrichters bzw. Obmanns, allenfalls der Bestellung des vom Beklagten zu ernennenden Parteirichters), erübrigen sich weitere Ueberlegungen, etwa jene, ob es beim mehrköpfigen Schiedsgericht zur Erlangung der Schiedsrichterqualität genüge, dass die Beisitzer nur je einen Vertrag mit der sie benennenden Partei haben oder ob umgekehrt auch ein Vertrag mit der Gegenpartei notwendig wäre.

Beim Scheitern der einvernehmlichen Bestellung des Schiedsgerichts wird Bestimmung des Einzelschiedsrichters, des Obmanns oder des vom Beklagten vorzuschlagenden Richters durch Dritte notwendig, sei dies ein staatliches Gericht, die Organe einer Schiedsgerichtsinstitution oder sonstige in der Schiedsklausel genannte Personen. Diese haben im Konzept des vertraglich zu bestellenden Schiedsgerichts keinen Platz, das Modell des »Schiedsrichtervertrages« scheidet bereits beim Ablauf, der den Normalfall darstellt. Aber das Konstrukt des Schiedsrichtervertrages ist nicht nur unrealistisch, sondern dort, wo verwirklicht, bedenklich: Wir geraten in Konflikt zu der kontinentalen Schiedsgerichtstradition, die zwischen Parteien und Gericht Distanz fordert und insbesondere Verhandeln oder gar Absprachen zwischen der Partei und dem von ihr vorgeschlagenen Parteirichter dem Grundsatz nach ablehnt. Mit dieser wohlbegründeten Forderung lässt sich schlecht vereinbaren das Konzept eines gerichtskonstitutiven Vertragsschlusses der beiden, denn Verhandeln über Notwendiges kann nur allzu leicht übergehen in Diskussionen über den Streitgegenstand und das ihm angeblich angemessenen Verfahren, was es strikte zu vermeiden gilt (ebenso sind zu verwerfen einseitige Vereinbarungen über den Status parteibenannter Richter; dazu noch Zif.X).

2. Aussichtslose argumentative Rettungsversuche

Um den Schiedsrichtervertrag als konstituierendes Modell zu retten, d.h. um über die Tatsache fehlender Kooperation des Beklagten hinwegzukommen, wurden verschiedenartige Konstruktionen vorgeschlagen. Im Vordergrund steht die Annahme einer *Stellvertretungsbefugnis* des Schiedsgerichtswilligen zu Lasten des widerstrebenden Partners. Diese wird aus einer in die Schiedsabrede der Parteien hineininterpretierte Vollmachterteilung abgeleitet, die naturgemäß unwiderruflich sein müsste. Derartige Unwiderruflichkeit steht in offenem Widerspruch zum allenthalben geltendem Stellvertretungsrecht und lässt sich auch in Deutschland durch BGB § 168 rechtfertigen, welche singuläre Ausnahmeregel nicht diese Tragweite hat⁸. Von einzelnen Autoren wird zur Erreichung

⁸ Bindungswirkung und Ausschluss des Widerrufs i.S. von § 168 ist allein denkbar im Rahmen inhaltlich bestimmter Bevollmächtigung, nicht aber, wie hier, bei offener, dem

des unerreichbaren Konsenses hinsichtlich der Ernennung von Einzelschiedsrichter bzw. Obmann und bezüglich des vom Beklagten zu benennenden Parteirichters gar die Fiktion einer »Verfahrensgesellschaft« aus dem Aermel geschüttelt: Demzufolge schliesst eine Schiedsvereinbarung die Parteien zu einer Personengesellschaft zusammen, die dem Gesellschafter Vertretungsbefugnis für den Mitgesellschafter (die Gegenpartei) einräumt, sodass die fehlende Zustimmung des Beklagten durch die Erklärung des Klägers ersetzt werden kann⁹. Andere Autoren schliesslich verzichten kurzerhand überhaupt auf die Konsenserklärung des Widerstrebenden¹⁰.

Die Dinge werden nicht besser, wenn man mit *Fasching* (für Oesterreich) unterscheidet zwischen der (als öffentlichrechtlich qualifizierten) *Bestellung* des Gerichts bzw. der Schiedsrichter einerseits und andererseits der Begründung der Handlungspflicht durch den Schiedsrichtervertrag¹¹; die Trennung von schiedsrichterlicher Handlungskompetenz und Handlungspflicht kann nicht helfen, da das eine ohne das andere keinen Sinn macht. Und auch bei diesem Modell würde der die Handlungspflicht begründende Schiedsrichtervertrag in aller Regel auf den Kläger beschränkt bleiben: Wie soll der Beklagte in einem Verfahren, das er mit guten oder schlechten Gründen ablehnt, das ihm Verlust, aber auch bei Obsiegen jedenfalls Aerger und Kosten bringen wird, einen das Gericht zum Handeln verpflichtenden Vertrag schliessen? Und wenn man öffentlichrechtliche Bestellung und privatrechtlich-vertragliche Verpflichtung als unabhängige, das eine möglicherweise ohne das andere bestehende Dinge betrachtet: Wie soll man Handlungskompetenz und Handlungspflicht unterscheiden, wie Sekundärfragen zuordnen? Wohin gehört die Geheimhaltungspflicht, wohin die Pflicht der Gehörs-gewährung usw.?

Es lohnt nicht, auf derartige Konstrukte einzugehen. Sie lassen sich weder mit dem Begriff des Vertrages noch den grundlegenden Prinzipien des Stellvertretungs- und Gesellschaftsrechts vereinbaren, sind vielmehr allein abstrus. Und ihren Anlass haben sie in überholten Modellen der Schiedsgerichtsbarkeit und

Bevollmächtigten Entscheidungsfreiheit belassender Vollmacht (sc. Auswahl des Vertragspartners, d.h. des zu ernennenden Schiedsrichters).

⁹ So etwa *Vögt* (Fn. 5) S. 6 f., 45 f.

¹⁰ So etwa *Walter J. Habscheid* in Festschrift für Hans W. Fasching (1988) S. 195 ff. und anderen Publikationen (jedoch ohne Bezugnahme auf das Konzept des Schiedsrichtervertrages dessen *Droit judiciaire privé suisse*, 2. Aufl. Genf 1981). Weitere Literaturnachweise bei *Schlosser* (Fn. 5) Rn. 491.

¹¹ *Hans W. Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 1990 S. 1076 Rn-2191: »Bestellung – Schiedsrichtervertrag. Um als Schiedsrichter tätig werden zu können, bedarf es der Bestellung zum Schiedsrichter. Durch die –öffentlichrechtlich zu beurteilende– Bestellung wird der hierfür vorgesehenen Person die Befugnis zur Ausübung des Schiedsrichteramtes übertragen; aus ihr leiten sich aber noch keine Pflichten zum Handeln und kein Entgeltanspruch ab. Erst der zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern ausdrücklich oder konkludent zustande kommende Schiedsrichtervertrag schafft zwischen Parteien und Schiedsrichtern unmittelbare Rechte und Pflichten.« (Auszeichnung im Original).

sind, wie hier zu zeigen ist, unter heute herrschenden Anschauungen und moderner Schiedsgerichtsgesetzgebung unnötig, ja mit ihnen nicht zu vereinbaren.

Der Empfänger vorliegender Festgabe widmet in seinem *magnum opus* über die Schiedsgerichtsbarkeit natürlich auch dieser Frage die gebotene Beachtung und verweist demnach auf die zur Zeit der Textredaktion (ende Achtzigerjahre) noch immer verbreitete Auffassung von der konstitutiven Wirkung des Schiedsrichtervertrages¹². Er vermerkt aber bereits damals insbesondere die ablehnende Position von *Calavros*¹³, die ihn auf weiten Strecken überzeugt¹⁴. Und sich der Behandlung der »Praktisch wichtige[n] Probleme[n] aus der Rechtsbeziehung zwischen Parteien und Schiedsrichtern« zuwendend sagt er (Rn.491 *in fine*) resigniert:

»Da das Konzept des Schiedsrichtervertrages weltweit unsere Denkgewohnheiten beherrscht, sei im folgenden gleichwohl dieses Konzept ausdifferenziert«.

Festzuhalten bleibt, dass gegenüber dem Stand der Gesetzgebung beim Verfassen dieser Formel die Revision des Schiedsrechts der deutschen ZPO eine neue Ausgangslage geschaffen hat, daher früher möglicherweise gebotene Rücksichtnahme entfällt. Hier soll, in ähnlichem Sinn wie auch der von *Schlosser* unter Zustimmung erwähnte *Calavros* bereits vor 15 Jahren, das Konstrukt des mit der Fundamentalfunktion der Konstituierung des Schiedsgerichts ausgestatteten Schiedsrichtervertrags als unhaltbar und überholt aufgezeigt (und im übrigen auch Lektüre von *Calavros* empfohlen) werden.

IV. Geschichtlicher Hintergrund

Schiedsgerichtsbarkeit reicht zurück bis in die Prähistorie und ist wohl älter als institutionalisierte Gerichtsbarkeit i.S. der uns heute vertrauten staatlichen Gerichte. Unerachtet der römischen Quellen und der vielenorts (so in der Schweiz und wohl auch in Oesterreich) ungebrochen weiter dauernden germanisch-lokalen Schiedsgerichtstradition herrschte seit der Aufklärung und bis hinein in das 20. Jahrhundert weit herum gegenüber diesem Institut Zurückhaltung, wenn nicht Ablehnung. Einer der Gründe dürfte in der damaligen Feudalstruktur liegen, bei denen die Feudalherren ihre eigene Gerichtsbarkeit gegenüber fremder

¹² *Schlosser* (Fn. 5) Rn. 491.

¹³ *Constantin Calavros*, in FS für Habscheid (1989) S. 63–78

¹⁴ *Schlosser* (Fn. 5), Rn. 491 gegen Ende: »Mit beachtenswerten Gründen hat Calavros das ganze Konzept vom Schiedsrichtervertrag einer Fundamentalkritik unterzogen. Ihn stört mit Recht die Künstlichkeit, mit der man Verhaltensweisen deren Beteiligten als Abschluss eines Schiedsrichtervertrages bzw. als Bevollmächtigung dazu hinstellt. Für ihn übt der Schiedsrichter ein Amt ähnlich einem Testamentsvollstrecker aus. Obwohl dieses Konzept in vielen Einzelheiten noch ausfüllungsbedürftig ist, bringt es die klarere dogmatische Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Parteien und Schiedsrichtern.«

Gerichtbarkeit verteidigen mussten, und dies deutlicher als anderswo in der dezentralisierten und zersplitterten Feudalordnung des deutschen Reiches: Kein Wunder, dass besonders in Deutschland Schiedsgerichtsbarkeit auf Widerstand stiess und im Bewusstsein des Publikums zurückgedrängt wurde, dies zumal bei einer dort herkömmlichen etatistischen Grundhaltung¹⁵. Dieser Zeitgeist beeinflusste offenkundig auch die deutsche Pandektistik, die am Schiedswesen, wie es im alten Rom fest etablierten war, wenig Interesse zeigte¹⁶.

Der *Code de procédure civile* Frankreichs (1806) räumte, anders als die siebenzig Jahre später folgende deutsche ZPO, den Schiedsgerichten von Anfang an echte, finale Entscheidungskompetenz ein. Die damals offenbar auch in Frankreich herrschende Zurückhaltung zeigte sich in der den Anwendungsbereich der Schiedsgerichtsbarkeit einschränkenden Regel von Art. 1006: *Le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres choisis, à peine de nullité*. Die Notwendigkeit, bereits im Schiedsvertrag die Schiedsrichter zu benennen, schränkt den Gebrauch dieses Verfahrens entscheidend ein auf bereits aufgekommene Streitigkeiten und setzt im übrigen beim Abschluss der Schiedsabrede auch regelmässig bereits eine Vereinbarung mit den zu ernennenden Schiedsrichtern voraus, was die Aufnahme von Schiedsklauseln in zu schliessende Verträge zur Ausnahme machen musste. Hier ist aber festzuhalten, dass selbst die genannte Regel nie Anlass war, ein dem deutschen Schiedsrichtervertrag entsprechendes Konzept zu entwickeln.

In *Deutschland* hat die genannte negative Grundhaltung auf die Gesetzgebung, d.h. die *Zivilprozessordnung des Jahres 1877* durchgeschlagen: Das Tun der Schiedsrichter wurde dort nicht als funktionell obrigkeitliches Tun verstanden, der Rechtsprechung staatlicher Gerichte vergleichbar, sondern heruntergestuft auf den Vollzug der privatrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit wählenden Vereinbarung der Parteien. Die Deutung der Abwicklung des Schiedsverfahrens als Erfüllung einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Parteien führte dazu, dass der als privatrechtlicher Akt gedeutete Schiedsspruch nur kraft einer Vollstreckbarerklärung durch staatliche Gerichte durchsetzbar war (aZPO § 1042). Es war offenbar derartige Sicht, welche dazu anregte, auch die Bestellung des Gerichts selber als einen Akt der Betätigung der Privatautonomie mit Mitteln des Ver-

¹⁵ Das ungeschmälerte Ueberdauern von Schiedsgerichtstradition im Raume der heutigen Schweiz (und wohl auch in Oesterreich und anderen Randgebieten) mag im andersartigen Umfeld seine Ursache haben.

¹⁶ So sind die Ausführungen *Windscheids* zum Schiedsvertrag bescheiden, d.h. kaum mehr als Wiedergabe dessen, was aus der ZPO 1877 folgt (Pandekten II §§ 415 f.). Allerdings ist dem »Vertrag mit dem Schiedsrichter« § 417 gewidmet, und in dortiger Fn. 1 wird erstaunlicherweise auf das *receptum* verwiesen, obgleich dieses Institut eben gerade etwas anderes als einen Vertrag darstellte. Dies ist eine erstaunliche und bewusste Uminterpretation der Quellen, um diese dem Zeitgeist des 19. Jahrhunderts anzupassen, der auf die Figur des *receptum* der Vereinfachung zuliebe glaubte verzichten zu sollen. Aehnlich bereits *F. L. v. Keller* (1799–1860), Pandekten, hgg. von E. Friedberg, Leipzig 1861, § 221, S. 433/4.

trags zu betrachten. Erst dies ermöglichte die Bildung des neuen, bis dahin nicht bekannten Vertragstypus des »Schiedsrichtervertrages«, der wenigstens indirekt sichtbar wird bereits im Wortlaut von aZPO § 1033 Z.1. Dieser Begriff ist eine deutsche Erfindung des ausgehenden 19. Jahrhunderts; soweit er in der Folge ausserhalb Deutschlands Verwendung fand, liegt ein Import aus Deutschland vor, das im Prozessrecht weltweiten Einfluss besass und immer noch besitzt. Allerdings ist der »Schiedsrichtervertrag« erst eine Spätwirkung der ZPO von 1877 und darf nicht in die erwähnte (wohl unbedacht-beiläufige) Erwähnung in aZPO hineininterpretiert werden. Dies war jedenfalls die Sicht von *Wach*, bei welchem sich noch keinerlei Bezugnahme auf einen Schiedsrichtervertrag finden lässt; diese Autorität deutete die damals neue ZPO ganz ohne Rückgriff auf dieses Vehikel¹⁷.

V. Qualifikation des Schiedsrichtervertrages als Auftrag: Doppeltes Unglück !

Aber es kommt noch schlimmer. Wenn man schon in den Mittelpunkt der Schaffung der Schiedsgerichte den Vertrag stellt, kann heute immer noch leider auch die Frage nicht ausbleiben: Was für ein Vertrag? Naheliegend scheint der *Auftrag*. So vorab seit einiger Zeit die Sicht in der *Schweiz*, wo sich langsam die Berufung auf Mandatsrecht einschlich, was nun dort allerdings Schwierigkeit bringt, da der Auftrag beidseits jederzeit frei widerruflich ist (CH/OR Art. 404). Das ist mit der Stellung des Schiedsrichters nicht vereinbar, der nicht nach Lust und Laune soll zurücktreten dürfen. Das Ausräumen der selbst geschaffenen Schwierigkeit des Rücktrittsrechts veranlasste lange (und argumentativ unhaltbare) Ausführungen¹⁸. Aber auch das dem Mandanten zustehende Abberufungsrecht geht nebenaus: Auch wenn man den Parteien zugesteht, einvernehmlich die von ihnen gemeinsam ernannten Schiedsrichter zu beseitigen, gilt dies nicht für den parteibenannten Richter, dessen einseitige Abberufung durch die ihn ernannt habende Partei nicht in Betracht fallen kann¹⁹.

¹⁷ *Adolf Wach*, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Bd. 1 (1885) § 7, S. 64–77.

¹⁸ *Bernhard Berger*, *Jederzeitiges Kündigungsrecht des Schiedsrichters?* Ass. Suisse de l'Arbitrage (ASA) Bull. 1/2002, S. 5–25. Dazu kritisch *Bucher* in ASA 3/2002 S. 413–426 [www.eugenbucher.ch Nr. 81]

¹⁹ Die genannte doktrinale Fehlentwicklung ist in der Schweiz ganz neuen Datums. Die Prozessgesetzgebung des Kantons Zürich schrieb traditionell die *Pflicht des Schiedsrichters zum Tätigwerden* fest; wenn sie den Terminus »Auftrag« verwendet, geschah dies i.S. der Alltagssprache und ohne Bezugnahme auf das Rücktrittsrecht (Gesetz betr. die zürcherische Rechtspflege von 1874/80 § 740): »Weigert sich ein Schiedsrichter, einen übernommenen Auftrag zu erfüllen, oder ist er in der Erfüllung desselben säumig, so kann er . . . durch das Bezirksgericht mit Ordnungsbusse belegt werden.« (gleich der Text der ZH/ZPO von 1913, § 371, jedoch die Zuständigkeit des Obergerichts vorsehend). *Sträuli/Hausser*, *Kom-*

Auch in *Deutschland* führte das Suchen nach dem angemessen scheinenden Vertragstypus zu Schwierigkeiten: Mandat wird auch hier ausgeschlossen, dies aber weniger wegen des Rücktrittsrechts der Mandatars, das in BGB § 671 Abs. 2 in abgeschwächter Form erscheint, als vielmehr in der begriffsnotwendigen Unentgeltlichkeit des Mandats (§ 662). Man erwägt als Ausweg *Dienstvertrag* oder *Werkvertrag*. Auch hier Peinlichkeit: Den Schiedsrichter zum Dienstnehmer zu machen, der dem Weisungsrecht des Dienstgebers unterworfen ist, kann nicht gefallen. Und was soll das Werk des Schiedsgerichts sein? Etwa der Schiedsspruch? Mag man diesen als Kunstwerk oder als bloßes Machwerk qualifizieren, solches Werk ist bei weitem nicht alles, was das Schiedsgericht schuldet: Dies ist die Durchführung eines korrekten Verfahrens mit dem Ergebnis der Streiterledigung.

Aber noch wenn man das Vertragsrequisit akzeptieren wollte, wären derartige Ueberlegungen überflüssig und die Qualifizierung des supponierten Schiedsrichtervertrages sinnlos. Die breite Masse der Juristen weiss zwar, dass heute alle modernen Kodifikationen dem Grundsatz der Vertragsfreiheit anhängen. Diese bedeutet aber, was viele bis heute nicht begreifen wollen, insbesondere auch *Vertragstypenfreiheit*: Was bereits von der Moraltheologie des Mittelalters gefordert wurde und schliesslich in der Aufklärung sich allgemein durchsetzte, bedeutet, dass jegliche Abmachung verbindlich ist (*pacta sunt servanda*, wie man sagt); die aus der römischen Tradition überlieferten und in allen modernen Kodifikationen in der einen oder anderen Form weiterlebenden Vertragstypen sind zwar zu berücksichtigen, soweit sie auf das Vereinbarte passen, aber nicht darüber hinaus: Die fehlende Kongruenz eines geschlossenen Vertrages mit einem der im Gesetz genannten Vertragsarten kann weder die Vertragsgeltung in Frage stellen noch Anlass sein, am Vertragsinhalt herumzuwürgen, bis er in eine der vom Gesetz bereitgehaltenen Schubladen hineinpasst²⁰.

Aber, je weniger die Juristenschaft vom römischen Recht versteht, um so mehr klammert sie sich an überholte (in dieser Form allerdings niemals gegolten

mentar zur ZPO (1939) verweisen auf ZR 26/184, wo nur gerade im Hinblick auf den *Honoraranspruch* gesagt wird: »Er ist somit nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts zu beurteilen und qualifiziert sich wohl am ehesten als ein Anspruch aus Mandat«. Gegen eine derartige partielle Anrufung mandatsrechtlicher Grundsätze ist nichts einzuwenden. Ein allgemeiner Verweis auf Auftragsrecht (ohne Begründung noch irgend welche Schlussfolgerung) findet sich bei *Leuch, Komm. ZPO des Kantons Bern* (3. Aufl. 1956) § 391 N. 1: »Das Verhältnis der Parteien zum Schiedsrichter (sogenannte *receptum arbitri*) untersteht dem materiellen Recht, und zwar den Bestimmungen über den Auftrag (Art. 394 ff. OR). Dass die Geschäftsbesorgung selbst (die schiedsrichterliche Funktion) ... vom öffentlichen Recht beherrscht sind, steht dem privatrechtlichen Mandat nicht entgegen«. Diese Formel lässt offen, ob *Leuch* die Frage des Rücktrittsrechts unter dem Blickwinkel von Art. 394 betrachten wollte.

²⁰ Vgl. Dazu *Bucher, Hundert Jahre OR*, in ZSR 1983 II, S. 251–383, bes. die »*verkannte Vertragstypenfreiheit*«, S. 316 ff.; *ders.* Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, ZEuP 2000, S. 508–510 [www.eugenbucher.ch] < Nr. 29 und 75].

habende) römische Traditionen. In der Schweiz und in Deutschland kam so die seltsame Figur des Vertrages *sui generis* zur Welt (die sich insbesondere beim Schweizer Bundesgericht zeitweise besonderer Beliebtheit erfreute, aber auch vom deutschen BGH verwendet wurde): Wenn man sich schon bereit finden muss, einen vorgefundenen Vertrag als nicht zu klassierendes Unikat zu betrachten, will man ihn immer noch einer »eigenen Gattung« zuordnen, damit er nicht Unikat bleibe, das es offenbar nicht geben darf. Wenn daher schon »Schiedsrichtervertrag«, müsste er *Schiedsrichtervertrag bleiben* und wäre hier sogar in echtem Sinne ein Vertrag *sui generis*, da er ja fñhrwahr kein Unikat ist²¹. Aber diese Feststellung hilft nicht über die Tatsache hinweg, dass ein von allen Beteiligten gemeinschaftlich geschlossener Vertrag nicht als Voraussetzung der Konstitution eines Schiedsgerichts etabliert werden kann.

VI. Warum nicht wie ihn Rom das *receptum arbitri*?

Geboten ist ein Blick bis zurück ins alte Rom, dem der Vertragsrechtler abgesehen von der genannten Vertragsfreiheit sein gesamtes Vertragsrecht verdankt und wo die Schiedsgerichtsbarkeit fest etabliert war und weiteste Verbreitung genoss. Diese spiegelte sich selbst im ordentliche Prozess, der auf weiten Strecken gewissermassen Zwangs-Schiedsgerichtsbarkeit war. Der *Praetor* hatte zwar während langer Zeit rechtsetzende, niemals aber selber richterliche Funktionen, sondern sorgte für Einlassungszwang und wirkte als richterernennende Instanz ähnlich wie heute bei Vorliegen einer Schiedsklausel der zuständige staatliche Richter bzw. eine Schiedsgerichtsinstitution. Vergleichbare Verhältnisse mögen im Mittelalter auch und nördlich der Alpen bestanden haben, welche Tradition sich ausserhalb Deutschlands weit herum bis in die Gegenwart erhalten hat.

Im alten Rom, dem wir die Schiedsgerichtsbarkeit verdanken, dachte niemand auch nur entfernt daran, die Schiedsgerichtsbarkeit auf Verträge zwischen Parteien und Schiedsrichtern zu gründen. Wohl ist auch unser Mandat eine Erfindung der römischen Antike, aber niemals wurden dort die Parteien als Mandanten, die Schiedsrichter als Mandatare betrachtet. Unvorstellbar sodann, dass jemand gar an die heute in Deutschland berufene Dienstmiete und Werkmiete (*locatio conductio operarum* oder *operis*) gedacht hätte, Vertragstypen, die in die Irre führen und in uns Schiedsrichtern unwürdige Assoziationen an Unterordnung wecken. Was aber war denn in Rom das die Schiedsgerichtsbarkeit herstellende Element, welches der Vorgang, der das Schiedsgericht konstituierte, d.h. den (meist allein) zu Ernennenden zum Schiedsrichter machte?

²¹ Der Inhalt der Vereinbarung wäre in weitem Umfang vorprogrammiert und übereinstimmend (reichlich altüberlieferte Grundsätze, sodann die in vielen Schiedsordnungen niedergelegte Regeln und überdies zwingende gesetzliche Normen, welche als für diesen Vertrag charakteristisch gelten dürften).

Das Stichwort lautet *receptum arbitri*²². Die *recepta* sind leider nicht in die moderne Dogmatik herübergenommen worden, der Begriff ist den heutigen Privatrechtskodifikationen fremd, dessen Bedeutung daher hier zu erklären. Auch das Verschwinden hat natürlich seinen Grund. Schuld ist die Simplifizierungslust oder Simplifizierungsnot, welche die Juristen der Aufklärungszeit beehrte und die zur Gesetzgebung Berufenen bedrängte. Aber auch die (ganz zu Unrecht als »historische Rechtsschule« präsentierte) Pandektistik trägt Verantwortung für die simplifizierende Unterdrückung wichtiger traditioneller Institutionen.

Am Ausgangspunkt der Systembildung des Schuldrechts steht die *Obligation*, deren mögliche Entstehungsgründe es zu umschreiben gilt. In sämtlichen modernen Kodifikationen erscheinen als Entstehungsgründe allein Verträge und Delikte, zu denen regelmässig noch (oft als Quasiverträge und Quasidelikte etikettiert) die *negotiorum gestio* (Geschäftsführung ohne Auftrag) und die *condictio* (ungerechtfertigte Bereicherung) als Nebenposten hinzutreten. Die bereits die naturrechtlichen Kodifikationen beherrschende und auch die Pandektistik bestimmende übersimplifizierte Ordnung orientiert sich an (letztlich falsch interpretierten) Formeln von *Gaius* und der ihm folgenden Institutionen *Iustinians*²³. Sie erwies sich als zu eng, weshalb in Literatur und Praxis neben Vertrag und Delikt und den beiden genannten Nebenfiguren extralegal zusätzliche Obligationentstehungsgründe geschaffen wurden (*culpa in contrahendo*; »faktische Vertragsverhältnisse« und schliesslich in der Schweiz auch die Vertrauenshaftung²⁴).

Hier aber interessieren die in den Kodifikationen verloren gegangenen *recepta*. Sie können umschrieben werden als »formfreie ›Uebernahme‹ der Garantie für einen bestimmten Erfolg»²⁵. Beispiele sind vorab die *recepta nautarum* (oder *exercitorum navium*), *cauponum et stabulariorum*, welche die Haftung der Schiffkapitäne bzw. Schiffsreeder und der Gast- und Stallwirte für heile Rückerstattung eingebrachter Sachen festschreiben. In römischer Sicht liegen keine Verträge vor, da

²² *Receptum* von *recipere* (fr. *recevoir*, engl. *receive*, *reception*) empfangen, übernehmen. Der Charakter der Pflicht, einen Schiedsspruch zu erlassen, kommt bereits im Titel von Dig. 4, 8 zum Ausdruck *De receptis: Qui arbitrium receperint ut sententiam dicant* (etwa: Zu der Uebernahme von Pflichten: Dass diejenigen, welche das Amt eines Schiedsrichters übernommen haben, einen Schiedsspruch erlassen). Die Pflicht des Erlasses des Schiedsurteils impliziert unausgesprochen die Pflicht, ein die Urteilsfällung ermöglichendes Verfahren lückenlos durchzuführen.

²³ *Gaius*, Inst. III, 88: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. Bei *Iustinian* Inst. III, 13, 2: *quatuor species: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*.

²⁴ *Rud. v. Jhering*, *culpa in contrahendo* (1861); *Günter Haupt*, Ueber faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig (1941/43); dazu *Bucher*, Zum Thema »faktische Vertragsverhältnisse« – Besprechung von *Peter Lambrecht*, in ZEuP 4/1994 S. 715–722; [www.eugenbucher.ch] Nr. 65]. Zu »Vertrauenshaftung« vgl. folgende Fn. 27.

²⁵ So die Formel von *Kaser/Knütel*, *Römisches Privatrecht* (17. Aufl. München 2003) § 46/III S. 296.

auf pflichtschaffende Willenserklärungen bewusst verzichtet wird: Haftungsgrund ist nicht ein Vertrag²⁶, sondern das Betreiben der Herberge als solches, die man i.S. der römischen Juristen mit einem Minimum an Vertrauen soll betreten dürfen (dies eine Vorwegnahme eines Haftungsmechanismus, der heute in der Schweiz als *Vertrauenshaftung* herausgestellt wird²⁷). Der Verzicht auf die Voraussetzung eines Vertragsschlusses war bei gegebenen Verhältnissen eine sehr weise Einrichtung²⁸.

In diesem Umfeld ist angesiedelt das *receptum arbitri*. Das bedeutet etwa: »Übernahme der Pflichten (oder des Amtes) des Schiedsrichters«. Selbstverständlich konnte der Arbitr – im Gegensatz zum Mandatar – ein Honorar fordern, und ebenso selbstverständlich traf ihn die Pflicht, das übernommene Schiedsverfahren bis zum Ende durchzuführen²⁹. Das *receptum arbitri* und die Stellung des Schiedsrichters bzw. der von ihm geschlossene »Schiedsrichtervertrag« war vor zweitausend Jahren ein *Phänomen eigener Art*: Die Position des Schiedsrichters ist als eigenständige Figur zu verstehen, die ihren eigenen Gesetzen gehorcht. Die Zuordnung zu einem der gesetzlichen Vertragstypen (Mandat, aber auch Dienstvertrag, Werkvertrag oder was sonst auch immer) wurde in Rom niemals erwogen und ist offenkundig von der Sache her auch heute verfehlt und im übrigen unangängig, weil die Voraussetzungen von Vertragsschlüssen regelmässig fehlen. Mit gutem Grund wurde, nicht anders als bei den übrigen *recepta*, in Rom zum vornherein

²⁶ In modernen Kodifikationen findet sich vielenorts die Gast- und Stallwirtheftung nach Vorbild des *receptum cauponum*. Dort wird die Haftung dem Vertragsrecht (meist der Hinterlegung) zugeordnet. Hier Beispielhalber zu nennen das österreichische ABGB Art. 970–970c, 1316 und dazu noch das BG vom 16. 11. 1921 über die Haftung der Gastwirte und anderer Unternehmer; CH/OR Art. 487–491; BGB §§ 701–704; CC; von den vielen des romanischen Sprachbereich CC. Chiles Art. 2241–2248; franz. CC Art. 1952 ff.; Argentiniens Art. 2227–2239, bes. 2227 ff.; CC Italiens Art. 1783–1786.

²⁷ Grundlegend BGE 120 III 331 (»Swissair-Entscheid«). Dazu Bucher in Festschrift für Hans Peter Walter, Zürich 2004, S. 231–261; ders. Was man aus einem Fall von Putativ-Vertrauenshaftung lernen kann, in recht 2001 S. 65–81 [einsehbar <www.eugenbucher.ch> Nrn. 89 und 76].

²⁸ Abgesehen von der üblen Reputation der genannten Berufsgruppen und der Schwierigkeit des Vertragsnachweises im Streitfall ist vor allem zu berücksichtigen, dass das Einbringen von Gepäck, Pferden oder Transportgütern zum Schiff vielfach Sklaven übertragen war, die nicht kontrahieren konnten. Auch von den modernen Kodifikationen (Fn. 26) tragen manche den Beweisschwierigkeiten Rechnung und nehmen oft nicht auf einen Vertragsschluss bezug oder knüpfen die Haftung explizit nicht an Vertrag, sondern das körperliche Einbringen der Sache (so CC Chile Art. 2241)

²⁹ Vgl. Paulus in Dig. 4, 8, 3, 1 *in fine*, 2 und 3, wo sowohl die mögliche Vereinbarung der Entgeltlichkeit der Richtertätigkeit wie auch der Zwang, das einmal angetretene Amt (unter Bussdrohung des Prätors) zu Ende zu führen, formuliert wird (vgl. jetzt auch die zweisprachige Ausgabe des Corpus Iuris hgg. von Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Bd. II Dig. 1–10, Heidelberg 1995). Windscheid, Pandekten (hier zit. 9. Aufl. 1906) § 417, sagt zum Vertrag mit dem Schiedsrichter bzw. dem sog. *receptum arbitri*: »... Niemand braucht Schiedsrichter zu werden; wer aber einmal die schiedsrichterliche Entscheidung übernommen hat, ist verpflichtet, sie zu fällen«.

für die Konstituierung von Schiedsgerichten kein Vertrag gefordert (oben Fn.28). Die Schiedsrichterpflichten werden durch die mit Zustimmung des ernannten Richters *zwischen den Parteien* geschlossene *Schiedsvereinbarung* begründet, und im übrigen sind die für den Schiedsrichter resultierenden Aufgaben durch objektives Recht umschrieben³⁰. Dies war in Rom die Praxis des Praetors, und ebenso muss heute objektives Recht im Grundsätzlichen die schiedsrichterlichen Handlungspflichten tragen.

VII. Gesetzgeberische Neuorientierung

Der oben (Zif.IV) geschilderte Stand der gesetzlichen Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit hat sich in Frankreich bereits vor einem Vierteljahrhundert gewandelt, und ganz kürzlich ist in Deutschland die normative Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit buchstäblich auf den Kopf gestellt worden.

Im neuen *französischen Gesetz* von 1980 lautet die Nachfolgenorm des zit.Art. 1006 als Art. 1443/II: *Sous la même sanction [sc.peine de nullité], la clause compromissoire doit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.* Mit dem zugefügten Nachsatz ist der notwendige Personenbezug der Schiedsvereinbarung aufgegeben worden, was den Weg zur Verwendung präventiver Schiedsklauseln öffnet und die bisher notwendige antizipierende Bestellung von Schiedsrichtern vor Streitentstehung entbehrlich macht.

Tiefer geht die *Neuorientierung in Deutschland*: Das 10.Buches der ZPO von 1997/1999 erhebt die Schiedsgerichte in den Status echt entscheidender Instanzen, deren Urteile nicht mehr der gerichtlichen Vollstreckbarerklärung bedürfen. Damit entfällt auch der Anlass, das Schiedsverfahren auf die Ebene privater Vertragsabwicklung zu verlagern und sich an einem Schiedsrichtervertrag als konstituierendem Element zu orientieren: Die verschiedenen denkbaren Varianten der Konstituierung des Schiedsgerichts werden dargelegt, aber keine von ihnen setzt einen Vertrag auch bloß zwischen der ernennenden Partei und dem von ihr ernannten Schiedsrichter voraus³¹, geschweige denn einen Vertrag *aller mit allen* i.S. des herkömmlichen, hier abgelehnten Konzepts.

³⁰ Hier darf der Schreibende seinen verehrten Lehrer Guldener zitieren: Das *receptum arbitri* wird nach ihm »oft als ein auftragsähnliches Rechtsverhältnis des Privatrechts aufgefasst. Dabei ist aber zu betonen: a) Die Befugnis des Schiedsrichters, sein Amt auszuüben, gelangt durch die Schiedsabrede zur Entstehung und besteht ohne Rücksicht darauf, ob ein wirksames privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Schiedsrichter und Parteien begründet worden ist.« *Max Guldener, Schweiz. Zivilprozessrecht*, 3. Aufl. 1979 S. 607. In gleichem Sinn bereits die 1. Aufl. (1948; Bd. II, S. 518, und 2. Aufl. 1958; S. 584).

³¹ Gewiss muss der zu Ernennende seine Zustimmung geben. Aber dies darf nicht zu einem Vertrag hochstilisiert werden; Raum für allfällige Abmachungen ist kaum zu erken-

Das neue deutsche Schiedsrecht folgt weitgehend dem Vorbild des *Uncitral Model Law* und ist damit in eine weltweit wirkende Welle der Neugestaltung des Schiedsgerichtsrechts eingebettet³². Das genannte Uncitral-Modellgesetz folgt einer allenthalben sichtbar werdenden Tendenz, die allerdings auf weiten Strecken Wiederherstellung früher herrschender Konzepte ist und beispielsweise der Schweiz wie wohl auch Oesterreich³³ kaum Neues bringt. Ungeachtet bestehender Unterschiede hinsichtlich der Verfahren der Bestellung der Schiedsgerichte und der verfügbaren Rechtsmittel gegenüber deren Entscheiden besteht im Grundsätzlichen, d.h. der funktionellen Gleichstellung der Schiedsgerichtsbarkeit mit der staatlichen Gerichtsbarkeit allenthalben Ueber einstimmung. Diese Gleichstellung war in der Schweiz seit erdenklichen Zeiten eine Selbstverständlichkeit, herrschte in den kantonalen Prozessordnungen und bestimmt das Konkordat (1969)³⁴. Nicht anders auch das für Verfahren mit Auslandbezug geltende Kapitel 12 des BG über das Internationale Privatrecht³⁵. Ganz auf dieser Linie derzeit auch ein Vorentwurf für eine schweizerische ZPO³⁶. Und ein dazu soeben publizierter Alternativentwurf von *Gerhard Walter* installiert zwar als formelle Voraussetzung der Exekution eine gerichtliche Vollstreckbarerklärung, ohne aber im übrigen vom Konzept der Gleichstellung mit der staatlichen Gerichtsbarkeit abzuweichen; von Verträgen zwischen Parteien und Schiedsrichtern ist bei diesem Autor erst recht nicht die Rede³⁷.

nen, würden solche doch die Unabhängigkeit des Ernannten in Frage stellen (dazu unten Zif. X).

³² Dazu *Constantin Calavros*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (mit Gesetzestext), Bielefeld 1988; *Gabriele Hussleisch-Stich*, Das UNCITRAL-Modellgesetz etc., Köln 1990.

³³ Die ZPO von Oesterreich des Jahres 1895 sagt mit wünschbarer Deutlichkeit: »Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils...« (§ 594). Der älteren Literatur war der »Schiedsrichtervertrag« denn auch noch nicht bekannt; vgl. Vgl. etwa *Georg Petschek/Stagel*, Der österreichische Zivilprozess. Wien 1963; *Ed. Michlmayr/Rud. Stohanzl*, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung (zit. 13. Aufl. Wien 1973). In Oesterreich taucht der Schiedsrichtervertrag erst bei *Fasching* auf (oben Fn. 11).

³⁴ Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit; Amtl. Sammlung 1969 S. 1039 ff. – »Konkordat« gleich Vereinbarung eines Modellgesetzes, das die Kantone zum Bestandteil ihres kantonalen Verfahrensrechts erheben können. Derzeit, d.h. bis zum Erlass eines Bundes-Zivilprozessordnung, gelten dessen Regeln für intern-schweizerische Verfahren.

³⁵ IPRG; in Kraft seit 1989. Art. 190 Abs. I: »Mit der Eröffnung ist der Entscheid endgültig.«

³⁶ Schweizerische ZPO; Vorentwurf der Expertenkommission 2002 (Vernehmlassung ab Juni 2003); Art. 344–388. Der Text ist auf weiten Strecken inhaltlich wie formal unbefriedigend.

³⁷ *Gerhard Walter*, Alternativentwurf Schiedsgerichtsbarkeit, Basel 2004 (Helbing & Lichtenhahn). Art. 37 Abs. 1: »Die Zwangsvollstreckung findet nur statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist.« Gemäss Abs. 3 können die nach Art. 35 verfügbaren Gründe der Aufhebungsklage nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Verpflichtete-

VIII. Aufkommen institutioneller Schiedsgerichtsbarkeit

Zu dieser Veränderung der Grundfesten der privaten Schiedsgerichtsbarkeit tritt eine Einrichtung hinzu, die in Ansätzen wohl ebenfalls weit zurückreicht, aber erst in den letzten Jahrzehnten in die Breite zu wirken begann, sich weiterhin im Aufschwung befindet und das heutige Bild bestimmt: Die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, die jedermann bekannt ist und die im Begriffe steht, die *ad hoc* geschaffenen Schiedsgerichte an Bedeutung zu erreichen und partiell gar zu überflügeln. Das Phänomen ist allbekannt und braucht hier nicht vorgestellt zu werden. Das wichtigste und allen Schiedsgerichtsinstitutionen gemeinsame Merkmal besteht darin, dass sie die Bestellung der Schiedsgerichte ordnen und mehr oder weniger in ihre eigene Hand nehmen, dabei den Parteien meist bloß Vorschlagsrechte belassend. Von einem »Schiedsrichtervertrag« kann nirgends mehr gesprochen werden. Zwar mag vielleicht das Verhältnis zwischen ernennender Schiedsgerichtsinstitution und den von ihr ernannten Schiedsrichtern als vertragliches qualifiziert werden, ein »Schiedsrichtervertrag« im hier beschriebenen Sinn der gerichtskonstituierenden Vereinbarung zwischen Parteien und Richtern entgegenstehenden Gründe läge auch dann nicht vor.

Bei allen Erscheinungsformen institutioneller Schiedsgerichtsbarkeit lässt sich das Bestreben erkennen, diese mit gefestigten Strukturen auszustatten, sie näher zu den staatlichen Gerichten zu rücken und die Distanz zwischen Schiedsrichtern und den Parteien zu betonen. Das Konstrukt des schiedsgerichtskonstitutiven Schiedsrichtervertrages hat in keiner mir bekannten Verfahrensordnung von Schiedsgerichtsinstitutionen einen Platz. Dies ein weiterer Grund gegen dessen künftige Verwendung innerhalb der *ad hoc*-Schiedsgerichtsbarkeit, sollten doch die beiden Formen der Schiedsgerichtsbarkeit so weit als möglich in Ueber-einstimmung verstanden werden.

IX. Folgerungen hinsichtlich der Konstituierung

Die hier aufgeworfene Frage nach den Elementen, welche die Konstituierung der Schiedsgerichte ausmachen und die Stellung der Schiedsrichter bestimmen, findet heute so weit das Auge reicht übereinstimmende Antworten. Maßgeblich sind vorgegebene Ordnungen. Diese ergeben sich aus dem Zusammenspiel der Schiedsvereinbarung der Prozessparteien mit den allenthalben in der einen oder anderen Form am Sitz des Schiedsgerichts bestehenden gesetzlichen Grundlagen, diese möglicherweise ergänzt durch die Regeln der von den Par-

ten nicht binnen Frist (90 Tage) eine Aufhebungsklage eingereicht hat (dies unter Vorbehalt der Prüfung von Amtes wegen gemäss Art. 35 Abs. 3; dazu S. 89 lit. e).

teien berufenen Schiedsgerichtsinstitution. In Zentrum aller Regelungen stehen die Mechanismen, welche dann helfend eingreifen, wenn der Beklagte seine Mitwirkung versagt oder die Parteien bei der Konstituierung sonst nicht das notwendige Auskommen finden. Neben der Regelung des Verfahrens der Bestellung des Schiedsgerichts und dem Angebot von Hilfe bei Verweigerung der Mitwirkung belangter Parteien haben die meist angefügten, die Abwicklung des Schiedsverfahrens betreffenden Regeln bloß untergeordnete Bedeutung, sind sie doch durchwegs abänderbar durch Vereinbarung der Parteien und oft auch durch Entschliessung des Schiedsgerichts. In keiner dieser Ordnungen wird hinsichtlich der Konstituierung des Gerichts auf vertragliche Vereinbarungen zwischen Parteien und Schiedsrichtern abgestellt oder solche auch bloß als Eventualität genannt: Für den »Schiedsrichtervertrag« im herkömmlichen von der deutschen Doktrin entwickelten Sinn bleibt kein Raum.

Vor Schematismus muss gewarnt werden. Jede anstehende Entscheidung ist nach den ihr angemessenen Gesichtspunkten zu treffen, nicht aber an generell-abstrakten Begriffen zu orientieren. Im übrigen ist die Konstituierung des Gerichts wie die Ernennung der Schiedsrichter ein Vorgang in verschiedenen Schritten. So wird die vom Kläger als »sein« Richter vorgeschlagene Person mit diesem Vorschlag noch nicht zum Schiedsrichter im engeren Sinn, denn dies sollte man erst bei erfolgter Konstituierung des ganzen Gerichts annehmen. Aber in Pflicht steht der sein Einverständnis erklärt Habende trotzdem und kann in aller Regel bei seiner Zusage behaftet werden, so aber vor allem die ihn benannt habende Partei bei ihrer Wahl. Oder wenn man nach der *Rechtshängigkeit* einer Schiedsklage fragt, werden verschiedene Verfahrensstadien genannt, die aber durchwegs in einen Zeitpunkt vor der Konstituierung des Schiedsgerichts fallen, aber niemanden wird sich bei der begrifflichen Widersprüchlichkeit aufhalten, dass die Klage als bei einem noch nicht bestehenden Gericht anhängig gilt.

Zusammenfassend ergibt sich: Den Prozessparteien, soweit sie sich einigen, ist in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit hinsichtlich Konstituierung wie Verfahren ein weites Gestaltungsfeld eröffnet. Diese Gestaltung kann bereits getroffen werden bei der Formulierung der Schiedsvereinbarung, mag aber auch erfolgen durch Vereinbarungen während der Konstituierung des Gerichts bis hinein in das Verfahren selber (dazu noch Zif.X). Da aber über die grundsätzliche Entscheidung für Schiedsgerichtsbarkeit hinausgehende Parteivereinbarungen nicht die Regel, sondern seltene Ausnahmen darstellen, bleibt es dabei, dass auf weitesten Strecken Gerichtskonstituierung wie Verfahrensregelung durch objektive, d.h. parteiunabhängige Regeln (wurzelnd in staatlicher Gesetzgebung, allenfalls ergänzt durch Ordnungen parteigewählter Schiedsgerichtsinstitutionen) bestimmt werden. Da die Schiedsgerichte heute regelmässig auch, nicht anders als staatliche Gerichte, Entscheidungskompetenz besitzen, ist es selbstverständlich, das Tun der Gerichte als *Ausübung eines Amtes* zu qualifizieren, wie dies

bereits *Guldener Calavros* vorschlugen³⁸. In diesem Gefüge der Ordnung der Konstituierung der Schiedsgerichts wie der Gestaltung des Verfahrens vor diesem haben »Schiedsrichterverträge« i.S. von vertraglichen Vereinbarungen der Parteien mit Schiedsrichtern keinen Platz. Dies schon gar nicht, wenn man darunter Vereinbarungen zwischen bloß einer der Parteien mit Schiedsrichtern subsumieren wollte. Allerdings können die (ausnahmsweise) einigen Parteien fast alles, so auch mit einem oder mehreren Schiedsrichtern Abmachungen treffen, dies aber, da alles andere bereits objektiv geregelt ist, allein zu Sekundärpunkte. Dazu abschliessend noch das Folgende.

X. Was verbleibt für Verträge zwischen Parteien und Richtern?

Wenn wir »Schiedsrichterverträge« als schiedsgerichtskonstituierendes Element abgelehnt haben, geschah veranlasst durch die statistische Erfahrung, dass Gesamtkonsens aller Beteiligten die Ausnahme darstellt und daher bei der Regelbildung nicht vorausgesetzt werden darf. Entscheiden aber ist die Grundsatzüberlegung, dass Schiedsverfahrensrecht, da zur Gewährleistung der Durchführbarkeit der Verfahren bei allen Wetterlagen gehalten, nicht auf Kooperation, sondern zum vornherein auf Opposition und Böswilligkeit der Partizipanten auszurichten ist.

Hier bleibt nachzutragen, dass selbst in den Ausnahmefällen des Vorkommens einer *entente cordiale totale* von Parteien und Richtern das Feststellen derartiger Einigung und des Vorliegens eines »Schiedsrichtervertrages« inhaltslos bleibt, dies wenigstens, soweit es um die Frage der Konstituierung und der unmittelbar daraus sich ergebenden Folgen geht. Denn, ist das Schiedsgericht einmal konstituiert, darf der Mechanismus dessen Zustandekommens keine Rolle mehr spielen, die Vergangenheit nicht die Zukunft beeinflussen. Ob der Einzelrichter, der Obmann oder ein Parteirichter einvernehmlich oder aber durch Intervention Dritter bestellt wurde, spielt im Verfahren selber keine Rolle mehr: Alle Schiedsgerichte, einmal konstituiert, sind gleich.

Das Gesagte schliesst nicht aus, dass dem einzelnen Schiedsgericht je ein eigenes Gesicht gegeben wird. Dazu sind aber allein die Parteien befugt, dies durch Einigung unter sich und ohne Einbezug der Schiedsrichter. Die Parteien konnten bereits in der ursprünglichen Schiedsabrede eine Schiedsgerichtsinstitution auswählen, deren Regeln den Rahmen der Tätigkeit des Schiedsgerichts und die Stellung der Schiedsrichter bestimmen, oder mochten sonstige Verfahrensregeln vereinbaren. Zu fragen bleibt, welcher Raum für vertragliche Vereinbarungen bleibt, die zwar nicht das Gericht bestellen, aber doch dessen Gesicht bestimmen, den Verfahrensablauf betreffen und damit die Beziehungen zwi-

³⁸ *Guldener* (Fn. 30) und *Calavros* (Fn. 1) S. 75 ff.

schen den Parteien und den Richtern beeinflussen. Dazu lassen sich, ohne auf den Hintergrund staatlicher oder institutioneller Verfahrensordnungen Bezug zu nehmen, einige allgemeine Feststellungen treffen.

Als allgemeine Regel gilt, dass die sich im Verfahren gegenüberstehenden Parteien, soweit sie einig sind, sich über so gut wie alle Verfahrensnormen hinwegsetzen dürfen und dem Schiedsgericht die ihnen beliebten Regeln der Verfahrensgestaltung vorgeben können, dies in einem Umfang, der sehr weit über das bei staatlicher Gerichtsbarkeit Denkbare hinausgeht: Die Parteien sind die Herren des von ihnen gewollten und geschaffenen privaten Verfahrens, und durch Uebernahme dieser Aufgabe unterziehen sich die Schiedsrichter weitgehend deren Wünschen³⁹. Das bedeutet im Verfahren etwa: Parteivorträge sind im Rahmen des von den Parteien Vereinbarten zu gestatten, aber nicht darüber hinaus, vereinbarte Beweisabnahmen müssen erfolgen, auch wenn vom Gericht als sinnlos erachtet, der Schiedsspruch muss (unter Vorbehalt anderer gesetzlicher Regel oder Absprache) auf Wunsch begründet werden, umgekehrt aber, wenn von den Parteien so gefordert, teilweise oder ganz ohne Begründung bleiben usw.

Zu derartigen objektiven Verfahrensregeln treten Vereinbarungen über den *Status des Schiedsgerichts* insgesamt bzw. einzelner Schiedsrichter: So vorab die Absetzung des gemeinsam ernannten Einzelschiedsrichters oder Obmanns, nicht anders aber auch die Entfernung der Parteirichter, die niemals durch einseitigen Entschluss der ernennenden Partei, immer aber in gemeinsamer Entschliessung beider Parteien aus dem Amt beseitigt werden können (all dies unter Erhaltung allfälliger Entschädigungsansprüche des Betroffenen). Auf gleicher Linie liegen andere statusbezogene Vereinbarungen zugunsten einzelner oder aller Richter, etwa solche über die Möglichkeit deren Rücktritts, oder umgekehrt deren zusätzliche Bindung an das Verfahren etwa durch Vereinbarung von Schadenersatzpflichten im Falle von unzulässigem Rücktritt, Untätigkeit, Nichteinhaltung der zur Abwicklung des Verfahrens vereinbarten Fristen und dergleichen.

Während derartige Verabredungen seltene Ausnahmen sind, stellt sich in *ad hoc*-Verfahren regelmässig die Frage nach der *Honorierung* des Gerichts. Die Höhe des schliesslich zu fakturierenden Honorars wie das Einfordern von Vorschüssen u. dgl. erfolgt durch eine Entschliessung (allenfalls einen Mehrheitsentscheid) des Gerichts; eigentliche *Honorarvereinbarungen* dürfen und können allein mit beiden Parteien gemeinsam geschlossen werden⁴⁰, dies möglicherweise mit jedem Schiedsrichter einzeln und nach unterschiedlichen Regeln.

³⁹ »Weitgehend« heisst hier im Rahmen des Zumutbaren, oder genauer gesagt: Im Rahmen dessen, was die Schiedsrichter bei ihrer Zusage der Amtsübernahme als Möglichkeit in Rechnung stellen mussten.

⁴⁰ So wohl allenthalben in kontinentaler Tradition. Dies mag anders sein im englischen Sprachbereich, wo die parteibenannten *arbitrators* als Vertreter der sie entsendenden Partei im Schiedsverfahren gelten, zusammen gemeinsam nach einer übereinstimmenden Auffas-

Bleibt hinsichtlich der vertraglichen Umschreibung des Status der Schiedsrichter und deren Aufgaben beträchtlicher Raum, wenn sich am Vertrag beide Prozessparteien beteiligen, sind umgekehrt »Schiedsrichterverträgen«, diese verstanden als Vereinbarungen zwischen *einer Prozesspartei allein* mit dem von ihr ernannten Schiedsrichter oder mit Schiedsrichtern überhaupt, ganz ausgeschlossen. Weder dürfte ein derartiger von bloß einer Partei geschlossener Vertrag die Honorierung beeinflussen noch einem Richter irgend welche Vorteile zugestehen oder Zusatzlasten aufbürden, denn derartiges würde die Gefahr der Beeinflussung des Richters schaffen, dessen Unabhängigkeit in Frage stellen. Schon gar nicht denkbar sind einseitige Absprachen zum Verfahren selber. Wenn trotzdem derartiges kontrahiert würde, wäre nicht nur die getroffene Abmachung wegen unzulässigen Inhalts unwirksam, sondern sie würde überdies den zustimmenden Schiedsrichter wohl meist zum *iudex inhabilis* machen.

sung suchen und nur bei ausbleibender Einigung den dann schliesslich entscheidenden Oberschiedsrichter (*umpire*) bestellen.