

**Nr. 81      Noch einmal das Rücktrittsrecht des Schiedsrichters: Zurück zum *receptum arbitri*, und sodann Rezepte gegen die Untat böser Buben.**

in: ASA-Bulletin (ASA Association suisse de l'arbitrage – Swiss Arbitration Association)  
Vol. 20 (2002) No. 3.

S. 413-426

---

**Noch einmal das Rücktrittsrecht des Schiedsrichters:  
Zurück zum *receptum arbitri*, und sodann Rezepte  
gegen die Untat böser Buben\***

Das Ausscheiden eines Schiedsrichters schafft Probleme. Dringend ist auch die Frage, mit welchen Vorkehrungen man böswilligen, das laufende Verfahren torpedierende Parteien samt den von ihnen ernannten und mit ihnen beim sündhaften Tun kooperierenden Parteirichtern (im Titel beide zusammenfassend 'böse Buben' genannt) entgegentreten könne. Die beiden Problemkreise scheinen von einander weit entfernt. Aber in den beiden letzten ASA-Heften erschien zuerst ein Aufsatz, der den Zusammenhang der beiden Probleme vor Augen führt (BERNHARD BERGER, *Jederzeitiges Kündigungsrecht des Schiedsrichters?* ASA Bull. 1/2002, S. 5-25) und sodann ein Bundesgerichtsentscheid, welcher Berger noch nicht vorlag und der hinsichtlich der zu suchenden Vorbeugestrategie einen wichtigen Schritt nach vorn demonstriert (ASA Bull. 2/2002, S. 337-349). Der vorliegende Beitrag möchte die von Berger vertretene Auffassung im Ergebnis unterstützen, ja sie noch apodiktischer formulieren, wenn auch dies mit anderer rechtlichen Begründung. Bei der von Berger so genannten 'Kündigung' sind im übrigen zwei verschiedene Aspekte zu unterscheiden: Einerseits liegt ein *deontologisches Problem korrekten schiedsrichterlichen Verhaltens* vor, von dem indessen ganz verschieden ist das *Spiel des schiedsrichterlichen 'bösen Buben'*, d. h. des Schiedsrichters, welcher der ihn ernennenden Partei zuliebe oder unter deren Pressuren aus dem Verfahren flieht, um dieses an seinen Ausgangspunkt zurückzubringen oder gänzlich zu zerstören, dabei keinerlei Rechtfertigungsgründe beanspruchend und nicht nach der Zulässigkeit seines Vorgehens fragend.

**1. 'Schiedsrichtervertrag': Weg vom Mandat und zurück  
zum *receptum arbitri***

a) *Zur Fragestellung:* Für Bernhard Berger ist in der Rücktrittsfrage massgeblich der *Vertrag* zwischen dem *Schiedsrichter und den ihn*

---

\* Vgl. den Aufsatz von Bernhard Berger in ASA Bull. 1/2002 und den BGE vom 1.2.2002 in ASA Bull. 2/2002.

*ernennenden Parteien*, den er als *Auftrag* qualifiziert. Er macht es sich demnach zur Aufgabe, zu zeigen, dass das vom OR (Art. 404) zwingend vorgeschriebene und nach freiem Belieben auszuübende Recht des Widerrufs bzw. der Kündigung für den Schiedsrichter keine Geltung hat, der Schiedsrichter daher ‘nur aus wichtigen Gründen kündigen’ kann (S. 23; Ziff. 3.1). Diese von jedermann geteilte Schlussfolgerung kann einfacher und überzeugender abgeleitet werden, wenn man gar nicht erst auf Auftragsrecht abstellt. Dessen Massgeblichkeit ist keineswegs erwiesen, auf dieser Rechtsgrundlage aber auch das Rücktrittsrecht nicht überzeugend auszuschliessen. Berger gelingt es nicht, die Nichtanwendbarkeit der im Auftragsrecht fundamentalen, vom Bundesgericht unnachgiebig durchgesetzten Regel von OR Art. 404<sup>1</sup> aus dem Mandatsrecht selber abzuleiten; das zutreffende Ergebnis wird aus der Unannehmbarkeit der Folgen der Anwendung von Art. 404 rückerschlossen. Nun ist es aber erst die Qualifikation des Schiedsrichtervertrages als *Auftrag*, welche das inakzeptable ‘Kündigungsrecht’ des Schiedsrichters in die Welt setzt und damit das Problem schafft, das nachträglich mühevoll ausgeräumt werden muss. Zu zeigen ist die *Verfehltheit der Mandats-Qualifikation*.

b) *Konstituierendes Element des Mandats* ist das *Vertrauen des Mandanten zum Mandatar*<sup>2</sup>. Das *Mandat ist ein Interessewahrungsvertrag*. Der Mandatar hat im Interesse des Mandanten zu handeln, und es ist der Mandant, der nicht nur die zu verfolgenden Ziele und die dabei einzusetzenden Mittel bestimmt, sondern seine Anordnungen während der Abwicklung laufend ändern darf, darüber hinaus aber das Auftragsverhältnis auch jederzeit beenden kann, wenn sein Vertrauen in die Interessenwahrung des Mandatars geschwunden ist<sup>3</sup>. Die Stellung des Schiedsrichters lässt sich diesem Schema nicht einfügen: Wie kann er, der beiden Parteien gleichermassen verpflichtet ist, deren Interessen wahren, die doch entgegengesetzt sind? Mögen anfänglich vielleicht beide Parteien, d. h. sogar der Beklagte, das Verlangen nach schiedsrichterlicher Streiterledigung

---

<sup>1</sup> Vorbild ist der Französische CC (Art. 2003: ‘Le mandat finit, par la révocation du mandataire, ...’), dem neben unserem OR so gut wie alle romanischsprachigen Kodifikationen folgen. Zurückhaltender ist BGB § 671, der zwar dem *Auftraggeber* jederzeitigen Widerruf zugesteht, ‘Kündigung’ dem *Beauftragten* dagegen nur gestattet, soweit ‘der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweitig Fürsorge treffen kann, es sei denn., dass ein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt.’

<sup>2</sup> *Mandatum* von *manum dare*: Der Händedruck als *Ausdruck des Vertrauens*. Das Vertrauenserfordernis ist auch der Hintergrund des Rechts jederzeitigen Widerruf (vorab des Mandatars, während jenes des Mandanten wohl vorab in der traditionellen Unentgeltlichkeit lag).

<sup>3</sup> Die *Leistungspflicht des Mandatars* kann nur als eine *obligation de faire* gedeutet werden. Als eine Pflicht des Tuns lässt sich aber die Aufgabe des Richters nicht hinreichend umschreiben; diese wäre eher eine *obligation du résultat* (der oder die Richter haben einen *Erfolg* herbeizuführen: Den die Streitsache rechtsgültig erledigenden Schiedsspruch).

haben, kann sich dies im Verfahren leicht ins Gegenteil wenden, sobald eine der Parteien den ihr drohenden Prozessverlust erkennt. Das Mandat setzt während seiner gesamten Abwicklung das Vertrauen des Auftraggebers in den Beauftragten voraus (und es ist dieses Erfordernis andauernden Vertrauens, welche das Widerrufsrecht des Auftraggebers begründet). Das Schiedsverfahren kann aber nicht deshalb zu einem Ende kommen, weil der Schiedsrichter das Vertrauen der einen, oder auch gar beider Parteien verloren hat: So lange die Parteien sich nicht über dessen Abberufung einigen können, bleibt der Schiedsrichter in Pflicht. Den Parteien steht ein Weisungsrecht gegenüber dem Schiedsgericht allein in dem Sinne zu, dass eine Parteivereinbarung (mag diese auf der Ebene des Verfahrens oder des materiellen Rechts liegen) das Schiedsgericht bindet. Aber Einverständnis der Parteien ist der untypische, hier nicht interessierende Ausnahmefall; die eigentliche richterliche Tätigkeit liegt darin, zwischen den sich vor ihm aufbäumenden gegensätzlichen Partei-Interessen den Weg zu finden. Das bedeutet, sich in Widerspruch zu der Position der einen oder gar auch beider Parteien zu stellen. Es bereitet Mühe, im Schiedsrichtervertrag Elemente zu erkennen, welche dessen Einordnung unter den Vertragstypus des Mandats zu rechtfertigen vermöchten; geradezu unmöglich ist es, Gründe zu erkennen, welche diese Zuordnung zwingend gebieten würden.

c) Die Frage verdient einen *komparatistischen* und einen *historischen* Blick, denn Schiedsgerichtsbarkeit ist weder eine helvetische Exklusivität noch eine Erfindung unserer Jahrzehnte. Es ist *das römische Recht*, das Europa das *Modell der Schiedsgerichtsbarkeit* vor Augen führte, und ihm verdanken wir auch den *Vertragstypus des Mandats* (samt dessen Rücktrittsrecht beider Parteien). Nun aber dachte in Rom niemand nur entfernt daran, den Schiedsrichter Mandatsgrundsätzen zu unterstellen; die Schiedsrichterposition wurde als *receptum arbitri* definiert. Das bedeutet etwa: 'Übernahme der Pflichten (oder des Amtes) des Schiedsrichters'<sup>4</sup>. Und wie es selbstverständlich war, dass der Arbitr – im Gegensatz zum Mandatar – ein Honorar fordern durfte, war es ebenso selbstverständlich, dass die einmal gegenüber den Parteien erklärte Bereitschaft, das Schiedsverfahren durchzuführen (*receptum*), ihn unwiderruflich zur

---

<sup>4</sup> *Receptum* von *recipere* (fr. *recevoir*, engl. *receive*) 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, das das Urteil ermöglichende Verfahren lückenlos durchzuführen.

Durchführung desselben und zur Fällung des Schiedsspruchs verpflichtete<sup>5</sup>. Das *receptum arbitri* bzw. die Stellung des Schiedsrichters bzw. der von ihm geschlossene ‘Schiedsrichtervertrag’ war vor zweitausend Jahren und ist genau gleich auch heute noch ein *Phänomen eigener Art*. Die traditionswidrige Zuordnung zu einem der geläufigen (allesamt dem römischen Kontraktsystem entnommenen, aber hier nicht passenden) Vertragstypen des ‘Besonderen Teils’ bedeutet Vergewaltigung und Verfälschung der Verhältnisse.

Die in den letzten Jahren aufgekommene, verfehlte Qualifikation als Mandat erklärt sich aus dem Fehlen der Figur des *receptum* in den modernen Kodifikationen. Darüber hinaus liegt aber auch eine grundsätzliche *methodische Fehlüberlegung* vor: Das unglückliche reflexartige Bestreben, jeglichen Vertrag einem der gesetzlichen Typen des ‘Besonderen Teils’ des OR (oder des Schuldrechts des BGB) zuzuordnen. Dieses Bedürfnis ist Ausfluss einer überholten Bindung an das *romanistische Kontraktsystem* (das im heutigen absoluten Verständnis in Rom allerdings niemals rechtens war), welche unter der seit langem allenthalben geltenden *Vertragstypenfreiheit* keinen Sinn mehr macht, da heute jegliche Notwendigkeit der Bindung an irgend einen der Vertragstypen entfällt<sup>6</sup>. Die einzige angemessene Lösung geht dahin, die Position des Schiedsrichters bzw. den von ihm kontrahierten ‘Schiedsrichtervertrag’ als eigenständige Figur zu verstehen, die ihren eigenen Gesetzen gehorcht. Nicht nur ist die Zuordnung zu einem der gesetzlichen Vertragstypen (Mandat, aber auch Dienstvertrag, Werkvertrag oder was sonst immer) verfehlt: Gefordert ist auch die Einsicht, dass die Stellung der Schiedsrichter nicht allein auf Vertragsrecht abzustützen ist, wir

---

<sup>5</sup> 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 und 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’. Diese Formel repräsentiert die ums Jahr 1900 sowohl in Deutschland wie der Schweiz herrschende Anschauung; an Mandat dachte damals niemand.

<sup>6</sup> 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 [beides einsehbar [www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch) Nr. 29 und 75]. Die durch die zwangshafte Zuordnung zu den vertraglichen Gesetzestypen veranlassten Irrwege werden besonders auch in Deutschland sichtbar, wo angesichts der begriffsnotwendigen Unentgeltlichkeit des Mandats (BGB § 662) man für den Normalfall der Entgeltlichkeit keinen anderen Ausweg sieht als die Schiedsrichter dem *Dienstvertrag* zu unterstellen. Hilfsweise wird auch *Werkvertrag* erwogen (welche Linie auch BERGER aufnimmt; vgl. S. 20-22). Alle diese Zuordnungsversuche sind bereits im Ansatz verfehlt (zulässig ist allein der Rekurs auf ‘analoge’ Anwendung einzelner Grundsätze der verschiedenen Typen, soweit dies durch die Sachlogik gefordert wird).

uns vielmehr im (sich hier überschneidenden) *Grenzbereich* zwischen *öffentlichem Verfahrensrecht* und *materiellem Privatrecht* bewegen (dies genau wie im alten Rom, wo materielles Recht und Prozessrecht noch in Eins zusammenflossen).

d) Die Anwendbarkeit des Auftragsrechts auf die verfahrensrechtliche Stellung des Schiedsrichters findet eine Grundlage weder in staatlichen Prozessordnungen noch im IPRG, und erst recht enthalten die verschiedenen institutionellen Schiedsordnungen keine dahin weisende Regel. Gegenüber dem traditionellen romanistischen Verständnis des *receptum arbitri* schleicht sich erst im 20. Jahrhundert und vor allem in der Schweiz langsam die Berufung auf Mandatsrecht ein<sup>7</sup>. Aber diese Sicht ist bis heute keineswegs die herrschende geworden.

Das Zurückführen der standesrechtlichen Frage des Rücktrittsrechts<sup>8</sup> auf den zwischen beiden Parteien einerseits und dem Schiedsrichter geschlossenen ‘Schiedsrichtervertrag’ ist fragwürdig. Zu erinnern ist an die Stellungnahme von GULDENER: Das *receptum arbitri* ‘wird 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.’<sup>9</sup> Beruht die Befugnis des Richters *nicht* auf dem ‘privatrechtlichen Rechtsverhältnis’ der Betroffenen,

---

<sup>7</sup> Die Prozessgesetzgebung des Kantons Zürich schrieb traditionell die Pflicht des Schiedsrichters zum Tätigwerden fest; wenn sie den Terminus ‘Auftrag’ verwendet, geschieht 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/Hauser, *Kommentar 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 irgendeine 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 völlig offen, ob Leuch die Frage des Rücktrittsrechts unter dem Blickwinkel von Art. 394 betrachten wollte.

<sup>8</sup> Dieser Ausdruck ist demjenigen der ‘Kündigung’ vorzuziehen, da letzterer exklusiv dem Vertragsrecht zugeordnet und mit der Vorstellung der Ausübung nach freiem Belieben des Kündigungsberechtigten verbunden ist.

<sup>9</sup> 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).

bestimmt dieses aber auch nicht die mit der Befugnis verbundenen Pflichten. Aus dieser prozessrechtlichen Sicht werden die Schiedsrichterpflichten durch die mit Zustimmung des ernannten Richters *zwischen den Parteien* geschlossenen *Schiedsvereinbarung* begründet, dies unabhängig von einem zwischen den Parteien und dem Richter möglicherweise zusätzlich geschlossenen Vertrag, der vorab die Honorierung des Schiedsrichters, nicht aber dessen Amtsführung betrifft und daher in vorliegender Frage ausser Betracht bleiben sollte<sup>10</sup>.

e) Nicht nur Guldener weicht ab, sondern auch die übrige Literatur hängt keineswegs einhellig der ‘Mandatstheorie’ an. In der Schweiz mag für diese vordergründig weite Akzeptanz bestehen, die indessen entscheidend relativiert wird durch die damit nicht zu vereinbarende, jedoch fest etablierte Position, der zufolge der Schiedsrichter von seinem Richteramt nicht nach Belieben zurücktreten dürfe. Wenn man über die Landesgrenzen hinausblickend ausländische Standpunkte mit einbezieht, herrschen entgegengesetzte Auffassungen bei weitem vor. Für Deutschland seien zitiert SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS: ‘Über die *Rechtsnatur* des Schiedsrichtervertrages herrscht seit jeher Streit. Der Bundesgerichtshof nimmt im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts einen Vertrag eigener Art an, auf den die gesetzlichen Bestimmungen über den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) und über den Auftrag (§§ 662 ff. BGB) keine unmittelbare, sondern nur, soweit sie passen, entsprechende Anwendung finden. Dem ist zu folgen.’ Und dann: [Der Schiedsrichter] übt [er] ein über den Parteien stehendes unabhängiges ‘Amt’ aus, das ihn zur Leitung des Verfahrens und zum Erlass des Schiedspruchs legitimiert.<sup>11</sup> Dieser Standpunkt wird geteilt von SCHWAB/WALTER<sup>12</sup>: ‘Das RG hat in ständiger Rechtsprechung einen *Vertrag eigener Art* angenommen. Der BGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Die h. M. berücksichtigt nicht, dass erst durch den Vertrag das prozessuale Amt des Schiedsrichters begründet und

---

<sup>10</sup> Man möge beachten, dass das römische *receptum* seinerseits nicht den *contractus* zugeordnet ist, sondern als pflichtbegründender Akt eigener Art verstanden wird, der in heutiger Sicht gleichzeitig dem materiellen Recht wie dem Verfahrensrecht zuzuordnen ist.

<sup>11</sup> SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, Rn. 172 (Berlin/New York, 1. Aufl. 1985, 2. Aufl. 1990) mit Hinweis auf BGH VersR 1953, 51, BGH NJW 1954, 1763; RGZ 59, 247; 74, 323; 94, 213. Weiterhin wird vermerkt Schwab in FS für Schiedermaier, 1976 S. 499 ff. 513 ff. (dessen Postulat der ‘prozessualen Wirkung der Begründung des Schiedsrichteramtes’).

<sup>12</sup> SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Kommentar; 4. Aufl. 1990, S. 89 Rn. 8: ‘Das RG hat in ständiger Rechtsprechung einen *Vertrag eigener Art* angenommen. – Der BGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen.’ – Dann in Rn. 9: ‘Die h. M. berücksichtigt nicht, dass erst durch den Vertrag das prozessuale Amt des Schiedsrichters begründet und damit eine prozessuale Wirkung erzeugt wird. Der Schiedsrichtervertrag muss daher auch als *Prozessvertrag* bewertet werden.’ Hier (wie in Aufsatz in FS Schiedermaier; oben Fn. 11) nimmt Schwab die von Guldener (oben Fn. 9) entwickelte Auffassung auf. Diese ist bis heute nicht widerlegt.

damit eine prozessuale Wirkung erzeugt wird. Der Schiedsrichtervertrag muss daher auch als *Prozessvertrag* bewertet werden.' Das ist im Ergebnis die Theorie des *receptum arbitri*. Von einer gesamthaften Anwendung des Auftragsrechts ist in der deutschen Lehre nirgends die Rede.

f) Die Auffassung, dass kein Recht des Rücktritts nach freiem Belieben des Schiedsrichters besteht, stand zum vornherein nicht zur Diskussion; zu suchen war allein eine *widerspruchsfreie Begründung*. Eine solche stellt sich von selbst ein, wenn man von der unglücklichen 'Mandatstheorie' abgeht. Das Erwägen prozessualer Opportunitätsgesichtspunkte, die bei der Argumentation Berger den Ausschlag geben, ermöglicht die Feststellung, dass 'dem Schiedsrichter (mangels gegenteiliger Parteivereinbarung) kein jederzeitiges voraussetzungsloses Kündigungsrecht zu[steht]' (BERGER, S. 22). Der gesamthafte Verzicht auf die 'Mandatstheorie' und die Rückbesinnung auf das traditionelle Konzept des *receptum arbitri* erlaubt aber darüber hinaus auch die ins Positive gewendete Formel, dass der Schiedsrichter in Pflicht steht, in seinem Amt bis zu dessen Ende, d. h. der Fällung eines Schiedsspruches, auszuharren. Von dieser Pflicht befreien ihn nicht bereits irgendwelche 'wichtige', sondern nur *absolut zwingende Gründe* (als welche ausschliesslich schwere gesundheitliche Hinderungsgründe des Schiedsrichters in Betracht fallen sollten).

Welche *praktische Tragweite* kommt dieser wie auch immer begründeten, eine Handlungspflicht des Schiedsrichters feststellenden und dessen Rücktritt verbietenden Regel zu? Gegenüber Bössartigkeit einer Partei und des sie unterstützenden Parteirichters hilft diese nicht das Geringste. Das erkennt auch BERGER (S. 22) und illustriert dies durch Schilderung des Falles *Milutinovic PIM*, hat doch in jenem Fall der zurücktretende Schiedsrichter niemals die Rechtmässigkeit seines Vorgehens behauptet und überdies die ICC den Rücktritt nicht akzeptiert (dazu noch unten Ziff. 2). Wie Schlösser vorab gegenüber korrekten Leuten Sinn machen, weil bekanntlich Diebe diese auch ohne Schlüssel öffnen, gilt das hier Diskutierte nur für korrekte Schiedsrichter. Aber von diesen sehen in der Frage des Rücktritts nicht alle richtig<sup>13</sup>: Immer noch gibt es Kollegen, die ein Schiedsverfahren für einen Schönwetterausflug halten, den man nach Lust und Laune abrechen kann<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Der Schreibende, obwohl meist Obmann und nur ausnahmsweise Beisitzer, musste in letzterer Funktion doch erleben, wie Präsidenten ihren Rücktritt erklärten, sobald im Verfahren Schwierigkeiten aufkamen.

<sup>14</sup> Auch dazu noch einmal die römischen Quellen: 'Auch wenn der Prätor niemanden zwingt, das Amt des Schiedsrichters zu übernehmen ... ist er aber doch der Ansicht, dass dann, wenn jemand das Amt einmal übernommen hat, die Amtsführung der prätorischen Aufsicht und Fürsorge unterliegt, ... weil diejenigen nicht enttäuscht werden dürfen, die jemanden ... zum Richter über ihre Angelegenheiten bestellt haben. Denn nimm an, nachdem der Rechtsfall schon einmal und immer wieder erörtert worden ist und auf beiden Seiten Interna aufgedeckt und Geschäftsgeheimnisse offengelegt sind, erklärt der Schiedsrichter aus Parteilichkeit oder Bestechlichkeit oder aus irgend einem anderen Grund, er wolle keinen Schiedsspruch erlassen; kann irgend jemand bestreiten, dass es höchst angemessen ist, wenn der Prätor eingreift, damit der Richter die Amtspflicht, die er übernommen hat, erfüllt?' (so Dig. 4, 8, 3, 1; Ausgabe gem. Fn. 5).

Darüber hinaus erlangt aber das Rücktrittsverbot besondere Bedeutung in jenen (zum Glück nicht allzu häufigen, daher vielen Schiedsrichtern aus eigener Erfahrung nicht bekannten) Ausnahmefällen, bei denen *eine der Parteien das laufende Verfahren zerstören will*. Hier ist klare Stellungnahme gefordert: Nicht nur Unlust oder die bereits genannten Unannehmlichkeiten verschaffen dem Schiedsrichter keine Rechtfertigung zu einem Rücktritt, sondern auch nicht gegen seine Person gerichtete Angriffe und Anpöbeleien. Er bleibt in seiner Verpflichtung, was in diesem Fall nicht bloss die Ausübung der Schiedsrichtertätigkeit einschliesst, sondern vielmehr auch noch die Zusatzpflicht, unerachtet aller Insulte tadellose Form zu wahren, um nicht mit unbedachter Reaktion dem Angreifer den von diesem angestrebten Anlass zu einem Abberufungsverfahren zu verschaffen (dazu auch noch unten). Insgesamt ist die Unzulässigkeit des nicht durch höhere Gewalt gerechtfertigten Rücktritts jedes Schiedsrichters ein wichtiges Element der Ordnung des Schiedswesens überhaupt, was hier in Erinnerung zu rufen wichtig schien.

## **2. Denkbare Vorbeugemassnahmen gegen Bösartigkeit der Parteien und deren Parteirichter**

Der von Berger angeführte *Fall Milutinovic PIM* (im folgenden nur noch ‘MP’) illustriert in der Tat, welchen Unfug eine böswillige Partei zusammen mit dem von ihr ernannten Schiedsrichter anzurichten in der Lage ist<sup>15</sup>. Das Verfahren ruft unausweichlich der Frage, wie derartigen Abläufen vorgebeugt werden kann. Dem Schreibenden sei gestattet, kurz darzulegen, was er sich als Vorsitzender in der Sache MP, aber auch in einer ganzen Reihe weiterer, ebenfalls aus den Fugen geratener Fälle gewünscht hätte und aus zeitlich Distanz heute als Regelung für wünschenswert hält. Diese Hinweise nicht zu letzt im Hinblick auf das gesetzgeberische Vorhaben einer eidgenössischen Zivilprozessordnung, das die Möglichkeit zur Schaffung eines die Schiedsgerichtsbarkeit gegen Missbräuche absichernden Umfeldes öffnet.

---

<sup>15</sup> Wobei als Fussnote beigefügt werden darf, dass die auf den veröffentlichten Texten beruhende Darstellung von Berger bloss einen Bruchteil aller vorgekommenen üblen Ereignisse schildert.



Die hier zur Diskussion stehende Ordnung, sei diese *deontologische Theorie* oder *verfahrensrechtliche Normierung*, muss das Ziel verfolgen, soweit als möglich die Schiedsverfahren vor Sabotierung seitens jener Partei zu schützen, welche Prozessverlust bereits erlitten oder aber zu erwarten hat. Drei Sabotage-Modalitäten bieten sich ihr an: Im Falle bereits ergangenen Urteils dessen Aufhebung, vor diesem Zeitpunkt die Zerstörung des Verfahrens durch Veranlassung des Rücktritts des von ihr ernannten oder aber eines der anderen Schiedsrichter. Diese drei Strategien schliessen sich nicht gegenseitig aus sondern können, wie der Fall MP zeigt, verbunden werden. Zu jeder von ihnen:

a) *Veranlassung des Rücktritts des parteibenannten Schiedsrichters*. Dies war im Fall MP der erste Schritt dieser Firma. Der Rücktritt von *Jovanovic* konnte nicht verhindert werden, und Gleiches wird sich auch in Zukunft niemals verhindern lassen. Die generelle normative Feststellung der Unzulässigkeit des Rücktritts ist in diesem Kontext bedeutungslos, wie im Fall MP der Entscheid der ICC, den Rücktritt *Jovanovics* nicht anzuerkennen, folgenlos blieb. Verfahrensordnungen können allein versuchen, die *Folgen des unzulässigen Rücktritts zu minimieren und damit zum vornhinein das Interesse an derartigem Tun zu mindern*. Dies bedeutet einmal möglichst weite Umschreibung des Bereichs, der den verbleibenden Schiedsrichtern den Erlass des Schiedsspruchs erlaubt (dazu unten lit. c). Soweit aber der Fall noch nicht entscheidreif und das Erkenntnisverfahren weiterzuführen ist, bedeutet Minimierung der Wirkungen, dass *bisherige Prozesshandlungen nicht wiederholt werden müssen, das Verfahren vielmehr unerachtet des Rücktritts seinen normalen Fortgang nehmen kann*<sup>16</sup>. Dies liegt regelmässig im Interesse der korrekten Partei<sup>17</sup>. Die Regel der Nicht-Wiederholung des Verfahrens trotz Neubesetzung des Schiedsgerichts, d. h. der Ausschluss nochmaliger Einvernahme der Zeugen und der erneuten

---

<sup>16</sup> Dies unter Vorbehalt anderer Vereinbarung der Parteien. Dem neu besetzten Schiedsgericht ebenfalls eine Entscheidbefugnis einzuräumen ist gefährlich, d.h. in jenen Fällen unangemessen, in denen die böswillige Partei nicht bloss 'ihren' Schiedsrichter ersetzte, sondern eine Neubesetzung der Mehrheit der Richter zu bewirken vermochte.

<sup>17</sup> Im Falle MP gab es zwei Gründe zur Weiterführung des Verfahrens ohne Neubesetzung des Gerichts, welche die ICC zu diesem Entscheid bestimmt hatten und den Schreibenden zu weiterer Kooperation in bisheriger Zusammensetzung veranlassten: Vorab die Überlegung, dass ein von MP neu bestellter Schiedsrichter das Spiel seines Vorgängers hätte wiederholen können, sodann der Umstand, dass im Schosse der ICC deren damalige Verfahrensordnung (für den Schreibenden nicht überzeugend) dahin ausgelegt wurde, dass Neubesetzung des Gerichts die *Notwendigkeit zur Wiederholung des Beweisverfahrens impliziere*. Dies hätte Wiederholung der gemäss Parteivereinbarung bereits abgeschlossenen Zeugeneinvernahmen impliziert (die Einvernahmen hatten in mehreren Sessionsen wohl etwa zehn Tage gedauert; etliche Zeugen waren unter Schwierigkeiten aus fernen Kontinenten herbeigeholt worden und manche von ihnen wären wohl ein weiteres mal nicht verfügbar gewesen).

Einholung von Sachverständigen-Gutachten<sup>18</sup> u. dgl. wird in der Mehrzahl der Fälle den Versuch der Sprengung des Schiedsgerichts in bisheriger Zusammensetzung verhindern bzw. ein Interesse an der Zerstörung des Verfahrens gar nicht erst aufkommen lassen. Der Schreibende möchte daher mit grösster Insistenz für die Aufnahme einer entsprechenden Regel in die neu zu schaffende helvetische ZPO (und jede in Reform stehende institutionelle Schiedsordnung) plädieren<sup>19</sup>.

b) *Veranlassung des Ausscheidens eines parteifremden Schiedsrichters*. Die obgenannten möglichen Folgen der Neubestellung der Schiedsgerichts treten auch ein, wenn nicht der von der böswilligen Partei bestellte 'Parteirichter', sondern der Vorsitzende oder der andere Beisitzer ausscheidet. Es gilt daher auch unter diesem Gesichtspunkt die Forderung, die Neubesetzung nicht zum Anlass einer Verfahrenswiederholung zu machen. Zusätzlich sind hier aber auch die Voraussetzungen des Ausscheidens dieses Richters zu betrachten. Dass er nicht von sich aus zurücktreten darf, nur weil er Widerwärtigkeiten begegnet, wurde bereits festgestellt. Hier ist festzuhalten, dass die Pflicht zum Ausharren im Verfahren im Interesse der korrekten, nun in ihren Rechten bedrohten Partei um so eher besteht, je ernster die Versuche der Verfahrenszerstörung sind. Dass der Schiedsrichter persönlich angegriffen wird und möglicherweise die Situation als psychische Belastung erlebt, kann keine Rechtfertigung dessen Rücktritts abgeben.

Wenigstens einen kurzen Blick fordert die Störung des Verfahrens durch *Einleitung von Abberufungsverfahren* (mögen diese im Rahmen von Schiedsgerichts-Institutionen oder vor staatlichen Gerichten erfolgen)<sup>20</sup>. Den zum Entscheid berufenen Instanzen ist in dieser Hinsicht zu Zurückhaltung zu raten. In der Schweiz besteht derzeit die Neigung zur Überspannung der Abberufungsgründe, wird doch als solcher nicht bloss tatsächliche Befangenheit anerkannt, sondern ein solcher liegt auch vor, 'wenn aufgrund der Umstände bei objektiver Beurteilung der Anschein einer – wenn auch

---

<sup>18</sup> So musste es der Schreibende in einem anderen Fall erleben, dass der Versuch der Zerstörung eines Schiedsverfahrens genau in dem Moment einsetzte, als die Prüfung einer Fabrikationslinie durch wochenlangen Betrieb unter Kontrolle des gerichtsernannten Sachverständigen deren Untauglichkeit aufzuzeigen begann: Neues Gericht, um (vielleicht nach Mängelbeseitigungen?) eine neue Prüfung durch einen anderen Experten zu erzwingen.

<sup>19</sup> Beim derzeitigen Fehlen der hier postulierten Verfahrensregel empfiehlt es sich, in allen als missbrauchgefährdet erscheinenden Verfahren in den konstituierenden Beschluss (in ICC-Verfahren in deren *acte de mission*) eine entsprechende Regel aufzunehmen, die erfahrungsgemäss zu Beginn der Verfahrens kaum Ablehnung seitens der Parteien begegnet.

<sup>20</sup> Derartiges Vorgehen stellte erfahrungsgemäss vorab in den Achzigerjahren ein beliebtes Instrument dar, ein nicht wunschgemäss verlaufendes Verfahren zu torpedieren.

tatsächlich nicht vorhandenen – Voreingenommenheit des Richters erweckt wird.<sup>21</sup> Immerhin wird im gleichen Entscheid auch festgehalten der ‘Grundsatz, dass prozessuale Fehler oder auch ein möglicherweise falscher materieller Entscheid für sich allein nicht den Anschein der Voreingenommenheit zu begründen vermögen.’ oder: ‘Selbst wenn sich ... getroffene Entscheidungen als falsch erweisen, lässt das nicht an sich schon auf seine Parteilichkeit schliessen.’ (a.a.O. S. 404)<sup>22</sup>. Generell wird im übrigen konsequent die Linie durchgehalten, dass nicht ohne Verzug geltend gemachte Verfahrensfehler unberücksichtigt bleiben.

c) *Aufhebung erlassener Schiedssprüche wegen Verfahrensmängel: Praxisänderung in BGE vom 1. Februar 2002 (ASA 2002/2, Seiten 337-349; 4P. 226/2001; im folgenden zit. als ‘neuer BGE’)*. Im Fall bereits ergangenen Urteils zielen die oben geschilderten Bösartigkeiten unterliegender Parteien auf dessen Vernichtung. Das Bestreben der Missbrauchsbekämpfung und der Gewährleistung wirksamer und korrekter Schiedsgerichtsbarkeit impliziert daher die Forderung nach *Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten*. Diesem Verlangen kommt der genannte BGE in vollem Umfang entgegen. Nicht nur der Entscheidgehalt, wonach kein Grund der Ungültigkeit eines Schiedsspruchs darin liegen kann, dass einer der Schiedsrichter sich den Schlussberatungen des Urteilstextes entzogen hatte, weist in der richtigen Richtung; es sind insbesondere die Motive, die klar machen, dass auch wesentlich weitergehende Absenz des Schiedsrichters und ernsthaftere Störmanöver desselben als die im beurteilten Sachverhalt vorgekommenen die Geltung eines Schiedsspruches nicht in Frage stellen würden. So etwa, wenn a.a.O. Seite 344 Gaillard zitiert wird mit dessen Feststellung: ‘il suffit de considérer qu'un arbitre a valablement délibéré dès qu'il a été mis en mesure de le faire au même titre que les coarbitres pour que toute difficulté soit levée.’ Ebenso, wenn das Gericht auf Art. 12.1 des Reglements des London Court of International Arbitration verweist, wonach bei hartnäckiger Teilnahmeverweigerung eines Schiedsrichters die beiden übrigen

---

<sup>21</sup> Dies die Formel von BGE 115 Ia 403 (mit Hinweisen u.a. auf BGE 108 Ia 50 E.3 und 115 Ia 175 E.3) im Entscheid i.S. MP betr. Abberufung der Schiedsrichter. Dieses Konzept öffnet der Beseitigung von Richtern einen sehr weiten Raum. Etwas Vergleichbares wird im Ausland in dieser Form nicht angetroffen und ist insbesondere im englischen Sprachbereich ganz unvorstellbar, wird doch dort die Forderung nach Unabhängigkeit des Richters auf den *Beginn* des Verfahrens beschränkt, während Vorkommnisse während dessen Ablaufs ausser Betracht bleiben.

<sup>22</sup> In BGE 115 Ia 402 befreit die I. Zivilabteilung Professor Böckstiegel und den Schreibenden vom Vorwurf, mit möglichen Fehlentscheidungen den Anschein der Voreingenommenheit geschaffen zu haben (was zur Verwerfung des Standpunkts des Zürcher Kassationsgericht und zur Wiederherstellung des das ‘Ablehnungsbegehren’ abweisenden Entscheid des Obergerichts führt). Der Vorwurf von Fehlentscheidungen sei hier trotzdem zurückgewiesen: Die verbleibenden beiden Schiedsrichter hatten weder Gelegenheit noch Anlass, rücktrittsbezogene Beschlüsse zu fassen, konnten daher auch nicht falsch entscheiden (vgl. dazu lit. c bei Fn. 24 und diese).

Schiedsrichter (unter Kenntnis des Schiedsgerichtshofes und der Parteien) das Verfahren trotzdem weiterführen können.

Der Beschwerdeführer hatte vorab als Präjudiz angerufen den von Berger dem Leser von ASA präsentierten Fall MP (BGE 117 Ia 166 ff.), in welchem das Gericht den Schiedsspruch mangels richtiger Besetzung des Gerichts kassierte. Dem gegenüber betreibt die I. Zivilabteilung im heutigen Entscheid *distinguishing* und betont, dass die beiden Fälle verschieden liegen würden. Dies trifft dann zu, wenn man auf den Text der Urteilmotive des MP-Falles abstellt, die erstaunlicherweise die Abläufe nicht zutreffend wiedergeben<sup>23</sup>, nicht aber, wenn man davon absieht, dem Rumpf-Schiedsgericht nicht von diesem nicht gefällte Entscheidungen anzulasten<sup>24</sup>. Nicht zutreffend ist (Seite 169) die Unterstellung, die verbliebenen beiden Schiedsrichter hätten i. S. der Unzulässigkeit der Rücktritts ihres Kollegen entschieden (welche Unterstellung naturgemäss im heutigen neuen Urteil [ASA 2002/2, S. 343] aufgenommen wird: ‘... si les autres membres du tribunal arbitral décident ... de poursuivre la procédure ... le tribunal arbitral n'est plus régulièrement constitué’). Es waren nicht die verbliebenen beiden Schiedsrichter, sondern der Schiedsgerichtshof der ICC, der (wohl zuständigerweise) den Rücktritt Jovanovics zurückwies und das Schiedsgericht aufforderte, in bisheriger Zusammensetzung das Verfahren weiter zu führen: Auch im Falle von MP lag ‘kein Fall eines unvollständigen, ‘amputierten’ Schiedsgerichts’ vor (so im Rubrum des neuen BGE). Angesichts der formellen Entscheidung der ICC macht wohl auch die an sich zutreffende Feststellung keinen rechtserheblichen Unterschied der beiden Sachverhalte aus, dass zwar der Schiedsrichter Jovanovic, nicht aber im heute vorliegenden Fall sein griechischer Kollege formell Rücktritt erklärt hatte<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Im Falle MP waren weder im Abberufungsverfahren noch im Beschwerdeverfahren zur Aufhebung des Urteils von einer der vielen befassten Instanzen das Schiedsgericht oder die Schiedsrichter zur Stellungnahme eingeladen worden, was die eingetretenen Missverständnisse teilweise erklären mag. Im Verfahren des neuen BGE scheint dies anders gewesen zu sein, liest man doch: ‘Par lettre ... le président A. a indiqué que la majorité du Tribunal arbitral renonçait à déposer une réponse au recours ...’ (lit. C *in fine*).

<sup>24</sup> Wie im neuen BGE war auch im Fall MP das Beweisverfahren abgeschlossen (‘la cause étant instruite ...’). Keineswegs waren ‘zwischen den Schiedsrichtern Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Abnahme von Beweisen entstanden’ (S. 167 lit. A Abs. 2), sondern es bestand eine *Parteivereinbarung*, dass nach der Anhörung bestimmter Zeugen das Beweisverfahren beendet sei und nach den Schlussvorträgen der Parteien das Schiedsgericht ohne alle Weiterungen das Urteil zu fällen habe. Ueber Zeugeneinvernahmen hatte daher das Gericht nicht zu entscheiden, denn den vereinbarungswidrig gestellten neuen Beweisanträgen Folge zu geben war verfahrensrechtlich nicht zulässig.

<sup>25</sup> Da im heutigen BGE einlässlich die dem seine Mitwirkung versagenden Schiedsrichter eingeräumten Möglichkeiten bei der Urteilsfindung und -redaktion geschildert werden, sei für den Fall MP festgehalten, dass in diesem eine eigentliche Urteilsberatung nicht stattzufinden brauchte, weil nicht nur innerhalb des Gerichts ohne jede Aussprache feststand, dass bei gegebener Aktenlage etwas anderes als Klageabweisung nicht in Betracht fiel, sondern dies Ergebnis angesichts ihres Versuches der Verfahrenszerstörung offenbar selbst für die Klägerin manifest war. Selbstredend war angesichts seiner formell fortdauernden Richterstellung Jovanovic trotz vorangehender Absage zur Urteilsberatung eingeladen, der Entwurf des Urteilstextes ihm zur Stellungnahme und der Urteilstext zur Unterzeichnung zugestellt worden.

Alles zusammengenommen scheinen die beiden Fälle in allen rechtswesentlichen Aspekten übereinzustimmen, was den Schreibenden zur Annahme verleitet, dass der damals kassierte Schiedsspruch i. S. MP heute aufrecht bleiben würde.

### 3. Zusammenfassung

I. Die *Stellung des Schiedsrichters* darf nicht nach auftragsrechtlichen Grundsätzen bestimmt werden, sondern bestimmt sich vielmehr nach Grundsätzen, die gleichzeitig privatrechtlich-vertragliche wie auch prozessrechtliche Elemente aufweisen und im traditionellen *receptum arbitri* ihr Vorbild haben. Daraus folgt eine *unabdingbare Pflicht des Schiedsrichters zur Ausführung der übernommenen Richterpflicht* bis hin zum *Erlass des Urteils*. Von einem Rücktrittsrecht des Schiedsrichters kann keine Rede sein; von seiner Pflicht wird er nur durch *höhere Gewalt* (schwerwiegende gesundheitliche Gründe) entbunden.

II. Gegenüber *Versuchen böswilliger* (da Prozessverlust befürchtender oder bereits erlitten habender) *Parteien*, ein ergangenes Urteil unwirksam zu machen, ein laufendes Schiedsverfahren zu behindern, dieses (durch Erzwingung der Neubesetzung des Gerichts) wiederum an seinen Anfang zurückzusetzen oder gar zu zerstören, ist *Minimierung der möglichen Auswirkungen* und Errichtung aller denkbaren *vorbeugenden Sicherungsmassnahmen* anzustreben. In Betracht kommt folgendes:

- *Zurückhaltung bei der Kassierung* ergangener Schiedsurteile wegen nicht gehöriger Besetzung des Schiedsgerichts (dies mustergültig demonstriert im Entscheid vom 1.2.2002 der I. Zivilabteilung);
- Festschreiben der Regel, dass Widerwärtigkeiten, Störmanöver oder persönliche Angriffe den betroffenen Richter nicht von der übernommenen Richterpflicht freistellen (d. h. zum Rücktritt ermächtigen);
- Zurückhaltung der zuständigen Instanzen in der Abberufung von Schiedsrichtern wegen behaupteter Befangenheit;
- Statuierung der Regel, dass im Falle einer aus welchem Grunde auch immer veranlassten *Neubesetzung* des Schiedsgerichts das *Verfahren seinen Fortgang nimmt* und Wiederholung früherer Verfahrensschritte

(Einvernahme von Zeugen, Einholung von Sachverständigengutachten) unter Vorbehalt anderer Parteivereinbarung weder gefordert noch zulässig ist.

### Summary

In issue 1/2002 of the ASA Bulletin, Bernhard Berger took on the issue of arbitrators stepping down during the proceedings. Eugen Bucher revisits the problems based on a new decision of the Swiss Federal Tribunal. Bucher compares this case with the Tribunal's earlier decision (*Milutinovic*), where an award was set aside on the grounds that one of the arbitrators resigned and had not been replaced.

In Bucher's view, the contract between the parties and the arbitrators is not a mandate but a contract of its own, i. e., the *receptum arbitri*. Based on the Roman law tradition, the author contents that arbitrators, except in the case of serious illness, have no right to resign.

Editors' Note. On the power and indeed the duty of so-called 'truncated arbitral tribunals' to render a decision in such circumstances, reference is also made to the studies of Judge Stephen M. Schwebel, in particular to his report 'The authority of a truncated tribunal' in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards*, ed. A. J. van den Berg, 1999, p. 314 ff., to 'The Authority of Truncated International Tribunals' in *International Arbitration: Three Salient Problems* (Cambridge 1987, pp. 144 ff.) and his other studies cited in P. Lalive 'Du Nouveau sur les Tribunaux arbitraux tronqués ?' in Bulletin ASA 1999/2, pp. 211-219. See also the abstract of the *Himpurna* case, 'The Abduction of an Arbitrator – A Disturbing Account of a State's Attempts to Derail an International Arbitration' in ASA Bull. 4/1999, p. 512. The final award in *Himpurna* of 16 October 1999 is published in Yearbook Commercial Arbitration XXV (2000), p. 186.