

Die Genfer «Armensteuer» – eine Vergnügungs- bzw. Billettsteuer – weist zwar gewisse Ähnlichkeiten mit der Mehrwertsteuer auf, sie ist indes eine besondere Verbrauchssteuer, die ausschliesslich ganz bestimmte Dienstleistungen belastet, nämlich Unterhaltungsanlässe, während die Mehrwertsteuer eine allgemeine Steuer auf dem gesamten Inlandkonsum darstellt. Die Armensteuer und die Mehrwertsteuer sind somit nicht gleichgeartete Steuern im Sinne von Art. 41^{ter} Abs. 2 BV (BGE 122 II 241).

III. Literaturauswahl

Im internationalen Steuerrecht besonders erwähnenswert sind die beiden Publikationen «Internationale Steuerplanung» (Bern 1996) von Ernst Höhn und «Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz» (Bern 1996) von Peter Locher. Beachtung verdient aber auch das in englischer Sprache verfasste Werk von Xavier Oberson und Howard R. Hull «Switzerland in International Tax Law» (Amsterdam 1996). In zweiter Auflage erschienen ist sodann die Dissertation von Eveline Oechslin-Saupper «Besteuerung ausländisch beherrschter Kapitalgesellschaften mit Ansässigkeit in der Schweiz» (Bern 1996).

Zwei Neuerscheinungen befassen sich mit dem Thema Unternehmensumstrukturierungen. Einerseits handelt es sich um die von Urs R. Behnisch verfasste Habilitationsschrift mit dem Titel «Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften» (Basel 1996), andererseits um das Werk «Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht» von Markus Reich und Marco Diess (Basel/Frankfurt a.M. 1996). Weiter ist zum Unternehmenssteuerrecht unter anderem auf zwei in der «Schriftenreihe der Treuhand-Kammer» erschienene Publikationen hinzuweisen: Ein Sammelband mit Beiträgen von verschiedenen Autoren (Markus Neuhaus et al.) beleuchtet diverse Aspekte zum Thema «Verdeckte Gewinnausschüttungen» (Zürich 1997). Von Robert Waldburger wurde im Auftrag der Treuhand-Kammer ein Gutachten verfasst, das in Buchform unter dem Titel «Holding- und Domizilprivileg im Steuerharmonisierungsgesetz» (Zürich 1996) erschienen ist.

Erfreulich ist die Herausgabe einer neuen Schriftenreihe «Etudes de droit fiscal suisse et international / Swiss and international tax law series» durch Xavier Oberson. In der Reihe erschienen ist bereits eine Monographie zum Thema «L'application de la TVA aux objets d'art et d'antiquité en droit suisse et communautaire» von Fabienne Mariéthoz (Basel/Frankfurt a.M. 1996). Zu erwähnen ist schliesslich auch der handliche, informative Kommentar von Felix Richner und Walter Frei zum «Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz» (Zürich 1996).

Eine vollständige Übersicht über die im Jahr 1996 erschienene steuerrechtliche Literatur wird demnächst im Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, zusammengestellt von R. Lehmann, abgedruckt.

Zu erwähnen ist schliesslich auch der handliche, informative Kommentar von Felix Richner und Walter Frei zum «Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz» (Zürich 1996).

Eine vollständige Übersicht über die im Jahr 1996 erschienene steuerrechtliche Literatur wird demnächst im Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, zusammengestellt von R. Lehmann, abgedruckt.

Entscheidung / Jurisprudence

Schiedsprozessrecht / Droit de la procédure arbitrale

19

SchKG Art. 80 Abs. 1; OR Art. 18, New Yorker Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche Art. V Abs. 1 lit. a–e, Abs. 2. Vollstreckbarkeit eines türkischen Schiedsspruchs? Simulation der Schiedsabrede? Verstoß gegen den schweizerischen ordre public bei der Bestellung des Schiedsrichters.

LP art. 80 al. 1; CO art. 18; Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères art. V al. 1 lit. a–e, al. 2. Caractère exécutoire d'une sentence arbitrale turque? Simulation de la clause compromissoire? Violation de l'ordre public suisse lors de la désignation de l'arbitre.

Hj. P.

Aus den Erwägungen:

I. In diesem Falle geht es um die Vollstreckung eines türkischen Schiedsspruches und eines türkischen Kassationsgerichtsurteiles. Die Klägerin veranstaltet offenbar Waffenmessen in

der Türkei. Gemäss einem Protokoll vom 15. Juni 1990 sollte der Beklagte für sie Aussteller für die I. eine Waffenmesse, akquirieren, die einen Stand an der Ausstellung mieten sollten. Über die Abrechnung der vom Beklagten angeblich von den Ausstellern einkassierten Standgebühren entstand ein Rechtsstreit, den der Schiedsrichter RA Dr. E. in Ankara mit Schiedsspruch vom 11. Juni 1991 entschied. Er verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von Fr. 1 463 131.– (inbegriffen eine Konventionsabstrafe von 1 Mio. Franken). Die 12. Kammer des Kassationsgerichtes der Türkei wies eine Beschwerde gegen den Schiedsspruch am 14. Juli 1992 ab.

Die Klägerin leitete zur Vollstreckung des Schiedsspruches und der von ihr vorgeschossenen Gerichtskosten des Kassationsurteiles Betreibung beim Betreibungsamt W. ein, gegen die der Beklagte Rechtsvorschlag erhob. Mit Eingabe vom 17. Januar 1994 verlangte die Klägerin die Vollstreckbarkeitsklärung für den Schiedsspruch und das Kassationsgerichtsurteil sowie Rechtsöffnung. Der Beklagte verlangt die Abweisung der klägerischen Begehren. Er behauptet, das Schiedsurteil sei unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zu-

stande gekommen. Weiter behauptet er, die Schiedsabrede sei simuliert gewesen.

II. (Rechtsöffnung für die Gerichtskosten des türkischen Kassationsgerichtes abgelehnt, da türkisches Urteil der Klägerin keinen Rückgriff gegen den Beklagten für diese Kosten einräumt.)

III. Beide Parteien sind sich einig, dass sich die Frage der Vollstreckung des Schiedsspruches allein nach dem New Yorker Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (New Yorker Abkommen) richtet, das sowohl die Schweiz wie die Türkei ratifiziert haben. Die Ratifikation dieses Abkommens durch die Türkei ergibt sich aus der – von der zuständigen Bundeskanzlei notorisch schleppend nachgeführten – systematischen Sammlung des Bundesrechtes noch nicht, es ist aber nicht einzusehen, weshalb nicht auf die übereinstimmende Behauptung der Parteien und das vom Beklagten eingereichte Rechtsgutachten zu dieser Frage abgestellt werden sollte. ...

Das New Yorker Abkommen sieht eine sehr vereinfachte Vollstreckungsform für ausländische Schiedssprüche vor. Der Kläger hat nur noch die Schiedsabrede und den Schiedsspruch vorzulegen; alle Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit sind in der Folge vom Beklagten zu beweisen.

IV. (Notwendige Unterlagen nach New Yorker Abkommen wurden formgültig eingereicht.)

V. Es ist also nur noch der (materielle) Einwand des Klägers zu behandeln, die Schiedsabrede bzw. das ganze Vertragsverhältnis, das die Schiedsabrede enthalte, sei *simuliert* gewesen. Man habe eigentlich einen Vertrag zwischen der Klägerin und der M. AG, die vom Beklagten geführt worden sei, geschlossen wollen und den Beklagten als Vertragspartner vorgeschoben, um mögliche Konflikte mit dem X-Verlag, dem bestimmte im Protokoll dem Beklagten eingeräumte Rechte zugestanden hätten, zu vermeiden. Es sei aber zwischen den Parteien immer klar gewesen, dass die Stellung des Beklagten als Vertragspartner der Klägerin gemäss dem Protokoll vom 15. Juni 1990 simuliert gewesen sei und dass man einen Vertrag zwischen der Klägerin und der M. AG habe geschlossen wollen.

Der Beklagte beruft sich auf Art. 18 OR. Nachdem im Protokoll eine Rechtswahl vorgenommen wurde, fragt sich, ob die Simulation des Vertrages nicht nach türkischem Recht beurteilt werden muss. Auch wenn die Türkei unter Atatürk einmal Schweizer Zivilrecht rezipiert hat, ist durchaus nicht sicher, dass dieses heute von den türkischen Gerichten gleich ausgelegt wird wie das Obligationenrecht durch das schweizerische Bundesgericht, weshalb nicht einfach, wie dies der Beklagte tut, angenommen werden darf, das türkische Recht sei gleich wie das schweizerische Recht. Der Beklagte wird allerdings entgegen, dass die Rechtswahl auch fingiert sei und er, bzw. die M. AG, im Sinne von Art. 117 Abs. 2 IPRG i.V. mit Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG der Erbringer der typischen Leistung aus dem Vertrag sei, weshalb schweizerisches Recht zur Anwendung komme. Demgegenüber ist aber einzuwenden, dass der Beklagte selber nur behauptet, seine Parteistellung sei fingiert gewesen; dass die Rechtswahl fingiert gewesen sei, behauptet er nicht. Im übrigen ist es herrschende Lehre und entspricht auch Art. V Abs. 1 lit. a des New Yorker Abkommens, dass die Frage der Gültigkeit der Schieds-

abrede mangels einer Rechtswahl nach dem Recht des Schiedsgerichtssitzes (bzw. nach dem New Yorker Abkommen, nach dem Rechte des Landes, in welchem das Schiedsurteil ergangen ist) zu beurteilen ist (Walder, Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989, Rz. zu § 15). Dies bedeutet, dass selbst eine wegen Willensmangel oder aus andern Gründen ungültige Schiedsabrede so weit Wirkungen entfaltet, dass sie dem Schiedsgericht die Zuständigkeit gibt, nach seinem Sitzrecht die Frage der Ungültigkeit abzuklären und staatlichen Gerichten, die später mit der Validierung, Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruches befasst sind, ebenfalls das auf die Frage der Gültigkeit der Schiedsklausel anwendbare Recht vorgibt. Es ist also auf die Frage der Simulation in jedem Falle türkisches Recht anzuwenden, das, wie gesagt, unbekannt ist. Es erübrigt sich aber, über die Frage des Inhaltes des türkischen Rechts Beweis abnehmen zu lassen, aus folgendem Grunde:

Der Beklagte bestreitet nicht, dass *prima facie* eine schriftliche, dem New Yorker Abkommen Genüge tuende Schiedsabrede im Protokoll vom 15. Juni 1991 vorliegt. Er behauptet nur, diese Vereinbarung sei simuliert. Dieser Einwand kann im Vollstreckungsverfahren nicht gehört werden. Ob ein Vertrag simuliert ist oder nicht, ist eine Frage des materiellen Bestandes. Die Schiedsklausel in einem Vertrag erstreckt sich – ohne gegen- teilige Stipulation – auch auf die Frage, ob der Vertrag und die Schiedsklausel gültig vereinbart worden seien und demzufolge das Schiedsgericht zuständig sei (Kompetenzkompetenz; Gaubert, Schweiz. Zivilprozessrecht 1979, S. 610). Nun mag man bei einer formalistischen Betrachtung tatsächlich zum Schlusse kommen, die Simulation führe zur Nichtigkeit der simulierten Abrede und zur Wirksamkeit der dahinter verborgenen dissimulierten Abrede. Eine simulierte Schiedsabrede sei also ungültig im Sinne von Art. V Abs. 1 des New Yorker Abkommens, und diese Ungültigkeit könne auch noch im Vollstreckungsverfahren eingewendet werden. Damit würde man aber dem System des New Yorker Abkommens nicht gerecht. Das New Yorker Abkommen will im Vollstreckungsverfahren für Schiedssprüche die Kompetenz des Vollstreckungsrichters weitgehend auf prozessuale Gesichtspunkte beschränken und vermeiden, dass das Verfahren materiell noch einmal aufgerollt wird. Sofern eine *prima vista* formgültige Schiedsabrede vorliegt, muss sich der Beklagte auf das Schiedsverfahren einlassen und dort die Tatsachen vorbringen, die auf Simulation schliessen lassen. Anders zu entscheiden hiesse, das ganze internationale Schiedsgerichtswesen aus den Angeln zu heben, indem der Vollstreckungsrichter regelmässig noch einmal den materiellen Inhalt des Vertragsverhältnisses nachprüfen müsste. Es ist zu beachten, dass sogar das schweizerische Recht den Ungültigkeitsgrund der (schriftlichen) Simulation besonders behandelt (Art. 18 Abs. 2 OR), indem es den gutgläubigen Dritten, der eine simulierte Forderung erwirbt, schützt, d. h. der an und für sich ungültigen Forderung nachträglich Gültigkeit zuerkennt. Damit wird dem besonderen Charakter der Simulation Geltung getragen, der sich von allen andern Ungültigkeitsgründen dadurch unterscheidet, dass er von *beiden Parteien* gewollt ist und ein an sich nicht unmögliches oder sittenwidriges Rechtsverhältnis betrifft.

Diesem besonderen Charakter der Simulation muss auch im Schiedsverfahren Geltung getragen werden, in dem Sinne, dass

die Einrede der Simulation beim Schiedsgericht zu erheben ist und dieses die Frage als materielle Frage abschliessend entscheiden kann. Die Simulation kann also nicht als Ungültigkeitsgrund im Sinne von Art. V Abs. 1 lit. a der New Yorker Konvention betrachtet werden, und es muss angenommen werden, dass diejenige Partei, die freien Willens eine Schiedsabrede unterzeichnet, unabhängig von dem, was die Parteien im dissimulierten Vertrag gewollt haben, durch diese gebunden ist. Damit wird dem Doppelgesicht der Schiedsabrede, die sowohl privatrechtlich-vertraglichen Charakter wie auch zivilprozessual-öffentlich-rechtlichen Charakter hat, Rechnung getragen. Auch bei einer Gerichtsstandsklausel dürfte ein Gericht in analoger Anwendung von Art. 18 Abs. 2 OR den Einwand der Simulation kaum gelten lassen.

Nur am Rande sei beigefügt, dass der Einwand der Simulation der Schiedsklausel an den Haaren herbeigezogen ist (folgen Ausführungen zur Aktenlage). ...

VII. 1. Zu prüfen ist nun, ob der Beklagte Einreden nach Art. V Abs. 1 lit. b bis e oder Abs. 2 des New Yorker Abkommens geltend macht. (Folgen prozessuale Ausführungen, namentlich über Behauptungen zur fehlenden Integrität des Schiedsrichters.)

2. Der Entscheid kann aber getroffen werden, ohne die Frage der persönlichen Integrität von Schiedsrichter Dr. E. abzuklären. Die Klägerin nimmt nämlich in der Replik ausdrücklich Bezug auf ein Protokoll vom 16. Mai 1991 und anerkennt damit, dass zwischen dem Beklagten und T., einem früheren Teilhaber der Klägerin, verschiedene Prozesse hängig waren. Im Protokoll vom 16. Mai 1991 wird aber ausdrücklich erwähnt, dass Dr. E. Anwalt des Beklagten war, was die Klägerin, die sich selber auf dieses Protokoll beruft, nicht bestreitet. Weiter bestreitet die Klägerin nicht, dass Dr. E. das Protokoll vom 15. Juni 1990, das die Schiedsklausel enthält, aufgesetzt hat und Dr. E. der fünfjährige Anwalt der Klägerin war. Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass Dr. E., bevor er am 14. Mai 1991 als Schiedsrichter tätig war, sowohl Anwaltsmandate von Seiten der Klägerin (seit Jahren) als auch Anwaltsmandate von Seiten des Beklagten hatte. Weiter redigierte er den Vertrag (=Protokoll-) der Parteien vom 15. Juni 1990 (der nicht nur, aber immerhin die Schiedsklausel enthält) und setzte sich selber als Schiedsrichter ein. In diesem Protokoll wird ausgeführt, dass die Parteien den Schiedsrichter weder abberufen noch entlassen noch ändern dürfen, da sonst die Schadenersatzbestimmung zur Anwendung komme. Diese sieht bei Vertragsverletzungen einen Schadenersatz von Fr. 1 000 000.- vor, der nicht herabgesetzt werden kann.

Nach Ansicht des Einzelrichters verstösst eine solche Schiedsklausel in bezug auf die Besetzung des Schiedsgerichtes aus den nachfolgenden Gründen in krasser Weise gegen den Schweizer *ordre public*, weshalb Anerkennung und Vollstreckung nach Massgabe von Art. V Abs. 2 lit. b des New Yorker Abkommens zu verweigern sind. Es ist zwar völlig klar, dass in einer Zeit, in der sich der Handel immer mehr internationalisiert und das Zivilprozessrecht versucht, durch internationale Harmonisierung dem Handel zu folgen, ausländische Entscheide nicht durch eine kleinliche Anwendung der *ordre public*-Klausel von der Schweiz ferngehalten werden sollen. Nicht alles, was in der Schweiz gilt, gehört zur unverzichtbaren

öffentlichen Ordnung. Das meiste, was in andern Ländern anders gemacht wird, ist durchaus auch akzeptabel und stört unsere Ordnung nicht. Parteien, die Schiedsgerichte wählen, wollen zudem ein geschmeidigeres und formloseres Verfahren, als es die Staatsgerichte namentlich im germanischen Rechtskreis bieten können. Sicher gehört deshalb nicht jede Bestimmung des Zürcher Gerichtsverfassungsgesetz, die allenfalls das Kassationsgericht des Kantons Zürich für wesentlich halten mag, oder des Bundesgesetzes über die Organisation des Bundesgerichtes zum unverzichtbaren *ordre public*, den Schiedsgerichte zu beachten haben. Die Minimalanforderungen an ein Schiedsgerichtsverfahren dürften eher niedrig anzusetzen sein. Das Bundesgericht hat in BGE 84 I 39 ff. und in BGE 93 I 265 ff. zwei Mal klar bestätigt, dass Schiedsgerichte von Handelskammern in Staatshandelsländern gültige und in der Schweiz vollstreckbare Urteile erlassen können, auch wenn die Unabhängigkeit der Schiedsrichter im kommunistischen System etwas kleiner sein möge als im Westen. Dies bestätigt die vorstehenden Ausführungen über die gegenüber den staatlichen Prozessrechten wesentlich niedrigeren Anforderungen, die an ein Schiedsverfahren unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* zu stellen sind. Massgebend war in der beiden Bundesgerichtsentscheiden allerdings, dass den Parteien eine Möglichkeit zur Auswahl der Schiedsrichter zustand und die ernannten Schiedsrichter ganz offensichtlich nicht direkt am Streit beteiligt waren.

Nach schweizerischem Rechtsgefühl gehört der Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters zu den fundamentalen Erfordernissen der Rechtspflege, mithin zum *ordre public* (BGE 93 I 272). Auch Schiedsrichter (selbst die in einem Dreiergericht von den Parteien ernannten Richter) haben genau wie staatliche Richter unbefangen zu sein. Keine Gewähr für Unparteilichkeit bietet der Schiedsrichter, dem wegen seiner besonderen Beziehungen zu einer Partei die Unbefangenheit abgeht (Sträubli/Messmer, N. 2 zu art. § 242 ZPO). Allerdings darf auch hier die Besonderheit des Schiedsverfahrens nicht ausser acht gelassen werden. Schiedsklauseln, die die Ernennung je eines Schiedsrichters durch jede der Parteien und die Besoldung des Schiedsrichters durch die ernennende Partei vorsehen, waren und sind immer als gültig betrachtet worden, obwohl eine solche Vorgehensweise in einem gewissen Sinne eine besondere Beziehung der Partei zum Schiedsrichter begründet. Die besondere Beziehung zwischen Partei und Richter muss im internationalen Schiedsverfahren also sicher auch eine besondere Intensität haben, um den schweizerischen *ordre public* verletzen zu können.

Die Frage im vorliegenden Falle ist also, wann die Mitwirkung eines Schiedsrichters, der besondere Beziehungen zu einer Partei hat und deshalb befangen erscheinen könnte, gegen den schweizerischen *ordre public* verstösst, also das zum schweizerischen Rechtsgefühl gehörende Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in *fundamentaler* Weise verletzt. Bertheau (Das New Yorker Abkommen vom 19. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Dissertation Zürich, Winterthur 1965, S. 65) ist der Ansicht, der *ordre public* sei verletzt, wenn ein unfähiger Richter, nicht aber wenn ein Richter, der abgelehnt werden könne, mitwirke. In casu sehen sowohl § 95 Abs. 3 ZH-GVG wie Art. 22 Abs. 1 lit. a OG vor, dass jemand, der in einer Sache bereits als Bevollmächtigter gewirkt hat, nicht mehr Richter sein kann. Dr.

E. hat den Vertrag, dessen Verletzung und Erfüllung Gegenstand des Schiedsverfahrens war, als Bevollmächtigter der Parteien entworfen; auf ihn trifft also nach zürcherischem und eidgenössischem Prozessrecht ein Unfähigkeitsgrund zu. Demnach wäre das Bertheausche Kriterium hier erfüllt.

Ob dieses Kriterium für die Verletzung des *ordre public* wirklich pertinent ist, ist aber zweifelhaft. In der Schweiz gibt es 27 Gerichtsverfassungen und Zivilprozessordnungen, in welchen die Ablehnungs- und Unfähigkeitsgründe verschieden geregelt sind. Es ist fraglich, ob die manchmal zufällige Abgrenzung zwischen Unfähigkeitsgrund (der ein Urteil, an welchem der unfähige Richter mitwirkt, ungültig macht) und Ablehnungsgrund (wo es eines Antrages einer Partei oder des Richters selber bedarf, um den Richter vom Verfahren auszuschliessen, und mangels eines solchen Antrages die Handlungen des Richters gültig sind) durch den Gesetzgeber den schweizerischen *ordre public* zu definieren vermag. Die Frage kann aber offenbleiben. In casu ist das Verhalten von Schiedsrichter Dr. E. so krass, dass es schwer vorzustellen ist, dass irgendeine freiheitlich-demokratische Rechtsordnung einen von einem solchen Schiedsrichter erlassenen Schiedsspruch einem staatlichen Hoheitsakt gleichsetzen und vollstrecken könnte.

Zum ersten ist es völlig unakzeptabel, dass die gleiche Person, die einen Vertrag redigiert, auch als Richter diesen Vertrag wieder bindend auslegen soll, namentlich wenn es sich dabei um den langjährigen Anwalt der einen Partei handelt. Dies läuft praktisch auf einen Ausschluss des Zuganges zu den Gerichten und auf eine Privatvollstreckungskompetenz hinaus, die eine übermässige unsittliche Bindung einer Partei darstellt. Dagegen kann nicht angeführt werden, der Schiedsrichter sei ja in der Folge auch noch als Anwalt der andern Partei tätig geworden. Die Befangenheit eines Richters wird nämlich nicht dadurch aufgehoben, dass er zu beiden Parteien besondere Beziehungen hat; sie wird im Gegenteil grösser. Wer einen Vertrag redigiert und die Parteien über deren Inhalt berätet hat, wird dazu neigen, diesen, wenn er ihn später als Richter beurteilen muss, so auszulegen, wie er ihn gemeint hat und wie er ihn den Parteien während der Beratung erläutert hat, was nicht identisch sein muss mit der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, da die Parteien abweichende Vorstellungen von denen ihres Beraters gehabt haben können. Der Vertragsredaktor ist also zum vornherein bei der Vertragsauslegung potentiell befangen. Es darf auch nicht vergessen werden, dass der Berater, dessen Vertrag vor Gericht anders ausgelegt wird, als er gedacht war, haftbar werden kann. Insofern hat der Berater ein eigenes Interesse am Ausgang eines Streites über einen von ihm redigierten Vertrag und scheidet als Richter zum vornherein aus.

Verschlüsselt kommt in casu dazu, dass der den Vertrag redigierende Anwalt Dr. E., der sich im Vertrag selber als Schiedsrichter einsetzte, gleich auch noch ein Verbot stipulierte, ihn abzusetzen, und dieses Verbot mit einer Konventionalstrafe von Fr. 1 000 000.- sanktionierte. Entgegen der klägerischen Ansicht ist durchaus einzusehen, warum eine solche Vereinbarung sittenwidrig ist.

Es ist ohnehin äusserst ungewöhnlich, dass eine Schiedsklausel (im Gegensatz zum erst bei Beginn des Streites geschlossenen Schiedsvertrag) die Person des oder der Schiedsrichter(s) benennt. Alle dem (hiesigen) Richter bekannten internationalen Verträge mit Schiedsklauseln sehen ein Verfahren vor, nach

welchem erst im Streitfall die Person des Schiedsrichters oder der Schiedsrichter bestimmt wird. Meistens ist das Verfahren zur Ernennung zweistufig. In der ersten Stufe sollen bei einem Dreierschiedsgericht zuerst die Parteien je einen Schiedsrichter (evtl. aus einem bestimmten Personenkreis) ernennen, und die beiden Schiedsrichter sollen zusammen den Obmann bestimmen. Bei einem Einzelschiedsrichter sollen die Parteien zuerst versuchen, sich auf die Person des Schiedsrichters zu einigen. In einer zweiten Stufe, die zur Anwendung kommt, wenn eine Partei ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommt oder Schiedsrichter oder Parteien sich nicht über die Person des Obmanns oder Einzelschiedsrichters einigen können, werden die fehlenden Mitglieder des Schiedsgerichtes auf Antrag einer Partei durch einen Dritten, sei es einen staatlichen Richter, sei es einen Präsidenten oder Sekretär einer Handelskammer oder sonst eine vertrauenswürdige Person (evtl. aus einem bestimmten Personenkreis), ernannt.

Es ist nicht unzulässig, die Person des oder der Schiedsrichter(s) schon in der Schiedsklausel zu benennen. Dieses Vorgehen birgt aber Risiken in sich. Niemand weiss, wie sich die Beziehungen des Schiedsrichters zu den Parteien zwischen Abschluss der Schiedsklausel und Beginn eines eventuellen Streites, der ein Schiedsverfahren nach sich zieht, entwickeln. Wird der zum voraus bestimmte Schiedsrichter in dieser Zwischenzeit unfähig zu amten oder ablehnbar, so stehen die Parteien ohne Schiedsrichter und ohne Verfahren zu dessen Ernennung da, und es stellt sich die Frage, ob die subsidiären Vorschriften, die die staatlichen Prozessrechte vorsehen, dann nicht präkludiert sind. Deshalb wird das von den Parteien hier gewählte Vorgehen der Bestimmung der Person des Schiedsrichters in der Schiedsklausel kaum je gewählt. Sicher nicht zulässig ist es aber, die Ablehnung des Schiedsrichters vertraglich zu verbieten und unter Konventionalstrafe zu stellen. Wenn die Mitwirkung eines befangenen Schiedsrichters an einem Schiedsspruch unter Umständen den *ordre public* verletzen kann, muss einer Partei auch die Möglichkeit offenstehen, eine solche Befangenheit – durch ein Ablehnungsbegehren – zu rügen. Das – mit einer Konventionalstrafe von exorbitanter Höhe – sanktionierte Verbot, gravierende Verfahrensmängel zu rügen, ist mit Sicherheit unsittlich. Besonders unsittlich ist es, wenn die Person, die als Schiedsrichter amten soll, das Verbot selber stipuliert hat.

Das Argument der Klägerin, die gewählte Lösung habe es ermöglicht, ein schnelles Verfahren durchzuführen, setzt eine ausserordentliche Blauäugigkeit des Richters, der es glauben soll, voraus. Wie der jetzt entstandene Streit zeigt, hat die unsittliche Schiedsklausel das Verfahren nicht beschleunigt, sondern gegenteils verzögert. Eine Bestimmung, nach welcher der Präsident der Handelskammer von Ankara oder der internationalen Handelskammer in Paris im Falle, dass sich die Parteien nicht über die Ernennung eines Einzelschiedsrichters einigen können, diesen ernannt hätte, wäre völlig korrekt und unanfechtbar gewesen und hätte viel schneller zu einem Entscheid geführt.

Der Richter kann sich des Eindruckes nicht erwehren, es seien besondere tatsächliche Hintergründe gewesen, die den Parteien und Dr. E. bekannt waren, an deren Bekanntwerden vor staatlichen Gerichten sie aber nicht interessiert waren, welche zu der Abfassung der Schiedsklausel in der vorliegenden

Form geführt haben. Dabei hat die Klägerin aber übersehen, dass ein Schiedsgericht eben ein doppeltes, privatrechtliches und öffentlich-rechtliches, Gesicht hat. Die privatrechtliche Seite zeigt sich zum Beispiel in der besonderen Vertraulichkeit des Verfahrens. Die öffentlich-rechtliche Seite manifestiert sich aber darin, dass der Schiedsspruch Grundlage für die staatliche Vollstreckung ist und in dem Sinne einen Hoheitsakt darstellt (was zumindest im kontinentalen Recht heute nicht mehr umstritten ist). Da der Staat seine Vollstreckungshilfe nur gewähren kann, wenn bestimmte Minimalgarantien eingehalten sind, ist eben bei einem Schiedsgericht nicht jede Verfahrensregel möglich.

Das türkische Kassationsurteil vom 14. Juli 1992 enthält leider nur eine sehr summarische Begründung, so dass nicht einmal festgestellt werden kann, ob die Frage des *judex incapax* überhaupt dem Gerichte vorlag und das Gericht eine genügende Kognition hatte, um sie zu entscheiden. Es kann aber mit grosser Wahrscheinlichkeit vermutet werden, dass auch die türkische

Rechtsordnung eine solche Verquickung der Rollen eines Parteivertreters und eines Schiedsrichters nicht zulassen würde und die türkischen Gerichte, wenn sie auf Grund des gleichen Sachverhaltes mit der gleichen Kognition wie der hiesige Richter hätten entscheiden können, zum gleichen Resultat gekommen wären. Der vorliegende Entscheid ist also in keiner Weise von einer Geringschätzung gegenüber der türkischen Gerichtsbarkeit getragen, sondern verweigert nur einem von einem türkischen Privatmann erlassenen Akt, der fundamentalen Prinzipien der Fairness Hohn spricht, die Anerkennung als gültiger Staatsakt (Verweigerung der Vollstreckbarkeitserklärung und der Rechtsöffnung).

(Ein Rekurs gegen diese Verfügung wurde vom Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, am 26. Juni 1995 im wesentlichen unter Hinweis auf die Begründung der Vorinstanz abgewiesen.)

Affoltern a. A., *Wirtschaftsrecht* ER 26 1 1994
Mitschnitt von *EstW* H. (gegenüber: Affoltern a. A.)

Literatur / Bibliographie

Zeitschriftenschau / Revue des publications périodiques

Eine Übersicht über die bearbeiteten Zeitschriften und die verwendeten Abkürzungen findet sich auf S. 50/51 dieses Jahrganges. Ab dieser Ausgabe wird neu die Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (abgekürzt sic!) besprochen, welche an Stelle der Schweizerischen Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (SMI) tritt.

1. Aktualität, Geschichte, allgemeine Jurisprudenz

Blankart: Staat und Wirtschaft in einer globalisierten Welt, SZIER 7 (1997) 1; *Miura*: Rechtsprechung als Dienstleistung, RFJ 1996 H.4 338; *Scheer*: Es fehlt an künftigen Professoren, pläd 15 (1997) H. 2 S. 6.

Böckenförde: Juristenausbildung – auf dem Weg ins Abseits?, JZ 52 (1997) 317; *Frotz*: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, JBl 119 (1997) 133; *Lipari*: «Spirito di libertà» e «spirito di solidarietà», RTD 51 (1997) 1; *Mocchicelli*: Le basi culturali del giurista europeo, RTD 51 (1997) 214; *Biccardi*: Sulla rilevanza della teoria degli atti linguistici per i giuristi, RTD 51 (1997) 227.

2. Zivilrecht

2.1 Allg. Zivilrecht

2.2 Personen-, Familien- und Erbrecht

Hausheer/Sprecher: Die verschiedenen Methoden der Unterhaltsberechnung, ZBJV 133 (1997) 149; *Justiz- und Polizeidirektion des St. Gallen*: Kinderschutzmassnahmen für unbegleitete unmündige Asylsuchende in der Schweiz, ZVW 52 (1997) 8; *Mathis*: Die Betreuung von Privatvormündern in der Gemeinde Kriens LU, ZVW 52 (1997) 1; *Perrez*: Scheidungsfolgen bei den Kindern, AJP 6 (1997) 37; *Streck*: Jüngste Entwicklungen beim «Scheidungsunterhalt», insbesondere gestützt auf Art. 151 ZGB, ZBJV 133 (1997) 181.

Erbarth: Die Benutzungsvergütung des die Ehwohnung verlassenden Ehegatten bei Bestehen eines dinglichen Wohnrechts, NJW 50 (1997) 974; *Kieffmann*: Entwicklung des Unterhalts-

rechts 1996, FuR 8 (1997) 44; *Klein*: Rechtsverhältnisse an Ehwohnung und Hausat, FuR 8 (1997) 39 und 73; *Schwoflow*: Gerichtsstand in Ehesachen (§ 606 ZPO), FuR 8 (1997) 70.

2.3 Sachen- und Bodenrecht

Koller: Grundstückskauf mit falscher Flächenangabe, ZBGR 78 (1997) 1.

Erbarth: Die Benutzungsvergütung des die Ehwohnung verlassenden Ehegatten bei Bestehen eines dinglichen Wohnrechts, NJW 50 (1997) 974.

3. Obligationenrecht

3.1 Allg. Obligationenrecht

Bigler-Eggenberger: Rechtsgleichheit und Vertragsfreiheit, AJP 6 (1997) 18; *Chappuis*: La responsabilité fondée sur la confiance, Semjud 119 (1997) 165; *Moi*: La responsabilité du sauveteur, ZWR 31 (1997) 3.

Katzenmeier: Produkthaftung und Gewährleistung des Herstellers teilmangelhafter Sachen, NJW 50 (1997) 486; *Kind*: Haftungsgrundlagen im Umweltrecht, OeRiZ 75 (1997) 74; *Kipisch*: Rechtspositivismus im Bereicherungsrecht, JZ 52 (1997) 213; *Liebel*: Die gesetzliche Deckungsgrenze bei der Gewährung von Sicherheiten, ZIP 18 (1997) 230; *Lorenz*: Arbeitsrechtlicher Aufhebungsvertrag, Haustürwiderrufsgesetz und «undue influence», JZ 52 (1997) 277; *Rieble*: Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten, ZIP 18 (1997) 301; *Schaper / Kandelhard*: Leistungsstörungen und Gewährleistungsrecht, NJW 50 (1997) 837; *Tempel*: Probleme der Berechnung von Vergütung und Entschädigung bei höherer Gewalt in Reisesachen, NJW 50 (1997) 621; *Weber*: Muss im Arzthaftungsprozess der Arzt seine Schuldllosigkeit beweisen?, NJW 50 (1997) 761.

3.2 Einzelne Vertragsverhältnisse

Fellmann: Abgrenzung der Dienstleistungsverträge zum Arbeitsvertrag und zur Erbringung von Leistungen als Organ einer Gesellschaft, AJP 6 (1997) 172; *Fischer*: Die Umschreibung der Dienstleistung und der verschiedenen Rechte und Pflichten im