Angela Obrist

Die Haftung des Schiedsrichters
ISBN 978-3-906029-55-9

Editions Weblaw
Bern 2013

Zitiervorschlag:
Angela Obrist, Die Haftung des Schiedsrichters,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2013
Die Haftung des Schiedsrichters

Juristische Fakultät der Universität Basel

FS 2012

Angela Obrist
Heidemurweg 4
4303 Kaiseraugst
angela.obrist@unibas.ch
Matrikelnummer 07-053-457

Grosse Masterarbeit
betreut durch Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS ................................................................. V
LITERATURVERZEICHNIS ................................................................. IX
MATERIALIEN .................................................................................. XVII
ENTSCHEIDVERZEICHNIS ................................................................. XVIII

I. EINLEITUNG .................................................................................. 1

II. HAFTUNG DES STAATLICHEN RICHTERS .................................... 3
  1. ALLGEMEINES ............................................................................ 3
  2. HAFTUNGSSUBJEKT .................................................................. 4
  3. RECHTSGRUNDLAGEN ............................................................ 5
  4. GELTUNGSBEREICH .................................................................. 5
     a. Persönliche Geltungsbereiche .................................................. 5
     b. Sachliche Geltungsbereiche ..................................................... 6
  5. VORAUSSETZUNGEN ............................................................... 7
     a. Schaden ............................................................................. 7
     b. Handlung oder Unterlassung in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit ......... 8
     c. Widerrechtlichkeit ................................................................ 9
        (i) Zum Begriff ................................................................... 9
        (ii) Widerrechtlichkeit von Rechtsakten .................................. 10
        (iii) Widerrechtliche Unterlassung ......................................... 10
     d. Kausalzusammenhang .......................................................... 11
  6. GRUNDSATZ DER EINMALIGKEIT DES RECHTSSCHUTZES .......... 11
  7. ZWISCHENERGEBNIS ............................................................... 12

III. SCHIEDSABREDE UND SCHIEDSRICHTERVERTRAG ..................... 14
  1. BEMERKUNGEN ZUR TERMINOLOGIE ..................................... 14
  2. SCHIEDSABREDE ...................................................................... 14
  3. SCHIEDSRICHTERVERTRAG ...................................................... 16
     a. Rechtsnatur ...................................................................... 16
b. Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages ........................................ 19

c. Qualifikation des Schiedsrichtervertrages ............................................... 20
   (i) Arbeitsvertrag .................................................................................. 20
   (ii) Werkvertrag ................................................................................... 21
   (iii) Auftrag ......................................................................................... 22

d. Anwendbares Recht ................................................................................ 23
   (i) Verhältnis Schiedsrichtervertrag und Schiedsabrede ......................... 23
   (ii) Rechtswahl .................................................................................... 24
   (iii) Anknüpfung .................................................................................. 24

IV. PFLICHTEN AUS DEM SCHIEDSRICHTERVERTRAG ................................. 25

1. VORVERTRAGLICHE PFLICHTEN ......................................................... 25
   a. Offenlegungspflicht ........................................................................ 25
   b. Zügige Ablehnung des Mandats ..................................................... 27
   c. Vermeidung übermässiger Kontakte .............................................. 28

2. VERTRAGLICHE PFLICHTEN ................................................................. 29
   a. Die Pflicht den Streit zwischen den Parteien beizulegen .................... 29
   b. Pflicht zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit ............................. 29
   c. Vertraulichkeitspflicht .................................................................... 31
   d. Sorgfaltspflicht des Schiedsrichters .............................................. 33

3. NACHVERTRAGLICHE PFLICHTEN ....................................................... 34

V. HAFTUNG AUS DEM SCHIEDSRICHTERVERTRAG ................................ 35

1. ALLGEMEINES .................................................................................... 35

2. SCHIEDSRICHTERPRIVILEG .............................................................. 36

3. PFLICHTVERLETZUNGEN ................................................................. 37
   a. Vorvertragliche Pflichtverletzungen ............................................... 37
      (i) Verletzung der Offenlegungspflicht ............................................. 38
      (ii) Pflicht zur zügigen Ablehnung .................................................... 40
      (iii) Vermeidung übermässiger Kontakte ....................................... 40
   b. Vertragsverletzung ........................................................................... 40
      (i) Rechtsverzögerung .................................................................... 40
(ii) Fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ........................................... 42
(iii) Verletzung der Vertraulichkeitspflicht .......................................................... 44
(iv) Sorgfaltspflichtverletzung ............................................................................. 44
(v) Beendigung des Vertrages ............................................................................. 46

4. EINTRITT DES SCHADENS ........................................................................... 48

5. ADÄQUATER KAUSALZUSAMMENHANG .................................................. 51

6. VERSCHULDEN ............................................................................................ 51

7. HAFTUNGSBESCHRÄNKUNG ....................................................................... 52
   a. Allgemeines ..................................................................................................... 52
   b. Beschränkungen durch den Schiedsrichtervertrag ....................................... 53
   c. Beschränkungen durch institutionelle Regelwerke .................................... 53
   d. Gültigkeit der Haftungsbeschränkung ............................................................ 56

8. ERGEBNIS ....................................................................................................... 57

VI. DIE HAFTUNG DES SCHIEDS- UND ZIVILRICHTERS IM VERGLEICH ............ 58

   1. RECHTSBEZIEHUNG ZWISCHEN PARTEI UND RICHTER ............................. 58
   2. PRIVILEG .................................................................................................... 59
   3. KAUSALHAFTUNG VERSUS VERSCHULDENSHAFTUNG ...................... 60

VII. SCHLUSSWORT ............................................................................................ 61
# Abkürzungsverzeichnis

<table>
<thead>
<tr>
<th>Abkürzung</th>
<th>Deutscher Begriff/Englischer Begriff</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>a.A.</td>
<td>anderer Ansicht</td>
</tr>
<tr>
<td>a.a.O.</td>
<td>am angeführten Ort</td>
</tr>
<tr>
<td>a.E.</td>
<td>am Ende</td>
</tr>
<tr>
<td>AAA</td>
<td>American Arbitration Association</td>
</tr>
<tr>
<td>Abs.</td>
<td>Absatz</td>
</tr>
<tr>
<td>ADR</td>
<td>Alternative Dispute Resolution (= Alternative Streitbeilegung)</td>
</tr>
<tr>
<td>AJP</td>
<td>Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)</td>
</tr>
<tr>
<td>Art.</td>
<td>Artikel</td>
</tr>
<tr>
<td>ASA</td>
<td>Association Suisse de l’Arbitrage/Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit</td>
</tr>
<tr>
<td>ASA Bull.</td>
<td>ASA Bulletin (Basel)</td>
</tr>
<tr>
<td>Aufl.</td>
<td>Auflage</td>
</tr>
<tr>
<td>AVB</td>
<td>Allgemeine Versicherungsbedingungen</td>
</tr>
<tr>
<td>BBI</td>
<td>Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft</td>
</tr>
<tr>
<td>BG</td>
<td>Bundesgesetz</td>
</tr>
<tr>
<td>BGE</td>
<td>Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts</td>
</tr>
<tr>
<td>BGer.</td>
<td>Schweizerisches Bundesgericht</td>
</tr>
<tr>
<td>BK</td>
<td>Berner Kommentar</td>
</tr>
<tr>
<td>BS</td>
<td>Kanton Basel-Stadt</td>
</tr>
<tr>
<td>BSK</td>
<td>Basler Kommentar</td>
</tr>
<tr>
<td>bspw.</td>
<td>beispielsweise</td>
</tr>
<tr>
<td>BV</td>
<td>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101</td>
</tr>
<tr>
<td>bzw.</td>
<td>beziehungsweise</td>
</tr>
<tr>
<td>Ch. civ.</td>
<td>Chambre civile de la Cour de cassation (ou cour d’appel) française</td>
</tr>
<tr>
<td>Abk.</td>
<td>Bezeichnung</td>
</tr>
<tr>
<td>--------</td>
<td>-----------------------------------------------------------------------------</td>
</tr>
<tr>
<td>KKO</td>
<td>Korkein oikeus/Korkeimmann Oikeuden ratkaisuja</td>
</tr>
<tr>
<td>LCIA</td>
<td>London Court of International Arbitration</td>
</tr>
<tr>
<td>LCIA Rules</td>
<td>Schiedsgerichtsordnung des London Courts of International Arbitration</td>
</tr>
<tr>
<td>lit.</td>
<td>litera</td>
</tr>
<tr>
<td>m.E.</td>
<td>meines Erachtens</td>
</tr>
<tr>
<td>m.w.H.</td>
<td>mit weiteren Hinweisen</td>
</tr>
<tr>
<td>N</td>
<td>Note, Randnote</td>
</tr>
<tr>
<td>Nr.</td>
<td>Nummer</td>
</tr>
<tr>
<td>NZZ</td>
<td>Neue Zürcher Zeitung (Zürich)</td>
</tr>
<tr>
<td>o.ä.</td>
<td>oder ähnlich/es</td>
</tr>
<tr>
<td>OR</td>
<td>Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220</td>
</tr>
<tr>
<td>Pra</td>
<td>Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)</td>
</tr>
<tr>
<td>recht</td>
<td>recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)</td>
</tr>
<tr>
<td>resp.</td>
<td>respektive</td>
</tr>
<tr>
<td>S.</td>
<td>Seite</td>
</tr>
<tr>
<td>SCC</td>
<td>Stockholm Chamber of Commerce</td>
</tr>
<tr>
<td>SCC Rules</td>
<td>Schiedsgerichtsordnung der Stockholmer Handelskammer</td>
</tr>
<tr>
<td>SchiedsVZ</td>
<td>Zeitschrift für Schiedsverfahren (München)</td>
</tr>
<tr>
<td>sog.</td>
<td>sogenannt</td>
</tr>
<tr>
<td>SR</td>
<td>Systematische Sammlung des Bundesrechts</td>
</tr>
<tr>
<td>StGB</td>
<td>Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0</td>
</tr>
<tr>
<td>Swiss Rules</td>
<td>Internationale Schiedsgerichtsordnung der Schweizerischen Handelskammern 2012</td>
</tr>
<tr>
<td>u.a.</td>
<td>unter anderem</td>
</tr>
<tr>
<td>UNCITRAL</td>
<td>United Nations Commission on International Trade Law</td>
</tr>
<tr>
<td>Abk.</td>
<td>Bezeichnung</td>
</tr>
<tr>
<td>------</td>
<td>-------------</td>
</tr>
<tr>
<td>UNCITRAL</td>
<td>Schiedsgerichtsordnung der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht</td>
</tr>
<tr>
<td>v.</td>
<td>versus</td>
</tr>
<tr>
<td>vgl.</td>
<td>vergleiche</td>
</tr>
<tr>
<td>Vol.</td>
<td>Volume</td>
</tr>
<tr>
<td>WADA</td>
<td>World Anti-Doping Agency</td>
</tr>
<tr>
<td>WIPO</td>
<td>World Intellectual Property Organization</td>
</tr>
<tr>
<td>WIPO Rules</td>
<td>Schiedsgerichtsordnung der Weltorganisation für geistiges Eigentum</td>
</tr>
<tr>
<td>ZBJV</td>
<td>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)</td>
</tr>
<tr>
<td>Ziff.</td>
<td>Ziffer</td>
</tr>
<tr>
<td>zit.</td>
<td>zitiert als</td>
</tr>
</tbody>
</table>
Literaturverzeichnis

Zitierweise:

Die nachstehenden Werke werden, sofern nicht anders vermerkt, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

BAUMGARTNER PAUL, Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses, Diss. Zürich 1981


CLAY THOMAS, L’arbitre, Diss. Paris 2000


GAL JENS, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handels- 
schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Frankfurt am Main 2008

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011

GIRSBERGER DANIEL/GABRIEL SIMON, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung 
im schweizerischen Recht, in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal 
(Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf 2008, S. 819 ff.

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration in Switzerland, 
2. Aufl., Zürich 2012

GROSS BALZ, Die Haftpflicht des Staates, Vergleich und Abgrenzung der zivil-
und öffentlichrechtlichen Haftpflicht des Staates, dargestellt am Beispiel der 
einfachen Kausalhaftungen des Zivilrechts und der Staatshaftungsgesetze 
des Bundes und des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1997 (zit. B. GROSS, Haft-
pflicht)

GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungs-
tendenzen, 2. Aufl., Bern 2001 (zit. J. GROSS, Staatshaftungsrecht)

GUCKELBERGER ANNETTE, Die Staatshaftung in der Schweiz, in: recht 2008, 
S. 175 ff.

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979

HABScheid WALther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisati-
onsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 
1990

HÄFELIN UlRICH/HALLER Walter/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaats-
recht, 7. Aufl., Zürich 2008

HÄFELIN UlRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 
6. Aufl., Zürich 2010

HAUSMANN WILLI, Der Schiedsrichtervertrag – Probleme der Erfüllung, der Haf-
tung und der kollisionsrechtlichen Anknüpfung, Diss. Oberhausen 1979

HOFFET FRANZ, Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichter und Parteien, 
Diss. Zürich 1991

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., 
Bern 2010


INDERKUM HANS-HEINRICH, Der Schiedsrichter-Vertrag, nach dem Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz unter Mitberücksichtigung der Schiedsgerichtsordnung des IPRG, Diss. Freiburg 1989


KARL ROLAND, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit des Schiedsrichters, Diss. Konstanz 2004


KREINDLER RICHARD H./SCHÄFER JAN K./WOLFF REINMAR, Schiedsgerichtsbarkeit, Kompendium für die Praxis, Frankfurt am Main 2007


MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht der Praxis und Lehre, Zürich 2010


MÜLLER CHRISTOPH, Schadenersatz für verlorene Chancen - Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?, in AJP 2002, S. 389 ff. (zit. MÜLLER, Schadenersatz)


NIGGLI MARCEL ALEXANDER/ WIPRÄCHTIGER HANS, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-BEARBEITER/IN)


OSCHÜTZ FRANK, Sportschiedsgerichtsbarkeit: die Schiedsverfahren des Tribunal Arbitral du Sport vor dem Hintergrund des schweizerischen und deutschen Schiedsverfahrensrechts, Diss. Berlin 2005


Ritz Philipp, Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach Schweizerischem Recht, Diss. Tübingen 2007


Schmid Jörg/Stöckli Hubert, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2010


Schwenzer Ingeborg, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: Koller Alfred (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1999 (zit. SCHWENZER, Haftungsbeschränkung)

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009 (zit. SCHWENZER, OR AT)


Smeureanu Ileana M., Confidentiality in international Commercial Arbitration, Alphen aan den Rijn 2011


Streiff Ullin/Von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012

TSCHANNE N PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009

VOGT STEPHAN A., Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem und internationalem Recht, Diss. Aachen 1996


ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP, Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, Zürich 2005 (zit. BEARBEITER/IN, Swiss Rules Commentary)
Materialien

Schweiz

Frankreich

Schweden

Österreich

Vereinigtes Königreich

Vereinigte Staaten

United Nations Commission on International Trade Law
Entscheidverzeichnis

Entscheide des Bundesgerichtes (amtliche Sammlung)

136 III 605  117 la 166
136 III 345  115 II 464
133 III 462  115 II 62
132 III 389  115 II 15
132 II 449   115 la 400
132 II 305   113 la 407
129 III 445  111 la 72
128 III 234  109 II 462
127 III 543  109 II 37
127 III 374  107 lb 160
127 III 328  107 lb 155
123 II 577   98 II 305
119 lb 208   87 II 364
118 II 359   79 II 424
118 lb 163

Unpublizierte Entscheide des Bundesgerichts

4A_162/2010 vom 22. Juni 2010
2A.350/2003 vom 5. August 2004
Frankreich

Entscheide des französischen Cour de Cassation:

Entscheide des französischen Cour d’appel

Österreich

Entscheid des Obersten Gerichtshofes
9 Ob 126/04a vom 6. Juni 2005

Finnland

Entscheid des höchsten finnischen Gerichtshofes:

Australien

Entscheid des High Court of Australia
I. Einleitung

„Imagine that the arbitrator rules against you – and then you discover that the arbitrator owns stock in the respondent’s company. Or that he is a golfing buddy of the chef executive (...)“. So oder ähnlich kann es passieren, dass nach einem Schiedsgerichtsverfahren eine Partei (regelmässig die unterlegene) mit der Leistung des Schiedsrichters unzufrieden ist. Diese Partei wird dann versuchen gegen den Schiedsrichter vorzugehen. In dieser Arbeit wird das Fehlverhalten eines Schiedsrichters thematisiert, mitunter wird aufgezeigt unter welchen Voraussetzungen sich der Schiedsrichter vor den beiden Parteien verantworten muss.


In einem finnischen Entscheid, der vor ein paar Jahren erging, wurde der Vor-

---

2 So schon die Botschaft zum IPRG (S. 456) im Jahre 1983.
3 Der Einfachheit halber wird die männliche Form verwendet, Schiedsrichterinnen werden selbstverständlich gleichermassen angesprochen.
4 Dies zumindest sofern Schweizerisches Verfahrensrecht anwendbar ist, vgl. Art. 190 IPRG.
6 P. LALIVE, Irresponsabilité arbitrale, S. 420.
7 Nach GAL, S. 354; steige auch die Wahrscheinlichkeit zwangsläufig, dass eine mit dem Schiedsurteil unzufriedene Partei einen Schiedsrichter verklage.
8 FRANCK, S. 2 f.
sitzende eines Schiedsgerichtes zu einer Schadenersatzzahlung von EUR 88'000 verurteilt.

Diese kurz und etwas überspitzt dargestellte Entwicklung gab Anstoss zu dieser Masterarbeit. Es wird im Folgenden versucht herzuleiten, nach welchen Grundsätzen ein Schiedsrichter haftet.


9 Vgl. unten unter II.
10 Vgl. unten unter III 3 a.
11 Vgl. unten unter V.
Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Schiedsrichters ist denkbar, würde aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen und wird hier deshalb nicht weiter erörtert. Gleiches gilt für die deliktische Haftung des Schiedsrichters, die mit der vertraglichen in Anspruchskonkurrenz stehen würde. Im Vergleich zur vertraglichen würde die deliktische Haftung nur wenig Abweichendes ergeben.

Abgeschlossen wird die Arbeit mit einer Gegenüberstellung zwischen dem Schiedsrichter und dem Zivilrichter. Es wird aufzuzeigen sein, inwiefern diese beiden Figuren in ihrer Wirkung und insb. in ihrer Haftung vergleichbar sind.

Da es soweit ersichtlich in der Schweiz noch nie zur Haftung eines Schiedsrichters gekommen ist, verfolgt die vorliegende Arbeit bei der Ermittlung des Haftungsriskos einen eher theoretischen Ansatzpunkt. Aufgrund des internationalen Charakters der Schiedsgerichtsbarkeit wird vereinzelt auf ausländische Rechtsprechung verwiesen, wenn auch unter der Prämisse, dass diese für die schweizerische Rechtsprechung einen eher illustrativen Charakter hat und sie kaum Präjudizien für die Schweiz hervorzubringen vermag.

II. Haftung des staatlichen Richters

1. Allgemeines

In folgendem Kapitel werden die Haftungsvoraussetzungen für den staatlichen Zivilrichter hergeleitet, damit dieser später leichter mit dem Schiedsrichter verglichen werden kann. Der Zivilrichter, in seiner amtlichen Funktion Recht zu sprechen, ist Staatsangestellter und deshalb kommt als Haftungsgrundlage grundsätzlich das Institut der Staatshaftung in Betracht. Die Staatshaftung ist die Haftung des Staates bzw. des Gemeinwesens für einen widerrechtlichen Schaden, den die Beamten bzw. Staatsangestellten bei der Erfüllung ihrer dienstlichen Tätigkeit verursachen. Dabei wird von einer Dreiteilung der Ver-

12 GAL, S. 242.
14 Die Staatshaftung gilt für alle Richter gleichermassen (bspw. Verwaltungs- und Strafrich-
ter), in dieser Arbeit ist aber der Zivilrichter besonders interessant, da es sich auch bei schiedsgerichtlichen Verfahren vorwiegend um privatrechtliche Ansprüche handelt.
15 HÄFELIN/MÜLLER/ÜHLMANN, N 2215 ff.; JAAG, S. 351; TSCHANNEI/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 566; für die Haftung des Richters in Deutschland, vgl. GAL, S. 162 ff., m.w.H.
antwortlichkeit gesprochen und zwar von vermögensrechtlicher, strafrechtlicher und disziplinarrechtlicher Verantwortlichkeit.\(^{16}\)

Die für die vorliegende Arbeit besonders relevante Konstellation einer Staatshaftung ist diejenige, dass einem Verfahrensbeteiligten aus dem widerrechtlichen Verhalten eines Zivilrichters ein vermögensrechtlicher Schaden erwächst. Illustrativ erscheint in diesem Zusammenhang ein bundesgerichtlicher Entscheid, bei dem es um eine sehr langwierige und heftig umstrittene Scheidung und insb. um die Festsetzung der Höhe der Unterhaltsbeiträge ging.\(^{17}\) Das Verfahren dauerte bereits vor den unteren Instanzen fast sieben Jahre und die Ehefrau erhob den Vorwurf, dass sie durch die übermässig lange Verfahrensdauer geschädigt worden sei, da der Ehemann das eheliche Vermögen und somit ihren Vorschlagsanteil, in dieser Zeit stark vermindert habe.

Wie in einem solchen Fall in Bezug auf die Staatshaftung vorzugehen ist, wird im Folgenden erläutert.

**2. Haftungssubjekt**

Im oben erwähnten Einstiegsfall stellt sich zunächst die Frage nach dem Haftungssubjekt. In Frage kommen dafür der Richter selbst, der Staat bzw. der Kanton oder beide.\(^{18}\) Sehr verbreitet ist die ausschliessliche Haftung des Gemeinwesens,\(^{19}\) sie gilt für die Angestellten des Bundes sowie für die meisten Kantone.\(^{20}\) Nach dieser haftet nur das zuständige Gemeinwesen; der Geschädigte hat keinen direkten Anspruch gegen den Beamten, es haftet der Bund bzw. der Kanton im Sinne einer Kausalhaftung für jedes widerrechtliche Verhalten der Personen, die in seinem Dienst stehen.\(^{21}\) Nach diesem Konzept ist der Beamte nie das direkte Haftungssubjekt.\(^{22}\) Das Gemeinwesen ist aber bspw. nach Art. 7 des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG), berechtigt bei vorsätzlichen oder grobfahrlässig verschuldeten Handlungen auf den Beamten und damit auf

\(^{16}\) Wobei im Weiteren nur auf die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit eingegangen wird; vgl. J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 2, m.w.H.

\(^{17}\) Sachverhalt aus BGE 107 Ib 155.

\(^{18}\) HÄFELIN/MÜLLER/ÜHLMANN, N 2224 f.

\(^{19}\) GUCKELBERGER, S. 176; HÄFELIN/MÜLLER/ÜHLMANN, N 2229; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 568.

\(^{20}\) So auch für den Kanton Basel-Stadt; vgl. MEYER, S. 718.

\(^{21}\) GUCKELBERGER, S. 176.

\(^{22}\) Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/ÜHLMANN, N 2226, m.w.H. zur primären oder ausschliesslichen Beamtenhaftung und zur solidarischen Haftung von Gemeinwesen und Beamten.
den Richter Rückgriff zu nehmen.\textsuperscript{23} Insofern ist festzuhalten, dass ein Richter nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (indirekt durch den Regressanspruch des Gemeinwesens) haftet.\textsuperscript{24}

3. Rechtsgrundlagen

Gemäss Art. 61 Abs. 1 OR können der Bund und die Kantone über die Schadenersatz- oder Genugtuungspflicht von öffentlichen Beamten und Angestellten abweichende gesetzliche Bestimmungen aufstellen. Für Tätigkeiten des Staates mit privatrechtlichem oder gewerblichem Charakter gelten bezüglich der Haftung die Bestimmungen des Privatrechts.\textsuperscript{25}


Die Verantwortlichkeit des Bundespersonals hingegen richtet sich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (VG), sofern der Beamte in Ausübung eines öffentlichen Amtes des Bundes handelt.\textsuperscript{26}

4. Geltungsbereiche

   a. Persönliche Geltungsbereiche

Gemäss § 3 HG BS haftet der Staat für den Schaden, den sein Personal in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt. Als Staat im Sinne des Gesetzes gelten der Kanton, die Gemeinden sowie die juristischen Personen des kantonalen öffentlichen Rechts.\textsuperscript{27} Als Personal gelten diejenigen

\textsuperscript{23} Gleiches gilt auch im Kanton Basel-Stadt, vgl. § 9 HG BS.
\textsuperscript{24} Vgl. Art. 7 VG; HÄFELIN/MÜLLER/ÜHLMANN, N 2315; WOHLFARTH, S. 69, so schon BGE 79 II 424, Erw. 4.
\textsuperscript{25} Art. 61 OR; HÄFELIN/MÜLLER/ÜHLMANN, N 2270 f.; MEYER, S. 711.
\textsuperscript{26} Art. 3 VG; GUCKELBERGER, S. 175.
\textsuperscript{27} § 1 Abs. 1 HG BS.
Personen, welche in einem Arbeitsverhältnis zum Staat stehen, zudem u.a. die Mitglieder des Regierungsrates und der Gerichte.\textsuperscript{28}

Die Verantwortlichkeit der Bundesbeamten bestimmt sich nach dem VG. Der Bund haftet für den Schaden, den ein Beamter einem Dritten in Ausübung seiner amtlichen Funktion auf widerrechtliche Weise zufügt (Art. 3 VG). Ein Beamter ist einerseits eine Person, welche im abschliessenden Katalog von Art. 1 Abs. 1 VG aufgeführt ist und eine amtliche Funktion ausübt.\textsuperscript{29} Dazu gehören die Mitglieder des Bundesrates, die Mitglieder der Eidgenössischen Gerichte sowie die Mitglieder von Behörden und Kommissionen, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. Andererseits sind Personen vom persönlichen Geltungsbereich erfasst, wenn ihnen die Ausübung eines öffentlich-rechtlichen Amtes übertragen wurde. Dabei spielt es keine Rolle in welchem Anstellungsverhältnis sich der Beamte befindet oder ob er in das Amt gewählt wurde.\textsuperscript{30}

b. Sachliche Geltungsbereiche

Der Staat haftet nach § 3 Abs. 1 HG BS für Handlungen seines Personals, die in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit erfolgen. Vergleicht man diesen Wortlaut mit § 78 Abs. 1 der baselstädtischen Kantonsverfassung so fällt auf, dass diese von einer hoheitlichen Tätigkeit spricht. Diese Divergenz ist auslegungsbedürftig. Hoheitlich ist eine Tätigkeit dann, wenn eine öffentlich-rechtliche Regelung zur Anwendung kommt und der Staat dem Privaten übergeordnet ist (Subordinationsverhältnis).\textsuperscript{31} Als amtliche Tätigkeit kommen Rechtshandlungen und Realakte in Frage. MEYER geht davon aus, dass unter dem Begriff „amtliche Tätigkeit“ sowohl hoheitliches wie auch nicht-hoheitliches Tätigen subsumiert werden kann.\textsuperscript{32} Jedenfalls muss auch im Geltungsbereich des VG zwischen dem schädigenden Verhalten und der amtlichen Tätigkeit ein funktionaler Zusammenhang bestehen. Fehlt dieser und wurde der Schaden bloss „bei Gelegenheit“ verursacht, ist die Staatshaftung ausgeschlossen.\textsuperscript{33}

\textsuperscript{28} Vgl. die Aufzählung in § 1 Abs. 2 HG BS.
\textsuperscript{29} Funktioneller Beamtenbegriff, GUCKELBERGER S. 177; vgl. auch HÄFELIN/ Müller/ UHLmann, N 2240.
\textsuperscript{30} GUCKELBERGER, S. 177; HÄFELIN/ MÜLLER/ UHLmann, N 2243.
\textsuperscript{31} MEYER, S. 714; HÄFELIN/ MÜLLER/ UHLmann, N 2243 f.
\textsuperscript{32} MEYER, S. 713 f.
\textsuperscript{33} Vgl. zum Ganzen HÄFELIN/ MÜLLER/ UHLmann, N 2244.
5. Voraussetzungen

Nachfolgend wird kurz auf die haftungsbegründenden Voraussetzungen und auf ihre Besonderheiten in Bezug auf das richterliche Amt eingegangen. Bei der Staatshaftung handelt es sich in der Regel um eine Kausalhaftung,\textsuperscript{34} was bedeutet, dass nicht an das individuelle Verschulden des Beamten, sondern grundsätzlich an das Versagen der „Organisation“ anknüpft wird.\textsuperscript{35} Die Haftung des Gemeinwesens für Justizfehler ist im besonderen Masse Ausdruck dieser Organisationshaftung. Grundsätzlich sind nämlich die Parlamente dafür verantwortlich, die Gerichte mit personellen und sachlichen Mitteln auszustatten, die es erlauben, eine Streitsache in angemessener Frist zu erledigen.\textsuperscript{36}

a. Schaden

Zentrale Voraussetzung jeglicher Haftung ist ein rechtlich relevanter Nachteil im Sinne des zivilrechtlichen Schadensbegriffes.\textsuperscript{37} Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögenseinbusse und äussert sich in der Verminderung von Aktiven, der Vermehrung von Passiven oder im entgangenen Gewinn. Nach Lehre und Rechtsprechung errechnet sich dieser in der Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Vermögens mit und demjenigen ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses.\textsuperscript{38} Der im öffentlichen Recht verwendete Schadensbegriff folgt diesen privatrechtlichen Grundsätzen.\textsuperscript{39} Im Zusammenhang mit einer allfälligen Haftung des Zivilrichters steht insb. der Vermögensschaden im Zentrum. Ein immaterieller, seelischer Schaden wird allenfalls durch das Institut der Genugtuung erfasst und ist jedoch nach der Differenztheorie grundsätzlich nicht als Schaden ersatzfähig.\textsuperscript{40} Im Zusammenhang mit einer richterlichen Tätigkeit kommt bspw. in Frage, dass in Folge von Handlungen oder Unterlassungen des Gerichts einem Verfahrensbeteiligten durch die unzulässige Rechtsverzögerung ein Schaden erwächst.\textsuperscript{41} Zum Beispiel stellen die mit einem erneuten Gerichts-

\textsuperscript{34} HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2232.
\textsuperscript{35} J. GROSS, Staatshaftung, S. 290 f.
\textsuperscript{36} J. GROSS, Staatshaftung, S. 290 f.
\textsuperscript{37} MEYER, S. 719; B. GROSS, Haftpflicht, S. 106.
\textsuperscript{38} SCHWENZER, OR AT, N 14.03, m.w.H; BGE 107 Ib 160, Erw. 2.
\textsuperscript{39} J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 238; GUCKELBERGER, S. 177; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2238; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 578.
\textsuperscript{40} Art. 6 VG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2238; BGer. 2A.350/2003 vom 5. August 2004, Erw. 7, zugesprochene Genugtuung in der Höhe von CHF 15'000.00.
\textsuperscript{41} Vgl. Sachverhalt in BGE 107 Ib 155.
verfahren verbundenen Kosten einen nach der Differenztheorie ersatzfähigen Schaden dar.\textsuperscript{42}

b. Handlung oder Unterlassung in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit

Das haftungsbegründende Verhalten eines Beamten bzw. eines Richters kann verschiedene Erscheinungsformen haben: Es kommen Real- und Rechtsakte, Zusicherungen, Auskünfte etc. in Frage. Für die hier zu analysierende Haftung des Richters ist insb. der Rechtsakt relevant. Ein fehlerhafter Rechtsakt kann ein End-, Vor- oder Zwischenentscheid sowie eine prozessleitende Verfügung sein,\textsuperscript{43} konkret eine verspätete Konkurseröffnung\textsuperscript{44} oder eine falsche Rechtsmittelbelehrung\textsuperscript{45}.

Fraglich ist allerdings, inwiefern eine Unterlassung eines Richters haftungsbegründend sein kann. Es stellt sich die Frage, ob eine Unterlassung eine Rechts- oder eine Tathandlung ist. Dies ist allerdings für das Haftpflichtrecht irrelevant, solange feststeht, dass eine Handlungspflicht besteht.\textsuperscript{46} Nach überwiegender Meinung in Lehre und Rechtsprechung kommt eine Haftung durch Unterlassen nur in Frage, sofern eine entsprechende Handlungspflicht besteht. Beispielsweise stellt die andauernde Untätigkeit eines Richters eine pflichtwidrige Unterlassung im Sinne einer Rechtsverzögerung oder gar Rechtsverweigerung dar.\textsuperscript{47}

Um dies bejahen zu können, bedarf es jedoch einer deutlichen Überschreitung der gesetzlichen Fristen.\textsuperscript{48}

Zudem kommt die Staatshaftung nur zur Anwendung, wenn die Schädigung des Dritten in Erfüllung einer amtlichen Tätigkeit erfolgte. Das Fällen eines richterlichen Entscheides entspricht jedenfalls einer amtlichen Tätigkeit.\textsuperscript{49} Um eine staatsrechtliche Haftung auslösen zu können, muss die Handlung oder Unterlassung zudem in einem funktionellen Zusammenhang zur amtlichen Tätigkeit

\textsuperscript{42} WOHLFART, S. 80.
\textsuperscript{43} WOHLFART, S. 82; vgl. SUTTER-SOMM, N 1120 ff.
\textsuperscript{44} BGE 127 III 374.
\textsuperscript{46} B. GROSS, Haftpflicht, S. 496.
\textsuperscript{47} J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 217; WOHLFART, S. 68; weiterführende Literatur zum Realakt J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 145 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UBLMANN N 730a ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 355.
\textsuperscript{48} WOHLFART, S. 72 f.
\textsuperscript{49} J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 115; GUCKELBERGER, S. 178; SCHWARZENBACH-HANHART, S. 32.
stehen. Für Schäden, die bloss „bei Gelegenheit“ verursacht wurden und nicht bei Ausübung der amtlichen Tätigkeit entstanden sind, haftet der Staat bzw. der Kanton nicht.\(^\text{50}\) GUCKELBERGER erwähnt das Beispiel, bei dem ein Bundesrichter die Veröffentlichung eines Entscheides veranlasst und es dabei versäumt, die Identitäten der Parteien unkenntlich zu machen. Die nicht anonymisierte Veröffentlichung stellt eine amtliche Tätigkeit dar, die auch einen genügend engen Zusammenhang zur Schädigung aufweist.\(^\text{51}\)

c. Widerrechtlichkeit

\((i)\) Zum Begriff

Das Bundesgericht sowie die herrschende Lehre stützen sich auf die objektive Widerrechtlichkeitstheorie.\(^\text{52}\) „Danach ist die Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstößt, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht).“\(^\text{53}\) Für die Haftung des Richters ist neben möglichen Persönlichkeitsverletzungen\(^\text{54}\), insb. das Verhaltensunrecht relevant. Die verletzte Norm muss den Schutz des Geschädigten bezwecken, folglich muss ein Rechtswidrigkeitszusammenhang bestehen.\(^\text{55}\) Diesem Kriterium kommt eine besondere Bedeutung zu; im Zusammenhang mit einer Amtspflichtverletzung eines Richters steht regelmässig ein reiner Vermögensschaden im Zentrum.\(^\text{56}\) Handelt es sich nämlich um einen Vermögensschaden, so ist die amtliche Tätigkeit nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie erst rechtswidrig, wenn diese gegen Ge- und Verbote verstößt, die gerade dem Schutz des beeinträchtigen Rechtsgutes dienen.\(^\text{57}\) Der Eintritt des Schadens begründet nicht schon für sich allein die Widerrechtlichkeit, im Gegensatz zu

\(^{50}\) HÄFELIN/MÜLLER/ULLMANN, N 2244; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 582.
\(^{51}\) GUCKELBERGER, S. 179.
\(^{52}\) B. GROSS, Haftpflicht, S. 122.
\(^{53}\) BGE 115 II 15, Erw. 3a.
\(^{54}\) Vgl. das zuvor genannte Beispiel der pflichtwidrig veröffentlichen Namen der Parteien.
\(^{55}\) B. GROSS, Haftpflicht, S. 124.
\(^{56}\) J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 163; SCHWARZENBACH-HANHART, S. 60; BGE 123 II 577, Erw. 4d.
\(^{57}\) BGE 127 III 374: Schaden durch verspätete Konkurseröffnung, der Schutznormcharakter von Art. 725a OR und damit die Aktivlegitimation des klagenden Gläubigers wurde verneint, da diese Norm nicht die Gläubigerinteressen schütze, sondern (auch) die Gesellschaftsinteressen.

(ii) Widerrechtlichkeit von Rechtsakten

Wird eine Verfügung oder ein Entscheid in einem Rechtsmittelverfahren geändert oder aufgehoben, steht damit auch dessen Rechtswidrigkeit fest, es gäbe sonst keinen Grund diesen zu ändern oder aufzuheben.  

Jedoch kann dieser Umstand nicht schon für sich alleine zu einem Schadenersatzanspruch führen, denn der Begriff der Widerrechtlichkeit ist in diesem Zusammenhang enger definiert.  

Das Bundesgericht sowie die herrschende Lehre sind der Ansicht, dass die haftungsbegründende Widerrechtlichkeit in diesem Zusammenhang erst gegeben sei, wenn der Richter eine für die Ausübung seiner Funktion wesentliche Amtspflicht verletzt habe. Es geht also darum, das (widerrechtliche) Verhalten des Beamten bzw. des Richters zu überprüfen. Dabei kommt es auf den Verstoss der Amtspflichten an und nicht auf die fehlerhafte Rechtsanwendung.  

Es wird deshalb vorausgesetzt, dass es sich dabei um einen besonderen Fehler handelt, der nicht schon deshalb vorliegt, weil sich die Entscheidung im Nachhinein als unrichtig, gesetzeswidrig oder gar willkürlich erweist. Es muss sich vielmehr um eine krasse Fehlleistung handeln, die einem pflichtbewussten Richter nicht unterlaufen wäre.

(iii) Widerrechtliche Unterlassung

Bei einer unterlassenen Amtshandlung ist zudem zu beachten, dass die Widerrechtlichkeit nur gegeben ist, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestanden hätte. Erleidet bspw. ein Kläger einen Vermögensschaden, weil ein Richter zu lange wartet um zu entscheiden, so stellt sich die Frage der Widerrechtlichkeit dieses Verhaltens. Es ist nun nach der Existenz einer Rechtsnorm zu suchen, die genau dies verhindern will und dem Richter deshalb gleichzeitig eine Handlungspflicht auferlegt. In diesem Beispiel kommt Art. 29 Abs. 1 BV in Frage. Aus

---

58 BGE 123 II 577, Erw. 4d.  
59 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2263 f.  
60 WOHLFART, S. 65.  
61 BGE 132 II 305, Erw. 4.1; 118 Ib 163, Erw. 2.  
62 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2257 f.; WOHLFART, 65.  
63 B. GROSS, Haftpflicht, S. 135.  
64 TSCHANNEEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 588; BGE 119 Ib 208, Erw. 5a.  
65 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 290.  
66 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 164; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2249.
d. Kausalzusammenhang


6. Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes

Steht ein Entscheid eines Richters in krassem Widerspruch zur herrschenden Lehre und ständiger Rechtsprechung, liegt eine Rechtsbeugung vor. Zudem anerkennt das Bundesgericht, dass einem Verfahrensbeteiligten aufgrund eines schleppenden Verfahrens ein Schaden erwachsen kann. Jedoch muss der Entscheid aufgrund der Subsidiarität der Staatshaftung zur Rechtspflege an der oberen Instanz angefochten worden sein, bevor eine Staatshaftung

67 GUCKELBERGER, S. 180; BGE 107 Ib 155, Erw. 2c, das Verhalten des Bezirksgerichts Zürich wurde vom Bundesgericht als „widerrechtliche Rechtsverzögerung“ erachtet, welches aber mittels Rechtsverzögerungsbeschwerde seitens der Klägerin hätte geltend gemacht werden müssen. Zum Selbstverschulden siehe sogleich unten unter II 3 e.
68 HÄFELIN/MÜLLER/ÜHLMANN N 2260, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 579; WOHLFART, S. 70.
69 Vgl. JAAG, S. 353.
70 Vgl. Art. 4 VG; JAAG, S. 353; WOHLFART, S. 70.
71 Siehe oben unter II 1.
72 BGE 107 Ib 155, Erw. 2b und 2c; vgl. MEYER, S. 720.
73 B. GROSS, Haftpflicht, S. 134.
74 Vgl. BGE 107 Ib 155, Erw. 2a.
75 Also gegen die Möglichkeit ein Rechtmittel einzulegen.
überhaupt in Frage kommt.\textsuperscript{76} Ist der Entscheid einmal formell rechtskräftig (ohne ordentlich angefochten zu sein), so kann er nicht über den Umweg eines Verantwortlichkeitsverfahrens wieder aufgerollt und nochmals überprüft werden.\textsuperscript{77} Die Einmaligkeit des Rechtsschutzes ist tragendes Prinzip der Staatshaftung und gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz.\textsuperscript{78} Diese Praxis dient vor allem der Rechtssicherheit, denn es geht darum, dass derjenige, der den Rechtsweg ausgeschöpft oder von möglichen (auch ausserordentlichen\textsuperscript{79}) Rechtsmitteln nicht Gebrauch gemacht hat, die Frage der Rechtmässigkeit des Entscheides nicht erneut stellen kann.\textsuperscript{80} Der vom Urteil negativ Betroffene muss sich demnach vorgängig durch Rechtsmittel zur Wehr setzen und verhindern, dass ein allfälliger Schaden überhaupt entsteht. Versäumt er dies, hat er die Kausalkette durch Selbstverschulden unterbrochen und ein Schadenersatzanspruch ist ausgeschlossen.\textsuperscript{81}

7. Zwischenergebnis

Anhand der oben erläuterten Voraussetzungen der Staatshaftung wird festgestellt, dass ein Zivilrichter nach den allgemeinen Grundsätzen der Staatshaftung zur Verantwortung gezogen werden kann. Allerdings ergeben sich, im besonders gelagerten Fall des Richters, zusätzliche Einschränkungen.\textsuperscript{82} Naturgemäß verfügt ein Richter bei seiner Tätigkeit über einen erheblichen Ermessensspielraum. Es stellt sich die Frage nach der Grenze zwischen Ausübung dieses Ermessens und dem Vorwurf der Rechtsbeugung bzw. Rechtsverzögerung.\textsuperscript{83} Durch das oben dargestellte Konzept der subsidiären Staatshaftung wird sichergestellt, dass ein Richter den, der richterlichen Tätigkeit inhärenten, Ermessensspielraum ohne Bedenken ausschöpfen kann. Wäre dies nicht der Fall, müsste man sich die Frage stellen, ob die Rechtsfindung eventuell aus Angst vor einer allfälligen Haftbarkeit gestört werden könnte.\textsuperscript{84} Aufgrund der in der Schweiz üblichen ausschliesslichen Staatshaftung ist aber sogar im Falle einer Pflichtwidrigkeit oder eines Fehlers eines Richters dieser nicht persönlich

\textsuperscript{76} WOHLFART, S. 66; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2263; BGE 107 Ib 155, Erw. 2b.
\textsuperscript{77} Vgl. Art. 12 VG; § 5 HG BS; JAAG, S. 353.
\textsuperscript{78} WOHLFART, S. 66 f.
\textsuperscript{79} Bspw. Revisionsbegehren oder Wiedererwägungsgesuch, BGE 119 Ib 208, Erw. 4a.
\textsuperscript{80} JAAG, S. 353; vgl. auch GUCKELBERGER, S. 182; BGE 119 Ib 208, Erw. 3c; 79 II 424, Erw. 4.
\textsuperscript{81} JAAG, S. 353.
\textsuperscript{82} Bspw. die qualifizierten Anforderungen an die Widerrechtlichkeit von Rechtsakten.
\textsuperscript{83} J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 236.
\textsuperscript{84} J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 236.
haftbar, da der Geschädigte i.d.R. einzig einen Anspruch gegenüber dem Gemeinwesen hat. Wie bereits erwähnt, können bei Schäden, welche die Amtsperson vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat, Regressansprüche entstehen. 85

Das Resultat der richterlichen Tätigkeit ist meist eine Verfügung oder ein Entscheid. In diesem Bereich wird die Geltendmachung eines allfälligen Schadenersatzanspruches schon von vornherein erschwert, indem die geschädigte Person sich bereits nach dem Gerichtsverfahren mit Rechtsmitteln hätte wehren müssen. Dadurch wird verhindert, dass durch einen Verantwortlichkeitsprozess eine zusätzliche oder alternative Möglichkeit der Überprüfung der Streitsache geschaffen wird. 86 Dieses Konzept ist sinnvoll, da aufgrund der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV gegen fast alle richterlichen Verfügungen Rechtsmittel ergriffen werden können. Hinzu kommen die zusätzlichen Einschränkungen in Bezug auf die Widerrechtlichkeit von Rechtsakten. 87 Diese beiden Besonderheiten 88 führen wohl zu einem kleinen Anwendungsfeld für die Haftpflicht der staatlichen Richter für Rechtsakte. 89 So ist es auch nicht verwunderlich, dass es keine aktuellen Bundesgerichtsentschiede gibt, in denen eine derartige Haftung bejaht wurde. Weitere Einschränkungen ergeben sich bei Schäden, die aufgrund eines pflichtwidrigen Unterlassens des Gerichts entstanden sind, insb. in Bezug auf den Kausalzusammenhang sowie bei allfälligem Selbstverschulden. 90

Abschliessend ist somit festzuhalten, dass es grundsätzlich denkbar ist, dass ein staatlicher Richter für eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung zur Verantwortung gezogen werden kann. Allerdings ist der Anwendungsbereich einer solchen Haftung eher eng und auf grösste Pflichtverletzungen beschränkt.

85 Vgl. oben unter II 1.
86 Vgl. oben unter II 6.
87 Vgl. oben unter II 5 c ii.
88 Die Einmaligkeit des Rechtsschutzes sowie die erhöhten Anforderungen an die Widerrechtlichkeit.
89 B. Gross, Haftpflicht, S. 135.
90 Vgl. oben unter II 5 d.
III. Schiedsabrede und Schiedsrichtervertrag

1. Bemerkungen zur Terminologie

Bevor auf Abgrenzungsfragen eingegangen wird, werden an dieser Stelle die Begrifflichkeiten geklärt, da die Terminologie in der Literatur uneinheitlich ist. Im Folgenden wird einerseits von der Schiedsabrede oder der Schiedsvereinbarung gesprochen und andererseits vom Schiedsrichtervertrag. ⁹¹

Schiedsabrede⁹² dient als Überbegriff für den Vertrag, in dem die Parteien vereinbaren, eine Streitigkeit einem Schiedsgericht zur Beurteilung zu übertragen. Die Schiedsabrede kann in einem selbständigen Vertrag ausgestaltet sein, in diesem Fall wird vom Schiedsvertrag gesprochen. Letzterer wird in der Regel abgeschlossen, wenn die Streitigkeit bereits entstanden ist, wobei die Parteien eine schiedsgerichtliche Erledigung des Verfahrens wünschen, und diese Tatsache nicht bereits im Hauptvertrag festgehalten wurde. ⁹³ Im Unterschied zum Schiedsvertrag, werden mittels einer Schiedsklausel im Hauptvertrag der Parteien mögliche, künftige Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt. ⁹⁴

Der Schiedsrichtervertrag (receptum arbitri)⁹⁵ hingegen beschreibt die Rechtsbeziehung zwischen den Schiedsparteien und dem oder den Schiedsrichtern. ⁹⁶

2. Schiedsabrede

Die Schiedsabrede bildet die Grundlage des Schiedsverfahrens. Sie begründet die Zuständigkeit eines noch zu konstituierenden Schiedsgerichtes um einen bereits bestehenden oder in der Zukunft entstehenden Rechtsstreit durch ein privates Schiedsgericht entscheiden zu lassen. ⁹⁷ Zudem wird mit der Schiedsabrede grundsätzlich der staatliche Prozessweg ausgeschlossen. ⁹⁸ Die Rechtsnatur der Schiedsabrede ist umstritten und wird von der überwiegenden

---

⁹¹ BERGER, Kündigungsrecht, S. 5; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, S. 417.
⁹² In der ZPO und im IPRG wird von der Schiedsvereinbarung gesprochen, dieser Ausdruck wird im Folgenden synonym verwendet; vgl. Botschaft ZPO, S. 7394; Botschaft IPRG, S. 462.
⁹³ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, S. 417.
⁹⁴ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, S. 417.
⁹⁶ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, S. 421.
⁹⁷ GIRSBERGER/VOSER, N 208.
Meinung als Vereinbarung prozessrechtlicher Natur und somit als Innominat-kontrakt verstanden.99

Der Mindestinhalt der Schiedsabrede ist einerseits, dass sich die Parteien einig sind, ihre aktuellen oder zukünftigen Streitigkeiten einem Schiedsgericht zu unterbreiten und andererseits, dass die rechtliche Beziehung der Parteien bzw. die daraus resultierende Streitsache genügend bestimmt wird.100 Wurden diese Essentialia bestimmt, so muss im Streitfall ein Schiedsverfahren eingeleitet werden. Zusätzlich zu diesen beiden Kernelementen sollten in der Schiedsabrede noch weitere Punkte, jedoch nicht zwingend, geregelt sein. Von Bedeutung ist es bspw. den Sitz des Schiedsgerichts festzulegen. Denn durch den Sitz des Schiedsgerichts, i.d.R. eine Stadt, wird das anwendbare Verfahrensrecht (lex arbitri) bestimmt, woraus sich wiederum die „Nationalität“ des Verfahrens und des Schiedsspruches ergibt.101 Der Sitz begründet auch die örtliche Zuständigkeit des staatlichen Gerichts für allfällige gerichtliche Hilfe.102 Diese wird bspw. nötig bei der ersatzweisen gerichtlichen Ernennung eines Schiedsrichters, falls sich die Parteien nicht einigen können.103

Liegt der Sitz der Schiedsgerichte in der Schweiz und hat wenigstens eine Partei beim Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz, so ist das Schiedsverfahren international und das 12. Kapitel des IPRG kommt zur Anwendung.104 Ist dieser Auslandsbezug nicht gegeben, so kommt die ZPO zur Anwendung. Schliesslich ist es ratsam, in der Schiedsabrede bereits die Anzahl der Schiedsrichter105 sowie die Anwendbarkeit des materiellen Rechts auf die Streitsache zu vereinbaren.106 Wird dies durch die Parteien nicht vereinbart, kommen die Regeln der

99 Diese Streitfrage hat für die vorliegende Arbeit keine Auswirkung und wird aus diesem Grund nicht weiter erläutert; vgl. zur Rechtsnatur der Schiedsabrede: Botschaft IPRG, S. 293 ff.; BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 294 ff., m.w.H. insb. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; GIRSBERGER/GABRIEL, S. 831, die einzelfallbezogen differenzieren; SCHMID/STÖCKL, N 2514.

100 Der Umfang der Zuständigkeit kann in der Schiedsvereinbarung weit gefasst werden, so bspw. mit dem passus „alle Streitigkeiten aus dem Vertrag oder im Zusammenhang mit ihm (…)“; GIRSBERGER/VOSER, N 222 ff.; LIONNET/LIONNET, S. 153 f.

101 Art. 176 Abs. 1 IPRG; BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 689.

102 LIONNET/LIONNET, S. 155.

103 Art. 179 Abs. 2 IPRG; BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 690.

104 GIRSBERGER/VOSER, N 436.

105 Art. 176 Abs. 1 IPRG.

106 In der Regel besteht das Schiedsgericht aus drei Schiedsrichter, bei kleineren Fällen bietet es sich auch an nur einen Schiedsrichter zu bestimmen. LIONNET/LIONNET, S. 157.
von den Parteien bestimmten Schiedsordnung oder subsidiär die *lex arbitri* zur Anwendung.

Die Parteien können frei zwischen einem ad hoc oder einem institutionell durchgeführten Verfahren wählen.\(^{108}\) Die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit wird durch eine Organisation\(^ {109} \) geleitet und überwacht, zudem sind regelmässig Schiedsregeln anwendbar.\(^ {110} \) Diese Schiedsregeln geben dem Verfahren eine Grundstruktur und regeln bereits gewisse Verfahrensfragen, wie bspw. das Honorar der Schiedsrichter.\(^ {111} \) Bei einem ad hoc-Schiedsverfahren beziehen sich die Parteien gerade nicht auf eine besondere Institution, sie organisieren den Gang des Verfahrens selbst. Diese maximale Flexibilität wird häufig als vorteilhaft empfunden.\(^ {112} \)

Die Schiedsabrede bildet somit das rechtliche Fundament der Schiedsgerichtsbarkeit; sie vermag jedoch nicht die Beziehung der Parteien zu den Schiedsrichtern zu begründen und zu regeln.\(^ {113} \) Dazu ist eine weitere Rechtsbeziehung von Nöten: der Schiedsrichtervertag.

### 3. Schiedsrichtervertag

**a. Rechtsnatur**

Zunächst stellt sich die in der Lehre kontrovers diskutierte Grundfrage\(^ {114} \) nach der Rechtsbeziehung zwischen den Schiedsparteien und dem Schiedsrichter. Weder das auf das Verfahren anwendbare schweizerische Recht noch andere ausländische Gesetze konkretisieren dieses Rechtsverhältnis.\(^ {115} \) Im Folgenden werden die beiden dominierenden Meinungen der Lehre erläutert und gegeneinander abgewogen.

---

\(^{108}\) Art. 182 Abs. 1 und 2 IPRG.

\(^{109}\) Beispiele für wichtige Schiedsorganisationen sind: die ICC (International Chamber of Commerce), die AAA (American Arbitration Association) und die Schweizerische Handelskammer.

\(^{110}\) Die Anwendbarkeit der Schiedsregeln wird generell als Vorteil empfunden, da so auch anwendbare Regeln bestehen für Probleme und Verfahrensfragen, die die Parteien nicht bedacht haben; als weitere Vorteile werden die erhöhte Glaubwürdigkeit und Vorhersehbarkeit des Schiedsspruches gesehen, wenn eine Schiedsinstitution mitwirkt sowie die grundsätzliche Vertraulichkeit des Verfahrens, vgl. GIRSBERGER/VOSER, N 89 ff.

\(^{111}\) Vgl. bspw. Anhang III der *ICC Rules* oder Anhang III der *LCIA Rules*; das Honorar des Schiedsrichters richtet sich nach dem Streitwert.

\(^{112}\) BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 22 ff.; GIRSBERGER/VOSER, N 63.

\(^{113}\) LIONNET, S. 161.

\(^{114}\) BUCHER, Rücktrittsrecht, S. 413 ff.; GAL, S. 84; VOGT, S. 21.

Ein Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, dass die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern auf einer vertraglichen Grundlage beruhe.\textsuperscript{116} Die Vertreter der Gegenmeinung sind der Ansicht, dass die Rechtsbeziehung auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis basiere bzw. direkt aus dem Gesetz abgeleitet werde.\textsuperscript{117} Gegen die vertragliche Grundlage wird von letzteren angeführt, es wäre diesfalls begriffsnotwendig, dass alle Beteiligten zusammenkommen und an der Ernennung der Schiedsrichter teilnehmen und sich dabei auch einig werden. Diese „\textit{entende cordiale totale}“\textsuperscript{118} sei in der Praxis kaum vorstellbar bzw. unrealistisch und könne nur eine Ausnahme darstellen. Regelmässig begegnen sich die Parteien mit Misstrauen und fehlendem Einigungswillen.\textsuperscript{119} In diesen Fällen müsste dann die Institution oder der \textit{Juge d'appui}\textsuperscript{120} eingreifen und einen Schiedsrichter wählen.\textsuperscript{121} Folglich könne man kaum noch von einem Vertrag sprechen, da die Schiedsparteien dazu gezwungen würden, einen Vertrag mit einem nicht selbst gewählten Schiedsrichter zu schliessen. Dies entspräche einem Kontrahierungszwang und könne so nicht die angemessene Lösung darstellen.\textsuperscript{122} Zudem wird argumentiert, dass die Schiedsparteien bei der Ernennung gar nicht auf die Idee kämen, einen Vertrag abzuschliessen. Denn diese Rechtsbeziehung sei keinesfalls damit vergleichbar, etwa einen Buchhalter, Architekten oder Anwalt zu beschäftigen.\textsuperscript{123} Weiter wird insb. unter der Anwendung des schweizerischen Rechts argumentiert, dass die mögliche Qualifikation des Schiedsrichtervertrags als Auftrag zu gravierenden Problemen führe, da dies die zwingende Anwendung des jederzeitigen Kündigungsrechtes\textsuperscript{124} mit sich bringen würde. Um genau dies zu umgehen, wird ebenfalls für das gesetzliche Schuldverhältnis votiert. Gleichwohl bleibt nach Ansicht einiger Autoren Raum für vertragliche Abreden, welche dann na-

\footnotesize
\begin{itemize}
\item \textsuperscript{116} ONYEMA, S. 44; POUDET/BESSON, N 437; RÜDE/HADEFELDT, S. 151.
\item \textsuperscript{117} BORN (Vol. I, S. 1598) bezeichnet dies zweifelnd als einen „\textit{quasi-judical legal status}“; BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 893; BUCHER, Schiedsrichtervertrag, S. 101 f.; MUSTILL/BOYD, S. 222; VOGT, S. 22.
\item \textsuperscript{118} BUCHER, Schiedsrichtervertrag, S. 102.
\item \textsuperscript{119} BUCHER, Schiedsrichtervertrag, S. 102.
\item \textsuperscript{120} Der \textit{Juge d'appui} ist der Richter am Sitz des Schiedsgerichts, der die Ernennung des Schiedsrichters übernimmt, wenn eine entsprechende Vereinbarung (betreffend des Ernennungsvorganges) fehlt. Dieses Fehlen einer Vereinbarung wird weit interpretiert, so dass der \textit{Juge d'appui} auch zuständig ist, wenn sich die Parteien nicht einigen können; vgl. zum Ganzen GIRSBERGER/VOSER, N 522 f.
\item \textsuperscript{121} BUCHER, Schiedsrichtervertrag, S. 101.
\item \textsuperscript{122} BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 891.
\item \textsuperscript{123} MUSTILL/BOYD, S. 222.
\item \textsuperscript{124} Vgl. Art. 404 OR.
\end{itemize}
mentlich die generelle Gestaltung des Verfahrens, die Abänderung des anwendbaren dispositiven Rechts sowie das Honorar und die Auslagenvergütung betreffen.125


125 BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 893.
127 BGE 111 la 72, Erw. 2c, „l’arbitre est lié avec les parties par des relations contractuelles (...) qui ressortissent au droit de procédure, le droit privé pouvant être appliqué par analogie (...).“; 117 la 166, Erw. 6b, nur implizit, da es um die Frage der Anwendbarkeit des auftragsrechtlichen Kündigungsrechts (OR 404) ging.
131 RÜEDE/HADENFELDT, S. 151.
b. Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages

Die Schiedsparteien schliessen nach überwiegender Meinung gemeinsam mit dem jeweiligen Schiedsrichtern je einzeln einen Vertrag ab.\textsuperscript{132} So kommt es bei der Ernennung eines Dreierschiedsgerichts zu drei Schiedsrichterverträgen.\textsuperscript{133} Allerdings wird es \textit{den einen} Schiedsrichtervertrag selten geben, da sich die jeweilige Vereinbarung in der Praxis eher aus einer Serie von Korrespondenz und Handlungen ergeben wird.\textsuperscript{134} Üblich ist zudem, dass sobald eine Streitigkeit entsteht, \textit{Terms of Reference}\textsuperscript{135} aufgesetzt werden. Diese bezeichnen den Schiedsrichter, legen die anwendbaren Verfahrensregeln\textsuperscript{136} sowie den Streitgegenstand\textsuperscript{137} fest. Auch durch \textit{Terms of Reference} kann der Schiedsrichtervertrag zustandekommen.\textsuperscript{138}

Geht man hingegen vom üblichen Ernennungsvorgang aus, bei welchem jede Partei einen Schiedsrichter erneint und diese beiden Schiedsrichter in der Folge einen Obmann (\textit{chairman}) wählen, stellt sich gleichwohl die Frage, wie diese drei Schiedsrichter gegenüber \textit{beiden} Streitparteien verpflichtet werden.\textsuperscript{139} Es ist davon auszugehen, dass die eine Partei bei der Ernennung des Co- resp. Partei-Schiedsrichters ebenfalls die andere Partei mitverpflichtet. Es entsteht eine vertragliche Beziehung zwischen den Schiedsrichtern und den beiden Schiedsparteien. Dies vereinfacht den Umstand, dass sich die Parteien während des schiedsgerichtlichen Verfahrens regelmässig nicht besonders freundlich gesinnt sind und es nur schwer vorstellbar ist, dass sich Parteien und Schiedsrichter vorgängig zur gemeinsamen Vertragsunterzeichnung treffen.\textsuperscript{140}

Anders gestaltet sich die Entstehung des Schiedsrichtervertrages bei der institutionellen Schiedsgerichtbarkeit. Wünschen die Parteien, dass das Schieds-

\textsuperscript{132} GAL, S. 100, m.w.H; LIONNET/LIONNET, S. 256.
\textsuperscript{133} LIONNET/LIONNET, S. 256.
\textsuperscript{134} BORN, Vol. I, S. 1609 ff.
\textsuperscript{135} Vgl. ausführlich BERGER/KELLERHALS, Terms of Reference, S. 24 ff.
\textsuperscript{136} BERGER/KELLERHALS, Terms of Reference, S. 28 ff.
\textsuperscript{137} BERGER/KELLERHALS, Terms of Reference, S. 27 f.
\textsuperscript{138} Alternativ können die \textit{Terms of Reference} auch in einem Konstituierungsbeschluss vereinbart werden. Dieser Beschluss kann nicht den Schiedsrichtervertrag darstellen, da er vom Schiedsgericht selbst erlassen wird. Dies setzt das gültige Bestellen der Schiedsrichter und damit bereits das Bestehen des Schiedsrichtervertrages voraus; vgl. BERGER/KELLERHALS, Terms of Reference, S. 25 f., m.w.H.
\textsuperscript{139} Diese Frage stellt sich gleichermassen bei einem Einzelschiedsgericht.
\textsuperscript{140} BORN, Vol. I, S. 1611; ein Schiedsrichter kann auch durch Dritte (bspw. durch eine Institution oder durch ein staatliches Gericht) ernannt werden; zu dieser Problematik vgl. VON HOFFMANN, S. 144.

c. Qualifikation des Schiedsrichtervertrages

Die essentialia negotii des Schiedsrichtervertrages sind die Pflichten des Schiedsrichters zur Teilnahme und Mitwirkung am Prozess sowie an der Urteilsfällung. Im Gegenzug verpflichten sich die Schiedsparteien dem Schiedsrichter ein Honorar zu bezahlen.142

(i) Arbeitsvertrag

Der zentrale Punkt eines Arbeitsvertrages ist generell das Zurverfügungstellen von geistiger oder körperlicher Arbeit im Austausch mit der Bezahlung eines Lohnes.143 Hinzukommt, dass sich der Arbeitnehmer in die sogenannte Arbeitsorganisation der Arbeitgebers eingliedert, was mit einer entsprechenden Weisungsbefugnis einhergeht.144 Beendet wird der Arbeitsvertrag durch eine fristgerechte ordentliche Kündigung, ausnahmsweise durch eine ausserordentliche Kündigung.

Es stellt sich nun die Frage, ob der Schiedsrichter ein Arbeitnehmer in diesem beschriebenen Sinne ist. Entgegen den typischen Merkmalen des Arbeitsvertrages, ist der Schiedsrichter regelmässig nicht in die Arbeitsorganisation der Parteien eingegliedert, er entscheidet grundsätzlich selbst wann und wo er seiner Arbeit nachgehen möchte.145 Gegen die Annahme eines Arbeitsvertrages spricht ebenfalls, dass der Schiedsrichter sich nicht in einem Subordinationsverhältnis befindet, da dieser Weisungen nur in beschränktem Rahmen entge-
gennehmen muss. Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass der Schiedsrichtervertrag keinen Arbeitsvertrag darstellen kann.

(ii) Werkvertrag

Bei einem Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR), dabei kann es sich um ein körperliches oder unkörperliches Werk handeln. Die typische Unternehmerpflicht besteht also in der Ablieferung eines Arbeitserfolges, weshalb der Unternehmer auch der werkvertraglichen Gewährleistungspflicht unterliegt.


---


147 Vogt, S. 98 f.

148 Vgl. zur Frage der (Un)körperlichkeit des Werkes GAUCH, N 36 ff., m.w.H.; in BGE 109 II 37 erfolgte die zweite Praxisänderung zu diesem kontrovers diskutierten Thema.

149 Schmid/Stöckli, N 1658 f.

150 Vgl. GAUCH, N 33.


152 Vogt, S. 102.
Erfolgs nicht überprüfbar sei und somit auch nicht geschuldet sein könne.\textsuperscript{153} Diese Ausklammerung des Gewährleistungsrechts würde auch nach Ansicht von BERGER der werkvertraglichen Qualifikation des Schiedsrichtervertrages nicht im Wege stehen.\textsuperscript{154} Allerdings könne die Ausklammerung der Gewährleistungsregeln nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese nicht ins Recht der Schiedsgerichtsbarkeit passen. Im Ergebnis besteht damit keine Erfolgsgarantie, weshalb der Schiedsrichtervertrag – trotz den dargelegten Überlegungen – nicht ohne Widersprüche eindeutig dem Werkvertragsrecht zugeordnet werden kann.\textsuperscript{155}

(iii) \textit{Auftrag}

Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte zu einem Tätigwerden im Sinne des Auftraggebers (Art. 394 OR). Der Auftrag bildet einen Auffangtatbestand für alle auf Arbeits- und Dienstleistungen ausgerichteten Verträge, die nicht unter einen anderen der besonders geregelten Typen des OR subsumiert werden können.\textsuperscript{156} Der Beauftragte schuldet dem Auftraggeber ein sorgfältiges Tätigwerden und haftet diesem für die getreue und sorgfältige Ausführung (Art. 398 Abs. 3 OR). Der Auftrag zeichnet sich zudem dadurch aus, dass in Art. 404 Abs. 1 OR ein jederzeitiges Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht statuiert wird, welches nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwingend ist. Dies wird mit dem besonderen Vertrauensverhältnis begründet, welches dem Auftrag inhärent ist.\textsuperscript{157}

Hinsichtlich des oben geschilderten Auffangcharakters des Auftragsrechts sowie der Ergebnisse betreffend Arbeits- und Werkvertrag, müsste darauf geschlossen werden, dass es sich beim Schiedsrichtervertrag um einen Auftrag handeln müsste.\textsuperscript{158} Dies entspricht auch der überwiegenden Meinung in der Lehre.\textsuperscript{159} Problematisch erscheint dabei jedoch das jederzeitige Kündigungsrecht, welches nicht auf den Schiedsrichtervertrag anwendbar sein kann, da es

\textsuperscript{153} GAUCH, N 46a; ähnlich und mit Bezug auf den Schiedsrichtervertrag VOGT, S. 103.
\textsuperscript{154} BERGER, Kündigungsrecht, S. 21.
\textsuperscript{155} VOGT, S. 103.
\textsuperscript{156} OR 394 II; HONSELL, S. 316.
\textsuperscript{157} HONSELL, S. 337.
\textsuperscript{158} VOGT, S. 104.
\textsuperscript{159} BERGER, Kündigungsrecht, S. 9; GAL, S. 90; POUDET/BESSON, N 437; RÜEDE/HADENFELDT, S. 151; VOGT, S. 108.
als nicht zweckmäßig erachtet wird. Es wird zuweilen auch vertreten, dass der Schiedsrichtervertrag ein Vertrag sui generis sei und dass deswegen das Auftragsrecht analog angewendet werden müsste. Mit dieser Meinung wäre auch die Ansicht des Bundesgerichts in Einklang zu bringen, es geht davon aus, dass die Bestimmungen des Auftragsrechtes analog anwendbar sind. Im Ergebnis ist aber der überwiegend vertretenen Lehrmeinung zu folgen und der Schiedsrichtervertrag als Auftrag zu qualifizieren bzw. zumindest Auftragsrecht analog anzuwenden. Allerdings mit der Einschränkung, dass die prozessrechtlichen Bestimmungen des IPRG und der ZPO dem Schiedsrichtervertrag vorgehen.

d. Anwendbares Recht


(i) Verhältnis Schiedsrichtervertrag und Schiedsabrede

käme man zum Ergebnis, dass das gleiche Recht auf den Schiedsrichtervertrag anzuwenden sei wie auf den Schiedsvertrag. Dies entspräche dann dem Recht am Sitz des Schiedsgerichts. Nach der heute überwiegenden Meinung, handelt es sich aber bei der Schiedsabrede und dem Schiedsrichtervertrag um zwei getrennte Verträge, da schon die Parteien nicht identisch sind.166

(ii) Rechtswahl
In der Lehre besteht Einigkeit darin, dass die Parteien frei sind im Sinne einer subjektiven Anknüpfung eine Rechtswahl zu treffen.167 Es sind alle Rechtsordnungen wählbar, ein Bezug zum Schiedsverfahren ist nicht vorausgesetzt. Die Parteien können französisches Recht wählen, obwohl der Sitz des Schiedsgerichts in Zürich ist. Eine derartig explizite Rechtswahl wird eher die Ausnahme darstellen.168

(iii) Anknüpfung

166 Eingehend zu dieser Frage VOGT, S. 112 ff.; vgl. auch GAL, S. 412; RÜDE/HADENFELDT, S. 117; a.A. BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 896, die schon die vertragliche Rechtsgrundlage zwischen Schiedsrichter und Parteien ablehnen und sich somit die Frage nach einer gesonderten Anknüpfung zur lex arbitri gar nicht stellt.
167 Art. 116 Abs. 1 IPRG.
168 LIONNET, S. 168; LIONNET/LIONNET, S. 259; VON HOFFMANN, S. 147.
169 Art. 117 Abs. 1 IPRG;
170 BSK-AMSTUTZ/VOGT/WANG, Art. 117 IPRG, N 1.
171 Für den Auftrag ist dies nach Art. 117 Abs. 3 lit. c die Dienstleistung, also die schiedsrichterliche Tätigkeit.
verschiedenen Orten erbringen könnten. Daraus würde resultieren, dass jeweils drei unterschiedliche Rechtsordnungen zur Anwendung kämen.\textsuperscript{172}

Um diese Diskrepanz zu vermeiden wird argumentiert, dass der engste Zusammenhang zum Vertrag am Sitz des Schiedsgerichts besteht und deshalb das Recht am Sitz des Schiedsgerichts zur Anwendung kommt.\textsuperscript{173} So werden schliesslich bei drei Schiedsrichterverträgen alle Schiedsrichter nach dem gleichen Recht beurteilt. Dies entspricht auch der Ansicht des Bundesgerichts.\textsuperscript{174}

Aus all diesen Gründen ist dieser Auffassung ebenfalls zu folgen und es ist im Ergebnis der Sitz des Schiedsgerichts für die objektive Anknüpfung massgebend. Liegt also der Sitz des Schiedsgerichts in Zürich, wie im obgenannten Beispiel, so wird auch auf den Schiedsrichtervertrag schweizerisches Recht angewendet.

IV. Pflichten aus dem Schiedsrichtervertrag

1. Vorvertragliche Pflichten

Den potentiellen Schiedsrichter treffen auch schon vor seiner eigentlichen Ernennung gewisse vorvertragliche Pflichten, die sich dann teilweise auch auf die gesamte Vertragsdauer erstrecken.

a. Offenlegungspflicht

Die Pflicht zur Offenlegung ist vor der Ernennung des Schiedsrichters vorvertraglicher Natur und wird mit Erennung zur vertraglichen Pflicht.\textsuperscript{175} Die Parteien verfügen grundsätzlich über die Möglichkeit, die Schiedsrichter im Verfahren selbst zu wählen und werden sich deshalb anschicken, einen Schiedsrichter zu bestellen, welcher der ernennenden Partei positiv gestimmt ist.\textsuperscript{176} Der Schiedsrichter hat vor und während des gesamten Verfahrens unabhängig und unparteilich zu sein.\textsuperscript{177} Damit die Parteien herausfinden können, ob der Schiedsrichter über diese Eigenschaften verfügt, hat er die vorvertragliche Pflicht beide Parteien über Tatsachen zu informieren, die als Ablehnungsgrund

\begin{footnotesize}
\textsuperscript{172} VON HOFFMANN, S. 150, der aus diesem Grund auch die Anknüpfung an den Wohnort ausschliesst.
\textsuperscript{173} BSK-PETER/BEsson, Art. 180 IPRG, N 56.
\textsuperscript{174} BGE 57 I 305; 76 I 349.
\textsuperscript{175} BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 899; GAL, S. 164; BGE 111 Ia 72, Erw. 2c.
\textsuperscript{176} GAL, S. 262 f.
\textsuperscript{177} Dazu sogleich unten unter 2b.
\end{footnotesize}
gelten könnten und die den Parteien weder bekannt noch für diese voraussehbar sind. Er muss alle Umstände und Kontakte offenlegen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit wecken könnten.\textsuperscript{178} CLAY spricht im Zusammenhang mit der Offenlegungspflicht von der elementarsten Vorkehrung, von einer „Lebensversicherung“, um die Unabhängigkeit sicherzustellen.\textsuperscript{179} Bei einem Dreierschiedsgericht kommt hinzu, dass der von der Gegenpartei bestellte Schiedsrichter regelmässig unbekannt ist, was einen gewissen Informationsbedarf mit sich bringt. Durch die Offenlegungspflicht soll dieser befriedigt werden und so auch das generelle Misstrauen gegenüber dem Schiedsrichter der anderen Partei minimiert werden.\textsuperscript{180} Dabei hat der Schiedsrichter einerseits die gestellten Fragen der Parteien wahrheitsgemäss zu beantworten, andererseits hat er auch relevante Tatsachen oder Beziehungen von sich aus offenlegen.\textsuperscript{181} Die Offenlegungspflicht ist auch unter der Anwendung von schweizerischem Recht üblich.\textsuperscript{182} Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit wird in Art. 363 Abs. 1 ZPO statuiert, dass ein potentieller Schiedsrichter Umstände, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit wecken könnten, unverzüglich offenlegen müsse. Im 12. Kapitel des schweizerischen IPRG fehlt eine derartige Bestimmung. Trotzdem wird dieser Umstand auch im internationalen Verhältnis anerkannt\textsuperscript{183}. Die institutionellen Regelwerke sehen meist vor, dass „he or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his oder her impartiality or independence“\textsuperscript{184}.\textsuperscript{185} Zudem unterzeichnet der Schiedsrichter unter der Anwendung gewisser Regeln eine Unabhängigkeitserklärung, wie dies bspw. in Art. 11 Abs. 2 der ICC Rules vorgesehen ist.\textsuperscript{186} Auch die IBA Guidelines on Conflict of Interest legen ihr Augenmerk auf die Offenlegungspflichten der Schiedsrichter, um damit deren Unabhängigkeit und Unparteilich-

\textsuperscript{178} BGE 111 Ia 72, Erw. 2c; BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 897; BORN, Vol. I, 1620; GAL, S. 259 ff.
\textsuperscript{179} CLAY, N 378.
\textsuperscript{180} GAL, S. 263.
\textsuperscript{181} GAL, S. 264.
\textsuperscript{182} BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 897.
\textsuperscript{183} BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 897; CLAY, N 378; POUDRET/BESSON, N 429.
\textsuperscript{184} Art. 11 UNCTRAL Rules; ähnlicher Wortlaut Art. 9 Ziff. 2 der Swiss Rules; 14 Abs. 2 der SCC Rules und Art. 5.3 der LCIA Rules.
\textsuperscript{186} Vgl. zur „déclaration d’indépendance“ CLAY, N 380 ff., m.w.H.

b. Zügige Ablehnung des Mandats


---

187 "If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties (…)". Zudem wird festgelegt, dass im Falle von Zweifeln über die Offenlegungspflicht, die in Frage stehende Tatsache eher offengelegt werden soll, vgl. Art. 3 lit. c "Any doubt as to whether an arbitrator should disclose certain facts or circumstances should be resolved in favour of disclosure.".

188 Die non-waivable Red List; die waivable Red List; die Orange List und die Green List.

189 Währenddessen Situationen auf den beiden Red Lists (erhebliche) Zweifel an der Unabhängigkeit des Schiedsrichters wecken und die Green List Umstände beschreibt, die geringfügig sind und somit gar nicht offengelegt werden müssen.

190 Art. 3.3.6 der IBA Guidelines.

191 OKEKEIFERE, S. 140.

c. Vermeidung übermässiger Kontakte

Der potentielle Schiedsrichter unterliegt in der vorvertraglichen Phase der Pflicht, übermässige Kontakte mit einer Schiedspartei zu vermeiden.\textsuperscript{193} Es ist aber üblich, dass die Parteien ein Vorgespräch (sog. \textit{Beauty Contest}\textsuperscript{194}) mit dem potentiellen Schiedsrichter führen. Während diesem Gespräch sollten alle Beteiligten zwar jegliche Diskussion des Falles vermeiden, eine generelle Beschreibung des Falles muss aber möglich sein, um die Qualifikation des Schiedsrichters, Interessenkonflikte sowie den aufzubringenden Zeitaufwand abschätzen zu können.\textsuperscript{195} Versteht man diese Pflicht in einem weiten Sinn, so kann eine Partei absichtlich übermässigen Kontakt zu einem potentiellen, aber ungelegenen Schiedsrichter aufnehmen und diesen so für die Ernennung durch die andere Partei „neutralisieren“.\textsuperscript{196} Mittels solcher taktischer Spielereien kann das Schiedsverfahren schon von Beginn weg querulatorisch verzögert und torpedoirt werden. Ein übermässiger Kontakt zwischen einer Schiedspartei und Schiedsrichtern führt nämlich dazu, dass letzterer gar nicht mehr erannt werden kann, da es schon von Vornherein an seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit fehlt.

Der Schiedsrichter darf auch im vorvertraglichen wie im vertraglichen Verhältnis keine Vorteile und Zuwendungen annehmen und diese schon gar nicht fordern. Dies ergibt sich einerseits aus der privatrechtlichen Pflicht, übermässige Kontakte zu vermeiden und andererseits aus der Strafdrohung der passiven Bestechung und der Vorteilsannahme.\textsuperscript{197} Denkbar ist bspw., dass sich ein Schiedsrichter ein zusätzliches Entgelt versprechen lässt und im Gegenzug den Streitfall zum Vorteil der zahlenden Partei entscheidet. Dies darf auch nicht in subtiler Form geschehen, wie bspw. durch das Versprechen von häufiger Ernennung oder das Verschaffen von Mandaten, Arbeitsplätzen oder Praktika für Familienangehörige.\textsuperscript{198}

\textsuperscript{193} GAL, S. 273.
\textsuperscript{194} P. Lalive, Commercialisation, S. 170.
\textsuperscript{195} Bishop/Reed, S. 424.
\textsuperscript{196} P. Lalive, Commercialisation, S. 170.
\textsuperscript{197} Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Schiedsrichters vgl. Art. 322\textsuperscript{ter} ff. StGB, der Schiedsrichter wird ausdrücklich im Gesetzeswortlaut genannt; vgl. BSK-Pieith, Art. 322\textsuperscript{ter} StGB, N 2 ff., m.w.H.
\textsuperscript{198} GAL, S. 274.
2. Vertragliche Pflichten

a. Die Pflicht den Streit zwischen den Parteien beizulegen

Die auftragsrechtliche Pflicht des Schiedsrichters besteht nach Art. 394 OR darin, die übertragenen Geschäfte oder Dienste im Sinne des Auftragnehmers vertragsgemäss zu besorgen. Durch den Schiedsrichtervertrag wird der Schiedsrichter dazu verpflichtet am Schiedsverfahren mitzuarbeiten und den Streitfall in einer geordneten Art und Weise zu erledigen.\footnote{KREINDLER/SCHÄFER/REINMAR, N 576.} Der Schiedsrichter regelt den Ablauf des Verfahrens, falls die Parteien nicht selbst Abreden getroffen haben (z.B. mit den Terms of Reference nach den ICC Rules) und sorgt dabei für ein kontradiktorisches Verfahren.\footnote{Art. 182 Abs. 3 IPRG.} Hinzu kommt eine Förderungspflicht des Schiedsrichters, d.h. dass der Schiedsrichter gehalten ist das Verfahren an die Hand zu nehmen, durchzuführen und innert nützlicher Frist zu erledigen.\footnote{FOUCHARD, S. 29; GAL, S. 287; HOFFET, S. 228; INDERKUM, S. 119 f.}

b. Pflicht zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit

Der Schiedsrichter hat während des gesamten Verfahrens unabhängig und unparteilich\footnote{Vgl. bspw. Art. 11 der ICC Rules: „Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).} zu bleiben. Zudem darf der Schiedsrichter keinerlei Interesse am Ausgang des Verfahrens haben.\footnote{POUDRET/BESSION, N 413.} Dies ist in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit generell anerkannt\footnote{RAESCHEK-KESSLER, S. 6; vgl. auch BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 729; BISHOP/REED, S. 395; vgl. auch die Rechtsprechung in BGE 136 III 605 = Pra 100 (2011) Nr. 56.} und wird in den meisten Regelwerken auch so festgelegt.\footnote{Art. 12 Ziff. 1 UNCITRAL Rules; Art. 10 Ziff. 2 Swiss Rules; Art. 11 Ziff. 2 und 3 der ICC Rules verlangen neu auch die Unparteilichkeit (neben der Unabhängigkeit) ausdrücklich.}

Einstellung, die regelmässig schwer zu beweisen ist.²⁰⁷ Das Bundesgericht erläutert in einem Entscheid, bei dem es um die Ablehnung eines Schiedsrichters ging, dass die richterliche Unparteilichkeit die Gleichbehandlung der Parteien gebieten würde und deshalb nicht mit richterlicher Unabhängigkeit gleichzusetzen sei, möge die Parteilichkeit in Einzelfällen auch auf fehlende Unabhängigkeit zurückgehen.²⁰⁸ Zweifel an der Unabhängigkeit oder an der Unparteilichkeit werden oft bereits durch die oben erläuterte Offenlegungspflicht bekannt.²⁰⁹ Die Schiedsrichter sind deshalb gehalten, relevante Tatsachen, die Zweifel an der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit wecken, offenzulegen. Es gibt allerdings keine Pflicht, die Parteien über allfällige Interessenkonflikte der anderen Schiedsrichter zu informieren. Dies würde blass den kollegialen Umgang in einem Dreierschiedsgericht hemmen und gleichzeitig ein gewisses Denunziantentum fördern.²¹⁰ Zudem würde einem Schiedsrichter dadurch ein scharfes Mittel gegeben, die anderen beiden Schiedsrichter zu diskreditieren und gleichzeitig seine eigene Position zu stärken.²¹¹ Um solche potentiellen Interessenkonflikte zu vermeiden, hat die International Bar Association die IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration verfasst. Die IBA Guidelines setzen einerseits generelle Standards fest, andererseits gibt es, die bereits erwähnten vier Listen.²¹² Die Listen geben zusammen mit einer Aufzählung von Beispielen einen Anhaltspunkt darüber, was offengelegt werden muss und wann ernsthafte Zweifel an der Unabhängigkeit und an der Unparteilichkeit berechtigt sind.²¹³ Es stellt sich die Frage, ob unterschiedliche Ansprüche an die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit der drei Schiedsrichter zu stellen sind. Zum einen könnte man davon ausgehen, dass der party-appointed arbitrator für die „eigene“ Partei eintritt.²¹⁴ Zum andern könnte verlangt werden, dass dieser so

²⁰⁸ BGE 113 Ia 407, Erw. 2a.
²⁰⁹ Vgl. oben unter IV 1 a.
²¹⁰ GAL, S. 269.
²¹¹ Besser wäre es, gem. GAL, S. 269, wenn der Schiedsrichter in einem solchen Fall die Institution bzw. das zuständige Sekretariat informieren würde.
²¹² Die non-waivable Red List; die waivable Red List; die Orange List und die Green List.
²¹³ BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 734; Poudret/Besson, N 417a.
²¹⁴ P. Lalive, L’arbitre, S. 386 ff., fügt an, dass es illusorisch sei vom parteibenannten Schiedsrichter den gleichen Grad an Unabhängigkeit zu verlangen wie vom Präsidenten; vgl. auch Bishop/Reed, S. 396; Oschütz, S. 125.
unabhängig zu sein hat, wie ein staatlicher Richter. Die IBA Guidelines verlangen, dass die Unparteilichkeit und die Unabhängigkeit für alle drei Schiedsrichter nach den gleichen Kriterien zu messen sind. Das Bundesgericht hatte kürzlich die Frage in einem Fall zu beantworten, bei dem es um eine Dopingsperrre für einen Radrennsportler ging. Der in casu von der einen Partei ernannte Schiedsrichter, der gleichzeitig renommierter Professor für internationales Zivilprozess- und Schiedsrecht an der Universität Zürich ist, war einige Jahre zuvor Experte für die WADA (World Anti-Doping Agency) und hat mit Expertenmeinungen und Vermittlungsvorschlägen zur Revision des Welt-Anti-Doping-Codes beigetragen. Die Gegenpartei stellte sich auf den Standpunkt, dass der Schiedsrichter deshalb in der Streitsache nicht unabhängig und unparteiisch gewesen sei. Das Bundesgericht stellte in diesem Entscheid erstmal ausdrücklich klar, dass in Bezug auf diese Frage nicht zwischen der Situation eines Mitglieds des Schiedsgerichts oder derjenigen des Präsidenten unterschieden werden darf und relativierte, dass die absolute Unabhängigkeit ein Ideal darstelle, das nur selten der Wirklichkeit entspreche. Weiter können auch Zweifel aufkommen, wenn ein Schiedsrichter ein Interesse am Ergebnis des Entscheides hat oder er mehrere Fälle mit ähnlichen Sachfragen zu entscheiden hat und dabei der erste Schiedsspruch die Entscheidung im folgenden Fall präjudiziert.

c. Vertraulichkeitspflicht

Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens wurde stets als selbstverständlich erachtet. Erst mit dem australischen Entscheid *Esso v. Plowman*\(^{223}\) wurde die Vertraulichkeit hinterfragt und schliesslich festgestellt, dass sich diese Pflicht nicht „einfach“ aus der vertraglichen Natur des Schiedsverfahrens ergibt.\(^{224}\) Nun stellt sich allerdings die Frage, woraus die Vertraulichkeit hergeleitet werden kann.\(^{225}\) Wurde die Vertraulichkeit des Verfahrens explizit durch eine Klausel im Schiedsrichtervertrag vereinbart, so ist diese Vertragsbestandteil und die Pflicht des Schiedsrichters ergibt sich direkt aus dem Vertrag. Wurde dies unterlassen, aber gleichzeitig eine Schiedsgerichtsordnung gewählt, so kann sich die Vertraulichkeit aus dieser Ordnung ergeben. Fehlt eine der beiden Voraussetzungen, ergibt sich die Vertraulichkeit entweder aus der Natur des Schiedsverfahrens, der Erwartung der Parteien an das Schiedsverfahren oder auch aus dem verfahrensrechtlichen Gewohnheitsrecht.\(^{226}\)

Unter dem Oberbegriff Vertraulichkeit wird unterschieden zwischen dem grund-\(^{226}\) sätzlichen Ausschluss der Öffentlichkeit (*privacy*) und der eigentlichen Pflicht des Schiedsrichters, das Verfahren an sich, die damit verbundenen Dokumente sowie das Urteil geheim zu halten (*confidentiality*).\(^{227}\) Das schiedsgerichtliche Verfahren ist grundsätzlich nicht öffentlich. Das bedeutet, dass keine fremde Person ohne Zustimmung der Parteien und des Schiedsgerichts an einem Schiedsverfahren teilnehmen darf. Dieser Grundsatz entspricht der weit verbreiteten Auffassung in der Literatur\(^{228}\) und wird in einigen Regelwerken explizit vorgesehen.

Den Schiedsrichter trifft insb. eine Geheimhaltungspflicht, die sich auf den Inhalt, den Verlauf, die Beratung und die Abstimmung sowie den Inhalt des Schiedsspruches bezieht.\(^{229}\) Ein Schiedsrichter hat demnach alle Fakten, Daten und Dokumente, die einen Zusammenhang zur Streitsache aufweisen, vertrau-


\(^{224}\) JOLLES/CANALS DE CEDIEL, S. 90.

\(^{225}\) Weder das IPRG noch die ZPO liefern eine Bestimmung, welche die Vertraulichkeit regelt; RITZ, S. 189 f.


\(^{228}\) COLLINS, S. 321; DIMOLITSA, S. 6; LIONNET/LIONNET, S. 455.

\(^{229}\) Vgl. Art. 20 Abs. 4 Vienna Rules; Art. 27 Abs. 3 SCC Rules; Art. 19.4 der LCIA Rules.

\(^{230}\) BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 907 ff.; LIONNET/LIONNET, S. 456; ONYEMA, S. 142 f.; RITZ, S. 118 ff., m.w.H.
lich zu behandeln. Die meisten Schiedsgerichtsordnungen verfügen über eine confidentiality-Bestimmung, die das soeben Erwähnte festhält.\textsuperscript{231} Es gilt über alle Schiedssprüche, Verfügungen und von Parteien eingereichten Unterlagen Stillschweigen zu bewahren, ausser die Parteien hätten es anders vereinbart. Schiedssprüche werden nur anonymisiert veröffentlicht, sofern eine Partei ein Publikationsgesuch einreicht und auch dies nur dann, wenn sich keine andere Partei der Veröffentlichung widersetzt.\textsuperscript{232} Die \textit{WIPO Rules} regeln die Vertraulichkeit sehr ausführlich und garantieren bspw. ausdrücklich die Geheimhaltung des Verfahrens an sich.\textsuperscript{233} Dies rechtfertigt sich damit, dass die \textit{WIPO Rules} besonders auf immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten zugeschnitten sind und dort die Vertraulichkeit von besonderem Interesse ist, da es in diesen Verfahren oft um Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse sowie Patente o.ä. geht.\textsuperscript{234} Andere Schiedsgerichtsordnungen regeln die Vertraulichkeit gar nicht, bspw. die revidierten \textit{ICC Rules 2012}. Sie halten neu lediglich fest, dass das Schiedsgremium auf Verlangen einer Partei Massnahmen zum Schutz von vertraulichen Informationen zu ergreifen hat.\textsuperscript{235}

d. Sorgfaltspflicht des Schiedsrichters

Die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht gilt in modifizierter Weise auch für den Schiedsrichter. Sie bestimmt sich einerseits nach der gemäss objektiven Kriterien definierten Sorgfalt eines gewissenhaften Beauftragten und andererseits werden berufstypische Verhaltensweisen und Usanzen berücksichtigt. Schliesslich werden die Umstände des Einzelfalles sowie die Vertragsart berücksichtigt.\textsuperscript{236} Erstere sind bspw. die Art und die Schwierigkeit der zu verrichtenden Tätigkeit und die dazu erforderlichen Fachkenntnisse. Letztere erfassen das subjektive Sorgfaltvermögen, den Bildungsgrad, die Erfahrung oder die Fähigkeiten des Schiedsrichters. Im Bereich entgeltlicher Dienstleistungsverhältnisse

\begin{itemize}
\item Vgl. Art. 43 Ziff. 3 \textit{Swiss Rules}; Art. 46 \textit{SCC Rules}; Art. 30.1 \textit{LCIA Rules}; Art. 9 \textit{IBA Rules of Ethics}; das schweizerische IPRG sieht keine explizite Vertraulichkeitspflicht vor.\textsuperscript{231}
\item Vgl. Art. 44 Ziff. 3 der \textit{Swiss Rules}.\textsuperscript{232}
\item Vgl. Art. 73-76 \textit{WIPO Rules}.\textsuperscript{233}
\item \textsc{Dimolitsa}, S. 13; \textsc{Born}, Vol. II, S. 2266, insb. Fn 76.\textsuperscript{234}
\item Vesper, S. 803; auch keine Bestimmung über die Vertraulichkeit findet sich in den revidierten \textit{UNCITRAL Arbitration Rules}, auch hier mit der Begründung, dass es den Verfahrensbeteiligten überlassen sein soll, wie sie mit der Frage umgehen möchten; vgl. \textsc{Dimolitsa}, S. 8.\textsuperscript{235}
\item \textsc{Müller-Chen}, S. 509.\textsuperscript{236}
\end{itemize}
spricht man allerdings von einer „Objektivierung des Sorgfaltssmassstabes“. Der Schiedsrichter wird mit Bezug auf seine juristischen Fähigkeiten regelmässig genügend qualifiziert sein; er ist zudem gehalten, seine richterliche Funktion nach bestem Wissen und Gewissen auszuüben und das Verfahren richtig durchzuführen. Zudem sollte er mit der schiedsrichterlichen Tätigkeit bewandert sein, ansonsten könnte er sich eines Übernahmeverschuldens schuldig machen.

3. Nachvertragliche Pflichten


238 So auch BORN, Vol. I, S. 1621: „The arbitrator’s obligation to (...) decide the case with appropriate care, skill and professional integrity.“

239 VOGT, S. 139.

240 Vgl. oben unter IV 2c.

241 Vgl. Art. 388 Abs. 1 ZPO; das IPRG sieht keine entsprechende Regelung vor; zum entsprechenden Rechtsbehelf der Erläuterung und Berichtigung im Zivilprozess vgl. MEIER, S. 463; SUTTER-SOMM, N 1424 ff.

242 Mit Ausnahme von sog. dissenting opinions; GAL, S. 337.
Ablage- und Aufbewahrungssystem vorhanden ist. Über die Dauer der Aufbewahrung besteht Unklarheit. Als Faustregel könnte gelten, dass die Akten so lange aufgehoben werden, als die Parteien mutmasslich ein Interesse daran haben.²⁴³

V. Haftung aus dem Schiedsrichtervertrag

1. Allgemeines

Aus der Konsequenz der vertraglichen Beziehung²⁴⁴ zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien, ist dieser grundsätzlich haftbar für die Verletzungen von vertraglichen Pflichten, die aus dem Schiedsrichtervertrag resultieren. Wie jede Vertragspartei, muss auch der Schiedsrichter seinen vertraglichen Verpflichtungen nachkommen.²⁴⁵ Dies insbesondere im Hinblick darauf, dass ein Schiedsurteil bezüglich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit einem staatlichen Urteil gleichgestellt ist.²⁴⁶ Aus diesem Grund muss der gesamte Ablauf des Schiedsverfahrens auch den verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien genügen, die in Bezug auf den staatlichen Prozessweg gelten.²⁴⁷ Zudem folgt aus der vertraglichen Grundlage, dass sich die Haftung nicht nach öffentlichem Recht richtet.²⁴⁸

Es stellt sich die Frage nach der Rechtsgrundlage der Haftung des Schiedsrichters. Das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (bzw. der Kantone) gilt, wie bereits oben festgehalten, für die im jeweiligen Gemeinwesen tätigen Beamten, die (staatlichen) Richter eingeschlossen.²⁴⁹ Ein Schiedsrichter hingegen übt zwar eine richterliche Tätigkeit aus, er ist aber ausschliesslich durch den Schiedsrichtervertrag mit den Parteien verbunden. Weder das IPRG, noch die ZPO kennen zusätzlich zu beachtende Vorschriften, die eine Grundlage für eine allfällige Haftung bilden könnten.²⁵⁰ Es bleibt also ausschliesslich das Vertrags-

---

²⁴³ GAL, S. 338.
²⁴⁴ Siehe oben unter II 2.
²⁴⁵ CLAY, N 928.
²⁴⁶ Vgl. GIRSBERGER/VOSER, N 25.
²⁴⁷ Art. 30 BV und Art. 6 EMRK gelten auch für die Schiedsrichter, BGE 118 II 359.
²⁴⁸ WOHLFART, S. 64; vgl. die Darstellung oben zur Haftung des Richters unter II.
²⁴⁹ Vgl. oben unter II 3.
²⁵⁰ BORN, Vol. I, S. 1639; FRANCK, S. 7 f.; HOFFET, S. 300; ONYEMA, S. 171; Eine Ausnahme bildet § 594 Abs. 4 der Österreichischen Zivilprozessordnung und statuiert eine explizite Haftung: „Ein Schiedsrichter, welcher die durch Annahme der Bestellung übernommene
recht anwendbar. Zudem ist eine deliktsrechtliche Haftung aus unerlaubter Handlung denkbar. Es kommen Pflichtverletzungen wie etwa culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung, zu vertretende Unmöglichkeit, Verzug und die Kündigung zur Unzeit in Frage. Für diese Arbeit im Vordergrund steht insb. der Sekundäranspruch auf Schadenersatz der Schiedsparteien.

2. Schiedsrichterprivileg


Verpflichtung gar nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, haftet den Parteien für allen durch seine schuldhafte Weigerung oder Verzögerung verursachten Schaden.“

251 Poudret/Besson, N 455; Franck, S. 4.
252 Insb. Art. 97 und 398 OR.
253 Poudret/Besson, N 446.
254 Gal, S. 146; Inderkum, S. 163; Rüede/Hadenfeldt, S. 160.
255 Gal, S. 161.
256 Kreindler/Schäfer/Wolff, N 582 f.
257 Girsbberger/Voser, N 616.
258 Lionnet/Lionnet, S. 264; ähnliches gilt wie bereits erläutert für den staatlichen Richter, vgl. oben unter II 6.
259 Gal, S. 161.
260 Lionnet/Lionnet, S. 264.
sich somit um andere Tätigkeiten wie bspw. die Verletzung der Offenlegungspflicht oder die Niederlegung des Schiedsrichtermandates ohne wichtigen Grund, so kann die geschädigte Partei einen Schadenersatzanspruch geltend machen.\textsuperscript{261} Für die folgende Analyse eines möglichen Schadenersatzanspruches werden also diese Pflichtverletzungen im Zentrum stehen.

In der amerikanischen sowie der englischen Schiedsgerichtstradition wird anstelle vom oben erwähnten Schiedsrichterprivileg eher von der Immunität des Schiedsrichters und weniger von dessen Haftung bzw. Haftungsbeschränkung gesprochen.\textsuperscript{262} Es gilt also im amerikanischen Rechtskreis eine weitergehende Immunität für die richterliche Spruchtätigkeit,\textsuperscript{263} während in Kontinentaleuropa, eher von einer Haftungsbeschränkung gesprochen wird.\textsuperscript{264} Die Ergebnisse sind bei beiden Ansätzen allerdings ähnlich. Es besteht Einigkeit darin, dass ein Schiedsrichter nicht für jede Pflichtverletzung haften soll, sondern nur für diejenigen, die nicht direkt seine richterliche Spruchtätigkeit betreffen.

Zusammengefasst kann also gesagt werden, dass alle Pflichtverletzungen, die nicht unmittelbar mit der Streitentscheidung zusammenhängen, haftungsauslösend sein können.

\section*{3. Pflichtverletzungen}

\subsection*{a. Vorvertragliche Pflichtverletzungen}

Der Vorgang bis zur Bestellung eines Schiedsrichters kann mehr oder weniger lange dauern. Jedenfalls finden in dieser Zeit Kontakte und Besprechungen zwischen den jeweiligen Parteien und dem Schiedsrichter statt. Bis zur Bestellung besteht ein vorvertragliches Verhältnis. Nach der überwiegenden Auffassung ist das Rechtsinstitut der \textit{culpa in contrahendo (cic)} die Grundlage für Pflichtverletzungen in diesem frühen Verfahrensstadium.\textsuperscript{265} Die \textit{cic} umfasst die Nebenpflichtverletzungen, die schon mit der Aufnahme eines geschäftlichen

\textsuperscript{261} LIONNET/LIONNET, S. 264.
\textsuperscript{263} CLAY, N 931; GAL, S. 161.
\textsuperscript{264} Wobei der Begriff Immunität nach POUDET/BESSON, N 445 eher unpassend erscheint.
\textsuperscript{265} Vgl. SCHWENZER, OR AT, N 47.01 f.
Kontaktes auftreten können.  

Unter folgenden Voraussetzungen kann der Schiedsrichter im vorvertraglichen Stadium haftbar gemacht werden.

(i) Verletzung der Offenlegungspflicht

Wie bereits oben festgestellt, besteht eine vorvertragliche sowie eine vertragliche Pflicht des Schiedsrichters, alle Beziehungen und Kontakte mit Dritten offenzulegen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit aufkommen lassen könnten. Kann der Schiedsrichter nicht unabhängig und unparteilich entschieden, so darf er das ihm angetragene Amt nicht übernehmen.  

Illustrativ zur Verletzung der Offenlegungspflicht ist folgender Fall bei dem ein Schiedsrichter sein Mandat aufgrund eines Interessenkonfliktes niederlegt: Der Schiedsrichter war Steuerprüfer einer Partei und gleichzeitig Schiedsrichter in einem Verfahren. Die Pflichtverletzung wurde vom Gericht nicht darin gesehen, dass er das Mandat niederlegte, sondern, dass er diese Verbindung hätte offenlegen und das Schiedsrichtermandat von Beginn weg ablehnen müssen.

Es ist regelmässig schwierig die Grenze zu ziehen zwischen Kontakten und Beziehungen, die der Schiedsrichter offenzulegen hat und welche nicht. Legt man zu viele Kontakte offen, läuft man in die Gefahr nicht bestellt zu werden und allenfalls eine Geheimhaltungspflicht gegenüber Dritten zu verletzen; unterlässt man die Offenlegung, erfolgt dies möglicherweise pflichtwidrig. Fest steht, dass der Schiedsrichter schadenersatzpflichtig werden kann, wenn er ein Schiedsrichtermandat annimmt ohne einen Ablehnungsgrund zu offenbaren und er dann abgelehnt wird.

\[266\] BSK-WIEGAND, Einl. Art. 97-109 OR, N 10.
\[267\] Vgl. oben unter IV 1 a.
\[268\] GAL, S. 267; RÚDE/HADENFELDT, S. 160.
\[269\] Perrin v. B. et autres, 13. Dezember 2001, Cour d'appel (1re Ch. civ.).
\[270\] In diesem Fall ging es allerdings um den Honoraranspruch der verbleibenden Schiedsrichter.
\[271\] GAL, S. 265; ONYEMA, S. 146.
\[272\] BGer. 4A_162/2010 vom 22. Juni 2010, das Bundesgericht hiess das Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin gut, weil der Einzelschiedsrichter der Gegenseite ein Darlehen vom CHF 100'000.00 gewährte und diese Tatsache nicht offengelegt hatte; BERGER (ZBJV, S. 166) stellt in seiner Entscheidbesprechung die berechtigte Frage, ob dieser Schiedsrichter für die Verletzung seiner Offenlegungspflicht haftbar gemacht werden könne; vgl. auch CLAY (N 398) im internationalen Kontext.

274 Allerdings standen die Gutachten und Auskünfte nicht im Zusammenhang zur schiedsgerichtlichen Streitsache.
275 Sie unterlagen im Schiedsverfahren mit allen Anträgen.
276 Schiedsrichter Tepora erhielt für seine beratende Tätigkeit insgesamt EUR 38'000.00.
277 Dieser im Jahr 2005 entschiedene Fall wurde in der Literatur vielseitig diskutiert; vgl. ONYEMA, S. 170; GAL, S. 268; MÖLLER, S. 99.
**(ii) Pflicht zur zügigen Ablehnung**

Die Parteien haben regelmässig die Erwartung, dass ein schiedsgerichtliches Verfahren schneller und effizienter ist, als ein staatliches. Wie bereits oben festgestellt wurde, hat gerade aus dieser häufigen Erwartungshaltung der Parteien ein potentieller Schiedsrichter grundsätzlich die Pflicht das in Frage stehende Mandat zügig abzulehnen, falls er es aus irgendeinem Grund nicht annehmen kann.\(^{278}\)

**(iii) Vermeidung übermässiger Kontakte**

Der Schiedsrichter soll es während, aber auch schon vor dem eigentlichen Beginn des Verfahrens vermeiden, mit einer Partei übermässig Kontakt zu pflegen.\(^{279}\) Ansonsten würde er durch sein Verhalten insb. Zweifel an seiner Unparteilichkeit wecken.\(^{280}\)

b. Vertragsverletzung

**(i) Rechtsverzögerung**

Die Hauptpflicht eines Schiedsrichters besteht darin einen Schiedsspruch innert nützlicher Frist zu erlassen. Dies kann verschiedene Gründe haben; einerseits ist denkbar, dass ein Schiedsrichter tatsächlich sehr beschäftigt ist und aus diesem Grund die Treffen und Anhörungen immer wieder verschieben muss. Andererseits ist es denkbar, dass der Schiedsrichter das Verfahren schlichtweg sabotieren will oder dass er von der längeren Dauer des Verfahrens (durch den Erhalt eines höheren Honorars) profitieren will.\(^{281}\) Diese genannten Verhaltensweisen stehen konträr zur vertraglichen Pflicht des Schiedsrichters den Auftrag im Sinne des Auftraggebers zu erfüllen.\(^{282}\) Wird das Verfahren aufgrund des Verhaltens eines Schiedsrichters unterbrochen und entsteht den Parteien dadurch ein Schaden, so ist dieses Verhalten als haftungsauslösende Pflichtwidrigkeit zu betrachten. Relevant für die Haftungsfrage ist somit ob und wie ein Verfahren fortgesetzt werden kann, wenn sich ein Schiedsrichter (eines ur-

---

\(^{278}\) Zum Problem der Schadensbemessung im Umfang der negativen Interesses vgl. unten unter V 4.

\(^{279}\) BGE 111 la 259; dies gilt insb. für den „party-appointed arbitrator“.

\(^{280}\) Zur Unparteilichkeit vgl. unten unter 3 b ii.

\(^{281}\) Vgl. GAL, S. 291 f., mit weiteren Beispielen.

\(^{282}\) INDERKUM, S. 165; vgl. auch FRANCK, S. 57; OKEKEIFERE, S. 133 f.
sprünglichen Dreierschiedsgerichts) rechtsverzögernd verhält.\textsuperscript{283} Um dieser Problematik entgegenzuwirken, verlangt die ICC seit einiger Zeit von ihren Schiedsrichtern, dass diese zu Beginn des Verfahrens ein Formular\textsuperscript{284} ausfüllen und darin angeben, wie viele Verfahren als Schiedsrichter oder Parteivertreter hängig sind und damit ihre Verfügbarkeit bestätigen.\textsuperscript{285}

Mit der Frage einer pflichtwidrigen Rechtsverzögerung hatte sich das das Bundesgericht im Jahr 2002 zu beschäftigen.\textsuperscript{286} Es ging darum, dass ein Mitglied der ursprünglichen Formation des Schiedsgerichtes zum Justizminister von Griechenland gewählt wurde. Dieses Amt war nicht mit dem Schiedsrichtermandat vereinbar, weshalb er in der Folge zurücktrat und durch einen neuen Schiedsrichter ersetzt wurde. Das Schiedsgericht entschied, dass die bisherigen Verfahrensschritte unter der Neubesetzung nicht zu wiederholen waren. Eine Schiedspartei stellte aufgrund dieser Unstimmigkeit ein Ablehnungsbegehren gegen den Obmann. Der neue Schiedsrichter weigerte sich an den weiteren Urteilsberatungen teilzunehmen, solange dem Ablehnungsbegehren nicht stattgegeben wurde. Daraufhin wurde der Schiedsspruch in dessen Abwesenheit verfasst. Das Bundesgericht setzte sich also mit der Frage auseinander, ob ein Schiedsverfahren ordnungsgemäß fortgesetzt werden könne, wenn sich ein Schiedsrichter weigert daran teilzunehmen. Es unterschied dabei grundsätzlich den Fall, bei dem ein Schiedsrichter mit oder ohne wichtigen Grund aus dem Verfahren ausscheidet und das Schiedsrichtermandat niederlegt.\textsuperscript{287} Das Bundesgericht führte an, dass im damaligen Fall davon ausgegangen wurde, dass das Schiedsgericht weiterhin ordentlich besetzt war und dass das Verfahren weitergeführt werden konnte.

Für die Frage der Haftung hat dieser Bundesgerichtsentscheid folgende Relevanz: Verzögert ein Schiedsrichter das Verfahren, so müssen die Parteien das laufende Schiedsverfahren nicht unterbrechen und können ohne größere Verzögerung weiterfahren. Es entstehen für die Parteien auch keine besonderen

\textsuperscript{283} BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 885 ff.
\textsuperscript{284} ICC Arbitrator statement of Acceptance, Availability and Independence.
\textsuperscript{285} SMEUREANU, S. 144.
\textsuperscript{286} BGE 128 III 234 = Pra 91 (2002) Nr. 91.
\textsuperscript{287} Vgl. zu den Folgen in dieser Konstellation BGE 117 Ia 166; a.A. BUCHER, Rücktrittsrecht, S. 424, der im eben erwähnten Entscheid eine Praxisänderung sieht. Es ist aber zwischen der Konstellation der Rechtsverzögerung und der Niederlegung des Mandats zu differenzieren, vgl. GAILLARD, S. 781 ff.
zusätzlichen Kosten, somit wird es wohl an der Schadensvoraussetzung fehlen. Anders gestaltet sich der Fall, wenn der Schiedsrichter von seinem Mandat zurücktritt. Unter Berücksichtigung des oben Erläuterten ist es eher unwahrscheinlich, dass ein Haftungsanspruch gegen den störrischen Schiedsrichter ausschliesslich aufgrund eines rechtsverzögernden Verhaltens entsteht. Zu ähnlichen Ergebnissen wie das Bundesgericht im oben erwähnten Fall kommen auch verschiedene Regelwerke, nämlich dass beim unberechtigten Fernbleiben eines Schiedsrichters das Verfahren unter dessen Abwesenheit fortgeführt werden kann.


(ii) Fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

Der Schiedsspruch ist gem. IPRG und ZPO einem Entscheid eines staatlichen Zivilgerichts gleichgestellt. Aus diesem Grund müssen auch im Schiedsverfahren die Verfahrensgrundrechte gewährleistet sein. Dazu gehört auch, dass

---

288 Vgl. unten unter V 3.
289 Vgl. unten unter IV 2 b v.
290 Bspw. Art. 12.1 der LCIA Rules: „If any arbitrator on a three-member Arbitral Tribunal refuses or persistently fails to participate in its deliberations, the two other arbitrators shall have the power (...) to continue the arbitration (including the making of any decision, ruling or award), notwithstanding the absence of the third arbitrator.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin); vgl. auch Art. 35 lit. a der WIPO Rules.
291 POUDRET/BESSON, N 449, a.E.
292 Juliet v. X. et autres, 6. Dezember 2005 (1re Ch. civ.).
293 „Qu’en statuant ainsi, alors qu’en laissant expirer le délai d’arbitrage sans demander sa prorogation au juge d’appui, à défaut d’accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d’une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l’annulation de la sentence, et ont engagé leur responsabilité, la Cour d’appel a violé le texte susvisé.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin); allerdings stellt sich die Frage, ob diese Aufhebung des Entscheides im Interesse der Parteien ist, da sich diese offensichtlich eine zügige Erledigung des Verfahrens erhofften; vgl. JARONSSON, S. 137. Art. 30 Abs. 1 BV.
ein Schiedsrichter vor und während des ganzen Verfahrens unabhängig und unparteilich sein muss. 296


Eng verknüpft mit der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit des Schiedsrichters ist die Offenlegungspflicht. 303 Diese soll es den Parteien ermöglichen festzustellen, ob nach dem Ermessen der Parteien die Unabhängigkeit und

---

296 BERGER/KELLERHALS, Arbitration, S. 208.
297 KARL, S. 158.
298 KARL, S. 156 f.
299 BG 115 Ia 400, Erw. 3b.
300 BG 115 Ia 400, Erw. 3b; BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 741; KARL, S. 160.
301 KARL, S. 157; gleichzeitig aber auch eine Rechtsverzögerung.
302 BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 742.
303 Vgl. oben unter V 3 a i.
Unparteilichkeit des Schiedsrichters überhaupt gefährdet ist. Wenn diese eine vertragliche Beziehung oder einen Grund finden, der Zweifel an der Unparteilichkeit aufkommen lässt, so soll diese Partei beantragen, dass der Schiedsrichter in den Ausstand treten soll.

Um der fehlenden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters zu begegnen, ist die benachteiligte Partei grundsätzlich gehalten, ein Ablehnungsbegehren zu stellen. Wird dieses in der Folge abgelehnt, so richtet sich die Haftung wiederum nach den vertraglichen Grundsätzen und die Parteien können Schadensersatz verlangen. Haben die Parteien allerdings das Ablehnungsbegehren unterlassen und entsteht ihnen danach ein Schaden, so sind diese selbst verantwortlich für Schäden, die in einem späteren Verfahrensstadium entstanden sind.  

(iii) Verletzung der Vertraulichkeitspflicht

Es ist national wie international anerkannt, dass der Schiedsrichter das Verfahren, die Beratungen sowie das Urteil vertraulich zu behandeln hat, sofern sich diese aus der Schiedsabrede, den Regelwerken einer Institution oder aus Gewohnheitsrecht ergibt. Verletzt ein Schiedsrichter diese Pflicht, indem er während oder nach dem Verfahren relevante Tatsachen über diese Parteien Dritten zur Kenntnis bringt, so wird er aus diesem Verhalten schadenersatzpflichtig.

(iv) Sorgfaltspflichtverletzung

Im vorhergehenden Kapitel wurde bereits der Sorgfaltmassstab festgelegt. Es ist grundsätzlich unbestritten, dass ein Schiedsrichter durch Sorgfaltspflichtverletzungen schadenersatzpflichtig werden kann. Dies ergibt sich bereits aus Art. 398 OR. Hiernach hat der Schiedsrichter seinen Auftrag sorgfältig auszuführen, was bedeutet, dass die Art, der Umfang, die Zeitdauer sowie die Erfolgsaussichten des Auftrages analysiert werden und weitsichtig geplant wird. So kann auch ein Übernahmeverschulden verhindert werden. Der Schiedsrichter ist gehalten bei der Erledigung des Streites die Sorgfalt an den Tag zu legen,

304 Zum Ablehnungsverfahren vgl. KARL, S. 179 ff.
305 Vgl. die entsprechenden Ausführungen zum Selbstverschulden dieser Partei II 5 d.
306 Vgl. oben unter IV 2 c.
307 JOLLES/CANALS DE CEDIEL, S. 98; GAL, S. 334.
308 Vgl. oben unter IV 2 d.
309 RÜDE/HADENFELDT, S. 160.
310 Vgl. BSK-WEBER, Art. 398 OR, N 25.
die von ihm als unabhängigen streitentscheidenden Dritten nach den Umständen von Treu und Glauben im Allgemeinen und von den Streitparteien insb. erwartet werden darf.\textsuperscript{311} Unsorgfältig handelt ein Schiedsrichter ebenfalls, wenn dieser nicht nach der vereinbarten Rechts- bzw. Schiedsgerichtsordnung entscheidet. Damit ist nicht gemeint, dass es dem Schiedsrichter verwehrt sein soll seinen Ermessensspielraum auszuschöpfen. Seine Sorgfaltspflicht ist dann verletzt, wenn ein Schiedsrichter bspw. einen klaren Rechtsbegriff nicht oder nicht richtig anwendet oder wenn er sein Ermessen missbraucht.\textsuperscript{312} Allerdings kann man in diesem Zusammenhang und vor allem im Vergleich mit dem staatlichen Schiedsrichter nicht annehmen, dass besonders in Bezug auf die Spruchtätigkeit des Schiedsrichters die Haftung uneingeschränkt besteht.\textsuperscript{313} Wie die Beamten eines Gemeinwesens sollen auch die Schiedsrichter diesem Teilbereich der schiedsrichterlichen Tätigkeit nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zur Verantwortung gezogen werden.\textsuperscript{314} Hauptargument für diese Einschränkung ist, dass der Schiedsrichter, wie auch der Zivilrichter, durch die Angst vor einer allfälligen Haftbarkeit in seiner Entscheidfindung nicht eingeschränkt werden darf.\textsuperscript{315} Allerdings soll dies insb. für die Spruchtätigkeit des Schiedsrichters gelten und nicht für seine anderen Aufgaben im Verfahren.

In der Lehre wird angeführt, dass bei einem internationalen Sachverhalt und der entsprechenden Anwendbarkeit des IPRG ein Entscheid dann haltlos ist, wenn er gegen den schweizerischen ordre public verstösst\textsuperscript{316} und in der Folge aufgehoben wird.\textsuperscript{317}

\textsuperscript{311} \textsc{Inderkum}, S. 164.
\textsuperscript{312} \textsc{Inderkum}, S. 166 f.
\textsuperscript{313} \textsc{Ritz}, S. 188; diese Frage wurde bereits unter dem Begriff des Schiedsrichterprivilegs erläutert, vgl. oben unter V 2.
\textsuperscript{314} Vgl. oben unter I 1; Art. 7 VG.
\textsuperscript{315} \textsc{Ritz}, S. 187 f.; \textsc{Rüede/Hadenfeldt}, S. 161.
\textsuperscript{316} Zum Begriff des schweizerischen ordre publics vgl. BGE 132 III 389, Erw. 2.1 = Pra 96 (2007) Nr. 194 „Il doit désormais être clair (…), que ses chances de succès seront extrêmement minces le jour où il voudra attaquer une sentence arbitrale en invoquant le motif de recours prévu à l’art. 190 al. 2 let. e LDIP. “ (Hervorhebung durch die Verfasserin).
Beendigung des Vertrages


Illustrativ zur Frage der Kündigung des Schiedsrichtervertrages erscheint ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1991, der diese Frage ansatzweise

---

318 In Bezug auf den Mediator, vgl. GABRIEL, S. 206.
319 115 II 464, Erw. 2a; 109 II 462, Erw. 3e; 98 II 305, Erw. 2a.
320 BSK-WEBER, Art. 404 OR, N 9, m.w.H.; vgl. auch BUCHER, Rücktrittsrecht, S. 414, der ein Rücktrittsrecht ebenfalls ablehnt, allerdings mit der Begründung, dass die Rechtsbeziehung zwischen Schiedsrichter und Parteien gar nicht vertraglich sei, vgl. dazu die Diskussion oben unter III 3 a.
321 BGE 115 II 464; die damit einhergehende Rechtsunsicherheit scheint dem Bundesgericht unproblematisch; vgl. MONDINI/LIATOWITSCH, S. 295; BSK-WEBER, Art. 404 OR, N 9.
323 BERGER, Kündigungsrecht, S. 22 f.
324 BGE 117 la 166; vgl. BERGER, Kündigungsrecht, S. 5 ff.
beantwortet. Ein Schiedsrichter des bestellten Dreierschiedsgerichts trat im Lauf des Verfahrens zurück und blieb in der Folge allen Beratungen fern. Als Begründung gab er an, dass er mit einem Teilentscheid, der das Verfahren betrifft, nicht einverstanden sei. Das Schiedsgericht, welches von nun an nur noch mit zwei Schiedsrichtern besetzt war, verfasste in der Sache einen Zwischenentscheid und dieser wurde auch von der ICC genehmigt. Mit der Zulässigkeit dieses Vorgehens hatte sich sodann das Bundesgericht auseinandersetzen. Es erachtete es als unzulässig, denn die Wirkung der Mandatsniederlegung könne nie darin bestehen, dass das Schiedsverfahren einfach ohne Mitwirkung des Demissionars seinen Fortgang nehme.\footnote{BGE 117 Ia 166, Erw. 6c.} Die zweite streitige und im vorliegenden Kontext besonders interessante Frage war die Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf den Schiedsrichtervertrag. Das Bundesgericht hat diese Frage offen gelassen und stellte sogleich die Frage wer über das Ausschieden des Schiedsrichters zu entscheiden habe.\footnote{BGE 117 Ia 166, Erw. 6c; BERGER, Kündigungsrecht, S. 11, der dieses Vorgehen als „etwas verwirrend“ bezeichnet.} Das Bundesgericht fährt fort: „

_Die Wirkung der unbefugten Mandatsniederlegung erschöpft sich daher in der Möglichkeit einer Schadenersatzpflicht._“\footnote{BGE 117 Ia 166, Erw. 6c.} Mit diesem Passus schliesst sich das Bundesgericht wohl der Lehrmeinung an, dass das jederzeitige Kündigungsrecht nicht für den Schiedsrichtervertrag gelten kann,\footnote{BERGER, Kündigungsrecht, S. 11.} denn dies bedeutet wohl im Umkehrschluss, dass es auch eine befugte Mandatsniederlegung geben muss, und dass nicht jeder Schiedsrichter jederzeit sein Mandat niederlegen kann.\footnote{Hätte das Bundesgericht damit die Kündigung zur Unzeit gemeint, so hätte es wohl auch diesen terminus technicus verwendet.} Die befugte Mandatsniederlegung wird sodann gegeben sein, wenn der Schiedsrichter wichtige Gründe vorbringen kann.\footnote{Auch wenn diese zur Unzeit erfolgt, VOGT, S. 173.} An den „wichtigen Grund“ sind eher hohe Anforderungen zu stellen, dies wiederum zum Schutze der Parteien.\footnote{VOGT, S. 173.} Wichtige Gründe werden im Allgemeinen vorliegen, wenn die Fortführung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zu- mutbar ist. Beispielsweise wäre es denkbar, dass ein Schiedsrichter von seinem Mandat zurücktritt, weil der von ihm gefällte Entscheid angefochten wird, er unter einer schweren Krankheit leidet oder dass er ein Verbrechen während

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass die Niederlegung des Schiedsrichtermandats ohne Angabe eines wichtigen Grundes eine vertragliche Pflichtverletzung darstellt und zu einem Schadenersatzanspruch auf das negative Interesse führen kann, sofern die im Folgenden erläuterten weiteren Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind.

4. Eintritt des Schadens

Eine weitere Voraussetzung für den Haftungsanspruch ist, dass einer Partei aus dem Verhalten des Schiedsrichters ein Schaden erwachsen ist. „Der Schaden wird definiert in der unfreiwilligen Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, der Vermehrung von Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann.“

Nach der herrschenden Differenztheorie wird dabei der gegenwärtige Stand des Vermögens verglichen mit dem Stand des Vermögens ohne das schädigende Ereignis.

Erwächst einer Partei aus der Nicht- bzw. Schlechterfüllung eines Vertrages einen Schaden, so ist regelmäßig das positive Interesse geschuldet. Dies bedeutet, dass die geschädigt Partei so gestellt werden soll, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Das würde dann bedeuten, dass der Schiedsrichter die Verfahrenskosten und alle weiteren Aufwendungen übernimmt, die anfallen bis das Verfahren abgeschlossen ist. Darunter fallen insb. die Kosten für die Verfahrensschritte, die wiederholt werden müssen und somit nutzlos sind. Wird der Schiedsspruch aufgrund von Verfahrensfehlern, die dem Schiedsrichter angelastet werden können in einem Rechtmittelverfahren angefochten bzw. aufgehoben, so können auch diese zusätzlichen Verfahrenskosten.

--

332 BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 860 f.
333 BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 862.
335 SCHWENZER, OR AT, N 14.03.
336 SCHWENZER, OR AT, N 14.30.
337 Bspw. die Kosten der Benennung des Schiedsrichters, Kosten die anfallen aufgrund Einvernahmen oder Hearings, die wiederholt werden müssen sowie die Verfahrenskosten vor der Rechtmittelinstanz, soweit diese nicht von der Gegenpartei übernommen werden; vgl. INDERKUM, S.168.


338 Duval v. V., 12. Oktober 1995, Cour d’appel (1re Ch. civ.).
339 Vgl. zum Ganzen, BK-BREHM, Art. 41 OR, N 87; wobei diese Grundsätze ganz allgemein zu den Verfahrenskosten entwickelt wurden.
340 Vgl. CLAY, N 930.
342 Vgl. zur der Beendigung des Schiedsrichtervertrages ausführlich oben unter V 2 b iii.
343 VOGT, S. 173.
344 Vgl. oben unter II 5 a.
345 SCHWENZER, OR AT, N 14.03.
machen, dass auch eine entgangene Chance ersatzfähig sein könnte.\textsuperscript{346} Dies wird mit der Nähe zum „entgangenen Gewinn“ begründet.\textsuperscript{347} Die sog. \textit{Perte d’une chance} wurde anhand der Arzthaftung in Bezug auf den Verlust von Heilungschancen entwickelt.\textsuperscript{348} Weitere Fallgruppen in diesem Zusammenhang sind der Verlust einer Prozesschance\textsuperscript{349} oder auch der Verlust einer Einigungschance bei der Mediation\textsuperscript{350}. Verpasst bspw. ein Anwalt eine Frist und der Klient verliert daraufhin den Prozess, so könnte dieser von seinem Klient zur Verantwortung gezogen werden.\textsuperscript{351} Analog dieser Entwicklung kann dies auch auf den Schiedsrichter übertragen werden, falls der Anspruch einer Partei aufgrund einer schiedsrichterlichen Pflichtverletzung nicht mehr durchsetzbar wäre.\textsuperscript{352} Problem und gleichzeitig Gemeinsamkeit dieser Fallgruppen ist die bleibende Unsicherheit, nämlich ob die Patientin geheilt und der Prozess gewonnen worden wäre, wenn sich der Arzt bzw. Anwalt pflichtgemäß Verhalten hätte. Es wäre also möglich, dass das angestrebte Ziel (Heilung bzw. Prozessgewinn) auch bei rechtmässigem Alternativerhalten ausgelaufen wäre.\textsuperscript{353} Folgt man der Theorie der \textit{Perte d’une chance}, kann einer Partei Schadenersatz zugesprochen werden, obwohl die Schadenssumme nicht genau bezifferbar ist. Diese würde dann nach Massgabe der Wahrscheinlichkeit des Prozessgewinnes (bzw. Heilungschance) zugesprochen. Wäre diese Wahrscheinlichkeit bei 50\%, wäre somit auch die Hälfte des Schadenersatzes zu bezahlen. Allerdings wird diese Methode zur Schadensbemessung in der Schweiz nach überwiegenden Ansicht und in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgelehnt.\textsuperscript{354} Zu Recht, denn eine Wahrscheinlichkeit kann kaum eine durchsetzbare Forderung darstellen.\textsuperscript{355}

\textsuperscript{346} MÜLLER, Schadenersatz, S. 406; vgl. HAVE 2008, S. 55 ff., die gesamte Rubrik \textit{Forum wurde der Perte d’une chance} gewidmet, m.w.H.
\textsuperscript{347} BSK-WIEGAND, Art. 97 OR, N 38a.
\textsuperscript{348} Vgl. zuletzt BGE 133 III 462, in diesem Entscheid verwirft das Bundesgericht die Theorie der \textit{Perte d’une chance}; vgl. SCHWENZER, OR AT, N 14.12a.
\textsuperscript{349} BGE 87 II 364.
\textsuperscript{350} GABRIEL, S. 212.
\textsuperscript{351} ROBERTO, S. 188 f.
\textsuperscript{352} GABRIEL, S. 212.
\textsuperscript{353} Vgl. MÜLLER, Schadenersatz, S. 390; ROBERTO, S. 188.
\textsuperscript{354} GABRIEL, S. 212.
\textsuperscript{355} ROBERTO, S. 189; a.A. MÜLLER, Schadenersatz, S. 406.
5. Adäquater Kausalzusammenhang


Wird die Haftung des Schiedsrichters mit derjenigen des staatlichen Zivilrichters verglichen, wird in beiden Fällen die Kausalität geprüft. Bereits im Zusammenhang mit der Haftung des Zivilrichters wurde festgestellt, dass der Kausalzusammenhang unterbrochen werden kann. Dies ist insbesondere durch Selbstverschulden der Parteien denkbar.\(^{357}\) Gleiches muss auch auf den Schiedsrichter übertragen werden können. So muss dieser sobald er Zweifel an der Unabhängigkeit des Schiedsrichters hat, sofort ein Ablehnungsgesuch stellen. Unterlässt er dies, kann sich diese Partei nicht in einem späteren Zeitpunkt wegen der fehlenden Unabhängigkeit des Schiedsrichters Schadenersatz fordern. Es ist folglich festzustellen, dass wie beim staatliche Richter der Kausalverlauf ebenfalls durch Selbstverschulden unterbrochen werden kann.\(^{358}\)

6. Verschulden

Gemäß den allgemeinen vertraglichen Grundsätzen muss den Schiedsrichter bei einer positiven Vertragsverletzung auch ein Verschulden treffen.\(^{359}\) Dieses wird grundsätzlich vermutet, wobei diese Vermutung durch eine Exkulpation des potentiell Schadenersatzpflichtigen widerlegt werden kann, sofern dieser beweisen kann, dass ihn am Eintritt des Schadens keine Schuld trifft.\(^{360}\) Hingegen ist die Haftung des staatlichen Richters bzw. des Gemeinwesens als Kau-

\(^{356}\) BSK-WIEGAND, Art. 97 OR, N 41.
\(^{357}\) Vgl. GAL, S. 346.
\(^{358}\) Vgl. GAL, S. 346 ff, der das Selbstverschulden der geschädigten Partei unter dem Verschulden des Schiedsrichters behandelt.
\(^{359}\) Ganz allgemein: SCHWENZER, OR AT, N 22.11 ff.; für die Schiedsgerichtsbarkeit: INDERKUM, S. 169.
\(^{360}\) BSK-WIEGAND, Art. 97 OR, N 42.
salhaftung ausgestaltet, dort kommt es nicht auf das Verschulden an.\textsuperscript{361} Das Verschulden wird anhand eines individuellen Massstabs gemessen. Aufgrund dieser Objektivierung, ist es bei Dienstleistungsverhältnissen der Fall, dass eine Pflichtverletzung gegen die vertraglich geschuldete Sorgfalt praktisch keinen Raum für eine Exkulpation lässt.\textsuperscript{362} Die Ausnahme vom Prinzip des Verschuldens bildet der Schadenersatzanspruch bei der Kündigung des Schiedsrichtervertrages. Dort ist einzig entscheidend, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der dadazu berechtigt, das Mandat zu beenden.\textsuperscript{363}

Dem Schiedsrichter wird der entstandene Schaden dann zugerechnet, wenn dieser die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet hat. Dazu muss dem Schiedsrichter seine Pflicht erkennbar und somit auch vermeidbar gewesen sein.\textsuperscript{364} Schiedsverfahren werden regelmäßig von Dreierschiedsgerichten verfasst. Es könnte sich nun die Frage nach der solidarischen Haftung des gesamten Gremiums stellen.\textsuperscript{365} Allerdings nur, falls angenommen wird, dass mit allen Schiedsrichtern ein Schiedsrichtervertrag geschlossen wird, der alle Schiedsrichter gemeinsam bindet und verpflichtet.\textsuperscript{366} In der vorliegenden Arbeit wurde bereits geklärt, dass die Parteien mit den jeweiligen Schiedsrichtern jeweils verschiedene Verträge abschließen.\textsuperscript{367}

7. Haftungsbeschränkung

a. Allgemeines

Im vorhergehenden Kapitel wurde festgestellt, dass der Schiedsrichter eine verantwortungsvolle Tätigkeit wahrnimmt und dass die Verletzung einer ihm obliegenden Pflicht unter Berücksichtigung der weiteren Voraussetzungen zu einem Schadenersatzanspruch führen kann. In diesem Kapitel wird versucht die Frage zu beantworten, ob und wie sich der vorsichtige und aufmerksame Schiedsrichter gegen Haftungsansprüche von Parteien schützen kann und wie

\textsuperscript{361} Das Verschulden spielt allerdings eine Rolle, wenn es um die Regressforderung des Staates gegenüber dem Beamten geht, J. GROSS, Staathaftung S. 256; für den Kanton Basel-Stadt vgl. MEYER, S. 718.
\textsuperscript{362} BSK-WIEGAND, Art. 97 OR, N 43.
\textsuperscript{363} Vgl. zur Beendigung des Schiedsrichtervertrages oben unter V 2 b iii; GAL, S. 341.
\textsuperscript{364} GAL, S. 342.
\textsuperscript{365} GAL, S. 343 f.
\textsuperscript{366} Dies wird in der Literatur nur vereinzelt vertreten; vgl. bspw. HABScheid, N 864 und die Nachweise bei GAL, S. 343.
\textsuperscript{367} vgl. oben unter III 3 b.

b. Beschränkungen durch den Schiedsrichtervertrag

Der Schiedsrichtervertrag wird von den Parteien mit dem Schiedsrichter abgeschlossen. Wird das Schiedsverfahren ad hoc durchgeführt, so sind grundsätzlich keine institutionellen Regelwerke anwendbar und so können die Parteien den gesamten Verfahrensablauf individuell vereinbaren.\footnote{Weiterführende Hinweise zu ad hoc Schiedsverfahren vgl. BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 13 ff.; es gibt auch institutionelle Regelwerke, die für die ad hoc durchgeführte Schiedsgerichtsbarkeit vorgesehen sind. Dort wird das Verfahren nicht von einer Institution administriert und überwacht, vgl. bspw. die UNCITRAL Arbitration Rules.} Es steht also den Parteien des Schiedsrichtervertrags frei eine Haftungsbeschränkung zu vereinbaren. Allerdings müssen sich die Parteien in diesem frühen Stadium des Verfahrens ohnehin in Bezug auf diverse Punkte\footnote{Vgl. oben unter III 3 b.} einigen. Es könnte daher für den Schiedsrichter schwierig sein, sich in Bezug auf die Haftungsreduktion durchzusetzen und in der Folge gleichwohl von den Parteien ernannt zu werden. Mit diesem Verhalten wird dieser Schiedsrichter nämlich eher das Misstrauen der Parteien wecken.\footnote{WAGNER (S. 730) äussert sich wohl auch aus diesem Grund ablehnend zu dieser Möglichkeit: „(...) contractual reductions and exclusions of arbitrator’s liability are unnecessary and thus highly unusual“.} Hinzukommt, dass der Schiedsrichtervertrag oft aus dem konkludenten Verhalten der Parteien ergibt und gar nicht ausdrücklich geschlossen wird.\footnote{Vgl. oben unter III 3 b.} Trotzdem ist eine Haftungsbeschränkung, sofern sie nicht gegen zwingende Normen des anwendbaren Rechts verstößt\footnote{Dazu sogleich unten unter VII 2 c.} zumindest denkbar.

c. Beschränkungen durch institutionelle Regelwerke

Wird das Schiedsverfahren durch eine Schiedsgerichtsinstitution durchgeführt, so kommen die Regelwerke der betreffenden Institutionen zur Anwendung. Vie-
le dieser Regelwerke sehen eine Bestimmung vor, welche sich mit der Haftung des Schiedsrichters auseinandersetzt und diese in der Folge beschränkt. Wird diese einzelnen Bestimmungen isoliert betrachtet, so fällt auf, dass man grob in zwei Arten von Haftungsbestimmungen unterteilen kann. Die erste Gruppe nimmt einen „unqualifizierten Haftungsausschluss“ vor, was bedeutet dass sich die Bestimmung nicht zum Grad des Verschuldens äussert.\footnote{BINDER, S. 523.}

- **Art. 40 der ICC Rules 2012** sieht vor, dass niemand, sprich weder die Schiedsrichter noch die Institution inklusive Mitglieder für Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren haftet.\footnote{Vgl. Art. 40 der ICC Rules: „The arbitrators, any person appointed by the arbitral tribunal, the emergency arbitrator, the Court and its members, the ICC and its employees, and the ICC National Committees and Groups and their employees and representatives shall not be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration, except to the extent such limitation of liability is prohibited by applicable law.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).} Dies mit der einzigen Einschränkung, dass eine derartige Haftungsbeschränkung nach dem anwendbaren Recht nicht unzulässig sein darf.\footnote{So der Wortlaut der deutschen Übersetzung von Art. 40 ICC Rules; siehe zur Gültigkeit der Haftungsbeschränkung sogleich unten V 7 d.} Diese Einschränkung wurde erst mit der Revision der Rules\footnote{Inkrafttreten 1. Januar 2012.} eingefügt. Bei der Betrachtung dieser Norm fällt zudem auf, dass keinerlei Aussage in Bezug auf die Art des Verschuldens gemacht wird. Hier wird also dem Konzept des „unqualifizierten Haftungsausschlusses“ gefolgt. Dadurch wird die Haftung weitgehend beschränkt, eine Ausnahme von der Freizeichnung wie bspw. die verwendete Wendung „wilful misconduct or gross negligence“\footnote{Art. 48 der SCC Rules.} ist hier nicht vorgesehen. Derartig unlimitierte Haftungsbeschränkungen werden kaum je als gültig betrachtet, denn diese dürfen dem anwendbaren Recht nicht widersprechen.\footnote{P. LALIVE, Irresponsabilité arbitrale, S. 421.} Dieser Umstand wird nun auch seit der Revision mit Art. 40 Satz 2 zum Ausdruck gebracht. In der Schweiz muss eine derartige Freizeichnung Art. 100 OR genügen. Ein Nachteil eines absoluten Haftungsausschlusses, wie er sich in den ICC Rules findet, wird von LALIVE aufgezeigt: „La disposition qui proclame une immunité totale peut se révéler contre-productive (...) en donnant à
l’arbitre médiocre, impulsif ou léger, un dangereux sentiment d’impunité." 380

Die zweite und häufiger verwendete Art von Haftungsausschluss ist eine „Ausnahmeregelung“. 381 Dabei wird akzentuiert, dass Schiedsrichter grundsätzlich immun bzw. haftungsbeschränkt handeln sollen, dies allerdings nur bis zu einem gewissen Grad.

• Beispielsweise sieht Art. 45 Ziff. 1 der Swiss Rules vor, dass eine weitgehende Haftungsbeschränkung gelten soll; allerdings mit der Ausnahme, dass ein Schadenersatzanspruch aktuell wird, wenn dem Schiedsrichter eine im höchsten Masse schwerwiegende Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. 382 Diese Formulierung wurde bewusst so gewählt und soll zeigen, dass eine Haftungsbeschränkung im Bereich der größten Fahrlässigkeit nicht mehr annehmbar wäre. Zudem soll sichergestellt werden, dass der Schiedsrichter, trotz der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Auftragsrechts, aufgrund seiner speziellen richterlichen Tätigkeit nicht gleich behandelt werden kann und soll wie ein „gewöhnlicher“ Beauftragter. 383 Der Wortlaut dieses Artikels war beim Entwurf der Swiss Rules auch aus diesen Gründen umstritten und die Formulierung führte zu heftigen Diskussionen. 384 Mit der weitgehenden Haftungsbeschränkung sollte vermieden werden, dass eine mit dem Schiedsspruch unzufriedene Partei auf dem Weg des Haftungsprozesses doch noch versucht, Recht zu bekommen. 385 Normalerweise würde die Partei ein Rechtsmittel ergreifen, was in der Schweiz mit der Beschwerde ans Bundesgericht 386 möglich ist. Das Bundesgericht urteilt allerdings mit einer sehr engen Kognition und neigt zudem statistisch gesehen nicht gerade dazu besonders viele Schiedssprüche aufzuheben. 387

• Art. 31 der LCIA Rules schliesst die Haftung für alle Schiedsrichter sowie Angestellte komplett aus, ausser es handle sich um „conscious and de-

---

380 P. LALIVE, Irresponsabilité arbitrale, S. 425.
381 PAULSSON/PETROCHILOS, N 93.
382 Art. 45 Ziff. 1 der Swiss Rules.
383 PETER, S. 63.
384 LA SPADA, Swiss Rules Commentary Art. 44 N 11.
385 PETER, S. 63; LA SPADA, Swiss Rules Commentary Art. 44 N 11.
386 Vgl. die Anfechtungsgründe in Art. 192 IPRG; BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 1542 ff.
387 Vgl. DASSER, S. 99, der in seiner Schiedsgerichtstatistik feststellt, dass nur 6,5% aller Schiedssprüche vom Bundesgericht aufgehoben wurden, vgl. aber Fn 317.
"liberate wrongdoing". Die LCIA Rules sprechen also von einem bewussten und absichtlichen Fehlverhalten.


- Art. 8 der Vienna Rules schliesst ebenfalls eine Haftung der Schiedsrichter aus, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Dies ist erwähnenswert, weil die Österreichische Zivilprozessordnung in Art. 594 Abs. 4 eine Haftungsgrundlage für den Schiedsrichter kennt. Danach haftet ein Schiedsrichter für die nicht oder nicht rechtzeitige Erfüllung des angenommenen Schiedsrichtermandats den Parteien für den verursachten Schaden.

Abschliessend kann also festgestellt werden, dass Haftungsbeschränkungen in institutionellen Regelwerken üblich sind. Erkennbar ist, dass es grundsätzlich zwei Arten gibt. Gemeinsam ist beiden Herangehensweisen, dass sie unter dem jeweils anwendbaren Recht zulässig sein müssen.

d. Gültigkeit der Haftungsbeschränkung

Die Gültigkeit der Wegbedingung hängt vom anwendbaren Recht ab. Wird von der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ausgegangen, so muss das zwingende Recht des schweizerischen Obligationenrechts eingehalten werden. Die Gültigkeit einer vertraglichen oder durch Schiedsregeln vereinbarten Haftungsbeschränkung hängt gem. Art. 100 OR vom Grad des Verschul-

---

388 LEW/MISTELIS/DAVIES, N 18.352.
391 PAULSSON/PETROCHILOS, N 92; vgl. auch BINDER, S. 522 ff.
392 PAULSSON/PETROCHILOS, N 91; Art. 16 UNCITRAL Arbitration Rules: „Save for intentional wrongdoing, the parties waive, to the fullest extent permitted under the applicable law, any claim against the arbitrators, the appointing authority and any person appointed by the arbitral tribunal based on any act or omission in connection with the arbitration."
393 SCHWARZ/KONRAD, S. 619.
394 Zur Frage welches Recht auf den Schiedsrichtervertrag anwendbar ist, vgl. oben unter III 3 d.
Die Wegbedingung der Haftung ist für grobe Fahrlässigkeit und rechtswidrige Absicht ausgeschlossen. Gültig freizeichnen kann sich der Schiedsrichter nur für leichtes Verschulden.


Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich im Zusammenhang mit dem Schiedsrichtertrag noch nicht mit der Haftungsfreizeichnung auseinandergesetzt. Es wird sich erst zeigen, inwiefern eine Haftungsbeschränkungsklausel nach dem oben Gesagten Bestand hat.

8. Ergebnis

Im vorangehenden Kapitel wurde versucht eine Haftungssystematik zu entwerfen und dabei auf mögliche Probleme in Bezug auf das Schiedsverfahren hinzuzuweisen. Diese Erkenntnisse sollen hier kurz zusammengefasst werden.

---

395 SCHWENZER, Haftungsbeschränkung, S. 113.
396 Vgl. Art. 100 OR; GIRSBERGER/ VOSER, N 618; BSK-WEBER, Art. 398 OR, N 35.
397 Vgl. MÜLLER-CHEN, S. 516; SCHWENZER, Haftungsbeschränkung, S. 114.
398 BK-FELLMANN, Art. 398 OR, N 514 ff., m.w.H.
399 Vgl. GABRIEL, S. 215 in Bezug auf den Mediator.
400 BSK-WIEGAND, Art. 100 OR, N 4 ff.
401 SCHWENZER Haftungsbeschränkung, S. 121.

Die Möglichkeit nach einem schiedsrichterlichen Verfahren den Richter haftbar zu machen, sollte jedenfalls nicht dazu führen, dass auf diesem Umweg eine Instanz eingeführt wird, die die Rechtmässigkeit des Entscheides überprüft.402

VI. Die Haftung des Schieds- und Zivilrichters im Vergleich

Hätten die Parteien nicht zu einem früheren Zeitpunkt eine Schiedsvereinbarung getroffen, so hätte im Falle einer Unstimmigkeit zwischen den Parteien der zivile Prozessweg beschritten werden müssen. In diesem Kapitel sollen exemplarisch die Ergebnisse, Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen dem Schiedsrichter und dem staatlichen Richter zusammengefasst werden.

1. Rechtsbeziehung zwischen Partei und Richter

Der Zivilrichter übt seine richterliche Funktion in amtlicher Tätigkeit aus.403 Deshalb richtet sich die Haftung für allfällige Pflichtverletzungen nach dem öffentlichen Recht, auf Bundesebene ist das Verantwortlichkeitsgesetz anwendbar. Es wird zwar in der Lehre statuiert, dass der Schiedsrichter analog zum Zivilrichter ebenfalls ein Amt ausübe, dieser Auffassung kann allerdings in Übereinstimmung

402 INDERKUM, S. 170.
403 Vgl. ausführlicher oben unter II zur Haftung des staatlichen Richters.
mung mit der überwiegenden Lehre nicht gefolgt werden.  

404 Hiernach ist der Schiedsrichter ein Beauftragter im Sinne von OR 394 ff. Schiedsrichter und Zivilrichter unterscheiden sich also schon in Bezug auf die Rechtsbeziehung zu den Parteien.  

405 Betrachtet man die Rechtsgrundlagen für die Haftung, findet sich für den Zivilrichter das Verantwortlichkeitsgesetz.  


2. Privileg  

Trotz seiner persönlichen Haftung gibt es für den Schiedsrichter immerhin das Schiedsrichterprivileg.  


408 Es muss sich dabei um eine unentschuldbare Fehlleistung handeln, die einem pflichtbewussten Richter oder nicht unterlaufen wäre. Insofern ähneln sich die Haftungsmassstäbe der  

\[404 \text{Vgl. oben unter III 3 a.} \]
\[405 \text{Vgl. oben unter III 3 c.} \]
\[406 \text{Vgl. oben unter II 3.} \]
\[407 \text{Vgl. oben unter V 2.} \]
\[408 \text{Vgl. oben unter II.} \]
beiden Richter im Ergebnis sehr, sind allerdings in Bezug auf die rechtliche Begründung doch eher verschieden.


3. Kausalhaftung versus Verschuldenshaftung


Somit kann festgestellt werden, dass in Bezug auf die konzeptionelle Ausgestaltung sowie die rechtliche Begründung teilweise erhebliche Unterschiede bestehen, die sich allerdings in der Realität nicht besonders divergierend auswirken.

409 Vgl. oben unter II 2.
410 Vgl. BSK-WIEGAND, Art. 97 OR, N 42.
VII. Schlusswort


In den letzten Jahren wurde das Schiedswesen kompetitiver. Insbesondere bietet der Schiedsort Schweiz mit einer Rechtsmittelinstanz nur eine Gelegenheit, dass sich eine Partei gegen einen Schiedsspruch wehren kann. Aus dieser Überlegung ist es geradezu erstaunlich, dass das Bundesgericht bisher nur in einem Fall die Gelegenheit hatte, die Frage der Haftung des Schiedsrichters zu beantworten.412 Es hat sie allerdings offen gelassen. Somit ist es m. E. nur noch eine Frage der Zeit bis sich eine unzufriedene Partei gegen einen nachlässigen Schiedsrichter vor Bundesgericht wehrt.

Zusammenfassend kann die Aussage getroffen werden, dass die Haftung des Schiedsrichters nicht nur eine potentielle und theoretische Möglichkeit darstellt, sondern durchaus real werden kann. Der Schiedsrichter ist in der heutigen Zeit genauso ein Dienstleister wie ein Arzt oder ein Anwalt, wenn auch unter etwas modifizierten Umständen.413 Es wurde festgestellt, dass der Schiedsrichter ebenso dem Auftragsrecht unterliegt und die diesem Rechtsverhältnis inhärenten Sorgfaltspflichten trägt. In der vorliegenden Arbeit wurde zunächst die Haftung des staatlichen Richters dargestellt, andererseits als Einleitung und andererseits auch als Vergleichsmöglichkeit. So müssen auch die gleichen Maßstäbe in Bezug auf die verfahrensrechtliche Minimalvoraussetzungen gelegt werden. Staatliche Zivilrichter und Schiedsrichter werden also mit gleichen Ellen gemessen. Allerdings ergeben sich Einschränkungen zugunsten des Zivilrichters, denn dieser ist wie oben festgestellt grundsätzlich für grobe Fahrlässigkeit und Absicht haftbar, das Haftungssubjekt ist jedoch regelmässig das

411 KARRER, S. 607.
412 BGE 117 Ia 166, vgl. oben unter V 3 b v.
413 Bspw. in Bezug auf die Beendigung des Auftragsverhältnisses.
jeweils zuständige Gemeinwesen. Der staatliche Richter muss sich allenfalls einem Regressanspruch des Bundes bzw. des Kantons aussetzen.

In einem zweiten Schritt wurde das Augenmerk auf die Pflichten des Schiedsrichters gelegt. Der Hauptteil dieser Arbeit umfasst ein mögliches Haftungskonzept, es wurde versucht Fallgruppen zu bilden, in Bezug auf die zuvor dargestellten Pflichten, zudem die allgemeinen Voraussetzungen zu analysieren und die Besonderheiten für die Schiedsrichterhaftung herauszuschälen.

Die Möglichkeit die schiedsrichterliche Haftung wegzubedingen wird ebenfalls erläutert. So kann einerseits im Vertrag selbst die Haftung beschränkt werden, durch eine explizite Parteiabrede oder durch nationale oder internationale Regelwerke. Diese werden für die Parteien in der Regel relevant, wenn sie sich an eine Institution gewandt haben, die das Verfahren administriert. Es wurden die beiden üblichen Systeme der Haftungsbeschränkungen in den Regelwerken dargestellt und analysiert unter welchen Umständen diese dem anwendbaren nationalen Recht genügen.

Bis sich das Bundesgericht mit der Frage der Haftung beschäftigen wird, bleibt noch einiges ungeklärt. Bis dahin bleibt abzuwarten wie sich der Schiedsort Schweiz weiterentwickelt und vorläufig darauf zu vertrauen, dass die Schiedsrichter ihren Job nach bestem Wissen und Gewissen ausführen.

Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass meine Angaben über die bei der Abfassung meiner Arbeit benützten Hilfsmittel sowie die mir zuteil gewordene Hilfe in jeder Hinsicht der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Ich habe § 27 der MLawO gelesen und bin mir der Konsequenzen eines solchen Handelns bewusst.

Angela Obrist, Basel, 26. Juli 2012