

Schiedsverfahren mit unkooperativen Beklagten – ein Bericht aus der Praxis

IRENE WELSER

Schiedsverfahren leben von Schnelligkeit und Kooperation der Streitparteien. Dem Wunsch nach rascher und effizienter Streitbeilegung folgend sollte man meinen, dass es im Interesse beider Parteien liegt, dem Schiedsgericht alle nötigen Entscheidungsgrundlagen an die Hand zu geben. Im Gegensatz dazu trifft man in der Praxis gerade jüngst immer mehr auf das Problem von vollkommen unkooperativen Schiedsbeklagten. Entgegen dem ersten Anschein haben dadurch aber weder der Schiedskläger noch das Schiedsgericht „leichtes Spiel“. Vielmehr gilt es, besonderes Augenmerk darauf zu lenken, in solchen Situationen keine Formalfehler zu machen und dadurch womöglich einen anfechtbaren Schiedsspruch zu produzieren.

I. Ausgangssituation

Der Jubilar *Karl Hempel* kann mit Recht als einer der wahren „Grandseigneurs“ der österreichischen Schiedsszene bezeichnet werden. Ich bin ihm auch persönlich sehr zu Dank verpflichtet, da er – vor mittlerweile nahezu 20 Jahren – mein Interesse an der Schiedsgerichtsbarkeit geweckt hat und mich, 1992 frisch als Anwalt eingetragen, schon damals an bedeutenden Schiedsfällen mit Auslandsbezug mitarbeiten ließ. Es war dies eine Zeit, zu der Wien als Platz großer internationaler Schiedsfälle zwar schon längst etabliert war, doch fehlte noch die angloamerikanische (auf Neudeutsch gerne auch als „global“ bezeichnete) Komponente mit ihren *requests for discovery or document production, written witness statements* und ihrem mittlerweile international anerkannten, nahezu „standardisierten“ Ablauf.¹ Schiedsverfahren waren damals – dem Einfluss *Faschings*² folgend – noch eher einem Zivilprozess nachgebildete „Privatverfahren“. Schon damals gab es aber den Trend auf Beklagtenseite, den aus Anlass der Verfahrenseinleitung zu erlegenden halben Kostenvorschuss für die Deckung der Kosten des Schiedsverfahrens einfach nicht zu bezahlen, sodass der Schiedskläger gezwungen war, auch die auf den Beklagten entfallende Hälfte selbst zu erlegen, wollte er nicht riskieren, dass das Verfahren gar nicht erst begonnen wird.³ Von Seiten der Schiedsgerichte wurde dies vielfach – nicht überraschend – sehr negativ aufgenommen.

20 Jahre später hat die Praxis nach wie vor mit solchen Problemen zu kämpfen.⁴ Das Stichwort, unter dem auch die mangelnde Kooperation, ja vielfach ein völliges Untätigbleiben der Schiedsbeklagten heute abgehandelt wird, ist als

„*guerrilla tactics*“ gerade jüngst immer wieder Gegenstand internationaler Symposien und Konferenzen gewesen.⁵ Hier interessiert vor allem die schlichte Weigerung einer Partei – wohl meist der Beklagten –, entgegen ihrer schiedsvertraglichen Verpflichtung überhaupt im Verfahren mitzuwirken. Gerade in letzter Zeit gibt es immer wieder Fälle, in denen Beklagte versuchen, ein gegen sie eingeleitetes Schiedsverfahren schlichtweg zu boykottieren. Entgegen dem ersten Anschein bedeutet dies aber nicht automatisch einen Vorteil für den Schiedskläger, sondern bringt für ihn die Gefahr, dass der Schiedsbeklagte am Ende „den Spieß umdreht“ und behauptet, er sei nicht ordnungsgemäß gehört worden oder es liege ein sonstiger gravierender Verfahrensverstoß vor. Wenn dies zutrifft, wäre der Schiedsspruch gem § 611 Abs 2 Z 2 bzw Z 5 ZPO anfechtbar und überdies – nach den Regeln der hierfür maßgeblichen multilateralen Abkommen, der New Yorker Konvention und des Europäischen Übereinkommens – auch nicht vollstreckbar. Dabei sind mehrere Verfahrensabschnitte zu unterscheiden, in denen verschiedene Risiken bestehen.

II. Untätigkeit im Stadium der Verfahrenseinleitung

1. Nichterlag des Kostenvorschusses

Wird eine Klage beim ordentlichen Gericht eingebracht und reagiert der Beklagte hierauf binnen der ihm gesetzten Frist nicht, so „ist das Vorbringen des Klägers für wahr zu halten“ und vom Gericht – je nach Streitwert – entweder ein vollstreckbarer Zahlungsbefehl oder ein Versäumungsurteil zu erlassen. Der Kläger hat dann für seine Forderung einen Titel und kann bei Nichtzahlung ohne Weiteres Exekution führen. Grundsätzlich anders ist die Situation bei Schiedsgerichten: Hier sollen die Parteien kooperieren, indem jede Seite einen Schiedsrichter bestellt und die Kosten des Schiedsverfahrens

Hon.-Prof. Dr. Irene Welsler ist Rechtsanwältin, Managing Partner und Head of Department Contentious Business einer Wirtschaftskanzlei in Wien mit Spezialisierung in den Bereichen Wirtschaftsprozess-, Bau- und Schadenersatzrecht sowie Schiedsgerichtsbarkeit.

¹ Zu einigen etablierten Standardregeln für Verfahren vgl. I. Welsler/De Berti, Best Practices in Arbitration: A Selection of Established and Possible Future Practices, in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2010, 79; vgl. auch I. Welsler/Wurzer, Formality in International Commercial Arbitration – For Better or for Worse? in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Arbitration Yearbook 2008, 221.

² Vgl. etwa *Fasching*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht (1973) 1.

³ Vgl. dazu auch *Rohner/Lazopoulos*, Respondent's Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs, ASA-Bulletin 2011, 549 (551 ff.).

⁴ *Donahy*, Defending the Arbitration Against Sabotage, J Int Arb 1996, 93 (95 ff.).

⁵ So waren bspw. „Guerrilla Tactics in Arbitration“ ein Schwerpunkt der Vienna Arbitration Days 2011. Siehe weiters auch *Horvath*, Guerrilla Tactics in Arbitration, an Ethical Battle, in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, 297; *Khvalei*, Guerrilla Tactic in International Arbitration, Russian View, in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, 335; *Wilske*, Arbitration Guerrillas at the Gate: Preserving the Civility of Arbitral Proceedings when the Going Gets (Extremely) Tough, in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, 315.

zur Hälfte vorstreckt.⁶ Daher kann schon dadurch Sand ins Getriebe kommen, dass der Beklagte seinen Teil des Kostenvorschusses nicht bezahlt. Die meisten Schiedsverfahrensordnungen und Schiedsrichterverträge sehen für einen solchen Fall vor, dass der Schiedskläger dann auch die zweite Hälfte selbst erlegen muss, widrigenfalls das Verfahren eingestellt wird oder die Klage als zurückgezogen gilt. Das Recht des Schiedsrichters, jede schiedsrichterliche Tätigkeit bis zum Einlangen des Vorschusses zu verweigern, ist somit die praktisch wichtigste Sanktion bei Nichterlag von Kostenvorschüssen.⁷

So ist gem Art 34 Abs 4 der Wiener Regeln der Schiedskläger verpflichtet, auch den auf den Beklagten entfallenden Teil des Kostenvorschusses binnen 30 Tagen zu bezahlen, widrigenfalls die Klage nicht weiter zu behandeln ist und die Parteien davon zu verständigen sind. Dasselbe gilt, wenn im Laufe des Verfahrens eine Erhöhung des Kostenvorschusses erforderlich wird. Ebenso ist nach Art 36 Abs 2 der Schiedsgerichtsordnung der ICC⁸ der vom Gerichtshof festgesetzte Kostenvorschuss zu gleichen Teilen vom Kläger und vom Beklagten zu bezahlen. Bei Nichtzahlung kann der Generalsekretär das Schiedsgericht, nach Rücksprache mit diesem, anweisen, seine Arbeit auszusetzen und eine Frist von wenigstens 15 Tagen setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf die betroffenen Ansprüche als zurückgenommen gelten. Um dies zu verhindern, kann die jeweils andere Partei den vollen Anteil am Kostenvorschuss bezahlen, wobei hier gem Anhang III, Art 1 Abs 7 die Erleichterung besteht, dass der von der säumigen Partei geschuldete ausstehende Betrag von der anderen Partei durch Stellung einer Bankgarantie geleistet werden kann. Diese Erleichterung ist jedoch nur eine vorläufige, weil die Bankgarantie früher oder später durch den ICC-Gerichtshof abgerufen werden wird, um die Verwaltungskosten, Schiedsrichterhonorare und Barauslagen zu decken. Letztlich hat also auch hier der Schiedskläger den gesamten Kostenvorschuss vorzufinanzieren, um den Fortgang des Verfahrens zu gewährleisten.⁹

Ganz ähnlich sehen auch *Ad-hoc*-Schiedsgerichte idR die Pflicht zum Erlag eines Kostenvorschusses auf ein Anderkonto vor, widrigenfalls sie von der Fortführung des Verfahrens absehen. § 608 Abs 2 Z 1 ZPO bestimmt idS, dass das Schiedsgericht das Schiedsverfahren zu beenden hat, wenn ihm die Fortsetzung des Verfahrens unmöglich geworden ist, insb weil die „bisher im Verfahren tätigen Parteien“ – idR also jedenfalls der Schiedskläger – trotz schriftlicher Aufforderung des Schiedsgerichts, mit welcher dieses auf die Möglichkeit einer Beendigung des Schiedsverfahrens hinweist, das Schiedsverfahren nicht weiter betreiben. Dazu gehört wohl auch der Nichterlag eines vom Schiedsgericht angeforderten Kostenvorschusses.¹⁰ IdZ ist auf die – durchaus umstrittene – Frage hinzuweisen, ob die vorauszahlende Partei schon vor

der endgültigen Kostenentscheidung einen Ersatzanspruch gegen die säumige Partei hat, der mit Teilschiedsspruch zuerkannt werden kann.¹¹ Art 37 Abs 3 der ICC-Schiedsordnung hält dazu jedenfalls nunmehr fest, dass das Schiedsgericht „in jedem Stadium des Schiedsverfahrens“ Entscheidungen über Kosten treffen und Zahlung anordnen kann.

Bei *Ad-hoc*-Verfahren besteht zwar zusätzlich das – gleich unten abzuhandelnde – Problem, dass mit einem Beklagten, der sich am Verfahren gar nicht beteiligt, auch kein Schiedsrichtervertrag geschlossen werden kann. Nach den rudimentären gesetzlichen Bestimmungen, die hier herangezogen werden können, insb jenen zum Auftrags- und Werkvertragsrecht,¹² gebührt das Entgelt erst nach Vollendung der Tätigkeit und Vorschüsse müssten „an sich“ vereinbart werden. Praktisch bleibt es aber doch dabei, dass zumindest der Kläger, dem ein Schiedsrichtervertrag vorgeschlagen wird, diesen in den seltensten Fällen ablehnen kann, ohne das Schiedsgericht zu verärgern oder zu riskieren, dass es – auch idS § 608 Abs 2 Z 1 ZPO – ein weiteres Tätigwerden überhaupt ablehnt. In solchen Schiedsrichterverträgen finden sich aber regelmäßig nicht nur die Grundsätze der Honorierung des Schiedsgerichts und eine Haftungsbeschränkung, sondern eben auch die Pflicht zum Erlag eines Kostenvorschusses. Daher wird der Schiedskläger, sobald er den Schiedsrichtervertrag akzeptiert hat, idR auch den auf den Beklagten entfallenden Teil des Kostenvorschusses zu überweisen haben.

Aus persönlicher Sicht sei angemerkt, dass das *odium* des Nichterlags des Kostenvorschusses heutzutage wegen der gebotenen Unparteilichkeit des Schiedsgerichts nur noch sehr, sehr selten „atmosphärisch“ zulasten des Beklagten ausstrahlt. Vielmehr nehmen es professionell agierende Schiedsgerichte als das, was es ist: ein taktischer Schachzug. Daher bedeutet der Nichterlag seines Kostenvorschusses für den Beklagten auch keineswegs, dass er deshalb nun das Verfahren verlieren würde, wie man früher manchmal das Gefühl hatte.

2. Verzug bei der Schiedsrichterbestellung

Benennt der Beklagte keinen eigenen Schiedsrichter, kommt es zu einer Ersatzbestellung; bei institutionellen Schiedsgerichten wie dem Schiedsgericht der Wirtschaftskammer Österreich oder dem ICC-Schiedsgericht durch diese Institution, bei *Ad-hoc*-Verfahren in Österreich hingegen mangels anderslautender Regelung in der Schiedsklausel durch das zuständige ordentliche Gericht. Bereits in diesem frühen Stadium führt die Untätigkeit des Beklagten also nicht unbedingt zu einem Nachteil für ihn, sondern es werden die von ihm versäumten Handlungen, so gut es eben geht, ersetzt. Im Einzelnen gilt Folgendes:

Art 14 Abs 2 der Wiener Regeln bestimmt das Präsidium den gemeinsamen Einzelschiedsrichter, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Dies ist auch dann der Fall, wenn

⁶ Pitkowitz, Shared Funding of Arbitration Proceedings – Fact or Fiction? in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, 31.

⁷ *Fasching*, Kostenvorschüsse zur Einleitung schiedsgerichtlicher Verfahren, JBl 1993, 545.

⁸ Diesem Beitrag werden die Schiedsgerichtsordnung und die ADR-Regeln 2012 zugrunde gelegt.

⁹ § 587 ZPO; Art 30 Abs 3 der ICC-Schiedsordnung; Art 34 Abs 4 der Wiener Regeln; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration² (2008) Art 30 para 3 Rz 30-32 ff.

¹⁰ *Ch. Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 608 ZPO Rz 20; *Fasching*, JBl 1993, 546 ff.

¹¹ *Ch. Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 609 ZPO Rz 42; *Hahnkamper* in *H. Torggler*, Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit (2007) Rz 58; *Baier*, Kosten und Kostenvorschuss im derzeitigen und künftigen österreichischen Recht, SchiedsVZ 2006, 85; *Riegler* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher*, Arbitration Law of Austria (2007) § 609 Rz 10; *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules (2009) Rz 34-039; *Tamminen*, The Obligation to Pay the Advance on Costs under the Vienna Rules and Austrian Law, in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Arbitration Yearbook 2009, 281; *Pitkowitz*, Shared Funding, 31 mwN.

¹² OGH 14.1.1959, 3 Ob 509/58; 2.4.1964, 2 Ob 96/64; 10.9.1969, 7 Ob 125/69; 7.7.1981, 5 Ob 633/81.

sich der Beklagte überhaupt nicht am Verfahren beteiligt. Ebenso bestimmt das Präsidium gem Art 14 Abs 4 den parteiernenannten Schiedsrichter anstelle der säumigen Partei, wenn diese ihn nicht selbst binnen der 30-tägigen Frist bekannt gibt. Ganz ähnlich ist die Situation nach Art 12 der Schiedsgerichtsordnung der ICC: Hier substituiert der Gerichtshof selbst diese Entscheidungen der Parteien, wobei die Frist zur Benennung der parteiernenannten Schiedsrichter nur 15 Tage beträgt. Die gängigen institutionellen Schiedsordnungen treffen also Vorsorge, um eine „Boykottierung“ des Schiedsverfahrens im Eingangsstadium *de facto* zu verhindern.

Schon mühsamer ist die Ersatzbestellung in *Ad-hoc*-Verfahren: In Ermangelung einer Schiedsrichterbestellung durch die Parteien oder einer anderslautenden Vereinbarung, wie zB Bestellung durch den Präsidenten der zuständigen Rechtsanwaltskammer, ist nach § 587 ZPO die Bestellung auf Antrag einer Partei vom ordentlichen Gericht (und zwar im Außerstreitverfahren) vorzunehmen. Da es meist um Streitigkeiten aus unternehmensbezogenen Verträgen geht, ist idR das in Handelssachen zuständige Gericht berufen. Eine solche Ersatzbestellung setzt voraus, dass die Partei selbst – also die Schiedsbeklagte – der an sie gerichteten Aufforderung zur Schiedsrichterbenennung nicht binnen vier Wochen nachkommt. Das Ersatzbestellungsverfahren nach der ZPO erfolgt praktisch so, dass die Antragsgegnerin zur Stellungnahme zum Antrag aufgefordert wird; erst danach entscheidet das Gericht. Schiedsrichterlisten oder Ähnliches gibt es hier natürlich nicht, sodass es oft vom Geschick des zuständigen Richters abhängt, wer ausgewählt wird. Der beklagten Partei wird überdies *de facto* dadurch noch weiterer Aufschub gewährt, dass sie selbst nach Einbringung des Antrags noch eine Schiedsrichterbestellung nachholen könnte: Wird eine solche Bestellung nämlich dem Gericht nachgewiesen, bevor das Gericht erster Instanz über den Antrag auf Ersatzbestellung entschieden hat (was sich nach praktischen Erfahrungen durchaus länger hinziehen kann), so ist der Antrag gem § 587 Abs 7 ZPO abzuweisen.

All diese Anfangsschwierigkeiten sind aber noch wenig mühsam, verglichen mit der völligen Nichtbeteiligung der beklagten Partei auch im weiteren Verfahren.

3. Nichteinbringung der Schiedsklagebeantwortung

Ist das Schiedsgericht einmal konstituiert, beginnt das Verfahren, indem dem Beklagten eine Beantwortung der Klage aufgetragen wird. Auch wenn dieser überhaupt nicht reagiert, darf das Schiedsgericht aber wiederum nicht einfach die Behauptungen der Klage zugrunde legen, sondern muss über den behaupteten Anspruch ein Verfahren abführen, also die angebotenen Zeugen hören und die vorgelegten Urkunden prüfen.

Nach Art 10 der Wiener Regeln erfolgt die Zustellung der Klage gemeinsam mit der Einladung zur Einbringung einer Klagebeantwortung binnen 30 Tagen „noch“ durch den Generalsekretär und nicht durch das konstituierte Schiedsgericht. Das Einlangen der Klagebeantwortung ist aber keine Voraussetzung für das weitere Verfahren: Gem Art 12 wird der Akt vielmehr an das Schiedsgericht übermittelt, sobald die Klage in der erforderlichen Form eingebracht wurde, alle

Schiedsrichter wirksam bestellt sind und der Kostenvorschuss zur Gänze bezahlt wurde. Dann geht es weiter iSd Art 20 Abs 6: „Beteiligt sich eine Partei nicht am Verfahren, so ist mit der anderen Partei allein zu verhandeln.“ Dazu noch näher unten.

Auch nach Art 4 Abs 5 der ICC-Schiedsordnung erfolgt die Zustellung der Schiedsklage an den Beklagten noch durch das Sekretariat und nicht durch das Schiedsgericht. Unterlässt es der Beklagte, eine Klageantwort binnen einer Frist von 30 Tagen einzureichen, ist Art 6 Abs 3 einschlägig: Das Schiedsverfahren wird fortgesetzt und die Angelegenheit vom Schiedsgericht entschieden. Art 6 Abs 8 der ICC-Schiedsordnung hält dies ausdrücklich fest: „Weigert sich oder unterlässt es eine Partei, am Schiedsverfahren oder einem Teil desselben teilzunehmen, ist dieses trotz ihrer Weigerung oder Unterlassung fortzusetzen.“ Unterfertigt eine Partei den gem Art 23 zu formulierenden Schiedsauftrag („*terms of reference*“) nicht oder weigert sich, dabei mitzuwirken, so wird er dem Gerichtshof zur Genehmigung vorgelegt und das Schiedsverfahren geht gem Art 23 Abs 3 weiter, sobald der Schiedsauftrag vom Gerichtshof genehmigt wurde.

Bei *Ad-hoc*-Schiedsgerichten sieht § 600 ZPO – übereinstimmend mit dem UNICITRAL-Modellgesetz und § 1048 dZPO – ebenfalls vor, dass das Verfahren trotz Versäumnisse einer Partei fortzuführen ist, ohne dass allein wegen der Versäumung das Vorbringen des Klägers für wahr zu halten ist.¹³ Bringt also der Beklagte die Schiedsklagebeantwortung nicht ein, so hat das Schiedsgericht, wie weiter unten noch im Detail auszuführen ist, über das Vorbringen des Klägers zu verhandeln und auch Beweise aufzunehmen.¹⁴ Da die Säumnisbestimmung dispositives Recht ist, könnte aber theoretisch aufgrund einer Parteienvereinbarung im Fall der Säumnis auch ein „Versäumnis-Schiedsspruch“ ergehen.¹⁵ Bei § 600 Abs 2 ZPO handelt es sich zwar grundsätzlich um dispositives Recht, allerdings ist eine Wiedereinsetzung als Ausnahme gerade von der Annahme einer Säumnis und als verfahrensrechtlicher Mindeststandard zwingendes Recht.¹⁶ Dem trägt der letzte Satz des § 600 Abs 2 ZPO Rechnung. Eine Säumnigkeit der Partei kann vom Schiedsgericht also auch entschuldigt werden: Das Schiedsgericht entscheidet, ob ausreichende Gründe zur Nachsicht der Verspätung vorliegen und ob die versäumte Handlung daher nachgeholt werden kann.¹⁷

Ähnliches sieht auch § 1048 Abs 2 dZPO vor: Verabsäumt es der Beklagte, die Klage zu beantworten, so setzt das Schiedsgericht das Verfahren fort, ohne die Säumnis als solche als Zugeständnis der Behauptung des Klägers zu behandeln. Durch die Fortsetzung des Verfahrens wird eine Blockade „*im Keim effektiv verhindert*“.¹⁸ Anstatt ein Geständnis zu fingieren, hat das Schiedsgericht vielmehr zu prüfen, ob der Beklagte seine Säumnis genügend entschuldigt hat, andernfalls das Schiedsgericht die Wahl hat, ob es dem Beklagten eine neue Frist setzt oder eine Beweisaufnahme durchführt, den Sachverhalt sonst wie aufklären lässt oder ob es nach den

¹³ ErlRV (zum SchiedsRÄG 2006) 1158 BlgNR 22. GP, 20 (zu § 600 ZPO).

¹⁴ ErlRV 1158 BlgNR 22. GP, 20 (zu § 600 ZPO).

¹⁵ ErlRV 1158 BlgNR 22. GP, 20 (zu § 600 ZPO); Power, *The Austrian Arbitration Act (2006)* 73; Platte in Riegler ua, *Arbitration Law of Austria*, § 600 Rz 17.

¹⁶ Haller in Fucik/Klauser/Kloiber, ZPO¹¹ § 600 ZPO, 587.

¹⁷ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*, § 600 ZPO, Rz 19.

¹⁸ Lüke/Wax in MünchKomm ZPO², § 1048 Rz 5.

Umständen des Falles ein Geständnis des Beklagten annehmen und bei Entscheidungsreife – sofern die Parteien nicht den Ausschluss einer Sanktion vereinbart haben¹⁹ – einen Schiedsspruch in der Sache erlassen will.²⁰

4. Exkurs: Nichtabschluss des Schiedsrichtervertrages durch den Beklagten – Konsequenzen für den Verfahrensablauf

Allerdings stellt sich in *Ad-hoc*-Verfahren ein weiteres Sonderproblem: Während nämlich in den gängigen Schiedsordnungen die Honorierung der Schiedsrichter, eine allfällige Haftungsbegrenzung²¹ und deren Rechte und Pflichten meist so detailliert geregelt sind, dass die Rahmenbedingungen für das Tätigwerden der Schiedsrichter klar sind, fehlt Gleichartiges in *Ad-hoc*-Verfahren. Hier bedarf es noch des Abschlusses des privatrechtlichen Schiedsrichtervertrages, der nach hL und Judikatur einen Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungselementen darstellt und auf den daher grundsätzlich die §§ 1165 ff und 1002 ff ABGB Anwendung finden.²²

Zwar übernehmen die Schiedsrichter mit ihrer Zustimmung zur Übernahme des Schiedsrichteramtes bereits zivilrechtliche Rechte und Pflichten.²³ Die Rspr sieht vielfach bereits darin den Abschluss des Schiedsrichtervertrages, der ja nicht formgebunden ist und daher sowohl ausdrücklich als auch durch schlüssige Handlungen iSd § 863 ABGB zustande kommen kann.²⁴ Ein solcher Schiedsrichtervertrag enthält aber nur den Mindestregelungsinhalt.²⁵ Daher kommt es in der Praxis regelmäßig zu einer weitergehenden, detaillierten Vereinbarung, in der die Schiedsparteien – unabhängig davon, wer den Schiedsrichter benennt – und die Schiedsrichter gem § 587 ZPO die Durchführung des Schiedsverfahrens und die diesbezüglichen Rechte und Pflichten der Schiedsrichter näher festlegen.²⁶ Praktisch wird das so gehandhabt, dass der detaillierte Schiedsrichtervertrag regelmäßig nach Bildung des Schiedsgerichts von den Schiedsrichtern ausgearbeitet und dann den Parteien offeriert wird. Sollte sich eine Partei weigern, diesen Vertrag zu schließen, so kann sie aufgrund ihrer Bindung an den Schiedsvertrag nach *Ch. Hausmaninger* dazu gezwungen werden,²⁷ wobei aber unklar ist, wie ein solcher „Zwang“ praktisch aussehen soll. Eine Klage auf Zustimmung zum Abschluss des Schiedsrichtervertrages wäre ja schon wegen des damit verbundenen Zeitaufwandes wenig effektiv. Eine „Pflicht“ zur Zustimmung wäre überdies jedenfalls auf einen „üblichen“ Inhalt zu beschränken.²⁸

Zusätzlich zu den notwendigen Vertragspunkten, die sich schon aus der Natur der Sache zwingend ergeben (wie die unparteiische Ausübung des Schiedsrichteramtes), können hier aber zB auch die Verpflichtung der Parteien zur Leistung

eines Kostenvorschusses, Haftungsbeschränkungen, das Recht zum Vertragsrücktritt, Kündigungsregelungen, Aufbewahrungspflichten, Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten der Schiedsrichter vereinbart werden.²⁹ Zusätzlich werden in der Praxis auch fast immer detailliertere Verfahrensregeln aufgenommen.

Wenn nun eine Partei das Schiedsverfahren durch Nichtbeteiligung „boykottiert“, dann akzeptiert sie auch diesen Schiedsvertrag nicht, sodass die darin festgelegten Regelungen ihr gegenüber nicht gelten. Fraglich ist, ob es das Schiedsgericht in der Hand hat, durch Setzung einer Frist zur Annahme, bei deren Verstreichen der Schiedsvertrag als angenommen gilt, einseitig eine Zustimmungsfiktion auch der säumigen Partei herbeizuführen. Da das Schiedsgericht auch nach § 594 Abs 1 ZPO das Verfahren, soweit keine Vereinbarung der Verfahrensgestaltung durch die Parteien vorliegt, nach freiem Ermessen führen kann, sind im Schiedsrichtervertrag festgelegte Richtlinien oder Bestimmungen des Schiedsgerichts über die Verfahrensführung mE weniger problematisch. Schwieriger wird es aber dort, wo von den Bestimmungen der ZPO, insb über das Recht der Parteien, ihr Vorbringen im Laufe des Verfahrens zu ändern (§ 597 Abs 2 ZPO), über mündliche Verhandlungen oder über Beschränkungen des rechtlichen Gehörs im Laufe des Verfahrens abgewichen werden soll. Solche Verfügungen kann das Schiedsgericht mE nicht einseitig, ohne Zustimmung beider Parteien, treffen, ohne das Risiko einer Anfechtbarkeit oder Nichtvollstreckbarkeit des daraufhin ergehenden Schiedsspruches einzugehen.

Dasselbe gilt für die Honorierung, soweit von „üblichen“ Maßstäben abgewichen werden soll. Nach § 1151 Abs 1 und § 1152 ABGB gilt im Zweifel ein „angemessenes“ Honorar als vereinbart, wofür die Bestimmungen des RATG eine Richtlinie darstellen.³⁰ Will das Schiedsgericht klar festlegen, in welcher Höhe die Honorierung gebührt, und zB – wie so oft – nach Stundensatz verrechnen, doppelte Tarifposten in Rechnung stellen oder eine Kombination aus beidem anwenden, so besteht das Risiko, dass eine solche Verrechnungsart nicht einseitig festgelegt werden kann, soweit sie die – recht vage definierte – Angemessenheitsgrenze überschreiten sollte. Ebenso kann eine Haftungsbeschränkung (zB ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit) überhaupt nur greifen, wenn sie mit den Parteien vereinbart wurde, und hier scheint äußerst fraglich, ob – wegen der Unteilbarkeit des Schiedsrichtervertrages und der Pflicht zu einem unparteiischen, beide Parteien gleich behandelnden Vorgehen – die Haftungsbeschränkung bei Nichtzustimmung des Beklagten wenigstens mit der Schiedsklägerin wirksam vereinbart werden kann. Ich würde dies im Zweifel verneinen.³¹ Dasselbe gilt für Gerichtsstandsvereinbarungen wegen allfälliger Streitigkeiten aus der schiedsrichterlichen Tätigkeit. Wir sehen also: Hier beginnen die Probleme des Schiedsgerichts mit untätigen Parteien bereits.

¹⁹ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO⁶⁶ (2008) § 1048 Rz 3.

²⁰ *Baumbach* ua, ZPO⁶⁶, § 1048 Rz 3; *Lüke/Wax* in MünchKomm ZPO², § 1048 Rz 5.

²¹ Zur Haftung von Schiedsrichtern siehe *Riegler/Platte*, Arbitrator's Liability, in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Arbitration Yearbook 2007, 105.

²² OGH 2.10.2003, 6 Ob 41/03b; 28.4.1998, 1 Ob 253/97f; *Fasching*, Schiedsgericht, 68; *Zeiler*, Schiedsverfahren (2006) § 587 Rz 51.

²³ *Zeiler*, Schiedsverfahren, § 587 Rz 56.

²⁴ OGH 28.4.1998, 1 Ob 253/97f; 7.7.1981, 5 Ob 633/81; *Fasching*, Schiedsgericht, 68 f; *Zeiler*, Schiedsverfahren, § 587 Rz 55; *Albers* in *Baumbach* ua, ZPO⁶⁵, Anh § 1035 Rz 3.

²⁵ OGH 28.4.1998, 1 Ob 253/97f.

²⁶ *Zeiler*, Schiedsverfahren, § 587 Rz 53; *Power*, Austrian Arbitration Act, 28.

²⁷ *Ch. Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², § 587 ZPO Rz 197.

²⁸ Ähnlich auch *Zeiler*, Schiedsverfahren, § 587 Rz 58.

²⁹ *Zeiler*, Schiedsverfahren, § 587 Rz 53.

³⁰ OGH 14.1.1959, 3 Ob 509/58; 2.4.1964, 2 Ob 96/64; 26.11.1964, 8 Ob 274/64; 10.9.1969, 7 Ob 125/69; 7.7.1981, 5 Ob 633/81.

³¹ Vgl dazu auch *Zeiler*, Schiedsverfahren, § 587 Rz 58; *Matscher*, Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit im österreichischen Recht (Teil II), JBl 1975, 452 (458); *Krejci*, Zur Schiedsrichterhaftung, ÖJZ 2007, 87 (93 ff). Haftungsbeschränkungen sind sinnvoller Vertragsinhalt, welcher über die Hauptpunkte hinausgeht und somit wohl vereinbart werden muss; siehe *Ch. Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², § 587 ZPO Rz 201.

III. Untätigkeit während des Verfahrens

Diese Probleme steigern sich aber noch, wenn die Beklagte sich auch während des Verfahrens weiter „tot stellt“. Wie bereits ausgeführt, hat das Schiedsgericht dann das Verfahren weiterzuführen und nur mit der schiedsklagenden Partei weiterzuverhandeln. Dies ist nach allen hier erörterten Verfahrensordnungen prinzipiell gleich und klingt einfach.

Schon ein Blick in die verschiedenen Regelungen zeigt, dass dabei aber – entgegen dem ersten Eindruck – die untätige Schiedsbeklagte keineswegs vollkommen außer Acht gelassen werden darf:

Nach Art 20 der Wiener Regeln hat das Schiedsgericht das Schiedsverfahren nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien und unter Wahrung des rechtlichen Gehörs durchzuführen. Art 20 Abs 6 der Wiener Regeln legt zwar in knappen Worten fest, dass im Falle der Nichtbeteiligung einer Partei am Verfahren eben „mit der anderen Partei allein zu verhandeln ist“. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien unter Wahrung des rechtlichen Gehörs gilt aber in jedem Stadium des Verfahrens. Auch ist das Schiedsgericht berechtigt, nach Vorankündigung Vorbringen und die Vorlage von Beweisurkunden nur in einem bestimmten Verfahrensstadium für zulässig zu erklären. Eine mündliche Verhandlung findet entweder auf Antrag einer Partei oder dann statt, wenn sie das Schiedsgericht für erforderlich hält. Den Parteien ist jedenfalls Gelegenheit zu geben, von den Anträgen und den Vorbringen der anderen Partei und dem Ergebnis der Beweisaufnahmen Kenntnis zu erlangen und sich dazu zu äußern. Erst sobald nach Überzeugung des Schiedsgerichts die Parteien ausreichend Gelegenheit hatten, noch Beweise anzubieten, Zeugen vernehmen zu lassen oder Erklärungen abzugeben, hat es das Verfahren für geschlossen zu erklären und den Schiedsspruch zu erlassen.

Gem Art 22 der ICC-Schiedsordnung ist das Schiedsverfahren „zügig und kosteneffizient“ zu führen und, um eine effiziente Verfahrensführung sicherzustellen, kann das Schiedsgericht nach Anhörung der Parteien alle Verfahrensmaßnahmen ergreifen, die es für geeignet hält, sofern diese nicht einer Vereinbarung der Parteien widersprechen (Art 22 Abs 1 und 2). „In jeder Situation“ handelt das Schiedsgericht nicht nur fair und unparteiisch, sondern stellt auch sicher, dass jede Partei ausreichend Gelegenheit erhält, zur Sache vorzutragen (Art 22 Abs 4). Auch hier findet eine mündliche Verhandlung entweder auf Antrag der Parteien oder aufgrund der Entscheidung des Schiedsgerichts selbst statt (Art 25 Abs 2). In jedem Stadium des Schiedsverfahrens kann das Schiedsgericht jede der Parteien gem Art 25 Abs 4 auffordern, zusätzliche Beweise beizubringen. Die mündliche Verhandlung findet gem Art 26 Abs 2, wie bereits erwähnt, mit der erschienenen Partei allein statt, wenn die andere trotz ordnungsgemäßer Ladung ohne ausreichende Entschuldigung ausbleibt.³² Ohne Zustimmung des Schiedsgerichts und der Parteien sind an dem Verfahren nicht Beteiligte bei der mündlichen Verhandlung nicht zuzulassen (Art 26 Abs 4). So bald als möglich nach der letzten mündlichen Verhandlung oder nach der Einreichung der letz-

ten bewilligten Schriftsätze erklärt das Schiedsgericht das Verfahren dann für geschlossen.

Auch nach § 600 Abs 2 ZPO setzt das Schiedsgericht das Verfahren fort, wenn der Beklagte die Klagebeantwortung oder andere Verfahrenshandlungen versäumt. Das Schiedsgericht entscheidet, ob es eine mündliche Verhandlung abhält, sofern nicht ohnedies ein diesbezüglicher Antrag einer Partei vorliegt (§ 598 ZPO). Gem § 599 ZPO sind die Parteien von jeder Verhandlung und von jedem Zusammentreffen des Schiedsgerichtes zu Zwecken der Beweisaufnahme rechtzeitig in Kenntnis zu setzen. Alle Schriftsätze, Schriftstücke, sonstige Mitteilungen, Gutachten und Beweismittel sind beiden Parteien zur Kenntnis zu bringen. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so können gem § 597 ZPO beide Parteien im Laufe des Verfahrens ihr Vorbringen oder ihre Klage ändern, es sei denn, das Schiedsgericht lässt dies wegen Verspätung nicht zu.

Was heißt all das nun im Detail?

Es bedeutet, dass das Schiedsgericht zwar das Verfahren nach freiem Ermessen führt und grundsätzlich auch Fristen, Termine und Daten festlegen darf, bis zu denen – bei sonstiger Präklusion – abschließend Vorbringen erstattet werden kann (sog *cut-off dates*). All dies muss es jedoch auch dem untätigen Beklagten mitteilen, ihn von allen Verfahrensschritten, von allen Verhandlungen, von jeglichem Vorbringen und Beweismittelvorlagen der Gegenseite sowie auch von Beweisergebnissen verständigen und ihm angemessene Gelegenheit zur Stellungnahme und allenfalls auch zur Nachholung von bisher Versäumtem geben. Besonderes Augenmerk ist also darauf zu lenken, dass der Beklagte trotz seiner Untätigkeit immer wieder vom Fortgang des Verfahrens zu verständigen ist und jederzeit die Möglichkeit haben muss, doch noch teilzunehmen. Daher sind ihm auch Protokolle von Schiedsverhandlungen und Beweisaufnahmen, selbst wenn er diese absichtlich nicht wahrgenommen hat, zuzusenden und er ist von neuem Vorbringen, Klagsänderungen oder -einschränkungen oder neu aufgetauchten Rechtsfragen zu verständigen und es ist ihm die Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Denn die Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs ist ebenso Grundprinzip jedes Schiedsverfahrens wie das Recht auf Fairness und Gleichbehandlung und selbst bei Untätigkeit des Schiedsbeklagten dürfen diese Grundsätze nicht verletzt werden.

Auch wenn das Schiedsgericht beabsichtigt, im Laufe des Schiedsverfahrens neue Verfahrensmanagementtechniken anzuwenden, einen Sachverständigen zu bestellen, dem Schiedskläger eine Frist zu erstrecken, einen Teilschiedsspruch zu erlassen, die Vorlage schriftlicher Zeugenaussagen aufzutragen, Schriftsätze der Länge oder dem Inhalt nach zu begrenzen oder Telefon- und Videokonferenzen einzusetzen, ist nicht nur der Schiedskläger, sondern auch der untätige Schiedsbeklagte davon angemessen und zeitgerecht zu verständigen. Selbstverständlich dürfen diese Verständigungen aber nicht dazu führen, dass der Plan des Beklagten, das Verfahren durch Untätigkeit zu blockieren, „aufgeht“. Daher ist es sehr wohl zulässig, Fristen zu setzen, bis zu denen Schriftsätze einzubringen sind, Beweismittel und Vorbringen zu präkludieren und auch abschließendes Vorbringen zu befristen. Es ist also zwar möglich, dass das Schiedsgericht das Ver-

³² Bühler/Webster, ICC Arbitration², Art 21 Rz 21-5 ff; Derains/Schwartz, A Guide to the ICC Rules of Arbitration² (2005) 287.

fahren straffer und summarischer führt, und idR werden die Beweisergebnisse – mangels Beteiligung der Gegenseite – dann doch sehr eindeutig für den Kläger sprechen. Aber es muss dringend davor gewarnt werden, den Beklagten einfach außer Betracht zu lassen und allein mit dem Kläger weiterzumachen. Im Gegenteil: Das Schiedsgericht muss sich trotz der damit verbundenen Mühseligkeit mit dem gesamten Vorbringen auseinandersetzen und es muss Mängel, die ansonsten durch rügelose Einlassung geheilt werden (Heilung kann mangels Einlassung ja nicht stattfinden), ganz besonders prüfen, allfällige Zweifel selbst aufgreifen und den Kläger zu Klar- bzw Richtigstellung anhalten.³³ Allgemein ist dem Schiedsgericht zu raten – auch iSd Art 20 Abs 8 der Wiener Regeln –, den Parteien anzuzeigen, wenn sie ein Verhalten an den Tag legen, welches als Versäumnis gewertet werden könnte. Diese „Warnung“ gibt der säumigen Partei – theoretisch – zumindest die Möglichkeit, ihre Säumnis zu entschuldigen.³⁴

Besonderes Augenmerk ist auf die Abhaltung der mündlichen Verhandlung zu richten. Bei untätigen Beklagten kann es sich „zur Sicherheit“ empfehlen, dass das Schiedsgericht eine Verhandlung³⁵ auch ohne entsprechenden Antrag der klagenden Partei ansetzt, um sicherzugehen, dass im Nachhinein nicht der Einwand erhoben wird, es habe sich die Sache zu leicht gemacht und sei einseitig zugunsten des Schiedsklägers vorgegangen. In einer solchen Verhandlung hat das Schiedsgericht jedenfalls sicherzustellen, dass der klägerische Standpunkt nicht automatisch und ungeprüft zugrunde gelegt wird, sondern die vorliegenden Beweise durchaus kritisch hinterfragt und frei gewürdigt werden.

Besonders kritisch ist es, wenn aus Anlass einer mündlichen Verhandlung neues Vorbringen erstattet wird oder sich gar die bisher angenommene Rechtslage anders darstellt. In solchen Fällen ist es idR angebracht, der neuen Situation dadurch Rechnung zu tragen, dass dem Beklagten ungeachtet eines vorher in Unkenntnis der Neuerungen aufgestellten Prozessprogramms die Möglichkeit eingeräumt wird, hierzu binnen angemessener Frist Stellung zu nehmen. Eine solche Frist muss keineswegs so lang sein, dass es dadurch zu einer echten Verzögerung kommt; sie sollte aber, in aller Fairness und Waffengleichheit, auch nicht zur bloßen Alibihandlung verkommen.

Zusammenfassend bedeutet das auf der einen Seite, dass das Schiedsgericht das Verfahren mit der prozesswilligen Partei – idR wohl dem Kläger – zügig fortführen soll und darf, aber auf der anderen Seite das rechtliche Gehör der untätigen Partei zu wahren hat.³⁶ Daher hat das Schiedsgericht den Fall umfassend „zu hören“ und auf der Basis aller ihm vorliegender Beweise zu entscheiden. Keineswegs darf es das Vorbringen in der Schiedsklage ohne jegliche Abführung eines Beweisverfahrens einfach seinem Schiedsspruch zugrunde legen. Jede Entscheidung, die ohne die Anwesenheit und Beteiligung der säumigen Partei ergeht, muss den gesamten bisherigen Verfahrensinhalt in Betracht ziehen.³⁷ Insb darf das

Schiedsgericht auch nicht annehmen, dass die Nichtbeteiligung einem Geständnis gleichkommt. Das Erlassen eines „Versäumungsurteils“ als sofortige Konsequenz des Nichttätigwerdens einer Partei ist nicht nur in § 600 Abs 2 ZPO für Ad-hoc-Verfahren explizit ausgeschlossen, es wäre auch grundsätzlich mit der Idee der Schiedsgerichtsbarkeit, die auf Konsens und Konfliktbereinigung gerichtet ist, nicht zu vereinbaren. Auch in diesem Aspekt reflektieren die Wiener Regeln internationale Standards.³⁸

IV. Mögliche Konsequenzen mangelnder Einbindung der Parteien

Wer es einmal erlebt hat, wird es bestätigen: Schon atmosphärisch ist es für das Schiedsgericht kein optimales Szenario, das Verfahren mit lediglich einer Partei zu führen. Die Leichtigkeit und Effizienz des Schiedsverfahrens leidet erheblich, wenn Entscheidungen zum prozessualen Ablauf, etwa zu Zeugenbefragungen, zur Art und Weise der Protokollierung, oder auch der bloße Zustellvorgang zu mühsamen Formalien werden, weil kurzfristiges Einvernehmen der Parteien nicht zu erzielen ist und daher stets die „sicherste“ Variante gewählt werden muss. Tut das Schiedsgericht nicht „zu viel des Guten“, wenn es den untätigen Schiedsbeklagten so „vorsichtig“ behandelt? Anders gefragt: Warum muss sich ein Schiedsgericht das „antun“?

Die Antwort ist klar: Um das Risiko der Erlassung eines anfechtbaren oder nicht vollstreckbaren Schiedsspruches möglichst zu minimieren.

Zunächst ist es nämlich ein Grund für die Aufhebung eines Schiedsspruches gem § 611 Abs 1 Z 2 ZPO, wenn „eine Partei vom Schiedsverfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt wurde oder sie aus einem anderen Grund ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht geltend machen konnte“. Dazu wird judiziert, dass ein Schiedsspruch aufzuheben ist, wenn er Tatsachen zugrunde legt, die erst im Laufe des Schiedsverfahrens bekannt geworden oder eingetreten sind und von denen eine Partei keine Kenntnis erlangt hat.³⁹ Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist bekanntlich ein „Grundpfeiler“ jedes Schiedsverfahrens. Er verlangt, dass die Parteien Gelegenheit haben müssen, alles vorzubringen, was sie für wesentlich halten, andernfalls „das Prinzip des rechtlichen Gehörs verkümmert“. ⁴⁰ Daher sind auch Dokumente und Informationen durch das Schiedsgericht stets an die andere Partei weiterzuleiten, widrigenfalls eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt.⁴¹

Andererseits ist im Auge zu behalten, dass nach zahlreichen Entscheidungen die Aufhebung eines Schiedsspruches wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs nur begehrt werden kann, wenn das rechtliche Gehör vollkommen versagt wurde, wobei eine bloße „Tangierung“ nicht

³³ Hahnkamper in H. Torggler, Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Rz 48; Fasching, Schiedsgericht, 104.

³⁴ Schwarz/Konrad, Vienna Rules, Art 20 Abs 6 Rz 20-270.

³⁵ Siehe hierzu Molitoris/Abt, Oral Hearings and the Taking of Evidence in International Arbitration, in Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler, Austrian Arbitration Yearbook 2009, 175.

³⁶ Platte in Riegler ua, Arbitration Law of Austria, § 600 Rz 21 f.

³⁷ Schwarz/Konrad, Vienna Rules, Art 20 Abs 6 Rz 20-268; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit³ (2008) Rz 1650 ff.

³⁸ Schwarz/Konrad, Vienna Rules, Art 20 Abs 6 Rz 20-260.

³⁹ OGH 12.5.1961, 2 Ob 199/61; 24.9.1981, 7 Ob 623/81; 6.9.1990, 6 Ob 572/90; vgl Pitkowitz, Die Aufhebung von Schiedssprüchen (2008) Rz 199; siehe insb auch Pitkowitz, Digest of Austrian Case Law on Setting Aside Arbitral Awards 1895 – 2007, in Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler, Austrian Arbitration Yearbook 2008, 433 (436 ff); ders, Setting Aside Arbitral Awards Under the New Austria Arbitration Act, in Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler, Austrian Arbitration Yearbook 2007, 231 (233 ff); Power, Austrian Arbitration Act, 114.

⁴⁰ OGH 12.5.1961, 2 Ob 199/61.

⁴¹ OGH 17.11.1981, 5 Ob 710/81.

genügt.⁴² Die Gewährung rechtlichen Gehörs setzt weiters nicht voraus, dass die Parteien tatsächlich und von sämtlichen Schiedsrichtern angehört wurden.⁴³ Eine Verletzung scheidet grundsätzlich dann aus, wenn das im Schiedsverfahren vereinbarte Verfahren eingehalten wurde, so etwa hinsichtlich der Zustellung von Ladungen.⁴⁴ Weiters kann von der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht ausgegangen werden, wenn die wesentlichen Regeln des Schiedsverfahrens beachtet wurden.⁴⁵ Daraus folgt, dass das Schiedsgericht sehr wohl mit dem einmal festgelegten Prozedere fortfahren darf und nicht besorgt sein muss, dass der Schiedsspruch schon wegen Nichtbeteiligung der Schiedsbeklagten anfechtbar ist.

Ebenso ist ein Schiedsspruch gem § 611 Abs 1 Z 5 ZPO aufzuheben, wenn „das Schiedsverfahren in einer Art und Weise durchgeführt wurde, die Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung (*ordre public*) widerspricht“. Die meisten Entscheidungen lehnen zwar letztlich eine Verletzung des *ordre public* ab,⁴⁶ doch wird eine Verletzung des rechtlichen Gehörs meist auch als Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* qualifiziert.⁴⁷

Selbst wenn aber die dreimonatige Frist zur Anfechtung des Schiedsspruches nach § 611 Abs 4 ZPO abgelaufen ist, gibt es noch Gefahren:

Die New Yorker Konvention über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche⁴⁸ versagt bekanntlich die Anerkennung eines Schiedsspruches, wenn die Partei, gegen die der Schiedsspruch vollstreckt werden soll, nicht ordnungsgemäß von der Bestellung des Schiedsrichters oder vom Schiedsverfahren verständigt wurde oder sonst nicht in der Lage war, ihren Fall ordnungsgemäß zu präsentieren, weil es ihr versagt wurde, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen. Daher kann der untätige Schiedsbeklagte selbst dann, wenn er auf eine Anfechtung des Schiedsspruches verzichtet hat, noch im Vollstreckungsverfahren, wenn dieses in einem anderen Land⁴⁹ als Österreich stattfindet,⁵⁰ wo die Judikatur anderen Standards unterliegen könnte, den Einwand erheben, er sei nicht ordnungsgemäß gehört worden und es keinen „*due process*“ iSd Art V Abs 1 lit b der New Yorker Konvention gegeben habe.⁵¹ Ein solcher Einwand kann erfolgreich sein, wenn das Gleichbehandlungsprinzip oder das rechtliche Gehör verletzt wurden, wobei die Judikatur hier durchaus restriktiv vorgeht.⁵² Zumeist wird jedenfalls gefordert, dass eine allfällige Verlet-

zung den Ausgang des Verfahrens wesentlich beeinflusst haben muss.⁵³ Eine Geltendmachung wird erfolgreich sein, wenn der Beweis gelingt, dass die Partei konkret an ausreichender Mitwirkung bzw Verteidigung gehindert war.⁵⁴ Das rechtliche Gehör wird nach einigen diesbezüglichen Entscheidungen insb dann verletzt, wenn eine Partei über die Identität von Schiedsrichtern⁵⁵ oder über die Argumente des Gegners nicht informiert wird⁵⁶ oder wenn ein wesentliches Schriftstück vorgelegt wird, ohne dass die andere Partei davon weiß und sich dazu äußern kann.⁵⁷

Andererseits bildet die bloße Tatsache, dass der Schiedsrichter nur von einer Partei⁵⁸ – meist vom Kläger – ernannt wurde oder der Beklagte sich am Verfahren nicht beteiligt hat und ein *ex parte award* erlassen wurde, *per se* gerade kein Vollstreckungshindernis nach der New Yorker Konvention, sofern sich das Schiedsgericht sorgfältig verhalten und der säumigen Partei ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat.⁵⁹ Hält das Schiedsgericht derartige Regeln nicht ein, mag es anders aussehen. Ein Schiedsbeklagter kann sich daher durchaus auch aus taktischen Gründen „tot stellen“, um sich diese Einwendungen aufzuheben. Um dem entgegenzuwirken, muss auch die untätige Partei durch das Schiedsgericht stets in das Verfahren eingebunden bleiben.

Art IX des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsgerichtsbarkeit⁶⁰ zählt erschöpfend⁶¹ eine Reihe von Aufhebungsgründen auf, deren Vorliegen einen Grund für die Versagung der Anerkennung oder Vollstreckung bildet.⁶² Die dort genannten Gründe entsprechen im Wesentlichen den Anerkennungs- und Vollstreckungsversagungsgründen des Art V Abs 1 lit a – d des New Yorker Übereinkommens und enthalten insb gem Art IX Abs 1 lit b auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs.⁶³ Im Verhältnis zwischen Vertragsstaaten, die auch Vertragsparteien des New Yorker Übereinkommens sind, hat Art IX Abs 2 die Wirkung, dass auf über Art IX Abs 1 hinausgehende Aufhebungsgründe nach dem New Yorker Übereinkommen nicht zurückgegriffen werden kann.⁶⁴

Alles in allem zeigt sich aber, dass sowohl die Aufhebungsgründe für einen Schiedsspruch als auch jene Gründe, die einer internationalen Vollstreckung entgegenstehen, die „Nagelprobe“ und Messlatte darstellen, ob das Schiedsgericht alles richtig gemacht hat.

⁴² OGH 18.12.2002, 7 Ob 265/02z; zu einem detaillierten Judikaturüberblick siehe Pitkowitz, Aufhebung von Schiedssprüchen, Rz 195 ff. Wieso hier an das rechtliche Gehör in Schiedsverfahren geringere Anforderungen gestellt werden als in Verfahren vor staatlichen Gerichten, wird zu Recht kritisiert; vgl Reiner, Schiedsverfahren und rechtliches Gehör, ZfRV 2003, 52 (59).

⁴³ OGH 13.1.1955, 2 Ob 422/54.

⁴⁴ OGH 4.5.1928, 4 Ob 80/28.

⁴⁵ OGH 9.5.1978, 5 Ob 580/78.

⁴⁶ Pitkowitz, Aufhebung von Schiedssprüchen, Rz 327.

⁴⁷ OGH 24.7.1997, 6 186/97i.

⁴⁸ BGBl 1961/200.

⁴⁹ Zur Situation in der Türkei vgl Eksi, A Critical Analysis of the Precedents of the Turkish Court of Appeal Relating to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards, in Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler, Austrian Arbitration Yearbook 2008, 467; zur Schweiz siehe Brown-Berset, Enforcement and Execution of Arbitral Awards: A Swiss Perspective, in Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler, Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, 181.

⁵⁰ Bei Vollstreckung in Österreich liegt ja kein „ausländischer“ Schiedsspruch vor, der Voraussetzung für die Anwendbarkeit der New Yorker Konvention ist.

⁵¹ Steindl in H. Torggler, Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, 260; Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz², § 611 ZPO Rz 55.

⁵² Steindl in H. Torggler, Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, 260.

⁵³ Appellationsgericht Basel-Stadt 27.2.1989, YCA 1992, 583.

⁵⁴ OLG Hamburg 26.1.1989, YCA 1992, 496; Basler Obergericht 3.6.1971, YCA 1979, 310; Bundesgericht 12.1.1989, YCA 1990, 512; Fouchard/Gaillard/Goldman, International Commercial Arbitration (1999) 986.

⁵⁵ OLG Köln 10.6.1976, YCA 1979, 259.

⁵⁶ LG Bremen 20.1.1983, YCA 1987, 486.

⁵⁷ OLG Hamburg 3.4.1975, YCA 1977, 241; Amsterdamer Berufungsgericht 16.7.1992, XIX Y.B. COM. ARB. 708 1994.

⁵⁸ Born, International Commercial Arbitration (2009) 847.

⁵⁹ Horvath, Guerilla Tactics, 306; Born, International Commercial Arbitration, 847 mwN.

⁶⁰ BGBl 1964/107. Dieses Übereinkommen kommt bekanntlich bei bereits entstandenen oder künftig entstehenden Streitigkeiten aus internationalen Handelsgeschäften zwischen natürlichen oder juristischen Personen zur Anwendung, sofern diese bei Abschluss der Vereinbarung ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Sitz in verschiedenen Vertragsstaaten haben.

⁶¹ OGH 20.10.1993, 3 Ob 117/93.

⁶² Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ (2005) Kap 57 Rz 26 ff.

⁶³ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz², § 611 ZPO Rz 46.

⁶⁴ OGH 26.1.2005, 3 Ob 221/04b; 20.10.1993, 3 Ob 117/93; Kaiser, Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961 (1977) 176.

V. Checklist für Schiedsrichter

Wie also soll ein Schiedsgericht sich konkret verhalten, wenn es mit einem untätigen Beklagten zu tun hat? Die folgenden Punkte mögen – wie bei Checklisten von Juristen für Juristen üblich, selbstverständlich ohne Anspruch auf Vollständigkeit – eine kleine Hilfestellung geben, um auch in solchen Verfahren den Geist der Schiedsgerichtsbarkeit zu wahren, aber dennoch rasch und professionell vorzugehen.

- Die Frage, ob überhaupt eine rechtswirksame Schiedsvereinbarung vorliegt, ist vom Schiedsgericht vorab jedenfalls genau und selbständig zu prüfen.
- Das Schiedsgericht darf die Nichtbeteiligung des Beklagten nicht als Zugeständnis der Richtigkeit des Standpunktes des Klägers werten.
- Das Recht auf Gehör ist in jedem Stadium des Verfahrens zu wahren.
- Daher kann zunächst vom Vorsitzenden durchaus versucht werden, mit der untätigen Partei oder deren Vertreter per E-Mail oder – mit Wissen und Zustimmung der anderen Partei – auch telefonisch direkt in Kontakt zu treten, um diese von den anstehenden Terminen zu informieren oder in eine Telefonkonferenz einzubeziehen. Solche Kontaktaufnahmen erfolgen selbstverständlich unparteilich, geben der schiedsbeklagten Partei keine zusätzliche Information, über die der Schiedskläger nicht auch gleichermaßen verfügt, und sind im Akt zu dokumentieren.
- Jede prozessleitende Verfügung, jedes Protokoll, jedes Ergebnis der Beweisaufnahme und jede Verständigung sind auch an die säumige Partei zuzustellen, und zwar – selbst wenn E-Mail die vom Schiedsgericht bevorzugte Kommunikationsform ist – sowohl per E-Mail als auch – sicherheitshalber – per Post oder Kurierdienst mit Rückschein,⁶⁵ sodass ein Nachweis über die ordnungsgemäße Zustellung jedenfalls im Schiedsakt liegt.
- Es ist – wie auch in „normalen“ Verfahren mit kooperierenden Parteien – sehr wohl für das Schiedsgericht möglich, Schriftsätze zu befristen, neues Vorbringen und neue Beweismittel sowie Anträge ab einem bestimmten, vorweg festgelegten Zeitpunkt zu präkludieren. Die säumige Partei ist von einer solchen Verfügung des Schiedsgerichts ebenso zu verständigen wie die kooperierende Partei.
- Auch wenn seitens des Schiedsgerichts nicht mehr ernstlich mit einer Beteiligung der säumigen Partei gerechnet wird, sind doch alle ihr eingeräumten Fristen abzuwarten, und es darf vor deren Ablauf nicht entgegen vorheriger Festlegungen vorschnell mit dem Prozessprogramm fortgefahren werden.
- Selbstverständlich ist auch die säumige Partei zu allen Verhandlungen ordnungsgemäß und nachweislich zu laden.

⁶⁵ W. Jahnel/Vázquez Pozón, Specific Issues Regarding the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Spain, in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Arbitration Yearbook 2009, 435.

- Selbst wenn die schiedsklagende Partei dies nicht beantragt, ist daran zu denken, vorsichtsweise durch Entscheidung des Schiedsgerichts eine mündliche Verhandlung anzuberaumen.
- Die Verhandlung selbst ist mit besonderer Genauigkeit zu protokollieren; bei Nichtbeteiligung einer Partei aus dem angloamerikanischen Raum empfiehlt sich unter Umständen vorsichtsweise die Anfertigung eines *Word-to-word*-Protokolls durch einen *court reporter*, um dem späteren Einwand einer nicht ordnungsgemäßen oder überraschenden Art der Protokollierung vorzubeugen und außerdem gut dokumentiert zu sein.
- Bei der Beweisaufnahme ist besonderes Augenmerk darauf zu lenken, auch den Standpunkt der nicht am Verfahren teilnehmenden Partei zu berücksichtigen und die Beweisergebnisse nicht vorweg einseitig zu würdigen. Umgekehrt muss das Schiedsgericht selbstverständlich die vorliegenden Beweisergebnisse nicht strenger würdigen, als dies auch in „normalen“ Verfahren mit kooperierenden Beteiligten der Fall wäre.
- Ergeben sich im Laufe des Verfahrens Neuerungen, insb. neues Vorbringen oder neue rechtliche Aspekte, so ist der Beklagte – unter Umständen sogar unter Abgehen von einem vorweg festgelegten Terminplan – davon zu verständigen und es ist ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- Fristen für die klagende und beklagte Partei sind trotz der Säumnis des Beklagten – auch in zeitkritischen Verfahren⁶⁶ – jedenfalls gleich lang zu bemessen und müssen eine angemessene Reaktion erlauben.
- Beteiligt sich der Beklagte dann zu einem sehr späten Zeitpunkt doch noch am Verfahren, ist vom Schiedsgericht unter Berücksichtigung aller Umstände genau zu prüfen und zu begründen, ob ein dann erstmals erstattetes neues Vorbringen trotz allenfalls bereits versäumter Fristen doch noch berücksichtigt werden soll. Dies wird auch davon abhängen, ob die klagende Partei allenfalls ihrerseits erst zu einem späten Zeitpunkt neues Vorbringen erstattet hat und ob die beklagte Partei ihre bisherige Säumnis mit triftigen Gründen rechtfertigen kann.

Je nach Lage der Dinge ist es selbstverständlich auch möglich, weniger „vorsichtig“ vorzugehen. Jedoch sollte das Schiedsgericht immer daran denken, dass ein Schiedsspruch, der angefochten wird oder letztlich nicht vollstreckbar ist, schon für das Schiedsgericht selbst jedenfalls kein Ruhmesblatt ist. Und für den Schiedskläger wäre das ein echter „Pyrrhussieg“.

⁶⁶ I. Welsler/Klaussegger, Fast Track Arbitration: Just fast or something different? in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Arbitration Yearbook 2009, 259; Fiebinger/Gregorich, Arbitration on Acid: Fast Track Arbitration in from a Practical Perspective, in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Arbitration Yearbook 2008, 237; Steindl, The Development of Due Process Under the New York Convention, in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler*, Austrian Arbitration Yearbook 2008, 255.