

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
 MARCO DARMON  
 vom 19. Februar 1991 \*

Herr Präsident,  
 meine Herren Richter!

1. Die Auslegung des Brüsseler Übereinkommens (im folgenden: Übereinkommen) bringt zahlreiche Schwierigkeiten mit sich, denn die dieser Materie eigene Komplexität verbindet sich mit der Verwendung von Begriffen, die in den nationalen Rechten zwar genau, indessen häufig voneinander abweichend definiert sind, was Sie häufig bewegen hat, eine autonome Bedeutung herauszuarbeiten. Bei der Bewältigung dieser Aufgabe stellen die Ziele des Übereinkommens — Sicherstellung der „Freizügigkeit der Urteile“ — feste Bezugspunkte dar, die es gestatten, Lösungen zu verwerfen, die zur Vervielfältigung von Verfahren vor verschiedenen Gerichten führen und die damit verbundene Gefahr der Unvereinbarkeit von Entscheidungen heraufbeschwören könnten!

2. Dieses beständige und wohlbegründete Anliegen Ihrer Rechtsprechung stößt indessen auf eine offensichtliche Grenze, die vom Anwendungsbereich des Übereinkommens selbst gezogen wird. Das vorliegende Vorabentscheidungsverfahren zur Tragweite des Artikels 1 Absatz 2 Nr. 4 des Übereinkommens, der die Schiedsgerichtsbarkeit von seinem Anwendungsbereich ausnimmt, soll Anlaß sein, daran zu erinnern, daß Ihre Auslegung des Übereinkommens, wie konstruktiv und zielbestimmt sie auch sein mag, nicht dazu führen darf, sich von Wortlaut,

Aufbau und Sinnzusammenhang seiner Vorschriften frei zu machen.

3. Anlaß für diese Vorbemerkungen waren mir gewisse vorliegend vorgetragene Analysen, die sich in etwas ritueller Weise auf die Zielsetzungen des Übereinkommens beriefen und dabei alle anderen Erwägung beiseite ließen, auch wenn die Logik dieses Übereinkommens und die Besonderheiten des hier angesprochenen Problems — die internationale Schiedsgerichtsbarkeit — solche nahelegen würden. Insoweit kann die hier gegebene Schwierigkeit nicht angegangen werden, ohne zuerst auf die grundlegende Bedeutung hinzuweisen, die der Schiedsgerichtsbarkeit heute im Rahmen der „internationalen Gemeinschaft der Kaufleute“ zukommt, um hier einen von der Lehre geprägten Ausdruck zu verwenden<sup>2</sup>. Als Beitrag zur Ausweitung des Welthandels ist die internationale Schiedsgerichtsbarkeit weltweit „die am häufigsten verwandte Methode zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten des internationalen Handels“<sup>3</sup> geworden. Diese ausgeprägte Tendenz<sup>4</sup> kann durch folgende Bestimmungen der Schlußakte der Konferenz von Helsinki (KSZE) vom 1. August 1975 beispielhaft belegt werden:

„Die Teilnehmerstaaten, in der Erwägung, daß die schnelle und gerechte Schlichtung von Streitfällen, die aus Geschäften des Waren- und Dienstleistungsverkehrs und Verträgen über industrielle Kooperation entste-

\* Originalsprache: Französisch.

1 — Vgl. z. B. das Urteil vom 8. Dezember 1987 in der Rechtssache 144/86 (Gubisch, Slg. 1987, 4861), in dem Sie einen autonomen und extensiven Begriff der Rechtshängigkeit entwickelt haben; vgl. zu diesem Urteil insbesondere H. Gaudemet-Tallon, in: *RCDIP*, 1988, S. 371; A. Huet, in: *Clunet*, 1988, S. 537; H. Linke, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1988, S. 818, 822.

2 — P. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris 1965, S. 25.

3 — P. Mayer, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, in: *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1989, V, Band 217, S. 321, Martinus Nijhof, 1990.

4 — Zum weltweiten Rückgriff auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit vgl. insbesondere M. Gaudet: *L'arbitrage, travaux offerts au professeur Albert Fetweis*, Story-Scientia 1989, S. 339 ff.

hen können, zur Erweiterung und Erleichterung des Handels und der Zusammenarbeit beitragen würde, in der Erwägung, daß die Schiedsverfahren zur Beilegung solcher Streitfälle zweckmäßig sind, empfehlen, wo angebracht, Organisationen, Unternehmen und Gesellschaften in ihren Ländern, Schiedsklauseln in Verträge über Handelsgesellschaften und industrielle Kooperation oder in Sonderabmachungen aufzunehmen; empfehlen, daß in den Schiedsklauseln ein Schiedsverfahren gemäß einem gegenseitig annehmbaren System von Schiedsregeln sowie die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens in einem dritten Land vorgesehen werden, wobei bestehende zwischenstaatliche und andere Abkommen in diesem Bereich Berücksichtigung finden.“

can also appoint a person of their choice having expert knowledge in the field.

...

These or other advantages are only potential until the necessary legal framework can be internationally secured. This legal framework should at least provide that the commitment to arbitrate is enforceable and that the arbitral decision can be executed in many countries, precluding the possibility that a national court review the merits of the decision.“

4. Der Autor eines bedeutenden Werkes über das New Yorker Übereinkommen von 1958<sup>5</sup> — wichtigstes mehrseitiges Rechtsinstrument des Schiedsgerichtswesens — stellt mustergültig die tiefgreifenden Bedürfnisse dar, denen der Rückgriff auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gerecht wird und die deren klare Sonderstellung im Verhältnis zu nationalen Schiedsverfahren kennzeichnen:

„The foreign court can be an alien environment for a businessman because of his unfamiliarity with the procedure which may be followed, the laws to be applied, and even the mentality of the foreign judges. In contrast, with international commercial arbitration parties coming from different legal systems can provide for a procedure which is mutually acceptable. They can anticipate which law shall be applied: a particular law or even a *lex mercatoria* of a trade. They

5. Die Entscheidung, zu der Sie vorliegend aufgerufen sind, wird nicht ohne Auswirkung auf die Rechtssicherheit bleiben, die der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Gebiet der Gemeinschaft geboten wird. Einige der Ihnen nahegelegten Thesen können, wenn Sie sich ihnen anschließen sollten, anerkannte Grundsätze in Frage stellen und auf unbestimmte Zeit Unruhe in die Erwartungen in diesem Bereich bringen. Übrigens gibt es im Gebiet der Europäischen Gemeinschaft, wie dem Gerichtshof nicht verborgen geblieben sein wird, größere internationale Schiedsplätze, deren Entwicklung in jüngster Zeit durch eine verstärkte Tätigkeit in Lehre, Gesetzgebung und Rechtsprechung begünstigt worden ist. Größte Sorgfalt muß daher der Prüfung des Problems gewidmet werden, das die Vorlagefrage des Court of Appeal aufwirft.

<sup>5</sup> — A. J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, T. M. C. Asser Institut, Den Haag, 1981, S. 1.

6. Der Römische Vertrag bestimmt in Artikel 220 (und das Gemeinschaftsrecht weist

im übrigen durchaus Beziehungen zur Schiedsgerichtsbarkeit auf<sup>6)</sup>:

„Soweit erforderlich, leiten die Mitgliedstaaten untereinander Verhandlungen ein, um zugunsten ihrer Staatsangehörigen folgendes sicherzustellen:

...

— die Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche.“

7. Trotz der Fassung dieser Vorschrift hat das Brüsseler Übereinkommen in seinem insoweit durch die Beitrittsübereinkommen unverändert gelassenen Artikel 1 festgelegt:

„Dieses Übereinkommen ist in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, ohne daß es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt ...

Es ist nicht anzuwenden auf:

6 — Zu einer Gesamtanalyse der Beziehungen zwischen Gemeinschaftsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit vgl. insbesondere R. Kovar, *Droit communautaire de la concurrence et arbitrage*, in: *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, 1982, S. 109; L. Goffin, *Arbitrage et droit communautaire*, in: *L'arbitrage, travaux offerts au professeur Albert Fetweis*, a. a. O., S. 159; X. de Mello, *Arbitrage et droit communautaire*, in: *Revue de l'arbitrage*, 1982, S. 349. Erinnert sei daran, daß Sie in Ihrem Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 102/81 (Nordsee, Slg. 1982, 1095) eine Vorlage eines Schiedsgerichts nach Artikel 177 für ausgeschlossen erklärt haben.

1) den Personenstand, die Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie die gesetzliche Vertretung von natürlichen Personen, die ehelichen Güterstände, das Gebiet des Erbrechts einschließlich des Testamentsrechts;

2) Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren;

3) die soziale Sicherheit;

4) die *Schiedsgerichtsbarkeit*<sup>7)</sup>.

8. Ohne bereits hier die Frage aufzugreifen, welche Bedeutung dieser Vorschrift zukommt, sei doch an die Gründe erinnert, die der Bericht des Ausschusses der Sachverständigen, die den Entwurf des Übereinkommens erarbeitet haben, darlegt:

„Dieses Rechtsgebiet, das in Artikel 220 des EWG-Vertrags ausdrücklich erwähnt wird, ist bereits in zahlreichen internationalen Abkommen geregelt. Ferner hat der Europarat ein Europäisches Übereinkommen ausgearbeitet, das als einheitliches Gesetz (*loi uniforme*) in Kraft treten und in einem Zusatzprotokoll die Anerkennung und Vollstreckung in stärkerem Maße als das New Yorker Übereinkommen erleichtern soll“<sup>8)</sup>.

7 — Hervorhebung von mir.

8 — Bericht von P. Jenard zu dem Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 1979, C 59, S. 1, 13). Vgl. auch den Bericht von Professor D. Evrigenis und K. D. Kerameus über den Beitritt der Republik Griechenland zum Übereinkommen (ABl. 1986, C 298, S. 1, 10): „Die Schiedsgerichtsbarkeit, ein in Zivil- und vor allem in Handelssachen herangezogenes Rechtsinstitut, ist deshalb vom Anwendungsbereich ausgeschlossen worden (Artikel 1 Absatz 2 Nummer 4), weil sie in zahlreichen multilateralen internationalen Übereinkünften geregelt ist.“

9. Ein kurzer historischer Rückblick auf die Entstehung der internationalen Übereinkommen im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist hier angezeigt<sup>9</sup>. Bis in die Jahre nach dem ersten Weltkrieg war das einschlägige Recht nahezu ausschließlich<sup>10</sup> den nationalen Rechten vorbehalten, die sich nach dem Vorbild der Gerichte häufig dem Schiedswesen abgeneigt zeigten. Die im Anschluß an den ersten Weltkrieg einsetzende Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sollte zu einer umfangreichen internationalen Rechtsetzungstätigkeit unter der Ägide des Völkerbundes führen<sup>11</sup>. Der Abschluß des Genfer Protokolls von 1923<sup>12</sup>, das die Gültigkeit der seinerzeit nach vielen nationalen Rechten verbotenen Schiedsklauseln bestätigte und eine Verpflichtung der staatlichen Gerichte schuf, bei einem Rechtsstreit, für den eine Schiedsklausel vereinbart worden war, auf das Schiedsverfahren zu verweisen, und 1927 der Abschluß des Genfer Abkommens zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche<sup>13</sup> bewirkten eine Verbesserung der Rechtslage in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.

10. Einige restriktive Aspekte dieser Übereinkommen schränkten indessen ihren Beitrag zu einem voll zufriedenstellenden Funktionieren der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein<sup>14</sup>. Insbesondere die anerkannte Auslegung des Artikels 1 des Genfer Abkommens von 1927, wonach der anzuerkennende oder zur Vollstreckung zuzulassende Schiedsspruch in dem Land, in dem er ergangen war, eine endgültige Entscheidung darstellen mußte, führte häufig zur Forderung eines „doppelten Exequatur“ einmal

der Gerichte des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen war, und zum anderen der Gerichte des Staates, in dem die Anerkennung beantragt wurde. Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges wurde daher die Suche nach internationalen Lösungen fortgesetzt. Im Rahmen der Arbeiten des Wirtschafts- und Sozialausschusses der Vereinten Nationen sollte so der Entwurf des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 erarbeitet werden. Dieses Übereinkommen, das im Vergleich zu den Genfer Übereinkommen<sup>15</sup> zahlreiche und bedeutende Änderungen bringt, befaßt sich mit zwei wesentlichen Facetten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: der Wirksamkeit von Schiedsabreden<sup>16</sup> und der Vollstreckung von Schiedssprüchen. Hervorzuheben ist insbesondere, daß das Erfordernis eines „doppelten Exequatur“ beseitigt wurde. Mehr als 80 Staaten, darunter elf Staaten der EWG<sup>17</sup>, sind diesem Übereinkommen, dem Motor der zeitgenössischen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, beigetreten.

„The modern tendency is for a coming together of the different systems of law which govern the procedural aspects of international commercial arbitration and the recognition and enforcement of international awards. This is partly because of the unifying effect of conventions on arbitration, most importantly the New York Convention“<sup>18</sup>.

„The New York Convention ... is easily the most important international treaty relating to international commercial arbitration. The general level of success of the convention

15 — Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 9.

16 — Sie wird in Artikel II, Absatz 3 des Übereinkommens garantiert: „Wird ein Gericht eines Vertragsstaates wegen eines Streitgegenstandes angerufen, hinsichtlich dessen die Parteien eine Vereinbarung im Sinne dieses Artikels getroffen haben, so hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien sie auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, daß die Vereinbarung hinsichtlich, unwirksam oder nicht erfüllbar ist.“

17 — Portugal, das die Genfer Abkommen gezeichnet hat, gehört bis heute nicht dem New Yorker Übereinkommen an.

18 — A. Redfern und M. Hunter, *Law and Practice of international commercial arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 1986, S. 43.

9 — Vgl. insbesondere A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 6 ff.

10 — Bilaterale Abkommen sind allerdings insbesondere zwischen europäischen Staaten seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts geschlossen worden.

11 — Und auf Initiative der Internationalen Handelskammer, die eine besonders aktive Rolle im zeitgenössischen Prozeß der Ausarbeitung internationaler Übereinkommen über die Schiedsgerichtsbarkeit gespielt hat.

12 — Völkerbund, *Recueil des traités*, 158 (1924).

13 — Völkerbund, *Recueil des traités*, 302 (1929-1930).

14 — Vgl. hierzu A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 7.

may be seen as one of the factors responsible for the rapid development over recent decades of arbitration as a mean of resolving international trade disputes<sup>19</sup>.

11. Neben dem New Yorker Übereinkommen als einem überaus wichtigen Instrument der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sind ferner die Möglichkeiten des neueren Modellgesetzes der Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law) von 1985 über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit<sup>20</sup> zu erwähnen, dessen Bestimmungen einen Bezugsrahmen für die nationalen Rechtsvorschriften<sup>21</sup> über den Schiedsvertrag, die Konstituierung des Schiedsgerichts, den Gang des Schiedsverfahrens, die Fällung der Schiedssprüche, deren Anfechtung sowie ihre Anerkennung und Vollstreckung bieten. Entsprechend der Entwicklung der nationalen Rechte folgt das Modellgesetz dem Grundsatz der „Kompetenz-Kompetenz“<sup>22</sup> des Schiedsgerichts, dem zufolge dieses selbst vorbehaltlich späterer gerichtlicher Überprüfung über seine eigene Zuständigkeit befinden kann.

„In adopting the concept of ‚competence/competence‘, the Model Law has recognised the general trend of modern national legal systems, and of international conventions, which allow an arbitral tribunal to determine its own jurisdiction. However, the Model Law does not give an arbitral tribunal the final word; there is position for concurrent control by the court specified by article 6“<sup>23</sup>.

19 — A. a. O., S. 362.

20 — Vgl. hierzu Jarvion, La loi-type de la Cnudci, in: *Revue de l'arbitrage*, 1986, S. 509; Fouchard, La loi-type de la Cnudci sur l'arbitrage commercial international, in: *Clunet*, 1987, S. 861; Redfern und Hunter, a. a. O., S. 402 ff.

21 — Zu einem Beispiel der gesetzlichen Übernahme des Modellgesetzes vgl. A. Alvarez, La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international, in: *Revue de l'arbitrage*, 1986, S. 529.

22 — Vgl. zu dieser Frage insbesondere Fouchard, a. a. O., S. 135 ff.; Mayer, a. a. O.; Redfern und Hunter, a. a. O., S. 213-215; Mustill und Boyd, *Commercial arbitration*, London, Butterworths, 1982, S. 516.

23 — Redfern und Hunter, a. a. O., S. 395.

12. Neben diesen Instrumenten<sup>24</sup> gibt es zahlreiche regionale Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Zwei Übereinkommen sind hier anzuführen, um bei Europa zu bleiben: das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961<sup>25</sup> sowie das Europäische Übereinkommen zur Einführung eines einheitlichen Gesetzes über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 20. Januar 1986 (Straßburger Übereinkommen)<sup>26</sup>. Das erstgenannte Übereinkommen beschränkt als Ergänzung des New Yorker Übereinkommens die Gründe für eine Versagung der Anerkennung oder Vollstreckung von Schiedssprüchen. Genauer gesagt kann die Aufhebung des Schiedsspruchs durch Gerichte des Staates, in dem er ergangen ist, die Versagung der Anerkennung nur rechtfertigen, wenn sie aus bestimmten besonderen Gründen erfolgt ist<sup>27</sup>. Im übrigen verankert das Europäische Übereinkommen von 1961 insbesondere den Grundsatz der „Kompetenz-Kompetenz“ der Schiedsgerichte und regelt den Fall der Rechtshängigkeit zwischen Schiedsgericht und später angerufenen staatlichen Gerichten. Diesem Übereinkommen sind 20 Staaten — hierunter sieben der Gemeinschaft<sup>28</sup> — beigetreten. Demgegenüber hat das Straßburger Übereinkommen nicht den erhofften Erfolg gehabt, da nur ein einziger Staat, nämlich Belgien, es bis heute ratifiziert hat.

13. Parallel hierzu haben die nationalen Rechte zunehmend die Bedürfnisse der in-

24 — In diesem Zusammenhang ist auch das Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten von 1965, das sog. Weltbankübereinkommen, zu nennen (Vereinte Nationen, *Recueil des traités*, 1966, Band 575, S. 160, Nr. 8359 = BGBl. 1969 II, 369); dieses Übereinkommen gilt für alle unmittelbar mit einer Investition zusammenhängenden Streitigkeiten zwischen einem Vertragsstaat und einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaats.

25 — Vgl. zu diesem Übereinkommen insbesondere D. Hascher, *Commentary on the European Convention on Commercial Arbitration*, in: *Yearbook Commercial Arbitration*, Band XV, 1990, S. 619.

26 — *Série des Traités et Conventions Européens*, 1966, Nr. 56; BGBl. 1964 II, 425.

27 — Artikel IX des Übereinkommens.

28 — Belgien, Dänemark, Deutschland, Spanien, Frankreich, Italien und Luxemburg; der Beitritt zum Übereinkommen steht nichteuropäischen Staaten offen.

ternationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit anerkannt und der Willensfreiheit im internationalen Rechtsleben Geltung verschafft. Diese Tendenz zeigt sich besonders klar in Europa und wird sowohl im Bereich der Gesetzgebung<sup>29</sup> als auch in der Haltung der staatlichen Gerichte deutlich, die ohne Vorbehalte gegenüber der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sind.

14. „It used occasionally to be suggested that the English courts were hostile to the process of arbitration. Whether this was ever true, in the distant past, it is a matter of opinion. What must be clear, to anyone reading the judgments delivered during the past 60 years, is that this is now a complete misconception“<sup>30</sup>.

Diese Stellungnahme, die den britischen Gerichten gilt, könnte zweifellos auf die große Mehrzahl der Gerichte der anderen Staaten übertragen werden.

15. So sieht also — in sehr groben Zügen gezeichnet, die durch eine Beschreibung der

29 — Das letzte Jahrzehnt hat eine Fülle nationaler Reformen zur Förderung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gesehen; so hat der Arbitration Act 1979 im Vereinigten Königreich Aufhebungsklagen gegen internationale Schiedssprüche beträchtlich eingeschränkt; die französische Reform von 1981 ist durch sehr großen Liberalismus im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gekennzeichnet, ebenso das belgische Gesetz von 1985 und das portugiesische Gesetz von 1986; vgl. auch das italienische Gesetz von 1983, die deutschen und niederländischen Gesetze von 1986 zur Modernisierung der Schiedsgerichtsbarkeit sowie das spanische Gesetz von 1988; vgl. außerhalb der Gemeinschaft das Schweizer Bundesgesetz über das internationale Privatrecht von 1987.

30 — Mustill und Boyd, a. a. O., S. 7; dieses Zitat erinnert unweigerlich an die Aussage der sehr wichtigen Entscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten in der Sache *Mitsubishi/Soler*, 105 U. S. 3346 (1985), in der die Schiedsfähigkeit von auf den Sherman Act gestützten Klagen im Rahmen eines Rechtsstreits über ein internationales Handelsgeschäft anerkannt wurde: „... die Zeiten sind vorbei, als richterliches Mißtrauen gegenüber der Erwünschtheit und der Entscheidungsbefugnis von Schiedsgerichten die Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit als eines alternativen Mittels der Beilegung von Streitigkeiten behinderte“; vgl. zu diesem Urteil insbesondere J. Robert, Une date dans l'extension de l'arbitrage, l'arrêt *Mitsubishi/Soler*, in *Revue de l'arbitrage*, 1986, S. 173 und die Nachweise bei T. E. Carbonneau, *Le droit américain de l'arbitrage*, in: *L'arbitrage, travaux offerts au professeur Albert Fétweis*, a. a. O., S. 210, Fn. 20.

wesentlichen Aufgaben der ständigen Schiedsgerichte und des Entstehens einer neuen „lex mercatoria“<sup>31</sup> ergänzt werden müßten — das allgemeine Bild einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit aus, die unter zunehmender Loslösung aus jedem staatlichen Bezugsrahmen nach Ansicht einiger Beobachter eine Tendenz zur „Denationalisierung“ oder auch zur „Delokalisierung“ aufweist<sup>32</sup>.

16. Der vorliegenden Vorabentscheidungs-sache kommt, da sie die erste Vorlage eines britischen Gerichts zum Brüsseler Übereinkommen ist, zugleich aber auch die erste Gelegenheit für den Gerichtshof darstellt, sich zur Tragweite des Ausschlusses der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Anwendungsbereich des Übereinkommens zu äußern, unter diesen beiden Gesichtspunkten eine beträchtliche Bedeutung zu<sup>33</sup>. Sie geht auf einen Sachverhalt zurück, der zum richtigen Verständnis der anstehenden Probleme in Erinnerung gerufen werden muß.

31 — Zur lex mercatoria vgl. insbesondere B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in: *Archives de philosophie du droit*, 1964, S. 177; ders., *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux; réalités et perspectives*, in: *Clunet*, 1979, S. 475; M. Mustill, *The New Lex mercatoria*, in: *Liber amicorum for Lord Wilberforce*, ed. Bos und Brownlie, 1987; J. Paulsson, *La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI*, in: *Revue de l'arbitrage*, 1990, S. 55; zu kritischen Thesen vgl. insbesondere P. Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, in: *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, 1982, S. 125, und die bei Paulsson, a. a. O., S. 57, Fn. 11 zitierten Autoren.

32 — Zur Delokalisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vgl. insbesondere Fouchard, a. a. O., S. 22 ff.; J. Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*, in: (1981) 30 *International and Comparative Law Quarterly* 358; ders., *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters*, in: (1983) 32 *International and Comparative Law Quarterly*, 53; Sanders, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, in: *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, 1975, Band II, S. 207; zu einer kritischen Analyse dieser Theorie vgl. insbesondere Redfern und Hunter, a. a. O., S. 55 ff.; Park, *The lex fori arbitri and International Commercial Arbitration*, in: (1983) 32 *ICLQ*; A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 29 ff.

33 — Vgl. in diesem Zusammenhang zwei nach dem vorliegenden Ersuchen um Vorabentscheidung erschienene Beiträge: D. R. Thomas, *The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968: An English Perspective*, in: *Journal of International Arbitration*, 1990, S. 44, der sich für die Lösung ausspricht, das Verfahren vor dem vorliegenden Gericht vom Anwendungsbereich des Übereinkommens auszunehmen, und M. J. Bonell in: *Le Corte Inglesi e i contratti commerciali internazionali: English law and jurisdiction über alles? Diritto del commercio internazionale, Pratica internazionale e diritto interno*, 1989, S. 329, der die entgegengesetzte These vertritt.

17. Mit Fernschreiben vom 23. Januar 1987 bot die Marc Rich & Co. AG (im folgenden: Marc Rich) der Società Italiana Impianti SA (im folgenden: SII) an, von ihr iranisches Rohöl zu kaufen. Am 25. desselben Monats nahm die letztgenannte den Kaufantrag unter Vorbehalt von Zusatzbedingungen an, die anscheinend von Marc Rich am 26. Januar angenommen wurden, zu welchem Zeitpunkt die SII einen vollständigen Vertrag als abgeschlossen betrachtete. Am 28. Januar sandte Marc Rich ein neues Fernschreiben, das Einzelheiten bezüglich der Vertragsbedingungen und die nachstehende Klausel enthielt:

„Anwendbares Recht und Schiedsgerichtsbarkeit

Für Auslegung, Wirksamkeit und Erfüllung dieses Vertrags gilt englisches Recht. Beim Auftreten von Streitigkeiten zwischen Käufer und Verkäufer ist die Streitfrage drei Personen in London vorzulegen. Davon ist je eine von den Parteien dieses Vertrags zu benennen und die dritte durch die beiden auf diese Weise ausgewählten Personen; ihre Entscheidung oder die Entscheidung von zwei dieser Personen ist endgültig und für beide Vertragsparteien verbindlich.“

Dieses Fernschreiben blieb anscheinend ohne Antwort.

18. Einige Tage später begann die Verladung des Öls auf das Schiff „Atlantic Emperor“, die am 6. Februar abgeschlossen war. Anscheinend noch am selben Tag beanstandete Marc Rich eine erhebliche Verunreinigung der Ladung mit einem angeblichen Schaden von über 7 Millionen USD.

19. Am 18. Februar erhob die italienische Gesellschaft in Italien Klage auf Feststellung, daß sie gegenüber Marc Rich in keiner Weise hafte. Die Klage wurde dieser Gesellschaft am 29. Februar 1988 zugestellt, die am gleichen Tag unter Benennung ihres Schiedsrichters ein Schiedsverfahren in London anhängig und am 4. Oktober 1988 unter Berufung auf die Schiedsklausel die Unzuständigkeit des italienischen Gerichts geltend machte. Im übrigen rief Marc Rich später unmittelbar den italienischen Kassationshof an, um die Unzuständigkeit der italienischen Gerichte wegen der Schiedsabrede feststellen zu lassen. Da die SII keinen Schiedsrichter benannt hatte, erhob Marc Rich am 20. Mai 1988 Klage auf Ernennung eines Schiedsrichters durch den High Court nach Maßgabe des Arbitration Act 1950. Das britische Gericht ließ die Zustellung der Klageschrift an die SII in Italien zu. Am 8. Juli 1988 beantragte die italienische Gesellschaft die Aufhebung dieser Zulassung und machte geltend, daß der wahre Streit zwischen den Parteien der Frage gelte, ob der betreffende Vertrag eine Schiedsklausel enthalte oder nicht. Ein solcher Rechtsstreit falle unter das Brüsseler Übereinkommen und müsse daher in Italien entschieden werden. Marc Rich entgegnete, der Rechtsstreit falle nicht in den Anwendungsbereich des Übereinkommens, weil Artikel 1 die Schiedsgerichtsbarkeit ausnehme.

20. Richter Hirst entschied, das Übereinkommen sei vorliegend nicht anzuwenden, der Vertrag unterliege englischem Recht und die Zustellung im Ausland sei zuzulassen. Gegen diese Entscheidung wurde Berufung eingelegt. Obwohl die Parteien des Ausgangsverfahrens anscheinend einer Vorlage zur Vorabentscheidung abgeneigt waren und den Court of Appeal zur eigenen Entscheidung über die Auslegung des Übereinkommens aufforderten, hat das Gericht dem Gerichtshof drei Fragen vorgelegt:

- 1) Gilt die Ausnahme in Artikel 1 Nr. 4 des Übereinkommens
- a) für alle Rechtsstreitigkeiten oder gerichtlichen Entscheidungen und, wenn ja,
- b) für Rechtsstreitigkeiten oder gerichtliche Entscheidungen, in denen es um die Frage geht, ob überhaupt eine Schiedsvereinbarung besteht?
- 2) Können die Käufer, falls der vorliegende Rechtsstreit unter das Übereinkommen und nicht unter die Ausnahme von der Anwendung des Übereinkommens fällt, gleichwohl nach
- a) Artikel 5 Nr. 1 des Übereinkommens und/oder
- b) Artikel 17 des Übereinkommens
- eine gerichtliche Zuständigkeit in England begründen?
- 3) Hat das erkennende Gericht, falls die Käufer in der Lage sind, eine gerichtliche Zuständigkeit in England auf andere Weise als oben unter Punkt 2 angegeben zu begründen,
- a) sich nach Artikel 21 des Übereinkommens für unzuständig zu erklären oder die Entscheidung auszusetzen oder
- b) die Entscheidung gemäß Artikel 22 des Übereinkommens mit der Begründung auszusetzen, daß das italienische Gericht zuerst angerufen worden ist?
21. Zwei Vorbemerkungen drängen sich auf.
22. Die dem Gerichtshof vorgelegten Gutachten der Herren Jenard und Schlosser legen die erste nahe. Sie haben bekanntlich die jeweiligen Berichte der Sachverständigen verfaßt, die das ursprüngliche Übereinkommen und das Übereinkommen über den Beitritt Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs vorbereitet haben. Unter diesem Gesichtspunkt hat der Gerichtshof diese Berichte berücksichtigt<sup>34</sup>. Erinnert sei ferner daran, daß der Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982<sup>35</sup> für die Auslegung des Übereinkommens durch britische Gerichte ausdrücklich hierauf Bezug nimmt. Dagegen unterliegt es keinem Zweifel, daß den Ihnen heute vorgelegten Äußerungen der Rang einfacher Privatgutachten zukommt, denen naturgemäß lediglich das Gewicht beizumessen ist, das ihnen sachlich zukommt. Diese Klarstellung ist um so unerläßlicher, als Herr Schlosser eine These vertritt, die in allen Punkten der Stellungnahme des von ihm verfaßten amtlichen Berichts zur Anwendung des Übereinkommens auf Rechtsstreitigkeiten über Schiedsvereinbarungen vor staatlichen Gerichten widerspricht.

34 — Vgl. z. B. Urteile vom 26. Mai 1982 in der Rechtssache 133/81 (Ivenel, Slg. 1982, 1891), vom 15. November 1983 in der Rechtssache 288/82 (Duijstee, Slg. 1983, 3663), und vom 27. September 1988 in der Rechtssache 189/87 (Kalfelis, Slg. 1988, 5565).

35 — Part I, section 3 (3) lautet:  
 „3. Interpretations of the Conventions:  
 1) Any question as to the meaning or effect of any provision of the Conventions shall, if not referred to the European Court in accordance with the 1971 Protocol, be determined in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court.  
 2) Judicial notice shall be taken of any decision of, or expression of opinion by, the European Court on any such question.  
 3) Without prejudice to the generality of subsection (1), the following reports (which are reproduced in the Official Journal of the Communities), namely —  
 a) the reports by Mr. P. Jenard on the 1968 Convention and the 1971 Protocol; and  
 b) the report by Professor Peter Schlosser on the Accession Convention,  
 may be considered in ascertaining the meaning or effect of any provision of the Conventions and shall be given such weight as is appropriate in the circumstances.“

23. Die zweite Bemerkung bezieht sich auf den Umfang der Antwort, die Sie auf die erste, vom Court of Appeal in sehr allgemeinen Wendungen formulierte Frage zu geben gedenken. Ihre Fassung könnte Sie dazu bewegen, zahlreiche Fallgestaltungen bezüglich der Tragweite des Ausschlusses der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Anwendungsbereich des Brüsseler Übereinkommens zu untersuchen. Ich denke namentlich an eine heikle Frage, die bei den Verhandlungen vor dem Beitritt des Vereinigten Königreichs aufgetaucht ist<sup>36</sup>. Die Delegation dieses Staates hatte augenscheinlich den Standpunkt vertreten, das Übereinkommen sei nicht auf die Anerkennung und die Vollstreckung eines Sachurteils anzuwenden, das von einem staatlichen Gericht in Unkenntnis des Bestehens einer Schiedsabrede oder unter Verneinung ihrer Gültigkeit erlassen wurde. Wenn dieser Standpunkt auch von den ursprünglichen Mitgliedstaaten nicht geteilt worden zu sein scheint, so hat diese Meinungsverschiedenheit doch jedenfalls nicht zu einer Änderung des Wortlauts des Übereinkommens geführt. Nach dem Schlosser-Bericht können „die neuen Mitgliedstaaten in ihrer Einführungsgesetzgebung die gekennzeichnete Auslegungsunsicherheit in Kauf nehmen“<sup>37</sup>. Wie immer man dies auch sehen mag, es muß jedenfalls festgestellt werden, daß diese Schwierigkeit nichts mit dem vorliegenden Ausgangsverfahren zu tun hat. Mithin schlage ich Ihnen entgegen der Empfehlung der französischen Regierung zu diesem Punkt vor, bei Ihrer Antwort an den Court of Appeal nicht auf diese Frage einzugehen. Ich teile hier die Auffassung der deutschen Regierung, die Ihre Antwort auf die Feststellungen beschränkt sehen will, die für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens dienlich sind.

24. So gesehen richtet sich der Klageantrag von Marc Rich auf die *Ernennung eines Schiedsrichters*, das heißt auf die Konstituie-

rung des Schiedsgerichts. Die SII wirft in ihrer Klagebeantwortung vorab die Frage nach dem *Bestehen einer Schiedsabrede* auf. So stellt sich unbestreitbar der beim vorliegenden Gericht anhängige Rechtsstreit dar, und davon sollten Sie nach meinem Vorschlag bei der Auslegung des Artikels 1 Absatz 2 Nr. 4 des Übereinkommens ausgehen.

25. Es scheint übrigens insoweit eine gewisse Verwirrung eingetreten zu sein, weil die SII in Abrede stellt, daß der beim vorliegenden Gericht anhängige Rechtsstreit die Ernennung eines Schiedsrichters betreffe. Der „hauptsächliche oder eigentliche Streit zwischen den Parteien“ beziehe sich auf das Bestehen einer Schiedsabrede. Ohne Zweifel scheint diese Frage bei diesem Stand des Rechtsstreits wichtiger zu sein. Verfahrensrechtlich betrachtet handelt es sich indessen nur um eine Inzident- oder genauer um eine Vorfrage. Die SII hat selbst in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, *vor* der Ernennung eines Schiedsrichters müsse das Bestehen einer Schiedsabrede geklärt werden. In ihren schriftlichen Erklärungen heißt es:

„Die vom Käufer bei dem britischen Gericht erhobene Klage zielt auf die Ernennung eines Schiedsrichters. Der Käufer kann indessen — dies hat Richter Hirst erklärt und der Käufer hat ihm insoweit nicht widersprochen — eine solche Entscheidung des Gerichts solange nicht erhalten, als er das Bestehen einer gültigen Schiedsabrede nicht nachgewiesen hat“<sup>38</sup>.

Besser läßt sich eine Vorfrage nicht umschreiben.

36 — Vgl. den Schlosser-Bericht, Randnrn. 61 und 62 (ABl. 1979, C 59, S. 92 und 93).

37 — Schlosser-Bericht, a. a. O., Randnr. 61.

38 — S. 44 der Erklärungen.

26. Ich möchte übrigens darauf hinweisen, daß diese den kontinentalen Juristen geläufige Unterscheidung von Vorfrage und Hauptfrage auch von den Juristen des Common Law schon herangezogen worden ist, und zwar gerade in dem uns beschäftigenden Bereich. In einer Entscheidung des High Court — zu den Befugnissen von Schiedsrichtern, deren Zuständigkeit umstritten war — ist die der Sachprüfung vorangehende Frage der Zuständigkeit wie folgt als „preliminary matter“ (Vorfrage) gekennzeichnet worden:

„They are entitled to inquire into the merits of the issue whether they have jurisdiction or not, not for the purpose of reaching any conclusion which will be binding upon the parties — because that they cannot do — but for the purpose of satisfying themselves as a *preliminary matter* whether they ought to go on with the arbitration or not“<sup>39</sup>.

27. Diese — folgerichtige und überzeugende — Analyse, wonach es sich um eine Vorfrage handelt, kann, obwohl sie aus Anlaß der vor dem Schiedsgericht selbst aufgeworfenen Frage seiner Entscheidungsbefugnis formuliert wurde, in diesem Punkt nicht anders ausfallen, wenn sie vor einem staatlichen Gericht auftritt, das einen Schiedsrichter ernennen soll.

28. Nach der von der SII vertretenen These, die weitgehend auf den gutachterlichen Äußerungen der Herren Schlosser und

39 — Christopher Brown LD/Genossenschaft Österreichischer Waldbesitzer und Holzwirtschaftsbetriebe, Registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (1952 C. 3851) 1 Q. B. 8, 12 f. (1954), Hervorhebung von mir.

Jenard beruht, soll das Übereinkommen in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit anwendbar sein. Auf den ersten Blick widerspricht dieser Standpunkt der Lösung, die aus den bislang anerkannten Grundsätzen bezüglich der Anwendung der Ausnahmen vom Übereinkommen herzuleiten wäre und die ich zunächst darstellen möchte. Diese Lösung ist in den schriftlichen Erklärungen der deutschen Regierung erschöpfend dargelegt worden. Sie ist klar und eindeutig. Den Ansatzpunkt der Analyse stellt hier der unbestreitbare Grundsatz dar, wonach „die genannten Sachgebiete ... nur dann ... ausgeschlossen (sind), wenn sie den Gegenstand des Rechtsstreits selbst bilden“<sup>40</sup>.

29. Wir haben gesehen, daß dieser vorliegend die Ernennung eines Schiedsrichters betrifft. Der amtliche Bericht von Herrn Schlosser läßt in diesem Zusammenhang keinerlei Raum für Zweifel:

„Das EuGVÜ bezieht sich nicht auf gerichtliche Verfahren, die einem Schiedsverfahren dienen sollen, wie etwa Verfahren zur Ernennung oder Abberufung von Schiedsrichtern ...“<sup>41</sup>.

So schließen einhellig alle Autoren, die sich mit diesem Punkt befaßt haben, diese Art

40 — Jenard-Bericht, a. a. O., S. 10; P. Bellet, L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du marché commun, in: *Clunet*, 1965, S. 833, 851 und 852.

41 — A. a. O., S. 93, Randnr. 64.

von Verfahren aus dem Anwendungsbereich des Übereinkommens aus<sup>42</sup>.

30. Falls man nicht der radikalen These folgt, wie sie Herr Schlosser neuestens vertritt, wonach das Übereinkommen auf alle vor staatlichen Gerichten ausgetragenen Rechtsstreitigkeiten aus dem Bereich des Schiedswesens Anwendung finden soll, ist jedes Zögern ausgeschlossen: Das Übereinkommen findet auf den Hauptgegenstand des beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits keine Anwendung. Vorher aber hat dieses über die Frage zu entscheiden, ob eine Schiedsvereinbarung getroffen wurde.

31. Nachdrücklich zu betonen ist hier, daß die Zuständigkeit eines Gerichts, das mit einer nicht unter das Übereinkommen fallenden Hauptfrage befaßt ist, zur Entscheidung über eine Vorfrage in keinem Fall durch das Übereinkommen, sondern durch die lex fori geregelt wird, und zwar auch dann, wenn diese Vorfrage in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen sollte.

32. Gothot und Holleaux äußern sich von diesem Standpunkt aus sehr klar:

„Das Übereinkommen gilt nicht für die aus seinem Anwendungsbereich ausgeschlossenen Hauptfragen, auch wenn sie inzident eine diesem Bereich zugehörige Frage aufwerfen. Die Zuständigkeit eines Gerichts im Hinblick auf die aus dem Übereinkommensbereich ausgeschlossene Hauptfrage (etwa

des Sozialrechts ...) und die unter das Übereinkommen fallende *Inzidentfrage* (z. B. bezüglich eines Arbeitsvertrags) bestimmt sich nach der einzelstaatlichen lex fori und nicht nach dem Übereinkommen (für das Urteil kann naturgemäß nicht die Anerkennungs- und Vollstreckungsregelung des Übereinkommens in Anspruch genommen werden)“<sup>43</sup>.

33. Hieraus sind zwei Folgerungen zu ziehen. Zunächst bestimmt sich allein nach der lex fori, das heißt vorliegend nach englischem Recht, ob das Gericht zur Entscheidung über die Vorfrage befugt ist. Sodann kann naturgemäß der Rechtsstreit, dessen Hauptgegenstand außerhalb des Anwendungsbereichs des Übereinkommens liegt, nicht infolge einer Vorfrage in diesen Anwendungsbereich fallen, auch wenn diese ratione materiae zum Übereinkommen gehören sollte. Insoweit ist es meines Erachtens nicht nötig, daß Sie vorliegend zu der Frage Stellung beziehen, ob die Frage des Bestehens einer Schiedsvereinbarung, die als Hauptgegenstand vor ein Gericht gebracht wird, in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt oder nicht. Es genügt nach meiner Ansicht die Feststellung, daß, sollte eine solche Frage in einem Rechtsstreit als Vorfrage auftreten, dessen Hauptgegenstand nicht unter das Übereinkommen fällt, dieses nicht anwendbar ist und daß sich in-

42 — Vgl. insbesondere Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, Professional Books Limited, 1987, S. 148; L. Collins, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, London, Butterworths, 1983, S. 29; D. Lasok und P. A. Stone, *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, Professional Books Limited, 1987, S. 185; T. C. Hartley, *Civil Jurisdiction and Judgments*, London, Sweet & Maxwell, 1984, S. 22; Beraudo, *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, in: *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 3000, S. 10, Nr. 34.

43 — La convention de Bruxelles du 22 septembre 1968, in: *Jupiter*, 1985, S. 15, Randnr. 29; vgl. auch Kaye (a. a. O., S. 151-152): „In spite of the absence of any express provision in Article 1 of the Convention to such effect, it is widely accepted that it is only the principal subject-matter of proceedings which is to be taken into account in determining whether the latter are within the Convention's scope and that, accordingly, excluded areas which merely arise as incidental issues in the course of main proceedings to which the Convention applies, are themselves subject to Convention jurisdiction and recognition and enforcement rules along with the main claim, while, equally, matters to which the Convention would be applicable if they had formed the principal subject-matter of proceedings, but which are raised incidentally in excluded main proceedings, also fall outside Convention jurisdiction and recognition and enforcement provisions.“) und Beraudo (a. a. O., S. 12, Nr. 40): „... eine unter das Übereinkommen fallende Inzidentfrage kann nicht bewirken, daß eine ausgeschlossene Materie, die Hauptgegenstand des Verfahrens ist, unter das Übereinkommen fällt“).

folgedessen die Frage, ob das erkennende Gericht über die betreffende Vorfrage entscheiden kann, nach der *lex fori* bestimmt. Diese Folgerung ergibt sich meines Erachtens in natürlicher Weise aus den von mir dargelegten Grundsätzen.

34. Aber auch dann, wenn Sie diese Vorgehensweise verwerfen und unabhängig von jeder verfahrensrechtlichen Prüfung annehmen, daß vorliegend der Hauptgegenstand die Frage betrifft, ob zwischen den Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen wurde, werden Sie doch nicht entscheiden, daß der Rechtsstreit vor dem vorliegenden Gericht in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt. Meiner Meinung nach steht nämlich ein Rechtsstreit über das Bestehen einer Schiedsabrede außerhalb des Übereinkommens.

35. Hierzu heißt es im Schlosser-Bericht:

„Auch eine Gerichtsentscheidung, welche die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Schiedsvertrags festgestellt oder wegen seiner Unwirksamkeit die Parteien anhält, ein Schiedsverfahren nicht weiter zu betreiben, ist nicht am EuGVÜ zu messen“<sup>44</sup>.

Diese Auffassung findet man auch in der Lehre:

„Furthermore, it is considered, perhaps controversially, that legal proceedings concerning purely the contractual validity of the arbitration agreement, should also be regarded as being excluded from the convention as involving arbitration under Article 1, para. 2(4), through being more closely related to the arbitration process itself than, for example, are contractual questions in re-

spect of matrimonial property rights — likewise excluded under Article 1, para. 2(1) — related thereto“<sup>45</sup>.

Die Regierung des Vereinigten Königreichs hat insoweit treffend unterstrichen, daß es keinen tragfähigen Grund gibt, zwischen einer nicht getroffenen und einer unwirksamen Schiedsabrede zu unterscheiden. Hierzu muß bemerkt werden, daß das Europäische Übereinkommen von 1961 in der Tat keinerlei Unterscheidung zwischen einem Streit über das Bestehen einer Schiedsvereinbarung und dem über ihre Gültigkeit trifft<sup>46</sup>. In beiden Fällen geht es um die Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts. Im übrigen sehe ich keine Gründe, die es rechtfertigen könnten, zwischen einem Streit über das Bestehen oder die Gültigkeit einer Schiedsabrede vor Beginn des Schiedsverfahrens, der in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen soll, und dem Bestreiten der Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts vor einem staatlichen Gericht während des Schiedsverfahrens zu unterscheiden, das vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen sein soll, wie dies Herr Jenard in seiner dem Gerichtshof vorgelegten gutachterlichen Äußerung tut.

36. In einigen Rechtsordnungen wird die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts im wesentlichen a posteriori ausgeübt. Dies ist zum Beispiel die Lösung des französischen Rechts, das —

45 — Kaye, a. a. O., S. 159; Richter Hirst hat sich übrigens in seinem Urteil auf diese Äußerung bezogen.

46 — Vgl. in diesem Sinne Artikel V Absatz 3: „Vorbehaltlich einer dem staatlichen Gericht nach seinem Recht zustehenden späteren Überprüfung kann das Schiedsgericht, dessen Zuständigkeit bestritten wird, das Verfahren fortsetzen; es ist befugt, über seine eigene Zuständigkeit und über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung oder des Vertrages, in dem diese Vereinbarung enthalten ist, zu entscheiden.“ sowie Artikel VI Absatz 3: „Ist ein schiedsrichterliches Verfahren vor der Anrufung eines staatlichen Gerichts eingeleitet worden, so hat das Gericht eines Vertragsstaates, das später mit einer Klage wegen derselben Streitigkeit zwischen denselben Parteien oder mit einer Klage auf Feststellung, daß die Schiedsvereinbarung nicht bestehe, nichtig oder hinfällig geworden sei, befaßt wird, die Entscheidung über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auszusetzen, bis der Schiedsspruch ergangen ist, es sei denn, daß ein wichtiger Grund dem entgegensteht.“

44 — ABl. 1979, C 59, S. 93, Randnr. 64.

ausgenommen den Fall eines offensichtlich nichtigen Schiedsvertrags — den Gerichten die Verweisung auf den Weg des Schiedsverfahrens zur Pflicht macht, wobei die Erwägungen des Schiedsgerichts zu seiner Entscheidungsbefugnis bei einer Anfechtungsklage gegen den Schiedsspruch späterer richterlicher Kontrolle unterliegen. Die Berichte von Jenard<sup>47</sup> und von Schlosser<sup>48</sup> schließen nun aber aus, daß das Übereinkommen auf Urteile anzuwenden ist, mit denen ein Schiedsspruch aufgehoben wird, obwohl doch der Grund für die Aufhebung eben der sein könnte, daß die Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts fehlte. Es hat daher den Anschein, daß nach Meinung von Herrn Jenard das Übereinkommen auf eine solche Kontrolle nicht anwendbar ist, während es für anfängliche Auseinandersetzungen über die Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts in den Rechtsordnungen gelten soll, die eine Kontrolle dieser Befugnis ab initio vorsehen.

37. Eine solche Lösung würde eine willkürliche Trennungslinie mitten durch gerichtliche Verfahren ziehen, die alle zu einer Entscheidung des Gerichts über die Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts führen, von denen aber die einen dem Übereinkommen unterliegen würden, die anderen hingegen von seinem Anwendungsbereich ausgenommen wären.

38. Schließlich ist das Argument der SII zu prüfen, das folgenden Standpunkt wiedergibt: Die „Schiedsgerichtsbarkeit“ hänge von einer Vereinbarung ab, ohne Vereinbarung keine „Schiedsgerichtsbarkeit“. Halte man sich daher an seinen natürlichen Sinn, so gelte der Ausdruck „Schiedsgerichtsbarkeit“ nicht für eine Auseinandersetzung, die sich um das ursprüngliche Zustandekommen einer Vereinbarung der „Schiedsgerichtsbarkeit“ drehe. Mit anderen Worten habe der Gegenstand eines Verfahrens nichts mit Schiedsgerichtsbarkeit zu tun, wenn gerade die Vereinbarung einer Schiedsklausel den Streitpunkt bilde.

39. Auf dem Hintergrund Ihrer Rechtsprechung ist diese Analyse schwerlich überzeugend. Ihr Urteil in der Rechtssache Effer<sup>49</sup> erging in einem Rechtsstreit, in dem einer Klage auf Zahlung von Honoraren entgegengehalten wurde, zwischen den Parteien seien keine vertraglichen Beziehungen begründet worden. Mit der Ihnen vorgelegten Frage sollte ermittelt werden, ob der Streit um das Zustandekommen des Vertrags, aus dem der Klageanspruch hergeleitet war, der Anwendung des Artikels 5 Nr. 1 des Übereinkommens entgegenstehe. Sie haben entschieden, daß dem Kläger der Gerichtsstand des Erfüllungsorts des Vertrags zur Verfügung stehe, „auch ... wenn das Zustandekommen des Vertrages, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, zwischen den Parteien streitig ist“. Sie sind mit anderen Worten davon ausgegangen, daß das Bestreiten des Zustandekommens des Vertrags, dessen Erfüllung geltend gemacht wird, nicht ausreicht, um die Sache dem Vertragsbereich zu entziehen. Auf den vorliegenden Fall angewandt muß dies zu der Erwägung führen, daß das Bestreiten des Zustandekommens einer Schiedsvereinbarung ebensowenig den Schluß rechtfertigen kann, der Rechtsstreit vor dem vorlegenden Gericht — mit dem Ziel der Ernennung eines Schiedsrichters, das heißt der Erfüllung dieser Schiedsvereinbarung — betreffe nicht die Schiedsgerichtsbarkeit.

40. Infolgedessen hat es, wie immer man das Problem beurteilt, ob die Frage des Zustandekommens einer Schiedsvereinbarung eine Vor- oder eine Hauptfrage darstellt, den Anschein, daß Hauptmaterie des Verfahrens vor dem vorlegenden Gericht die Schiedsgerichtsbarkeit ist. Im übrigen sei bemerkt, daß Herr Jenard in seiner gutachterlichen Äußerung selbst eingeräumt hat, daß die Schiedsgerichtsbarkeit der „Hauptgegenstand“ des Rechtsstreits vor dem britischen Gericht sei, hieraus aber den — später zu prüfenden — Schluß gezogen hat, das Übereinkommen finde auf diesen Rechtsstreit Anwendung.

47 — ABl. 1979, C 59, S. 13.

48 — A. a. O., S. 93.

49 — Urteil vom 4. März 1982 in der Rechtssache 38/81 (Slg. 1982, 825).

41. Dies ist nicht das Ergebnis, das sich bei Anwendung der klassischen Grundsätze in diesem Bereich ergeben würde und das von der SII und von der Kommission bekämpft wird.

42. Bevor ich mich mit der These der italienischen Gesellschaft befaße, die sich hauptsächlich auf eine radikale Auslegung beruft, wonach das Übereinkommen auf alle vor staatlichen Gerichten ausgetragenen Rechtsstreitigkeiten über Schiedsvereinbarungen Anwendung finde, muß ich bereits jetzt den Standpunkt der Kommission wiedergeben, die vorliegend die Anwendbarkeit des Übereinkommens auf der Grundlage einer Analyse vertritt, die die vorgenannten Grundsätze völlig zu verkennen scheint.

43. Für die Kommission liegt der Schlüssel zur Lösung des Problems in folgender Passage aus dem Bericht von Evrigenis und Kerameus:

„Hingegen muß davon ausgegangen werden, daß nach dem Übereinkommen inzidenter die Gültigkeit eines Schiedsvertrags geprüft werden kann, auf den sich eine Partei beruft, um die Unzuständigkeit des Gerichts geltend zu machen, vor dem sie nach dem Übereinkommen verklagt wird“<sup>50</sup>.

44. Vorab möchte ich sagen, daß ich die sachliche Richtigkeit dieser Passage doch sehr in Zweifel ziehen müßte, wenn sie bedeuten sollte, das Übereinkommen erkläre das mit einer zu seinem Anwendungsbereich gehörenden Hauptklage befaßte Gericht für zuständig für die Entscheidung über eine diesem fremde Inzidentfrage. Eine solche Befugnis bestimmt sich nämlich nach der „lex fori“ des angerufenen Gerichts und nicht nach dem Übereinkommen. Gothot und Holleaux sagen hierzu:

„In Wahrheit greift das Übereinkommen insoweit nicht ein. Es bestimmt sich nach dem allgemeinen Zuständigkeits- und Verfahrensrecht des Forums, ob eine solche Inzidentfrage als schlichte Vorfrage oder als präjudizielle Frage behandelt werden muß“<sup>51</sup>.

45. Ich meine daher eher, daß die Verfasser des Berichts in Wahrheit auf die Anwendung des Übereinkommens auf die Anerkennung und die Vollstreckung eines Urteils anspielen wollten, das einen unter das Übereinkommen fallenden Rechtsstreit entscheiden und zuvor zur Frage der Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung Stellung genommen hat. Diese Frage ist, wie wir gesehen haben, aus Anlaß der Beitrittsverhandlungen mit dem Vereinigten Königreich aufgeworfen worden. Sie bleibt meines Erachtens offen und hat jedenfalls nichts mit dem Rechtsstreit vor dem vorliegenden Gericht zu tun.

46. Selbst wenn man aber annimmt, daß die Verfasser des Berichts der Auffassung gewesen seien, das Übereinkommen erkläre ein auf seiner Grundlage angerufenes Gericht für zuständig zur vorgängigen Entscheidung über die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung, so führt doch die wiedergegebene Passage auf keinen Fall zu dem von der Kommission gewollten Ergebnis.

47. Es wird nämlich ausdrücklich auf den Fall eines *nach dem Übereinkommen* angerufenen Gerichts abgestellt, das mit der Inzidentkontrolle der Schiedsvereinbarung befaßt wird. Entscheidend ist mit anderen Worten die Feststellung, ob die Hauptfrage, mit der das vorliegende Gericht befaßt ist, in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt. Diese erste notwendige Stufe der Argumentation scheint die Kommission auszuspüren.

50 — ABl. 1986, C 298, S. 10.

51 — A. a. O., S. 15.

48. Tatsächlich kann man nur Vermutungen über die Gründe für ihr Vorbringen anstellen, daß die Schiedsvereinbarung vorliegend lediglich eine „Inzidentfrage“ sei. Meint die Kommission damit, daß *vor dem britischen Gericht* die Ernennung des Schiedsrichters die Inzidentfrage und das Bestehen einer Schiedsvereinbarung die Hauptfrage sei? Wenn dies ihre Auffassung sein sollte, dann haben wir es hier mit einer spektakulären Infragestellung grundlegender verfahrensrechtlicher Begriffe zu tun. Aber selbst eine solche These könnte nur zur Anwendung des Übereinkommens auf den Rechtsstreit vor dem britischen Gericht führen, wenn nachgewiesen wäre, daß die Frage des Zustandekommens einer Schiedsvereinbarung unter das Übereinkommen fällt. In den Ihnen vorgelegten Erklärungen habe ich keine Antwort auf diese Fragen gefunden.

49. Die besonders tiefeschürfenden Argumente der SII werden Ihre Aufmerksamkeit länger beanspruchen.

50. Die These zugunsten einer Anwendbarkeit des Übereinkommens im vorliegenden Fall beruht im wesentlichen auf einer Alternative:

— In erster Linie — dies ist die radikale Auffassung der italienischen Gesellschaft, die sich insbesondere auf die Äußerungen von Herrn Schlosser stützt — finde das Übereinkommen *Anwendung auf alle Verfahren* vor Gerichten über mit der Schiedsgerichtsbarkeit zusammenhängende Fragen; mithin wird dem Gerichtshof eine Stellungnahme von erheblicher Bedeutung zur Tragweite des Artikels 1 Absatz 2 Nr. 4 abverlangt.

— Hilfsweise — dieser Standpunkt der SII beruht insbesondere auf der gutachterlichen Äußerung von Herrn Jenard — soll

die Anwendung des Übereinkommens auf den vorliegenden Fall durch die eigentlichen Zielsetzungen des Übereinkommens gerechtfertigt sein.

51. Diese beiden Argumentationslinien sollen nun nacheinander geprüft werden.

52. Die These, daß das Übereinkommen Anwendung auf alle Verfahren vor Gerichten über mit der Schiedsgerichtsbarkeit zusammenhängende Fragen finden soll, hat den offensibaren Vorzug der Einfachheit. Sie steht indessen im Widerspruch zum Aufbau des Übereinkommens und bringt ernsthaftige Nachteile mit sich, die letztlich durch keinen spürbaren Vorteil aufgewogen werden.

53. Nach dem Gutachten von Herrn Schlosser soll Artikel 1 Absatz 2 Nr. 4 des Übereinkommens rein deklaratorische Bedeutung haben. Diese Vorschrift soll mit anderen Worten lediglich die Bedeutung haben, daran zu erinnern, daß das Übereinkommen nicht für die Anerkennung und die Vollstreckung von Schiedssprüchen gilt. Demgegenüber sollen sowohl die Zuständigkeit staatlicher Gerichte für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Schiedsvereinbarungen als auch die Anerkennung und die Vollstreckung der solche Verfahren abschließenden Urteile zum Anwendungsbereich des Übereinkommens gehören.

54. Prüft man die Vorschrift, so fehlt dieser den verschiedenen Berichten der Sachverständigenausschüsse widersprechenden Analyse zunächst die Logik. Hören wir einen anerkannten Kommentator:

„Das Brüsseler Übereinkommen schließt im Gegensatz zum Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen diese Materie

ausdrücklich aus. Zwar sind die Übereinkommen, die sich mit Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen staatlicher Gerichte befassen, definitionsgemäß nicht auf Schiedssprüche anzuwenden. Gleichwohl hat ein Zweifel, der die Unterhändler in Den Haag nicht geplagt hat, die Köpfe in Brüssel beunruhigt, und diese wollten mit einer formellen Vorschrift jedem Versuch der Anerkennung oder Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen über mit der Schiedsgerichtsbarkeit zusammenhängende Streitigkeiten wie etwa eine Aufhebungsklage einen Riegel verschieben. *Da ferner das Brüsseler Übereinkommen die internationale Zuständigkeit regelt, wird damit klargestellt, daß der Vertrag nicht die Zuständigkeit der Gerichte für Streitigkeiten in Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit regeln will*<sup>52</sup>.

55. Es sei übrigens bemerkt, daß diese Analyse durch den Wortlaut der Vorschrift gestützt wird. Wenn nämlich Artikel 1 Absatz 2 des Übereinkommens in Nr. 1 (Personenstand), Nr. 2 (Konkurs usw.) und Nr. 3 (soziale Sicherheit) Materien auführt, die, wenn sie bei staatlichen Gerichten anhängig gemacht werden, gleichwohl nicht unter das Übereinkommen fallen, so ist es folgerichtig, daß die abschließende Nr. 4 der Vorschrift in gleicher Weise die Streitigkeiten meint, die bei staatlichen Gerichten anhängig gemacht werden. Wenn der Ausschluß der Schiedsgerichtsbarkeit ganz schlicht nur die deklaratorische Bedeutung hätte, die ihm die SII und Herr Schlosser beimessen — Hinweis auf die Selbstverständlichkeit, daß ein Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen keine Anwendung auf Schiedsverfahren und die Anerkennung und die Vollstreckung von Schiedssprüchen findet —, dann wäre der Aufbau der Vorschrift doch recht zusammenhanglos.

52 — G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Dalloz, 1972, S. 27-28, Hervorhebung von mir.

56. Die These der SII wird durch die einzelnen Sachverständigenberichte entkräftet. Zunächst der Jenard-Bericht<sup>53</sup>:

„Das Übereinkommen gilt somit weder für die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen ... noch für die Bestimmung der Zuständigkeit bei Streitigkeiten, die sich auf einen Schiedsspruch beziehen (z. B. bei Klagen auf Nichtigerklärung eines Schiedsspruchs); ebensowenig gilt es für die Anerkennung von Entscheidungen, die aufgrund solcher Klagen ergangen sind.“

57. Noch eindeutiger heißt es dann im Schlosser-Bericht<sup>54</sup>:

„Das EuGVÜ bezieht sich nicht auf gerichtliche Verfahren, die einem Schiedsverfahren dienen sollen, wie etwa Verfahren zur Ernennung oder Abberufung von Schiedsrichtern, zur Festlegung des Schiedsorts, zur Verlängerung der für die Fällung des Spruches betehenden Frist oder auch zur Vorabentscheidung materieller Fragen, wie sie das englische Recht in Gestalt des ‚statement of special case‘ (Sect. 21 Arbitration Act 1950) kennt. Auch eine Gerichtsentscheidung, welche die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Schiedsvertrags feststellt oder wegen seiner Unwirksamkeit die Parteien anhält, ein Schiedsverfahren nicht weiter zu betreiben, ist nicht am EuGVÜ zu messen.“

... Dieses bezieht sich auch nicht auf Verfahren und Entscheidungen über Anträge

53 — ABl. 1979, C 59, S. 13.

54 — A. a. O., S. 93.

auf Aufhebung, Änderung, Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen.“

58. Es sei im übrigen darauf hingewiesen, daß es nach dem letztgenannten Bericht allen Unterzeichnerstaaten des Übereinkommens klar war, daß der Ausschluß zumindest „Verfahren vor staatlichen Gerichten“ betrifft, „wenn sie sich auf Schiedsverfahren beziehen, auf abgeschlossene, auf laufende wie auf künftige“<sup>55</sup>. Dies war nämlich ganz eindeutig die Position der ursprünglichen Unterzeichnerstaaten, von der man doch annahm, sie sei im Hinblick auf die Schwierigkeit, die ich vorstehend aufgezeigt habe, restriktiver als die des Vereinigten Königreichs.

59. Und schließlich noch der Bericht von Evrigenis und Kerameus<sup>56</sup>:

„Verfahren, die unmittelbar und in der Hauptsache die Schiedsgerichtsbarkeit betreffen, wie zum Beispiel Fälle der Einschaltung des Gerichts in die Bildung des Schiedsorgans oder Verfahren betreffend die gerichtliche Aufhebung eines Schiedsspruchs oder aber die Anerkennung seiner Gültigkeit beziehungsweise die Feststellung seiner Fehlerhaftigkeit fallen nicht unter das Übereinkommen.“

60. In der Lehre ist man sich über den Ausschluß der Anwendung des Übereinkommens auf Rechtsstreitigkeiten in Zusammenhang mit Schiedsverfahren einig<sup>57</sup>. Der ein-

zige umstrittene Punkt betrifft die von mir bereits angesprochene Schwierigkeit, die mit der Frage der Anerkennung und der Vollstreckung eines Urteils nach dem Brüsseler Übereinkommen zusammenhängt, das einen Rechtsstreit trotz Bestehens einer Schiedsabrede durch Sachurteil entschieden hat<sup>58</sup>. Aber selbst für die Autoren, die sich für die Anwendung des Übereinkommens in diesem Fall aussprechen, bleiben alle Rechtsstreitigkeiten in Verbindung mit der Schiedsgerichtsbarkeit vom Übereinkommen ausgeschlossen<sup>59</sup>.

61. Wenn der Wortlaut des Übereinkommens durch eine völlige Übereinstimmung der Sachverständigenberichte bestätigt wird — und natürlich berechtigte Erwartungen der beteiligten Kreise geweckt hat —, dann bedürfte es wohl solider Sachgründe, um eine Befürwortung der nunmehr von Herrn Schlosser vertretenen radikalen Lösung ernsthaft in Erwägung ziehen zu können. Die zur Rechtfertigung dieses Meinungsumschwungs angeführten Gründe erweisen sich bei Nachprüfung aber als sehr fragwürdig.

62. Die Ihnen vorgetragene These beruft sich insbesondere auf eine angebliche Diskontinuität zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und den internationalen Übereinkommen, falls das erstgenannte nicht auf Rechtsstreitigkeiten über Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit vor staatlichen Gerichten Anwendung finden sollte.

63. Ich darf zunächst darauf hinweisen, daß nach Meinung von Professor Schlosser folgendes gilt:

„In der Praxis sind Schiedssprüche sehr häufig extraterritorial vollstreckt worden,

55 — A. a. O., S. 92.

56 — ABl. 1986, C 298, S. 10.

57 — Vgl. insbesondere Kaye, a. a. O., S. 146 ff.; Lasok und Stone, a. a. O., S. 185, die meinen: „The effects of Article 1(2)(iv) seem largely clear and uncontroversial“; T. C. Hartley, a. a. O., S. 22; L. Collins, a. a. O., S. 29; Droz, a. a. O., S. 37; Beraudo, a. a. O., S. 10, Nr. 34, der bedauert, daß das Übereinkommen keine einheitliche Regel für den Fall enthält, wenn die staatlichen Gerichte trotz einer Schiedsvereinbarung angerufen werden, und nicht bestimmt, daß ein Schiedsspruch der Anerkennung oder Vollstreckung eines in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Urteils entgegenstehen kann.

58 — Für die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils gerade in diesem Fall vgl. insbesondere Lasok und Stone, a. a. O., S. 186; Kaye, a. a. O., S. 147; Cheshire und North, *Private International Law*, 11. Aufl., London, Butterworths, 1987, S. 426-427; für Versagung der Anerkennung Hartley, a. a. O., S. 97.

59 — Lasok und Stone, a. a. O., S. 175-186; Kaye, a. a. O., S. 146 ff.

obwohl ein anderes Gericht (d. h. das Gericht an dem Ort, an dem das Schiedsverfahren durchgeführt wurde) zuvor in das Schiedsverfahren zum Beispiel durch Ernennung eines Schiedsrichters eingegriffen hatte. Die Gerichte im Vollstreckungsstaat finden es oft ganz normal und selbstverständlich, daß die Gerichte am Schiedsort im Zusammenhang mit Schiedsverfahren Entscheidungsbefugnis haben, wenn die betreffenden gerichtlichen Maßnahmen den anderen Rechtsordnungen bekannt sind. Probleme der Gültigkeit solcher Gerichtsverfahren wie etwa die Wahrung des rechtlichen Gehörs gegenüber beiden Parteien des Schiedsverfahrens haben sich offensichtlich niemals gestellt. Daher ist auch sehr oft keine Aufmerksamkeit der Frage geschenkt worden, ob Urteile über Fragen eines Schiedsverfahrens in einem anderen Land in Anwendung des geltenden bilateralen Abkommens tatsächlich anerkannt werden müssen<sup>60</sup>.

64. Professor Schlosser scheint mit dem offenbar wirksamen Pragmatismus der verschiedenen staatlichen Gerichte nicht zufrieden zu sein. Denn er fährt fort:

„Eine eingehendere Untersuchung dieser Abkommen zeigt indessen, daß diese Vorgehensweise an der Oberfläche bleibt. Ein Urteil in Zusammenhang mit einer Schiedsvereinbarung ist ein Urteil wie jedes andere. Es kann in einem anderen Land nur anerkannt werden, wenn hierfür eine Rechtsgrundlage vorhanden ist. Eine solche Rechtsgrundlage kann in einem anwendbaren bilateralen Abkommen gefunden werden“<sup>61</sup>.

Sodann unterstreicht der Autor die Mängel, die diese bilateralen Abkommen insoweit angeblich aufweisen.

60 — S. 3<sup>d</sup> des Gutachtens (freie Übersetzung).

61 — A. a. O.

65. Ich bin von dieser Analyse keineswegs überzeugt.

66. Während die nationalen Gerichte bei der Anerkennung von Schiedssprüchen offensichtlich das Eingreifen staatlicher Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens nicht als abträglich empfinden, schlägt man Ihnen gleichwohl eine „revidierte“ Auslegung des Übereinkommens vor, weil sorgfältige rechtliche Prüfung die Gerichte dazu bringen soll, Schwierigkeiten zu entdecken. Es erscheint mir unbefriedigend, ein rein theoretisches Problem zu formulieren — es wird ja eingeräumt, daß das System in der Praxis normal funktioniert —, um es alsdann als Stütze für eine neue Auslegung des Übereinkommens heranzuziehen. Der Standpunkt von Herrn Schlosser und der SII wäre unserer Aufmerksamkeit sicher, wenn er eine Antwort auf unbestreitbare praktische Anliegen wäre. Die hier aufgezeigten Bedürfnisse tragen aber gerade nicht dazu bei, uns zu überzeugen.

67. Zum einen verweist Herr Schlosser auf die Anerkennung und die Vollstreckung der in ein Urteil „umgewandelten“ Schiedssprüche — eine nach Aussage des Autors häufige Situation im Vereinigten Königreich —, was wegen der Bedeutung des Vereinigten Königreichs als Schiedsort die Anwendung des Übereinkommens auf Gerichtsverfahren in Zusammenhang mit Schiedsverfahren notwendig mache. Die hier von Herrn Schlosser angesprochene Situation tritt auf, wenn das staatliche Gericht am Schiedsort die Anerkennung in besonderer Form ausspricht; das Urteil wird „in terms of the award“ erlassen<sup>62</sup>.

62 — Zu dieser Frage vgl. A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 346 ff.; im Vereinigten Königreich ergibt sich diese Möglichkeit aufgrund von Section 26 des Arbitration Act 1950: „An award on an arbitration agreement may, by leave of the High Court or a judge thereof, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, and where leave is so given judgment may be entered in terms of the award.“

68. Man könnte sich, um dieses Argument summarisch zu widerlegen, mit der Feststellung begnügen, daß gerade die Anerkennung und die Vollstreckung von Urteilen, in die der Schiedsspruch „umgewandelt“ worden war, in den von Herrn Schlosser angeführten Fällen keinerlei Schwierigkeiten bereitet haben. Dies jedenfalls wird bei der Durchsicht der Entscheidungen deutlich, die er als Beispiel für die Entscheidung über die Anerkennung unter solchen Umständen anführt<sup>63</sup>.

69. Diese pragmatische Feststellung muß indessen durch eine grundlegendere juristische Betrachtung ergänzt werden. Im Rahmen des New Yorker Übereinkommens ist es nicht zweifelhaft, daß ein in ein Urteil „umgewandelter“ Schiedsspruch als solcher Gegenstand der Anerkennung sein kann. Dazu heißt es:

„The fact that the leave for enforcement has the effect of absorbing the award in the country of origin is a technical aspect for the purposes of enforcement within that country. The award can therefore be deemed to remain a cause of action for enforcement in other countries“<sup>64</sup>.

Bei dieser Betrachtungsweise ist die „Umwandlung“ des Schiedsspruchs als auf das Staatsgebiet des Gerichts beschränkt anzusehen, das das Urteil erlassen hat, während bei Anerkennung und Vollstreckung in an-

deren Staaten allein der Schiedsspruch zu berücksichtigen ist<sup>65</sup>. Auf jeden Fall ist klar, daß die Lösung, die Anerkennung allein auf das Urteil zu beschränken, in das der Schiedsspruch „umgewandelt“ ist, ausgeschlossen werden muß.

70. Herrschende Lehre und Rechtsprechung<sup>66</sup> indessen neigen dazu, dem durch einen „umgewandelten“ Schiedsspruch Begünstigten ein Wahlrecht zwischen der Vollstreckung des Schiedsspruchs selbst nach dem New Yorker Übereinkommen oder der Vollstreckung des Urteils auf der Grundlage bilateraler Abkommen oder des innerstaatlichen Rechts einzuräumen. Unter diesen Umständen behält der durch einen Schiedsspruch Begünstigte stets die Möglichkeit, Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs nach dem New Yorker Übereinkommen zu erreichen, auch wenn dieser „umgewandelt“ worden ist. Die von Herrn Schlosser angedeutete Schwierigkeit<sup>67</sup> bestünde in Wahrheit nur, wenn lediglich das Urteil anerkannt werden könnte. Dies aber ist nicht der Standpunkt der Gerichte. Die von Herrn Schlosser zu diesem Punkt angeführten Vorzüge können daher nicht überzeugen.

65 — Vgl. hierzu das Urteil des OLG Hamburg bei A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 347.

66 — Vgl. z. B. das Urteil des Bundesgerichtshofs, a. a. O., und das Urteil der Corte di Cassazione, a. a. O., (vgl. *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982, S. 334: „The Corte di Cassazione found that, therefore, the English awards, being final and binding on the parties, could be enforced under the New York Convention, regardless whether a High Court judgment had been entered on the award.“); vgl. A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 346-349; das Urteil der Cour d'appel Paris vom 20. Oktober 1959, auf das sich Herr Schlosser zur Stützung seiner Behauptung beruft, daß ein Schiedsspruch „merged into judgment“ nicht mehr als Schiedsspruch vollstreckt werden könne, trägt einen solchen Grundsatz auf keinen Fall; diese Entscheidung, die übrigens nicht unter der Geltung des New Yorker Übereinkommens ergangen ist, hat lediglich eine erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben, die die Anerkennung des Urteils versagte; sie wird im übrigen so verstanden, daß sie gerade die Optionslösung gewählt habe, vgl. Fouchard, a. a. O., S. 540, Fn. 26.

67 — Die übrigen alles andere als häufig zu sein scheint; vgl. hierzu die Anmerkung von Professor G. Recchia zu dem Urteil der Corte di Cassazione, a. a. O.: „... The recognition and enforcement of a foreign judgment entered upon an award rather than a foreign award without a judgment (according to the law of the place where it was handed down) is very unusual in Italy, particularly after Italy's adherence to the New York Convention of 1958. ... In fact, this is a unique case.“

63 — Cour d'appel Paris, 20. Oktober 1959, *Revue de l'Arbitrage*, 1960, S. 48; Corte di Cassazione, 27. Februar 1979, Nr. 1263, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982, S. 333; Bundesgerichtshof, 10. Mai 1984, WM 1984, S. 1014 (zu diesem Urteil vgl. insbesondere H. J. Lüer, *German Court Decisions Interpreting and Implementing the New York Convention*, in: *Journal of International Arbitration*, 1990, S. 127, 139 und Fn. 14).

64 — A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 347.

71. Zum anderen verweist der Verfasser des Gutachtens auf das Interesse, das Übereinkommen auf die Anerkennung von Urteilen anzuwenden, mit denen ein Schiedsspruch aufgehoben wurde. Auch hier scheint das Bedürfnis, das Herr Schlosser — übrigens recht lakonisch — anführt, keineswegs zwingend. Das New Yorker Übereinkommen sieht nämlich in Artikel V Absatz 1 Buchstabe e ausdrücklich die Möglichkeit vor, Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs zu versagen, wenn er „von einer zuständigen Behörde des Landes, in dem oder nach dessen Recht er ergangen ist, aufgehoben ... worden ist“. Und Artikel IX des Europäischen Übereinkommens von 1961 bestimmt, daß die Anerkennung eines Schiedsspruchs wegen einer begrenzten Zahl besonderer Aufhebungsgründe versagt werden kann. Die Anerkennung eines Urteils zur Aufhebung eines Schiedsspruchs scheint daher diesen Vorschriften zu unterstehen.

72. Ich gestehe daher, daß ich keinen Grund sehe, warum es „wünschenswert“ wäre, das Brüsseler Übereinkommen auf Urteile anzuwenden, mit denen Schiedssprüche aufgehoben werden. Vielleicht möchte Herr Schlosser damit Fallgestaltungen ansprechen, bei denen ein Schiedsspruch von den Gerichten eines anderen Staates als desjenigen aufgehoben wurde, in dessen Hoheitsgebiet der Schiedsspruch gefällt wurde? Es bliebe noch nachzuweisen, daß es wünschenswert wäre, solche Urteile „grenzüberschreitend“ anzuerkennen. Man kann nämlich nicht umhin, auf die Analyse hinzuweisen, wonach die Gerichte des „Ursprungsstaats“ ausschließlich zuständig sein sollen, über die Aufhebung des Schiedsspruchs zu entscheiden<sup>68</sup>. Aus dieser Sicht kann daher das Bedürfnis nach Anerkennung der in anderen Staaten ergangenen Urteile zur Aufhebung von Schiedssprüchen nicht angeführt werden.

68 — Vgl. A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 20, zum New Yorker Übereinkommen.

73. Vor allem aber muß auf die klar erkennbare, einigen nationalen Rechtsordnungen zugrunde liegende zeitgenössische Tendenz hingewiesen werden, schon die Notwendigkeit systematischer Anerkennung von Urteilen zur Aufhebung von Schiedssprüchen in Frage zu stellen. Es besteht nämlich die deutliche Tendenz, einzig die Kontrolle der Gerichte anzuerkennen, in deren Gebiet die Vollstreckung stattfinden soll, um den Schiedssprüchen ein Höchstmaß an Wirksamkeit zu sichern. Naturgemäß steht die automatische grenzüberschreitende Anerkennung der Urteile zur Aufhebung von Schiedssprüchen, wie sie Herr Schlosser angesprochen hat, solchen Zielsetzungen geradezu diametral entgegen.

„... für diejenigen, für die das internationale Schiedsgericht im Namen einer besonderen Rechtsordnung, der *lex mercatoria*, entscheidet, kann es nicht in Frage kommen, Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs im Hoheitsgebiet eines Staates vom Standpunkt einer anderen staatlichen Rechtsordnung abhängig zu machen: Eine solche Lösung wäre nur durch eine inhaltliche Minderwertigkeit der *lex mercatoria* gegenüber den staatlichen Rechtsordnungen zu erklären“<sup>69</sup>.

Das positive Recht einiger europäischer Staaten geht von solchen Vorstellungen aus, indem zum Beispiel eine Aufhebungsklage gegenüber einem internationalen, im Hoheitsgebiet ergangenen Schiedsspruch ausgeschlossen wird (Artikel 1717 des belgischen Code judiciaire<sup>70</sup>) oder indem die Aufhebung des Schiedsspruchs in seinem „Ursprungsstaat“ nicht als Grund für eine Versagung der Anerkennung vorgesehen wird (Artikel 1502 des neuen französischen Code

69 — Mayer, a. a. O., S. 360-361.

70 — Hierzu vgl. insbesondere Van Houtte, La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international, in: *Revue de l'arbitrage*, 1986, S. 29-41; Vanderelst, Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum, the Belgian Law of March 27, 1985 concerning the Annulment of Arbitral Award, in: *Journal of International Arbitration*, 1986, S. 77.

de procédure civile). Die letztgenannte Lösung läßt erkennen, wie sehr die von Herrn Schlosser befürwortete These solchen Orientierungen zuwiderläuft. Man braucht nur daran zu denken, das Brüsseler Übereinkommen schreibe den Gerichten aller Mitgliedstaaten vor, Urteile zur Aufhebung eines internationalen Schiedsspruchs anzuerkennen<sup>71</sup>.

74. Schließlich sagt Artikel II Absatz 3 des New Yorker Übereinkommens — so die SII — „nichts zur Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung, die das Vorliegen eines Schiedsspruchs verneint“. Erinnert sei zunächst daran, daß die Vorschrift folgenden bestimmt:

„Wird das Gericht eines Vertragsstaats wegen eines Streitgegenstands angerufen, hinsichtlich dessen die Parteien eine Vereinbarung im Sinne dieses Artikels getroffen haben, so hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien sie auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, daß die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist.“

Insoweit räumt die SII ein, daß naturgemäß keine Schwierigkeit besteht, wenn das Gericht der Auffassung ist, daß ein Schiedsverfahren vorliegt. In diesem Fall nämlich verweist es die Parteien auf das Schiedsverfahren.

75. Gelangt das Gericht indessen zu dem Schluß, daß eine Schiedsabrede nicht besteht, gibt es dann ein zwingendes Bedürfnis nach Anerkennung eines solchen Urteils,

71 — Diese Lösung hat das New Yorker Übereinkommen nicht gewählt, da es keine Verpflichtung gibt, die Anerkennung und die Vollstreckung eines Schiedsspruchs zu versagen, der in dem Staat, in dem er ergangen ist, aufgehoben wurde; es handelt sich hier um eine Befugnis, die nach Artikel 7 des New Yorker Übereinkommens die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften nicht ausschließt, die eine Berufung auf den Schiedsspruch trotz seiner Aufhebung gestatten. So darf der Richter nach Auffassung der französischen Cour de cassation „die Anerkennung nicht versagen, wenn sein innerstaatliches Recht ihm diese gestattet“ (Pabalk-Norsolor, 9. Oktober 1984, *Revue de l'arbitrage*, 1985, S. 431 mit Anmerkung Goldenau; Dalloz, 1985, S. 101 mit Anmerkung Robert).

das die Anwendung des Brüsseler Übereinkommens auf Streitigkeiten in Schiedsvertragsfragen rechtfertigen würde? Für den Fall zunächst, daß das staatliche Gericht inzidenter das Vorliegen oder die Gültigkeit eines Schiedsvertrags verneint, um dann seine Zuständigkeit zu bejahen und einen Rechtsstreit zu entscheiden, der in den Anwendungsbereich des Brüsseler Übereinkommens fällt, wirft dessen Anwendung auf Anerkennung und Vollstreckung eines solchen Urteils erneut die Frage auf, die aus Anlaß des Beitritts des Vereinigten Königreichs erörtert wurde. Aber selbst wenn davon auszugehen wäre, daß ein solches Urteil der Regelung des Brüsseler Übereinkommens unterliegt, bedeutet eine solche Lösung keineswegs, daß das Übereinkommen auf alle Verfahren vor staatlichen Gerichten anzuwenden wäre, die sich auf Schiedsverfahren beziehen. Wie wir gesehen haben, gingen die ursprünglichen Unterzeichnerstaaten, die für eine solche Lösung waren, im übrigen klar davon aus, daß der Abschluß die Verfahren vor staatlichen Gerichten betrifft, die sich auf abgeschlossene, laufende oder künftige Schiedsverfahren beziehen.

76. Es ließe sich ferner, auch wenn die SII keinen konkreten Fall angeführt hat, in dem ein solches Problem aufgetreten wäre, die Frage einer eventuellen Anerkennung eines Urteils aufwerfen, das in der Hauptsache über das Vorliegen oder die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung entschieden hat. Hierbei könnte folgende Schwierigkeit auftreten. Vor einem Rechtsstreit beantragt eine Partei beim Gericht des Staates A, sich zur Gültigkeit einer Schiedsklausel zu äußern, und erhält ein Urteil, das deren Ungültigkeit feststellt. Nachdem es zu einem Rechtsstreit zwischen den Parteien gekommen ist, wird dieses Urteil im Staat B, wo das Schiedsverfahren stattfindet, geltend gemacht. Ist es tatsächlich wünschenswert, auf ein solches Urteil die Anerkennungsregelung des Übereinkommens anzuwenden? Dieses Urteil kann nämlich an einem anderen Ort als dem des Schiedsverfahrens erlassen worden sein. Die Möglichkeit nun, daß sich mehrere

staatliche Gerichte zur Entscheidungsbefugnis eines Schiedsgerichts äußern, ist in der Lehre behandelt worden, deren Schlußfolgerungen in diesem Punkt, wie mir scheint, deutlich der Beurteilung durch die staatlichen Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens wegen deren Neutralität den Vorzug geben.

„A — Internationale Anerkennung des zuerst ergangenen staatlichen Urteils

...

Auch die auf die Einrede der Unzuständigkeit gegenüber einer Klage in der Sache ergehenden Urteile sind kaum für eine internationale Anerkennung geeignet, weil ihr unmittelbarer Gegenstand die Entscheidung über die Zuständigkeit des sie erlassenden staatlichen Gerichts ist. Demgegenüber scheint es gerechtfertigt, daß ein Urteil, das am Ort des Schiedsgerichts ergeht und sich in der Hauptsache zur Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts äußert (sei es durch Feststellungsurteil oder im Rahmen einer Aufhebungsklage), unter bestimmten Voraussetzungen in den anderen Ländern anerkannt wird. Der Ort des Schiedsverfahrens ist sicherlich häufig zufallsbestimmt und hat keine Beziehung zum Sachgehalt des Rechtsstreits. Gerade das aber sichert ihm eine wertvolle Neutralität. Und zweifellos gibt es keine Alternative, wenn man nach einer Zentralisierung der Kontrolle sucht, um eine internationale Entscheidungsharmonie zu erreichen“<sup>72</sup>.

Man muß feststellen, daß die so befürwortete Lösung kaum durch die Anwendung des Brüsseler Übereinkommens begünstigt würde, die jedes Urteil jedes staatlichen Gerichts eines Vertragsstaats ohne besondere

Rücksicht auf den Ort des Schiedsverfahrens an der Anerkennungsregelung teilhaben ließe. Die Harmonisierung der Entscheidungen der einzelstaatlichen Gerichte stellt kein Ziel an sich zu Lasten der Eigenheiten des betreffenden Bereichs dar.

77. Bei Anwendung des Brüsseler Übereinkommens auf Gerichtsverfahren, die sich mit Schiedsvereinbarungen befassen, besteht große Gefahr, daß man zu Lösungen gelangt, die zwar harmonisiert sind, den besonderen Bedürfnissen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit indessen in keiner Weise gerecht werden. Die fehlende Anpassung des Brüsseler Übereinkommens in dieser Hinsicht macht es zweifelhaft, ob dies die Vorteile hätte, die die SII hier sieht. Ein großer Nachteil macht übrigens diese fehlende Anpassung deutlich. Bei den Gerichten am Ort des Schiedsverfahrens besteht eine fest verankerte Praxis, das Schiedsverfahren zu unterstützen und zu fördern: Ernennung eines Schiedsrichters, sichernde und einstweilige Maßnahmen und Maßnahmen zur Erbringung des Beweises.

„For example, the assistance of a national court may be needed for the appointment, replacement or challenge of an arbitrator. It is a generally accepted principle of the international division of judicial competence that the court of the country under the arbitration law of which the arbitration is to take, is taking, or took place, is the competent judicial authority in relation to arbitration“<sup>73</sup>.

Diese Zusammenarbeit der staatlichen Gerichte des Ortes, an dem das Schiedsverfahren stattfindet, könnte nun tiefgreifend in Frage gestellt werden, wenn das Brüsseler Übereinkommen auf die Schiedsgerichtsbarkeit Anwendung finden sollte. Man müßte dann nämlich feststellen, welche Vorschrift des Übereinkommens eine Anknüpfung für

72 — Mayer, a. a. O., S. 358-359.

73 — A. J. Van den Berg, a. a. O., S. 30.

die Zuständigkeit des Gerichts am Ort des Schiedsverfahrens bietet. Diese Schwierigkeit ist in der Lehre im einzelnen dargestellt worden:

„it is right and proper that judicial proceedings connected with the prosecution of an arbitration agreement, such as are mentioned above, should be held to be excluded from the Convention's scope under Article 1, para. 2(4) and accordingly be subject to national jurisdiction rules: for, just as the law of the place of arbitration will normally govern the latter proceedings in the absence of a different choice, so too is believed should courts of the same country be regarded as being particularly appropriate and well-placed to control arbitration activities within its territory at national law; thus, if Convention grounds were to apply to any such court proceedings, the English courts might find themselves unable to adjudicate in respect of English arbitration proceedings where the defendant was domiciled in a foreign contracting state [unless, perhaps, Article 5(1) were able to be construed as affording local jurisdiction]“<sup>74</sup>.

78. Obwohl die SII bestreitet, daß mit dem Ausschluß des Artikels 1 Absatz 2 Nr. 4 beabsichtigt gewesen sei, die Zuständigkeit der Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens anzuerkennen, räumt sie doch selbst ein „legitimes Anliegen“ ein, im Übereinkommen in dieser Hinsicht einen Zuständigkeitsgrund zu entdecken. Das Gutachten von Herrn Schlosser bemüht sich, eine Zuständigkeit der Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens auf der Grundlage von Artikel 5 Nr. 1 oder Artikel 17 des Übereinkommens zu „konstruieren“.

79. Soweit es zunächst Artikel 5 Nr. 1 betrifft, erinnert Herr Schlosser daran, daß die Parteien einer Schiedsvereinbarung zur Zusammenarbeit verpflichtet seien, um einen korrekten Ablauf des Schiedsverfahrens sicherzustellen. Eine Sanktion für die Verletzung dieser Pflicht, die einige Autoren in Erwägung ziehen<sup>75</sup>, würde voraussetzen, daß es für sie einen Erfüllungsort gäbe. Nach dem Gutachten soll infolge der Vereinbarung der Parteien über den Ort des Schiedsverfahrens als dieser Ort derjenige festgelegt sein, an dem das Schiedsverfahren stattfindet. Infolgedessen stelle Artikel 5 Nr. 1 einen Zuständigkeitsgrund für die Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens zur Verfügung.

80. Hiergegen müssen klare Einwände erhoben werden. Zunächst stellt die Schiedsvereinbarung einen verfahrensrechtlichen Vertrag dar, dessen Gegenstand grundlegend verschieden von materiellen Verträgen ist, mit denen Verpflichtungen der Parteien begründet werden.

„It is, however, of a different nature from the other provisions of the contract: not merely because the rights which it creates are procedural rather than substantive“<sup>76</sup>.

Im übrigen können viele Klagen, die bei Gerichten am Ort des Schiedsverfahrens erhoben werden, nur mit Schwierigkeiten so verstanden werden, daß mit ihnen die Erfüllung einer Verpflichtung aus der Schiedsvereinbarung begehrt wird, so etwa der Antrag auf sichernde Maßnahmen oder der Antrag auf Gewährung einer zusätzlichen Frist zur Beendigung der Aufgabe des Schiedsgerichts.

74 — Kaye, a. a. O., S. 149-150.

75 — Mustill und Boyd, a. a. O., S. 409.

76 — A. a. O.

81. Schließlich und vor allem räumt Herr Schlosser selbst ein, daß die Zuständigkeit des Gerichts am Ort des Schiedsverfahrens nach Artikel 5 Nr. 1 keine ausschließliche sein kann. Er zieht daher in Erwägung, daß die Gerichte eines anderen Vertragsstaats als desjenigen am Ort des Schiedsverfahrens „give support to arbitration conducted or to be conducted pursuant to the rules of a foreign legal order“. Eine solche Möglichkeit ist nicht realistisch. Kann man sich zum Beispiel ein englisches Gericht vorstellen, das bereit wäre, ein in Paris anhängiges Schiedsverfahren zu unterstützen? Herr Schlosser räumt übrigens insoweit ein, daß die staatlichen Gerichte es fast durchgehend abgelehnt haben, bei Schiedsverfahren tätig zu werden, die nicht dem eigenen Recht unterliegen.

82. Auch die Suche nach einem Gerichtsstand im Bereich des Artikels 17 scheint in gleicher Weise kritikwürdig. Es wäre nämlich ein gefährlicher Vorschlag, daß die Schiedsvereinbarung so ausgelegt werden müsse, daß sie eine stillschweigende Zuständigkeitsvereinbarung zugunsten der Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens enthielte. Diese von Herrn Schlosser befürwortete Lösung müßte zu der Forderung führen, daß Schiedsklauseln den Voraussetzungen des Artikels 17 zu genügen hätten, um eine Zuständigkeit der Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens zu begründen. Bei der These von Herrn Schlosser sieht man bereits die unausweichlichen Auseinandersetzungen voraus, die insoweit entstehen würden, sobald das Tätigwerden der Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens verlangt würde. Insbesondere sollte man größte Zurückhaltung gegenüber dem Vorschlag des Verfassers üben, der in Artikel II Absatz 2 des New Yorker Übereinkommens über die *Form der Schiedsklausel* die in Artikel 17 des Brüsseler Übereinkommens für *Zuständigkeitsvereinbarungen* angesprochene, dem internationalen Handelsbrauch entsprechende Form erblicken will.

83. Die Komplexität, die die „Entdeckung“ einer stillschweigenden Zuständigkeitsvereinbarung zugunsten der Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens mit sich bringen würde, widerlegen diese Lösung, die nur erarbeitet wurde, um den Nachteilen der Ihnen vorgeschlagenen „revidierten“ Auslegung des Übereinkommens zu begegnen.

84. Wenn Artikel 5 Nr. 1 und Artikel 17 des Übereinkommens so kühn ausgelegt werden müssen, wie dies Herr Schlosser vorschlägt, so doch nur deshalb, weil das Übereinkommen keinen Gerichtsstand für die Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens vorgesehen hat; dieses Fehlen ist aber eben durch den Ausschluß der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Anwendungsbereich des Übereinkommens zu erklären.

„Had it been decided expressly to include such legal proceedings within the Convention's scope, it may have required an additional exclusive jurisdiction ground of courts of place of arbitration in Section 5 of Title II“<sup>77</sup>.

85. Die Verhandlungen aus Anlaß des Beitritts des Vereinigten Königreichs hatten klar erkennen lassen, daß für alle Vertragsstaaten Verfahren vor Gerichten in Zusammenhang mit Schiedsverfahren aus dem Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen waren. Der Bericht zu dem Beitrittsübereinkommen von 1978 ist in diesem Punkt ganz eindeutig. Für die These der SII fehlen überzeugende Gründe; deswegen und wegen ihrer Nachteile möchte ich sie ohne Zögern verwerfen.

77 — Kaye, a. a. O., S. 189, Fn. 412.

86. In seinem Gutachten schlägt Herr Jenard eine Lösung vor, die offensichtlich weniger radikal als die von Herrn Schlosser ist, weil sie das Prinzip, wonach Rechtsstreitigkeiten in Zusammenhang mit Schiedsverfahren vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen sind, nicht ausdrücklich in Frage stellt. Es kommt gleichwohl zu dem Ergebnis, daß dieses auf das Verfahren vor dem vorliegenden Gericht anzuwenden sei. Nach Meinung von Herrn Jenard ist das Übereinkommen auf ein Verfahren anzuwenden, bei dem die Inzidentfrage des Bestehens oder der Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung von einem nach dem Übereinkommen zuständigen Gericht entschieden werden muß. Übrigens beruft er sich auf das Urteil Effer<sup>78</sup>, in dem Sie, wie wir sahen, entschieden haben, daß Artikel 5 Nr. 1 des Übereinkommens in einem Rechtsstreit mit einem unter das Übereinkommen fallenden Hauptklageantrag — Zahlung von Honorar — nicht deshalb unanwendbar wurde, weil das Bestehen des Vertrags, dessen Erfüllung verlangt wurde, in Abrede gestellt wurde. Angesichts dessen ist mir unverständlich, wie Herr Jenard zu der Annahme kommen kann, das Verfahren vor dem vorliegenden Gericht falle doch unter das Übereinkommen. Er räumt nämlich ein, daß das Schiedsverfahren ein „main issue“ vor den britischen Gerichten sei. Gleichwohl soll das bei dem italienischen Gericht anhängige Verfahren dazu führen, vorliegend das Übereinkommen auf das bei dem britischen Gericht anhängige Verfahren anzuwenden. Zu diesem Ergebnis führen angeblich Zielsetzungen und Geist des Übereinkommens.

87. Dieser Standpunkt begegnet erheblichen Einwänden.

88. Ein Verfahren fällt in den Anwendungsbereich des Übereinkommens wegen der Materie, um die es geht. Dies ist ein objektives Kriterium. Bei der Entscheidung über

die Anwendung des Übereinkommens muß festgestellt werden, daß ein Verfahren ratione materiae wegen der ihm eigenen Merkmale unter dessen Vorschriften fällt. Keineswegs aber kann die Anhängigkeit eines anderen Rechtsstreits bei einem anderen Gericht bewirken, daß die Anwendung des Übereinkommens auf das betreffende Verfahren ausgedehnt wird, wenn dessen Materie nicht für sich betrachtet diese Anwendung tragen würde. Genau dies ist aber doch die These von Herrn Jenard, die letzten Endes zu der Annahme führen könnte, daß *ein und derselbe* Rechtsstreit in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fiele, wenn ein anderer Rechtsstreit bei einem Gericht eines anderen Vertragsstaates anhängig wäre, dagegen nicht unter das Übereinkommen fiele, wenn das andere Verfahren nicht anhängig wäre. Der Anwendungsbereich des Übereinkommens könnte damit für ein konkretes Verfahren veränderlich sein.

89. Nach dem Gutachten von Herrn Jenard legt reine Zweckmäßigkeit je nach Fallgestaltung die Umrisse des Anwendungsbereichs des Übereinkommens fest. Es genüge insoweit, sich auf die Zielsetzungen des Übereinkommens zu berufen, um es auf jeden beliebigen Rechtsstreit anwendbar zu machen, unabhängig davon, ob dies nun seinem Geltungsanspruch entspreche oder nicht.

90. Ganz zweifellos sind die Zielsetzungen des Brüsseler Übereinkommens von entscheidender Bedeutung für die Auslegung seiner Vorschriften. Aber die schlichte Berufung auf sie kann es nicht rechtfertigen, die Anforderungen des rechtlichen Sinnzusammenhangs zu mißachten und die zwingenden Folgen der dem Übereinkommen eigenen Logik, die man für unzumutbar hält, beiseite zu schieben.

91. Mit der schlichten Behauptung, daß bei zwei vor den Gerichten zweier Vertragsstaaten anhängigen Verfahren, von denen eines ein Schiedsverfahren zum Hauptge-

gegenstand hat, das im anderen nur als inzidenter Gegenstand auftritt, das Übereinkommen auf das erstgenannte Verfahren Anwendung findet, sucht das Gutachten von Herrn Jenard an der Schlußfolgerung, zu der der Ausschluß der Schiedsgerichtsbarkeit ohne weiteres führt, vorbei zu kommen, ohne diese im übrigen grundsätzlich in Frage zu stellen.

92. Um zur Anwendung des Übereinkommens zu gelangen — dies sei nochmals wiederholt —, muß festgestellt werden, daß ein Rechtsstreit seinem Anwendungsbereich unterliegt. Die Berufung allein auf die Zielsetzungen des Übereinkommens, mit der die Unmöglichkeit einer solchen Feststellung verschleiert werden soll, zeigt die Schwäche eines Rechtsstandpunkts, der die Wahrheit nicht eingestehen will: Der Rechtsstreit vor dem vorliegenden Gericht fällt nicht in den Anwendungsbereich des Übereinkommens.

93. Angesichts der Antwort, die ich auf die erste Frage vorschlagen zu müssen glaube, werde ich zur zweiten und dritten Frage des Court of Appeal keine Anträge stellen und mich insoweit auf einige sehr kurze Bemerkungen beschränken.

94. Die Auseinandersetzung mit dem Gutachten von Herrn Schlosser hat mir die Feststellung erlaubt, wie gekünstelt und unpassend mir die Schaffung einer Zuständigkeit der Gerichte am Schiedsort auf der Grundlage des Artikels 5 Nr. 1 oder des Artikels 17 erscheint. Der Gerichtshof wäre indessen nach meiner Ansicht unweigerlich gezwungen, einen solchen Gerichtsstand in richterlicher Rechtsfortbildung zu schmieden, wenn er der These folgen würde, wonach alle Rechtsstreitigkeiten in Zusammenhang mit Schiedsverfahren in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen.

95. Der Gerichtshof wird weiter auf die Frage betreffend Artikel 21 und 22 des Übereinkommens nur zu antworten haben,

wenn er davon ausgeht, daß das Übereinkommen auf das Verfahren vor dem vorliegenden Gericht anzuwenden ist und dieses seine Zuständigkeit auf die Artikel 5 Nr. 1 oder 17 stützen kann.

96. Es sei zunächst darauf hingewiesen, daß man unmöglich davon ausgehen kann, daß zwischen einer Klage auf Ernennung eines Schiedsrichters und einer solchen auf Entscheidung der Sachfrage Rechtshängigkeit besteht. Übrigens räumt selbst die Kommission, die doch die These der italienischen Gesellschaft befürwortet, ein, daß es vorliegend nicht um Rechtshängigkeit geht.

97. Soweit es schließlich um Artikel 22 geht, werde ich davon absehen, zu prüfen, ob die einzelnen geforderten Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind, und mich auf die Feststellung beschränken, daß diese Vorschrift, selbst wenn dies der Fall sein sollte, „dem später mit einer der im Zusammenhang stehenden Sachen befaßten Gericht keinerlei Pflicht auferlegt“<sup>79</sup>. Ihm steht lediglich eine *Befugnis* zur Aussetzung oder, falls die Voraussetzungen des Artikels 22 Absatz 2 vorliegen, zur Unzuständigerklärung zu. Die Ihnen von der SII nahegelegte Auslegung des Übereinkommens kann also auf keinen Fall dazu führen, das vorliegende Gericht zur Aussetzung zu *verpflichten*. Die Ausübung der Befugnis durch dieses Gericht ist damit womöglich von der Überzeugung beeinflusst, daß die Lösung, das Übereinkommen auf den bei ihm anhängigen Rechtsstreit anwendbar zu erklären, etwas für sich hat.

98. Eine klar der Rechtslogik und -sicherheit widersprechende Lösung, deren Geltung im Namen der Zielsetzungen des Übereinkommens behauptet wird, würde mit anderen Worten nicht notwendigerweise das Ergebnis zeitigen, das diesen entsprechen würde, also zu einer Entscheidung le-

79 — Gothot und Holleaux, a. a. O., S. 127, Randnr. 225.

diglich des italienischen Gerichts über die Frage des Bestehens einer Schiedsvereinbarung führen. Dies bedeutet, daß nach anderen unangreifbaren Gründen gesucht werden müßte, die für eine Anwendung des Übereinkommens auf den bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit sprächen. Ich habe keine solchen Gründe gefunden.

99. Mit Ihrer Erlaubnis möchte ich noch einige abschließende und allgemeine Bemerkungen machen. Das vor dem britischen Gericht anhängige Verfahren ist zunächst in keiner Weise außergewöhnlich. Es kommt nämlich sehr häufig vor, daß Streit über das Bestehen einer Schiedsvereinbarung entsteht, was umso leichter zu erklären ist, als heute die Vollstreckung von Schiedssprüchen in der internationalen Gemeinschaft völlig üblich ist.

100. Ferner ist man sich einig, daß Verzögerungsstrategien der dem Schiedsverfahren abgeneigten Parteien die Wirksamkeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erheblich beeinträchtigen<sup>80</sup>. Selbstverständlich ist dies eine ganz allgemeine Bemerkung, und ich möchte in keiner Weise andeuten, daß das Verhalten einer der Parteien im Rahmen des Ausgangsverfahrens durch solche Motive beeinflusst wäre. Man muß in dessen feststellen, daß die Anwendung des Übereinkommens auf solche Rechtsstreitigkeiten für bestimmte Fallgestaltungen ein zusätzliches Mittel zur Förderung des „forum shopping“ im Widerspruch zur vereinbarten schiedsrichterlichen Entscheidung des Rechtsstreits wäre.

101. Insoweit bedarf es einer Klarstellung. Mit der Entscheidung, daß das Brüsseler Übereinkommen nicht auf Gerichtsverfahren in Zusammenhang mit Schiedsvereinba-

rungen anzuwenden ist, werden Sie doch nicht zugleich den Schiedsgerichten die Entscheidung über ihre eigene Zuständigkeit überlassen. Es werden vorliegend sehr wohl, wie es den Anschein hat, die britischen Gerichte sein, die diese Frage selbst entscheiden werden. Man darf indessen nicht außer acht lassen, daß die staatlichen Rechtsordnungen<sup>81</sup> und die internationalen Übereinkommen ganz allgemein dazu neigen, den Schiedsgerichten die Entscheidung über ihre eigene Zuständigkeit zuzugestehen<sup>82</sup>, wobei es sich versteht, daß diese Entscheidung stets gerichtlich nachgeprüft werden kann. Dies ist der Gang der Entwicklung, der selbstverständlich das Brüsseler Übereinkommen nicht entgegenwirken kann. Seine Anwendung auf Verfahren in Zusammenhang mit Schiedsverfahren könnte nun aber bestimmte Verzögerungsmanöver der widerpenstigen Partei begünstigen, die das Gericht eines Vertragsstaats anrufen könnte, um der Anwendung des dem Schiedsverfahren günstiger gesonnenen Rechts anderer Vertragsstaaten aus dem Wege zu gehen. Der Ort des Schiedsverfahrens ist zufällig. Es wäre paradox, daß die Wahl eines Schiedsorts innerhalb der Gemeinschaft, wenn eine der Parteien im Gemeinschaftsgebiet ihren Wohnsitz hat, eine Verzögerung des Schiedsverfahrens durch den mißbräuchlichen Einsatz des Brüsseler Überein-

81 — Zumindest die Rechtsordnungen des kontinentalen Rechts; das britische Recht zeigt eine sehr deutliche Zurückhaltung gegenüber der „Kompetenz-Kompetenz“, wie sie in den kontinentalen Rechten zu finden ist; vgl. hierzu insbesondere E. Gaillard, a. a. O., S. 776.

82 — Zur Abstufung der Kontrolle des Bestehens einer Schiedsvereinbarung durch das über die Ernennung eines Schiedsrichters entscheidende staatliche Gericht vgl. die Darstellung der nationalen Lösungen bei E. Gaillard, a. a. O., S. 778-779; dieser Autor scheint anzunehmen, daß die Lösung des niederländischen Rechts (Artikel 1027 Absatz 4 der Zivilprozeßordnung: „Der Vorsitzende oder der Dritte ernannt den oder die Schiedsrichter ohne Rücksicht auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung“) zu stark die Kompetenz-Kompetenz begünstigt; er spricht sich für die Kompromißlösungen aus, wie sie das neue Schweizer Recht eingeführt hat (das Gericht „entspricht dem ihm vorgelegten Ernennungsantrag, falls nicht eine summarische Prüfung ergibt, daß zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung besteht“); vgl. Artikel 12.5 des portugiesischen Gesetzes von 1986 und Artikel 1444 Absatz 3 des neuen französischen Code de procédure civile, die bestimmen, daß das Gericht, das den oder die Schiedsrichter ernennen soll, die Nichtigkeit der Schiedsklauseln feststellen und entscheiden kann, daß eine Ernennung nicht zulässig ist.

80 — Vgl. hierzu insbesondere E. Gaillard, Les manoeuvres délatatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international, in: *Revue de l'arbitrage*, 1990, S. 759, Nr. 4.

kommens herbeiführen könnte, das keinesfalls anwendbar wäre, wenn das Schiedsverfahren außerhalb der Gemeinschaft stattfände.

102. Schließlich hat die SII auf die Gefahren der Unvereinbarkeit hingewiesen, die die Nichtanwendung des Übereinkommens auf das Verfahren vor dem britischen Gericht heraufbeschwöre. Ich bin völlig überzeugt, daß soweit nur irgend möglich Lösungen entwickelt werden müssen, die solche Gefahren vermeiden helfen, doch muß zunächst einmal die Problemstellung zutreffend und genau umschrieben werden. Zunächst können, um dies nochmals zu sagen, die Mechanismen der Artikel 21 und 22 nur innerhalb des Anwendungsbereichs des Übereinkommens zur Anwendung gebracht werden. Soweit dieses nun auf bestimmte Materien keine Anwendung findet, ist unweigerlich die Gefahr gewisser Unvereinbarkeiten gegeben. Dies ist die unausweichliche Folge des Umstands, daß die Verfasser des Übereinkommens bestimmte Materien von seinem Anwendungsbereich ausgenommen haben. Daß zwei Gerichte, von denen das eine mit einem unter das Übereinkommen, das andere mit einem nicht unter das Übereinkommen fallenden Rechtsstreit befaßt ist, die gleiche Vorfrage abweichend entscheiden können, mag „in abstracto“ bedauerlich erscheinen. Situationen dieser Art sind Folge der Ausschlußtatbestände im Übereinkommen. Der Gerichtshof hat sich im übrigen bereits zu Fällen der Unvereinbarkeit zwischen einem unter das Übereinkommen fallenden Urteil und einem außerhalb seines Anwendungsbereichs stehenden befaßt<sup>83</sup>. Natürlich läßt sich vorliegend, sollten das italienische und das britische Gericht das Bestehen einer Schiedsvereinbarung unter-

schiedlich beurteilen, nicht ausschließen, daß dies später zum Erlaß eines Schiedsspruchs führen könnte, der mit dem in Italien ergangenen Sachurteil<sup>84</sup> unvereinbar wäre. Diese Aussicht muß vom Gerichtshof hingenommen werden.

103. Im übrigen gibt es bei Unvereinbarkeit eines Schiedsspruchs und eines Gerichtsurteils, mag diese auch naturgemäß nicht wünschenswert sein, durchaus Lösungsmöglichkeiten, wie sie insbesondere in einer Arbeit über die Konflikte zwischen Urteil und Schiedsspruch dargestellt worden sind<sup>85</sup>. Ihr Verfasser hat sich namentlich mit dem Widerspruch zwischen einem unter dem Schutz des Brüsseler Übereinkommens stehenden Urteil und einem Schiedsspruch sowie mit den in einem solchen Fall bereitstehenden Lösungen befaßt. Aus dieser Untersuchung geht jedenfalls klar hervor, daß die insoweit geltenden Grundsätze die Festlegung gestatten, wem — Urteil oder Schiedsspruch — je nach der Konfliktsituation der Vorrang gebührt.

104. Abschließend sei gesagt, daß die Bemerkung der Kommission, die in der mündlichen Verhandlung die von ihr befürwortete Lösung — im Gegensatz zur These der drei beteiligten Mitgliedstaaten, der zufolge das Übereinkommen auf das Verfahren vor

83 — Urteil vom 4. Februar 1988 in der Rechtssache 145/86 (Hoffmann, Slg. 1988, 645; Widerspruch zwischen unter das Übereinkommen fallendem Unterhaltsurteil unter Ehegatten und einem nicht unter das Übereinkommen fallenden Scheidungsurteil).

84 — Dessen Anerkennung und Vollstreckung übrigens unter Umständen zur Lösung der in meinen Schlußanträgen mehrfach angesprochenen Frage führen könnte, ob das Übereinkommen auf ein Sachurteil anzuwenden ist, das trotz einer Schiedsvereinbarung ergangen ist, die das Gericht des Anerkennungsstaats seinerseits für gültig hält.

85 — P. Schlosser, *Conflicts entre jugement judiciaire et arbitrage*, in: *Revue de l'arbitrage*, 1981, 371.

dem britischen Gericht nicht anwendbar sein soll, — als eine „Gemeinschaftslösung“ bezeichnet hat, mich in keiner Weise beeindruckt. Ich für mein Teil sehe keinerlei Nutzen für die Gemeinschaft darin, die besonderen rechtlichen Bedürfnisse der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit als einer universellen Möglichkeit der Beilegung

von Rechtsstreitigkeiten des internationalen Handels zu ignorieren. Diese Bedürfnisse stimmen, wie ich gezeigt zu haben hoffe, nicht notwendigerweise mit den im Brüsseler Übereinkommen zum Ausdruck gelangten überein, das als Instrument die ordnungsgemäße staatliche Rechtspflege innerhalb der Gemeinschaft sicherstellen soll.

105. Ich ersuche Sie folglich, den Anwendungsbereich des Übereinkommens deutlich in Erinnerung zu rufen und für Recht zu erkennen:

Die Frage des Bestehens einer Schiedsvereinbarung, die sich vor einem Gericht stellt, bei dem die Ernennung eines Schiedsrichters beantragt wird, fällt unter die Ausschlußregelung des Artikels 1 Absatz 2 Nr. 4 des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.