

# **BGer 4A 446/2022 vom 15. Mai 2023**

Bundesgericht, 2023-05-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_446\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_446_2022)

FR: TF 4A 446/2022 du 15 mai 2023

IT: TF 4A 446/2022 del 15 maggio 2023

## **Regeste**

Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, | Schiedsgerichtsbarkeit

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nach Art. 54 Abs. 1 BGG ergeht der Entscheid des Bundesgerichts in einer Amtssprache, in der Regel in jener des angefochtenen Entscheids. Wurde dieser in einer anderen Sprache abgefasst, bedient sich das Bundesgericht der von den Parteien verwendeten Amtssprache. Der angefochtene Entscheid ist in englischer Sprache abgefasst. Da es sich dabei nicht um eine Amtssprache handelt, ergeht der Entscheid des Bundesgerichts praxisgemäss in der Sprache der Beschwerde ( BGE 142 III 521 E. 1).

### **E. 2**

Im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist die Beschwerde in Zivilsachen unter den Voraussetzungen der Art. 190-192 IPRG (SR 291) zulässig ( Art. 77 Abs. 1 lit. a BGG ).

#### **E. 2.1**

Der Sitz des Schiedsgerichts befindet sich vorliegend in Zürich. Beide Parteien hatten im massgebenden Zeitpunkt ihren Sitz ausserhalb der Schweiz ( Art. 176 Abs. 1 IPRG ). Da die Parteien die Geltung des 12. Kapitels des IPRG nicht ausgeschlossen haben, gelangen die Bestimmungen dieses Kapitels zur Anwendung ( Art. 176 Abs. 2 IPRG ).

#### **E. 2.2**

Die Beschwerde im Sinne von Art. 77 Abs. 1 BGG ist grundsätzlich rein kassatorischer Natur, d.h. sie kann nur zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen (vgl. Art. 77 Abs. 2 BGG , der die Anwendbarkeit von Art. 107 Abs. 2 BGG ausschliesst, soweit dieser dem Bundesgericht erlaubt, in der Sache selbst zu entscheiden). Soweit der Streit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts oder dessen Zusammensetzung betrifft, gilt davon eine dahingehende Ausnahme, dass das Bundesgericht selber die Zuständigkeit oder die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts feststellen bzw. über die Ablehnung des betreffenden Schiedsrichters befinden kann ( BGE 136 III 605 E. 3.3.4 mit Hinweisen). Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass das Bundesgericht die Sache an das Schiedsgericht zurückweist (Urteile 4A\_564/2021 vom 2. Mai 2022 E. 3.2; 4A\_660/2020 vom 15. Februar 2021 E. 2.2; 4A\_124/2020 vom 13. November 2020 E. 2.1, nicht publ. in BGE 147 III 107 ). Die Anträge in der Beschwerde sind insoweit zulässig. Die Beschwerdegegnerin bringt zu Unrecht vor, die Rechtsbegehren in der Beschwerde genügten den bundesgerichtlichen Anforderungen nicht. Entgegen ihren Ausführungen erscheint klar, dass die Beschwerdeführerin den angefochtenen Schiedsentscheid anfecht, soweit damit ihre

Klagebegehren Ziffern 1 - 8 auf Bezahlung der Mietzinsen sowie Ziffern 10 und 11 hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen abgewiesen worden sind. Ebenso wenig überzeugt die in der Beschwerdeantwort vertretene Ansicht, der Beschwerdeführerin sei ein Rechtsschutzinteresse abzusprechen, weil sie lediglich die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 7 und 8 des angefochtenen Schiedsspruchs beantrage, obwohl das Schiedsgericht über die strittigen Mietzinsen in Dispositiv-Ziffer 1 abschliessend entschieden habe. Das Verständnis der Beschwerdeführerin, nach dem die Klagebegehren auf Zahlung der Mietzinsen in Dispositiv-Ziffer 1 teilweise gutgeheissen und im Mehrbetrag in Dispositiv-Ziffer 8 abgewiesen wurden, erscheint aufgrund des Wortlauts sowie der Systematik des Dispositivs im angefochtenen Schiedsspruch naheliegender. Die Frage braucht jedoch im Hinblick auf den Verfahrensausgang nicht vertieft zu werden.

### **E. 2.3**

Nach Art. 77 Abs. 3 BGG prüft das Bundesgericht nur die Rügen, die in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden sind; dies entspricht der in Art. 106 Abs. 2 BGG für die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht vorgesehenen Rügspflicht ( BGE 134 III 186 E. 5 mit Hinweis). Appellatorische Kritik ist unzulässig ( BGE 134 III 565 E. 3.1; 119 II 380 E. 3b).

### **E. 2.4**

Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen ( Art. 42 Abs. 1 BGG ). Kommt es zu einem zweiten Schriftenwechsel, darf die beschwerdeführende Partei die Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4). Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2). Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Replik darüber hinausgeht, können ihre Ausführungen nicht berücksichtigt werden.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Schiedsgericht habe den verfahrensrechtlichen Ordre public verletzt ( Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG ), indem es die materielle Rechtskraft des Ersten Schiedsspruchs unbeachtet gelassen habe und rügt im gleichen Zusammenhang eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG ).

#### **E. 3.1.1**

Der Ordre public hat sowohl einen materiellen als auch einen verfahrensrechtlichen Gehalt. Ein Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen Ordre public liegt vor bei einer Verletzung von fundamentalen und allgemein anerkannten Verfahrensgrundsätzen, deren Nichtbeachtung zum Rechtsempfinden in einem unerträglichen Widerspruch steht, so dass die Entscheidung als mit der in einem Rechtsstaat geltenden Rechts- und Wertordnung schlechterdings unvereinbar erscheint ( BGE 147 III 379 E. 4.1; 141 III 229 E. 3.2.1; 140 III 278 E. 3.1; 136 III 345 E. 2.1). Das Schiedsgericht verletzt den verfahrensrechtlichen Ordre public unter anderem, wenn es bei seiner Entscheidung die materielle Rechtskraft eines früheren Entscheids unbeachtet lässt oder wenn es in seiner Endentscheidung von der Auffassung abweicht, die es in einem Vorentscheid hinsichtlich einer materiellen Vorfrage geäußert hat ( BGE 141 III 229 E. 3.2.1; 140 III 278 E. 3.1; 136 III 345 E. 2.1; 128 III 191 E. 4a). Die Rechtskraftwirkung beschränkt sich auf das Urteilsdispositiv. Die Urteilsbegründung wird davon nicht erfasst. Die Urteilsbegründungen haben in einer anderen Streitsache keine bindende Wirkung, sind aber gegebenenfalls zur Klärung der Tragweite

des Urteilsdispositivs beizuziehen ( BGE 141 III 229 E. 3.2.6; 136 III 345 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.1.2**

Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG lässt die Anfechtung allein wegen der zwingenden Verfahrensregeln gemäss Art. 182 Abs. 3 IPRG zu. Danach muss das Schiedsgericht insbesondere den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör wahren. Dieser entspricht - mit Ausnahme des Anspruchs auf Begründung - dem in Art. 29 Abs. 2 BV gewährleisteten Verfassungsrecht. Die Rechtsprechung leitet daraus insbesondere das Recht der Parteien ab, sich über alle für das Urteil wesentlichen Tatsachen zu äussern, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten, ihre entscheidungswesentlichen Sachvorbringen mit tauglichen sowie rechtzeitig und formrichtig angebotenen Mitteln zu beweisen, sich an den Verhandlungen zu beteiligen und in die Akten Einsicht zu nehmen ( BGE 147 III 379 E. 3.1, 586 E. 5.1; 142 III 360 E. 4.1.1; 130 III 35 E. 5; je mit Hinweisen). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht kein verfassungsrechtlicher Anspruch der Parteien, zur rechtlichen Würdigung der durch sie in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders angehört zu werden. Ebenso wenig folgt aus dem Gehörsanspruch, dass die Parteien vorgängig auf den für den Entscheid wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen wären. Eine Ausnahme besteht namentlich, wenn ein Gericht seinen Entscheid auf einen Rechtsgrund zu stützen beabsichtigt, auf den sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht rechnen mussten. Bei der Beurteilung, ob die Rechtsanwendung des Schiedsgerichts überraschend ist, auferlegt sich das Bundesgericht auf dem Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Zurückhaltung ( BGE 130 III 35 E. 5 mit Hinweisen; Urteile 4A\_214/2022 vom 26. Oktober 2022 E. 4.1.3; 4A\_504/2021 vom 18. Januar 2022 E. 5.1; 4A\_300/2021 vom 11. November 2021 E. 7.1).

### **E. 3.2**

Das Schiedsgericht führte aus, die Beschwerdegegnerin berufe sich darauf, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Mietzinsen habe, weil die Zahlungsverpflichtung von der Berechtigung der Beschwerdegegnerin abhängt, das Land für das Tourismusprojekt zu nutzen, das sowohl den Betrieb des Hotels als auch des Casinos umfasse. Die Beschwerdeführerin mache ihrerseits geltend, dieser Einwand sei unzulässig, da er von der Rechtskraft des Ersten Schiedsspruchs erfasst sei. Das Schiedsgericht liess dieses Argument zu den angeblichen Wirkungen der Rechtskraft des Ersten Schiedsspruchs auf das Zweite Schiedsverfahren nicht gelten. So sei die Voraussetzung der Identität des Streitgegenstands nicht erfüllt. Gegenstand der Klage im vorliegenden Schiedsverfahren sei nämlich der angebliche Anspruch der Beschwerdeführerin auf Mietzinsen gemäss Klausel I.3 des C. \_\_\_\_\_-B. \_\_\_\_\_-Agreement. Es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin im Ersten Schiedsverfahren keinen solchen Anspruch geltend gemacht habe. Entsprechend sei im Ersten Schiedsspruch nicht über einen solchen Anspruch entschieden worden; ebenso wenig habe das Schiedsgericht im Ersten Schiedsverfahren zu entscheiden gehabt, unter welchen Bedingungen - wenn überhaupt - Mietzinsen geschuldet seien. Somit fehle es an einer Identität der Ansprüche und der Erste Schiedsspruch hindere das vorliegende Schiedsgericht nicht daran, den eingeklagten Anspruch auf Mietzinsen unter Berücksichtigung aller von den Parteien vorgetragenen relevanten Argumente zu beurteilen. Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass nach schweizerischem Recht nur das Dispositiv des Urteils oder des Schiedsspruchs in Rechtskraft erwachse, wohingegen die Urteilsbegründung keine Präklusivwirkung zeitige, sondern in einem späteren

Verfahren überprüft werden könne. In Anbetracht der Tatsache, dass im zu beurteilenden Fall keine Identität des Streitgegenstands vorliege, sei die Begründung des Schiedsgerichts im Ersten Schiedsverfahren für das Schiedsgericht im vorliegenden Zweiten Schiedsverfahren nicht bindend. Daher seien die Vorbringen der Beschwerdeführerin unbehelflich, soweit sie bestimmte Teile der Begründung des Ersten Schiedsspruchs für die Entscheidungsfindung des vorliegenden Schiedsgerichts als verbindlich erachte. Ausserdem sei die bundesgerichtliche Rechtsprechung, auf die sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang berufe, nicht einschlägig. Diese Rechtsprechung sehe vor, dass die in einem Zwischenschiedsspruch entschiedenen Fragen (materiell oder verfahrensrechtlich) für das Schiedsgericht, das diesen Schiedsspruch erlassen hat, verbindlich sind ( BGE 128 III 191 E. 4a). Der vorliegende Fall liege jedoch anders, indem der Erste Schiedsspruch für das vorliegende Zweite Schiedsverfahren nicht als Zwischenschiedsspruch angesehen werden könne.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin stellt vor Bundesgericht zu Recht nicht in Abrede, dass es sich bei dem im Ersten Schiedsverfahren abgewiesenen Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Ausstellung einer Casinolizenz für den Zeitraum vom 13. September 2013 bis zum 13. September 2028 (Klagebegehren Ziffer 1 [i] im Ersten Schiedsverfahren) und dem im Zweiten Schiedsverfahren eingeklagten Anspruch der Beschwerdeführerin auf Zahlung der Mietzinsen seit 13. September 2013 um verschiedene Ansprüche handelt. Sie begründet eine angebliche Anspruchsidentität jedoch - unter Berufung auf BGE 121 III 474 E. 4a - zu Unrecht damit, der Entscheid im Ersten Schiedsverfahren über den (verneinten) Anspruch der Beschwerdegegnerin auf die Erteilung der Casinolizenz betreffe eine Vorfrage von präjudizieller Bedeutung für den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch auf Bezahlung der Mietzinsen. Entgegen ihren Vorbringen trifft nicht zu, dass der nunmehr angefochtene Schiedsentscheid über den von ihr eingeklagten Anspruch auf Bezahlung von Mietzinsen seit 13. September 2013 einen Entscheid darüber voraussetzte, ob der Beschwerdegegnerin ein Anspruch auf Erteilung der Casinolizenz für den Zeitraum vom 13. September 2013 bis zum 13. September 2028 zusteht. Vielmehr stellte das Schiedsgericht in tatsächlicher Hinsicht darauf ab, dass die Beschwerdegegnerin das Casino nicht betreiben könne, weil sie einerseits seit 13. September 2013 keine Lizenz dafür erhalten habe und andererseits das Casino aufgrund der verhängten Reisebeschränkungen für israelische Bürger, die tatsächlichen und potentiellen Kunden des Casinos, nicht mehr zugänglich sei. Das Schiedsgericht beurteilte im Rahmen einer allfälligen Anpassung des C. \_\_\_\_\_-B. \_\_\_\_\_-Agreement an veränderte Umstände (clausula rebus sic stantibus), welche Partei das Risiko für die nachträglich eingetretenen Verhältnisse zu tragen habe. Die massgebende - durch Vertragsauslegung zu beantwortende - Frage sei dabei, ob die Parteien sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Dezember 2000 darüber geeinigt hätten, dass die Beschwerdegegnerin den Mietzins von USD 100'000.-- pro Monat ab September 2013 unter allen Umständen zu bezahlen habe, d.h. selbst wenn ihr die Lizenz für das Tourismusprojekt - ganz oder teilweise - dauerhaft verweigert würde und das Casino infolge der anhaltenden Reisebeschränkungen für israelische Kunden definitiv geschlossen bleiben müsste. Es ging demnach bei der vom Schiedsgericht beurteilten Vertragsanpassung nicht darum, ob der Beschwerdegegnerin ein Anspruch auf Ausstellung einer Casinolizenz zustand, sondern einzig um die Frage, ob die Vertragsparteien des C. \_\_\_\_\_-B. \_\_\_\_\_-Agreement im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses davon ausgingen, dass die vereinbarten Mietzinsen in der Höhe von monatlich USD 100'000.--

selbst bei Ausbleiben der Casinolizenz und Fortbestehen von einem Betrieb verunmöglichten Reisebeschränkungen zu zahlen sind. Dies verkennt die Beschwerdeführerin, wenn sie vorbringt, es sei im angefochtenen Schiedsentscheid als Vorfrage zu beantworten gewesen, ob die Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Ausstellung einer Casinolizenz hatte. Entscheidend war vielmehr die gemeinsame Erwartung der Vertragsparteien des C. \_\_\_\_\_-B. \_\_\_\_\_-Agreement, eine solche werde tatsächlich erteilt bzw. verlängert. Abgesehen davon, dass sich der von der Beschwerdegegnerin im Ersten Schiedsverfahren eingeklagte Anspruch auf Ausrichtung einer Casinolizenz nicht gegen die Beschwerdeführerin, sondern gegen die Palästinensische Autonomiebehörde - und somit eine andere Partei - richtete, war demnach der im Ersten Schiedsverfahren verneinte Anspruch im vorliegenden Schiedsverfahren keine Vorfrage von präjudizieller Bedeutung für die Beurteilung des eingeklagten Anspruchs auf Ausrichtung der Mietzinsen. Daran ändert auch die von der Beschwerdeführerin ins Feld geführte Erwägung (Rz. 367) im angefochtenen Entscheid nichts, in der das Schiedsgericht im Rahmen seiner Beurteilung der Voraussetzungen einer Vertragsanpassung - konkret der Unvorhersehbarkeit der nachträglich eingetretenen Änderungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Dezember 2000 - ergänzend darauf hinwies, der vorliegende Fall sei auch nicht mit nachträglichen Gesetzesänderungen vergleichbar und dabei unter anderem erwähnte, dass die Palästinensische Autonomiebehörde als Souverän nichts daran hindere, eine gültige Lizenz auszustellen. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht bejahte das Schiedsgericht auch in diesem Zusammenhang nicht etwa einen (real durchsetzbaren) Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Ausstellung einer Casinolizenz, sondern führte einzig aus, dass kein Fall einer (vorhersehbaren) nachträglichen Änderung der Gesetzgebung vorliege. Es wies ausserdem ausdrücklich darauf hin, dass das Schiedsgericht im Ersten Schiedsverfahren von der Gültigkeit des General Agreement sowie des C. \_\_\_\_\_-B. \_\_\_\_\_-Agreement ausging und in der Verweigerung der Palästinensischen Autonomiebehörde, die Casinolizenz nach September 2013 zu verlängern, eine Vertragsverletzung gegenüber der Beschwerdegegnerin erblickte. Damit setzte sich das Schiedsgericht nicht in unzulässiger Weise über den Entscheid im Ersten Schiedsverfahren hinweg. Der Vorwurf, das Schiedsgericht habe die materielle Rechtskraft eines früheren Entscheids unbeachtet gelassen und damit den verfahrensrechtlichen Ordre public ( Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG ) verletzt, erweist sich insgesamt als unbegründet.

#### **E. 3.4**

Die Beschwerdeführerin bringt im gleichen Zusammenhang zu Unrecht vor, das Schiedsgericht habe ihren Gehörsanspruch verletzt, indem es die Parteien zur heutigen Rechtslage im Besetzten Palästinensischen Gebiet nicht angehört habe. Den Parteien war bekannt, dass das Schiedsgericht eine allfällige Anpassung des im Dezember 2000 abgeschlossenen C. \_\_\_\_\_-B. \_\_\_\_\_-Agreement infolge veränderter Umstände ( *clausula rebus sic stantibus* ) prüfte. So forderte es die Parteien Ende Oktober 2021 eigens dazu auf, sich ausführlicher zur Frage der Vertragsergänzung bzw. -anpassung zu äussern. Es kam für die Parteien daher nicht überraschend, dass das Schiedsgericht in der Folge die Frage der Unvorhersehbarkeit der nachträglich eingetretenen Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Dezember 2000 als Voraussetzung einer Vertragsanpassung prüfte. Weder im Umstand, dass es diese Voraussetzung bejahte noch in der ergänzenden Klarstellung, wonach der vorliegende Fall nicht mit einer nachträglichen Gesetzesänderung vergleichbar sei, liegt eine überraschende Rechtsanwendung begründet. Ebenso wenig kann eine Gehörsverletzung darin erblickt werden, wenn das Schiedsgericht im Rahmen dieser

Klarstellung unter anderem erwähnte, dass die Palästinensische Autonomiebehörde als Souverän nichts daran hindere, eine gültige Lizenz auszustellen. Die Beschwerdeführerin verkennt einmal mehr, dass das Schiedsgericht keinen (real durchsetzbaren) Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Ausstellung einer Casinolizenz bejahte, sondern einzig klarstellte, dass kein Fall einer (vorhersehbaren) nachträglichen Änderung der Gesetzgebung vorliege. Abgesehen davon beruft sich die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht selber darauf, dass die palästinensische Gesetzgebung im vorliegend massgebenden Zeitraum unverändert blieb und räumt damit ein, dass kein Fall einer vorhersehbaren Gesetzesänderung vorliegt. Die Rüge, das Schiedsgericht habe den Gehörsanspruch ( Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG ) der Beschwerdeführerin verletzt, erweist sich als unbegründet.

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.