

Beweisfragen bei Korruptionsfällen vor internationalen Schiedsgerichten *

Matthias SCHERER **

I. Der Beweis im Allgemeinen¹

Zur Terminologie

Im folgenden wird von einer Verfahrenskonstellation ausgegangen, wie sie in der Schiedspraxis häufig anzutreffen ist, d.h. ein Schiedsverfahren, in dem sich ein Auftraggeber und sein Mittelsmann gegenüberstehen². Die Rechtsnatur des Vertrages zwischen den Parteien muss fallweise abgeklärt werden, ist jedoch im Rahmen dieses Beitrages nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Bei einer Qualifizierung nach Schweizer Recht dürfte es sich in den meisten Fällen um Mäklerverträge im Sinne von Artikel 412 OR handeln. Allenfalls kommt dem Vertrag auch auftragsrechtlichen Charakter zu, insbesondere wenn der Mäkler nicht nur auf den Abschluss des Hauptvertrages hinwirken soll, sondern auch nach dessen Abschluss dem Auftraggeber weiter zur Seite stehen muss. Die Praxis hat keinen einheitlichen Namen für die Verträge und die Vertragsparteien entwickelt. Häufige Bezeichnungen in englisch sind „Sponsoring Agreement“, „Agency Agreement“, „Consultancy Agreement“ oder „Intermediary Agreement“. Untenstehend sei der Vertrag als Mäklervertrag und seine Parteien als Auftraggeber und Mäkler bezeichnet.

* Der folgende Beitrag fusst auf einem anlässlich der ASA Mitgliederversammlung vom 7. September 2001 in Bern gehaltenen Vortrag. Die Veröffentlichung einer gekürzten Version des Artikels in Englisch ist in einer kommenden Nummer der *International Arbitration Law Review* 2002 vorgesehen. Wertvolle Anregungen verdanke ich meinen Kollegen Michael E. Schneider und Dr. Arthur E. Appleton.

** Fürsprecher, Lalive & Partner, Genf (mscherer@lalive.ch). Anregungen, Reaktionen und Hinweise auf in diesem Beitrag nicht berücksichtigte Schiedssprüche sind willkommen.

¹ Die Fundstellen der in diesem Beitrag zitierten Schiedssprüche und Publikationen sind in der Bibliographie und in der Tabelle im Anhang aufgeführt.

² Ausnahmen, bei denen Vergabebehörde oder Staat am Schiedsverfahren teilnahmen: ICC Schiedsverfahren Nr. 6401, *Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines*, Entscheid vom 19. Dezember 1991, veröffentlicht in Mealey's Int. Arb. Report, Januar 1992, Doc B-1 ; Ad hoc Schiedsverfahren (UNCITRAL), *Himpurna California Energy (Bermuda) v. PT Persero (Indonesia)*, veröffentlicht in Yearbook Comm. Arb. XXV (2000) 13, 44 ff.

Was muss bewiesen werden?

Korruption

Eine Partei, die in einem Schiedsverfahren die Widerrechtlichkeit des Vertrages geltend macht, aus dem die Gegenpartei Rechte ableitet und auf den Schweizer Recht anwendbar ist, muss die Widerrechtlichkeit im Lichte des Schweizer Rechts beweisen³. Daran, dass nach Schweizer Recht Korruption nicht nur widerrechtlich im Sinne des Strafgesetzbuches und des Obligationenrechts, sondern auch unvereinbar mit dem Ordre public von Artikel 190 IPRG⁴ ist, besteht kein Zweifel. Zur Definierung der Korruption ist auf zwei Tatbestandselemente hinzuweisen, die sowohl im Rahmen von Artikel 20 OR (Nichtigkeitsfolge) als auch der Artikel 322ter (Bestechung), 322 quinquies (Vorteilsgewährung) und 322 septies (Bestechung fremder Amtsträger) des Strafgesetzbuches begriffswesentlich sind:

- Das Anbieten einer Vergünstigung an eine Drittperson
- Die Eigenschaft dieses Dritten als Amtsträger

Der Tatbestand von Artikel 4b UWG (Verleitung zu Vertragsverletzung oder – auflösung), der auch auf die Privatkorruption anwendbar ist, erfordert ebenfalls, dass einem Dritten eine Vergünstigung gewährt oder angeboten wird.

³ Zur Frage des auf den Qualifikationsprozess anwendbaren Rechts s. Philippe REYMOND, *Trafic d'influence et contrats de distribution: quelques aspects de droit international privé*, in Les contrats de distribution, Contributions offertes au Professeur Dessemontet, Ed. I. Cherpillod et al., Publication CEDIDAC 38, Lausanne 1998, p. 308 ff., 315 ff.; Abdulhay SAYED, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Thèse No. 613 (Genève), 2001, S. 212 ff. Zur Frage des im Schiedsverfahren auf die Beweisgegenstand und Beweismittel anwendbaren Rechts s. Michael E. SCHNEIDER, Kommentar zum Schweizerischen Internationalen Privatrecht, Art. 184; Basel 1996; *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration, Special Section* (Versch. Autoren), 10 Arb. Int. 1994, 365 ff.; Manfred KNOF, *Tatsachenfeststellung in Streitigkeiten des internationalen Wirtschaftsverkehrs*, Köln 1995. Allgemein mit Bezug auf internationale Privatrechtsstreitigkeiten Gaby NIGG, *Das Beweisrecht bei internationalen Privatrechtsstreitigkeiten*, St. Gallen/Lachen 1999; Christoph LEUENBERGER (Hrsg.), *Der Beweis im Zivilprozess*, Bern 2000; Sabine KOFMEL EHRENZELLER, Art. 8 ZGB – Aktuelles zu einer vertrauten Beweisregel in nationalen und internationalen Fällen, ZBJV 11/2001, S. 813-844.

⁴ BGE vom 30. Dezember 1994 (*Westacre*), ASA Bull. 1995, 217, 226.

Trafic d'influence

Ausdrücke wie „trafic d'influence“, „influence peddling“, „trading in influence“ werden in der Literatur und Rechtsprechung oft - und vielfach rechtlich ungenau - als Synonym für Korruption benutzt. Die Abgrenzung von Korruption und dem Feilbieten von Einfluss ist jedoch gerade im Schweizer Recht wichtig. Selbstverständlich ist es Amtsträgern untersagt, direkt oder über Mittelsmänner eine Einflussnahme käuflich anzubieten oder indirekt durch Einschaltung eines Einflussmäcklers Vorteile zu gewähren. Gegen *private* Einflussmäcklern oder Lobbyisten jedoch besteht in der Schweiz rechtlich (noch) keine Handhabe⁵. Lobbyisten und Vermittlungsmäkler und deren Spielformen sind erlaubt, solange sie Amtsträgern keine Vorteile zukommen lassen⁶. Das Bundesgericht⁷ in seinem Hilmarton Entscheid und einige Schiedsentscheide haben dies zu Recht in Erinnerung gerufen⁸. Andere Länder, insbesondere Frankreich⁹, stellen jedoch auch solche Rechtsgeschäfte unter Strafdrohung.

Zusammenfassend muss für das Schweizer Recht unterstrichen werden, dass wer Einfluss hat, sei es auf Grund seiner Berufserfahrung, seiner Stellung in der Gesellschaft, seiner Integrität oder anerkanntem Fachwissen, und kein Amtsträger ist, diesen Einfluss auch vermarkten darf, jedenfalls solange diesem Feilbieten keine gesetzlichen oder vertraglichen Treuepflichten entgegenstehen¹⁰. Wer hingegen seinen Einfluss vom Amtsträger kaufen muss, handelt selbstverständlich widerrechtlich.

⁵ Carlo LOMBARDINI, *Corruption et blanchiment*, *Anwaltsrevue*, 9/2001, S. 7, 8; Philippe REYMOND, loc. cit. [FN 3] p. 311. Siehe auch Yves DERAÏNS, *Analyse de sentences arbitrales, in Les commission illicites, Institut du droit et des pratiques des affaires internationales*, Publication CCI 480/2, Paris 1992, S. 61, 66 f.

⁶ S. a. Ibrahim FADLALLAH, *Les instruments de l'illicéité, in L'illicéité dans le commerce international*, Paris 1996, S. 291, 292.

⁷ BGE vom 17. April 1990, *Hilmarton v. Omnium*, ASA Bull. 1993, S. 253; Yearbook Comm. Arb. 1994, S. 214. Der aufgehobene Schiedsspruch ist an verschiedenen Stellen veröffentlicht: ASA Bull. 1993, S. 247; Rev. Arb. 1993, S. 327; Riv. dell' Arbitrato 1992, S. 773; Yearbook Comm. Arb. XIX (1994) 105 (Englische Übersetzung).

⁸ ICC Schiedsverfahren Nr. 7047 (1994), *Westacre v. Jugoinport*, ASA Bull. 1995, 301, 338; ICC Schiedsverfahren Nr. 5622 (1988), *Hilmarton v. Omnium*, loc. cit. [FN 7].

⁹ Pierre TERCIER, *La corruption et le droit des contrats*, Sem Jud 1999 II, p. 240. S.a. ICC Schiedsspruch Nr. 3916 (1982), Collection of ICC Arbitral Awards 1974-85, S. 507, 510. S. Artikel 433-1 und 433-2 Code pénal français.

¹⁰ S. etwa Schiedssprüche in ICC Schiedsverfahren Nr. 5622 (1988), loc. cit. [FN 7] und 9333 (1998), ASA Bull. 4/2001, S. 757 in denen ein Vorliegen einer solchen Treuepflicht geprüft,

Verletzung ausländischen zwingenden Rechts

Auch wenn auf einen Vertrag Schweizer Recht anwendbar ist, kann ausländisches zwingendes Recht für Schiedsgerichte in der Schweiz beachtlich sein, sei es im Rahmen von Artikel 19 IPRG oder von Artikel 20 OR. Der Einsatz von Mittelsleuten ist in vielen Ländern gesetzlich reglementiert und eingeschränkt, gelegentlich aber auch vorgeschrieben. Ob die ratio legis solcher Verbotsnormen die Bekämpfung unlauterer Methoden ist oder, wie böse Zungen behaupten, die Kanalisierung dieser lukrativen und daher oft als Pfründe einiger privilegierter Familien betrachteten Verträge, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Bei Streitigkeiten zwischen Mäklern und ihren Auftraggebern versuchen letztere nicht selten, sich ihren vertraglichen Pflichten unter Hinweis auf derartige zwingende Bestimmungen des Rechts des Landes zu entziehen, in dem der Mäkler tätig wurde. Ein Vertrag, der einen widerrechtlichen Inhalt hat, ist in der Tat gemäss Artikel 20 OR nichtig. Allerdings kann widerrechtlich im Sinne dieser Bestimmung nur die Verletzung einer *schweizerischen* Rechtsvorschrift sein. Die Verletzung ausländischen Rechts kann hingegen unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit beachtlich sein (BGE 76 II 33; BGE vom 28. März 2001 i. S. *Beverly Overseas SA gg. Privredna Banka Zagreb*¹¹). Auch die Sittenwidrigkeit des Vertrages führt zu dessen Nichtigkeit. Bei den verletzten ausländischen Normen muss es sich jedoch laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung¹² um fundamentale Rechtsvorschriften handeln, deren Verletzung auch nach einheimischer Auffassung klar als sittenwidrig anzusehen ist. Das Bundesgericht trifft jedoch eine Abgrenzung, die gerade für Schiedsgerichtsverfahren, die oft keinen Binnenbezug aufweisen, interessant ist: Wenn bei einem Rechtsstreit praktisch kein Bezug zur Schweiz ersichtlich ist, d.h. bei weitgehend fehlendem Inlandbezug der sittlich zu bewertenden Vorgänge, ist zusätzlich auf die universelle öffentliche Ordnung¹³ abzustellen. Diese Abgrenzung hat es dem Bundesgericht im zitierten Fall¹³ erlaubt, die

jedoch verneint wurde (letzter Entscheid vom Schreibenden erlassen). Bejaht wurde die Verletzung einer Treuepflicht hingegen in ICC Schiedsspruch Nr. 6248 (1990), Yearbook Comm. Arb. XIX 1994, 124.

¹¹ BGE vom 28. März 2001, *Beverly Overseas SA gg. Privredna Banka Zagreb*, ASA Bulletin 4/2001, S. 807.

¹² BGE vom 17. April 1990 (*Hilmarton*), Yearbook Comm. Arb. XIX (1994), S. 214, 221 und ASA Bulletin 1993, S. 253.

¹³ Der Binnenbezug erschöpfte sich in einer Rechtswahl und dem Schweizer Arrestgerichtsstand.

Unsittlichkeit eines Waffengeschäfts zu bejahen, das gegen das von der Schweiz nicht unterzeichnete UN-Embargo gegen Jugoslawien versties, obwohl die Schweiz nicht Mitglied der UNO ist und nach rein schweizerischem Verständnis zweifelhaft erschien, ob ein solch generelles Waffenlieferungsverbot in Krisengebiete in jedem Fall beachtlich ist. Dem kann insbesondere das Selbstverteidigungsrecht der Betroffenen entgegenstehen.

Die Frage der Berücksichtigung ausländischer *lois de police* wird im Grundsatz bejaht, falls sie auch nach schweizerischem *Ordre public* als zwingend zu betrachten sind. Mehrere Schiedssprüche von Schiedsgerichten in der Schweiz haben es abgelehnt, ausländische, den Einsatz von Mittelsleuten beschränkende Gesetze auf einen Vertrag anzuwenden, den die Parteien dem Schweizer Recht unterstellt hatten¹⁴. Ein Schiedsgericht, das solche Bestimmungen angewendet hatte, wurde vom Bundesgericht in die Schranken gewiesen und sein Schiedsspruch aufgehoben¹⁵. Seit dem Hilmarton Entscheid ist davon auszugehen, dass gesetzliche Beschränkungen des Einsatzes von Mäklern, soweit sie den Grundsatz der Vertragsfreiheit übermässig beschneiden, vor einem Schiedsgericht in der Schweiz bei einer Rechtswahl zu Gunsten des Schweizer Rechts unbeachtlich sind. In der Tat führt das Bundesgericht den Grundsatz *pacta sunt servanda* in seiner Rechtsprechung zu Artikel 190 Abs. 2 lit. e IPRG regelmässig als Beispiel eines zum *Ordre public* gehörenden Rechts an¹⁶.

Im Auge zu behalten gilt es auch, dass der ausländische Staat oder die geschädigte Amtsstelle meist nicht am Schiedsverfahren beteiligt sind¹⁷, sondern sich in diesem meist der Mäkler und ein Auftraggeber gegenüberstehen, die ihren Vertrag freiwillig und oft wohlwissend um Verbotsnormen abgeschlossen haben. Es wäre geradezu rechtsmissbräuchlich, wenn man die Leistungsverweigerung des Auftraggebers mittels Einrede der Rechtswidrigkeit zuliesse, nachdem der Mäkler seine eigene Leistung erbracht hat.

¹⁴ Schiedsspruch CCIG vom 23.2. 1988, ASA Bull. 1988, 136; Ad hoc Schiedsspruch 1989, ASA Bull. 1991, 239; ICC Schiedsspruch Nr. 7047 (1994), *Westacre v. Jugoimport*, ASA Bull. 1995, S. 301.

¹⁵ Loc. cit. [FN 12].

¹⁶ Siehe auch Artikel 1.3 der UNIDROIT Principles.

¹⁷ Ausnahmen: *Westinghouse, Himpurna*, loc. cit. [FN 2].

Wer muss beweisen (Beweislast)?

Nach der allgemeinen Regel des Artikels 2 ZGB obliegt es der Partei, die aus einer Tatsache ein Recht ableitet, diese Tatsache zu beweisen. Wer einen Korruptionsfall behauptet, und seine Leistung verweigert, hat diesen zu beweisen. Eine Beweislastumkehr kommt nur in ausserordentlichen Umständen in Frage¹⁸. Falls sich eine Partei weigert, beim Beweisaufnahmeverfahren mitzuwirken, riskiert sie hingegen, dass das Schiedsgericht daraus eine ihr ungünstige Schlussfolgerung zieht¹⁹. Die Möglichkeit einer „adverse inference“ ist auch in den neuen IBA Rules of Evidence vorgesehen²⁰.

Muss das Schiedsgericht das Vorliegen eines Korruptionsfalles aus eigenem Antrieb abklären, wenn keine der Parteien einen solchen behauptet?

Das Schiedsgericht muss in keinem Fall auf eigene Faust Abklärungen treffen, wenn der Sachverhalt noch nicht einmal Indizien für eine Unregelmässigkeit beinhaltet und keine der Parteien das Schiedsgericht dazu anhält²¹. Falls sich jedoch aus den Akten Anhaltspunkte für einen Korruptionsfall ergeben, muss von einem Schiedsgericht verlangt werden, der Sache auf den Grund zu gehen. Der Aufforderung von TERCIER ist zuzustimmen: *„S'il y a quelque chose de pourri dans le royaume de Mammon, ayons le courage d'agir: Toute autre attitude pourrait faire de nous des victimes, quand ce ne sont pas des complices“*.²²

Ein Schiedsgericht ist zwar von den Parteien beauftragt, ist aber auch der öffentlichen Ordnung verpflichtet. Nur Dank deren Einwilligung werden Schiedsentscheide Gerichtsurteilen gleichgestellt, ja im Rahmen der

¹⁸ ICC Schiedsspruch Nr. 6497 (1994), Yearbook Comm. Arb. XXIV (1999) S. 71.

¹⁹ ICC Schiedsspruch Nr. 6497 (1994), loc. cit. [FN 18], S. 71.

²⁰ IBA Rules (1999) on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (Rule 9.4 und 5). S. a. Michael E. SCHNEIDER, loc. cit. [FN 3], S. 1548, n 21.

²¹ ICC Schiedsspruch (1993), *Lunik*, ASA Bull. 1998, S. 210, 442. S.a. François KNOEPFLER, *Corruption et arbitrage international*, in *Les contrats de distribution*, Contributions offertes au Professeur Dessemontet, Ed. I. Cherpillod et al., Publication CEDIDAC 38, Lausanne 1998, pp. 357, 365.

²² Pierre TERCIER, *La corruption et le droit des contrats*, Sem Jud 1999 II, p. 270.

Rechtsmittel sogar privilegiert. Schon aus diesem Grund darf ein Schiedsgericht in der Schweiz und anderswo nicht mithelfen, den Rechtsstaat und seine Glaubwürdigkeit zu untergraben. Auch wenn keine Verpflichtung (und kein Zwangsapparat) besteht, Nachforschungen anzustellen, so muss vom Schiedsgericht ein Nachhaken verlangt werden. Es darf sich nicht in selbstauferlegter Blindheit üben.

Darf das Schiedsgericht, wenn es zur Überzeugung gelangt, ein Vertrag schliesse die Bezahlung von Schmiergeldern durch den Mäkler ein, den Vertrag für nichtig erklären, auch wenn keine der Parteien dies verlangt?

Es bestehen gute Gründe, um ein Recht, ja sogar eine Pflicht des Schiedsgerichtes zur Vertragsaufhebung zu bejahen. Die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes ist in der Tat die Aufgabe des Schiedsgerichts. Eine von denjenigen der Parteien abweichende rechtliche Würdigung ist nicht *ultra petita*²³. Den Parteien muss jedoch das volle rechtliche Gehör gewährt werden. Dieses umfasst auch das Überraschungsverbot.

Falls ein Recht zur Aufhebung eines Vertrages verneint wird, bei dem das Schiedsgericht zur Überzeugung gelangt, dass er einen widerrechtlichen Inhalt hat, so bleibt den Schiedsrichtern nur der Rücktritt, wenn sie sich nicht dem Vorwurf der Mithelferschaft aussetzen wollen.

Wie muss bewiesen werden (Standard of proof)?

Im Westinghouse Fall stellte das Schiedsgericht fest, dass sowohl im Recht der Philippinen als auch im US-Amerikanischen Recht der Grundsatz der « preponderance of evidence » anwendbar sei. Im Falle der Bestechungseinrede sei jedoch nicht dieser Standard sondern der erhöhte « clear and convincing evidence » Beweisstandard anzuwenden. « ... fraud in civil cases must be proven to exist by clear and convincing evidence amounting to more than mere preponderance, and cannot be justified by a

²³ BGE vom 2. März 2001, *Bank Saint Petersburg v. ATA Insaat Sanayi ve Ticaret Ltd.*, ASA Bull. 3/2001, S. 531.

mere speculation. This is because fraud is never to be taken lightly »²⁴. Ein anderes Schiedsgericht verlangte einen Beweis „beyond doubt“²⁵.

Es mag dahingestellt bleiben, ob in Korruptionsfällen tatsächlich ein erhöhter Beweisstandard erforderlich ist, wie es in diesen Schiedssprüchen gefordert wird. Es besteht jedenfalls kein Grund, Beweiserleichterungen zuzugestehen. Die Behauptung, der Mäkler habe Schmiergelder bezahlt oder bezahlen sollen, vor, *ist* von schwerwiegender Natur. Im übrigen kann auch hier die Tatsache, dass der « Anzeiger » Komplize war, nicht unbeachtlich sein. Ein strenge Handhabung der Beweisregeln drängt sich insbesondere dann auf, wenn vom Schiedsgericht eine Abweichung vom zum Ordre public gehörenden Grundsatz *pacta sunt servanda* verlangt wird.

Muss das Schiedsgericht die Parteien auf seine Wertung der Beweiskraft des angebotenen Beweises und auf die Beweislastverteilung aufmerksam machen ?

Der Handlungsspielraum des Schiedsgerichts im Beweisverfahren ist relativ gross. Das IPRG sieht diesbezüglich keine Regelungen vor, ausser der Forderung, dass in jedem Fall das rechtliche Gehör in einem kontradiktorischen Verfahren gewährt werden muss²⁶. Je nach Erfahrung, Persönlichkeit, kulturellem Hintergrund und Rechtstradition der Schiedsrichter, wird das Schiedsgericht eine eher aktive oder passive Haltung einnehmen. Jedenfalls wenn Parteien durch Anwälte vertreten sind, die mit dem anwendbaren Recht vertraut sind (was sie in der Tat schon aus berufshaftpflichtrechtlichen Überlegungen sein sollten), darf von ihnen erwartet werden, dass sie auch mit der Beweislastverteilung und –last vertraut sind.

Es liegt aber in jedem Fall im ureigenen Interesse des Schiedsgerichts, eine aktive Rolle zu spielen. Einerseits um sich vor dem Vorwurf zu schützen, das richterliche Überraschungsverbot und sein Gegenstück – die richterliche

²⁴ ICC Schiedsverfahren Nr. 6401 (*Westinghouse*), loc. cit. (FN 2), S. 34. S.a. J. ROSELL / H. PRAGER, *Illicit Commissions and International Arbitration, The Question of Proof*, 15 *Arbitration International* (4/1999) S. 329, 346; Andreas REINER, *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration*, 10 *Arb. Int.* (1994) 336.

²⁵ ICC Schiedsverfahren Nr. 5622 (1988), *Hilmarton v. Omnium*, loc. cit. [FN 7].

²⁶ Art. 182 Abs. 3 IPRG, Art. 15 ICC Rules.

Hinweispflicht - verletzt zu haben²⁷. So ist beispielsweise eine Beschränkung des Beweisthemas anzukündigen. Eine Partei, die sich einer solchen Beschränkung widersetzt, hat ihre Vorbehalte sofort vorzutragen²⁸. M.E. ist eine „adverse inference“ anzukündigen. Andererseits sollte das Schiedsgericht den Parteien klar zu verstehen geben, welche Tatsachen es für rechtserheblich und beweispflichtig hält. Nur so kann das Schiedsgericht sicherstellen, dass die Tatsachen, auf die es seinen Schiedsspruch abstützen muss, überhaupt angesprochen und bewiesen - oder nicht bewiesen - werden.

Womit kann bewiesen werden (Beweismittel)?

Artikel 184 IPRG enthält keine Beweismittelvorschriften²⁹. Ebenso wenig sehen die ICC Regeln solche vor. Grundsätzlich sind alle Beweismittel zulässig, die angetan sind, zur Sachverhaltsabklärung beizutragen. Die rechtliche Würdigung durch das Schiedsgericht und die Aussagekraft der einzelnen Beweismittel in der Praxis ist uneinheitlich. Es geht um die Frage, welche Beweismittel am besten in der Lage sind, den tatsächlichen Willen der Parteien und die tatsächliche Durchführung des Vertrages nachzuweisen. Nur eine fallweise Prüfung kann Aufschluss diesbezüglich geben.

Zeugenaussagen

Im Gegensatz zu manchen Zivilprozessordnungen (insbesondere in der Schweiz und Kontinentaleuropa) wird im Schiedsverfahren die Abgrenzung Parteivertreter – Zeuge nicht streng gehandhabt. Auch ist es in Schiedsverfahren üblich, dass die Parteivertreter mit „ihren“ Zeugen die Einvernahme vorbereiten. Ein Anwalt, der davon absieht, würde sich geradezu dem Vorwurf eines Kunstfehlers aussetzen. Als Zeuge wird jede Person bezeichnet, deren Aussage zur Sachverhaltsermittlung beitragen kann. Auch wenn die Glaubwürdigkeit eines Zeugen mit seinem Interesse am Ausgang des Verfahrens in Bezug gebracht werden muss, so ist das Schiedsgericht in der Würdigung der Beweiskraft einer Zeugenaussage frei. Es ist nicht überraschend, dass Schiedsgerichte den Aussagen von Angestellte

²⁷ BGE vom 2. März 2001, *Bank Saint Petersburg v. ATA Insaat Sanayi ve Ticaret Ltd*, ASA Bull. 3/2001, S. 531, 536.

²⁸ BGE vom 25. Juli 2000, *Nederlandse Aardolie Maatschappij BV (NAM) v. BEB Erdgas und Erdöl GmbH, Deutsche Shell Aktiengesellschaft, ESSO Deutschland GmbH*.

²⁹ Michael E. SCHNEIDER, loc. cit. [FN 3].

einer Partei, die von der von ihrem Arbeitgeber im Schiedsverfahren vertretenen Position abweichen, jeweils hohe Beweiskraft beimessen³⁰. Bemerkenswert ist aber auch die Tatsache der Selbstbezeichnung - falls sie von Anfang an und spontan ist. Es ist in der Tat kaum anzunehmen, dass sich eine Partei grundlos der Teilnahme an einem Bestechungsvertrag bezichtigen wird. Als Gründe für einen solchen Befreiungsschlag kommen vor allem Managementwechsel, die Aufdeckung durch staatliche Ermittlungen oder Änderungen in den Besitzverhältnissen der Gesellschaft in Frage, die als Auftragsgeber auftrat.

II. DER INDIZIENBEWEIS

Es besteht kein Zweifel, dass die Widerrechtlichkeit eines Vertrages nicht nur mit direkten Beweisen, sondern auch mit Indizienbeweisen nachgewiesen werden kann. In der Tat müssen sich die meisten Schiedsgerichte mit „circumstantial evidence“ begnügen. Die in der Praxis jeweils wichtigste Frage ist daher, welche Indizien alleine oder zusammen mit anderen den Nachweis einer Bestechungsabsicht der Parteien erbringen. Wir wollen einige solche Indizien, die von der Praxis aufgegriffen wurden, näher prüfen.

Der Vertragswortlaut im Allgemeinen

Im Gegensatz zur anglo-amerikanischen Rechtskreis ist der Vertragswortlaut im civil law Bereich jeweils im Lichte des tatsächlichen Parteiwillens zu relativieren. Vertrag ist nicht was geschrieben, sondern was gemeinsam gewollt ist. Der Vertragswortlaut ist zwar stets der Ausgangs- nie aber Endpunkt der Suche nach dem Parteiwillen³¹. Die Berücksichtigung von *Parol evicence* ist nicht nur erlaubt, sondern geradezu vorgeschrieben. So bestimmt Artikel 18.1 OR „Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form und Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Audsruckweise zu betrachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.“

³⁰ ICC Schiedsverfahren Nr. 9333, ASA Bull. 2001, p. 757.

³¹ Die vermeintliche Auslegungsregel « in claris non fit interpretatio » (« Eindeutigkeitsregel ») wurde vom Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung wiederholt verworfen (BGE 127 III 444 vom 5. Juli 2001; BGE vom 10. März 1995, zusammengefasst in ZBJV 1995, p. 241).

Ein vager Vertragsinhalt mit keinem oder nur diffusem Leistungsbeschrieb des Mäklers kann in der Tat etwas verbergen, nämlich einen simulierten Vertrag, dessen tatsächliches Ziel die Entlohnung eines Mittelsmannes ist, der Entscheidungsträgern Schmiergelder zukommen lassen soll. Aber auch ein ausführlicher Leistungsbeschrieb muss nicht unbedingt die wahren Absichten der Parteien wiedergeben. Er kann simuliert sein. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass es sich bei diesen Absichten um die Bestechung lokaler Amtsträgern handelt. Ungeübte Vertragsredaktoren, Verwendung von ungeeigneten Vertragsmustern, Uneinigkeit über die gegenseitigen Leistungen, Umgehung von lokalen Gesetzesbestimmungen, die Zwischenleute ausschalten oder reglementieren -- Der Vertragswortlaut kann von einer Reihe von Umständen abhängen, über deren Legitimität man streiten mag, die aber nicht von einer Bestechungsabsicht diktiert sein.

Aus einem diffusen Leistungsbeschrieb kann jedenfalls dann keine Korruptionsabsicht des Mäklers abgeleitet werden, wenn der Vertrag vom Auftraggeber entworfen wurde³².

Das Parteiverhalten

Eine zuverlässigere Auslegung als der Wortlaut ist oft das Verhalten der Parteien. Wenn der Auftraggeber seinen Mäkler zum Erhalt des Auftrages beglückwünscht, ihn ganz oder teilweise bezahlt, oder es unterlässt, nach Vertragszuschlag Vorbehalte betreffend der Tätigkeit des Mäklers anzubringen, muss das Argument einer angeblichen Nichterfüllung in einem anschliessenden Schiedsverfahren scheitern³³. Wenn der Auftragsgeber sich andererseits trotz ausführlichem Leistungsbeschrieb nie nach dem Fortschritt der Bemühungen des Mäklers erkundigt, ist dies nicht unbedingt ein Zeichen grossen Vertrauens, sondern wohl eher dafür, dass der Vertrag nicht die wahren Absichten der Parteien widerspiegelt. Solch widersprüchlichem Verhalten zum Trotz, wird in manchen Schiedsverfahren vom Auftraggeber angeführt, der Mäkler habe den Vertrag nicht erfüllt. Erst wenn dieses Argument nicht durchdringt, und manchmal erst im Vollstreckungsverfahren wird dann behauptet, beim streitigen Vertrag handle es sich um einen

³² ICC Schiedsspruch vom 21. März 1992, *Westman International Ltd. v. Alstom Turbines à Gaz SA*, zusammengefasst in Rev. arb. 1994, S. 359, 367.

³³ ICC Schiedsverfahren Nr. 5622 (1988), *Hilmarton*, loc. cit., [FN 7]; ICC Schiedsverfahren *Westman*, loc. cit. [FN 32], S. 368; ICC Schiedsverfahren Nr. 9333 (1998), loc. cit. [FN 10].

Bestechungsvertrag. Von solch zögerlichem Verhalten -- wohl aus der Überlegung, sich nicht der Beteiligung an einem Korruptionsvertrag bezichtigen zu müssen -- muss dringend abgeraten werden. Im Vollstreckungs- und Anfechtungsverfahren können „nova“, die schon im Schiedsverfahren angerufen werden konnten, nur in den seltensten Fällen vorgetragen werden.

Zeitgenössische Dokumente

Schriftstücke aus der Zeit, in der noch Eintracht zwischen den Parteien herrschte, sind die wohl zuverlässigsten Informationsquellen, wenn es nachträglich darum geht, die Absichten der Parteien und ihr Verständnis des Vertrages festzustellen. Insbesondere Unterlagen aus der Zeit, in der der Vertrag abgeschlossen und erfüllt wurde, sind aufschlussreich³⁴, es sei denn, sie dienen der Simulation. Die Weigerung, solche Dokumente dem Schiedsgericht zugänglich zu machen, ist nicht dazu angetan, dessen Vertrauen in die Rechtmässigkeit des Vertrages zu fördern und kann zu einer „adverse inference“ führen³⁵.

Die Verbreitung der Korruption in gewissen Ländern oder Geschäften

In Schiedssache Nr. 1110 war die Korruption nicht bestritten³⁶. Vielmehr trug der Auftraggeber quasi als Rechtfertigung vor, ohne Bestechung sei in Argentinien zu Perons Zeiten kein Auftrag vergeben worden. Allgemein mag ein Auftraggeber versucht sein, zu seiner Verteidigung anzuführen, in gewissen Ländern sei für gewisse Geschäfte gar kein Vertrag zu erhalten. In der Tat ist Korruption in vielen Ländern endemisch und gewisse Geschäfte, wie in der Vergangenheit zur Genüge bewiesen, insbesondere Rüstungsgeschäfte, Flugzeugbeschaffung und das öffentliche Beschaffungswesen korruptionsanfällig – und dies längst nicht nur in exotischen Gefilden. In manchen Fällen versucht der Auftraggeber, im Schiedsverfahren den Nachweis der Bestechung durch den Mäkler mit der Notorietät der Korruption zu erbringen, ohne über direkte Beweise zu verfügen. In ICC Schiedssache Nr. 3916 (1982) wurde die weite Verbreitung

³⁴ Ad hoc Schiedsspruch (1995), ASA Bull. 1995, 742 ; ICC Schiedsverfahren Nr. 9333 (1998), ASA Bull. 2001, S. 757.

³⁵ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, Artikel 9.4 und 9.5.

³⁶ ICC Schiedsverfahren Nr. 1110 (1963), 10 Arb. Int. (1994), S. 284.

von Korruption (im Iran) als Indiz gewertet, dass auch im dem Schiedsgericht vorliegenden Fall eine solche besteht³⁷. Die Korruptionsverbreitung kann in der Tat ein wichtiges Indiz sein, wenn tatsächlich bewiesen ist, dass in gewissen Ländern Amtsstellen oder Amtsträger routinemässig Bestechungsgelder einstreichen. In einem Fall wurden Zeitungsartikel, die über einen die Korruption konkret betreffenden Strafprozess berichteten, nicht als Beweis dafür akzeptiert³⁸.

Allerdings wird der Auftraggeber, der den Korruptionsbeweis mit der Notorietät der Korruption im betroffenen Land zu führen versucht, nicht gleichzeitig behaupten können, er sei über die Absichten des Mäklers im Ungewissen gewesen. Getreu dem Grundsatz *nemo turpitudinem suam allegans audiendus est* und des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens („estoppel“) und muss die fehlende Gutgläubigkeit des Auftraggebers zu einer Abweisung einer allfälligen Rückzahlungsforderung schon bezahlter Kommissionen führen.

Die Höhe der Kommission

Die als Prozentsatz ausgedrückte Kommission

Die Tatsache, dass die Kommission in Prozenten ausgedrückt ist, wird in einigen Entscheiden als aussergewöhnlich und daher als Indiz für Korruption betrachtet. Die Ansicht wurde in der Tat in einem wegweisenden Artikel von Leboulanger und El Kosheri³⁹ vertreten, auf den sich verschiedene Schiedsentscheide abstützen⁴⁰. Meiner Ansicht nach ist dies unzutreffend. Prozentbeteiligungen sind im Gegenteil weit verbreitet⁴¹. Auch

³⁷ ICC Schiedsspruch Nr. 3916 (1982), Collection of ICC Arbitral Awards 1974-85, S. 507.

³⁸ Ad hoc Schiedsspruch (1995), ASA Bull. 1995, 742.

³⁹ Ahmed S. EL KOSHERI / Philippe LÉBOULANGER, *L'arbitrage face à la corruption et au trafic d'influence*, Rev. arb. 1984, 3, 7.

⁴⁰ ICC Schiedsspruch Nr. 8891 (1998) veröffentlicht in J.D.I. – Clunet 4/2000, 1076, besprochen von J. ROSELL / H. PRAGER, loc. cit [FN 24], S. 333. Das Schiedsgericht kam zum Schluss, dass Prozentkommissionen zwar in der Tat verdächtig sind, jedoch im Land des betroffenen Mäklers « success fees » die Regel darstellten.

⁴¹ Abdulhay SAYED, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Thèse No. 613 (Geneva), 2001, p. 271, mit Hinweis auf ICC Schiedsverfahren Nr. 8113 (1996). Siehe auch Yves DERAÏNS, *La lutte contre la corruption - Le point de vue de l'arbitre international*, Contribution to the 34th AIJA Congress, Montreux 1996, p. 9.

die in der Liste im Anhang aufgeführten Schiedsentscheide gehen mehrheitlich von solchen Verträgen aus.

Die Höhe des Prozentsatzes

Die Höhe des Prozentsatzes erscheint vielen als Indiz für das Vorliegen einer Korruption⁴². Dies sollte man relativieren. Die tatsächliche Höhe kann nur in einer Gesamtbetrachtung ermittelt werden⁴³. Insbesondere die Höhe der Vertragssumme ist ein wichtiger Parameter: 1% von 1 Milliarde sind mehr als 30% von 10 Millionen. In ICC Schiedsverfahren Nr. 7047 standen Kommissionen (15%) in mehrstelliger (Dollar-) Millionenhöhe auf dem Spiel⁴⁴. Der Mäklervertrag wurde für gültig befunden. In ICC Schiedsverfahren Nr. 6497 waren für die Vergabe von verschiedenen Verträge unterschiedliche Kommissionen vereinbart; 33,33% für einen dieser Verträge. Das Schiedsgericht weigerte sich, diese Kommission im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu relativieren, da dieser Vertrag sachlich klar von den übrigen getrennt werden konnte. Die Höhe der Kommissionsrate wurde daher als Korruptionsindiz gewertet⁴⁵. In ICC Schiedsverfahren Nr. 9333, wurde eine Kommission von FFrs. 1'900'000, umgerechnet 27% der Vertragssumme (FFrs. 7'000'000) als angesichts der konkreten Umstände zulässig erachtet⁴⁶.

Ist die Höhe als absoluter Wert überhaupt ein tauglicher Faktor? Erinnern wir uns: Es geht nicht darum, wieviel *der Mäkler* erhält, sondern ob er davon etwas an *einen Amtsträger* weitergibt, oder ob dieser infolge einer verborgenen Personalunion mit dem Mäkler oder Beteiligungen direkt oder indirekt von der Kommission profitiert⁴⁷.

Die Höhe der Kommission kann jedoch in der Tat ein Indiz sein, jedenfalls dann wenn der Mäkler in den Verhandlungen mit dem Auftraggeber auf eine hohe Kommission bestand unter Hinweis auf Drittpersonen, mit denen er diese teilen müsse. Dies wirft stets die Fragen

⁴² ICC Schiedsspruch Nr. 8891 (1998), J.D.I. – Clunet 4/2000, 1076.

⁴³ François KNOEPFLER, loc. cit. [FN 21] S. 368.

⁴⁴ ICC Schiedsverfahren Nr. 7047, loc. cit. [FN 8].

⁴⁵ ICC Schiedsverfahren Nr. 6497, loc. cit. [FN 18].

⁴⁶ ICC Schiedsverfahren Nr. 9333, loc. cit. [FN 10].

⁴⁷ So wurde etwa im Fall *Westinghouse* [FN 2] behauptet, Präsident Marcos hätte als Teilhaber einer als Mäkler auftretenden Gesellschaft von Zahlungen an diese profitiert.

nach diesen Nutzniessern auf. So ware etwa im ICC Verfahren Nr. 1110, das einen Auftrag der öffentlichen Hand in Argentinien in den fünfziger Jahren betraf, die Korruptionsabsicht freimütig zugestanden: Der Mäkler beanspruchte 2% für sich und 8% für „Peron and his boys“⁴⁸.

Andererseits wird der Mäkler schon aus ureigenem Interesse eine möglichst hohe Kommission anstreben. Es darf davon ausgegangen werden, dass Teilen nicht Teil der menschlichen Natur ist. Ein Mäkler will die Kommission eher für sich selbst behalten, als mit anderen zu teilen.

Disproportionalität

Eine hohe Kommission kann in der Tat stutzig machen, wenn ihr keine entsprechenden Aufwendungen und Tätigkeiten des Mäklers gegenüberstehen. Aber drei Aspekte sollten auch bei gigantischen anmutenden Beträgen nicht aus den Augen verloren werden:

- Für sich alleine betrachtet, gibt die Höhe keinen Aufschluss über die Destination des Geldes. Nur diese (Amtsträger) ist jedoch ausschlaggebend, wenn es um die Prüfung der Widerrechtlichkeit des Vertrages geht (s. oben).

- Der Grundsatz *pacta sunt servanda* wird dem *Ordre public* zugerechnet. Mithin ist mit KNOEPFLER zu halten: *Le principe pacta sunt servanda, qui lui est aussi d'ordre public international, justifie un certain rigueur dans l'appréciation des indices suggérant l'existence d'une intention ou d'un acte de corruption.*⁴⁹ Die Höhe der Kommission bestimmt sich in der Tat frei unter den Parteien. Der Auftraggeber hat angenommen. Der Hauptparameter für die Höhe der Kommission dürfte die Gewinnstreben des Mäklers und die Schmerzgrenze des Unternehmers sein. Diese wiederum hängt von seiner Gewinnerwartung, auch langfristig betrachtet, ab. Der Rest ist eine Frage der Verhandlungsstärke und -geschicks der Parteien. Es gibt keine „just remuneration“. Zitierenswert in dieser Hinsicht ist der Schiedsentscheid in ICC Verfahren Nr. 7047⁵⁰, der die (freimütigen) Zeugenaussagen von Zwischenleuten wiefolgt

⁴⁸ ICC Schiedsspruch Nr. 1110 (1963), 10 Arb. Int. S. 290 (1994).

⁴⁹ François KNOEPFLER, loc. cit. [FN 21] S. 370.

⁵⁰ Loc. cit. [FN 8], S. 335.

zusammenfasst: „*For Z., there were no standard commissions; for „you don't get what you deserve, you get what you negotiate.“ He had signed contracts with 25% commissions on huge amounts. Mr. A also stated that he took „whatever I could get“.*“ Insgesamt ist festzuhalten, dass eine hohe Kommission wohl für die Begehrlichkeit des Mäklers spricht, jedoch nicht unbesehen als Indiz für das Vorliegen einer Bestechung von Amtsträgern gewertet werden kann⁵¹.

- Der Wert, mit dem die Kommission in Beziehung Bezug gebracht werden muss, ist im übrigen nicht die Aufwendungen und Dienstleistungen des Mäklers, sondern das Resultat und das Interesse des Auftraggebers und dessen Schwierigkeiten, den Auftrag zu erhalten⁵². Nur eine Globalbetrachtungsweise kann über den Wert des Vertrages für den Auftraggeber Aufschluss geben. Dieser kann von den allgemeinen Marktumständen und auch davon abhängen, ob er sich Folgeaufträge verspricht, aus strategischen Gründen im betroffenen Sektor oder Land vertreten sein will⁵³, Personal und Maschinenpark nicht ungenutzt lassen oder Erfahrungen mit seinem Produkt oder seiner Technologie sammeln will. Ein Auftraggeber kann aus verschiedensten Gründen bereit sein, einen hohen Preis für einen Vertragszuschlag zu zahlen, auch wenn er sich von diesem konkreten Vertrag keinen oder keinen kurzfristigen Gewinn verpricht. Andererseits muss der Auftraggeber auch dann einen hohen Preis bezahlen, wenn die Konkurrenz stark ist oder seine Erfolgsaussichten gering erscheinen⁵⁴. Gerade in diesen Fällen wird ein berufsmässiger Mäkler mit einem hohen Marktanteil verlangen, dass die Kommission auch der Tatsache Rechnung trägt, dass er für den betroffenen Auftraggeber und nicht für eine Drittpartei mit potentiell besseren Chancen tätig wird.

- Die Übermässigkeit für sich alleine betrachtet, macht einen Vertrag nicht ungültig. Vielmehr ist in diesem Fall, wie in ICC Entscheid Nr. 7047 erkannt, die übermässige Kommission herabzusetzen, wenn es

⁵¹ ICC Schiedsverfahren Nr. 9333, loc. cit. [FN 10], S. 762.

⁵² Verkannt in ICC Schiedsverfahren Nr. 6497 (1994), loc. cit. [FN 18], S. 74 und Nr. 8177 (1996), ICC Bulletin, Spring 2001, S. 85, 90.

⁵³ ICC Schiedsspruch Nr. 9333 (1998), loc. cit. [FN 10], S. 765; *Lunik* (ASA Bull. 1998, S. 222)

⁵⁴ ICC Schiedsverfahren i. S. *Lunik*, loc. cit. [FN 21], ICC Schiedsverfahren Nr. 9333, loc. cit. [FN 10].

das anwendbare Recht vorsieht⁵⁵. Betreffend das Schweizer Recht ist auf Artikel 417 OR zu verweisen, der eine Herabsetzung nur bei Grundstückskauf und Einzelarbeitsvertrag vorbehält. Ratio legis : Das Ausnützen einer Notlage soll nicht belohnt werden. Im internationalen Infrastrukturgrossprojekten oder Warenlieferungsgeschäften ist eine solche Notlage kaum auszumachen. Insbesondere wenn eine Kommission in Form von Prozenten des Hauptvertrages ausgemacht ist, gibt es keinen Grund, eine Herabsetzung vorzunehmen, wenn eine solche vertraglich nicht vorgesehen ist. Jede Herabsetzung stellt einen schwerwiegenden Eingriff in den Grundsatz *pacta sunt servanda* dar. In einem internationalen Schiedsverfahren sollte dieser auch dann beachtet werden, wenn das anwendbare Recht eine für den Mäkler ungünstigere Regelung vorsieht⁵⁶, umso mehr wenn dieses Recht nicht durch die Parteien sondern durch das Schiedsgericht festgelegt wird. Eine Reduzierung der Kommission wegen Übermässigkeit kommt m.E. nur bei Übervorteilung oder einem anderen Willensmangel in Frage.

- Wenn der Vertrag mit Mitwirkung des Mäklers dem Auftraggeber zugesprochen wurde, kann sich der Auftraggeber der Bezahlung der Kommission nicht unter dem Hinweis entziehen, die Kommission stehe in keinem Verhältnis zu den Bemühungen des Mäklers, wenn der Vertrag keinen solchen Vorbehalt vorsieht. Dies wurde in einem nicht publizierten, von DERAINS zusammengefassten Schiedsspruch aus dem Jahre 1975⁵⁷ wie auch in der Schiedssache Lunik⁵⁸ erkannt (in einem jüngeren Schiedsspruch in ICC Schiedsverfahren Nr. 8177 jedoch verkannt⁵⁹).

⁵⁵ Loc. cit. [FN 8], S. 337. Im ICC Schiedsverfahren *Lunik*, auf das französisches Recht anwendbar war, führte der Auftraggeber zwar nicht die Exorbitanz der Kommission per se ins Feld, bestand jedoch aufgrund einer angeblichen teilweisen Nichterfüllung des Mäklervertrages auf eine Reduktion. Zu unrecht, wie das Schiedsgericht erkannte. Loc. cit. [FN 21] S. 444 ff.

⁵⁶ Fragwürdig daher m. E. der Entscheid in ICC Verfahren Nr. 8177 (ICC Bulletin, Spring 2001, 85), bei dem zudem das anwendbare Recht nicht direkt von den Parteien im streitigen Vertrag festgelegt worden war, sondern durch das Schiedsgericht, das eine Rechtswahl darin erblickte, dass sich der Mäkler nach Ausbruch des Rechtsstreites in einem Mahnschreiben an den (französischen) Auftraggeber auf den französischen Code civil berufen hatte.

⁵⁷ Yves DERAINS, *Analyse de sentences arbitrales*, in *Les commission illicites*, Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Publication CCI 480/2, Paris 1992, S. 61, 66.

⁵⁸ Schiedsverfahren *Lunik*, loc. cit. [FN 21], S. 228 ff.

⁵⁹ Loc. cit. [FN 56] S. 88.

Die Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und dem Vergabeorgan

Die seriöse Verhandlungen und die dem Unternehmer abgerungenen Preisreduktionen⁶⁰ können ein Indiz gegen die Annahme einer Korruption sein. Sollten Bestechungsgelder vorgesehen sein, wäre, auf Drängen der von Bestechungsgeldern profitierenden Amtsträger, eher eine Erhöhung der Offerte zu erwarten⁶¹. Andererseits müssten Vertragspreissenkungen beim Makler auf Widerstand stossen, falls sein Verdienst als Prozentsatz der Vertragssumme ausgedrückt ist.

Allzu grosses Gewicht sollte diesen entlastenden Indizien nicht beigemessen werden. Der Amtsträger, der Bestechungsgelder entgegennimmt und diejenigen, die die Verhandlungen führen, müssen nicht identisch sein. Selbst wenn der Bestochene selber Einfluss auf die Gestaltung des Vertragspreises hat, ist nicht auszuschliessen, dass er, um keinen Verdacht zu erwecken oder im Rahmen einer zweifelhaften Doppelmoral, diesen in zähen Verhandlungen zu reduzieren sucht. Auch gibt es durchaus Fälle, in denen die Vergabebehörde (bzw. die zuständigen Beamten) das beste und das günstigste Angebot auswählen, aber vor dem Zuschlag eine Zuwendung verlangen.

In ICC Verfahren Nr. 3916 wurde die Schnelligkeit der Vergabe des Hauptvertrages (zusammen mit anderen Indizien) als Indiz für die Bezahlung von Bestechungsgeldern gewertet⁶².

Struktur und interne Organisation des Mäklers

Verdächtig ist vor allen der „Gelegenheitsmäkler“, ohne vorherige Erfahrung als Makler und undurchsichtige, unbekannte off-shore Firmen. Verdächtig, weil sich Amtsträger selber dahinter verbergen können. Jedoch

⁶⁰ Allerdings ist anzumerken, dass bei Ausschreibungen Nachverhandlungen, um Preisreduktionen zu erhalten, eigentlich nicht zulässig sind.

⁶¹ In ICC Schiedsverfahren Nr. 4145 hielt das Schiedsgericht fest, dass das für die Auftragsvergabe zuständige Ministerium bei einem anfänglichen Gesamtpreis von USD 415 Millionen eine Preisreduktion von umgerechnet USD 41 Millionen erwirkt hatte (Collection of ICC Awards 1974-1985, s. 559). S.a. ROSELL/PRAGER, loc. cit. [FN 24], S. 346, FN 60). In ICC Schiedsverfahren Nr. 9333 hatte die Vergabestelle den Preis von ursprünglich FFrs 12 Millionen auf FFrs 7 Millionen gedrückt (loc. cit. [FN 10]). In ICC Schiedsverfahren Nr. 6401, loc. cit. [FN 2] lagen zwar Erhöhungen in Millionenhöhe vor. Diese waren aber durch Mehrleistungen des Unternehmers gerechtfertigt.

⁶² Loc. cit. [FN 9].

kann der Mangel an Transparenz oder Wille zur Enthüllung auch ganz andere, mehr oder weniger legitime Hintergründe haben : Vermeiden von Neid oder Steuern, das Verbot von Zwischenleuten im betroffenen Land.

Wenn sich ein Mäkler grundlos weigert, Aufschluss über seine Hinterleute oder Tätigkeiten zu liefern, ist dies höchst verdächtig⁶³. Es war daher folgerichtig, dass in ICC Schiedssache Nr. 6497 die Weigerung, Bankunterlagen vorzulegen, die Zahlungen an Dritte bewiesen⁶⁴, als entscheidendes Indiz für die Widerrechtlichkeit gewertet wurde. Auch in der ICC Schiedssache Nr. 3916, in der sich der Mäkler im Schiedsverfahren weigerte, Aufschluss über die Organisation seiner Gruppe zu geben, schloss das Schiedsgericht auf das Vorliegen einer Bestechung⁶⁵.

Die geringe Anzahl Beschäftigter ist hingegen nicht unbedingt ein verdachterweckendes Indiz. In der ICC Sache Lunik hielt das Schiedsgericht fest, der Mäklervertrag sehe als einziges Erfordernis vor, dass der Mäkler die Vertragvergabe erwirke. Dafür komme es weder auf die Anzahl Arbeitsstunden noch Mitarbeiter an. Im übrigen hatte der Auftraggeber den Mäkler selber aus einer Reihe von Kandidaten ausgesucht.⁶⁶

Enge persönliche Beziehungen und Freundschaft zwischen Mäkler und Entscheidungsträgern

Auch über die Wertung dieses Elementes gehen die Meinungen auseinander. In Lunik weigerte sich der Schiedsrichter eine solche Freundschaft als Indiz für eine Bestechung zu betrachten, in der Abwesenheit jeglicher weiterer Indizien. Man könne sogar die Schlussfolgerung ziehen, dass in einer freundschaftlichen Beziehung dem Mäkler vertrauliche Unterlagen zugänglich gemacht werden, ohne dass eine Bezahlung ins Auge gefasst wurde oder auch nur in Frage käme⁶⁷. Festzuhalten bleibt in der Tat, dass Geld oder ein anderer Vorteil an den Amtsträger fließen muss. Wem Respekt gezollt wird, der braucht nicht zu zahlen. Allerdings kann

⁶³ ICC Schiedsverfahren Nr. 8891 (1998), J.D.I. – Clunet 4/2000, 1076.

⁶⁴ Loc. cit. [FN 18].

⁶⁵ Loc. cit. [FN 9].

⁶⁶ Schiedsverfahren *Lunik*, loc. cit. [FN 21], S. 226 ff.

⁶⁷ Schiedsverfahren *Lunik*, loc. cit. [FN 21], S. 218 ; S.a. ICC Schiedsverfahren Nr. 9333, loc. cit. [FN 10], S. 770.

Freundschaft, wie SAYED richtig erkennt, auch auf dem Austausch von Gefälligkeiten beruhen⁶⁸. Auch wenn die Weitergabe solcher Informationen durch den Mäkler an den Auftraggeber eine vertragliche oder sittliche Treupflicht des Mäklers verletzt, kann der Vertrag ganz oder teilweise ungültig sein (s. oben).

Die Leistungen des Mäklers

Dauer

In ICC Schiedssache Nr. 8891 wurde die relativ kurze vorgesehene *Vertragsdauer* als Indiz für eine Korruptionsabsicht gewertet⁶⁹. Dies muss fallweise geprüft werden. Die Dauer des Tätigseins des Mäklers ist jedenfalls nicht ausschlaggebend. Ein einziger Telefonanruf oder Gespräch kann schlussendlich für die Vertragsvergabe entscheidend sein⁷⁰.

Art und Umfang des Tätigseins

Nicht selten basiert die Weigerung des Auftraggebers, den Mäkler zu entlöhen, auf dem Argument, dass dieser nicht die Dienstleistungen erbracht habe, die im Vertrag vorgesehen seien. Oft zieht der Auftraggeber dieses Argument demjenigen vor, in dem er sich selber der Teilnahme an einem Vertrag bezichtigen muss, der zu Schmiergeldzahlungen führte oder führen sollte. Verträge nennen oft nur vage Beschreibungen der vom Mäkler erwarteten Tätigkeit. Andererseits gibt es aber auch Verträge, die ein umfangreiches Pflichtenheft für den Mäkler beinhalten. Zu erinnern ist an Artikel 18 OR: *Falsa demonstratio non nocet*. Der Parteiwille ist ausschlaggebend. Nicht selten ergibt das Beweisverfahren, dass sich die Parteien einig darüber waren, dass die Kommissionsberechtigung an eine einzige Bedingung geknüpft war: der Abschluss des Hauptvertrages. Dies entgegen anderslautenden - vagen oder präzisen - Vertragsbestimmungen. In dieser Hinsicht sind zeitgenössische Unterlagen, Gratulations- und Dankeschreiben, sowie Zahlungen des Auftraggebers von Bedeutung, aus

⁶⁸ Abdullhay SAYED, loc. cit. [FN 3], S. 263 f.

⁶⁹ ICC Schiedsverfahren Nr. 8891, loc. cit. [FN 40].

⁷⁰ Schiedsverfahren *Lunik*, loc. cit. [FN 21], S. 229 f. Siehe aber ICC Schiedsspruch Nr. 3916, loc. cit. [FN 9], wo die erstaunliche Geschwindigkeit der Vertragsvergabe als Indiz für eine Korruption gewertet wurde.

denen hervorgeht, dass für letzteren der Mäkler seine Leistung erbracht hat und der Vertrag erfüllt ist.

Es kommt nicht auf den Umfang der Leistungen des Mäklers an, falls die Kommission gemäss Gesetz oder Vertrag durch den Zuschlag des Hauptvertrages fällig wird⁷¹.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können die Parteien vertraglich zwar das Erfordernis des Kausalzusammenhangs ausschliessen, nicht jedoch jenes der Pflicht zum Tätigsein⁷². Damit die Kommission geschuldet ist, muss der Mäkler tätig werden⁷³. Falls der Vertrag, wie dies oft der Fall ist, einen Kausalzusammenhang fordert, muss der Mäkler, falls bestritten, nachweisen, dass seine Intervention für den Abschluss des Vertrages kausal war, sei es alleine oder im Zusammenspiel mit anderen Elementen.

Allerdings können die Leistungen auch Auftragsform annehmen. Vor allem, wenn der Mäkler dem Auftragsgeber auch nach dem Vertragsschluss noch zur Seite stehen soll. Falls der Vertrag keinen Aufschluss über die Bezahlung dieser Leistungen gibt, ist abzuklären, ob die Kommission schon bei Vertragsabschluss in voller Höhe geschuldet ist.

Beweis des Tätigseins und des Kausalzusammenhangs

In Mäklerverträgen trifft man oft Bestimmungen an, die den Kausalzusammenhang zwischen Vertrag und Mäklertätigkeit und die diesbezügliche Beweislast regeln. In vielen Rechtssystemen ist ein Kausalzusammenhang zwischen der Mäklertätigkeit und dem Vertragsschluss erforderlich. So bestimmt Artikel 413.1 OR, dass *„der Mäklerlohn ...verdient [ist], sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung*

⁷¹ ICC Schiedsspruch vom 21. März 1992, *Westman International Ltd. v. Alsthom Turbines à Gaz SA*, zusammengefasst in Rev. arb. 1994, 359, 363.

⁷² ICC Schiedsverfahren Nr. 5622 (1988), *Hilmarton*, loc. cit. [FN 7]; BGE 100 II 361, 103 II 133, 97 II 357, 72 II 422.

⁷³ Der Schiedsspruch in Sachen *Westman* wurde kassiert, weil der Auftraggeber im Rekursverfahren neue Beweismittel vorlegte, aus denen hervorging, dass der Mäkler *keinerlei* Tätigkeit entwickelt hatte, und es sich bei den Kosten- und Aufwandabrechnungen, die der Mäkler im Schiedsverfahren zu den Akten gegeben hatte, um Fälschungen handelte. Loc. cit. [FN 71].

des Mäklers zustande gekommen ist.“ Dazu ist zweierlei anzumerken: Falls der Makler nachweislich Aktivitäten entwickelt hat, die an und für sich geeignet sind, den angestrebten Erfolg herbeizuführen, besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes eine Vermutung, dass die Aktivität kausal war⁷⁴. Schlussendlich im Einzelfall gilt es zu ermitteln, ob eine Vertragsbestimmung, die den Makler vom Nachweis einer Tätigkeit entbindet oder die den Kausalzusammenhang abbedingt, mit zwingendem Recht vereinbar ist⁷⁵. Hinter solchen, kaum der Transparenz förderlichen Bestimmungen, kann sich allenfalls auch eine Bestechungsabsicht der Parteien verbergen. Auch dies ist im Einzelfall zu prüfen. Im ICC Verfahren Nr. 7047 (Westacre) führt das Schiedsgericht aus: „*The Arbitral Tribunal has given special attention to this point because the language of sect. 2 of the Agreement exonerates the Claimant from any proof of its services. Combined with other circumstances, this provision might imply joint illicit intentions of the parties. However, the copies of the Claimant’s telefax letters ot Defendant 1) establish that Claimant did indeed render services.*“⁷⁶

In der ICC Schiedssache Nr. 3916, in der sich der Makler im Schiedsverfahren weigerte, Aufschluss über seine Tätigkeit zu geben, wurde dies als Indiz für das Vorliegen einer Bestechung gewertet⁷⁷. Der Schiedsspruch in der ICC Schiedssache Westman wurde aufgehoben, da der Makler im Schiedsverfahren gefälschte Kostenaufstellungen seiner angeblichen Tätigkeit vorgelegt hatte. Das Gericht hielt aber zugleich fest, dass das Fehlen jeglicher Tätigkeit des Mäklers nicht unbedingt auf eine Korruptionsabsicht der Parteien schliessen liessen⁷⁸.

⁷⁴ Fabienne Hohl, *Procédure civile*, Tome I, Berne 2001, S. 206, n 1080 mit Hinweis auf BGE 40 II 524. Für eine Anwendung dieser Vermutung auf einen Mäklervertrag in einem (ICC) Schiedsverfahren s. Andreas REINER, *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration*, 10 Arb. Int. (1994) 334.

⁷⁵ Nach BGE 97 II 357 ist ein Verzicht auf das Kausalitätserfordernis zulässig. Dieser kann sich aus der Vereinbarung einer Ausschliesslichkeitsklausel ergeben.

⁷⁶ ICC Schiedsverfahren Nr. 7407, loc. cit. [FN 8] S. 334.

⁷⁷ ICC Schiedsverfahren Nr. 3916, loc. cit. [FN 9]. Siehe auch Yves DERAÏNS, *La lutte contre la corruption - Le point de vue de l'arbitre international*, Contribution to the 34th AIJA Congress, Montreux 1996, p. 10: “*C’est probablement l’incapacité dans laquelle se trouve l’agent d’apporter des preuves de son activité qui révèle le mieux une activité illicite.*”

⁷⁸ Loc. cit. [FN 71], S. 368 f.

Die Tatsache, dass der Mäkler vielfältige Aktivitäten entwickelte, wurde in einem veröffentlichten Entscheid, als Indiz für das Fehlen einer Simulation und das Vorliegen eines echten Mäklervertrages gewertet⁷⁹.

Undurchsichtige Zahlungsbedingungen

Unübliche Zahlungsbedingungen der Kommission können ein Indiz für Zahlungen an Amtsträger, und somit der Widerrechtlichkeit des Mäklervertrages sein: Die Bezahlung von grösseren Beträgen in bar, die Überweisung an nicht mit dem Mäkler verbundene Drittpersonen oder auf Konten, deren Inhaber nicht der Mäkler ist, sind vom Schiedsgericht zu beachtende Umstände. Auch die Weigerung des Mäklers, Aufschluss über solche Transaktionen zu geben, muss vom Schiedsgericht gebührend gewürdigt werden. Aus der Tatsache, dass ein Konto im Ausland als Zahlungsort angegeben ist, kann jedoch noch nicht eine Korruptionsabsicht abgeleitet werden⁸⁰. Andere Gründe, wie die Umgehung von Devisenbestimmungen oder „Steuroptimierung“, können für eine solche Regelung verantwortlich sein. Vorbehalte diesbezüglich sind angebracht, jedoch bei der Prüfung des Vorliegens eines Korruptionsfalles unbeachtlich.

III. SCHLUSSFOLGERUNG

Mit SAYED⁸¹ kann festgehalten werden, dass sich aus der publizierten Schiedspraxis keine allgemeingültige Beweismittelwertungsregel und kein Indiz, das für sich allein genommen, beweiskräftig ist, herauskristallisieren lässt. Die verschiedenen Indizien werden in der Praxis von Schiedsgerichten uneinheitlich ausgelegt und ihre Aussagekraft unterschiedlich gewertet.

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass ein Schiedsgericht, das zur inneren Überzeugen -- oft eher ein „gut feeling“ -- gelangt, der ihm vorliegende Rechtsstreit basiere auf einem Bestechungsvertrag, zur Aufhebung des Vertrages auch die geeignete Indizienbewertung findet. Die Indizienbewertung kann man objektivieren. Wichtiger als solche Regeln, die es wohl angesichts der Diversifizität der Fälle nicht geben kann, erscheint es

⁷⁹ Ad hoc Schiedsverfahren (1995), ASA Bull. 1995, p. 746 f.

⁸⁰ Schiedssache *Westman*, loc. cit. [FN 71], S. 368.

⁸¹ SAYED, loc. cit. [FN 3], S. 293.

jedoch, dass das Schiedsgericht die notwendige Neugier aufbringt, den Sachverhalt im Rahmen der Parteivorträge vollständig abzuklären und von den Parteien zu verlangen, dabei mitzuwirken. Das Rechtsempfinden hat sich in den letzten Jahrzehnten geändert. Auf Grund der Tätigkeit staatlicher und privater Organisationen und insbesondere der OECD Konvention ist Bestechung fremder Hoheitsträger heute in weiten Kreisen nicht nur strafbar, sondern auch moralisch verwerflich. Auf die Entwicklung nicht nur des Rechts, sondern auch des *Rechtsempfindens* ist in dieser Hinsicht klar hinzuweisen. Bei Feststellen eines Vertrages, der die Bezahlung von Schmiergeldern zum Inhalt hat, sind daher die sich aufdrängenden Rechtsfolgen anzuordnen. Dabei ist anzumerken, dass die Weigerung des Auftraggebers, den Mäkler nach Zuschlag des Hauptvertrages zu bezahlen, obwohl er mit einer Bestechung, die zum Zuschlag führte, einverstanden war, jedenfalls dann stossend erscheinen (aber aus dem anwendbaren Recht resultieren) mag, wenn der Auftraggeber die Kommission des Mäklers inklusive Bestechungsgelder in seine Berechnung des Preises des Hauptvertrages einbezogen hatte. Allenfalls ist dieser Tatsache bei der Verlegung der Schiedsverfahrenskosten Rechnung zu tragen. Schon bezahlte Kommissionen kann der Auftraggeber, der um die Bestechungsabsicht des Mäklers wusste oder diese in Kauf nahm, nicht zurückfordern⁸².

Weiterführende Literatur

Homayoon ARFAZADEH, *Considérations pragmatiques sur la compétence respective de l'arbitre et du juge en matière de corruption*, ASA Bull. 2001, S. 672.

Ewan BROWN, *Illegality and public policy - Enforcement of arbitral awards in England*, [2000] Int.A.L.R 31

Yves DERAÏNS, *Analyse de sentences arbitrales*, in Les commission illicites, Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Publication CCI 480/2, pp. 61, Paris 1992

Yves DERAÏNS, *La lutte contre la corruption - Le point de vue de l'arbitre international*, Contribution to the 34th AIJA Congress, Montreux 1996

⁸² BGE 123 III 101, 107.

FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN on International Commercial Arbitration, E. Gaillard/J. Savage (Ed.), The Hague 1999, p. 353 ss.

Dominique HASCHER, Note sous la sentence dans l'affaire CCI no. 8891 (1998), J.D.I. 4/2000, p. 1076 [see also below Rossell/Prager]

Vincent HEUZE, *La morale, l'arbitre et le juge*, Rev. arb. 1993, pp. 179

Adam JOHNSON, *Illegal Contracts and Arbitration Clauses*, [1999] Int.A.L.R. 35-37 [commenting on recent UK case law (Westacre, Soleimany)]

François KNOEPFLER, *Corruption et arbitrage international*, in Les contrats de distribution, Contributions offertes au Professeur Dessemontet, Ed. I. Cherpillod et al., Publication CEDIDAC 38, Lausanne 1998, pp. 357-379

Ahmed EL KOSHERI / Philippe LÉBOULANGER, *L'arbitrage face à la corruption et au trafic d'influence*, Rev. arb. 1984, p. 3

Jacques MALHERBE, Yann FRANÇOIS, Jean-Charles PAPEIANS DE MORCHOVEN, *Les commission illicites et l'arbitrage*, in Acts of States and Arbitration, K.-H. Böckstiegel (Ed.), Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, vol. 12, Cologne 1997

Pierre MAYER, *Loi applicable et respect des lois de police*, in Les commission illicites, Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Publication CCI 480/2, pp. 49, Paris 1992

Bruno OPPETIT, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, JDI Clunet 1987, p. 5

Philippe REYMOND, *Trafic d'influence et contrats de distribution: quelques aspects de droit international privé*, in Les contrats de distribution, Contributions offertes au Professeur Dessemontet, Ed. I. Cherpillod et al., Publication CEDIDAC 38, Lausanne 1998, pp. 308-356

José ROSELL / Harvey PRAGER, *Illicit Commissions and International Arbitration - The Question of Proof*, 15 Arbitration International 329 (4/1999) [criticizing the arbitral award in ICC case no. 8891, subsequently published in J.D.I. Clunet 4/2000]

Abdulhay SAYED, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Thèse No. 613 (Genève), 2001 [Comprehensive study of arbitration case law]

Abdulhay SAYED, *La question de la corruption dans l'arbitrage commercial international: Inventaire des solutions*, ASA Bull. 2001, S. 653.

Matthias SCHERER, *Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals*, [2002] Int. A. L. Rev [à paraître]

Pierre TERCIER, *La corruption et le droit des contrats*, Semaine Judiciaire, 1999 II [An overview of Swiss statutory provisions and case law]

Jean-Marie VULLIEMIN, *Arbitration and Bribery: The Swiss View – Judgement of the Swiss Federal Tribunal, December 30, 1994*, in American Bar Association, International Commercial Arbitration Committee Newsletter, Winter 1996, v. 5, p. 14-24

J.G. WETTER, *Issues of corruption before international arbitral tribunals: the authentic text and true meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 award in ICC case N° 1110*, Arb. Int. 1994, pp. 277
