

Hamburger Arbitration Circle e.V.

Vortrag am 02.02.2011 anlässlich der Hamburger Schiedsgespräche

„EU-Recht und Schiedsgerichtsbarkeit“

zur Entscheidung des englischen **Court of Appeal** vom 22.06.2010

in Sachen *Jivray v. Haswani*

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich herzlich für die Einladung und auch dafür, dass Sie zu dieser frühen Stunde hier erschienen sind.

Worum geht es im Zusammenhang mit der Entscheidung?

Es geht darum, ob das Verhältnis Partei Schiedsrichter als ein Rechtsverhältnis im Sinne der **EU-Gleichbehandlungsdirektive -Richtlinie 2000/78 des Rates vom 27.11.2000** - gesehen werden kann – etwas polemisches Stichwort: ist ein Schiedsrichter ein Arbeitnehmer? - und, falls ja, ob bestimmte Elemente in einer Schiedsklausel als diskriminierend eingestuft werden können, mit der Folge, daß die Klausel unwirksam ist.

Es geht auch darum, dass aufgrund dieser Entscheidung, die sich zwar in der Sache mit Religionszugehörigkeit befasste – auch im Rahmen des Rechts bzw. der nationalen Umsetzungen – Auswirkungen haben kann auf andere Merkmale, die für die Auswahl eines Schiedsrichters gemeinhin üblich und Gegenstand in den Mitgliedsstaaten umgesetzten Direktive sein können, sind, z.B. Staatsangehörigkeit (– was ja offenbar auch die ICC und den LICA beunruhigt, in deren Schiedsklauseln dieses Merkmal genannt ist).

Daß diese Frage überhaupt diskutiert wird, ist den Herren *Jivray* und *Haswani* zu verdanken und dem englischen Court of Appeal. Dieser hatte in Sachen *Jivray v. Haswani* am 22.06.2010 entschieden, daß eine Schiedsklausel unwirksam ist wegen

Verstoßes gegen die ERU Richtlinie wie in England umgesetzt als **Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003**.

Bevor ich auf den erstinstanzlichen und zweitinstanzlichen Verlauf dieses Rechtstreites eingehe, möchte ich noch kurz darauf hinweisen, dass die **Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003** mittlerweile ersetzt werden sollen – der Prozess ist noch nicht vollständig abgeschlossen - durch den englischen **Equality Act 2010**.

Auf den Inhalt dieser **Equality Act 2010** komme ich am Schluss noch einmal zu sprechen. Hier sei nur so viel gesagt – es wird die Sache aus der Sicht der Schiedsgerichtsbarkeit nicht einfacher machen.

Was ist also geschehen zwischen *Jivray* und *Haswani*. Beide Herren hatten 1981 ein Joint Venture Agreement abgeschlossen, bei dem es weltweit um Investment und Immobilien ging. Der Joint Venture Vertrag enthielt in seinem Artikel 8 eine Arbitrageklausel die recht umfänglich war, die ich Ihnen allerdings nicht vorenthalten möchte. Sie lautet:

„If any dispute difference or a question shall at any time hereafter arise between the investors with respect to the construction of this Agreement or concerning anything herein contained or arising out of this Agreement or as to the rights liabilities or duties of the investors or either of them or arising out off (without limitation) any of the businesses or activities of the Joint Venture herein agreed the same (subject to sub-clause 8 (5) below) shall be referred to 3 arbitrators (acting by a majority) one to be appointed by each party and the third arbitrator to be the president of the AGA KHAN National Counsel for the United Kingdom for the time being:

All arbitrators shall be respected members of the Ismail community and holders of office within the community”.

In der Folge kam es zu einem Disput zwischen den Parteien des Joint Venture Vertrages und Mr. Haswani, so glaubte er jedenfalls, leitete das Schiedsverfahren ein

durch Ernennung von Sir. Antony Coleman als Schiedsrichter. Er forderte Herrn Jivray auf, innerhalb von 7 Tagen seinen Schiedsrichter zu ernennen.

Mr. Jivray tat dies jedoch nicht, sondern stellte beim **Commercial Court** den Antrag, die Ernennung des Sir Antony für unwirksam zu erklären, da unstrittig er kein Mitglied der Ismail Community sei.

Daraufhin beantragte Mr. Haswani bei Gericht die Ernennung des Sir Antony als Einzelschiedsrichter gemäß der englischen Arbitration Act 1996, weil die andere Partei zwar selbst vor Gericht gezogen sei, um Sir Antony's Ernennung zu bekämpfen, es selbst aber versäumt habe, innerhalb von 7 Tagen einen eigenen Schiedsrichter zu ernennen. Mr. Haswani begründete seinen Antrag damit, daß die Anforderung in der Arbitrageklausel, die Schiedsrichter müssten Mitglieder der Ismaili Gemeinschaft sein, eine Verletzung des **Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003** darstelle und eben so gegen die Menschenrechtskonvention verstoße und überhaupt gegen Public Policy (also das englische ordre public).

Wenden wir uns nun den in den erst und zweitinstanzlichen Entscheidungen geprüften Vorschriften der **Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003** zu.

Gemäß **Ziffer 2** der Regulations wird „**Employment**“ definiert wie folgt:

„Employment under a contract of service or of apprenticeship or a contract personally to do any work and related expressions shall be construed accordingly“.

“**Employer**” wird definiert als

“a person at any time seeking to employ another“.

Nach **Ziffer 6** der Regulation darf ein „Employer“ keine Diskriminierung verüben bei der Entscheidung, wem nun Beschäftigung angeboten werden soll. Im englischen Originaltext heißt es dazu

„it is unlawful for an employer to discriminate against a person in the arrangement he makes for the purpose of determining to whom he should offer employment“,

und

der „**Employer**“ darf auch nicht regelwidrig jemandem eine Beschäftigung verweigern; wiederum im englischen Original heißt es:

„it is unlawful for an employer to discriminate against a person by refusing to offer, or deliberately not offering, him employment“.

Es gibt einen **Ausnahmetatbestand** in den Regulations, nämlich in **Ziffer 7**, der sich auf sog. „*genuine occupational requirements*“ oder *GOR* – es wird tatsächlich so abgekürzt - bezieht, also auf Anforderungen, die objektiv sachlich zur Durchführung der Tätigkeit erforderlich sind, Es heißt dazu in **Regulation 7**:

*„The exception for **genuine occupational requirement** applies where*

*an employer has **an ethos based on religion or belief***

and

having regard to that ethos and to the nature of the employment or the context in which is carried out:

(a) being of a particular religion or believe is a genuine occupational requirement for the job,

(b) it is proportioned to apply the requirement in the particular case and

(c) either

*(i) the person to whom that requirement is applied **does not meet it** or*

*(ii) the employer is not satisfied, and in all the circumstances it is **reasonable for him not be satisfied**, that that person meets it.”*

In der ersten Instanz, die sowohl über den Antrag des Herrn Haswani als auch den Antrag des Herrn Jivray befasst, wurde entschieden durch Justice David Steel, dass die **Employment Equality Religion or Belief Regulations 2003** nicht auf Schiedsrichter anzuwenden seien. Voraussetzung sei ein vertragliches Abhängigkeitsverhältnis, wobei eine Partei arbeiten unter dem Direktionsrecht der anderen eine Tätigkeit ausübt gegen Entgelt. Schiedsrichter hätten zwar eine vertragliche Bindung mit der Partei, aber, selbst wenn man dieses Rechtsverhältnis als das eines „independent contractor“ definieren würde, so wäre ihre Aufgabe eher mit denen eines Richters zu vergleichen und die seien keine Arbeitnehmer.

Weiter gebe es keinen Anhaltspunkt in der Menschenrechtskonvention oder im Ordre Public wonach die Anforderung an Schiedsrichter, Mitglieder der Ismaeli Community zu sein, diese Klausel als nichtig oder nicht durchsetzbar mache. Justice Steel entschied also, dass aus diesen Gründen die **Ernennung** des Antony Coleman **unwirksam** war. Er hätte also Mitglied der Ismaeli Community sein müssen. Die **Klausel indessen war wirksam.**

Haswani legte gegen diese abweisende Entscheidung des Commercial Court Berufung ein und das Berufungsgericht, also der Court of Appeal entschied, wiederum, dass die Ernennung von Sir. Antony Coleman unwirksam sei, allerdings aus ganz anderen Gründen, weil nämlich die gesamte Schiedsklausel wegen Verstoßes gegen ein Diskriminierungsverbot unwirksam sei.

Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung auf folgende Punkte:

1.

Schiedsrichter sind „Employees“

Das Berufungsgericht hielt die einschränkende Sicht der ersten Instanz für verfehlt und führt aus, dass die Direktive und auch die englische Umsetzung in der Form der Regulations jegliche Form einer Beschäftigung einschließt

„all forms of employment in the broadest sense, including the provision of services under any form of contract“.

Es soll sich also nicht nur um eine abhängige Arbeit handeln, sondern um eine Dienstleistung jeglicher Form und darunter würde eben auch die Tätigkeit eines Schiedsrichters fallen.

2.

Der Vorgang der Ernennung bzw. Nichternennung des Schiedsrichters „Appointment of a person to act as Arbitrator“ entspräche Regulations 6 (1) (a), da mit der Schiedsklausel ein Entscheidungsprozeß in Hinblick auf die Auswahl der Schiedsrichter verbunden sei – in der englischen Regulation als „Arrangement“ bezeichnet. Desgleichen würde der Vorgang der Ernennung in der Klausel auch Regulation 6 (1)(c) unterfallen, wonach es einem „Employer“ – im Sinne des Court des Appeal weniger ein Arbeitgeber als vielleicht ein Geschäftsherr oder Auftraggeber – untersagt es, die Beschäftigung ungerechtfertigt zu verweigern –

„Refusing to offer or deliberately not offering, him employment“.

3.

Die „sachgerechte“ Diskriminierung, die als Ausnahme in Ziffer 7 der Regulations enthalten ist – Stichwort „genuine occupational Requirement „ soll auch nicht einschlägig sein. Zwar sei den Beteiligten sicher nicht das religiöse Ethos abzusprechen das sich in der Vorliebe für außergerichtliche Streitbeilegung gerade in der Ismailischen Gemeinschaft zeige

„...one of it's more significant spirits is an enthusiasm for dispute resolution contained within the Ismaili community...“

Das zweite Element der Ausnahmeregelung jedoch sei nicht gegeben: Der zur Entscheidung stehende Fall erfordere nicht, dass die Schiedsrichter einer bestimmten Glaubensrichtung angehörten –

„Membership of the Ismaili Community is clearly not necessary for the discharge of the Arbitrator's functions under an agreement of this kind“.

Interessanterweise ergänzte das Gericht, dieses GOR also „genuine occupational requirement“ könnte vorliegen, wenn die Schiedsklausel es den Schiedsrichters erlaubt hätte *ex aequo et bono* zu entscheiden, da sich bei Billigkeitsentscheidungen weit mehr die ethisch-moralischen Prinzipien einer Gemeinschaft zeigten. Das sei aber hier nicht vereinbart worden.

4.

Der Teil der Klausel, welches die Bedingung der Mitgliedschaft in der ismaelischen Glaubensgemeinschaft beinhaltet, könne auch nicht von dem Rest der Klausel getrennt werden, so daß der verbleibende Rest der Klausel überleben könnte ohne den diskriminierenden Teil. Dies sei nur dann möglich, wenn die Herauslösung des unwirksamen Teiles den Rest der Klausel nicht in ihrer Substanz ändert –

„The question, therefore, is whether in the context of this case an Arbitration agreement which does not require the Arbitrators to be members of the Ismaili Community is fundamentally different from one that does“.

Auch das erstinstanzliche Gericht kam zu dem Schluss, dass eine Streichung der Bestimmung den Sinn der gesamten Klausel verändern würde und damit nicht zulässig sei. Das Berufungsgericht hat sich dieser Argumentation angeschlossen. Im wesentlichen ging es darum, dass die Partei mit der Schiedsklausel in eine gesonderte Vereinbarung getroffen haben, wo ein Element auf dem anderen aufbauen und die Vereinbarung, die staatlichen Gerichte zugunsten eines Schiedsgerichtes auszuschließen eben geknüpft war an die Bedingung, dass die Schiedsrichter der ismaelischen Glaubensgemeinschaft anzugehören hätten. Justice Steel in der ersten Instanz führte dazu aus

„to strip out the last sentence would be to rewrite the clause“

und eben das ist nicht zulässig.

Beide Parteien haben weitere Berufung zum Supreme Court eingelegt. Zur Erinnerung: Der Supreme Court ersetzt seit 2005 das House of Lords. Sowohl die ICC als auch der LCIA haben sich der Berufung angeschlossen, wohl maßgeblich deshalb, weil die von diesen Institutionen verwendeten Schiedsklauseln das Merkmal der Staatsangehörigkeit des Schiedsrichters enthalten.

Mit der weiteren Berufung an den Supreme Court kann dieser die Sache dem EuGH vorlegen. Mit der Verhandlung vor dem Supreme Court gegen Ende dieses Jahres gerechnet.

Es bleibt abzuwarten, ob der Europäische Gerichtshof die Schiedsgerichtsbarkeit aus Anwendungsbereich der Richtlinie herausnimmt. In der Court of Appeal-Entscheidung wird dazu auch zitiert der Advocate General Maduro aus einer Entscheidung des Gerichtshofes aus dem Jahr 2008:

„Advocate General Maduro expresses the opinion that the Directive must be understood in the frame work of a wide application to foster the conditions for a socially inclusive labour market and to ensure the development of democratic and tolerant societies which allow the participation of all persons irrespective of racial or ethnic origin“.

Umschrieben wird dieser Ansatz mit

“The broad Policy Objective of the Directive“.

Welche Auswirkungen hat diese Entscheidung auf den Rest von Europa?

Zunächst entfaltet sie Wirkung auf Verfahren, bei denen der **Sitz des Schiedsgerichtes in England angesiedelt und für die Schiedsklausel englisches Recht gilt bzw. das Schiedsgericht seinen Sitz außerhalb Englands hat aber gleichwohl englisches Recht vereinbart wurde.** Dies hat als Reaktion auf die Entscheidung des Court of Appeal dazu geführt, dass die Gemeinschaft der Schiedsrichter, der schiedsgerichtlichen Institutionen und natürlich auch der Anwälte in England bitter darüber klagen, dass England nunmehr nicht mehr im Zentrum der

Schiedsgerichtsbarkeit liegen würde. Ob diese Entwicklung tatsächlich eintritt, bleibt abzuwarten, denn bei differenzierter Betrachtung der Entscheidung und natürlich immer vorbehaltlich einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes gilt nicht unbedingt immer und stets das Trennungsverbot, welches hier speziell für diese Schiedsklausel in Sachen *Jivraj vs. Haswani* angenommen wurde. Es ist durchaus denkbar, dass bei anderen Schiedsklauseln eine Abtrennung des diskriminierenden Teiles möglich ist und der Rest der Klausel überlebt. Ob dies allerdings im Einzelfall gewünscht ist bleibt natürlich dahingestellt denn ob genug sind es gerade die kritischen Anforderungen an die Schiedsrichter, welche den wichtigsten Teil der Klausel ausmachen.

Dies gilt zum Beispiel für die Frage der Nationalität in Schiedsklauseln. Ich hatte anfangs darauf verwiesen, dass die Regulations 2003 aus dem Court of Appeal-Urteil mittlerweile durch die **Equality Act 2010** ersetzt wurden. An der Tragweite des Urteiles wird dies wenig ändern, da die Equality Act 2010 im Wesentlichen den gleichen Inhalt aufweist wie die 2003 Regulations. In der Tat geht er sogar über die Richtlinie hinaus, in dem nicht nur eine Diskriminierung aus Gründen der Religion verboten wird, sondern, weitergehend, auch die Diskriminierung aus Gründen der Nationalität.

In der Equality Act 2010 heißt es unter Ziffer 9

„9 Race

(Race includes

(a) color

(b) nationality

(c) ethnic or national origin

.

Des Weiteren bleibt abzuwarten, ob im Einzelfall nicht doch die Ausnahme des „Genuine occupational Requirement“ Ob dies bei dem Merkmal der Staatsangehörigkeit greift, könnte allerdings fraglich sein, da – und auch das wurde in der Reaktion auf das Court of Appeal-Urteil bemerkt, Schiedsrichter eigentlich stets zur Unabhängigkeit verpflichtet sind, auch wenn sie zufälligerweise die gleiche Nationalität haben wie die Parteien.

Ob es deshalb in jedem Fall sinnvoll ist, England als **Sitz der Arbitrage** bzw. **englisches Recht** zu meiden, und auf europäisches Festland auszuweichen, bleibt m. E. offen. Werden Schiedsrichter grundsätzlich als Beschäftigte oder Employees im Sinne der Richtlinie zu sehen sein, so wird der Court of Appeal sicherlich nicht das letzte europäische Gericht sein, das sich mit der Frage der Diskriminierung im Zusammenhang mit Schiedsklauseln beschäftigen muss. Es stehen uns dahin wohl noch interessante Zeiten bevor.

In Hinblick auf die Praxis bei der Abfassung von Schiedsklauseln sollte man gegenwärtig darauf achten, Eigenschaften der Schiedsrichter auf das zu beschränken, was offensichtlich zur Durchführung der Aufgabe erforderlich ist. Obwohl dazu noch keine Entscheidung getroffen wurde, könnte ich mir schlecht vorstellen, dass Merkmale wie „commercial men“ sein, etwa diskriminierend wären.

Es ist also einiges angestoßen – manche mögen sagen – umgestoßen worden durch diese Entscheidung. Das muss nicht unbedingt negativ sein – jedenfalls innerhalb Europas sind Fragen der Nationalität hoffentlich nicht mehr so relevant. Andererseits wirkt Schiedsgerichtsbarkeit nicht allein europäisch sondern auch global. In dieser Breite bei Einbeziehung eines Drittlandes bei einer dem „europäischen“ Recht unterliegenden Schiedsklausel können Fragen der Nationalität der Schiedsrichter eine weit entscheidende Rolle spielen. Womöglich hilft aber dann das GOR – „genuine occupational requirement“.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Esther Mallach

Dabelstein & Passehl

Hamburg, den 2. Februar 2011