

2/2023

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois

159. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
Februar 2023

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite III

en ligne+

Vos avantages en
un coup d'œil :
Page III



Stämpfli Verlag

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUF, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. MARTIN KOCHER, Studen BE; Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. em. Dr. Dr. h.c. CHRISTOPH LEUENBERGER, St.Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern; Prof. Dr. CHRISTOF RIEDO, Freiburg; Prof. Dr. ROGER RUDOLPH, Zürich; Prof. Dr. FRANZISKA SPRECHER, Bern; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. FRANZ ZELLER, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 154.–,
Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv
CHF 184.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 214.–, Europa CHF 249.50,
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 149.–,
Einzelheft CHF 24.– (exkl. Versandkosten).
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 25

E-Mail zeitschriften@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Inseratemanagement,
Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 82

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Wölflistrasse 1,
Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 1480 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print) /
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit

Von Dr. iur. BERNHARD BERGER, LL. M., Rechtsanwalt, Bern

1. Materieller Ordre public; Difference-of-Sex-Development-(DSD-)Reglement der IAAF

BGE 147 III 49 (Urteil 4A_248/2019 / 4A_398/2019 vom 25. August 2020)

Verfahrensbeteiligte im Schiedsbeschwerdeverfahren vor Bundesgericht waren die südafrikanische Mittelstreckenläuferin Mokgadi Caster Semenya und die Athletics South Africa (ASA) (Beschwerdeführerinnen) sowie die International Association of Athletics Federation (IAAF) (Beschwerdegegnerin).

Die Anwaltskanzlei des Schreibenden hat im Beschwerdeverfahren (unter seiner persönlichen Mitwirkung) die Beschwerdegegnerin vertreten. Mit Rücksicht auf diesen Umstand fällt die vorliegende Kommentierung kurz aus. Kommt hinzu, dass die Streitsache an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) weitergezogen wurde, wo sie im Zeitpunkt der Manuskriptabgabe weiterhin hängig war (ECHR 148 [2021], Semenya v. Switzerland; vgl. u. a. die auf dem Internet abrufbare Pressemitteilung vom 17. 5. 2021).

Gegenstand des Rechtsstreits bildete das im April 2018 vom IAAF erlassene Reglement mit dem Titel «Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development)» (DSD-Reglement). DSD wird als eine angeborene Anomalie verstanden, die eine atypische Entwicklung des Geschlechts verursacht. Mit dem DSD-Reglement werden die Bedingungen festgelegt, die eine von DSD betroffene Athletin erfüllen muss, um an einem internationalen Wettkampf in der femininen Kategorie teilnehmen zu können. Nach dem DSD-Reglement war Frau Semenya gehalten, durch Hormonbehandlung ihren natürlichen Testosteronspiegel zu senken, wenn sie auf den relevanten Strecken weiterhin in der weiblichen Kategorie starten wollte.

Frau Semenya focht das DSD-Reglement vor dem Tribunal Arbitral du Sport (TAS) an. Das Schiedsgericht des TAS wies ihre Be-

rufung mit Urteil vom 30. April 2019 ab. Dagegen erhob sie Beschwerde in Zivilsachen am Bundesgericht. Sie machte u. a. eine Verletzung des materiellen *Ordre public* (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG) geltend, wobei sie sich insbesondere auf Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (und von Geschlechtsmerkmalen) sowie die Verletzung ihrer Menschenwürde und ihrer Persönlichkeitsrechte berief. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

Das Bundesgericht wiederholte zunächst die allgemeinen Grundsätze, die nach seiner ständigen Rechtsprechung im Rahmen einer auf Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG gestützten Beschwerde zu beachten sind (E. 9.1), namentlich, dass die Verletzung der EMRK nicht direkt gerügt, sondern die darin erwähnten Garantien nur berücksichtigt werden können, um den Gehalt des *Ordre public* gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG zu konkretisieren (E. 9.2). Hinsichtlich der geltend gemachten Diskriminierung erwog das Bundesgericht nach eingehender Prüfung, dass die Lösung, welche das Schiedsgericht nach sorgfältiger Abwägung der verschiedenen Interessen gewählt habe, weder unhaltbar (willkürlich) sei noch gegen den *Ordre public* verstosse (E. 9.3–9.8). Auch unter dem Aspekt der behaupteten Verletzung der Persönlichkeitsrechte von Frau Semenya aufgrund ungerechtfertigter Eingriffe in ihre körperliche Integrität, ihre Identität, ihre Intimsphäre und ihre wirtschaftliche Freiheit sowie unter dem Aspekt der Menschenwürde lehnte das Bundesgericht eine Unvereinbarkeit des angefochtenen Schiedsspruchs mit dem *Ordre public* ab (E. 10).

2. Unparteilichkeit des Schiedsrichters; Nachforschungspflicht der Parteien

BGE 147 III 65 (Urteil 4A_318/2020 vom 22. Dezember 2020)

Verfahrensbeteiligte im Berufungsverfahren vor dem Tribunal Arbitral du Sport (TAS) waren der professionelle chinesische Schwimmer Sun Yang (Berufungskläger) und die Agence Mondiale Antidopage (AMA) sowie die Fédération Internationale de Natation (FINA) (Berufungsbeklagte). Das Schiedsgericht des TAS verfügte in seinem Schiedsspruch eine achtjährige Sperre wegen Dopings. Dagegen erhob der Sportler Beschwerde am Bundesgericht. Wenige Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist reichte er am Bundesgericht zusätzlich

ein Revisionsgesuch ein, mit welchem er die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen Befangenheit des Vorsitzenden des Schiedsgerichts beantragte.

Zur Begründung des Revisionsgesuchs machte der Sportler geltend, er habe durch einen Artikel, der nach Ablauf der Beschwerdefrist auf einer Internetseite (x.com) veröffentlicht worden war, erfahren, dass der Vorsitzende vor und während der Dauer des Schiedsverfahrens wiederholt inakzeptable Kommentare über chinesische Staatsangehörige auf seinem Twitter-Account veröffentlicht habe, was seiner Ansicht nach geeignet sei, berechnete Zweifel an der Unparteilichkeit des Schiedsrichters im Rahmen des Schiedsverfahrens, an welchem er als chinesischer Athlet beteiligt war, zu erwecken.

Das Bundesgericht hiess das Revisionsbegehren gut, hob den Schiedsspruch auf und gab dem Antrag auf Ablehnung des Vorsitzenden statt.

Seit dem 1. Januar 2021 kann gemäss Art. 190a Abs. 1 lit. c IPRG die Revision eines Schiedsspruchs beantragt werden, wenn ein Ablehnungsgrund nach Art. 180 Abs. 1 lit. c IPRG (mangelnde Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit) trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt erst nach Abschluss des Schiedsverfahrens entdeckt wurde und kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht. Vor dem Inkrafttreten des revidierten 12. Kapitels IPRG war in der Lehre umstritten, ob eine nachträglich entdeckte Befangenheit zur Revision des Schiedsspruchs berechnete (*pro*: POUURET/BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., 2007, N 845; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, 2015, N 8.214; *contra*: BSK IPRG-PFISTERER, 3. Aufl., Art. 190 N 95; GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2014, N 2254). Das Bundesgericht liess die Frage mehrmals offen (z. B. in BGer 4A_528/2007 E. 2.4, 2.5; BGer 4A_234/2008 E.2.1). Im vorliegenden Entscheid, der am 22. Dezember 2020 und damit nur wenige Tage vor Inkrafttreten von Art. 190a Abs. 1 lit. c IPRG erging, bejahte es die Zulässigkeitsfrage unter dem alten Recht (BGer 4A_318/2020 E. 4.2).

Nach ständiger Rechtsprechung, die seit dem 1. Januar 2021 in Art. 180a Abs. 1 IPRG (und Art. 369 Abs. 2 ZPO) ausdrücklich kodifiziert ist, gilt die 30-tägige Frist für die Ablehnung eines Schiedsrichters nicht nur für Ablehnungsgründe, von denen eine Partei tatsächlich Kenntnis erlangt hat, sondern auch für solche, von denen sie bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte

Kenntnis erlangen müssen. Auf dieser Grundlage hat das Bundesgericht bereits wiederholt festgehalten, dass die betroffene Partei bei einem Verdacht, auch wenn dieser nur auf subjektiven Eindrücken oder Empfindungen beruht, unverzüglich die zumutbaren und erforderlichen Nachforschungen über das betroffene Mitglied des Schiedsgerichts anstellen muss. Den Parteien obliegt insoweit eine Nachforschungspflicht (*devoir de curiosité*): «La jurisprudence impose aux parties un devoir de curiosité quant à l'existence d'éventuels motifs de récusation susceptibles d'affecter la composition du tribunal arbitral (...). Une partie ne peut dès lors se contenter de la déclaration générale d'indépendance faite par chaque arbitre mais doit au contraire procéder à certaines investigations pour s'assurer que l'arbitre offre des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité» (BGE 147 III 65 E. 6.5).

Der vorliegende Streit gab dem Bundesgericht in erster Linie Gelegenheit, den *Umfang* dieser Nachforschungspflicht zu verfeinern, insbesondere in Bezug auf Informationen, die im Internet und in sozialen Medien grundsätzlich für jedermann (d. h. öffentlich) zugänglich sind. Das Bundesgericht räumte zwar ein, dass es schwierig sei, die Konturen dieser Pflicht zu ziehen, da sie von den Gegebenheiten des Einzelfalls abhängen. Zugleich stellte es aber fest, dass die Nachforschungspflicht nicht unbegrenzt sei, insbesondere im Zusammenhang mit Nachforschungen im Internet und in den sozialen Medien. Es könne von den Parteien zwar erwartet werden, dass sie die einschlägigen Suchmaschinen nutzten und Quellen wie die Homepage der Anwaltskanzlei, in der das betroffene Mitglied des Schiedsgerichts tätig ist, der Anwaltskanzlei der Parteienvertreter oder der Schiedsgerichtsinstitutionen konsultierten. Andererseits könne von den Parteien aber nicht erwartet werden, dass sie eine systematische und vertiefte Überprüfung aller Quellen in Bezug auf das fragliche Mitglied des Schiedsgerichts vornähmen (BGE 147 III 65 E. 6.5).

Weiter stellte das Bundesgericht fest, dass Daten auf öffentlichen Websites zwar grundsätzlich leicht zugänglich, die relevanten Informationen aber «d'un point de vue intellectuel» nicht unbedingt immer leicht zu erkennen seien, und räumte ein, dass eine Partei möglicherweise konkrete Anhaltspunkte benötigt, die sie auf einen möglichen Interessenkonflikt aufmerksam machen und sie alsdann dazu veranlassen, weitere Nachforschungen anzustellen, insbesondere wenn der Grund für die Gefahr der Voreingenommenheit von vornherein nicht vermutet wird. Zusammenfassend kam das Bundesgericht (nach der

hier vertretenen Ansicht zu Recht) zu folgendem Schluss: «[...] le seul fait qu'une information soit accessible librement sur internet ne signifie-t-il pas *ipso facto* que la partie, qui n'en aurait pas eu connaissance nonobstant ses recherches, aurait nécessairement failli à son devoir de curiosité. A cet égard, les circonstances du cas concret demeureront toujours décisives» (BGE 147 III 65 E. 6.5).

Im vorliegenden Fall ging es um abschätzige Kommentare über chinesische Staatsangehörige, welche der Vorsitzende des Schiedsgerichts im Zusammenhang mit dem Yulin Dog Meat Festival vor und während des Schiedsverfahrens auf seinem Twitter-Account veröffentlicht hatte. Das Bundesgericht erwog, dass der Revisionsgesuchsteller zwar zumindest kurz den Twitter-Account des Vorsitzenden hätte einsehen müssen, dass man ihm aber ohne weitere alarmierende Umstände, die auf eine mögliche Befangenheit hinwiesen, keine Verletzung der Nachforschungsobliegenheit vorwerfen könne, wenn er die relevanten Tweets, die im Zeitpunkt der Ernennung des Vorsitzenden fast zehn Monate alt waren, nicht entdeckt hätte, zumal diese in der Masse der Nachrichten eines Twitter-Kontos, das offenbar sehr aktiv bearbeitet wurde, untergegangen wären. Überdies könne von einer Partei nicht verlangt werden, dass sie während des gesamten Schiedsverfahrens im Internet recherchiert, geschweige denn, dass sie die von den Mitgliedern des Schiedsgerichts während des Schiedsverfahrens in sozialen Medien geposteten Nachrichten durchforstet. Eine Verletzung der Nachforschungsobliegenheit war somit nicht auszumachen (BGer 4A_318/2020 E. 6.5).

In der Sache waren die geposteten Äusserungen über chinesische Staatsangehörige ihrem Inhalt nach ausreichend, um aus Sicht des Bundesgerichts den Anschein der fehlenden Unparteilichkeit zu begründen (BGer 4A_318/2020 E. 7).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Parteien (wie bis anhin) gehalten sind, zu den Mitgliedern des Schiedsgerichts ihre eigenen Nachforschungen anzustellen, insbesondere im Internet, um Elemente zu ermitteln, die eine mögliche Befangenheit aufdecken könnten. Die Nachforschungsobliegenheit ist indes nicht unbegrenzt. Wer im Internet oder in sozialen Medien frei zugängliche Informationen nicht zur Kenntnis nimmt, vernachlässigt nicht notwendigerweise die Nachforschungsobliegenheit. Bei der Prüfung, ob dies der Fall war oder nicht, bleiben die Umstände des konkreten Einzelfalls massgebend.

3. Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf eine Drittperson; Fall einer Subunternehmerin

BGE 147 III 107 (Urteil 4A_124/2020 vom 13. November 2020)

Die Streitigkeit entstand aus bzw. im Zusammenhang mit einem Vertrag über die Planung, Beschaffung, Herstellung und Lieferung eines Dieselkraftwerks in Bangladesch zwischen A. B. (Unternehmerin), C. (Bestellerin) und E. E. (Garantin). Später schloss A. B. (als Lieferantin) mit D., E. F., E. G. und H. (Bestellerinnen) drei weitere Lieferverträge ab. Alle vier Verträge enthielten die gleiche Schiedsklausel und eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts. Für die Lieferung der Dieselmotoren schloss A. B. (als Hauptunternehmerin) mit A. A. (als Subunternehmerin) einen Liefervertrag ab.

Nach dem Einbau der Dieselmotoren gab es seitens der Betreiberin (E. E.) Beanstandungen und Meinungsverschiedenheiten über angebliche Mängel und Schäden an den Motoren, die nicht beigelegt werden konnten. Nachdem die Bestellerinnen sich weigerten, ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, leitete A. B. (Klägerin) gegen diese (Beklagte) ein Schiedsverfahren ein. Hierauf verlangten die Beklagten, dass die Subunternehmerin A. A. als Partei in das Schiedsverfahren einzubeziehen sei, da sie gegen A. A. im Rahmen des Schiedsverfahrens nebst der Klägerin widerklageweise wegen angeblich erlittener Schäden vorgehen wollten. A. A. bestritt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Nachdem das Verfahren zunächst auf die Frage der Zuständigkeit gegenüber A. A. beschränkt worden war, erklärte sich das Schiedsgericht mit Sitz in Genf in einem Partial Final Award on Jurisdiction für zuständig zur Beurteilung der von den Beklagten aus einem der Lieferverträge gegen A. A. erhobenen Ansprüche. Hinsichtlich der aus den anderen Lieferverträgen erhobenen Ansprüche lehnte es seine Zuständigkeit ab.

Das Bundesgericht hiess die von A. A. (Beschwerdeführerin) gegen den Schiedsspruch erhobene Zuständigkeitsbeschwerde (Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG) teilweise gut und wies die Sache zur Klärung weiterer Fragen an das Schiedsgericht zurück.

Im Zentrum der Auseinandersetzung über die Zuständigkeit stand die Frage, ob A. A. an die Schiedsklausel gebunden war, die sich im Hauptliefervertrag zwischen A. B. und den Beklagten (Beschwerdegegnerinnen) befand, welchen A. A. (als blosser Sublieferantin von

A. B.) nicht unterzeichnet hatte. Das Schiedsgericht kam zum Schluss, dass im vorliegenden Fall eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung gerechtfertigt sei, weil sich die Beschwerdeführerin angeblich derart in den Abschluss und den Vollzug des umstrittenen Hauptliefervertrags eingemischt habe, dass darin nach Treu und Glauben eine Zustimmungserklärung zur Schiedsklausel zu erblicken sei (Einzelheiten dazu in E. 3.2).

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die vom Schiedsgericht vorgenommene normative Auslegung der Frage, ob A. A. den Willen hatte, an die zwischen A. B. und den Beklagten abgeschlossene Schiedsklausel gebunden zu sein, als Rechtsfrage frei zu überprüfen sei (E. 3.3).

Es sei anerkannt, dass eine Schiedsklausel unter gewissen Voraussetzungen auch Personen binden könne, die den Vertrag nicht unterzeichnet hätten und darin auch nicht erwähnt würden, so auch bei einem Dritten, der sich in den Vollzug eines Vertrags mit einer Schiedsklausel in der Weise einmischt, dass anzunehmen sei, er habe der Schiedsklausel durch konkludentes Handeln zugestimmt (E. 3.3.1).

Im vorliegenden Fall sei indes zu beachten, dass es sich bei A. A. um eine Unter- bzw. Zulieferantin von A. B. für bestimmte Bestandteile des bestellten Kraftwerks, nämlich die Dieselmotoren, handelte, was den Beschwerdegegnerinnen bekannt war, weshalb ihnen auch bewusst sein musste, dass A. A. (als blosser Subunternehmerin von A. B.) nicht Partei des Hauptliefervertrages war (E. 3.3.2).

Auch aus dem Umstand, dass A. A. in der Folge in ihrer Funktion als Subunternehmerin (erwartungsgemäss) auch in den Vollzug des Hauptvertrags eingebunden war, könne keine Einmischung im Sinne einer konkludenten Zustimmung zu der im Hauptvertrag enthaltenen Schiedsklausel erblickt werden. Die von A. A. nach den an den gelieferten Dieselmotoren aufgetretenen Problemen getroffenen Massnahmen zur Nachbesserung seien in ihrer Rolle als für die Motoren verantwortliche Unterlieferantin erfolgt, zumal es zu ihrer Aufgabe als Subunternehmerin gehört habe, solche Garantiarbeiten direkt beim Endkunden durchzuführen (E. 3.3.2).

Auch gewisse von den Verantwortlichen von A. B. im Verlauf der Vertragsabwicklung und im Zuge der Nachbesserungen gegenüber den Beschwerdegegnerinnen abgegebene Erklärungen könnten nicht als klare Willensäusserung der Beschwerdeführerin verstanden werden, der Schiedsklausel im Hauptvertrag zuzustimmen und damit

gegenüber den Beschwerdegegnerinnen auf die staatliche Gerichtsbarkeit zu verzichten (E. 3.3.2).

Der Schiedsspruch war somit in diesem Punkt aufzuheben und an das Schiedsgericht zurückzuweisen, zumal dieses die Frage, ob sich seine Zuständigkeit ggf. aus einer Übertragung der fraglichen Verpflichtungen von A. B. an A. A. (Assignment) ergibt, offengelassen hatte.

Dem Urteil des Bundesgerichts ist beizupflichten. Die Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen auf Drittpersonen ist ein wiederkehrendes und vielschichtiges Thema. Vorliegend ging es um den Aspekt der Ausdehnung aufgrund von Einmischung in die Vertragsabwicklung im Verhältnis Besteller-Unternehmer-Subunternehmer. Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Bundesgericht umsichtig (und richtig) entschieden, dass allein die Tatsache, dass der Subunternehmer im Rahmen eines grossen Infrastrukturprojekts in den Vollzug des Hauptvertrages (notwendigerweise und erwartungsgemäss) eingebunden ist, vernünftigerweise nicht dazu führen kann, dass der Subunternehmer sich unverhofft gegen Ansprüche des Endkunden verteidigen muss, welche dieser aus dem Hauptvertrag, den der Subunternehmer nicht abgeschlossen hat, ableitet, noch dazu vor einem Schiedsgericht, dem der Subunternehmer nie zugestimmt hat. Wäre das Gegenteil zutreffend, würde dies die bei solchen Infrastrukturprojekten oft zahlreichen Subunternehmer kaum absehbaren, unkontrollierbaren Haftungsrisiken aussetzen. Insofern bringt der Entscheid wohlthuende Klärung und sorgt für gewisse Entspannung an der Front der Ausdehnung von Schiedsklauseln aufgrund von «Einmischung in die Vertragsabwicklung».

4. Ausscheiden eines Schiedsrichters, Wiederholung von Prozesshandlungen

BGE 147 III 379 (Urteil 4A_332/2020 vom 1. April 2021)

Hintergrund der Auseinandersetzung bildete ein von den Beklagten während des laufenden Schiedsverfahrens gegen den von den Klägern bezeichneten Schiedsrichter erhobenes Ablehnungsbegehren, welches diesen unter Zurückweisung sämtlicher gegen ihn erhobener Vorwürfe zum sofortigen Rücktritt bewogen hatte. Der Rücktritt erfolgte nach durchgeführter Hauptverhandlung, Erstattung der schriftlichen Schlussvorträge und nach Vorliegen eines (überarbeiteten) Ent-

wurfs des Schiedsspruchs. Die zuständige Schiedsinstitution (Swiss Chambers' Arbitration Institution, heute: Swiss Arbitration Centre) ernannte für den zurückgetretenen Schiedsrichter einen Ersatzschiedsrichter. Die Beklagten beantragten hierauf dem Schiedsgericht, das gesamte Verfahren zu wiederholen. Diesem Antrag widersetzten sich die Kläger. Schliesslich teilte das Schiedsgericht (in neuer Besetzung) den Parteien nach einer weiteren Anhörung mit, dass es in Anwendung von Art. 14 Swiss Rules entschieden habe, das Verfahren ohne Wiederholung von Verfahrensschritten fortzusetzen. Rund zwei Monate später erliess es den Schiedsspruch, in welchem es die Klage guthiess.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragten die Beklagten (Beschwerdeführerinnen), den Schiedsspruch aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Schiedsgericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Die Beschwerdeführerinnen rügten vorab eine vorschriftswidrige Zusammensetzung des Schiedsgerichts (Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG). Im Wesentlichen richtete sich ihre Beschwerde gegen den Entscheid des Schiedsgerichts (in neuer Besetzung), in Anwendung von Art. 14 Swiss Rules nach seinem Ermessen von der Wiederholung von Verfahrensschritten abzusehen. Die Beschwerdeführerinnen argumentierten, der abgelehnte Schiedsrichter sei bereits ab einem frühen Stadium des Verfahrens befangen gewesen, sei aber nicht von sich aus zurückgetreten, sondern sei am Verfahren beteiligt geblieben und habe wesentlichen Einfluss ausgeübt, namentlich auch während der mehrtägigen Beweisverhandlung. Trotzdem habe sich das Schiedsgericht geweigert, auch nur Teile des Verfahrens zu wiederholen. Dadurch sei ein Grossteil des angefochtenen Schiedsverfahrens mit einem befangenen Schiedsrichter und damit von einem vorschriftswidrig zusammengesetzten Schiedsgericht geführt worden. Deshalb sei der angefochtene Entscheid gestützt auf Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG aufzuheben.

Das Bundesgericht erwog, dass die Rüge, wonach das neu besetzte Schiedsgericht aufgrund der Befangenheit des zurückgetretenen Schiedsrichters bestimmte Prozesshandlungen hätte wiederholen müssen, nicht von Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG erfasst wird (E. 2). Die Frage, ob Verfahrensschritte hätten wiederholt werden müssen, sei vielmehr (nur) unter dem Blickwinkel des Gehörsanspruchs (E. 3) und des verfahrensrechtlichen *Ordre public* (E. 4) zu prüfen.

Als «Schiedsgericht» gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG kommt nur jenes Schiedsgericht infrage, das den angefochtenen Schiedsspruch tatsächlich gefällt hat. Deshalb verkannten die Beschwerdeführerinnen den Anwendungsbereich von Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG, indem sie vor Bundesgericht geltend machten, der zurückgetretene Schiedsrichter sei befangen gewesen (E. 2.3.2). Gegen den vom Schiedsgericht in neuer Besetzung erlassenen Schiedsspruch kann somit nicht vorgebracht werden, der ersetzte Schiedsrichter sei befangen gewesen und das neu besetzte Schiedsgericht habe durch die Weigerung, bestimmte Verfahrensabschnitte zu wiederholen, den Anspruch auf ein vorschriftsgemäss zusammengesetztes Schiedsgericht gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG verletzt (E. 2.3.4).

Die prozessrechtliche Frage der Wiederholung von Verfahrensschritten wird daher vom Bundesgericht im Rahmen der Schiedsbeschwerde nicht frei geprüft (wie dies unter Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG der Fall wäre), sondern lediglich unter dem (eingeschränkten) Blickwinkel des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG) und des verfahrensrechtlichen *Ordre public* (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG). Dies ist u. a. deshalb sachgerecht, weil der Entscheid über die Frage, ob bei Ersetzung eines Schiedsrichters Verfahrenshandlungen zu wiederholen sind, in der Regel dem neu konstituierten Schiedsgericht obliegt (so z. B. gemäss Art. 371 Abs. 3 ZPO für die interne Schiedsgerichtsbarkeit oder – im vorliegenden Fall – gemäss Art. 182 Abs. 1 IPRG in Verbindung mit Art. 14 Swiss Rules).

Die Beschwerdeführerinnen vermochten mit ihren Ausführungen auch keine Gehörsverletzung (Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG) aufzuzeigen. Das Bundesgericht erwog u. a., der Umstand allein, dass der Ersatzschiedsrichter an der mündlichen Beweisverhandlung nicht anwesend war, stelle keine Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerinnen dar. Auch die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, dass die im Wortprotokoll dokumentierte Befragung sämtlicher Zeugen in erheblicher Weise vom ausgeschiedenen Schiedsrichter beeinflusst worden sei, vermochte keine Gehörsverletzung zu begründen, die eine Wiederholung der mündlichen Verhandlung gebieten würde. Zumal der Ersatzschiedsrichter gemäss den Feststellungen im angefochtenen Entscheid über den Prozesssachverhalt sämtliche Prozessakten überprüfte und in Kenntnis der gegen den zurückgetretenen Schiedsrichter erhobenen Vorwürfe – in Übereinstimmung mit den übrigen Schiedsrichtern – zum Schluss gekommen war, dass kein

Anlass bestand, auf die entsprechenden Verfahrensschritte zurückzukommen (E. 3.2).

Auch die Rüge der Verletzung des *Ordre public* erwies sich als unbegründet. Die Beschwerdeführerinnen beriefen sich auf Art. 38 BGG und Art. 51 ZPO und machten geltend, es sei ein wesentlicher Grundsatz des schweizerischen Rechts, dass Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, aufzuheben und zu wiederholen seien. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass damit kein dem *Ordre public* zuzurechnender Verfahrensgrundsatz aufgezeigt werde, abgesehen davon, dass die erwähnte Regel, die für das Verfahren vor staatlichen Gerichten gilt, nicht ohne Weiteres auf Schiedsverfahren übertragen werden könne, zumal der Gesetzgeber es in Art. 371 Abs. 3 ZPO ausdrücklich dem Schiedsgericht überlassen habe, über eine allfällige Wiederholung von Prozesshandlungen nach Ermessen zu entscheiden. Auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sei keine allgemein anerkannte Regel auszumachen, nach der im Falle des Ausstands eines Schiedsrichters sämtliche Prozesshandlungen zu wiederholen wären, an denen der abgelehnte Schiedsrichter mitgewirkt hatte (E. 4.2).

Das Urteil des Bundesgerichts ist nicht zu beanstanden. Die Rüge, wonach das Schiedsgericht nach der Ersetzung eines Mitglieds in neuer Besetzung zu Unrecht entschieden habe, keine Verfahrenshandlungen zu wiederholen, wird vom Anwendungsbereich von Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG nicht erfasst. Eine solche Rüge kann nur unter dem Aspekt der Gleichbehandlung der Parteien bzw. der Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG) oder ggf. des *Ordre public* (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG) geprüft werden. Dies hat, angesichts des eng begrenzten Anwendungsbereichs dieser beiden Beschwerdegründe, zur Folge, dass eine solche Rüge nur in ganz seltenen Ausnahmefällen Erfolg haben kann. Dies wiederum ist sachgerecht, weil der Entscheid über die Frage, ob Verfahrenshandlungen zu wiederholen sind, nach dem Willen des Gesetzgebers dem neu konstituierten Schiedsgericht obliegt und nach Ermessen zu fällen ist. Zu beachten ist, dass auch der Entscheid über die (prozessrechtliche) Frage der Wiederholung von Verfahrensschritten nach den anwendbaren Regeln getroffen werden muss, d. h. bei einem Dreierschiedsgericht bei Bedarf durch Mehrheitsentscheid. Im vorliegenden Fall beschloss das neu besetzte Schiedsgericht jedoch einstimmig, auf die Wiederholung von Verfahrensschritten zu verzichten, d. h., selbst

der erst kurz vor Schluss ernannte Ersatzschiedsrichter war überzeugt, den Erlass des Schiedsspruchs ohne Wiederholung von Verfahrensschritten mitverantworten zu können. Dieser Umstand mag den Standpunkt der Beschwerdeführerinnen zusätzlich erschwert haben. Dies zeigt mitunter einmal mehr, dass es sich lohnt, den wesentlichen Prozesssachverhalt im Schiedsspruch sorgfältig zu redigieren.

5. Ausschöpfung des schiedsgerichtlichen Instanzenzugs; Eintretensvoraussetzung

BGE 147 III 500 (4A_612/2020 vom 18. Juni 2021)

Der Rechtsstreit drehte sich um behauptete Dopingvergehen des Biathleten A. in den Jahren 2010 bis 2014. Im Februar 2020 zog die International Biathlon Union (IBU) mit Sitz in Salzburg, Österreich, gegen den Athleten vor die Chambre Anti-dopage du Tribunal Arbitral du Sport (CAD TAS). Der Athlet lehnte die Zuständigkeit der CAD TAS ab. Mit als «Arbitral Award» bezeichnetem Entscheid vom 27. Oktober 2020 erklärte sich die Einzelschiedsrichterin der CAD TAS für zuständig, stellte fest, dass der Athlet gegen die Anti-Doping-Bestimmungen der IBU verstossen hatte, sperrte ihn für vier Jahre und ordnete die Disqualifikation von Ergebnissen an. Dagegen erhob der Athlet (Beschwerdeführer) Beschwerde in Zivilsachen am Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des Entscheids vom 27. Oktober 2020. Parallel dazu focht der Athlet den Entscheid vom 27. Oktober 2020 vor der Berufungsschiedskammer des TAS (Chambre arbitrale d'appel du TAS) an. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde nicht ein.

Der Beschwerdeführer argumentierte, dass in Art. 77 BGG nicht vorgesehen sei, dass im Rahmen der Beschwerde gegen einen internationalen Schiedsspruch die Regel der Subsidiarität gelte, d. h., der schiedsgerichtliche Instanzenzug ausgeschöpft werden müsse, bevor der Beschwerdeweg ans Bundesgericht eröffnet ist (E. 5.2).

Das Bundesgericht erwog hingegen, dass auf die Beschwerde in Zivilsachen (auch) gegen einen internationalen Schiedsentscheid grundsätzlich erst eingetreten werden kann, nachdem die zur Verfügung stehenden schiedsgerichtlichen Rechtsmittel ausgeschöpft worden sind (E. 5.2.1–5.2.3).

Es sei zwar richtig, dass Art. 77 BGG (und auch Art. 190 IPRG) dies nicht explizit erwähnt. Das Bundesgericht habe indes (und bereits unter dem alten OG) schon in der Vergangenheit verschiedentlich darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der Letztinstanzlichkeit auch im Schiedsrecht zu berücksichtigen sei (E. 5.2.1).

Es komme hinzu, dass die Regel der Ausschöpfung des Instanzenzuges, welche für die interne Schiedsgerichtsbarkeit in Art. 391 ZPO explizit festgehalten werde, auf dem Gedanken beruhe, dass sich das Bundesgericht (Ausnahmen vorbehalten) nur einmal mit einem Fall befassen muss. Es sei nicht einzusehen, weshalb es gerechtfertigt wäre, bei internationalen Schiedsverfahren auf diese Anforderung zu verzichten (E. 5.2.2).

Dass die Notwendigkeit, den schiedsgerichtlichen Instanzenzug auszuschöpfen, weder in Art. 77 BGG noch in Art. 190 IPRG ausdrücklich erwähnt wird, sei deshalb kein genügender Grund, um das Prinzip der Ausschöpfung des Instanzenzuges bei Beschwerden gegen internationale Schiedssprüche unbeachtet zu lassen. Es könne analog auf Art. 75 Abs. 1 BGG zurückgegriffen werden, dessen Anwendung durch Art. 77 Abs. 2 BGG nicht ausgeschlossen werde.

Dem Ergebnis des Entscheids ist zuzustimmen. Nicht restlos überzeugend ist die Begründung. Der Hinweis auf eine mögliche analoge Anwendung von Art. 75 Abs. 1 BGG erscheint gekünstelt. Ausgangspunkt bildet die Schiedsvereinbarung. Es steht den Parteien frei, zu vereinbaren, dass der Schiedsspruch einem schiedsgerichtlichen Rechtsmittel unterliegt (vgl. dazu u. a. Art. 391 ZPO). Eine solche Vereinbarung kann sich (wie im vorliegenden Fall) auch aus dem Verweis auf eine einschlägige Schiedsordnung ergeben. Eine solche Vereinbarung ist (mangels eines gegenteiligen Hinweises) dahingehend auszulegen, dass der Entscheid des erstinstanzlichen Schiedsgerichts ab seiner Zustellung (noch) nicht rechtskräftig und vollstreckbar ist, d. h., die vereinbarten schiedsrichterlichen Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung haben und die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs aufgeschoben wird, bis die Frist für die Erschöpfung des vereinbarten schiedsgerichtlichen Rechtsmittels abgelaufen ist oder die zuständige obere Instanz («Oberschiedsgericht») das schiedsgerichtliche Rechtsmittel beurteilt hat. Bei dieser Ausgangslage stellt der Entscheid des erstinstanzlichen Schiedsgerichts deshalb keinen mit Beschwerde in Zivilsachen anfechtbaren Schiedsspruch dar, weil die Beschwerde in Zivilsachen gegen Schiedssprüche (Art. 77 BGG)

ein ausserordentliches Rechtsmittel ist, d. h. voraussetzt, dass der angefochtene Schiedsentscheid mit seiner Eröffnung die Wirkung eines rechtskräftigen und vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids erlangt hat, wie dies in Art. 387 ZPO für die interne Schiedsgerichtsbarkeit ausdrücklich festgehalten wird. Haben die Parteien hingegen vereinbart, dass bereits der Entscheid des erstinstanzlichen Schiedsgerichts mit seiner Eröffnung rechtskräftig und vollstreckbar sein soll, d. h., das schiedsgerichtliche Rechtsmittel keine automatische aufschiebende Wirkung haben soll, müsste danach gefragt werden, ob die beschwerte Partei nach dem Parteiwillen die Wahl haben sollte, entweder das (ausserordentliche) schiedsgerichtliche Rechtsmittel zu ergreifen oder das (ausserordentliche) Rechtsmittel der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht zu erheben. Kommt man zum Schluss, dass nach dem Parteiwillen keine Pflicht zum Weiterzug an das obere Schiedsgericht bestand, d. h., der schiedsgerichtliche Instanzenzug vielmehr fakultativ bzw. freiwillig ist, wäre das Bundesgericht nach der hier vertretenen Ansicht an diese Parteiabrede gebunden und müsste auf die Beschwerde eintreten, sofern die übrigen Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

6. Schiedsverfahren und unentgeltliche Rechtspflege, Rechtsweggarantie

BGE 147 III 586 (Urteil 4A_166/2021 vom 22. September 2021)

Verfahrensbeteiligte im Berufungsverfahren vor dem Tribunal Arbitral du Sport (TAS) waren der professionelle Radrennfahrer A. (Berufungskläger) und die Union Cycliste Internationale (UCI, Berufungsbeklagte). Gegenstand des Berufungsverfahrens war ein Entscheid des Einzelrichters des UCI Anti-Doping Tribunal, das den Berufungskläger wegen eines Dopingverstosses zu einer vierjährigen Dopingsperre verurteilte und zu einer Geldbusse verpflichtete. Der Berufungskläger ersuchte im Berufungsverfahren vor dem TAS um Prozesskostenhilfe, die ihm auf Wiedererwägung hin (teilweise) gewährt wurde. Zwischenzeitlich hatte er die Auflösung der Schiedsvereinbarung wegen Irrtums bzw. infolge Täuschung erklärt. Nach der (teilweisen) Gewährung der Prozesskostenhilfe ernannte er indes einen auf der Liste des TAS aufgeführten Pro-bono-Rechtsvertreter als sei-

nen Rechtsbeistand und nahm am Schiedsverfahren teil. Das Schiedsgericht des TAS erklärte sich nach abgeschlossenem Schriftenwechsel und durchgeführter Hauptverhandlung in seinem Schiedsspruch für zuständig und hiess die Berufung teilweise gut, indem es die Busse reduzierte. Die vierjährige Sperre wurde bestätigt.

In seiner Schiedsbeschwerde erhob der Berufungskläger (Beschwerdeführer) u. a. verschiedene Rügen im Zusammenhang mit der vor dem TAS gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (Legal Aid).

Er berief sich nicht darauf, dass ihm mit Blick auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) die Kündigung der Schiedsvereinbarung wegen fehlender finanzieller Mittel offengestanden hätte. Daher brauchte nicht geprüft zu werden, ob die Schiedsvereinbarung ggf. wegen Mittellosigkeit hätte gekündigt werden können (E. 4.4). Trotzdem hielt das Bundesgericht zur unentgeltlichen Rechtspflege im Schiedsverfahren einige Grundsätze fest.

Die unentgeltliche Rechtspflege sei in der Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich ausgeschlossen. In der internen Schiedsgerichtsbarkeit ergebe sich dies unmittelbar aus der zwingenden Regelung von Art. 380 ZPO. Auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sei es ausgeschlossen, dass die Parteien und das Schiedsgericht zulasten des Staates die staatlich finanzierte unentgeltliche Rechtspflege vorsehen könnten (E. 4.4.1).

Umgekehrt hindere dies die Parteien bzw. die Schiedsinstitutionen nicht daran, andere Lösungen vorzusehen, um ein Schiedsverfahren trotz Mittellosigkeit einer Partei zu ermöglichen (E. 4.4.1). Falls eine Schiedsinstitution für bedürftige Schiedsparteien Prozesskostenhilfe gewähre, stehe dies einer Auflösung der Schiedsvereinbarung wegen fehlender finanzieller Mittel entgegen. Die mittellose Partei habe in einem solchen Fall die Prozesskostenhilfe in Anspruch zu nehmen und das Schiedsverfahren zu bestreiten (E. 4.4.1).

Im vorliegenden Fall der Sportschiedsgerichtsbarkeit vor dem TAS sei nach den vom ICAS erlassenen Guidelines on Legal Aid u. a. vorgesehen, dass zugunsten eines mittellosen Antragstellers auf einen Kostenvorschuss verzichtet und das Schiedsverfahren kostenlos geführt werden könne, dass ihm zudem die Auswahl eines auf der Liste des TAS aufgeführten freiwillig und kostenlos tätigen Rechtsanwalts (pro bono counsel) zustehe und dass ihm ein Geldbetrag zur Deckung seiner Reise- und Unterbringungskosten sowie derjenigen seiner Zeugen, Sachverständigen, Dolmetscher und des Pro-bono-Anwalts ge-

währt werde. Aufgrund dieser Regelung stehe somit grundsätzlich auch einer mittellosen Person der Weg an das TAS offen (E. 4.2.2).

Der Beschwerdeführer, dem im Verfahren vor dem TAS Prozesskostenhilfe gewährt wurde, habe mit dem von ihm ausgewählten Probono-Anwalt das Schiedsverfahren vor dem TAS durchlaufen, womit er Zugang zum vereinbarten Schiedsgericht gehabt habe. Es habe demnach kein Anlass bestanden, ihm trotz abgeschlossener Schiedsvereinbarung zur Wahrung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK den Weg an ein staatliches Gericht zu ermöglichen. Er habe mit seinen Vorbringen nicht aufzuzeigen vermocht, dass die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) eine freie Wahl des Rechtsvertreters bzw. dessen Entschädigung erfordern würde (E. 4.4.2).

In einem weiteren Schritt prüfte das Bundesgericht, ob unter Berücksichtigung der gewährten Prozesshilfe die Verfahrensrechte des Beschwerdeführers im Schiedsverfahren gewahrt wurden (Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG, E. 5).

Mit dem Vorbringen, dass die vom TAS gewährte Prozesskostenhilfe sich in verschiedenen Punkten vom System der unentgeltlichen Rechtspflege vor den staatlichen Gerichten unterscheide und gegenüber diesem Nachteile aufweise, vermochte der Beschwerdeführer keine Gehörsverletzung oder Missachtung des Gleichbehandlungsgebots aufzuzeigen. Ebenso wenig mit dem Hinweis auf das von ihm bei einem staatlichen Gericht in der Schweiz eingeleitete Klageverfahren, in welchem ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt worden sei (E. 5.2.2).

Gleiches galt für seine allgemeine Kritik an der Finanzierung von Sachverständigengutachten im Rahmen des Schiedsverfahrens vor dem TAS. Er habe vor dem TAS ein von vier Experten erstelltes Gutachten zu den Laboranalysen eingereicht. An der mündlichen Verhandlung seien zudem zwei von ihm bezeichnete Experten einvernommen worden. Damit habe er seinen Standpunkt zu den fraglichen Laborergebnissen in das Verfahren einbringen können. Die Wahrung der nach Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG geschützten Verfahrensgarantien setze nicht etwa voraus, dass die sich gegenüberstehenden Verfahrensparteien über gleich grosse Ressourcen für die Prozessführung verfügen (E. 5.2.2).

Dem Entscheid ist zuzustimmen. Er unterstreicht die grundsätzliche Verbindlichkeit von Schiedsvereinbarungen im Bereich des Sports – auch gegenüber Sportlern und Sportlerinnen, die nicht über

genügend eigene Mittel verfügen, um ein Schiedsverfahren zu finanzieren. Stellt die Schiedsinstitution (wie im Fall des TAS) *private* Prozesskostenhilfe zur Verfügung, erscheint es sachgerecht, davon auszugehen, dass es der mittellosen (oder nach Abschluss der Schiedsvereinbarung mittellos gewordenen) Partei verwehrt ist, die Schiedsvereinbarung einseitig aufzukündigen, um die Streitigkeit stattdessen und unter Inanspruchnahme von *staatlicher* Prozesskostenhilfe vor den staatlichen Gerichten auszutragen. Vielmehr ist in einem solchen Fall das Interesse der anderen Partei, an der Schiedsvereinbarung festzuhalten, höher zu gewichten – gerade (auch) im Bereich des Sports und insbesondere des Dopings, wo eine einheitliche und kohärente Rechtsprechung für die Glaubwürdigkeit und Akzeptanz der jeweiligen Verbandsregeln von grosser Bedeutung ist. Folgerichtig kann es diesfalls nur noch um die Frage gehen, ob die *private* Prozesskostenhilfe so ausreichend ausgestaltet ist, dass der prozessarmen Partei dadurch im Schiedsverfahren keine Gehörsverletzung oder Missachtung des Gleichbehandlungsgebots widerfährt. Dies war vorliegend nicht der Fall.

7. Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsurteils; Konkursöffnung über die Schiedsbeklagte; Schiedsfähigkeit

Urteil 4A_166/2021 vom 1. März 2021

B. Ltd klagte gegen C. AG vor einem LCIA-Schiedsgericht aus einem Prozessfinanzierungsvertrag. Während des LCIA-Schiedsverfahrens wurde über die C. AG in der Schweiz der Konkurs eröffnet. A., ehemaliger Direktor der C. AG, liess sich gemäss Art. 260 SchKG das Bestreitungs- bzw. Verteidigungsrecht abtreten. In seinem Schiedsspruch verurteilte das LCIA-Schiedsgericht den Beklagten A. (als Prozesstandschafter von C. AG in Liq.) zum Ersatz von Verfahrenskosten in Höhe von rund 75 000 GBP. Diesen Betrag setzte B. Ltd gegen A. im Kanton Zürich in Betreuung. Das Bezirksgericht Horgen und das Obergericht des Kantons Zürich erklärten den Kostentcheid des Schiedsspruchs vorfrageweise für anerkennungsfähig und vollstreckbar und erteilten definitive Rechtsöffnung. Auch die dagegen erhobene Beschwerde ans Bundesgericht hatte zu Recht keinen Erfolg.

Man hätte diesen Fall unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 2 ZGB auch abgekürzt erledigen können. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass A. aus freien Stücken als Abtretungsgläubiger (Art. 260 SchKG) in den laufenden Schiedsprozess eintrat, nachdem über die C. AG der Konkurs eröffnet worden war. Dass sich A. hinterher der ihm durch das Schiedsurteil auferlegten Kostenerstattungspflicht entzog, indem er sich auf den Standpunkt stellte, dass die Schiedsklage der B. Ltd durch die Insolvenz der C. AG nachträglich schiedsunfähig geworden sei, war unbilliges *venire contra factum proprium*. Umso mehr, als dem Sachverhalt nicht entnommen werden kann, dass A. dieses Argument bereits im Schiedsverfahren vorgebracht hätte.

Das Bundesgericht prüfte das Argument der Schiedsunfähigkeit unter Art. 194 IPRG i. V. mit Art. 5 Abs. 2 lit. a NYÜ und Art. 177 Abs. 1 IPRG. Es hielt fest, dass SchKG-Sachen grundsätzlich (im Sinne von Art. 177 Abs. 1 IPRG) vermögensrechtlicher Natur sind und nur dann nicht als schiedsfähig gelten, wenn sie so eng mit der eigentlichen Durchführung eines Insolvenzverfahrens verbunden sind, dass sie nicht der Schiedsgerichtsbarkeit überlassen werden können (E. 3.6).

Vorliegend ging es um die Konstellation, dass während des Schiedsverfahrens mit Schiedsort im Ausland über die Schiedsbeklagte (C. AG) in der Schweiz der Konkurs eröffnet wurde. Der Beschwerdeführer (A.) machte geltend, dass sich die rechtliche Natur der Schiedsklage, die ursprünglich keinen insolvenzrechtlichen Bezug hatte, durch die Konkursöffnung über die Schiedsbeklagte nachträglich verändert habe, und berief sich auf die *vis attractiva concursus*. Weil Verfahren über Insolvenzforderungen aus schweizerischer Sicht objektiv nicht schiedsfähig seien, müsse auch eine Veränderung der objektiven Schiedsfähigkeit nach Einreichung der Schiedsklage zur Versagung der Vollstreckung gemäss Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ führen.

Das Bundesgericht bestätigte vorab, dass Kollokationsklagen nach weit zurückreichender Rechtsprechung zwingend in die Zuständigkeit des Konkursgerichts (Art. 250 Abs. 1 SchKG) fallen, d. h., weder einer Gerichtsstandsvereinbarung noch einer Schiedsvereinbarung unterliegen können (E. 3.8). Damit sei aber noch nicht entschieden, was für Forderungen gelte, die bei Konkursöffnung bereits Gegenstand eines Schiedsverfahrens bildeten. Dass sich die rechtliche Natur der Streitsache aus vollstreckungsrechtlicher Sicht mit der Konkursöffnung verändere, sei zutreffend, zumal die streitgegenständliche Forderung durch die Insolvenz zur Insolvenzforderung werde (E. 3.9).

Wenn eine Forderung gegen den Gemeinschuldner den Gegenstand eines Verfahrens vor einem *inländischen Gericht* bilde, welches bereits vor der Konkurseröffnung eingeleitet wurde, so sei darüber kein Kollokationsverfahren einzuleiten. Vielmehr sei aus Gründen der Prozessökonomie auf den bereits anhängigen Prozess Rücksicht zu nehmen, wobei für die Koordination des Konkursverfahrens mit dem anhängigen Prozess die Bestimmungen von Art. 207 SchKG und von Art. 63 KOV einschlägig seien (E. 3.10).

Mit der Klärung der Tragweite des schweizerischen Konkursstatuts für *ausländische Verfahren*, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits rechtshängig sind, habe sich der Gesetzgeber jüngst bewusst zurückgehalten. Die Ausführungen in der Botschaft zur Änderung des 11. Kapitels des IPRG (BBl 2017 4132) sprächen indes nicht dafür, dass Forderungen, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung Gegenstand eines ausländischen Schiedsverfahrens sind, schiedsunfähig würden (E. 3.11).

In den Erw. 3.12 und 3.13 kam das Bundesgericht unter Hinweis auf seine bisherige Praxis zum Schluss, dass «nicht ausgeschlossen [sei], dass aus im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits hängigen Verfahren hervorgehende ausländische Schiedssprüche, die eine Insolvenzforderung zum Gegenstand haben, in der Schweiz anerkannt werden können – unter Umständen mit Verbindlichkeit für den Kollokationsplan». Daher drohe «einem Schiedsspruch in der Schweiz [...] unter dem Aspekt der objektiven Schiedsfähigkeit nicht die Verweigerung der Anerkennung, wenn [...] die Schiedsklage bereits vor der Konkurseröffnung eingereicht worden ist» (E. 3.13). Darum ging es allerdings vorliegend nicht. Wie eingangs erwähnt, war Gegenstand der umstrittenen Betreibung (nur) der *Kostenentscheid* des LCIA-Schiedsgerichts, mit welchem A. verpflichtet wurde, der B. Ltd eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Die Frage, ob andere Teile des LCIA-Schiedsspruchs ggf. einen Einfluss auf den Konkurs der C. AG bzw. deren Kollokationsplan haben könnten, stand nicht zur Diskussion.