SWISSLEX User-ID: jennifer.meier@walderwyss.com, 03.09.2025 14:52:52

Dokument	**AJP 2021 S. 524**
Autor	**Marco Stacher, Linda Bieri**
Titel	**Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_318/2020 vom 22. Dezember 2020 (zur Publikation vorgesehen), Sun Yang gegen Agence Mondiale Antidopage (AMA) und Fédération Internationale de Natation (FINA), internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Sport.**
Urteilsbesprechung	**4A_318/2020**
Seiten	**524-529**
Publikation	**Aktuelle Juristische Praxis**
Herausgeber	**Valérie Défago Gaudin, Anne-Sylvie Dupont, Patricia Egli, Olivier Hari, Stefan Heimgartner, Stephanie Hrubesch-Millauer, Audrey Leuba, Alexander R. Markus, Bertrand Perrin, Arnold F. Rusch**
ISSN	**1660-3362**
Verlag	**Dike Verlag AG**

Entscheidbesprechungen
Discussions d'arrêts actuels

4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht/Droit international privé et procédure civile internationale

4.3. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit/Juridiction arbitrale internationale

BGer 4A_318/2020: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Befangenheit eines Schiedsrichters

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_318/2020 vom 22. Dezember 2020 (zur Publikation vorgesehen), Sun Yang *gegen* Agence Mondiale Antidopage (AMA) und Fédération Internationale de Natation (FINA), internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Sport.

Marco Stacher *

* Marco Stacher, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

Linda Bieri **

Das Bundesgericht hatte in einem zur Publikation vorgesehenen Entscheid zu beurteilen, wie weit die Nachforschungslast («devoir de curiosité») der Parteien hinsichtlich der Unparteilichkeit eines Schiedsrichters geht. Es konkretisierte die Nachforschungslast insbesondere in Bezug auf Veröffentlichungen in sozialen Medien und kam nach einer Einzelfallprüfung zum Schluss, die belastete Partei sei ihrer Nachforschungslast ausreichend nachgekommen. Weiter bestätigte das Bundesgericht, dass für die materielle Beurteilung der Unparteilichkeit entscheidend sei, ob aus einer objektivierten Perspektive berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit bestehen. Hingegen sei das Empfinden der betroffenen Partei irrelevant. Im konkreten Fall weckten verschiedene Tweets des Schiedsrichters objektiv berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit, weshalb das Bundesgericht das mittels Revisionsgesuch erhobene Ausstandsbegehren guthiess.

I. Sachverhalt

Der chinesische Schwimmer Sun Yang wurde am 4. September 2018 einer Dopingkontrolle unterzogen, in deren Verlauf beim Schwimmer Zweifel daran aufkamen, ob die Dopingkontrolleure zur Abnahme der Probe befugt waren. Sun Yang nahm die bereits abgegebenen Blutproben an sich und zerriss ein Dopingkontrollformular, das er zuvor unterzeichnet hatte.

Die Antidopingkommission der Fédération Internationale de Natation (FINA) entschied am 3. Januar 2019, dass die Dopingkontrolle ungültig und nichtig gewesen sei. Dagegen erhob die Welt-Anti-Doping-Agentur (Agence Mondiale Antidopage [AMA]) Beschwerde beim Tribunal Arbitral du Sport (TAS). Das Schiedsgericht setzte sich aus Franco Frattini als Vorsitzendem, der am 1. Mai 2019 designiert worden war, und zwei Mitschiedsrichtern zusammen. Mit Schiedsentscheid vom 28. Februar 2020 befand das Schiedsgericht, Sun Yang habe das Antidopingreglement der FINA verletzt und auferlegte ihm eine Sperre von acht Jahren.

Am 15. Juni 2020 reichte Sun Yang vor Bundesgericht ein Gesuch um Revision des Schiedsspruchs ein und verlangte dessen Aufhebung sowie den Ausstand des Schiedsrichters Franco Frattini für das wieder aufzunehmende Schiedsverfahren.

Sun Yang machte im Wesentlichen geltend, es bestünden Zweifel an der Unparteilichkeit Franco Frattinis. Dieser ist ein engagierter Tierschützer und veröffentlichte 2018 und 2019 auf Twitter verschiedene Beiträge. Die Tweets waren im Wesentlichen eine – äusserst scharf formulierte – Kritik am sogenannten Hundefleisch-Festival in Yulin und der Schlachtung von Hunden durch gewisse chinesische Staatsangehörige. Die Tweets von Ende Mai/Anfang Juni 2018 und Ende Mai/Anfang Juni 2019 lauteten u.a. wie folgt: *«[…] those horrible sadics are CHINESE! […]», «Old yellow-face sadic trying to kill and torture a small dog […]», «Torturing innocent animal is a flag of Chinese! Sadics, inhumans […]».* Er folgerte u.a.: *«[…] Shame on China, pretending to be a superpower and tolerating these horrors!!», «[…] I think they deserve a worse hell than the one in which they torture innocent animals!! […]»* und *«[…] Sadics, inhumans with the protection of chinese authorities […]» und forderte zudem «[…] [i]nvade in China with our protest […]»* (E. 5.1).

II. Erwägungen

Das Bundesgericht rief zunächst in Erinnerung, dass eine Partei, die den Ausstand eines Schiedsrichters verlangen wolle, den Ausstandsgrund geltend machen müsse, sobald sie davon Kenntnis habe. Dabei sei unerheblich, ob die Partei die Ausstandsgründe tatsächlich kannte oder unter Aufwendung der gebotenen Sorgfalt hätte kennen können (E. 6.1), denn den Parteien obliege eine Nachforschungslast *(«devoir de*

** Linda Bieri, MLaw, LL.M., Rechtsanwältin, Zürich.

curiosité»). Deren genauer Umfang hänge von den Umständen des Einzelfalls ab. Während die Nachforschungslast nicht unbegrenzt sei, könne von den Parteien

AJP 2021 S. 524, 525

verlangt werden, gewisse Recherchen zu tätigen, insbesondere im Internet. So könne erwartet werden, dass sie die gängigen Suchmaschinen verwenden und geeignete Quellen konsultieren, beispielsweise die Webseiten der wichtigsten Schiedsinstitutionen, der Parteien, ihrer Rechtsvertreter und deren Kanzleien, und der Kanzleien, in denen die Schiedsrichter gegebenenfalls tätig sind. Von den Parteien könne indes keine systematische und gründliche Prüfung sämtlicher Quellen erwartet werden, die einen Schiedsrichter betreffen. Nur weil eine Information im Internet frei zugänglich sei, bedeute dies nicht automatisch, dass eine Partei, welche die Information nicht kenne, ihrer Nachforschungslast nicht nachgekommen sei (E. 6.5).

Im vorliegenden Fall erklärte der Gesuchsteller, er habe vom Ausstandsgrund frühestens am 15. Mai 2020 erfahren. An diesem Tag – und somit ca. zwei Monate nach dem Erlass des Schiedsspruchs vom 28. Februar 2020 – wurde im Internet ein Artikel veröffentlicht, in dem über die Tweets des Schiedsrichters Franco Frattini berichtet wurde, welche dieser zwischen dem 28. Mai 2018 und dem 9. Juni 2019 auf seinem Twitter-Konto publiziert hatte, d.h. sowohl vor als auch während des Schiedsverfahrens (E. 5.1). Das Bundesgericht hielt fest, das Twitter-Konto des Schiedsrichters sei zwar für jedermann frei zugänglich gewesen und ein Link zu diesem Konto sei unter den ersten Resultaten einer Google-Suche nach dem Vornamen und Namen des Schiedsrichters gewesen. Eine solche Google-Suche *(«Franco + Frattini»)* hätten die Rechtsvertreter des Gesuchstellers nach der Designation von Franco Frattini als Schiedsgerichtspräsident unternommen; ebenso nach «*Franco + Frattini + sport*» und «*Franco + Frattini + Court of Arbitration for Sport*». Solche Google-Suchen hätten aber nicht direkt zu den fraglichen Tweets geführt (E. 6.2, 6.5).

Das Bundesgericht schloss, dass der Gesuchsteller resp. dessen Rechtsvertreter die Unabhängigkeit des Schiedsrichters nach dessen Designation im erforderlichen Umfang geprüft hätten. Dem Gesuchsteller könne nicht vorgeworfen werden, dass er nicht auch nach dem Stichwort «China» gesucht habe, da er so von vornherein eine mögliche Parteilichkeit aufgrund seiner Nationalität hätte annehmen müssen. Es könne dem Gesuchsteller auch nicht vorgeworfen werden, dass er nicht proaktiv das Twitter-Konto des Schiedsrichters konsultiert habe. Es sei zwar nicht auszuschliessen, dass eine Partei unter Umständen gehalten sein könne, im Rahmen ihrer Nachforschungslast innerhalb bestimmter Grenzen auch verschiedene soziale Netzwerke zu überprüfen. Am Ergebnis würde sich i.c. indes auch nichts ändern, wenn man vom Gesuchsteller verlangt hätte, das Twitter-Konto des Schiedsrichters allenfalls kurz zu prüfen. Denn es hätte angesichts der hohen Zahl von Tweets des Schiedsrichters nicht verlangt werden können, dass Tweets von Ende Mai/Anfang Juni 2018, d.h. von vor dessen Ernennung als Schiedsrichter anfangs Mai 2019, entdeckt werden. Auch in Bezug auf die nach der Ernennung als Schiedsrichter publizierten Tweets von Ende Mai/Anfang Juni 2019 könne dem Gesuchsteller kein Vorwurf gemacht werden, zumal von einer Partei nicht erwartet werden könne, dass sie während des gesamten Verfahrens Internetrecherchen betreibe (E. 6.5).

Das Bundesgericht prüfte sodann, ob Franco Frattini befangen war und in den Ausstand hätte treten müssen. Bei der Beurteilung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sei unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Schiedsgerichtsbarkeit auf die von den staatlichen Gerichten entwickelten verfassungsrechtlichen Grundsätze zurückzugreifen (E. 7.1). Das Bundesgericht verwies in diesem Zusammenhang auf Art. 30 Abs. 1 BV, der es erlaube, den Ausstand zu verlangen, wenn aufgrund der Umstände der Anschein von Befangenheit und Parteilichkeit bestehe, wobei nur objektive Umstände relevant seien, nicht hingegen die subjektive Wahrnehmung der Parteien (E. 7.2). Das Bundesgericht verwies weiter auf die Rechtsprechung des EGMR i.S. *Mutu und Pechstein gegen Schweiz* (E. 7.3) sowie die *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, die zwar keine Gesetzeskraft hätten, aber ein nützliches Arbeitsinstrument darstellten (E. 7.4). Letztlich sei betreffend Unparteilichkeit entscheidend, ob aus einer objektivierten Perspektive berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit beständen, d.h., ob konkrete Tatsachen vorhanden seien, die objektiv und vernünftigerweise geeignet seien, Misstrauen gegenüber der schiedsrichterlichen Unparteilichkeit zu erwecken.

Im konkreten Fall hielt das Bundesgericht fest, ein Schiedsrichter könne seine Überzeugungen durchaus in den sozialen Medien vertreten. Dies bedeute indes nicht, dass sich ein Schiedsrichter im Internet in äusserst scharfen Worten ausdrücken könne, ohne dabei Gefahr zu laufen, gewisse Befürchtungen hinsichtlich seiner Unparteilichkeit zu wecken. Im vorliegenden Fall könne nicht allein aufgrund der Tatsache, dass der Schiedsrichter den Verzehr von Hundefleisch am Yulin-Festival scharf kritisiert und bestimmte chinesische Staatsangehörige angeprangert habe, die sich seiner Meinung nach der Tierquälerei schuldig gemacht hatten, auf Vorurteile gegen alle chinesischen Staatsangehörigen geschlossen werden. Nicht die vom Schiedsrichter verfochtene Sache sei problematisch, sondern gewisse von ihm verwendete Begriffe. Das Bundesgericht erwähnte die folgenden Äusserungen: *«those bastard sadic chinese who brutally killed dogs*

and cats in Yulin», *«This yellow face chinese monster smiling while torturing a small dog, deserves the worst of hell», «those horrible sadics are CHINESE!», «Old yellow-face sadic trying to kill and tor-ture a small dog», «Torturing innocent animal is a flag of Chinese! Sadics, inhumans»* (E. 7.9).

Das Bundesgericht fokussierte seine Beurteilung der Tweets auf den Begriff *«yellow face»* und hielt fest, der im Singular verwendete Begriff habe sich im konkreten Zusammenhang jeweils auf eine bestimmte Person bezogen, die der Schiedsrichter in einem Video oder einer Fotografie individualisiert habe und die einen Hund gequält habe. Jedoch habe dieser auf die Hautfarbe bezogene Begriff nichts mit den angeprangerten Handlungen zu tun und sei in jedem Kontext unzulässig. Zudem habe der Schiedsrichter den Begriff zweimal verwendet, und zwar auch nach seiner Ernennung als Vorsitzender des Schiedsgerichts. Aus Sicht eines vernünftigen Dritten seien die genannten Umstände geeignet, Zweifel an der Unparteilichkeit und den Anschein der Befangenheit zu wecken (E. 7.9).

Demnach hiess das Bundesgericht das Revisionsgesuch gut, hob den angefochtenen Schiedsentscheid auf und hiess das Ausstandsgesuch gegen Franco Frattini gut.

III. Anmerkungen

A. Beurteilung der Nachforschungslast und Unparteilichkeit in casu

Ein Detail vorweg: Der Gesuchsteller konnte darlegen, dass einer seiner Rechtsvertreter nach der Designation des Schiedsrichters Abklärungen getroffen hatte, um sich dessen Unparteilichkeit zu versichern. Er konnte insbesondere darlegen, dass gewisse Google-Suchen getätigt worden waren («*Franco + Frattini*», «*Franco + Frattini + sport*» und «*Franco + Frattini + Court of Arbitration for Sport*»). Ohne den entsprechenden Nachweis wäre das Revisionsgesuch von vornherein gescheitert; das Bundesgericht hätte dem Gesuchsteller vorwerfen können, dass er die erforderlichen Untersuchungen unterlassen habe. Es ist deshalb wichtig – wie dies die Rechtsvertreter des Gesuchstellers anscheinend taten – die entsprechenden Abklärungen nicht nur zu unternehmen, sondern auch zu dokumentieren.

In der Sache ist der Entscheid betreffend die *«devoir de curiosité»* ausgewogen. Das Bundesgericht bestätigt einerseits, dass die Parteien die Last trifft, angemessene Nachforschungen zu treffen und dass sie die fehlende Unabhängigkeit nicht mit Umständen begründen können, die sie hätten entdecken können, wenn sie sich ihrer Last entledigt hätten. Es stellt andererseits klar, dass die entsprechende Last nicht uferlos ist. Wie weit sie reicht, hängt gemäss Bundesgericht von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab (E. 6.5). Im vorliegenden Fall war ein solcher Umstand, dass der Schiedsrichter eine Vielzahl von Tweets verfasste, sodass der Gesuchsteller bei der Prüfung der Unabhängigkeit anfangs Mai 2019 nicht ohne weiteres auf die Tweets von Ende Mai/Anfang Juni 2018 gestossen wäre, auch wenn er das Twitter-Konto des Schiedsrichters konsultiert hätte. Dass er die kritischen Tweets nicht entdeckte, kann ihm deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Dies gilt als *pars pro toto*: Im Internet ist eine dermassen grosse Anzahl frei zugänglicher Informationen verfügbar, dass die Vielzahl von zugänglichen Informationen für sich selbst ein zu berücksichtigender Umstand ist. Es kann, wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, von einer Schiedspartei nicht erwartet werden, dass sie jeden Eintrag zu einem prospektiven Schiedsrichter prüft. Indes bestätigt der Entscheid, dass Schiedsparteien gut beraten sind, die gängigen sozialen Medien bei der Überprüfung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter zu konsultieren. Die unterlassene Prüfung des Twitter-Kontos gereichte nur deshalb nicht zum Nachteil des Gesuchstellers, weil er die konkreten Tweets gemäss Bundesgericht nicht hätte entdecken müssen (E. 6.5). Das Bundesgericht analysierte somit, ob das Ergebnis der Prüfung anders hätte ausfallen müssen, wenn der Gesuchsteller das Twitter-Konto besucht hätte. Dieser Ansatz ist damit im Einklang, dass das Bundesgericht beim Vorwurf der Gehörsverletzung für ein Aufheben des Schiedsspruchs zu Recht voraussetzt, dass der Beschwerdeführer zumindest nachweist, dass die Gehörsverletzung den Verfahrensausgang beeinflussen konnte.[1] Ein Fehler resp. ein Unterlassen für sich alleine reicht nicht, um das Verfahren auf die eine oder andere Seite ausgehen zu lassen (d.h. eine Gehörsverletzung zu bejahen resp. ein Erfüllen der Nachforschungslast zu verneinen). Wären die umstrittenen Tweets zuoberst im Twitter-Feed des Schiedsrichters gewesen, hätte die Beurteilung durch das Bundesgericht anders ausfallen können.

Das Bundesgericht wies den Einwand des TAS zurück, der Gesuchsteller hätte nicht nur eine allgemeine Google-Suche («*Franco + Frattini*» etc.), sondern eine Suche nach Franco Frattini und *«China»* vornehmen müssen. Denn *«cela reviendrait à admettre que le requérant aurait dû spéculer d'emblée sur un éventuel défaut d'impartialité de l'arbitre en raison du seul critère de la nationalité»* (E. 6.5). Das Bundesgericht

---

1 Vgl. die Nachweise in BGer, 4A_462/2019, 29.7.2020, E. 6.2.6 *(«pourrait influer d'une quelconque manière le sort du litige»);* 4A_491/2017, 24.5.2018, E. 4.1.2, 4.2.3; 4A_247/2017, 18.4.2018, E. 5.1.3 *(«Le droit d'être entendu n'est toutefois pas une fin en soi»);* BGE 142 III 360 E. 4.1.3.

stipuliert so implizit eine Art Unschuldsvermutung für den Schiedsrichter, wobei die Partei, die den Schiedsrichter ablehnt, letztlich davon profitiert: Die Vermutung beschränkt den Umfang der Nachforschungen, welche die Partei unternehmen muss; d.h. es

AJP 2021 S. 524, 527

genügen – wenigstens in diesem Einzelfall – allgemeine Nachforschungen («*Franco* + *Frattini*»), während Nachforschungen aufgrund von Spekulationen, die der Unschuldsvermutung widersprechen («*Franco* + *Frattini* + *China*»), unterbleiben können.

Die Nachforschungen, die der Gesuchsteller unternahm, als er von der Designation des Schiedsrichters erfuhr, waren deshalb ausreichend: Die allgemeine Google-Suche von Anfang Mai 2019 genügte und er hätte nicht auf die Tweets von Ende Mai/Anfang Juni 2018 stossen müssen. Dass er gemäss Bundesgericht auch nicht auf die Tweets von Ende Mai/Anfang Juni 2019 hätte stossen müssen, ist ebenfalls sachgerecht. Den Schiedsrichter trifft die Pflicht zur ununterbrochenen Offenlegung von Umständen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen können.[2] Wenn der Schiedsrichter einen Umstand, der während des Verfahrens eintritt – und der wie i.c. relevant sein kann – nicht offenlegt, kann der Schiedspartei jedenfalls dann kein Vorwurf gemacht werden, wenn nicht neue Umstände seit der ersten Nachforschung die Notwendigkeit weiterer Nachforschungen nahelegen.

In der Sache ist nicht auszuschliessen, dass der Schiedsrichter (subjektiv) vollkommen unabhängig und nicht parteiisch war. Es ist sehr wohl denkbar, dass er zwischen der Nationalität des Schwimmers und den von ihm angeprangerten Umständen in China unterschied und dass seine Meinung zum Yulin-Festival keinen Einfluss auf seinen Entscheid hatte. Dies ist indes, wie das Bundesgericht zu Recht festhält, nicht entscheidend. Es ist zu prüfen, ob die fraglichen Umstände aus einer objektivierten Perspektive berechtigte Zweifel an der Unabhängigkeit des Schiedsrichters begründen können. Das Bundesgericht betonte i.c., der vom Schiedsrichter verwendete Begriff *«yellow face»* habe nichts mit den angeprangerten Handlungen zu tun und begründe deshalb objektiv berechtigte Zweifel daran, ob der Schiedsrichter in einem Verfahren gegen einen chinesischen Schwimmer unparteiisch sein könne. Dieser Schluss überzeugt umso mehr, als dass sich die übrigen Tweets nicht nur gegen die spezifischen Personen richteten, denen der Schiedsrichter Tierquälerei vorwarf, sondern auch gegen China und die Chinesen im Allgemeinen *(«Sadics, inhumans with the protection of chinese authorities», «Torturing innocent animal is a flag of Chinese», «Shame on China»).*

So unerfreulich der dem Bundesgerichtsentscheid zugrunde liegende Sachverhalt ist, so erfreulich ist, dass das Bundesgericht aufgrund der Äusserungen des Schiedsrichters schliessen musste, dass Zweifel an seiner Unparteilichkeit bestehen, und dass es deshalb die (Vor-)Frage nicht unbeantwortet lassen konnte, unter welchen Umständen der Gesuchsteller seiner Nachforschungslast nachgekommen ist.

B. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: (keine) direkte Anwendbarkeit der Garantien gemäss BV und EMRK?

Das Bundesgericht prüfte die Unparteilichkeit des Schiedsrichters unter Verweis auf Art. 30 Abs. 1 BV und die Rechtsprechung des EGMR (E. 7.2, 7.3). Dazu hielt es einleitend fest: *«il faut se référer aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques, en ayant égard, toutefois, aux spécificités de l'arbitrage – surtout dans la domaine de l'arbitrage international – lors de l'examen des circonstances du cas concret»* (E. 7.1).[3] Es stellt sich die Frage, wie der Verweis auf die verfassungsmässigen Prinzipien zu verstehen ist. Erachtet das Bundesgericht die verfassungsmässige Garantie eines unabhängigen und unparteiischen Richters gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK als in Schiedsverfahren direkt anwendbar oder zieht es sie lediglich als Hilfe zur Auslegung von Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG bei?

Einerseits gelten gemäss Bundesgericht die Grundsätze von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wonach der Einzelne Anspruch auf einen Entscheid durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht hat, *«nicht nur bei staatlichen Gerichten, sondern auch bei privaten Schiedsgerichten, deren Entscheide denjenigen der staatlichen Instanzen hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gleichstehen und die deshalb dieselbe Gewähr für eine unabhängige Rechtsprechung bieten müssen»*.[4] Andererseits hat das

---

2 Vgl. bspw. Christian Oetiker, Zürcher Kommentar, IPRG, Bd. II, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 179 IPRG N 35; Bernhard Berger/Franz Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, Bern 2015, Rz. 976; unter revidiertem Recht ist die Offenlegungspflicht nun explizit in Art. 179 Abs. 6 IPRG festgehalten.

3 Vgl. BGE 142 III 521 E. 3.1.1; BGE 136 III 605 E. 3.2.1; BGer, 4A_292/2019, 16.10.2019, E. 3.1; 4A_236/2017, 24.11.2017, E. 3.1.1.

4 BGE 135 I 14 E. 2; ähnlich BGE 119 II 271 E. 3b.

Bundesgericht in der Vergangenheit klargestellt, dass sich eine Schiedspartei im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen gegen einen internationalen Schiedsentscheid nicht direkt auf eine Verletzung der BV oder EMRK berufen könne, sondern ausschliesslich auf die in Art. 190 Abs. 2 IPRG abschliessend aufgezählten Beschwerdegründe, wobei die aus der BV und EMRK fliessenden Grundsätze gegebenen-

AJP 2021 S. 524, 528

falls der Konkretisierung der Beschwerdegründe gemäss Art. 190 IPRG dienen könnten.[5]

Nach unserer Auffassung sind die Grundsätze zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK in Schiedsverfahren nicht direkt anwendbar, da die Schiedsgerichtsbarkeit ausserhalb des staatlichen Rechtsprechungsapparats stattfindet.[6] Soweit in der Lehre ausgeführt wird, der Gesetzgeber verzichte im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Ausübung staatlicher Souveränität und ermächtige private Schiedsgerichte nur unter der Voraussetzung mit Rechtsprechungsmacht, dass die Schiedsgerichte ebenso wie staatliche Gerichte ein faires Verfahren garantieren,[7] ist entgegenzuhalten, dass dazu die direkte Anwendung von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf private Schiedsgerichte nicht erforderlich ist. Denn der Staat kann über die Ausgestaltung der *lex arbitri* sicherstellen, dass ein faires Verfahren auch vor Schiedsgericht garantiert ist, und tut dies auch (bspw. in Art. 180 Abs. 1, Art. 182 Abs. 3 und Art. 190 Abs. 2 IPRG).[8]

Interessant ist in diesem Zusammenhang der vom Bundesgericht erwähnte Entscheid des EGMR i.S. *Mutu und Pechstein gegen Schweiz.* Der EGMR bestätigte, dass Schiedsparteien mit dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung auf die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK verzichten könnten. Dies gelte jedoch nur, wenn der Verzicht freiwillig, rechtmässig und unzweideutig erfolge. Hingegen sei Art. 6 Ziff. 1 EMRK anwendbar, wenn es sich um ein gesetzlich vorgeschriebenes Zwangsschiedsverfahren handle.[9] Der EGMR kam zum Schluss, dass der Rechtsweg zum TAS zwar nicht gesetzlich angeordnet sei, dass aber ein faktischer Schiedszwang bestehe und das TAS mit einem gesetzlich vorgeschriebenen Schiedsgericht vergleichbar sei. Daher sei Art. 6 Ziff. 1 EMRK anwendbar.[10] Diese Betrachtungsweise des EGMR ist mit einem Fragezeichen zu versehen. Während einleuchtet, dass sich Staaten der Garantien gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht durch die Einrichtung von Zwangsschiedsgerichten entledigen können sollen,[11] passt dieselbe Argumentation nicht ohne Weiteres auf den Fall, dass jemand sich aufgrund faktischer Umstände gezwungen sieht, einer Schiedsklausel zuzustimmen, die ihm nicht durch staatliche Vorschriften auferlegt wird. Während im ersten Fall der – durch die EMRK verpflichtete (Art. 1 EMRK) – Staat den Schiedszwang vorsieht und den Streitgegenstand aus seinem Rechtsprechungsapparat exportieren möchte, zwingen im zweiten Fall ausserhalb der direkten staatlichen Einflussnahme bestehende Umstände (bspw. Abhängigkeiten zwischen privaten Sportverbänden und Sportlern) eine Partei (den Sportler), einer Schiedsklausel zuzustimmen.

Die Bedenken des EGMR hinsichtlich des «faktischen» Schiedszwangs erinnern im Übrigen an die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung restriktiv auszulegen sei, d.h., das Vorliegen übereinstimmender Willenserklärungen zurückhaltender (*«nicht*

---

5 BGE 142 III 360 E. 4.1.2; BGer, 4A_178/2014, 11.06.2014, E. 2.4 m.w.N.; 4A_198/2012, 14.12.2012, E. 3.1 m.w.N.; 4A_404/2010, 19.4.2011, E. 3.5.3 m.w.N; 4A_43/2010, 29.7.2010, E. 3.6.1 m.w.N.; 4A_370/2007, 21.2.2008, E. 5.3.2.

6 Ivo Schwander/Marco Stacher, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 363 N 5; a.M. BSK IPRG-Peter/Brunner, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2020, Art. 180 N 17 f.; differenzierend Christopher Boog/Sonja Stark-Traber, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014, Art. 363 ZPO N 7, gemäss derer die im Rahmen von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK entwickelten Grundsätze zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit auch für Schiedsgerichte gelten, gleichzeitig aber mit dem Hinweis, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht direkt auf Schiedsverfahren anwendbar sei, aber zur Konkretisierung beigezogen werden könne.

7 Simon Gabriel/Axel Buhr, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014, Art. 367 ZPO N 9.

8 Vgl. Irma Ambauen, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Diss. Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 247.

9 EGMR, *Mutu et Pechstein c. Schweiz*, nº 40575/10 und 67474/10, 2.10.2018, Ziff. 94–96.

10 EGMR, *Mutu et Pechstein c. Schweiz*, nº 40575/10 und 67474/10, 2.10.2018, Ziff. 115.

11 Vgl. Ulrich Haas/Yael Strub, Entwicklungen im Sportrecht/Le point sur le droit du sport, SJZ 115 (2019), 76 ff., 80, mit Hinweis auf EGMR, *Lithgow and others v. the United Kingdom*, nº 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 8.7.1986, Ziff. 192 ff.

leichthin») anzunehmen sei als bei anderen Verträgen.[12] Das Bundesgericht begründet dies u.a.[13] damit, dass der Abschluss einer Schiedsvereinbarung den Verzicht auf den verfassungsmässigen Richter beinhalte. Dies ist indes kein sachgerechter Grund für ein Abweichen von den allgemeinen Auslegungsregeln. Zum einen legt der *favor validitatis* von Art. 178 Abs. 2 IPRG nahe, dass an den für eine Schiedsvereinbarung erforderlichen Konsens keine erhöhten Anforderungen zu stellen sind. Zum anderen stellt Art. 180 IPRG sicher, dass die Anforderungen der Unab-

AJP 2021 S. 524, 529

hängigkeit und Unparteilichkeit auch in Schiedsverfahren gelten. Im Einzelfall ist der Knackpunkt somit u.E. nicht, ob eine staatliche oder eine private Spruchinstanz urteilt, sondern ob die Mitglieder der (privaten) Spruchinstanz unabhängig und unparteilich sind. Zur Überprüfung, ob dies der Fall ist, ist die systemwidrige Anwendung der BV und EMRK dank Art. 180 Abs. 1 lit. c und Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG erlässlich.

Im Ergebnis ist die Diskussion, ob Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK in Schiedsverfahren direkt anwendbar sind, vor allem dogmatischer Natur. Auch wenn die Garantien keine direkte Geltung haben, erfolgt die Beurteilung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter gemäss Art. 180 Abs. 1 lit. c und Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG im Wesentlichen gestützt auf dieselben Grundsätze. Massgeblich ist der objektive Anschein von Befangenheit und nicht das subjektive Empfinden der Parteien oder die subjektive Einstellung des Schiedsrichters.

C. Hinweis auf das revidierte 12. Kapitel des IPRG

Der Entscheid des Bundesgerichts erging am 22. Dezember 2020, d.h. vor Inkrafttreten der Revision des 12. Kapitel des IPRG am 1. Januar 2021. Das Bundesgericht hatte sich daher mit seiner Zuständigkeit und der Zulässigkeit eines Revisionsgesuchs, wenn der Ausstandsgrund erst nach abgelaufener Beschwerdefrist entdeckt wird, unter – aus heutiger Sicht – altem Recht zu befassen (E. 4).

Unter revidiertem Recht sind diese Fragen gesetzlich geregelt: Gemäss Art. 190a Abs. 1 lit. c IPRG kann eine Partei die Revision eines Entscheids verlangen, wenn ein Ablehnungsgrund gemäss Art. 180 Abs. 1 lit. c IPRG trotz gehöriger Aufmerksamkeit erst nach Abschluss des Schiedsverfahrens entdeckt wurde und kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht. Einzige Rechtsmittelinstanz ist das Bundesgericht (Art. 191 IPRG und Art. 119a BGG). Damit wurde im Wesentlichen die geltende Rechtsprechung kodifiziert.[14]

---

12 BGer, 4A_124/2020, 13.11.2020, E. 3.1.2; 4A_310/2016, 6.10.2016, E. 3.1.2; BGE 140 III 134 E. 3.2; BGer, 4A_244/2012, 17.1.2013, E. 4.2; BGE 116 Ia 56 E. 3b; CR-Tschanz, in: Andreas Bucher (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi fédérale sur le droit international privé/Convention de Lugano, Basel 2011, Art. 178 IPRG N 122.

13 Die anderen Gründe betreffen die gemäss Bundesgericht höheren Kosten und die Beschränkung des Rechtsmittelwegs.

14 Botschaft vom 24. Oktober 2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit), BBl 2018 7163 ff., 7201 f.