

**PROZESSARMUT IM SCHIEDSVERFAHREN:
RECHTSLAGE NACH DER SCHWEIZERISCHEN
LEX ARBITRI**

*Prof. Dr. iur. Tarkan GÖKSU**

I. Problemstellung

1. Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101) hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint; ausserdem hat sie, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Mit der unentgeltlichen Rechtspflege soll jeder Betroffene grundsätzlich ohne Rücksicht auf seine finanzielle Situation unter den von der Rechtsprechung umschriebenen Voraussetzungen Zugang zum Gericht und Anspruch auf Vertretung durch einen Rechtskundigen haben¹. Als prozessuales Grundrecht (sog. Verfahrensgarantie) gewährleistet der Anspruch auch finanzschwachen Personen den Rechtsweg, um ihre Rechte zu wahren, wenn ein Rechtsverlust oder ein als unzulässig erachteter Eingriff in ihre Rechte droht², und sorgt damit für prozessrechtliche Chancengleichheit (sog. Waffengleichheit)³. Dies wird dadurch erreicht, dass die begünstigte Person davon befreit wird

* Rechtsanwalt in Bern/Freiburg (Schweiz), Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg i.Ue. (Schweiz)

¹ BGE 131 I 350 E. 3.1.

² BGE 135 I 102 E. 3.2.1.

³ Frank **Emmel**, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 1 zu Art. 117 ZPO.

(Art. 118 Abs. 1 ZPO), Gerichtskostenvorschüsse zu bezahlen oder Sicherheitsleistungen an die Gegenpartei zu erbringen (lit. a) und bei Unterliegen Gerichtskosten zu bezahlen (lit. b); ausserdem hat sie Anspruch auf Bestellung eines Anwalts, welcher vom Staat entschädigt wird (lit. c). Für den Zivilprozess wird die verfassungsmässige Garantie in den Art. 117 ff. ZPO (Schweizerische Zivilprozessordnung; SR 272) umgesetzt und näher geregelt.

2. In der Bundesverfassung von 1874, welche bis zum 31. Dezember 1999 in Kraft stand, war die unentgeltliche Rechtspflege nicht geregelt. Das Schweizerische Bundesgericht hat den Anspruch aber schon früh aus dem damaligen Art. 4 der alten Bundesverfassung von 1874 hergeleitet. Erwähnenswert ist dies deshalb, weil dieser Art. 4 den Grundsatz der Rechtsgleichheit lediglich in allgemeinsten Form (nach dem Wortlaut übrigens nur auf Schweizer beschränkt, nicht auch bezüglich Schweizerinnen oder Ausländer) festhielt⁴. Dies hinderte das Bundesgericht aber nicht daran, bereits mit Urteil vom 30. September 1887 den Grundstein dafür zu legen, damit aus dem Rechtsgleichheitsgebot ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hergeleitet werden kann, und zwar mit nachfolgenden Worten (BGE 13 I 251 E. 3):

„Richtig ist nun, daß die fragliche Norm alle Bürger formell gleich behandelt. Allein ebenso klar ist auf der andern Seite, daß dadurch dem Bedürftigen, welcher die gesetzliche Gebühr von 130 Fr. zu leisten nicht im Stande ist, der Rechtsschutz durch die obere Instanz thatsächlich einfach abgeschnitten wird. Dies ist mit dem Prinzip der Rechtsgleichheit nicht vereinbar. Dieses fordert gewiß, daß dem armen Angeklagten die gleichen Garantien richtiger Rechtsprechung gewährt werden, wie dem Begüterten. Eine Bestimmung wie die hier in Frage stehende des Walliserrechts steht, mag sie auch äußerlich alle Bürger gleich behandeln, der praktischen Wirkung nach in schneidendem Widerspruche mit diesem Postulat der Gerechtigkeit; sie gewährt die, dem Wortlaute des Gesetzes nach allen Angeklagten zustehenden,

⁴ Art. 4 Abs. 1 aBV hatte folgenden Wortlaut (vgl. AS 1 1): „Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.“

Rechtsmittel dem Armen in That und Wahrheit nur zum Scheine, da sie dieselben an eine Voraussetzung knüpft, welche der Arme von vorneherein nicht erfüllen kann.“

Im konkreten Fall war die kantonale Vorinstanz auf ein Rechtsmittel nicht eingetreten, weil der verlangte Kostenvorschuss nicht bezahlt wurde. In späteren Urteilen verfeinerte und erweiterte das Bundesgericht diese Rechtsprechung⁵. Freilich war dieses Institut des Armenrechts (wie die unentgeltliche Rechtspflege früher genannt wurde) 1887 in den meisten kantonalen Prozessordnungen bereits verankert⁶. Erwähnenswert an dieser Stelle ist, dass - nach anfänglichem bundesgerichtlichem Zögern - der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht nur natürlichen Personen zugestanden wurde, sondern unter (sehr) eingeschränkten Voraussetzungen auch juristischen Personen⁷.

Dieser rechtshistorische Hinweis auf die gedanklichen Ursprünge des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege ist von Bedeutung, weil der Rechtsgleichheitsgrundsatz im Schiedsverfahren eine sog. zwingende Verfahrensgarantie ist (vgl. Art. 373 Abs. 4 ZPO bzw. 182 Abs. 3 IPRG)⁸, deren Verletzung beim Bundesgericht mit Beschwerde angefochten werden kann (vgl. Art. 393 lit. d ZPO bzw. 190 Abs. 2 lit. d IPRG). Darauf ist später noch zurückzukommen⁹.

⁵ Vgl. dazu Jörg Paul **Müller**/Markus **Schefer**, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 893 f., mit weiteren Hinweisen.

⁶ Lukas **Huber**, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), ZPO – Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 3 zu Art. 117 ZPO.

⁷ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann für eine juristische Person ausnahmsweise dann ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind. Dabei ist der Begriff der „wirtschaftlich Beteiligten“ weit zu verstehen; er umfasst neben den Gesellschaftern auch die Organe der juristischen Person oder gegebenenfalls interessierte Gläubiger (BGE 131 II 306 E. 5.2.2; **Emmel** [Fn. 2], N 2 zu Art. 117 ZPO).

⁸ Tarkan **Göksu**, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, N 1288.

⁹ Vgl. unten Ziff. 49.

3. In Schiedsverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen. Art. 380 ZPO hält dies für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit ausdrücklich fest. Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gilt nichts anderes¹⁰. Damit stellt sich aber die Frage, wie eine mittellose Partei, die an eine Schiedsvereinbarung gebunden ist, noch zu ihrem Recht kommen kann. Bekanntlich sind Schiedsverfahren teuer (regelmässig teurer als staatliche Verfahren) und müssen vollständig von den Parteien vorfinanziert werden. Für die ohnehin schon finanzschwache Partei stellen die Kosten des Schiedsverfahrens daher eine unüberwindliche Rechtswegbarriere dar. Diese sieht sich alleine aus dem Grund einem Rechtsverlust ausgesetzt, weil sie sich keine effektive Vertretung leisten kann; der Staat schützt die mittellose Schiedspartei nicht davor, und genauso wenig kann sie erwarten, dass Schiedsgericht oder Schiedsinstitution auf ihr Honorar verzichten oder dass ihr diese oder die Gegenpartei die Vertretung (vor-)finanzieren¹¹. Die Kostenproblematik steht alsdann in einem Spannungsverhältnis zum Rechtsgleichheitsgrundsatz, denn - in den Worten des Bundesgerichts - offen steht alsdann die Rechtsverfolgungsmöglichkeit *„dem Armen in That und Wahrheit nur zum Scheine, da sie dieselben an eine Voraussetzung knüpft, welche der Arme von vorneherein nicht erfüllen kann.“*¹².

II. Bedeutung des Ausschlusses der unentgeltlichen Rechtspflege

1. Allgemeines

4. Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Schiedsverfahren ausgeschlossen (Art. 380 ZPO)¹³. Es besteht kein Anspruch auf eine irgendwie geartete staatliche Unterstützung, wenn für die Durchsetzung eines Rechts oder der Abwehr geltend gemachter Rechte der schiedsgerichtliche Weg beschritten werden muss. Die Parteien können also nicht etwa vom staatlichen Gericht am Ort des Schiedsgerichts (oder von irgendeiner anderen Behörde) verlangen, dass ihnen für das

¹⁰ BGE 4A_178/2014 E. 4.

¹¹ Marco **Stacher**, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III (Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO), Bern 2014, N 8 zu Art. 380 ZPO.

¹² BGE 13 I 251 E. 3.

¹³ BGE 4A_178/2014 E. 4.

Schiedsverfahren Kostengutsprache oder Kostenbevorschussung oder dergleichen gewährt und ein Rechtsbeistand bestellt wird (vgl. Art. 118 ZPO)¹⁴. Der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege bedeutet auch, dass kein gesetzlicher Anspruch gegenüber dem Schiedsgericht oder die gewählte Schiedsinstitution oder gar gegen die Gegenpartei besteht, die notwendigen finanziellen Mittel der finanzschwachen Partei zur Verfügung zu stellen bzw. auf entsprechende Kostenvorschüsse zu verzichten. Freilich ist nicht völlig ausgeschlossen, abweichende vertragliche Abmachungen schon in der Schiedsvereinbarung selber oder später zu treffen. Auch die gewählte Verfahrensordnung kann Möglichkeiten der Abhilfe vorsehen. So besteht nach der Verfahrensordnung des Sportschiedsgerichts in Lausanne (TAS/CAS) eine sog. *legal aid* für bedürftige Schiedsparteien¹⁵.

5. Der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege bei der Schiedsgerichtsbarkeit ist im Übrigen sachgerecht. Die Parteien entscheiden sich frei für die Schiedsgerichtsbarkeit und verzichten damit freiwillig auf die Vorteile der staatlichen Gerichtsbarkeit und damit auch auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege¹⁶. Es ist nun nicht Aufgabe des Staates, einer Schiedspartei ihren Anteil an den Verfahrenskosten oder die Kosten ihres Rechtsbeistands zu finanzieren, wenn sie sich freiwillig für eine alternative Streitschlichtung entschieden hat¹⁷. Der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege gründet daher nach der schweizerischen Rechtsprechung in der Natur der Institution Schiedsgerichtsbarkeit¹⁸.

¹⁴ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 5 zu Art. 380 ZPO. Vgl. kritisch Marcel **Strome**, Schiedsgericht nur für Reiche?, in: Birgit Bachmann/Stephan Breidenbach/Dagmar Coester-Waltjen/Burkhard Hess/Andreas Nelle/Christian Wolf (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, S. 965 f.

¹⁵ Vgl. dazu unten Ziff. 22.

¹⁶ Felix **Dasser**, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), ZPO - Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Auflage, Basel 2014, N 2 zu Art. 380 ZPO; Rolf A. **Schütze**, in: Bernhard Wieczorek/Rolf A. Schütze (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Elfter Band: §§ 916-1066, 4. Auflage, Berlin 2014, N 82 zu § 1029 ZPO/D.

¹⁷ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 2 zu Art. 380 ZPO.

¹⁸ BGE 99 Ia 325 E. 3b.

6. Der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege bei der Schiedsgerichtsbarkeit wird denn auch als verfassungskonform und menschenrechtskonform betrachtet, da weder die Rechtsweggarantie gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK noch der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 29 Abs. 3 BV eine Grundlage für einen entsprechenden Anspruch in Schiedsverfahren vermitteln¹⁹.

2. Unentgeltliche Rechtspflege im staatlichen Verfahren

A. Vor dem *Juge d'appui*

7. In der Literatur wird vertreten, dass der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege nicht nur für das eigentliche Verfahren vor dem Schiedsgericht gilt, sondern auch für die schiedsgerichtsbezogenen Verfahren vor staatlichen Gerichten (z.B. vor dem *Juge d'appui*)²⁰. Tatsächlich besteht beim staatlichen Hilfsverfahren *prima vista* keine Notwendigkeit zur unentgeltlichen Rechtspflege, zumal gerade bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit die Meinung vorherrschend sein dürfte, dass die Parteien eines Schiedsverfahrens halt vermögend zu sein haben. Wird zudem davon ausgegangen, dass die Schiedsvereinbarung mit der Kündigung wegen Mittellosigkeit *ex nunc* dahinfällt²¹, dann dürfte es aufgrund der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gar nicht erst zu einem staatlichen Verfahren kommen. So sieht denn die *lex arbitri* mitunter vor, dass das staatliche Gericht nicht tätig wird, wenn keine gültige Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien besteht (vgl. etwa Art. 362 Abs. 3 ZPO bzw. 179 Abs. 3 IPRG für die hilfsweise Ernennung eines Schiedsrichters). Allerdings kann es bisweilen aufwändig sein, das Erlöschen einer Schiedsvereinbarung zu überprüfen, zumal das staatliche Gericht regelmässig nur bei offensichtlicher Unzuständigkeit des Schiedsgerichts darauf erkennen soll (Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz

¹⁹ Philipp **Habegger**, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, N 9 und 13 zu Art. 380 ZPO; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 3 zu Art. 380 ZPO.

²⁰ **Göksu** (Fn. 8), N 1887; **Habegger**, Basler Kommentar (Fn. 19), N 3 zu Art. 380 ZPO.

²¹ Vgl. dazu unten Ziff. 44.

des Schiedsgerichts). Obwohl also inhaltlich die Schiedsvereinbarung erloschen sein kann, könnte sich das staatliche Gericht mangels Offensichtlichkeit dazu verleitet sehen, dennoch das staatliche Hilfsverfahren durchzuführen²². Ganz abgesehen davon erfordert auch die staatsgerichtliche Erkenntnis des Erlöschens der Schiedsvereinbarung ein Verfahren vor dem staatlichen Gericht, welches auf Seiten der Parteien Kosten generiert bzw. finanzielle Dispositionen erfordert, die zu erbringen sie nicht in der Lage sein können. Wenn beispielweise die klagende Partei entgegen der Kündigung der Schiedsvereinbarung durch die mittellose beklagte Partei das staatliche Gericht um Ernennung eines Schiedsrichters ersucht, muss sich die mittellose Partei im staatlichen Verfahren verteidigen und gegebenenfalls die unentgeltliche Rechtspflege beantragen können. In derartigen Konstellationen muss auch im staatlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege beanspruchbar sein.

8. Die Meinung, dass im staatlichen Hilfsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen wird, ist daher zu relativieren. Tatsächlich ergibt sich weder aus dem 12. Kapitel des IPRG (bezüglich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit) noch aus Art. 380 ZPO (bezüglich der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit), dass die unentgeltliche Rechtspflege im staatlichen Hilfsverfahren ebenfalls ausgeschlossen wäre. Insbesondere aus dem Wortlaut von Art. 380 ZPO lässt sich derartiges nicht ableiten. Auch die systematische Einordnung von Art. 380 ZPO im Titel über das Schiedsverfahren spricht dafür, dass der Ausschluss nur das eigentliche Verfahren vor dem Schiedsgericht selber betrifft²³. Umgekehrt kommen beim staatlichen Verfahren ohnehin die allgemeinen Bestimmungen über die ZPO zur Anwendung²⁴, mithin auch die Art. 117 ff. ZPO über die unentgeltliche Rechtspflege.

²² Vgl. dazu unten Ziff. 57 ff.

²³ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 6 zu Art. 380 ZPO.

²⁴ **Göksu** (Fn. 8), N 308; Pierre **Lalive**/Jean-François **Poudret**/Claude **Reymond**, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Edition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, Lausanne 1989, N 2 zu Art. 27 KSG; Michael E. **Schneider**/Matthias **Scherer**, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013, N 61 zu Art. 184 IPRG.

B. Im Beschwerdeverfahren

9. Soweit ersichtlich wird die Ansicht, dass die unentgeltliche Rechtspflege in Beschwerde- oder Revisionsverfahren ausgeschlossen ist, nicht vertreten. In BGE 4A_631/2011 E. 4 und 4A_178/2014 E. 6 hat das Bundesgericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wegen Aussichtslosigkeit (vgl. Art. 64 Abs. 1 BGG) abgewiesen, nicht dagegen weil die unentgeltliche Rechtspflege bei der Schiedsbeschwerde grundsätzlich ausgeschlossen wäre. Dies liesse sich juristisch auch schlecht begründen: Art. 64 BGG schränkt die unentgeltliche Rechtspflege bei Schiedsverfahren nicht ein, und auch Art. 77 BGG, welcher ausdrücklich einzelne Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes bei der Schiedsbeschwerde für unanwendbar erklärt, erwähnt Art. 64 BGG eben gerade nicht. Und auch sonst liesse sich mit Blick auf den verfassungsmässigen Justizgewährungsanspruch (Art. 29 Abs. 3 BV) nicht vertreten, weshalb im Beschwerdeverfahren gegen den Schiedsspruch, wo dieser danach überprüft wird, ob er die elementaren Grundsätze eines Entscheidungsverfahrens einhält, die unentgeltliche Rechtspflege nicht gelten sollte. Gleiches gilt für den seltenen Fall, dass die Parteien bei Binnenschiedsfällen das obere kantonale Gericht als Beschwerdeinstanz bestimmen (Art. 390 ZPO): Weder aus den Art. 389 ff. ZPO noch aus deren allgemeinen Bestimmungen, die im Übrigen für dieses Beschwerdeverfahren anwendbar sind (vgl. Art. 390 Abs. 2 ZPO)²⁵, ergibt sich, dass die unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen wäre. Mithin kann die unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren beansprucht werden²⁶.

C. Im Revisionsverfahren

10. Diese Überlegungen führen zum gleichen Ergebnis für Revisionsverfahren, die vor dem staatlichen Gericht (Bundesgericht bei einem internationalen Schiedsspruch, oberes kantonales Gericht bei einem Binnenschiedsspruch) stattfinden²⁷. Die Frage der unentgeltlichen

²⁵ Göksu (Fn. 8), N 2011.

²⁶ Vgl. auch Stacher, Berner Kommentar (Fn. 11), N 5 zu Art. 380 ZPO.

²⁷ Göksu (Fn. 8), N 2295.

Rechtspflege kann sich etwa stellen, wenn die (unterlegene) Partei nach dem Schiedsspruch mittellos wurde. Die Schiedsvereinbarung zu kündigen²⁸, bringt ihr alsdann nichts mehr, da der Schiedsspruch bereits ergangen ist. Leidet der Schiedsspruch an einem Revisionsgrund, bleibt ihr daher nichts anderes übrig, als das zuständige staatliche Gericht anzurufen, um zu ihrem Recht zu kommen. Dabei sehen weder das für das bundesgerichtliche Revisionsverfahren massgebende BGG noch der für das kantonale Verfahren massgebende 3. Teil der ZPO Ausnahmen von der unentgeltlichen Rechtspflege vor.

11. Die unentgeltliche Rechtspflege gilt aber nur für das Verfahren vor der staatlichen Revisionsinstanz. Ausgeschlossen ist sie - bei Gutheissung des Revisionsgesuchs - vor dem Schiedsgericht, das neuerlich entscheiden muss. Allerdings wird die mit ihrem Revisionsgesuch erfolgreiche, mittellose Partei die Kündigung der Schiedsvereinbarung erwägen mit der Folge, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht mehr gegeben ist und die Sache vor das staatliche Gericht gebracht werden kann²⁹. Nach der hier vertretenen Meinung ist also alsdann das neu aufgerollte Verfahren vor dem zuständigen staatlichen Gericht durchzuführen.

D. Im Vollstreckungsverfahren

12. Nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist die unentgeltliche Rechtspflege im Vollstreckungsverfahren, wenn es also darum geht, den Schiedsspruch zwangsweise durchzusetzen. Freilich ist zu unterscheiden zwischen der Zwangsvollstreckung von Geldschulden, die sich nach dem SchKG richtet, und der Zwangsvollstreckung von Nicht-Geldschulden, die sich nach den Art. 335 ff. ZPO richtet. Wenn auch in beiden Fällen ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Grundsatz besteht, so ist er jedenfalls im SchKG ausserhalb gerichtlicher Verfahren (vorab im Rechtsöffnungsverfahren; Art. 80 ff. SchKG) kaum anzutreffen. Es bestehen aber keine Einschränkungen im Recht auf unentgeltliche Rechtspflege allein deshalb, weil die Vollstreckung eines Schiedsspruchs zur Diskussion steht.

²⁸ Vgl. dazu unten Ziff. 21 ff.

²⁹ Vgl. dazu unten Ziff. 43.

E. Zusammenfassung

13. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege nur das eigentliche Verfahren vor dem Schiedsgericht betrifft, nicht dagegen konnexen staatlichen Verfahren. Mithin sind sowohl das Verfahren vor dem *Juge d'appui* wie auch andere Verfahren vor den staatlichen Gerichten wie Beschwerde-, Revisions- oder Vollstreckungsverfahren jedenfalls im Grundsatz der unentgeltlichen Rechtspflege zugänglich.

III. Behandlung der Mittellosigkeit im Schiedsverfahren

1. Allgemeines

14. Mit der Schiedsvereinbarung verzichten die Parteien auf das staatliche Gericht. Das ist - soweit die (objektive) Schiedsfähigkeit gegeben ist - auch nicht weiter problematisch. Indem die Rechtsordnung Rechtsmittel (vorab Beschwerde, aber auch die Revision) gegen den Schiedsspruch zur Verfügung stellt, gewährleistet sie, dass nur einem staatlichen Urteil gleichgestellt wird, was auch die minimalen Anforderungen an ein faires und gerechtes Verfahren erfüllt. Nicht gelöst wird damit aber die Frage, wie die Situation derjenigen Partei zu behandeln ist, welche deshalb kein Verfahren einleiten oder sich an diesem beteiligen kann, weil sie es sich nicht leisten kann. Die Schiedsvereinbarung bringt also den Justizgewährungsanspruch und das Recht auf ein faires und gerechtes Verfahren von Anfang an in Not, wenn das Schiedsverfahren infolge Mittellosigkeit nicht angehoben oder verfolgt werden kann.

15. Rechtsdogmatisch führt dies zu einem Dilemma: Einerseits haben die Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen. Daran sind sie gebunden (*pacta sunt servanda*). Wie wichtig rechtstheoretisch die Bindungswirkung des gegebenen Wortes ist, braucht nicht näher erklärt zu werden. Andererseits ergibt sich gerade aus dieser Bindungswirkung, dass die mittellose Partei nicht zu ihrem Recht kommt, weil sie die vereinbarte Verfahrensart (Schiedsverfahren) nicht finanzieren kann. Wie wichtig dieser Justizgewährungsanspruch ist, bedarf angesichts seiner verfassungsrechtlichen Grundlagen (Art. 29 Abs. 3 BV) und seiner

rechtshistorischen Ursprünge (Rechtsgleichheitsprinzip) auch keiner ausschweifenden Erklärung. Es bleibt die Feststellung, dass das Dilemma jedenfalls nicht mit dem Argument gelöst werden kann, dass eine Prinzip sei wichtiger oder grundlegender und würde daher das andere vollständig verdrängen³⁰.

16. Eine mögliche Lösung des Dilemmas hätte darin bestanden, der mittellosen Partei die unentgeltliche Rechtspflege im Schiedsverfahren zuzugestehen. Damit wären beide Grundsätze ohne Einschränkungen respektiert worden: Die Schiedsvereinbarung bliebe erhalten und die mittellose Partei würde aufgrund entsprechender Finanzhilfe (seitens des Staats) das Schiedsverfahren durchführen können. Nach der schweizerischen *lex arbitri* ist dies aber eben gerade ausgeschlossen³¹: Dem Staat obliegt es nicht, ein Schiedsverfahren zu finanzieren. Das ist ein politischer Entscheid, den es in der Rechtsanwendung zu respektieren gilt. Es stellt sich aber dann die Frage, welche andere Lösung aus diesem dogmatischen Dilemma „*pacta sunt servanda* versus Justizgewährungsanspruch“ führen kann.

17. Anders als der deutsche Bundesgerichtshof hat sich das schweizerische Bundesgericht - soweit erkennbar - noch nie zu dieser Problematik geäußert. Immerhin hat es einmal die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine abgeschlossene Schiedsvereinbarung bei Fehlen finanzieller Mittel im Hinblick auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) gekündigt werden kann, aufgeworfen, aber schliesslich offengelassen³².

18. Das Problem der mittellosen Schiedspartei ist der Schiedsgerichtsliteratur nicht fremd. Gelöst wird es ausgehend von einem anderen schuldrechtrechtlichen Prinzip, nämlich der *clausula rebus sic stantibus*: Der Grundsatz *pacta sunt servanda* gilt ja nicht schrankenlos. Ein starres Festhalten an der Vertragstreue kann gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstossen, wenn wichtige Gründe vorliegen, welche das Festhalten an der Vereinbarung als unzumutbar erscheinen

³⁰ Vgl. auch Peter **Schlosser**, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 7/2, 21. Auflage, Tübingen 1994, N 43 zu § 1025 ZPO/D.

³¹ Vgl. oben Ziff. 4.

³² BGE 4A_178/2014 E. 4.

lassen³³. Das gilt auch für die Schiedsvereinbarung³⁴. Wie jedes Dauerschuldverhältnis ist daher auch die Schiedsvereinbarung aus wichtigen Gründen kündbar³⁵. Ein solcher Umstand ist nun aber darin zu erblicken, dass eine Partei seit Abschluss der Schiedsvereinbarung mittellos geworden ist. Ihr kann ein Festhalten an der Schiedsvereinbarung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden, wenn ihre finanzielle Situation ihr die Rechtsverfolgung nicht gestattet. Dies scheint denn auch die herrschende Lehre in der Schweiz zu sein³⁶. Dogmatisch lässt sich demnach mit der Figur

³³ Peter **Gauch**/Walter **Schluep**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, N 1290.

³⁴ Vgl. **Schlosser**, Stein/Jonas (Fn. 30), N 43 zu § 1025 ZPO/D.

³⁵ Joachim **Münch**, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3, 2. Auflage, München 2001, N 57 zu § 1029 ZPO/D, mit weiteren Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung.

³⁶ Vgl. Bernhard **Berger**/Franz **Kellerhals**, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. Auflage, N 527 und 1043; **Dasser**, Kurzkomentar (Fn. 16), N 3 zu Art. 380 ZPO; Dominik **Gasser**/Brigitte **Rickli**, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, N 5 zu Art. 357 ZPO; Daniel **Girsberger**/Nathalie **Voser**, International Arbitration in Switzerland, 2. Auflage, Zürich 2012, N 388 und 397; **Göksu** (Fn. 8), N 1888; Dieter **Gränicher**, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013, N 85c zu Art. 178 IPRG; Max **Guldener**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 614; **Habegger**, Basler Kommentar (Fn. 19), N 30 zu Art. 378 ZPO und N 13 zu Art. 380 ZPO; **Habscheid**, FS Walder, S. 331; Christoph **Müller**, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 4 zu Art. 380 ZPO; Gabrielle **Kaufmann-Kohler**/Antonio **Rigozzi**, Arbitrage international, 2. Auflage, Bern 2010, N 280a; Stefanie **Pfisterer**, Berner Kommentar, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III (Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO), Bern 2014, N 22 zu Art. 352 ZPO und N 71 zu Art. 357 ZPO; Jean-François **Poudret**/Sébastien **Besson**, Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, Zürich 2007, N 381 ff.; Thomas **Rüede**/Reimer **Hadenfeldt**, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage, Zürich 1993, S. 103, mit Hinweisen auf die verschiedenen Lehrmeinungen; Rolf A. **Schütze**, Armut im internationalen Schiedsverfahren, Kollisionsrechtliche Aspekte, in: Birgit Bachmann/Stephan Breidenbach/Dagmar Coester-Waltjen/Burkhard Hess/Andreas Nelle/Christian Wolf (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Peter

der *clausula rebus sic stantibus* relativ zwanglos herleiten, dass an der Schiedsvereinbarung nicht festgehalten werden kann, wenn sich eine Partei ein Schiedsverfahren nicht mehr leisten kann.

19. Die *clausula rebus sic stantibus* setzt allerdings eine Veränderung der Verhältnisse voraus³⁷. Nur wenn demnach die finanzielle Situation einer Partei sich seit Abschluss der Schiedsvereinbarung verändert hat und im Zeitpunkt, da der Rechtsschutz beansprucht wird, ihr die Rechtsverfolgung verunmöglicht, greift diese Ausnahme vom Grundsatz *pacta sunt servanda*. Ausgeschlossen wäre danach die Kündigung der Schiedsvereinbarung, wenn die mittellose Partei schon im Zeitpunkt ihres Abschlusses in vergleichbar schlechter finanzieller Situation war, mithin keine in diesem Sinn wesentliche Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist. Nichtsdestotrotz wird in der schweizerischen Lehre in Anlehnung an die Rechtsprechung in Deutschland vertreten, dass auch bei „ursprünglicher“ Mittellosigkeit ein wichtiger Grund besteht, welcher die Kündigung der Schiedsvereinbarung rechtfertigt³⁸. Auch der Umstand also, dass eine Partei im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung mittellos war, berechtigt zur Kündigung der Schiedsvereinbarung aus wichtigen Gründen³⁹. Dies ist von der Sache her angesichts der Bedeutung des Justizgewährungsanspruchs richtig, lässt sich aber mit dem Prinzip der *clausula rebus sic stantibus* methodisch nicht mehr erklären. Vielmehr zeigt sich darin eben gerade, dass in diesem Punkt - wenn es darauf ankommt - der Justizgewährungsanspruch wichtiger erscheint als die Vertragstreue. Die Interessenabwägung erfolgt im Extremfall also zulasten des Grundsatzes *pacta sunt servanda*.

Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, S. 868 ff.; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 12 zu Art. 380 ZPO; Gerhard **Wagner**, Impecunious Parties and Arbitration Agreements, SchiedsVZ 2003, S. 213 ff.; vgl. auch BGH, NJW 2000, S. 3720 ff. Vgl. dagegen Martin **Bernet**, Schiedsgericht und Konkurs einer Partei, in: Monique Jametti Greiner/Bernhard Berger/Andreas Güngerich (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals, Bern 2005, S. 13 f.

³⁷ **Gauch/Schlupe** (Fn. 33), N 1281.

³⁸ **Göksu** (Fn. 8), N 1888. Vgl. auch BGH, NJW 2000, S. 3720; **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 84 zu § 1029 ZPO/D.

³⁹ Kritisch dazu **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 83 zu § 1029 ZPO/D.

20. In Deutschland, wo - anders als in der Schweiz - eine regelrechte Gerichtspraxis zur Prozessarmut im Schiedsverfahren besteht, wird diese Möglichkeit der Flucht aus der Schiedsvereinbarung sehr grosszügig gewährt⁴⁰. Die Rechtsprechung nimmt also leichthin Mittellosigkeit an und betrachtet mithin ebenso einfach die Schiedsvereinbarung aus diesem Grund als dahingefallen. Immerhin wird in der Schweiz der – seltene – Fall offenbaren Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) vorzubehalten sein⁴¹. Allein im Umstand, dass eine Partei in Kenntnis um ihre Prozessarmut und damit um die Unwirksamkeit der Schiedsklausel wissend, *volens nolens* der Schiedsklausel zustimmt, wird aber kein Rechtsmissbrauch erkannt werden können und erst recht nicht in denjenigen Fällen, wo die mittellose Partei die Tragweite einer Schiedsklausel gar nicht erfasst hat (was gerade bei Konsumenten regelmässig der Fall sein dürfte). Immer wird zudem eine Kündigung zugestanden werden müssen, wenn zwar eine Partei im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung prozessarm war, aber (nicht zuletzt aufgrund des abgeschlossenen Vertrags) darauf hoffen konnte, in Zukunft über genügende Mittel zur dereinstigen, eventuellen Durchführung eines Schiedsverfahrens zu besitzen⁴².

2. Kündigung der Schiedsvereinbarung

A. Voraussetzungen

a. Mittellosigkeit

21. Grundvoraussetzung für die Kündigung der Schiedsvereinbarung ist die Mittellosigkeit der betroffenen Partei. Es erscheint naheliegend, auf den gleichen Begriff wie in Art. 117 lit. a ZPO abzustellen. Eine Person ist demnach bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung ihres Grundbedarfs und derjenigen ihrer Familie notwendig sind⁴³. Mit anderen Worten ist ein wichtiger Grund für die Kündigung der

⁴⁰ **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 82 zu § 1029 ZPO/D.

⁴¹ Vgl. auch **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 85 zu § 1029 ZPO/D.

⁴² BGHZ 77, 65; **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 84 zu § 1029 ZPO/D.

⁴³ BGE 135 I 22 E. 5.1; 128 I 225 E. 2.5.1.

Schiedsvereinbarung immer dann gegeben, wenn im staatlichen Verfahren auch die unentgeltliche Rechtspflege gewährt würde. Ob die Mittellosigkeit verschuldet wurde, ist irrelevant⁴⁴.

22. Keine Mittellosigkeit besteht, wenn die Prozesskosten anders als durch eigene Mittel bestritten werden können. Sieht beispielsweise eine Schiedsinstitution eine Finanzierungshilfe für bedürftige Schiedsparteien vor (wie z.B. die Assistance judiciaire [*Legal Aid*] des Sportschiedsgerichts in Lausanne [TAS] nach Art. S6.9 der Schiedsordnung des Sportschiedsgerichts sowie die *Directives sur l'assistance judiciaire au Tribunal arbitral du sport* [Guidelines on Legal Aid before the Court of Arbitration for Sport]), dann steht dies der Kündigung der Schiedsvereinbarung entgegen. Die mittellose Partei hat alsdann diese Finanzierungshilfe in Anspruch zu nehmen und das Schiedsverfahren zu bestreiten. Dabei ist den Schiedsinstitutionen zu empfehlen, derartige Hilfen nach den gleichen Kriterien zu gewähren, wie sie auch eine Auflösung der Schiedsvereinbarung rechtfertigen würden. Idealerweise geht also die Schiedsinstitution vom gleichen Begriff der Mittellosigkeit aus wie Art. 117 lit. a ZPO und wie es für die Kündigung der Schiedsvereinbarung verlangt wird. Wird die Prozesshilfe unter strikteren Voraussetzungen erteilt, sodass die betroffene Partei nach Art. 117 lit. a ZPO gleichwohl als mittellos betrachtet werden muss, dann bleibt ihr die Möglichkeit zur Kündigung der Schiedsvereinbarung erhalten; sie hat alsdann auch gar keine andere Wahl, als zu kündigen. Ebenso besteht keine Mittellosigkeit, wenn - was bei Binnenschiedsgerichten bisweilen anzutreffen ist - eine Rechtsschutzversicherung Kostendeckung auch bei Schiedsverfahren gewährt. Alsdann ist an der Schiedsvereinbarung festzuhalten.

23. Denkbar, wenn auch unwahrscheinlich, ist, dass das Schiedsgericht oder die Schiedsgerichtsinstitution auf den entsprechenden Anteil des Honorars (vorerst) verzichtet oder dass die Gegenpartei

⁴⁴ **Schlosser**, Stein/Jonas (Fn. 30), N 43 zu § 1025 ZPO/D; **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 869; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 19 zu Art. 380 ZPO; Thilo **von Bodungen**/Karl **Pörnbacher**, Kosten und Kostentragung im Schiedsverfahren, in: Wissenschaftlicher Gesprächskreis Schiedsrecht München (Hrsg.), Taktik im Schiedsverfahren, München 2008, S. 143; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 213.

Bereitschaft zeigt, das Verfahren und die Kosten der mittellosen Partei zu finanzieren⁴⁵. Namentlich die Gegenpartei kann dadurch die Kündigung der Schiedsvereinbarung verhindern, indem sie die Kosten vorfinanziert oder übernimmt⁴⁶. Sie kann insbesondere bei internationalen Verhältnissen ein entsprechendes Interesse haben, wenn ansonsten, bei Kündigung der Schiedsvereinbarung, kein Klägergerichtsstand besteht, sie also am Beklagtergerichtsstand das Verfahren durchführen müsste. Insofern kann sie sich ausrechnen und es vorziehen, dass der Prozess, wenn er schon unvermeidbar ist, von ihr finanziert vor dem vorgesehenen Schiedsgericht durchgeführt wird als vor den staatlichen Gerichten der mittellosen Partei. In diesen Fällen ist im Interesse der Vertragstreue an der Schiedsvereinbarung festzuhalten. Vertragstechnisch verpflichtet sich damit die Gegenpartei, sämtliche vom Schiedsgericht verlangten Kostenvorschüsse und sonstige durch das Verfahren verursachte Kosten zu bezahlen⁴⁷. Dazu gehören auch die Anwaltskosten der mittellosen Partei⁴⁸. Dieser kann nicht zugemutet werden, ohne anwaltlichen Beistand ihre Rechte zu verfolgen⁴⁹, die Anwaltskosten erscheinen insofern notwendig. Immerhin wird vertreten, dass die Anwaltskosten nicht übernommen werden müssen, wenn es sich bei der mittellosen Person um einen Rechtsanwalt handelt, der sich selbst vor dem Schiedsgericht verteidigen kann⁵⁰. Sollte die nicht-mittellose Partei ihren Pflichten während des Verfahrens nicht nachkommen (z.B. weigert sie sich, die Reisekosten der Zeugen der mittellosen Partei zu bevorschussen), lebt nach der hier vertretenen Auffassung das Kündigungsrecht der mittellosen Partei infolge Bedürftigkeit wieder auf; es ist also nicht so, dass die mittellose Partei alsdann weiterhin an die Schiedsvereinbarung gebunden

⁴⁵ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 4 zu Art. 380 ZPO.

⁴⁶ **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 86 zu § 1029 ZPO/D; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 18 zu Art. 380 ZPO.

⁴⁷ **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 869 f.; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 18 zu Art. 380 ZPO; **von Bodungen/Pörnbacher** (Fn. 44), S. 143 f.; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 215.

⁴⁸ BGH, NJW 1969, S. 511.

⁴⁹ **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 215 f.

⁵⁰ Ingo **Saenger**, in: Zivilprozessordnung, Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2013, N 6 zu § 1032 ZPO/D.

wäre, aber immerhin einen vertraglichen Anspruch auf Erstattung ihrer Kosten (die sie ja nicht bevorschussen kann) hätte.

24. Kein Kündigungsrecht besteht, wenn schon Abreden in der Schiedsvereinbarung selber für Abhilfe sorgen. Wenn beispielsweise nach der Vereinbarung in der Schiedsklausel die Gegenpartei ohnehin das gesamte Verfahren einschliesslich Kosten des Rechtsbeistands und der Beweismittel auch der anderen (mittellosen) Partei (vor-)finanzieren müsste, liegt kein Kündigungsgrund vor. Sollte jene Partei ihren Pflichten nicht nachkommen, sodass die mittellose Partei das Schiedsverfahren nicht durchführen kann, aktualisiert sich der letzteren Partei Kündigungsrecht infolge Mittellosigkeit.

b. Weitere Voraussetzungen

25. Die Schiedsvereinbarung kann bei Mittellosigkeit deshalb gekündigt werden, weil die unentgeltliche Rechtspflege im Schiedsverfahren ausgeschlossen ist. Damit wird gedanklich vorausgesetzt, dass die mittellose Partei im staatlichen Verfahren im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege stehen würde. Ist dies aus irgendeinem Grund nicht der Fall, dann hat die mittellose Partei keinen Vorteil, wenn sie die Schiedsvereinbarung kündigt. Mithin ist die Kündigungsmöglichkeit grundsätzlich zu verneinen und an der Schiedsvereinbarung festzuhalten, wenn sich die mittellose Partei auch im staatlichen Verfahren nicht zur Wehr setzen könnte⁵¹. Dann gibt es nämlich keinen Grund, den Grundsatz *pacta sunt servanda* zu opfern.

26. Bei Binnensachverhalten beurteilt sich die Frage, ob die mittellose Partei die unentgeltliche Rechtspflege erhalten würde, nach den Art. 117 ff. ZPO. Bei internationalen Verhältnissen müssten demgegenüber die zivilprozessualen Regeln im mutmasslichen Forumstaat massgebend sein⁵². Stünde die mittellose Partei dort nicht im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege oder vergleichbarer staatlicher Unterstützung, beispielsweise weil dies dort nicht vorgesehen ist, dann besteht auch kein Anlass, eine

⁵¹ Vgl. auch **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 214.

⁵² A.M. **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 17 zu Art. 380 ZPO, der immer auf die Voraussetzungen der *lex fori* zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abstellen will, also in der Schweiz auf Art. 117 ff. ZPO.

Kündigungsmöglichkeit für die Schiedsvereinbarung vorzusehen. Allerdings ist immer auch zu berücksichtigen, ob im Forumstaat die Rechtsverfolgung günstiger ist als bei einem Schiedsverfahren. Ferner sind Konstellationen im Auge zu behalten, wo eine mittellose Partei auch ohne Zuspreehung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund des Verfahrensrechts des Forumstaats zu ihrem Recht kommen kann, auch wenn sie keine Kosten zu tragen in der Lage ist. Dies kann etwa der Fall sein, weil für fragliche Streitigkeiten im Forumstaat eine Art Untersuchungsgrundsatz und/oder Offizialmaxime gilt, welche faktisch kostenloses Prozessieren erlaubt, oder weil die mittellose Partei im Forumstaat als Beklagter keinen Gerichtskostenvorschuss leisten muss, ihre Beweisanträge sie nichts kosten und sich anwaltlicher Beistand auch ohne Bevorschussung finden lässt. In derartigen Fällen steht die mittellose Partei trotz fehlender unentgeltlicher Rechtspflege nicht völlig schutzlos da und hat mithin im staatlichen Verfahren einen veritablen Vorteil gegenüber dem Schiedsverfahren, sodass sich die Kündigung rechtfertigt. Stehen mehrere Gerichtsstände zur Diskussion, so genügt es, dass die mittellose klagende Partei an einem dieser Gerichtsstände besser dastünde als im Schiedsverfahren, da anzunehmen ist, dass sie an diesem Gerichtsstand klagen würde. Bei der mittellosen beklagten Partei ist indes bei mehreren Gerichtsständen auf denjenigen Gerichtsstand abzustellen, bei dem anzunehmen ist, dass am ehesten geklagt wird.

27. In der Lehre wird vertreten, dass der Umstand, dass das staatliche Verfahren günstiger ist als das Schiedsverfahren, für sich allein die Kündigung der Schiedsvereinbarung nicht rechtfertigt. Das staatliche Verfahren sei zwar in der Regel günstiger, führe aber dafür über mehrere Rechtsmittelinstanzen⁵³. Diesen Ausführungen kann jedenfalls in dieser allgemeinen Form nicht beigespflichtet werden. Es ist nämlich einerseits möglich, dass die Finanzlage der mittellosen Partei es ihr gerade noch erlaubt, ein staatliches Verfahren zu finanzieren, aber nicht mehr ein Schiedsverfahren. Zudem kommt es auch hier auf das Forum an: Es gibt Staaten (und auch Kantone)⁵⁴, wo sich die Kosten mit denjenigen von

⁵³ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 17 zu Art. 380 ZPO; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 214.

⁵⁴ Vgl. **Göksu** (Fn. 8), N 9.

Schiedsverfahren messen können; demgegenüber gibt es nicht wenige Staaten, wo die Gerichts- und Anwaltskosten deutlich unter denjenigen des fraglichen Schiedsverfahrens liegen. Es sind also letztlich die konkret in Frage stehenden Schiedsgerichtskosten mit den Kosten eines Gerichtsverfahrens im betreffenden Staat in Relation zu setzen. Ist der Unterschied erheblich, dann ist das ein Umstand, welcher der mittellosen Partei im konkreten Fall bei der Rechtsdurchsetzung weiterhelfen kann. Schliesslich kompensiert das staatliche Rechtsmittelverfahren in der Regel kaum jemals die Kosten des erstinstanzlichen Schiedsverfahrens. Kann hingegen die mittellose Partei auch bei niedrigeren Kosten im Forumstaat ihre Rechte infolge ihrer Finanzschwäche nicht wahrnehmen, dann besteht tatsächlich kein Grund, die Schiedsvereinbarung aufzuheben.

28. Im staatlichen Verfahren in der Schweiz hängt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von weiteren Voraussetzungen ab, allen voran davon, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos sind (vgl. Art. 117 lit. b ZPO)⁵⁵. Auch wird die unentgeltliche Rechtspflege juristischen Personen nur einschränkend gewährt. Befindet sich der Gerichtsstand für das staatliche Verfahren in der Schweiz, so hängt die Kündigungsmöglichkeit der Schiedsvereinbarung auch von diesen Umständen ab⁵⁶. Wie erwähnt besteht kein Grund, die Schiedsvereinbarung aufzuheben, wenn sich im staatlichen Verfahren das Finanzierungsproblem gleichermassen stellt, wenn also die mittellose Partei beispielsweise infolge Aussichtslosigkeit ihrer Rechtsbegehren im staatlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege nicht zugesprochen erhalte.

29. Auf die Parteirollenverteilung kommt es bei der Kündigungsmöglichkeit infolge Mittellosigkeit nicht an⁵⁷. Kläger und Beklagter sind nicht unterschiedlich zu behandeln, da sie sich grundsätzlich in der gleichen Situation befinden. Der mittellose Beklagte kann sich ebenso gezwungen sehen, die Schiedsvereinbarung zu kündigen, wie der Kläger. Die Mittellosigkeit ist also je nach Parteirollenverteilung nicht

⁵⁵ Vgl. auch **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 213.

⁵⁶ Vgl. **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 22 zu Art. 380 ZPO.

⁵⁷ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 13 zu Art. 380 ZPO; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 213.

unterschiedlich zu beurteilen⁵⁸. Immerhin wird sich der Kläger regelmässig von Anfang an genötigt sehen, die Schiedsvereinbarung zu kündigen. Der mittellose Beklagte dagegen könnte sich auf das Verfahren einlassen und somit die Bevorschussung der gesamten Schiedskosten dem Kläger überlassen, eventuell auch in der Hoffnung, dass dieser dann auf das Schiedsverfahren verzichtet und vor den staatlichen Gerichten klagt (vgl. Art. 378 Abs. 2 ZPO), wo dann die unentgeltliche Rechtspflege beantragt werden kann. Die Frage nach der Kündigung der Schiedsvereinbarung kann für den Beklagten erst aktuell werden, wenn für ihn Kosten anstehen, die er nicht zu tragen vermag (z.B. weil das Schiedsgericht die Kosten für die vom Beklagten beantragten Beweisabnahmen von diesem bezahlt haben will), oder wenn er selbst die Anwaltskosten nicht mehr bevorschussen und somit eine Rechtsvertretung beziehen kann. Daher gilt eine beklagte Partei selbst dann als mittellos, wenn die Gegenpartei zwar den Kostenvorschuss für das Schiedsgericht leistet, aber sie einen eigenen Anwalt nicht honorieren kann⁵⁹, sofern nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses Auftreten ohne anwaltschaftlichen Beistand unzumutbar ist⁶⁰, was in Schiedsverfahren schnell anzunehmen ist⁶¹.

30. Hat die beklagte Partei infolge Mittellosigkeit die Schiedsvereinbarung gekündigt, kann die andere Partei gleich beim staatlichen Gericht klagen. Die allfällige Einrede der Schiedsvereinbarung (Art. 61 lit. a ZPO, 7 lit. a IPRG und II Ziff. 3 NYÜ) ist nicht zu hören, da sie nicht nur rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) wäre, sondern weil nach der Kündigung auch gar keine wirksame Schiedsvereinbarung mehr besteht, welche der Durchführung des staatlichen Verfahrens entgegenstehen würde.

31. Auf den Zeitpunkt des Eintritts der Mittellosigkeit kommt es nicht an. Das Kündigungsrecht besteht selbst dann, wenn die Mittellosigkeit

⁵⁸ Vgl. **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 87 zu § 1029 ZPO/D.

⁵⁹ Wolfgang **Voit**, in: Hans-Joachim Musielak (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 11. Auflage, München 2014, N 12 zu § 1029 ZPO/D.

⁶⁰ **Schlosser**, Stein/Jonas (Fn. 30), N 43 zu § 1025 ZPO/D; BGH, NJW 1969, S. 277.

⁶¹ Vgl. oben Ziff. 23.

bereits vor Abschluss der Schiedsvereinbarung bestand, und nicht nur wenn sie erst danach eintrat⁶². Es wird also nicht eine Veränderung der Verhältnisse seit Abschluss der Schiedsvereinbarung vorausgesetzt, was allerdings aufgrund der dogmatischen Grundlagen des Kündigungsgrunds (*clausula rebus sic stantibus*) voraussetzen gewesen wäre. Der Justizgewährungsanspruch erscheint hier wichtiger als dogmatische Hindernisse des Kündigungsrechts⁶³.

c. Sonderfall: Konkurs

32. Ist eine Verfahrenspartei derart mittellos, dass über sie der Konkurs eröffnet werden musste, stellt sich die Frage nach dem weiteren Schicksal des Schiedsverfahrens. Ob ein Schiedsverfahren nach Konkurseröffnung zu sistieren ist (vgl. Art. 207 SchKG), beurteilt sich nach dem auf das Schiedsverfahren anwendbaren Recht (Art. 187 Abs. 1 IPRG) und nicht nach dem ausländischen Konkursstatut⁶⁴. Ob die Eröffnung des Konkurses über eine Partei der Schiedsvereinbarung einen Rechtsnachfolgetatbestand auslöst und ob gegebenenfalls ein Insolvenzverwalter oder andere Personen an die vom Schuldner abgeschlossene Schiedsvereinbarung gebunden sind, beurteilt sich nach dem *Konkursstatut*⁶⁵. Ist schweizerisches Recht anwendbar, so findet kein Übergang der Rechte und Pflichten des Schuldners auf die Konkursmasse statt; die vom Schuldner abgeschlossenen Schiedsvereinbarungen bleiben aber auch für die Konkursmasse verbindlich, und zwar sowohl für Aktiv- als auch Passivprozesse und unabhängig davon, ob das Schiedsverfahren bei Konkurseröffnung bereits eingeleitet war oder nicht⁶⁶.

⁶² **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 869; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 19 zu Art. 380 ZPO; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 213; a.M. **Poudret/Besson** (Fn. 36), N 381.

⁶³ Vgl. oben Ziff. 19; **Gränicher**, Basler Kommentar (Fn. 36), N 85c zu Art. 178 IPRG.

⁶⁴ **Göksu** (Fn. 8), N 659; Michael **Günter**, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zur Berücksichtigung von Insolvenzverfahren und ihren Auswirkungen vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2011, N 542.

⁶⁵ BGE 138 III 714 E. 3.5.1; 4A_428/2008 E. 3.3.

⁶⁶ BGE 138 III 714 E. 3.6; 136 III 107 E. 2.5; vgl. dagegen noch BGE 33 II 648 E. 4.

B. Modalitäten

33. Die Schiedsvereinbarung fällt nicht von Gesetzes wegen dahin, wenn eine Schiedspartei mittellos wird. Vielmehr muss die Schiedsvereinbarung gekündigt werden⁶⁷. Damit ist auch gesagt, dass die mittellose Partei an der Schiedsvereinbarung festhalten kann. Die andere Partei kann nicht gegen den Willen oder anstelle der mittellosen Partei die Schiedsvereinbarung kündigen⁶⁸.

34. Aus der Kündigung muss sich zumindest sinngemäss ergeben, dass sich der Erklärende an die Schiedsvereinbarung nicht mehr gebunden fühlt, und zwar aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse. An den Inhalt der Erklärung dürfen keine hohen Anforderungen gestellt werden, solange objektiv erkennbar ist, was gemeint war. Zu fordern ist aber, dass der Kündigende den Grund (zumindest auf Nachfragen der Gegenpartei) angibt: Die andere Partei muss wissen, weshalb an der Schiedsvereinbarung nicht mehr festgehalten wird, und für sich beurteilen können, ob die Kündigung zu Recht erfolgt. Damit ist auch gesagt, dass Adressat der Kündigung die andere Partei ist, und nicht etwa das angerufene staatliche Gericht, das Schiedsgericht oder die Schiedsinstitution.

35. Einer Annahme der Kündigung seitens der Gegenpartei bedarf es nicht. Die Kündigung ist als einseitige Willenserklärung auch ohne entsprechende Annahme der Gegenpartei bzw. unabhängig davon wirksam. Immerhin kann die Gegenpartei die Kündigung akzeptieren in dem Sinn, dass alsdann die Frage, ob die Voraussetzungen der Kündigung tatsächlich erfüllt waren, ausser Streit gestellt wird. Wird die Kündigung von der Gegenpartei „angenommen“, dann handelt es sich damit letztlich um eine Aufhebung der Schiedsvereinbarung durch Übereinkunft, sofern nicht schon die Voraussetzungen der Kündigung erfüllt waren⁶⁹. Die Gegenpartei kann alsdann in einem späteren Verfahren die Wirksamkeit der Kündigung

⁶⁷ Anders die Rechtslage in Deutschland, vgl. **von Bodungen/Pörnbacher** (Fn. 44), S. 143; **Saenger**, Handkommentar (Fn. 50), N 6 zu § 1032 ZPO/D.

⁶⁸ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 21 zu Art. 380 ZPO.

⁶⁹ Waren die Voraussetzungen der Kündigung erfüllt, dann handelt es sich bei der „Annahme“ der Kündigung um ein überflüssiges Geschäft, denn die Schiedsvereinbarung fällt alsdann mit Empfang der Kündigung dahin.

grundsätzlich nicht mehr in Frage stellen, ausser sie hätte die Annahme unter dem Einfluss eines massgeblichen Willensmangels (Art. 23 ff. OR) erklärt⁷⁰.

36. Die Kündigung bedarf keiner besonderen Form (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR). Sie kann auch konkludent erklärt werden, sofern der entsprechende Wille, an der Schiedsvereinbarung nicht festhalten zu wollen, unmissverständlich ist. Wenn der Kläger in Kenntnis der Schiedsvereinbarung und mit Rücksicht auf seine finanziellen Verhältnisse das staatliche Gericht anruft, womöglich unter gleichzeitiger Beantragung der unentgeltlichen Rechtspflege, so ist darin eine solche konkludente Kündigung der Schiedsvereinbarung zu erkennen, sofern die entsprechenden Eingaben auch der Gegenpartei zugestellt werden. Es muss genügen, wenn aus dem Verhalten der entsprechenden Partei gegenüber der Gegenpartei hervorgeht, dass sie sich aufgrund ihrer finanziellen Schwierigkeiten an die Schiedsvereinbarung nicht mehr gebunden fühlt.

C. Zeitpunkt

37. Es stellt sich die Frage, wann die Schiedsvereinbarung zu kündigen ist. Frühest möglicher Zeitpunkt wäre derjenige, wo die finanziellen Schwierigkeiten auftreten. Allerdings wird einer Partei nicht zugemutet werden können, eine abgeschlossene Schiedsvereinbarung bei Auftreten der ersten finanziellen Probleme schon aufzukündigen, wenn weit und breit noch kein Rechtsstreit in Aussicht ist. Einerseits könnte sich die betroffene Partei bis zu einem allfälligen Rechtsstreit noch finanziell erholen. Andererseits kommt es in den meisten Fällen gar nicht zu einem Rechtsstreit, sodass der mittellosen Partei nicht zugemutet werden kann, gewissermassen auf Vorrat die Schiedsvereinbarung aufzukündigen und damit das Verhältnis zur Gegenpartei zu belasten, umso mehr sie damit ihre finanziellen Probleme der Gegenpartei gegenüber offenlegen müsste, was bei dieser allenfalls unnötiges Misstrauen auslöst und womöglich schliesslich zu einem Rechtsstreit führt.

⁷⁰ Alsdann wäre die Übereinkunft über die Aufhebung der Schiedsvereinbarung mangelbehaftet und unwirksam, sodass die Kündigung wieder einer (schieds-)gerichtlichen Prüfung zugänglich wird.

38. Es könnte vertreten werden, dass dann aber die Kündigung spätestens im Zeitpunkt des Ausbruchs des Rechtsstreits erfolgen muss, also vor oder zumindest anlässlich des Schiedsverfahrens. So könnte vom Kläger verlangt werden, dass er vor Klageeinleitung die Schiedsvereinbarung kündigt oder dies zumindest mit Klageeinleitung beim staatlichen Gericht tut, wobei die Anrufung des staatlichen Gerichts an sich (ohne auch ausdrückliche Kündigung der Schiedsvereinbarung) als implizite Kündigung der Schiedsvereinbarung verstanden werden kann⁷¹, sofern der Gegenpartei die Klageeinleitung ebenfalls mitgeteilt wird. Ebenso könnte vom Beklagten verlangt werden, dass er spätestens bei Drohen der Schiedsklage, spätestens aber vor einer Stellungnahme in der Sache selbst (analog zur Bestreitung der Zuständigkeit) die Kündigung ausspricht. Konsequenz dieser Argumentation wäre, dass verspätete Kündigung Präklusion bedeuten würde, dass also das Kündigungsrecht verwirkt wäre.

39. Diese Lösung erscheint indes nicht angemessen, und zwar aus mehreren Gründen:

a. Präklusion bedeutet in diesem Fall letztlich ein endgültiger Verlust des materiellen Anspruchs infolge nicht rechtzeitiger Geltendmachung, da das Schiedsverfahren nicht finanziert werden kann und mithin für die mittellose Partei den beinahe sicheren Verlust des Prozesses bedeutet. Diese Rechtsfolge erscheint umso strenger, wenn die mittellose Partei womöglich nicht einmal die finanzielle Möglichkeit hatte, rechtlichen Rat einzuholen und rechtzeitig die notwendige Kündigung vorzunehmen. Wohl ist die Präklusion dem Prozessrecht (und gerade dem Schiedsverfahren) nicht fremd. Dabei geht es aber immer nur um Verfahrenspositionen oder einzelne Verfahrensrechte, nicht aber um den quasi-definitiven Verlust des streitgegenständlichen materiellrechtlichen Anspruchs. Das Festhalten an der Schiedsvereinbarung infolge verspäteter Geltendmachung der Mittellosigkeit rechtfertigt sich deshalb angesichts der Rechtsfolgen und des Justizgewährungsanspruchs nicht.

b. Es kann Konstellationen geben, wo die Prozessarmut einer Schiedspartei erst im laufenden Schiedsverfahren entsteht und sie fortan

⁷¹ Vgl. **Münch**, Münchener Kommentar (Fn. 35), N 59 zu § 1029 ZPO/D.

nicht in der Lage ist, das Schiedsverfahren zu finanzieren. Alsdann muss es ihr gestattet sein, die Schiedsvereinbarung zu kündigen. Der Justizgewährungsanspruch erscheint alsdann wichtiger als das Festhalten an der Schiedsvereinbarung, selbst wenn das Schiedsverfahren bereits fortgeschritten ist⁷².

c. Schliesslich sind auch Konstellationen denkbar, wo die mittellose beklagte Partei Wege findet, sich aufs Schiedsverfahren trotz Mittellosigkeit einzulassen. Bekanntlich kann das Schiedsverfahren auch ohne Bezahlung des Kostenvorschusses durch die beklagte Partei durchgeführt werden (vgl. Art. 378 Abs. 2 ZPO). Der mittellose Beklagte könnte geneigt sein, dies zu provozieren. Wenn er sich auch noch mit der Rechtsvertretung über deren Honorarzahlung einigt, kann er durchaus einem Schiedsverfahren folgen, das ihn vorerst nichts kostet. Zu einem solchen Vorgehen könnte sich der Beklagte insbesondere dann bewogen sehen, wenn er zeitweilige Liquiditätsschwierigkeiten hat und eine finanzielle Verbesserung während des Schiedsverfahrens erwartet. Dem Beklagten, der trotz finanzieller Schwierigkeiten sich auf das Schiedsverfahren einlässt und insofern seine Treue zur Schiedsvereinbarung beweist, kann daher später nicht mit der Präklusion geantwortet werden, wenn sich in der Folge zeigt, dass er das Schiedsverfahren infolge seiner Finanzlage (doch) nicht mehr weiterverfolgen kann.

40. Mithin wird in der Literatur vertreten, dass eine Kündigung der Schiedsvereinbarung jederzeit möglich ist, auch noch während des Schiedsverfahrens und bis zu dessen Abschluss⁷³. Gerade bei fortgeschrittenem Verfahrensstadium muss die Kündigung indessen für die Wahrung der Rechte der mittellosen Partei erforderlich sein, beispielsweise weil sie neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel einreichen muss, dies noch zulässig ist und sie hierfür der unentgeltlichen Rechtspflege bedarf, oder weil sie ihren Rechtsbeistand nicht mehr honorieren kann⁷⁴. Teilweise wird vertreten, dass dabei ein strenger Massstab anzulegen ist, um einem

⁷² Vgl. **Göksu** (Fn. 8), N 1889.

⁷³ Vgl. **Münch**, Münchener Kommentar (Fn. 35), N 59 zu § 1029 ZPO/D.

⁷⁴ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 20 zu Art. 380 ZPO.

Taktieren entgegenzutreten⁷⁵. Dies ist m.E. nicht erforderlich. Allerdings werden Verhältnismässigkeitsüberlegungen umso eher eine Rolle spielen, je weiter der Prozess fortgeschritten ist und je wichtiger die Finanzierungsfrage für die Wahrnehmung von Verfahrensrechten ist: Müssen beispielsweise (nach Abschluss des Beweisverfahrens, der Schlussvorträge und/oder der Schlusseingaben) nur noch die Kostenansprüche eingereicht werden und kann die inzwischen mittellos gewordene Partei ihren Rechtsbeistand nicht mehr bevorschussen, wird man ihr zumuten können, dass sie dies selber tut; steht aber noch ein Verhandlungstermin an, wo in der Sache selber verhandelt wird, oder sind noch materielle Rechtsschriften auszutauschen, muss die Notwendigkeit anwaltlichen Beistands bejaht und somit auch die wirksame Kündigung zugelassen werden.

41. Immerhin gebietet der Grundsatz von Treu und Glauben, dass die prozessarme Partei die Schiedsvereinbarung so früh wie möglich kündigt. Wenn sie mit der Kündigung zu lange treuwidrig zuwartet, kann es sich rechtfertigen, ihr die Verfahrenskosten und die Kosten der Gegenpartei zu überbinden⁷⁶. Es verhält sich also ähnlich wie mit Art. 404 OR: Zwar kann die mittellose Partei die Schiedsvereinbarung jederzeit wirksam auflösen, wird allerdings bei einer Kündigung zur Unzeit ersatzpflichtig. Die treuwidrige Kündigung berührt nach der hier vertretenen Meinung wohl die Wirksamkeit der Kündigung nicht, zieht aber Schadenersatzfolgen nach sich.

42. Damit ist auch gesagt, dass sich die Frage der Einlassung (bzw. die Präklusionswirkung der Einlassung) bei einer Kündigung während des Schiedsverfahrens nicht stellt. Wohl ist die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts (die bei Kündigung der Schiedsvereinbarung resultiert) vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben (Art. 359 Abs. 2 ZPO bzw. 186 Abs. 2 IPRG), und zwar unter Verwirkungsfolge bei Unterlassen⁷⁷. Solange aber die Schiedsvereinbarung nicht gekündigt ist, bleibt das Schiedsgericht zuständig und es besteht auch kein Anlass, die Zuständigkeit

⁷⁵ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 20 zu Art. 380 ZPO; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 214.

⁷⁶ **Göksu** (Fn. 8), N 1889.

⁷⁷ **Göksu** (Fn. 8), N 1204.

zu bestreiten. Erst nach erfolgter Kündigung ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bestreiten, dann aber ohne jeden Verzug.

3. Wirkung der Kündigung

43. Mit der Kündigung der Schiedsvereinbarung fällt die Schiedsvereinbarung dahin, sofern die Prozessarmut im kündigungsbegründenden Mass erstellt ist. Damit ist auch gesagt, dass eine Kündigung nicht wirksam ist, sofern sich herausstellt, dass die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Infolge Kündigung der Schiedsvereinbarung entfällt die Grundlage für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts; zuständig sind die staatlichen Gerichte. Das Schiedsgericht kann nur noch prüfen, ob die Voraussetzungen der Kündigung erfüllt waren, und mithin nur mehr die Unzuständigkeit feststellen⁷⁸.

44. Die Kündigung bewirkt das Dahinfallen der Schiedsvereinbarung *ex nunc*. Erfolgt die Kündigung während des Schiedsverfahrens, dann war die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bis zu diesem Zeitpunkt begründet. Mithin müssen auch alle Entscheide des Schiedsgerichts bis zu diesem Zeitpunkt als wirksam gelten, sofern sie infolge des Dahinfallens der Schiedsvereinbarung nicht gegenstandslos geworden sind. Das gilt insbesondere für allfällige Teil- oder Vorentscheide des Schiedsgerichts: Hat also das Schiedsgericht bis zur Kündigung über einzelne Rechtsbegehren einen Teilentscheid gefällt oder materielle Vorfragen (z.B. die Verjährung oder den Grundsatz der Haftung) geklärt, dann sind diese Entscheide für ein späteres staatliches Verfahren verbindlich. Die Entscheide erwachsen also insofern in Rechtskraft. Ein Vorbehalt ist immerhin beim Entscheid über materielle Vorfragen zu machen: Diese Zwischenentscheide können (anders als Teilentscheide, die im Anschluss an ihre Eröffnung mit allen zur Verfügung stehenden Rügen angefochten werden müssen)⁷⁹ im Anschluss an ihre Eröffnung nur wegen vorschriftswidriger Zusammensetzung oder Unzuständigkeit des Schiedsgerichts angefochten werden (Art. 392 lit. b

⁷⁸ Manuel **Arroyo**, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 5 zu Art. 380 ZPO; **Göksu** (Fn. 8), N 1888.

⁷⁹ BGE 130 III 755 E. 1.2.2.

ZPO bzw. 190 Abs. 3 IPRG)⁸⁰. Will daher die eine oder andere Partei einen solchen Zwischenentscheid aus anderen Gründen anfechten, hat sie dies mit dem Endentscheid zusammen zu tun (auch wenn die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts nicht bestritten wird).

45. Aus der *ex nunc*-Wirkung der Kündigung und der Gültigkeit sämtlicher schiedsgerichtlicher Handlungen bis zu diesem Zeitpunkt ergibt sich auch, dass eine Kündigung nach Ausfällung des Schiedsspruchs diesen nicht unwirksam macht. Ein solcher Schiedsspruch gilt nicht als von einem unzuständigen Schiedsgericht gefällt. Die Kündigung bewirkt alsdann lediglich, dass für etwaige zukünftige Streitigkeiten aus der Schiedsklausel keine Schiedsgerichtszuständigkeit mehr besteht.

46. Gemäss der sog. Autonomie der Schiedsvereinbarung hat die Kündigung der Schiedsvereinbarung keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Hauptvertrags⁸¹. Die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung beschlägt also nicht zwingend auch den Hauptvertrag. Ob dieser aufgehoben werden kann, beurteilt sich nach anderen Kriterien.

47. Bei Kündigung der Schiedsvereinbarung hat das Schiedsgericht zu prüfen, ob die Voraussetzungen hierfür (vorab die Mittellosigkeit) erfüllt waren⁸². Damit entscheidet das Schiedsgericht auch gleich über seine Zuständigkeit. Denn ist die Kündigung wirksam, fällt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts *ex nunc* dahin. Dieser Zuständigkeitsentscheid hat grundsätzlich vorweg zu erfolgen (Art. 186 Abs. 3 IPRG; vgl. auch Art. 359 Abs. 1 ZPO)⁸³. Es wird sich in aller Regel kaum rechtfertigen, das Schiedsverfahren *à fonds* durchzuführen und Kosten zu verursachen, umso mehr eine Partei finanziell gar nicht in der Lage ist, dem Prozess zu folgen. Nur ausnahmsweise, wenn im Zeitpunkt der Kündigung die Sache spruchreif ist, wird es angezeigt sein, über die Wirksamkeit der Kündigung und somit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts mit dem Endentscheid zusammen zu befinden.

⁸⁰ Vgl. **Göksu** (Fn. 8), N 1996 ff.

⁸¹ **Göksu** (Fn. 8), N 695. Vgl. auch **Lalive/Poudret/Reymond** (Fn. 24), N 1.3 zu Art. 4 KSG.

⁸² Vgl. auch **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 23 zu Art. 380 ZPO.

⁸³ **Göksu** (Fn. 8), N 1237.

48. Bejaht das Gericht seine Zuständigkeit, dann ergeht (unter Vorbehalt der Ausnahme, dass darüber im Entscheid in der Sache selber befunden wird) ein Zwischenentscheid. Dieser Zuständigkeitsentscheid ist sofort mit Beschwerde anzufechten (vgl. Art. 392 lit. b ZPO bzw. 190 Abs. 3 IPRG). Wird nicht sofort Beschwerde geführt, so kann dies später mit der Anfechtung des Endschiedsspruchs zusammen nicht mehr getan werden⁸⁴. Es tritt also Präklusion ein.

49. Rügegrund bei einer Beschwerde gegen den entsprechenden Entscheid des Schiedsgerichts ist die Unzuständigkeit bzw. Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Art. ZPO 393 lit. b bzw. 190 Abs. 2 lit. b IPRG). Aufgrund des nahen Bezugs des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege zum Rechtsgleichheitsgebot (Stichwort: Waffengleichheit)⁸⁵ liegt m.E. aber auch eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien (Art. 373 Abs. 3 ZPO bzw. 182 Abs. 3 IPRG) vor, wenn das Schiedsgericht trotz Mittellosigkeit einer Partei und Kündigung der Schiedsvereinbarung ein Schiedsverfahren durchführt. Alsdann kann der Schiedsspruch wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots mit der Beschwerde nach Art. 393 lit. d ZPO bzw. 190 Abs. 2 lit. d IPRG angefochten werden, und zwar mit Beschwerde gegen den Endschiedsspruch.

50. Die Kündigung hat bei internationalen Sachverhalten auch Einfluss auf die Anerkennung des dereinstigen Schiedsspruchs. Nach der hier vertretenen Meinung liegt bei einem Schiedsspruch, der trotz wirksamer Kündigung der Schiedsvereinbarung ergangen ist, der Verweigerungsgrund nach Art. V Ziff. 1 lit. c NYÜ vor. Die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung wird zwar als Verweigerungsgrund nicht eigens erwähnt. Art. V Ziff. 1 lit. c NYÜ sieht aber ein Anerkennungshindernis darin, dass die Grenzen der Schiedsvereinbarung überschritten werden, wenn also über Gegenstände befunden wird, die gar nicht von der Schiedsvereinbarung erfasst sind. Das gilt nicht nur, wenn bei bestehender Schiedsvereinbarung auch aussenstehende Punkte in den Schiedsspruch gepackt werden, sondern erst recht auch, wenn über den fraglichen Anspruch

⁸⁴ BGE 4A_178/2014, E. 3.2.

⁸⁵ Vgl. dazu oben Ziff. 2.

überhaupt keine wirksame Schiedsvereinbarung besteht. Ein trotz wirksamer Kündigung der Schiedsvereinbarung ergangener Schiedsspruch könnte also in einem Vertragsstaat des NYÜ nicht zur Anerkennung gebracht werden.

51. Aus einer Schiedsvereinbarung kann mehr als nur ein Rechtsstreit resultieren. Es stellt sich daher die Frage, ob die einmal ausgesprochene Kündigung wegen Mittellosigkeit auch für allfällige spätere Prozesse gilt. In der Lehre wird vertreten, dass sich die Kündigung jeweils immer nur auf den jeweils aktuellen (hängigen oder sich anbahnenden) Rechtsstreit bezieht⁸⁶. Tatsächlich besteht das staatliche Rechtsschutzbedürfnis nur für diesen Rechtsstreit. Ob die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung auch allfällige zukünftige Streitigkeiten aus der Schiedsvereinbarung erfasst, muss in diesem Zeitpunkt noch nicht entschieden werden. Es ist ja durchaus denkbar, dass sich die finanzielle Situation der mittellosen Partei bis dahin verbessert. Insofern sprechen Verhältnismässigkeitsüberlegungen dafür, dass die Schiedsvereinbarung nur soweit aufgehoben wird, wie dies für den effektiven Rechtsschutz der mittellosen Partei auch notwendig ist. Sollte daher später ein anderes Schiedsverfahren aus der gleichen (früher einmal gekündigten) Schiedsvereinbarung drohen, ist diese neuerlich zu kündigen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen weiterhin oder wieder erfüllt sind.

52. Damit ist auch gesagt, dass eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse für spätere Verfahren durchaus von Bedeutung ist. Für das hängige Verfahren bleibt die Kündigung aber wirksam, selbst wenn sich während deren Dauer die Verhältnisse der kündigenden Partei derart verbessern, dass sie ein Schiedsverfahren finanzieren könnte. Die einmal ausgesprochene Kündigung bleibt also wirksam, sofern das staatliche Verfahren vor einer allfälligen Verbesserung der finanziellen Verhältnisse eingeleitet wurde. Die spätere Veränderung der Umstände führt mithin nicht zur Unzuständigkeit des staatlichen Gerichts⁸⁷. Für spätere Verfahren bedeutet eine Verbesserung der finanziellen Verhältnisse aber, dass die Schiedsvereinbarung weiterhin gültig ist.

⁸⁶ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 14 zu Art. 380 ZPO; **von Bodungen/Pörnbacher** (Fn. 44), S. 143 f.

⁸⁷ **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 15 zu Art. 380 ZPO.

4. Rechtsnatur des Erlöschensgrunds – Kollisionsrechtliche Behandlung

53. Die Möglichkeit, eine Schiedsvereinbarung aus wichtigen Gründen und insbesondere bei Mittellosigkeit kündigen zu können, gehört zum schweizerischen Recht. Bei internationalen Sachverhalten stellt sich aber die Frage, nach welchem Recht sich die Kündigungsmöglichkeit einer Schiedsvereinbarung richtet. Namentlich denkbar ist, dass sich der Erlöschensgrund nach dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht beurteilt, dass er als Teil der (objektiven) Schiedsfähigkeit von demjenigen Recht beurteilt wird, nach welchem die Schiedsfähigkeit angeknüpft wird, oder dass es unabhängig davon als Teil der schweizerischen *lex arbitri* verstanden wird und somit unbeschadet der Überlegungen zum anwendbaren Recht bei Schiedsverfahren in der Schweiz immer zur Anwendung kommt.

54. Intuitiv erster Gedanke ist, dass die Kündigungsmöglichkeit der Schiedsvereinbarung nach demjenigen Recht beurteilt wird, welches auch auf die Schiedsvereinbarung anwendbar ist⁸⁸. Misst dies der Armut keine Bedeutung bei - wie z.B. das englische Recht⁸⁹ -, so wäre Prozessarmut für die Schiedsvereinbarung nicht weiter beachtlich⁹⁰. Eine Korrektur soll dabei auch nicht auf dem Weg des *Ordre publics* möglich sein⁹¹, was letztlich wiederum auf eine Unterdrückung des Justizgewährungsanspruchs führen kann, insbesondere wenn die Parteien durch geschickte Rechtswahl letztlich über Rechtsstaatlichkeitsgarantien verfügen können sollen.

Die Beurteilung der Kündigungsmöglichkeit nach dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht lässt sich auch völlig zwanglos damit begründen, dass die Kündigungsmöglichkeit, wie jeder Erlöschensgrund, die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung beschlägt und damit auch nach demjenigen Recht anzuknüpfen ist, welches sich generell

⁸⁸ So **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 90 zu § 1029 ZPO/D; **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 871 f.; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 10 zu Art. 380 ZPO.

⁸⁹ Vgl. rechtsvergleichend zu dieser Frage **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 208 ff.

⁹⁰ **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 872 f.; **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 90 zu § 1029 ZPO/D.

⁹¹ **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 91 zu § 1029 ZPO/D.

dieser Frage widmet. In der Schweiz ist dies Art. 178 Abs. 2 IPRG. Und tatsächlich erfasst Art. 178 Abs. 2 IPRG nicht nur das gültige Zustandekommen der Schiedsvereinbarung, sondern auch ihr Erlöschen⁹². Insofern dürfte eine Kündigungsmöglichkeit der Schiedsvereinbarung nur gegeben sein, wenn dies das nach Art. 178 Abs. 2 IPRG auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht vorsieht. Die Schwierigkeit bei der Anwendung von Art. 178 Abs. 2 IPRG auf Erlöschensgründe besteht nun aber darin, dass aufgrund des darin stipulierten Grundsatzes *favor validitatis* die Schiedsvereinbarung nach verschiedenen Rechtsordnungen angeknüpft wird, um möglichst ihr gültiges Zustandekommen zu ermöglichen. Danach ist die Schiedsvereinbarung gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht. Wenn also die Schiedsvereinbarung nach einem dieser Rechtsordnungen zustande gekommen ist (nicht aber nach den anderen zweien), wird ihre Wirksamkeit anerkannt. Das bedeutet nun aber bei den Erlöschensgründen der Schiedsvereinbarung nicht, dass ein solcher nur geltend gemacht werden kann, wenn er in allen drei denkbaren Rechtsordnungen enthalten ist. Vielmehr vertritt die Lehre die Meinung, dass Fragestellungen, die nicht das gültige Zustandekommen der Schiedsvereinbarung betreffen (z.B. nach dem objektiven oder subjektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung oder eben die Frage nach den Kündigungsmöglichkeiten), primär nach der besonderen Rechtswahl für die Schiedsklausel, ansonsten nach dem Recht des Vertrags und schliesslich nach schweizerischem Recht zu beurteilen sind⁹³. Zu einer unzulässigen Vermischung der verschiedenen Rechte würde es dagegen führen, bei Fragen nach Umfang (objektiver oder subjektiver Geltungsbereich) oder Fortgeltung der Schiedsvereinbarung (Unmöglichkeitfälle, Kündigung, Verzugsfolgen) je nach Problem dasjenige Recht anzuwenden, welches den Anwendungsbereich der

⁹² Andreas **Bucher**, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989, N 106; Bernard **Dutoit**, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2001, N 8 zu Art. 178 IPRG; **Göksu** (Fn. 8), N 424; **Gränicher**, Basler Kommentar (Fn. 36), N 25 zu Art. 178 IPRG.

⁹³ Vgl. **Berger/Kellerhals** (Fn. 36), N 371; **Göksu** (Fn. 8), N 429; Paul **Volken**, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004, N 53 zu Art. 178 IPRG.

Schiedsvereinbarung weitest möglich zeichnet bzw. ihr Dahinfallen so schwer wie möglich gestaltet⁹⁴. Wenn sich demnach die Kündigungsmöglichkeit infolge Prozessarmut nach dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht beurteilen soll (Art. 178 Abs. 2 IPRG), dann bedeutet dies nach dem Gesagten, dass primär nach dem von den Parteien für die Schiedsvereinbarung gewählten Recht (nicht das von den Parteien allenfalls in der Sache für anwendbar erklärte Recht) beurteilt wird, ob eine solche Kündigungsmöglichkeit besteht oder nicht. Sieht das von den Parteien gewählte Recht diese Kündigungsmöglichkeit nicht vor, dann besteht sie nicht, wird es vorgesehen, kann die Kündigung ausgeübt werden. Nur wenn die Parteien über das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht nichts vereinbart haben (was regelmässig der Fall ist), beurteilt sich die Kündigungsmöglichkeit nach dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht. Auf das schweizerische Recht kommt es nie an: Das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht muss nämlich diese Frage beantworten, nötigenfalls auf dem Weg der Lückenfüllung. Es kann also nicht auf die Kündigungsmöglichkeit geschlossen werden, weil sich das Schiedsgerichtsrecht des Hauptvertrags zur Möglichkeit der Auflösung bei Prozessarmut nicht äussert. Vielmehr spricht dies (eine Lückenfüllung nach der Methode dieser Rechtsordnung vorbehalten) dafür, dass infolge des Schweigens die entsprechende Möglichkeit nicht besteht. Wenn demnach auf den Hauptvertrag nicht schweizerisches Recht anwendbar ist (und die Parteien - wie so oft - zum auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht nichts gesagt haben), dann beurteilt sich die Kündigungsmöglichkeit infolge Prozessarmut nach dieser Lehrmeinung auch nicht nach der (oben dargestellten) schweizerischen *lex arbitri*.

55. Es könnte auch vertreten werden, dass mit der Kündigungsmöglichkeit letztlich die Schiedsfähigkeit (Arbitrabilität) der Streitsache beschränkt wird⁹⁵. Alsdann würde sich die Schlussfolgerung aufdrängen, dass sich die Kündigungsmöglichkeit nach demjenigen Recht

⁹⁴ Göksu (Fn. 8), N 429, Fn. 907.

⁹⁵ So offenbar Pfisterer, Berner Kommentar (Fn. 36), N 22 zu Art. 352 ZPO, welche die Kündigungsmöglichkeit infolge Mittellosigkeit unter dem Titel der Arbitrabilität behandelt.

beurteilt, welches auch für die Schiedsfähigkeit massgebend ist. Bei Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz wäre dies indes immer das schweizerische Recht, nämlich gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG als materielle Regel des schweizerischen internationalen Privatrechts bei internationalen Schiedsgerichten und gemäss Art. 354 ZPO bei Binnenschiedsgerichten. Bei einer Zuordnung der Kündigungsmöglichkeit zur Schiedsfähigkeit würde sich demnach bei Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz diese immer nach schweizerischem Recht und somit dem oben Dargestellten beurteilen.

56. Richtig dürfte es hingegen sein, die Kündigungsmöglichkeit bei Mittellosigkeit zu den zwingenden Verfahrensgarantien der schweizerischen *lex arbitri*⁹⁶ zu zählen, die losgelöst von dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht bzw. der Arbitrabilität beurteilt wird. Diese Schlussfolgerung ergibt sich daraus, dass die schweizerische *lex arbitri* die unentgeltliche Rechtspflege in Schiedsverfahren ausschliesst (vgl. Art. 380 ZPO) und mithin auch die schweizerische *lex arbitri* Lösungen bieten muss, um den verfassungsmässigen Justizgewährungsanspruch auf andere Weise zu verwirklichen. Dies wäre nicht gewährleistet, wenn die Frage nach der Kündigungsmöglichkeit bei Prozessarmut anders angeknüpft würde und somit auf eine Rechtsordnung verwiesen würde, welche dies eben gerade nicht vorsieht und den Justizgewährungsanspruch nicht beachtet. Als zwingende Verfahrensgarantie gilt das oben Dargestellte daher immer, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz hat oder (bei Anrufung des staatlichen Gerichts) hätte. Da es sich bei dieser Kündigungsmöglichkeit bei Mittellosigkeit um eine zwingende Verfahrensgarantie handelt, können die Parteien nichts Abweichendes vereinbaren bzw. ist eine gegenteilige Abrede nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR)⁹⁷.

5. Direkte Klage beim staatlichen Gericht

57. Es ist denkbar, dass die mittellose Partei direkt beim staatlichen Gericht klagt. Eine solche direkte Klage beim staatlichen Gericht kann sogar implizit als Kündigung der Schiedsvereinbarung verstanden werden⁹⁸. Wird

⁹⁶ Vgl. dazu Göksu (Fn. 8), N 1279 ff.

⁹⁷ Göksu (Fn. 8), N 1280.

⁹⁸ Vgl. oben Ziff. 36.

die Schiedseinrede nicht erhoben, lässt sich also die beklagte Partei auf das Verfahren ein, stellen sich keine weiteren schiedsgerichtsrelevante Fragen für das staatliche Gericht (vgl. Art. 61 lit. a ZPO, 7 lit. a IPRG und II Ziff. 3 NYÜ).

58. Erhebt nun aber die beklagte Partei die Schiedseinrede, so hat das staatliche Gericht über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung bzw. deren Kündigung zu entscheiden. Wird dem staatlichen Gericht diese Befugnis zuerkannt, dann steht dies in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts, wonach dieses grundsätzlich selber über seine Zuständigkeit entscheiden darf⁹⁹. Deshalb darf das staatliche Gericht seine Zuständigkeit nur bejahen, wenn die schiedsgerichtliche Zuständigkeit offensichtlich fehlt (Art. 61 lit. b ZPO). Beachtenswert ist immerhin, dass im Anwendungsbereich von Art. II Ziff. 3 NYÜ (wenn das Schiedsgericht seinen Sitz im Ausland hätte) das staatliche Gericht seine Kompetenz mit voller Kognition überprüft¹⁰⁰; zugunsten des ausländischen Schiedsgerichts gibt es dieses Kompetenz-Kompetenz-Privileg also nicht und das entsprechende Problem stellt sich nicht¹⁰¹.

59. Nach diesem Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts müsste das staatliche Gericht die Frage über die Zuständigkeit dem Schiedsgericht überlassen und damit die Schiedseinrede gutheissen. Dies wiederum hiesse, dass die mittellose klagende Partei eben doch das Schiedsverfahren einleiten und dort die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung geltend machen müsste. Mithin müsste sie auch die entsprechenden Schiedsgerichtskosten vorschliessen, was sie ja eben gerade nicht kann. Ihr Justizgewährungsanspruch wäre in Not.

60. In der Lehre wird als Ausweg aus diesem Problemkreis zu recht die Ansicht vertreten, dass in solchen Konstellationen eben doch das staatliche Gericht über die Wirksamkeit der Kündigung befindet¹⁰².

⁹⁹ Vgl. BGE 138 III 681 E. 3.2; 122 III 139 E. 2b; 4A_436/2007 E. 3.

¹⁰⁰ BGE 121 III 38 E. 2b.

¹⁰¹ Vgl. zum Ganzen auch **Göksu** (Fn. 8), N 1182; Markus **Schott/Maurice Courvoisier**, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013, N 39 zu Art. 186 IPRG.

¹⁰² **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 27 zu Art. 380 ZPO.

Tatsächlich ist es für das staatliche Gericht ein Einfaches, die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege zu prüfen. Die meisten Gerichte verfügen aufgrund der verbreiteten Beanspruchung der unentgeltlichen Rechtspflege in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Familienrecht, über entsprechende Routine. Die Fragestellungen sind für das staatliche Gericht daher weder besonders exotisch noch sonst besonders schwer oder verzwickelt. Deshalb ergeht der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege im staatlichen Verfahren denn ja auch im summarischen Verfahren (Art. 119 Abs. 3 ZPO) und weitgehend unspektakulär. Insofern erfasst die Kognition des staatlichen Gerichts nach der hier vertretenen Meinung durchaus auch die Frage, ob die Prozessarmut, welche die Kündigung erlaubte, tatsächlich gegeben war oder nicht. Insofern ist Offensichtlichkeit im Sinn von Art. 61 lit. b ZPO zu bejahen¹⁰³.

IV. Zusammenfassung

61. Das schweizerische Gesetzesrecht äussert sich nur in Art. 380 ZPO zur Frage der unentgeltlichen Rechtspflege im Schiedsverfahren und tut es in einer negativen Art, indem die unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen wird. Die schweizerische Rechtsprechung hat die Problematik bisher kaum beschäftigt.

62. In Anlehnung an die deutsche Schiedsgerichtspraxis ist auch in der Schweiz in der Mittellosigkeit einer Schiedspartei ein wichtiger Grund zu erkennen, welcher zur Kündigung der Schiedsvereinbarung ermächtigt. Zwar ist an der Vertragstreue und damit an der Verbindlichkeit der Schiedsvereinbarung so lange festzuhalten, wie dies möglich ist. Der Justizgewährungsanspruch ist aber dann höher einzustufen, wenn einer Partei die Wahrung ihrer Rechte verunmöglicht wird, weil sie sich einen Prozess nicht leisten kann. Damit ein Schiedsspruch staatlichen Urteilen gleichgestellt werden kann (vgl. Art. 387 ZPO), muss das Schiedsverfahren gewissen rechtsstaatlichen Mindestgarantien genügen¹⁰⁴. Dazu gehört nach schweizerischem Verständnis auch, dass eine Partei ihr Recht tatsächlich

¹⁰³ Im Ergebnis gleich, aber mit anderer Begründung **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 27 zu Art. 380 ZPO.

¹⁰⁴ **Göksu** (Fn. 8), N 1978.

verfolgen kann, selbst wenn sie mittellos ist. Ein Schiedsspruch, bei dem eine Partei wegen Mittellosigkeit ihre Rechte verliert, verdient insofern auch keine staatliche Anerkennung im Sinn einer Gleichstellung mit staatlichen Urteilen. Da die unentgeltliche Rechtspflege im Schiedsverfahren ausgeschlossen ist, muss die Schiedsvereinbarung bei Mittellosigkeit aufgelöst werden können.