

Schiedsverfahren vs. staatliche Gerichtsbarkeit – Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit

JOACHIM MÜNCH

I. Einleitung

Die Vorzüge der privatautonomen Schiedsgerichtsbarkeit herauszustellen, die mir die Tagungsregie zur Aufgabe gemacht hat, sieht sich mit viererlei Herausforderungen konfrontiert.

(1) Das Terrain scheint abgesteckt und übersehbar¹, es war und wird immer einmal wieder gerne traktiert, insbesondere von Schiedsseite aus und dabei gemeinhin mit einer eindringlich enthusiastisch-kämpferischen Grundhaltung². Das birgt die Gefahr von Wiederho-

¹ Die ZPO-Kommission, Bericht (1961), S. 183, hat hier schon – national – alles Wesentliche überaus anschaulich benannt; aus einer internationalen Warte z. B. *Lew/Mistelis/Kröll*, CICA (2003), Rn. 1.13 ff. [EU] bzw. *Born*, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 73 ff. [US].

Spezifisch wegen (Schieds-) Nachteilen siehe namentlich *Maier*, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit [künftig: Hdb. SGB] (1979), Rn. 8–15 (§ 1 II: „Für Schiedsverfahren weniger geeignete Fälle“); *Mandelkow*, BauR 1997, 785, 787 ff. [2]; *Bietz*, NZBau 2003, 177, 180 f. [II]; *Garbe-Emden*, BauR 2012, 1035.

² Es gibt löbliche Ausnahmen: *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis [künftig: Hdb. SGP] (3. Aufl. 2008), Rn. 119 ff. mit BuW 1998, 582, 586 f. [5], AnwBl 1999, 241 (Beschreibung der Erwartungen: S. 242 f. [4]), BRAK-Mitt. 2005, 217, 218–221 [III–VI], jüngst außerdem *Schack*, IZVR (6. Aufl. 2014), Rn. 1272 ff. (siehe noch bei Fn. 123); aber siehe auch schon *Jagenburg*, FS Oppenhoff (1985), S. 147 [vor I], ferner – prosaisch-ausgewogen – *Stumpf*, FS Bülow (1981), S. 217, 218 ff. [II „versus“ III].

Siehe dazu die Übersicht bei MünchKomm/Münch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, S. 11, namentlich sind anzuführen *Sonnauer*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte (1992), § 3 I–III (S. 9–16), weil er nach maßgeblichen Interessengruppen (Schiedsparteien, Staat, Außenstehende) unterscheidet, u. *K. Kohler*, Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft

lungen (nurmehr die Nuancen variieren noch erkennbar ...) sowie vor allem von Verzerrungen und Verengungen. Wenn man *sine ira et studio* über die Vorzüge resümieren soll, kann man auch vor eventuellen Nachteilen nicht haltmachen; der Leser mag hieraus sein ureigenes Urteil herleiten.

(2) Über Vorteile (und Nachteile) zu rechten, verlangt Klarheit darüber, was Bezugsmaß ist – Vorzüge mit Blick auf welchen Referenzpunkt? Was gibt den Standard vor, der voraussichtlich über- oder vielleicht eben auch unterschritten ist? Das scheint der Obertitel hier anzugeben, doch kann man just jene Konfrontation, die aufgeworfen ist, letztendlich nicht akzeptieren: Schiedsgerichte brauchen Staatsgerichte (jedoch nicht unbedingt anders herum). Staatliche Gerichte stehen immer bereit, Rechtsstreit zu entscheiden, wenn und weil sie denn die hierzu vorausgesetzte Jurisdiktionsgewalt beanspruchen können; Schiedsgerichte müssen dagegen bewusst gewählt werden (§ 1029 ZPO: Schiedsvereinbarung) – sie sind eben bloß das Produkt freiwilligen Hineinoptierens (das reziprok ein Abwählen staatlicher Gerichtsbarkeit einschließt). Wenn man also gegenwärtig einen „Schiedsboom“ sieht (oder befürchtet oder kritisiert ...), dann wird dies seine Gründe haben, scheinen die Vorzüge die Nachteile wohl am Ende inhaltlich zu überwiegen. Rational agierende Parteien würden sonst sicher keine solchen Schiedsvereinbarungen treffen – oder diese später einfach aufheben. Es besteht ja jeweils die Möglichkeit zur „Rückoption“, und sei es nur per Klageerhebung vor dem Staatsgericht und Nichterhebung der Schiedseinrede (§ 1032 Abs. 1 ZPO). Je schlechter ein staatliches Gerichtssystem funktioniert (mit Blick

(1967), S. 65–97, welcher statistisch untermauert vorgeht, sehr wichtig auch *Kahlerlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren (2015) [VV 112], S. 49–76 (Kap. 3: „Spannungsfeld öffentlicher und privater Interessen“), außerdem (zeitlich geordnet): *Stumpf*, FS Bülow, 1981, S. 217; *Jagenburg*, FS Oppenhoff, 1985, S. 147; *Ochmann*, GRUR 1993, 255; *Mandelkow*, Chancen [S. 43–99] und Probleme [S. 101–155] des Schiedsgerichtsverfahrens in Bausachen (1995) mit BauR 1997, 785; *H.-P. Schroeder*, Die lex mercatoria arbitralis ... (2007), S. 23–32 mit S. 56–64; *Markgraf*, JuS 2013, 1090; *Pitkowitz*, FS Wegen, 2015, S. 725 [AT]; *G. Wagner*, DRiZ 2015, 264, 265 f. [IV]. Treffend *Schwab/Walter*, Schiedsverfahrensrecht (7. Aufl. 2005), Rn. 7 aE: „viel geschrieben und diskutiert, ... aber auch viel spekuliert“ (das bleibt ein Risiko!), aber z. B. auch *Stein/Jonas/Schlosser* vor § 1025 ZPO Rn. 1: „entspricht einem unleugbaren praktischen Bedürfnis des Wirtschaftslebens“. Siehe auch die Darstellung samt Nachweisen bei *Münch-Komm/Münch* vor §§ 1025 ff. ZPO Rn. 64 ff.: „... Vorteile müssen oft relativiert werden. Manche Vorteile liegen nur in der Vermeidung von Nachteilen“ [Rn. 64].

auf Vorhersehbarkeit, Unparteilichkeit und Unbestechlichkeit, Bearbeitungszeit etc.), umso mehr sucht „der Markt“ nach handfesten funktionsgerechten Alternativen.

Nun lässt sich gewiss nicht begründet behaupten, dass das deutsche Justizsystem schlecht aufgestellt sei, genauso wenig wie etwa das amerikanische, englische, französische etc. – aber weltweit verglichen bestehen doch unbestreitbarerweise sicher hier und da manche Qualitätsunterschiede (selbst im Innern unseres wachsenden Europas). Ein schlechter staatsgerichtlicher „Gegenpart“ wirbt dann als faktisch abschreckendes Beispiel für eine Wahl von Schiedsgerichten als Alternativforum³. Auf diese Diskussion werde ich nicht weiter konkret eingehen. Mir zählt die im grundsätzlich *rechtsstaatlichen* Justizsystem aus allemal vielfältigen Gründen (rechtskulturellen, historischen, parlamentarischen usw.) angelegte strukturelle Divergenz, die möglicherweise „extra motivierend“ wirkt, ins Schiedsverfahren freiwillig hineinzuoportieren. Letztlich gibt es auch im deutschen Justizsystem einige derartige Nachteile (Sprachschranke, „Zeitbudgets“, Gerichtsbesetzung usw.), welche private Schiedsgerichte auszuschließen vermögen⁴. Indes abgesehen davon: auch *weil* unsere (inner-) staatliche Justiz ungemein gut arbeitet, sind Schiedsgerichte eine Handlungsoption – sie bedürfen nämlich häufiger der (staats-) gerichtlichen Unterstützung („*assistance*“ [z. B. § 1050 ZPO]) und nicht zuletzt zudem der Überwachung („*intervention*“ [z. B. §§ 1059–1061 ZPO])⁵. Letztendlich nur hinsichtlich der anschließend verfügbaren (aber eben auch: begrenzten!) Staatsprüfung ist ein

³ Schütze, ZVglRWiss 99 (2000), 241, 244–246 [III 1: Mängel staatlicher Justiz] – genannt werden hernach: Prozessdauer, Kostengerechtigkeit, Korruption [a–c] – Deutschland sei auszunehmen [d]: „effizient, kostengerecht und relativ schnell“ bzw. a.a.O. (Fn. 37 [2. Abs.]), S. 176 f. [IV]; ebenso z. B. Schack, IZVR (6. Aufl. 2014), Rn. 1274 [2. Abs.], aber – reziprok – auch ZPO-Kommission, Bericht (1961), S. 183 f.

⁴ ... und die staatlichen Gerichte mögen von der Schiedsgerichtsbarkeit noch etwas lernen können: Raeschke-Kessler, AnwBl 2015, 822, 824–826 [II 3/4 mit III]; Freymann/Weth, FS E. Müller (2008), S. 147, 148 f. [II 1] mit S. 157 ff. [IV–VI]; Raeschke-Kessler, FS Geiß (2000), S. 155 ff.; Schütze, in: Gilles (Hrsg.), Effiziente Rechtsverfolgung (1987), S. 65 ff.

⁵ Siehe dazu bei MünchKomm/Münch vor §§ 1025 ff. ZPO Rn. 7–10; ebenso treffend Schack, IZVR (6. Aufl. 2014), Rn. 1278, 1281, 1283 mit Rn. 1285 ff. u. 1292 ff.; Hirsch, SchiedsVZ 2003, 49, 50: inhaltlich *partnerschaftliches* Verhältnis (und also eben keine „feindliche“ Konkurrenz“); Steiner, SchiedsVZ 2013, 15 [II 1–3] (routinierte unaufgeregte Koexistenz).

Schiedsspruch rechtsstaatlich „tolerierbar“ – und infolgedem die Schiedsgerichtsbarkeit als Form einer materiellen Rechtsprechung⁶ anzusprechen.

(3) Was genau ist unter „der Schiedsgerichtsbarkeit“ letztlich zu verstehen, deren Vorzüge jetzt gerühmt werden sollen? Schiedsgerichtsbarkeit ist ein überaus chamäleonhaftes Gebilde mit großer Flexibilität (sicher eine Stärke), das dementsprechend auch inhaltlich verschiedenartigste Fallkonstellationen abzudecken weiß. Darauf wird gleich näher noch zurückzukommen sein (II.). Und auch die staatliche Gerichtsbarkeit eröffnet eingeschränkte Spielräume, wie etwa das relativ formfreie amtsgerichtliche Bagatellverfahren (§ 495a ZPO – bis 600 EUR) und die besonderen Eilverfahren: Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO), Urkunden- und Wechselprozess (§§ 592 ff. ZPO – rechtspraktisch am unwichtigsten), einstweiliger Rechtsschutz (§§ 916 ff. ZPO).

(4) Es soll insbesondere hier um Rechtsordnungen im transatlantischen Wettbewerb gehen. Geht es also um Wettbewerb zwischen deutschen und amerikanischen Schiedsrechten, zwischen Schiedsgerichten und Staatsgerichten generell oder u. U. auch zwischen deutschem Schiedsgericht und amerikanischem Staatsgericht (und *vice versa*)? Hinter dem ersten Aspekt stünde die Aufforderung zur Vergleichung von Schiedsrechten – ein sicherlich sehr reizvolles, indes aufwendiges, detailbefrachtetes Unterfangen. Das passte nicht recht zur inhaltlich erfolgten Zuspitzung („Schiedsverfahren vs. staatliche Gerichtsbarkeit“), sowie vor allem weil schlussendlich auch offengeblieben wäre, auf *welches* amerikanische Schiedsrecht man konkret vergleichend nun abzielt.

⁶ Die maßgebende Formulierung variiert letztendlich nur äußerlich: „Rechtsprechung“ (BGHZ 51, 255, 258/259 [II 5] {38}; 54, 392, 395 [III 3a] {19}); „materiell[e] Rechtsprechung“ (BGHZ 65, 59, 61 [1a] {15}; NJW-RR 1986, 1059, 1060 li. Sp. [III 3] {18}; BGHZ 98, 32, 36 [II 3a] {18} u. 70, 72 [II 1] {12}; BAG 84, 166, 179 aE), „Rechtsprechung im weiteren Sinne“ (BGHZ 159, 207, 212 [II 2b cc] {18}; 162, 9, 16 [II 4b aa (1)] {27}; SchiedsVZ 2008, 40, 42 [III 1c] {14} – sowie auch schon BGHZ 65, 59, 62 [1b] {18}). Gemeint ist jeweils: „ihrer Funktion und Wirkung nach“ – BGHZ 98, 70, 72 aE [II 1]. Siehe auch schon *Habscheid*, NJW 1962, 5, 7 f. [II]. Als ähnliche Umschreibung fungiert das sog. Gleichwertigkeitspostulat (zuletzt en passant BGH NJW 2014, 1597, 1598 {7 aE} [1c] im Anschluss an BT-Drs. 13/5274 S. 1 [„Alternative zur staatlichen Justiz“] bzw. S. 34 [„grundsätzlich gleichwertigen Rechtsschutz“] – krit. *Voit*, JZ 1997, 120, 121 ff. [III–V]).

In Deutschland ist Schiedsrecht bekanntermaßen als gerichtliches Verfahrensrecht (§§ 1025–1066 ZPO) Bestandteil des Bundesrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und seit der Novellierung zum 01.01.1998 maßgeblich am UNCITRAL-Modellgesetz der Originalfassung⁷ ausgerichtet. Anders aber die Lage in den Vereinigten Staaten. Dort konkurrieren Bundesrecht⁸ und Staatenrecht⁹, beide sind gemeinhin auch nicht modellgesetzorientiert (darunter etwa New York), jedoch gibt es doch einige Ausnahmen zu vermelden: California (1988), Connecticut (1989), Texas (1989), Oregon (1991), Illinois (1998), Louisiana (2006), Florida (2010), Georgia (2012), die als *model-law countries* gelten¹⁰. Die Ausgangslage ist grundverschieden. Zu erwähnen sind außerdem bisher mehrfach gescheiterte bundesrechtliche Anstrengungen, einen spezifischen „Arbitration Fairness Act“ durchzusetzen¹¹, der bestimmte Sachgebiete schiedsunfähig deklarieren möchte: Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen („employment dispute“), in Verbraucherangelegenheiten („consumer dispute“), im Kartellrecht („antitrust dispute“) und betreffend den Schutz bürgerlicher Rechte („civil rights dispute“ – § 401 Abs. 2 lit. A: „arising under (i) the Constitution of the United States or the constitution of a State“).

Im zweiten Aspekt gewinnt indes die traditionellerweise geführte Alternativendiskussion generell die Priorität (III u. V). Dabei muss man nur sehen, dass die Bewertungen vor dem Hintergrund des konkreten Heimrechts sicher verschieden ausfallen, je nachdem ob das bundesdeutsche oder amerikanische Justizsystem

⁷ Model Law on International Commercial Arbitration vom 21.06.1985, UNCITRAL Yb. XVI (1985), 394 mit UN-Res. 40/72 vom 11.12.1985). Die Änderungen vom 07.07.2006 (Supplement No. 17 [A/61/17] S. 56 mit UN-Res. 61/33 vom 18.12.2006) dagegen wurden nicht rezipiert.

⁸ Federal Arbitration Act [FAA] vom 12.02.1925 (43 Stat. 883) – zwischenzeitlich: USC 9 vom 30.07.1947 (61 Stat. 669 – Ch. 1) mit Änderungen vom 31.07.1970 (84 Stat. 692 – Ch. 2) u. 15.08.1990 (104 Stat. 448 – Ch. 3).

⁹ Oft orientiert am Uniform Arbitration Act (UAA) von 1955/1956 (*original*) bzw. 2000 (*revised*) – wegen Einzelheiten siehe: [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Arbitration Act \(2000\) bzw. \(1956\) \[zuletzt besucht 06.12.2015\]](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Arbitration Act (2000) bzw. (1956) [zuletzt besucht 06.12.2015]).

¹⁰ Folgend „offizieller“ Ordnung: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.htm. Die kursiv ausgezeichneten Bundesstaaten werden indes daneben auch als UAA-Länder geführt.

¹¹ 114th Congress/1st Session: S. 1133 [Franken/Minnesota/DFLP: Democratic-Farmer-Labor Party] bzw. H.R. 2087 [Johnson/Georgia/Demokrat] (je 29.04.2015).

jenen maßgebenden Referenzwert bildet. Ich fokussiere mich inhaltlich auf unsere deutsche Justiz (und auch unser deutsches Schiedsrecht), werde aber auch das amerikanische Justizsystem miteinbeziehen. Das berührt ebenso den dritten Aspekt. Es gilt insoweit zu bedenken, dass *nationale* und *internationale* Schiedsverfahren jeweils ureigenes Terrain bespielen (IV) und mit völlig andersartigen Herausforderungen zurechtkommen müssen.

II. Begriffsklärung

Schiedsgerichtsbarkeit ist rechtsverbindliche private Streitentscheidung auf einer freiwilligen Basis – und zwar in sehr verschiedenartiger organisatorischer Form (sub 5). Sie ist grundlegend aber abzugrenzen von Schlichtungsversuchen (sub 1), völkerrechtlichen Schiedsgerichten (sub 2) und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (sub 3) und auch von staatlicherseits verordneten Schiedsinstanzen (sub 4). Dazu vorab nur knapp einige begrifflich klarstellende Bemerkungen.

1. Streitschlichtung

Streitschlichtung ist geläufig als Instrument *kollektivrechtlichen* Ausgleichs (namentlich beim Tarifstreit), aber ebenso geeignet für Versuche, *Individualkonflikte* möglichst zu befrieden. Dafür gibt es sehr viele verschiedene Erscheinungsformen, die gerne unter dem Anglizismus der Alternative Dispute Resolution (ADR) weiter zusammengefasst werden¹², und die sich z. T. auch mit der Schiedsgerichtsbarkeit bewusst vermischen wollen. Dabei geht es aber jenen Ansätzen alleinig darum, Lösungsfindung von Seiten der Streitparteien anzuregen, konstruktiv zu unterstützen, möglicherweise auch vorzuschlagen etc. – zum Schluss ist jedoch – und dies macht dann den Unterschied – ein freiwilliges Akzept erforderlich (Grundsatz

¹² Wegen Einzelheiten Münch, Bitburger Gespräche 2008/I, S. 179, 182 f. [II 3] mit S. 213 [Anlage 1]. Zusätzlich siehe dazu neuerdings noch das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) vom 19.02.2016, BGBI I Nr. 9 S. 254 (Art. 1) [in Kraft ab 01.04.2016 (Art. 24 Abs. 1 S. 3)] als Umsetzung der RL „über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten ...“ vom 21.05.2013 (sog. „ADR-Richtlinie“), ABl. Nr. L 165 S. 63 [war eigentlich schon umzusetzen bis 09.07.2015 (Art. 25 Abs. 1 UA 1)].

nachträglicher Billigung)! Im Zivilprozess ist Pendant der sog. Güteversuch, sei er als informelle Richtertätigkeit gestaltet (§ 278 Abs. 1 ZPO), gleichsam förmlich separiert (§ 278 Abs. 2 ZPO [Gütertermin] bzw. Abs. 5 [Güterichter]) oder gar ganz „ausgelagert“ bzw. „privatisiert“ (§ 278a ZPO). Demgegenüber erscheint mir die oft konnotierte Mediation nur lediglich ein Hilfsmittel, gütliche Einigung praktisch zu erreichen (arg. § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO: „alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation“), beschreibt also auch bloß eine spezifische Verfahrensweise („Mittel zum Zweck“).

2. Völkerrechtliche Schiedsgerichte

Gemeint ist hiermit die vereinbarte Streitlösung zwischen Staaten untereinander, ursprünglich als Errungenschaft des Kriegsvölkerrechts, bewaffneten Auseinandersetzungen vorzubeugen¹³. Derartige Schiedsgerichte (wie insbes. der Ständige Schiedshof/Den Haag [PCA/CPA¹⁴]) agieren auf speziell völkerrechtlicher Grundlage und entscheiden aufgrund völkerrechtlicher Vorgaben. Es geht um Streitigkeiten hinsichtlich der Ausübung von staatlicher Hoheitsgewalt (*acta iure imperii*) im Unterschied zu privatrechtlichem Rechtsstreit als Konsequenz aus wirtschaftlichen Betätigungen (*acta iure gestionis*). Von daher lässt sich zudem der Internationale Gerichtshof/Den Haag (IGH¹⁵) hierher rechnen, das judizielle Hauptorgan der Vereinten Nationen (Artt. 92–96 UN-Charta¹⁶) und auch die Internationalen WTO-Mechanismen zur Streitbeilegung.

¹³ I. Haager Übereinkommen betreffen die friedliche Erledigung von internationalen Streitfällen vom 29.07.1899, Bekanntmachung (Nr. 2807), RGBI 1901 Nr. 44 S. 393 [national in Kraft ab 04.09.1900] – Artt. 30–57: [ad-hoc] Schiedsverfahren bzw. vom 18.10.1907, Bekanntmachung (Nr. 3702), RGBI 1910 Nr. 2 S. 5 [national in Kraft ab 27.11.1909: RGBI 1910 Nr. 2 S. 375, 376/377] – Artt. 37–90: Internationale [PCA/CPA] Schiedsverfahren.

¹⁴ Permanent Court of Arbitration bzw. Cour Permanente d'Arbitrage – www.pca-cpa.org.

¹⁵ International Court of Justice [ICJ] bzw. Cour Internationale des Justice [CIJ] – Vorläuferinstitution aus Völkerbundszeiten (1922–1946) war der Ständige Internationale Gerichtshof [StIGH]/Permanent Court of International Justice [PCIJ]/Cour Permanente des Justice Internationale [CPJI], auch Den Haag (Friedenspalast): siehe dazu schon Artt. 12–15 der VB-Satzung.

¹⁶ Siehe dazu das Statut des Internationalen Gerichtshofs [IGH-Statut] vom 26.06.1945, BGBl 1973 II Nr. 25 S. 505 [in Kraft ab 18.09.1973: BGBl 1974 II Nr. 67 S. 1397].

3. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Bei der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, die mit CETA und TTIP ins öffentliche Blickfeld eingerückt ist, geht es demgegenüber dann um Streitlösung zwischen Privaten und Staaten (bzw. Investoren /. Sitzländer) – und gemeinhin auf Grundlage *völkerrechtlicher* Abmachung. Sie beruhen auf zwischenstaatlich ausgehandelten Abkommen (Bilateral Investment Treaties [BITs]) oder multilateral vereinbart auf dem Weltbank-Übereinkommen [WBÜ]¹⁷ und garantieren Rechtsschutz vor privaten Schiedsgerichten. Man kann das dogmatisch als „begünstigende Schiedsoption“ konstruieren und auch – alternativ, aber rechtlich eher fragwürdig – als eine Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter, d. h. zugunsten des Investors, der an der „Grundabrede“ nicht teilgenommen hat¹⁸. Die „Weltbank-Streitigkeiten“ bündelt das International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID – Sitz: Washington¹⁹], es administriert, aber entscheidet nichts; die „BIT-Streitigkeiten“ werden meist nach UNCITRAL-Regeln²⁰ vor *ad hoc* konstituierten Schiedsgerichten durchgeführt.

Das BMWI listet knapp 130 derartiger bilateraler Abkommen²¹ – von „A“ wie Afghanistan bis „Z“ wie Zentralafrikanische Republik.

¹⁷ Übereinkommen vom 18.03.1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, BGBl 1969 II Nr. 12 S. 371 [in Kraft ab 18.05.1969: BGBl 1969 II Nr. 40 S. 1191].

¹⁸ Näher zur Konstruktion siehe bei OLG Frankfurt SchiedsVZ 2013, 119, 122 [II B 1] {66 ff.} mit B. v. 18.12.2014 – 26 Sch 3/13 {51–58} im Anschluss an SchiedsVZ a.a.O S. 123 [B 2] {76 ff.} (Vereinbarkeit mit Europarecht) – dazu: *Risse/Gremminger*, Bull. ASA 33:3 (2015), 465, 466–468 [2.1].

¹⁹ Gemeinsame Einleitungsregeln („Institution Rules“ [2003]) mit speziellen Schiedsregeln („Arbitration Rules“ [2006] – Art. 15 Abs. 1: „The deliberations of the Tribunal shall take place in private and remain secret.“) und ergänzenden Organisationsregeln („Arbitration [Additional Facility] Rules“ [2006]).

²⁰ Schiedsordnung („Arbitration Rules“) vom 25.06.2010 [in Kraft ab 15.08.2010] mit Ergänzung vom 16.12.2013 [in Kraft ab 1.4.2014] (§ 1 Abs. 1 SchO/nF) hinsichtlich der Einbeziehung der „Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration“, dazu *Chr. Wolf/Eslami*, FS Schütze II (2015), S. 747.

²¹ Siehe die Seite www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Investitionsschutz/investitionsschutzvertraege.html und außerdem die aktuelle Zusammenstellung in BT-Drs. 18/7753 S. 4–8. Neue werden *national* allerdings kaum dazukommen: inzwischen besteht EU-Kompetenz (Art. 207 AEUV: „[die Regelung der] ausländischen Direktinvestitionen“. Das wird indes auf Dauer auch auf

In Europa existieren solche Abkommen mit Griechenland²², Portugal²³, Albanien²⁴, außerdem mit früheren Ostblockstaaten. Von den zehn wichtigsten Exportländern Deutschlands im Jahr 2014²⁵ sind sieben EU-Mitglieder (FR/UK/NL/AT/IT/PL/BE) und eines ist EFTA-Mitglied (CH – Rang 8), dazu kommen noch die USA (Rang 2) und China (Rang 4), BIT's existieren indes nur mit Polen²⁶ (und zwar noch aus „Ostblockzeiten“) und China²⁷, sonst aber nicht. Nimmt man stattdessen die G8-Staaten als Referenzgröße, kämen hinzu Japan und Kanada (ohne BIT), dazuhin noch Russland (mit BIT – ein Vermächtnis der Sowjetunion); die Verhandlungen mit den USA und Kanada laufen bekanntlich, indes auf EU-Ebene. Die genannten Fälle erscheinen demnach insgesamt eher untypisch. Man geht wohl nicht fehl, wenn man im Allgemeinen (bezüglich aller sonstigen Fälle) unsichere Beurteilung der örtlichen Justizgewährung als bedeutendes Vertragsabschlussmotiv unterstellt.

Eigenheit ist letztlich eine bewusste Wahl schiedsgerichtlicher Streitentscheidung: Art. 25 Abs. 1 WBÜ verlangt schriftlich dokumentierte Einwilligung *beider* Seiten, in den meisten BITs dagegen hat sich vorab der Staat des eigenen Optionsrechts begeben, d. h. damit besteht *einseitig* ein Wahlrecht des Investors (z. B. Art. 9 Abs. 2 DE/CN). Dorthier rührt die Befürchtung, rechtsstaatliche

gewöhnliche ISCID-Schiedsgerichte zurückwirken: *Duve/Rösch*, ZVglRWiss 114 [2015], 387, 394 f. [II 3b] – allgemein: *Engel*, SchiedsVZ 2015, 218; *Sackmann*, SchiedsVZ 2015, 15.

²² BGBI 1963 II Nr. 9 S. 217 (27.03.1961) [in Kraft ab 15.07.1963: BGBI II 1963 Nr. 24 S. 914].

²³ BGBI 1982 II Nr. 3 S. 57 (16.09.1980) [in Kraft ab 23.04.1982: BGBI II 1982 Nr. 22 S. 539].

²⁴ BGBI 1994 II Nr. 58 S. 3721 [in Kraft ab 18.08.1995: BGBI II 1995 Nr. 32 S. 903].

²⁵ Destatis (Hrsg.), Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel Export – Tabelle 2014 vom 22.10.2015: www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Aussenhandel/Handelspartner/Tabellen/RangfolgeHandelspartner.pdf?__blob=publicationFile.

²⁶ BGBI 1990 II Nr. 23 S. 607 [in Kraft ab 24.01.1991: BGBI II 1991 Nr. 27 S. 1049] – am Tag der Maueröffnung weilte Bundeskanzler *Kohl* bekanntlich in Polen! – mit Änderungsprotokoll vom 14.05.2003, BGBI 2005 II Nr. 12 S. 536 [in Kraft ab 28.10.2005: BGBI II 2005 Nr. 26 S. 1204].

²⁷ BGBI 2005 II Nr. 17 S. 733 [in Kraft ab 11.11.2005: BGBI II 2006 Nr. 4 S. 119]; Art. 9 (ICSID/UNCITRAL) – zu beachten ist freilich die einschränkende Protokollerklärung: Vorzugsstellung innerchinesischer Staatsgerichte (namentlich fristgebundene Vorprüfung).

Grundprinzipien würden konterkariert werden – ein Staat könnte sich quasi selbst dann seiner originären Verantwortung entledigen²⁸. Dies deutet mir primär eine öffentlich-rechtliche Diskussion, die aber das traditionelle – handelsrechtliche – Schiedswesen zunehmend diskreditiert, obwohl jenes bloß das nötige prozessuale „Vehikel“ bereithält²⁹. In der aktuellen, hitzig geführten Debatte um die Schutzstandards, über die man gut und gern streiten kann, wird m. E. gern der Sack statt des Esels geschlagen (die Kritik trifft den staatsseitigen Vertragsschluss³⁰). Insoweit *schiedsrechtliche* Ursachen für Kritik vorliegen³¹, komme ich darauf noch zurück. Hier hat aber insbes. UNCITRAL schon sehr viel für große Verfahrenstransparenz getan³².

²⁸ Statt vieler näher *Schill*, DÖV 2010, 1013, 1015–1017 [III–V] u. ZaöRV 71 (2011), 247 [TTIP]; J. Wolff, NVwZ 2012, 205 [PPP-Verträge], aber z. B. auch *Classen*, EuZW 2014, 611, 614 ff. [IV/V] [TTIP] („keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Bedenken“ [S. 616/VI]) u. *Prütting*, AnwBl 2015, 546, 549 f. [IX–IX] (geübte Kritik nicht berechtigt), sowie vor allem – gegenläufig – die Gutachten von *Groh/Kahn* (www.unibw.de: Staatsrecht [09.03.2015]) und *Krajewski* (www.bmwi.de: Publikationen [07.05.2015]). Siehe noch bei Fn. 106 sowie auch die *schiedsrechtliche* Problemaufnahme bei *Böckstiegel*, SchiedsVZ 2012, 113, 116 ff. [IV 2–6] u. *Winkler*, Der große kleine Unterschied ..., FS Schütze II (2015), S. 739.

²⁹ Im Ansatz so wie hier *G. Wagner*, DRiZ 2015, 264 [I] mit S. 267 f. [VI 2] (Zweckmäßigkeit einer Berufungsinanz?) bzw. [VII 2] (Transparenzanforderungen) u. S. 269 [VIII]. Sehr undifferenziert demgegenüber *Bross*, Hans Böckler Stiftung (Hrsg.), MBF-Report 2015/4 S. 13–16 [5].

Sympathischer erscheint mir deswegen terminologisch die Benennung als ISDS-Verfahren (Investor-State Dispute Resolution) – also statt „Investitionsschiedsgerichtsbarkeit“ besser künftig „Investitionsstreitbeilegungsform“, dies differenziert, aber kaschiert zugegeben auch.

³⁰ *Duve/Rösch*, ZVglRWiss 114 [2015], 387, 404 f. [VI 1].

³¹ Dazu jüngst *Hess*, FS T. Stein (2015), 163, 166 ff. [B–D].

³² United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration vom 10.12.2014 [www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf] – sog. Mauritius-Konvention. Sie ermöglicht die Einbeziehung der Transparenzregeln bei Altverträgen und verpflichtet zu weltweiten Veröffentlichungen im Transparenzregister (www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp); siehe auch bei Fn. 20. Zeichnung ist erfolgt [17.03.2015]; Ratifikation ist angestrebt, vgl. BT-Drs. 18/5040 S. 7 [26.05.2015] (BReg-Antwort auf Anfrage der GRÜNEN).

4. Staatliche Zwangsschiedsgerichte

Schiedsgerichte eröffnen als Surrogat für Staatsgerichte die Streitlösung zwischen Privaten untereinander. Ein unabdingbares Wesensmerkmal ist, dass sie auf privatem Rechtsgeschäft beruhen³³ (§ 1029 Abs. 1 ZPO: „Abrede“ oder „Klausel“ – Sonderfall: § 1066 ZPO), mithin Bindungen *freiwillig* eingegangen werden und eben jenes *opt out* einem planvollen *Eigenentschluss* entspringt (was bei den Investitionsschiedsgerichten partiell nur zutrifft...). Just darum müssen alle Fälle gesetzlicher Schiedsunterwerfung ausscheiden! Das gilt etwa für sog. Arbitragegerichte, Außenhandelsschiedskommissionen, Schlichtungshöfe etc.³⁴, die einstmals den Ost-West-Handel in alten Zeiten des kalten Krieges beherrschten. Indes etwa auch die Wiedergutmachung von Kollateralschäden³⁵ basiert oft auf solcher zwangsweise geschaffener Grundlegung („Ersatzjustiz“).

5. Schiedsformtypen

Die Konstituierung der Bank der Schiedsrichter (§§ 1034 ff. ZPO: „Bildung“) und anschließend die Gestaltung des Verfahrens (§§ 1042 ff. ZPO: „Durchführung“) sind weitere Kernelemente schiedsrichterlicher Streitlösung zwischen zwei Privaten (oder u. U. auch mehreren Privaten). Sie unterliegen privatautonomer Gestaltung. Je nach Abrede lassen sich hierzu drei bis vier konstruktive Archetypen für die Ausformung unterscheiden, wobei jedoch die Praxis recht vielfältige Variationen kennt. Demnach geht es fehl, einfach von „der“ Schiedsgerichtbarkeit als eine Art „rocher de bronze“ bildlich zu sprechen.

³³ RGZ 107, 352, 353; 108, 194, 198; 157, 106, 114; BGHZ 48, 35, 43; 128, 380, 383 [1a].

³⁴ Explizit BGHZ 128, 380, 383 [1a] {11} (DDR) mit BGH VIZ 1998, 526 [I 1b] (DDR) entgegen (implizit) BGHZ 52, 184, 192 f. [III] (YU). Näheres siehe bei *Ernemann*, Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche [S D&E ZHP 91] (1979), S. 15 ff.

³⁵ Beispiele: Iran-U.S. Claims Tribunal (als Form eines institutionellen „Schiedsgerichts“), aber z. B. auch Deutsch-Russisches Privatrechtsabkommen [Nr. 6475] zur Ergänzung des Deutsch-Russischen Zusatzvertrags zu dem Friedensverträge zwischen Deutschland, Österreich-Ungarn, Bulgarien und der Türkei einerseits und Russland andererseits [„Friedensvertrag von Brest-Litovsk“] vom 27.08.1918, RGBl Nr. 130 S. 1190 – 5. Kap., Art. 13 ff.: Schiedsgerichte für zivil- und handelsrechtliche Streitigkeiten.

Das Gesetz sieht primär das persönlich von den Schiedsparteien für den Einzelfall konstituierte Schiedsgericht („*einzelnes* Schiedsgericht“, *ad hoc*-Verfahren), das als ein sog. Gelegenheitschiedsgericht ausschließlich „just für den Fall“ zusammenkommt (oder besser wohl: zusammengestellt wird). Die Handelspraxis strebte aber alsbald nach Möglichkeiten organisatorischer Verfestigung. Den Gegenpol bildet insoweit das dauerhaft organisierte Schiedsgericht („*ständiges* Schiedsgericht“, *en bloc*-Verfahren), welches als Institution fest eingerichtet ist, wie etwa der Internationale Sportgerichtshof/Lausanne (CAS/TAS), aber u. U. noch Besetzungsspielräume lässt (Richterlisten, Kooptierung). Quasi dazwischen steht dann das herkömmlich damit verwechselte administrierte Schiedsgericht (sog. „Schieds[gerichts]hof“) als Modell bewährter Praxis des internationalen institutionalisierten Schiedswesens, wie dies etwa die Internationale Handelskammer/Paris (ICC/Arb&ADR) und auch die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) anbieten: Neben logistischer Hilfe gibt es hier je nach „Angebotspalette“ Unterstützung bei Konstituierung und u. U. ein stärkeres oder sanfteres Controlling des Prozessgangs.

Die beiden letzteren Modelltypen halten regelmäßig eigene Verfahrensordnungen bereit, im ersteren Fall hingegen müssen dafür dann die Parteien selbst vorsorgen, sie können das jedoch per Verweisung auf ebensolche „fremden“ Regelwerke (§ 1042 Abs. 3 ZPO)³⁶. So besehen gibt es dazu demnach zwei verschiedene Unterformen: eigene/fremde Gestaltung des Verfahrens durch Verabredung/Bezugnahme. Daraus resultieren Zwischenformen, die auch recht häufig praktiziert werden, so dass sehr oft eben die vereinbarte Einzelausgestaltung entscheidet (und zwar auch über die Chancen und Risiken!).

III. Erkennbare Vorzüge!

1. Effizienzgesichtspunkte

Der BGH hat beiläufig einmal die „Vorteile des schnellen und regelmäßig kostengünstigen Schiedsverfahrens“ anerkannt, ja besonders

³⁶ Entsprechend kann man zwei weitere Archetypen differenzieren: ad-hoc-Schiedsgerichte mit *autonom*er oder *heteronom*er Verfahrensgestaltung.

herausgestrichen³⁷. Zeit und Geld als jene ausschlaggebenden Effizienzfaktoren sind indes getrennt zu bewerten, obwohl zum Schluss die „Gesamtwirkung“ vom genauen Verhältnis beider zueinander geprägt ist. Dabei darf man natürlich niemals übersehen, dass letzten Endes allemal die Rechtspflegequalität nicht kommerzialisierbar scheint³⁸, sondern gesamtgesellschaftlich besehen einen „Wert an sich“ schon enthält.

a) Zeitersparnis

Schiedsverfahren werden gerne ob ihrer zügigen Streiterledigung gerühmt. Die tatsächlichen Einschätzungen hierzu sind jedoch viel zurückhaltender³⁹ und relativieren das bereitwillig zum lediglich „gefühlten Zeitfaktor“⁴⁰; das sich fast schon zehn Jahre hinschleppende Toll-Collect-Schiedsverfahren schickt sich nunmehr etwa gar an, das

³⁷ BGH, U. v. 12.11.1990 – II ZR 249/89 = IPRspr 1990 Nr. 237 S. 513 = NJW-RR 1991, 423, 424 {9} = IPRax 1992, 240 – im Anschluss an OLG Köln NJW 1961, 1312, 1313 (jedoch nuanciert anders: „nicht nur regelmäßig schneller, sondern auch vielfach billiger“). Vgl. auch erg. Arb. Act [EN]: sec. 1 lit. a aE (Generalmaxime: „without unnecessary delay or expense“) bzw. sec. 33 Abs. 1 lit. b (Richterpflicht: „avoiding unnecessary delay or expense“).

In einem weiteren Sinne versteht *Schütze*, in: P. Gottwald (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten, 2006, S. 171, 174–176 [III] die *Gesamtabwägung* von Vor- und Nachteilen als *Effektivitätsmaß* – er nennt insoweit: Fairness [IV], Richtigkeit [V], Prozessdauer [VII], Verfahrensgestaltung [VI], Kostenfrage [VIII], Nichtöffentlichkeit [IX], Durchsetzbarkeit [X] – Fazit: „zumindest gleichwertig, teilweise überlegen“ (S. 201 [XI]).

³⁸ *Münch*, FS Schilken (2015), S. 387/388 [I] – recht früh – schiedsverfahrensrechtlich – auch schon z. B. *K. Lionnet*, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau [DIS 4] (1984), S. 291, 294 [1.4]: Priorität für Qualität!

³⁹ Siehe eingehend *Grenz*, Der Faktor Zeit im Schiedsverfahren [AMB-Reihe 24] (2013), S. 1–5, 14–17 u. *Schütze*, a.a.O. (Fn. 37 [2. Abs.]), S. 187–190 [VII 1–4] – ferner: *Maier*, Hdb. SGB (1979), Rn. 1; *Jagenburg*, FS Oppenhoff (1985), S. 147, 164 [III 3] („in aller Regel“); *Glossner/Bredow/Bühler*, SGP (3. Aufl. 1990), Rn. 7 (1. Abs.: Mythos oder Wirklichkeit?); *Lionnet/Lionnet* (3. Aufl. 2005), S. 78 f. [b] (Zweifel, vgl. auch erg. *K. Lionnet*, FS Sandrock [2000] S. 603, 604 [I]); *Hobeck*, DRiZ 2005, 177 [I 1a] („nicht besonders schnell“); *Lachmann*, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 155–159 mit BRAK-Mitt. 2005, 217, 220 [III B 6] („durch nichts belegt“) – international beispielhaft: *Lew/Mistelis/Kröll*, CICA (2003), Rn. 1.28 f. („in theory“ – „in reality“) [EU] bzw. *Born*, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 86–88 [US].

⁴⁰ *Freyman/Weth*, FS E. Müller (2008), S. 147, 155 [III 3].

fiktionale Horrorszenario einzulösen, das der Schiedsrichter Sir Michael Kerr mit dem berühmt-berüchtigten sog. Macao-Sardine-Case entworfen hatte⁴¹. Die Gründe sind jedoch zweifelsohne auch strukturell sehr vielschichtig, unabhängig von Erwägungen für sog. „fast track arbitration“.

Schiedsverfahren haben insgesamt einen „Kaltstart“ hinzulegen, denn man muss erst die reguläre Konstituierung des Gerichts bewerkstelligen (§§ 1034 ff. ZPO): Schiedsrichter sind auszusuchen, anzuwerben und inhaltlich zu überprüfen auf Befähigung und Neutralität; notfalls bedarf es hierzu auch möglicherweise staatsgerichtlicher Hilfestellungen (§ 1035 Abs. 3–5 ZPO [Bestellung]; § 1037 Abs. 3 ZPO [Befangenheit]) – die Staatsgerichte stehen demgegenüber direkt und jederzeit zur Verfügung („Warmstart“). Das darf nicht leicht abgetan werden, denn eine falladäquat zusammengesetzte Richterbank gilt als ganz zentrale Weichenstellung weiteren effizienten (!) Prozessierens – und zwar auch bei institutionellen Schiedsgerichten. Eine nächste Schlüsselstelle bezieht sich auf die Abklärung bzw. Kontrolle schiedsrichterlicher Kompetenz⁴². Dafür wird oft recht viel zusätzliche Zeit beansprucht, wobei aber die staatsgerichtlichen möglichen Kontrollverfahren keinen weiteren Stillstand bedeuten müssen (arg. § 1032 Abs. 3 bzw. § 1040 Abs. 3 S. 3 ZPO). Zeit wird u. U. auch noch „verloren“, wenn und weil *gerichtliche* Verfahren – ausnahmsweise – beschleunigt ablaufen; gedacht ist hierbei vorrangig an Verfristung (§§ 230/231 ZPO), Zurückweisung (§§ 282/296 ZPO), Versäumnisurteil (§§ 330 ff. ZPO) etc., was mutvolle Staatsrichter verlangt (aber vgl. auch § 1048 ZPO), weniger an mögliche Eilverfahren, wie etwa das Mahnverfahren bei voraussichtlich insgesamt unbestrittener Forderung⁴³ (§§ 688 ff. ZPO). In Rechnung zu stellen ist dazuhin, dass ganz gegen Ende die Notwendigkeit eines zusätzlichen Nachverfahrens zur staatsgerichtlichen Vollstreckbarerklärung (§§ 1060/1061 ZPO) noch eintreten kann.

Vieles davon wird allerdings rasch irrelevant, wenn man sich der schiedsseite üblichen Einzigigkeit erinnert⁴⁴ (und auch der Bearbei-

⁴¹ Arbitration v Litigation – The Macao Sardine Case, Int. Bus. Lawyer 15:4 (1987), 152 bzw. Arb. Int. 3:1 (1987), 79 bzw. *Glossner*, Jb. Pr. Sch. 1 (1988), 251, ähnlich vorher schon *Kerr*, JBL1980, 164, 172 ff.

⁴² Näher dazu *Münch*, ZJP 128 (2015), 307 u. ZJP-Int 19 (2014), 387.

⁴³ Dazu instruktiv auch einstmals *Sandrock*, WM 1994, 445, 447 f. [II 4].

⁴⁴ *Stumpf*, FS Bülow (1981), S. 217, 219 [II 2] (aber „reziprok“ auch S. 224 [III 2]); *Maier*, Hdb. SGB (1979), Rn. 1; *Ochmann*, GRUR 1993, 255, 258 re. Sp.;

tungszeit anderer Industriestaaten⁴⁵) – es gibt i.d.R. nur eine Schiedsinstanz (abweichende Parteivereinbarungen ausgeblendet), keine Berufung und schon gar keine Revision. Dies birgt einen ganz beachtlich erscheinenden Zeitgewinn, bis letztthin Rechtskraft (§ 1055 ZPO) eintritt, indes aber zugegeben auch das Risiko der Unkorrigierbarkeit von Fehlentscheidungen⁴⁶; die kraftlose Gegenwehr per Aufhebungsantrag (§ 1059 ZPO) bietet keinerlei adäquaten Ersatz (Verbot der *révision au fond!*).

Vor allem muss insoweit bedacht werden, dass schiedsverfahrensrechtliche Zeitverzögerungen oft handfest „hausgemacht“ scheinen⁴⁷ (von möglichen parteiseitigen „Störaktionen“ ganz abgesehen ...⁴⁸). Das beginnt bei unklarer Schiedsvereinbarung (§ 1029 ZPO) oder Verfahrensabrede (§ 1042 Abs. 3 ZPO), das geht über die Konstituierung des Schiedsgerichts (§§ 1034 ff. ZPO) und wirkt hernach unglücklich ein auf die richterliche Verfahrensführung und -leitung. Vor allem die Obmannposition bei Dreierbesetzung ist erfahren zu

Böckstiegel, DRiZ 1996, 267, 269 li. Sp. [3.1]; *Lachmann*, BuW 1999, 582, 587 [5.2] (etwas verhaltener indes AnwBl 1999, 241, 245 li. Sp. [5.4.2 {3}]); *Schwab/Walter* (2005), Rn. 8 [d] („fast immer rascher“); *Hobeck*, DRiZ 2005, 177 [I 1a]; *Hawickhorst*, BRAK-Mitt. 2005, 222, 223 re. Sp.

Relativ reserviert dagegen *K. Lionnet*, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau [DIS 4] (1984), S. 291, 294 [1.4] („nicht außer acht zu lassen“). Siehe aber andererseits auch schon ZPO-Kommission, Bericht (1961), S. 183 (*erstes* Hauptmotiv: „Wunsch nach einer möglichst raschen Entscheidung“) iVm. S. 184, aber z. B. auch *Lew/Mistelis/Kröll*, CICA (2003), Rn. 1.20 [EU].

⁴⁵ Überraschend das Datenmaterial des EU-Justizbarometers 2015 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4575_de.htm) zur erstinstanzlichen Bearbeitungsdauer 2012: von 17 Tagen (DK) bis 860 Tagen (PT), Deutschland (467 Tage) liegt hier schlechter als Italien (391 Tage [+19,4 %]) – wider etwa die außenamtliche deutsche Einschätzung: http://www.italien.diplo.de/contentblob/4124312/Daten/5295178/RA_allg_Infos_Rechtsverfolgung_Italien.pdf S. 1 [Stand: April 2015] und auch wider eigene Sicht: *R. Stürner*, FS Schütze [2015] S. 593, 596 f. [III 1] m.w.N.) sowie vor allem Frankreich (275 Tage [+69,8 %]), für Großbritannien fehlen leider Zahlen.

⁴⁶ Schon beinahe zynisch *Meier* (1979), Rn. 6: „die staatliche Gerichtsbarkeit [habe] durch den Instanzenzug die Behebung von derartigen Störungen geradezu zum System erhoben“.

⁴⁷ *Lionnet/Lionnet* (3. Aufl. 2005), S. 79 [b].

⁴⁸ Hierzu sehr aufschlussreich auch *Wilske*, Der kränkelnde Schiedsrichter – Eine subtile Guerilla-Taktik mittels eines absichtslos handelnden Werkzeugs, FS Wegen (2015), S. 793.

besetzen, zumal doch bei entsprechender Ermächtigung (von Partei-seite aus, alternativ auch durch alle Beisitzer) er über „einzelne [!] Verfahrensfragen ... allein entscheiden [kann]“ (§ 1052 Abs. 3 ZPO). Hier ist auch einiges Organisationsgeschick gefragt, nicht etwa bloß die selbstredend immer erforderliche fachliche Kompetenz! Die vielfachen Spielräume des Schiedsverfahrensrechts – wenn sie sich die Parteien denn gewähren! – müssen in der Praxis tatkräftig überhaupt ausgenutzt werden⁴⁹, sonst verpufft jener Vorteil völlig nutzlos. Und das spricht oftmals für ein professionell administriertes Schiedsverfahren – eine ordnende Hand erzeugt einen sanften Druck, wie er aus normalem Projektmanagement geläufig ist. Das darf natürlich aber nie – sicher gewisse Gefahr – zu inhaltlicher Beeinflussung pervertieren; zum Schluss zählt allein die sachgerechte Streitlösung. Zudem muss man sehen: Vielerlei geht umgekehrt auch einfacher, wie etwa über den Einsatz elektronischer Kommunikation (wofür staatlich noch gemeinhin die technischen Voraussetzungen ermangeln) und – im Unterschied zu §§ 192 ff. GVG⁵⁰ – die Gestattung „segmentierter“ Beratungen.

b) Geldersparnis

Schiedsverfahren werden meist – anlässlich fehlender Instanzen – auch als letztendlich kostengünstiger, also darum mithin wirtschaftlicher, eingeschätzt. Dazu bestehen ebenfalls aber deutlich differenzierte Einschätzungen von Schiedsseite aus⁵¹. Konkrete Zahlen feh-

⁴⁹ Zeitig erkannt hat das bereits *Nagel*, Gedanken über die Beschleunigung des Schiedsverfahrens, FS Firsching (1985), S. 191, vgl. auch: *Lachmann*, AnwBl 1999, 241, 245 li. Sp. [5.4.2 {2}], jüngst erst wieder *Risse* Arb. Int. 29:3 (2013), 453 („Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs“) u. *Respondek*, J. Int. Arb. 31:4 (2014), 507 („Five Proposals to Further Increase the Efficiency“) – aber z. B. auch Ergänzende DIS-Regelungen für beschleunigte Schiedsverfahren [ERBV] vom 01.04.2008 und die ICC-Empfehlungen 2007/2012, Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration.

⁵⁰ BGH NJW-RR 2014, 243, 246 {28 f.} [IV 3b/c] – hier insbes. auch {30 ff.} [IV 3d–f] in Konkretisierung zu BGH NJW-RR 2009, 286/287 {8}: Telefonkonferenz zugelassen „in geeigneten Ausnahmefällen“ {33}.

⁵¹ Sehr eingehend dazu *Lachmann*, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 162–164 iVm. Rn. 4666 ff. mit AnwBl 1999, 241, 245 re. Sp. [5.6] („in dieser Allgemeinheit falsch“) u. BRAK-Mitt. 2005, 217, 220 [III B 8] („hält der Überprüfung nicht stand“) – zurückhaltend aber z. B. auch *Wieczorek/Schütze*, § 1025 ZPO Rn. 19 („vielfach überschätzt“) bzw. *Schütze*, SV (5. Aufl. 2012), Rn. 33 („häufig überschätzt“) u. a.a.O. (Fn. 37 [2. Abs.]), S. 191–194 [VIII] („generelles Urteil nicht

len freilich – was nur bleibt ist die Möglichkeit abstrakter Vergleichen mit Gerichtsgebühren. Teilweise wird behauptet, dass bei kleineren Streitwerten (Grenzwert?) die Kosten höher liegen, bei mittleren und größeren eher hingegen niedriger anzusetzen sind⁵². Selbst dies fällt sehr schwer, belastbar rechnerisch nachzuvollziehen, zumal doch die Vergütung der Schiedsrichter das Endresultat freier Vereinbarung ist. Soweit hierzu Rechtsanwälte befasst werden, fehlt es auch an einer RVG-Bindung (§ 1 Abs. 2 S. 1 RVG), sie wird aber gerne – soweit Vereinbarungen fehlen – mittelbar doch angewandt (arg. § 612 Abs. 2 BGB), jedenfalls kraft Verweisung⁵³; hilfsweise mag schließlich ein einseitiges Bestimmungsrecht (§§ 315/316 BGB – Billigkeit?) existieren⁵⁴. Möglich ist dazuhin, Vergütungssysteme eigenständig zu konfigurieren (Stundensätze, Fallpauschale – aber z. B. auch Modifikationen des „Streitwertmodells“ etc.). Sehr vieles also bleibt einzelfallabhängig und kann seriöserweise nicht weiter verallgemeinert werden.

Zur Illustration diene hier ein DIS-Schiedsverfahren mit Streitwert von 26.000.000 EUR bei Dreierbesetzung (§ 40 DIS-SchO mit Anlage). Der DIS-Gebührenrechner⁵⁵ weist dafür Gesamtkosten von

möglich“ [S. 191]); *Duve/Sattler*, AnwBl 2012, 2, 7/8 [B I 4]; *Lionnet/Lionnet* (3. Aufl. 2005), S. 80 f. [c] (nicht wirklich vorteilhaft, vgl. auch erg. *K. Lionnet*, FS Sandrock [2000] S. 603, 604 [I]); *Schwab/Walter* (7. Aufl. 2005), Rn. 8 [e] („möglicherweise“); *Hawickhorst*, BRAK-Mitt. 2005, 222, 223/224 („erweist sich nur mit Einschränkungen als zutreffend“); *Bietz*, NZBau 2003, 177, 179/180 [I 5] („sicherlich nicht haltbar“); *Schiffer* (1999), S. 16/17; *Mandelkow*, BauR 1997, 785, 786 [1.3] („unter gewissen Voraussetzungen“); *Hennerkes/Schiffer*, BB 1992, 1439, 1440 f. [II 2] („mehr als doppelt so hoch“); *Schütze/Tscherning/Wais* (2. Aufl. 1990), Rn. 9 („nachgesagt“); *Jagenburg*, FS Oppenhoff (1985), S. 147, 164–166 [III 3] – international beispielhaft: *Lew/Mistelis/Kröll*, CICA (2003), Rn. 1.30 („in principle“ – „in practice“) [EU]; *Born*, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 86–88 [US]; *Nowaczyk/Czech*, Bull. ASA 33: 3 (2015), 494 f. [1].

⁵² *Lachmann*, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 163; *Stumpf*, FS Bülow (1981), S. 217, 219 [II 3] mit S. 224 [III 1]; wohl auch *Schiffer* (1999), S. 17/18 – etwas anders dagegen *Freyman/Weth*, FS E. Müller (2008), S. 147, 156 [III 6].

⁵³ Wegen Einzelheiten siehe MünchKomm/Münch vor §§ 1034 ff. ZPO Rn. 34–37 m.w.N.

⁵⁴ BGHZ 193, 38, 43 f. {10} [1e] = NJW 2012, 1811 = SchiedsVZ 2012, 154, best. BGH, B. v. 14.01.2016 – I ZB 8/18 u. 9/15 {13} [II 3] – unter altem Recht: BGH WM 1977, 319, 321; RG JW 1936, 2710, 2711 (Nr. 9), sowie wohl auch schon RG JW 1927, 1484 re. Sp. (Nr. 16) u. OLGRSpr. 13 (1906), 243 (Fn. 1), 244; siehe auch *Münch*, FS Stürner (2013) I S. 355, 370–372 [III 1].

⁵⁵ Die Kosten steigen freilich, wenn man – alternativ – die alte DAV/DRB-

ca. 265.000 EUR aus, die Zahl ist aber m. E. noch zu erhöhen um den gemeinhin auf Schiedsrichterhonorare anfallenden Mehrwertsteuersatz⁵⁶. Klammert man – vereinfachend – insoweit die Mehrwertsteuerproblematik aus (Vorsteuerabzug von Seiten der Schiedsparteien), kann ein DIS-Schiedsverfahren erst bei noch höheren Streitwerten überhaupt einmal günstiger kommen. Es gilt insoweit:

DIS-Bearbeitungsgebühr	30.000,00	Anl. Nr. 18a
Beisitzer	74.450,00	Anl. Nr. 8
Beisitzer	74.450,00	Anl. Nr. 8
Vorsitzer (Zuschlag: 30 %)	96.785,00	Anl. Nrn. 8, 15
	<u>275.685,00</u>	
zzgl. 19 % MWSt.	52.380,15	§ 40.1 S. 1 u. 40.4
= Gesamtsumme	328.065,15	

Nicht marginal sind freilich die Erhöhungsmöglichkeiten für Schiedsrichterhonorare bei Mehrparteienverfahren (Nr. 11: 20 % pro Person – mit Deckel: 50 %), Widerklagen (Nr. 12: *separate* Berechnung – nur jedoch auf Antrag hin! [im Unterschied zu § 45 Abs. 1 GKG: *addierte* Berechnung]), einstweiligem Rechtsschutz (Nr. 14: 30 %) sowie vor allem „in Fällen von besonderer rechtlicher Schwierigkeit und/oder tatsächlicher Komplexität“ (Nr. 13: um bis zu 50 %). Hier besteht also reichlich großer Spielraum. Der Prozess vor deutschen staatlichen Gerichten würde wie folgt demgegenüber – sozusagen zum Fixbetrag – abgerechnet (§§ 3 Abs. 1, 34 Abs. 1 GKG):

Höchstbetrag Tabelle (500.000 EUR)	3.536,00
+ Zuschlagsbeträge (490x180 EUR)	88.200,00
<u>drei Gebühren nach KV Nr. 1210</u>	<u>275.208,00</u>

Sehen muss man zudem, dass für Streitwerte über 30.000.000 EUR vor Staatsgerichten (§ 39 Abs. 2, 1. Halbs. GKG) und auch für Anwaltsgebühren (§ 23 Abs. 1 S. 1 bzw. § 22 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs.

Mustervereinbarung vom 10.03.2006 zugrunde legt: Schiedsrichtervergütung nach Anwaltsgebührensätzen (§ 1 Abs. 1) – mit Erhöhung beim Beisitzer (§ 1 Abs. 2 S. 2: KV 3200 [1,6] statt KV 3100 [1,3]) bzw. Dopplung beim Vorsitzter (§ 1 Abs. 2 S. 1).

⁵⁶ Wegweisend EuGHE 1997, I-04857 {16 ff.} = DStRE 1997, 900 f. – Bernd von Hoffmann ./ FA Trier.

RVG⁵⁷) ein Deckel („Höchststreitwert“/„Kappungsgrenze“⁵⁸) eingreift, der alsbald den Vorteil wieder umkehrt – am Ende bleibt ein abstrakt gesehen erstaunlich kleiner Korridor für Kostenvorteile vor dem Schiedsgericht. Berücksichtigt man zusätzlich die aufgezeigte Unwägbarkeit endgültiger Honorierung, verschiebt sich das Maß noch etwas weiter zugunsten (!) staatlicher Rechtsprechung.

Solche Zahlenvergleiche jedoch sagen nichts. Die Bewertung wird verschoben durch mögliche staatliche Instanzen einerseits⁵⁹, eine erforderliche Vollstreckbarerklärung (§ 1060 ZPO)⁶⁰ oder auch staatsseitig parallel durchgeführte Überprüfungs- und Hilfsverfahren (§§ 1032 Abs. 2, 1040 Abs. 3 S. 2; 1035 Abs. 3–5, 1036 Abs. 3 S. 1, 1050 ZPO) andererseits⁶¹; und in der ersten Instanz erhält man beim Schiedsgericht dann für das Geld ausnahmslos eine „Kammerbesetzung“, ein staatliches Gericht entscheidet dagegen vorzugsweise durch Einzelrichter (aber vgl. doch § 348 Abs. 1 S. 2 lit. f ZPO iVm. § 95 GVG). Vor allem aber zählen der Zeitaufwand und die Müheverwaltung zur Lösung des Streits. Man kann das auch polemisch zuspitzen: der Staat gewährt immer nur Kassenleistungen, die Schiedspartei ist Privatpatient⁶². Sie wird zumeist eben auch gewillt sein, für eine gute Leistung Preise zu zahlen, die jenseits des Üblichen liegen, das ist ähnlich wie bei Bioprodukten oder eben Arztbesuchen.

Die beiden anderen bedeutsamen Kostenmassen werden dagegen häufig vernachlässigt. Es geht um Gerichtsauslagen, die bei Schiedsgerichten sicher spürbar ins Gewicht fallen (Tagungsräume,

⁵⁷ Wegen Verfassungsmäßigkeit siehe BVerfG NJW 2007, 2098 („Alternativmodell“: Honorarvereinbarung).

⁵⁸ BT-Drs. 15/1971 S. 154 li. Sp. [zu § 39 Abs. 2 GKG] sieht hier zwar bloß das *Partei*interesse der Kalkulierbarkeit des Kostenrisikos – in Wahrheit steckt dahinter indes auch ein *Staats*interesse an Mammutverfahren, die finanziell extrem begünstigt werden („Flatrate“). Hierin liegt klar ein Strukturvorteil der Staatsgerichte („Discount“).

⁵⁹ Im Beispiel: 366.944 EUR für OLG-Kosten (KV Nr. 1220: vier Gebühren) bzw. 458.680 EUR für BGH-Kosten (KV Nr. 1230: fünf Gebühren).

⁶⁰ Im Beispiel: 183.472 EUR für OLG-Kosten (KV Nr. 1620: zwei Gebühren) bzw. 275.208 EUR für BGH-Kosten (KV 1628: drei Gebühren).

⁶¹ Was gern indes vernachlässigt wird: *Wieczorek/Schütze*, § 1025 ZPO Rn. 19; *Lionnet/Lionnet* (3. Aufl. 2005), S. 81 [c4]; *Schiffer* (1999), S. 17 aE; *Schützel/Tscherning/Wais* (2. Aufl. 1990), Rn. 10 aE (S. 7). – Ausnahme: *Schütze*, ZVGIR-Wiss 99 (2000), 241, 245 [III 1a].

⁶² *Lachmann*, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 140.

Reisekosten, Zeugengelder, Kurierdienst etc.⁶³, aber u. U. auch Entlohnung von Hilfspersonen für Recherchen), während die Logistik im Großen und Ganzen beim Staatsgericht mit „abgegolten“ wird. Nur Beweiserhebungen (Gutachterkosten) und bedarfsweise noch Übersetzungen mögen dort ins Geld gehen – und gerade solche Kosten minimiert möglicherweise das Schiedsverfahren bei einer Auswahl von sachverständigen oder sprachkundigen Schiedsrichtern. Außerdem zu beachten ist noch die Höhe der Anwaltskosten. Im Gegensatz zu einem staatlichen Zivilprozess fehlt im Schiedsverfahren der Anwaltszwang. Die Parteien dürfen sich jedoch vertreten lassen (§ 1040 Abs. 2 ZPO, vgl. auch erg. § 3 Abs. 2 BRAO); wenn sie dies tun, fallen gleiche Gebühren an wie im Prozessverfahren vor Staatsgerichten (§ 36 RVG). Sie mögen u. U. davon absehen und können z. B. die eigene Rechtsabteilung mit der Prozessvertretung betrauen („in house“) – ob das Sinn macht, steht auf einem anderen Blatt, zumal externe Sicht gemeinhin gesteigerte Objektivität einbringt.

2. Vertraulichkeitsaspekt

Es gilt weiter eindeutig als wichtiger Vorzug, dass jegliche Schiedsverfahren nichtöffentlich ablaufen⁶⁴: Geschäftsgeheimnisse, Familienzwist, Unternehmensinterna usw. bleiben somit im kleinen Kreis,

⁶³ Siehe etwa die DIS-Richtlinien zu § 40 Abs. 1 iVm. ANLAGE Nr. 16 (Stand 2005), aber z. B. auch *Karrer*, SchiedsVZ 2006, 113, 115 [I 5]: „Das größte Sparpotential liegt bei den Parteikosten“.

⁶⁴ Präzise die Interessenanalyse bei *Kahlert*, a.a.O. (Fn. 67), S. 49 ff. – International beispielhaft: *Lew/Mistelis/Kröll*, CICA (2003), Rn. 1.26 f. mit Rn. 1.13 („fundamental and important advantage“) [EU] bzw. *Born*, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 89 f. [US]. Ergänzend die Nachweise bei Fn. 67, ferner allgemein hierzu:

Stumpf, FS Bülow (1981), S. 217, 220 [II 4]; *Ochmann*, GRUR 1993, 255, 258 re. Sp. (Diskretion); *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267, 268 re. Sp. iVm. S. 269/270 [3.1]; *K. Lionnet*, FS Sandrock (2000), S. 603 [I]; *Schütze*, a.a.O. (Fn. 37 [2. Abs.]), S. 194–196 [IX 1]; *Bietz*, NZBau 2003, 177, 179 [I 4]; *Freymann/Weth*, FS E. Müller (2008), S. 147, 156 [III 4]; *Lachmann*, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 144 f., 148, 150 [aber „contra“ auch Rn. 146 f., 149, 151 f.] mit AnwBl 1999, 241, 245 re. Sp. [5.7] („erhebliche Diskretionsvorteile“); *Braun*, ZPR (2014), § 10 I 1 (S. 145/146) mit § 75 I 1 (S. 1183). Nur formal skeptisch *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 114 (2015), 407: S. 407 [I] einerseits, S. 429 [IV] andererseits.

„Ganz“ konträr *Broß*, Hans Böckler Stiftung (Hrsg.), MBF-Report 2015/4 S. 14 [5.2]: [verfassungswidriger] „Rückschritt in vordemokratische Zeiten“ – im Anschluss [?] an *J. Wolff*, NVwZ 2012, 205; „halb“ konträr *Aden*, DZWIR 2012, 360, 362 f. [VI–IX]: verfassungsgebote (!) Veröffentlichungspflicht.

was Folgeschädigungen klein hält und Vergleichschancen groß macht. Vertrauensverlust bei Kunden, Lieferanten, Banken, der möglicherweise mit medialer Aufmerksamkeit einhergeht, wird tunlichst dann vermieden. Was heute die Mediation gesetzlich billig einfordert (vgl. § 1 Abs. 1 MedG: „ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren“⁶⁵, erg. § 2 Abs. 4 u. § 4 MedG), war der Schiedsgerichtsbarkeit schon von jeher nur recht. Die vor den staatlichen Gerichten ansonsten garantierte Öffentlichkeit gilt somit hier nicht – oder richtiger wohl: muss dort nicht gelten. Die Frage ist nach zwei vielbeachteten schiedsrechtlichen Präzedenzfällen zur Vertraulichkeit⁶⁶ auch hierzu-lande heiß diskutiert⁶⁷ – nicht erst seit der TTIP/CETA-Diskussion. Nur verwechselt die Öffentlichkeit meist eher kurzschlüssig wohl den Informationsgehalt der Sitzungsteilnahme bei (deutschem) Zivil- mit dem Strafprozess (und vernachlässigt die Möglichkeiten unstreitig gestellten Vortrages)! Genau genommen steckt freilich Doppeltes dahinter.

Vertraulichkeit (i.e.S.) bedeutet zunächst selbstredend Nichtöffentlichkeit der Schiedsverhandlung. Öffentlichkeit ist für staatliche Gerichte explizit angeordnet (§ 169 S. 1 GVG), aber durchaus sachlich begrenzt („*Verhandlung* [vor dem erkennenden Gericht], einschließlich der *Verkündung*“). Sie wird zudem sektoral (§ 170 GVG) oder anlassbezogen (§§ 170, 171 GVG) durchbrochen, es kann ferner schriftliches Verfahren parteiseitig verabredet werden (§ 128 Abs. 2 S. 1 ZPO: Ermessen des Gerichts). Im Handelsprozess

⁶⁵ BT-Drs. 17/5335 S. 13 re. Sp.: „Die Vertraulichkeit ist für den Erfolg einer Mediation entscheidend.“

⁶⁶ High Court [AUS] *Esso .J. Plowman YCA XXI* (1996), 137: explizite Vereinbarung notwendig – dazu: *Collins*, Arb. Int 11:3 (1995), 321; *Neill*, Arb. Int. 12:2 (1996), 287; *Geiben*, a.a.O. (Fn. 67), S. 5–16.

Supreme Court [SE] *BFT Bank Ltd. .J. A. I. Trade Finance Inc. YCA XXVI* (2001), 291, dazu: *Rosenberg*, J. Int. Arb. 19:1 (2002), 1; *Nacimiento*, RPS 2001, 7; *Holder*, a.a.O. (Fn. 67), S. 79–85.

⁶⁷ *Geiben*, Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren [PA 109] (2001) [DE, EN, US]; *Ritz*, Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren (2007) [CH]; *Holder*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht (2009) [DE]; *Noussia*, Confidentiality in International Commercial Arbitration (2010) [EN, US, DE, FR]; *Sawang*, Geheimhaltung ... im Schiedsverfahren [VV 77] (2010) [DE]; *Leisinger*, Vertraulichkeit in internationalen Schiedsverfahren [DEV WR 74] (2012); *Kahlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren [VV 112] (2015) [DE]; *Bunttenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1, 5–7 [III 1]; *Ansary*, FS Coester-Waltjen (2015), S. 325; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 412 ff. [II 3 u. III].

besteht daher die Möglichkeit, die Öffentlichkeit partiell auszuschließen, wenn „ein wichtiges Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnis“ gefährdet (§ 172 Nr. 2 GVG) oder strafrechtlich geschützte Vertraulichkeit missachtet (§ 172 Nr. 3 GVG) würde. Allemal steht davor die Gewährung richterlichen Ermessens („kann“!) und auch die Erfüllung unbestimmter Kriterien (Wichtigkeit?). Die Ablehnung ist nicht beschwerdefähig, der Ausschluss dagegen revisibel (§ 547 Nr. 5 ZPO) – damit lässt sich ein Geheimnis womöglich zwar noch absichern (bei großer Unwägbarkeit bzw. mit vielen Hindernissen), nicht aber auch die Tatsache des Streits sowie vor allem der Ausgang des Streits. Spätere staatsseitige Prüfung (§§ 1059–1061) wäre jedenfalls dann öffentlich – soweit denn mündliches Verhandeln abverlangt (§ 1063 Abs. 2 ZPO) oder praktiziert wird⁶⁸ – es fehlt an einem fallspezifischen Ausschlussgrund (anders etwa in Österreich: §§ 616 Abs. 2, 617 Abs. 11 öZPO⁶⁹).

Vertraulichkeit (i.w.S.) reicht inhaltlich aber eigentlich weiter. Gemeint ist hiermit die Vertraulichkeit der Binnenbeziehung (als Ausfluss von Schiedsvereinbarung und Schiedsrichtervertrag, aber gemeinhin eher vereinbarter institutioneller Schiedsregeln [z. B. § 43.1 DIS-SchO]). Das schließt meistens die (Nicht-) Veröffentlichung des Schiedsspruches ein (z. B. § 42 DIS-SchO). Das nationale Recht kennt keinerlei entsprechende gesetzliche Verpflichtung kraft Schiedsrechts auf umfassende Vertraulichkeit (anders etwa in Frankreich: Art. 1464 Abs. 4, 2. Halbs. c.p.c.). Hieraus folgt ein Zweifaches: Einerseits ist die Gefahrenlage im Schiedsprozess allemal eine größere, denn Richter werden nicht kraft Amtes etwa zur dienstlichen Verschwiegenheit verpflichtet; hier hilft dann indes eine rechtstatsächlich verfestigte Nebenverpflichtung aus dem Schiedsrichtervertrag⁷⁰. Andererseits ist jene auch etwas entschärfter, weil meistens beide Parteien gleichgerichtet auf die Vertraulichkeit setzen; und man kann auch aus der (prozessualen) Schiedsvereinbarung

⁶⁸ Das normale Beschlussverfahren (§ 1063 Abs. 1 S. 1 ZPO) als solches unterliegt demgegenüber keiner Öffentlichkeit: *Schilken*, GVR (4. Aufl. 2007), Rn. 161 „versus“ Rn. 163 – aber vgl. auch § 299 Abs. 2 ZPO.

⁶⁹ Amtl. Begr. GP XXII Nr. 1158 S. 29: „Dem vertraulichen Charakter des Schiedsverfahrens entsprechend ...“, viel aufschlussreicher noch die Begründung von *Oberhammer* (2002), S. 155 [zu § 617 Abs. 2 VE].

⁷⁰ BGHZ 98, 32, 34/35 (35) [II 2a] (obiter: „allgemein anerkannt“), ganz ähnlich auch OLG Frankfurt a.M., B. v. 26.06.2008 – 26 SchH 2/08 [II] {27} sowie wohl schon RGZ 129, 15, 17/18.

solche materiellen wechselseitigen Begleitpflichten herauslesen, die hilfsweise bei Verletzung ein „kleines Trostpflaster“ (Schadensersatz) bereithalten.

3. Flexibilitätsgewinne

a) Prozessual

Die immensen Möglichkeiten flexibler Ausgestaltung des Verfahrens gelten klassisch als zentraler Vorzug zugunsten schiedsgerichtlicher Verfahren⁷¹, von binnenrechtlich geprägten sowie vor allem von international geführten (wegen letzteren siehe speziell daher noch sub IV 2b). Am Ende finden Zeit (sub 1a) und Geld (sub 1b) jeweils effizienten Einsatz vor dem Hintergrund des insgesamt verfahrensförmig Möglichen (aber gemeinüblich auch Notwendigen!). Prozessrecht ist traditionell autonom wenig bis gar nicht formbar⁷² – nur ausgenommen die anerkannten Gerichtsstandsabreden (§§ 38/40 ZPO) und eben auch die Schiedsvereinbarungen (§ 1029 ZPO) als Beschränkung *staatlichen* Rechtsganges („Ob“). Indes geht hier der Gesetzgeber einen großen Schritt weiter und eröffnet nicht alleinig das „opt out“, sondern zudem die Möglichkeit, per eigener Schiedsverfahrensvereinbarung (§ 1042 Abs. 3 ZPO)⁷³ die genauen Pro-

⁷¹ *Stumpf*, FS Bülow (1981), S. 217, 212 f. [II 6]; *Ochmann*, GRUR 1993, 255, 258 re. Sp.; *Schütze*, a.a.O. (Fn. 37 [2. Abs.]), S. 181–187 [VI]; *Lachmann*, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 138 (Organisation) u. Rn. 140 (Gestaltungen) [aber „contra“ auch Rn. 141 f.] mit BRAK-Mitt. 2005, 217, 219 f. [III B 1–4 u. 7] bzw. S. 221 [V]; *Braun*, ZPR (2014), § 75 I 1 (S. 1183); *Raeschke-Kessler*, AnwBl 2015, 822, 823 [II 2] – international beispielhaft: *Lew/Mistelis/Kröll*, CICA (2003), Rn. 1.14–16 [EU] bzw. *Born*, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 84 f. [US], Binnenrechtlich eher zurückhaltend aber *Freymann/Weth*, FS E. Müller (2008), S. 147, 156 [III 5]. Vgl. auch erg. sec. 1 lit. b Arb. Act [EN]: „the parties should be free to agree how their disputes are resolved“.

⁷² Nach wie vor ganz grundlegend *G. Wagner*, Prozeßverträge [JP 33] (1998), S. 57 ff., 125 ff. – wegen Anwendungsbeispielen siehe S. 391 ff., insbes. S. 556 ff. (Kompetenzverträge).

⁷³ Das reicht zurück auf *Schlosser*, FS Rammos (1979) II S. 797, 798 [I 1] mit S. 806 ff. [II 2/3] im Anschluss an RIPS (1. Aufl. 1975), Rn. 247 ff., vgl. außerdem erg. Stein/Jonas/Schlosser (21. Aufl. 1994) § 1027 aF Rn. 2 – aktuell (23. Aufl. 2014) § 1029 ZPO Rn. 12, § 1031 ZPO Rn. 1, 1042 ZPO Rn. 17; sehr ausf. dazu *Sponheimer*, Gestaltungsfreiheit bei antezipiertem Legalanerkenntnis des Schiedsspruchs [VV 71] (2010), S. 80 ff. [§ 5] – abw. *K. Lionnet*, FS Böckstiegel (2001), S. 477, 479.

zessabläufe, scil. die Form der „Parallelstruktur“ („Wie“), gleichfalls selbst einvernehmlich vorweg festzulegen.

Einige Beispiele müssen genügen: Die Einleitung des Verfahrens ist inhaltlich frei festlegbar (arg. § 1044 ZPO), insgesamt können sämtliche Formhindernisse entfallen, was jetzt bereits problemlos elektronische Kommunikation ermöglicht⁷⁴. Man darf zudem wählen, ob mündlich oder schriftlich zu verhandeln ist; die Spielräume dafür sind recht beachtlich (§ 1047 Abs. 1 ZPO „versus“ § 128 Abs. 2 ZPO). Es fehlt an einer Festschreibung des Strengbeweises (arg. § 1042 Abs. 4 S. 2 ZPO), wozu der ZPO-Gesetzgeber sich erst zögernd durchzuringen vermochte (§ 284 S. 2–4 ZPO⁷⁵); es besteht ferner die Möglichkeit, Parteisachverständige (*expert witnesses*) einzuführen (§ 1049 Abs. 2 S. 2, 2. Halbs. ZPO) oder z. B. auch Parteien als Zeugen zu vernehmen (Art. 4 Abs. 2 IBA-RoToE) oder eine notwendige Urkundenvorlage anzuordnen⁷⁶ (aber: niemals gegenüber Dritten – im Unterschied zu § 142 Abs. 1 „versus“ Abs. 2 ZPO!); dagegen fehlt zugegebenermaßen (und konsequenterweise) indes die Erlaubnis, Zwangsmittel auszuüben (stattdessen erfolgt insoweit Amtshilfe: § 1050 ZPO). Erwähnenswert scheint schlussendlich die erstaunliche Liberalität hinsichtlich des Begründungsverzichts (§ 1054 Abs. 2, 1. Halbs. ZPO „versus“ § 313a ZPO).

International häufig entscheidend ist das Zugeständnis *freier* Sprachwahl (§ 1045 Abs. 1 ZPO – im Gegensatz zu § 184 S. 1 GVG)⁷⁷; Einschränkungen des sog. „Deutschzwangs“ bestehen vor Staatsgerichten nur marginal (vgl. § 185 Abs. 2 GVG: mündliches fremdsprachiges Verhandeln, „wenn die beteiligten Personen sämtlich der fremden Sprache mächtig sind“) – mindestens derzeit noch! Wenn würde eine Lockerung aber letztlich wohl nurmehr partielle

⁷⁴ Jüngster staatlicher „Kraftakt“: Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013, BGBl I Nr. 62 S. 3786 (Art. 1) [in Kraft ab 01.01.2018 (Art. 26 Abs. 1) – zuweil noch später (Art. 24)]; durchaus sehr treffend *Duve/Sattler*, AnwBl 2012, 2, 10 [B II 3]: Vorreiterrolle des Schiedswesens.

⁷⁵ Vgl. Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz) vom 24.08.2004, BGBl I Nr. 45 S. 2198 (Art. 1 Nr. 9) [in Kraft ab 01.09.2004 (Art. 14 S. 1)] bzw. BT-Drs. 15/1508 S. 18 (Beschleunigungszweck).

⁷⁶ Grundlegend *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976).

⁷⁷ *Trittmann*, AnwBl 2012, 35 verbindet damit originäre Zeit- und Kostenvorteile (keine Übersetzung nötig).

Öffnung (*englisch*) bringen und regionale Partikularisierung gestatten⁷⁸.

Das wichtigste ist insgesamt die Befugnis freier Ortswahl (§ 1043 ZPO). Hierhinter steckt etwas Doppeltes. Vorderhand entfällt – praktisch recht hilfreich – zunächst einmal rechtstechnisch die Verpflichtung, „an der Gerichtsstelle“ zu verhandeln (§ 219 Abs. 1, 1. Halbs. ZPO), wie es die ZPO eigentlich immer abverlangt – ein Schiedsgericht mag demgegenüber „an jedem ihm geeignet erscheinenden Ort zusammentreten“ (§ 1043 Abs. 2 ZPO). Das eröffnet erstaunlichen Freiraum, kehrt wohl eine Not (nämlich fehlendes Gebäude) in eine Tugend: die Orientierung am „Kundenwunsch“. Zusätzlich, weitaus bedeutender, wirkt die Ortswahl zudem als (prozessuale) Rechtswahl: Die Parteien wählen den Schiedsort (§ 1043 Abs. 1) und bestimmen mittelbar hierdurch das anzuwendende – staatliche – Prozessrecht (arg. § 1025 Abs. 1 ZPO). So kann – ansonsten ganz undenkbar – hier die *lex fori* schlicht *selbst* bestimmt werden, indem man einen solchen „virtuellen Schiedsort“ abmacht und so das Schiedsverfahren rechtlich konkret „erdet“⁷⁹.

Die Parteien dürfen sich mithin eine passgenaue prozessuale „Maßkonfektion“ schneiden, die Art des (vorderhand nur erwarteten) Streitfalles wirkt wesensprägend – nicht anders herum! Die bleibende Nähebeziehung von haftenden Gesellschaftern mag anderen Zugang fordern als etwa eine reine Firmenübernahme etc. Im Bild gesagt: Staatsgerichte bieten nicht einmal Konfektion „von der Stange“, *prêt à porter*, mit kleinem Wahlrecht, sie kennen nur Einheitsanzüge. Das ist inhaltlich durchaus angebracht, zumal der Staat dadurch strikt externe Gleichförmigkeit sichert. Ein Schiedsgericht muss demgegenüber „nur“ interne Gleichbehandlung jeweils den

⁷⁸ Der (Länder) Vorschlag eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG) vom 16.06.2010 (BT-Drs. 17/2163 – Prot. 17/130 S. 15377–15381 – zust. *Armbrüster*, ZRP 2011, 102, 104 [II–III]; *Salger*, AnwBl 2012, 40, 41–43 [III–V]) bzw. 30.04.2014 (BT-Drs. 18/1287 – krit. *von Pommern-Peglow*, ZRP 2015, 178) scheint indes *parlamentarisch* wenig geliebt, ist aber nicht vergessen: 70. DJT/Beschlüsse Nr. A [I] 4 – keine Vorteile sieht offenbar darin *Raeschke-Kessler*, AnwBl 2015, 822, 824–826 [II 3/4 u. III]. Die DIS hat demgegenüber die Erweiterung auf internationale Schiedssachen vorgeschlagen: *Ott*, AnwBl 2012, 38 [II].

⁷⁹ Siehe bei *Raape*, IPR (5. Aufl. 1961), S. 557 [§ 54 II 1]: „Das Schiedsgericht thront nicht über der Erde, es schwebt nicht in der Luft, es muß irgendwo [!] landen, irgendwo [!] ,erden‘.“

konkreten Streitparteien gegenüber gewährleisten (§ 1042 Abs. 1 S. 1 ZPO). Das ist der allemal anspruchsvollere Maßstab, der Prozessordnungen aufgrund formaler Standardisierung zumeist nicht kümmert. Insoweit die Parteien allerdings nichts regeln wollten, helfen Muster (§ 1042 Abs. 3), sonst doch noch das Gesetz oder schlicht falladäquates richterliches Ermessen (§ 1042 Abs. 4 S. 1 ZPO).

b) Institutionell

Der ganz große Gewinn schiedsrichterlich geführter Streitentscheidung ist prozessual das Wahlrecht der Parteien hinsichtlich der Besetzung der Richterbank⁸⁰. Hierin stecken Chance wie Risiko („An arbitration is worth what the arbitrator is worth.“). Schiedsgerichtsbarkeit ist eben nicht konfrontiert mit Zufallsfolgen, wie sie das Prinzip gesetzlichen Richters (§ 16 S. 2 GVG bzw. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG⁸¹) im Ansatz ja systemimmanent erzeugen *muss*. Es geht um erlaubtes freiwilliges Abwählen im Unterschied zu verbotener zwangsweiser Entziehung – *volenti non fit iniuria!* Die Empfehlung, das Normenkorsett etwas aufzuschürzen (was *cum grano salis* indes nur das einmalige sog. Schiedsurteilsverfahren [1924–1950] wiederbelebt hätte⁸²), ist auf dem 70. DJT (2014) bekanntermaßen voll durchgefallen⁸³. Es wäre im Übrigen auch nurmehr ein kleiner

⁸⁰ Dies hat auch die höchste Rechtsprechung gesehen: BGHZ 54, 392, 396 [III 3b] mit BGHZ 65, 59, 63/64 [I 2a] bzw. BGHZ 132, 278, 288 [II 6a] {15} („prozessuales Grundrecht“). Siehe auch schon ZPO-Kommission, Bericht (1961), S. 183 (zweites Hauptmotiv: „Sachkenntnis des Richters“) iVm. S. 184. Staatsseitig zum sog. „Richterrisiko“: *Hawickhorst*, BRAK-Mitt. 2005, 222, 224 li. Sp.

⁸¹ Siehe auch schon Art. 175 Abs. 2 S. 1 PKV (RGGI 1849 Nr. 16 S. 101) u. Art. 105 S. 2 WRV (RGGI 1919 Nr. 152 S. 1383); näher vgl. *Münch*, Bitburger Gespräche 2008/I, S. 179, 194 ff. [IV]; verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen; vgl. jüngst erg. *Bäumerich*, SchiedsVZ 2015, 237 (Güterichter).

⁸² Einführung: Verordnung zur Beschleunigung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22.12.1923, RGGI I Nr. 133 S. 1239 (Art. I A Nr. 4 [§§ 27a–c]) [in Kraft ab 10.01.1924 (Art. III Abs. 1)] – sog. Entlastungsbekanntmachung iDF 01.06.1924, RGGI I Nr. 36 S. 552 (§§ 18–20); dazu vgl. auch erg. ZPO-Kommission, Bericht (1961), S. 184.

Aufhebung: Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege ..., BGBl I Nr. 40 S. 455 (Art. 8 II Nr. 1) [in Kraft ab 01.10.1950 (Art. 8 I)].

⁸³ 70. DJT/Beschlüsse Nr. A [II] 8–10 gegen *G.-P. Calliess*, Gutachten A, S. 75–77 [C II 2d], sehr kämpferisch noch *Götz von Olenhusen*, AnwBl 2014, 568, 569 ff. [IV–IX].

Tropfen auf einen überaus heißen Stein gewesen: sowohl die Widerspruchslösung (Beschluss Nr. A [II] 9) als auch die Einvernehmenslösung (Beschluss Nr. A [II] 10) hätte man immer mit einer Prorogation weiter kombinieren müssen, um zumindest bundesweit freie Richterwahl zu gestatten. Die praktischen Umständlichkeiten (Geschäftsbelastung, Präsidiumsbeschluss) weggelassen, stört vor allem die notgedrungen institutionelle Anknüpfung an ein (inländisches) bestimmtes Gericht mit bestimmter Struktur. Wer aber garantiert denn, dass Personen nicht wechseln? Wer will zudem präzise vorhersehen, welche individuellen Streitigkeiten einmal auftauchen werden? Solche Abreden machen meist erst einen Sinn, insoweit konkretisierte (gegenwärtige) Streitigkeiten bestehen.

Das Schiedsrecht erlaubt demgegenüber die individuell geprägte Richterbank und öffnet die Option, die Besetzung *situationsgerecht* (!) anzugehen, was in ein klassischerweise zweistufiges Verfahren mündet: erst vorweg abstrakte *Schiedsbindung* für künftige Streitigkeiten (i.S.v. § 1029 Abs. 1 ZPO: „[entstanden sind] oder künftig entstehen“), dann später konkrete *Richterfindung* im Angesicht des Konfliktes – es sei nach Parteivorgabe (§§ 1034 Abs. 1 S. 1, 1035 Abs. 1 ZPO) oder subsidiär nach Gesetzesregel (§ 1035 Abs. 3 ZPO). Das bringt ungemene Flexibilität, wenige Stichworte können ausreichen⁸⁴:

- Nominiert wird nach Fachkunde, und zwar genau nach den individuell unterschiedlichen Präferenzen: Rechtskenntnisse⁸⁵, technische Kundigkeit⁸⁶, Sprachkenntnisse etc.⁸⁷ Man kann sich

⁸⁴ Zumal die Frage oft schon „traktiert“ wurde: *Stumpf*, FS Bülow (1981), S. 217, 221 f. [II 5]; *Jagenburg*, FS Oppenhoff (1985), S. 147, 161/162 [III 3]; *Ochmann*, GRUR 1993, 255, 258 re. Sp. mit S. 260 re. Sp.; *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267, 268/269 [3.1]; *Mandelkow*, BauR 1997, 785, 786 [1.1./1.2] (aber „contra“ auch S. 787/788 [2.1.1.]); *Schütze*, a.a.O. (Fn. 37 [2. Abs.]), S. 177–181 [V] (freilich missverständlich betitelt: „Richtigkeit der Entscheidung“); *Lachmann*, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 130–133 (aber „contra“ auch Rn. 134–137) mit BRAK-Mitt. 2005, 217, 219 [III A 5]; *Freyman/Weth*, FS E. Müller (2008), S. 147, 154 [III 1]; *Braun*, ZPR (2014), § 75 I 1 (S. 1183); *Bietz*, NZBau 2013, 177, 178 f. [I 3 mit 2].

⁸⁵ Z. B. BGH LM Nr. 13 zu § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO/aF [I 2b] (S. 3 aE) [Standesrecht]; *Ochmann*, GRUR 1993, 255, 258 re. Sp. [gewerbliche Schutzrechte].

⁸⁶ Sehr lesenswert dazu *Mandelkow*, Chancen und Probleme des Schiedsverfahrens in Bausachen (1995), S. 67 ff. – International beispielhaft: *Lew/*

„den“ geeigneten Spezialisten aussuchen, der alles, was einem wichtig erscheint, möglichst komplett persönlich einbringt. Dies begründet eine objektive Vertrauensbasis und geht – wie angedeutet – über die bloßen Rechtskenntnisse in Spezialmaterien (See-recht, Auslandsrecht, Gesellschaftsrecht etc.) hinaus, erfasst zudem auch den maßgebenden rechtskulturellen Hintergrund (mitsamt der Sprache) und vielleicht technische Kenntnisse. Das wird einen Sachverständigenbeweis zwar vielleicht nicht immer entbehrbar machen, mag indes aber auf alle Fälle das Sachverständigenwissen besser abschöpfen lassen⁸⁸. Anders, pointierter, gesagt: man wählt den Chefarzt und nicht den Landarzt (der sicherlich auch Qualitäten hat – entsprechend dem Krankheitsbild).

- Der oder die benannten (Schieds-) Richter erbringen Konfliktlösung als Dienstleistung auf einer privatrechtlichen Basis (Schiedsrichtervertrag – *compromissum*), nicht etwa als anonym eingesetzte Person. Sie zeigen gemeinhin mithin besondere (innere) Einsatzbereitschaft. Dass es die Fachkenntnis nicht allein entscheidet, zeigt sich auch daran, dass insbesondere erfahrene Staatsrichter oft ebenso als Schiedsrichter sehr „nachgefragt“ sind (vorbehaltlich möglicher Einschränkung: § 40 DRiG). Es geht um Zeiteinsatz und auch die (äußeren) Begleitumstände von Faktenermittlung und Rechtsgespräch. In unpersönlichen, kalten Gerichtssälen und mit lächerlich knappem Zeitbudget lässt sich kein großer Zivilfall adäquat verhandeln⁸⁹. Wieder auf obigen Vergleich projiziert: vor dem Schiedsgericht ist man Privat- nicht Kassenpatient (samt üblicher Kostenfolge!).
- Wichtig ist genauso das Sachjudiz, das mitspielt. Es blieb nicht verborgen⁹⁰, dass Schiedsgerichte vermutlich häufiger Vergleiche

Mistelis/Kröll, CICA (2003), Rn. 1.25 [EU] bzw. *Born*, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 80–82 („Commercial Competence“) [US]. Eher zurückhaltend hier *Meyer/Baier*, Bull. ASA 33:1 (2015), 37 f. [I] mit Alternative, Hilfspersonen („Arbitrator Consultants“) zuzuziehen (a.a.O. S. 40 ff.) – indes wäre der (Schieds-) Gerichtssachverständige alsdann sicher die bessere Lösung.

⁸⁷ Man sollte parallel jedoch bedenken, dass *insgesamt* eine ausgewogene Bank („Arge“) zustandekommt, richtig *F. Franzen*, NJW 1986, 299, 300 [I 2/3].

⁸⁸ Letztlich schon für sich ein hoher Eigenwert (*Lachmann*, Hdb. SGP [3. Aufl. 2008]), Rn. 137 [1. Abs.] – siehe auch den neuen Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sachverständigenrechts vom 09.12.2015, BT-Drs. 18/6985.

⁸⁹ Siehe auch schon *Glossner/Bredow/Bühler*, SGP (3. Aufl. 1990), Rn. 2 [1. Abs.].

⁹⁰ *H. Westermann*, FS F. Fischer (1979), S. 853, 862 [III 3]; *Jagenburg*,

zustandebringen. Dies liegt nicht etwa am Fall, sondern an seiner Behandlung, und zwar durch Schiedsrichter, denen just die Parteien ureigenes Vertrauen gewähren, indem sie zuvor die Konstituierung gestaltend mitbestimmen. Das legt im Keim einen subjektiven Vertrauensgrund – wenn später einmal eine solche Person einem dann zurät, eine Einigung zu erzielen, wird man eher inhaltlich darüber nachdenken. Zugegeben, andere Tatsachen wirken ebenso mit: die vertrauliche Atmosphäre, der Umstand, dass der Streit und die Partei bislang folgerichtig im Mittelpunkt standen, das allemal ernsthafte Bemühen, den Hintergrund richtig aufzuklären etc. Um zum Schluss noch einmal zu dem bemühten Arztvergleich zurückzukommen: wenn ich mich dem fachlichen Spezialisten anvertraue, sollte ich seinem Rat folgen.

Die weniger institutionell, stärker personalisiert orientierte Konstituierung eines Schiedsgerichts zeigt aber auch „Risiken und Nebenwirkungen“, wie die Warnhinweise bei Medikamenten lauten. Organisatorisch ist sicherzustellen, dass eine Konstituierung erfolgreich zuendegebracht wird. Dies mag nicht nur Zeit kosten, sondern bedarf möglicherweise weiterer Gerichtshilfe (§ 1035 Abs. 3 S. 3 u. Abs. 4 ZPO). Strukturell im Konstituierungsverfahren zu verhindern ist ein Übergewicht einer Schiedspartei (§ 1034 Abs. 2 ZPO – sub V 2a) sowie vor allem die Parteilichkeit der Schiedsrichter (§§ 1036/1037 ZPO – sub V 3).

c) *Materiell*

Schiedsverfahren ist Entscheidung von (Rechts-) Streitigkeiten (§ 1029 Abs. 1 ZPO) aufgrund *rechtlicher* Maßstäbe; Schiedsverfahren hat infolgedessen mit „Billigkeitsjustiz“ per se nichts zu tun, obschon in unserem deutschen Sprachgebrauch „Arbitrage“ infolge lateinischer Wurzeln (*arbitratus* = Willkür, Belieben, Gutdünken)

FS Oppenhoff (1985), S. 147, 155–157 [III vor 1] mit S. 164 [III 3] u. S. 166 [IV]; *Hennerkes/Schiffer*, BB 1992, 1439, 1440 li. Sp. [II 1]; *Lachmann*, AnwBl 1999, 241, 244 re. Sp. [5.3.2]; *K Lionnet*, FS Sandrock (2000), S. 603, 607 [III]; *Bietz NZBau* 2013, 177, 178 [I 2]; *Lachmann*, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 167–169 mit BRAK-Mitt. 2005, 217, 220 [III B 5]; *Freymann/Weth*, FS E. Müller (2008), S. 147, 154/155 [III 1]. International beispielhaft: *Born*, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 90 f.; sehr krit. *Kerr*, JBL 1980, 164, 178. Siehe dazu zudem auch die CEDR-Rules [Centre for Effective Dispute Resolution] for the Facilitation of Settlement in International Commercial Arbitration (2009).

allemaal anders belegt scheint⁹¹. Billigkeit kann natürlich nach anzuwendenden Rechtsvorschriften einschlägig sein (z. B. §§ 157, 242, 313 BGB, § 346 HGB), aber das ist dann gleichermaßen Entscheidung nach (spezifischen) Rechtsregeln (nämlich weil jenen eine strikte Rechtsfolgenanordnung mangelt). Das kann vor staatlichen Gerichten gleichfalls vorkommen ... Zusätzliche schiedsgerichtliche Flexibilitäten existieren aber in drei Hinsichten (§ 1051 ZPO), wobei sich die eröffneten Freiheitsgrade fortschreitend vergrößern:

- Beim Erfordernis, international-privatrechtlich anzuknüpfen, wird Schiedsgerichten spezifischer Freiraum zugestanden. Es existiert ein kompaktes Sonderkollisionsrecht schiedsgerichtlicher Streitentscheidung, beherrscht ganz maßgeblich vom Königsweg parteiautonomer Rechtswahl (Abs. 1 – Art. 3 VO Rom I). Zusätzlich zur Verweisung auf (staatliche) Rechtsordnungen (S. 2 – Sachnormverweisung) ist dort auch die Inbezugnahme anderer Rechtsregeln zugestanden (S. 1: „Rechtsvorschriften“), namentlich internationale Regelwerke (PICC, PECL, DCFR, CESL). Und auch die subsidiäre objektive Anknüpfung bleibt recht kurz gehalten (Abs. 2 – sog. „Nähegrundsatz“), wobei aber die systematische Verkopplung mit allgemeinem Internationales Privatrecht (Artt. 4 ff. VO Rom I) noch etwas unklar scheint⁹².
- Was inhaltlich ergänzend das Sachrecht betrifft, wird zusätzlich noch zur – selbstverständlichen, gleichwohl allein im Rahmen zwingenden Rechts eröffneten – Beachtlichkeit der Vertragsregeln (Abs. 4, 1. Halbs.) die tunliche Berücksichtigung bestehender Handelsbräuche erwartet (Abs. 4, 2. Halbs.). Das öffnet den sagenumwobenen „anationalen“ Rechtsstrukturen (sog. *lex mercato-*

⁹¹ Etwas kritisch daher insoweit *Glossner/Bredow/Bühler*, SGP (3. Aufl. 1990), Rn. 25 („Odium mangelnder Objektivität“), aber vgl. doch erg. auch RG HRR 1926 Nr. 1670 aE (den besonderen Umständen geschuldet: Inflationszeit!).

⁹² Die h.M. akzeptiert auch *europäisch* das zunächst nur national (in Anlehnung an Art. 28 ModG) normierte Sonderkollisionsrecht: *Pfeiffer*, EuZW 2008, 622, 623; *Wegen*, FS Kühne (2009), S. 933, 942 f. [D 1/2]; *Schmidt-Ahrendts/Höttler*, SchiedsVZ 2011, 267 (269); *Hausmann*, FS von Hoffmann (2011), S. 971, 977–979 [III]; *Grimm*, SchiedsVZ 2012, 189, 190; *Schilf*, RIW 2013, 678; *Nuber*, SchiedsVZ 2014, 186, 188 f. [III]; *Schack*, FS Schütze II, S. 511, 513 ff. [III/IV]; *MünchKommBGB/von Hein* (6. Aufl. 2015) Einl. IPR Rn. 294 u. *BeckOK/Wilske/Markert* [19. Ed.] § 1051 ZPO Rn. 3 – je m.w.N. Überaus krit. dagegen *Manowski*, RIW 2011, 30, FS von Hoffmann (2011), S. 1012, 1022 ff. u. FS Schütze II (2015), S. 369, aber z. B. auch *McGuire*, SchiedsVZ 2011, 257, 262 ff.

ria) juristisch die Hintertüre, schafft Freiräume rechtlicher Einschätzung bzw. lockert dogmatisch rechtliche Bindung. Man kann dies als Chance oder Risiko begreifen – Chance mit Blick auf einen (Schieds-) Spruch, der kaufmännische Gepflogenheiten widerspiegelt; genauso aber Wagnis, weil bisher jedweder verbindliche oder irgendwie bloß berechenbare Inhalt fehlen dürfte⁹³ (wenn man sich mit Trivialitäten nicht zufriedengibt). International tätige Schiedsrichter sind indes erfahrungsgemäß dafür mehr aufgeschlossen als Richter staatlicher Gerichte, welche im Ansatz ähnlich agieren könnten, wenn sie denn wollten (arg. § 346 HGB), sich meist indes nicht trauen ... Hier wirkt über Bande, dass den Schiedsparteien freie Richterauswahl zusteht. Und vielleicht ist dies am Ende zusätzlich die radikalste Konsequenz faktischer Delokalisation schiedsgerichtlichen Streitaustrags⁹⁴.

- Schlussendlich besteht ausnahmsweise, sofern dafür eine explizite Parteiermächtigung existiert (!), die Möglichkeit zum Billigkeitsakt (Abs. 3 [S. 1] – sog. *amiable composition / sentence en équité [ex aequo et bono]*⁹⁵). Das erlaubt nicht zuletzt den Umkehrschluss, dass gemeinhin Rechtsbindung vorhanden ist, da eventuelle Ausnahmen ausdrücklicher Erlaubnis bedürfen („nur dann ..., wenn ...“). Man kann darüber vielleicht noch rechten, ob über eine solche (Spezial-) Ermächtigung selbst *zwingende* Regeln nationalen Rechts derogiert werden⁹⁶; das scheint m. E. möglich und er-

⁹³ Siehe dazu beispielhaft bloß die Bemühungen von *H.-P. Schroeder*, *Die lex mercatoria arbitralis* (2007), passim, insbes. S. 65 ff. sowie vor allem einerseits *U. Stein*, *Lex mercatoria – Realität und Theorie* (1995), andererseits *K. P. Berger*, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (1. Aufl. 1999 bzw. 2. Aufl. 2010), aber z. B. auch *ders.*, *Int. J. GULC* 28 (1997), 943; FS von Hoffmann (2011), S. 914; GS Wälde (2011), S. 79; FS Rübmann (2013), S. 665 (auch: www.trans-lex.org). Historisch sehr lesenswert *R. Meyer-Pritzl*, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition* (1994).

⁹⁴ Pointiert so *Schroeder*, a.a.O. (Fn. 93), S. 405 ff. („Löcher“) bzw. S. 429 ff. („Hilfen“).

⁹⁵ Der Inhalt schillert, trotz jenes scheinbar „klaren“ Begriffes: *Hilgard/Bruder*, *Disp. Res. Int.* 8:1 (2014), 51; 52–54; die Anwendung ist Ausnahme: *Trakman*, *Chicago JIL* 8:2 (2008), 621, 622/623 [II] u. 624/625 [III] iVm. S. 623 aE („outweighing reliance on inapplicable law“ – Aushilfe für Notfälle) bzw. S. 639–641 („Ground Rules“ [IX], „Guidelines“ [X]); wegen deutscher Sicht: *Riedberg*, *Der amiable Compositeur im internationalen privaten Schiedsverfahren* (1962), S. 50 ff.

⁹⁶ Zur Differenzierung der Begrifflichkeit bei *Stauder*, *SchiedsVZ* 2014, 287,

öffnet Freiheitsgrade, die (deutschen) staatlichen Gerichten ganz selten einmal zustehen (z. B. § 253 Abs. 2 BGB), gemeinhin allenfalls subsidiär als Form einer nachlaufend initiierten Überprüfung (z. B. §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 BGB).

Nur der guten Ordnung wegen, abschließend zur Klarstellung: Es geht einerseits hier um von Parteiseite aus gesetzte materielle Maßstäbe, nicht etwa die Befugnisse *prozessualer* Gestaltung des Verfahrens; hierfür mögen die Schiedsrichter u. U. weitergehend gar *freies* Ermessen innehalten (§ 1042 Abs. 4 S. 1), soweit Parteivorgaben fehlen. Und: Die Maßstäbe gelten proaktiv, d. h. bilden die rigore (rechtliche) Leitlinie des Entscheids, an die sich die Schiedsrichter für den Schiedsspruch strikt halten müssen. Das wird nicht dadurch (faktisch) hinfällig, dass keine *reaktiv* angelegte zusätzliche Staatskontrolle rechtlich „richtigen“ Sachentscheidendes stattfindet (sog. *révision au fond*), sondern im späteren staatsgerichtlichen Aufhebungsverfahren sich nur noch *ordre public*-Verstöße rügen lassen (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2b ZPO)⁹⁷.

IV. Von Landelefanten und Seeelefanten

Man wird jetzt fragen, was der Ausflug in die Biologie mit der Schiedsgerichtsbarkeit letztlich gemein hat? Was bringt das größte lebende Landtier (*elephantidae*) mit der im Wasser beheimateten größten Robbenart der Welt (*mirounga*) am Ende schiedsrechtlich wohl zusammen? Die knappe Antwort: NICHTS! Dies ist bloß ein berühmter Vergleich, welchen der erfahrene Schiedspraktiker Jan Paulsson kurzerhand erläuternd heranzog⁹⁸:

289 f. [II 1c aa] – § 1051 Abs. 3 S. 1 ZPO kennt m. E. indes die Unterscheidung nicht (arg. Art. 28 Abs. 3 ModG: „or“ iVm. BT-Drs. 13/5274 S. 53 li. Sp. {10}: „In den Absätzen 3 und 4 werden die Regelungen des Artikels 28 Abs. 3 und 4 ModG übernommen.“) bzw. überantwortet sie der Parteiregelung (§ 1051 Abs. 4, 1. Halbs. ZPO); so wie hier schon früher *Schlosser*, RIPS (2. Aufl. 1989), Rn. 748.

⁹⁷ A.A. aber *F.A. Mann*, Private Arbitration and Public Policy, CJK 4 (1985), 257, 262: inhaltlich „faktische“ Vorwirkung.

⁹⁸ *Paulsson*, International Arbitration is not Arbitration, SIAR 2008:2 S. 1 (erstes Zitat – ohne Absatz) bzw. S. 2 (zweites Zitat). Sehr bildhaft auch S. 20: „international arbitration is the baby, and arbitration *tout court* is the bathwater“.

„You don't think that international arbitration is arbitration because it has 'arbitration' in its name, do you? Do you think a sea elephant is an elephant? International arbitration is no more a 'type' of arbitration than a sea elephant is a type of elephant. True, one reminds us of the other. Yet the essential difference of their nature is so great that their similarities are largely illusory.“

Der Hinweis als solcher ist allemal nicht neu⁹⁹, bislang aber niemals so gezielt pointiert erfolgt. Der Fakt ist klar: Im internationalen Rechtsverkehr existieren dramatisch veränderte Bedingungen, die nach einer eigenen effizienten – das will sagen: schiedsgerichtlichen – Behandlung drängen. Oder, um nochmals Jan Paulsson zu bemühen: „In the transnational environment, international arbitration is the only game. It is a de facto monopoly.“

1. Auflösung einer Verhandlungsblockade

Den Grund für diese Monopolstellung vermag man leicht auszumachen. Die Vereinbarung, künftige Divergenzen schiedsgerichtlicher Entscheidung zu unterwerfen, führt zum Ausweg aus einer geradezu klassischen Verhandlungsblockade. Denn mag jede der Vertragsparteien vielleicht Staatsgerichte bevorzugen, wird sich keine von ihnen letztlich darauf einlassen wollen, im wildfremden Forum anzutreten, für das absehbar ist, dass forensisch die Ortskenntnisse von vornherein dem Gegner zuspitzen. Es bliebe als Ausweg eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Staatsgerichte von neutralen Drittländern, die momentan indes (noch) nicht weltweite Anerkennung erheischt¹⁰⁰ und deswegen arg unsicher ist (hinreichender

⁹⁹ *Mezger*, in: Dölle (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Handels-sachen [GvR-Reihe 1] (1958), S. 18, 21 [I 2]; *K. Lionnet*, Erfahrungen mit der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Anlagenbau aus Sicht der Parteien, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau [DIS 4] (1984), S. 291, 292 [1] („Beratungsfehler“); *Jagenburg*, FS Oppenhoff (1985), S. 147, 157 [III 1] („praktisch keine Alternative“) bzw. FS Sandrock (2000), S. 603, 607 f. [III]; *Hobeck*, DRiZ 2005, 177 [I 1 vor a] (alternativlos); *Reiner*, NJG-Reihe 103 (2008), S. 9; *Duve/Sattler*, AnwBl 2012, 2, 12 [B III 3]; *Born*, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 74 f.; *Prütting*, AnwBl 2015, 546, 548 re. Sp. („nahezu unschlagbare Vorteile“). Anders herum aber das Vorgehen bei *Sandrock*, WM 1994, 405, 406 f. [I 3–5] mit WM 1994, 445 ff. [II 2–5: Widerlegung putativ staatlicher Vorzüge] mit S. 448 f. [III 1: sonstige schiedsgerichtliche Vorteile].

¹⁰⁰ Womöglich anders, sofern irgendwann das Haager Übereinkommen vom 30.06.2005 über (ausschließliche) Gerichtsstandsvereinbarungen (ABl 2014 Nr. L 353 S. 7 [in Kraft ab 01.10.2015] – es gilt bisher für EU und MEX) sich großflä-

Inlandsbezug – *forum non conveniens?*), oder der Gang vor staatliche Gerichte solcher Länder, die dezidiert „Öffnungspolitik“ betreiben (wie jüngstens z. B. Singapore: SICC¹⁰¹). Beides bleiben bisher „Nischenlösungen“, „Marktführer“ ist ohne Zweifel hier das Schiedsgericht, das gleichsam den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ (oder letzthin das kleinere Übel? – *faute de mieux*) repräsentiert. Der beiderseitig vorrangige Forumswunsch (Staatsgerichte jeweils des eigenen Heimatstaats – sog. „*hometown justice striving*“) erlaubt keinen Konsens. Für beide Teile ist womöglich Schiedsgerichtsbarkeit letztlich nicht ihre *erste* Wahl – aber ihr Ausweg zum Abschluss!¹⁰²

2. Vorzüge vs. Nachteile

a) Maximierung von Vorteilen

Die meisten eingangs beschriebenen Vorzüge vermögen international noch mehr aufzutumpfen¹⁰³: freie Ortswahl (§ 1043 Abs. 1 ZPO), die inhaltlich (Prozess-) Rechtswahl ist, freie Sprachwahl (§ 1045 Abs. 1 ZPO) sowie vor allem freie Richterwahl (§ 1035 Abs. 1 ZPO). Diese kann neben Rechts- und Sprachkenntnissen hier regelmäßig auch nationale (Herkunfts-) Identitäten beachten (bisweilen jedoch auch bewusst missachten: § 1035 Abs. 5 S. 2 ZPO). Insoweit gerade Parteien verschiedenen rechtskulturellen Hintergrundes aufeinandertreffen, rechnet sich allemal die gewiss teurere Konstituierung des Dreiergerichts: die beiden Verständnishorizonte finden Beachtung

chig durchgesetzt hat! Wegen USA siehe Sandrock, FS Stiefel (1987), S. 625, 627 ff. [II 2], der klar abrät (S. 638 f. [III 3/4] iVm. S. 664 [IV]).

¹⁰¹ Singapore International Commercial Court (gegründet 05.01.2015) – Leitmotiv: „A Prime Destination For International Commercial Dispute Resolution“. Er bekommt „seine Fälle“ aufgrund High-Court-Orders oder eben alternativ über eine Gerichtsstandsvereinbarung.

¹⁰² G. Wagner, DRiZ 2015, 264, 265 [IV 1] (alternativlos); Lachmann, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 176–178 mit AnwBl 1999, 241, 245 re. Sp. [6.1.1]; Fortier, FS Böckstiegel (2001), S. 177, 178; K. Lionnet, FS Sandrock (2000), S. 603, 604–606 [II] („rechtliches Muß“ [S. 606]) – außerdem selbstredend Paulsson, SIAR 2008:2 S. 1 f. (siehe oben bei Fn. 98). Eher krit. Kerr, JBL1980, 164, 177.

¹⁰³ Lachmann, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 179 ff.; Katzenmeier, ZZP 115 (2002), 51, 66 f. [V 1a]; Ochmann, GRUR 1993, 255, 258/259 – international beispielhaft: Lew/Mistelis/Kröll, CICA (2003, Rn. 1.13, 19, 22 f. [EU] bzw. Born, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 73–77, 91 f. [US].

(Beisitzer) wie Ausgleich (Vorsitzer)¹⁰⁴. Dies bewirkt nicht zuletzt eine – regelmäßig erwünschte – Staatsferne der Richterbank (iSv. Neutralität)¹⁰⁵. Die konsensual erreichte Festlegung neutraler *Verfahrensregelungen* gewinnt gleichfalls besonderes Gewicht, und auch die *materielle* Rechtswahl (§ 1051 ZPO) wird vornehmlich erst für derartige internationale (Rechts-) Streitigkeiten bedeutsam. Diesem bunten Strauß relativ gesteigerter Vorzüge mag sich auch die TTIP-Kritik letztendlich nicht verschließen: der „Schiedshof“ ist lediglich die Metapher¹⁰⁶.

b) Minimierung von Nachteilen

Im „Konflikt“ von Common Law und Civil Law gestattet schiedsrichterliche Kompetenz, über eine *Mélange* das prozessuale Optimum einzusetzen. Das verlangt parteiseits freilich das sorgsame Ausverhandeln von Verfahrensregeln – und auch die Offenherzigkeit beider Vertragsteile, sich hierauf überhaupt einzulassen. Die Devise lautet insgesamt: „Choosing the Best of Both Worlds“¹⁰⁷. Aber: Das dürfte

¹⁰⁴ Vorbehaltlich anderer Vereinbarung: BGHZ 55, 162, 175 f. [B 2 b–d] {68–70} („Listenwahl“ mit Verweigerung von Richtern der eigenen Nationalität); BGHZ 98, 70, 74–77 [II 5–7] (Einzelschiedsrichter als „Präklusionsregel“) – *ordre public*-Verstoß?

Hierzu instruktiv *Lalive*, ICCA-Kongreß (1984), S. 23, 24 ff.: Neutralität des/der Vorsitzenden: S. 24–26 u. 29 („national neutrality“ ... „as a symbol of impartiality“ [Pearson, Rev. Arb. 1970, 239] ... „of course no guarantee“) bzw. S. 27 f. („Zielprofil“).

¹⁰⁵ Siehe etwa schon *Stumpf*, FS Bülow (1981), S. 217, 218 [II 1].

¹⁰⁶ Zweifelnd insoweit bereits *Paulsson*, SIAR 2008:2 S. 1, 2 aE iVm. S. 16, aber z. B. auch *Prütting*, AnwBl 2015, 546, 551 [XII]. Zum vorläufigen (Kommissions-) Vorschlag bei *Duve/Rösch*, ZVglRWiss 114 [2015], 387 [I mit Fn. 2], 397 f. [IV 1] u. 401–404 [V]. Die finale Fassung stammt vom 12.11.2015: trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf – ferner jüngst: *Weidenfeller*, ZRP 2012, 112, 113 f. [III]; *Gramlich/Conen*, SchiedsVZ 2015, 225; *Sandrock*, RIW 2015, 625; *Rafsendjani*, JM 2015, 222; *Ohler*, JZ 2015, 337; *Sackmann*, SchiedsVZ 2015, 15; *Fisahn/Ciftci*, AL 2015, 177 & KJ 2015, 251 sowie vor allem *Ahner*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht [JIE 103] (2015). Siehe auch schon oben Fn. 28.

¹⁰⁷ So betitelt es *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 116 ff. [III]: genannt werden hierbei Relationstechniken und Verhandlungsleitung einerseits [DE], Beweismaßregelung und Parteisachverständige andererseits [US]; zur Sachaufklärung (*discovery/disclosure*) und Form einer Verhandlung bevorzuge die Praxis demgegenüber jedoch die Mischform, insbesondere: *R. C. Thümmel*, AG 2006, 842, 844 ff. [IV/IV] (Beweisfragen); *K. P. Berger*, SchiedsVZ 2009, 289, 291–293 [III] (Ver-

im Voraus seltenst einmal gelingen, zumal man meist prozessuale Fragenkomplexe unterschätzt („last minute problems“) und in den Verhandlungen wirtschaftliche Einschätzung und materielle Beurteilung dominieren. Die Lösung liegt in einer kurzen Bezugnahme auf anerkannte Schiedsordnungen (z. B. ICC, SCC LCIA, DIS, AAA etc., aber z. B. auch UNCITRAL-Rules für ad-hoc-Verfahren), im Rückgriff auf konsentiertere transatlantische Zusatzregeln (z. B. IBA RoToE, UNCITRAL OAP-Notes, aber z. B. auch die TCP-Rules¹⁰⁸) oder einer sehr guten Richterauswahl (arg. §§ 1042 Abs. 3 S. 1, 1052 Abs. 3 ZPO): die richtigen Persönlichkeiten finden im Streit *einvernehmlich* die jeweilig haargenau passenden Lösungen¹⁰⁹.

Gerade der amerikanische Zivilprozess hat vieles, was Europäer nachteilig erachten, ja inhaltlich abschreckend empfinden. Er gilt in toto als formalisiert, umständlich, langatmig und überteuert – kurz als zu ineffektiv¹¹⁰. Von daher ist schon „vor Ort“ ein großer Run auf die Schiedsgerichte zu konstatieren: *arbitration* statt *litigation*. Das erspart u. U. die lästige Jury-Beteiligung, welche unkalkulierbare Ungewissheiten bringt, erlaubt die Erstattung von Prozesskosten¹¹¹ („costs follow event“ – national: § 1057 ZPO), hilft auch gegen Sammelklagen („class action shield“ – infolge prozessualer Bindung

fahrensleitung); *Bietz*, SchiedsVZ 2014, 121 (Relationstechnik), sehr lesenswert auch *Chr. Kern*, ZVglRWiss 109 (2010), 78 – etwas anders im Ansatz *Wirth*, SchiedsVZ 2003, 9, 10 f. [II/III].

¹⁰⁸ International Bar Association [IBA]: Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration vom 29.05.2010 (SchiedsVZ 2010, 322) mit Vorläufer vom 01.06.1999 (SchiedsVZ 2007, 40).

Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996) (DIS-Reihe XIV [2001] S. 113 ff.).

Principles [and Rules] of Transnational Civil Procedure unter der Ägide von American Law Institute [ALI] und International Institute for the Unification of Private Law [UNIDROIT] (ULR 2004, 758).

¹⁰⁹ Es wird durchaus bereits vernehmlich über Ineffizienzen infolge überbordender Verrechtlichung des Verfahrensablaufs geklagt und die (Rück-) Besinnung auf arbiträre „Urtugenden“ (scil. Flexibilität) angemahnt: *R. C. Thümmel*, FS Kaissis (2012), S. 1027; einerseits S. 1029/1030 [III 3] mit S. 1027 [I], andererseits S. 1030 [IV 1] mit S. 1037 [V]; *Draetta*, Bull. ASA 33:2 (2015), 327, 333 ff.

¹¹⁰ Als Beispiel zum Beleg nur *Langbein*, The German Advantage in Civil Procedure, Univ. Chic. LR 52:4 (1985), 823, 830 ff. [II/III].

¹¹¹ Jüngst instruktiv *Junker*, ZJP 128 (2015), 3 (Zivil-) Prozesssteuerung durch Kostenvermeidung (S. 24–28); *Nowaczyk/Czech*, Bull. ASA 33: 3 (2015), 494, 501 ff. [4.2 u. 4].

[hinsichtlich schiedsrichterlicher Entscheidung¹¹²]) und vermutlich sogar gegen Strafschadensersatz (*punitive damages* – vermittelt materiellen Verzichtes¹¹³), eröffnet schließlich außerdem die Vermittlung eines Vergleiches von Gerichtsseite aus (gemäß dem Motto: „don't litigate, don't arbitrate – settle the dispute“!), die ansonsten Befangenheit begründet und nicht zuletzt darum die Mediation befördert hat¹¹⁴. Zum Schluss natürlich: das große Schreckgespenst einer breiten *fishing expedition* mittels *pre-trial discovery* kann dadurch ebenso gebannt werden.

Ein wichtiges Zusatzproblem grenzüberschreitenden Rechtsstreits überhaupt ist, ordnungsgemäße Klageerhebung sicherzustellen, was seinerseits Auslandszustellung voraussetzt (§§ 253, 261 Abs. 1, 271 Abs. 1, 166 ff., 183 ZPO), die öfter unnötig kompliziert und zeitraubend ist; Fehler rächen sich allemal dann jedoch später (§ 328 Abs. 1 Nr. 2 ZPO bzw. Art. 34 Nr. 2 EuGV-VO). Damit wird die Gewähr rechtlichen Gehörs garantiert – jene muss auch der Schiedsprozess voll gewährleisten, um allfälligen Aufhebungsangriffen vorzubeugen (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1b ZPO bzw. Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ). Indes aber besteht hier die Möglichkeit lediglich *formloser* Übersendung (per Einschreiben mit Rückschein); ferner hilft – gleichfalls sehr wirkmächtig – zudem eine Empfangsfiktion gegen „Verschollenheit“ (§ 1028 Abs. 1 ZPO). Es ist kein Souveränitätsproblem, welches *private* Schiedsgerichte umgehen könnten¹¹⁵ (das wäre nicht unproblematisch: sie üben gewiss Rechtsprechung!), es ist bloß schlicht eine einfache Erleichterung prozessualer Förmlichkeit – es fehlt im Allgemeinen an jedem *Zustellungszwang*!

¹¹² Aber vgl. dann US SC 539 U.S. 444 (2003) – Green Tree Fin. Corp. / Bazzle [4:3] (class arbitration) – siehe eingehend *Orgel*, Class Arbitration [SAIPR 295] (2013), S. 165 ff. u. 285 ff. Man behalf sich darauf mit „waiver“ (Exklusionsabrede): a.a.O. S. 241 ff., inzwischen scheint allerdings „access“ (Inklusionsabrede) wieder abverlangt: a.a.O. S. 317 ff., ferner *Pharaon*, Arb. Int. 31:4 (2015), 589 einerseits, *Strong*, Harv. Neg. LR 17 (2012), 201 u. Mich. J Int. L 30 (2008/2009), 1017 andererseits.

¹¹³ So die Beobachtung von *Drahozal/Hylton*, J. Leg. Stud. 32 (2003), 549 für Franchising-Abmachungen.

¹¹⁴ Siehe schon *Münch*, Bitburger Gespräche 2008/I S. 179, 188 f. [III 2], zugleich zur Variante des sog. *small claim track*.

¹¹⁵ Hier a.A. wohl *Mezger*, in: Dölle (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen [GvR-Reihe 1] (1958), S. 18, 22 [I 2].

3. Auflösung einer Vollstreckungsblockade

Im Internationalen Rechtsverkehr macht sich schließlich noch die existente oder mangelnde Fungibilität vollstreckbarer Titulierung besonders nachdrücklich bemerkbar¹¹⁶. Wir werden in Europa insofern fast verwöhnt: seit dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (1968/1973)¹¹⁷ wird das Netz europäischer justizieller Verflechtung kontinuierlich engmaschiger; mit den USA fehlt dagegen bis heute ein funktionsäquivalentes bilaterales Vollstreckungsabkommen, vorbehaltlich nur gerade des Schiedsrechts¹¹⁸. Was bleibt, ist allein der umständliche Rückgriff auf nationales Binnenrecht (§§ 328, 722/723 ZPO). Schon unter autonomem altem Recht kam das Gegenseitigkeitserfordernis aber nur eben für ausländische *Urteile* zum Einsatz (§ 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), nicht auch gegen ausländische *Schiedssprüche* (arg. § 1044 Abs. 2 ZPO/aF e contr.); das UNÜ¹¹⁹, das inzwischen fast universell gilt (nämlich für 156 Staaten), lässt hier schon seit Ende 1970 im Verhältnis zu den USA die Vollstreckung von Schiedssprüchen zu; jetzt unter autonomem neuem Recht ist das Schiedsübereinkommen gar universell nun anzuwenden (§ 1061 ZPO¹²⁰). Der Schiedsspruch erlaubt dement-

¹¹⁶ Sie kann für nationale Rechtsstreitigkeiten ebenfalls jedoch interessant werden – bei Notwendigkeit, auf auslandsbelegene Vermögenswerte zuzugreifen.

¹¹⁷ [Brüsseler] EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968, AB1 1972 Nr. L 299 S. 32 = BGBl 1972 II Nr. 46 S. 774 [in Kraft ab 01.02.1973: BGBl I 1973 Nr. 5 S. 26].

VO (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 „über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“ [sog. Brüssel Ia-VO], AB1 2001 Nr. L 12 S. 1 [in Kraft ab 01.03.2002 (Art. 76 UA 1)] mit ÄndVO (EG) 280/2009 vom 06.04.2009, AB1 Nr. L 93, S. 13 [in Kraft ab 07.04.2009 (Art. 2)].

VO (EU) Nr. 1215/2012 vom 12.12.2012 „über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“ [sog. Brüssel Ib-VO], AB1 Nr. L 351, S. 1 [in Anwendung ab 10.01.2015 (Art. 81 UA 2)].

¹¹⁸ Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29.10.1954, BGBl II Nr. 12 S. 488 [in Kraft ab 14.07.1956: BGBl II Nr. 21 S. 763].

¹¹⁹ [New Yorker UN-] Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 23.03.1962, BGBl 1961 II Nr. 11 S. 122 mit 1987 II Nr. 17 S. 389 [in Kraft (DE) ab 28.09.1961 (BGBl 1962 II Nr. 7 S. 102) bzw. (USA) 29.12.1970].

¹²⁰ Der einst gültige Vertragsstaatenvorbehalt (Art. I Abs. 3 S. 1 – BGBl 1962

sprechend, was leider ansonsten allemal noch relativ schwierig scheint: eine praktisch fast weltweite (!) Durchsetzbarkeit auf rechtlich gesicherter, international anerkannter Grundlage¹²¹.

V. Handfeste Nachteile?

I. Subjektiv: Kehrseitenproblem

Die detaillierte Erörterung von tatsächlichen (oder vermeintlichen) Vorzügen „der“ Schiedsgerichtsbarkeit hat vielleicht schon angedeutet, dass Vorzüge und Nachteile in der Praxis oft nächst beieinander liegen, auch verkoppelt mit dem Einzelfall sind, und die Kunst dann am Ende darin besteht, die Vorzüge *in praxi* zu greifen und gleichzeitig die Nachteile zu vermeiden. Auf einer subjektiven Ebene kann man aber den Spieß auch insgesamt ganz verdrehen – wem genau nützt was (oder: *cui bono*)? Ein möglichst langes Verfahren (III 1a) nützt etwa dem, der nicht zahlen will oder kann, ein möglichst teures Verfahren (III 1b) möchte vielleicht schlichtweg abschreckend wirken. Vielleicht ist inhaltlich die Vertraulichkeit (III 2) gar nicht konkret gewünscht. Die Prozesspartei mag medialen Öffentlichkeitsdruck¹²² erzeugen, um raschen Vergleichsschluss zu fördern, oder u. U. auch – überaus legitim – schlicht ein höchstrichterliches Präjudiz für mögliche Folgefälle erwirken. Schließlich ist auch die Flexibilität nützlich nur insoweit, wie man sie wirklich denn einsetzt oder konkret überhaupt braucht – es sei durch die Feststellung eigener Prozessregeln (III 3a), was Mühe macht, durch die Auswahl geeigneter Richter (III 3b), was schwierig ist, und durch die Vereinbarung materiellrechtlicher Prüfmaßstäbe (III 3c). „Einfache“ Prozessparteien vermögen meist gar nicht, die gewährten Spielräume zielbewusst auszunutzen. – Von einer objektiven Warte aus

II Nr. 7 S. 102) wurde folgerichtig daher zurückgezogen (BGBl 1999 II Nr. 1 S. 7 = RPS 1999 I S. 13).

¹²¹ G. Wagner, DRiZ 2015, 264, 265 [IV 2]; Schack, IZVR (6. Aufl. 2014), Rn. 1277; Wieczorek/Schütze, § 1029 ZPO Rn. 20, SV (5. Aufl. 2012), Rn. 36 u. ZVglRWiss 99 (2000), 241, 249 f. [III 5]; Freymann/Weth, FS E. Müller (2008), S. 147, 155 [II 2]; Lachmann, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 183; Schiffer, (1999), S. 19; Stumpf, FS Bülow (1981), S. 217, 223 [II 7] – international beispielhaft: Lew/Mistelis/Kröll, CICA (2003), Rn. 1.22 [EU] bzw. Born, ICA I (2. Aufl. 2014), S. 77–80 [US], aber z. B. auch Paulsson, SIAR 2008:2 S. 1, 16/17.

¹²² Raesche-Kessler, AnwBl 2012, 64: besonderer Lästigkeitswert.

besteht ferner die Gefahr einer übertriebenen, „exzessiven“ Vorteilsnahme auf Kosten wichtiger Allgemeininteressen (Näheres siehe sub 2b) – man kann am Ende daher beinahe jedem Vorzug einen potentiellen Nachteil gegenrechnen¹²³. Und dies mahnt dazu, die rechtliche Rahmenvorgabe sorgfältig auszutarieren (insbes. §§ 1030, 1034 Abs. 2, 1042 Abs. 1 u. 2, 1059–1061 ZPO), vor allem bei einem befürchteten Machtgefälle.

2. Vereinzelte, weitere Kritikpunkte

Man hört vereinzelt über manch substantielle weitere Reklamationen, die zumindest kürzerer Erwähnung bedürfen.

a) Verbandsunterwerfung

Als problematisch werden insbesondere sog. pauschale Verbandsunterwerfungen angesehen („Fall Pechstein“)¹²⁴, d. h. das Hineinzwingen von „Schiedsparteien“ in Schiedsbindung („compulsory arbitration“), ohne eigenen freiwilligen Konsens („voluntary arbitration“). Das berührt aber jeweils nur Sonderkonstellationen: auf der einen Seite gilt es als eine große strukturelle Schwachstelle der Schiedsgerichtsbarkeit, dass im Mehrparteienstreit für alle Beteiligte auch die notwendige Schiedsbindung vorhanden sein muss, um Streit „in einem Aufwasch“ insgesamt zu erledigen¹²⁵; auf der anderen Seite ist allerdings auch mitgedacht, dass insbes. per letztwilliger Verfügung oder Gesellschaftssatzung ohne eine Vertragsgrundlage – per sog. *Schiedsverfügung* (statt wie sonst: *Schiedsvereinbarung*, § 1029 ZPO) – auch eben einseitige Schiedsbindungen existieren (§ 1066 ZPO). Die Frage ist daher m. E. weniger ein Problem der Statthaf-

¹²³ So geht *Schack*, IZVR (6. Aufl. 2014), Rn. 1273 ff. „versus“ Rn. 1278 ff. dies an, siehe vor allem Rn. 1278 u. 1283 (gewisse rechtliche Grenzen), aber z. B. auch *Ochmann*, GRUR 1993, 255, 258 f.

¹²⁴ *Schwab/Walter*, Schiedsverfahrensrecht (7. Aufl. 2005), Rn. 9 [1. Punkt] im Anschluss an *Heß*, ZZP Int. 3 (1998), 457 – erg. dazu vgl. *Heß*, bei *Scherpe*, ZZP 128 (2015), 335, 336, wohl krit. auch *Musielak/Voit*, § 1025 ZPO Rn. 2 aE. Ein anderer Fokus dagegen bei *Lachmann*, BuW 1999, 582, 587 [6]. – Zur causa *Pechstein*: LG München SchiedsVZ 2014, 100 bzw. OLG München SchiedsVZ 2015, 40, 42–45 (Nichtigkeit nach Kartellrecht).

¹²⁵ Von den Schwierigkeiten für die Konstituierung des Schiedsgerichts (näher dazu MünchKomm/Münch, § 1035 ZPO Rn. 65 ff. m.w.N.) überhaupt ganz abgesehen. Kritisch hier z. B. auch *Lachmann*, BuW 1999, 582, 587 [5.6] u. *Stumpf*, FS Bülow (1981), S. 217, 226 f. [III 4].

tigkeit im Grundsätzlichen als viel eher von Transparenz und Äquivalenz, d. h. eines autonomen Entscheids zugunsten einer funktional adäquaten Alternative.

Es muss hier unabdingbar *vorab* klargemacht werden, was genau auf einen zukommt (Transparenz); notfalls ist insoweit das Geschäft abzulehnen (Erbausschlagung, Nichtbeitritt zur Gesellschaft – „opt out“). Problematisch ist dann nur noch der Fall des wirtschaftlichen (faktischen) Beitrittszwangs, namentlich im Verhältnis zu Monopolverbänden¹²⁶, und dort auch der nachträglichen Schiedsbindung mittels Satzungsänderung per Mehrheitsvotum. Hier muss jene vermeintlich „beschlossene“ Schiedsbindung gegenüber einem solchen Dissenten weichen¹²⁷, um doch am Ende die Freiwilligkeit zu gewährleisten.

Die größere Herausforderung scheint mir, justizgleiche Verhältnisse herzustellen (Äquivalenz). Nötig ist dafür strikte Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsgerichts, Gleichbehandlung der Schiedsparteien und Gehörsgefahr, so wie es § 1042 Abs. 1 ZPO generell ja vorsieht, sowie dann – zusätzlich – noch die durchgängige Objektivität richterlicher Prozessleitung. Das kann man auch im Befangenheitsaspekt (§ 1036 ZPO) rechtlich gut einfangen, geht indes jedoch einiges darüber hinaus und berührt nicht zuletzt die institutionell garantierte Gleichbehandlung („Fairness“ – *due process*). Der Unterschied liegt darin, dass insoweit eine absolute Grenze einsetzt, die abweichenden Parteivereinbarungen entgegensteht und auch keine unmittelbare abwehrende Parteiaktivität (*Befangenheitsantrag*) abverlangt (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2b ZPO: *ordre public* – indes: parteiseitiger *Aufhebungsantrag* nötig!). Mit Recht wird darum den verbandsdominierten reinen Partei- oder Verbandsinstitutionen von vornherein der Status des „echten“, d. h. letztverbindlich (iSv. § 1055 ZPO) entscheidenden, Schiedsgerichtes verwehrt und staatsgerichtliche Nachprüfung eröffnet¹²⁸.

¹²⁶ Das kann ein Sportverband sein, aber z. B. auch nur schlicht ein Rassehundezuchtverein (BGHZ 144, 146, 148–150 [II 2]).

¹²⁷ BGH a.a.O. – die Differenzierung bei MünchKomm/Münch § 1066 ZPO Rn. 16 halte ich nicht weiter aufrecht.

¹²⁸ RGZ 57, 154, 156 f. (Genossenschaft) u. BGHZ 43, 261, 264 f. [I 2–4] (Gesellschaft [GmbH]); BGHZ 128, 93, 108–111 [III] {30 f.} (Sportbund); BGHZ 159, 207, 210 ff. [2b] {16–25} (Rassehundeverein); BGHZ 197, 162, 168 f. {17 f.} [II 1a aa] (Boxsportverband) – ferner: OLG Nürnberg OLGZ 1975, 437; OLG Frankfurt/Main NJW 1970, 2250; OLG Koblenz NJW-RR 2000, 1365; OLG Düs-

b) Präjudizproduktion und Rechtsfortbildung

Dass Schiedsgerichtsbarkeit nicht dazu dient, ein vorzugsweise höchstrichterliches, „verbindliches“ Präjudiz zu erlangen¹²⁹, das wurde schon erwähnt, ist freilich schlicht die Kehrseitenfolge der Vertraulichkeit (III 1). Das spiegelt ausschließlich freilich die „individualrechtliche“ Betrachtungsweise; dazu kommen noch indirekte, „kollektivrechtliche“ Wirkungen. Namentlich das anglo-amerikanische Rechtssystem schöpft ganz zentral aus Präjudizien („*stare decises*-Lehre“), welche hier ja wegbrechen; ein *case law*-System ist dadurch strukturell intensiver bedroht (ja wohl im Mark getroffen ...) als beispielsweise ein europäisches System kodifizierten Rechts. Aber auch dort wird vereinzelt schon gegewöhnt, in einigen Fallkonstellationen (gerne werden genannt: Unternehmenskaufverträge¹³⁰, Industrieanlagenrecht¹³¹, Personengesellschaftsrecht¹³² usw.) könnten die notwendigen Anstöße rechtsfortbildender, höchstrichterlicher Urteile wegbleiben¹³³ – gegengefragt: wieso macht sich dann indes nicht der Gesetzgeber selbst unmittelbar auf, die seines Erachtens gerechten Regeln zu finden und in den legislativen Geschäftsgang einzubringen? Und wäre alles anders, wenn nur sehr delikate Tatfragen zum Entscheid anstehen?

Als Begrenzung wirkt allenfalls die strukturell mangelnde Kontinuität: wenn (staatliche) institutionalisierte Spruchkörper Entscheidungslinien entwickeln, dann entsteht auch implizit (*praktisch*) Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit, was die künftige Spruchpraxis betrifft; dieses institutionelle Gefüge (welches im übrigen Hierarchie mit Autorität koppelt) fehlt beim Schiedsgericht aber offensichtlich

seldorf NJW-RR 2003, 142 aE. Jene Frage „umgeht“ OLG München SchiedsVZ 2015, 40, 42–45 [II] („Pechstein“).

¹²⁹ Was insbes. Rolf A. Schütze immer wieder betont: *Schütze/Tscherning/Wais*, (2. Aufl. 1990), Rn. 13; *Schiedsverfahren* (5. Aufl. 2012), Rn. 37; *Wieczorek/Schütze* (2014) § 1025 ZPO Rn. 21, ganz allg. auch *Schack*, IZVR (6. Aufl. 2014), Rn. 1278 u. *Stumpf*, FS Bülow (1981), S. 217, 225 [III 3].

¹³⁰ *G. Wagner*, DRiZ 2015, 264, 267 [VI 1]; *Duve/Keller*, SchiedsVZ 2005, 169, 172 [II 3a].

¹³¹ *Hobeck*, DRiZ 2005, 177, 179 re. Sp. [II 1 aE].

¹³² *Goette*, AnwBl 2012, 33, 34 re. Sp. („Rechtspolitische Aspekte“: „Schattenrecht“ der Schiedsgerichte, Staatsgerichte als „Aschenputtel“) – anders im Ansatz *H. Westermann*, FS F. Fischer (1979), S. 853, 856 ff. [II u. III 1/2].

¹³³ *Schack*, IZVR (6. Aufl. 2014), Rn. 1282; *Aden*, DZWIR 2012, 360, 361 li. Sp. [III] (mit Kritik auf S. 362 [V–VII]); *Duve/Keller*, SchiedsVZ 2005, 169.

(abgesehen davon, dass unter deutschem Recht auch sämtlichen Staatsurteilen *dogmatisch* solche „Präzedenzwirkung“ abgeht). Trotzdem gibt es doch manchmal dem ungeachtet gewisse „Korrelationen“¹³⁴ („Autorität ohne Hierarchie“).

Wer insoweit die Freiheit hat, keinen rechtlichen Streit auszutragen, sei es auf reinweg materiellem Terrain („Ob“), indes auch noch bei schwebendem Zivilprozess (arg. §§ 91a, 269, 306/307, 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, aber – diffiziler – auch: §§ 515 f. ZPO sowie vor allem § 565 S. 1 ZPO – aber: S. 2!¹³⁵), sollte wohl auch ebenso frei sein, mit „seinem“ Streit die Rechtsfortbildung *nicht* „voranzubringen“. Zivilprozess ist – unserer Lesart gemäß – primär Durchführung subjektiven Rechts – und alles weitere (wie insbes. die Bewährung objektiven Rechts) rangiert dahinter¹³⁶. Hierin liegt darum nichts Kritikwürdiges, Anstößiges, Verwerfliches – es ist bloß Konsequenz einer nachhaltigst freiheitsorientierten Prozesskultur, die (materielle) Vertragsautonomie akzeptiert und dann – konsequenterweise – auch (prozessuale) Parteidisposition respektiert. Und dazu kommt noch, dass selbst Schiedssprüche vermehrt Öffentlichkeit finden¹³⁷, sei es per klassischer Publikation¹³⁸ oder elektronisch dokumentiert über

¹³⁴ V. König, Präzedenzwirkung internationaler Schiedssprüche (2013); Schütze, FS Glossner (1994), S. 333, 334 ff. [II 1], aber vgl. auch Lachmann, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 170–173.

¹³⁵ „Klammheimlich“ wiederbelebt (freilich nur für die Revision – das galt einst auch für Berufungen: § 515 Abs. 1 ZPO/aF): Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (Art. 1 Nr. 19), BGBl I Nr. 62 S. 3786 [in Kraft ab 01.01.2014 (Art. 26 Abs. 3)] – näher dazu siehe BT-Drs. 17/13948 S. 35 f. (Rechtsausschuss [FeR-Gesetz] zur Revision: „öffentliche[s] Interesse an einer Leit- und Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs“ [S. 36]) gegen BT-Drs. 14/4722 S. 94 (Regierungsentwurf [ZPO-RefG] zur Berufung: Gerichtsentlastung).

¹³⁶ Näher dazu (m.w.N.) Münch, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses [VV 101] (2014), S. 5, 11 ff. [II 2], 34 f. [III 3a], 34/35 [IV vor 1], 36 ff. [IV 1] u. FS Schilken (2015), S. 387.

¹³⁷ Für Veröffentlichungspflicht gar Aden, DZWIR 2012, 360, 362 f. [VI–IX]; eher großzügig auch Duve/Keller, SchiedsVZ 2005, 169, 176–178 [V 1d] – insoweit krit. Lachmann, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 171.

¹³⁸ Beispiele: ICCA-Yearbook of Commercial Arbitration (YCA); ICC International Court of Arbitration Bulletin (ICC Bull.); Recueil des sentences du TAS/Digest of CAS Awards (RS/Dig.). Recht früh schon *Straatmann/Ulmer*, Rechtsprechung kaufmännischer Schiedsgerichte (1975–1998) [6 Bände] bzw. Angebot der HK Hamburg: hk24.de/produktmarken/beratung-service?param=recht_und_steuern,schiedspruchsammlung.

weltweit recherchierbare Datenportale¹³⁹, zugestandenerweise schwerpunktmäßig bei institutionalisierten Schiedsgerichten¹⁴⁰. Bisweilen werden jedoch die Schiedssprüche erst „Huckepack“ durch staatliche Folgeverfahren zugänglich.

c) Eilrechtsschutzgewähr

Bei Notwendigkeit einstweiligen Rechtsschutzes stehen immer Staatsgerichte sofort parat (§§ 916 ff. ZPO); Schiedsgerichte sind demgegenüber anfangs noch mangels Konstituierung nicht handlungsfähig, danach bedarf es ferner zuerst der möglicherweise verzögernden Zulassung staatlichen Zwangsvollzuges. Dies wurde vor allem früher als großer Nachteil betrachtet¹⁴¹ – und wäre es auch, insofern Exklusivität herrscht. Genau das ist heute aber nicht (mehr) der Fall! Staatsgerichte können unbeschränkt eingeschaltet werden (§ 1033 ZPO), sogar auch *nach* der Konstituierung des Schiedsgerichtes. Anders gesagt: die Schiedseinrede (§ 1032 Abs. 1 ZPO) wirkt nur gegen die Verfolgung der Hauptsache, nicht aber bei einstweiligen Schutzgesuchen. Oder umgekehrt auch: die Schiedsgerichtsbarkeit kann und darf von organisatorisch verfestigten Staatsgerichten profitieren. Das geht so weit, dass die Schiedsparteien nach

¹³⁹ Beispiele: trans-lex.org (Klaus Peter Berger/Universität zu Köln); uncitral.org/clout (Case Law on UNCITRAL Texts); tas-cas.org/en/jurisprudence/archive (Internationaler Sportgerichtshof); iclid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx (ICSID-Falldatenbank).

Künftig tritt hinzu die Offenlegung bei UNCITRAL-Investitionsschiedsverfahren (sog. Transparenzregister): www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jspx („a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration“); siehe schon Fn. 32.

¹⁴⁰ Schütze, FS Glossner (1994), S. 333, 338 f. [II 2]. – Beispiele: Saudi Arabia *J. Aramco* (Arabian American Oil Company) ILR 27 (1963), 117 = RCDIP 1963, 305 (Staatsbeteiligung am Schiedsverfahren), ICC-Interim Award Dow Chemical *J. Isover St. Gobain*, Clunet 110 (1983), 899 = YCA IX (1984), 131 (Schiedsgebundenheit von Nichtunterzeichnern, sog. *group of companies*-Doktrin), Cour Cass. auf ICC-Interim Award Siemens/BKMI *J. Dutco*, Clunet 119 (1992), 712 = YCA XVIII (1993), 140 (Möglichkeiten und Bedingungen eines Mehrparteien-schiedsverfahrens, sog. *multi party-arbitration*) etc. etc.

¹⁴¹ H. Westermann, FS F. Fischer (1979), S. 853, 864 [III 4]; Jagenburg FS Oppenhoff (1985), S. 147, 152–155 [II]; Mandelkow, BauR 1997, 785, 790 [2.2.]; Diedrich, JuS 1998, 158, 159 [II]. In diesem Punkt wurde später das Modellgesetz bekanntermaßen nachgebessert: A/RES/61/33 (04.12.2006): Kap. IVa mit Artt. 17–17j.

Konstituierung umgekehrt herum *Schiedskompetenz* verwehren mögen (§ 1041 Abs. 1 S. 1 ZPO: „Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, ...“) oder alsdann konkurrierende Zuständigkeit besteht (§ 1041 Abs. 1 S. 1 ZPO: „..., so kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei vorläufige oder sichernde Maßnahmen anordnen“), welche freilich ebenso staatliche Vollziehung ermöglicht (§ 1041 Abs. 2/3 ZPO). Es ist ein sehr harmonisches Miteinander, nicht etwa ein Gegeneinander, das weithin vorherrscht. Daher sind m. E. auch die Überlegungen von Schiedsseite aus, allemal im Bereich institutioneller Schiedsinstanzen Abhilfen zu schaffen (sog. *emergency arbitrators* – z. B. Art. 29 ICC-Rules mit Appendix V), nicht unbedingt nötig, sondern letztendlich nur ein zusätzliches Angebot.

3. Objektiv: Legitimitätsproblem

a) Rechtlich

Schiedsgerichtsbarkeit ist Ausfluss selbstgestalteter Freiheit, quasi eine Art Verlängerung der Privatautonomie ins Prozessuale. Im Privatrecht kann man frei entscheiden, ein „Verlangen“ (§ 194 Abs. 1 BGB) zu verfolgen oder – wieso auch immer – eben nicht. Diese Freiheit wird letzthin vom (Schieds-) Prozessrecht nur reflektiert. Der Staat muss dabei jedoch dafür sorgen, dass gewisse Mindeststandards greifen¹⁴². Ansonsten bekäme die Schiedsgerichtsbarkeit auf einer normativen Ebene ein Legitimitätsproblem. Vor allem die staatlich zugestandene Akzeptanz des Schiedsspruchs (§ 1055 ZPO: Rechtskraft) und die Möglichkeit, ihn zwangsweise später durchzusetzen (§ 1060 ZPO: Titulierung), verlangen nach Schranken oder richtiger wohl Vorbedingungen für die Gleichstellung.

Dieser Mindeststandard jedoch ist gewiss gewahrt: es gibt präventive Schranken und Warnungen (§§ 1029–1031 ZPO), repressive – zugegeben: begrenzte – Kontrollen (§ 1059–1061 ZPO) und ergänzend die Garantien für Unparteilichkeit und Unabhängigkeit (§§ 1036/1037 ZPO: Ablehnungsbefugnis), für Gleichbehandlung und Gehörgewährung (§ 1042 Abs. 1 ZPO: Verfahrensmaximen). Das eine sorgt hier für personelle, das andere für parallele prozessuale Integrität („fair trial“); niemand kann Richter in eigener Sache sein

¹⁴² Recht klar schon *Habscheid*, NJW 1962, 5, 6 [I aE], jedoch auch *Hirsch*, SchiedsVZ 2003, 49, 50–52.

(Cod. Just. 3,5: *ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat*¹⁴³). Dazu treten noch „flankierend“ einige Straftatbestände aus den „Amtsdelikten“: Rechtsbeugung (§ 339 StGB: „Richter ... oder Schiedsrichter“) einerseits, andererseits Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 2 StGB) und Bestechlichkeit (§ 332 Abs. 2/3 StGB) bzw. Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 2 StGB) und Bestechung (§ 334 Abs. 2/3 StGB) zudem mit einer Sonderregel für Vergütungen (§ 337 StGB: „hinter dem Rücken der anderen [Partei]“).

Bedeutsam ist ebenfalls die Sicherung beidseitig gleichen Einflusses auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts (§ 1034 Abs. 2 ZPO)! Dieses exorbitante Schutzniveau konnte das *alte* Recht zugegeben nicht erreichen. Eine erst im Jahr 1933 eingeführte *materielle* Schutzregel (§ 1025 Abs. 2 ZPO/aF¹⁴⁴) zielte gegen eine – subjektiv schwerlich darzulegende – *Ausnutzung* wirtschaftlicher oder sozialer Überlegenheit; die Rechtsprechung hielt aber lange noch daran fest, *einseitige* Benennungsrechte zuzulassen, vor allem als Sanktion fehlender Mitwirkung bei Konstituierung des Schiedsgerichts¹⁴⁵ und lediglich mit kleineren Einschränkungen im Falle eines starken (wirtschaftlichen) Druckes (§ 138 Abs. 1 BGB)¹⁴⁶. Hier wurde spät – im Anschluss an Kornblum¹⁴⁷ – korrigierend eingegriffen: das Gebot

¹⁴³ Sehr ähnlich auch Dig. 2, 1, 10 (*Ulpian*) u. Dig. 4, 8, 51 (*Marcian*). Hier recht früh schon dezidiert „schiedsbezogen“ ObTr. StrA 64 (1867) Nr. 7, S. 55, 57; 67 (1868) Nr. 19, S. 106, 107 f.; ROHG 21, 84 (86) [Preußisches Recht] bzw. RGZ 29, 319, 320 f. [Rheinisches Recht], ganz ausf. dazu *Kornblum*, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit (1968), S. 6 ff. Jüngst erst wieder BGHZ 193, 38, 40 {6} [1a]: „unverzichtbarer Bestandteil jeder rechtsstaatlichen Gerichtsbarkeit“.

¹⁴⁴ Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27.10.1933 (Art. 1 [IX] Nr. 32), RGBI I Nr. 120 S. 780, 785 [in Kraft ab 01.01.1934 (Art. 9 Abs. 1)] mit RAnz 1933 Nr. 257 S. 3 li. Sp.: „Derartigen Auswüchsen der Schiedsgerichtsbarkeit tritt das Gesetz ... entgegen“. Der Normtext ist entlehnt § 738 RJA-Entwurf/1931 (dort S. 393 f. aber insgesamt „neutraler“ begründet) und initiiert von 34. DJT (1926) – Beschlüsse Nr. III 4.

¹⁴⁵ Erstmals wohl RGZ 26, 371, 373/374 (Ersternennung [obiter]: „... dem Belieben der Parteien anheimgelassen ist, einer Partei allein ... überlassen werden darf“ [Zitat S. 374]; siehe danach zudem RG JW 1919, 106, 109; 1932, 2151 f.), letztmals dann RG DR (A) 1942, 186 (Sanktionsfolge: „Eine Veränderung der Gleichgewichtslage ergibt sich erst als Folge der Säumigkeit“; siehe vorher schon RGZ 87, 183, 185/186; JW 1934, 362).

¹⁴⁶ RGZ 137, 251, 256 ff. (Kartellverband).

¹⁴⁷ Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit (1968), S. 196 ff.; aber zeitgleich auch *Heimann-Trosien*, EG Heusinger (1968), S. 271, 282 [III 2b],

überparteilicher Rechtspflege wirke als Schutzgesetz für die Schiedspartei (§ 134 BGB)¹⁴⁸. Das gilt noch heute, so dass noch außerdem *nachträgliche* Staatskontrolle (§§ 1059 Abs. 2 Nr. 1a, 1060 Abs. 2 S. 1 ZPO) erfolgen kann.

Der *formal* gleiche Einfluss beider Parteien auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts (§ 1034 Abs. 2 ZPO) wird dabei ergänzt durch eine *materielle* Komponente: Neutralität!¹⁴⁹ Die Offenlegungspflicht (§ 1036 Abs. 1 ZPO) bei möglicherweise *bezweifelbarer* und das Ablehnungsrecht bei nachvollziehbar *bezweifelter* (§ 1036 Abs. 2 ZPO) Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit implizieren dies als ganz unabdingbar. Das Gesetz fokussiert hier inhaltlich bewusst auf einzelne Schiedsrichter(kandidaten) als Personen, nicht etwa das jeweilige Schiedsgericht insgesamt als befassende Institution. Es geht also um *schiedsrichterliche*, nicht *schiedsgerichtliche* Neutralität (siehe noch sub 3c), die Anforderungen an parteiernannte und dritternannte Schiedsrichter sind somit gleich!¹⁵⁰

b) Strukturell

Strukturell könnten sich Defizite wohl ergeben, soweit im Ansatz bereits *Verhandlungsparität* mangelt. Die (deutsche) Schiedsgerichtsbarkeit ist eben nicht beschränkt auf Beteiligte von klassischerweise gleicher Verhandlungsstärke, steht auch etwa bei einer Verbraucherbeteiligung offen. Dies ist eine Konsequenz des national tradierten Konzepts des *Einheitsschiedsverfahrens* verbunden mit der

ferner *Habscheid*, NJW 1962, 5, 9 li. Sp. [III 1b] u. *Schlosser*, ZZP 93 (1980), 121, 133 f. [A II 1].

¹⁴⁸ Grundlegend BGHZ 54, 392, 395 [III 2b] mit S. 395 ff. [3–6] – ferner: BGHZ 106, 336, 339 {31}. Es zählt ferner zum *ordre public*: BGHZ 98, 70, 72 [II 1], jedoch anschließend gleich relativierend (S. 74 f. [II 5]: *inländischer* ordre public), etwas kraftloser indes anfänglich BGHZ 65, 59, 62 [I 1a/b] u. BGH LM Nr. 13 zu § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO/aF [I 2b] (S. 3) (lediglich unzulässiges Verfahren?). Dagegen passt *Kartellrecht* („Missbrauch von Marktmacht“) hier weniger – a.A. OLG München SchiedsVZ 2015, 40, 42–45 [II] („Pechstein“).

¹⁴⁹ Ganz ähnlich auch § 2 Abs. 1 MedG („Die Parteien [Plural!] wählen den Mediator aus.“) iVm. § 1 Abs. 2 MedG („Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ...“), dazu BT-Drs. 17/5335 S. 14.

¹⁵⁰ Einschr. *E. Bucher*, FG Kummer (1980), S. 599, 613 f. [VII] („graduelle Unterschiede“); aber wohl auch BGHZ 65, 59, 64 [I 2a] („nicht ganz dieselbe Bedeutung“ – jedoch *nachträglich* geschlossene Abrede: S. 65 f.!), korrigierend insoweit dann BGHZ 98, 70, 72 [II 1] – generell etwas „sanfter“ *Henn*, RPS 1993, 13, 15 re. Sp. [IV 2].

Übernahme des UNCITRAL-Modellgesetzes, das ja auf Streitfälle *internationaler Handelsschiedsgerichtsbarkeit* ausgerichtet ist, und differiert ganz beachtlich zur insgesamt rigiden Haltung gegenüber Gerichtsstandsvereinbarungen (§§ 38/40 ZPO). Es gibt mithin generell¹⁵¹ nur kleinere prozessuale Hindernisse, eigentlich nur betreffend die Formfrage (§ 1031 Abs. 5 ZPO) im Speziellen (dies immerhin aber proaktiv) und dann noch die Besetzungsparität (§ 1034 Abs. 2 ZPO) im Allgemeinen (insoweit *nur* reaktiv). Indes muss man sehen, dass namentlich die Verbraucher materiellem Schutz unterfallen, der größte Übervorteilung abwehrt. Unter Geltung europäischer Rahmenregeln (RL 93/13/EWG vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl EG Nr. L 95 S. 29) greifen dabei besonders strenge Kontrollen gegenüber missbräuchlicher Verwendung¹⁵².

Hierbei unterliegen alsdann *Schiedsvereinbarung* (§ 1029 ZPO) wie *Verfahrensvereinbarung* (§ 1042 Abs. 3 ZPO) einer relativ intensiven Prüfung¹⁵³. Der Ausschluss rechtlichen Gehörs dürfte Nichtigkeit aufgrund Normverstoßes bewirken (§ 134 BGB i.V.m. § 1042 Abs. 1 S. 2 BGB), genauso ein Richten in eigenen Angelegenheiten. Die übermäßige Beschränkung des Rechtsganges korrigieren entweder § 307 Abs. 1/2 BGB oder aber § 138 Abs. 1 BGB. Der Staat sichert damit die „Substanz“ richterlicher Aufgaben¹⁵⁴ oder genauer

¹⁵¹ Dagegen bestehen gewisse sektorale Grenzen, und zwar für Arbeitssachen (§§ 4, 101–110 ArbGG – dazu Münch, FS Otto [2008] S. 327, 353 ff. [V]), aber z. B. auch bei *österreichischem* Verbraucherstreit (§ 617 öZPO – sehr offen dazu Oberhammer, *ecolex Spezial* [2006] S. 93, 101 [III]: „Die Botschaft ... lautet: Lasst es bleiben!“).

¹⁵² EuGHE 2006, I-10421 {34–38} – Mostaza Claro = NJW 2007, 135 = SchiedsVZ 2007, 46 m. abl. Anm. G. Wagner (S. 49 ff. [2 u. 5]); EuGHE 2009, I-9579 {30, 51 f. bzw. 53–59} – Asturcom = SchiedsVZ 2010, 110 = EuZW 2009, 852; EuGH B. v. 16.11.2010 – C-76/10, E 2010, I-11561 {38, 49 f. bzw. 51–54 mit 41 f.} – Pohotovost' I = BeckEuRS 2010, 516492; EuGH, U. v. 27.02.2014 – C-470/12 {39–42} – Pohotovost' II; EuGH, B. v. 03.04.2014 – C-342/13 {30 ff., 36} – Sebestyén.

¹⁵³ Übergreifend dazu *Niedermaier*, *Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen* (2013) [VV 97], S. 144 ff., hier insbes. dann S. 230 ff. (präventiv) bzw. S. 321 ff. (repressiv).

¹⁵⁴ BGHZ 106, 336, 338 f. {30 f.}, insbes. S. 338/339 (Konstituierung); BGHZ 162, 9, 18 [II 4b bb (1)] {33} (Zugang, Ernennung, Ablauf); BGHZ 180, 221, 228 {17 f.} (Verfahrensablauf) bzw. BGH NJW 2015, 3234, 3237 {27} [II 3c aa] (Schiedsvereinbarung und Verfahrensabreden).

noch: das exakte Erfüllen dieser Aufgaben. Doch erscheint im Regelfall eine *Schiedsbindung* weder unangemessen noch überraschend¹⁵⁵, und auch die Modifikation des Verfahrens ist freigestellt. Die Grenze wäre z. B. dann jedoch bei offenbar „prohibitiver Ortswahl“ erreicht (Pflicht zum Prozess in New York – „Subway“-Vertrag¹⁵⁶), nicht ohne weiteres aber bei Laienbesetzung¹⁵⁷. Und ebenso sollte gegenüber „Verbandsunterwerfungen“ rigide verfahren werden (sub 2a).

Gleichfalls sind Defizite aber vorstellbar was die *Durchsetzungsparität* angeht. Bekanntermaßen gebietet das Gleichheitsgebot, dass Verwirklichung des Rechtsschutzes von vorhandenen Finanzmitteln abzukoppeln sei¹⁵⁸: auch der Mittellose hat eine Rechtsschutzgewähr (Art. 3 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG). Deshalb kennt der staatliche Zivilprozess die Prozesskostenhilfe (§§ 114 ff. ZPO), die naturgemäß bei einem Schiedsgericht fehlt: weshalb sollte der Staat denn privaten, meist teureren „Sonderrechtsschutz“ vor Schiedsgerichten bezahlen? Diese faktische Hürde ist juristisch zu bewältigen – dieses geht so: Der arme *Kläger* darf sofort vor staatliche Gerichte ziehen und darauf hoffen, dass entweder der reiche Beklagte keine Einrede erhebt (§ 1032 Abs. 1, 2. Halbs., Var. 1 ZPO) oder barmherzig selbst die Kosten vorschießt; sonst aber gilt dann die Schiedsvereinbarung als „undurchführbar“ (§ 1032 Abs. 1, 2. Halbs., Var. 2c ZPO), der Weg zum Staatsgericht steht also so oder so frei. Der arme *Beklagte* hat hingegen einen Nachteil: er steht vor einem „falschen“ Forum, muss sich dort erst die (staats-) gerichtliche Kompetenz freistreiten. Indes wird das Schiedsgericht ohne genügend Vorschussleistung

¹⁵⁵ BGHR § 9 AGBG – Schiedsklausel 1 {7}, best. BGHZ 115, 324/325 [1] {25} (Unternehmer) bzw. BGHZ 162, 9, 16 f. [II 4b aa (1)/(2)] {26–29} (Verbraucher).

¹⁵⁶ OLG Dresden IPRspr 2007 Nr. 222, S. 631 {17 f.}; OLG Celle, B. v. 04.12.2008 – 8 Sch 13/07 [II 1a]; OLG Bremen OLGR 2009, 156, 157/158 mit S. 158 {22–31}; KG, B. v. 29.11.2010 – 20 Sch 10/08 [II 1] (S. 10–13); OLG Jena, B. v. 13.01.2011 – 1 Sch 1/08 [B II 2] – im Unterschied zu „rechtem“ handelsüblichem Gebaren: RG SeuffA 67 (1912) Nr. 240, S. 426, 427; OLG Rostock SeuffA 65 (1910) Nr. 1, S. 1 f.

¹⁵⁷ Abwegig BGHZ 115, 324, 325 ff. [3], insbes. S. 328 {39} („Holzfachmann“) – einschr. wohl später dann BGHZ 162, 9, 18 f. [II 4b bb (2)] {34 f.} (Jurist als Obmann).

¹⁵⁸ Das BVerfG bemüht die Formel der „weitgehende[n] Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes“ – zuletzt BVerfG FamRZ 2014, 1977, 1978 {15} m.w.N.

kaum arbeiten und daher allemal leichten Herzens seine Kündigung also gutheißen.

c) *Praktisch*

Die besetzte (Schieds-) Richterbank verlangt ganz zwingend nach Neutralität und Objektivität der entscheidenden Einzelpersonen (siehe oben sub 3a). Die freie Wahl eines Schiedsrichters durch Schiedsparteien (gesetzlich die Grundregel: §§ 1034 Abs. 1 S. 2, 1035 Abs. 3 S. 2 ZPO) birgt jedoch im Ansatz die Gefahr allzu großer „Parteinähe“ – der einzelne Benennende erwartet womöglich im Gegenzuge nun das nötige „Verständnis“ für die eigene Sicht der Dinge¹⁵⁹. Dies gar etwa als Gegenleistung für die Beauftragung (inklusive der Bezahlung¹⁶⁰) oder als eine Art „Treuebeweis“ für mögliche zukünftige Benennungen (sog. *repeat player effect*). Man könnte solche „Partei-schiedsrichter“ mithin leicht als latente Fürsprecher des Ernennenden¹⁶¹ ansehen; wer davor die Augen verschließen würde, wäre zweifelsohne *naiv*¹⁶². Nicht umsonst wird deshalb allen (deutschen) Staatsrichtern neben sachlicher (Art. 97 Abs. 1 GG, § 1 GVG, §§ 25, 26 DRiG), auch *persönliche* (Art. 97 Abs. 2 S. 1 GG; §§ 30 ff. DRiG) Unabhängigkeit zugestanden. Das ist ein sicher spezifischer, zusätzlicher Vorzug *unseres* staatlichen Systems, doch fragt sich, ob nicht ersteres schon genügen würde?

¹⁵⁹ Und dies bemerkt auch die staatliche Kontrollpraxis argwöhnisch: BGHZ 54, 392, 396 [III 3b]: „vielfach werden die Parteien geneigt sein ...“; BGH NJW 1972, 827: „sehen ... leicht als Anwälte ihres Interesses im Schiedsgericht an“ bzw. „im Rechtsleben verbreiteten Verkehrsanschauung“.

Darin gründet nicht zuletzt die Beschränkung, wonach ein Staatsrichter schiedsrichterliche Tätigkeiten bloß übernehmen darf, „wenn die Parteien des Schiedsvertrags ihn *gemeinsam* beauftragen oder wenn er von einer *unbeteiligten* Stelle benannt ist“ (§ 40 Abs. 1 S. 1 DRiG).

¹⁶⁰ Die *beide* Parteien indes schulden: MünchKomm/Münch vor §§ 1034 ff. ZPO Rn. 12 m.w.N. – das beruht auf langer Rechtstradition: *Habscheid*, NJW 1962, 5, 9 [III 1c] einerseits, BGH LM Nr. 5 zu § 1025 ZPO/aF andererseits („im Verhältnis des Kl. [Schiedsrichter] zu den beiden Bekl. [Schiedsparteien] ... zustande gekommen“) bzw. BGHZ 55, 344, 347 [I 1] („zwischen dem einzelnen Schiedsrichter und den Schiedsparteien“). Das alte Sprichwort („Wes Brot ich ess, des Lied ich sing“) gilt nicht!

¹⁶¹ In Anlehnung an BT-Drs. 3/516 S. 46 li. Sp. [zu § 39 DRiG RegE].

¹⁶² Recht klar schon *Jagenburg*, FS Oppenhoff (1985), S. 147, 158–160 [III 2]: „wahrscheinlich größte ... Schwachstelle“ (S. 158); *Lachmann*, Hdb. SGP (3. Aufl. 2008), Rn. 120–125.

Es hilft m. E. wenig, die Gefahrenlage möglicher Einflussnahme praktisch zu verklären. Man kann das eher indirekt so anfangen, dass man die dialektische Aufbereitung des Rechtsfalles hervorhebt¹⁶³, was dann auf eine Art „arbeitsteilig“ organisiertes Schiedsgericht hinausläuft, sozusagen in Anlehnung an bewährte staatsgerichtliche Methoden: „Klägerstation“ versus „Beklagtenstation“. Freilich werden insoweit die eigentlichen Vorteile verschiedener Kenntnis der jeweils beteiligten Richter (Recht, Kultur, Technik, Sprachen usw.) voreilig einer letztlich überflüssigen Konfrontation geopfert. Anders gesagt: aus Beisitzern werden Wahlmänner (hinsichtlich des Vorsitzenden) und schließlich genaugenommen „verdoppelte“ Parteienanwälte¹⁶⁴ (bezüglich des Vortrages); der Vorsitzende wird „mediatisiert“ zum „Wagenzünglein“ und Alleinentscheider (oder auch Schlichter zwischen Beisitzern?). Jenes entspricht vielleicht einer *case law*-Sicht, aber sicherlich nicht klassischem kontinentalem Verständnis.

Man kann das jedoch auch ganz direkt, gleichsam prinzipiell, verbrämen, wie es die pragmatische anglo-amerikanische Betrachtung tut: maßgebend sei lediglich der schlussendlich neutrale Sachentscheid. Dementsprechend kennt noch das englische Schiedsrecht das kleine *Zweiergericht* mit *umpire* (sec. 16 Abs. 6 i.V.m. sec. 21 Arb. Act – Kontrast: *chairman*, sec. 16 Abs. 5 iVm. sec. 20 Arb. Act), übt aber die personifizierte Unabhängigkeitskontrolle (sec. 21 Abs. 1 Arb. Act); das amerikanische Schiedsrecht hatte noch einst ganz offen beim großen *Dreiergericht* zwischen spezifisch *predisposed coarbitrators* und *neutral arbitrators* differenziert. Die Praxis duldet das noch heute¹⁶⁵ (AAA: CAR bzw. CoE¹⁶⁶; ganz anders – kontinen-

¹⁶³ E. Bucher, FG Kummer (1980), S. 599, 604 ff. [III–V], eher implizit auch Lowenfeld, Tex. Int. LJ 30 (1995), 59, 65 [III] mit S. 68 f. [IV & V] – ferner: Lotz, AnwBl 2002, 202, 206 [4]; Schlosser, ZJP 93 (1980), 121, 139 f. [A II 3] u. Habscheid, NJW 1962, 5, 9 re. Sp. [III 1b].

¹⁶⁴ Das besagt die Kritik bei Jagenburg, FS Oppenhoff (1985), S. 147, 159 f. [III 2] – aber: wer vorher (Partei-) Anwalt war, kann selbstredend nicht Schiedsrichter sein! (OLG Hamburg JZ 1956, 226 – erg.: NJW 1959, 375 re. Sp.), schon gar nicht zeitgleich (hier a.A. noch RGZ 126, 380, 381/382).

¹⁶⁵ Veraltet die Umschau bei M. L. Smith, Arb. Int. 6:4 (1990), 320 (gleichwohl weiterhin lesenswert: S. 320–322 [I] iVm. S. 340–342 [VII]); siehe informativ zudem einerseits Carter, Am. Rev. Int. Arb. 11 (2000), 295 [CON], andererseits Branson, U. Dayton L. Rev. 30:1 (2004/2005), 1 [PRO – „not the three monkeys“ ...], ferner z. B. Brower, Arb. Int. 29:1 (2003), 7 [PRO].

¹⁶⁶ American Arbitration Association: Commercial Arbitration Rules vom 01.10.2013 – R 13 (b) iVm. R 18 (b): „... unless the parties have specifically

tal – hier jedoch die CoI-Guideline der IBA¹⁶⁷) bzw. verlangt zumindest inzwischen ausdrücklich erklärten Parteikonsens¹⁶⁸. Indem sich dann beide „parteiischen“ Schiedsrichter neutralisieren, stimme letztthin das Ergebnis wieder. Dies zielt freilich darauf jeweils „tit for tat“ die Besetzung zu betreiben, um Nachteile zu vermeiden, hat sicher den Vorzug des „freimütigen“ offenen Bekenntnisses, wäre m. E. aber nicht Ausweg, sondern „Kapitulation“.

Wenn man also die deutsche Betrachtungsweise hochhält, dann muss man wohl nolens volens akzeptieren, dass Missbräuche ganz grundsätzlich nicht auszuschließen sind. Dies ist oft so: Freiheit ermöglicht reziprok letztlich notwendigerweise ebenfalls zweckwidrige Ausnutzung. Zwei Gesichtspunkte lassen mich dies Risiko vernachlässigen. Erstens ist wichtig die *sachliche* Unabhängigkeit, so dass es auf persönliche Ernennung und persönliche Entlohnung nicht wirklich entscheidend ankommen kann!¹⁶⁹ Zweitens ist Neutralität die Normalität, nicht etwa nur singularär erzielbare, glückliche Ausnahme. Dagegen bestehen effektive Hilfsmittel, schiedsintern (vgl. § 1036 Abs. 2 ZPO: Ablehnungsrecht)¹⁷⁰ sowie vor allem schiedsextern (arg. § 1036 Abs. 1 ZPO: Aufklärungslast). Die Nichtkundgabe offenbarungspflichtiger Nähebeziehung (*disrespect of disclosure*) macht persönlich im Nachhinein ersatzpflichtig¹⁷¹. Das ist ein durchaus schar-

agreed ... that the party-appointed arbitrators are to be non-neutral ...“ bzw. The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes vom 01.03.2004 – Canon X: „Exemptions for arbitrators appointed by one party who are not subject to rules of neutrality“.

¹⁶⁷ International Bar Association: Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration vom 23.10.2014 – Standard 5a: „These Guidelines apply equally to tribunal chairs, sole arbitrators and co-arbitrators howsoever appointed.“ – ergänzend mit Erklärung 5a – dazu allg. etwa *Voser/Petti*, Bull. ASA 33:1 (2015), 6.

¹⁶⁸ Wegen Einzelheiten siehe *Born*, ICA II (2. Aufl. 2014), S. 1815 ff.: „the better approach ..., subject to limits“ (S. 1816), insbes. S. 1818–1820. Ältere Sicht darauf bei *Schlosser*, ZZP 93 (1980), 121, 135 ff. [A II 3] u. *E. Bucher*, FG Kummer (1980), S. 599, 601 ff. [II 2].

¹⁶⁹ *Habscheid*, NJW 1962, 5, 9 [III 1a/c], BGHZ 65, 59, 63 f., insbes. S. 63/64 [I 2a] – a.A. *F. Franzen*, NJW 1986, 299 f. [I 1]. Ersteres bloß beim Beisitzer, letzteres auch beim Vorsitzter. Statthaft ist später dann allein die *beidseits* vereinbarte (nicht aber die *einseitig* deklarierte!), sog. „konsensuale“ Abberufung, vgl. § 1039 Abs. 1 S. 1, Var. 3 ZPO.

¹⁷⁰ In jenem Sinne zu verstehen: BGHZ 98, 70, 75–77 [II 7] (siehe oben bei Fn. 148).

¹⁷¹ OGH [AT] ZfRV 1998, 259, 262; Stein/Jonas/Schlosser § 1036 ZPO Rn. 69

fes Schwert, möglicherweise auch Schiedsrichtern oftmals etwas (zu) wenig bekannt...

VI. Schlusswort

(Handels-) Schiedsgerichtsbarkeit hat viele Vorzüge – letztlich indes genauso viele Gesichter. Die „freie Wahl“ impliziert (wie regelmäßig) die „harte Qual“, richtig zu wählen! Die Ergebnisse der Untersuchung münden in zehn inhaltliche Thesen:

- 1. Schiedsgerichtsbarkeit ist rechtsverbindliche *private* Streitentscheidung auf einer freiwilligen Basis (§§ 1025 ff. ZPO) – und zwar in sehr verschiedenartiger organisatorischer Form. Sie ist strukturell grundlegend abzugrenzen [II] von Schlichtungsversuchen, völkerrechtlichen Schiedsgerichten und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (ICSID – aber z. B. auch „TTIP/CETA“) und auch von staatlicherseits verordneten „Schieds“-Instanzen. Die Erörterung ist beschränkt auf ebenjene „bürgerlich-rechtlichen“ Gerichte (Verbraucher-/Wirtschaftsschiedsgerichte).
- 2. Über Vorteile (und Nachteile) zu rechten, verlangt Klarheit darüber, was Bezugsmaß ist – es geht um Verfahrensformen für Rechtsdurchsetzung! Nun kann man weder sagen, dass das deutsche Justizsystem schlecht aufgestellt sei, genauso wenig wie etwa das amerikanische, englische, französische etc. Aber weltweit verglichen bestehen doch unbestreitbarerweise sicher hier und da manche Qualitätsunterschiede. Vor allem ein schlechter staatsgerichtlicher „Gegenpart“ wirbt dann „völlig von selbst“ für eine Wahl von Schiedsgerichten als Alternativforum [I].
- 3. Schiedsgerichte bieten sehr häufig Effizienzgewinne [III 1], insbesondere bei Betrachtung des Zeitaufwands bis zum Verfahrensende. Zwar muss man erst die reguläre Konstituierung des Schiedsgerichts bewerkstelligen (§§ 1034 ff. ZPO), dafür entfällt im Gegenzug meist aber der staatsseitige Instanzenzug (und demgemäß die doppelte „Wiederholung“). Die vielfachen verfahrensmäßigen Spielräume (Ziff. 5) sollten dabei indes in jener *einen* In-

– davor schützt § 839 Abs. 2 BGB (analog) nämlich nicht: Stein/Jonas/Schlosser, vor § 1025 ZPO Rn. 31.

stanz auch schiedsseite ganz bewusst ausgenutzt werden. Hingegen dürfte Geldersparnis selten sein, letztlich erhält die Schiedspartei jedoch den Status des „Privatpatienten“.

- 4. Schiedsverfahren ermöglichen Vertraulichkeit der Konfliktlösung [III 2], vor allem die Nichtöffentlichkeit der Verhandlung und Verkündung ist herauszustellen (in Kontrast zu § 169 S. 1 GVG). Dies sichert etwa Geschäftsgeheimnisse, Firmeninterna, Kalkulationsmargen etc. gegen regelmäßig drohende Publizität, bewahrt den Streit als solchen vor Fremden (innergesellschaftliche Auseinandersetzung) und begünstigt auch regelmäßig die gütliche („mediationsähnliche“) Einigung. Die grundsätzliche Nichtveröffentlichung des Schiedsspruchs kann dazuhin gezielt gewollt sein.
- 5. Schiedsverfahren eröffnen vielfache Flexibilitäten [III 3a/c], insbes. zur Gestaltung des Verfahrens (§ 1042 Abs. 3 ZPO): Prozesswahl, Ortswahl, Sprachwahl etc. Die Parteien können sich mithin eine passgenaue prozessuale „Maßkonfektion“ schneidern, die Art des (vorderhand nur erwarteten) Streitfalles wirkt wesensprägend – nicht anders herum! Hinzu treten weitere materielle Freiheiten, namentlich zur Rechtswahl, die Gestattung einer Entscheidung nach Billigkeit mit inbegriffen (§ 1051 ZPO).
- 6. Der ganz große Vorzug schiedsrichterlich geführter Streitentscheidung ist aber eine freie Besetzung der Richterbank [III 3b] – es fehlt an allen Zufallsfolgen, wie sie das Prinzip gesetzlichen Richters (§ 16 S. 2 GVG bzw. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) im Ansatz ja systemimmanent erzeugen *muss*. Fachkunde, Einsatzbereitschaft, Sachjudiz, Erfahrungswissen etc. gewinnen die Oberhand. Die gelungene autonome Richterwahl erscheint die Schlüsselstelle effektiven Schiedsverfahrens – im Guten wie im Bösen.
- 7. Schiedsrichter verspielen demgegenüber die Legitimität der Institution [V 3], wenn sie denn parteilich, voreingenommen, abhängig etc. einmal agieren würden. Die Parteiernennung des Schiedsrichters birgt *strukturell* immer aber die Fährnis eines solchen Einflussnahmeversuchs. *Rechtlich* gibt es zwar genügende Abwehrbehelfe (§§ 1032 Abs. 2, 1036/1037, 1059 ZPO), *praktisch* lassen sich jedoch derartige Perversionen leider nicht völlig ausschließen. Eine Differenzierung zwischen parteiernann-

tem Beisitzer und „vollneutralem“ Vorsitzter wäre nicht Ausweg, sondern „Kapitulation“.

- 8. Eine Reihe genannter anderer Nachteile [V 2] fällt aber weniger ins Gewicht als oftmals gescholten: Verbandsunterwerfungen müssen natürlich transparent *und* konsensual abgemacht werden; dass hier Präjudizproduktion und Rechtsfortbildung etwas leiden, sei zugestanden als Systemfolge („Einmalgericht“, Vertraulichkeit), stimmt aber nicht mehr völlig; für Mehrparteienverfahren, Prozesskostenhilfe und einstweiligen Rechtsschutz scheinen staatliche Gerichte im Ansatz allerdings die wohl prozessual einfachere Wahl. – Zu bewerten ist außerdem, ob die vielen Vorzüge überhaupt *konkret* nützen [V 1].
- 9. Internationale (Handels-) Schiedsverfahren („Seeelefanten“) genießen das Privileg des Monopols [IV]: Sie lösen die Verhandlungsblockade konträr „heimwärtsstrebender“ Parteien; sie „umgehen“ das Problem hoheitlich abzuwickelnder Zustellung, sie verschaffen dem Schiedsspruch nahezu weltweite Beachtlichkeit (UNÜ), und sie sorgen gemeinhin für Ausgleich im Wechselspiel divergierender Prozessrechte („Choosing the Best of Both Worlds“ – Offenheit für den Kompromiss). Das schafft ergänzende Vorzüge gegenüber nationalen Schiedsverfahren („Landelefanten“).
- 10. Schiedsgerichtsbarkeit ist keinesfalls ein Universalinstrument effektiver Konfliktlösung, sondern anzuwenden im Einzelfall, unter Abwägung aller Umstände. Ihre chamäleonhafte Anpassungsfähigkeit gründet auf enormen privatautonomen Gestaltungsfreiräumen. Es gibt am Ende nicht also „die“ Schiedsgerichtsbarkeit und ebenso wenig „das“ Schiedsverfahren – es gibt nur die Wahl, welche jeweilig die Parteien treffen. Die vielen Vorzüge kommen (nur) zum Tragen, wenn sie denn die Parteien konkret nutzen und in der jeweiligen Situation die rechte Gestaltungsform finden¹⁷².

Die zunehmend abschätzige Bewertung von Schiedsgerichten ist polemisierend und undifferenziert. Deswegen zum Abschluss noch ein Wort

¹⁷² Ganz ähnlich auch *Ochmann*, GRUR 1993, 255, 259/260 mit „Checkliste“ auf S. 260 li. Sp.

zur gegenwärtigen Generaldebatte – und wider das heute oft praktizierte sog. *arbitration bashing*¹⁷³.

Die grundlegende Novellierung des Schiedsverfahrensrechts 1998 war beseelt vom Glauben, einen anderen strukturellen Vorteil damit zu heben: Ziel war es erklärtermaßen, die Zugkraft zu steigern, um nationale Staatsjustiz zu entlasten¹⁷⁴ (neuzeitlich also *outsourcing*). Das kommt nur recht versteckt im Vorblatt des Entwurfs zum Ausdruck, bei Beschreibung von Zielsetzung [A] und Lösungsansatz [B]. Es heißt konkret¹⁷⁵:

[A] „Ferner bietet es [scil. das neue Recht] einen Anreiz, auch bei nationalen Streitigkeiten verstärkt von der Schiedsgerichtsbarkeit Gebrauch zu machen und damit die staatlichen Gerichte zu entlasten.“

[B] „... bewirkt eine zügige, die staatliche Justiz entlastende Durchführung von Schiedsverfahren und trägt dazu bei, das Ansehen der Schiedsgerichtsbarkeit als Alternative zur staatlichen Justiz zu stärken.“

Wie es die Mediation „niederschwellig“, aber flächendeckend, ansteuert, so ist es die Schiedsgerichtsbarkeit im relativ „hochpreisigen“ Segment, mit der offenbar vermehrt nun die staatliche „Justizdienstleistung“ wetteifert. Das Bild ist sicherlich trügerisch verzerrend („Masse“/„Klasse“). Dies scheint allerdings fast gewollt. Letztendlich wäre aber beunruhigend, wenn Rechtspflege dann beidseits vom Rand her erodierte.

„Justitia verzieht sich ins Hinterzimmer“¹⁷⁶, das Menetekel der „Privatization of the Justice System“¹⁷⁷, Rechtsprechung statt im Namen des Volkes „im Namen des Geldes“¹⁷⁸ etc. etc. – das alles geht gegen die Schiedsgerichtsbarkeit. Aber passte es nicht doch

¹⁷³ Dagegen die Polemik bei *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265: „Wehrt Euch endlich!“.

¹⁷⁴ Inzwischen wird allerdings – genau anders herum – ein deutlicher Rückgang der Fallzahlen gemessen: *Graf-Schlicker*, AnwBl 2014, 573 („Der Zivilprozess vor dem Aus?“); *Chr. Wolf*, NJW 2015, 1656 („Wandel der Streitkultur in Zahlen“).

¹⁷⁵ BT-Drs. 13/5274 S. 1 – dazuhin en passant S. 35 re. Sp. [§ 1030 {8}] u. S. 38 re. Sp. [§ 1032 {5}], klar hierzu auch *Hirsch*, SchiedsVZ 2003, 49, 50 u. *K. Lionnet*, FS Sandrock (2000), S. 603, 608 [III]; *Lachmann*, AnwBl 1999, 241 li. Sp. [1].

¹⁷⁶ Wirtschaftswoche Nr. 17/2013 S. 48.

¹⁷⁷ New York Times (01.11.2015).

¹⁷⁸ Die Zeit Nr. 10/2014 S. 15.

ebenso gut auf Mediation? Während Schiedsgerichte allemal rechtlich fest verankert sind, *materiell*, aber – entsprechend den Parteiabreden – auch *prozessual*, erfolgt Mediation (schlussendlich per definitionem) weithin rechtsfrei. Hier scheint weitaus eher angezeigt, Schwächere zu beschützen und offenkundigen Gefahren gegenzulenken¹⁷⁹. Handelsschiedsgerichtsbarkeit, und insbesondere die internationale, ist seit jeher schon erste Wahl für wissende, informierte Parteien – nur praktisch zu verstehen als ein *opt out* aus der Gewähr staatlicher Justiz, niemals aus Rechtsprechung als solcher!

¹⁷⁹ Sehr krit. dazu R. Stürner, ZZP 127 (2014), 271, 316 ff. [D III 4], insbes. S. 319–322 („Lockvogelangebot“ [S. 320]); H. Roth, JZ 2013, 637, 641 ff. [IV–VI] („Paralleluniversum“: S. 644 [VII]), Limpert, NJW-Editorial 15/2015 („Juralight“-Verfahren“). Instrukтив auch Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation [VV 95] (2013), S. 48 ff. u. 97 ff. Eher hypothetisch bloß G. Wagner, DRiZ 2015, 264 f. [II/III].