

FRANCESCA MAZZA

Schiedsgerichtsbarkeit jenseits des Staates

„*Arbitration is a duty, not a career.*“ Diese lapidare Feststellung eines der *godfathers* der modernen internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit wird von *Yves Dezalay* und *Bryan Garth* in ihrer Untersuchung „*Dealing in Virtue*“ zitiert. Der Satz ist nicht so alt, wie er vielleicht klingt. Er stammt nur aus den 90er Jahren.

Der Satz ist meines Erachtens ein Schlüssel zum Verständnis der Grundlagen und der heutigen Kritik an der Schiedsgerichtsbarkeit als Streitbeilegungsmechanismus „jenseits des Staates“ oder als „private Justiz“. Ein Schlüssel zum Verständnis der Kritik ist der Satz nicht deswegen, weil er passt, sondern weil er auf fast groteske Weise nicht passt zur heutigen Realität.

Ich möchte diesem Zitat eines gegenüberstellen, das von einem anderen international renommierten Schiedsrichter stammt, der zu dem Zeitpunkt des Zitats der Gruppe der *rising stars* angehörte. Der Jüngere hat ungefähr zu derselben Zeit (genauer gesagt: zehn Jahre vorher) eine ganz andere Einschätzung über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit abgegeben:

Once the delightful discipline of a handful of academic aficionados, somewhere on the fringes of private international law, it has become a matter of serious concern for great numbers of professionals determined to master a process because it is essential to their business. They labour, but not for love.

Ich glaube, es ist nicht zu viel gesagt, wenn man von einem Kulturwandel spricht, der hier zum Ausdruck kommt. Auslöser dürfte wohl der immense Anstieg an Fällen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit sein, der durch die globale Vernetzung der Wirtschaft verursacht wurde. Dieser durch einen Anstieg der Massen ausgelöste Kulturwandel lässt sich mit Worten, die ich mir von *Max Weber* ausleihe, als ein „*Prozess der Veralltäglichung des Charismas durch Anpassung an die Bedingungen der Wirtschaft*“ beschreiben. Die Quintessenz lautet: Wird eine charismatische Beziehung zu einem Dauerverhältnis, ändert sie ihren außeralltäglichen Charakter und wird zu traditioneller – oder in unserem Fall – zu rationalisierter, legaler Herrschaft.

Der Titel unserer Tagung lautet: „Schiedsgerichtsbarkeit und private Justiz als rechtspolitische Herausforderung.“ Ich möchte meine These dazu gleich zu Beginn äußern: Die rechtspolitische Herausforderung, vor der wir stehen, ist, den Gefahren dieser Veralltäglichung der Schiedsgerichtsbarkeit entgegenzuwirken,

ohne eine Überverrechtlichung des Prozesses und seiner Rahmenbedingungen herbeizuführen. Denn die Daseinsberechtigung der Schiedsgerichtsbarkeit ist gerade die Flexibilität und die Anpassungsfähigkeit und die größte Gefahr ist, wenn sie sich zu einer Art *offshore litigation* entwickelt oder wenn die notwendige Flexibilität durch den Staat genommen wird.

Ich möchte diese These anhand von drei Beobachtungen zum Funktionieren der internationalen Streitbeilegung von Wirtschaftsstreitigkeiten erläutern, um dann am Ende einen Blick in die Zukunft zu wagen.

Die Beobachtungen, kurz und knapp zusammengefasst, sind: Es gibt ein grundsätzliches Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaft und Recht, in dem, leider vielleicht, die Wirtschaft in der Regel den Ton angibt.

Die zweite Beobachtung: Die verschiedenen Formen der Streitbeilegung für Wirtschaftsstreitigkeiten – staatlich und privat – sind nicht, wie es in der Regel geschieht, antagonistisch, sondern ganzheitlich und als System zu betrachten.

Und die dritte Beobachtung: Die nationale und die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit sind nicht so unterschiedlich, wie viele behaupten. Es ist dasselbe Spiel, manchmal vielleicht in einer unterschiedlichen Liga. Ich möchte versuchen, das näher zu erläutern.

Zu der ersten Bemerkung: Es gibt ein Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaft und Recht, in dem die Wirtschaft in der Regel den Ton angibt. Die Wirtschaft hat ein Interesse daran, einen flexiblen und anpassungsfähigen Streitbeilegungsmechanismus zu nutzen, weil die Wirtschaft schnelllebig ist als das Recht. Und weil ein maßgeschneiderter Prozess ebenso wie ein maßgeschneiderter Anzug einfach besser passt. Die Unternehmen können sich Schiedsrichter mit spezifischer Expertise aussuchen und einsetzen. Die Unternehmen haben das Geld, sich die Zeit dieser hochqualifizierten und hochspezialisierten Schiedsrichter einzukaufen. Vielleicht erhoffen sich die Unternehmen eben auch, dass das Schiedsgericht für die Bedürfnisse der Wirtschaft eine gewisse Offenheit zeigt. Das ist, jedenfalls solange sich zwei Unternehmen gegenüberstehen, auch nicht verwerflich. Probleme entstehen möglicherweise dann, wenn die öffentliche Hand an einer Wirtschaftsstreitigkeit beteiligt ist. Aber das ist nicht Thema meines Vortrags. Der amerikanische Autor *Jerold Auerbach* hat die Bedürfnisse der Wirtschaft in einer kurzen Abhandlung mit dem Titel „*Justice without Law*“ angerissen. Er schreibt kurz und knapp:

Informed business experts were deemed superior to ignorant judges and juries. They saw conflict as a hindrance to commerce, and moved quickly to settle their disputes. Disputes not only disrupted business but, when litigated in public, invited the intrusion of outsiders into private business practices.

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist sicherlich besonders gut geeignet für die Bedürfnisse der Wirtschaft. Es ist aber nicht die einzige Möglichkeit. Über das allgemeine Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaft und Recht hinaus gibt es ein weiteres, spezifischeres Spannungsverhältnis zwischen den Akteuren in Wirtschaft und Recht. Stark vereinfacht denke ich insbesondere an Unternehmen, die abstrakt ein

Partikularinteresse an einer Kontrolle über den Streitbelegungsprozess haben und die Rechtsanwälte, die wiederum abstrakt ein Partikularinteresse an einer Erweiterung ihrer Mandate haben.

Diese Interessen stehen sich nicht zwingend widerstreitend gegenüber, aber sie haben eine gewisse – wenn man das so nennen kann – Schleuderkraft. Dies kann zum einen dazu führen, dass sich die Schiedsgerichtsbarkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit annähert. Ein Prozess, der in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit als „*judicialization of arbitration*“ bezeichnet wird, also eine Erweiterung des Prozesses um Elemente, die eigentlich typisch für die staatliche Gerichtsbarkeit in dem einen oder anderen Land sind. Zum anderen kann das aber auch dazu führen, dass sich Mechanismen innerhalb der staatlichen Justiz entwickeln und sie sich den privaten Mechanismen annähern. Beides sind Kompromisslösungen und sind damit, wie jede Kompromisslösung, der Gefahr der Instabilität ausgesetzt. Und ich glaube, in einem solchen instabilen Gleichgewicht befindet sich die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit im Moment.

Bevor ich zu der zweiten Beobachtung übergehe, möchte ich noch einen Gedanken einführen, nämlich, dass die internationalen Wirtschaftsanwälte an der Schnittstelle zwischen Recht und Wirtschaft agieren. Sie haben also eine besonders wichtige Rolle. Sie müssen einen Spagat machen, ihren eigenen auch, aber bei weitem nicht nur, finanziellen Interessen als Jurist nachzugehen und die Interessen ihrer Mandanten der Unternehmen, die meist von einer anderen Logik angetrieben sind, wahrzunehmen und zu verfolgen. Das ist alles andere als leicht.

Zur zweiten Beobachtung: Die verschiedenen Formen der Streitbeilegung für Wirtschaftsstreitigkeiten sind nicht antagonistisch, sondern ganzheitlich und als System zu betrachten. Diese Aussage könnte allein und für sich genommen Thema einer ganzen Tagung sein. Ich möchte mich daher nur auf ganz kurze Bemerkungen, Einblicke und Aussagen beschränken. Wie ich gerade schon erwähnt habe, gibt es grundsätzlich, in dem Widerstreit der Interessen, verschiedene Möglichkeiten, wie sich die Streitbeilegung entwickeln kann. Private Mechanismen könnten sich den staatlichen annähern und umgekehrt. Wenn man die verschiedenen Formen als ein System betrachtet, dann gibt es rechtsvergleichend verschiedene Grundmodelle in diesem Zusammenhang. In der Literatur findet man den Begriff der *delegated justice*, diese ist durch eine stärkere Präsenz der staatlichen Gerichte im privaten Mechanismus gekennzeichnet. Es gibt das Konzept der *parallel justice*, in der der Staat den rechtlichen Grundstock zur Verfügung stellt und sich auf zurückhaltende Supervisionsfunktionen beschränkt. Hier wird dann stärker auf Selbstregulierung vertraut. In Ländern, in denen die Justiz nicht gut funktioniert, wird eine strikte Trennung zwischen staatlicher Justiz und der privaten Justiz befürwortet. Ich persönlich finde weder den Begriff *delegated justice* noch das Konzept oder den Begriff der *parallel justice* geeignet. Ich würde wie Herr Pfeiffer mehr von einer Komplementärfunktion sprechen. Die Thematik ist komplex. Wie soll man das Verhältnis ausgestalten? Wir haben gerade gehört, dass jedenfalls hier, in Deutschland, die Verfassung keine strengen Vorgaben dazu macht. Wichtig aber

erscheint mir festzuhalten, dass man das als ein ganzheitliches System betrachten muss, das sich wechselseitig ergänzt und nicht den Wettbewerb und den Widerstreit betont. Die Kräfteverhältnisse werden sich ständig verschieben.

Zur dritten Beobachtung: Die nationale und internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit sind nicht so unterschiedlich, wie viele behaupten. Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist ganz sicher nicht nur eine einfache Verlängerung der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Gleichzeitig erscheint mir aber die strikte Trennung zwischen nationaler und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit überbetont. Aus meiner Sicht lassen sich die Felder nicht trennen. Sie lassen sich auch nicht verstehen, wenn man sie isoliert betrachtet. Auch die Spitzenleute in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit haben eine nationale Verankerung, die sie nicht ablegen können. Und es ist genau diese nationale Verankerung, die die Qualität ihrer Arbeit sichert. Was die *truly internationals* kennzeichnet, würde ich sagen, ist eine größere Offenheit für die nationalen Eigenheiten anderer Traditionen. Dies wiederum trägt zur Steigerung der Attraktivität der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit für die Unternehmen bei. Die Schiedsgerichtsbarkeit wird so zu einem *melting pot* für verschiedene Traditionen. Auch wenn die nationale und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit manchmal vielleicht in verschiedenen Ligen spielen, bleibt das Spiel und bleiben die Grundregeln gleich. Und gerade weil die Grundregel für beide die Flexibilität und damit die größtmögliche Abwesenheit von starren vorgegebenen Regelungen ist, sieht es eben im Ergebnis manchmal anders aus.

Ich möchte jetzt den Blick in die Zukunft wagen. Ich glaube, wir sind uns alle einig, dass die Schiedsgerichtsbarkeit im Moment im Kreuzfeuer der Kritik steht. Sicherlich die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, hierzulande auch die Sportschiedsgerichtsbarkeit. Oft werden diese Formen vermengt mit der Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Es werden viele Fragen gestellt an die Institution der Schiedsgerichtsbarkeit. Die Fragen werden aufgeworfen und sie müssen beantwortet werden. Wir haben ein Handlungsumfeld, das sich in den letzten 10 bis 20 Jahren deutlich verändert hat. In der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit gilt meines Erachtens ganz deutlich, dass die *lingua franca* der Stil der Großkanzleien geworden ist. Inzwischen hat sich der Bereich soweit fortentwickelt, dass es auch kleine Boutiquekanzleien gibt, die in demselben Stil arbeiten können und es auch tun. Eine weitere Rahmenbedingung, die sich im Handlungsumfeld geändert hat, ist, dass sicherlich mehr Einheit, Abstimmung und Kooperation zwischen den Staaten stattfindet oder dies globaler stattfindet, als es noch zu Zeiten des Kalten Krieges zum Beispiel üblich war. Es gibt also auch mehr Möglichkeiten für die staatliche Streitbeilegung, sich den privaten Mechanismen anzupassen. Noch etwas hat sich aus meiner Sicht in dem Handlungsumfeld geändert. Paradoxerweise hat die Internationalisierung auch dazu geführt, dass sich die Schiedsgerichtsbarkeit dem Staat wieder mehr angenähert hat. Jetzt haben wir hier gerade wieder eine Kehrtwende und gerade auch durch die Politik sicherlich auch in den Medien eine ganz deutliche Entfernung von der Schiedsgerichtsbarkeit. Ich glaube

aber, dass sich die Zukunft der auch internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit über eine Fortentwicklung der vielen nationalen Schiedsgerichtsbarkeiten weiterentwickeln wird. Das wäre ganz anders, als sich der Boom der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit entwickelt hat. Es wäre eigentlich genau der umgekehrte Weg.

Rechtspolitische Herausforderungen oder Handlungsmaximen müssen meines Erachtens folgende sein:

- Die Erhaltung staatlicher und privater Mechanismen als komplementäre Teile eines ganzheitlichen Systems. Ganz wichtig erscheint mir dabei die Unabhängigkeit der Institutionen, die die Schiedsgerichtsbarkeit verwalten, die sogenannten *dispute resolution providers*.
- Und als zweite Maxime: die Kontinuität und Konstanz. Damit meine ich, dass die Flexibilität des Prozesses beibehalten werden muss. Damit einher gehen allerdings auch Handlungsmaximen für die Akteure, seien es die Schiedsrichter, die Parteivertreter, die Institution. Angesichts dessen, was ich vorhin Schleuderkraft genannt habe, der antreibenden, manchmal wiederstreitenden, manchmal nicht widerstreitenden Interessen, muss die Integrität in den Vordergrund der Selbstregulierung gestellt werden. Dies gilt für jeden Einzelnen und für die Gruppe.
- Der Staat sollte meines Erachtens die Selbstregulierung unterstützen und die *arbitration community* muss gelebte Integrität als Wert in den Vordergrund stellen, nicht die Regulierung aller Einzelheiten durch *soft law* und *guidelines* und *codes*.

Für die Schiedsinstitution oder für die Vertreter einer Schiedsinstitution heißt das als Handlungsmaxime, dass wir das Bewusstsein haben müssen, bei allem, was wir tun in dem Bereich: Wir verwalten Gerechtigkeit. Unsere Hauptaufgabe ist es, Qualität und Integrität zu sichern. Nur wenn beides gesichert ist, können wir langfristig national und international das Vertrauen in die Institution der Schiedsgerichtsbarkeit aufrechterhalten. Die Gefahren einer solchen Selbstregulierung sind evident. Ich bin nicht naiv. Sie kann nur funktionieren, wenn sie als Handlungsmaxime von allen Akteuren beachtet wird.

Ich möchte ein schönes Beispiel gescheiterter Selbstregulierung nennen. Ich hoffe, Sie haben Verständnis dafür, dass wir ein Beispiel aus der Fußballwelt und nicht aus der Schiedswelt nehmen. Der Nationalspieler aus Uruguay *Suárez* ist bekannt dafür, dass er gelegentlich seine Gegner beißt. Ein solches Fehlverhalten wird von der Fußballwelt auch mit kürzeren und längeren Sperren sanktioniert. Dennoch hat dieser Spieler nach wiederholtem Zubeißen – genauer gesagt, ganz kurz nachdem er bei der letzten WM den italienischen Spieler *Chiellini* gebissen hatte – von einem renommierten Fußballclub ein Vertragsangebot mit einer immens hohen Ablösesumme von 95 Millionen Euro bekommen. Das Absurde ist nun, dass in dem Vertrag, der mit ihm geschlossen wurde, eine *no-bite clause* enthalten sein soll, die scharfe Konsequenzen für ein solches Fehlverhalten vorsieht.

Ich habe den Vertrag nicht gesehen und ich weiß nicht, ob das stimmt. Ich kann mich nur auf die Presseberichte dazu stützen. Aber wenn es stimmt, dann ist es verkehrte Welt. Die einzige gesunde Reaktion auf ein solches grobes Fehlverhalten wäre, dass ein solcher Spieler auf dem Markt keine Chance mehr hat. Das ist, wenn es stimmt, ein Paradebeispiel für eine gescheiterte Selbstregulierung. Solche Fehler müssen wir um jeden Preis vermeiden. Das ist tatsächlich eine Herausforderung, vor der wir stehen. Vielleicht keine rechtspolitische Herausforderung, aber definitiv eine ganz reale.