

PETER F. SCHLOSSER

Die Arbeit am 10. Buch der ZPO

Ich beginne mit einer anscheinend etwas weit hergeholtten Episode: 1981 wurde in der „Declaration of Algier“ die Grundlage für das „Iran-US Claims Tribunal“ geschaffen. Das spezifisch darauf bezogene Dokument heißt: „Claims Settlement Declaration“. Dort ist eingangs gesagt, es werde ein „international *arbitral tribunal*“ gegründet¹. Der somit ins Leben gerufene Entscheidungskörper entbehrt aber aller Merkmale eines Schiedsgerichts. Die Parteien begründen seine Zuständigkeit keinesfalls durch eine Vereinbarung, sondern sind an dieses „tribunal“ als die einzige ihnen zur Verfügung stehende Instanz gebunden. Die Parteien haben auch keinerlei Einfluss auf die Auswahl der Schiedsrichter. Es wurde sogar angeordnet, dass alle vor amerikanischen Gerichten hängigen Verfahren an dieses tribunal abgegeben werden. Es war auch kein förmliches US-Bundesgesetz, das diese weitgehende Regelung verbindlich gemacht hat. Die innerstaatliche Umsetzung geschah vielmehr durch eine Präsidialanordnung von Ronald Reagan auf der Grundlage des International Emergency Economic Power Act von 1977.

Ich erwähne dies alles, weil es für das damalige schiedsgerichtsfreundliche Klima in der Welt charakteristisch ist. Ein staatsnah klingender anderer Entscheidungskörper als ein „Schiedsgericht“ war in der weltweiten Stimmung, vor allem in der angespannten Atmosphäre zwischen dem Iran und den USA, nicht denkbar.

Dieses Klima hatte sich auch in anderen vielfältigen Erscheinungen niedergeschlagen. Ich greife nur zwei davon heraus.

Zu der damaligen Zeit war das UNCITRAL Model Law von 1985 entstanden, das ja die in großen Teilen übernommene Vorlage für das neue 10. Buch der ZPO geworden ist. In dessen Art. 5 heißt es in der englischen Sprachfassung wörtlich:

In matters governed by this law, no court shall *intervene* except where so provided by this law.

Eine Einschaltung der staatlichen Gerichte in schiedsrichterlichen Rechtsmaterien wurde absichtlich als „Intervention“ hingestellt, also als etwas, dem die Konnotation eines unerwünschten Einmischens in eine dem Einmischer verschlossene Angelegenheit eigen ist.

¹ Vielfach abgedruckt, z.B. in 1 Iran-US Claims Tribunal Report 3 ff.

Zum anderen überboten sich die nationalen Gerichte und Schiedsrechtsexperten ständig in der Betonung, zu was für einem „schiedsfreundlichen“ Land sie gehörten. Unter Führung des US Supreme Court² wiederholten die US-Gerichte ständig das Postulat vom „pro arbitration bias“ dass die staatlichen Stellen, vor allem die Gerichte, obwalten lassen müssten.

Das war also das weltweite politische Klima, in das das neue 10. Buch der ZPO hineingeboren werden sollte. Ich greife drei Aspekte heraus, in denen das neue deutsche Recht durch diesen Hintergrund geprägt worden ist:

1. Die Abschaffung der angeblichen „magna carta“ des alten deutschen Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit;
2. die Liberalisierung der objektiven Schiedsfähigkeit;
3. die Ersetzung des Schiedsvergleichs durch den Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut.

Als besonders eigenständiges Charakteristikum des neuen deutschen Rechts kam – viertens – hinzu:

4. die Garantie der rechtzeitigen Klärung von Zuständigkeitszweifeln bezüglich Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Ziviljustiz.

I. Die Abschaffung der angeblichen magna carta des alten deutschen Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit

In § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. stand:

Der Schiedsvertrag ist unwirksam, wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zu seinem Abschluss oder zur Annahme von Bedingungen zu *nötigen, die ihr im Verfahren, insbesondere hinsichtlich der Ernennung oder Ablehnung von Schiedsrichtern ein Übergewicht über den anderen Teil einräumen.*

Manche bezeichneten diese Norm als „magna carta“ des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit. Eine entsprechende Vorschrift fehlt im neuen Recht. Viele konnten dies nicht glauben und suchten verzweifelt, ob sich die Wiederholung dieser „magna carta“ nicht irgendwo an versteckter Stelle doch wiederfand. Wir haben aber diese Art von „magna carta“ tatsächlich abgeschafft.

² Grundlegend: Mitsubishi Motors Corp. (Japan) vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. (U.S.) 105 Supreme Court Reports (1985) 3346 = XI Yearbook Commercial Arbitration (1986) 555, 557: „... any doubts concerning the scope of arbitral issues should be resolved in favor of arbitration ...“. Die im Text gebrauchte Formulierung wörtlich in: Becker Autoradio USA Inc. v. Becker Autoradiowerk GmbH, 3rd Cir v. 12.07.1978, 585 F. 2nd 39 = V Yearbook Commercial Arbitration (1980) 272; Rhone Méditerranée Comp. Francese et.al. v. Achille Lauro et al., 3rd Cir Cir v. 06.07.1983, 712 F. 2nd (1983) 50 = IX Yearbook Commercial Arbitration (1983) 474; Pemargo v. Sedco 5th Cir. v. 12.08.1985 767 F. 2d 1140 = XII Yearbook Commercial Arbitration (1986) 539.

Einmal haben wir sie ersetzt durch die „maxima carta“. Nach § 1034 Abs. 2 hat jede Partei einen Anspruch darauf, dass das Schiedsgericht nicht durch den überwiegenden Einfluss der anderen Partei besetzt wird. Dies ist aber – und darin liegt die Steigerung von der „magna carta“ zur „maxima carta“ – unabhängig davon, ob eine überlegene wirtschaftliche oder soziale Stellung ausgenutzt wurde, um die Zustimmung der schwächeren Partei zu erreichen. Die Regel gilt unabhängig von Druck oder Zwang, dem eine der Parteien durch die andere ausgesetzt wird. Es war vor allem das Schweizerische Bundesgericht, welches diese Sicht der Dinge schon vor Jahrzehnten entwickelt hatte³. Allerdings muss die sich benachteiligt fühlende Partei ihre Unterlegenheit rechtzeitig geltend machen. Sie kann nicht spekulieren, ob sie im Schiedsverfahren Recht erhält und dann, falls nicht, die unzulässige Zusammensetzung des Schiedsgerichts rügen.

Es bleibt der Fall, dass eine Verhandlungspartei das Ansinnen, sich auf eine Schiedsklausel als solche einzulassen, schon für unzumutbar hält. So hat man insbesondere bei Sportverbänden geltend gemacht, wenn diese die Wettkampfteilnahme vom Abschluss einer Schiedsvereinbarung abhängig machten, sei die Freiwilligkeit der Unterwerfung unter schiedsgerichtliche Zuständigkeit nicht mehr freiwillig. Auch ein Monopolverband als Vertragspartner genießt aber im Grunde Vertragsfreiheit. Diese mag zwar stärker eingeschränkt sein als bei Verhandlungspartnern ohne Monopolcharakter oder sonstiger Überlegenheit. Aber die Akzeptanz nicht anstößiger Vertragsbedingungen kann auch der Monopolist verlangen⁴. Eine den normalen Integritätsanforderungen entsprechende Schiedsklausel ist aber nicht per se anstößig. Wenn andere Vertragsbedingungen als Schiedsklauseln vom Verhandlungspartner des Monopolisten übernommen werden, weil dieser zum Vertragsschluss ohne diese Klausel nicht bereit ist, sieht auch niemand die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses missachtet. Es besteht kein Grund, eine inhaltlich unanstößige Schiedsklausel anders zu behandeln.

Die neue „maxima carta“ besteht also darin, dass jeder potentielle Vertragspartner verlangen kann, der Vertragsschluss müsse von der Akzeptanz einer inhaltlich sonst zulässigen Schiedsklausel abhängig gemacht werden.

II. Die Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit

Mit dem Begriff „sonst zulässig“ bin ich schon bei der objektiven Schiedsfähigkeit angelangt. In § 1030 ZPO n.F. heißt es kurz und bündig:

Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein.

³ Beginnend mit BGE 84 I 39, 205 (1958). Näheres in Stein/Jonas/Schlosser, Kommentar zur ZPO 23. Aufl., 2014, § 1034 Rn. 5.

⁴ Dazu näher Schlosser SchiedsVZ 2015, 257, 263.

Dies war eine Lösung von der materiell-rechtlichen Überfremdung des früheren Rechts, welches in § 1025 Abs. 2 ZPO verlangte, dass eine Schiedsvereinbarung sich auf einen „Gegenstand“ bezieht, über den die Parteien berechtigt sind, einen Vergleich zu schließen. Wir übernahmen die neue Lösung aus dem schweizerischen Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, das eine nahezu wörtlich gleichlautende Regel enthält (Art. 177 IPRG). Allerdings gibt es ohnehin wenige vermögensrechtliche Ansprüche, die nicht vergleichsfähig wären. Ein Beispiel wären etwa Unterhaltsansprüche unter Verwandten, § 1614 BGB.

Die politische Brisanz der neuen Formel liegt bei kartellrechtlichen Normen. Wenn solche inmitten lagen, konnten nach dem früheren § 91 GWB keine Schiedsklauseln wegen künftiger Ansprüche geschlossen werden. Das Bundeskartellamt hing verbissen an dieser Regelung. Erst ein persönliches Gespräch des damaligen Bundesjustizministers mit dem Wirtschaftsminister brachte den Durchbruch. Die alte Vorschrift war ohnehin auf horizontale Kartellvereinbarungen zugeschnitten, auf die der damals aufrüttelnde Aufsatz von *Heinrich Kronstein* „Arbitration is Power“ gemünzt war⁵. In der damaligen und heutigen Schiedsgerichtspraxis ging und geht es aber, wenn es schon zu gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Streitigkeiten kommt, ausschließlich um vertikale Wettbewerbsabsprachen, etwa in Vertriebsverträgen aller Art, vor allem in Franchising-Verträgen. Dann macht die sich dadurch begünstigt fühlende Partei auch regelmäßig von der Waffe des Kartellrechts Gebrauch. Schiedsgerichte sind gegenüber der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften keinen Deut zurückhaltender als mit der Anwendung anderer zwingender Vorschriften des Wirtschaftsrechts.

Jetzt steht wohl auch fest, dass nur grobe Verstöße gegen zwingendes Kartellrecht einen Schiedsspruch aus ordre-public-Gesichtspunkten aufhebbar machen. Die „Eco Swiss“-Entscheidung des EuGH⁶ ist zwar gelegentlich so interpretiert worden, dass ein schiedsgerichtlicher Fehlgang mit dem europäischen Wettbewerbsrecht immer einem Verstoß gegen den ordre public gleichzusetzen sei. Neuerdings aber hat der EuGH im Zusammenhang mit ausländischen Urteilen entschieden, sie seien nicht zwingend immer ordre-public-widrig, wenn das europäische Kartellrecht nicht hinreichend beachtet wurde, sondern nur bei groben Fehlern⁷. Es gibt keinen Grund, warum dies bei Schiedsgerichten nicht auch gelten sollte. Damit steht auch die Richtigkeit der Rechtsprechung der französischen Gerichte⁸ fest, dass der fehlerhafte Umgang mit dem Kartellrecht nur dann schädlich ist, wenn er „flagrant, effectif et concret“ ist.

Allerdings kam die große Enttäuschung hinterher. Die Schweizer haben ihre eigene Courage abgelegt und für innerschweizerische Verhältnisse in ihrer neuen

⁵ Vgl. *Heinrich Kronstein*, *Arbitration is Power*, 8 N.Y.U. L. Rev. (1963) 661.

⁶ *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Int'l*, C-126/97, NJW 1999, 3549.

⁷ *Diageo Brands BV v. Simiramida-04 EOOD*, C-681/13 v. 16.97.2015, RIW 2015, 605.

⁸ Cour de Cassation v. 02.06.2008 *Sté SNFC v. Sté Cyttec Industries BV*, Revue de l'arbitrage 2008, 473. Einzelheiten s. in Stein/Jonas/Schlosser, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl. (2014) Anh. § 1061 Rn 349).

ZPO (Art. 354) gesagt, dass Gegenstand einer Schiedsvereinbarung nur ein Anspruch sein kann, über den die Parteien frei verfügen können. Die Schweizer haben also glatt das wieder aufgegriffen, was wir aufgrund einer rechtspolitischen schweizerischen Pionierleistung für überwunden glaubten.

III. Der Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut

Im dritten Punkt kann ich mich relativ kurz fassen. Einmal übernahmen wir insoweit nur die Vorgabe aus dem UNCITRAL Model Law. Zum anderen gab es den Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut in der Praxis schon längere Zeit. Der Grund hierfür war, dass Schiedsvergleiche nicht international anererkennungsfähig und vollstreckbar waren. Ohne besondere Rechtsgrundlage wich die internationale Schiedspraxis daher dahin aus, einen Schiedsspruch mit vereinbartem Inhalt zu erlassen. Unsere Entscheidung ist zwar auf ideologische Kritik gestoßen.⁹ Es könne doch nicht sein, dass durch Privatvereinbarung ein der formellen und materiellen Rechtskraft fähiger Titel geschaffen werde. Aber einmal gibt es dergleichen beim Anerkenntnis- und Verzichtsurteil auch schon seit Langem. Zum anderen ist nie auch nur der Versuch gemacht worden, zu erläutern, warum der genannte dogmatische Gesichtspunkt den rechtspraktischen Vorteilen einer rechtskräftigen Entscheidung mit vereinbartem Inhalt entgegenstehen soll. Der unschätzbare rechtspraktische Vorteil besteht darin, dass die Endentscheidung nicht mehr den bekannten Anfälligkeiten eines gerichtlichen Vergleichs mit seiner Doppelnatur ausgesetzt ist. Es kann nicht mehr geltend gemacht werden, die Schlussentscheidung sei mangels wirksamer Einigung der Parteien unwirksam. Das war Teil unseres Grundbestrebens, für die Parteien möglichst rechtzeitig verbindlich klare Verhältnisse zu schaffen.

Damit bin ich beim vierten und letzten Punkt meiner „speech“ angelangt.

IV. Das Recht auf rasche Klärung von Zuständigkeitsunsicherheiten

In Gestalt von § 1032 Abs. 2 brachten wir eine sehr bedeutsame Neuerung in das Recht der Schiedsgerichtsbarkeit. Er lautet:

Bei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden.

Damit sollte sichergestellt werden, dass eine Partei rechtzeitig Klarheit erreichen kann, ob sie an eine Schiedsvereinbarung gebunden ist oder nicht. Sonst müsste sie, wie bisher, auf gut Glück jenes Entscheidungsgremium anrufen, von

⁹ Der Verfasser bittet um Verständnis, dass er sich nur noch an mündliche Kritik erinnert.

dem sie glaubt, es sei zuständig, etwa das staatliche Gericht mit einer negativen Feststellungsklage zur Sache selbst¹⁰. Sie müsste mit dem Damoklesschwert über sich leben, dass die Entscheidung dann schließlich deshalb nicht ergehen kann bzw. nicht anerkannt wird, weil sie den falschen Entscheidungskörper angerufen hat. Wir entwickelten einen Rechtsbehelf, mittels dessen eine Partei sogleich für Klarheit sorgen kann, dies aber auch rechtzeitig tun muss, nämlich bis zur „Bildung“ des Schiedsgerichts, also bevor sie Spekulationen darüber anstellen kann, ob ihr das Schiedsgericht gewogen ist oder nicht.

Wir hatten in unserem Optimismus geglaubt, damit einen guten, im Sinne der Praxis liegenden Einfall gehabt zu haben, der zudem eine Chance auf internationales Willkommen haben würde. Jedoch wurde der Einfall bald als eine „Intervention“ der staatlichen Gerichte denunziert, der im Model Law nicht vorgesehen war. Vor allem aber ist er auf aggressive internationale Ablehnung deshalb gestoßen, weil er sich als Bollwerk gegen eine in Frankreich aufgekommene grässliche Ideologie entpuppt hat. Diese ist bekannt unter dem Stichwort „*effet négatif de la compétence-compétence*“. Deshalb wurde und wird das deutsche Recht ständig unterschwellig als wenig „schiedsfreundlich“ denunziert¹¹. Die Doktrin besagt Folgendes: Abgesehen von ganz eindeutigen Fällen des Fehlens einer wirksamen vertraglichen Grundlage für das Schiedsverfahren kann das staatliche Gericht auf die Einrede der Schiedsvereinbarung nicht deren Wirksamkeit oder Tragweite überprüfen. Vielmehr ist dies allein die Aufgabe „des“ Schiedsgerichts. Erst recht kann kein staatliches Gericht angerufen werden, um rechtzeitig Klarheit in der Zuständigkeitsfrage zu schaffen. Somit wird der Kläger, welcher die wirksame Grundlage eines vom Beklagten gewünschten Schiedsverfahrens leugnet, gezwungen, die kostspielige und zeitraubende Konstituierung des Schiedsgerichts mit dem Antrag zu betreiben, das konstituierte Schiedsgericht möge sich für inkompetent erklären. Kommt er beim Schiedsgericht damit nicht durch und erhebt der Schiedsbeklagte, wie zu erwarten, zur Sache selbst negative Feststellungsklage, so muss er warten, bis er gegen den ergehenden Schiedsspruch den vorgesehenen Aufhebungs-Rechtsbehelf ergreifen kann.

Ich bin durch diese Entwicklung erst recht stolz auf unsere Neuerung geworden, da sie auch als Bollwerk gegen ein Überschwappen dieser Entwicklung ins deutsche Recht tauglich ist, mag dies auch der unterschwelligen Denunzierung des deutschen Rechts als nicht „schiedsgerichtsfreundlich“ genug einen gewissen Auftrieb geben. Durchsichtig ist die Doktrin von dem „*effet négatif de la compétence-compétence*“ für jeden, der sich einen gewissen rechtssoziologischen Riecher bewahrt hat, deshalb, weil hinter der Idee der nicht offen zugegebene Wunsch steht: Wenn die Schiedsrichter und die Schiedsgerichtsinstitutionen ihr Geld verdient

¹⁰ Einen Rechtshängigkeitseinwand bei Schiedshängigkeit gibt es nicht.

¹¹ Im Einzelnen habe ich mich in Stein/Jonas/Schlosser a.a.O., § 1032 Rn. 18a mit dieser Ideologie auseinandergesetzt.

haben, dann kann man sich getrost darüber unterhalten, ob überhaupt ein wirksame vertragliche Grundlage für den Schiedsspruch existiert.

Meine Damen und Herren! Ich bin ans Ende gelangt. Ich habe mein Temperament nicht immer gezügelt. Ich hoffe, ich habe Ihnen deshalb nicht den Appetit für das jetzt Kommende verdorben.