THOMAS PFEIFFER

Funktion, Bedarf und Legitimität einer nicht-staatlichen Schiedsgerichtsbarkeit

I. Bestandsaufnahme

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist im Gespräch. Internationale Aufmerksamkeit hat beispielsweise eine gerade jüngst erschienene dreiteilige Artikelserie auf sich gezogen, die es im Herbst des vergangenen Jahres auf die Titelseite der New York Times gebracht hat.[1] Will man sich Funktion, Bedarf und Legitimität einer nicht-staatlichen Schiedsgerichtsbarkeit nähern, so bedarf es indessen zunächst einer sachlichen Bestandsaufnahme.

1. Rechtliche Bedeutung und Rahmen

Rechtlich bewegt man sich dabei auf sicherem Grund. Die Schiedsgerichtsbarkeit handelt nicht im rechtsfreien Raum, sondern ist im deutschen Recht durch das 10. Buch der Zivilprozessordnung gesetzlich umfassend verankert.[2] Insbesondere ordnet das Gesetz an:

---

[1] New York Times, 31.10.2015, Teil 1: Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice, http://www.nytimes.com/2015/11/01/business/dealbook/arbitration-everywhere-stacking-the-deck-of-justice.html; 01.11.2015, Teil 2: In Arbitration, a 'Privatization of the Justice System'; Teil 3: In Arbitration, a 'Privatization of the Justice System', sämtlich eingesehen am 25.11.2015; dazu z.B. Michael McIlwrath, Professionalizing Arbitration: A Response to the New York Times Articles on Privatizing Justice, im Kluwer Arbitration Blog vom 4.11.2015, http://kluwerarbitrationblog.com/2015/11/04/professionalizing-arbitration-a-response-to-the-new-york-times-articles-on-arbitration, 25.11.2015.

[2] S. etwa *Gerhard Wagner*, Die Schiedsgerichtbarkeit im Kreuzfeuer der Kritik, DRiZ 2015, 264, 265. – Zur verfassungsrechtlichen Verankerung der Schiedsgerichtsbarkeit nimmt dieser Beitrag nicht Stellung, da im Rahmen der Tagung hierfür ein eigenes Referat vorgesehen war. Allerdings sprechen überwiegende Gründe dafür, dass die Existenz und gegenwärtige Ausgestaltung der Schiedsgerichtsbarkeit verfassungsrechtlich akzeptabel und ein Kernbereich der Schiedsgerichtsbarkeit auch verfassungsrechtlich garantiert ist; zum Ganzen z.B. *Wilhelm Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970, S. 231 ff.; *Reinhold Geimer*, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, in: Peter Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz: Die Organisation der Rechtsberatung, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, 1994, S. 113; ferner etwa *Bianca Brach*, Die Verfassung als Grundlage und Grenze der Schiedsgerichtsbarkeit – Eine amerikanische Perspektive, 2012, S. 127–261; *Udo Steiner*, Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2013, 15; vgl. auch *Rolf*

- Die Parteien können durch privatschriftliche Vereinbarung für alle vermögensrechtlichen oder sonst ihrer Disposition unterliegenden Rechtsverhältnisse die Zuständigkeit eines privaten Schiedsgerichts begründen (§§ 1029–1031 ZPO).
- Die Einrede der Schiedsvereinbarung steht sodann der Durchführung eines staatlichen Gerichtsverfahrens entgegen, es sei denn, die Vereinbarung ist unwirksam oder das Schiedsverfahren ist undurchführbar (§ 1032 ZPO).
- Für das Verfahren gelten die Grundsätze der Gleichbehandlung der Parteien und des rechtlichen Gehörs. Im Übrigen bestimmen sich die Regeln des Verfahrens nach den Vereinbarungen der Parteien und dem Ermessen des Schiedsgerichts, sofern kein zwingendes Recht entgegensteht (§ 1042 ZPO).
- Der durch das Schiedsgericht erlassene Schiedsspruch hat unter den Parteien dieselben Wirkungen wie ein gerichtliches Urteil (§ 1055 ZPO).
- Gegen den Schiedsspruch kann Aufhebungsklage erhoben werden, wenn er unter bestimmten, sehr gravierenden Mängeln leidet (§ 1059 ZPO).
- Ist dies nicht der Fall, so kann ein in- oder ausländischer Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt und sodann aus dem Schiedsspruch die Zwangsvollstreckung betrieben werden.

All dies steht ausdrücklich im Gesetz und ist auch keine deutsche Erfindung.[3] Diese Regeln beruhen fast durchweg auf einem Modellgesetz der Vereinten Nationen[4], das nicht nur in Deutschland, sondern in fast identischer Weise in 71 weiteren Staaten übernommen wurde.[5] Auch außerhalb dieser sogenannten Model Law Staaten existiert ein Schiedsverfahrensrecht, das die Kompetenzen von Schiedsgerichten ebenso weit oder, wie in England oder Frankreich, in bestimmten zentralen Aspekten noch weiter fasst als das Model Law.

Völkerrechtlich hat sich Deutschland zur Anerkennung von Schiedsvereinbarungen sowie zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche verpflichtet. Grundlage hierfür ist das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, dem weltweit 156 Staaten angehören.[6] Das ist nicht nur die große Mehrheit der Staaten; es umfasst vielmehr ohne jede Ausnahme alle, mit denen wir in nennenswertem Umfang

---

Stürner, Verfassung und Zivilprozess, in: Wolfgang Grunsky/Manfred Wolf/Rolf Stürner/Gerhard Walter (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, 1981, 647, 656; außerdem *Thomas Pfeiffer*, Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Vollstreckung von Schiedssprüchen, in: Werner Ebke/Dirk Olzen/Otto Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried Elsing, 2015, S. 387; schließlich auch *Stephan Schill*, Öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren zwischen Risikobewältigung und Rechtsrisiko, DÖV 2010, 1013, 1016.

[3] Dies treffend herausstellend auch *Wagner*, DRiZ 2015, 264, 265.

[4] UNCITRAL-Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, Resolution der Vollversammlung der Vereinten Nationen 40/72 v. 11.12.1985; Änderungen angenommen durch Resolution der Vollversammlung der Vereinten Nationen 61/33 v. 18.12.2006

[5] S. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html, 08.02.2016.

[6] S. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, 08.02.2016.

Handel treiben. Und die für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit maßgebende ICSID-Konvention gilt ebenfalls weltweit, und zwar in 153 Staaten; acht weitere haben das Übereinkommen unterzeichnet.[7]

2. Rechtstatsächliche Bedeutung

a) Umfang schiedsgerichtlicher Streitentscheidung

In rechtstatsächlicher Hinsicht lassen sich exakte Zahlen zur Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit nur begrenzt ermitteln. Allerdings bestätigen alle bekannten Daten die Dominanz der Schiedsgerichtsbarkeit in großen, vor allem in großen internationalen Wirtschaftsstreitigkeiten.[8]

Rein zahlenmäßig findet zwar auch bei den internationalen Streitigkeiten die wohl größere Menge der Fälle ihren Weg vor die ordentlichen Gerichte. Die deutsche Justizstatistik des Jahres 2014 weist bei einer Gesamtzahl von 1.1 Mio. Zivilprozessen ca. 15 000 Fälle mit Beteiligung ausländischer Kläger und 11 000 Fälle mit Beteiligung ausländischer Beklagter aus.[9] Zum Gegenstand und zum Streitwert dieser Verfahren sind keine Zahlen publiziert. Allerdings ergibt sich aufgrund der umfangreichen Tätigkeit des Heidelberger Instituts für Auslandsrecht als neutraler Gutachter zum ausländischen Recht für deutsche Gerichte ein klares und verlässliches Bild dieser Fälle: Ihre große Mehrheit betrifft das Familien- und Erbrecht sowie Verkehrsunfälle deutscher Autofahrer im Ausland. Fälle aus dem internationalen Handels-und Wirtschaftsrecht sind vor staatlichen Gerichten deutlich seltener. Ihr Streitwert erreicht zudem nicht sonderlich häufig einen sechsstelligen Eurobetrag. Darüber hinausgehende Streitigkeiten sind noch seltener. Insbesondere die Teilnehmer des auf vertraglicher Grundlage sich vollziehenden grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs vertrauen ihre großen Streitigkeiten weit überwiegend der Schiedsgerichtsbarkeit an. Rechtsschutz im grenzüberschreitenden Handel ist daher weltweit, aber insbesondere für eine Exportnation wie Deutschland, ohne

[7] International Center for Settlement of Investment Dispute, Annual Report 2015, S. 9.

[8] Eine zusammenfassende Analyse der bis 2010 bekannten Daten findet sich bei *Hermann Hoffmann*, Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung? – Eine empirische Analyse zur Bedeutung staatlicher und privater Gerichtsbarkeit für den internationalen Handel, SchiedsVZ 2010, 96; s. ferner *Gralff-Peter Calliess*, Der Richter in Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß, Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag in Hannover, 2014, S. A 28 ff. Die statistischen Daten der Deutschen Institution für Schiedsgerichtbarkeit sind erhältlich unter http://www.dis-arb.de/de/39/content/statistik-id54, 18.11.2015, für die Jahre 2013 und 2014 danke ich der DIS-Generalsekretärin Frau Dr. Francesca Mazza für die vorzeitige Überlassung der Statistiken, die aber kein grundlegend anderes Bild ergeben. Die ICSID-Statistik weist für 2015 weltweit 50 neue Verfahren aus; Angaben zu den Streitwerten sind nicht ersichtlich. In der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit teilen das Tribunal und der Court of Arbitration for eine Zahl von 408 neu eingegangenen Verfahren für das Jahr 2013 mit. http://www.tas-cas.org/en/general-information/statistics.html, 19.11.2015. Zusammenfassend auch *Wagner*, DRiZ 2015, 264, 266.

[9] Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 Rechtspflege – Zivilgerichte 2014, erschienen am 16.11.2015, S. 30.

Schiedsgerichtsbarkeit jedenfalls rein tatsächlich derzeit nicht vorstellbar. Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit und die ihr gewidmete Aufmerksamkeit sind eher noch im Wachsen begriffen.[10]

b) Felder

Allerdings ist im Blick zu behalten, dass das Wirken privater Schiedsgerichte unterschiedliche Bereiche umfasst. Die bereits erwähnte Handelsschiedsgerichtsbarkeit betrifft nicht nur den Handel im engeren Sinne einer entgeltlichen Warenlieferung, sondern den gesamten Bereich der Wirtschaftstransaktionen und damit auch Felder wie den Anlagenbau, Post-M&A-Streitigkeiten oder Vertriebsverträge. Neben der Handelsschiedsgerichtsbarkeit sind zu nennen: die völkerrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit, zu der insbesondere auch die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zählt (obschon sie eine gewisse Nähe zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit aufweist), die Sportschiedsgerichtsbarkeit und – in Deutschland bislang eher von begrenzter Bedeutung, aber auch zunehmend – die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit. Diese Felder werden zwar in der Fachdiskussion, nicht aber in der politischen Diskussion, hinreichend unterschieden.

Eine scharfe Unterscheidung ist aber geboten.[11] Denn erstens sind die Gründe, warum Parteien ihre Streitigkeiten privaten Schiedsgerichten anvertrauen, in diesen vier Feldern in mancherlei Hinsicht sehr unterschiedlich. Zweitens betreffen auch die Bedenken, die gegenüber schiedsgerichtlicher Streitentscheidung geltend gemacht werden, diese verschiedenen Felder in höchst unterschiedlicher Weise.

II. Motive und Gründe für eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung

1. Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Motive und Gründe für eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung – für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit sind sie vielfach beschrieben worden[12], sollen aber auch hier in Erinnerung gerufen werden.

---

[10] Vgl. etwa *Karl-Heinz Böckstiegel*, Zu den gegenwärtigen Perspektiven der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in: Werner Ebke/Dirk Olzen/Otto Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried Elsing, 2015, S. 29 ff.

[11] Zutreffend etwa *Alexander Lorz/Maximilian Clasmeier*, From International Commercial to Investment Arbitration: A Long Journey and No Common End, in: Werner Ebke/Dirk Olzen/Otto Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried Elsing, 2015, S. 345; und *Rolf Winkler*, Der kleine große Unterschied zwischen dem Investitionsschutz durch Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP-Freihandelsabkommen einerseits und zivilrechtlichen Schiedsverfahren von Unternehmen andererseits, in: Reinhold Geimer/Athanassios Kaissis/Roderich Thümmel (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo – Festschrift für Rolf Schütze zum 80. Geburtstag, 2014, S. 739.

[12] Zusammenfassend z.B. *Robert von Mehren*, An International Arbitrator's Point of View, American Review of International Arbitration 10 (1999), p. 203; *Thomas Pfeiffer*, The contribution of arbitration to the harmonization of procedural laws in Europe, Unif. L. Rev. 2014, 1, 3 f.

Zunächst geht es um das Schiedsgericht und seine Besetzung. Die Parteien können Schiedsrichter persönlich auswählen; es besteht vielfach ein besonderes persönliches Vertrauen. Die fachliche Qualifikation der Schiedsrichter kann zielgerichtet nach Maßgabe der Anforderungen des Verfahrens ausgewählt werden.[13] Praktische Vorteile bestehen im Hinblick auf die Intensität der Befassung. Ein Schiedsgericht wendet im Vergleich zu einem staatlichen Gericht oft ein Vielfaches an Zeit für ein einzelnes Verfahren auf. Das ist kein Vorwurf gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit, weil ein staatliches Gericht angesichts der Geschäftsbelastung unserer Gerichte gar nicht den gleichen Zeitaufwand betreiben kann. Die Wahrheitssuche erfolgt in der Schiedsgerichtsbarkeit oft, aber natürlich nicht immer auch methodisch gründlicher; eine bohrende Zeugeneinvernahme ist im Schiedsverfahren viel eher möglich und üblich, ebenso wie ein Wortprotokoll, das es im staatlichen Gerichtsverfahren schlicht nicht gibt.[14]

Im Schiedsverfahren gibt es zudem meist keine zweite Instanz; ob das ein Vor- oder Nachteil ist, darüber mag man streiten. Allerdings ist ein wesentlicher Vorzug des Instanzenzugs in der staatlichen Gerichtsbarkeit vor einigen Jahren auch noch weggefallen, nämlich die Streitwertrevision und damit das garantierte Wächteramt des BGH bei höheren Streitwerten.[15] Auch deshalb wird die mit der Beschränkung auf eine Schiedsinstanz verbundene Beschleunigung wohl überwiegend als Vorteil empfunden.[16] Ob man heute, wie das früher angenommen wurde, insgesamt sagen kann, dass Schiedsverfahren schneller oder billiger als staatliche Gerichtsverfahren sind[17], erscheint zwar zweifelhaft. Die in Schiedsverfahren oft übliche Materialschlacht hat zu einer erheblichen Ausweitung von Aufwand und Kosten geführt.[18] Der Vergleich mit der staatlichen Gerichtsbarkeit ist aber ohnehin schwierig. Denn Aufwand und Kosten hängen in hohem Maße davon ab, ob sich ein Verfahren über eine oder drei Instanzen erstreckt.

Jedenfalls aber bieten Schiedsgerichte eine größere Verfahrensflexibilität, die sich etwa in der intensiveren Beteiligung der Parteien an der Verfahrensplanung

---

[13] *Nikolaus Pitkowitz*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Wettbewerb mit staatlicher Gerichtsbarkeit – Eine Analyse aus österreichischer Sicht, in: Christian Cascante/Andreas Spahlinger/Stephan Wilske (Hrsg.), Global Wisdom on Business Transactions, International Law and Dispute Resolution, Festschrift für Gerhard Wegen, 2015, S. 725, 729 f.

[14] *Hilmar Raeschke-Kessler*, Schiedsverfahren gegen die ordentliche Gerichtsbarkeit: Wie die Ziviljustiz stärken?, AnwBl 2015, 822, 824.

[15] Dezidiert und mit Recht kritisch *Raeschke-Kessler*, AnwBl 2015, 822.

[16] Etwa *Dolf Weber*, Für und Wider eine Berufungsinstanz im Schiedsverfahren, in: Rolf Schütze (Hrsg.), Einheit und Vielheit des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, 2002, S. 1445; *Wagner*, DRiZ 2015, 264, 267; aus österreichischer Sicht bejahend, falls Schnelligkeit gewünscht: *Pitkowitz*, FS Wegen, 725, 730 f.

[17] Für Österreich bejahend *Pitkowitz*, FS Wegen, 725, 729.

[18] Dazu z.B. *Roderich Thümmel*, Internationale Schiedsverfahren zwischen Effizienzanforderungen und zunehmender Komplexität, in: Reinhold Geimer/Rolf Schütze (Hrsg.), Recht ohne Grenzen – Festschrift für Athanassios Kaissis, 2012, S. 1027.

oder einer größeren Flexibilität der Beweiserhebung äußert.[19] Der Strengbeweis nach der ZPO ist für manche Verfahrenserfordernisse schlicht zu unbeweglich – Beispiele ließen sich nennen.[20]

Als großer Vorteil wird zudem die Nichtöffentlichkeit von Schiedsverfahren angesehen. Die Frage der Legitimität dieser Nichtöffentlichkeit bedarf gewiss noch besonderer Betrachtung. Dass Unternehmen es aber als herausragenden Vorteil ansehen, wenn Einzelheiten ihrer Streitigkeiten nicht in den Medien erscheinen, liegt auf der Hand.[21]

Diese Vorteile vervielfachen sich im grenzüberschreitenden Handel. Gemischtnationale Schiedsgerichte[22], hybride Verfahrensstrukturen auf halbem Weg zwischen Common Law und kontinentaleuropäischem Recht[23], bemerkenswert verbreitete internationale „Soft Law"-Regelwerke[24] sowie eine weithin anerkannte „best practice" der Führung internationaler Schiedsverfahren[25] sind Vorzüge, die eine staatliche Gerichtsbarkeit derzeit nicht bieten kann. Außerdem können die Parteien ihnen vertraute Anwälte beauftragen und eine neutrale Sprache wählen, die ihnen die aktive Teilnahme an mündlichen Verhandlungen ermöglicht[26]; die staatliche Justiz als Alternative spricht eben nur in den deutschsprachigen Ländern deutsch. Ein Prozess vor staatlichen Gerichten im Ausland schließt es schon sprachlich vielfach aus, dass eine Partei der Verhandlung folgen, geschweige denn aktiv an ihr teilnehmen kann.[27] Und hinzu kommt die bereits angesprochene nahezu weltweite Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen nach dem New Yorker Übereinkommen, die – im Rechtsverkehr mit bestimmten Staaten – einen essenti-

---

[19] *Pitkowitz*, FS Wegen, S. 725, 727.

[20] *Raeschke-Kessler*, AnwBl 2015, 822, 824.

[21] S. nur *Böckstiegel*, FS Elsing, S. 29, 35; *Pfeiffer*, Unif. L. Rev. 2014, 1, 3.

[22] *Pfeiffer*, Unif. L. Rev. 2014, 1, 9; *Pitkowitz*, FS Wegen, S. 725, 726 f.; *Wagner*, DRiZ 2015, 264, 265.

[23] Vgl. z.B. *Böckstiegel*, FS Elsing, S. 29, 36; *Pfeiffer*, Unif. L. Rev. 2014, 1, 10; *Siegfried Elsing*, Die Rezeption US-amerikanischen Rechts in der Schiedsgerichtsbarkeit: Entwicklung, Konvergenzen, Abwehrstrategien, in: Werner Ebke/Siegfried Elsing/Bernhard Großfeld/Gunther Kühne, Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts, 2011, S. 159.

[24] Vor allem zwei Regelwerke der International Bar Association: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration vom 23. Oktober 2014; IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration vom 29. Mai 2010.

[25] *Böckstiegel*, FS Elsing, S. 29, 36; *Raeschke-Kessler*, AnwBl 2015, 822, 824; s. auch *ders.*, Die Schiedsgerichtsbarkeit: ein Motor für internationales Verfahrensrecht, in: Birgit Bachmann/Dagmar Coester Waltjen/Burkhard Hess/Andreas Nelle/Christian Wolf (Hrsg.), Grenzüberschreitungen: Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit – Festschrift für Peter Schlosser, 2005, S. 713; zum Bestehen und zur Bedeutung dieser „best practice" etwa: *Karl-Heinz Böckstiegel*, Die Internationalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit, FS Schlosser, S. 49; *Thomas Pfeiffer*, The contribution of arbitration to the harmonization of procedural laws in Europe, Unif. L. Rev. 2014, 1; *Gerhard Wagner*, Europäisches Beweisrecht: Prozessrechtsharmonisierung durch Schiedsgerichte, ZEuP 9 (2001), 441; s. auch *Rolf Trittmann*, Basic Differences of the Continental and Common Law System and State Court Proceedings, in: Karl-Heinz Böckstiegel/Klaus-Peter Berger/Jens Bredow, Taking Evidence in Commercial Arbitration, 441, 457.

[26] *Wagner*, DRiZ 2015, 264, 265.

[27] *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265 269; *Wagner*, DRiZ 2015, 264, 265.

ellen Vorteil gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit begründet.[28] Anders gesagt: Es gibt weite Bereiche des internationalen Handels, in denen die staatliche Justiz einen effektiven, d.h. die mögliche Vollstreckung einschließenden Rechtsschutz nicht gewährleisten kann. Die Alternative heißt hier: Schiedsgerichtsbarkeit oder Rechtsverweigerung.[29]

2. Völkerrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit

In anderen Bereichen der Schiedsgerichtsbarkeit finden sich diese Vorteile teilweise ebenfalls; doch sind hier zusätzliche Triebkräfte zu berücksichtigen.

In der völkerrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit spielt die Souveränität eine herausragende Rolle. Meist geht es um die Rechtmäßigkeit der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt. Deren Überprüfung überlässt man nicht anderen Staaten und ihren Gerichten, sondern allenfalls neutralen Spruchkörpern – und die stehen vielfach nur in Form von Schiedsgerichten zur Verfügung. In der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit handelt es sich zwar regelmäßig um Auseinandersetzungen eines Investors mit einem Staat. Man kann also fragen, warum ausländische Investoren Bedenken haben sollten, sich der rechtsstaatlichen Justiz des Zielstaates zu stellen. Indessen gibt es investitionsschützende völkerrechtliche Vereinbarungen nur auf der Grundlage des Gegenseitigkeitsprinzips. Formuliert man es vereinfachend aus deutscher Perspektive, so heißt dies: Wenn Deutschland ausländischen Investoren den Gang vor Schiedsgerichte ermöglicht, beruht dies weniger darauf, dass wir unsere staatliche Justiz für unzumutbar halten – obschon Schiedsgerichte in internationaler Perspektive auch hier einen Neutralitätsvorteil haben können.[30] Deshalb handelt es sich auch weder um eine Beeinträchtigung des Zugangs zur Justiz noch um eine gleichheitswidrige Inländerdiskriminierung.[31] Vor allem jedoch wollen wir vermeiden, dass deutsche Investoren die Verletzung ihrer Rechte in dubiosen Verfahren vor sogenannten Gerichten von Rechtsverletzer-Staaten geltend machen müssen. Zur Sicherung eines fairen, neutralen Rechtsschutzes für deutsche Unternehmen im Ausland muss schiedsgerichtlicher Rechtsschutz offenstehen, und der ist nur in tatsächlicher Hinsicht erreichbar, wenn wir Gegenseitigkeit gewähren.[32]

---

[28] *G.-P. Calliess*, Gutachten DJT 2014, S. A29; *Pitkowitz*, FS Wegen, S. 725, 726.

[29] *Pfeiffer*, FS Elsing, S. 387, 397.

[30] Vgl. *Classen*, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2014, 611, 613, zu daraus resultierenden Standortvorteilen.

[31] A.A. *Axel Flessner*, TTIP und Verfassungsrecht, http://verfassungsblog.de/ttip-und-das-verfassungsrecht; *ders.*, TTIP und das deutsche Grundgesetz, http://www.vzhh.de/ernaehrung/370992/TTIP_und_Grundgesetz.pdf, 12.02.2016.

[32] *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 269.

3. Sportschiedsgerichtsbarkeit

In der Sportschiedsgerichtsbarkeit spielen zusätzliche sportspezifische Überlegungen eine Rolle. Erstens entscheidet der Sport über Wettkampfregeln privatautonom. Der Sport ist zwar an das geltende Recht gebunden und bildet keinen rechtsfreien Raum. Das ändert aber nichts daran, dass der Sport über Spiel- und Wettkampfregeln in den Grenzen des geltenden Rechts selbst entscheidet. Wie die Abseitsregel formuliert wird und anzuwenden ist, das entscheiden allein die Fußballverbände. Diese Regelautonomie lässt sich nur verwirklichen, wenn sie verfahrensrechtlich durch eine schiedsgerichtliche Entscheidungszuständigkeit im Streitfall flankiert wird. Zweitens, namentlich in Dopingverfahren, bedarf es aus Gründen unerlässlicher Wettkampfgleichheit eines weltweit gleichen Kontrollstandards. Dessen Durchsetzung wäre bei Zuständigkeit nationaler Gerichte in Staaten mit staatlich organisiertem, gefördertem oder toleriertem Doping von vornherein unerreichbar. Aber selbst im Hinblick auf Staaten mit verlässlicher, rechtsstaatlicher Justiz bleibt es eine Urerfahrung der Rechtsvergleichung, dass einheitliche Regeln zur Schaffung eines einheitlichen Standards nicht genügen. Ohne einheitlichen Streitentscheidungsmechanismus kann es keinen fairen sportlichen Wettbewerb geben.

4. Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit

Gänzlich anders liegt es in der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit; hier geht es im Kern um niedrigschwelliges Rechtsschutzangebot, das leichter und einfacher zugänglich ist als staatliche Gerichte in der ersten Instanz. Angesichts des gut ausgebauten Systems der Prozesskostenhilfe und der privaten Rechtsschutzversicherungen spielt das in Deutschland bisher nur eine begrenzte Rolle, darf aber in seiner Erleichterungsfunktion auch nicht verkannt werden. Zwar hat es auch den Versuch gegeben, das zwingende Verbraucherschutzniveau des deutschen Rechts in bestimmten Feldern durch Vereinbarung der Zuständigkeit eines im Ausland sitzenden Schiedsgerichts auszuhebeln. Dem haben die deutschen Gerichte aber einen Riegel vorgeschoben[33], so dass dies für unsere Diskussion keine besondere Rolle spielt.

[33] BGHZ 184, 365; BGH, NJW-RR 2011, 1287; BGH, RIW 2011, 406; BGH, NJW-RR 2011, 844; BGH, NJW-RR 2011, 1193; BGH, NJW-RR 2011, 548; BGH, RIW 2010, 885; BGH, NJW 1995, 1225; BGH, NJW 1987, 3193.

III. Herausforderungen

1. Überblick und Grundfragen

Trotz aller Vorzüge sieht sich die Schiedsgerichtsbarkeit bestimmten Einwänden ausgesetzt, die im Kern drei Fragenkreise betreffen, nämlich erstens die Frage nach der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit der Parteien beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen; zweitens geht es um die institutionellen Rahmenbedingungen von Schiedsverfahren, etwa die Auswahl der Schiedsrichter und die Nichtöffentlichkeit von Verfahren[34]; drittens wird behauptet, Schiedsgerichte verfolgten eine einseitig wirtschaftsnahe Entscheidungstendenz[35], die insbesondere zu Absenkung aller Standards in den Bereichen Verbraucherschutz, Gesundheitsschutz und Arbeitnehmerschutz führe.[36]

Diese Herausforderungen verlangen nach vier Vorbemerkungen. Einmal betreffen sie die verschiedenen Felder der Schiedsgerichtsbarkeit erneut in höchst unterschiedlicher Weise. Jede seriöse Diskussion muss zwischen diesen Feldern differenzieren. Zweitens ist vieles eine Frage der konkreten Alternative. Soweit die Tätigkeit von Schiedsgerichten der Notwendigkeit entspringt, Streitigkeiten durch einen international zusammengesetzten, neutralen Spruchkörper mit dem Ziel der Wahrung international gleicher Standards entscheiden zu lassen, besteht eine denkmögliche Alternative natürlich stets in der Einrichtung eines internationalen Gerichtshofs; in der realen Welt gelingt diese freilich höchst selten. Und andere Gründe für den Gang in die Schiedsgerichtsbarkeit kann diese Alternative nicht substituieren.[37] Drittens steht hinter solchen Thesen vielfach der politische, aber juristisch unfundierte Unmut von Staaten, die in solchen Verfahren ob ihrer Politik zu hohen Schadensersatzzahlungen verurteilt wurden.[38] Viertens findet sich in der öffentlichen Auseinandersetzung manche Polemik, etwa wenn von „Parallel-" oder „Schattenjustiz" „in Nobelhotels" die Rede ist.[39] Das richtet sich zum Teil selbst; soweit dahinter reale Argumente stehen, werde ich darauf eingehen.

---

[34] Etwa *Johanna Wolff*, Grenze der Heimlichkeit – Nicht-öffentliche Schiedsverfahren mit Beteiligung der öffentlichen Hand am Maßstab des Verfassungsrechts, NVwZ 2012, 205.

[35] Vgl. *Classen*, EuZW 2014, 611, 614.

[36] Referierender Überblick etwa bei *Wagner*, DRiZ 2015, 264.

[37] Dazu *Christian Duve/Karl Ömer Rösch*, Lösen internationale Gerichte die Schiedsgerichtsbarkeit ab, ZVglRWiss 114 (2015), 387.

[38] Angedeutet bei *Karl-Heinz Böckstiegel*, Aktuelle Probleme der Investitions-Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht eines Schiedsrichters, SchiedsVZ 2012, 113, 114.

[39] So selbst in der Wirtschaftswoche 2013, Heft 18.

2. Abschluss von Schiedsvereinbarungen

Im Einzelnen: Schiedsvereinbarungen setzen eine von rechtlich relevanten Willensmängeln freie Vereinbarung voraus. Was hierfür verlangt wird, hängt vom anwendbaren Vertragsrecht ab und erscheint insofern eher als vertragsrechtliches[40], denn als spezifisch verfahrensrechtliches Problem.[41] Die auf dem Willen der Parteien beruhende Schiedsvereinbarung bildet allerdings nicht nur – im Zusammenwirken mit den maßgebenden gesetzlichen Vorschriften[42] – die rechtliche Grundlage des Schiedsverfahrens, sondern zugleich eine zentrale Legitimitätsgrundlage. Sie ist Ausdruck des konsensualen Charakters der Schiedsgerichtsbarkeit und spiegelt sich in der im Rahmen des Gesetzes anerkannten Verfahrensautonomie der Parteien.[43] Die mangelnde Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen hat sich bisher jedenfalls in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit nicht als generelles Problem erwiesen. Wer hier nach Einschränkungen rufen wollte, müsste sich regelmäßig über einen expliziten Parteiwillen hinwegsetzen. Demgegenüber hat in der Sportschiedsgerichtsbarkeit insbesondere der Pechstein-Fall[44] die Frage aufgeworfen,

---

[40] OLG Düsseldorf, 12.07.2013, (Kart) 1/13 – juris (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, 05.06.2014, VII ZR 211/13 – juris); dazu auch die AGB-rechtlichen Überlegungen bei *Jürgen Samtleben*, „Sandwich und Salat" – Zur Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen, in Herbert Kronke/Karsten Thorn (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren – Festschrift für Bernd von Hoffmann, 2011, S. 1066; überwiegend von materiell-rechtlichen Fragen ausgehend z.B. auch *Christian Duve/Maximilian Sattler*, Schiedsvereinbarungen in Verbraucherverträgen, in: Christian Genzow/Barbara Grunewald/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen, 2010, S. 81; *Gerald Mäsch*, Schiedsabreden mit Verbrauchern, in: Katharina Hilbig/Lugani/Dominique Jakob/Gerald Mäsch/Philipp Reuß/Christoph Schmid (Hrsg.), Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 325; s. ferner *Winkler*, FS Schütze 80. Geburtstag, S. 529.

[41] Das gilt auch, soweit das Schiedsverfahrensrecht spezifische Anforderungen an das Zustandekommen von Schiedsvereinbarungen aufstellt, etwa das Erfordernis, dass diese hinreichend bestimmt sein müssen, dazu aus jüngerer Zeit z.B. LG Mönchengladbach, 01.10.2014, 6 O 18/13 – juris; nichts anderes gilt für das besondere verbraucherrechtliche Formerfordernis nach § 1031 Abs. 5 ZPO (vgl. BGH, NJW-RR 2011, 1287) oder den Umstand, dass bestimmte Inhalte nicht vereinbart werden können, s. OLG Frankfurt, SchiedsVZ 2013, 294, oder sich vertragsrechtliche Fragen im Kontext der anerkennungsrechtlichen Ordre public-Prüfung stellen.

[42] Dazu *Eugen Bucher*, Was macht den Schiedsrichter? – Abschied vom „Schiedsrichtervertrag – Und weiteres zu Prozessverträgen, Birgit Bachmann/Dagmar Coester Waltjen/Burkhard Hess/Andreas Nelle/Christian Wolf (Hrsg.), Grenzüberschreitungen: Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit – Festschrift für Peter Schlosser, 2005, S. 97, 112.

[43] Etwa *Karl-Heinz Böckstiegel*, Die Anerkennung der Parteiautonomie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: Reinhold Geimer (Hrsg.), Wege zur Globalisierung des Rechts – Festschrift für Rolf Schütze zu 65. Geburtstag, 1999, S. 141; ferner *Kinga Timár*, Party Autonomy in International Arbitration, in: Jürgen Stamm (Hrsg.), Festschrift für Helmut Rüßmann, 2013, S. 929, 939 f.

[44] Siehe zu dieser Problematik insgesamt: LG München I, SchiedsVZ 2014, 100; OLG München, BeckRS 2015, 02086; BGH, NJW 2016, 2266 (nach Vortrag und Manuskriptschluss); *Gerd Brandner/Roland Kläger*, Ein Sieg über (oder für) das System der Sportschiedsgerichtsbarkeit?, SchiedsVZ 2015, 112; *Christian Duve/Karl Ömer Rösch*, Der Fall Pechstein: Kein Startschuss für eine Neugestaltung der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2014, 216; *Ulrich Haas*, Internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit und EMRK, SchiedsVZ 2009, 73; *ders.*, Der Court of Arbitration for Sport im Spiegel der deutschen

ob eine Schiedsvereinbarung wirksam ist, die der Athlet abschließen muss, um an Wettkämpfen teilzunehmen. Auf der anderen Seite steht freilich, dass ein sportadäquater weltweiter Rechtsschutz nur im Rahmen eines schiedsgerichtlich ausgestalteten Systems denkbar ist. Die Frage scheint deshalb eher, ob der Court of Arbitration for Sports namentlich in Fällen einer Auseinandersetzung zwischen Athlet und Verband hinreichend neutral aufgestellt ist und – im Fall Pechstein – das konkrete Verfahren hinreichend fair war. Beides sind jedoch Sachprobleme, die im Rahmen einer Ordre Public-Prüfung zwar beantwortet werden müssen, deren Beantwortung zu unserer Grundsatzproblematik aber kaum beiträgt.

3. Nicht-Öffentlichkeit von Schiedsverfahren

Zur Nichtöffentlichkeit von Schiedsverfahren ist zunächst festzuhalten: Zu unterscheiden ist zwischen der nicht-öffentlichen Durchführung von Verhandlungen und der Pflicht, Verfahrensinhalte vertraulich zu behandeln, also Dritten hiervon keine Kenntnis zu geben. Schiedsverfahren sind nach deutschem Recht nicht-öffentlich, aber ihr Inhalt keineswegs vertraulich. Vertraulichkeit kann und muss vereinbart werden, wenn die Parteien sie wünschen.[45] Das ist nach dem Recht mancher Staaten anders, die schon kraft Gesetzes eine Vertraulichkeitsverpflichtung kennen.[46] Und selbstverständlich können die Parteien in allen Fällen etwas abweichendes vereinbaren.

Rechtsprechung, ZVglRWiss 114 (2015), 516; *Peter Heermann*, Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen in der Sportgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2014, 66; *ders.*, Zukunft der Sportschiedsgerichtsbarkeit sowie entsprechender Schiedsvereinbarungen im Lichte des Pechstein-Verfahrens sowie des § 11 RegE-AntiDopG, SchiedsVZ 2015, 78; *Tillmann Niedermaier*, Schiedsvereinbarungen im Bereich des organisierten Sports, SchiedsVZ 2014, 280; *Thomas Pfeiffer*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen, SchiedsVZ 2014, 161; *Annette Rombach*, The "Pechstein-judgment" of the OLG München: What does it mean for international sports and commercial arbitration?, SchiedsVZ 2015, 105; *Urs Scherrer/Remus Muresan/Karl Ludwig*, „Pechstein" ist kein „Bosman der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2015, 16; *Peter Schlosser*, Kompetenzfragen in der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2015, 257; ferner *Steiner*, SchiedsVZ 2013, 15.

[45] *Richard Kreindler/Jan Schäfer/Reinmar Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Rn. 299; *Klaus Lionnet/Annette Lionnet*, Handbuch der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, S. 451 ff.; *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 270 f.

[46] Die internationale Praxis ist nicht einheitlich: Vertraulichkeit verneinend in den Vereinigten Staaten: USA v. Panhandle Eastern Corp et al. U.S. v. Panhandle Eastern Corp., 118 F.R.D. 346, D.Del.,1988; für Schweden: Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. A.I. Trade Finance Inc., Schwedischer Högsta Domstolen, 27. Oktober 2000, T 1881–99; für Australien: *Esso/BHP v. Plowman and others*, 183 CLR 10, Australia High Court 1995; eine implizite Vertraulichkeitsvereinbarung wird dagegen anerkannt für das Vereinigte Königreich: *Dolling-Baker v. Merrett and another*, Court of Appeal [1990] 1 W.L.R. 1205; Frankreich: *G. Aïta v. A. Ojjeh*, Cour d'appel de Paris [1 Chambre suppl.], 18. Februar 1986, Revue de l'Arbitrage 1986, 583; rechtsvergleichender Überblick auch bei *Wolfgang Kühn/Ulrike Gantenberg*, Confidentiality in Arbitration, in: Katharina Hilbig/Lugani/Dominique Jakob/Gerald Mäsch/Philipp Reuß/Christoph Schmid (Hrsg.), Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 461; s. ferner *Winkler*, FS Schütze 80. Geburtstag, S. 739 ff.

Bei der Bewertung dieses Befunds ist erneut zwischen den einzelnen Bereichen der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterscheiden. In der Handelsschiedsgerichtsbarkeit scheint mir an dieser Rechtslage nichts Illegitimes, im Gegenteil. Soweit natürliche Personen beteiligt sind, gilt der verfassungsrechtliche Grundsatz, dass sie selbst bestimmen können, wer wann was über sie weiß. Auch bei Unternehmen ist außerhalb gesetzlicher Offenlegungspflichten grundsätzlich anerkannt, dass ihnen das Recht zusteht, über die öffentliche Zugänglichkeit ihrer Daten zu bestimmen. Der Konflikt zwischen den Parteien gehört den Parteien. Und solange sie ihn ohne staatliche Hilfe, etwa mittels eines privaten Schiedsgerichts, bereinigen können, wäre ein Öffentlichkeitszwang ohne Berechtigung.[47] Folgerichtig kommt die Öffentlichkeit zu ihrem Recht, wenn die Hilfe der öffentlichen Gewalt in Anspruch genommen wird. Wird vor einem staatlichen Gericht die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs beantragt, so gelten die Regeln über die Gerichtsöffentlichkeit.[48] Insofern ist das System wohl austariert, von einer Geheim- oder Schattenjustiz kann keine Rede sein.

Zwar entfaltet der Schiedsspruch auch ohne Vollstreckbarerklärung bereits die Rechtskraftwirkung des § 1055 ZPO und enthält insofern auch Elemente öffentlicher Autorität. Deshalb stellt jede Schiedsrichtertätigkeit zugleich die Ausübung eines Amtes dar.[49] Ihre rechtliche Grundlage ist daher sowohl die Schiedsvereinbarung als auch die Beleihung durch die kraft ihrer prozessrechtlichen Rechtsnatur öffentlich-rechtlich einzuordnenden Vorschriften des Schiedsverfahrensrechts.[50] Jedoch kann hieraus nicht der vereinfachende Schluss gezogen werden, dass „Gerichtsöffentlichkeit" für Schiedsverfahren angemessen oder gar rechtlich geboten wäre. Schon dem Ausgangspunkt nach entfaltet die Rechtskraft ihre Wirkung nur durch die Bindung und Präjudizialität für staatliche Stellen, insbesondere Gerichte. Sobald diese angerufen werden, gelten also auch insoweit die jeweils maßgeblichen Öffentlichkeitsregeln. Ohnehin macht der Staat sich mit der Anerkennung einer Rechtskraftwirkung von Schiedssprüchen und ihrer beschränkten rechtlichen Überprüfbarkeit durch staatliche Gerichte[51] gerade die Vorzüge einer privaten Streitentscheidung zunutze. Wollte man zwingend ähnliche Öffentlichkeitsregeln anwenden wie die staatliche Gerichtsbarkeit, wäre ein zentrales Element dieses staatlichen Regelungsziels ausgeschaltet. Zudem muss nicht jeder private Vorgang, der – wie beispielsweise ein privatrechtlicher Vertrag – mit den

[47] *Jörg Risse/Max Oehm*, Vertraulichkeit und Nicht-Öffentlichkeit von Schiedsverfahren, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 419.

[48] Das gilt auch für andere Fälle, in denen trotz Schiedsvereinbarung ein Gang vor die staatlichen Gerichte möglich oder geboten ist, s. *Tuğrul Ansay*, State Courts in Commercial Arbitration and Confidentiality, in: Katharina Hilbig/Lugani/Dominique Jakob/Gerald Mäsch/Philipp Reuß/Christoph Schmid (Hrsg.), Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 325; s ferner *Winkler*, FS Schütze 80. Geburtstag, S. 739, 746.

[49] *Bucher*, FS Schlosser, S. 97, 115.

[50] *Pfeiffer*, FS Elsing, S. 387, 388.

[51] S. oben unter I.1.

Mitteln des staatlichen Rechts mit Wirkungen ausgestattet wird, seinem Zustandekommen nach in der Öffentlichkeit stattfinden.

Anders kann die Interessenlage in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit oder sonst in Verfahren mit staatlicher Beteiligung liegen. Selbst wenn die Öffentlichkeit des Verfahrens gerade in politisch brisanten Verfahren nicht immer dem Interesse an einer effektiven Streitbeilegung dienen wird, steht hier eher ein berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit im Raum.[52] Allerdings werden Schiedssprüche in Investitionsschutzverfahren zum größeren Teil veröffentlicht.[53] Auch im Übrigen hat die Öffentlichkeit bei Investitionsschiedsverfahren typischerweise Zugang zu Informationen über Stand und einzelne Schritte des Verfahrens.[54] Und es ist eine Frage der Vertrags- oder Verfahrenspraxis der öffentlichen Hand, welches Maß an Öffentlichkeit sie vereinbart.[55]

Ein problematischer Nebeneffekt der mangelnden Veröffentlichung von Schiedssprüchen liegt freilich darin, dass bestimmte Rechtsgebiete, in denen die Verfahren überwiegend der Schiedsgerichtsbarkeit anvertraut werden, von einem sinnvollen öffentlichen Diskurs über die Fortentwicklung des materiellen Rechts weithin abgekoppelt sind.[56] Es ist kein guter Zustand, dass sich die deutsche Rechtsprechung zum Unternehmenskauf nahezu ausschließlich[57] aus Fällen speist, in denen es um Hotels[58], Gaststätten[59] oder Freiberuflerpraxen[60], jedenfalls um kleinere Unternehmen[61] geht. Die Frage ist freilich, welche Konsequenz man daraus zieht. Eine etwas großzügigere Praxis bei der Veröffentlichung von Schiedssprüchen, die sich zudem an die Praxis der anonymisierten Publikation von Ge-

---

[52] S. nur *Böckstiegel*, FS Elsing, S. 29, 35 f.; *Schill*, DÖV 2010, 1013, 1016.

[53] *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 271.

[54] S. nur *Böckstiegel*, FS Elsing, S. 29, 33. Nach Art. 3 und Art. 6 der UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (Resolution der Vollversammlung der vereinten Nationen 68/109 vom 16. December 2013) werden die wesentlichen Schriftsätze veröffentlicht, und mündliche Verhandlungen sind ebenfalls grundsätzlich öffentlich.

[55] Für ICSID-Verfahren gilt folgende Maßgabe: Art. 32 Abs. 2 der ICSID-Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings ermöglicht dem Schiedsgericht die Zulassung der Öffentlichkeit; die Parteien müssen dem widersprechen, was naturgemäß eine gewisse Hürde darstellt. Von der besagten Regel wird vielfach Gebrauch gemacht. Sie lautet: „*Unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal, to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements. The Tribunal shall for such cases establish procedures for the protection of proprietary or privileged information.*"

[56] *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 273 f.; *Wagner*, DRiZ 2015, 264, 267.

[57] Natürlich gibt es Ausnahmen, z.B. BGHZ 175, 123.

[58] Z.B. BGH, NJW 1992, 2564.; BGH, LM Nr 13 zu § 346 BGB.

[59] Z.B. BGH,WM 1993, 249; BGH, NJW 1990, 44; BGH, NJW 1988, 287; BGH, NJW 1988, 1668; BGH LM Nr. 251 zu § 242 BGB.

[60] Z.B. BGH, NJW 1989, 763.

[61] Typisch z.B. BGH, NZI 2015, 277: Übernahme einer insolventen Fladenbrotbäckerei; BGH, 10.05.2011, VIII ZR 241/10: Kaufpreis 200.000; BGH, NJW 1979, 33: Verkauf eines Gerüstbauunternehmens für 500 000 DM; atypisch: BGH, NJW 2015, 3447 (Einkleidung in Anwaltsregress).

richtsentscheidungen anlehnen könnte, wäre sicher nützlich.[62] Gegenüber einem Publikationszwang scheint mir ein Nachdenken über Wege zu einer größeren Attraktivität der staatlichen Justiz aber allemal vorzugswürdig.

4. Entscheidungstendenzen und Auswahl von Schiedsrichtern

Neben diese eher prozessualen und institutionellen Überlegungen tritt die Behauptung, Schiedsgerichte (und die typischerweise ausgewählten Schiedsrichter) bildeten eine weithin abgeschlossene Gruppe, die eine einseitig wirtschaftsfreundliche Entscheidungstendenz verfolge, die Aspekte des Verbraucher-, Gesundheits- und Arbeitnehmerschutzes, insgesamt also staatliche Regulierungsinteressen, hintanstelle.[63] Das wird in erster Linie gegenüber der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vorgebracht, steht aber auch hier auf schwacher Grundlage.[64] Es ist kein Fall bekannt, in dem Deutschland aufgrund eines national oder von der EU auf einem der genannten Gebiete neu eingeführten Standards zu Schadensersatzzahlungen verurteilt worden wäre. Der Umstand, dass Vattenfall gegenüber der Bundesrepublik Deutschland aufgrund des Atomausstiegs Investitionsschutzklage erhoben hat, besagt alleine nichts. Und die Erhebung der Klage kann man Vattenfall schwerlich verübeln oder gar verbieten.

Auch für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit wird allerdings eine zu wirtschaftsnahe und großunternehmensfreundliche Tendenz behauptet; zudem findet sich – mit etwas anderer Stoßrichtung, vor allem mit Blick auf die Handels- und Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit – die Sorge, durch eine rechtsferne Erledigung von Bagatellsachen durch Verbraucherstreitbeilegung und großer Verfahren in der Schiedsgerichtsbarkeit bleibe der staatlichen Justiz nur ein Zwischenbereich, was sich auf die ordnungspolitische Geltungskraft des Rechts langfristig nachteilig auswirken müsse.[65]

Diesen Thesen kommt eine rechtliche und außerrechtliche Bedeutung zu. Rechtlich gilt: Schiedsgerichte – unbeschadet ihrer gesetzlich anerkannten größeren Verfahrensautonomie (insbesondere § 1042 Abs. 4 ZPO[66]) und der ebenfalls gesetzlich (§ 1051 ZPO) anerkannten, weitergehenden kollisionsrechtlichen Par-

---

[62] *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 273 f.

[63] So selbst die EU-Kommission in ihrem „CONCEPT PAPER – Investment in TTIP and beyond – the path for reform – Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court", http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, 19.02.2016.

[64] Zusammenfassend etwa *Wagner*, DRiZ 2015, 264, 268.

[65] *Rolf Stürner*, Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, ZZP (127) 2014, 271, 330 f.

[66] Verfahrensrechtlich umfasst die Parteiautonomie aber noch weitere Bereiche und erstreckt sich etwa auf den Ausschluss des Rechtswegs zu den staatlichen Gerichten, die Bestimmung des Schiedsortes, die Festlegung von Verfahrensregeln und der Verfahrenssprache, die Zusammensetzung des Schiedsgerichts sowie die Dispositionsmaxime, s. etwa die Aufstellung bei *Timár*, FS Rüßmann, S. 929, 930.

teiautonomie[67] – an Gesetz und Recht gebunden.[68] Die Integrität der schiedsgerichtlichen Entscheidung nimmt einen hohen Rang ein, und es wird ihr dementsprechend auch praktisch ein hoher Rang beigemessen.[69] Für die Bildung von Schiedsgerichten gelten Mechanismen, die im Verhältnis der Parteien (auch im Verhältnis „groß" und „klein") ihre neutrale Zusammensetzung sichern.[70]

Ein Schiedsrichter unterliegt rechtlich denselben Anforderungen an seine Unbefangenheit wie ein staatlicher Richter[71]; die Regeln für die Offenlegung von Konflikten sind noch strenger als in der staatlichen Justiz und die dem Thema gewidmete Aufmerksamkeit sicherlich nicht geringer[72].

Der Mentalität nach ist die These, dass als Schiedsrichter Personen ausgewählt[73] werden, bei denen man besonderes wirtschaftliches Verständnis erwartet, vermutlich zutreffend. Insofern hat die behauptete größere Wirtschaftsfreundlichkeit – ihr Vorliegen einmal unterstellt – allerdings für die typischen Parteien von Verfahren in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit wohl eher Vorteile. Sie ändert zudem nichts daran, dass Schiedsgerichte auf der Grundlage des geltenden Rechts ent-

---

[67] Eingehend *Thomas Pfeiffer*, Internationales Vertragsrecht vor Schiedsgerichten – Zur Bedeutung der Rom I-Verordnung in der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Arbeitsgemeinschaft Internationaler Rechtsverkehr im Deutschen Anwaltverein (Hrsg.), Deutsches Recht im Wettbewerb – 20 Jahre transnationaler Dialog (Festschrift), S. 178; *Haimo Schack*, in: Reinhold Geimer/Athanassios Kaissis/Roderich Thümmel (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo – Festschrift für Rolf Schütze zum 80. Geburtstag, 2014, S. 511; s. z. B. ferner *Dieter Martiny*, Die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts durch das Schiedsgericht, in: Reinhold Geimer (Hrsg.), Wege zur Globalisierung des Rechts – Festschrift für Rolf Schütze zu 65. Geburtstag, 1999, S. 529; einschränkend – von einem Vorrang der römischen IPR-Verordnungen der EU ausgehend *Peter Mankowski*, § 1051 und die europäischen IPR-Verordnungen, in: Reinhold Geimer/Athanassios Kaissis/Roderich Thümmel (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo – Festschrift für Rolf Schütze zum 80. Geburtstag, 2014, S. 369.

[68] Etwa OLG München, SchiedsVZ 2005, 308; eine rechtliche Bindung an die Rechtsprechung des BGH besteht allerdings nicht; sie besteht freilich bei staatlichen Untergerichten (außerhalb von Rückverweisungskonstellationen) auch nicht, zum Ganzen *Klaus-Peter Berger*, Die (fehlende) Bindung des Schiedsrichters an die höchstrichterliche Rechtsprechung, in: Werner Ebke/Dirk Olzen/Otto Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried Elsing, 2015, S. 15.

[69] Rechtsvergleichender Überblick bei *Peter Schlosser*, Rechtsvergleichende Schlaglichter auf die BGH-Rechtsprechung zu Zentralfragen der rechtsstaatlichen Integrität der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier, 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, 2000, S. 399.

[70] *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 272. Zur Neutralität der administrierenden Institutionen *Hilmar Raeschke-Kessler*, Zur Neutralität der Schiedsinstitution am Beispiel der DIS, in: Reinhold Geimer/Athanassios Kaissis/Roderich Thümmel (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo – Festschrift für Rolf Schütze zum 80. Geburtstag, 2014, S. 457.

[71] *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 267.

[72] Überblick in internationaler Perspektive z. B. *Carl Baudenbacher*, The Independence and Impartiality of Arbitrators: Towards General Standards, in: Christian Cascante/Andreas Spahlinger/Stephan Wilske (Hrsg.), Global Wisdom on Business Transactions, International Law and Dispute Resolution, Festschrift für Gerhard Wegen, 2015, S. 575.

[73] *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 272. Zur Neutralität der administrierenden Institutionen *Hilmar Raeschke-Kessler*, Zur Neutralität der Schiedsinstitution am Beispiel der DIS, in: Reinhold Geimer/Athanassios Kaissis/Roderich Thümmel (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo – Festschrift für Rolf Schütze zum 80. Geburtstag, 2014, S. 457.

scheiden. Mit ihren besonderen Möglichkeiten entfalten Schiedsgerichte eine für das Wirtschaftsleben und damit für das Gemeinwohl höchst nützliche Komplementärfunktion[74]. Schließlich darf auch hier nicht vergessen werden, dass hinter der Aufgabenübertragung an die Schiedsgerichte eine gemeinsame freiwillige Entscheidung beider Parteien steht, für deren Verbot keine hinreichende Grundlage ersichtlich ist, zumal die staatlichen Organe stets über die Einhaltung der Grenzen des Ordre public wachen. Erneut sollte man eher fragen, was sich in der staatlichen Justiz ändern sollte, um mögliche Nachteile abzubauen.

Und schließlich verdient auch die These von der Schiedsszene als „closed shop" – von einzelnen Institutionen mit geschlossenen Schiedsrichterlisten abgesehen – eine Absage. Wie auf vielen Feldern, so gibt es zwar auch in der Schiedsgerichtsbarkeit eine Community, die einen ständigen Austausch über aktuelle und grundsätzliche Fragen pflegt und nach der „best practice"[75] sucht[76]. Um einen geschlossenen oder sich abschottenden Zirkel handelt es sich aber mitnichten[77]. Dies folgt heute auch aus der Pluralität der Akteure und den Unterschieden in ihrer Interessenlage.[78] Sieht man von einem überschaubaren Kreis von Nur-Schiedsrichtern ab, gehen Schiedsrichter zudem vielfach einem weiteren Beruf nach; und jedenfalls in Deutschland ist es zumindest verbreitet, dass auch in der Schiedsgerichtsbarkeit tätige Anwälte sich in nicht unerheblichem Maße anderen Feldern der Streitbeilegung widmen.[79] Und wer sich kontinuierlich, wahrnehmbar und qualifiziert mit Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit befasst, dem werden meist auch Schiedsverfahren angetragen.

---

[74] Zustimmend *Reinhard Gaier*, Nützliche Konkurrenz?, FAZ vom 24.02.2016, online unter http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-schiedsgerichte-nuetzliche-konkurrenz-14075395.html, eingesehen am 28.10.2016.

[75] *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 272. Zur Neutralität der administrierenden Institutionen *Hilmar Raeschke-Kessler*, Zur Neutralität der Schiedsinstitution am Beispiel der DIS, in: Reinhold Geimer/Athanassios Kaissis/Roderich Thümmel (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo – Festschrift für Rolf Schütze zum 80. Geburtstag, 2014, S. 457.

[76] *Yves Dezalay/Bryant G. Garth*, Dealing In Virtue: International Commercial Arbitration And The Construction Of A Transnational Legal Order 1996, S. 10; *Sophie Lalor-Harbord*, Singapore's Attorney-General calls for the arbitration community to self regulate, Singapore Arbitration Blog, posted 14 June 2102, http://singaporeinternationalarbitration.com/2012/06/14/singapores-attorney-general-calls-for-the-arbitration-community-to-self-regulate, 3 February 2014; *Michael Moser*, Commentary on Arbitration and Conciliation Concerning China, in Albert Jan van den Berg (ed.), New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, 2005, 89–98, at 98; International Bar Association, Introduction to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration of 22 May 2004, Introduction, para. 2 and 3.

[77] *Jörg Risse*, Von Arbitraliern… ein Gedicht und ein Versuch einer Interpretation, in: Werner Ebke/Dirk Olzen/Otto Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried Elsing, 2015, S. 453, 460, meint zwar, man gelange „nur schwer in den ‚inneren Kreis'", sieht aber den Vorteil einer ständigen gegenseitigen Kontrolle.

[78] Eingehend jüngst *Emmanuel Gaillard*, Sociologie de l'arbitrage international, Journal du droit international (Clunet) 2015, 1089.

[79] Vgl. auch *Pfeiffer*, Unif. L. Rev. 2014, 1, 4.

IV. Zusammenfassung und Bewertung

Eine zusammenfassende Bewertung muss zwei Fragen unterscheiden. Schon die Vertragsfreiheit ermöglicht den Parteien, sich im Rahmen des Rechts an die Entscheidung eines von ihnen ausgewählten neutralen Dritten zu binden. Solange keine staatliche Gewalt zur Durchsetzung dieser Entscheidungen in Anspruch genommen wird oder Rechte Dritter berührt sind, gibt es von vornherein keinen Grund, an der Legitimität solchen Vorgehens zu zweifeln. Im Gegenteil: es ist ersichtlich Ausdruck unserer unveräußerlichen Freiheitsrechte.

Die Schiedsgerichtsbarkeit geht nun in einem entscheidenden Punkt über die bloße vertragliche Bindung hinaus, weil wir Schiedssprüche mit den Mitteln des staatlichen Vollstreckungsrechts durchsetzen. Wie sich aber gezeigt hat, bestehen hierfür auf unterschiedlichen Feldern der Schiedsgerichtsbarkeit eigene Sachgründe. In übergreifender Perspektive kann man jedoch für alle Bereiche sagen: im internationalen Rechtsverkehr ist ohne Schiedsgerichte vielfach kein effektiver Rechtsschutz erreichbar. Im nationalen Rechtsverkehr sind es eher die nützliche Komplementärfunktion und die Einsicht, dass Zwangsverstaatlichung eines gut funktionierenden privaten Mechanismus nur selten etwas Gutes gebracht hat, die erklären, warum wir eine private Schiedsgerichtsbarkeit brauchen.