

NASSIM ESLAMI

Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
132*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht
Band 132

herausgegeben von
Rolf Stürner



Nassim Eslami

Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens

Mohr Siebeck

Nassim Eslami, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaft an der Leibniz Universität Hannover; Referendariat am OLG Celle; Promotionsstudium an der Leibniz Universität Hannover; seit 2010 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht der Leibniz Universität Hannover.

e-ISBN PDF 978-3-16-154744-7

ISBN 978-3-16-154713-3

ISSN 0722-7574 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover hat diese Arbeit am 5. Februar 2016 als Dissertation angenommen. Die Anfänge der Arbeit reichen in das Jahr 2012 zurück. Zu dem damaligen Zeitpunkt wurde die Nichtöffentlichkeit als im Grunde nicht weiter hinterfragter Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit betrachtet. Insbesondere die Diskussion um die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hat begonnen den Blickwinkel zu verschieben.

Nach Abschluss des Dissertationsverfahrens im Februar 2016 ist die Arbeit von Heiner Kahlert mit dem Titel „Vertraulichkeit im Schiedsverfahren“ erschienen. Auch wenn die Akzente unterschiedlich gesetzt sind, überschneiden sich die Untersuchungsgegenstände der beiden Arbeiten teilweise, auch ähneln sich die Ergebnisse zum Teil. Dies unterstreicht nur die Notwendigkeit den Öffentlichkeitsgrundsatz im Schiedsverfahren neu zu denken. Für die Druckfassung der Dissertation wurde die Arbeit von Kahlert nachträglich noch berücksichtigt. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Anfang Mai 2016.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christian Wolf, danke ich für sein Interesse am Thema, die Freiheit die er mir bei der Ausarbeitung beließ, die wertvollen Ratschläge, die er mir gab und die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Mein besonderer Dank gilt ihm auch für die fachliche und persönliche Förderung während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl und dem Institut für Prozess- und Anwaltsrecht. Herzlicher Dank gebührt auch Herrn Professor Dr. Christian Heinze für die beeindruckend schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Ferner danke ich Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Rolf Stürner für die Aufnahme in der Schriftenreihe „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“.

Für die fachliche und persönliche Unterstützung möchte ich Christoph Bauch, Joel Pingel, Karina Wojtowicz und Kerstin Minge danken. Mein besonderer Dank gilt Dagmar Feig für das mühsame Korrekturlesen.

Vor allem danke ich aber meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, für die immerwährende Unterstützung, ohne die diese Dissertation nicht entstanden wäre. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hannover, im Mai 2016

Nassim Eslami

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
A. Einleitung	1
I. <i>Problemaufriss</i>	1
II. <i>Untersuchungsziel und strukturelle Herangehensweise</i>	5
B. Schiedsgerichtsbarkeit als echte Rechtsprechung	7
I. <i>Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Schiedsgerichtswesens</i>	7
1. Römisches Recht	8
2. Gemeines Recht	9
3. Entwicklungen im 17. und 18. Jahrhundert	11
4. Die Schaffung der Reichszivilprozessordnung	11
5. Die neue ZPO und das Schiedsgerichtswesen heute	12
II. <i>Rechtsnatur der Schiedsgerichtsbarkeit</i>	15
1. Die materiellrechtliche Theorie	16
a) Die materiellrechtliche Einordnung des Schiedsspruchs	18
b) Die materiellrechtliche Einordnung der Schiedsvereinbarung	22
2. Die jurisdiktionelle Theorie	25
3. Die vermittelnde Theorie	29
4. Rechtsprechung	33
III. <i>Zusammenfassung</i>	35
C. Funktionsvoraussetzungen von Rechtsprechung	38
I. <i>Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit</i>	39
II. <i>Verbindlichkeit der Entscheidung</i>	39
III. <i>Reagierende Tätigkeit und Rechtsbindung</i>	40

<i>IV. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des rechtsprechenden Organs</i>	42
1. Ausgestaltung im staatlichen Gerichtsverfahren	43
a) Unabhängigkeit des Richters	43
aa) Institutionelle Unabhängigkeit	46
bb) Sachliche Unabhängigkeit	46
cc) Persönliche Unabhängigkeit	47
b) Neutralität und Unparteilichkeit des Richters	48
2. Übertragbarkeit für das Schiedsverfahren?	51
a) Unabhängigkeit des Schiedsrichters	53
b) Neutralität und Unparteilichkeit des Schiedsrichters	55
aa) § 1034 Abs. 2 ZPO Parteiübergewicht	56
bb) § 1036 Abs. 1 ZPO Offenbarungspflichten der Schiedsrichter	56
cc) § 1036 Abs. 2 ZPO Ablehnungsrecht der Schiedsparteien	58
dd) § 1037 ZPO Ablehnungsverfahren	58
ee) §§ 1059, 1060 ZPO Verletzungsfolgen	59
3. Fazit	62
<i>V. Verfahrensgarantien/-grundsätze, insbesondere der zwingende Grundsatz des rechtlichen Gehörs</i>	63
1. Ausgestaltung der Gewährung rechtlichen Gehörs im staatlichen Gerichtsverfahren	63
a) Grundlage und Rechtsnatur	63
b) Anspruchsinhalt	65
c) Gewährungsform	67
d) Verletzungsfolgen	68
aa) Rechtsmittel und Rechtsbehelfe	68
bb) Abhilfeverfahren nach § 321 a ZPO	69
cc) Verfassungsbeschwerde	71
e) Ausnahmen	71
2. Übertragbarkeit für das Schiedsverfahren?	72
a) Anspruchsinhalt	73
b) Gewährungsform	75
c) Verletzungsfolgen	76
d) Ausnahmen	77
<i>VI. Zusammenfassung</i>	79
<i>D. Der Öffentlichkeitsgrundsatz als Funktionsvoraussetzung für Rechtsprechung und dessen Ausgestaltung für die staatliche Gerichtsbarkeit</i>	80
<i>I. Bedeutung und Zweck des Öffentlichkeitsgrundsatzes</i>	80
1. Schutz vor Geheimjustiz	80

2. Kontrolle der Rechtsprechung	81
3. Rechtskenntniserweiterung der Allgemeinheit	85
<i>II. Historische Hintergründe des Grundsatzes</i>	<i>85</i>
1. Die Französische Revolution	86
2. Der Wiener Kongress	86
3. Die Preußische Oktroyierte Verfassung	87
4. Entwicklung in den Einzelstaaten	88
5. Die Preußische revidierte Verfassung	89
6. Das Gerichtsverfassungsgesetz	89
7. Das Grundgesetz	90
<i>III. Verfassungsrechtliche Grundlagen</i>	<i>91</i>
1. Frühere Haltung des BVerfG zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Öffentlichkeitsgrundsatzes	92
2. Die Entscheidung des BVerfG zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung	93
a) Rechtsstaatsprinzip	93
b) Demokratieprinzip	94
3. Folgen aus der verfassungsrechtlichen Verankerung	95
<i>IV. Einfachgesetzliche innerstaatliche Regelungen</i>	<i>95</i>
<i>V. Internationalrechtliche Grundlagen</i>	<i>97</i>
1. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 und 2 EMRK	97
a) Regelungsinhalt und Regelungszweck	98
b) Innerstaatliche Geltung	101
c) Anwendungsbereich neben dem innerstaatlichen Recht	101
2. Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta der EU	103
3. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	104
4. Art. 10 Allgemeine Erklärung über Menschenrechte der UN	105
5. Zusammenfassende Betrachtung über die Bedeutung der internationalrechtlichen Regelungen	106
<i>VI. Inhalt und Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgrundsatzes</i>	<i>106</i>
1. Inhalt des Öffentlichkeitsgrundsatzes	106
2. Kollision des Öffentlichkeitsgrundsatzes mit anderen Werten	107
a) Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs	107
b) Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts	108
c) Beeinträchtigung des fairen Verfahrens und der richterlichen Unabhängigkeit	108
d) Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung	109
e) Abwägung zwischen dem Öffentlichkeitsgrundsatz und den durch diesen beeinträchtigten Werten	109

3. Anwendungsbereich und Grenzen des Öffentlichkeitsgrundsatzes nach den §§ 169 ff. GVG	110
a) Beschränkung auf mündliche Verhandlungen	110
aa) Keine Aktenöffentlichkeit nach deutschem Verständnis	110
bb) Das PACER-System in den USA	111
cc) Sinn und Zweck des Mündlichkeitsprinzips	112
dd) Reichweite und Ausnahmen vom Mündlichkeitsprinzip	113
ee) Verletzungsfolgen	115
b) Beschränkung auf das erkennende Gericht und das Erkenntnisverfahren	116
c) Keine Parteidisposition	116
d) Möglichkeiten die Öffentlichkeit auszuschließen	117
aa) Einschränkung der Öffentlichkeit nach den Bestimmungen des GVG	118
(1) Zwingende Ausschlussstatbestände des GVG	118
(a) Nichtöffentlichkeit in Familiensachen nach § 170 GVG	118
(b) Nichtöffentlichkeit zum Schutz von Persönlichkeitsrechten nach § 171b GVG	119
(2) Fakultative Ausschlussstatbestände	124
(a) § 172 Nr. 1 GVG Besorgnis der Gefährdung der Staatssicherheit, der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit	126
(b) § 172 Nr. 1a GVG Besorgnis der Gefährdung von Leben, Leib oder Freiheit von Zeugen oder anderen Personen	128
(c) § 172 Nr. 2 GVG Wahrung von Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnissen	129
(d) § 172 Nr. 3 GVG Wahrung von Privatgeheimnissen ..	132
(e) § 172 Nr. 4 GVG Vernehmung Jugendlicher	134
(3) Keine Einschränkung für die Urteilsverkündung	134
(4) Verhandlung über den Öffentlichkeitsausschluss und Auferlegung einer Geheimhaltungspflicht § 174 GVG ..	139
(a) Verhandlung über den Öffentlichkeitsausschluss	140
(b) Auferlegung von Geheimhaltungspflichten	144
bb) Einschränkung der Öffentlichkeit nach Art. 6 EMRK	148
cc) Einschränkung der Öffentlichkeit auf Grund tatsächlicher Gegebenheiten	149
dd) Einschränkung der Öffentlichkeit durch den Ausschluss von Einzelpersonen	153
e) Verhältnis der Vorschriften über den Öffentlichkeitsgrundsatz zu den sitzungspolizeilichen Vorschriften, zum Hausrecht und Polizeirecht	154

<i>VII. Arten der Öffentlichkeit</i>	156
1. Unmittelbare Öffentlichkeit	156
a) Tatsächliche Zutrittsmöglichkeit	156
b) Möglichkeit sich über die Verhandlung zu informieren	157
aa) Ankündigung	157
bb) Form der Ankündigung	158
cc) Zeitliche Vorgaben und Gesichtspunkte	160
dd) Hinweise auf Verhandlungen außerhalb des Gerichtsgebäudes und Hinweise auf örtliche Verlegung	163
c) Keine Zurückweisung	165
2. Mittelbare Öffentlichkeit	166
a) Regelung und Bedeutung des § 169 Satz 2 GVG	166
b) Verbot von Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen	168
c) Zum Zweck der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ..	169
d) Öffentliche Berichterstattung durch die Medien	170
e) Verstöße gegen § 169 Satz 2 GVG	173
<i>VIII. Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen</i>	174
1. Herleitung der Verpflichtung zur Urteilsveröffentlichung und Sinn und Zweck	174
2. Veröffentlichungspraxis	176
a) Regelungen in Geschäftsordnungen	177
b) Verfassungsauftrag	177
c) Veröffentlichungspflichtige Gerichte	177
d) Mediale Anfragen	179
e) Bedeutung von Internetdatenbanken	180
3. Veröffentlichungsfähigkeit	180
<i>IX. Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes und Folgen der Verletzung</i>	182
1. Verletzungsvoraussetzungen	182
2. Verletzungsformen	183
3. Protokollierungspflicht	184
4. Verletzungsfolgen	185
5. Beschwerdeberechtigte	186
6. Heilungsmöglichkeiten	186
<i>X. Regelungen in ausländischen Rechtsordnungen</i>	187
<i>XI. Zusammenfassung</i>	188

E.	Vertraulichkeit und Nichtöffentlichkeit im Schiedsverfahren de lege lata	191
I.	<i>Das Bedürfnis nach Geheimhaltung</i>	192
	1. Gründe	192
	a) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	192
	b) Schutz vor Imageschäden	193
	c) Schutz der Parteibeziehungen	193
	d) Qualitätssicherung	194
	2. Belege durch Studien	194
	3. Fazit	196
II.	<i>Der Schutz vertraulicher Informationen nach deutscher Rechtslage de lege lata</i>	196
	1. Verfassungsrechtlicher Schutz	196
	2. Schutz durch das Straf- und Nebenstrafrecht	198
	3. Schutz durch das TRIPs-Übereinkommen	198
	4. Schutz durch das Zivilrecht	200
	5. Fazit	201
III.	<i>Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens</i>	201
	1. Rechtsgrundlage des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens	202
	a) Gesetzliche Regelung	203
	b) Parteivereinbarung	204
	c) Regelungen in institutionellen Schiedsordnungen	205
	d) Vergleich zum Mediationsgesetz	206
	e) Fazit	208
	2. Rechtsprechung zum Grundsatz der Nichtöffentlichkeit	209
	a) Oxford Shipping Co. Ltd v. Nippon Yusen Kaisha	210
	b) Hassneh Insurance Company of Israel & Others v. Stewart J. Mew	210
	c) Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman	212
	d) Fazit	213
	3. Inhalt des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit	214
	a) Ausschluss von Nichtbeteiligten	214
	aa) Parteien und ihre gesetzliche Vertreter	215
	bb) Rechtsvertreter und Berater der Parteien	215
	cc) Weitere für das Verfahren erforderliche Personen	217
	b) Behandlung von das Verfahren widerspiegelnden Dokumenten ..	221
	c) Keine Veröffentlichung des Schiedsspruchs	222
	d) Vorfrage für das Problem der Vertraulichkeit	222
	e) Nichtöffentlichkeit und Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit	223
	aa) Verbindung von Schiedsverfahren	225
	bb) Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit im engeren Sinn	226

cc)	Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit im weiteren Sinn	226
(1)	Situation der Nebenintervention	227
(2)	Situation der Streitverkündung	228
(3)	Situation der Widerklage	229
dd)	Vergleich zu ausländischen Rechtsordnungen	230
ee)	Regelungen in institutionellen Schiedsordnungen	231
<i>IV.</i>	<i>Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens</i>	233
1.	Vertraulichkeitsverpflichtung der Parteien	233
a)	Rechtsgrundlage	233
aa)	Gesetzliche Regelung	234
bb)	Internationale Konventionen, Gewohnheitsrecht, Analogie zum Mediationsgesetz	235
cc)	Parteivereinbarung	236
dd)	Regelungen in institutionellen Schiedsordnungen	238
ee)	Vertraulichkeitspflicht ohne ausdrückliche Vereinbarung	239
(1)	Rechtsprechung zum Vertraulichkeitsgrundsatz	239
(a)	Entscheidungen pro implizierter Vertraulichkeitspflicht	239
(b)	Entscheidungen contra implizierter Vertraulichkeitspflicht	241
(c)	Fazit	244
(2)	Vertraulichkeitspflicht als der Schiedsgerichtsbarkeit immanenter Regelung oder Heranziehung der Schiedsvereinbarung als Rechtsgrundlage für die Begründung einer Vertraulichkeitspflicht?	245
ff)	Vertraulichkeitspflicht durch Anordnung des Schiedsgerichts	248
b)	Inhalt der Vertraulichkeitsverpflichtung	249
c)	Ausnahmen von einer bestehenden Vertraulichkeitspflicht	250
aa)	Gesetzliche Offenlegungspflichten	251
bb)	Vertragliche Offenlegungspflichten	253
cc)	Offenlegung zugunsten eines öffentlichen Interesses	255
dd)	Offenlegung zugunsten eines privaten Interesses	258
d)	Verletzungsfolgen und Zuständigkeit	259
2.	Vertraulichkeitsverpflichtung der Schiedsrichter und sonstiger Beteiligter	261
a)	Schiedsrichter	261
aa)	Beratungsgeheimnis	261
bb)	Allgemeine Vertraulichkeitspflicht	264
cc)	Rechtslage in anderen Rechtsordnungen und in institutionellen Schiedsordnungen	265
dd)	Ausnahmen vom Beratungsgeheimnis und der allgemeinen Vertraulichkeitspflicht	267
ee)	Verletzungsfolgen	268

b) Zeugen und Sachverständige	269
c) Sonstige Dritte	270
V. <i>Durchbrechung von Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit im derzeitigen Schiedsverfahrensrecht bei Intervention der staatlichen Gerichte</i>	271
1. Intervention staatlicher Gerichte während des laufenden Schiedsverfahrens	273
2. Intervention staatlicher Gerichte nach Abschluss des Schiedsverfahrens	275
3. Durchbrechung von Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens durch die Publikation der Gerichtsentscheidung ..	280
4. Verletzung der Vertraulichkeitspflicht durch die Einschaltung staatlicher Gerichte	284
5. Schutz von Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit durch den generellen Verzicht der Anrufung staatlicher Gerichte	285
6. Fazit	287
VI. <i>Zusammenfassung</i>	288
F. Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens bei Beteiligung eines Hoheitsträgers	291
I. <i>Bei Investitionsstreitigkeiten</i>	292
1. Rechtliche Rahmenbedingungen	296
a) Regelwerke	297
aa) ICSID-SchiedsO	297
bb) Die ICSID Additional Facility Rules	298
cc) Anwendbarkeit übriger Schiedsordnungen	299
b) Transparenterer Verfahrensrahmen nach der ICSID-SchiedsO und den ICSID-AFR	299
2. Rechtsprechung	302
a) Rechtsprechung zum Grundsatz der Nichtöffentlichkeit	302
aa) BIT/ICSID-SchiedsO und ETC/ICSID-SchiedsO Investitionsschiedsverfahren	303
(1) Aguas des Tunari, SA v. Republic of Bolivia	303
(2) Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic	304
(3) Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales de Agua S. A. v. Argentine Republic	305
(4) Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania	305

(5) AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. v. Hungary und Electrabel S. A. v. Hungary	306
(6) Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food S. A., S. C. Starmill S. R. L. and S. C. Multipack S. R. L. v. Romania	308
(7) Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa	309
(8) Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe und Border Timbers Limited & Others v. Republic of Zimbabwe	310
bb) NAFTA/UNCITRAL-SchiedsO Investitionsschiedsverfahren	311
(1) Methanex Corporation v. United States of America	311
(2) United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada	312
(3) Glamis Gold Ltd. v. United States of America und Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada	313
(4) Apotex Inc. v. Government of the United States of America	314
cc) Investitionsschiedsverfahren in übrigen Konstellationen	314
(1) Eureko B. V. v. Slovak Republic	315
(2) Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador	315
(3) Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador	316
(4) Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America	317
dd) Der Loewen-Fall	318
b) Rechtsprechung zum Grundsatz der Vertraulichkeit	318
3. Neueste Entwicklungen – Die neuen UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration	320
a) Anwendungsbereich	320
b) Überblick über die Regelungen	322
aa) Veröffentlichung der Information über die Verfahrenseinleitung durch das Repository, Art. 2 und Art. 8 UNCITRAL-TR	322
bb) Offenlegung der Verfahrensdokumente, Art. 3 UNCITRAL-TR	322
cc) Zulassung von nichtbeteiligten Dritten sowie Staaten am Verfahren, Art. 4 und Art. 5 UNCITRAL-TR	324
dd) Öffentliche Verhandlung, Art. 6 UNCITRAL-TR	326
ee) Ausnahmen zum Schutz vertraulicher Informationen, Art. 7 UNCITRAL-TR	327
ff) Repository, Art. 8 UNCITRAL-TR	328
4. Fazit	329

<i>II. Im Bereich der Public Private Partnership (PPP)</i>	332
1. Begriffsbestimmung	332
2. Beispiele für PPP-Verträge	333
3. Schiedsklauseln in PPP-Verträgen	334
4. Kritik an intransparenter Ausgestaltung	334
<i>III. Bei indirekter staatlicher Beteiligung</i>	337
<i>IV. Zusammenfassung und Fazit</i>	339
G. Übertragbarkeit des Öffentlichkeitsgrundsatzes auf das Schiedsverfahren	343
<i>I. Problem des Repeat Player</i>	343
<i>II. Problem der mangelnden Präjudizienbildung und Rechtsfortbildung</i>	346
1. Praxisrelevanz	346
2. Begriffliche Vorklärung	350
a) Rechtsfortbildung	350
aa) Negative Abgrenzung	351
bb) Positive Definitionsversuche	354
(1) Intention des Interpreten	354
(2) Differenzierung über die Grenze der Auslegung	355
(3) Gleichsetzung mit dem Begriff des Richterrechts	355
(4) Anwendung einer Begriffsmatrix	357
(5) Aufstellung abstrakter Obersätze	358
(6) Weitere positive Definitionsversuche	358
cc) Rechtsprechung	359
(1) Die Soraya-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	360
(2) Die „Kind als Schaden“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	361
(3) Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes	362
(4) Fazit	363
dd) Gesetzlicher Ausdruck: Fortbildung des Rechts	363
ee) Ausdruck: Richterrecht	364
ff) Begriffsbestimmung im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand	365
(1) Subjektiver vs. Objektiver Ansatz	365
(2) Das fortzubildende Rechtsobjekt	366
(a) Staatliches Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht	366
(b) Juristenrecht und Richterrecht	367
gg) Fazit	371
b) Präjudizien	372
aa) Gesetzlich vorgesehene Bindungswirkungen	372

(1) Bindungswirkung über die Rechtskraft	372
(2) Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	373
(3) Bindung des Berufungsgerichts an die Entscheidung des Revisionsgerichts	373
(4) Bindung an den Musterentscheid nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz	374
(5) Bindungswirkung nach dem Unterlassungsklagengesetz .	374
(6) Mittelbare Bindungswirkungen	374
(7) Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe	375
bb) Ungeschriebene Präjudizienbindung	375
3. Präjudizienbildung und Rechtsfortbildung durch Schiedsgerichte? .	379
a) Rechtsfortbildungsbefugnis durch private Schiedsgerichte?	380
aa) Verfassungsrechtliche Regelungen	380
bb) Einfachgesetzliche Regelungen	382
cc) Befugnis zur Fortbildung ausländischen Rechts	382
dd) Entwicklung und Fortbildung der <i>lex mercatoria</i>	384
b) Präjudizienwirkung – Faktische Bindungswirkung von Schiedssprüchen	385
aa) Unterschiede bei der Präjudizienwirkung von Gerichtsurteilen und Schiedssprüchen	385
bb) Belege für die faktische Präzedenzwirkung von Schiedssprüchen	386
cc) Voraussetzung für das Entstehen von Präzedenzwirkung von Schiedssprüchen	387
III. <i>Privatautonomie vs. Transparenzinteresse</i>	389
1. Parteiinteressen	392
2. Interessen der Rechtsgemeinschaft – Systeminteressen	393
3. Betroffenheit der Interessen der Parteien und Rechtsgemeinschaft durch die Etablierung einer Veröffentlichungspraxis von Schiedssprüchen	394
a) Veröffentlichung von Schiedssprüchen und Interessen der Rechtsgemeinschaft	394
b) Veröffentlichung von Schiedssprüchen und Parteiinteressen	396
IV. <i>Lösungsvorschlag</i>	399
1. Vorschlag zur praktischen Handhabung	400
a) Zeitverzögerte Veröffentlichung in anonymisierter und eingeschränkter Form	402
b) Einbeziehung der Parteien	404
c) Keine Anonymisierung und Einschränkung hinsichtlich der Schiedsrichter und des Benennungsprozesses	405
d) Verwaltung durch das zuständige Gericht oder die Schiedsinstitution	406

e) Veröffentlichungsplattform	408
f) Mögliche Kritik	409
2. Befriedigung des Öffentlichkeitsgrundsatzes durch den hiesigen Lösungsvorschlag	412
 H. Zusammenfassung und Thesen	 418
 Literaturverzeichnis	 425
Sachverzeichnis	457

A. Einleitung

I. Problemaufriss

Zu den vielzitierten Vorzügen seinen Rechtsstreit anstatt vor den staatlichen Gerichten vor einem Schiedsgericht auszutragen gehört der Aspekt der Nicht-öffentlichkeit. Sie soll den Wunsch der Parteien absichern ihren Rechtsstreit in einem diskreten Forum, frei von den neugierigen und argwöhnischen Blicken etwaiger Konkurrenten und einer unbestimmten Allgemeinheit, beizulegen. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sollen gewahrt, aber auch das eigene Image geschützt werden, welches durch die Offenlegung unlauteren Verhaltens, rechtswidriger Praktiken oder aber auch dem einfachen Umstand, dass man einen Rechtsstreit verloren hat, Schaden annehmen könnte.¹

In den letzten Jahren sind Schiedsverfahren mit staatlicher Beteiligung allerdings auf Grund ihrer mangelnden Transparenz vermehrt in den Fokus der öffentlichen Kritik geraten. So haben das Handelsschiedsverfahren um Toll Collect, bei dem die Bundesrepublik Schadensersatz in Milliardenhöhe fordert, weil das von Toll Collect zu entwickelnde Autobahnmautsystem erst 2005 anstatt wie vorgesehen 2003 startete,² aber auch das Investitionsschiedsverfahren, bei dem Vattenfall die Bundesrepublik auf Grundlage des Vertrags über die Energiecharta wegen des deutschen Atomausstiegs auf Schadensersatz verklagt hat,³ in der deutschen Presse für Schlagzeilen wie „Schattenjustiz: Im Namen des Geldes“⁴ oder „Schattenjustiz im Nobelhotel“⁵ gesorgt.

Im Gegensatz zu diesen Verfahren sind an der weit überwiegenden Zahl von Handelsschiedsverfahren aber keine Hoheitsträger, sondern nur private Parteien beteiligt. Hier werden nur langsam Stimmen laut, welche die mangelnde Öffentlichkeit von Schiedsverfahren kritisieren, weil infolgedessen in gewissen Rechtsgebieten keine Rechtsfortbildung mehr stattfinden kann und die Schaffung von Präjudizien ausbleibt.⁶

¹ Siehe S. 191 ff.

² Vgl. *Schorkopf*, NVwZ 2003, 1471, 1471 ff.

³ Vgl. *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1, 2 ff.

⁴ *Pinzler/Uchatius/Kohlenberg*, Die Zeit, Nr. 10/2014, 10. März 2014.

⁵ *Henrich/Kroker/Härder/Hielscher*, Wirtschaftswoche, Nr. 18/2013, 29. April 2013.

⁶ *Aden*, DZWIR 2012, 360, 360 ff.; *Duve/Keller*, SchiedsVZ 2005, 169, 169 ff.

Inwiefern müssen Schiedsverfahren, ob nun mit staatlicher oder ausschließlich privater Beteiligung, aber tatsächlich *öffentlicher* ausgestaltet werden? Das Streitbeilegungssystem der Schiedsgerichtsbarkeit hat sich zu einem normgebundenen System emanzipiert, das *echte Rechtsprechung* darstellt. Bereits im Römischen Recht konnten die Parteien sich gegenseitig versprechen, dass sie ihren Rechtsstreit der Entscheidung eines Schiedsgerichts unterwerfen wollen. Dieses Versprechen – das sogenannte „compromissum“ – konnte allerdings noch keine Verbindlichkeit dahingehend für sich beanspruchen, dass es die Parteien daran hinderte dennoch das ordentliche Gericht aufzusuchen.⁷ Dem Schiedsspruch kam erstmals im Gemeinen Recht verbindliche Wirkung zu. Hier herrschte aber die Annahme, der Schiedsrichter könne nach billigem Ermessen entscheiden.⁸ Darüber hinaus wurde der Schiedsrichter in dieser Epoche noch nicht in Parallelität zum ordentlichen Richter als Entscheidungsträger angesehen. Vielmehr wurde ihm eine vermittelnde Stellung ähnlich einem Mediator eingeräumt.⁹

Auch mit Einzug des Schiedsverfahrensrechts in die Reichszivilprozessordnung wurde die Billigkeitsentscheidung in Ermangelung einer Norm, welche die schiedsrichterliche Bindung an Recht und Gesetz ausdrücklich vorsah, indirekt zur Regel gemacht.¹⁰

Spätestens seit der Neufassung des Schiedsverfahrensrechts im zehnten Buch der ZPO, welches seit 1998 in Kraft ist, hat der Gesetzgeber aber ein normgebundenes Streitbeilegungssystem konzipiert, welches das staatliche Verfahren fast gänzlich zu ersetzen vermag. So kann die Schiedsvereinbarung einen Prozess vor dem staatlichen Gericht vereiteln (vgl. § 1032 Abs. 1 ZPO). Der Schiedsrichter entscheidet grundsätzlich nicht mehr nach Billigkeit, sondern ist an Recht und Gesetz gebunden (vgl. § 1051 ZPO). Die schiedsgerichtliche Entscheidung in Form des Schiedsspruchs weist Rechtskraftfolgen auf (vgl. § 1055 ZPO). Die Parteien können den Schiedsspruch weiterhin anerkennen und für vollstreckbar erklären lassen (§ 1060 ZPO für den inländischen Schiedsspruch, § 1061 ZPO für den ausländischen Schiedsspruch). Mit der Vollstreckbarkeitserklärung erlangt der Schiedsspruch schließlich „die volle Qualität eines gerichtlichen Urteils“.¹¹ Im Hinblick auf die Folgen der Schiedsvereinbarung und der Wirkungen des Schiedsspruchs drängt sich damit die prozessuale Qualifi-

⁷ *Bornhak*, ZJP 30 (1902), 1, 12.

⁸ *Bornhak*, ZJP 30 (1902), 1, 17; *Schäfer*, Verträge zur Schiedsverfahrensdurchführung, S. 35.

⁹ *Bornhak*, ZJP 30 (1902), 1, 17; *Schäfer*, Verträge zur Schiedsverfahrensdurchführung, S. 37.

¹⁰ *Krause*, in: Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handels-sachen Band III, 220, 237.

¹¹ BGH NJW 1999, 2370, 2372.

zierung der Schiedsgerichtsbarkeit und damit das Verständnis dergleichen als echte Rechtsprechung auf.

Das Argument, bei der Schiedsgerichtsbarkeit handele es sich um echte Gerichtsbarkeit, wird letztlich auch regelmäßig herangezogen, um parteiliche Pflichten oder aber die Ausgestaltung und Auslegung des Schiedsverfahrensrechts zu begründen. So erklärt beispielsweise *Münch*, unter Verweis auf das Verständnis der Schiedsgerichtsbarkeit als materielle Rechtsprechung, dass die durch § 1051 Abs. 3 ZPO eingeräumte Möglichkeit, das Schiedsgericht ausnahmsweise nach Billigkeit entscheiden zu lassen, keine vollkommene Lösung vom Recht bedeuten kann, sondern vielmehr eine besondere Art der Urteilsfindung darstelle, die grundsätzlich unter Gesetzesbeachtung stattzufinden habe.¹²

Infolgedessen muss das Streitbeilegungssystem aber auch die essentiellen Rechtsprechungsmerkmale erfüllen. So zweifelt niemand daran, dass Schiedsgerichte den Parteien rechtliches Gehör gewähren müssen oder aber dass Schiedsgerichte unabhängig und unparteilich agieren und entscheiden müssen. Die §§ 1025 ff. ZPO tragen dem Rechnung, indem sie entsprechende zwingende Regelungen vorsehen, die den Besonderheiten der Schiedsgerichtsbarkeit angepasst sind. Sie können weder von den Parteien – trotz ihrer Parteiautonomie (§ 1042 Abs. 3 ZPO) – noch vom Schiedsgericht abbedungen werden (§ 1042 Abs. 4 ZPO).

Zum Verständnis von Rechtsprechung gehört aber auch zwingend ein gewisses Maß an Öffentlichkeit. Rechtsprechung benötigt zu ihrer Funktionalität unbedingt das Vertrauen des Systemnutzers darauf, dass sie eben auch das Sprechen von Recht gewährleisten kann. So hat *Hegel* bereits in seinen 1820 erschienenen Grundlinien der Philosophie des Rechts darauf hingewiesen:

„Es gehört zum Rechte aber namentlich das Zutrauen, das die Bürger zu demselben haben, und diese Seite ist es, welche die Öffentlichkeit des Rechtsprechens fordert. Das Recht der Öffentlichkeit beruht darauf, dass der Zweck des Gerichts das Recht ist, welches als eine Allgemeinheit auch vor die Allgemeinheit gehört; dann aber auch darauf, dass die Bürger die Überzeugung gewinnen, dass wirklich Recht gesprochen wird.“¹³

Auch *Kant* hat festgestellt, dass Gerechtigkeit nur dann bestehen könne, wenn sie als „öffentlich kundbar gedacht werden kann.“¹⁴

Für die staatliche ordentliche Gerichtsbarkeit stellt die Umsetzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes unter anderem in den §§ 169 ff. GVG die Gewährleistung eines weitestgehend transparenten Verfahrens sicher und zwar sowohl für das Verhandlungsstadium als auch die Entscheidungsverkündung. Große Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang auch der Publikation von Gerichtsentscheidungen zu.

¹² *MünchKommZPO/Münch*, § 1051 ZPO, Rn. 56.

¹³ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Zusatz zu § 224, S. 197.

¹⁴ *Kant*, Zum ewigen Frieden, Band XI, S. 244 f.

Dennoch wird die Nichtöffentlichkeit als Attribut, das heißt als charakteristisches Wesensmerkmal, der Schiedsgerichtsbarkeit immer wieder hervorgehoben und zwar mit einer Selbstverständlichkeit, die ein kritisches Hinterfragen kaum zulässt. Selbiges galt noch bis vor ein paar Jahren für die Vertraulichkeit von Schiedsverfahren, bis die australische Gerichtsentscheidung „*Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman*“¹⁵ eine Parteipflicht zur Verschwiegenheit ohne entsprechende Vereinbarung ausdrücklich verneinte und eine kontroverse Diskussion auslöste.¹⁶ Dabei wird unter der Nichtöffentlichkeit oder auch *privacy* verstanden, dass an der Schiedsverhandlung nur die Parteien der Schiedsvereinbarung und keine Dritten teilnehmen können,¹⁷ während man unter der Vertraulichkeit oder auch *confidentiality* die Geheimhaltung des Verfahrens und das Verbot der Weitergabe von Verfahrensinformationen versteht.¹⁸

Wie verträgt es sich aber, dass einerseits angenommen wird, die Schiedsgerichtsbarkeit sei echte Rechtsprechung, aber andererseits davon ausgegangen wird, entsprechende Verfahren könnten fast gänzlich intransparent ausgestaltet werden? Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgrundsatzes ist zum einen die demokratische Legitimierung der Handlungen der Judikative zu ermöglichen, aber vor allem auch die Kontrolle der Rechtsprechung durch die Allgemeinheit. Der Öffentlichkeitsgrundsatz soll für die Sicherung unabhängiger Rechtsprechung sorgen. Vor den Augen der Öffentlichkeit werden Gerichte sich hüten Entscheidungen nicht nur nach dem Maßstab des Rechts zu treffen. Darüber hinaus ermöglicht die Entscheidungs publikation wissenschaftlichen Diskurs, der Rechtsstoff wird geordnet, ihm wird eine gewisse innere Logik verliehen und die Rechtssystematisierung wird gefördert. Das Recht wird aufgearbeitet und für die Allgemeinheit verständlich gemacht. Dem Kontrollmoment wird dadurch noch mehr Gewicht verliehen, weil die Öffentlichkeit des Entscheidungsergebnisses erst die Rechtsaufbereitung durch die Rechtswissenschaft ermöglicht. Die Rechtsdogmatik trägt damit gleichzeitig zur Disziplinierung der Richter sowie der Sicherung ihrer Unabhängigkeit bei.¹⁹

¹⁵ *Australia Resources Ltd. v. Plowman*, *Arbitration International* Vol. 11 (1995, Issue 3), 235, 235 ff.

¹⁶ So hat die Zeitschrift *Arbitration International* beispielsweise 1995 dem Abdruck der Entscheidung sowie deren wissenschaftlicher Diskussion einen gesamten Issue gewidmet, *Arbitration International* Vol. 11 (1995, Issue 3), 231, 231 ff.

¹⁷ *Azzali*, in: *Rise of Transparency*, 19, 23; *Collins*, *Arbitration International*, Vol. 11 (1995, Issue 3), 321, 322; *Lew*, *Arbitration International* Vol. 11 (1995, Issue 3), 283, 285; *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Kap. 1, Rn. 8.

¹⁸ *Azzali*, in: *Rise of Transparency*; *Lew*, *Arbitration International* Vol. 11 (1995, Issue 3), 283, 285.

¹⁹ Vgl. *Wolf*, *ZRP* 2013, 20, 20; auch die BGH-Präsidentin Limperg wies bei der Veröffentlichung des 200. Bands der BGHZ darauf hin, dass die Publikation von richterlichen Entscheidungen gleichbedeutend mit einer Rechenschaftspflicht sei, LTO, BGH-Präsidentin zu 200 Bänden „BGHZ“, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bgh-praesidentin->

Heißt das im Umkehrschluss, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass er die im hiesigen Rechtssystem ausgebildeten Richter kontrollieren muss, während er privaten Schiedsgerichten, die noch nicht einmal zwingend mit Juristen besetzt sein müssen, blindlings vertrauen kann?²⁰ All das, obwohl der Schiedsspruch nach nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrollmöglichkeiten Grundlage staatlicher Vollstreckung sein kann?

Führt man sich den Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgrundsatzes vor Augen, so verwundert, dass sich die Kritik an der Intransparenz des Streitbeilegungssystems Schiedsgerichtsbarkeit nur schleppend entwickelt, denn um es mit den vielzitierten Worten des englischen Richters *Lord Chief Justice Hewart* aus dem Verfahren „*Rex v Sussex Justices; Ex parte McCarthy*“ zu sagen:

„It is not merely of some importance but is of fundamental importance, that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.“²¹

II. Untersuchungsziel und strukturelle Herangehensweise

Das Schiedsverfahrensrecht zeichnet sich insbesondere durch seine Internationalität aus. Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist gleichwohl das deutsche Schiedsverfahrensrecht, wie es sich seit der Kodifizierung 1998 in den §§ 1025 ff. im zehnten Buch der ZPO findet. Die Arbeit erhebt keinen rechtsvergleichenden Anspruch, dennoch wurde an verschiedenen Stellen der Blick auf andere Rechtsordnungen sowie institutionelle Schiedsordnungen geworfen, um etwaige Parallelen aber auch Unterschiede herauszuarbeiten. Nur so kann zum einen die universelle Geltung und damit wichtige Bedeutung von Grundsätzen belegt, aber andererseits auch die Besonderheit des deutschen Rechts herausgestellt werden. Untersuchungsgegenstand ist in erster Linie die Handelsschiedsgerichtsbarkeit. In den Fokus der Untersuchung werden aber auch die Besonderheiten gerückt, die sich im Kontext von Schiedsverfahren stellen, an denen der Staat als Partei beteiligt ist und die sich dementsprechend insbesondere im Investitionskontext ergeben.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es einen Weg zu finden den Öffentlichkeitsgrundsatz auf das Schiedsverfahren zu adaptieren, ohne dabei dessen Besonderheiten außer Acht zu lassen.

Im ersten Teil der Untersuchung soll die These belegt werden, dass es sich bei der Schiedsgerichtsbarkeit um echte Rechtsprechung handelt und Schieds-

limperg-kontrolle-von-rechtsprechung-durch-oeffentlichkeit-200-jahre-bghz/ (zuletzt abgerufen am 30. 4. 2015).

²⁰ Ähnlich bereits *Aden*, DZWIR 2012, 360, 361.

²¹ *Lord Chief Justice Hewart*, King's Bench Devison of the High Court, *R v Sussex Justices; Ex parte McCarthy* [1924] 1 K. B., 256, 259.

gerichte materielle Rechtsprechung ausüben. Neben einem historischen Rückblick soll die Auseinandersetzung mit dem Rechtsstreit über die Rechtsnatur der Schiedsgerichtsbarkeit Aufschluss geben (Kapitel B).

Hieran schließt sich im zweiten Teil die Frage an, welche Funktionsvoraussetzungen echte Rechtsprechung erfüllen muss bzw. durch welche Merkmale sich Rechtsprechung auszeichnet und ob das Streitbeilegungssystem der Schiedsgerichtsbarkeit diese Merkmale und Voraussetzungen darzustellen und zu erfüllen vermag (Kapitel C).

Im Anschluss wird im dritten Teil geklärt, ob für funktionale Rechtsprechung nicht auch zwingend ein gewisses Maß an Transparenz gefordert werden muss. Sodann wird dargestellt, wie die Umsetzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes für die ordentliche Gerichtsbarkeit diese Transparenz herstellt, aber durch die Normierung entsprechender Regelungen gleichzeitig der Schutz von Geheimhaltungsinteressen und Persönlichkeitsrechten gewährleistet wird (Kapitel D).

Der vierte Teil soll den Status quo der Geltung der Grundsätze der Nicht-öffentlichkeit und Vertraulichkeit in Handelsschiedsverfahren darstellen. Besonderes Augenmerk ist hierbei auf die Ermittlung der jeweiligen Rechtsgrundlage zu richten, die für beide Grundsätze, sowohl national als auch international, umstritten ist. Insbesondere die Obliegenheit der Parteien, auch in Abwesenheit einer entsprechenden Vereinbarung Stillschweigen über das Verfahren zu bewahren, hat in Literatur und Praxis in den vergangenen Jahren für viel Diskussionsstoff gesorgt. Darüber hinaus sollen die jeweilige konkrete Ausgestaltung sowie etwaige Ausnahmen behandelt und auf die Besonderheiten eingegangen werden, die sich durch die Involvierung der staatlichen Gerichte ergeben können (Kapitel E).

Im Anschluss wird im fünften Teil der Frage nachgegangen, ob die für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit dargestellten Grundsätze genauso Geltung beanspruchen können, wenn am Schiedsverfahren ein Staat beteiligt ist. Dabei wird nach der Involvierung des Staates im Kontext der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sowie der direkten und indirekten Beteiligung in Handelsschiedsverfahren, die sich insbesondere im Zusammenhang mit Public-Private-Partnership-Verträgen ergeben können, differenziert (Kapitel F).

Im letzten und sechsten Teil werden zunächst Probleme, die sich durch die intransparente Gestaltung von Handelsschiedsverfahren in der Praxis tatsächlich ergeben, namentlich durch die sogenannten Repeat-Player-Konstellationen, die mangelnde Rechtsfortbildung, sowie die fehlende Bereitstellung von Präjudizien, dargestellt. Die Untersuchung wird schließlich durch die Unterbreitung eines Lösungsvorschlages, der sowohl der dogmatischen und praktischen Forderung nach mehr Öffentlichkeit als auch dem Diskretionsinteresse der Parteien gerecht wird, geschlossen (Kapitel G).

B. Schiedsgerichtsbarkeit als echte Rechtsprechung

Beschäftigt man sich mit der für die private Schiedsgerichtsbarkeit relevanten Literatur, so stößt man immer wieder auf die Aussage, Schiedsgerichtsbarkeit sei „echte Gerichtsbarkeit“ oder die Schiedsgerichtsbarkeit habe sich zu einer „echten Rechtsprechung“ entwickelt.¹ In dieser Aussage spiegelt sich unter anderem die mittlerweile selbstverständliche Akzeptanz gegenüber diesem Rechtsinstitut wider, welches aus dem System der Streitbeilegung nicht mehr wegzudenken ist. Eine historische Betrachtung zeigt, dass dem nicht immer so war. Nicht nur die Angemessenheit des Ausmaßes von Privatautonomie war hierbei umstritten, sondern auch die Notwendigkeit des Schiedsgerichtswesens an sich wurde hierbei angezweifelt.² In dieser Hinsicht hat dieses Rechtsinstitut erhebliche Entwicklungsstufen durchlaufen. Ob diese Entwicklung aber dazu führen kann, dass man die Schiedsgerichtsbarkeit gleichwertig zur staatlichen Gerichtsbarkeit als *echte Rechtsprechung* ansieht, ist fraglich und genauer zu untersuchen. Aufschluss kann hierbei sowohl die historische Entwicklung sowie der damit eng verknüpfte Theorienstreit zur Rechtsnatur geben.

I. Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Schiedsgerichtswesens

Die vollständige Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit ist sehr komplex und umfangreich. Die folgende Darstellung beschränkt sich daher darauf die wichtigen Entwicklungsstufen aufzuzeigen und konzentriert sich auf die Form der *privaten* Schiedsgerichtsbarkeit.³

Seitdem es Rechtsprechung gibt, hat auch die Schiedsgerichtsbarkeit bei der privaten Streitbeilegung eine wichtige Rolle gespielt. Teilweise wird sogar behauptet die staatliche Gerichtsbarkeit habe sich aus dem Schiedsgerichts-

¹ *Lionnet/Lionnet*, Handbuch, S. 50 ff.; *Schäfer*, Verträge zur Schiedsverfahrensdurchführung, S. 129; vgl. auch *Kahlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, S. 50.

² Vgl. *Schäfer*, Verträge zur Schiedsverfahrensdurchführung, S. 27.

³ Für eine umfassende Untersuchung vgl.: *Krause*, Geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens.

wesen entwickelt.⁴ Wenngleich diese Ursprungstheorie mittlerweile als überholt betrachtet wird⁵ und die Notwendigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit zeitweise bestritten wurde, ist die Rechtsform, in der man sich einem frei gewählten Schiedsrichter zur Rechtsstreitbeilegung bedient, dem deutschen Recht schon immer weitestgehend bekannt gewesen.⁶ Das deutsche Schiedsverfahrensrecht weist germanisch-deutsche Wurzeln auf, wurde aber vor allen durch das römischen Recht stark geprägt. So lassen sich zwischen dem römischen Recht und dem heutigen deutschen Schiedsverfahrensrecht beachtliche Parallelen aufzeigen.

1. Römisches Recht

Ausgangspunkt für eine private Streitbeilegung war auch schon im Römischen Recht das gegenseitige Versprechen der Parteien ihren Rechtsstreit der Entscheidung eines Schiedsrichters zu unterwerfen. Dieses Versprechen nannte man *compromissum*.⁷ Diese einfache Vereinbarung war aber nicht verbindlich und konnte die Parteien nicht daran hindern, dieselbe Streitsache von den ordentlichen Gerichten entscheiden zu lassen.⁸ Ein gewisser Grad an Sicherheit wurde den Parteien jedoch durch die sogenannten *stipulatio poenae* geboten. Sie stellten vorab geklärte wechselseitige Strafversprechen dar, die bereits im *compromissum* selbst festgelegt wurden. Sie konnten eingefordert werden, falls eine der Parteien trotz des Kompromissversprechens die Sache vor den ordentlichen Richter brachte.⁹ Diese Versprechen dienten bei einem Verstoß gegen den Vertrag bzw. den Vertragspflichten dazu, die Parteien zur Verantwortung ziehen zu können.¹⁰

Beachtlich ist, dass bereits zu dieser Zeit zwischen dem *arbiter* (Schiedsrichter) und dem *arbitrator* (Schiedsgutachter) unterschieden wurde, wenngleich sie trotz ihrer unterschiedlichen Funktionen zunächst beide als *arbiter* bezeichnet wurden.¹¹ Der Schiedsrichter wurde aber schon zu jener Zeit nicht

⁴ Arbitration in Germany/Böckstiegel/Kröll/Nacimiento, General Overview, Rn. 1 unter Bezugnahme auf Krause, Geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens, S. 3 f., der aber lediglich von einem Hinweis spricht und somit diese These nicht belegt; vgl. auch Schütze, ZVglWiss 2000, 241, 242.

⁵ Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, S. 78.

⁶ Krause, in: Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handels-sachen Band III, 220, 221.

⁷ MünchKommZPO/Münch, Vorbemerkung zu den §§ 1025 ff. ZPO, Rn. 124; Schäfer, Verträge zur Schiedsverfahrensdurchführung, S. 28.

⁸ Bornhak, ZZP 30 (1902), 1, 12.

⁹ Krause, in: Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handels-sachen Band III, 220, 228 f.

¹⁰ Schäfer, Verträge zur Schiedsverfahrensdurchführung, S. 28 f.

¹¹ Krause, in: Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handels-sachen Band III, 220, 229.

als Vermittler oder Ratgeber verstanden, ihm kam vielmehr eine dem Richter angenäherte Funktion zu.¹² Die Übernahme des Schiedsrichteramtes wurde als *receptum* bezeichnet. Mit der Amtsübernahme wurde zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter eine rechtliche Beziehung geschaffen, bei der sich der Schiedsrichter dazu verpflichtete sein Amt zu verwalten und den Schiedsspruch zu erlassen. Jedoch gab diese Rechtsbeziehung keinen einklagbaren Leistungserfüllungsanspruch.¹³ Blieb der Schiedsrichter jedoch tatsächlich untätig und verletzte somit seine Amtspflichten, so konnten die Parteien sich an den Prätor wenden, welcher bei Vorliegen eines vollständigen *compromissum* den Schiedsrichter zur Amtsausübung durch Auferlegung einer Geldstrafe bewegen konnte.¹⁴

2. Gemeines Recht

Unter dem Gemeinen Recht versteht man das römisch-kanonische Recht des Mittelalters, der Frühen Neuzeit und der Neuzeit, welches seit dem 11. Jahrhundert gelehrt und praktiziert wurde. Die Schiedsgerichtsbarkeit des kanonischen Rechts basierte auf einem „neuen geistlichen Hintergrund“ und entwickelte sich aus dem praktischen Bedürfnis nach funktionierender Rechtsprechung, die im staatlichen Verfahren nicht garantiert war.¹⁵

Anders aber als noch im Römischen Recht wurde das *compromissum* zur sogenannten *amicabilis compositio*, was soviel bedeutete, als dass der Schiedsrichter nach billigem Ermessen entscheiden konnte, eine Entscheidungsform, die bis dahin nur dem Schiedsgutachter zustand.¹⁶ Zu jener Zeit wurden die Schiedsvereinbarungen oft vor dem staatlichen Richter geschlossen, während der Prozess bei ihm anhängig war. Eine solche Vereinbarung war weitestgehend auch für die Zukunft möglich und wohl nur bei *Frevelsachen* (= Strafsachen) durch die Einwilligung des ordentlichen Richters bedingt.¹⁷ Hauptsächlicher Inhalt der Schiedsvereinbarung war, dass der ordentliche Richter in jeglicher Beziehung ausgeschlossen werden sollte. Die Absicherung des Schieds-

¹² Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, S. 78.

¹³ Bornhak, ZJP 30 (1902), 1, 12; Weizsäcker, Das römische Schiedsrichteramt, S. 67; Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, S. 77 ff.

¹⁴ Bornhak, ZJP 30 (1902), 1, 13; Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, S. 78 f.

¹⁵ Krause, Geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens, S. 40 ff.; Real, Der Schiedsrichtervertrag, S. 7.

¹⁶ Bornhak, ZJP 30 (1902), 1, 17; Schäfer, Verträge zur Schiedsverfahrensdurchführung, S. 35.

¹⁷ Krause, Geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens, S. 30; Real, Der Schiedsrichtervertrag, S. 10.