

# Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Johann Paul Bauer, Michael Martinek  
und Helmut Rießmann

Band 64

Manuela Schäfer

## Die Verträge zur Durchführung des Schiedsverfahrens

Analyse und Vergleich  
zweier Lösungsmodelle am Beispiel  
des deutschen und US-amerikanischen  
Rechtsraums

Teil II



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

## Kapitel 1: Einleitung

Schiedsgerichtsbarkeit gegen staatliche Gerichtsbarkeit – die alternative Streit-schlichtungsmethode hat sich zur starken Konkurrenz für „herkömmliche“ Gerichtsverfahren entwickelt. Dies gilt sowohl für den angloamerikanischen *Common Law* – Rechtskreis als auch für sogenannte *Civil Law* – Länder, zu denen Deutschland zählt. Dennoch ist es unmöglich ein pauschales Urteil zugunsten des einen oder anderen Streitverfahrens zu fällen. Es bedarf vielmehr einer sehr umsichtigen Analyse der Streitsituation, der beteiligten Parteien, sowie des Streit-subjektes, um die richtige Wahl zu treffen. Mehr noch ist eine genaue Kenntnis der tatsächlichen Möglichkeiten und Grenzen der Schiedsgerichtsbarkeit im jeweiligen Rechtsraum unerlässlich. Der Grundgedanke, sozusagen das Herzstück des Schiedsverfahrens, ist und bleibt die Privatautonomie.

### A. Vorüberlegungen zu Privatautonomie und Vertragsfreiheit

Als Errungenschaft und leidenschaftlich verfochtene Garantie der liberalen Gesellschaft (im Gegensatz zum feudalen Gesellschaftsmodell des Mittelalters) erlaubt die Privatautonomie jedem Einzelnen, die privaten Lebensverhältnisse autonom nach seinem Willen in freier Selbstbestimmung und Selbstverantwortung zu gestalten. Sie bietet damit Schutz vor Versuchen von staatlicher Seite, der Freiheit und Befugnis des Bürgers Grenzen zu setzen.

Während Privatautonomie im angloamerikanischen Rechtsraum – wie im *Common Law* übliche Praxis – durch die Rechtsprechung eingeführt wurde und sich mit Hilfe der Richter im 19. Jahrhundert etabliert hat, wurde das Rechtsprinzip in Deutschland als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt. Das GG gewährt insofern „Schutz von Selbstbestimmung und Schutz vor Fremdbestimmung“.<sup>2</sup> Die einzigen Grenzen bzw. Regeln der Privatautonomie sollen sich – im Gegensatz zu öffentlichen Belang, welche an objektivem Recht zu messen sind – aus dem geäußerten Willen des Betroffenen ergeben: *stat pro ratione voluntas*.<sup>3</sup>

---

2 Norbert Reich, Das Phantom „Verbraucherrecht“ – Erosion oder Evolution des Privatrechts?, JZ 1997, 609 mit Bezug zu Vertragsfreiheit.

3 Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, §§ 1, 5 (4. Aufl. 1992).

Im Rahmen der Rechtsgestaltung durch Vertrag findet die Privatautonomie in der Vertragsfreiheit ihre wichtigste Ausprägung.<sup>4</sup> Darunter versteht man die Freiheit zu entscheiden, ob und mit wem ein Vertrag geschlossen werden soll, welchen Inhalt der Vertrag hat und in welcher Form er abgeschlossen wird, um es auf einen Punkt zu bringen, die Freiheit sich rechtlich zu binden.<sup>5</sup> Doch wäre es naiv, die absolute Freiheit der Parteien zu propagieren. Ungeachtet der Tatsache, dass ihr in der heutigen Rechts- und Wirtschaftsordnung ein herausragender Stellenwert beigemessen wird, bedarf die Vertragsfreiheit bzw. ihre Ausgestaltung einer gewissen Relativierung. Insbesondere dort, wo Privatautonomie und öffentliche Belang aufeinander treffen, ist eine Revidierung der absoluten Freiheit zu einem gewissen Grade unerlässlich. Der exakte Umfang dieser Relativierung und Revidierung ist jedoch nebulös und Bestrebungen, einen Konsens für eine einheitliche Definition zu finden, scheiterten häufig. So findet man heute in amerikanischen Rechtslexika als lapidare Erklärung für diesen unbefriedigenden Zustand, dass es bei Weitem nicht ersichtlich sei, was die ersten Richter im 19. Jahrhundert genau darunter verstanden, wenn sie sich auf Privatautonomie und insbesondere Vertragsfreiheit beriefen.<sup>6</sup>

Einigkeit hat sich im Verlauf der rechtswissenschaftlichen Entwicklung dahingehend herauskristallisiert, dass die Idee von der naturgemäß, per se sich entwickelnden sozialen Harmonie allein durch vertraglichen Ausgleich, welche in der Formel „*Qui dit contractuel, dit juste*“<sup>7</sup> ihren Ausdruck findet, ihre Bestandskraft verloren hat.<sup>8</sup> Sie repräsentiert das liberale Vertragsdenken in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, das optimistisch eine Gewähr für die Korrektheit des Vertrages im richtigen Prozedere des Vertrages sah und somit „vom Erfordernis innerer Gerechtigkeit entlastet“.<sup>9</sup> Der Versuch, den Vertrag allein voluntaristisch zu legitimieren, führte allerdings zu unbilligen Ergebnissen im

---

4 Flume, a.a.O., § 1, 6, § 1, 8.

5 Vgl. Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, Freedom of Contract (8. Aufl. 2004): „[The basis of a contract is a] mutual agreement [...], and thus should not be hampered by external control such as governmental interference. [Freedom of contract] embraces[s] two closely connected, but none the less distinct, concepts. In the first place it indicate[s] that contracts [are] based on mutual agreement, while in the second place it emphasize[s] that the creation of a contract [is] the result of a free choice unhampered by external control such as government or legislative interference.“

6 Ebenda.

7 Alfred Fouillé, La science sociale contemporaine, S. 410 (1881).

8 MünchKommBGB/Ernst A. Kramer, Bürgerliches Gesetzbuch AT, Bd. 1, §§ 1 – 240, AGB-Gesetz, Vor. § 145 Rn. 2, 3 (5. Aufl. 2006).

9 Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, S. 327 (2. Aufl. 1983); vgl. auch Walter Schmidt-Rimpler, Grundfragen der Erneuerung des Privatrechts, AcP 147 (1941), 130, 156 f..

Rechtsverkehr und machte deutlich, dass ein vertraglicher Interessenausgleich nicht auch dessen Richtigkeit impliziert.<sup>10</sup> Eine solche Fiktion muss daher hinter der rechtlichen Kontrolle zurücktreten. Um den Vertragsschluss ohne Bedenken als „demokratische Methode der Rechtsschöpfung“<sup>11</sup> zu betrachten, bedarf es eines relativen Machtgleichgewichtes der Kontrahenten auf wirtschaftlicher wie auch intellektueller Seite.<sup>12</sup> Dies wird umso gewichtiger aber auch problematischer, je größer die Zahl der am Vertrag Beteiligten ist.

Der Vertrag in der modernen Industriegesellschaft verliert zunehmend an Bedeutung als bloßes Instrument zur Koordinierung privater Tauschbeziehungen. Quantitativ gesehen mutiert er stattdessen zum Masseninstrument, was *Martens* als „instrumentelle Verfremdung“ der liberalen Vertragskategorie bezeichnet.<sup>13</sup> Er unterliegt – stärker als zuvor – einer strengen Typisierung und Standardisierung. Daher hat die Literatur die Formel von *Henry Sumner Maine* in seinem Werk *Ancient Law* von 1861 modifiziert und spricht nun von einer Rückwärtsbewegung „*from contract to status*“.<sup>14</sup>

Diese Kritik scheint – zumindest auf den ersten Blick – angemessener in Bezug auf *Civil Law* – Rechtsräume, in denen die Einschränkung Vertragsfreiheit, im Rahmen der Bestrebung sehr detaillierte Vertragsmodelle für alle erdenklichen Situation zu kreieren, wesentlich strikter implementiert wurde. Greift man ein Rechtsgebiet heraus, und hierzu soll die Schiedsgerichtsbarkeit exemplarisch dienen, so findet man bereits diverse Vertragsformen, wie Schiedsvertrag, Schiedsvereinbarung, Schiedsrichtervertrag, Schiedsgutachtenvertrag, Schiedsgutachtervertrag – beim ersten oberflächlichen Lesen erscheinen diese Begriffe dem mit dem Schiedsverfahren nicht Vertrauten wie unterschiedliche Bezeichnungen derselben Sache. Die Verwirrung für den Laien (und Juristen) wird noch größer, wenn man sich die vielfältigen Begriffe für die am Schiedsverfahren beteiligten Personen anschaut: Da gibt es Schiedsrichter, (Schieds-)Gutachter, Sachverständige, Arbitrage und Schiedsstellen. Fast könnte man den Eindruck

---

10 *Mathias Habersack*, Richtigkeitsgewähr notariell beurkundeter Verträge, AcP 189 (1989), 403, 407 ff..

11 *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 285 (2. Aufl. 1960).

12 *Schmidt-Rimpler*, a.a.O., AcP 147, 130, 152; *MünchKommBGB/Kramer*, a.a.O., Vor. § 145 Rn. 3.

13 *Klaus-Peter Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 113 120; vgl. allg. *Arthur T. von Mehren*, International Encyclopedia of Comparative Law, Contracts in General, Bd. 7, Kap. 3 (2008).

14 Vgl. Darstellung in *Manfred Rehbinder*, Status – Kontrakt – Rolle, Wandlung der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft, Berliner FS für Ernst E. Hirsch, S. 141, 143 ff. (1968); *Ernst A. Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, München/Salzburg, Vor. Rn. 2, S. 25 m.w.N (1974); *MünchKommBGB/Kramer*, a.a.O., Vor. § 145 Rn. 4.

gewinnen, der Versuch Vertragsmodelle zu entwickeln und der Ehrgeiz Namen zu erfinden, sei ein Juristensport.

Zwangsläufig stellt man sich die Frage, ob alternative Situationen wirklich immer in ein neues rechtliches Korsett gebracht werden sollten? Wäre es nicht viel einfacher, statt neue Rechtskriterien zu entwickeln, auf die allgemeinen Vorschriften des BGB zurückzugreifen und die nähere Ausgestaltung den Parteien zu überlassen? Oder gibt es Gebiete, bei denen dies bereits von vornherein zum Scheitern verurteilt ist? Im amerikanischen Rechtskreis jedenfalls existiert keine ausführliche Vertragsrechtstheorie und die *Privatautonomie* als zentraler Grundsatz<sup>15</sup> der (Privat-) Rechtswissenschaft benötigt schließlich auch ein Einsatzgebiet. Das *Common Law* kommt scheinbar ganz ohne starre Modelle und Regeln zurecht. Der Unterschied zwischen beiden Systemen kann möglicherweise auf den unterschiedlichen sozi-politischen und rechtswissenschaftlichen Hintergrund („*dissimilar socio-political and jurisprudential background*“) zurückgeführt werden, wie von Professor Hay beschrieben, genauer gesagt auf die Tatsache, dass das *Common Law* den Vertrag als Instrument des Liberalismus und der Privatautonomie versteht, während das *Civil Law* privaten Verträgen eine soziale Funktion zuschreibt, welche dabei von außervertraglichen Betrachtungen beeinflusst werden.<sup>16</sup>

Juristen aus dem *Common Law* sind daher oftmals überaus kritisch bei der Betrachtung und Diskussion des Konkurrenzsystems. Sicher eines der Haupturteile ist, dass die Autonomie der Parteien im *Civil Law* nicht im gleichen Umfang gewährleistet werden könne wie in ihrem Rechtskreis, nicht zuletzt, da die vom Gesetzgeber entworfenen Modelle nicht interpretationsfähig seien und die Gerichte insoweit keine Macht bei der Entwicklung und Verbesserung des Rechts besitzen würden. Diese Ansichten sind sicherlich Pauschalisierungen. *Civil* und *Common Law* sind oftmals *de facto* nicht annähernd so verschieden, wie es anfänglich erscheinen mag. Auch wenn die Vorgehensweise vielfach konträr ist, so sind Ziel und Endergebnis, sowie die dahinter stehenden Bestrebungen, oftmals dieselben. Angesichts zunehmender Globalisierung und Internationalisierung

---

15 Hierzu grundlegend Flume, a.a.O., § 1; Ludwig Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 ff.; Konrad Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, FS für M. Rheinstein, Bd. II, S. 493, 502 ff. (1969); für einen abweichenden – weiteren – Begriff der Privatautonomie, bei der wirkliche und mögliche Willensbetätigung partiell gleich gesetzt werden, Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, S. 117 (1967).

16 Michael G. Rapsomanikis, Frustration of Contract in International Trade Law & Comparative Law, 18 Duq. L. Rev. 551, 560 (1980), Prof. Hay zitierend: „(...) *common law views the contract as instrument of liberalism and private autonomy, whereas civil law has scribed a social function to private agreements, which are thereby affected by extra-contractual considerations.*“

rechtlicher Beziehungen sind Bemühungen, das Recht in den unterschiedlichen Ländern und Rechtskreisen zu harmonisieren, nicht von der Hand zu weisen. Schließlich kennt auch das *Common Law* Verträge und Vertragstypen. Nichtsdestotrotz ist es korrekt, dass das unterschiedliche Verständnis von Privatautonomie einen Einfluss auf die Beschränkung der Parteienfreiheit und v.a. der Vertragsfreiheit hat. Dies wird in dem Umfang an Macht reflektiert, die den Richtern und dem Gesetzgeber als „*Gatekeeper*“ zugestanden wird, sprich ihre Fähigkeit, in die Entscheidung kontrahierender Parteien und allem voran der Ausgestaltung ihrer Verträge einzugreifen.

Die Dissertation soll dazu dienen, die Lösungsansätze von *Common* und *Civil Law* zu diesen Problemen im Rahmen eines rechtlichen „*Hot spot's*“ – der Schiedsgerichtsbarkeit – zu diskutieren. Anhand der Analyse der einzelnen Schiedsverträge und der Vorgaben für ihr Entstehen, ihre Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit, sowie der Beurteilung der Notwendigkeit solcher Beschränkungen im jeweiligen nationalen Recht kommt zum Ausdruck, inwiefern die Parteienautonomie beschränkt ist. Dabei wird das rudimentäre Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und der Aufgabe des Staates, Parteien zu schützen, ebenso wie die Gewichtung und Schwerpunktsetzung in den einzelnen Rechtskreisen deutlich. Charakter und Einordnung der Schiedsgerichtsbarkeit als alternative Streitentscheidungsvariante zur ordentlichen Gerichtsbarkeit spiegeln sich in diesen Erkenntnissen wieder. Am Ende soll eine Antwort auf die Frage gefunden werden, ob die Beschränkung der Gestaltungsfreiheiten der Parteien nicht zwingend nötig ist, um ein Gleichgewicht zwischen Streitparteien intern, aber auch zwischen Parteien und Staat, sowie zwischen ordentlicher und Schiedsgerichtsbarkeit herzustellen, um eine Mutation der Schiedsgerichtsbarkeit als Ersatz der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu verhindern.

Bevor wir uns allerdings auf die Schiedsgerichtsbarkeit in zwei rechtlichen Welten konzentrieren, gilt es noch näher auf eine Frage einzugehen: Warum eine Diskussion über Privatautonomie und Vertragsfreiheit anhand zweier Rechtssysteme in die Analyse von Schiedsgerichtsbarkeit und damit in ein zivilprozessuales Thema einbetten?

## **B. Die Bedeutung der Vertragsfreiheit im zivilprozessualen Bereich und die Rolle von *Civil* und *Common Law***

Die Konkurrenz zwischen *Common* und *Civil Law* ist so alt wie ihre Existenz und beide werden gerne als völlig konträr in Zielsetzung und Ausführung präsentiert. Unterschiede resultieren letztlich aus der Entwicklung von Kultur und Geschichte jedes Landes. Dennoch kann einer absoluten Diskrepanz und Unvereinbarkeit

nicht zugestimmt werden. So gibt es einige Rechtssysteme, die Teile beider juristischer Systeme in sich vereinen, v.a. Länder mit recht „jungen“ Rechtsordnungen, wie Eritrea, wo das *Common Law* den prozessualen Teil regelt, während *Civil Law* im materiellen Recht dominiert. Nun könnte man argumentieren, dass das Rechtssystem einen Teil der Geschichte Eritreas widerspiegelt, war Eritrea doch ab 1890 italienische Kolonie und wurde nach dem Zweiten Weltkrieg 1947 britisches Mandatsgebiet. Sicher ist es denkbar, dass Italien, das klassische *Civil Law* – Land, und Großbritannien als Mutterland des *Common Law*, ihre Spuren im eritreischen Rechtssystem hinterlassen haben.

Doch gibt es weitere Länder die in ihrem System erfolgreich eine Balance zwischen beiden Rechtskreisen gefunden haben. Schottland beispielsweise wird zwar häufig zu den Ländern des *Civil Law* gezählt, doch besitzt es in Wirklichkeit ein individuelles System, das Elemente eines unkodifizierten *Civil Law*, welches noch auf dem *Corpus Juris Civilis* basiert, mit *Common Law* – Elementen, die auf den *Treaty of Union* mit England von 1707 zurückgehen, kombiniert.<sup>17</sup>

Weitere ähnlich gemischte oder pluralistische Systeme können in Südafrika, Québec und sogar in der Verfassung von Louisiana gefunden werden.

Diese Länder beweisen, dass es auch im *Common* und *Civil Law* gemeinsame Ansatzpunkte gibt. Nichtsdestotrotz bleiben einige Unklarheiten: Warum wählten die Gründungsväter des Gesetzes von z.B. Eritrea das *Common Law* für den prozessualen Bereich? Sind *Civil Law* – Regeln dafür zu restriktiv und daher weniger gut geeignet? Oder anders formuliert: Ist ein System eher dazu geeignet, die Autonomie der Parteien effektiv zu schützen und vor dem Hintergrund der Freiheit von Verträgen mit prozessualen Bezug, zu fördern?

Gerade zivilprozessuale Vertragsschlüsse sind von weitreichender Relevanz und werden vom Prinzip der Privatautonomie und seinen Beschränkungen beeinflusst.

Als Ausfluss der Vertragsfreiheit besteht die Möglichkeit, die Rechtsprechung zu privatisieren<sup>18</sup> und im Streitfall über die Art des Streitbeilegungsverfahrens und seine genaue Ausprägung zu entscheiden. Sowohl in *Civil Law* als auch in

---

17 Reinhard Zimmermann, Brücken zwischen common law und civil law: Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich, Tätigkeitsbericht 2003, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht <http://www.mpg.de/bilderBerichteDokumente/dokumentation/jahrbuch/2003/privatrecht/forschungsschwerpunkt/pdf.pdf>

18 Rolf A. Schütze, Privatisierung richterlicher Tätigkeit: Ersetzung staatlicher Gerichte durch private Schiedsgerichte?, ZVgl RWiss 99 (2000), 241 – 250; kritisch zur Privatisierung der Gerichtsbarkeit Wolfgang Voit, Privatisierung der Gerichtsbarkeit JZ 1997, 120; zur generellen Übereinstimmung auch mit den Grundsätzen der EMRK: Franz Matscher, Schiedsgerichtsbarkeit und EMRK, Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, S.227, 243 f. (1987).

*Common Law* – Ländern obliegt es den Parteien, ob sie sich der ordentlichen staatlichen Gerichtsbarkeit anvertrauen oder ob sie sich einem alternativen Streitbeilegungsverfahren unterwerfen bzw. inwiefern lediglich die flexiblen Verfahrensregeln modifiziert werden sollen.

Diese Option liegt innerhalb der Schranken der Privatautonomie, die durch die verfassungsmäßige Ordnung (vergleiche Art. 2 Abs. 1 GG), den Schutz Einzelner und der Allgemeinheit, begrenzt wird.<sup>19</sup> Wenn auch Rechtsprechung als grds. originäre Aufgabe des Staates zu betrachten ist, wird das Justizmonopol des Staates durch solche alternative Verfahren keineswegs unterwandert, zumal der Staat seiner Justizgewährungspflicht nachkommt – eine Annahmepflicht auf Seiten der Streitparteien besteht nicht. Der Prozess dient sowohl der Wahrung der objektiven Rechtsordnung, als auch der Durchsetzung subjektiver Rechte des Einzelnen.<sup>20</sup> Im Übrigen kommt dem Staat kein Monopol zur privatrechtlichen Rechtsprechung zu. In einigen Verfassungen, wie der Züricher Kantonsverfassung von 1869, Art. 58 Abs. 2, sind vertragsmäßige Schiedsgerichte sogar ausdrücklich für zulässig erklärt worden.<sup>21</sup>

Eine außergerichtliche Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten gewinnt zunehmend an Popularität, v.a. im Geschäftsleben, und ist auf verschiedene Art und Weise denkbar. So existieren außergerichtliche Schlichtungsstellen, etwa Handwerkskammern (§ 91 Abs. 1 Nr. 11 HandWO) oder wettbewerbsrechtliche Einigungsstellen (§ 27 a UWG), Gütestellen i.S.v. § 794 Abs. 1 Nr. a ZPO und das Institut des Anwaltsvergleiches. Daneben werden zunehmend sachkundige neutrale Vermittler, Mediatoren, z.B. bei familienrechtlichen Problemen eingesetzt, um eine außergerichtliche Konfliktlösung zu erreichen und § 15 a EGZPO ermöglicht es den Bundesländern als Prozessvoraussetzung ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor Zulässigkeit der Anrufung des Gerichts bei sogenannten Gütestellen anzuordnen. Schließlich ist die Anrufung eines – vereinbarten – Schiedsgerichtes denkbar.

Je nach Einfluss und Macht der „Ersatzrichter“ in den jeweiligen Verfahren lassen sich die unterschiedlichen Optionen in unverbindliche, halb-verbindliche und verbindliche Streitschlichtungsmethoden unterteilen.<sup>22</sup> Zur ersten Gruppe

---

19 *Josef Alpmann/Brockhaus*, Fachlexikon Recht, Definition „Privatautonomie“, S. 1018 (1. Aufl. 2004).

20 *Hans Friedhelm Gaul*, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), 27, 46 ff..

21 *Karl-Heinz Schwab/Gerhard Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap.1, Rn. 1 (7. Aufl. 2005).

22 *S.C. Nelson*, Alternatives to Litigation of International Disputes, 23 Int'l Lawyer 187 (1989) abgedruckt in *Ralph H. Folsom/ Michael Wallace Gordon/ John A. Spanogle*,

zählt die Streitschlichtung per se (*Conciliation*), bei der ein unparteiischer Dritter lediglich bei den Verhandlungen unterstützend tätig ist. Mediation darf als semi-verbindlich betrachtet werden und Schiedsgerichtsbarkeit stellt die verbindlichste aller Alternativen dar. Sie ist aber mehr als eine Streitschlichtungsmethode. Gerade durch ihre Verbindlichkeit und ihr Ansinnen, eine Streitigkeit zu beenden, ist sie zugleich Streitentscheidungsvariante zu den staatlichen Gerichten.

Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit sind bislang die am häufigsten frequentierten und bevorzugten Verfahren, nicht zuletzt weil sie dem Gerichtsverfahren am nächsten stehen, wobei die unverbindliche Mediation eher als alternative Vertragsverhandlungsmethode bezeichnet werden darf. Im Folgenden geht es daher um die Ausgestaltung des Konkurrenzverhältnisses zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit. Dazu soll zunächst ein Überblick über die Vor- und Nachteile eines alternativen Streitentscheidungsverfahrens gegeben werden.

### C. Die extraordinäre Bedeutung des Schiedsverfahrens

*In my Travels I once saw a Sign call'd: „The Two Men at Law“;  
One of them was painted on one Side, in a melancholy Posture, all in Rags, with this  
Scroll: „I have lost my cause.“  
The other was drawn capering for Joy, on the other Side, with these Words:  
„I have gain'd my Suit“;  
But he was stark naked.*

– Benjamin Franklin –<sup>23</sup>

Im Rahmen der Möglichkeit, Rechtsprechung auch außerhalb der staatlichen Rechtspflege stattfinden zu lassen, ist die Schiedsgerichtsbarkeit in den vergangenen Jahren am stärksten in den Fokus streitender Parteien gerückt. Im Vergleich zur Mediation bietet sie bereits insofern einen Vorteil, als die Parteien hier eine endgültige und verbindliche Entscheidung durch den Ersatzrichter erhalten.<sup>24</sup> Sie setzt dort an, wo Mediation nicht mehr möglich ist: wenn die Parteien

---

Jr./ Peter L. Fitzgerald, *International Business Transactions – A Problem-oriented Coursebook*, S.1209 ff. (9. Aufl. 2006).

23 Benjamin Franklin, *Poor Richard's almanacs for 1733 – 1758*, Year 1742, December (1742).

24 Zu Unterschieden zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation: vgl. *Christopher R. Drahozal*, *Commercial Arbitration: Cases and Problems*, S. 14 (2. Aufl. 2006); *World Intellectual Property Organization Guide to WIPO Mediation* (2000), abgedruckt in *Tibor Várady/John J. Barceló III/Arthur T. von Mehren*, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, S. 2 ff. (3. Aufl. 2006).

keinen gemeinsamen Nenner mehr finden können. Das Schiedsverfahren ist selbstständig und aus dem Zivilprozess ausgegliedert. Hierin werden die Organe der Justizhoheit ersetzt, sprich an die Stelle des gesetzlichen Richters treten frei gewählte Privatpersonen als Schiedsrichter. Materiell darf von Rechtsprechung gesprochen werden,<sup>25</sup> jedoch unter Ausschaltung der umfassenden staatlichen Rechtspflege. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist demnach materiell-rechtliche und prozessual-jurisdiktionelle Institution zugleich.<sup>26</sup> Sie ersetzt die ordentliche Gerichtsbarkeit, fraglich ist aber, ob sie identische Ziele verfolgt. Unmittelbarer Zweck des Zivilprozesses ist die Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte des Einzelnen. Bei der Schiedsgerichtsbarkeit werden i.d.R. identische Ziele verfolgt, wobei die Durchsetzung der Rechte des Einzelnen in alternativen Streitschlichtungsverfahren Probleme bereiten kann, wie im Folgenden angesprochen. Ob die Erhaltung des Rechtsfriedens ebenfalls zu den offiziellen Zielen des Schiedsgerichtsverfahrens gehört, ist allerdings zweifelhaft, zumal diese Diskussion schon für den staatlichen Zivilprozess geführt wird.<sup>27</sup> Private Schiedsrichter kann grds. keine förmliche Verpflichtung zur Herstellung und Bewahrung der öffentlichen Ordnung treffen, die eher als Teil der öffentlichen Belang anzusehen ist. Die Schiedsrichter stehen primär im Dienst der Parteien und nicht der öffentlichen Ordnung. Vielmehr ist es hier Aufgabe des Staates, gewisse Regulierungen für die Schiedsgerichtsbarkeit einzuführen, um den *ordre public* in seinem Bestand zu sichern. Da Schiedssprüche nach den meisten nationalen und internationalen Rechtsordnungen dann aufhebbar sind, wenn sie gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, sollten die Schiedsrichter diesen Grundsatz in die Überlegungen ihrer Entscheidung zumindest miteinbeziehen.

Damit ist jedoch noch nichts über die konkreten Unterschiede zwischen Schiedsverfahren und ordentlichem Gerichtsverfahren ausgesagt und es ist noch nicht erklärt, warum v.a. im Handels- und Wirtschaftsverkehr – besonders auch im internationalen Rechtsverkehr – mittlerweile mehr als die Hälfte der Verträge mit Schiedsvereinbarungen abgeschlossen werden.<sup>28</sup> Bei Befragungen der Betroffenen trifft man immer wieder auf das Argument der spezielleren Sachkunde der Schiedsrichter, im Vergleich zu staatlichen Richtern, die mit der spezifischen Materie oftmals nicht in demselben Umfang vertraut sind. Gerade bei Ausarbeitung komplexer Verträge, wie im Management-, Konsortial-, Know how- oder

---

25 BGH NJW 1986, 3078.

26 Peter Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 40 ff. (2. Aufl. 1989).

27 Vgl. Münch Komm ZPO/Gerhard Lücke, Bürgerliches Gesetzbuch AT, §§ 1 – 354, Einl. Rn. 9 (2. Aufl. 2000).

28 Die Flexibilität für Wirtschaftsstreitigkeiten lobend Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, § 92 I, S. 300 (29. Aufl. 2007).

Kooperationsbereich, ist es hilfreich einen erfahrenen Spezialisten um eine Entscheidung anzuhalten.<sup>29</sup> Zwar bestehen auch die ordentlichen Gerichte aus Kammern, in denen die Richter je mit einem besonderen Rechtsgebiet betraut sind, doch sind Wirtschaftsstreitigkeiten vielschichtig und es ist nicht gesagt, dass der vom Geschäftsverteilungsplan ausgewählte Richter auch auf diesem Gebiet Experte ist.

Hinzu kommt, dass gerade bei internationalen Rechtsstreitigkeiten, in denen die Schiedsgerichtsbarkeit einen breiten Anwendungsbereich erfährt, oftmals das Recht eines Drittlandes zur Abhandlung der Streitigkeit bestimmt wird. Der ordentliche Richter wird i.d.R. keine umfassenden tief greifenden Fachkenntnisse über fremde Rechtskreise haben und muss erst Rechtsgutachten einholen. Diese Unsicherheiten umgeht man bei der Schiedsgerichtsbarkeit durch Auswahl des Schiedsrichters *in persona*. Im übrigen macht die geschickte Auswahl eines fachkundigen Schiedsgerichts die kostspielige Beauftragung von Sachverständigen-gutachten, die nicht nur bei Streitigkeiten mit internationalem Bezug, sondern z.B. auch bei Baurechtsstreitigkeiten üblich sind und i.d.R. die Aussetzung des Verfahrens, sowie dadurch eine erhebliche zeitliche Verzögerung zur Folge haben, überflüssig.<sup>30</sup>

Daraus ergibt sich die Hauptursache für die zunehmende Heranziehung alternativer Streitbeilegungsverfahren, worauf auch das als Einführung für diesen Abschnitt gewählte Zitat von *Benjamin Franklin* anspielt: die Vermeidung langdauernder kostenträchtiger Gerichtsverfahren, nicht nur durch die Expertise der Schiedsrichter und die weniger umfangreiche Beweiserhebung, sondern auch dadurch, dass beim Schiedsverfahren keine Rechtsmittelinstanzen existieren. Dieser Vorteil gilt ungeachtet dessen, dass beim Schiedsverfahren beide Streitparteien an der Finanzierung des Schiedsgerichts und seiner Auslagen beteiligt sind, was viel eher dazu führen wird, dass auch der Kläger überlegter an das Verfahren herangeht, da er sich sicher sein kann, dass auf ihn Kosten zukommen. Als einziger Wermutstropfen bleibt die Relativierung des Kostenarguments vor der Entwicklung der vergangenen Jahre, weil immer umfangreichere Wirtschaftsstreitigkeiten vor Schiedsgerichten diskutiert werden. In diesen Fällen ergibt sich zwangsläufig eine horrende Rechnung, ungeachtet des Forums.

Doch in der Literatur werden weitere Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit hervorgehoben: allen voran die Entlastung der Gerichte, sowie die größere Flexibi-

---

29 *Herbert Stumpf*, Vor- und Nachteile des Verfahrens vor Schiedsgerichten gegenüber dem Verfahren vor Ordentlichen Gerichten, Festschrift für Arthur Bülow, S. 217, 221 (1981).

30 *Wolfgang Heiermann*, Die neue Schiedsgerichtsordnung für das Bauwesen, BB 1974, 1507, 1508; *Joachim Strieder*, Rechtliche Einordnung und Behandlung des Schiedsrichtervertrages, Prozessrechtliche Abhandlungen, Heft 57, S. 1 (1984).

lität hinsichtlich der Verfahrensgestaltung. Die Möglichkeit, die Öffentlichkeit auszuschließen und damit Diskretion über das Verfahren zu wahren, darf im Wirtschaftsleben nicht unterschätzt werden: Firmen müssen sich keine Sorgen über die Offenlegung von Betriebsgeheimnissen machen und ihre Reputation wird auch nicht dadurch belastet, dass Geschäftspartner und Öffentlichkeit in der Presse über einen Prozess erfahren. Auch die Schiedssprüche selbst sind geheim und werden nicht veröffentlicht. In anglo-amerikanischen Ländern spricht man daher auch von der Schiedsgerichtsbarkeit als *face-saving approach*.<sup>31</sup>

Die Stärkung der Eigeninitiative der Parteien bzgl. anwendbaren Rechts, Organisation, Verfahren und Person des Schiedsrichters etc. zur Konfliktlösung ist für die Streitbeteiligten der Schiedsgerichtsbarkeit ausgesprochen attraktiv. Gerade bei internationalen Streitigkeiten, wenn Parteien aus unterschiedlichen Rechtsordnungen kommen, ist eine solche Adaptivität von großer Bedeutung. Außerdem liegt der besondere Charme der Schiedsgerichtsbarkeit in der Mitarbeit der Parteien an der Beilegung ihrer Streitigkeit. Dies sichert zugleich die größere Bereitschaft, den abschließenden Kompromiss anzuerkennen und umzusetzen. Und durch einen gewissen Wettbewerbsfaktor unter den Schiedsrichtern, die nach Expertise und Kostengesichtspunkten ausgewählt werden, aber auch danach, ob sie eine fallangemessene Beurteilung des Sachverhalts einer vorgefertigten Meinung vorziehen, kann eine gewisse Sicherheit für neutrale und qualitativ hochwertige Schiedssprüche im Interesse beider Parteien gewährt werden.<sup>32</sup>

Hieran knüpft sich andererseits die Kritik an, der Schiedsrichter habe Angst vor einer eindeutigen Entscheidung. V.a. in den *Common Law* – Ländern wird die Besorgnis geäußert, dass die Schiedsrichter nicht ein Gefüge von Präzedenzfällen herausarbeiteten, sondern einerseits bereits die Verschriftlichung ihrer Schiedssprüche und deren Begründung scheuten und andererseits vielmehr versuchen würden, unpräzise Regeln und vage Standards zu entwickeln.<sup>33</sup> Die Gründe dafür liegen auf der Hand: Bekennt sich ein Schiedsrichter zu einer eindeutigen Linie, so wissen die Parteien bereits im Vorfeld wie seine Entscheidung ausfallen wird und sie werden sich womöglich für einen anderen Schiedsrichter entscheiden. Daher besteht die Gefahr, dass einige (v.a. hauptberufliche) Schiedsrichter eine auslegungsfähige und auslegungsbedürftige Meinung vertre-

---

31 *Folsom/Wallace Gordon/Spanogle, Jr./Fitzgerald*, a.a.O., S. 1207; zur Entlastung der Gerichtsbarkeit, sowie zu alternativen Schlichtungsmöglichkeiten in Deutschland vgl. *Hans Prütting*, Schlichten statt Richten?, JZ 1985, 261, 263 ff..

32 *William M. Landes/Richard A. Posner*, Adjudication as a Private Good, 8 J. Legal Stud. 235, 235 – 240 (1979).

33 *Landes/Posner*, a.a.O., 8 J. Legal Stud. 235, 235 – 240; kritisch ebenfalls: *Alan Scott Rau*, Integrity in Private Judging, 38 So. Tex. L. Rev. 485, 523 (1997).

ten werden, die jeder Partei die begründete Hoffnung auf Erfolg gibt, oder im Urteil beiden Parteien zu gewissem Grad zu Recht verhelfen kann.

Dass aber bei weitem nicht alle Schiedsrichter pauschal dazu tendieren, unklare Schiedssprüche im Interesse aller zu fällen, sondern nach Fallangemessenheit entscheiden, belegen mehrere Studien.<sup>34</sup> Dies wirkt sich schon positiv auf ihre Reputation aus, die ihren Wirtschaftsfaktor darstellt. Da ihnen daran gelegen ist, die bestmögliche Entscheidung zu fällen und diese auch zu publizieren, woran sich dann bei fundierter bestmöglicher Begründung auch andere Schiedsrichter orientieren werden, können auch auf dem Schiedsgerichtsmarkt Präzedenzfälle entstehen.<sup>35</sup>

Doch selbst wenn gewisse Schiedsrichter es sich bei der Urteilssprechung zum Motto gemacht haben „*to split the baby*“, sprich in ihren Entscheidungen eher eine salomonische Lösung als eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung anstreben, ist dies nicht zwangsläufig negativ. Im Gegenteil: Der perfekte Vertrag, in dem alle Eventualitäten berücksichtigt sind, existiert praktisch nicht. Vielmehr sind Fehler und Unaufmerksamkeiten auf Seiten beider Vertragsschließenden die Regel. Das Finden einer vergleichsähnlichen Lösung ist daher vielfach ein fairer und weitaus realistischerer Ansatz. Schiedsgerichtsbarkeit, als eine Mischung von traditioneller Rechtsprechung durch Gerichte und der, vor allem im asiatischen Bereich vorherrschenden Mediation, spiegelt daher für zahlreiche Parteien eine perfekte Balance wieder. Dazu passt das eingangs von *Aristoteles* verwendete Zitat: Der Schiedsrichter achtet darauf, was gerecht und billig ist, der Richter richtet sich danach, was Recht ist. Der Unterschied zum ordentlichen Gerichtsprozess wird umso deutlicher, betrachtet man die Beschreibung des Zivilprozesses durch *von Jehring* in einem Vortrag 1872 als legalen Kampf ums Privatrecht, auf einer Stufe mit Krieg, Revolution, Fehde, Duell und Notwehr.<sup>36</sup> Auch wenn diese Beschreibung heute plakativ erscheinen mag, so verdeutlicht sie doch die Geisteshaltung des 19. Jahrhunderts, aus der heraus die ZPO entstanden ist und parallel zu welcher sich die Schiedsgerichtsbarkeit entwickelt hat.

Die weitere Kritik, die zwar primär bei Vergleichssituationen laut wird, jedoch strukturell durchaus auch auf Schiedsgerichtsbarkeit passt, nämlich, dass durch die Umgehung einer bindenden gerichtlichen Entscheidung auch Rechts-

---

34 *Stephanie E. Keer/Richard W. Naimark*, Arbitrators Do Not „Split the Baby“ – Empirical Evidence from International Business Arbitration, 18 J. Int'l Arb. 573, 574 ff. (2001); *Soia Mentschikoff*, Commercial Arbitration, 61 Colum. L. Rev. 846, 861 (1961); positiv gegenüber der Abwendung vom Alles-oder-Nichts-Prinzip auch *Prütting*, a.a.O., JZ 1985, 261, 267.

35 *Christopher J. Bruce*, The Adjudication of Labor Disputes as a Private Good, 8 Int'l Rev. L. & Econ. 3, 7 – 10 (1988).

36 Vgl. dazu *Rudolf von Jehring*, Der Kampf ums Recht (1965).

fragen, an deren gerichtlicher Lösung die Allgemeinheit Interesse hat, einer rechtsklärenden und rechtsfortbildenden Entscheidung entzogen werden, ist in der Praxis wenig geeignet, Zweifel an der Schiedsgerichtsbarkeit aufkommen zu lassen.<sup>37</sup> Beim Zivilprozess stehen, im Gegensatz zum Strafprozess, gerade die Parteien mit ihren Wünschen im Vordergrund. Ob ihr Problem auch andere interessieren könnte, ist nicht ausschlaggebend für die Wahl des Forums. Vielmehr werden die Parteien analysieren, wie viel Zeit und Kosten sie privat investieren müssen. Hinzu kommt, dass eine außergerichtliche gütliche Streitbeilegung auch oberstes Prinzip des Zivilprozesses ist (vgl. § 278 Abs. 1 ZPO). Den Parteien wird hierdurch eine zusätzliche Ebene ihrer Konfliktlösung eingeräumt. Der gerichtliche Weg steht offen, wenn eine Einigung gescheitert ist.

Dennoch bringt auch das Schiedsverfahren gewisse Probleme mit sich. So kann es sich im Nachhinein als Fehler herausstellen, ein „verkürztes“ Verfahren gewählt zu haben. V.a. auf die Teilnahme von mehr als zwei Streitparteien sind die traditionellen staatlichen Prozesse besser vorbereitet, allein mit Blick auf die Wahl der Schiedsrichter – sofern gesetzliche Bestimmungen existieren, sind diese auf zwei Streitparteien angelegt.<sup>38</sup>

In den USA ist es ein zusätzliches Problem, dass die Schiedsgerichtsbarkeit die Parteien um die verfassungsrechtlich garantierte Möglichkeit, an einem Juryverfahren teilzunehmen, bringt.<sup>39</sup> Der Verzicht auf prozessuale Vorteile ist allerdings, wie die fehlende Berufungsmöglichkeit, letztlich nur ein Opfer, das zugunsten eines schnelleren kostengünstigeren Verfahrens erbracht wird.

Weitere Nachteile des Schiedsverfahrens liegen zum einen darin, dass nicht immer allein der freie Wille der Parteien im Zentrum steht, z.B. bei Schiedsgerichten der Verbände, die durch die Vereinssatzungen aufoktroiert werden und denen so zugleich für sie nachteilige Klauseln aufgedrängt werden können<sup>40</sup> und zum anderen eine Gefahr für die Gewähr der Unparteilichkeit der Schiedsrichter existiert, gerade wenn Parteivertreter zur Entscheidungsfindung berufen werden,<sup>41</sup> was jedoch nicht zwingend zulässig ist.

---

37 Für den Vgl. siehe *BGB Alternativkommentar/Roland Dubischar*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Besonderes Schuldrecht, §§ 433 – 853, § 779 Rn. 3, Neuwied (1999).

38 *Folsom/Gordon/ Spanogle, Jr./ Fitzgerald*, a.a.O., S. 1207 f..

39 *Jean R. Sternlight*, Rethinking the Constitutionality of the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration: A Fresh Assessment of Jury Trial, Separation of Powers, and Due Process Concerns, 72 Tul. L. Rev. 1, 6 (1997).

40 Vgl. zur besonderen Thematik der Sportschiedsgerichte *Burkhard Heß*, Sportschiedsgerichte im Lichte der New Yorker Konvention, ZZZ Int 3 (1998), 457 ff..

41 *Schwab/Walter*, a.a.O., Kap. 1, Rn. 9.

Hinzu kommt, dass erst einmal ein Konsens über eine Verfahrensordnung gefunden werden muss und eine Partei die Bildung des Schiedsgerichts verzögern oder gar verhindern kann. Doch müssten sich dafür beide Parteien über das Ausmaß der adhäsiven Schiedsklausel im Klaren sein. Daran wird es gerade bei Verbraucherverträgen scheitern.<sup>42</sup> Die Verbraucher haben i.d.R. nur eine vage Vorstellung (wenn überhaupt) von der Arbeit eines Schiedsgerichts. Das Wissen darüber, wie es sich in das Streitentscheidungssystem als Ganzes einfügt, welche Rechte die Parteien dadurch aufgeben und welche Pflichten sich ergeben, kann schwerlich vorausgesetzt werden und es wird auch zu kostspielig sein, Experteninformationen über eine bestimmte Vertragsklausel einzuholen. Oftmals sind solche Vertragsklauseln noch dazu formell getarnt (etwa durch Verwendung extrem kleiner Schrift oder ausschließlich juristischer technischer Termini).

Bei solchen Verträgen, bei denen grds. ein Verhandlungsungleichgewicht, wie im Verbraucherrecht, besteht, erweisen sich Schiedssprüche insofern als nachteilig für die wirtschaftlich und sozial schwächere Partei, als Schiedsrichter in der Praxis häufig dazu tendieren, die Höhe von Schadensersatz (etwa bei Verfehlungen oder Vertragsverletzungen der Unternehmer) wesentlich niedriger anzusiedeln als staatliche Gerichte.<sup>43</sup> Dies beruht auch auf der Tatsache, dass die Schiedsrichter mit dem betreffenden Unternehmer häufig mehrfach zu tun haben werden, während sie dem Verbraucher nur einmal während des einen Schiedsverfahrens begegnen. Aus wirtschaftlicher Sicht eines (hauptberuflichen) Schiedsrichters, der finanziell darauf angewiesen ist, auch in Zukunft als Streitentscheider gewählt zu werden, wäre es ggf. nachteilig, rein verbraucherfreundlich zu entscheiden und dadurch die Unternehmer abzuschrecken.<sup>44</sup>

Dasselbe Grundprinzip belegt eine Studie über Schiedsverfahren im Arbeitsrecht, die 1997 im Auftrag der *American Arbitration Association* (AAA) durchgeführt wurde: Prof. *Bingham* stellte erhebliche Unterschiede im Ausgang der Schiedsverfahren fest, je nachdem, ob der Arbeitgeber (Unternehmer) wiederholt Schiedsverfahren in Anspruch nahm oder dies bloß eine einmalige Sache war.<sup>45</sup> So gewannen Arbeitnehmer in nur 16 % der Schiedsverfahren gegen „schiedsbe-

---

42 Kritisch dazu: *Jean R. Sternlight*, Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration, 74 Wash. U.L.Q. 637, 686 – 693 (1996); ebenso alternative Schlichtung als echte Alternative nur für den „informierten und mündigen Bürger“ annehmend *Prütting*, a.a.O., JZ 1985, 261, 268.

43 *Stephen J. Ware*, The Case for Enforcing Adhesive Arbitration Agreements – With Particular Consideration of Class Actions and Arbitration Fees, 5 J. Am. Arb. 251, 257 f. (2005).

44 *Gordon Tullock*, Trials on Trial: The Pure Theory of Legal Procedure, S. 127 – 129 (Colum. U. Press 1980).

45 *Lisa B. Bingham*, Employment Arbitration: The Repeat Player Effect, 1 Empl. Rts. & Emp. Pol'y J. 189, 213 ff. (1997).

kannte“ Arbeitgeber, im Gegensatz zu einer 63 % – Gewinnrate bei Schiedsverfahren, die für Arbeitnehmer und Arbeitgeber Neuland waren. Allerdings sind diese Zahlen sicher nicht ausschließlich auf eine wirtschaftliche Voreingenommenheit des Schiedsgerichts zurückzuführen. Die angesprochene Studie selbst identifiziert unterschiedliche Qualität in der Sachverhaltsdarstellung bzw. systematische Differenzen hinsichtlich der Sachverhalte, sowie die Wahrscheinlichkeit, dass Arbeitgeber, die Erfahrung in Schiedsverfahren gesammelt haben, gewiefter in der Falldarstellung werden und prozesstaktisch agieren als weitere Gründe dafür, dass sie Fälle für sich entscheiden können, in denen sie sonst womöglich den Kürzeren ziehen würden.<sup>46</sup> Und das Ergebnis kann auf die Qualität der rechtlichen Vertretung der Parteien zurückzuführen sein. Anzumerken sei noch, dass diese Studie keine vergleichbaren Zahlen zu staatlichen Gerichtsverfahren präsentiert, so dass schon nicht klar ist, ob die Zahlen wirklich schiedsverfahrensspezifische Charakteristika widerspiegeln.

In einer weiteren Studie, die den Vergleich zu gerichtlichen Verfahren durchführt, wurden diese Ergebnisse insofern relativiert, als festgestellt wurde, dass – ungeachtet der Häufigkeit der Inanspruchnahme von Schiedsverfahren durch den Arbeitgeber – den Arbeitnehmern im Schnitt 10, 4 % ihrer Ansprüche vom staatlichen Gericht zugesprochen wird, während es im Schiedsverfahren 18 % sind.<sup>47</sup> Hier spielt andererseits natürlich die Streitwerthöhe und die Höhe des Geforderten eine Rolle. Trotz der Relativität dieser Zahlen und ihrer Abhängigkeit von den Variablen der Einzelfälle lässt sich folgern, dass, auch wenn Umstände, wie die Prozesspraxis des Arbeitgebers, durchaus negativen Einfluss auf die Erfolgsquote der Arbeitgeber haben kann, sich das Schiedsverfahren *in toto* trotzdem für die Arbeitgeber auszahlen kann.

Selbst bei den Verbraucherverträgen kann die einseitig negative Sichtweise nicht Bestand haben. Es darf nicht vergessen werden, dass Verbraucher zumindest mittelbar von der kostengünstigeren Schiedsgerichtsbarkeit profitieren, wenn man die ökonomische und wirtschaftsrechtliche Grundregel bedenkt: Niedrigere Kosten für die Wirtschaft (aufgrund von günstigen Vertragsklauseln für den Verkäufer) schlagen sich im Laufe der Zeit in niedrigeren Preisen für die Konsumenten nieder.<sup>48</sup> Durch Schiedsgerichtsbarkeit spart das Unternehmen in einem Rechtsstreit aber ohne Zweifel Zeit und Prozesskosten. Daher müssen auch bei Verbraucherverträgen Schiedsklauseln über bereits entstandene wie auch erst künftige Streitigkeiten grds. zulässig sein. Nur muss der von der Schiedsverein-

---

46 Kritisch dazu auch: *Marc Galanter*, Why the „Haves“ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, 9 L. & Soc’y Rev. 95 (1974).

47 *Lewis Maltby*, Employment Arbitration: Is it really Second Class Justice?, *Disp. Resol. Mag.*, Herbst 1999, S. 23 f..

48 *Ware*, a.a.O., 5 J. Am. Arb. 251, 254 – 264.

barung betroffene Verbraucher im Einzelfall Kenntnisse davon haben und es ist empfehlenswert, dass er sich mit den juristischen Konsequenzen auseinandersetzt.

Wirklicher Schwachpunkt des Schiedsverfahrens ist abschließend die Tatsache, dass die Schiedsgerichte keine Macht haben, die Vollstreckung eines Schiedsspruches durchzusetzen. Die Vollstreckung fällt stets in den Rahmen der Zwangsvollstreckung und berührt dadurch öffentliche Belange. Die staatlichen Gerichte müssen also immer die Vollstreckbarkeit entscheiden und auf diese Weise obliegt ihnen auch die Möglichkeit einer Nachprüfung und gewissen Kontrolle (vgl. in Deutschland §§ 1060 und 1061 i.V.m. 1062 ff. ZPO, in den USA 9 U.S.C. § 10). Diese Machtbeschränkung zeigt sich auch schon früher im Schiedsverfahren. Das Schiedsgericht kann Beweise erheben und frei würdigen (z.B. § 1042 Abs. 4 S. 2 ZPO), doch dürfen Sachverständige und Zeugen etwa nur vernommen werden, wenn sie freiwillig erscheinen und aussagen. Zwang kann also allein das ordentliche Gericht (auf Aufforderung hin) ausüben (§§ 1049, 1050 ZPO) und Gleiches gilt für die Eidesabnahme. Dieser Mangel an Macht kann mit Sicherheit als „Achillesferse des Schiedssystems“ gewertet werden. Er ist jedoch unweigerlich, bedenkt man die Anforderungen an das Schiedsrichteramt und seine Pflichten. Dabei wird häufig noch auf die kritischen Anmerkungen von Professor *Kronstein*<sup>49</sup> und Richter *Hays*<sup>50</sup> in den 1960ern Bezug genommen, die das Schiedsgerichtssystem als solches und nicht zuletzt die Rolle und Ermessensfreiheit der Schiedsrichter bedachten. Als besonders problematisch hoben sie hervor, dass der Schiedsrichter bei der Ausübung seines Amtes nicht unmittelbar dem materiellen Recht mit seinen Schutzmaßnahmen untergeordnet sei und gelegentlich nicht die nötigen Kompetenzen besitze. Sie sind nicht zwingend Rechtsgelehrte. Andererseits werden sich die Schiedsrichter schon aus Reputationsgesichtspunkten und dem Bedürfnis, für neue Verfahren bestellt zu werden, um eine qualitativ hochwertige Entscheidung bemühen.

Für den internationalen Bereich ist außerdem anzumerken, dass es das Verfahren sehr stark vereinfacht, die Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruches zu suchen, statt einen Vollstreckungstitel umsetzen zu wollen. In diesem Zusammenhang betont die internationale Jurisprudenz außerdem den Vorteil, der Schiedssprüchen dann zukommt, wenn eine Streitpartei ein Staat oder ein souveränes Staatsorgan ist. Regierungen sind sehr zurückhaltend und i.d.R. schon durch ihre Verfassung und internationales Recht daran gehindert, eine andere Regierung vor ihren Gerichten anzuklagen. Der eigene Staat wiederum genießt vielfach Immunität davor, vor eigenen Gerichten verklagt zu werden. Die Frage,

---

49 *Heinrich Kronstein*, Arbitration is Power, N.Y.U. L. Rev. 1963, 661.

50 *Paul R. Hays*, The Future of Labor-Arbitration, 74 Yale L. J. 1019 (1965).

ob im Abschluss einer Schiedsvereinbarung durch den „Staat“ eine Verzichtserklärung auf die Immunität zu sehen ist und ob dies überhaupt möglich ist, hat im *Civil* wie im *Common Law* eine weitgehend einheitliche Antwort erfahren. Da man den Parteien, die vor staatlichen Gerichten Immunität genießen, zugesteht, Schiedsvereinbarungen zu schließen, so muss man zum Schutz der Gegenpartei annehmen, dass sie dann auf ihre Immunität verzichten, und zwar sowohl für das Schiedsverfahren als auch für die spätere mögliche Vollstreckbarerklärung durch ein staatliches Gericht. Ansonsten würde man die Schiedsgerichtsbarkeit in diesen Fällen überflüssig und eine unzulässige Ausnahme vom Prinzip des „*pacta sunt servanda*“ machen. Wenn sich der Staat wie eine Privatperson geriert und Verträge abschließt, so muss er wie eine Privatperson daran festgehalten werden. Schließlich ist bei einer Schiedsvereinbarung zwischen einem Staat und einem Privaten auch keine Interferenz mit der Souveränität des Staates zu befürchten, so dass die Grundidee der Immunität nicht einschlägig ist.<sup>51</sup> Der *Supreme Court* hat dies erst 2002 in einer aufsehenerregenden Entscheidung, in der es um die Immunität eines Indianerstammes ging, bestätigt.<sup>52</sup> Mit Bezug auf internationale Souveräne hat der Kongress diese Linie im sogenannten *Foreign Sovereign Immunities Act* (28 U.S.C. § 1605 (a)(6)) verfolgt. Und nach 9 U.S.C. § 15 ist die *Act of State Doctrin*, die die grds. Unantastbarkeit und Souveränität eines anderen Staates bestätigt, unanwendbar für die Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen und die Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen. Im Völkerrecht finden sich darüber hinaus ausdrückliche „Verzichtserklärungen auf die Jurisdiktionsimmunität“, wie in Art. 54 des Weltbank-Übereinkommens<sup>53</sup> bzgl. sämtlicher Schiedssprüche die vom ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), dem Schiedsrichtergremium der Weltbank gefällt werden oder in Art 12 ESA (*European Convention on State Immunity*), der sich ausdrücklich nur auf Schiedsvereinbarungen zwischen einem Staat und einem Privaten, nicht aber zwischen zwei Staaten, bezieht. Problematisch ist und bleibt natürlich auch dann die grds. Immunität des Staates während des Vollstreckungsverfahrens, über die in diesen Auszügen nichts gesagt ist. Die Theorie der „relativen Immunität“ nimmt auch hier die Möglichkeit einer Verzichtserklärung an,

---

51 *Chem. Ltd. v. China Nat'l. Mach. Imp. and Exp. Corp.*, 161 F.3d 314 (5th Cir. 1998).

52 *C&L Enters., Inc. v. Citizen Band Potawatomi Indian Tribe*, 532 U.S. 411 (2001).

53 Gesetz zu dem Übereinkommen vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, BGBl., Teil II, 1969, 369, 388.

sofern das Eigentum, in das vollstreckt werden soll, nicht Staatszwecken dient, doch muss die Diskussion hierüber an anderer Stelle geklärt werden.<sup>54</sup>

Diese Ausführungen machen unmissverständlich klar, dass keine Gerichtsbarkeit, weder ordentliche noch Schiedsgerichtsbarkeit, ein Allheilmittel ist. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist sicher nicht für jeden Vertrag die richtige Klausel.

Betrachtet man Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit, so erhält man bereits ein recht klares Bild von dem alternativen Streitentscheidungsverfahren und den Stellen, bei denen Gesetzgeber und Rechtsprechung ansetzen, um ein System zu schaffen, das eine echte Alternative zur Gerichtsbarkeit ist und in dem alle Vorteile bewahrt werden können, ohne die Parteien schutzlos zu stellen. Wie dies im Einzelnen ausgestaltet ist, wo die Ansatzpunkte liegen, und inwiefern Beschränkungen der Vertragsfreiheit betroffen sind, wird im Folgenden näher erläutert. Dabei soll Deutschland als Modell für ein *Civil Law* Land dienen, und die US-amerikanische Schiedsgerichtsbarkeit wird dabei helfen, den Ansatz des *Common Law* besser zu verstehen.

---

54 *Schwab/Walter*, a.a.O., Kap. 4, Rn. 12; dafür: Cour de Cassation, Entscheidung vom 07/06/2000, YCA XXV, S. 458 (2000); dagegen: Fed. Court of Appeals (D.C.) YCA XXV, S. 1001 (2000).