

Betrachtungen zur Reformierung des Schiedsrechts

Prof. Dr. Joachim Münch, Göttingen

- I. Zur Notwendigkeit einer Selbstreflexion
- II. Rahmenbedingungen für Reformüberlegungen
 1. Nationale Reformdiskussionen
 2. Veränderung der UNCITRAL-Schablone
 3. Parallele Reformdiskussionen
 4. Veränderung der Schiedslandschaft
 5. Spürbarer Wettbewerbsdruck
- III. Die UNCITRAL-Vorschläge zum „Modell-Update“
 1. Stärkung „internationaler Harmonie“ (Art. 2a ModG)
 2. Optionales Schriftformerfordernis (Art. 7 ModG)
 3. Einstweiliger Rechtsschutz (Artt. 17–17j ModG)
 4. Vollstreckbarkeiterleichterung (Art. 35 Abs. 2 ModG)
- IV. Exkurs: Rechtsprechungsorgane im Bundesstaat
- V. Zusätzliche rechtspolitische Herausforderungen
 1. Ermöglichung stärkerer Schutzstandards
 2. Internationales Privatrecht des Schiedsverfahrens
 3. Internationale Erleichterungen?
 4. Staatsgerichtliche Kompetenzkontrolle
 5. Staatsgerichtliche Integritätskontrolle
 6. Mehrparteien- und -vertragsschiedsgerichtsbarkeit
- VI. Schlusswort

I. Zur Notwendigkeit einer Selbstreflexion

Das *deutsche* Schiedsrecht war lange ein recht beständiges Rechtsgebiet – in der Zeit vom Inkrafttreten der CPO am 01.10.1879¹ (10. Buch: §§ 851 bis 872 CPO bzw. [seit 01.01.1900 dann] §§ 1025 bis 1048 ZPO) bis zur grundlegenden Novellierung mit Wirkung zum 01.01.1998² (10. Buch: §§ 1025 bis 1066 ZPO) zählt man nicht mehr als ein Dutzend³ Änderungen, freilich jedoch durchaus einige wichtige:

- die Ersetzung des Urteils- durch ein einfacheres Beschlussverfahren für Vollstreckbarerklärungen im Zusammenhang mit der Ratifikation der Genfer Abkommen;
- die völlige Öffnung des Schiedsrichteramtes, ja überhaupt aller Rechtspflegeämter, für Frauen (war zuvor ein Ablehnungsgrund: § 1032 Abs. 3 a.F!);⁴

1 Civilprozessordnung [Nr. 1166] v. 30.01.1877, RGBl Nr. 6 S. 83 (239–243).

2 Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts v. 22.12.1997 (Art. 1 Nr. 7), BGBl I Nr. 88 S. 3224 (3225–3232).

3 Nicht mitgerechnet die allerletzte jener Änderungen: Einstellung des vollstreckbaren Anwaltsvergleichs: einst § 1044b a.F. (Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz v. 17.12.1990 (Art. 1 Nr. 68), BGBl I Nr. 71 S. 2847 (2853) [in Kraft ab 01.04.1991 (Art. 11 Abs. 5)]) – heute: §§ 796a–c n.F. (Art. 1 Nr. 3–5 SchiedsVfG). Jene betrafen kein Schiedsverfahrensrecht (systematisch falscher Platzierungsort).

4 Diese Diskriminierung wurde mit Blick auf Nichtarier dann „wiederbelebt“ durch Gesetz zur Änderung einiger Vorschriften der RAO, der ZPO und des ArbGG v. 20.07.1933 (Art. 3 Nr. 2), RGBl I Nr. 85 S. 522 (523) [in Kraft ab 23.07.1933 (Art. 5 Abs. 1)]. Suspendiert mit Wirkung zum 20.09.1945 durch Art. II (i.V.m. Art. I Nr. 1a) des Kontrollratsge-

- die Einführung zwingender Schriftform für die Schiedsvereinbarung (§ 1027 a.F.) und auch einer Schutzklausel gegen Übervorteilung (§ 1025 Abs. 2 a.F.);⁵
- die „Verlagerung“ der Schiedseinrede vom allgemeinen Prozessrecht (§ 274 Abs. 2 Nr. 3) ins insoweit speziellere Schiedsverfahrensrecht (§ 1027a a.F.);⁶
- schließlich die Liberalisierung der für einen Schiedsspruch verlangten Förmlichkeiten (§ 1039 a.F.) und namentlich die Vereinheitlichung der *ordre public*-Klausel.⁷

Auch seither blieb das Gebiet in einem legislativ ruhigen Fahrwasser, trotz weiterer inzwischen sieben⁸ Änderungen am Normtext, die alle indes aus Anlass sonstiger (BGB-/ZPO-/HGB-) Gesetzesänderungen geschahen und nicht die allgemeine Grundstruktur tangierten. Das neue Schiedsrecht wurde ferner insgesamt freundlich aufgenommen und „funktioniert“ im Großen und Ganzen „geräuschlos“.

Das reformierte deutsche Schiedsrecht ist inzwischen nun auch schon mehr als 20 Jahre in Geltung. Dies für sich ist eigentlich genügender Anlass zu wissenschaftlich kritischer Selbstreflexion: was wurde erwartet, was wurde erreicht? Es muss ja nicht wieder die doppelte Zeit ins Land gehen, wie einst unter Herrschaft des alten Rechtes,⁹ bis dezidiert Reformbedarf artikuliert ist. So hat wohl das BMJV gedacht, als es aus nahezu heiterem Himmel den „Arbeitskreis zur Überarbeitung des deutschen Schiedsverfahrensrechts“ als ein Beratungsgremium berief (nur der Ordnung halber erwähnt: ich selbst bin völlig unbeteiligt!) und zur Vorbereitung für den Diskussionsprozess ein auf Ende August 2016 datiertes „non paper“ mit

setzes Nr. 1 vom 20.09.1945 (Abl 1945 S. 6); das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit ... vom 12.09.1950 (Art. 2 I), BGBl I Nr. 40 S. 455 [in Kraft ab 01.10.1950 (Art. 8 I)] trifft keine eigene Regel; die zeitgleiche Neubekanntmachung reproduziert allein daher den alten Text: BGBl 1950 I Nr. 40 S. 535 (625).

- 5 Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933 (Art. 1 Nr. 32 u. 33), RGBl I Nr. 120 S. 780 (785) [in Kraft ab 01.01.1934 (Art. 9 I)] – offenbar wohl angeregt vom § 739 bzw. § 738 E 1931, also durchaus unverdächtig.
- 6 Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungs-Novelle) v. 03.12.1976 (Art. 1 Nr. 113), BGBl I Nr. 141 S. 3281 (3297) [in Kraft ab 01.07.1977 (Art. 12 Abs. 1)].
- 7 Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts v. 25.07.1986 (Art. 4 Nr. 10), BGBl I Nr. 37 S. 1142 (1152) [in Kraft ab 01.09.1986 (Art. 7 § 2)].
- 8 Wer genau sucht, der findet *acht* Gesetze – das Kuriosum ist: die allererste Änderung (lediglich die Ergänzung von § 1025 Abs. 2 – Redaktionsversehen!) wurde zeitgleich *doppelt* eingefügt: Art. 18 Nr. 2 HRefG v. 22.06.1998, BGBl I Nr. 38 S. 1474 (1481) bzw. Art. 1b Nr. 5 BtÄndG v. 25.06.1998, BGBl I Nr. 39 S. 1580 (1583) [beide in Kraft ab 01.07.1998 (Art. 29 Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 1)].
- 9 NUSSBAUM, Die gesetzliche Neuordnung des Schiedsgerichtswesens ... – Denkschrift, Berlin 1918; ferner LEO-BAMBERG, Welche Hauptgrundsätze sind für die Neuordnung des Schiedsgerichtswesens zu empfehlen?, Gutachten zum 34. DJT (Köln 1926), S. 179; DAV (Hrsg.), Entwurf eines Gesetzes zur Abänderung der Bestimmungen des 10. Buches der Zivilprozessordnung nebst Begründung (1929); RJM (Hrsg.), Entwurf einer Zivilprozessordnung (1931): §§ 737-768 (S. 164-171 [Textierung] mit S. 389-399 [Begründung]).

mehreren beratungswürdigen Diskussionspunkten vorlegte. Es fasst mögliche Normenverbesserungen zusammen [II] und ergänzt einige weitere streitige Regelungsbereiche [III]. Die Einleitung endet vielsagend (S. 2 [I a.E.]):

„Sofern der Arbeitskreis in seiner abschließenden Stellungnahme Reformbedarf feststellt, könnte dieser mit einem Gesetzgebungsvorhaben umgesetzt werden und dann im Jahr 2018, 20 Jahre nach der letzten Reform, in Kraft treten. Die Investor-Staat Schiedsgerichtsbarkeit (ISDS) wird durch diese Reformüberlegung nicht berührt.“

Das angepeilte Inkrafttretensdatum ist unterdessen schon verstrichen, und der Koalitionsvertrag hat das Vorhaben nicht gelistet (im Unterschied zu einer anderen *parallelen* Initiative aus jenem Bereich: der Lockerung des AGB-Rechts für einige „b2b“-Konstellationen¹⁰ – Stichwort: „Law made-in-Germany“). Der Reformeifer ist scheinbar auch versandet. STEFAN KRÖLL, dem Vernehmen nach ein Mitglied der Arbeitsgruppe, deutet ganz beiläufig noch im schiedsrechtlichen Jahresüberblick 2017 das Existieren ausformulierter Vorschläge an (NJW 2018, 836, 839 [V]), GERHARD WAGNER, ebenfalls ein Mitglied des Kreises, hat selbst dazu spezifische Überlegungen vorgetragen (Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb [2017], S. 147 ff.) – indes sind weder ein offizieller Abschlussbericht noch ein amtlicher Referentenentwurf bis heute bekannt geworden. Hier mag auch die Diskontinuität in der BMJV-Hausleitung ihre praktischen Spuren hinterlassen.

Wegen der recht undifferenzierten (investitionsrechtlichen) „Schiedsschelte“ bezüglich TTIP und CETA,¹¹ erscheint letzthin u.U. sowieso klüger, (handels- und prozessrechtlich) stille zu halten, um Schranken zu vermeiden, wenn man denn keinerlei grundlegende Missstände festzustellen hat.⁸ Vielleicht wäre am Ende das „Silberjubiläum“ des neuen Rechtes am 01.01.2023 das demnach (politisch) bessere Zieldatum.

II. Rahmenbedingungen für Reformüberlegungen

Die Analyse *sine ira et studio* sei dennoch hier erlaubt, mitsamt noch einiger (Zusatz-) Anregungen für Änderungen. Dafür spricht nicht zuletzt das Zusammenwirken von fünf an sich recht eigenständigen Entwicklungslinien und Motivationsgründen, die man auch als die zentralen Rahmenbedingungen des Reformprozesses begreifen kann. Dies betrifft eher *nationale* Argumente (sub 1), die *internationalen* Entwicklungen (sub 2–4) wie auch das Zusammenwirken dieser beiden Betrachtungen (sub 5).

¹⁰ Zeilen 6186–6188: „Wir werden das AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen auf den Prüfstand stellen mit dem Ziel, die Rechtssicherheit für innovative Geschäftsmodelle [was immer jenes sei ...] zu verbessern.“ Dazu s.a. TH. PFEIFFER NJW-Editorial 2018/13 (S. 3).

¹¹ Die rechtsstechnisch klare Unterscheidung von *handelsrechtlichen*, *investitionsrechtlichen* und *völkerrechtlichen* Schiedsgerichten (MünchKomm/MÜNCH [5. Aufl. 2017] Vor § 1025 ZPO Rdnr. 13) ist Medien und Massen offenkundig zu kompliziert für notwendige differenzierte Bewertung!

1. Nationale Reformdiskussionen

Die BMJV-Arbeitsgruppe war letztlich nur Reaktion auf schon unabhängig davon vorliegende Anstöße für Teilreformen im Schiedsrecht. Sie kamen aus Wissenschaft¹² wie Rechtspraxis, insbesondere ist erwähnenswert die DAV-Stellungnahme 10/2015 vom März 2015 von Seiten des Ausschusses Zivilverfahrensrecht „zu erforderlichen Änderungen der §§ 1025 ff. ZPO“.¹³ Sie plädiert für Herausstellung der Internationalität [Ziff. 1: § 1025a], die Ergänzung von § 1059 Abs. 2, um „negative“ Kompetenzentscheide bzw. „Prozessschiedssprüche“ zu überprüfen [Ziff. 2: als Korrektur von BGHZ 151, 79, 82 f. – siehe dazu bei V 4b] und einige Änderungen staatlichen Verfahrens, d.h. des neunten Abschnittes (Ziff. 3–5: §§ 1063 Abs. 2 u. 4, 1065 ZPO). In der praktischen Anwendung haben sich zudem auch kleinere Reibungspunkte erwiesen, in denen die „Normenzahnräder“ nicht so recht ineinandergreifen oder vereinzelte (Formulierungs-) Unklarheiten existieren. Das Continuo zur Neuregelung ist allerdings ein positives. Das wird nicht allein national so bewertet,¹⁴ sondern auch europaweit ganz ehrlich attestiert; die EU-Parlamentsstudie zu „Legal Instruments and Practice of Arbitration“ (2014)¹⁵ kommt zum Fazit: „Since 1998, however, Germany has already secured a solid place immediately outside the traditional ‚big four‘ European arbitral seats.“ – gemeint sind hiermit England (London/LCIA), Frankreich (Paris/ICC), Schweden (Stockholm/SCC) und die Schweiz (Zürich, Basel, Genf/SCAI). Es geht am Ende demgemäß um mögliche Feinjustierungen und Verbesserungen, nicht etwa die grundstürzende Totalrevision. Dazu treten noch andere, gesetzgeberisch insgesamt wichtigere Entwicklungslinien.

2. Veränderung der UNCITRAL-Schablone

Die deutsche Neuregelung 1998 war geradezu inspiriert vom UNCITRAL-Modellgesetz zum Schiedsrecht (1985),¹⁶ das die UN-Generalversammlung allen Mit-

12 MÜNCH ZZPInt. 19 (2014), 387, 422–426 [§§ 1032, 1059 ZPO]; RAESCHKE-KESSLER FS Elsing (2015) S. 433 [ModG-Nachführung; Mehrparteienverfahren; DAJV-Vorschläge]; R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293; S. 294–297 [ModG-Nachführung] bzw. S. 297–305 [IPR-Regelungen, Mehrparteienverfahren, Aufhebungsantrag]. Näher dazu auch bei Münch-Komm/MÜNCH (5. Aufl. 2017) Vor § 1025 ZPO Rdnr. 182–185.

13 https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-10-15?scope=modal&target=modal_reader_24&file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2015/DAV-SN_10-15.pdf [zuletzt besucht: 25.06.2019].

14 G. WAGNER, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 148 „auf einem ansprechenden Niveau“; R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 294 [I]: „überdurchschnittlich schiedsfreundlich“.

15 IPOL_Stud(2015) PE 509988 (S. 103) – abrufbar im Internet: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf) [zuletzt besucht: 25.06.2019].

16 UN-Doc. GA A/40/17, Annex I bzw. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf [zuletzt besucht: 25.06.2019] – die

gliedsstaaten zur nationalen Übernahme empfohlen hat, um Konvergenzen zu unterstützen. Es ist sehr erfolgreich, UNCITRAL führt aktuell jetzt 111 Jurisdiktionen aus 80 Ländern mit „MLC-Prädikat“,¹⁷ von Armenien (2006) bis Zimbabwe (1996), von 1986 (Kanada) bis 2017 (u.a. Fidschi, Katar, Südafrika), darunter seit 1998 auch „Germany“. In der internationalen Schiedslandschaft ist dies ein Wert an sich, obwohl wichtige Nationen fehlen, ja alle (!) dieser direkten europäischen Konkurrenten – England, Frankreich, Schweden, Schweiz – und weite Teile der USA.¹⁸ UNCITRAL hat nach der deutschen Totalrevision im Jahr 2006 – ebenso nach fast 20 Jahren – ein „Update“ der Regeln vorgenommen¹⁹ – und also fragt sich nun, ob die deutsche Gesetzgebung im Interesse internationaler Konkordanz ebenso nachsteuern sollte (2019 gar wiederum mit einem „Nachlauf“ von exakt 13 Jahren ...). Man muss dabei aber sehen, dass sich einerseits alte und neue Version bloß in ganz wenigen substantiellen Punkten unterscheiden (näher dazu sub III) und andererseits sich die „Wettbewerbsbedingungen“ gar ja vielleicht ganz entscheidend noch verbessern, wenn autochtone Wege potentielle Anwender überzeugen, so wie etwa besondere internationalrechtliche Freiräume (z.B. artt. 1507–1527 c.p.c. [FR]), Nachdruck auf Autonomie und Effizienz (z.B. sec. 1 Arb. Act [EN]) oder Rückschnitt staatlicher Kontrollen (z.B. art. 1718 C.J. [BE]). Die Wertung als „modellgesetzkonform“ ist demnach ein durchaus zwiespältiges Argument.

3. Parallele Reformdiskussionen

In Italien hat Anfang 2017 die sog. ALPA-Kommission erste Vorschläge zur zukünftigen Überarbeitung des Schiedsrechts (artt. 806–840 c.p.c.) vorgelegt,²⁰ die verblüffend große Liberalität zusagen (Möglichkeiten für Schiedsgerichte in Arbeitssachen, für Verbraucherstreitigkeiten und Beschlussmängelstreit); angedacht sind weiterhin u.a. Instanzverkürzungen, Eröffnung einstweiliger Maßnahmen, Vorschriften zum Parteiwechsel. Der Reformbericht ist veröffentlicht, es fehlt aktuell indes an parlamentarischen Umsetzungsakten.

Reformanstöße gibt es auch in England / Wales²¹ hinsichtlich des „Altersgenossen“ unseres Schiedsrechts, dem Arbitration Act vom 17.06.1996 (1996 ch.

Materialien bei HOLTZMANN/NEUHAUS, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1989/1994).

17 Siehe den Stand bei https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status [zuletzt besucht: 25.06.2019].

18 Als MLCs gelten: Kalifornien (1988), Connecticut (1989), Texas (1989), Oregon (1991), Illinois (1998), Louisiana (2006), Florida (2010), Georgia (2012).

19 UN Doc. A/61/17, Annex I bzw. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/07-86998_ebook.pdf [zuletzt besucht: 25.06.2019] – die Materialien bei HOLTZMANN/NEUHAUS, A Guide to the 2006 Amendments ... (2015).

20 Proposte Normative e Note Illustrative (2017): S. 12 f. [7.1] mit S. 42–49 [Textierung] bzw. S. 20–24 [Begründung].

21 13th Programme of Law Reform (Law Com No. 377) v. 13.12.2017, S. 28, 36 f. (als „further potential projects“).

23) [in Kraft ab 31.01.1997 (Nr. 3 CO vom 16.12.1996)], und zwar für Eilrechtsschutz (summary judgment procedures [Rdnr. 4.52–4.54]) und Schiedsverfahren in Truststreitigkeiten (trust law arbitration [Rdnr. 4.55–4.58]), wobei hier das Wettbewerbsargument – abseits des Brexits!²² – ureigene Relevanz erheischt („... there is concern that rival jurisdictions such as Hong Kong, Singapore, Paris and Dubai could soon ‚catch up‘. The Arbitration Act 1996 is now 20 years old.“).

Auch F i n l a n d hat letztes eine grundlegende Schiedsrechtsreform angekündigt²³ und will sein Recht (Arb. Act 1992/967 vom 23.10.1992) ans UNCITRAL-Modellgesetz in neuer Fassung heranzuführen – schon seit 2016 eine stete Forderung des Finland Arbitration Institute (FAI) der finnischen Handelskammer (IHK), welches auch sonst noch starken Reformbedarf anmahnt. Dazu wurde eine ministerielle Arbeitsgruppe eingesetzt, die jetzt näheren Änderungsbedarf abklärt. Ihre Ergebnisse sollen bis Ende 2020 vorliegen.

In der S c h w e i z liegt seit dem 24.10.2018 der Regierungsentwurf zur Revision des 12. IPRG-Kapitels („Internationale Schiedsgerichtsbarkeit“: Artt. 176–194) vor (Entwurf 18.076),²⁴ der letztlich auf Parlamentsanregungen schon aus dem Jahre 2012 zurückreicht.²⁵ Es geht um punktuelle Textkorrekturen und vorsichtige Modernisierung, nicht um einen Systemwechsel oder gar etwa ein „dezidiertes“ Heranzücken ans UNCITRAL-Modellgesetz. Die Schweiz sieht hierbei auf Rechtsvergleich sowie – korrespondierend damit – Wettbewerbsdruck²⁶ und möchte hierdurch ihren Rang als international bevorzugter Schiedsplatz verteidigen.

Schließlich noch aufzuführen sind die V e r e i n i g t e n S t a a t e n v o n A m e r i k a, als eine Art „Referenzmarke“, wo just gerade die *wissenschaftliche* Konsolidierung des Schiedsrechts abgeschlossen ist. Die Gesetze des Bundes (USC 9 [FAA] – aber vgl. auch UAA) und der Einzelstaaten werden jetzt ergänzt über ein klassisches ALI-Restatement (The U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration), das am 20.05.2019 eben seine letzte Hürde nahm. Die Publikation der Finalfassung ist in Vorbereitung.

4. Veränderung der Schiedslandschaft

Viele europäische Nachbarn haben inzwischen ihr nationales Schiedsrecht aufs Neue gleichfalls nachgeführt oder planen dies gerade, vor allem die einst vom Gesetz-

22 Dazu vgl. etwa SCHMIDT-AHRENDTS/DE JONG, The ‘Right’ Place of Arbitration: How Germany Might Profit from Brexit, *SchiedsVZ* 2018, 281.

23 Pressemitteilung des Justizministeriums v. 25.01.2019: Bericht siehe bei FAI-News [28.01.2019] bzw. KAB-Blog [17.05.2019].

24 BBl 2018, 7213 [Vorschlag] mit BBl 2018, 7163 [Botschaft].

25 Motion 12.3012: Die Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsplatz erhalten: 01.05.2012 [SR] bzw. 27.09.2012 [NR].

26 Botschaft BBl 2018, 7163: S. 7185 [1.5] mit S. 7167 [1.1.1].

geber als „Vorbilder“ besonders genannten (folgend dortiger Reihung):²⁷ Schweiz (Artt. 61, 353–397 BZPO [2008/2011] bzw. IPRG-Reform [2019/2020?]); Niederlande (Art. 1020–1076 W.B.R.);²⁸ England/Wales (Arb. Act [1996/1997] – mit anstehenden Reformüberlegungen!); Österreich (§§ 577 bis 618 öZPO [2006]);²⁹ Frankreich (artt. 1442–1527 c.p.c. [2011]); Spanien (Ley de Arbitraje [2003/2004]);³⁰ Schottland (Arb. [Scotland] Act [2010]), Russland (Schiedsgesetze vom 29.12.2015).³¹ Jene Reihe ließe sich problemlos noch verlängern (folgend zeitlicher Reihung): Irland (Arb. Act [2010] – als *Vollübernahme* des (novellierten) Modellgesetzes für internationale *und* binnenrechtliche Schiedsverfahren [Art. 6]); Liechtenstein (§§ 594 bis 635 ZPO/n.F. [2010]);³² Portugal (Lei da Arbitragem Voluntária [2011/2012]); Belgien (Art. 1676–1723 C.J.);³³ Ungarn (törvény a választottbíráskodásról [2017/2018]);³⁴ Schweden (Lag om skiljeförfarande [2018/2019]).³⁵ Schiedsrecht ist offenkundig eine schon seit jeher besonders dynamische Rechtsmaterie – namentlich seit Erscheinen der UNCITRAL-Referenz. Vor allem die „unmittelbaren Wettbewerber“ (also die „big four“) haben nachgezogen (FR, SE) oder schicken sich dazu an (CH, EN). Und hier ist bloß die europäische Landkarte vorgestellt, das noch etwas schneller sich wandelnde Schiedsrecht des Nahen und Fernen Ostens mit zuweilen neuen Zwittern („Hybridformen“) komplett beiseite gelassen. Das leitet nun direkt zum fünften und letzten Grundmotiv für Veränderung.

5. Spürbarer Wettbewerbsdruck

Der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, der Reformkommission und ebenfalls der Regierung war die ModG-Orientierung ein Sachargument zur Stär-

27 RegE-Begr., BT-Drucks. 13/5274, S. 23 li. Sp. [A II {1}] u. RefE-Begr. S. 66; vgl. auch erg. dazu K. P. BERGER, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit [RiW 10] (1992), S. 2 f. m.w.N.

28 Gesetz v. 02.06.2014 [Art. III], SB 2014 Nr. 200 [in Kraft ab 01.01.2015, Beschl. v. 20.06.2014, SB 2014 Nr. 254].

29 Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2013, BGBl 2013/118 (Art. 1) [in Kraft ab 01.01.2014 (Art. 3 Abs. 1)].

30 Novellierung v. 21.05.2011, Ley 11/2011, GBl No. 121 [in Kraft ab 10.06.2011].

31 Hinsichtlich binnenrechtlichem (Nr. 2015/382-FZ) und internationalem (Nr. 2015/409-FZ) Schiedsrecht [in Kraft ab 01.09.2016].

32 Gesetze v. 26.05.2010 u. 04.05.2017 über die Abänderung der Zivilprozessordnung (I), LGBl 2010 Nr. 182 [in Kraft ab 01.11.2010 (III)] bzw. LGBl 2017 Nr. 170 [in Kraft ab 01.08.2017 (III)].

33 Änderungsgesetze v. 24.06.2013 [in Kraft ab 01.09.2013], MB/BS 183 (2013) Nr. 182 [28.06.2013] S. 41263 und 25.12.2016 [in Kraft ab 09.01.2017], MB/BS 186 (2016) Nr. 368 [30.12.2016] S. 91963 (91977–91979); artt. 91–104.

34 Gesetz Nr. 2017/LX v. 30.05.2017, MK 2017 Nr. 85 S. 8301 [überwiegend in Kraft ab 01.01.2018 (§ 64 Abs. 2)].

35 Novellierung v. 29.11.2018: SFS 2018:1954 [in Kraft ab 01.03.2019].

kung des Schiedsorts „Deutschland“,³⁶ namentlich im Wettbewerb mit anderen europäischen Staaten.³⁷ Inzwischen ist allerdings die „nächste Runde“ erfolgt und beinahe alle anderen „Konkurrenten“ sind gegenwärtig schon wieder etwas weiter. Das Argument zieht vor allem insoweit, als internationale Streitigkeiten im Raum stehen: hier ist eben die Schiedsgerichtsbarkeit praktisch besonders gefordert bzw. effizient.³⁸ Das zeitigt „über Eck“ auch Wirkung auf solche Rechte, die hier – wie typisch das deutsche – seit jeher schiedsrechtliche *Einheitsmodelle* favorisieren, die just nicht gleich im Ansatz bereits zwischen binnenbezogenen und internationalen Streitigkeiten weiter differenzieren möchten (hier anders etwa artt. 1507–1527 c.p.c [FR]); BZPO/IPRG [CH]). Nun sticht das Argument nicht zwingend, wie es die Schweiz uns bezeugt, wo die geplante IPRG-Änderung auch nationale BZPO-Erfahrungen verwertet. Bei grundsätzlich liberalen Schiedsrechten ist gleichermaßen aber immer auch mitzubedenken, dass u.U. nationale Streitigkeiten abwandern: der Streitfall als solcher ist „flüchtig“ – präziser: die Parteien mögen ihr Forum erwählen bzw. den Schiedsort frei lokalisieren (z.B. § 1025 Abs. 1 i.V.m. § 1043 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Es mag also einen Wettbewerbsdruck geben; die Frage ist indes, ob man ihm denn nachgeben soll bzw. will; m.E. darf das kein Grund sein, leichtfertig zu liberalisieren („race to the bottom“) – indes aber umgekehrt auch nicht, kurzerhand einfach besser vornehm völlig wegzusehen.

III. Die UNCITRAL-Vorschläge zum „Modell-Update“

Es kann und soll im Folgenden nicht natürlich um bloße kleinteilige, rechtstechnische Verbesserung gehen – (allzu) Vieles müsste gründlich vorher evaluiert werden (einschließlich der Entwicklung der [BGH-] Rechtsprechung), und auch die tiefere rechtsvergleichende Umschau wäre niemals bei knapper Seitenzahl seriös erbringbar. Die anstehende Erörterung fokussiert den UNCITRAL-Vorstoß für ein „Modell-Update“ mit vier neuen Regelungsvorschlägen,³⁹ welcher sicherlich den Hauptanlass schafft, über einige konkrete Änderungen nachzudenken. Das DAV-Statement vom März 2015 deckt sich im ersten Bereich [sub 1], das BMJV-Memorandum vom August 2016 erwähnt zudem auch den zweiten [sub 2], die beiden anderen Punkte bleiben aber offen [sub 3/4] – aus guten Gründen.

36 RegE-Begr., BT-Drucks. 13/5274, S. 23 li. Sp. [A I {5}]. RefE-Begr. S. 65/66; DiskE-Begr. S. 9; Vorwort InstE S. 7 a.E. [GLOSSNER].

37 Das erschließt sich umwegweise aus RegE-Begr., BT-Drucks. 13/5274, S. 23 li. Sp. [A II {1}] u. RefE-Begr. S. 66 [Parallelitäten].

38 MÜNCH BGiM 6 (2016), 53, 84–91 [IV].

39 Die Änderung bei Art. 1 Abs. 2 ModG/n.F. ist inhaltlich eine Konsequenz aus Artt. 17–17j ModG/n.F. und rechnet infolgedessen zum dritten Problembereich.

1. Stärkung „internationaler Harmonie“ (Art. 2a ModG)

DAV und BMJV stellen die wörtliche Übernahme von Art. 2a ModG als § 1025a ZPO/n.F. zur Diskussion. Man sollte zuerst einmal eindeutig zwischen beiden Absätzen unterscheiden – und braucht schließlich methodologisch keinen von beiden. Art. 2a war in der UNCITRAL-Arbeitsgruppe gar nie inhaltlich diskutiert worden. Die Regelung entstand vor Finalisierung der Modifikation wie „Phönix“, quasi aus der „Asche“ von Art. 7 CISG/1980 (faktisch) bzw. Art. 3 eC-ModG/1996 (wörtlich), beides zusätzlich übrigens *materielle* Regeln. Mehr als eben jenen historischen Bezug und dazuhin die Hoffnung auf möglichst einheitliche Auslegung, geben die ModG-Materialien auch nicht her.⁴⁰ Sollte man dieses wirklich so fixieren, um tunlichst „weltumspannende“ Einheitlichkeit zu befördern? Ich hege große Zweifel daran.⁴¹

Abs. 1 bringt eine *Auslegungsregel* mit insgesamt drei Varianten – jeder Anwender solle berücksichtigen: (a) die internationale Normenherkunft; (b) die Notwendigkeit weitgehend einheitlicher Ergebnisse; und (c) Treu und Glauben als allgemeines Rechtsprinzip. Letzteres ist national eine unstrittige Trivialität: der Gedanke des § 242 BGB gilt überall und genauso im Prozessrecht⁴² wie anderenorts. Eine Nennung hier könnte fast einen falschen Umkehrschluss woanders provozieren und unabsehbare „ZPO-Kollateralschäden“ hervorrufen (obwohl das „Modell“ andernorts [materiell: § 1051 Abs. 4 ZPO] ebenfalls Verwendung findet). Man sollte unbedingt also jenen Teil streichen, er schadet mehr als dass er nützen würde. Was gilt zum „Rest“?

Die internationale Normenherkunft herausgestellt und möglichst einheitliche Auslegung eingefordert hatte u.a. zudem Art. 18 EVÜ (gleichfalls von Art. 7 CISG inspiriert)⁴³ oder entsprechend dann Art. 36 EGBGB/a.F., welcher einst zur Berücksichtigung anderer Sprachfassungen (englisch) und Beachtlichkeit ausländischer Entscheidungen mahnen wollte.⁴⁴ Der Effekt ist insoweit ebenso im Nichts verpufft, so wie in vielen anderen Fällen – ein Problem von Internationalem Ein-

40 CR A/61/17 [15.07.2006] Nr. 174 (Vorbilder) bzw. Nr. 175 (Normzweck) = HOLTZMANN/NEUHAUS N S. 27: „promote a more uniform understanding of the Arbitration Model Law.“

41 Hierbei fällt schon auf, dass der Vorschlag bei G. WAGNER, a.a.O. (Fn. 14), S. 148 ff. fehlt, auch R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 296 [II 2a] ist schlussendlich eher zurückhaltend (i.S.v. *nice to have*) – anders der Ansatz bei KONDRING: RABE/BÄDER SchiedsVZ 2017, 312, 314 [II 1 (2)].

42 Dazu immer noch lesenswert insb. BAUMGÄRTEL, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung (1957), S. 139 f. [§ 17] mit ZZP 86 (1973), 353 – Kritik des Ansatzes bei ZEISS, Die arglistige Prozeßpartei (1967) S. 19 f. „versus“ S. 17. Die Praxis bleibt unbekümmert: BGHZ 206, 219, 226/227 {25} [II 1d bb (1)]: „Der Grundsatz von Treu und Glauben findet auch im Prozessrecht Anwendung (st. Rspr.; vgl. ...)“.

43 BT-Drucks. 10/503, S. 70 re. Sp.

44 BT-Drucks. 10/504, S. 84: „ggfs.“.

heitsrecht bzw. Modellgesetzen,⁴⁵ beim Genfer Einheitlichen Wechselrecht angefangen. Damit muss man leben oder eine einheitliche Auslegungsinanz akzeptieren (so wie den EuGH mit dem Auslegungsprotokoll für das EuGVÜ)⁴⁶, das dürfte sich kaum ändern, falls man jenen Hinweis „härter“ annimmt; ansonsten hilft lediglich, Transparenz zu erleichtern, was moderne Internetsysteme doch zwischenzeitlich einfach ermöglichen.

Bei modellhaftem (UN-) Schiedsrecht ist das die Datenbank CLoUT (www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html – Case Law on UNCITRAL Texts) mit kommentarartigen Zusammenstellungen (*digests*)⁴⁷ und einer eigenen Datenbank (CLOUT-cases), die aber (Stand Mitte 2019) auch nur insgesamt 481 schiedsrechtliche Entscheidungen nachweist (immerhin in englisch), hiervon die meisten aus Canada (141 [29,3 %]), Hong Kong bzw. China (94 [19,5 %]) und Deutschland (65 [13,5 %]), die in toto nahezu 2/3 des gesamten Fallbestandes befüllen; dazu kommen noch einige Hinweise und Abdrucke in verschiedenen ausländischen Zeitschriften und diverse handbuchartige – gemeinhin veraltete – Länderberichte – alles in allem eher ein Fall für WILLIAM SHAKESPEARE: „Much Ado About Nothing“. Man muss sich wohl oder übel „vor Ort“ demnach also bemühen und – gemeinlich in Landessprache – die Entscheidungen der Cour de Cassation, von Londoner Gerichten oder des Schweizer Bundesgerichts recherchieren. Alle diese Länder geben auch überaus transparenten Zugriff – sind indes schiedsrechtlich *keine* „MLCs“.

Ob hier eine solche „Appellnorm“ nützen kann? Sie wird gewiß kaum zur regelmäßigen CLOUT-Recherche verpflichten,⁴⁸ noch weniger dazu beitragen, die ausländischen „Schiedsfreundlichkeiten“ (gar noch für eine Vollstreckbarerklärung) weiterzugeben.⁴⁹ Das könnte letztlich differenzierte (rechtsschutzorientierte) Eigenkontrolle insgesamt empfindlich schwächen. Ergänzend stören die sprachli-

45 Dazu allgemeiner etwa LINHART, Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung (2005) [SAIP 147], S. 33–43 [§ 5] (Methoden), S. 44 ff. [§ 6 A/B], S. 217–243 [§ 8 C/D] (Mittel, Wege, Formen).

46 EuGVÜ-Auslegungsprotokoll v. 03.06.1971, ABl 1975 Nr. L 204 S. 28 bzw. BGBl 1972 II Nr. 49 S. 846 [in Kraft ab 01.09.1975, BGBl II Nr. 48 S. 1138] – parallel vgl. außerdem LugÜ-[Auslegungs-] Protokoll [Nr. 2] v. 16.09.1988, ABl 1988 Nr. L 319 S. 31 bzw. BGBl 1994 II Nr. 48 S. 2697 [in Kraft ab 01.03.1995, BGBl 1995 II Nr. 8 S. 221]. Näheres siehe LINHART, a.a.O. (Fn. 45), S. 56 ff. [§ 6 A II 2] (EuGVÜ) „versus“. S. 72 ff. [§ 6 A II 2] (EVÜ).

Folie war u.U. dafür das [Haager] „Protocole pour reconnaître à la Cour Permanente de Justice Internationale la compétence d’interpréter les Conventions de La Haye de droit international privé“ v. 27.03.1931.

47 UNCITRAL Digest on Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration (2012).

48 Hier a.A. wohl RAESCHKE-KESSLER FS Elsing (2015) S. 433, 434 [II 1]: „zugleich eine Regelung, die indirekt zum Suchsystem CLOUT hinführt.“

49 Dies erhofft sich der DAV (Stellungnahme S. 4 [1]) im Anschluss an RAESCHKE-KESSLER FS Elsing (2015) S. 433, 434/435 mit S. 435 [II 1].

chen Unterschiede von Art. 2a ModG und Art. 36 EGBGB/a.F.: „Auslegung und Anwendung“ statt „interpretation“; müssen („is to be had“) statt sollen („shall be had“) bzw. zwingen („need“) statt möchten („desirability“). Ein übernommenes Modellgesetz bleibt doch weiter immer nationales Recht und verliert vieles an Charme, wenn man es auf mehr uniformes „Einheitsmaß“ bei den Betroffenen zu-rechtstutzt. Sie haben ohnehin – schiedsrechtlich – dazuhin immer die Möglichkeit parteiautonomer Abmachungen!

Abs. 2 schiebt eine *Methodenregel* nach, die ähnlich dem Hinweis auf § 242 BGB insgesamt überflüssig erscheint. Es ist pure Selbstverständlichkeit, dass nicht alles und jedes einer expliziten Regelung bedarf. Positivismus im Recht ist Vergangenheit. Und dass die Grundwerte eines Normwerkes – hier u.a. wohl Parteiautonomie (§ 1042 Abs. 3 ZPO), ein subsidiäres Verfahrensgestaltungsermessen der Richterbank (§ 1042 Abs. 4 Satz 1), samt eines *fair trial* (§§ 1034 Abs. 2, 1036 ZPO [Neutralität] bzw. § 1042 Abs. 1 ZPO [Gleichbehandlung und Gewähr rechtlichen Gehörs]), und Zurückhaltung bei Zugriff der Staatsgerichte (arg. § 1026 ZPO) – den Auslegungsakt mit beeinflussen, das muss man nicht lehrbuchhaft im Normwortlaut sagen.

Wider die Regel im Ganzen spricht außerdem die generelle Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, ein Einheitsrecht zu kodifizieren, das internationale wie nationale Schiedsverfahren abzudecken hat – man mag das gut und gerne anders sehen (siehe noch bei V 3), sollte allemal jedoch diese Struktur auch bedenken. Das Modellgesetz macht dies vor: es will inhaltlich von vornherein bloß solche „großen Fische“ fangen: Rechtsstreite internationalen (Art. 1 Abs. 3 u. 4 ModG) Handelsrechts bzw. „international commercial arbitration“ (Art. 1 Abs. 1 mit Fn. *). Dort macht es daher Sinn, Anwendungsbereich (Art. 1 ModG), Definitionen (Art. 2 ModG) und Auslegungs-/Methodenregeln (Art. 2a ModG) systematisch zu kondensieren – hier fehlt dies! Wortlaut wie Stellung eines § 1025a ZPO stimmen damit nicht überein.

2. Optionales Schriftformerfordernis (Art. 7 ModG)

Für UNCITRAL war Formabmilderung starkes Regelungsanliegen, man fand indes keinen Konsens zum Niveau (indes aber zur Gültigkeit elektronischer Surrogate: Art. 7 Abs. 4 ModG). Daher existieren *zwei* Vorschläge zur Gestaltung, allemal ungewöhnlich für ein solches Modellgesetz: „Option 2“ verzichtet auf Formregeln, erlaubt damit dem Internationalen Handelsverkehr die unkomplizierte formfreie Schiedsbindung, „Option 1“ hält am Formzwang wohl scheinbar fest (Art. 7 Abs. 2 ModG: „shall be in writing“), meint aber bloß noch das Erfordernis urkundlichen Nachweisens (Art. 7 Abs. 3 ModG: „recorded in any form, whether or not ... has been concluded orally, by conduct, or by other means.“): es geht um eine Urkunde zum „content“, nicht mehr zum „consent“, quasi eine Art „*commencement de preuve*“ – bei dieser Gestaltung bleibt nur eine reine „Formhülle“ als Formalakt übrig, am Ende gar eine bloße Besprechungsnotiz eines Verhandlungspartners? Es gibt jedoch gute Gründe, technisch so unsauber zu agieren: Art. V Abs. 1 Buchst. a i.V.m. Art. II Abs. 2 UNÜ, die weltweit erfolgreiche Regelung zur Anerkennung

und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen, verlangt eben explizit – damaligem Zeitgeist gehorchend (1958!) – „schriftliche Vereinbarung“; die Schriftformdefinition (Unterschrift, Briefwechsel, Telegramme) sei aber bitteschön weit jetzt auszulegen – so empfahl es UNCITRAL explizit 2006 parallel zur Regelung des Art. II Abs. 2 UNÜ: „the circumstances described therein are not exhaustive“.⁵⁰ Das ist letztlich nur die Botschaft. Am Ende liegen eine zweite, „ehrliche“ Option und eine unehrlichere Mogelpackung somit auf dem Tisch, die alle beide prozessuale Formfreistellung von Schiedsbindungen intendieren und dazu stark motivieren.

Elektronische Kommunikation wird europäisch gemeinhin akzeptiert. Sonst sind aber die *prozessualen* (Form-) Anforderungen für Schiedsvereinbarungen durchaus sehr disparat, allemal jedoch im Grunde liberal: Italien verlangt strikte Schriftform (Art. 807 Abs. 1, Halbs. 1 c.p.c.: „Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto“), Österreich folgt hier dem deutschen Vorschlag (§ 583 Abs. 1 und 2 öZPO); Spanien hält zwar gleichfalls die Schriftform wohl hoch (Art. 9 Abs. 3, Halbs. 1 LA: „El convenio arbitral deberá constar por escrito“), erlaubt indes die Rücksichtnahme auf Handelsbräuche⁵¹ einschließlich internationaler Rücksichtnahmen (Art. 9 Abs. 6 LA), Frankreich fordert regulär Schriftform (art. 1443 Satz 1 c.p.c.: „A peine de nullité, la convention d’arbitrage est écrite.“), ausgenommen Streitigkeiten im internationalen Handelsverkehr (art. 1507 c.p.c.: „La convention d’arbitrage n’est soumise à aucune condition de forme.“); Irland, Schottland und Belgien haben sich für „Option 2 von UNCITRAL“ entschieden (IR [2010]: sec. 6 Arb. Act; SC [2010]: sec. 4 Arb. Act; BE [2013]: Art. 1681 C.J.), Schweden kannte schon vorher keine Formalia; die Niederlande sehen seit 1986 bloß den Beweis Zweck und verzichten auf Wirkformen (Art. 1021 Satz 1 WBV: „De overeenkomst tot arbitrage wordt bewezen door een geschrift.“), genauso auch am Ende England als eine von mehreren „Formvarianten“ (sec. 5 Arb. Act: „There is an agreement in writing ... if the agreement is evidenced in writing“ [Abs. 2 Buchst. c] bzw. „recorded by one of the parties“ [Abs. 4]) und wohl zudem auch die Schweiz (§ 358 BZPO bzw. Art. 178 Abs. 1 IPRG-RE: „hat schriftlich oder in einer anderen Form zu erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht“).⁵² – Zusätzlich können u.U. jedoch *materielle Formanforderungen existieren* und dann über den Hauptvertrag auf die entsprechende Schiedsbindung „durchschlagen“.⁵³

50 Dazu vorlaufend recht instruktiv LANDAU, The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When „Written“ Means „Oral“, in: VAN DEN BERG, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions – ICCA Congr. Series 11 (2003) S. 19.

51 Balthasar/DUNCKER ICA (2016) Rdnr. 16.24.

52 Weder thematisiert durch BBl. 2006, 7221, 7395 [Art. 356 BZPO] („entspricht Artikel 178 Absatz 1 IPRG“) noch BBl. 2018, 2163, 2174 u. 2188 [Art. 178 Abs. 1 IPRG] („kürzere und modernere Formulierung von Artikel 358 ZPO“) – ja was denn jetzt?

53 Anders etwa in Deutschland: BGHZ 202, 168, 175 ff. {14 mit 16 ff.} [II 3] (n.F.) = NJW 2014, 3652 = JR 2015, 523 m. Anm. ELSING – im Anschluss an BGHZ 69, 260, 263–265

National blickt das Formgebot auf verblüffend wechselvolle Vergangenheit: von genereller *prozessualer* Formfreiheit (1879–1933: § 853 CPO bzw. § 1027 ZPO),⁵⁴ über Ausdrücklichkeit, Exklusivität und Schriftlichkeit, mit freilich einer Ausnahme für *beiderseitige* Handelsgeschäfte von *Vollkaufleuten* (1934–1997: § 1027 Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 2 u. 3 ZPO/a.F.)⁵⁵ bis nun zur vollen oder halben Schriftform (§ 1031 Abs. 1–3 ZPO/n.F.) mit weitergehender (Form-) Qualifizierung bei Verbraucherbeteiligung (§ 1031 Abs. 5 ZPO/n.F. – siehe noch bei V 1). Demnach unterliegen aktuell auch Schiedsbindungen in Handelsverträgen einem starken Formzwang; es geht um eine Wirkform, nicht bloß ums Beweisen,⁵⁶ und auch Handelsbräuche sind *unter neuem Recht* nicht mehr „Freibrieffe“ zugunsten formloser Bindungen.⁵⁷ Zur nochmaligen Verschärfung motivierte den Reformgesetzgeber der Gleichklang mit der Modellregel⁵⁸ (Art. 7 Abs. 2 ModG a.F.), welcher aber jetzt so nicht mehr besteht („Option 2“) oder mit bloß deutlich abgeschwächten Inhalten („Option 1“). Die alte Harmonie wird zum Missklang, die angenommene Geschäftsgrundlage ist weggefallen, die globale Erwartungshaltung eine andere. Insoweit spricht vieles dafür, auf die altrechtliche Formulierung zurückzugehen, was auch einen Gleichlauf mit § 38 Abs. 1 ZPO herstellen würde: Formlosigkeit von Schiedsbindungen *und* Forumsregelungen im Handelsverkehr. Freilich ist zugleich die Beweisbarkeit zu thematisieren und genauso die spätere (internationale) Vollstreckbarkeit, für welche letztlich Art. II Abs. 2 UNÜ zur Vorsicht rät (die h.L. hilft mittels Art. VII Abs. 1 UNÜ).⁵⁹ Vorzüge und Risiken von möglichen Vertragsgestaltungen abzuwägen, ist letztlich der Kaufleute ihr „ganz täglich Brot“ und somit zweifelsohne allemal erwartbar.⁶⁰

Es böte sich an, die tradierte Formulierung (scil. Ausnahmenorm und Anspruch auf Dokumentation) wiederzubeleben, wobei sich die Verortung leicht gestaltet. Dieses, weil Absatz 4 des § 1031 (Sondervorschrift für Konnossemente) vor genau-

(a.F.) [3] = NJW 1978, 212; siehe ausf. MÜNCH FS Klamaris (2016) II S. 525, 532 f. u. 535 ff. [III 2 u. 4].

54 Ursprünglich nur Lösung aus Verlegenheit: man wollte nicht materielles Partikularrecht umschreiben: CPO-Mot. S. 472 = HAHN II/1 S. 491.

55 Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933 (Art. 1 Nr. 33), RGBl I Nr. 120 S. 780 (785) [in Kraft ab 01.01.1934 (Art. 9 I)] – auf „Vorlage“ von § 739 Abs. 2 Satz 1 bzw. Abs. 2 E 1931 mit Amtl. Begr. S. 394/395 (indes ohne den Verschriftlichungsanspruch).

56 Ausweichend BGH NJW 2011, 2976, 2977 {9 f.} [III 1d/e] = SchiedsVZ 2011, 227.

57 Sehr klar hier BGH NJW-RR 2017, 1531, 1532 {21} [III 3a] = SchiedsVZ 2017, 323.

58 BT-Drucks. 13/5274, S. 36 li. Sp. [§ 1031 {1}].

59 A.A. MünchKomm/MÜNCH (5. Aufl. 2017) § 1031 ZPO Rdnr. 22 mit Rdnr. 3a.

60 Für diese Liberalisierung daher ähnlich RAESCHKE-KESSLER FS Elsing (2015) S. 433, 436 [II 2]; R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 296 [III 2b]; G. WAGNER, a.a.O. (Fn. 14), S. 148–151 (151) [?]; KONDRING: RABE/BÄDER SchiedsVZ 2017, 312, 314 [II 1 (3)]; CZIBERE, Die Beendigung von Schiedsvereinbarungen (2018), S. 97–102.

mer Zeit abhanden kam,⁶¹ d.h. am rechten Ort bereits Raum besteht, die nachfolgende Zählung deshalb gleichbleibt und sich so dann die Abs. 1–3 en passant als Grundregel mit personell angeknüpften Abschwächungen einerseits (Abs. 4: *zwei* Kaufleute) und Verschärfungen andererseits (Abs. 5: *ein* Verbraucher) präsentieren. Die weitergehende Möglichkeit, Verschriftlichung abzufordern, eröffnet sinnvolle, flexible Vorsorge fürs eventuell nachfolgende Verfahren, wenn man sie will. Mein Formulierungsvorschlag also (§ 1031 Abs. 4):

„Die Absätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn die Schiedsvereinbarung ein beiderseitiges Handelsgeschäft darstellt. Jede Partei kann jedoch die Errichtung einer schriftlichen Urkunde verlangen.“

Die Abs. 1–3 komplett zu streichen, wäre *keine* Option – sie formulieren insgesamt ein liberales „Normalniveau“ unmittelbar im Normverband und benennen die Abweichungen als Ausnahme. Dies für sich bringt bereits Klarheit! Dabei sehe ich durchaus, dass Abs. 2 (kaufmännisches Bestätigungsschreiben – den Art. 7 Abs. 6 ModG/ „Option 1“ nun faktisch nachzeichnet) und Abs. 3 (allgemeine Geschäftsbedingungen) stark *geschäftliche* Konnotationen haben, aber eben auch andere Anwendungen kennen und auch u.U. noch die einseitigen Handelsgeschäfte mitabdecken. Sie spannen allemal ein ergänzendes nützliches Auffangnetz, welches Maßstäbe – ablesbar aus dem Normtext – glasklar vorgibt. Das nützt vor allem möglichen internationalen Anwendern.

3. Einstweiliger Rechtsschutz (Artt. 17–17j ModG)

Der einstige, relativ schlanke Art. 17/a.F. war Vorlage für § 1041 Abs. 1 ZPO. Jener erlaubte einem Schiedsgericht einstweiligen Rechtsschutz (Satz 1: „interim measure[s] of protection“) nach *freiem* Ermessen – womit sich eine große, ermüdende dogmatische Streitfrage erledigte⁶² – und schaffte die Möglichkeit, Sicherheit abzufordern (Satz 2: „appropriate security“); gefehlt hatte die Zwangsbefugnis. Der deutsche Gesetzgeber ist seinerseits demgemäß weiter gegangen, hat Vollstreckbarerklärung (§ 1041 Abs. 2 ZPO), Abänderungsbefugnis (§ 1041 Abs. 3 ZPO) und Haftung für Schäden (§ 1041 Abs. 4 ZPO – in Anlehnung an § 945 ZPO) unmittelbar gleich mitgeregelt. Demnach fehlt ein dringliches Bedürfnis nachzulegen. Überhaupt gibt sich jene Einfügung – ein komplexer neuer Abschnitt mit 11 (!) Artikeln! – verquast, kompliziert, detailversessen. Er ist klar Fremdkörper und fügt sich kaum ins insoweit systematisch geschlossene Altrecht ein. Man sollte mithin von einer genauen Übernahme absehen – das deutsche Recht normiert das Problem kürzer, stringenter, besser. Wünschbar wäre hier noch lediglich klarzustellen, dass Schiedsgerichte in Ausnahmefällen vorab *ex parte* entscheiden mögen (Art. 17B/C: „preliminary orders“ – in Parallele zu §§ 922, 944 ZPO), also ohne eine

61 Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts v. 20.03.2013 (Art. 7 Nr. 9 BGBI I Nr. 19 S. 831 (866)) [in Kraft ab 25.04.2013 (Art. 15 Abs. 1)].

62 Siehe dazu bloß die Kritik bei BT-Drucks. 13/5274, S. 44 f. [§ 1041 {2–4}] m.w.N.

vorherig erfolgte Gehörsgefahr, was national bisher einige, Probleme (arg. § 1042 Abs. 1 Satz 2 ZPO) bereitet.⁶³

Wenn man eine Klarstellung will, genügt eine kleine, unscheinbare Einfügung im geltenden § 1041 Abs. 1 Satz 1 ZPO:⁶⁴

„Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei auch ohne eine vorherige Anhörung der anderen Partei vorläufige oder sichernde Maßnahmen anordnen, die es in Bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich hält.“

Sinn macht es zudem auch, in § 1025 Abs. 4 ZPO für staatsgerichtliche „Vollzugs-erlaubnisse“ eine inländische internationale Zuständigkeit ausdrücklich festzulegen, um „zwangsnah“ zu entscheiden⁶⁵ (so will es auch Art. 17H Abs. 1 ModG/n.F.); weitergehend wäre nachzuprüfen, ob man denn nicht § 1064 ZPO („Vollstreckbarerklärung von *Schiedssprüchen*“) für hierauf insgesamt entsprechend anwendbar erklärt und auch zudem noch BGH-Kontrolle (wider die Regel: § 1065 Abs. 1 Satz 2 ZPO) zugesteht. Das lässt sich durch Hinzufügung von § 1041 Abs. 2–4 gut integrieren, wie etwa in Form eines zweiten Halbsatzes bei § 1025 Abs. 4 ZPO:⁶⁶

„...; für die Umsetzung einstweiliger Maßnahmen ausländischer Schiedsgerichte gelten § 1041 Abs. 2 bis 4 und entsprechend die §§ 1062 bis 1065.“

und folgender Ergänzung bei § 1065 Abs. 1 Satz 1 ZPO:

„Gegen die in § 1062 Abs. 1 Nr. 2 und 4 genannten Entscheidungen und gegen die Vollziehbarerklärung einstweiliger Maßnahmen ausländischer Schiedsgerichte findet die Rechtsbeschwerde statt.“

Das größte Desiderat ist so oder so ein total anderes: der „Brückenschlag“ zur Vollstreckung (in Anlehnung an insb. §§ 928 bis 933, 936, 943 ZPO). Das bedürfte klarstel-

63 MünchKomm/MÜNCH § 1041 ZPO Rdnr. 25 u. Wieczorek/Schütze/SCHÜTZE Rdnr. 26 – a.A. die h.M.: Musielak/Voit/VOIT Rdnr. 3; BeckOK/WOLF/ESLAMI (32. Ed.) Rdnr. 10 f.; Stein/Jonas/SCHLOSSER Rdnr. 21 – je zu § 1041 ZPO; Schwab/WALTER, Schiedsgerichtsbarkeit (7. Aufl. 2005) Rdnr. 17a.20; LACHMANN, Schiedsgerichtsbarkeit (3. Aufl. 2008), Rdnr. 2907; SCHÜTZE Schiedsgericht und Schiedsverfahren (6. Aufl. 2016), Rdnr. 624 – pragmatisch als eine Art Kompromiss Thomas/Putzo/SEILER Rdnr. 2 (Gehörsgefahr mangels abweichender Abreden). Hierzu ausf. HOBECK/WEYHRETER, SchiedsVZ 2005, 238.

64 Anders im Ansatz J. HORN (2019) S. 223 (mit Begr. S. 225 [I 5]): § 1041a mit weitgreifenden Detailregelungen; ganz gegen solche Möglichkeiten RAESCHKE-KESSLER FS Elsing (2015) S. 433, 438 [II 3].

65 MünchKomm/MÜNCH (5. Aufl. 2017) § 1041 ZPO Rdnr. 29 bei/mit Fn. 58 (m.w.N.) mit (2. Aufl. 2001) § 1025 ZPO Rdnr. 11, § 1041 ZPO Rdnr. 19 a.E., § 1062 ZPO Rdnr. 12 f.; dazu rät auch R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 297 [III 2c].

66 Lediglich anders verortend J. HORN (2019) S. 222 (mit Begr. S. 224 [I 1 bzw. 2]): § 1025 Abs. 2 u. § 1041 Abs. 2 Satz 1 – er will außerdem Verweigerungsgründe vorgeben: § 1041 Abs. 2 Satz 2. Dies ließe sich durch Verweisung auf § 1059 Abs. 2 (Anordnung entsprechender Anwendung) indes normästhetischer (und platzsparender) lösen.

lender Regelung (etwa durch einen neuen Satz 3 bei § 1041 Abs. 2 ZPO – Anordnung *entsprechender* Anwendung). Es fehlt m.E.⁶⁷ gar an einer konkreten, eindeutigen „Titelnorm“, welche die Vollziehbarerklärung vorweg der nötigen Zwangsvollstreckung zuführt, obwohl die Praxis sich offenkundig nicht davon kirremachen lässt (weil doch nicht sein kann, was nicht sein darf ...). Das könnte man leicht als § 794 Abs. 1 Nr. 4b ZPO ergänzend zugleich so klärend regeln:

„Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt: ... 4b. aus Entscheidungen, die einstweilige Maßnahmen von Schiedsgerichten für vollziehbar erklären;“ [Nr. 4b/alt wird Nr. 4c/neu].

Man kann sich aber auch damit schlicht weiter begnügen, dass es den Staatsgerichten ebenso schlecht ergeht.

Eine weitere Überlegung zielt darauf, dem sog. Eilschiedsrichter (bzw. „Emergency Arbitrator“ [EA]) eine gesetzliche Verankerung zu verschaffen.⁶⁸ Dieses würde u.U. über die UNCITRAL-Vorschläge hinausreichen (arg. Artt. 17 Abs. 1 u. 17B Abs. 2 ModG: „the *arbitral tribunal* may ... grant interim measures“ bzw. „... a preliminary order“) und könnte die Gewichtsverteilung zwischen staatsgerichtlichem und schiedsrichterlichem Rechtsschutz etwas ausbalancieren: ersterer (§ 1033 ZPO) steht durchweg parat, letzterer (§ 1041 ZPO) bedarf der Konstituierung des Schiedsgerichts. Schiedsinstitutionen steuern daher bereits gegen und beschleunigen die Konstituierung, kennen aber z.T. ebenso auch die Bereitstellung spezieller Eilschiedsrichter.⁶⁹ Das „Problem“ lässt sich damit auch jetzt bereits gut angehen,

67 MünchKomm/MÜNCH § 1041 ZPO Rdnr. 30.

68 J. HORN, Der Emergency Arbitrator und die ZPO (2019) [VV 155], S. 223/224 (mit Begr. S. 226 f. [II]: § 1041b mit (weitausgreifender) Begriffserklärung (Abs. 1), Abklärung zur Kompetenz in Anlehnung an § 1041 (Abs.) bzw. § 1040 (Abs. 3) und Möglichkeit „eigenen“ Schiedsorts (Abs. 4).

69 Wurzeln stecken in der Pre-Arbitral-Referee Procedure (ICC/1990 – gilt heute noch immer) und den Optional Rules für Emergency Measures of Protection (AAA/1999) – jeweils „opt-in“-Modelle.

Vorreiter waren letztlich (nunmehr „opt-out“-Modelle) indes aber das Netherlands Arbitration Institute (NAI/1998) (jetzt: Art. 36 SchO [2015]) und die American Arbitration Association [AAA/2006] (jetzt: Art. 6 ICDR-Rules [2014]) – nachgezogen sind „europäisch“ dann sukzessive u.a.: SCC/2010 (jetzt: SchO Anh. 2 [2017]); Art. 43 Swiss Rules [2012]; ICC/2012 (jetzt Art. 29 SchO mit Anh. V [2017]); Art. 26 CEPANI [2013]; Art. 9B LCIA [2014].

Die neue DIS-SchO [2018] und die VIAC-SchO [2018] halten keine Regelung dazu vor, regeln weiterhin allein den „klassischen“ einstweiligen Rechtsschutz (Art. 25 DIS bzw. Art. 33 VIAC).

Dazu u.a. S. HORN SchiedsVZ 2016, 16 [allg.]; HAUSER RIW 2013, 364 [ICC]; SESSLER SchiedsVZ 2012, 120, 125–128 [IV] (IC). S.a. den ICC-Evaluationsbericht (Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator [‘EA’]) von 04/2019, ICC-Pub. 895-0: <https://iccwbo.org/publication/emergency-arbitrator-proceedings-icc-arbitration-and-adr-commission-report/Proceeding> [zuletzt besucht: 25.06.2019].

mittels quasi eines „kleinen“ Schiedsverfahrens bei institutionell rasch konstituiertem Gericht und eingeschränktem inhaltlichem Streitgegenstand (vorläufige ./ endgültige Streitregelung). Entsprechend sehe ich hier den legislativen Regelungsbedarf gegenwärtig nicht so recht, zumal sich auch ein zweifacher Schiedsort als eine bloße Konsequenz doppelter Verfahren tolerieren ließe⁷⁰ und insb. Art. III UNÜ („recognize *arbitral awards* as binding and enforce them“) elastisch genug erscheint:⁷¹ es geht um eine definitive Regelung vorläufiger Zustände (und also eine Art „Zwischenrecht“).

4. Vollstreckbarkeitserleichterung (Art. 35 Abs. 2 ModG)

Die ModG-Neufassung schleift viertens Formalien der Antragserfordernisse für die Vollstreckbarerklärung: Verzicht auf ein Vorlegen der Schiedsvereinbarung (Satz 1 Halbs. 2) – was auch nicht bei einer formfreien Gültigkeit ginge ... –, Wegstreichen der Pflicht zur Beglaubigung des Schiedsspruchs (Satz 1 Halbs. 1) und Entfallen zwingender Übersetzung (Satz 2). Diese Erfordernisse waren freilich *maximale* Vorgaben, und der weitsichtige deutsche Gesetzgeber hat sie einstmals schon minimiert – es besteht zwar eine Pflicht zur Beglaubigung (§ 1064 Abs. 1 Satz 1 ZPO), die darf indes doch der mandatierte Rechtsanwalt verfertigen (§ 1064 Abs. 1 Satz 2 ZPO), so dass kaum wirkliche Zeitverluste oder Zusatzkosten entstehen. Eine recht starke prozessökonomische Lösung, die ohnehin niemals als Prozessvoraussetzung, sondern immer als schlichte Beweismittelregelung anzusehen war:⁷² die Vorlagepflicht entfällt bei Unstreitigkeit. Die Beglaubigungspflicht hat auch ihren Sinn: sie entlastet die Gerichte von Prüfungen und bringt dem Gegner subsidiär einen Haftenden. Dass allemal das Gericht eine Übersetzung abverlangen kann, das folgt ohnehin schon aus § 142 Abs. 3 ZPO. Alles in allem: es fehlt am grundsätzlichen Änderungsbedarf!

IV. Exkurs: Rechtsprechungsorgane im Bundesstaat

Erfolgreiche Schiedsstandorte fokussieren immer auch die Staatsgerichte in Schiedssachen, sei es mit Spezialzuständigkeiten (artt. 1505, 1516 Abs. 1 c.p.c. [FR]) oder Instanzenverkürzungen (Art. 191 IPRG [CH]; § 615 öZPO [AT]). Der deutsche Gesetzgeber hat insoweit zugegeben ungewöhnlich vorgelegt und vermittelt des SchiedsVfG die großzügige *erstinstanzliche* OLG-Zuständigkeit eingeführt (§ 1062 Abs. 1–3 ZPO), in Hilfsverfahren als erste und letzte Instanz zugleich (§ 1065 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 1062 Abs. 1 Nrn. 1 u. 3 ZPO), in Kontrollverfahren mit der Rechtsbeschwerde zum BGH (§ 1065 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1062 Abs. 1 Nrn. 2 u. 4 ZPO). Vor Amts- und Landgerichten landen Schiedssachen allein im Rahmen all-

70 Dazu näher J. HORN, a.a.O. (Fn. 68), S. 161 ff. [§ 1041a Abs. 4].

71 Dazu näher J. HORN, a.a.O. (Fn. 68), S. 172 ff. mit S. 42–44.

72 BGH NJW 2000, 3650 [II 2] {8 f.}; NJW-RR 2001, 1059 [II 2] {12}; NJW 2001, 1730 [II 2a] {11–13}.

gemeiner Zivilklagen bei Geltendmachung der Schiedseinrede (§ 1032 Abs. 1 ZPO), was sich – nurmehr nebenbei bemerkt (siehe dazu sub V 4a) – auch etwas konzentrieren ließe. Trotzdem gibt es noch weiteren Konzentrationsbedarf, aber nur in „hochpreisigen“ internationalen Streitigkeiten (im Vorgreifen auf die Überlegung zu V 3). Der Vorschlag zielt daraufhin, zusätzliche Zuständigkeitskonzentrationen anzustreben, um dadurch Fachkenntnis zu bündeln („Professionalisierung“) und einen Leumund allmählich zu erarbeiten, wie dies international bisher letztendlich bloß die deutsche Patentgerichtsbarkeit schaffte.

Die Mittel sind hierzu schon ungenutzt fast alle vorhanden („kleine Lösung“): Kompetenzbündelung für Oberlandesgerichte, innerhalb eines Bundeslandes durch Rechtsverordnung (§ 1062 Abs. 5 Satz 1 ZPO),⁷³ aber ebenso über Ländergrenzen per Staatsvertrag (§ 1062 Abs. 5 Satz 2 ZPO). Hier ist viel Synergie zu gewinnen für den Standort „Deutschland“ generell, freilich es herrscht „Klein-staaterei“. Wenn man aber bedenkt, dass knapp 2/3 der Fälle (§ 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO – „Sch-Sachen“) bloß sechs OLGs entscheiden (München, Köln, Hamburg, Frankfurt am Main, Düsseldorf, Berlin),⁷⁴ ergeben sich allemal Phantasien für Bündelungen. Ich will noch einen großen Schritt weiter gehen („mittlere Lösung“): es ist auch absolut ein kleiner, eher überschaubarer Geschäftsanfall (2010–2017: 221 Fälle/p.a.);⁷⁵ danach ließe sich das – quantitativ – auf bloß ein „bundesweites“ OLG zusammenfassen – die große Frage: welches? Hier werden auch andere, sog. „weiche“ Kriterien mitschwingen (Erreichbarkeit, Attraktivität etc.). Noch weiter geht („große Lösung“ – Textänderung erforderlich!), gleich dem BGH allein die Kompetenz zu verleihen⁷⁶ – bei Freigabe des Anwaltes, anderenfalls läuft die Lobby der Anwaltschaft allemal Sturm dagegen ...

73 Gebraucht bisher allein von Bayern [Verordnung über gerichtliche Zuständigkeiten im Bereich des Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (Gerichtliche Zuständigkeitsverordnung Justiz – GZVJu) v. 11.06.2012, GVBl 2012 Nr. 11 S. 295 (200): § 7 – OLG München] und Rheinland-Pfalz [Landesverordnung über die gerichtliche Zuständigkeit in Zivilsachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 22.11.1985, GVBl Nr. 26 S. 267 i.d.F. v. 28.04.1998, GVBl Nr. 9 S. 134: Art. 1 Nr. 2 bzw. § 14 – OLG Koblenz].

74 Statistisches Bundesamt Fachserie 10 [Rechtspflege], Reihe 2.1 [Zivilgerichte], Unterpunkt 7.2 [21 bzw. 20] [Geschäftsentwicklung der Zivilsachen vor dem Oberlandesgericht] mit Zahlen für 2014–2018: Mü (155/20,92 %), Kö (89/12,01 %), HH (77/10,39 %), FM (61/8,23 %), Dü (59/7,96 %), KG (46/6,21 %) – auch Baden-Württemberg (9,85 %) und Niedersachsen (7,42 %), wenn man denn insoweit St (42) und KA (31) bzw. CE (27), BS (18) und OL (10) bündelte.

75 Statistisches Bundesamt Fachserie 10 [Rechtspflege], Reihe 2.1 [Zivilgerichte], Unterpunkt 7.1 [21 bzw. 20] [Geschäftsentwicklung der Zivilsachen vor dem Oberlandesgericht]: 4.063 Fälle/Mittel: 225,72 – Minimum: 179 (2016)/Median: 224 (2002 u. 2013)/Maximum: 279 (2010). Damit wird das wohlfeile „Überlastargument“ hinfällig.

76 G. WAGNER, a.a.O. (Fn. 14), S. 170–172 (S. 171: „klarer und mutiger Schritt“) – krit. R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 304, insb. S. 304/305 [IV 2c].

In eine ganz andere Richtung zielt der Vorschlag von GAIER, ein ergänzendes Vorlageverfahren einzuführen, „mit dem das Schiedsgericht [auf beidseitigen Parteienantrag hin] die Entscheidung des staatlichen Gerichts über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausreichender Bedeutung einholen kann“⁷⁷ – quasi eine Art „Rechtsentscheid“, so wie er 1968–1981 in Mietsachen einst praktiziert wurde⁷⁸ (OLG-/BGH-Vorlage), dort jedoch zwischen lediglich staatlichen Gerichten. Der Traum von GAIER ist, zur Rechtsfortbildung geeignetes Fallmaterial „wiedereinzufangen“. Drei Gründe stehen dagegen: (i) Auch Schiedsgerichte können Recht selbst fortentwickeln⁷⁹ (Hemmfaktor ist „nur“ die Publizität), denn sie leisten, so wie alle Staatsgerichte auch, Rechtsprechung⁸⁰ (nicht etwa bloß eine Art „Rechtsverwaltung“⁸¹). (ii) Es fehlt an einem (organisatorischen) „Instanzverhältnis“ zwischen Schiedsgerichten und Staatsgerichten,⁸² welches insoweit Bindungswirkungen erklären könnte; schüfe man dieses, mangelte der Schiedsgerichtsbarkeit ihr Proprium. (iii) Es gibt zwar durchaus ein (tatsächliches) „Kontrollverhältnis“ (§§ 1059 bis 1061 ZPO) – das aber eben just nicht *inhaltliche* Rechtsprüfung mitumfasst (Verbot der *révision au fond*); wieso sollte im Vorweg gehen, was schon immer nachher ausgeschlossen scheint?

77 Schlichtung, Schiedsgericht, staatliche Justiz – Drei Akteure in einem System institutioneller Rechtsverwirklichung, NJW 2016, 1367, 1371 [III 3b] sowie Schiedsgerichtsbarkeit vs. staatliche Justiz, in: *Wilhelm/M. Stürmer* (Hrsg.), Post-M&A-Schiedsverfahren (2019), S. 61, 68 [D].

78 Drittes Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften v. 21.12.1967 (Art. 3), BGBI I Nr. 74 S. 1248 (1249) [meist in Kraft ab 01.01.1968 (Art. 4 § 4 Abs. 2 Buchst. a) – später dann in § 541 ZPO (Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz v. 17.12.1990 [Art. 1 Nr. 39], BGBI I Nr. 71 S. 2847 (2851) [in Kraft ab 01.04.1991 (Art. 11 Abs. 5)]; obsolet infolge der Neugestaltung der Rechtsmittelzüge durch das Zivilprozessreformgesetz v. 27.06.2001, BGBI I Nr. 40 S. 1887 (BT-Drucks. 14/4722, S. 65 li. Sp. [AT] u. S. 103 re. Sp. [BT])].

79 Siehe dazu ausf. V. KÖNIG, Präcedenzwirkung internationaler Schiedssprüche (2013) S. 35 ff. [Vorbedingungen], S. 106–115 [Bereiche] u. S. 125 ff. [(handelsrechtliche) Praxisanalyse].

80 Neuere (Rspr.-) Belege: BGHZ 159, 207, 212 [2b cc] {18}; 162, 9 (16) [II 4b aa (1)] {27} u. NJW-RR 2008, 659, 660 [14] [1c] („Rechtsprechung im weiteren Sinne“); BGH NJW-RR 2016, 892, 893 [15] [II 2c bb (1)] („Da ein Schiedsgericht Rechtsprechung ausübt, ...“); BGHZ 210, 292, 302 [24] [B II 1 a] – „Pechstein“ u. NJW 2018, 869, 870 [III 2a] [15] („ihrer Funktion und Wirkung nach materiell Rechtsprechung“).

81 Wofür freilich – ganz ohne Not – GAIER plädiert: NJW 2016, 1367, 1370/1371 [III 2] bzw. a.a.O. (Fn. 77), S. 61, 70 [E 2]. Das mag vielleicht einfache *Schlichtung* einhegen, aber nicht mehr!

82 Darum auch keine direkte EuGH-Vorlage von Schiedsgerichten: EuGH Slg. 1982, 1095, 1109–1111 – Nordsee = NJW 1982, 1207; Slg. 1999, I-3055, 3092 [34] – Eco Swiss = NJW 1999, 3549; Slg. 2005 I-923, 932 f. [13–17] – „College d’arbitrage“ = RIW 2005, 454; GRUR-Int 2014, 349, 315 [17] – Merck Canada. Sonst hilft der Umweg gem. § 1050 ZPO: staatlich bereitgestellte, amtsgerichtliche „Amtshilfe“.

V. Zusätzliche rechtspolitische Herausforderungen

Im Folgenden sei gestattet, manch „heiße schiedsrechtliche Eisen“ mindestens doch anzumahnen. Sechs Punkte scheinen spezifische Brisanz aufzuweisen, wenn man hier das legislativ „Modellierte“ ausblendet und sich auf noch eventuell „Wünschenswertes“ einlassen will. Dabei ist mir immer völlig bewusst, dass die prinzipiellen Strukturentscheidungen des SchiedsVfG/1998 grundsätzlich eher dagegenstehen.

1. Ermöglichung stärkerer Schutzstandards

Das deutsche Schiedsrecht erstaunt in einer doppelten Weise mit systematisch verblüffenden Verwerfungen: Zum einen kontrastiert die schiedsrechtliche Großzügigkeit (§§ 1029 bis 1031 ZPO) mit relativer Kleinlichkeit gegenüber Gerichtsstandsvereinbarungen (§ 38 Abs. 3 i.V.m. § 40 Abs. 1 u. Abs. 2 Satz 1 ZPO) – jenseits der Formmilde bei Kaufleuten (§ 40 Abs. 1 ZPO – siehe oben bei III 2); hier wäre – gewiss auch wegen Art. 25 EuGV-VO (i.V.m. Artt. 15, 19, 23 EuGV-VO) – doch sehr wünschenswert, „angleichend“ nachzubessern, prospektiv durch Erweiterung (!) der Möglichkeit für Privatleute, im Nationalen zu prorogieren⁸³ (und *vice versa*, d.h. Derogation zu verabreden).

Zum anderen ist Arbeitnehmerschutz hochgehalten (Spezialgebiet mit einer Art „Schiedsverbot“ für individuelle Streitigkeiten: § 4 i.V.m. § 101 ArbGG),⁸⁴ während Versicherungsnehmer sowie vor allem Verbraucher – deutlich weniger Fürsorge bekommen. Bloß Mietsachen über Wohnräume sind großteils schiedsunfähig (§ 1030 Abs. 2 ZPO), verbraucherbezogene Ausschlussstatbestände wären auch per Spezialnorm wohl einzuführen (§ 1030 Abs. 3 ZPO), fehlen aber fast völlig.⁸⁵ Bei Verbraucherbeteiligung ist bisher lediglich „formverschärfend“ vorgebaut (§ 1031 Abs. 5 ZPO);⁸⁶ Eigenhändigkeit (Satz 1) und Eigenständigkeit (Satz 3 Halbs. 1); Unterschrift (Satz 1 – gleiche Urkunde) oder zwingend qualifizierte elektronische Signatur (Satz 2 i.V.m. § 126a Abs. 2 BGB – parallele Dokumente). Letzteres ist ungewohnt, ersteres ist hindernd – genau dies ist hier Zweck! Das zusätzliche Gebot einer Separatheit soll ergänzend Warnfunktion entfalten und dem Verstecken im

83 S.a. die Empfehlung A V 2 des 69. DJT (2012) zum Verbraucherrecht: „Schiedsvereinbarungen und Gerichtsstandsvereinbarungen sind hinsichtlich der Zulässigkeit jedenfalls im nationalen Recht gleichzubehandeln.“

84 Näheres siehe schon bei MÜNCH FS Otto (2008) S. 327, 353 ff. [V]. Ganz versteckt ohne Sachbegründung (vermeintlicher „Kompetenzübergreif“?) dies erhaltend aber BT-Drucks. 13/5274, S. 36 [§ 1030 {11}]: „Eine Änderung der §§ 101 bis 110 ArbGG erschien nicht veranlaßt.“

85 § 101 WpHG (vormals: § 37h WpHG) gilt als eine Schranke subjektiver Schiedsfähigkeit.

86 Eher einschr. noch R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 295 li. Sp. [III 1]; genau anders herum QUINKE, Börsenschiedsvereinbarungen ... [DIS 15] (2005), S. 213–219; vgl. auch erg. WAGNER/QUINKE JZ 2005, 932, 936–938 [III 3]: Prinzipien einer besonderen Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit.

AGB-Dschungel wehren. Dennoch scheinen mir insoweit aktuell die Wertungen nicht mehr recht kongruent aufeinander abgestimmt:

(1) Der neue § 309 Nr. 14 BGB („Klageverzicht“) lässt Zwang zur vorherigen außergerichtlich erfolgenden Streitbeilegung in AGB ohne Wertungsmöglichkeit der Ungültigkeit anheimfallen. (2) Die Formpflicht erfasst im Prozess offenkundig nur Schiedsvereinbarungen (i.S.v. § 1029 Abs. 1 ZPO), nicht auch die – möglicherweise viel gefährlicheren – Schiedsverfahrensvereinbarungen (i.S.v. § 1042 Abs. 3, 2. Alt. ZPO), wie etwa zur Generierung der Gerichtsbank und zu der Gestaltung des Verfahrens. Hier mögen weitere Gefahren schlummern, die sich kaum jemand letztlich richtig klarmacht. Man muss dafür ja nicht gleich eine eigene „schriftliche Rechtsbelehrung“ über wesentliche Unterschiede abverlangen, so wie es § 617 Abs. 3 öZPO tut, quasi eine Art „Beipackzettel“ zur Schiedsbindung. (3) Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht das Forum für Verbraucherstreitigkeiten. Hier könnte umgekehrt Sinn machen, auf die Maßstäbe zur strikten Handhabung der Prorogation zurückzukommen und entstandene Streitigkeiten einzufordern (so wie nach § 617 Abs. 1 öZPO) – dies würde schon genug warnen!

(4) Und dazu zählt auch, dass die Ausgestaltung des Arbeitsrechts (§§ 102 bis 110 ArbGG) mit dem „eigentlichen“, zivilprozessualen Schiedsrecht bündig nicht mehr zusammenpasst. Hier gibt es noch viel inhaltlich zu bereinigen – mancherlei jedoch auch zu übernehmen, wie etwa die verschärfte inhaltliche Überprüfung (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG: „Verletzung einer Rechtsnorm“), wenn man jene auf zwingendes Verbraucherschutzrecht reduzierte (in Anlehnung an § 617 Abs. 6 Nr. 1 öZPO). Das wäre ein deutlich besseres Vorgehen als etwa die Regelung des § 19 Abs. 1 Satz 2 VSBG, welcher für Streitschlichtungen die „Rechtsorientierung“ nur anmahnt („soll“) – *cui bono, cui malo est?*

2. Internationales Privatrecht des Schiedsverfahrens

Es gibt international-privatrechtlich zwei zentrale Normdesiderate im Schiedsverfahren – beide auf einer inhaltlich fehlenden Abstimmung mit heutigen EU-Regelungen beruhend. Positiv existiert zwar eine Vorgabe zur IPR-Anknüpfung des Streitrechts mit § 1051 Abs. 1 und 2 ZPO, der nicht allzu stark von Art. 3 ff. EVÜ⁸⁷ bzw. Art. 27 ff. EGBGB einerseits, Art. 28 Abs. 1 und 2 ModG andererseits damals differieren wollte. So ergab sich kollisionsrechtlich eine recht komplexe Gemengelage bei der Suche nach einem tragfähigen textlichen Kompromiss.⁸⁸ Hierbei steht das Grundprinzip subjektiv freier, autonomer Rechtswahl (Abs. 1 Satz 1) jedoch

87 [Römisches] Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 19.06.1980, ABl Nr. C 334 S. 3 bzw. BGBl 1986 II Nr. 26 S. 810.

88 Sehr symptomatisch hier BT-Drucks. 13/5274, S. 52 li. Sp. [§ 1051 {1}]: „übernimmt ... im Ergebnis weitgehend die Regelungen des Artikels 28 ModG. ... war darauf zu achten daß sie mit ... [dem EVÜ] ... in Einklang stehen. ... Der Auffassung der Reformkommission, daß die Artikel 27 ff. EGBGB nur für die staatlichen Gericht, nicht aber für (internationale) Schiedsgerichte bindend seien, folgt der Entwurf nicht.“

außer aller Kritik; Probleme bereitet, hilfswise objektiv anzuknüpfen (Abs. 2). Art. 28 Abs. 2 ModG erlaubt nun scheinbar dem Gericht freirechtsartig schließlich sich sein Kollisionsrecht auszusuchen („apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers appropriate“).

Es gibt noch andere Divergenzen: die Regel hat einst nur einseitig Verträge bedacht (obwohl natürlich Abs. 2 weiter ausgreift); und die mittelbar völkerrechtlichen Bindungen sind inzwischen unmittelbar geltenden EU-Vorschriften gewichen (Rom I VO). Die klassische „engste Verbindung“ ist dadurch zur „[vertrags-] charakteristische[n] Leistung“ mutiert (Art. 4 Abs. 2) und lediglich noch subsidiär heute anwendbar (Art. 4 Abs. 4). – Erfasst nun danach das europäische Kollisionsrecht auch internationale Schiedsgerichte? Hierzu tobt seit langem erbitterter Streit⁸⁹ mit vielen Versuchen, ein „arbitrales“ Sonderkollisionsrecht zu rechtfertigen. Aber wer eine eigene Gerichtsqualität bejaht, der muss allemal materielle Rechtsbindung konsequent gleichermaßen bejahen (ausgenommen eine Spezialität: § 1051 Abs. 3 ZPO bzw. Art. 28 Abs. 3 ModG) und selbstredend das Internationale *Privatrecht* mit einbegreifen! Alles andere würde am Ende im Bild zu sowohl reifen englischen Kirschen wie vertrockneten deutschen Trauben führen. Schiedsrecht legitimiert nur ein „opt out“ aus nationalem *Prozessrecht*. Der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 ModG führt denn – relativ unbefangen gelesen – auch heute zum Kollisionsrecht des Schiedsortes: es ist eben jenes letztendlich dann „anzuwendende“ Recht, mag auch nicht später staatliche Anwendungskontrolle statthaben. Man sollte zumindest § 1051 Abs. 2 abgeklärt mithin neu formulieren:⁹⁰

„Haben die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften nicht bestimmt, gilt das am Schiedsort anzuwendende Kollisionsrecht.“ [somit EU-VOen und EGBGB wegen § 1025 Abs. 1 i.V.m. § 1043 Abs. 1 ZPO; bereits dies erlaubt viel „Gestaltungspotential“!]

N e g a t i v fehlen indes Regelungen zur Anknüpfung der Schiedsvereinbarung: die Rom I VO hat diese Frage nämlich – als offenkundig zu „prozessnah“ – nun ihrerseits ausgeklammert (Art. 1 Abs. 2 Buchst. e Rom I VO: „Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen“) und die Brüssel VO sich ihrer reziprok auch nicht gewidmet (Art. 1 Abs. 2 Buchst. d: „die Schiedsgerichtsbarkeit“); also blieben noch Art. 27 ff. EGBGB, die aber mit „Rom I“ völlig gestrichen wurden⁹¹ – es fehlt an einem innerdeutschen (*Vertrags-*) Kollisionsrecht für Gerichtsstandsabreden und Schiedsvereinbarungen. Diese letztere Lücke ist indirekt über Vorgaben für Auf-

89 Jüngstens wieder sehr scharf MANKOWSKI RIW 2018, 1 (dort Fn. 3–5 auch umfassend zum Stand der Meinungen) – außerdem: RIW 2011, 30; FS von Hoffmann (2011) S. 1012; FS Schütze II (2014) S. 389 sowie McGUIRE SchiedsVZ 2011, 257.

90 Völlig konträr hierzu R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 301 f. [IV 2 f.].

91 Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 v. 25.06.2009, BGBl I Nr. 36 S. 1574: Art. 1 Nr. 4 [in Kraft ab 17.12.2009 (Art. 3)].

hebungskontrolle und Vollstreckbarerklärung⁹² allemal zwar füllbar – das *retrospektive* Maß konkretisiert immer auch die *prospektive* Anforderung (sog. Einredesituation gem. § 1032 Abs. 1 ZPO) – das sollte allgemein jedoch verbindliche Klarstellung finden (dieses am besten in einer eigenen EGBGB-Regel: Art. 11a?). Sie könnte so lauten:⁹³

„Das Zustandekommen, und die Gültigkeit und Inhalt einer Schiedsvereinbarung unterstehen dem Recht, das die Parteien gewählt haben oder, mangels Wahl, das in dem Staat gilt, in der der Schiedsspruch ergangen ist oder ergehen soll, und wenn ein solcher Ort nicht festgestellt werden kann, dem Recht, das mit der *Schiedsvereinbarung den engsten Zusammenhang innehat*, nach den für das angerufene Gericht geltenden Regeln des Internationalen Privatrecht auf die Streitsache anwendbar ist.“

Der Inhalt ist weitestgehend völkervertraglich vorgezeichnet bzw. entspricht praktischer Handhabung. Die Regel hat somit nur gewisse klarstellende Aufgabe. Sie sollte m.E. jedoch den „Inhalt“ (scil. Auslegungsfragen, Bestimmung der Reichweite, Nebenpflichten etc.) ausdrücklich mit hineinnehmen, und sie sollte direkt gleich die konkrete Anknüpfungsregel benennen. Das „angerufene Gericht“ wäre doch allemal regelmäßig ein deutsches, dieses hätte dann die Rom I VO anzuwenden und scheiterte wiederum letztlich am Ausschlussstatbestand (Art. 1 Abs. 2 Buchst. e, 1. Alt.) – das bringt keinen Fortschritt! Art. 4 Abs. 1–3 Rom I VO wollen nicht recht passen, also bleibt bloß, die Hilfsanknüpfung (Art. 4 Abs. 4)⁹⁴ nachzuzeichnen. Dabei muss man dann indes auf die jeweilige Schiedsvereinbarung abstellen, nicht etwa die materielle Hauptsache, was „Streitsache“ wohl implizieren würde. Reine Inlandssachverhalte bleiben außen vor (Art. 2 a.E. EGBGB). Der Streit um die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung sollte kollisionsrechtlich jedenfalls ausgeklammert werden. Er spiegelt sich u.U. zwar national in der Plazierungsfrage: ZPO oder EGBGB? Alternativ ließe sich die Vorschrift als § 1031a ZPO denken, es ist aber nicht die Übung, dieses im Prozessrecht zu regeln;⁹⁵ die Verortung im zweiten EGBGB-Abschnitt („Rechtsgeschäfte“ – anstelle des fünften: „Schuldverhältnisse“) erscheint neutral genug, um eventuelle Fehlschlüsse zu verhindern.

92 Art. V Abs. 1 Buchst. a UNÜ; § 1059 Abs. 2 Nr. 1a ZPO; Artt. 34 Abs. 2 Buchst. a (i), 36 Abs. 2 Buchst. a (i) ModG.

93 In Anlehnung an U. MAGNUS IPRax 2016, 521, 531 [III 5] mit ausf. Begr. auf S. 529–531 [III 1–4] – dort Art. 11a Abs. 2; Abs. 1 normiert als Parallele die Gerichtsstandsvereinbarung, wo sich dasselbe Problem auftut (Art. 1 Abs. 2 Buchst. e, 2. Alt. Rom I VO), vgl. zur Plazierung erg. bei S. 529 re. Sp. [II 6b]. Eher reserviert dazu R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 298/299 [VI 1b].

94 Sie lautet wie folgt: „... unterliegt der [Schieds-] Vertrag dem Recht des Staates, zu dem er die engste Verbindung aufweist.“

95 § 18 IPRG/CN [2010] (bei PISSLER RabelsZ 76 [2012], 161, 164); Art. 39 IPRG/PL [2011]; § 166 IPRG/NL [2014] (bei SIEHR RabelsZ 78 [2014], 615, 663) – erklärlich als Sonderfall: Art. 176 Abs. 2 IPRG/CH [1987] (IPR-Kodifikation mit Schiedsrecht).

3. Internationale Erleichterungen?

Verstärkter Verbraucherschutz (sub V 1) legitimiert auch andersherum zu überlegen, in eindeutigen *internationalen* Handelsstreitigkeiten Erleichterungen einzuführen. Hier tut sich das deutsche Recht – konstruktionsbedingt – etwas schwerer. Zunächst gilt es, verschiedenste Herangehensweisen zu differenzieren. Die Möglichkeit nutzen u.a. bisher Griechenland per parallel nebeneinander existierenden Regelungen („D o p p e l - L ö s u n g“) und ferner die Schweiz (einst: KSG/IPRG, jetzt BZPO/IPRG) mit zusätzlich der Gestattung wechselseitigen Einwählens („O p t i o n s - M o d e l l“ – Art. 176 Abs. 2 IPRG; Art. 353 Abs. 2 BZPO: „durch eine ausdrückliche Erklärung“), aber z.B. auch langjährig schon Frankreich, das eigens im Gesetz die spezifisch *internationalen* Schiedsverfahren begünstigt („T a n d e m - L ö s u n g“ – artt. 1492–1497 c.p.c./a.F. bzw. artt. 1504–1513 c.p.c./n.F.): viele Regeln z.B. werden gezielt parteiverfügbar gemacht (art. 1506 c.p.c.). Im „E i n h e i t s - M o d e l l“, dem unser deutsches Recht klassisch folgt, würden diese „internationalen Werbemaßnahmen“ eher als insgesamt systemstörend empfunden. Es präferiert augenscheinlich die Ergänzungsnorm im Einzelfall (so wie in § 1031 Abs. 5 ZPO hinsichtlich der Verbraucher), scheut indes – mindestens „*Internationalität*“ betreffend – aber den selbständig formulierten Gesamtblock, welcher „leuchtturmartig“ strahlt.

Trotzdem: das deutsche Recht kennt durchaus sowohl eine „Doppel-Lösung“ mit dem spezifischen arbeitsrechtlichen Schiedsrecht (§§ 4, 101–110 ArbGG) und bei genauerem Hinsehen ebenfalls die „Tandem-Lösung“ mit ureigenem ZPO-Abschnitt für die „Außervertragliche[n] Schiedsgerichte“ (§ 1066 ZPO). Hieran ließe sich inhaltlich problemlos anknüpfen mit einem insoweit erweiterten Abschnitt „Spezifische Schiedsgerichte“, der Sonderregeln für Verbraucherschiedsgerichte, Mehrparteienschiedsgerichte, Familienschiedsgerichte, Sportschiedsgerichte⁹⁶ etc., aber ebenso auch leicht auffindbar *internationale* Schiedsgerichte beheimaten könnte – wenn man will und sich überhaupt im internationalen Schiedswesen so engagiert („Standortmarketing“?). Man könnte sich mithin manch zusätzliche Erleichterung vorstellen (Formfreiheit, Fristverkürzungen, Definitionen etc.), sollte dabei aber das allgemeine Rechtsschutzniveau hochhalten. Jenes betrifft nicht alleinig Aufhebungsmöglichkeit und Vollstreckbarerklärung, welche die Schweiz und Frankreich diesem „Sonderbereich“ ebenso hinzugesellen. Ich halte vor allem vom dortigen möglichen Aufbegehrensverzicht (Art. 192 IPRG bzw. art. 1522 Abs. 1 c.p.c.)⁹⁷ überhaupt nichts, eine Kompetenzprüfung muss sichergestellt sein, und auch die Schiedseinrede vor den Staatsgerichten wäre mir ganz unverzichtbar (im Gegensatz zu art. 1506 Nr. 1 i.V.m. art. 1448 Abs. 1 c.p.c.).

96 Etwa ließe sich § 11 AntiDopG viel transparenter hier „unterbringen“ („§ 1066a ZPO“).

97 Solchen erlauben ebenfalls Art. 1718 C.J. [BE] u. § 51 Abs. 1 LoS [SV] – national so außerdem G. WAGNER FS Schilken (2015) S. 553, 567–570 [VI 4] mit AiG/WAGNER § 1026 Rdnr. 8 f.; C. STEGER, Die Präklusion von Versagungsgründen ... [SAIPR 344] (2015), S. 251 ff. So wie hier R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 302/303 mit S. 303 li. Sp. [IV 3a].

4. Staatsgerichtliche Kompetenzkontrolle

Die Schiedsszene fremdelt gemeinüblich mit § 1032 Abs. 2 ZPO, d.h. der Möglichkeit präventiver Überprüfung der Kompetenzlage durchs *Staatsgericht* als einer der recht wenigen deutschen Sonderwege (arg. § 1026 ZPO).⁹⁸ Jedoch soll bewusst Schieds(in) kompetenz von Staatsseite aus nachprüfbar sein – möglichst alsbaldig, ohne bis etwa zur jeweiligen Konstituierung des Schiedsgerichts (ab dann greift § 1040 ZPO) abzuwarten. Dies prolongiert die Rechtspraxis zu § 871 Abs. 1 CPO bzw. § 1046 ZPO/a.F. („Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens“), welche damit – zeitlich nicht begrenzt!⁹⁹ – einst eine besondere Feststellungsklage zugestand, sei es die genannte negative¹⁰⁰ oder reziprok eine positive.¹⁰¹ Der Sinn des § 1032 Abs. 2 ZPO/n.F. war also, letztendlich solchen „Zugriff“ stärker einzugrenzen, nicht umgekehrt herum – heute verdrängt man das gemeinhin gerne. Und dazu kommt noch die Möglichkeit zur parallelen (Schieds-) Verfahrenseinleitung (§ 1032 Abs. 3 ZPO), so dass mithin jedwedes „Sperrpotential“ wegfällt.

Im Bereich der staatlichen Kompetenzkontrolle lassen sich – jenseits der Regelung des § 1032 Abs. 2 ZPO – *rechtspolitisch* lediglich demnach zwei größere Problemkreise ausmachen; was daneben *rechtspraktisch* ansteht (insb. die Abklärung der Beziehung von Abs. 2 zu Abs. 1 bei § 1032 ZPO¹⁰² und die Bestimmung des Verhältnisses von §§ 1032 Abs. 2, 1040 Abs. 3 ZPO zu § 1059 ZPO)¹⁰³ erscheint durchaus autonom lösbar bzw. ist praktisch vernünftig abgeklärt.

a) Einerseits ist überlegbar, bei § 1032 Abs. 1 ZPO die prozessuale *Wirksamkeit* der *Schiedseinrede* abzumildern und sie dem (frankophonen) „*effet négatif*“ anzugleichen, d.h. nur eine grobe, pauschale Wirksamkeitskontrolle in der Einredesituation anzulegen (Halbs. 2), im Übrigen nach Erheben¹⁰⁴ der Schiedseinrede auf Klageabweisung als unzulässig zu erkennen (Halbs. 1). Nun steht zwar heute auch schon die *inzidente* Wirksamkeitskontrolle in quasi „zweiter Reihe“ (arg. „es sei denn“), sie erlaubt aber allemal recht intensive Prüfung, falls dafür Anhalte vorliegen. Hierbei stößt

98 Beispielhaft RASCHKE-KESSLER FS Goette (2011) S. 381, 393 [IV 2c] – siehe aber auch die Entgegnung bei SCHLOSSER BG 59 (2016), 63, 67 f. [IV]; vgl. auch erg. R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 295 li. Sp. [III 1]; sehr ambivalent hier G. WAGNER, a.a.O. (Fn. 14), S. 153 f.

99 Sehr deutlich etwa RGZ 133, 128, 131 („in ständiger Rechtsprechung“).

100 BGH NJW 1973, 98 [I 2a]; BGHZ 7, 184, 185/186 [2]; RGZ 133, 128, 131 [1].

101 RG DR A 1939, 1915, 1916; RGZ 23, 424, 427; ROHG 2, 156, 164 f. [GemR/PR].

102 Näher dazu MÜNCH ZZP 128 (2015), 307, 314–319 [III], aber z.B. auch BGH NJW-RR 2018, 1402, 1403 [9] [III 1a] 1334–1336, zudem noch die Nachw. Fn. 134.

103 Jüngst vgl. hierzu BGH NJW-RR 2018, 1334, 1335/1336 [25] [III 2a] (§ 1032 Abs. 2 ZPO) bzw. BGH SchiedsVZ 2016, 339, 340 [10–12] [II 2] (§ 1040 Abs. 3 ZPO).

104 MÜNCH FS Geimer II (2017) S. 461 m.w.N. gegen R. WOLFF SchiedsVZ 2015, 280, ferner auch in EFFER-UHE/HOVEN/KEMPNEY/RÖSINGER, Einheit der Prozessrechtswissenschaft (2016), S. 419.

einem etwas die zersplitterte Zuständigkeit auf, weil nun eben die normale Eingangsinstanz (AG/LG) urteilt (Kompetenz für Vorfragen) und die ureigene Konzentration der Kompetenz für Schiedssachen (OLG: § 1062 Abs. 1 Nr. 2 ZPO – [endgültige] Kompetenz für [Schieds-] Kompetenz) ausfällt; Hauptproblem ist allerdings das folgende: es fehlt an einer ähnlich engen Zeitbegrenzung, so wie in § 1032 Abs. 2 ZPO auf die Zeit bis zur Konstituierung des Schiedsgerichts, dem der Gesetzgeber ja dann erst einmal die allfällige Kompetenzprüfung anvertraut (§ 1040 Abs. 1 ZPO – dies bestätigt auch § 1032 Abs. 3 ZPO, wenn er hier *beide* [Vor-] Absätze nennt, in einem Atemzug). Das laufende Schiedsverfahren wiederum kann u.U. auch schwelenden [Kompetenz-] Streit entschärfen (§ 1040 Abs. 2 Satz 1 u. 3 ZPO: eventuelle – schiedsinterne! – Präklusion).

Frankreich und die Schweiz lösen seit jeher anders und sorgen für schiedsgerichtliche Entscheidungspriorität – dabei immer im Sinne eines *vorläufigen* schiedsgerichtlichen Entscheides der Kompetenzfrage (Gestattung „ersten Aufschlags“), nicht etwa der endgültigen Beurteilung, die auch dort den staatlichen Gerichten anheimfällt. Man sagt auch gerne, Schiedsgerichte sollten das *erste* Wort haben, Staatsgerichte immer aber das *letzte* Wort behalten.

Das *französische Modell* beschränkt die Schiedseinrede in einer *doppelten* Weise, einerseits auf die Zeit bis zur Klageerhebung vor dem Schiedsgericht (zeitliche Beschränkung: art. 1448 Abs. 1, Halbs. 2, 1. Alt. c.p.c./n.F. [„le tribunal arbitral n'est pas encore saisi“] bzw. art. 1458 Abs. 1 c.p.c./a.F.), andererseits auf offenkundig erkennbar untaugliche Bindungen (sachliche Beschränkung: art. 1448 Abs. 1, Halbs. 2, 2. Alt. c.p.c./n.F. [„la convention d'arbitrage est *manifestement* nulle ou *manifestement* inapplicable“] bzw. art. 1458 Abs. 2 c.p.c./a.F. [bloß ersterer Fall geregelt]). Auf diese Weise bekommt das Schiedsgericht daher regelmäßig einen „Erstzugriff“ sichergestellt.¹⁰⁵

Das *Schweizer Modell* ist scheinbar nur abweichend. Es kennt sachlich dieselbe Hürde (Art. 61 Buchst. b BZPO [„Schiedsvereinbarung *offensichtlich* ungültig oder nicht erfüllbar“] – in gewissem Kontrast zu Art. 7 Abs. 1 Buchst. b IPRG),¹⁰⁶ freilich nennt es nicht zugleich die ergänzende zeitliche Komponente; statt dessen hilft hier allerdings dann die „Schiedshängigkeit“, die mit denselben Wirkungen wie die Rechtshängigkeit ausgestattet ist (Art. 181 IPRG bzw. Art. 372 Abs. 1 BZPO), wobei dann das erstbefasste Gericht die Kompetenzen abprüft

105 Es gibt eine kleine „Hintertüre“: das staatliche Verweigern von „Konstituierungshilfe“, Art. 1455 c.p.c. („Si la convention d'arbitrage est *manifestement* nulle ou *manifestement* inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation“).

106 Dort fehlt solche Beschränkung („Schiedsvereinbarung sei hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar“) – wird jedoch für die „Nicht-UNÜ-Fälle“ von der Praxis dort „hineingelesen“ (z.B. BGE 122 [1996] III Nr. 29 S. 139, 142 f. [2b] – Gültigkeitsmangel bzw. BGE 138 [2012] III Nr. 103 S. 681, 686 [3.2] – Reichweitenmangel). Dem Vorschlag gesetzlicher Fixierung (sog. „erweiterte“ Initiative [13.3012]) folgt der Reformentwurf nun nicht (BBl 2018, 7163, 7176–7278 m.w.N.).

(Art. 372 Abs. 2 BZPO: „setzt das zuletzt angerufene Gericht das Verfahren aus, bis ...“). Funktional erscheint das großteils ebenbürtig.

Das *portugiesische Modell* übernimmt die Beschränkung der Kontrolle für internationale Schiedsprozesse (Art. 5 Abs. 1 a.E.: „a menos que se compruebe que, *manifestamente*, el convenio arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.“) und verweigert sich zusätzlich der staatlichen separaten (!) Überprüfung (Art. 5 Abs. 4) – möglich sind demnach Hauptsacheklage mit Einredekontrolle, sie offenbar jedoch zeitlich unbeschränkt, bzw. Anfechtung schiedsrichterlichen Entscheids als Zwischenentscheid (Art. 19 Abs. 9) oder Endschiedsspruch (Art. 46). Eine echte Sperrwirkung scheint demgemäß jedoch zu fehlen, es gibt nur eine klare Beschränkung der Einredekraft.

Bereits eine „kleine“ Normänderung bei § 1032 Abs. 1, Halbs. 2 ZPO, scil. das Voransetzen eines „offenkundig“, könnte demnach Großes bewegen: es wäre Signal für ein bewusst zurückgenommenes *staatliches* Nachprüfungsrecht. Das muss man sicher nicht wollen („grässliche Ideologie“¹⁰⁷), man soll es aber zuvor sorgsam abwägen im Widerstreit der Interessen der Beteiligten, sowohl der schiedsaffinen wie auch der schiedsaversen Partei des Verfahrens.

Am Ende dürfte die Zeit nicht reif dafür sein.¹⁰⁸ Ein letztendlich interessengerecht ausbalanciertes Normensystem erscheint viel komplexer,¹⁰⁹ lässt sich mit bloß einem kurzen „Einwort“-Einschub nicht schaffen – denn jener induzierte systemisch manch neue unliebsame Verwerfung: zwischen Schiedsgerichten (§ 1040 Abs. 1 ZPO) und Staatsgerichten (§ 1040 Abs. 3 ZPO), zwischen vorläufiger und endgültiger Überprüfung der Kompetenzen, zwischen inzidenter (§ 1032 Abs. 1 ZPO) und prinzipaler (§ 1032 Abs. 2) staatsgerichtlicher Kompetenzkontrolle. Das Modell des „*effet négatif*“ geht zu weit, weil es eine zeitweilige Kompetenzmonopolisierung favorisiert: erst das Schiedsgericht, dann das Staatsgericht. Anders gesagt: sobald erst einmal ein Schiedsgericht streitbefasst ist, sieht der Staat weg – sogar im Falle extrem schwerer Mängel. Wer *sachlich* darüber sinniert, die staatsseitige Inzidentkontrolle im Einredestadium einzuschränken, der muss zugleich aber auch *zeitlich* über die Erstreckung prinzipaler Überprüfung diskutieren. Es gibt guten Sinn, prompt staatseitig zu kontrollieren, um Klarheit zu erzielen. Dazu kommt die

107 SCHLOSSER BG 59 (2016), 63, 68 [IV], aber vgl. auch GS Koussoulis (2012) S. 493, 507 ff. [III 1] bzw. Stein/Jonas § 1032 ZPO Rdnr. 21. Am Ende unklar G. WAGNER, a.a.O. (Fn. 14), S. 151 f. einerseits, S. 154 andererseits.

108 Vielleicht immerhin jedoch dafür, bloß den „Dreiklang“ („nichtig, unwirksam oder undurchführbar“ – unnötige *rechtliche* Dopplung) zu entschärfen – in Anlehnung an Art. 61 Buchst. b BZPO („ungültig oder nicht erfüllbar“) [ähnlich unschön dagegen Art. 7 Buchst. b IPRG: „hinfällig unwirksam oder nicht erfüllbar“ – unnötige *faktische* Dopplung] bzw. Art. 1448 Abs. 1 a.E. c.p.c. („...nulle ou ... inapplicable“) oder – insgesamt am neutralsten abgefasst – auch § 584 Abs. 1 Satz 2 öZPO („nicht vorhanden oder undurchführbar“).

109 Siehe den Versuch bei MÜNCH ZZP Int. 19 (2014), 387, 426 [VII aE] mit S. 422–425 (Begr.).

Frage, ob denn das Wort („offensichtlich“) gut gewählt ist, um solche abgesenkte Prüfungsdichte zu implementieren (*prima-facie-Sicht*), vielleicht passt inhaltlich dafür „Glaubhaftmachung“ (i.S.v. § 294 ZPO – inbegriffen praktisch „gemildertem“ Beweismaß)¹¹⁰ am Ende bündiger.

Schließlich käme man u.U. gar in Konflikt mit Art. II Abs. 3, Halbs. 2 UNÜ, dessen Wortlaut solche Begrenzung nicht beinhaltet (zumal auch die Meistbegünstigung [Art. VII Abs. 1] nur dezidiert *Schiedssprüche* begünstigt ...), dagegen nicht so stark mit Art. VI Abs. 3 a.E. EuÜ („... es sei denn, dass ein *wichtiger Grund* dem entgegensteht.“), der einen stärker wertenden Zugriff gestattet (i.S.v. wichtig ist, was präsent ist, d.h. *prima facie* von Erfolg „gekrönt“).

b) Andererseits sollte unbedingt eine nachträgliche staatsgerichtliche Kompetenzkontrolle bereitstehen, nicht bloß der *positiven* Kompetenzentscheidung, was selbstverständlich ist (§ 1040 Abs. 3 [Satz 1] ZPO: „Hält das Schiedsgericht sich für zuständig, ...“; § 1059 Abs. 2 Nr. 1a ZPO: „Schiedsvereinbarung ... ungültig ist“), vielmehr auch der *negativen*. So wie eine Seite ein Kontrollrecht hat, ob positiv Schiedskompetenz besteht, sollte die andere Seite reziprok ebenso abklären können, ob diese Zuständigkeit tatsächlich fehlt. Das fordert nicht zuletzt das Prinzip äquivalenter prozessualer Chancen (und Risiken), so wie es präarbitral § 1032 Abs. 2 ZPO („Feststellung der Zulässigkeit *oder* Unzulässigkeit“) verwirklicht. Der BGH sieht mit Recht nur den sog. Prozessschiedsspruch hier als eine Lösungsmöglichkeit, die prompte Aufhebungskontrolle erlaubt (§ 1059 Abs. 1: „Gegen einen Schiedsspruch ...“),¹¹¹ ihm fehlt dann indes der wortlautgerecht einschlägige Aufhebungsgrund. Dem Vorschlag entsprechender Anwendung hat er sich leider insoweit verweigert, insbesondere der Möglichkeit der teleologisch einleuchtenden Gesamtanalogie.¹¹² Man kann gewiss zwar den normierten Enumerationscharakter der Tatbestandsvorgabe hochhalten (§ 1059 Abs. 2 pr. ZPO: „...“

110 Dazu beispielhaft bloß BGH NJW-RR 2017, 308, 309 [12] [II 1b bb]: „geringerer Grad der richterlichen Überzeugungsbildung“ – ganz ähnlich (m.w.N.) auch Thomas/Putzo/SEILER § 294 ZPO Rdnr. 1; Musielak/Voit/HÜBER § 294 ZPO Rdnr. 3; Zöller/GREGER § 294 ZPO Rdnr. 1; MünchKomm/PRÜTTING § 294 ZPO Rdnr. 24 f.; Stein/Jonas/THOLE § 294 ZPO Rdnr. 21. Näheres bei SCHERER, Das Beweismaß der Glaubhaftmachung [PA 101] (1996), passim.

Im Dunkeln bleibt etwas, ob das nur auf eine summarische *Tatsachenprüfung* hinausläuft – oder auch eine summarische *Rechtsprüfung* miteröffnet, was § 920 Abs. 2 ZPO immerhin doch nahelegt (vgl. LEIPOLD, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes [MUS 21] (1971), S. 64 f. – str.) – und womöglich erscheint das Offensichtliche darum doch das Entscheidendere (arg. § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO: „offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg“).

111 BGHZ 151, 79, 80 f. [II 1a] {6–8} = NJW 2002, 3031 = SchiedsVZ 2003, 99 m. zust. Anm. MÜNCH [I].

112 BGHZ 151, 79, 82 f. [II 1b] {12 ff., insb. 17} = NJW 2002, 3031 = SchiedsVZ 2003, 99 m. krit. Anm. MÜNCH [II].

kann *nur* aufgehoben werden, ... wenn ...“), darf dann nicht aber über § 826 BGB ohne Skrupel materielle „Schleichwege“ zugestehen („Ersatzaufhebung“).¹¹³

§ 611 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. öZPO erfasst jenen Fall darum direkt („aufzuheben, wenn ... das Schiedsgericht seine Zuständigkeit verneint hat, eine gültige Schiedsvereinbarung aber doch vorhanden ist“),¹¹⁴ ganz genauso auch artt. 1492 Nr. 1, 2. Alt., 1520 Nr. 1, 2. Alt. c.p.c. („n'est ouvert que si ... Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort ... incompétent“);¹¹⁵ daneben gelten dafür auch die sonstigen Aufhebungsgründe. Die Schweiz wählt einen anderen Weg: über Konstituierungs- und Kompetenzmängel befindet das Schiedsgericht entweder per sog. Zwischenentscheid *oder* mit Schiedsspruch zur Hauptsache (Art. 359 Abs. 1 BZPO, sachlich ebenso auch Art. 186 Abs. 3 IPRG [Vorentscheid]); erster ist im Umfang der jeweiligen Sachprüfung anfechtbar (Art. 392 Buchst. b BZPO u. Art. 190 Abs. 3 IPRG: begrenzen die Gründe für Aufhebung), letzterer dagegen insgesamt (Art. 392 Buchst. a BZPO bzw. Art. 190 Abs. 2 IPRG); eines aber ist ausdrücklich ebenfalls festgehalten: es gibt insoweit selbstverständlich eine „Negationskontrolle“ (Art. 393 Buchst. b, 2. Alt. BZPO bzw. Art. 392 Abs. 2 Buchst. b, 2. Alt. IPRG: wenn „sich das Schiedsgericht zu Unrecht für ... unzuständig erklärt hat“) – dies prolongiert alte Traditionen (Artt. 8 Abs. 1, 9, 36 Buchst. b KSG).¹¹⁶ Auch England erlaubt, eine positive wie negative Kompetenzentscheidung inhaltlich zu überprüfen (sec. 67 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a Arb. Act: „challenging *any* award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction“) sowie ebenfalls das belgische Recht (Art. 1697 Abs. 3 Satz 2 C.J./a.F. bzw. 1690 Abs. 4 C.J./n.F.: „se prononcer sur le bien fondé de la décision d'incompétence du tribunal arbitral“), dort freilich außerhalb der Aufhebung verortet.

113 Im Ansatz so BGHZ 145, 376, 381–383 [II 2c] {19–23}, insb. S. 381/382 [19] (Statthaftigkeit) mit II 3 (Feststellungen – NJW 2001, 373, 374 aE [24]) zur „Umgehung“ der Befristung (§ 1059 Abs. 3 Satz 1), vgl. VOIT ZZP 114 (2001), 355, 358 f. [4] u. G. WAGNER DIS-Reihe XXII (2007) S. 1, 34–38 [VIII 3–6] („Notbremse“); zust. BGH NJW-RR 2017, 313, 319 [55 u. 60] [B II 3a mit 3c aa].

Das vermag lediglich jedoch der Gesetzgeber zu korrigieren (GAUL FS Leipold, 2009, 881, 902–905 [III 1e–g] mit S. 928–930 [III 9]) und motiviert den Vorschlag, die Wiederaufnahme zu „reaktivieren“ und dort – *nur* dort – die Fristbegrenzung etwas „abzuschleifen“. Alles andere würde m.E. das System unterwandern, d.h. der Rechtsunsicherheit nun völlig Tür und Tor öffnen.

114 In Ergänzung zu § 595 Abs. 1 Nr. 1 öZPO/a.F. – vgl. XXII. GP 1158 S. 26 (eventuelle „Verschlechterung seines Rechtsschutzes“ verhindern).

115 In Ergänzung zu Art. 1484 Abs. 2 Nr. 1 c.p.c./a.F. – die Motive schweigen (JO [14.01.2011] 8/177 S. 4 „légères modifications rédactionnelles“); die Praxis hatte einst hierzu auf Art. 1484 Abs. 2 Nr. 3 c.p.c./a.F. (Grenzen schiedsrichterlichen Mandats: „Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée“) zurückgegriffen: C. Cass. [Com.] Rev. arb. 1996, 527 m. Bespr. FOUCHARD.

116 Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit v. 27.03.1969, SeG 1969 Nr. 45 S. 1093.

Um die hier erforderliche („Waffen-“) Gleichheit herzustellen, könnte man einmal § 1040 Abs. 3 Satz 1 ZPO ausweiten, oder genauer formuliert: nicht eben bloß die positive Zuständigkeitsentscheidung erfassen; zugleich müsste man zudem freilich praktische Spielräume („in der Regel“) reduzieren, weil sonst eine gewisse Restmenge übrigbliebe, welche eben doch zu einem Schiedsspruch führt. Plausibler erscheint demzufolge, direkt im Rahmen des § 1059 Abs. 2 ZPO anzusetzen, gleichsam die Wurzel des „Übels“ anzugehen und dort auf Erweiterung zu insistieren. Dabei stört ein wenig der bislang herrschende internationale Formulierungsstandard (Art. V Abs. 1 Buchst. a UNÜ; Art. IX Abs. 1 Buchst. a EuÜ; Artt. 34 Abs. 1 Buchst. a (i) u. 36 Abs. 1 Buchst. a (i) ModG), der eben damit aufgegeben würde („große Disharmonie“) – was indessen unsere Nachbarn genau davon nicht abbringt ...; es könnte außerdem stören, dass für eine nationale Vollstreckbarerklärung identische Ablehnungsgründe eingreifen (§ 1060 Abs. 1 Satz 2 ZPO), das positive Streiten um Zuständigkeit dagegen nicht hierher passe¹¹⁷ („kleine Disharmonie“). Das muss es auch nicht, weil demjenigen, der für „seine“ Schiedszuständigkeit ficht, über einen erfolgreichen Aufhebungsantrag ausreichend schon geholfen würde¹¹⁸ (idR wohl ein Fall von § 1059 Abs. 4 ZPO: Zurückverweisung ans Schiedsgericht, das ja nun – staatsgerichtlich geklärt – [Schieds-] Kompetenz innehat).

Demgemäß empfiehlt sich auf alle Fälle – gesetzlich klarlegend – folgende Ergänzung der Aufhebungsgründe bei § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO,¹¹⁹ am besten als Anhang, um sonstige Wiedererkennungswerte zu schützen:

„(2) Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, 1. wenn der Antragsteller begründet geltend macht, dass ... e) sich das Schiedsgericht zu Unrecht für unzuständig erklärt hat.“

Dieses würde dann für gleiche Befugnis beider Parteien sorgen, die *postarbitrale* Kompetenzentscheidung anzufechten (§ 1059 ZPO), und sie mit *präarbitralem* Rechtsschutz (§ 1032 Abs. 2 ZPO) parallelisieren.

117 R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 303/304 [IV 3b].

118 Der schwierigere Fall ist wohl der gegenläufige: der Schieds**be**klagte prescht vor, möchte seine Kosten nun ersetzt (§ 1057 ZPO); er betreibt daher umgehend die Vollstreckbarerklärung (§ 1060 Abs. 1 ZPO). Hier macht schieds**kl**ägerseitig guten Sinn, einen (positiven) Kompetenzeinwand verteidigungsweise entgegenzuhalten; mit Aufhebung der (Prozess-) Abweisung (Hauptsache) entfällt nämlich ebenso die annexe Kostenentscheidung (Nebenfolge).

119 KRÖLL FS Horn (2006) S. 989, 1000 [II 1b]; GEIMER FS Elsing (2015) S. 147, 150 [II]; RAESCHKE-KESSLER FS Elsing (2015) S. 433, 440 f. [III 1]; G. WAGNER, a.a.O. (Fn. 14), S. 154–157 – a.A. R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 303 [IV 3b].

5. Staatsgerichtliche Integritätskontrolle

Wer noch weitergehen will, mag Wiederaufnahme als Grund bei § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wiederbeleben¹²⁰ und womöglich noch inhaltlich etwas ausweiten, um (Spruch-) Rechtskraft (§ 1055 ZPO) zu durchbrechen:

„(2) Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, 1. wenn der Antragsteller begründet geltend macht, dass ... f) die Voraussetzungen vorliegen unter welchen nach §§ 580 bis 582 eine Restitutionsklage erfolgreich wäre; anstatt von Absatz 3 ist hierauf § 586 entsprechend anzuwenden.“

Das könnte u.U. dazu dienen, den aus der Not geborenen materiellen „Schleichweg“ (§ 826 BGB) prozessual zu unterbinden (arg. § 1026 ZPO bzw. § 1059 Abs. 1 u. Abs. 2 pr. ZPO: „nur“) – mindestens im Schiedsrecht.

Um die Integrität schiedsgerichtlicher Entscheide gesetzlich zu flankieren, ohne dabei extrem zu mogeln (§ 826 BGB ./ § 1026 ZPO), schlägt PETER SCHLOSSER d e l e g e l a t a hierzu eine Anleihe bei § 1032 Abs. 2 ZPO vor¹²¹ (Statthaftigkeit der Wiederaufnahme als separates [Schieds-?] Verfahren), welches aber m.E. noch stärker die legislativ verordneten Intentionen überspannt; GERHARD WAGNER rät daher zu einem Weg d e l e g e f e r e n d a: die Einführung einer neuartigen „Annullationsklage“, abgelöst vom Institut der traditionellen Wiederaufnahme und selbständig schiedsrechtlich konzipiert (und zwar als § 1060a ZPO).¹²²

Als Vorbild dient ihm Art. 190a IPRG-Entwurf (Revision), welcher seinerseits „nur“ herrschende Theorie und Praxis kodifiziert,¹²³ und selbst auch wieder bloß Abbild der – inhaltlich noch etwas weiter reichenden – Artt. 396–399 BZPO ist, die bis auf Artt. 41–43 KSG zurückgehen.¹²⁴ Zudem muss man wissen, dass Schweizer „Revision“ rein funktional Wiederaufnahme bezeichnet (Artt. 328–333 BZPO) bzw. man deutsche „Revision“ als (bundesgerichtliche) Beschwerde prozessual bezeichnet. Die Begriffe täuschen demgemäß beträchtlich. Ähnlich wirkt die Regelungweise in den Niederlanden (Art. 1068 W.B.R.: Herroeping wegens request

120 In Anlehnung an § 867 Abs. 1 Nr. 6 CPO bzw. § 1041 Abs. 1 Nr. 6 ZPO/a.F. (dies übersieht wohl SCHLOSSER FS Prütting [2018], 877, 882 [II vor 1]; sie sollen unter neuem Recht jedoch als nationaler *ordre public* fortwirken: BT-Drucks. 13/5274, S. 59 re. Sp. [§ 1059 {9}]) – weitergehend nun Nr. 7 mit einbegriffen (dagegen siehe einstig CPO-Mot. S. 478/479 = HAHN II/1 S. 496). Anders als früher („stattfinder“) sollte man – weitergehend bzw. klarstellend – jedoch den konkreten Erfolg abfordern („erfolgreich ist“ – mit Blick auf §§ 580 bis 582, sowie vor allem § 586).

121 SCHLOSSER FS Prütting (2018) S. 877, 882–888 [II], insb. S. 883/884.

122 G. WAGNER, a.a.O. (Fn. 14), S. 163 ff., insb. S. 167–169 i.V.m. S. 164 f.

123 Statt vieler siehe RIGOZZI/SCHÖLL, Die Revision von Schiedssprüchen nach dem 12. Kapitel des IPRG, ZSR-Beih. 37 (2002), 9 ff. u. BGE 142 (2016) III Nr. 66 S. 521, 525 [2.1] m.w.N.

124 Einerseits BBl 2018, 7163, 7201/7202 [Art. 190a IPRG] (S. 7202: allein zum Zwecke von „Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“, andererseits BBl 2006, 7221, 7406 [Artt. 394–397 BZPO] (Revisionsgründe „entsprechen jenen des staatlichen Gerichtsverfahrens“).

civil¹²⁵),¹²⁵ die lange schon einen eigenen (Schieds-) Rechtsbehelf vorsieht, ihn aber als prozessuale Wiederaufnahme bezeichnet (wohl wortwörtlich eher „Widerruf“ bzw. *revocation*). Frankreich verweist unverblümt auf die Wiederaufnahmeregeln, lässt aber das Schiedsgericht (!) primär darüber befinden (art. 1502, 1506 Nr. 5 c.p.c.: „recours en révision“), Österreich deklariert die normierten Wiederaufnahmegründe als Aufhebungsgründe, modifiziert aber die Fristenregel (§ 611 Abs. 2 Nr. 6 u. Abs. 4 Satz 3 öZPO); Belgien erweitert dagegen besonders die Aufhebungsgründe und schafft eine relativ weite Generalklausel (art. 1717 Abs. 3 Buchst. b (iii) C.J. „que la sentence a été obtenue par fraude“).

Das Bild ist eher uneinheitlich, aber es spricht am Ende etwas mehr dafür, hier keine neue Angriffsform zu etablieren, sondern die Aufhebungsgründe um die früheren Wiederaufnahmegründe nur zu ergänzen.¹²⁶ Mir scheint solches der insoweit „minimalinvasivere“ Eingriff im Vergleich zu einem völlig neuen Behelf. Die Rechtssicherheit verbietet m.E. letztlich, die Rechtskraft „breitflächiger“ anzugreifen, etwa durch eine Generalklausel in Anlehnung an Art. 1717 Abs. 3 Buchst. b (iii) C.J. – das wäre meist nichts anderes als § 826 BGB.

6. Mehrparteien- und -vertragsschiedsgerichtsbarkeit

Ein Zivilprozess ist strukturell ein *Z w e i p a r t e i e n p r o z e s s*, indes können mehrere Personen gemeinsam eine solche Streitpartei bilden (§§ 59 ff. ZPO – Streitgenossenschaft). Im Schiedsrecht ist hier erst immer nachzuprüfen, ob überhaupt Schiedsbindung existiert und wenn, wie man das Schiedsgericht dann konstituiert (§§ 1034/1035 ZPO). Sog. *multi-party*-Streitigkeiten bereiten große Probleme, die weder der Modellgesetzgeber noch unser Binnenrecht¹²⁷ lösen: einen Einigungszwang kraft Binnenbeziehung prozessual durchzusetzen, würde meistens Jahre brauchen und wäre keine Lösung.

Die Parteien mögen vorsorgen (§ 1035 Abs. 1 ZPO), und moderne Schiedsordnungen formulieren natürlich Abhilfe (Art. 12 Abs. 8 ICC, Art. 8 LCIA, Art. 20 DIS); so bleibt lediglich, den *ad-hoc* Gerichten unter die Arme zu greifen – genau dies ist ja natürlich der Normzweck der gesetzlichen Auffangregel (§ 1035 Abs. 3 ZPO), die man demgemäß mithin ergänzen könnte. Das würde den etwas hölzernen Rückgriff auf § 1034 Abs. 2 ZPO¹²⁸ ([Parteien-] Privileg, Benachteiligung,

125 K. P. BERGER, a.a.O. (Fn. 27), S. 490–492 („Wiederaufnahmeklage“) mit S. 655/656 (Gesetzeswortlaut [a.F.]).

126 In Streit steht insoweit bloß die Anwendbarkeit von § 581 ZPO (vorangehende *strafgerichtliche* Verurteilung) – diesen Kritikpunkt setzen SCHLOSSER FS Prütting (2018) S. 877, 885 f. [II 3a] u. G. WAGNER, a.a.O. (Fn. 14), S. 169.

127 BT-Drucks. 13/5274, S. 26 li. Sp. [A IV 3 {1}]: „Problemstellungen, die sich angesichts ihrer Komplexität für eine gesetzliche Regelung nicht eignen – wie z.B. Fragen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit ... –, sind daher im Entwurf nicht aufgegriffen, sondern (weiterhin) der Konturierung durch die Rechtsprechung überlassen worden.“

128 So löste es einst KG NJW 2008, 2719, 2720 [II 1b]; dazu vgl. auch R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 294/295 [III 1].

[Gerichts-] Ermessen) zukünftig einerseits entbehren, indes eben andererseits auch einer anderweit vorzuschützenden Undurchführbarkeit (i.S.v. § 1032 Abs. 1 a.E. ZPO) vorbeugen. Weil es sich um eine Hinzufügung zum Modellrecht handelt, sollte man jedoch Abs. 3 insgesamt völlig unberührt lassen und eine daran angelehnte Zusatzregelung („Absatz 3a“) hinzufügen, für welche das geltende österreichische (§ 587 Abs. 5 öZPO [Satz 1]), schwedische (Art. 14 Abs. 3 LoF [Satz 2 Halbs. 2]) und schweizerische (Art. 362 Abs. 2 BZPO [Satz 2 Halbs. 1] bzw. Art. 177 Abs. 5 IPRG-Entwurf) Schiedsrecht bereits im Verbund Textierungen liefern. Eine solche (Gesetzes-) Regelung (§ 1035 Abs. 3a ZPO) könnte dann mithin so lauten:¹²⁹

„Können sich mehrere Beteiligte, die gemeinsam einen oder mehrere Schiedsrichter zu bestellen haben (Mehrpersonenschiedsverfahren), darüber nicht innerhalb eines Monats nach Empfang einer entsprechenden schriftlichen Aufforderung durch die andere Partei einigen, so ist der Schiedsrichter oder sind die Schiedsrichter auf Antrag einer Partei vom Gericht zu bestellen, sofern das vereinbarte Bestellungsverfahren zur Sicherung der Bestellung nichts anderes vorsieht. Das Gericht kann nach Anhörung aller Parteien und Beteiligten auch alle Mitglieder des Schiedsgerichts bestellen; bereits erfolgte Bestellungen werden damit hinfällig.“

Der große Streit liegt nämlich noch etwas tiefer und geht auf eine Entscheidung der französischen Cour de Cassation zurück: Siemens ./. Dutco.¹³⁰ Sie hatte dafür votiert, die *ganze* Richterbank staatlich zu bestellen, somit auch den Schiedsrichter der Gegenpartei und gar den Vorsitzenden, um Gleichheit zu prästieren. Es ist eine hochstreitige schiedsrechtliche Wertungsfrage, ob man hier zwingend so zugreift („Gesamtlösung“), d.h. einer Partei nimmt, was ihr zuvor rechtlich verbindlich verheißen wurde: die Selbstbenennung „ihres“ Schiedsrichters („Einzellösung“);¹³¹ die Obmannfrage ist letztendlich weniger entscheidend, hierbei fehlt schon die Berechtigung unmittelbarer Einflussnahme – ein Patt würde später nämlich so oder so das Gericht beschäftigen (§ 1035 Abs. 3 Satz 3, 2. Alt. ZPO). Die Staatsgerichte helfen bedenkenlos einseitig indes auch bei Bestellungs-Untätigkeit (§ 1035 Abs. 3 Satz 3,

129 Eher skeptisch hier R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 299 [VI 2a]; zugunsten von lediglich Satz 1 RAESCHKE-KESSLER FS Elsing (2015) S. 433, 439 [II 4] bzw. Satz 2 Halbs. 1 G. WAGNER, a.a.O. (Fn. 14), S. 161 f.

130 Cour. Cass. [1^{er} Ch. civ. v. 07.01.1992: BKMI Industrieanlagen GmbH (Az: 89-18708) et Siemens AG (Az: 89-18726) v. Dutco Construction Société], Clunet 119 (1992), 712 = Rev. arb. 1992, 470 = YCA XVIII (1993), 140 [EN] = RPS 1992, 27 [DE].

131 Für ersteres Art. 1453 c.p.c. [FR]; Art. 14 Abs. 3 LoF [SV]; Art. 15 Abs. 2 Buchst. b, 2. Alt. LdA [ES]; für letzteres § 587 Abs. 5 öZPO; die flexible Mittellösung ist offenbar eine Schweizer Erfindung: Art. 362 Abs. 2 BZPO [2008] (BB1 2006, 7221, 7396: „Das staatliche Gericht hat in einem solchen Fall die Wahl, alle Richter zu ernennen oder eine andere, fallspezifische Lösung zu finden.“) bzw. Art. 179 Abs. 5 IPRG-Entwurf [2018] (BB1 2018, 7163, 7173 f.); praktisch vergleichbar letztlich Art. 11 Abs. 2 u. 3 LAV [PT/2011]. Man könnte indes daran denken, die Vorsitzerauswahl vorderhand den Beisitzern anheimzustellen).

1. Alt. ZPO), und wieso dann nicht bei Einigungs-Unfähigkeit? Und das macht mir die österreichische Einzellösung nachvollziehbar, ohne dass ich aber das Tor völlig zuschlagen wollte vor der Besonderheit von Einzelfällen (so löst es auch Art. 20.3 DIS-SchO).

Ein anderes Desiderat scheint der *Mehrvertragsprozess*, den man zivilprozessual mit Streitbeitritt/-verkündung und Interventionswirkung halbwegs einzufangen versucht (§§ 64 ff. ZPO – Drittbeteiligungen). Dies ist u.a. etwa ein Praxisproblem in Lieferketten, ferner auch im Anlagenbau. Kann man dann Schiedsverfahren – gleichlaufende Schiedsbindung vorausgesetzt – zusammenführen? Hier scheint mir Abhilfe aber weniger dringend geboten¹³² – vielmehr das Ganze für autonome multilaterale (Schieds-) Verabredungen bzw. Verfahrensabsprachen am Ende besser geeignet (z.B. Artt. 8, 17–19 DIS-SchO).

VI. Schlusswort

Es ist wohl am Ende Frage der rechtspolitischen Grundeinschätzung, ob man die Zeit dafür gekommen sieht, das deutsche Schiedsverfahrensrecht demnächst zu überarbeiten. Sicher gäbe es wohl vieles zu bereinigen, zu kritisieren, zu verbessern – etwa einerseits eher marginale legislative Lässlichkeiten, die man schon längst angehen hätte können, aber andererseits auch insbesondere Rechtssprechungskorrekturen, um Fehlentwicklungen rechtzeitig entgegenzusteuern.

Doch ist hier allemal wohl langer Atem geboten; die Rechtsprechung hat etwa im Fall von Beschlussmängelstreitigkeiten¹³³ allmählich durchaus eigene Linien behutsam korrigiert, ohne zu Brüchen zu tendieren; und auch das Verhältnis von reaktiver (§ 1040 Abs. 3 ZPO) und proaktiver (§ 1032 Abs. 2 ZPO) Kompetenzkontrolle zum Aufhebungsantrag konnte zwischenzeitlich durchaus sinnvoll zurechtgerückt werden.¹³⁴ Dabei wird wohl auch eine Rolle mitgespielt haben, dass zum Jahreswechsel 2013/2014 die bisherige BGH-Senatszuständigkeit wechselte vom III. auf den I. Zivilsenat – neue Augen sehen anders, aber nicht immer besser! Womög-

132 Eher skeptisch auch R. WOLFF SchiedsVZ 2016, 293, 299 f. [IV 2b/c]. Anders im Ansatz (zeitlich geordnet): (a) bloß (Prozess-) Verbindung: sec. 35 Arb. Act [EN/1996]; Art. 816^{quater} c.p.c. [IT/2006]; Art. 23 LoF [SV/2018] – (b) auch (Dritt-) Erstreckung: Art. 376 BZPO [CH/2008]; Art. 36 LAV [PT/2011]; Artt. 1045, 1045a, 1046 WBV [NL/2014]; Artt. 35 u. 37 SchG [HU/2017].

133 BGHZ 132, 278, 281 ff. [II], insb. S. 285–290 (GmbH) – NJW 1996, 1753 „versus“ BGHZ 180, 221, 224 ff. {10–20} [II mit A] (GmbH) = NJW 2009, 1962 = ZZP 123 (2010), 94 m. Bespr MÜNCH ZZP 123 (2010), 3 ff. u. BGH NJW 2015, 3234 (GmbH) bzw. BGH NJW-RR 2017, 876 (oHG/KG).

134 BGH NJW 2017, 488, 489 [9] [II 2b] (§ 1040 Abs. 3), best. BGH NJW 2017, 3723 [11] [II 1b aa] gegen BGH SchiedsVZ 2013, 333 {8–12} [II] (Hinweis) mit SchiedsVZ 2014, 200, 201 {4–8} [II 1] (Entscheid) u.B.v. 05.11.2015 – I ZB 5/15 {7–9} [III], BeckRS 2015, 20060 bzw. BGH NJW 2017, 3723, 3723/3724 {12–14} [III 1b bb] (§ 1032 Abs. 2 u. 3); zudem noch die Nachw. Fn. 102.

lich sollte man mithin versuchen, einen Prozessschiedsspruch einer Aufhebungs-kontrolle noch einmal – mit Blick auf V 4b – komplett zuzuführen. Nicht ganz von ungefähr rührt etwa die „Pechstein“-Entscheidung,¹³⁵ die doch etwas „quer“ läuft, vom Kartellsenat als Sondersenat her – für 2019 ist mit einer zweiten Karlsruher Antwort zu rechnen, nun aus dem Schlossbezirk (1 BvR 2103/16). Man darf gespannt sein ... Mag auch der EGMR final gesprochen haben,¹³⁶ existiert immer noch die Chance, dogmatisch das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsverantwortung grundsätzlich neu auszutarieren (Stichwort: verfassungsrechtliche Grundregeln staatlicher Justizgewährleistung, Art. 92 GG). Darauf sollte man mithin warten.

Punktueller Remedur würde allemal wenig bringen. Das deutsche Schiedsrecht genießt international durchaus die Gesamtreputation als schiedsfreundlich und modellgesetzkonform. Dies ist eine recht wichtige Marke, man sollte mithin nur zwingende Eingriffe vornehmen und also nicht ohne Not unschätzbare Wiedererkennungswerte hintanstellen. Per Saldo ist womöglich gar Beständigkeit die insgesamt bessere Strategie – trotz (oder wegen) internationalen Wettbewerbes.

135 BGHZ 210, 292: S. 301 ff. {23 ff.} [B II 1] einerseits (Art. 92 GG/implizit), S. 308 ff. {43 ff.} [B II 3] andererseits (§ 19 GWB/a.F.) = NJW 2016, 2266 = SchiedsVZ2016, 218 = JZ 2016, 201. Hierzu auch EICHEL ZZP 129 (2016), 327 (§§ 305 ff. BGB).

136 Urt. v. 02.10.2018 – 40575/10 (Mutu) bzw. 67474/10 (Pechstein), CaS 2018, 369 = SpuRt 2018, 253 [Kammerentscheidung], ein Plenumsentscheid wurde bedauerlicherweise versagt. Jüngst zum Ganzen ausf. HEERMANN NJW 2019, 1560.