

OBJEKTIVE SCHIEDSFÄHIGKEIT - EINE SKIZZE

*RA Dr. Christoph LIEBSCHER**

1. Einleitung

Objektive Schiedsfähigkeit bestimmt jene Rechtsmaterien, welche Gegenstand einer Schiedsvereinbarung und somit eines Schiedsverfahrens sein können. Sie ist von der subjektiven Schiedsfähigkeit zu unterscheiden. Diese definiert, welche Personen Schiedsvereinbarungen schließen können.

Einerseits ist die fehlende objektive Schiedsfähigkeit nach vielen nationalen Schiedsgesetzen einer der Gründe, aus denen ein Schiedsspruch aufgehoben werden kann (zB Artikel 15 A 2. (a) türkisches Gesetz über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit; § 611 (2) Z 7 ö ZPO). Andererseits sieht etwa das New Yorker Übereinkommen in Artikel IV (2) (a) vor, daß das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit nach dem Recht des Vollstreckungsstaates einen Grund darstellt, auch von Amts wegen die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern.

In manchen Rechtsordnungen, wie etwa in Österreich (§ 613 öZPO), ist zusätzlich vorgesehen, daß jedes Gericht und jede Behörde einen Schiedsspruch unter anderem dann nicht angewendet, wenn es an der objektiven Schiedsfähigkeit mangelt.

In den letzten Jahrzehnten ist ein klarer Rückgang der Bereiche zu beobachten, bei denen fehlende Schiedsfähigkeit verneint wird. Der führende Fall ist nach wie vor die US-amerikanische Entscheidung im Fall Mitsubishi¹. In der Schiedspraxis spielt ein Einwand mangelnder objektiver

* Liebscher Dispute Management - Wien, MBA (Insead), FCIArb

¹ Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985) = YCA XI (1986), 555 (US Supreme Court).

Schiedsfähigkeit nur mehr selten eine Rolle. Der Begriff ist aber noch immer nebulos und verdient eine Untersuchung im Interesse größerer Klarheit².

Der Beitrag befasst sich aber nicht mit der Frage, nach welchem Recht ein Schiedsgericht oder ein staatliches Gericht die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit zu prüfen hat³. Diese ist für die hier durchgeführte Zusammenschau auch nicht wesentlich.

Gegenstand dieses kurzen Beitrages ist die Frage, wie das Kriterium der objektiven Schiedsfähigkeit sich weiter entwickeln mag.

Um diese Frage zu beantworten, wird zunächst an Beispielen dargestellt, welche Rechtsmaterien in einzelnen Jurisdiktionen als nicht schiedsfähig betrachtet werden. Der Beitrag erhebt freilich keinen Anspruch auf enzyklopädische Vollständigkeit. Die Anführung der Rechtsmaterien dient illustrativen Zwecken.

In der Folge wird untersucht, auf welche Grundlagen sich die angebliche mangelnde Schiedsfähigkeit bei diesen Rechtsmaterien stützt.

Daraus wird ein Vorschlag erarbeitet, wie in Zukunft mit den Themen transparenter und treffender umgegangen werden könnte, die heute unter fehlender objektiver Schiedsgerichtsbarkeit zusammengefasst sind.

² Statt umfangreicher Fußnoten reicht es angesichts der vorliegenden rezenten Untersuchungen aus, auf folgende Veröffentlichungen und die dort referenzierten Fundstellen und Verweise hinzuweisen: Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2. Auflage, Kluwer Law International (2014) Chapter VI; Quinke, *Objective Arbitrability*, Article V (2) (a) in Wolff (Hrsg.) *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos (2012); Otto/Elwan, Article V (2) in Kronke/Nacimiento/Otto/Port (Hrsg.), *Wolters Kluwer* (2010); Chapter III: *Arbitrability in Gaillard/di Pietro* (Hrsg.) *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards the New York Convention in Practice*, Cameron May (2008); Mistelis/Brekoulakis (Hrsg.) *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International (2009).

³ Siehedazu etwa Bernardini, *The Problem of Arbitrability in General*, in Gaillard/Di Pietro (Fn.2) 503 (509 ff.); Poudret/Besson, *Comparative Law in International Arbitration*, 2. Auflage, Thomson/Sweet&Maxwell/Schulthess (2007) 283 ff; Mistelis, *Arbitrability – International and Comparative Perspectives*, in Mistelis/Brekoulakis (Fn. 2) 1 (8 ff).

2. Abgrenzung

Neben der objektiven Schiedsfähigkeit gibt es eine weitere Abgrenzung für den möglichen Tätigkeitsbereich eines Schiedsgerichtes. Dies ist der Unterschied zwischen richterlicher und nicht-richterlicher Tätigkeit. In der Praxis spielt dies etwa dann eine Rolle, wenn zu entscheiden ist, ob eine bestimmte Streitregelungsklausel eine Schiedsklausel oder eine Schiedsgutachterklausel ist. Mit diesem Fragenkomplex, der traditionellerweise nicht der objektiven Schiedsfähigkeit zugerechnet wird, beschäftigt sich dieser Beitrag nicht⁴.

Bei der Diskussion des Begriffs der objektiven Schiedsfähigkeit wird davon ausgegangen, daß die entsprechende Materie vom Schiedsgericht als Hauptfrage zu entscheiden ist.

Es besteht offenbar weitgehend Konsens darüber, daß das Schiedsgericht Materien, die an sich nicht objektiv schiedsfähig sind, dennoch behandeln darf, soweit es sich bloß um eine Vorfrage handelt.

Man kann sogar die Ansicht vertreten, daß das Schiedsgericht verpflichtet ist, dies zu tun, soweit nicht entgegenstehende klare rechtliche Schranken dafür bestehen. Im Zusammenhang mit der staatlichen Schiedsgerichtsbarkeit.

So wurde etwa entschieden, daß ein Gericht, welches sich in einer entscheidungsrelevanten Frage ohne eigene Prüfung auf eine verwaltungsbehördliche Entscheidung stützt, Artikel 6 EMRK verletzt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fand, daß das Tribunal damit selbst - unzulässig - seine Zuständigkeit beschnitten hat, Fragen zu prüfen, welche für die Entscheidung des Streites wesentlich sind⁵. Das war eine Anwendung des wiederholt judizierten Grundsatzes, daß nach Artikel 6 Abs1 EMRK das Tribunal zuständig sein muß, alle relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen zu prüfen.

⁴ Siehe zum Beispiel Gary Born (Fn. 2) 259 ff.; Liebscher, *The Healthy Award*, *Kluwer Law International* (2003) 116 ff, 119 ff, 125 ff, 131 ff, 134 f., 137 ff.

⁵ EGMR 17.12.1996 *Terra Woningen v. Niederlande*, Reports 1996-VI, Para. 51 f; siehe auch EGMR, *Guide on Article 6 – Right to a Fair Trial (civil limb)*, Council of Europe (2013) mwN.

3. Generelle Regelung

Zahlreiche Rechtsordnungen umschreiben den Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit allgemein. Dabei wird entweder auf den vermögenswerten Charakter des Streitgegenstandes abgestellt oder darauf, ob die Parteien über den Streitgegenstand einen Vergleich schließen können, er also in ihrer Disposition steht (letzteres etwa nach Artikel 1 (4) Türkisches Gesetz über Internationale Schiedsgerichtsbarkeit).

Manche Gesetze wie z.B. das österreichische, kombinieren diesen Ansatz. So bestimmt § 682 (1) öZPO: *„Jeder vermögensrechtliche Anspruch, über den von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist, kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nicht vermögensrechtliche Ansprüche hat insofern rechtliche Wirkung, als die Parteien über den Gegenstand des Streites einen Vergleich abzuschließen fähig sind.“*

Darüber hinaus finden sich auch Regelungen, welche ausdrücklich bestimmte Materien von der objektiven Schiedsfähigkeit ausnehmen.

So sind nach türkischem Recht etwa Streitigkeiten über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen von der objektiven Schiedsfähigkeit ausgenommen (Artikel 1 (4) türkisches Gesetz über internationale Schiedsgerichtsbarkeit).

Nach österreichischem Recht (§ 582 (2) öZPO) sind etwa Streitigkeiten über familienrechtliche Ansprüche sowie über bestimmte Ansprüche im Zusammenhang mit Liegenschaften nicht objektiv schiedsfähig.

Umgekehrt gibt es Beispiele, wonach ganz bestimmte konkrete Materien für objektiv schiedsfähig erklärt werden, so etwa im türkischen Recht Streitigkeiten aus Konzessionsverträgen (Artikel 1 (5) türkisches Gesetz über internationale Schiedsgerichtsbarkeit).

Schließlich ist es aber die Regel, daß derartige in den schiedsrechtlichen Bestimmungen angeführten Ausnahmen nicht abschließend sind. Auch andere Rechtsquellen können solche Beschränkungen enthalten.

Österreichisches Schiedsrecht (§ 582 (2) 2. Satz öZPO) bestimmt ausdrücklich, daß *„[g]esetzliche Vorschriften außerhalb [des Abschnitts über*

Schiedsverfahren], *nach denen Streitigkeiten einem Schiedsverfahren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden dürfen, [unberührt bleiben].“*

In der Praxis allerdings ist es eher selten, daß solche Bestimmungen außerhalb des Schiedsrechts klar vom Fehlen der Schiedsfähigkeit sprechen.

In der Diskussion möglicher Gruppen von Materien, denen die objektive Schiedsfähigkeit fehlen soll, wird überwiegend auf solche sonstige Rechtsquellen abgestellt, die nicht explizit ausführen, daß es an der objektiven Schiedsfähigkeit mangelt, aus denen man dies aber zu schließen glaubt⁶.

4. Beispiele für Rechtsmaterien

Die folgende Anführung von Rechtsmaterien, bei denen (zum Teil) objektive Schiedsfähigkeit verneint wird oder wurde, dient nur der beispielhaften Illustration. Es fehlt ja nicht nur an jedem länderübergreifenden Konsens, wann ein Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit bejaht wird. Auch innerhalb einer Rechtsordnung gibt es in der Regel keinen klaren abschließenden Überblick über die Materien, welche nicht der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden können.

Nach türkischem Recht etwa wird die objektive Schiedsfähigkeit folgender Materien verneint: dingliche Rechte an Liegenschaften, Bestimmung von Miete, Eheschließung, Scheidung, Sorgerecht, Vollstreckung, Insolvenz sowie Streitigkeiten mit Arbeitnehmern und Verbrauchern⁷. Nur der erste Bereich ist im Schiedsrecht geregelt. Sonst fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

4.1 Kartellrecht

Kontinentaleuropäische Rechtsordnungen unterscheiden klar zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Entsprechend unterscheidet man bei den kartellrechtlichen Sanktionen auch zwischen den privatrechtlichen (auch z.B.

⁶ Dies gilt für die meisten in Punkt 4. aufgelisteten Materien.

⁷ Siehe Asli Bayata Canyaş, Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Turkey, ASA Bulletin 2013, 537 (554) mwN.

Unwirksamkeit von Vertragsklauseln) und den öffentlich-rechtlichen (z.B. Strafen). Nachdem es lange Zeit umstritten war, inwieweit Schiedsgerichte überhaupt kartellrechtliche Aspekte berücksichtigen dürfen, ist es seit nunmehr bald drei Jahrzehnten in zahlreichen Rechtsordnungen geklärt, daß privatrechtliche Aspekte des Kartellrechts sehr wohl schiedsfähig sind.

In angelsächsischen Rechtsordnungen hingegen findet sich diese Unterscheidung Privat- und öffentliches Recht nicht oder jedenfalls nicht in dieser Schärfe. Es ist daher etwa nach dem Kartellrecht der USA durchaus vorstellbar, daß eine Kartellbehörde Ansprüche auch vor Gerichten durchsetzt. In diesem Umfang wäre daher auch durchaus zu diskutieren, ob die objektive Schiedsfähigkeit sich dann nicht auch auf solche Streitigkeiten erstreckt⁸.

4.2 Strafrecht

Beim Strafrecht findet sich eine ähnliche Unterscheidung wie im Kartellrecht. Eine Straftat kann zivilrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen haben. Auch hier ist weitgehend anerkannt, daß die privatrechtlichen Konsequenzen von Straftaten sehr wohl objektiv schiedsfähig sind. Eine Schiedsfähigkeit der eigentlichen strafrechtlichen (öffentlich-rechtlichen Sanktionen) wird aber nicht bejaht⁹.

4.3 Insolvenzrecht

Im Bereich des Insolvenzrechts wird oft zwischen zwei Gruppen von Verfahren entschieden. In der ersten sind das insolvenzrechtlichen Verfahren im engeren Sinn, insbesondere also die Abwicklung der Insolvenz selbst, und annexe Verfahren, wie etwa die Geltendmachung von Ansprüchen die erst durch die Eröffnung der Insolvenz entstanden sind.

In der zweiten Gruppe geht es um Streitigkeiten über Ansprüche aus Rechtsverhältnissen, welche schon vor der Insolvenz bestanden. Für die erste

⁸ Siehe etwa Liebscher, Antitrust and Arbitration – A Status Report in Klausegger/Klein et al. (Hrsg.) Austrian Yearbook on International Arbitration, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (2013) 113.

⁹ Für nähere Erläuterungen siehe Mourre, Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal in Mistelis/Brekoulakis (Fn. 2) 207 ff.

Gruppe wird die Schiedsfähigkeit zum Teil abgelehnt oder bezweifelt. Bei der zweiten Gruppe geht es nicht so sehr um Fragen der objektiven Schiedsfähigkeit, sondern darum, ob die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Schiedsvereinbarung beendet oder zu mindestens für die Dauer des Insolvenzverfahrens außer Kraft setzt¹⁰.

4.4 Familienrecht

Was familienrechtliche Streitigkeiten betrifft, so sind grundsätzlich zwei Gestaltungen zu unterscheiden. Nach der einen, so etwa nach österreichischem Recht (§ 582 (2) öZPO) sind familienrechtliche Streitigkeiten generell schiedsunfähig. Dies gilt auch für rein vermögensrechtliche Streitigkeiten.

Eine andere Unterscheidung würde zwischen Statusentscheidungen und vermögensrechtlichen Entscheidungen differenzieren und für vermögensrechtliche Entscheidungen objektive Schiedsfähigkeit bejahen.

4.5 Erbrecht

Hier stellt sich eine ähnliche Konstellation wie im Insolvenzrecht. Es ist wohl zu unterscheiden zwischen dem eigentlichen Verlassenschaftsverfahren und anderen Verfahren. Die erbrechtlichen Systeme in den einzelnen Ländern sind sehr unterschiedlich gestaltet. Aber grundsätzlich könnte man auch hier argumentieren, daß die Abwicklung der Verlassenschaft selbst nicht objektiv schiedsfähig sei, während die Geltendmachung von Ansprüchen sehr wohl objektiv Schiedsfähigkeit ist, wie etwa die Bekämpfung einer letztwilligen Verfügung oder die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen.

4.6 Arbeitsrecht

Etliche Rechtsordnungen, wie etwa auch die österreichische, kennen besondere Bestimmungen für Schiedsstreitigkeiten, an denen Arbeitnehmer beteiligt sind. Nach österreichischem Recht wird dafür die objektive Schiedsfähigkeit nicht ausgeschlossen, die Wirksamkeit von

¹⁰ Für nähere Erläuterungen siehe Liebscher in Mistelis/Brekoulakis (Fn. 2) 165.

Schiedsvereinbarungen unterliegt aber zahlreichen zusätzlichen Bedingungen. Andererseits gibt es Rechtsordnungen, nach denen Arbeitsrechtstreitigkeiten generell nicht objektiv schiedsfähig sind. So wird dies für türkisches Recht vertreten¹¹.

4.7 Konsumentenschutzrecht

Eine ähnliche Konstellation wie im Arbeitsrecht gibt es auch im Konsumentenschutzrecht.

4.8 Gesellschaftsrecht

Hier sind wieder mehrere Arten von möglichen Streitigkeiten zu unterscheiden. Zum einem geht es um statutarische Streitigkeiten, wie etwa die Bekämpfung von Beschlüssen der Gesellschaft, zum anderen aber die Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche, wie etwa auf Auszahlung einer Dividende oder Schadenersatzansprüche.

In Österreich wird die objektive Schiedsfähigkeit für all diese Ansprüche bejaht. Dies ist die Konsequenz der seit der Schiedsrechtsreform 2006 umfassend definierten objektiven Schiedsfähigkeit. Insbesondere wird die objektive Schiedsfähigkeit auch für Verfahren bejaht, mit denen ein Beschluss eines Gesellschaftsorganes angefochten wird. Für die Unanfechtbarkeit eines in einem solchen Verfahren ergehenden Schiedsspruchs allerdings verlangt die Rechtsprechung zusätzliche Erfordernisse, damit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs Rechnung getragen wird¹².

4.9 Staatliches Vermögen

Es gibt Rechtsordnungen (so zB Ungarn¹³), in denen Streitigkeiten betreffend bestimmte Arten von staatlichen Vermögen nicht objektiv schiedsfähig sind.

¹¹ Siehe Asli Bayata Canyaş (Fn. 7) 554 mwN.

¹² Koller, Die Schiedsvereinbarung, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg.) Schiedsverfahrensrecht Band I, Springer (2012) 3/90 ff.

¹³ Gesetz CXCVI von 2011 über nationale Vermögenswerte.

4.10 Naturschätze

Auch hier gibt es Rechtsordnungen, welche Streitigkeiten über Naturschätze, gleich in wessen Eigentum sie stehen, generell von der objektiven Schiedsfähigkeit ausnehmen¹⁴.

4.11 Immaterialgüterrecht

Beim Immaterialgüterrecht ist in etlichen Rechtsordnungen anerkannt, daß Streitigkeiten welche nicht die Eintragung in öffentlichen Registern betreffen, generell schiedsfähig sind. Nach manchen Rechtsmeinungen fehle die objektive Schiedsfähigkeit aber für Verfahren, bei denen eine Veränderung in öffentlichen Registern, zum Beispiel in einem Patentregister, begehrt wird. Die Schweiz ist hier jedenfalls eine Ausnahme¹⁵.

4.12 Liegenschaftsrecht

Hier gibt es verschiedene Konstellationen. Sachenrechtliche Streitigkeiten, welche Rechte an Liegenschaften betreffen, sind etwa nach türkischem Recht nicht schiedsfähig (so Artikel 1 (4) türkisches Gesetz über internationale Schiedsgerichtsbarkeit). Nach österreichischem Recht wird nur für einzelne immobilienbezogene Materien die objektive Schiedsfähigkeit verneint (§ 582 (2) öZPO). Als dritte Variante wird für die objektive Schiedsfähigkeit darauf abgestellt, ob eine Eintragung in öffentlichen Registern begehrt wird. Ist dies der Fall, so wird nach der Rechtsmeinung dieser dritten Gruppe die objektive Schiedsfähigkeit verneint.

4.13 Kapitalmarktrecht

Hier gab es etwa die Meinung, daß Ansprüche welche die Kunden bei Kapitalmarkttransaktionen schützen sollten, nicht objektiv schiedsfähig sind. Diese Position hat sich allerdings in der Zwischenzeit geändert¹⁶. Zum Teil

¹⁴ Siehe Born (Fn. 2) 1026 f.

¹⁵ Quinke (Fn. 2) Rz 472 mwN in Fn. 1095.

¹⁶ Siehe Born (Fn. 2) 985 ff.

werden solche Konstellationen allerdings von schiedsrechtlichen Regelungen zum Konsumentenschutz erfaßt.

4.14 Vertriebsrecht

Regelungen zur objektiven Schiedsfähigkeit im Vertriebsrecht sind eher selten. Ein seltenes Beispiel ist Belgien, welches die objektive Schiedsfähigkeit von bestimmten Vertriebsstreitigkeiten verneint¹⁷.

5. Begründungen

Es ist nicht ganz einfach, die jeweiligen Begründungen zu finden (oder zu erraten), warum bestimmte Materien nicht objektiv schiedsfähig sein sollen. Am einfachsten ist es ohne Zweifel bei den Bestimmungen, welche insbesondere in schiedsrechtlichen Regelungen zu finden sind, wo dann die Materialien in der Regel etwas Aufschluss geben. Bei zahlreichen Materien aber, bei denen die objektive Schiedsfähigkeit fehlen soll bzw. zu mindestens bezweifelt wird, mangelt es aber oft an einer (klaren) Begründung.

Kontrastiert man die objektive Schiedsfähigkeit mit dem materiellen *ordre public*, so könnte man meinen, daß Materien, welche nicht einmal objektiv schiedsfähig sind, einen noch höheren Grad an Bedeutung haben, wie diejenigen, welche zum materiellen *ordre public* gehören. Es würde sich bei einer solchen Denkweise daher bei Materien, denen die objektive Schiedsfähigkeit fehlt, um die allerwichtigsten Grundwertungen einer Gesellschaft handeln, einen allerinnersten Kreis innerhalb der Grundwertungen.

Wie die folgende Analyse aber zeigt, ist dies keineswegs der Fall. Die Begründungen, warum bestimmte Materien für nicht objektiv schiedsfähig gehalten werden, sind letztlich sehr unterschiedlich und zeigen, daß diesen Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit wohl kaum eine wirklich brauchbare Funktion zukommt.

Im Folgenden sollen die möglichen Begründungen untersucht werden, aufgrund derer bestimmte Materien nicht objektiv schiedsfähig sein sollen.

¹⁷ Siehe Born (Fn. 2) 1032 ff.

Die folgende Darstellung folgt zum Teil der sehr hilfreichen Analyse von Brekoulakis¹⁸.

5.1 *Ordre public*

Das Erfordernis der objektiven Schiedsfähigkeit wird weitgehend als Zwillingsschwester des *ordre public* gesehen. Beide dienen nach dieser Ansicht dem Schutz öffentlicher Interessen¹⁹. Es wird auch weitergehend vertreten, daß die objektive Schiedsfähigkeit ohnedies Teil des generellen Konzeptes von *ordre public* ist und daß daher etwa Artikel V (2) (a) des New Yorker Übereinkommens überflüssig sei²⁰.

Wie die in der Folge behandelten weiteren (möglichen) Begründungen des Mangels objektiver Schiedsfähigkeit zeigen, bleibt eigentlich, nimmt man die oben genannten Materien als Beispiel, kaum ein Bereich der eigentlich in den *ordre public* fällt. Man mag allenfalls bei staatlichem Vermögen und bei Naturschätzen, je nach deren Bedeutung für das bestehende einer bestimmten Gesellschaft, der Ansicht sein, daß deren Erhalt unter den *ordre public* fällt.

Warum dies aber die Schiedsfähigkeit ausschließen soll, ist damit noch nicht begründet. Letztlich geht es auch hier offenbar um ein Misstrauen gegenüber dem Verfahren (also strukturelle Bedenken) oder um eine vorweggenommene Kontrolle des Arbeitsergebnisses eines Schiedsverfahrens, nämlich des Schiedsspruchs.

5.2 Keine ausreichenden Verfahrensgarantien

In einigen Entscheidungen von Gerichten der USA wurden Zweifel daran geäußert, ob denn ein Schiedsverfahren die erforderlichen Verfahrensgarantien bietet. So führt der U.S. Supreme Court etwa in

¹⁸ Für Näheres siehe Brekoulakis, On Arbitrability: Persisting Missconceptions and new Areas of Concern in Mistelis/Brekoulakis.(Fn. 2) 19.

¹⁹ Quinke (Fn2) 381 in marg. no. 421, 382 in marg. no. 424.

²⁰ Van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law (1981) 360.

Alexander v. Gardner-Denver²¹ aus, daß die Ermittlung des Sachverhalts in einem Schiedsverfahren nicht mit demjenigen vor einem staatlichen Gericht vergleichbar sei; es fehlten etwa die üblichen Beweisregeln und die entsprechenden Methoden der Beweissammlung wie discovery, cross examination und eidliche Zeugenaussagen.

Ein anderes Element wurde etwa von Justice Douglas in seiner dissenting opinion in Scherk v. Alberto-Culver²² angeführt, nämlich die Möglichkeit, daß ein Schiedsspruch ohne Begründung erlassen wird.

In einer weiteren dissenting opinion hat Justice Stevens im Fall Mitsubishi v. Soler²³ ausgeführt, daß Schiedssprüche einer nur sehr geringen Überprüfung unterliegen und daß dies für Materien, welche für die Volkswirtschaft und die internationale Wettbewerbsfähigkeit der USA von Bedeutung sind, nicht akzeptabel sei.

Nimmt man diese Kritik am Schiedsverfahren ernst, so gäbe es überhaupt keine Schiedsverfahren.

Der bloße Verweis auf das im Vergleich zu staatlichen Verfahren in der Regel unterschiedliche Verfahren vor Schiedsgerichten genügt daher nicht um einen Mangel der objektiven Schiedsfähigkeit zu begründen.

Dieser liegt eben nur dann vor, wenn die Materie von einer solchen Bedeutung wäre, daß die nachfolgende Kontrolle des Schiedsspruchs, welcher in der Regel materiell *ordre public* nicht verletzen darf, nicht als ausreichend gesehen wird. Eine derartige Begründung ist aber nur sehr schwer vorstellbar. Jedenfalls finden sich dafür, soweit ersichtlich, keine konkreten Beispiele.

5.3 Vorwegnehmende Kontrolle

Bei diesem Ansatz geht es darum, zu spekulieren, wie ein Schiedsgericht möglicherweise einen Fall, welcher eine bestimmte Rechtsmaterie betrifft, entscheiden wird und Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung zu äußern.

²¹ Siehe Brekoulakis (Fn. 18) 22 f.mwN.

²² Fn. 21.

²³ Fn. 21.

Diese vorweggenommene Kontrolle wird in der Regel abgelehnt. Derartige Begründungen fanden sich in der älteren Judikatur amerikanischer Gerichte vor dem Mitsubishi Fall²⁴.

5.4 Strukturelle Voreingenommenheit

Dieser Einwand²⁵ ist demjenigen bei einer vorwegnehmenden Kontrolle nicht unähnlich.

Hier geht es im Wesentlichen darum, daß man aufgrund bestimmter objektiver Umstände Bedenken hinsichtlich einer strukturellen Voreingenommenheit der Schiedsrichter hat.

Dies, könnte argumentiert werden, wäre etwa im Bereich von Arbeitnehmer- oder Konsumentenschutzstreitigkeiten der Fall. Nach einem solchen Ansatz wären Schiedsrichter wohl – wenn auch unbewusst – geneigt, eher diese Sichtweise des Gegners des Arbeitnehmers oder des Konsumenten einzunehmen. Die Begründung eines solchen Verdachtes läge darin, daß das jeweilige Unternehmen, das dem Arbeitnehmer oder Konsumenten gegenübersteht, eher als jemand in Frage kommt, der auch in der Zukunft wieder Schiedsrichter bestellen wird.

Bei diesem Einwand handelt es sich letztlich aber nicht um eine Frage der objektiven Schiedsfähigkeit, sondern um eine Frage des Bestellungsmodus. Dazu ist auf die Diskussion zu verweisen, Parteiernennungen generell abzuschaffen. Ein Konsens dafür wird sich aber wohl nicht bilden²⁶.

Es gibt aber auch andere Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer und Konsumenten im Schiedsrecht, die offensichtlich nicht von einer strukturellen Voreingenommenheit ausgehen sondern von anderen Überlegungen, insbesondere von dem Schutz vor Übereilung getragen sind, wie etwa die österreichische in § 617 öZPO.

²⁴ Siehe Brekoulakis (Fn. 18) 25 mwN.

²⁵ Für näheres siehe Brekoulakis (Fn. 18) 26 f. mwN.

²⁶ Brower/Rosenberg, *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*, *Arbitration International* (zo~3) Issue 1, 7 mwN.

5.5 Ausschließliche Zuständigkeit

In zahlreichen Rechtsordnungen gibt es Regeln, wonach von den staatlichen Gerichten eines Landes nur eines oder einzelne für bestimmte Rechtsmaterien ausschließlich zuständig sind. Beispiele dafür sind etwa bestimmte insolvenzrechtliche Streitigkeiten, Streitigkeiten um bestimmte dingliche Rechte oder um Patente und andere Immaterialgüterrechte.

Es wird manchmal argumentiert, daß aus derartigen Regeln geschlossen werden kann, daß die entsprechenden Materien nicht objektiv schiedsfähig seien, liegen sie doch in der ausschließlichen Zuständigkeit eines oder mehrerer bestimmter staatlicher Gerichte.

Aus solchen Regel kann aber nicht auf eine mangelnde objektive Schiedsfähigkeit geschlossen werden. Es handelt sich hier um Organisationsvorschriften, welche das Verhältnis der staatlichen Gerichte untereinander betreffen. Um gestützt auf eine solche Regel der ausschließlichen Zuständigkeit das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit zu bejahen, bedarf es einer anderen Begründung. Die Regelung der ausschließlichen Zuständigkeit trägt ein Fehlen einer objektiven Schiedsfähigkeit nicht.

5.6 Eintragungen in öffentliche Register

Im Bereich des Immaterialgüterrechtes ist es durchaus verbreitet, daß die objektive Schiedsfähigkeit von Verfahren verneint wird, als deren Ergebnis Veränderungen in öffentlichen Registern erfolgen. Darüber hinaus wird diese Meinung etwa auch bei Liegenschaftsstreitigkeiten vertreten. Die Schweiz bildet hier, wie oben bei den Immaterialgüterrechten (4.11) schon erwähnt, eine Ausnahme, was Immaterialgüterrechte betrifft.

Bleibt man beim Bereich der Immaterialgüterrechte als Beispiel, so sind wohl zwei Typen von Verfahren zu unterscheiden. Bei den einen geht es darum, daß überhaupt ein Ausschließlichkeitsrecht eingeräumt wird. Hier stehen sich zunächst in der Regel der Antragsteller und die Behörde gegenüber. In der Folge aber mag es dann durchaus zu einem kontradiktorischen Verfahren mit anderen Parteien kommen, welche etwa einer Eintragung widersprechen oder eine Löschung begehren.

Im Bereich des Liegenschaftsrechts etwa wäre an Streitigkeiten betreffend Eintragungen im Grundbuch zu denken. Je nach Ausgestaltung des Liegenschaftsrecht begründet erst eine bücherliche Eintragung eine dingliche Position mit Wirkung gegenüber Dritten.

Zwei verschiedene Themen könnten sich hier stellen. Zum einen könnte man meinen, daß eine staatliche Stelle (wie etwa ein Patentamt oder ein Grundbuchsgericht) nicht gezwungen werden kann, eine von einem Schiedsgericht getroffene Entscheidung umzusetzen. Dies würde aber nicht überzeugen. Diese Situation gibt es auch bei jedem Vollstreckungsverfahren. Ein hartnäckiger Vertreter dieser Ansicht könnte einwenden, daß sich hier die „Hilfsfunktion“ des staatlichen Richters eben aus einer gesetzlichen Anordnung ergibt. Eine solche Sichtweise wäre nur dann wert näher untersucht zu werden, wenn man von einer Rechtsordnung ausgeht, in welcher die Schiedsgerichtsbarkeit eine Gerichtsbarkeit zweiter Klasse ist und mit der staatlichen Rechtsprechung daher nicht auf einer Ebene steht.

Letztlich geht es daher bei den Materien, welche unter diese Gruppe fallen, um die Dritt- oder absolute Wirkung der Eintragung und die sich daran knüpfenden Bedenken. In etlichen Rechtsordnungen, wie etwa auch in der österreichischen (§ 607 öZPO) wird vorgesehen, daß der Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zwischen den Parteien hat. Somit geht es um die Frage der Drittwirkung von Entscheidungen.

5.7 Drittwirkung von Entscheidungen

Die mangelnde Schiedsfähigkeit von Materien wird zum Teil damit begründet, daß die Entscheidung Drittwirkung hätte bzw. haben sollte.

Es gibt wie gesagt Rechtsordnungen, wie etwa die österreichische (§ 607 ZPO), welche ausdrücklich regeln, daß der Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zwischen den Parteien hat.

Die Frage ist, ob eine derartige Regelung etwas über die (zulässige) Drittwirkung von Schiedssprüchen aussagt. Bei der Beantwortung sind drei Konstellationen zu unterscheiden.

Im ersten Fall wirkt eine Entscheidung (vorbehaltlich möglicher Annexverfahren, wie Registrierungen) gegenüber jedermann, z.B. dann man eine sachenrechtliche Position oder der Satus einer Person entschieden wird.

In dieser Fallgruppe gibt es von vorneherein feststehende mögliche Verfahrensparteien, wie zB den Käufer und den Verkäufer einer Sache oder die Eheleute bei einer Scheidung. Ist die Entscheidung gefallen, so kann ein Dritter nicht etwa mit dem Argument ignorieren, daß ihm kein Recht eingeräumt wurde, sich am Verfahren zu beteiligen. Was die objektive Schiedsfähigkeit betrifft, wird diese, ohne tiefere Begründung, etwa bei Statusfragen verneint. Bei sachenrechtlichen Frage wird die objektive Schiedsfähigkeit manchmal bei unbeweglichen Sachen verneint. Wo der maßgebliche Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen liegen soll, erhellt dabei nicht.

In der zweiten Gruppe geht es um Verfahren, der Ergebnis Drittwirkung gegenüber jedermann hat, bei der aber der Kreis der möglichen Verfahrensparteien bei Beginn des Verfahrens nicht mit Sicherheit feststeht; Insolvenz- und Verlassenschaftsverfahren oder Verfahren über die Begründung von Immaterialgüterrechten (wie etwa die Erteilung eines Patentes) können, je nach konkreter Ausgestaltung der Verfahren dafür Beispiele sein. Hier wird in der Regel die objektive Schiedsfähigkeit verneint.

Der dritte Bereich sind Streitigkeiten, bei denen die Entscheidung Wirkung gegenüber einem klar bestimmten Personenkreis haben soll, wie dies zB (je nach Rechtsordnung) bei Streitigkeiten über die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen der Fall sein kann.

Zur Illustration sei aufgezeigt, wie der OGH mit der Frage der Drittwirkung in diesem Bereich umgeht.

Nach § 42 Abs 6 GmbHG wirkt das Urteil mit dem die Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschaft erklärt wird für und gegen sämtliche Gesellschafter. Als Hintergrund muß man wissen, daß die entsprechende Klage nach § 42 Abs 1 GmbHG nicht von einem Gesellschafter gegen alle anderen Gesellschafter zu führen ist, sondern sie ist gegen die Gesellschaft zu richten. Somit bedurfte es dieser Rechtskrafterstreckung.

Um diese Wirkung zu erhalten, verlangt der OGH, daß alle von dieser Rechtskrafterstreckung betroffenen Parteien Teil derselben Schiedsvereinbarung sind. In der Praxis wird dieses Erfordernis in der Regel dadurch erfüllt sein, daß die Schiedsklausel Teil der Satzung der

Gesellschaft ist. Als zweite Voraussetzung stipuliert der OGH, daß allen diesen Personen rechtliches Gehör gewährt werden muß. Dabei ist es aber nach dem OGH ausreichend, daß sich die Mitgesellschafter, wie vor dem staatlichen Gericht, als Nebenintervenienten beteiligen können. In diesem Fall habe das Schiedsgericht praktisch kein Ermessen²⁷.

5.8 Vielzahl an nötigen Schiedsvereinbarungen

Hierfür ist etwa das Insolvenzverfahren, aber auch das Verlassenschaftsverfahren ein gutes Beispiel. Im Prinzip spricht nichts dagegen, diese Verfahren, sieht man von dem oft – zu Unrecht – postulierten Streiterfordernis ab, in einem Schiedsverfahren abzuwickeln.

Erforderlich wäre aber natürlich, daß alle Parteien eines solchen Verfahrens eine Schiedsvereinbarung schließen²⁸. Das ist schon nicht sehr wahrscheinlich.

Selbst wenn das Bestehen einer solchen umfassenden Schiedsvereinbarung annimmt, so ist es möglich, daß in einem späteren Verfahrensstadium weitere Parteien auftauchen. Würde etwa in einem Insolvenzverfahren ein Gläubiger hinzukommen, welcher sich weigert eine entsprechende Schiedsvereinbarung zu schließen, so stellten sich erhebliche Probleme. Näheres dazu wird in Punkt 6. ausgeführt.

6. Vorschlag

Wie sich also gezeigt hat, verdient der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit einer kritischen Überarbeitung. Auch wenn die Fälle, in denen objektive Schiedsfähigkeit verneint wird, im Laufe der Zeit in zahlreichen Rechtsordnungen stark zurückgegangen sind, so verbleibt doch eine nicht unerhebliche Restgruppe, die eben dieser kritischen Überprüfung bedarf.

Wie sich gezeigt hat sind die meisten der Begründungen für einen Mangel der objektiven Schiedsfähigkeit kaum überzeugend.

²⁷ OGH 7 Ob 221/98 w RdW 1999, 206 = ecollex 1999/106 = Rz 1999, 108 (Glosse Wenger).

Letztlich lassen sich zwei Gruppen von Verfahren ermitteln, die nicht von einem Schiedsgericht entschieden werden sollten, wo also die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen ist.

Zum einen handelt es sich dabei um Verfahren, bei denen die Anzahl der (möglichen) Beteiligten im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens nicht feststeht. Dies kann etwa bei Verlassenschaftsverfahren oder Insolvenzverfahren der Fall sein. Der Grund, derartigen Verfahren die objektive Schiedsfähigkeit abzusprechen, liegt letztlich in einer praktischen Überlegung die aber auf Grundsätze der Rechtssicherheit fußt.

An sich spräche theoretisch nichts dagegen, auch solche Verfahren vor einem Schiedsgericht abzuwickeln. Voraussetzung ist aber natürlich, daß sämtliche Parteien entsprechende Schiedsvereinbarungen geschlossen haben. Bei Verfahren aber, wo die möglichen Beteiligten nicht von Vorneherein feststehen, kann dies zu erheblichen Problemen führen. Das Verfahren würde etwa eingeleitet werden und es lägen die erforderlichen Schiedsvereinbarungen vor. In einem späteren Zeitpunkt kommt etwa ein weiterer Erbberechtigter oder Gläubiger hinzu, der sich dann aber weigert eine Schiedsvereinbarung abzuschließen. In diesem Fall bliebe, theoretisch, nur entweder eine Eröffnung eines parallelen gerichtlichen Verfahrens oder die Beendigung des Schiedsverfahrens und der Neubeginn eines gerichtlichen Verfahrens. Jeder dieser beiden Wege ist abzulehnen, weil er zu großer Verzögerung und Rechtsunsicherheit führen kann.

Je nach Verfahrensverlauf mag auch gar kein Streit vorliegen. Dazu ist allerdings, was Gegenstand einer gesonderten Diskussion wäre, zu bezweifeln, ob das Streiterfordernis wirklich ein Erfordernis ist, damit ein Schiedsverfahren stattfinden kann²⁹.

Die zweite Gruppe von Verfahren sind solche, bei denen Hoheitsgewalt ausgeübt wird, etwa durch Verhängung von Strafen. Geht man von einem Konzept der Schiedsgerichtsbarkeit aus, welche dem Schiedsgericht keine solche Hoheitsgewalt zumisst, dann fehlt es für derartige Verfahren an der objektiven Schiedsfähigkeit. Wie oben unter 2. ausgeführt, können

²⁹ Siehe dazu etwa Liebscher (Fn. 4) 427 f.

Schiedsgerichte aber derartige Aspekte als Vorfragen behandeln, ja sie müßen sogar³⁰.

Der Vorschlag wäre daher, das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit auf diese beiden Typen von Verfahren zu beschränken.

Dies gilt daher auch für Verfahren, bei denen, einen entsprechenden Schiedsspruch vorausgesetzt, letztlich eine Eintragung in öffentlichen Registern zu erfolgen hat.

Bei Verfahren zur Eintragung in öffentliche Register, welche Drittwirkung entfalten, ist zu unterscheiden. Da ist zunächst einmal das Registrierungsverfahren selbst. Bei Liegenschaften ist das etwa das Verfahren vor dem zuständigen Grundbuchsgericht oder bei Patenten eben das Verfahren auf Erlangung eines Patentes. Die beiden Beispiele unterscheiden sich natürlich schon einmal wesentlich. Im ersten Fall besteht das Objekt des Rechtsverkehrs bereits, im zweiten Fall wird es im Rahmen des Verfahrens erst geschaffen, oder eben nicht. Nur Verfahren, welche ein Rechtsobjekt erst schaffen, wäre die objektive Schiedsfähigkeit abzusprechen, da sie in die zweite Gruppe, uU auch in die erste, fallen. Die Tatsache, daß etwa ein Schiedsspruch dann erst im Wege eines Registrierungsverfahrens in einem öffentlichen Register umgesetzt werden muß, hat nichts mit einem Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit zu tun.

Schließlich ist eine dritte Gruppe zu erwähnen. Bei dieser ist nicht die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen, es sind aber besondere Anforderungen an das Schiedsverfahren zu stellen. Ein Beispiel sind etwa Beschlussmängelstreitigkeiten im Gesellschaftsbereich, wie oben unter 5.7 am österreichischen Beispiel ausgeführt.

In Rechtsordnungen, in denen die Schiedsgerichtsbarkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit grundsätzlich gleich gestellt ist, gibt es für einen Ansatz, der restriktiver ist als der hier vorgeschlagene, keine ersichtliche, überzeugende Grundlage.

³⁰ Siehe Fn. 5.