

# Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO Band 3: §§ 946-1117, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht

Bearbeitet von

Prof. Dr. Wolfgang Krüger, Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Rauscher, Prof. Dr. Jens Adolphsen, Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald, Prof. Dr. Urs Gruber, Wolfgang Hau, Prof. Dr. Katharina Hilbig-Lugani, Prof. Dr. Joachim Münch, Dr. Steffen Pabst, Prof. Dr. Peter Rott, PD Dr. Bernhard Ulrici, Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Zimmermann

5. Auflage 2017. Buch. Rund 2450 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68573 6

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

keit, nach Vollstreckbarerklärung eine Zwangsvollstreckung titulierte zu betreiben (§§ 1060/1061 mit § 794 Abs. 1 Nr. 4a), schlagende Indizien für die prozessuale Ansicht; auch § 1042 Abs. 3 („zwingende[n] Vorschriften“) und § 1059 Abs. 2 (Aufhebungsgründe) proklamieren (prozessual!) entsprechende Mindeststandards.

**3. Staatsvorbehalte.** Zutreffend hat der BGH in einer insgesamt recht flexiblen und abgewogenen Rechtsprechung berücksichtigt, dass ein **Spannungsverhältnis** besteht zwischen den Anforderungen des Rechtsstaats an die schiedsgerichtliche Rechtsprechung als Ersatz für primär staatliche Aufgabenerfüllung („Rahmenregel“ ist einzuhalten – und zwar schon mit Blick auf → Rn. 4 f.) und dem Anspruch der Schiedsparteien auf Gewährung bzw. Belassung privatautonomer Rechtsstreitentscheidung. Ebenso wie im Vertragsrecht wollte der historische Gesetzgeber des liberalen Rechtsstaats nur eindeutige Verstöße gegen Gerechtigkeitsideale und das Rechtsstaatsprinzip verhindern.

Man kann etwas überspitzt sagen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit auf dem Rücken der staatlichen Rechtspflege reitet:<sup>33</sup> sie benutzt ihre Ergebnisse und Erfahrungen, teilweise auch in personeller Hinsicht (Richter und Anwälte als bevorzugte Schiedsrichter, → Vor § 1034 Rn. 55 ff.), und versucht, ihre Schwächen zu vermeiden – ohne hierbei eigene Impulse zu geben.<sup>34</sup> Sie leitet – teilweise zumindest – ihre Autorität von ihr ab, indem die staatliche Rechtspflege ihren „Hoheitsarm“ – wenn nötig – zur Hilfe reicht oder wenn ihre vornehme Neutralität gleichsam schlichtend „aushilft“. Im Endeffekt wäre es wohl richtiger, heute eher von wechselseitiger **nützlicher Ergänzung** auszugehen.<sup>35</sup>

Aber natürlich bestehen ebenfalls präventive und repressive **Kontrollmechanismen und Kontrollintentionen**. Der Gesetzgeber sorgt so dafür, dass rechtsstaatliche Grundsätze eingehalten werden, ohne in das Schiedsverfahren zu stark einzugreifen. Dies betrifft sowohl die Verfahrensgestaltung als auch die Jurisdiktionsgrundlage (entsprechende – gültige – Schiedsbindung) und den Entscheidungsinhalt (ordre-public-Verstoß?).<sup>36</sup> Allerdings tut rechtzeitige Parteiinitiative Not – die Kontrollbehelfe sind nämlich regelmäßig fristgebunden, nur die Zwangsvollstreckung erfordert explizite Erlaubnis (§§ 1060/1061).

Der Staat tritt indes nicht nur „repressiv-nachprüfend“ auf (sog **Kontrollfunktion [„intervention“]**), wie insbes. vor Konstituierung des Schiedsgerichts (§§ 1032 Abs. 2, 1034 Abs. 2, 1035 Abs. 4 Var. 1, 1037 Abs. 3, 1040 Abs. 3 S. 2) und vor der Durchsetzung einer (schiedsgerichtlichen) Entscheidung kraft Zwangsmitteln (§§ 1041 Abs. 2/3, 1059–1061), er gewährt auch *proaktiv* seinen Beistand (sog **Unterstützungsfunktion [„assistance“]**) als sog *juge d'appui* (artt. 1459/1460 c.p.c. [FR]). Es geht insoweit um drei Fallgruppen: Konstituierungshilfe (§§ 1035 Abs. 3 u. Abs. 4 Var. 2 u. 3, 1038 Abs. 1), einstweiliger Rechtsschutz (§ 1033) und Zwangsunterstützung (§ 1050).<sup>37</sup>

## II. Arten von Schiedsgerichten

**1. Grundsätzliches zur Unterscheidung. a) Internationale Anwendungsbereiche.** Konstruktiv sind **international drei Archetypen** an Schiedsgerichten zu unterscheiden, oder besser noch: drei zwar miteinander verwobene, freilich dogmatisch gänzlich selbständige Rechtsgebiete. Dies jedoch wird leider nicht präzise genug auseinandergehalten, womit dann etwa die Kritik an TTIP/CETA (sub ii) leichtfertig auf Handelsschiedsgerichte (sub iii) mit durchschlägt. Konsequentermaßen müssen geschieden werden: **(i) Völkerrechtliche Schiedsgerichte.** Gemeint ist hiermit die vereinbarte Streitlösung *zwischen Staaten untereinander*, ursprünglich als Errungenschaft des Kriegsvölkerrechts, bewaffneten Auseinandersetzungen vorzubeugen (→ Rn. 2). Es geht hier um Formalisierung zwischenstaatlicher Konfliktstoffe. **(ii) Investitionsschiedsgerichte.** Sie zielen auf Streitlösung *zwischen Privaten und Staaten* (scil. Investoren ./ . Sitzländer – ISDS = Investor-State Dispute Settlement) – und judizieren materiell auf Grundlage völkerrechtlicher Kriterien;<sup>38</sup> das prozessuale Fundament gründet indes in einer kollektivrechtlich vereinbarten Schiedsbindung (→ Rn. 14 f.). **(iii) Handels-**

<sup>33</sup> Siehe auch zur „Schnittstellenproblematik“ Haas CLC XXIII (2005) S. 19–25 [I+II] (Interventionsfragen im Allgemeinen) bzw. S. 20 mit S. 25 ff. [III–VII] (Fallgruppenbildung im Besonderen).

<sup>34</sup> Die Entscheidungssammlung „Handelsrechtliche Schiedsgerichtspraxis“ (I, 1975 u. II, 1982) bzw. Rechtsprechung kaufmännischer Schiedsgerichte (III, 1984; IV, 1988; V, 1994; VI, 1998) ist insoweit nur Ausnahme und eine eher zufällige Dokumentation; ganz ähnliches gilt für das Yearbook of Commercial Arbitration (YCA). Wegen CLoUT (Case Law on Uncitral Texts) → Rn. 142 aE.

<sup>35</sup> So jüngst auch *Schack* IZVR Rn. 1292: Kooperation, nicht Konfrontation.

<sup>36</sup> Grundsatzkritik (de lege ferenda) jedoch bei *Ebbing*, 2003, S. 381 ff. (390–401).

<sup>37</sup> Eingehend dazu *Steinbrück*, 2009, S. 7–15 (Definitionen) mit S. 15 ff. (Fallgruppen) einerseits, S. 41–89 (Gestaltungsspielraum) andererseits.

<sup>38</sup> Als mittelbare *Reflexwirkung* (BVerfGE 118, 124 (140)) oder verheißene *Schutzwirkung*. Sehr deutlich etwa Art. 26 Abs. 6 Energiecharta!

**rechtliche Schiedsgerichte.**<sup>39</sup> Sie geben ein Forum zur Streitlösung *zwischen Privaten untereinander* und bilden – klassisch-traditiert – den wahren Anwendungsfall des Schiedsrechts (und zwar insbes. auch iSv §§ 1025 ff. ZPO iVm UNÜ/EuÜ, die (i) und (ii) lediglich gleichsam „huckepack“ mitnutzen). Wegen sonstiger – „nationaler“ – Begriffe siehe noch bei → Rn. 16.

**14** Im **Kreuzfeuer rechtspolitischen Argwöhnens** steht vor allem die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (→ Rn. 13 [ii]).<sup>40</sup> Sie gründet auf zwischenstaatlich ausgehandelten Abkommen (Bilateral Investment Treaties [BITs]) oder multilateral vereinbart auf dem Weltbank-Übereinkommen [WBÜ/ICSID<sup>41</sup> → Rn. 148; vgl. auch erg. Art. 26 Abs. 4 lit. a Energiecharta], die (gemeinhin nur optional) Rechtsschutz vor *privaten* Schiedsgerichten vorsehen (hierfür fehlt inzwischen indes die nationale Kompetenz: Art. 207 Abs. 1 AEUV). Man kann dies als „begünstigende Schiedsoption“ konstruieren<sup>42</sup> (→ § 1029 Rn. 44 einerseits, → § 1031 Rn. 18 andererseits), dh zugunsten des Investors, der an der „Grundabrede“ (IFV = Investitionsschutz- und -fördervertrag) nicht teilgenommen hat, aber inhaltlich davon begünstigt wird (er kann weiter staatlichen Rechtsschutz beantragen ...). Solche Schiedsgerichte bilden ein probates Mittel, möglichen rechtsstaatlichen Defiziten am Sitzland auszuweichen, mediatisieren die Streitigkeiten (*Staatsinteressen vor Staatsgerichten?*) und gestatten, unschönen prozessualen Bindungen (*lex fori*-Prinzip) auszuweichen. Letzteres ist tatsächlich das Entscheidende, was die emotionale TTIP-Diskussion angeht: wer will sich schon *pre-trial discovery, chary judge* bzw. *jury trial, american rule of cost* etc. aufhalsen? – Oft doch nicht einmal Amerikaner selbst!<sup>43</sup> Das sollte man sich immer vorher nüchtern klarmachen, um keinesfalls nun das Kind mit dem Bade zu verschütten.

**15** Die Frage ist somit nur,<sup>44</sup> ob die prozessualen Rahmenbedingungen der materiellen Streitbedeutung entsprechen. Hier kann man sehr viel diskutieren oder auch kritisieren. Das liegt an jener Flexibilität des Rechtsgangs, welche die Schiedsverfahren (§§ 1042 ff.) und auch die Konstituierung der Schiedsgerichte (§§ 1034 ff.) als solche auszeichnet (→ Rn. 97–99 bzw. 92–94). Gewisse Kritikpunkte sind allemal nachvollziehbar, wie etwa die ermangelnde öffentliche Information zum Verfahrensstand, die recht kleine Anzahl derer, die in wechselnder Zusammensetzung fortlaufend entweder Anwaltschaft oder Richterbank besetzen („closed shop“) und auch die Verkehrung des tradierten Staat-Bürger-Verhältnisses (Private sind [Schieds-] Richter über Staaten). Hier scheint bereits viel Vertrauen (Neutralität, Dignität, Transparenz) verspielt. Was übrigens Letzteres betrifft, hat UNCITRAL das Problem längst schon erkannt und rechtzeitig (?) umgesteuert: Transparenzregeln für Investor-Staat-Prozesse (→ Rn. 151 – § 1 Abs. 4 SchO/nF), einschließlich weltweiter Veröffentlichung von Schriftsätzen und Entscheidungen schlicht per Internet ([www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp](http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp)). Und über die sog. Mauritius-Konvention<sup>45</sup> wird jenes Normenwerk nunmehr verbindlich gemacht – das übersieht die billige CETA/TTIP-(Schieds-) Polemik doch immer sehr gerne.

**15a** Viel diskutiert wurde öffentlich über TTIP und CETA und insbes. die **außerstaatlichen Streitbeilegungsformen der transatlantischen Freihandelsabkommen** – für CETA gibt es eine verbindliche, „vorläufige“ Schlussfassung,<sup>46</sup> das Schicksal von TTIP hingegen erscheint ungewiss. In

<sup>39</sup> Literatur: *Aksen*, Ad hoc versus Institutional Arbitration, ICC Bull. 1 (1991), 8 ff.; *Schlaepfer/Girod*, Institutional vs. ad hoc Arbitration, in: *Kaufmann-Kohler/Stucki*, International Arbitration in Switzerland, 2004, S. 5 ff.; *Sachs/Lörcher*, Die Wahl der „richtigen“ Verfahrensregeln, WGS (2008) S. 153 [II/III]; *K. P. Berger* AnwBl 2009, 771 f. [II]; *Coppo* Int. A.L.R. 13:3 (2010), 100. Siehe auch die Nachw. → Fn. 49.

<sup>40</sup> Die öffentliche Wahrnehmung ist demgegenüber wenig differenziert – jetzt genauso polemisch dagegen *Risse* SchiedsV 2014, 265 („Wider das Arbitration-Bashing“). Zur bestimmten Abgrenzung gegenüber der Handelsschiedsgerichtsbarkeit insbes. *Winkler* FS Schütze II, 2014, 739 („Der große kleine Unterschied“); *Raeschke-Kessler* FS Schlick, 2015, 57, insbes. S. 57–60 [I 1].

<sup>41</sup> Übereinkommen vom 18.3.1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, BGBl. 1969 II Nr. 12 S. 371 (in Kraft ab 18.5.1969, BGBl. II Nr. 40 S. 1191).

<sup>42</sup> Zur Vereinbarkeit mit Europarecht: BGH WM 2016, 1047 (1049 ff.) Rn. 23 ff. [II 4–7], BeckRS 2016, 08549 (EuGH-Vorlage) im Nachgang zu OLG Frankfurt a. M. SchiedsVZ 2013, 119 (123–125) [B 2] {76 ff.} mzustBespr *Schäfer/Gaffney* SchiedsVZ 2013, 68 (76 ff.) [VI] = IPRax 2013, 83 mzustBespr *Tietje* IPRax 2013, 64 mit 18.12.2014 – 26 Sch 3/13 [II 1–3] {51–58} – dazu vgl. auch *Risse/Gremminger* Bull. ASA 33:3 (2015), 465, 466–468 [2.1].

<sup>43</sup> Viel drastischer noch → Einl. Rn. 70 (*Rauscher*).

<sup>44</sup> Jenseits verfassungsrechtlicher Probleme – dazu: *Flessner* RuP 2015, 149 (153 ff.); *Ohler* JZ 2015, 337 (342 f.) [V]; *Steinbach* RabelsZ 80 (2016), 1 (10 ff.) [III] (alles in allem [S. 37]: „verfassungsrechtlich bedenkliche Mischung“); *Sachs/Detterbeck* GG Art. 92 Rn. 29.

<sup>45</sup> United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration vom 10.12.2014 [[www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf)] – gezeichnet 17.3.2015 [noch nicht in Kraft].

<sup>46</sup> Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf>.

CETA bringt Kap. 8 die Regelungen für Investitionen: die Abschnitte D und E (Artt. 8.9–14 bzw. Artt. 8.15–17) normieren den **materiellen Investitionsschutz** gemäß dem Gebot der kompletten diskriminierungsfreien bzw. „inländergleichen“ Behandlung (Art. 8.6); Abschnitt F beschreibt die „Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten“ (Artt. 8.18–44) und also den **prozessualen Investitionsschutz** der *Unternehmen* (der hier neben Kap. 29 steht: Konfliktregelungen zwischen *Vertragsparteien* – Art. 8.18 Abs. 1 pr.: „Unbeschadet ...“). Es geht um Konsultationen (Art. 8.19) und Mediationen (Art. 8.20), primär aber um Schiedsklagen (Artt. 8.22–43) – gemäß den Regeln von ICSID bzw. UNCITRAL (Art. 8.23 Abs. 2 lit. a–c → Rn. 148 f., 151) oder aufgrund einvernehmlicher Vorgaben (Art. 8.23 Abs. 2 lit. d). Und hier agiert dann der vielzitierte „**Schiedshof**“ (Art. 8.27) **einschließlich einer Berufungsinstanz** (Art. 8.28) als eine Art Zwischenlösung; als Endziel ist geplant die Durchsetzung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs (Art. 8.29). Für dieses Verfahren gelten die UNCITRAL-Transparenzregeln (→ Rn. 151) mit leichter Modifizierung (Art. 8.36).

**b) Binnenrechtliche Anwendungsregeln.** Die international geprägte Typisierung (→ Rn. 13) 16 birgt aber national auch ein kleineres Terminologieproblem: jene §§ 1025 ff. sind nämlich weder auf Handelsrecht noch Kaufleute beschränkt (→ Rn. 181, → § 1025 Rn. 2–5), man würde genauer daher von generell **privatrechtlichen Schiedsgerichten** sprechen oder alternativ auch (freilich zu holperig) von Schiedsgerichten für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten iSv § 13 GVG (→ § 1029 Rn. 76). Strukturell lassen sich allerdings auch wieder drei Archetypen ausdifferenzieren: **(i) Schiedsgerichte im Privatinteresse.** Gemeint ist hiermit das gesetzgeberische Regelungsmodell, wie es uns strukturell §§ 1025 ff. ZPO vorzeichnen. Es verdeckt nur voreilig, dass teilweise noch zusätzliche „Schutzniveaus“ eingreifen, welche man ebenso auch „verselbständigen“ kann. Dann muss man hier außerdem noch scheiden: **(ii) Schiedsgerichte in Arbeitssachen,** die legislativ einem eigenen Normenwerk unterstehen (§§ 101–110 ArbGG → § 1029 Rn. 79) und **(iii) Schiedsgerichte in Verbrauchersachen,** für welche lediglich bloß verstreute Sonderregeln vorgesehen sind (insbes. § 1031 Abs. 5 ZPO). Es erscheint aber unbedacht, allein materielle Kontrollmechanismen (§§ 138/242 BGB bzw. §§ 305 ff. BGB) anzusetzen – die Gefährdungen sind me doch zu vielgestaltig. Insoweit gilt es, **prozessrechtlich wohl noch nachzubessern**<sup>47</sup> (→ § 1031 Rn. 45b).

**2. Gelegenheitschiedsgerichte.** Ad-hoc-Schiedsgerichte<sup>48</sup> sind die ursprüngliche, ältere 17 Erscheinungsform. Sie werden **für einen bestimmten Einzelfall konstituiert**. Der Prozess folgt Regeln, die die Beteiligten autonom vereinbaren – „vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften dieses Buches“ (§ 1042 Abs. 3). Die Parteien können eine völlig eigene Verfahrensordnung bilden (Var. 1) oder sich diese Mühe auch ersparen, indem sie auf einen Muster- oder Standardtext bezugnehmend verweisen (Var. 2). Jene bloße Bereitstellung macht kein institutionelles Schiedsgericht; die Schiedsordnung ist Hilfestellung („Mustertext“), sieht aber keine institutionelle Beteiligung (bei Konstituierung, Überwachung etc) vor. Das Schiedsgericht ist demgemäß ganz wörtlich ein „Gelegenheitsprodukt“. Sogar andere Fälle im Rahmen derselben (Schieds-) Vereinbarung (§ 1029) bleiben ihm versagt (arg. § 1044: Bezeichnung des Streitfalls), solange nicht die Parteien seine Befugnisse entsprechend erstrecken. – Der **Schiedsrichtervertrag** (näher dazu → Vor § 1034 Rn. 3–58) regelt hier allein die Rechtsbeziehung von Schiedsparteien und Schiedsrichtern.

**3. Institutionelle Schiedsgerichte.** Ständige Schiedsgerichte<sup>49</sup> sind demgegenüber eine modernere 18 Form. Diese stehen im Rahmen einer bestimmten Organisation als dauerhaft bestehende Einrichtungen zur **Erledigung einer unbestimmten Vielzahl von Fällen** zur Verfügung; sie judizieren auf der Grundlage einer eigenen Verfahrensordnung, meist mit Gebührentarif und „logistischer Unterstützung“ der Parteien (Zustellungen, Konstituierung des Schiedsgerichts, Verwahrung des Schiedsspruchs etc), oft zudem mit rechtlichen Befugnissen (Kompetenzprüfung, Ernennungsstelle, Ergebniskontrolle usw). Dabei sind die verschiedensten Formen denkbar (dazu näher → Rn. 19 f. mit Rn. 103 ff.). Meist erfolgt zudem die Bereitstellung bestimmter nach Person oder Funktion bezeichneter Schiedsrichter oder auch die Vorgabe einer Schiedsrichterliste, aus der die im Einzelfall

<sup>47</sup> Löblich der Versuch von *Wagner/Quinke* JZ 2005, 932; vgl. auch erg. *Weihe*, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005.

<sup>48</sup> *Lalive*, Avenantages et inconveniences de l'arbitrage ad hoc, FS Bellet, 1991, 301; *Wong*, Prinzipien und Grundlagen von ad hoc Verfahren, in: Hdb.Sch., 2017, 68 ff.

<sup>49</sup> *Chr. Wolf*, Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1992; *Liebscher*, Schiedsinstitutionen in *Oberhammer* (Hrsg.) CLC XXIII (2005) S. 61; *Wilke*, Prozessführung in administrierten internationalen Handelsschiedsverfahren, 2006; *Gola* (Hrsg.), Institutional Arbitration, 2009; *Jarosson* Rev. Arb. 2016:2, 445. Dazuhin im Übrigen die Nachw. bei → Fn. 39.

zu berufenden Schiedsrichter ausgewählt werden können (Findungshilfe) oder müssen („Listenzwang“<sup>50</sup>). – Die Rechtsbeziehung zwischen Schiedsparteien und Schiedsinstitution entwickelt Chr. Wolf<sup>51</sup> zutreffend als eigenständigen **Schiedsorganisationsvertrag** (näher dazu bei → Vor § 1034 Rn. 69 ff.).

- 19 **4. Mischformen.** Gelegenheits- (→ Rn. 17) und institutionelle (→ Rn. 18) Schiedsgerichte sind gleichsam Antipoden und Idealtypen auf einer breiten Skala. Die umfassende prozessuale Autonomie bedingt, dass beliebige Zwischenformen statthaft sind und die Parteien Freiheit genießen. Die jeweilige Institution ist oftmals traditionell geprägt und stellt ein dementsprechendes Organisationsgefüge bereit. Mächtige Einflussnahme eröffnet etwa die Schiedsordnung der Pariser **Internationalen Handelskammer** (ICC), die teilweise formale Kontrolle möglich macht (→ Rn. 131) und mit dem „Schiedsauftrag“ das Prozedere an enger Leine führt (→ Rn. 132).
- 20 Auch keine ganz reine Form hat das Verfahren nach der Schiedsgerichtsordnung der **Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.** (DIS), die jedoch wesentlich ausführlichere Regelungen trifft und ein komplettes „Verfahrenskorsett“ einrichtet (→ Rn. 105–108), eine dauerhafte Geschäftsstelle bereithält und manche Prüfungskompetenzen ausübt (formale Vollständigkeit der Klageerhebung [§ 6.4], Kostenvorschuss [§ 7 mit § 8] und Kostentragung [§ 36.3], Ernungsausschuss und Bestellungskompetenz bei Schiedsrichtern [§ 17]). Ausnahmsweise besteht sogar die Befugnis, vorzeitig das Verfahren „nach Anhörung der Parteien [zu] beenden“ (§ 39.3). Die Schiedsrichterwahl ist aber weithin frei (§ 2.1 – aber: § 2.2 u. § 15 S. 1), doch gibt die DIS „auf Anfrage Anregungen zur Schiedsrichterauswahl“ (§ 2.3). – Hingegen ist die berühmte **Hamburger freundschaftliche Arbitrage** (§ 20 der Platz-Usancen für den hamburgischen Warenhandel [→ Rn. 109]) ein ganz loser Rahmen mit Begriffsbestimmung (Nr. 1 u. 6), einigen Vorgaben zur Konstituierung des Schiedsgerichts (Nr. 2–4) und schließlich der Festschreibung des Schiedsortes (Nr. 5: „Gerichtsstand ist Hamburg“). Sie kennt dagegen weder ein Sekretariat noch sonst eine feste Organisation oder Richterliste (im Gegensatz zu der „Handelskammer-Arbitrage“ nach Nr. 7 mit Sachverständigenliste und HK-Schiedsgericht) – rechtlich ein ad-hoc-Schiedsgericht!<sup>52</sup>
- 21 *Ebbing* hat außerdem den Entwurf eines „**privaten Zivilgerichts**“ vorgelegt.<sup>53</sup> Er versteht darunter eine ganz *andere* Mischform, nämlich einen Zwitter zwischen Staatsgerichten und Schiedsgerichten: „Private Zivilgerichte sind [zwar] Schiedsgerichte in qualifizierter Form“, aber eben eine „dritte Alternative“.<sup>54</sup> Gemeint ist hierbei eine neue Institutionalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit iSv „privatwirtschaftlicher Gerichtsträgerschaft“<sup>55</sup> – die allerdings die §§ 1025 ff. zur eigenen Legitimation braucht. Sie markieren das Spielfeld, in dem sich die Akteure messen könnten – das Bedürfnis erscheint mir indes aber noch nicht dargetan.
- 21a Eine internationale aktuelle Erscheinung ist die (versuchte) „Umarmung“ der Schiedsgerichte von Seiten der Staatsgerichte, um deren zweifellose Vorteile (→ Rn. 88 ff.) abzuschöpfen und so aus gesetzlicher Unflexibilität auszubrechen. Am Ende würde dadurch Prozessrecht autonom verfügbar gemacht – und zwar kraft Gerichtsstandsklauseln bzw. Schiedsvereinbarungen<sup>56</sup> („**hybride [staatliche] Gerichte**“). Das versuchen besonders der Singapore International Commercial Court (SICC) sowie vor allem das Dubai International Financial Centre (DIFC) rechtspraktisch zu verwirklichen.<sup>57</sup> Der SICC ist zuständig kraft Prorogation, kann jedoch auch ebenso mittels Verweisung (vom High Court) befasst werden und prozediert einiges effektiver als originär staatliche Gerichte; das DIFC hat ähnliche strategische Anliegen – weitergehend aber noch eine Besonderheit, um internationale Vollstreckbarkeit zu beanspruchen (UNÜ! → Rn. 100–102; dem Haager GStÜ [Art. 8–15] fehlt hier – gegenwärtig – noch die weltweite Akzeptanz): und zwar eine Art „**integriertes Schiedsgericht**“. Es ummantelt dafür schlicht das Gerichtsurteil zudem zum Abschluss mit einem Schieds-

<sup>50</sup> Der statthaft ist: OLG Frankfurt a. M. 28.10.2010 – 26 SchH 3/09 [II] {28}.

<sup>51</sup> Die institutionelle Handelschiedsbarkeit, 1992, S. 70 ff. mit S. 228 ff. Näheres zum Begriff: ebd. S. 1 mit S. 8 ff. – ferner: *Gentinetta*, Die lex fori internationaler Schiedsgerichte, 1973, S. 32 ff.; *Schütze/Tscherning/Wais* Rn. 28 ff.

<sup>52</sup> *Korte SchiedsVZ* 2004, 240 (242) [V 1].

<sup>53</sup> *Ebbing*, Private Zivilgerichte – Möglichkeiten und Grenzen privater (schiedsgerichtlicher) Zivilrechtsprechung, 2003, S. 315 ff.; näher dazu *Münch*, Bitburger Gespräche 2008/I, S. 179, 204–207 [V 2].

<sup>54</sup> *Ebbing*, 2003, S. 8.

<sup>55</sup> *Ebbing*, 2003, S. 317 f.

<sup>56</sup> Nach wie vor ganz grundlegend G. *Wagner*, Prozeßverträge [JP 33], 1998, 57 ff., 125 ff. – wegen Anwendungsbeispielen siehe S. 391 ff., insbes. S. 556 ff. (Kompetenzverträge).

<sup>57</sup> Einführend *Demeter/Smith* J. Int. Arb. 33:5 (2016), 441 (444 ff.) [3] – ferner: *Krishnan/Purohit* ARIA 25:3/4 (2014), 497 (DIFC) u. *Nicholls/Bloch* J. Int. Arb. 31:3 (2014), 393 (SICC).

spruch; dies geht zu viel weit<sup>58</sup> („Schiedsvariante“ des Scheinprozesses! → § 1061 Rn. 37) und erscheint gleichsam als Umkehrung der *merger*-Doktrin, welche auch nicht dazu taugt, kurzerhand Schiedssprüche zu Staatsurteilen umzuformen (→ § 1061 Rn. 32–34 bzw. → UNÜ Art. I Rn. 5 (Anh. 1 § 1061)).

### III. Praktische Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit

**1. Nationaler Bereich.** Es fehlt an genauen neuen Zahlen über die Häufigkeit von Schiedsverfahren allgemein.<sup>59</sup> Vor allem die Verfahren vor **Gelegenheitsschiedsgerichten** (→ Rn. 17) werden nicht registriert oder statistisch erfasst. Und wenn man unterstellt, dass Schiedssprüche ferner zumeist freiwillig erfüllt werden, geben auch die Zahlen zur Niederlegung (§ 1039 Abs. 3 S. 1 aF) bzw. Vollstreckbarerklärung (§§ 1060/1061 mit §§ 1063/1064) keinerlei rechten Aufschluss. Erhebungen – jedoch veraltete! – liegen allenfalls für **institutionelle Schiedsgerichte** (→ Rn. 18) vor.<sup>60</sup> Die DIS dokumentiert für die Zeit von 2010–2016 im Schnitt rund 130 Verfahren p.a., wobei aber die kumulierten Streitsummen sehr beachtlich sind (ca. 1,5 Mrd. EUR p.a. – wenn man zwei Großverfahren [> 1 Mrd. EUR] herausrechnet). Hierbei wird aber auch eine gewisse internationale Attraktivität (bzw. Neutralität) hineinspielen.

**Quantitativ** spielt daher wohl die Schieds- gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit in absoluten Zahlen verglichen nur eine recht geringe Rolle (wahrscheinlich weniger als 1 %). Das spricht nicht zuletzt für funktionierende Staatsgerichte. Anders dürfte es jedoch schnell aussehen, wenn man entschiedene Streitwerte zugrunde legen würde. **Qualitativ** kann man kaum solide Aussagen machen, sowohl was die Solidität der Rechtsfindung angeht (§ 1059 nF als Maßstab?), als auch für das konkrete branchenspezifische Spektrum (Spezialgerichte mit Fachkompetenz!). Im Bedürfnis nach ad-hoc-Schiedsgerichten artikuliert sich regelmäßig ein spezielles, bewusst wahrgenommenes Interesse am Ausschluss staatlicher Gerichte. Es gibt immerhin Befürchtungen, dass staatliche Gerichte bereichsspezifisch (man nennt vor allem das Gesellschaftsrecht<sup>61</sup>) partiell „austrocknen“.

**2. Internationaler Bereich.** Immer wieder wird geltend gemacht, dass insbesondere im internationalen Bereich die Schiedsgerichte zunehmend, ja fast ausschließlich, an die Stelle der staatlichen Gerichte treten.<sup>62</sup> Dies erspürt sicherlich eine zunehmende Tendenz. Die Internationale Handelskammer (ICC) in Paris als bedeutendste europäische internationale schiedsgerichtliche Institution (→ Rn. 131–137) registriert seit 2010 regelmäßig mehr als 750 Verfahren pro Jahr, im Jahr 2016 waren es 966 Verfahren aus 137 Ländern.<sup>63</sup> Bei der American Arbitration Association (AAA) in New York als größte Schiedsorganisation und anglo-amerikanisches ICC-Pendant (→ Rn. 139 f.), das indes mit europäischen Verhältnissen nicht zu vergleichen ist, wurden im 1996 gegründeten „International Center for Dispute Resolution“ (ICDR) im Jahr 2013 erstmals über 1000 neue Streitfälle registriert.<sup>64</sup>

Im internationalen Bereich liegt wohl das Interesse am Ausschluss der staatlichen Gerichte weniger am Vertrauen zur Schiedsgerichtsbarkeit als am Misstrauen gegenüber dem fremden Staatsgericht,<sup>65</sup> vor allem im Handel mit den GUS-Staaten, arabischen und asiatischen Partnern und mit den Entwicklungsländern. Hier dürfte wohl die überwiegende Zahl der Verträge über Investitionsgüter und andere Arten von Dauerverträgen mit Schiedsklauseln ausgestattet sein. Doch laufen auch in den

<sup>58</sup> Dazu krit. auch *Demeter/Smith* J. Int. Arb. 33:5 (2016), 441 (454 ff.) [4].

<sup>59</sup> Vgl. aber *Hesse* FS Böckstiegel, 2001, 277 (Maschinen- und Anlagebau). Vielfach gibt es widersprüchliche Einschätzungen, vgl. *Hennerkes/Schiffer* BB 1992, 1439 (1442) mwN (Gesellschaftsverträge).

<sup>60</sup> Zahlen siehe etwa bei *Schütze/Tscherning/Wais*, 2. Aufl. 1990, Rn. 796, 802, die sich indes selbst auf teilweise ältere Quellen beziehen, vgl. auch erg. 1. Aufl.: Vor §§ 1025 ff. aF Rn. 4 u. *Schumann* RIW 1987, 417. Wegen der „Hamburger freundschaftlichen Arbitrage“ (→ Rn. 20 mit Rn. 109) siehe bei *Korte* SchiedsVZ 2004, 240 (241) [II]; vgl. auch erg. *Hoffmann-Riem* ZRP 1997, 190 (194).

<sup>61</sup> *Goette* AnwBl 2012, 33, 34 re. Sp.: Staatsgerichte als „Aschenputtel“.

<sup>62</sup> Vgl. zB *Böckstiegel* DRiZ 1996, 267 (270) u. *NJW* 1981, 1862 (1863); *Raeschke-Kessler/Bühler* ZIP 1987, 1152; *Habscheid* KTS 1987, 177; 1980, 180 u. für Langzeitverträge *Nicklisch* RIW 1978, 633; *Frick*, Arbitration and Complex International Contracts, 2001, S. 7 f. Im Ost-West-Handel war das früher der staatlich verordnete Regelfall (sog. „Zwangsarbitrage“: *Kuss* RIW 1987, 584 ff.; *Stumpf* RIW 1987, 821 ff.; *Stumpf/Steinberger* RIW 1990, 174 (176) – dazu vgl. auch den Nachruf von *Melis* FS Elsing, 2015, 361). Außerdem dazu *Hoffmann* SchiedsVZ 2010, 96: Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung.

<sup>63</sup> Siehe dazu die ICC-PM vom 18.1.2017: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>.

<sup>64</sup> *Wilske/Markert/Bräuninger* SchiedsVZ 2014, 49 (51); 2015, 49 (52); 2016, 127 (130); 2017, 49 (52).

<sup>65</sup> Dazu *Schlosser* AG 1979, 327; *Böckstiegel* DRiZ 1996, 267 (270 f.); für Ost-West-Schiedsgerichtsbarkeit *Stumpf* RIW 1987, 821.

westlichen Ländern angesichts großer faktischer Vorteile (→ Rn. 88–102), modernisierter – liberaler – Prozessvorgaben und konvergierender Schiedsordnungen private Schiedsgerichte den staatlichen Gerichten zunehmend den Rang ab. Das gilt für potentielle Streitigkeiten aus internationalen Handelsgeschäften von herausragender Bedeutung<sup>66</sup> (→ Rn. 100–102), aber ebenso für solche aus gewöhnlichen Umsatzgeschäften.<sup>67</sup>

## IV. Abgrenzungen

- 26 **1. Grundlagen.** Schiedsgerichtsbarkeit bedeutet **neutrale Entscheidungskompetenz** (→ Rn. 3–5), die endgültige und umfassende Entscheidungsbefugnis für bestimmte Rechtsstreitigkeiten – in den Worten des § 1029 Abs. 1 gesagt: die Verabredung, „*Streitigkeiten* ... in Bezug auf ein bestimmtes *Rechtsverhältnis* ... der *Entscheidung* durch ein *Schiedsgericht* zu unterwerfen.“ Sie ist abzugrenzen einerseits von **alternativen prozessualen Gestaltungen** der Streitbeilegung oder -bereinigung, die auf Schlichtung zielen (→ Rn. 28–52),<sup>68</sup> namentlich im Verhältnis zu Verbrauchern (→ Rn. 53–65). Dies obwohl auch im Schiedsverfahren – so wie sonst vor staatlichen Gerichten (§§ 278 Abs. 1, 794 Abs. 1 Nr. 1) – ebenso starke oder gar noch stärkere Elemente gütlicher Einigung geläufig sind (§ 1053). Demgemäß sollte sie – in Widerspruch zu → Einl. Rn. 55 ff. (und zwar trotz → Einl. Rn. 67) – nicht etwa den Erscheinungsarten außergerichtlicher Streitbeilegung zugeschlagen werden. Zuweil wird übrigens ganz bewusst eine „sukzessive Stufung“ vereinbart (sog. Eskalationsklauseln<sup>69</sup>). Abzugrenzen ist andererseits von **materiellen Instituten**, die ebenfalls Streitentscheidung gestatten, wie insbes. das alteingeführte **Schiedsgutachten** (→ Rn. 75–86). Die Unterschiede sind beträchtlich, indes doch bei oftmals fließenden Grenzen (von allem von Mediation und Schlichtung ...).
- 27 Während wohl **Mediation** (→ Rn. 66–71) eher Methode ist, Einigung zu erzielen („coming to yes“), beschreibt **Schlichtung** (→ Rn. 28–65) dogmatisch konkret geformte Strukturen: Einigungsvorschlag (von Seite eines Dritten) *ohne* Bindungswirkung. Dem stehen andere praktische Erscheinungsformen zur Konfliktbeilegung gegenüber, die rechtlich (Teil-) Verbindlichkeit entfalten: **Adjudikation** (→ Rn. 72–74), baurechtlich oft praktiziert, als *prozessual* determinierter Lösungsweg, mit aber bloß einem *vorläufigen* Regelungsanspruch, und **Schiedsgutachten** (→ Rn. 75–86) als klassisch *materielles* Rechtsinstitut, das jedoch im Ansatz den Streit *endgültig* befrieden möchte (vorbehaltlich nachgelagerter Willkürprüfung): es geht um eine Leistungsbestimmung durch private Dritte (§ 317 BGB) mit subsidiärer staatsgerichtlicher Überprüfung (§ 319 Abs. 1 BGB). Beide liefern indes niemals die gültige Entscheidung einer Streitigkeit als solcher (→ § 1029 Rn. 83), die typischerweise (materielle) Rechtsprechung auszeichnet (→ Rn. 4 u. 8). Daneben steht der (materielle) **Vergleich** (§ 779 BGB) als klassischerweise parteiautonomer Feststellungsvertrag, sogar in einer prozessual „angehauchten“ Sonderform: sog. „**Blankovergleich**“ (→ Rn. 87). Vorbedingung aller erscheint immer Freiwilligkeit, trotz doch der Möglichkeit sanften staatlichen Druckes.<sup>70</sup>
- 28 **2. Streitschlichtung. a) Grundbegriffe.** Schlichtung zeichnet sich dadurch aus, dass ein neutraler Dritter **ohne eigene Entscheidungsgewalt** sich bemüht, den freiwillig verhandelnden Parteien zur Einigung zu verhelfen.<sup>71</sup> Die Begriffsbildung ist aber recht diffus.<sup>72</sup> Schlichtung meint mehr als eine **Verhandlungsabrede** (mit Pflicht zur „negotiation“), bei welcher die Parteien intern ihren Streit abklären und die damit zu einem Vergleich (§ 779 BGB) führt; sie ist weniger als die **Delegationsabrede** (mit Anrecht auf „arbitration“), die neutrale Entscheidungsträger einsetzt (§§ 1025 ff. ZPO). Der Schlichter gibt insoweit nur Einigungs-Vorschläge, die unverbindlich und also letztlich bloß Anregung sind. Der Rechtsweg steht weiterhin offen und wird nicht ausgeschlos-

<sup>66</sup> Empirische Erhebung bei *Schmidt-Diemitz* DB 1999, 369 (insgesamt veraltet).

<sup>67</sup> Wegen KMU-Zurückhaltung siehe *Parise Kühnle*, 2015, S. 279 ff. mit S. 303 ff.

<sup>68</sup> Dazu die funktionale Betrachtung bei *Horn* FS Sandrock, 2000, 385 (390 f.).

<sup>69</sup> *Arntz*, Eskalationsklauseln – Recht und Praxis mehrstufiger Streiterledigungsklauseln, 2013 [DIS 29] mit *SchiedsVZ* 2014, 237.

<sup>70</sup> Vgl. einerseits *BVerfG NJW-RR* 2007, 1073 (1074 f.), andererseits *Eidenmüller* JZ 2015, 539 bzw. *Eidenmüller/Engel* ZZP 128 (2015), 149.

<sup>71</sup> Die Literatur ist unübersehbar – grundlegend: *Breidenbach*, 1995, § 13, S. 137 ff.; neuerdings *J. M. von Bagen*, 2008, S. 15 ff. mit S. 51–54 (Abgrenzungsmerkmale zur Schiedsgerichtsbarkeit).

<sup>72</sup> Begriffsbildung nach *Eiholzer*, 1998, Rn. 280 ff. mit Rn. 49 ff.; hierzu auch *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 99 f., 117–120. Dagegen hier aA wohl *Joussen*, 2005, S. 15 ff. (17, 20, 26 f.) mit S. 9–11: „Beilegungsmechanismus“ für Regelungsstreitigkeiten – es geht auch kürzer: *Kröll*, 1998, S. 259 [B]!

Wille und Zweck entscheiden, nicht etwa der insoweit gewählte Wortlaut (OLG München 16.9.2013 – 34 SchH 13/13 („Schiedsverfahren ... vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung“) – arg. §§ 133/157 BGB; vgl. auch erg. → Rn. 80 (Schiedsgutachten) bzw. → § 1029 Rn. 105 f. (Schiedsbindung).

sen – allein die Klagbarkeit ist dadurch zeitweise gehemmt, und damit die Klage (auf Einrede hin!) „zurzeit“ als unzulässig abzuweisen<sup>73</sup> (ausgenommen rechtsmissbräuchliche Behinderung – arg. § 226 BGB,<sup>74</sup> aber uU auch treuwidriges Geltendmachen – arg. § 242 BGB<sup>75</sup>) – grundsätzlich gelten §§ 1025 ff. diesbezüglich nicht!<sup>76</sup>

Zuweil wird noch weiter unterschieden:<sup>77</sup> „mediation“ bei tendenziell „aktivem“ Mittler mit 29 „Vorschlagsrecht“ im Unterschied zu „facilitation“ (oder zT auch „conciliation“) mit stärker „passivem“ Mittler, der lediglich „Wächterfunktion“ wahrnimmt. Der Einigung als Ergebnis erfolgreich verlaufener Schlichtung fehlt zwar die Vollstreckbarkeit – doch lässt sich insoweit Abhilfe ersinnen (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, Nr. 4b mit §§ 796a–c – aber nicht etwa Nr. 4a mit §§ 1025 ff., 1053 [→ § 1053 Rn. 51 ff.]). Was konkret gewollt ist – Schiedsprozess oder Güteverfahren bzw. Entscheidung oder Schlichtung – kann nur eine genaue **Auslegung im Einzelfall** klären.

Man erwartet, dass die Parteien durch die „Moderation“ eines nicht entscheidenden Dritten 30 eher bereit sind, die wahren Gründe ihres Streits offenzulegen und gleichsam kooperativ anzugehen. Im Vordergrund steht dabei die Suche nach einer an den jeweiligen Interessen orientierten optimalen Problemlösung und zwar für beide Seiten (sog. „win-win-Lösung“ – was aber oft auf eine Quadratur des Kreises hinauslaufen dürfte!). Das Ziel am Ende ist: zwei Sieger, kein Verlierer – statt des alten Konfrontationsprinzips.<sup>78</sup> Ob das aber angesichts ausgeprägter *prozessualer* Gütekultur nicht bloß alten Wein in neuen Schläuchen darstellt, ist doch ein sehr weites Feld. Das Verfahren ist nicht förmlich, der Inhalt der Verhandlungen **vertraulich**, sowohl im Hinblick auf mögliche anschließende (Schieds-) Prozesse (keinerlei Präjudiz!) als auch auf jene gleichsam „privaten“ Sitzungen (sog. *caucus sessions*) des Mediators mit bloß einer Partei. Auch die so moderierte Verhandlung hemmt drohende Verjährung<sup>79</sup> (§ 203 BGB: „Schweben *zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger* Verhandlungen“). Mittlerweile gibt es auch in Deutschland zahlreiche Schlichtungseinrichtungen (→ Rn. 47–53) und **besonders spezialisierte Mediatoren** (→ Rn. 50–52 mit Rn. 66–71), so namentlich im Familienrecht. Die Risiken und Gefahren der Mediation, die sich bewusst jenseits rechtlicher Vorgaben bewegt, werden indes allzu häufig kurzerhand schlichtweg ausgeblendet.<sup>80</sup>

Wie so oft liegen dem Ganzen aktuelle US-amerikanische Erfahrungen zugrunde, die gleichsam 31 als mystische Zauberformeln rezipiert werden („rent-a-judge“; „fact-finder“; „expert-system“; „early neutral evaluation“; „settlement conference“; „private jury“; „multi-door court“; „night court“ etc). Eine umfassendere Beschreibung hierfür ist **Alternative Dispute Resolution (ADR)**.<sup>81</sup> Hierfür stellen oftmals institutionelle (Schieds-) Organisationen spezielle Schlichtungs-

<sup>73</sup> BGH NJW 1984, 669 f. = ZZZP 99 (1986), 90 ff. mAnm Prütting; NJW 1999, 647 (648) [3a/b] {8 mit 10}; NJW-RR 2009, 637 Rn. 18; OLG Frankfurt a. M. ZIP 2014, 1097 (1098) {94} („Suhrkamp“); OLG Saarbrücken ZVertriebsR 2016, 39 (41 re. Sp.) [II 1] {16}; BeckRS 2015, 20819; wegen älterer Nachw. → Vorauf., insbes. *Walshöfer* FS Schwab, 1990, 521 (524 f.) – anders insoweit *Walter* ZZZP 103 (1990), 141 (162): §§ 251/251a analog bzw. OLG München 20.9.2011 – 34 SchH 5/11 [II 2]: fehlendes Rechtsschutzbedürfnis, aber wohl auch OGH 25.11.2011 – 9 ObA 88/11y (S. 2) [AT]: Klagbarkeit wirke materiell! Früher offen noch BGH NJW 1977, 2263 [vor 1]: unzulässig oder unbegründet – ganz anders noch OLG Dresden SächsA 3 (1892), 616 (622) [III]: allein Option.

<sup>74</sup> OLG München 20.9.2011 – 34 SchH 5/11 [II 2]: Verweigerung der Bestellung des Mediators. Eine Mitwirkungsklage wäre zweckerstörerisch und kontraproduktiv (Freiwilligkeitsprinzip!) – aA OGH 25.11.2011 – 9 ObA 88/11y (S. 3 f.) [AT]. Nach OLG Hamm 24.11.2011 – 28 U 196/10 [II A 2a] {22} kann spätere (richterliche) Nachholung genügen (§ 242 BGB).

<sup>75</sup> OLG Saarbrücken ZVertriebsR 2016, 39 (41/42) [II 2] {17–19}, BeckRS 2015, 20819: Fehlschlag eines parallelen Mediationsverfahrens.

<sup>76</sup> OLG Celle OLG R 2009, 158 (159) [1a] {6} mit Berufung auf BGH NJW 1977, 2263 [1] (obiter), freilich dabei mit einer falschen Schlussfolgerung: einstweiliger Rechtsschutz steht weiterhin offen (§ 1033 erklärt sich nur im Verbund mit § 1041! – vgl. aber auch ebd. {7 f.}).

<sup>77</sup> Differenzierung nach *Eiholzer*, 1998, Rn. 112 – abw. BSK-IPRG/*Hochstrasser/Fuchs* vor Art. 176 ff. Rn. 306 f., 311, 319 einerseits, *Joussen*, 2005, S. 17/18 mit S. 16 andererseits. Erg. dazu vgl. auch *Trenczek* ZRP 2008 (186–188) [II] mit Übersicht auf S. 187 bzw. *Münch*, Bitburger Gespräche 2008/I, S. 179, 183 [II 3] mit Übersicht auf S. 213.

<sup>78</sup> *Hoffmann-Riem* ZRP 1997, 190 (195) mwN.

<sup>79</sup> *Musielak/Spindler* BGB § 203 Rn. 4; *MüKoBGB/Grothe* BGB § 203 Rn. 5; BeckOGK/*Meller-Hannich* BGB § 203 Rn. 24. Hier anders noch BGH RIW 1993, 413 = WM 1993, 620 = MDR 1993, 421, dazu *Grashoff* RIW 1994, 625 (626) (ICC-Vergleichsverfahren) sowie einschr. jetzt *Staudinger/Peters/Jacoby* BGB § 203 Rn. 9 [b] (nicht bei einer Mediationspflicht [Einlassungszwang!]).

<sup>80</sup> Nicht so indes OLG Frankfurt a. M. VersR 2016, 188 (189) {26–31}: Zwangsmediationsklausel in Rechtsschutzversicherung.

<sup>81</sup> *Breidenbach*, 1995, § 3, S. 11 ff.; *Bühning-Uhle*, 1996, S. 261 ff.; *Duwe*, 1999, S. 79 ff., RPS 1998 II S. 15 u. BB 1998, Beil. 10, S. 9 – ferner: *Krapp* ZRP 1994, 115 ff.; *Walter* ZZZP 103 (1990), 141 (142); *Nicklisch* FS Schwab, 1990, 381; *Weigand* BB 1996, 2106; *Böckstiegel* DRiZ 1996, 267 (272 f.); *Labes* DZWIR 1998, 353 (359–361);

ordnungen bereit (zB WIPO, ICC, AAA, LCIA). Auch die UNCITRAL hält dafür eigenständige Conciliation Rules vom 4.12.1980<sup>82</sup> und ein Modellgesetz vom 24.6.2002<sup>83</sup> vor. Zu beachten ist indessen auch die Besonderheit des amerikanischen Zivilprozesses, dass dort der Richter nur entscheiden, nicht aber schlichten darf, was deutschem Verständnis widerstreitet (§§ 278 Abs. 1, 794 Abs. 1 Nr. 1).<sup>84</sup>

32 Die Abgrenzung zur Schiedsgerichtsbarkeit („arbitration“) verschwimmt, wenn es schlussendlich um **Mischformen** geht,<sup>85</sup> sowie etwa Med-Arb (**Mediation/Arbitration**<sup>86</sup>) oder MEDaLOA (**Mediation and Last Offer Arbitration**<sup>87</sup>), die einen gleitenden Übergang ermöglichen. Und auch die Schiedsgerichtsbarkeit selbst öffnet sich diesem Aspekt durch manche Änderung im Grundsätzlichen, wie die Entprozessualisierung („mini-trial“<sup>88</sup> bzw. „fast track arbitration“<sup>89</sup>) oder den Verzicht auf Verbindlichkeit („non-binding arbitration“); möglich ist genauso die „integrierte Schlichtung“<sup>90</sup> mit einem Verfahrensabschluss gemäß § 1053 sowie auch die sog Dispute Boards-Modelle<sup>91</sup> (besonders fürs Baurecht → Rn. 72).

32a b) **Staatliche Rechtspflege.** Die ZPO kennt seit Beginn ein ureigenes richterliches Bemühen um **gütliche Erledigung des Rechtsstreits**, verstanden als förmliches Streitverfahren (heute § 278 Abs. 1: „Das Gericht ... soll bedacht sein.“ – einst § 268 Abs. 1, Var. 1 CPO: „Das Gericht kann ... versuchen“) und gewährt nicht zuletzt darum dem Prozessvergleich die Anerkennung als Vollstreckungstitel (heute § 794 Abs. 1 Nr. 1 – einst § 702 Nr. 1 CPO) – die Ausgestaltung war bewusst ein Gegenentwurf zum Zwange französischen Rechts, den Gegner *vorprozessual* zunächst zum Sühneversuch vor den Friedensrichter vorzuladen.<sup>92</sup> Die ablehnende Einschätzung hat sich indes allmählich völlig umgekehrt, heute herrscht geradezu die Euphorie, man könne so die teure „Ressource Justiz“ auf wirkliche Streitfälle fokussieren. Die Entwicklung ist aber auch keine ganz neue.<sup>93</sup> Es geht durchweg hier um **gütliche Erledigung der Streitigkeit**, verstanden als nicht bereits anhängiger Prozess.

33 aa) **Vorschaltverfahren.** Seit 1.1.2000 gibt § 15a EGZPO<sup>94</sup> den Landesgesetzgebern die Möglichkeit, in bestimmten Fällen (Abs. 1: Bagatellgrenze [750 EUR], Nachbarstreit, Ehrverletzung –

Schütze ZVglRWiss. 97 (1998), 117; Kreindler/Schäfer/Wolff Rn. 31 ff.; Eidenmüller RIW 2002, 1; Ebbing, 2003, S. 327 ff.; Horvath SchiedsVZ 2005, 292; Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, Rn. 18 ff. Deutsches Pendant womöglich: „AKL“ (alternative Konfliktlösung): Unberath JZ 2010, 975 Fn. 1; Greger ZRP 2010, 209 re. Sp.

<sup>82</sup> Text: [www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf) (englisch); YCA VI (1981), 165 ff. (englisch) mit Kommentar von Herrmann; ZZP 97 (1994), 464 ff. (deutsch) mit Einführung von Herrmann S. 445 ff.; Labes/Lörcher Nr. 32, S. 547 ff. (deutsch). Sehr lesenswert dazu Eismann LA Sanders, 1982, S. 121 ff.

<sup>83</sup> Text: [www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf). Vgl. dazu Sanders, The Work of UNCITRAL on arbitration and conciliation, 2. Aufl. 2004, S. 199 ff.; van Ginkel J. Int. Arb. 21:1 (2004), 1; Niggemann IDR 2004, 143; Friedrich SchiedsVZ 2004, 297; ders., Das UNCITRAL-Modellgesetz ..., 2006; Duve FS Haase, 2006, 227; P. Sanders Arb. Int. 23:1 (2007), 105; Fabian, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschlichtung, 2006, S. 37 ff.; Cimmino, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten, 2008, S. 14 ff.

<sup>84</sup> Nicklisch FS Schwab, 1990, 381 (386 f., 390 f.). Vgl. noch erg. Böckstiegel DRiZ 1996, 267 (272); Weigand BB 1996, 2106 (2109); Schütze ZVglRWiss. 97 (1998), 117 (118, 120).

<sup>85</sup> Dazu mwN etwa Horvath SchiedsVZ 2005, 292 (296 ff.) [II 3].

<sup>86</sup> ZB Newman Arb. 60 (1994), 173.

<sup>87</sup> ZB Coulson J. Int. Arb. 11:2 (1994), 111.

<sup>88</sup> Duve, 1999, S. 96 ff.; Lachmann Rn. 89; Weigand BB 1996, 2106 (2107); Klingsberg in Böckstiegel (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit im deutsch-amerikanischen Wirtschaftsverkehr, 1985, S. 73 ff.

<sup>89</sup> Davis J. Int. Arb. 9:4 (1992), 43; Silvermann J. Int. Arb. 10:4 (1993), 113; Böckstiegel DRiZ 1996, 267 (272); Müller J. Int. Arb. 15:3 (1998), 5.

<sup>90</sup> Nicklisch RIW 1998, 169.

<sup>91</sup> Hierzu näher Stubbe/Wietzorek SchiedsVZ 2011, 328 (329–331) [II/III] – ferner: Demeyere IDR 2005, 21; Harbst/Mahnken SchiedsVZ 2005, 34 (ICC) bzw. Köntges/Mahnken SchiedsVZ 2010, 310 (DIS).

<sup>92</sup> CPO-Mot. S. 215 = Hahn II/1 S. 282: „Ueber die Verwerflichkeit dieser Vorschrift herrscht in Deutschland eine so vollkommene Uebereinstimmung der Ansichten, daß die Nichtaufnahme derselben in den Entwurf der Rechtfertigung nicht bedürfen wird.“

<sup>93</sup> Dazu schon früher Preibisch, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit, 1982, 51 ff.; Prütting JZ 1985, 261; Neumann ZRP 1986, 286 (288); Wollschläger, Bagatelljustiz in Blankenburg/Leipold/Wollschläger (Hrsg.), Neue Methoden im Zivilverfahren, 1991, S. 13 ff.; Maunz, Der außergerichtliche obligatorische Schlichtungsversuch ..., 1999, 12–46. Zu den neueren Entwicklungen vgl. Prütting ZKM 9 (2006), 100.

<sup>94</sup> Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15.12.1999, BGBl. I Nr. 55 S. 2400; BT-Drs. 14/980, vgl. dazu erg. BT-Drs. 13/6398 u. BR-Drs. 915/98 (Antrag Bayern). Dazu: Verhandlungen des 62. DJT 1998, Bd. II/1 mit den Referaten von Prütting (O 11 ff.), Weiß (O 37 ff.) und Ernst (O 51 ff.); Hartmann