

Geheimhaltung versus Öffentlichkeit im Schiedsverfahren

Dipl.-Jur. Len Klingelmeyer

Der Autor war zur Zeit der Verfassung des Beitrags Studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Joachim Zekoll, LL.M. (Berkeley). Diesem dankt der Autor für die Unterstützung und das spannende Seminar, in dessen Rahmen dieser Beitrag entstanden ist.

Einschlägige Normen: §§ 299 Abs. 1, 357 Abs. 1, 1042 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, Abs. 4, 1054, 1059 Abs. 1 Nr. 1b, 2b ZPO; §§ 169 Abs. 1, 172 Nr. 2, 174 Abs. 1 GVG; § 241 Abs. 2 BGB; Art. 20 Abs. 2, Abs. 3, 20 Abs. 3 iVm. 2 Abs. 1, 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK

A. Einführung

Die Spuren des Schiedsverfahrens als *privates*, zum staatlichen Prozess alternatives Verfahren lassen sich bis in die Antike zurückverfolgen.¹ In den letzten Jahrzehnten hat mit der zunehmenden Internationalisierung des Wirtschaftsverkehrs auch die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit zugenommen, da diese gerade für grenzüberschreitende Sachverhalte viele Vorteile bietet.² Geheimhaltungsmöglichkeiten werden regelmäßig als einer der zentralen Gründe für die Wahl eines Schiedsverfahrens anstelle des staatlichen Verfahrens genannt.³ Vorteilhaft kann eine Geheimhaltung besonders im Hinblick auf etwaige Geschäftsgeheimnisse sein. Aber auch abseits von Geschäftsgeheimnissen sprechen aus Sicht der Parteien oftmals gute Gründe – etwa der Schutz von Geschäftsbeziehungen – dafür, Streitigkeiten nicht in der Öffentlichkeit auszutragen.⁴ Der vertrauliche Rahmen erleichtert darüber hinaus die Vergleichsfindung.⁵ Gleichzeitig sind mögliche Schranken und Schattenseiten der Geheimhaltung neuerdings wieder in den Fokus gerückt. Zu nennen sind hier die Pechstein-Entscheidungen des EGMR und des BVerfG über mögliche Öffentlichkeitsansprüche einer Schiedspartei sowie der – von der aktuellen Bundesregierung bisher nicht wieder aufgegriffene Reformentwurf aus 2024, der sich unter anderem mit der Veröffentlichung von Schiedssprüchen auseinandersetzt.

Die hiesige Arbeit setzt sich mit eben diesen Geheimhaltungsmöglichkeiten und -grenzen auseinander. Dabei wird im Rahmen verschiedener Themenschwerpunkte das Spannungsverhältnis von Öffentlichkeit und Geheimhaltung im Schiedsverfahren beleuchtet. Nach einer kurzen Darstellung der Öffentlichkeit im staatlichen Prozess (B.) wird vertieft darauf eingegangen, welche Geheimhaltungsmöglichkeiten im Schiedsverfahren rechtlich bestehen (C.). Dort wird insbesondere diskutiert, inwiefern im Schiedsverfahren Vertraulichkeitspflichten der Parteien bestehen und ob sogar eine Geheimhaltung gegenüber der jeweils anderen Streitpartei möglich wäre. Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf dem Problemgeflecht, das sich aus der mangelnden Veröffentlichung von Schiedssprüchen ergibt (D.).

Die Ausführungen konzentrieren sich, soweit nicht abweichend bezeichnet, auf das deutsche Recht und auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit.

B. Öffentlichkeit im staatlichen Zivilverfahren

I. Das Öffentlichkeitsprinzip

Zum besseren Verständnis der Geheimhaltung im Schiedsverfahren lohnt sich ein Blick auf das vor staatlichen Zivilgerichten geltende Öffentlichkeitsprinzip. Denn gerade die Nichtgeltung dieses Prinzips im Schiedsverfahren ist es, die eine gesteigerte Geheimhaltung ermöglicht.⁶

¹ Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 4 ff.

² vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 6 zur historischen Entwicklung nach dem 2. Weltkrieg; Hoffmann, Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung?, SchiedsVZ 2010, 96 (101) mit empirischen Nachweisen.

³ Harms/Macher, in: Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Aufl. 2022, § 7 Rn. 28 f.; vgl. Münch, in: Rauscher/Krüger, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, vor § 1025 Rn. 122 ff.; Saenger, in: Saenger, Handkommentar Zivilprozessordnung, 10. Aufl. 2023, vor § 1025 Rn. 2; vgl. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, S. 479.

⁴ Buchwitz (Fn. 1), S. 7; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008, S. 41; Mies, Transparenz und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, BRZ 2021, 71 (80); Schack (Fn. 3), S. 479.

⁵ Buchwitz (Fn. 1), S. 7; Mies (Fn. 4), BRZ 2021, 71 (80); Schack (Fn. 3), S. 479.

⁶ Vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 7; beachte aber S. 149 f..

Nach der Öffentlichkeitsmaxime, einfachgesetzlich in § 169 Abs. 1 GVG verankert, muss es im Grundsatz jedem möglich sein, der mündlichen Verhandlung als Zuhörer bei-zuwohnen.⁷ Das gilt im Besonderen für Pressevertreter, denen bei Kapazitätsproblemen sogar Plätze im Gerichtssaal freigehalten werden können.⁸ Die „Verhandlung“ im Sinne des § 169 Abs. 1 S. 1 GVG umfasst auch die Urteilsverkündung.⁹ Auch im Rahmen des Öffentlichkeitsgrundsatzes zu nennen ist die sogenannte „Parteiöffentlichkeit“. Sie meint das Recht der Prozessparteien, an jeder (auch nicht öffentlichen) Beweisaufnahme teilzunehmen (§ 357 Abs. 1 ZPO), die Prozessakten einzusehen (§ 299 Abs. 1 ZPO) und sich durch das Gericht über alle relevanten Prozessvorgänge zu unterrichten.¹⁰

Der Öffentlichkeitsgrundsatz in § 169 Abs. 1 GVG dient heute dazu, das Vertrauen in eine unabhängige und neutrale Rechtspflege mittels Transparenz zu stärken.¹¹ Verfassungsrechtlich ist er Teil des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2, 3 GG).¹² Die Parteiöffentlichkeit folgt aus dem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), hat also ebenfalls Verfassungsrang.¹³ In den §§ 170 ff. GVG erhält der Öffentlichkeitsgrundsatz des § 169 Abs. 1 GVG einige Einschränkungen. Insbesondere ist ein Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz wichtiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse möglich, § 172 Nr. 2 GVG.¹⁴ Der Öffentlichkeitsausschluss erfolgt allerdings durch einen zuvor verhandelten Gerichtsbeschluss nach § 174 Abs. 1 GVG und steht gerade nicht im Ermessen der Parteien.¹⁵ Auch mit Blick auf die Parteiöffentlichkeit wird eine Einschränkung zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen einer Partei diskutiert.¹⁶

Insgesamt führt die Geltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im staatlichen Zivilprozess also zu nur eingeschränkten Geheimhaltungsmöglichkeiten.

II. Die Veröffentlichung von Urteilen

Auch das Gerichtsurteil kann entweder öffentlich werden oder unveröffentlicht bleiben, nachdem es den Betroffenen verkündet wurde. Urteile können dabei Informationen enthalten, die eine Streitpartei vorzugsweise nicht veröffentlicht sehen würde.

In Deutschland werden wichtige Zivilgerichtsurteile regelmäßig veröffentlicht.¹⁷ Nach herrschender Ansicht besteht hierzu bei Entscheidungen von potenziell öffentlichem Interesse auch eine Pflicht.¹⁸ Es hängt dabei nicht vom Willen der Parteien ab, ob ein Urteil veröffentlicht wird oder nicht.

Die Öffentlichkeit der Gerichtsurteile wird allein dadurch begrenzt, dass diese anonymisiert werden.¹⁹ Die Anonymisierung führt zuweilen aber nicht zu der gewollten Geheimhaltung.²⁰ In manch anderem Staat – etwa in den USA und in Frankreich²¹ – wird im Übrigen überhaupt keine Anonymisierung vorgenommen.

Auch die Veröffentlichung von Urteilen im staatlichen Zivilprozess berührt demnach potenzielle Geheimhaltungsinteressen der Parteien.

C. Geheimhaltung im Schiedsverfahren

Schiedsgerichte sind als private Gerichte (grundsätzlich)²² nicht an das Öffentlichkeitsprinzip gebunden.²³ Im Schiedsverfahren bestehen deshalb weitergehende Geheimhaltungsmöglichkeiten als im staatlichen Zivilprozess.

I. Dimensionen der Geheimhaltung

Die verschiedenen Stoßrichtungen der Geheimhaltung im Schiedsverfahren ergeben sich weitestgehend spiegelbildlich aus dem oben (B.) Gesagten.

Personenbezogen kann zwischen der Geheimhaltung gegenüber der jeweils anderen Streitpartei sowie gegenüber der Allgemeinheit unterschieden werden.

Gegenstandsbezogen lässt sich das Verfahren selbst von

⁷ Musielak/Voit, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 21. Aufl. 2024, Einführung Rn. 49.

⁸ BGH NJW 2006, 1220, 1221; Allgayer, in: Graf, BeckOK GVG, 25. Ed. 2024, § 169 Rn. 8.

⁹ Allgayer, in: BeckOK GVG (Fn. 8), § 169 Rn. 2.

¹⁰ Musielak/Voit, in: Musielak/Voit ZPO (Fn. 7), Einführung Rn. 51.

¹¹ EGMR NJW 1986, 2177 (2178); vgl. auch Jacobs, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 9, 23. Aufl. 2020, § 169 GVG Rn. 4.

¹² BVerfG JZ 2001, 704 (705 f.).

¹³ Musielak/Voit, in: Musielak/Voit ZPO (Fn. 7), Einleitung Rn. 51.

¹⁴ Hierzu Pabst, in: MüKo ZPO (Fn. 3), § 172 GVG Rn. 8.

¹⁵ Vgl. Pabst, in: MüKo ZPO (Fn. 3), § 172 GVG Rn. 13, § 169 GVG Rn. 21.

¹⁶ Prütting/Weth, Geheimnisschutz im Prozeßrecht, NJW 1993, 576; hierzu noch unten.

¹⁷ Harms/Macher, in: Hamm (Fn. 3), § 7 Rn. 28. Das heißt nicht, dass der Großteil deutscher Gerichtsurteile veröffentlicht wird.

¹⁸ uA BVerfG ZD 2016, 77; BVerwG, NJW 1997 (2694, 2694 f.); Huff, Die Veröffentlichungspflicht der Gerichte, NJW 1997, 2651 (2651 ff.); Ludyga, Die Veröffentlichung und Anonymisierung von Gerichtsentscheidungen, ZUM 2021, 887 (888); aA wohl Pabst, in: MüKo ZPO (Fn. 3), § 169 GVG Rn. 17.

¹⁹ Harms/Macher, in: Hamm (Fn. 3), § 7 Rn. 28; Pabst, in: MüKo ZPO (Fn. 3), § 169 GVG Rn. 17.

²⁰ Beispiele bei Harms/Macher, in: Hamm (Fn. 3), § 7 Rn. 28 („großer Automobilhersteller mit Sitz in Wolfsburg“ [...]).

²¹ Lachmann (Fn. 4), S. 42 Rn. 146.

²² Zu einer möglichen Geltung/Ausnahme siehe S. 149 f.

²³ Buchwitz (Fn. 1), S. 3, 7.

dem Schiedsspruch unterscheiden. Wie oben gesehen können Verhandlung und Schiedsspruch (dort Urteil) öffentlich oder nichtöffentlich sein. Die Geheimhaltung des Schiedsspruches kommt freilich nur im Verhältnis zur Allgemeinheit in Frage.

II. Regelung der Geheimhaltung

Die bloße Möglichkeit, die Geheimhaltung im Schiedsverfahren auszuweiten, führt noch nicht zur Geheimhaltung. Welche Mechanismen nötig sind, um zur Geheimhaltung in ihren verschiedenen Dimensionen zu gelangen, soll deshalb im Folgenden untersucht werden.

1. Geheimhaltung gegenüber der Allgemeinheit

Zuerst wird es um die Frage gehen, wie den Parteien die Geheimhaltung der Verfahrensinhalte gegenüber der Allgemeinheit gelingt.

a) Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens

Auf erster Stufe muss gewährleistet sein, dass alle nicht für das Verfahren benötigten Personen von der Verhandlung ausgeschlossen sind. So wird das Auftauchen einer „aus Wettbewerbs- und anderen Gründen sehr interessierten Zuhörerschaft“²⁴ verhindert. Diese Stufe wird mitunter als „Nichtöffentlichkeit“ (privacy) bezeichnet²⁵ und bildet letztlich das Gegenstück zum Öffentlichkeitsgrundsatz im Zivilprozess.

aa) Grundsatz

An sich steht es den Parteien im Rahmen des § 1042 Abs. 3 ZPO frei, das Schiedsverfahren der Allgemeinheit gegenüber zu öffnen.²⁶ Soll die Entscheidung über die Öffentlichkeit des Verfahrens nicht dem Schiedsgericht überlassen werden (§ 1042 Abs. 4 S. 1 ZPO), dann muss eine Regelung der Nichtöffentlichkeit durch die Parteien erfolgen. Diese Regelung kann aber, wenn nichts

anderes bestimmt wird, als konkludent vereinbart gelten, da die Nichtöffentlichkeit im Normalfall ein wichtiges Anliegen der Parteien darstellt.²⁷ Der Weg über eine konkludente Abrede wird teils auch in anderen Rechtsordnungen bestritten.²⁸ Die grundsätzliche Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens gegenüber der Allgemeinheit ist jedenfalls in Deutschland wie auch international anerkannt.²⁹ Einige Schiedsordnungen enthalten außerdem entsprechende Regelungen, die eine Nichtöffentlichkeit des Verfahrens vor Schiedsgerichten dieser Institutionen gewährleisten, soweit sich die Parteien auf die entsprechende Schiedsordnung einigen.³⁰

bb) Die „Causa Pechstein“

Eine gewisse Einschränkung hat der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit im Schiedsverfahren jüngst durch die Pechstein-Entscheidungen des BVerfG³¹ und EGMR³² erhalten. Hiernach soll bei der Entscheidung staatlicher Gerichte über die Wirksamkeit von Schiedsklauseln, und wohl auch bei der Frage nach der Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen,³³ der allgemeine Justizgewährungsanspruch (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG), bzw. Art. 6 Abs. 1 EMKR, zu beachten sein.³⁴ Dieser umfasst auch den Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung.³⁵ Der mit einer Schiedsabrede regelmäßig konkludent erklärte Verzicht auf diese Öffentlichkeit erfüllt also nicht vollständig das Bild eines rechtsstaatlichen Verfahrens nach Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMKR. Das soll aber dann unproblematisch sein, wenn beide Parteien wirklich freiwillig die Schiedsabrede treffen und auf die Öffentlichkeit verzichten.³⁶ Problematisch ist aber der Fall, dass sich eine Partei wegen einer bestehenden Machtasymmetrie zum Abschluss der Schiedsabrede und damit konkludent zu dem Ausschluss der Öffentlichkeit gezwungen sieht.³⁷ Ist das der Fall, dann muss nach dem BVerfG praktische Konkordanz zwischen dem eigentlich

²⁴ Wie es Lachmann (Fn. 4), S. 41 Rn. 143 formuliert.

²⁵ Vgl. Oldenstam/v. Pachelbel, Confidentiality and Arbitration – a few reflections and practical notes, SchiedsVZ 2006, 31 (32); vgl. Schack (Fn.3), S. 479.

²⁶ Buchwitz (Fn. 1), S. 7; vgl. Münch, in: MüKo ZPO (Fn. 3), vor § 1025 Rn. 122 mit Hinweis auf OLG München NJOZ 2011, 413 (416) als Beispiel.

²⁷ Vgl. Holder, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2009, S. 18 f.; Prütting, Vertraulichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit und in der Mediation, in: Briner/Fortier/Berger/Bredow, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, 629 (632).

²⁸ So z.B. wohl Oxford Shipping Co. Ltd. v. Nippon Yusen Kaisha, (1984) 2 Lloyd's Rep., 373 f. (England).

²⁹ Mies (Fn. 4), BRZ 2021, 71 (74); Oldenstam/v. Pachelbel (Fn. 25), SchiedsVZ 2006, 31 (32); Lachmann (Fn. 4), S. 41 Rn. 144, S. 43 Rn. 143; Münch, in: MüKo ZPO (Fn. 3), vor § 1025 Rn. 122, 123; vgl. Oxford Shipping Case Fn. 28.

³⁰ So z.B. ICC-Rules (2021), Art. 26 (3): „Save with the approval of the arbitral tribunal and the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted“; LCIA-Rules (2020), Art. 19.4: „All hearings shall be held in private, unless the parties agree otherwise in writing“.

³¹ BVerfG NJW 2022, 2677.

³² EGMR SpuRt 2018, 253.

³³ BVerfG NJW 2022, 2677 (2679).

³⁴ BVerfG NJW 2022, 2677 (2678 f.); EGMR SpuRt 2018, 253 (254).

³⁵ BVerfG NJW 2022, 2677 (2679).

³⁶ BVerfG NJW 2022, 2677 (2680); EGMR SpuRt 2018, 253 (254 f.).

³⁷ Vgl. BVerfG NJW 2022, 2677 (2679); vgl. EGMR SpuRt 2018, 253 (254 f., 256).

bestehenden Recht auf eine öffentliche Verhandlung und den Grundrechtspositionen der Gegenpartei hergestellt werden.³⁸ Nur so stelle die Rechtsordnung sicher, dass sich nicht „für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt“³⁹. Im Ergebnis kann ein Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung bestehen.⁴⁰

Diese Erwägungen betreffen unmittelbar eine Entscheidung über sportrechtliche Doping-Streitigkeiten vor dem CAS⁴¹, also nicht den Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Die faktische Unfreiwilligkeit der Abrede ergibt sich im Sport regelmäßig daraus, dass bestimmte Verbände bezüglich eines Sportwettbewerbs eine Monopolstellung einnehmen und Sportler nur unter Annahme der gestellten Vertragsbedingungen teilnehmen können (sprich: in einigen Konstellationen ihren Beruf ausüben können). Doch ist zumindest nicht auszuschließen, dass die von dem BVerfG und EGMR getroffenen Wertungen auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit übertragbar sind.⁴² So sind auch im Handelsverkehr Konstellationen vorstellbar, in denen eine Partei der anderen Partei aufgrund ihrer starken Überlegenheit eine Schiedsklausel mit (konkludentem) Ausschluss der Öffentlichkeit „aufzwingen“ kann.⁴³ Dann könnte nach der Pechstein-Entscheidung des BVerfG – die dem Wortlaut nach bloß die Möglichkeit der einseitigen Vertragsbestimmung genügen lässt – ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht der anderen Partei auf die Einhaltung von Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK in Form der öffentlichen Verhandlung im Raum stehen. Wie eng die Voraussetzungen für einen Öffentlichkeitsanspruch im Handelsschiedsverfahren nach der Vorstellung von BVerfG im Vergleich zum EGMR wirklich sind, ist aber noch weitestgehend unklar.⁴⁴ Da sich die Entscheidung des BVerfG stark an der des EGMR orientiert ist am wahrscheinlichsten, dass dort die Kriterien für eine bestehende Öffentlichkeitspflicht nicht weiter als durch den EGMR gefasst werden sollten.⁴⁵ Überzeugend ist deshalb, dass im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit

eine Öffentlichkeitspflicht à la Pechstein nur in den sehr engen Grenzen des EGMR in Betracht kommt. Dieser setzt den seltenen Fall voraus, dass der betroffenen Partei bei Nichtunterzeichnung des Vertrages mit der überlegenen Partei die wirtschaftliche Existenzvernichtung droht, oder aber eine gesetzliche Pflicht zum Schiedsverfahren besteht.⁴⁶

Das Schiedsverfahren im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist deshalb trotz der Pechstein-Entscheidung kraft konkludenter (oder ausdrücklicher) Vereinbarung grundsätzlich nicht öffentlich.

b) Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens (Parteien)

Die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens führt nur zu einem beschränkten Grad der Geheimhaltung, wenn die Verfahrensbeteiligten etwaige Verfahrensinhalte nach außen tragen dürfen.⁴⁷ Der unter dem Stichwort der „Vertraulichkeit“ (confidentiality) behandelten Frage, wie die Verschwiegenheit der Verfahrensbeteiligten sichergestellt werden kann, soll nun, beginnend mit den Parteien, nachgegangen werden. Die Verschwiegenheitspflicht kann dabei auf verschiedene Weise erreicht werden.

aa) Ausdrückliche Vereinbarung der Parteien

Im einfachsten Fall haben die Parteien ausdrücklich im Rahmen der Schiedsabrede- bzw. Klausel vereinbart, dass eine wechselseitige Pflicht zur Verschwiegenheit besteht. Eine solche Vereinbarung ist ohne weiteres bindend und den Parteien möglich.⁴⁸

bb) Institutionalisierte Schiedsverfahren

Vereinbaren die Parteien in der Schiedsklausel, dass ein etwaiges Schiedsverfahren mithilfe einer Schiedsinstitution (z.B. DIS; ICC) durchgeführt werden soll, so gelangt damit im Grundsatz auch die jeweilige Schiedsordnung der Institution zur Geltung.⁴⁹ In der Schiedsordnung können sich Vertraulichkeitsregelungen finden. So z.B.⁵⁰ in

³⁸ BVerfG NJW 2022, 2677 (2679).

³⁹ BVerfG NJW 2022, 2677 (2679).

⁴⁰ Vgl. BVerfG NJW 2022, 2677 (2680): Wohl keine automatische Geltung des Öffentlichkeitsanspruchs in „unfreiwilligen“ Schiedsverfahren, sondern Bestimmung i.R. praktischer Konkordanz; allerdings Verweis auf Entscheidung EGMR SpuRt 2018, 253, 256, die von automatischer Geltung der Öffentlichkeit des Art. 6 I EMRK bei „unfreiwilligen“ Verfahren ausgeht.

⁴¹ Court of Arbitration for Sport.

⁴² So *Wilhelmi*, Grenzen der fremdbestimmten Schiedsvereinbarung – Konsequenzen der Pechstein-Entscheidung des BVerfG für die Sport- und die Handelsschiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2024, 1 (14); *Wannagat*, Mehr Grundrechte Wagen – auch in der Schiedsgerichtsbarkeit, *BB* 2022, 2697 (2700); aA (bzw. nur in sehr engen Grenzen) *Wagner/Samanci*, Justizgrundrechte im schiedsverfahren?, *ZEuP* 2024, 533 (562, 567, 570, 573 f.).

⁴³ Vgl. *Wilhelmi* (Fn. 42), *SchiedsVZ* 2024, 1 (14).

⁴⁴ Zur möglichen Divergenz zwischen den Kriterien von BVerfG und EGMR *Wagner/Samanci*, (Fn. 42), *ZEuP* 2024, 533 (556 ff.).

⁴⁵ Vgl. *Wagner/Samanci*, (Fn. 42), *ZEuP* 2024, 533 (557, 567, 574).

⁴⁶ Ebd., 533, 574.

⁴⁷ Vgl. *Münch*, in: *MüKo ZPO* (Fn. 3), vor § 1025 Rn. 123.

⁴⁸ Vgl. *Buchwitz* (Fn. 1), S. 8; *Lachmann* (Fn. 4), S. 43.

⁴⁹ *Buchwitz* (Fn. 1), S. 7 f.; *Lachmann* (Fn. 4), S. 43.

⁵⁰ Siehe außerdem Art. 30.1 LCIA-Rules (2020).

Art. 44.1 DIS-SchO: „Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, haben die Parteien [...] über das Schiedsverfahren Stillschweigen gegenüber jedermann zu bewahren. Insbesondere dürfen die Existenz des Verfahrens, Namen von Parteien, Streitgegenstände, Namen von Zeugen und Sachverständigen, prozessleitende Verfügungen oder Schiedssprüche sowie Beweismittel, die nicht öffentlich zugänglich sind, nicht offengelegt werden.“

cc) Bestimmung durch das Schiedsgericht

Zumindest nach deutschem Recht gilt grundsätzlich, dass ein Schiedsgericht die Vertraulichkeit nicht anordnen kann. Eine materiellrechtliche Verpflichtung der Parteien zur Verschwiegenheit würde die prozessualen Kompetenzen des Schiedsgerichts aus § 1042 Abs. 4 ZPO überschreiten.⁵¹ Einige institutionelle Schiedsordnungen enthalten Regelungen, nach denen das Schiedsgericht zur Anordnung der Vertraulichkeit befugt sein soll.⁵² Einigen sich die Parteien hierauf, so kann das Schiedsgericht die materiellrechtliche Anordnung treffen.⁵³

dd) Gesetzliche Bestimmungen und völkerrechtliche Verträge

Wie auch in Deutschland⁵⁴ findet sich in den meisten Ländern keine gesetzliche Regelung, die eine Vertraulichkeitspflicht der Parteien anordnet.⁵⁵ Beispiele für eine solche Regelung liefern etwa Spanien, Frankreich, Neuseeland und Hongkong.⁵⁶

Auf völkerrechtlicher Ebene finden sich in den relevanten Verträgen (z.B. in der New York Convention) keine expliziten Aussagen zur Frage der Vertraulichkeit.⁵⁷

ee) Vertraulichkeitspflicht aus der Schiedsabrede selbst

Weniger eindeutig zu beantworten ist die Frage, ob eine Verschwiegenheitspflicht auch dann besteht, wenn es

an den genannten expliziten Regelungen fehlt. In Frage kommt hier eine Pflicht aus der Schiedsabrede selbst. Die bloße Vereinbarung, Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht zu klären, müsste also eine gegenseitige Vertraulichkeitspflicht auslösen.

Lange Zeit wurde es (international) als Selbstverständlichkeit gesehen, dass eine Verschwiegenheitspflicht mit der Schiedsvereinbarung Hand in Hand geht.⁵⁸ Mit einigen zwischenzeitlich ergangenen, hiervon abweichenden Gerichtsurteilen, kann nicht mehr von einem internationalen Konsens die Rede sein.⁵⁹

(1) Gerichtsentscheidungen außerhalb Deutschlands

Im internationalen Vergleich gehen die Rechtsprechungslinien der Gerichte auseinander.

In England gilt spätestens seit *Dolling-Baker v. Merrett*⁶⁰, dass die Schiedsvereinbarung implizit eine Vertraulichkeitsabrede enthält. Schon dort wurde darauf hingewiesen, dass u.U. eine Offenlegung durch eine der Parteien in einem Rechtsstreit mit Dritten, wenn unbedingt nötig, ausnahmsweise möglich sein muss.⁶¹ Auch in darauffolgenden Urteilen wurden weitere Ausnahmen von der Verschwiegenheitsabrede herausgearbeitet. So z.B. bezüglich der Offenlegung des Schiedsurteils,⁶² bzw. anderer Informationen aus dem Schiedsverfahren,⁶³ durch eine Partei, soweit dies zur Durchsetzung ihrer Rechte gegenüber Dritten notwendig ist. Auch in Frankreich wird eine implizite Verschwiegenheitspflicht angenommen.⁶⁴

Anders hat in Australien der High Court of Australia in *Esso/BHP v. Plowman*⁶⁵ entschieden. Dort wird die Vertraulichkeit bzw. confidentiality nicht als essenzieller Teil des Schiedsverfahrens gesehen und deshalb eine implizite Verschwiegenheitspflicht abgelehnt.

Auch in den USA geht laut der dortigen Rechtsprechung mit der Schiedsvereinbarung nicht automatisch eine Ver-

⁵¹ Vgl. Eslami, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016, S. 248 f.

⁵² Bspw. ICC-Rules (2021), Art. 22 (3).

⁵³ Nach teils vertretener Ansicht aber nur für den Zeitraum der Verhandlung: Eslami (Fn. 51), S. 249; aA Kahlert, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2015, S. 291 f.

⁵⁴ Vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 7.

⁵⁵ Smit, Case-note on *Esso/BHP v. Plowman* (Supreme Court of Victoria), Arb. Int. 1995, 299 (299 f.).

⁵⁶ Ley 60/2003 de Arbitraje (Spanien), Art. 24 Nr. 2; Code de Procédure Civile, Art. 1464 (4) (Frankreich); New Zealand Arbitration Act 1996 Sec. 14B (1); Hong Kong Arbitration Ordinance, Chapter 609, Sec. 18 (1).

⁵⁷ Born, International Commercial Arbitration Volume II, 3. Aufl. 2020, S. 2006.

⁵⁸ Oldenstam/v. Pachelbel (Fn. 25), SchiedsVZ 2006, 31 (32).

⁵⁹ Ebd., 31, 32.

⁶⁰ *Dolling-Baker v. Merrett* (1990) W.L.R., 1205.

⁶¹ *Dolling-Baker v. Merrett* (1990) W.L.R., 1205, 1214.

⁶² *Hassneh Insurance Co. Of Israel v. Stuart Mew* (1993) 2 Lloyd's Rep., 243.

⁶³ *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1999) 1 W.L.R., 314.

⁶⁴ *Aïta v. Ojeh* (C.A. Paris) Revue de l'Arbitrage 1986, 583.

⁶⁵ *Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman*, Arbitration International 1995, 235.

schwiegenheitserklärung einher.⁶⁶ Gleiches gilt seit dem *Bulbank Case*⁶⁷ für Schweden.

(2) Meinungsbild in Deutschland

Teilweise wird auch in der deutschen Literatur vertreten, dass die Schiedsabrede eine Vertraulichkeitspflicht enthält.⁶⁸ Nach wohl herrschender Meinung aber ist dies nicht der Fall.⁶⁹ Möchten die Parteien danach für Vertraulichkeit sorgen, so sind sie gehalten, eine ausdrückliche Regelung zu formulieren.⁷⁰

Unter Vertretern der erstgenannten Ansicht wird die Vertraulichkeitspflicht teilweise als Schutzpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB im Rahmen der Schiedsvereinbarung konstruiert, statt bloß von einem bestehenden Grundsatz zu sprechen.⁷¹ Anzumerken ist schon hier, dass zumindest die Anwendung der materiellrechtlichen Norm des § 241 Abs. 2 BGB auf die Schiedsvereinbarung als zugrundeliegendem Verhältnis dabei keinen Bedenken begegnet.⁷²

(3) Vorgebrachte Argumente und Stellungnahme

Den Befürwortern einer impliziten Vertraulichkeitspflicht wird von Lachmann vorgeworfen, die Vertraulichkeit mit der Nichtöffentlichkeit zu verwechseln.⁷³ Im Vergleich zur Nichtöffentlichkeit gilt die Vertraulichkeit nicht als unumstritten,⁷⁴ weshalb eine Differenzierung tatsächlich wichtig ist. Zum einen aber ist eine solche Verwechslung zumindest bei *Nacimiento* – auf die sich Lachmann bezieht – nicht zu finden.⁷⁵ Zum anderen sind beide Konzepte zwar zu unterscheiden, ihre sachliche Verbundenheit ist aber nicht zu leugnen. Zu Recht wird nämlich von Befürwor-

tern einer impliziten Vertraulichkeitspflicht vorgebracht, dass die anerkannte Nichtöffentlichkeit (privacy) in ihrer Wirkung stark beeinträchtigt würde, könnten die Parteien nach Belieben Inhalte des Verfahrens nach außen tragen.⁷⁶ Weiter wird gegen eine implizite Vertraulichkeitspflicht ins Feld geführt, dass Vertraulichkeit im Verfahren nie vollständig garantiert werden kann.⁷⁷ So werden tatsächlich der Vertraulichkeit gewisse Grenzen gesetzt: Erstens dadurch, dass insb. Zeugen im Schiedsverfahren von einer Vertraulichkeitsvereinbarung der Parteien ohnehin nicht erfasst wären.⁷⁸ Zweitens dadurch, dass in einem späteren Vollstreckungsverfahren vor nationalen Gerichten eine Veröffentlichung von Verfahrensinterna geschehen kann.⁷⁹ Und drittens gibt es Umstände, unter denen eine Partei zur Offenlegung von Informationen gegenüber Dritten (z.B. Behörden oder Versicherungen) qua Gesetz verpflichtet ist,⁸⁰ oder daran ein berechtigtes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat.⁸¹ Unter anderem aus diesem Ausnahmen- und Schrankengeflecht wird der Schluss gezogen, die Vertraulichkeit könne keinen essenziellen Grundsatz des Schiedsverfahrens darstellen und dürfe deshalb nicht in die Schiedsvereinbarung hineingelesen werden.⁸² Auch die Befürworter der impliziten Vertraulichkeitspflicht erkennen aber solche Ausnahmen von der Vertraulichkeitspflicht an.⁸³ Weshalb die genannten Ausnahmen und Grenzen dazu führen sollen, dass von keinem Grundsatz der Vertraulichkeit gesprochen werden kann oder weshalb sie dazu führen müssen, dass die Vertraulichkeitspflicht auch in allen anderen, nicht von den Grenzen betroffenen Fällen abzulehnen ist, erschließt sich nicht.⁸⁴

⁶⁶ *United States v. Panhandle E. Corp.* 118 F.R.D. (D.Del.1988), 346; *Nienaber*, Negotiating Arbitration Clauses with U.S. Companies, *SchiedsVZ* 2005, 273 (279).

⁶⁷ Supreme Court of Sweden 27 October 2000, Case No. T 1881-99 (verwendete Übersetzung: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/documentfile/getfile?portalId=89&docId=1083535&propId=1578>; zuletzt abgerufen 01.08.2025).

⁶⁸ *Nacimiento*, Abschied von der Vertraulichkeit im Schiedsverfahren?, *BB-Beilage* (Nr. 6 Heft 31) 2001, 8 (10); *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, S. 164 Rn. 688; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 126.

⁶⁹ *Buchwitz* (Fn. 1), S. 8; *Geiben*, Die Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2001, S. 35 ff. (wobei dieser iE zu ähnlichen Ergebnissen wie die Gegenansicht gelangt, S. 40 ff., 48 ff.); wohl *Günther*, Einschränkung der Erhebung von Dokumentenbeweisen aufgrund von Vertraulichkeit und Geschäftsgeheimnissen, in: *Berger/Ebke/Elsing/Großfeld/Kühne*, Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, 341 (343); *Lachmann* (Fn. 4), S. 43 f.; *Lionnet/Lionnet*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, S. 458; *Prütting*, in: *LA Bockstiegel* (Fn. 27), 629 (635); wohl auch *OLG Frankfurt BeckRS* 2008, 3899 (Rn. 6).

⁷⁰ *Buchwitz* (Fn. 1), S. 8.

⁷¹ *Holder* (Fn. 27), S. 30 ff.; *Leisinger*, Vertraulichkeit in internationalen Schiedsverfahren, 2012, S. 146 ff., 163 (etwas unklar teils: „Nebenpflichten“).

⁷² *Vgl. Kahlert* (Fn. 53), S. 267.

⁷³ So *Lachmann* (Fn. 4), S. 42 bzgl. *Nacimiento* (Fn. 68), *BB-Beilage* (Nr. 6 Heft 31) 2001, 8 (8 ff.).

⁷⁴ *Oldenstam/v. Pachelbel* (Fn. 25), *SchiedsVZ* 2006, 31 (32).

⁷⁵ *Vgl. Ausführungen bei Nacimiento* (Fn. 68), *BB-Beilage* (Nr. 6 Heft 31) 2001, 8 (10).

⁷⁶ *Bernstein/Wood*, Handbook of Arbitration Practice, 2. Aufl. 1993, S. 145; *Born* (Fn. 58), S. 3045; *Boyd*, Expert Report of Stewart Boyd QC, *Arb. Int.* 1995, 265 (267); dissenting opinion of Toohy J in *Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman*, *Arbitration International* 1995, 235, 257.

⁷⁷ *Mason CJ in Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman*, *Arbitration International*, 235, 245.

⁷⁸ *Lachmann* (Fn. 4), S. 42.

⁷⁹ *Vgl. Buchwitz* (Fn. 1), S. 9.

⁸⁰ *Lachmann* (Fn. 4), S. 43.

⁸¹ *Oldenstam/v. Pachelbel* (Fn. 25), *SchiedsVZ* 2006, 31 (34).

⁸² *Vgl. Mason CJ in Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman*, *Arbitration International*, 235, 246; *vgl. Lew*, Expert Report of Dr. Julian D.M. Lew, *Arb. Int.* 1995, 283 (283 ff.); *Prütting*, in: *LA Bockstiegel* (Fn. 27), 629 (635).

⁸³ Siehe schon englische Rechtsprechung oben; *vgl. auch Boyd* (Fn. 76), *Arb. Int.* 1995, 265 (269).

⁸⁴ *Vgl. Born* (Fn. 57), S. 3048; *Collins*, Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings, *Arb. Int.* 1995, 321 (335).

Vielmehr entspricht es grundsätzlich dem Parteiinteresse, alle nicht von den Ausnahmen umfassten Fälle mit einer Vertraulichkeitspflicht zu belegen.⁸⁵ Es spricht nichts dagegen, einen Grundsatz wie folgt zu formulieren: Im Schiedsverfahren soll eine möglichst weitgehende Vertraulichkeit gewährleistet werden. Wenn schon die Parteien zumeist von einer impliziten Vertraulichkeitspflicht ausgehen,⁸⁶ warum dann nicht eine solche als implizit anerkennen? Dass im Grundsatz von einer Vertraulichkeitspflicht ausgegangen werden kann, ohne den Blick für nötige Ausnahmen zu verlieren und sich der Illusion, Vertraulichkeit sei immer und absolut gewährleistet hinzugeben, zeigt das Beispiel Englands.⁸⁷ Ein späterer Einsatz der Offenlegung einzelner Verfahrensinterna als Kampfmittel durch eine Partei würde zudem Konflikte bloß verschärfen und nicht zu einer bestmöglichen Streitbeilegung beitragen.⁸⁸ Schließlich heißt es, dass es zumindest im deutschen Recht keine Rechtsgrundlage für eine implizite Pflicht gebe.⁸⁹ Was mit der rechtlichen Grundlage gemeint ist, bzw. welche Form der Grundlage zu fordern ist, das bleibt dort offen. Die Frage ob eine konkludente Abrede vorliegt oder nicht ist eine Auslegungsfrage des Parteiverhaltens unter Berücksichtigung der Verkehrssitte.⁹⁰ Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Parteiabrede konkludent eine Pflicht enthält, dann ist keine weitere Rechtsgrundlage nötig. Zum Teil wird vorgetragen, dass schlichtweg zumeist keine konkludente Abrede vorläge, weil z.B. eine Partei die Veröffentlichung von Informationen während dem Prozess als Druckmittel einsetzen möchte.⁹¹ Hält man eine konkludente Abrede deshalb im Einzelfall für nicht gegeben, so besteht aber mit § 241 Abs. 2 BGB ein alternativer, im Ergebnis vorzugswürdiger, Anknüpfungspunkt.⁹² Es ist überzeugend, zum Schutz des Verfahrens sowie der Vermögensinteressen der Parteien von einer Schutzpflicht in Form der Vertraulichkeitspflicht auszugehen. Das Inter-

esse einer Partei an der Geheimhaltung der Verfahrensinterna bleibt schutzwürdig, auch wenn die andere Partei die Interna nicht geheim halten möchte.⁹³ Wenn die andere Partei kein berechtigtes, konkurrierendes Interesse an der Offenlegung hat, dann ist das Geheimhaltungsinteresse zu respektieren. Das sichert § 241 Abs. 2 BGB, weil dessen Bestand nicht vom Parteikonsens abhängig ist.⁹⁴ Von der Geheimhaltungspflicht können dann in einem Abwägungsverfahren Ausnahmen gemacht werden. § 241 Abs. 2 BGB ist außerdem offen für abweichende Regelungen durch die Parteien,⁹⁵ trägt dem Einzelfall also ausreichend Rechnung. Namentlich Kahlert führt zu der Lösung über § 241 Abs. 2 BGB noch aus, dass es vorzugswürdig sei, nicht pauschal von einem bestehenden Geheimhaltungsinteresse auszugehen.⁹⁶ Er möchte mit Blick auf die Darlegungs- und Beweislast erreichen, dass die betroffene Partei zeigen muss, weshalb im konkreten Fall überhaupt ein Geheimhaltungsinteresse besteht und dieses das Veröffentlichungsinteresse der anderen Partei übertrumpft.⁹⁷ Wie er selbst anmerkt,⁹⁸ führt diese Lösung in den meisten Fällen zum gleichen Ergebnis, wie im Falle der pauschalen Anerkennung einer Geheimhaltungspflicht in § 241 Abs. 2 BGB. Denn in den Fällen, in denen ein Geheimhaltungsinteresse anerkannt ist, wird der Partei die Darlegung leichtfallen. Ebenso ist in Fällen, in denen anerkanntermaßen ein Veröffentlichungsinteresse der anderen Partei besteht, das Ergebnis im Rahmen des § 241 Abs. 2 BGB klar. Insgesamt spricht das oben Gesagte aber dafür, dass nach der Verkehrssitte im Schiedsverfahren ein generelles Interesse an der Geheimhaltung aller Verfahrensinterna anzuerkennen ist. Hierfür spricht auch, dass schon die Existenz eines Schiedsverfahrens eine sensible Information darstellen kann.⁹⁹ Dass die Abwägung mit Veröffentlichungsinteressen in § 241 Abs. 2 BGB von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen kann wird dadurch nicht bestritten. Im Ergeb-

⁸⁵ Born (Fn. 57), S. 3044; dass die Vertraulichkeitspflicht meist dem Parteiinteresse entspricht erkennt sogar das Supreme Court of Sweden im „Bulbank“ Case No. T 1881-99 (Fn. 67), 7 an.

⁸⁶ Poorooye/Feehily, Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance, Harvard Negotiation Law Rev. (Vol. 22) 2017, 275 (281); Born (Fn. 57), S. 3044.

⁸⁷ Vgl. zur Rechtsprechung der englischen Gerichte oben.

⁸⁸ Vgl. Born (Fn. 57), S. 3044; vgl. Nacimiento (Fn. 68), BB-Beilage (Nr. 6 Heft 31) 2001, 8 (10).

⁸⁹ Lachmann (Fn. 4), S. 43.

⁹⁰ Vgl. Würdinger, Konkludente Willenserklärung, JuS 2023, 627 (628).

⁹¹ So z.B. Kahlert (Fn. 53), S. 262.

⁹² Siehe Holder (Fn. 27), S. 30 ff.

⁹³ Born (Fn. 57), S. 3046 spricht sich auch int. für Konzept „implied by law“ aus; Ebbing, Private Zivilgerichte. Möglichkeiten und Grenzen privater (schiedsgerichtlicher) Zivilrechtsprechung, 2003, S. 90 schreibt ohne Bezugnahme auf ein nötiges Interesse beider Parteien: „[...] muss gewährleistet sein, dass im Verfahren offengelegte, geheimhaltungsbedürftige Informationen nicht an unbeteiligte Dritte weitergegeben werden.“

⁹⁴ Vgl. Kahlert (Fn. 53), S. 269.

⁹⁵ Bachmann, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg/Schubert, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 62.

⁹⁶ Kahlert (Fn. 53), S. 267 ff., 290.

⁹⁷ Ebd., S. 290.

⁹⁸ Ebd., S. 290.

⁹⁹ Vgl. Buchwitz (Fn. 1), S. 8; Holder (Fn. 27), S. 33.

nis besteht aber über § 241 Abs. 2 BGB dann auch ohne ausdrückliche Vereinbarung der Parteien ein Geheimhaltungsinteresse und, wenn keine berechtigten Interessen überwiegen, eine Vertraulichkeitspflicht.

Überzeugender ist deshalb insgesamt, im Grundsatz eine in der Schiedsabrede selbst wurzelnde Vertraulichkeitspflicht (gegebenenfalls über § 241 Abs. 2 BGB) anzuerkennen, die gebotenen Ausnahmen aber zu beachten. Wünschenswert wäre aber eine klarstellende Regelung durch den nationalen Gesetzgeber, um den Unsicherheiten in der Praxis vorzubeugen.

c) Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens (Schiedsrichter)

Schon einige der institutionellen Schiedsordnungen enthalten Regelungen, nach denen für ihre Richter eine Vertraulichkeitspflicht besteht.¹⁰⁰ Es ist außerdem anerkannt, dass die Richter auch ohne ausdrückliche Regelung Kraft ihres vertraglichen Verhältnisses zu den Parteien grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.¹⁰¹

d) Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens (Dritte)

Wie bereits erwähnt, sind im Schiedsverfahren auftretende Zeugen nicht per se zur Verschwiegenheit verpflichtet. Eine solche Pflicht kann nicht aus der Abrede zwischen den Parteien folgen (Vertrag zu Lasten Dritter) und kann auch nicht durch einseitige Anordnung des Schiedsrichters begründet werden.¹⁰² Etwas anderes gilt nur für Sachverständige, die vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.¹⁰³ Soll die Verschwiegenheit der Zeugen gewährleistet werden, so sind die Parteien gehalten, eine entsprechende Vereinbarung mit ihnen zu schließen.¹⁰⁴

e) Die (Nicht-)Veröffentlichung des Schiedsspruches

Auch der Schiedsspruch am Ende des Verfahrens kann Informationen über die Parteien oder den Rechtsstreit enthalten, die nicht an die Öffentlichkeit geraten sollen. Aus

diesem Grund werden nur wenige Schiedssprüche veröffentlicht und das nur mit Zustimmung der Parteien sowie in anonymisierter Form.¹⁰⁵ Die oben für staatliche Gerichte angeführte Rechtspflicht zur Veröffentlichung besteht im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Teils enthalten institutionelle Schiedsordnungen schon Regelungen, nach denen eine Veröffentlichung des Schiedsspruchs nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Parteien möglich ist.¹⁰⁶ So wird auch das Ergebnis des Schiedsverfahrens in den meisten Fällen geheim gehalten.

Es gibt trotzdem Versuche, die Publikation von Schiedssprüchen anzuregen und zu vereinfachen. So existiert seit 1976 das „Yearbook Commercial Arbitration“ als „Forum für die Veröffentlichung von Schiedssprüchen“¹⁰⁷. Außerdem arbeitet z.B. das ICC mit einem Opt-Out Ansatz, was die Veröffentlichung von ICC-Schiedssprüchen angeht.¹⁰⁸ Einen solchen Ansatz verfolgte auch die Ampel-Koalition in ihrem Regierungsentwurf zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts.¹⁰⁹ So sollte in § 1054b Abs. 1 ZPO geregelt werden, dass das Schiedsgericht mit Zustimmung der Parteien den Schiedsspruch veröffentlichen darf und die Zustimmung als erteilt gilt, wenn der Veröffentlichung nicht innerhalb von 3 Monaten widersprochen wird.¹¹⁰ Die Reform wurde bisher nicht weiter verfolgt. Ob diese Neuregelung, soweit sie umgesetzt worden wäre, signifikante Auswirkungen gehabt hätte, das hätte sich erst in der Praxis zeigen müssen.

2. Geheimhaltung contra partem

Nicht bloß die Offenlegung von Informationen gegenüber der Allgemeinheit, sondern auch die Offenlegung gegenüber der gegnerischen Partei kann den Interessen einer Partei widersprechen. Das gilt vor allem dann, wenn das Schiedsverfahren zwischen Konkurrenten stattfindet.¹¹¹ Zu einer für die Partei misslichen Situation kommt es, wenn sie, um den Prozess zu gewinnen, bestimmte Geschäftsgeheimnisse im Rahmen der Beweiserhebung preisgeben

¹⁰⁰ Art. 44.1 DIS-SchO (2018); Art. 30.2 LCIA-Rules (2020).

¹⁰¹ Lachmann (Fn. 4), S. 926 f.; Münch, in: MüKo ZPO (Fn. 3), § 1052 Rn. 9; Poorooye/Feehily, (Fn. 86), Harvard Negotiation Law Rev. (Vol. 22) 2017, 275 (279).

¹⁰² Lachmann (Fn. 4), S. 42.

¹⁰³ Ebd., S. 42; vgl. Prütting, in: LA Böckstiegel (Fn. 27), 629 (636).

¹⁰⁴ Lachmann (Fn. 4), S. 42; vgl. Prütting, in: LA Böckstiegel (Fn. 27), 629 (636).

¹⁰⁵ Buchwitz (Fn. 1), S. 9; vgl. Schack (Fn. 3), S. 481.

¹⁰⁶ Art. 30.3 LCIA-Rules; Art. 44.3 DIS-SchO; R-45 (a) AAA-Rules.

¹⁰⁷ Buchwitz (Fn. 1), S. 9.

¹⁰⁸ Sec. IV C. ICC-Note 01.01.2021

(<https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>; zuletzt abgerufen am 28.09.2024).

¹⁰⁹ Regierungsentwurf 26. Juni 2024 (RegE), S. 5 f. (Entwurf und Verfahren: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.html; zuletzt abgerufen am 28.09.2024); zum Ganzen auch Kiehl/Gebhard, Die Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, SchiedsVZ 2024, 173 (178).

¹¹⁰ Hierzu auch RegE, S. 44.

¹¹¹ Vgl. Sawang, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2010, S. 2.

muss.¹¹² Hierzu kommt es vor allem im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes.¹¹³

Um dem Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Partei gerecht zu werden, wird vor allem ein Mechanismus stark gemacht: Das sogenannte in camera-Verfahren.¹¹⁴ Dieses könnte vom Schiedsgericht bei Bedarf angeordnet werden. Eine beweisbelastete Partei, die nur mithilfe einer sensiblen Information den Beweis erbringen kann, legt dabei dieses Beweismittel dem Gericht vor. Doch die andere Partei darf ausnahmsweise das Beweismittel nicht einsehen.¹¹⁵ Der Konflikt mit der Parteiöffentlichkeit als Ausfluss des Rechts auf rechtliches Gehör (§§ 1059 Abs. 2 Nr. 2b, Nr. 1b, 1042 Abs. 1 S. 2 ZPO) liegt auf der Hand: Um sich effektiv gegen das Vorbringen der je anderen Partei verteidigen zu können, muss die Einsicht in die Vorgebrachten Beweismittel möglich sein. Aus diesem Grund wird das in camera-Verfahren teilweise als unzulässig betrachtet.¹¹⁶ Das Problem stellt sich weitestgehend parallel im staatlichen Prozess, sodass hier nur knapp darauf eingegangen werden soll. Hier ist es aber besonders relevant, da im Schiedsverfahren – anders als im staatlichen Verfahren – die Zulässigkeit des Verfahrens wegen § 1042 Abs. 1 ZPO jedenfalls noch nicht an dem Fehlen einer gesetzlichen Grundlage scheitert.¹¹⁷

Das in camera-Verfahren ist nach hier vertretener Ansicht auch im Übrigen zulässig und stellt eine sachgerechte Lösung dar. Ausgangspunkt hierfür ist die Erkenntnis, dass auch das Recht auf rechtliches Gehör und mit ihm die Parteiöffentlichkeit nicht absolut gelten.¹¹⁸ Es muss vielmehr mit den berechtigten Geheimhaltungsinteressen abgewogen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die von der Beweisaufnahme ausgeschlossene Partei nicht hilflos dasteht: Möglich wäre, dass ihre – juristisch oder technisch ausgebildeten – Parteivertreter an der Beweisaufnahme

teilnehmen und die Parteiinteressen wahrnehmen.¹¹⁹ Diese würden dann einer Verschwiegenheitspflicht gegenüber ihrem Mandanten unterliegen.¹²⁰ Das widerspricht auch nicht zwingend dem Berufsbild des Anwalts.¹²¹ Ein Blick in das pretrial discovery Verfahren in den USA unterstreicht das: Dort werden ebenso Anwälte mit Verschwiegenheitspflicht gegenüber ihren Mandanten eingesetzt.¹²²

D. Geheimhaltung und Normbildung

Speziell die Nichtveröffentlichung von Schiedssprüchen sollte nicht auf die Vorteile, die sie den Parteien verschafft, reduziert werden. Mit ihr sind ernstzunehmende Nachteile verknüpft. So schreibt Sandrock bereits 1989 zur Rechtsfortbildung durch die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland: „Fehlannonce“.¹²³ Auch Hirsch beklagt 2003 diesen Umstand in seiner Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von privater und staatlicher Gerichtsbarkeit bei den 1. Petersberger Schiedstagen.¹²⁴ In einem Interview mit der Frankfurter Allgemeinen Zeitung 2023 ist die DIS-Generalsekretärin Schardt der Meinung, es brauche mehr Transparenz in der Schiedsgerichtsbarkeit und spricht in diesem Kontext auch die Veröffentlichung von Schiedssprüchen an.¹²⁵

Die Bedeutung der (Schieds-)Rechtsprechung für die Rechtsentwicklung und die aus der Nichtveröffentlichung der Schiedssprüche folgenden Probleme sollen deshalb im Weiteren untersucht werden.

I. Zur Rolle der Rechtsprechung in der Rechtsentwicklung

Zunächst gilt es sich klarzumachen, welche Rolle die Rechtsprechung, vordergründig in Deutschland, bei der Entwicklung des Rechts spielt.

Der Richter hat die Auslegung und Anwendung des Rechts

¹¹² Vgl. Sawang, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2010, S. 2.

¹¹³ Ebd., S. 2.

¹¹⁴ Befürwortend Leppin, Besichtigungsanspruch und Betriebsgeheimnis (Teil II), GRUR 1984, 695 (697 ff.); Sawang (Fn. 111), S. 14 f.; Stadler, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess, NJW 1989, 1202 (1203); Stürmer, Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozeß, JZ 1985, 453 (459).

¹¹⁵ Vgl. Stadler, (Fn. 114), NJW 1989, 1202 (1203).

¹¹⁶ BGH NJW 1992, 1817; OLG Köln NJW-RR 1996, 1277; Kürschner, Parteiöffentlichkeit vor Geheimnisschutz im Zivilprozess, NJW 1992, 1804 (1805); Lachmann, Unternehmensgeheimnisse im Zivilrechtsstreit, NJW 1987, 2206 (2209 f.); Prütting/Weth (Fn. 16), NJW 1993, 576.

¹¹⁷ Sawang (Fn. 111), S. 268, 291 f.

¹¹⁸ Stadler, (Fn. 114), NJW 1989, 1202 (1203 f.).

¹¹⁹ Vgl. Leppin (Fn. 114), GRUR 1984, 695 (697); vgl. Stadler, in: Musielak/Voit ZPO (Fn. 7), § 357 Rn. 4.

¹²⁰ Leppin (Fn. 114), GRUR 1984, 695 (697).

¹²¹ So aber Lachmann, (Fn. 116), NJW 1987, 2206 (2210).

¹²² Ausführlicher Stadler, (Fn. 114), NJW 1989, 1202 (1205).

¹²³ Sandrock, Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: Böckstiegel, Rechtsfortbildung durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 1989, 23 (47), auch zitiert von Duve/Keller, Privatisierung der Justiz – bleibt die Rechtsfortbildung auf der Strecke?, SchiedsVZ 2005, 169 (172); der Problemkreis wird aber uA auch schon 1977 von Pfaff, Zum Problem der Veröffentlichung von Schiedssprüchen der internationalen Handels-Schiedsgerichtsbarkeit, in: Kipp/Mayer/Steinkamm, Um Recht und Freiheit. Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres, 1977, 1127 (1138) besprochen.

¹²⁴ Hirsch, Schiedsgerichte – ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, SchiedsVZ 2003, 49 (52).

¹²⁵ Bubrowski, „Schiedsgerichte brauchen mehr Transparenz“, Frankfurter Allgemeine Zeitung 07. Juni 2023, Nr. 130, 16.

auf einen Lebenssachverhalt zur Aufgabe.¹²⁶ Für das deutsche Recht gilt, dass seine Entscheidungen keine formelle Rechtsverbindlichkeit für die Allgemeinheit, wie sie den Gesetzen zukommt, begründet.¹²⁷ Doch ist der Richter an der Rechtsentwicklung unbestreitbar beteiligt. Zum einen kommt dem Richter neben der Auslegung und Anwendung im engeren Sinne auch (in Grenzen)¹²⁸ die Aufgabe „Lückenfüllung“ zu.¹²⁹ Dort, wo das anwendbare Rechtssystem schweigt, kommt es dazu, dass der Einzelfall durch richterliche Rechtsfortbildung gelöst wird. So wird die Rechtsmasse durch die Rechtsprechung ergänzt. Zum anderen liefern Gerichtsurteile Präjudizien für zukünftige Fälle mit vergleichbarem Sachverhalt.¹³⁰ Während in der Rechtstradition des common law Präzedenzfälle unter bestimmten Voraussetzungen erga omnes Rechtsverbindlichkeit beanspruchen,¹³¹ gilt dies hierzulande zwar nicht. Doch kann mindestens von einer faktischen Bindungswirkung der Präjudizien gesprochen werden.¹³² Zum einen gilt aus Sicht der Gerichte eine Befassungspflicht bezüglich einschlägiger, früherer Urteile.¹³³ Darüber hinaus besteht, „wenn mehrere Lösungen möglich und annähernd gleichermaßen vertretbar sind“, sogar eine Pflicht, den früheren einschlägigen Entscheidungen zu folgen.¹³⁴ Diese Befassungs- und Befolgungspflicht erinnert an die persuasive authority im anglo-amerikanischen Rechtskreis.¹³⁵ Zum anderen richten die Rechtsadressaten regelmäßig ihre Entscheidungen an den Maßstäben der Rechtsprechung aus.¹³⁶

Außerhalb der Judikative und hauptsächlich wird das Recht durch die Legislative fortentwickelt. Auch in diesem Rahmen ist aber die Relevanz der Rechtsprechung nicht zu vernachlässigen. Denn erst durch die Entwicklung von Rechtsprechungslinien zu den vom Gesetzgeber geschaffenen Normen wird oftmals klar, wie es um die Rechtslage in der Praxis steht und wo Nachbesserungsbedarf durch die Legislative besteht.

Für die Rechtsentwicklung und Rechtsgeltung spielt die Rechtsprechung demnach eine erhebliche Rolle.

II. Präjudizien und deren Fehlen im Schiedsverfahren

Welche Rolle spielt die Rechtsprechung aber im Rahmen des Schiedsverfahrens?

Wie im staatlichen Verfahren kommt auch im Schiedsverfahren bloß eine faktische Geltung von Präjudizien in Betracht.¹³⁷ Anders als im staatlichen Verfahren existiert im Schiedsverfahren in der Regel kein Instanzenzug und ein vergleichbarer Befolgungsdruck wegen drohender Urteilsaufhebung durch das höhere Gericht besteht nicht.¹³⁸ Die faktische Geltung der Präjudizien gilt hier deshalb nur abgemildert. Soweit ein Schiedsspruch öffentlich bekannt wird, kann dieser trotzdem in vergleichbarer Weise zu staatlichen Urteilen eine Art persuasive authority begründen.¹³⁹ Hierfür ist kein Instanzenzug nötig: Die oben genannte Befassungs- und Befolgungspflicht findet Anwendung auch außerhalb des Instanzenzuges. Selbst, wenn man möglicherweise nicht, wie oben, von einer Befassungs- und Befolgungspflicht sprechen kann, so wird doch eine Befassung mit dem (ggf. sogar vom selben Gericht stammenden!) Präjudiz und eine Begründung von Abweichungen hiervon faktisch meist geschehen.¹⁴⁰ Der Rückgriff auf Präjudizien hat für das Schiedsgericht nämlich Vorteile: Unter anderem verleiht die Bezugnahme auf andere Schiedssprüche der Entscheidung des Richters eine stärkere Autorität und die Entscheidungsfindung wird effizienter.¹⁴¹

Die Wirkung von Präjudizien, soweit solche existieren, ist im Schiedsverfahren also von vornherein schwächer, als im staatlichen Verfahren. Trotzdem können auch hier (Schieds-) Urteile faktische Präzedenzwirkung entfalten.¹⁴² Es ist den Schiedsgerichten nicht schon ihrer Natur nach verwehrt, an der Rechtsentwicklung teilzunehmen und

¹²⁶ Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl. 2022, S. 412 ff., 432; zu diesem Begriffspaar Schapp, *Methodenlehre des Zivilrechts*, 1998, S. 64 ff.

¹²⁷ BVerfG NJW 1991, 2549 (2550).

¹²⁸ Zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung uA Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl. 2023, S. 483 ff.

¹²⁹ Vgl. Möllers (Fn. 128), S. 19 ff., 253.

¹³⁰ Duve/Keller (Fn. 123), *SchiedsVZ* 2005, 169 (170).

¹³¹ Hierzu Möllers (Fn. 128), S. 105 f., 302 ff.

¹³² Möllers (Fn. 128), S. 96, 101 ff. spricht sich für eine Qualifizierung der Rechtsprechung als „sekundäre Rechtsquelle“ aus; zur faktischen Geltung auch Rüthers et al. (Fn. 126), S. 161; Wimalasena, *Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung*, 2016, S. 136 ff.

¹³³ Möllers (Fn. 128), S. 96.

¹³⁴ Zitat aus Ebd., S. 96.

¹³⁵ So auch Ebd., S. 96, zur persuasive authority S. 106.

¹³⁶ Vgl. Rüthers et al. (Fn. 126), S. 161.

¹³⁷ Duve/Keller (Fn. 123), *SchiedsVZ* 2005, 169 (171).

¹³⁸ Ebd., 169, 171; Wimalasena (Fn. 132), S. 166 ff.

¹³⁹ Duve/Keller (Fn. 123), *SchiedsVZ* 2005, 169 (171).

¹⁴⁰ Wimalasena (Fn. 132), S. 168 f.

¹⁴¹ Ausführlich zu den Elementen der faktischen Präzedenzwirkung im Schiedsverfahren Wimalasena (Fn. 132), S. 170 ff.

¹⁴² Mies (Fn. 4), *BRZ* 2021, 71 (80 f.); Beispiele bei Wimalasena (Fn. 132), S. 190 ff.

Präjudizien zu produzieren.¹⁴³ Das Potenzial zur Teilnahme an der Rechtsentwicklung besteht vielmehr.

Festzustellen ist, dass dieses Potenzial weitestgehend ungenutzt bleibt.¹⁴⁴ Das birgt verschiedene Probleme.

1. Auswirkungen auf die Rechtsentwicklung

Die mangelnde Publizität schiedsgerichtlicher Entscheidungen wirkt sich negativ auf die Entwicklung des Rechts aus. Einzelne Rechtsgebiete werden fast ausschließlich von Schiedsgerichten behandelt. Paradebeispiel hierfür ist das Unternehmenskaufrecht (Mergers & Acquisitions).¹⁴⁵ Doch auch in anderen Bereichen, wie der *lex mercatoria* des internationalen Handelsverkehrs, wird das Recht hauptsächlich durch Schiedsgerichte entwickelt.¹⁴⁶ Zu diesen Rechtsgebieten gibt es schon jetzt kaum einsehbar Rechtsprechung.¹⁴⁷ Das verhindert nicht nur, dass das Recht durch die Einzelfallentscheidung wahrnehmbar fortentwickelt wird, sondern auch die Auseinandersetzung mit dem Einzelfall durch die juristische Öffentlichkeit.¹⁴⁸ Die Rechtsentwicklung stockt.

Einige Autoren heben hervor, dass gerade im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit aber einzig die zufriedenstellende Entscheidung des konkreten Konfliktfalles Ziel des Verfahrens sei, nicht die Rechtsentwicklung.¹⁴⁹ Generell wird dem Recht teils schon keine öffentliche Funktion über das einzelne Verfahren hinaus zugesprochen.¹⁵⁰ Betont wird die Parteiautonomie im Zivilprozess: Ob und wie die Parteien ihre Konflikte lösen liegt grundsätzlich in ihrer Hand. Eine Art Pflicht zur Mitwirkung an der Rechtsentwicklung besteht nicht.

Das greift jedoch zu kurz. Zum einen ist schon im Ansatz überzeugender, dem Recht eine Doppelfunktion unter Anerkennung auch des öffentlichen Interesses an der Rechtsentwicklung zuzuschreiben.¹⁵¹ Dass Schiedsentscheidungen Auswirkungen auch außerhalb des Einzelfalles haben können findet teils auch schon Ausdruck im Selbstver-

ständnis der Schiedsgerichte.¹⁵² Die Anerkennung von Konsequenzen außerhalb der konkreten Entscheidung durch Schiedsgerichte kann sogar ein Faktor sein, wenn es um die Integrität der Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt geht.¹⁵³ Darüber hinaus ist zwar nicht zu bestreiten, dass die Konfliktlösung in den Händen der Parteien liegt und kein Anspruch der Rechtsordnung auf die Streitführung zum Zwecke der Rechtsentwicklung besteht. Das gilt auch für den staatlichen Zivilprozess. Doch lebt die Rechtsordnung, hier das Zivilrecht, von der ständigen Konkretisierung und Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung und dem anschließenden Diskurs. Faktisch konnte bisher im Zivilrecht auch ohne „Zwang zum Streit“ darauf vertraut werden, dass eine ausreichende Anzahl an Zivilrechtssubjekten vor die Gerichte zieht, und so das Recht fortentwickelt wird. Natürlich könnten sich die Parteien entscheiden, nicht vor Gericht zu ziehen. Faktisch wird dieser Weg aber stets von einem gewissen Teil konfligierender Teilnehmer am Rechtsverkehr bestritten. Dadurch, dass sich Parteien immer noch zur „gerichtlichen Konfliktlösung“ entscheiden, diese aber vor privaten Schiedsgerichten austragen, kommt es erstmals zu der Situation, dass eben nicht auf genügend „Fallmaterial“ für den Zivilrechtsdiskurs vertraut werden kann. Wie hier gegengesteuert werden kann muss geklärt werden und kann nicht pauschal mit der Geltung der Privatautonomie abgehandelt werden.¹⁵⁴

2. Auswirkungen auf die am Schiedsverfahren Beteiligten

Es ist auch nicht überzeugend davon auszugehen, dass das einzige Interesse der Schiedsparteien und künftigen Schiedsparteien darin liegt, zu einer angemessenen Lösung ihres konkreten Streitfalles zu gelangen.¹⁵⁵ Denn so wird der Blick auf die Zeit während des Verfahrens verengt. Fehlt es bezüglich einer Rechtsfrage an einschlägiger Rechtsprechung und vielleicht sogar (mangels Rechtsprechung) an entsprechender Literatur, dann wird ein Prozess

¹⁴³ Hierzu und gegen abweichende Ansichten auch *Wimalasena* (Fn. 132), S. 149 ff., 154 f.

¹⁴⁴ Vgl. dazu schon oben (S. 154).

¹⁴⁵ *Berger*, Herausforderungen für die (deutsche) Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2009, 289 (296).

¹⁴⁶ Zur *lex mercatoria*: *Wimalasena* (Fn. 132), S. 156 f.; zu Gesellschaftsrecht/M&A: *Duve/Keller* (Fn. 123), *SchiedsVZ* 2005, 169 (172).

¹⁴⁷ Vgl. *Duve/Keller* (Fn. 123), *SchiedsVZ* 2005, 169 (172).

¹⁴⁸ Vgl. *Buchwitz* (Fn. 1), S. 9.

¹⁴⁹ *Nariman*, International Commercial Arbitration – At the Cross-Roads, in: *Briner/Fortier/Berger/Bredow*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, 555 (556); *Neumayer* (Redebeitrag), in: *Coing/Ellwood/Fouchard/Waehler/Vondracek/Koschucharoff/Lando/Migliazza*, Materielles Recht und Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 60, 1972, 93; *Pfaff*, in: *FS Heydte* (Fn. 123), 1127 (1133) scheint *Neumayer* zuzustimmen.

¹⁵⁰ Näher hierzu *Duve/Keller* (Fn. 123), *SchiedsVZ* 2005, 169 (174).

¹⁵¹ Ausführlich hierzu *Perschbacher/Bassett*, The End of Law, *Boston University Law Rev.* (Vol. 84) 2004, 1 (13 ff.).

¹⁵² *Wimalasena* (Fn. 132), S. 179 ff.

¹⁵³ Ebd., S. 180 f.

¹⁵⁴ Zu relevanten Verfassungsgrundsätzen, die für ein Mehr an Publikationen streiten würden *Kahlert*, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2023, 2 (10).

¹⁵⁵ So auch *Wimalasena* (Fn. 132), S. 151.

für die Parteien deutlich unvorhersehbarer.¹⁵⁶ Nur schwer einschätzbar wird dadurch das Prozessrisiko sein. Das kann mitunter zu unnötigen schiedsgerichtlichen Konflikten führen.¹⁵⁷ Auch kann schon vor einem Konfliktfall die Frage auftreten, an welchen Maßstäben der Normadressat seine Entscheidungen im Detail ausrichten soll. Der Normtext selbst, soweit eine Regelung überhaupt besteht, wird hierzu oftmals nicht genügen. Ebenso wird für den Schiedsrichter eine Entscheidungsfindung unter Verwendung der Vergleichsfallmethode¹⁵⁸ erschwert.¹⁵⁹

Auch die (potenziell) am Schiedsverfahren Beteiligten haben demnach ein gewichtiges Interesse an Präjudizien im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit.

III. Lösungsansätze

Dass im Interesse der Rechtsentwicklung wie auch der Schiedsgemeinschaft die Publizität von Schiedssprüchen gefördert werden sollte wurde dargelegt. Es stellt sich nun die Frage nach dem „Wie“.

1. Einsichtsrechte und Rechtsmittelinstanz

Möglich erscheinen auf den ersten Blick auch Lösungsansätze, die keine Veröffentlichung der Schiedssprüche im engeren Sinne vorsehen. So könnte man ein Einsichtsrecht in einschlägige Schiedssprüche für Schiedsrichter und die Parteien, die ein nachweisbares, berechtigtes Interesse daran haben, einführen.¹⁶⁰ Dann könnte sich der Schiedsrichter an Präzedenzfällen orientieren und für die Parteien würde der Prozess kalkulierbarer. Ebenso könnte man an die Einführung einer Art Rechtsmittelinstanz im Schiedsverfahren denken.¹⁶¹ Als Rechtsmittelinstanz würden wohl staatliche Gerichte fungieren. Nennenswert ist auch der Vorschlag, ein Vorlageverfahren für Rechtsfragen ähnlich dem des EuGH einzuführen.¹⁶²

Bei näherem Hinsehen vermögen beide Ansätze aber nicht zu überzeugen. Ein bloßes Einsichtsrecht der Richter hilft den Parteien nicht. Um die betroffenen Geheimhaltungsinteressen zu respektieren, müssten bei einem Einsichtsrecht die Parteien zur Verschwiegenheit verpflichtet sein.¹⁶³ Das würde die Rechtsentwicklung durch öffent-

lichen Diskurs aber verhindern. Ein staatliches Gericht als Rechtsmittelinstanz würde wesentliche Vorteile des Schiedsverfahrens eliminieren: Sachexpertise der Schiedsrichter und Schnelligkeit des Verfahrens.¹⁶⁴

2. Veröffentlichungspflicht?

Nur die systematische Veröffentlichung von Schiedssprüchen vermag demnach, dem Interesse an Präjudizien gerecht zu werden.

a) Pflicht oder bloße Erleichterung?

Wie kann aber erreicht werden, dass in Zukunft ein Großteil der Schiedssprüche publiziert wird?

Als mildestes Mittel kommt zunächst in Frage, die Veröffentlichung weiterhin vom Einverständnis der Parteien abhängig zu machen. Um zumindest die Zahl veröffentlichter Schiedssprüche zu mehrten, kann mit einer Zustimmungsfiktion nach Ablauf einer Äußerungsfrist gearbeitet werden.¹⁶⁵ Dass nach dieser Lösung aber eine ernsthafte Änderung des hier bemängelten Status quo eintreten würde, ist wohl nicht zu erwarten. Dafür, dass sich so plötzlich mehr Parteien mit der Veröffentlichung zufriedengeben, gibt es keine Anhaltspunkte.

Der hier diskutierte Konflikt sollte nicht einseitig zugunsten der Privatautonomie und absoluten Geheimhaltung gelöst werden. Vielmehr kann der Veröffentlichungsaversion nur durch die Einführung von Publikationsmöglichkeiten ohne Zustimmung der Parteien entgegengewirkt werden.¹⁶⁶

b) Ausformung der Pflicht

Nach hier vertretener Ansicht ist also eine Pflicht zur Publikation nötig. Es gilt zu klären, wie diese Pflicht im Einzelnen ausgestaltet sein muss, um allen betroffenen Interessen gerecht zu werden.

Um das Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen angemessen zu berücksichtigen ist zunächst nötig, dass etwaige publizierte Schiedssprüche, soweit die Parteien nichts anderes gestatten, vollständig anonymisiert werden.¹⁶⁷

Für die Details der Anonymisierung können z.B. die Milan

¹⁵⁶ Vgl. Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (170, 173); Schack (Fn. 3), S. 481; Wimalasena (Fn. 132), S. 216 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Wimalasena (Fn. 132), S. 212 f., auch mit Hinweis zur Doppelfunktion des Rechts.

¹⁵⁸ Näheres zur Vergleichsfallmethode: Möllers (Fn. 128), S. 298 ff.

¹⁵⁹ Zu den Vorteilen von Präjudizien für den Schiedsrichter siehe schon oben (S. 24).

¹⁶⁰ Vgl. Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (175); Wimalasena (Fn. 132), S. 272.

¹⁶¹ Vgl. Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (176).

¹⁶² Vgl. Ebd., 169, 176.

¹⁶³ Ebd., 169, 175.

¹⁶⁴ Ebd., 169, 176.

¹⁶⁵ Vgl. Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (176 f.); hierfür Wimalasena (Fn. 132), S. 298.

¹⁶⁶ So auch Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (176 f.); aA Wimalasena (Fn. 132), S. 289 ff.

¹⁶⁷ Hierzu auch Duve/Keller (Fn. 123), SchiedsVZ 2005, 169 (177).

Guidelines eine Orientierung bieten.¹⁶⁸ Denkbar ist auch, wenigstens in Einzelfällen, die Schiedssprüche erst nach Ablauf einer „Karenzzeit“ nach Beendigung des Verfahrens zu veröffentlichen.¹⁶⁹ So wird unter anderem, die Identifizierung der Parteien weiter erschwert. Um die Rechtsentwicklung nicht zu weit zu verzögern ist aber maximal eine Karenzzeit von ca. einem Jahr angebracht.¹⁷⁰ Die Offenlegung der Person des Schiedsrichters ist im Übrigen sinnvoll, da so Rechtsprechungslinien einzelner Richter verfolgt, verglichen und vorausgesagt werden können. Auch bei der Auswahl der Schiedsrichter sind diese Informationen hilfreich.¹⁷¹

Eine Variante, die angesprochene Veröffentlichungsmöglichkeit ohne Zustimmung der Parteien zu schaffen, ist die Regelung durch den nationalen Gesetzgeber. Dieser könnte eine Veröffentlichungspflicht (mit Ausnahmen) für das Schiedsverfahren statuieren. Daneben besteht jedoch ein weiterer, gangbarer Weg. Zumindest für den Bereich der institutionalisierten Schiedsverfahren könnte den Institutionen vom Gesetzgeber ein neues Instrument (ggf. verpflichtend) an die Hand gegeben werden. Die Initiative für die Einführung dieses Instruments könnte aber auch von den Institutionen selbst kommen. Möglich wäre es, einem oberen Verwaltungsorgan oder einem eigens hierfür geschaffenen Organ der Institution das Recht einzuräumen, die ergangenen Schiedssprüche im Hinblick auf eine Veröffentlichungspflicht zu prüfen. Stellt das Organ fest, dass der Schiedsspruch Relevanz für die Fortentwicklung des Rechts oder die Rechtsklarheit in dem betroffenen Rechtsgebiet hat, so kann es die Veröffentlichung des Schiedsspruchs anordnen. Beispielsweise könnte bei ICC-Verfahren ein solches Recht dem ICC-Court anvertraut werden. Eine derartige Regelung würde zwar die Vorteile einer Veröffentlichungsmöglichkeit ohne Zustimmung der Parteien erhalten, ist im Vergleich zu einer pauschalen Veröffentlichungspflicht mit Ausnahmen aber das mildere Mittel und wird dem Einzelfall gerechter. Ein solches, transparentes Verfahren hat auch das Potenzial, die Akzeptanz der Parteien gegenüber der Veröffentlichung zu steigern. Trotz der normativen Angemessenheit dieser Lösung soll nicht verschwiegen werden, dass die Realisierung des Vorschlags in der Praxis daran scheitern könnte, dass Schiedsinstitutionen kurzfristige Wettbewerbsnachteile im Vergleich zu solchen Schiedsinstitutionen, die keine Veröffentlichungspflichten vorsehen, erleiden könnten. Gerade die Vorteile

für potenzielle Schiedsparteien in puncto Rechtssicherheit könnten langfristig aber sogar Wettbewerbsvorteile schaffen. Unter den genannten Voraussetzungen spricht Vieles für die Einführung einer Publikationsmöglichkeit für Schiedssprüche, auch ohne Zustimmung der Parteien.

E. Fazit

Im Gegensatz zum staatlichen Gerichtsverfahren spielt im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit die Geheimhaltung eine erhebliche Rolle für die Verfahrenspraxis. Dabei erscheint das Spannungsfeld von Öffentlichkeit und Geheimhaltung in verschiedenen Facetten. Aus den hier erfolgten Untersuchungen ergeben sich innerhalb dieses Spannungsfeldes die folgenden Schlüsse: Erstens ist das Schiedsverfahren außerhalb der „Pechstein-Konstellationen“ grundsätzlich nicht öffentlich. Zweitens unterliegen die Parteien im Grundsatz einer Vertraulichkeitspflicht, auch wenn es an einer ausdrücklichen Abrede fehlt. Drittens ist ein in camera-Verfahren zur Ermöglichung einer Geheimhaltung contra partem in Grenzen zulässig und wünschenswert. Viertens und abschließend birgt die weitgehende Geheimhaltung von Schiedssprüchen verschiedene praktische Probleme, denen durch die Regelung von Veröffentlichungsmöglichkeiten auch ohne Zustimmung der Parteien begegnet werden sollte.

¹⁶⁸ Hierzu Wimalasena (Fn. 132), S. 306 ff.

¹⁶⁹ Ebd., S. 302.

¹⁷⁰ Ebd., S. 302.

¹⁷¹ Ebd., S. 309 ff. (auch zu den i.E. nicht durchgreifenden Bedenken).