

# Menno Aden<sup>\*</sup>

## Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens

– Verstoß gegen prozessuales Grundrecht?

### I. Fragestellung

Im Schiedsgerichtsverfahren sollen die prozessualen Grundrechte gelten. Niemand bezweifelt, dass das Recht auf rechtliches Gehör dazu gehört. Im Folgenden soll geprüft werden, ob der in § 169 GVG für das staatliche Gerichtsverfahren vorgesehene Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens auch im Schiedsverfahren gilt, gegebenenfalls in welchen Grenzen. Vor kurzem wurde an dieser Stelle der Gedanke vorgetragen, dass das staatliche Gericht, wenn auch in einer dem Wesen des Schiedsgerichts entsprechenden Weise, darüber zu wachen habe, ob das Schiedsgericht das von den Parteien berufene materielle Recht richtig angewendet hat. Der folgende Beitrag ist insofern eine Fortsetzung dieses Gedankens, als auch hier letztlich die Überlegung zu Grunde liegt, das Schiedsgerichtswesen als einen Teil der allgemeinen Rechtsordnung zu sehen, und nicht etwa, wie es anscheinend von einigen Protagonisten angestrebt wird, als einen parallel oder sogar im Gegensatz zu den staatlichen Rechtsordnungen sich entwickelnden »corpus juris«<sup>1</sup>.

### II. Schiedsgericht als vorkonstitutionelles Rechtsinstitut

Gemäß Art. 20 GG hat jeder Mensch Anspruch auf Justizgewähr. Manche Elemente des rechtsstaatlichen Verfahrens passen auf die Schiedsgerichtsbarkeit aber offenbar nicht<sup>2</sup>. Schiedsgerichtsbarkeit ist von Art. 92 GG weder erlaubt noch verboten<sup>3</sup>. Danach scheint diese vom Grundgesetz nicht erwünscht, sondern nur geduldet zu sein. Die verfassungsrechtliche Justizgewährungspflicht begründet also kein staatliches Rechtsprechungsmonopol<sup>4</sup>. Art. 20, 92 GG und erst Recht § 169 GVG traten erst in Kraft, als es die private Schiedsgerichtsbarkeit schon lange gab<sup>5</sup>. Auch *Schütze* weist hierauf hin<sup>6</sup>. Kann daraus folgen, dass § 169 GVG, der die Öffentlichkeit des Verfahrens zwingend vorschreibt, im Schiedsverfahren nicht gilt?

In dem berühmten US-Fall des Sklaven Dred Scott gegen seinen Eigentümer Sandford auf Freilassung (1857) befand der US-Supreme Court im Kern, das Recht, Sklaven zu halten, sei älter als die Verfassung und gelte daher ungeachtet des darin enthaltenen Gleichheitssatzes weiter<sup>7</sup>. Das aber ist offenbar

\* Prof. Dr. iur., Oberkirchenrat a. D., Essen.

<sup>1</sup> Aden, Verfahrensverstoß durch fehlerhafte Rechtsanwendung im Schiedsverfahren, DZWIR 2011, 400 ff.

<sup>2</sup> Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Schiedsgerichtswesens mit älteren Hinweisen vgl. *Achterberg*, in: Bonner Kommentar zum GG, 42. Lfg. 1985, Art. 92 Rn. 181 ff.

<sup>3</sup> Jarass/*Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 92 Rn. 6.

<sup>4</sup> Maunz/*Dürig/Hillgruber*, Grundgesetz, 59. Lfg. 2010, Art. 92 Rn. 87.

<sup>5</sup> *Achterberg*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 42. Lfg. 1985, Art. 92 Rn. 183 m.N.

<sup>6</sup> Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsvergleichung, ZVglRWiss 2011, 89 ff. unter I. 2.

<sup>7</sup> *Irons, Peter*, Supreme Court, 2000, S. 157.

nicht die Meinung des Grundgesetzes. Es besteht Einigkeit darüber, dass der Ausschluss des Rechtswegs durch Schiedsentscheidungen an den Grundrechten zu messen sei<sup>8</sup>. Das Grundgesetz ist kein statisches Regelwerk, sondern lebt mit der Gesellschaft, auf welche es wirkt. Neue Entwicklungen ändern und begründen neue Auslegungen.

### III. Gegenständliche Dürftigkeit staatlicher Gerichtsentscheidungen

Die amtliche Entscheidungssammlung BGHZ zeigt eine gewisse Dürftigkeit der Fälle. Dieser Eindruck ist zum Teil auch der Tatsache geschuldet, dass viele Rechtssachen, etwa zur Auslegung von Verträgen, aus Rechtsgründen nicht zum BGH kommen. Dieser Eindruck ist natürlich auch subjektiv. Wer aber das Fallmaterial des englischen House of Lords oder der französischen Cour de Cassation im Vergleich sieht, wird dieser Meinung vielleicht nicht ganz so emphatisch widersprechen, wie ein amtierender Landgerichtspräsident es gegenüber dem Verfasser jüngst tat.

Insgesamt aber kommt man, gestützt nur auf BGHZ, kaum auf den Gedanken, dass hier die wichtigsten Rechtsfälle einer der größten Volkswirtschaften der Welt gesammelt sind.

Wichtige Bereiche der Wirtschaft werden, ausweislich nur der veröffentlichten Gerichtsentscheidungen, seit Jahrzehnten scheinbar völlig streitfrei abgewickelt. Themen von großer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung wie etwa die Preisfindung zwischen den deutschen Energieimporteuren und ausländischen Energielieferanten sind durchaus nicht so einvernehmlich abgewickelt worden, wie es der völlige Mangel von veröffentlichten Entscheidungen vermuten lassen könnte. Der Fragenkreis um die sog. Due Diligence hat in der Rechtsprechung praktisch keinen Niederschlag gefunden<sup>9</sup>. Über durchgeführte oder auch im Streit wieder abgebrochene Unternehmenskäufe gibt es kaum Entscheidungen. *Hobeck*, Justitiar der Siemens AG, schreibt:

»Das gesamte Industrieanlagenrecht ist nur rudimentär durch Rechtsprechung fortentwickelt worden, weil zu wenig geeignete Fälle zu den Zivilgerichten gelangen.«<sup>10</sup>

Die Schiedsgerichtsbarkeit saugt die meisten großen und komplexen Rechtsfälle ab.

### IV. Richter wider Schiedsrichter

Zu den Merkmalen, welche das Schiedsverfahren potentiellen Parteien wünschenswert machen, gehört vermutlich an erster Stelle die Vertraulichkeit. Gemäß § 169 GVG sind Gerichtsverfahren *einschließlich der Verkündung der Urteile* grundsätzlich öffentlich. Die Verletzung der Öffentlichkeit ist absoluter Revisionsgrund. Die Kausalität zwischen verletzter Öffentlichkeit und der Entscheidung wird unwiderleglich vermutet<sup>11</sup>. Das

<sup>8</sup> Jarass/*Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 34.

<sup>9</sup> *Aden*, Prüfungsobliegenheiten und -pflichten des Käufers beim Unternehmenskauf (Due Diligence), in: Keuper u. a., Der M&A Prozess, 2006.

<sup>10</sup> DRiZ 2005, 177 f.: Flucht aus der deutschen Gerichtsbarkeit bei wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten.

Gesetz hält die Richter, denen gemäß Art. 92 GG die Recht sprechende Gewalt anvertraut ist, die in einem Verfahren entschieden haben, in welchem durch Gesetz die erforderlichen prozessualen Sicherungen gewährleistet sind<sup>12</sup>, also für fehler- und irrumsanfälliger als frei gewählte Schiedsrichter. Im Schiedsverfahren aber soll mangelnde Öffentlichkeit für die (fehlerhafte) Entscheidung nicht kausal sein.

## V. Transparenz und Fortschritt

§ 169 GVG ist die prozessuale Ausprägung einer säkularen Bewegung, die seit Beginn der Neuzeit über revolutionäre Bewegungen (1789; 1848; Konstitutionalismus) die Heimlichkeiten von Kabinettpolitik und -justiz überwand. Es gibt, beginnend mit der Reformation Luthers (1517), keine bedeutende Umwälzung und Neuerung, die nicht durch Herstellung von Öffentlichkeit ihren Anfang nahm<sup>13</sup>. Die heutigen Transparenz- bzw. Informationsfreiheitsgesetze in vielen Bundesländern sind nur deren vorläufig letzte Welle.

An den meisten Zivilprozessen nimmt die Öffentlichkeit zwar kein Interesse. Die Tatsache allein, dass die Öffentlichkeit, etwa vertreten durch einen Zeitungsberichterstatter, an jeder beliebigen Verhandlung teilnehmen und vor allem das Urteil zur Kenntnis nehmen kann, ist ein unverzichtbarer Teil des Rechtsstaats. § 169 GVG fordert die Öffentlichkeit des Verfahrens. Es wird diskutiert, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens Verfassungsrang habe. *Schenke* meint dazu, nachdem er der Verfahrensmaxime der Mündlichkeit die verfassungsrechtliche Verankerung abgesprochen hat:

»Mit der Ablehnung des Verfassungsrangs der Mündlichkeitsmaxime ist zugleich ausgesagt, dass auch das Prinzip der Öffentlichkeit des Verfahrens nicht verfassungsrechtlich gefordert ist.«<sup>14</sup>

Das ist hier nicht zu diskutieren und mag so richtig sein. Der Öffentlichkeitsgrundsatz enthält aber nicht nur den Grundsatz der öffentlichen Veranstaltung des *Gerichtsverfahrens*, sondern vor allem die Öffentlichkeit der bei diesem Verfahren herauskommenden Entscheidung. Hiervon kann nicht abgegangen werden. Staatliches Handeln kann nicht in jeder Stufe transparent gemacht werden, insofern es Rechte des einzelnen Bürgers oder der Rechtsgemeinschaft insgesamt gestaltet, muss es aber offenkundig sein. Gesetze können nur gelten, wenn sie bekannt sind. Dasselbe muss auch für aufgrund von Gesetzen ergangene Entscheidungen gelten, wenn nicht, aus besonderen Gründen etwa des Staatsschutzes oder überwiegender anderer Interessen auch hier Einschränkungen zulässig sein sollen<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 70. Aufl. 2012, § 169 GVG Rn. 9.

<sup>12</sup> Maunz/Dürig/Hillgruber, Grundgesetz, 59. Lfg. 2010, Art. 92 Rn. 8.

<sup>13</sup> Von größter Bedeutung war der Fall des französischen Finanzministers Necker: Als seine Bemühungen um Finanzdisziplin auf den Widerstand des Hofes trafen, ließ Necker 1781 seinen Bericht über den Zustand der Staatsfinanzen drucken. Die so hergestellte Öffentlichkeit zwang den König zur Einberufung der Generalstände mit den bekannten Folgen.

<sup>14</sup> *Schenke*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 138. Aktualisierung 2009, Art. 19 Rn. 146 ff.; hier auch Nachweise für die Gegenmeinung, welche den Verfassungsrang des Öffentlichkeitsgrundsatzes vertritt.

<sup>15</sup> *Rolf Weber*, Zeitschrift für schweizerisches Recht 2011, 139f.: Zum Konflikt zwischen öffentlichem Interesse auf Offenlegung und individuellem Interesse auf Geheimhaltung im Rahmen des Bankgeheimnisses.

Diese besonderen Gegenstände müssen aber von dem, welcher Geheimhaltung fordert, dargelegt werden.

Hieraus ergibt sich also, dass Schiedssprüche grundsätzlich der Öffentlichkeit zur Kenntnis gegeben werden müssen, und dass nur besondere darzulegende Gründe entgegenstehen können. Je wichtiger der Gegenstand des Schiedsverfahrens war, desto überzeugender müssen diese Gründe sein. Es soll daher hier vertreten werden, dass die Geheimhaltung der schiedsgerichtlichen Entscheidung ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot ist, welche durch besondere Gründe des Einzelfalls gerechtfertigt werden müsste. Die schlichte Vereinbarung einer Schiedsklausel reicht nicht, um das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit beiseite zu schieben.

## VI. Teilhabeanspruch der Öffentlichkeit

Unternehmen unterliegen gesetzlichen Publizitäts- und Informationspflichten. Der dafür als Begründung genannte Gläubigerschutz greift zu kurz. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG ist der Grund. Die sozial und ökologisch grundsätzlich lästige Präsenz eines großen Unternehmens muss sich durch seinen Nutzen für die Allgemeinheit rechtfertigen. Jedes Unternehmen, je größer, desto mehr, stellt Ansprüche an die Allgemeinheit. Die Bedeutung etwa der Volkswagenwerk AG für ganz Deutschland zeigt, wie sehr die Öffentlichkeit betroffen ist, wenn ein großes Unternehmen große Maßnahmen trifft oder unterlässt. Art. 14 GG anerkennt also einen Anspruch der Allgemeinheit auf Rücksichtnahme und damit informationelle Teilhabe über wichtige Fragen des Unternehmens. Die Publizitäts- und Rechnungslegungsvorschriften konkretisieren das für die finanzielle Lage. Der Anspruch der Allgemeinheit auf informationelle Teilhabe geht aber darüber hinaus.

Wichtige Rechtsangelegenheiten eines Unternehmens können Auswirkungen auf Tausende von Arbeitsplätzen haben. Die früher im Goldrand strahlende Ruhrgas AG, Essen, hat binnen weniger Jahre einen tiefen Fall getan und ist praktisch vom Markt verschwunden. Niemand weiß warum. Es heißt, dass Schiedsverfahren, welche die Ruhrgas angesichts für überhöht gehaltener Preise angestrengt habe, zu ihren Lasten ausgegangen seien. Seit Jahren schwebt ein Rechtsstreit zwischen der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesverkehrsminister, und dem TollCollect-Konsortium. Der Bundesverkehrsminister berührt sich eines Schadensersatzanspruchs in dreistelliger Millionenhöhe, welcher von dem Konsortium bestritten wird. Es handelt sich um das Geld des Steuerzahlers; dieser erfährt aber über den Stand des Verfahrens nichts. Der Bürger wird keine Antwort auf diese Fragen bekommen, weil die Parteien sich auf ein Schiedsgericht geeinigt haben<sup>16</sup>.

Die Rechtsgemeinschaft hat in diesen Fällen dasselbe Interesse an Verfahren und Ergebnis des Rechtsstreits wie es § 169 GVG für das staatliche Verfahren unterstellt. Der Gesetzgeber sollte nachvollziehen können, was warum passiert ist, damit er gegebenenfalls legislativ wirken kann. Das setzt aber voraus, dass diese Rechtsfälle öffentlich verhandelt werden oder, wenn

<sup>16</sup> AaO in Fn. 33.

das aus Gründen untunlich ist, mit Begründung an die – in diesem Fall rechtlich sachkundige – Öffentlichkeit gelangen.

Im Schiedsverfahren muss nicht jeder dabei sein. Es genügt, wenn die Allgemeinheit durch zur Amtsverschwiegenheit verpflichtete Menschen vertreten wird.

## VII. Fehlende Rechtsfortbildung

Das BGB und die Reichsjustizgesetze wurden offenbar weitgehend am grünen Tisch geschaffen. Im modernen Rechtsstaat muss der Gesetzgeber Erfahrungen des Rechts- und Wirtschaftslebens sammeln. Erfahrungen und Ergebnisse der Rechtsprechung sind unverzichtbar. Es ist daher rechtsstaatlich fragwürdig, wenn die rechtliche Behandlung gesamtwirtschaftlich bedeutender Fälle geheim bleibt, so dass sie nicht zur Rechtsfortbildung benutzt werden können<sup>17</sup>.

Durch die mangelnde Öffentlichkeit wird auch das Hauptanliegen der Rechtsvergleichung, die Rechtsvereinheitlichung, unterlaufen<sup>18</sup>.

## VIII. Ergebnis

Aus Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG und dem Rechtsstaatsgrundsatz, Art. 19 GG, wird hier ein allgemeiner Anspruch der Rechtsgemeinschaft gegen Wirtschaftsunternehmen ab einer bestimmten Größe und auch den Staat (vgl. TollCollect-Fall) hergeleitet auf Unterrichtung über alle Angelegenheiten ab einer gewissen Bedeutung. Ausprägungen dieses Anspruches finden sich bereits in zahlreichen Einzelgesetzen, etwa den Informationssicherungsgesetzen der Länder; vgl. auch entsprechenden Initiativen auf EG-Ebene. Diese und § 169 GVG ruhen letztlich im Rechtsstaatsgedanken (Art. 20 GG). Es wird daher gefordert, dass § 169 GVG auf das Schiedsverfahren entsprechend angewendet wird. Entsprechend bedeutet, dass die Besonderheiten des Schiedsverfahrens als Institution wie auch des jeweiligen Falles zu beachten sind.

## IX. Vorschlag

Es wird daher zur Diskussion gestellt, nach § 1062 ZPO einen neuen § 1062 a einzufügen wie folgt:

(1) Der Beschluss, mit welchem ein Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt wird, kann feststellen, dass der Schiedsspruch und seine Begründung ganz oder in zu bezeichnenden Teilen veröffentlicht werden darf. § 172 GVG ist sinngemäß anzuwenden.

(2) Der Widerspruch eines am Schiedsverfahren Beteiligten dagegen ist unwirksam. Ein etwa bestehendes Urheberrecht am Schiedsspruch bleibt im Übrigen unberührt.

(3) Die Parteien sind zuvor zu hören. Eine Rechtsbeschwerde hat aufschiebende Bedeutung.

<sup>17</sup> Hierzu *Duvel/Keller*, 2005, 169 ff.

<sup>18</sup> *Schütze*, aaO (Fn. 5): »Es ist nicht zu verkennen, dass auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit die Rechtsfortbildung ... gehemmt ist ... (auch durch) schiedsgerichtliche Entscheidungen.«