

Hans-Peter Jahnke

# Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit

Hans-Peter Jahnke

**Die verfassungsrechtlichen  
Rahmenbedingungen der  
Schiedsgerichtsbarkeit**



Hans-Peter Jahnke

# **Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit**

Tectum Verlag

Hans-Peter Jahnke

Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019

Zugl. Diss. Universität Hamburg 2018

ePDF 978-3-8288-7237-0

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN

978-3-8288-4305-9 im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

[www.tectum-verlag.de](http://www.tectum-verlag.de)

#### **Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation

in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

## Danksagung

Die vorliegende Arbeit wäre ohne Unterstützung des Herrn Prof. Dr. Ivo Appel nicht entstanden. Herrn Prof. Dr. Appel danke ich für die Betreuung und die vielfältigen Anregungen und Hinweise, die die Anfertigung der vorliegenden Arbeit erst ermöglicht haben.

Ich danke auch Herrn Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Prof. Dr. Armin Hatje danke ich für die Mitwirkung – neben den Herrn Prof. Dr. Appel und Herrn Prof. Dr. Trute - an der Disputation.

Hamburg, im Dezember 2018

Hans-Peter Jahnke



## **Abkürzungsverzeichnis**

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
AktG	Aktiengesetz
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRBl.	Arbeitsrecht-Blatt
AuR	Arbeit und Recht
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauR	Baurecht
BB	Betriebsberater
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BWNotz	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
CAS	Court of Arbitration for Sports
DB	Der Betrieb
DiRZ	Deutsche Richterzeitung
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWIR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IPRAX	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
Jus	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NADA	Nationale Anti Doping Agentur
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report
NVwZ	Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLGR	OLG-Report
RdA	Recht der Arbeit
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RiWG	Richterwahlgesetz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
TVG	Tarifvertragsgesetz
Ufita	Zeitschrift Archiv für Urheber- und Medienrecht
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNÜ	New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (10.06.1958)
VBlBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadenrecht
VGG	Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung .....</b>	1
<b>Kapitel 1 Die Bedeutung und Funktion einer Schiedsgerichtsbarkeit .....</b>	7
I.) Die Bedeutung und Funktion einer Schiedsgerichtsbarkeit .....	7
1.) Funktion, Erscheinungsformen und Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit .....	7
a.) Handelsrechtliche Schiedsgerichte .....	7
b.) Sportschiedsgerichtsbarkeit .....	11
c.) Öffentlich-rechtliche Schiedsgerichte .....	12
d.) Kartellrechtliche Schiedsgerichte .....	13
e.) Vereins- und Verbandsschiedsgerichte .....	15
aa.) Vereins und Verbandsschiedsgerichte .....	15
bb.) Gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichte (Beschlussmängelstreitigkeiten) .....	16
f.) Schiedsgerichte im Bereich des Patent- und Urheberrechts .....	18
g.) Schiedsgerichte in der DDR .....	19
h.) Abgrenzung von Schiedsgerichten (Schlichtungsstellen/ Schiedsgutachter) .....	19
2.) Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit .....	20
a.) Vorteile der Schiedsgerichte .....	20
b.) Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit: aa.) Ablehnung eines Schiedsrichters .....	23
bb.) UNCITAL-rules/DIS Schiedsgerichtsregeln 98 .....	24
<b>Kapitel 2 Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit, insbesondere gemäß §§ 1025 ff ZPO.....</b>	33
I.) Das Argument der Privatautonomie .....	33
II.) Verfassungsmäßigkeit nach der Reform ab 01.01.1998 .....	34

1.) Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG .....	43
a.) Wird durch ein Schiedsgericht der gesetzliche Richter entzogen? Die Bestimmung des gesetzlichen Richters.....	43
b.) Der Entzug des gesetzlichen Richters durch Schiedsgerichtsbarkeit?.....	46
aa.) Der Anspruch auf Justizgewährung aus Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG.....	50
bb.) Das Verbot, nichtstaatliche Gerichte einzurichten.....	51
c.) Die mögliche Verletzung des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG durch die ad hoc und ad personam-Bestellung .....	52
aa.) Der Verzicht auf den gesetzlichen Richter .....	53
bb.) Zulässigkeit des Verzichts.....	54
2.) Art. 92 GG.....	56
a.) Ist Art. 92 GG ein staatliches Rechtsprechungsmonopol zu entnehmen? .....	56
b.) Betrifft Art. 92 GG den staatlichen Richter? .....	57
c.) Schließt das staatliche Rechtsprechungsmonopol eine private Gerichtsbarkeit aus? .....	57
3.) Der allgemeine Justizgewährungsanspruch .....	60
a.) Das Bestehen eines derartigen Anspruches .....	60
b.) Verletzung des Justizgewährungsanspruchs durch Schiedsgerichte .....	69
 <b>Kapitel 3 Vereinbarkeit der Sportschiedsgerichtsbarkeit mit Verfassungsrecht .....</b>	75
I.) Die „causa Pechstein“ .....	76
II.) Das Grundrecht des Art. 12 GG.....	79
III.) Die Zulässigkeit der Sportschiedsgerichtsbarkeit.....	85
IV.) Die DIS-Schiedsgerichtsordnung .....	85
 <b>Kapitel 4 Die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten .....</b>	89
I.) Die Privatautonomie bei durch Tarifvertrag vereinbarten Schiedsgerichten.....	90

1.) Die Rechtslage hinsichtlich der Mitglieder der Tarifvertragsparteien .....	90
a.) Das Fehlen einer Willenserklärung .....	90
b.) Das Kriterium des Beitritts .....	91
aa.) Die Vertretertheorie .....	91
bb.) Der Gedanke der Unterwerfung .....	93
cc.) Die demokratische Struktur der Tarifvertragsparteien.....	96
dd.) Die Schiedsklausel gegen den Willen der Mitglieder.....	106
ee.) Die Bindung an die tarifliche Schiedsgerichtsklausel nach Austritt aus der Tarifvertragspartei (§ 3 Abs. 3 TVG) .....	106
2.) Die Rechtslage hinsichtlich der Außenseiter .....	110
a.) Die Geltung einer tarifvertraglichen Schiedsklausel für Außenseiter.....	110
aa.) Die Bindung der Koalitionen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG an das Gebot des gesetzlichen Richters und an das Grundrecht auf Justizgewährung .....	112
b.) Allgemeinverbindlichkeit einer tariflichen Schiedsklausel .....	114
aa.) Die Zulässigkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung einer Schiedsklausel .....	116
bb.) Die Auslegung des Begriffs „tarifgebundene Personen“ in § 101 ArbGG .....	117
II.) Die Vereinbarkeit von § 101 Abs. 2 ArbGG mit Art. 3 Abs. 1 GG .....	121
1.) Problemstellung .....	121
2.) Die Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG .....	122
a.) Die Bindung des Gesetzgebers an Art. 3 Abs. 1 GG .....	122
b.) Inhalt und Umfang der Bindungswirkung.....	124
aa.) Der betroffene Personenkreis.....	124
bb.) Die Interpretation des Art. 3 Abs. 1 GG als Willkürverbot ...	125
cc.) Die Ergänzung der Gleichheitsverpflichtung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	126
3.) Überprüfung der Gleichheit und der Ungleichheit der vorliegenden Tatbestände .....	129
a.) Momente der Gleichtartigkeit .....	129
b.) Momente der Ungleichheit .....	131
c.) Die Möglichkeit der Einrichtung von Fachkammern .....	134

d.) Sind die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Errichtung von Fachkammern ein ausreichender Differenzierungsgrund im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG? .....	138
e.) Die Tradition der Bühnenschiedsgerichte als ausreichender Differenzierungsgrund.....	139
aa.) Die Tradition der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit .....	140
bb.) Die bewährte Tradition der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit als Differenzierungsgrund im Sinne des Art. 3Abs. 1 GG ....	143
 <b>Kapitel 5 Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Investitionsschiedsgerichten im Zusammenhang mit dem Comprehensive Economic and Trade Argeament (CETA) und dem Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) .....</b>	147
I.) Ablehnende Stimmen .....	148
II.) Investment Court System .....	151
III.) Stellungnahme zu den ablehnenden Meinungen .....	153
1.) Die Transparenz der Investitionsschiedsgerichte .....	154
2.) Souveränitätsverlust durch Schiedsgerichte.....	156
3.) Pflicht des Bundes zur Förderung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit .....	159
IV.) Der Justizgewährungsanspruch in Zusammenhang mit den Investitionsschiedsgerichten .....	160
V.) Die europarechtliche Zulässigkeit der Investitionsschiedsgerichte, Vereinbarkeit mit Art. 23 GG.....	162
VI.) Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Lichte des europäischen Rechts.....	163
VII.) Vorteile/Nachteile der Investitionsschiedsgerichte.....	172
 <b>Kapitel 6 Schlussbetrachtung .....</b>	175
<b>Bibliographie .....</b>	183

# **Einleitung**

## I.)

Die Schiedsgerichtsbarkeit weist eine lange Tradition auf und hat sich in der Realität des Rechtslebens weit verbreitet; Schiedsgerichte existieren – insbesondere im internationalem – Handelsrecht, in der – auch internationalen – Sportwelt, im Bereich des Kartellrechtes, im Rahmen von Vereinen und Verbänden, in juristischen Gesellschaften, im Bereich des Patent- und Urheberrechtes und des Arbeitsrechtes. Erhebliche Diskussionen haben sich bezüglich von Schiedsgerichten in internationalen Handelsabkommen ergeben.

- 1) Angesichts der faktischen Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit soll ihre Zulässigkeit in Bezug auf das Verfassungsrecht untersucht werden.

Dabei ergeben sich bezüglich der einzelnen Bereiche, in denen Schiedsgerichte existent sind oder werden sollen, jeweils spezielle Problematiken: Zahlenmäßig am bedeutendsten sind handelsrechtliche Schiedsgerichte, die – auch international – auf eine Tradition der Rechtssetzung zurückblicken können, in der sich das Bestreben ausdrückte, eine internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit zu etablieren. Bei der Untersuchung der Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit ist zu betrachten, dass durch die Ernennung von Schiedsrichtern durch die Parteien, u.U. besondere Beziehungen eine Rolle spielen, die einer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters entgegenstehen können. Hier sind die Möglichkeiten der Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Befangenheit zu prüfen, insbesondere auch die Möglichkeit der Aufhebung des Schiedsspruchs gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO wegen Verstoßes gegen den ordre public. Dafür ist zu untersuchen, ob die Unabhängigkeit und Neutralität des Schiedsrichters nur dem Interesse der Parteien oder auch dem öffentlichen Interesse dient. Bei der zweiten Alternative könnte ein Verstoß gegen den

ordre public gegeben sein, wenn der Schiedsrichter nicht unparteiisch gehandelt hat.

Im Kartellrecht sind Schiedsgerichte durch die erfolgten Gesetzesänderungen insoweit ausgeschlossen, als es um verwaltungsrechtliche Verfahren gegen Verfügung der Kartellbehörden geht; die Zivilgerichte sind durch gesetzliche Anordnung ausschließlich zuständig. Wegen der gesetzlichen Beseitigung des Unterschieds zwischen Kartellrechtsstreitigkeiten und solchen mit kartellrechtlichen Vorfragen ist die ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte gegeben.

Bei öffentlich-rechtlichen Schiedsgerichten ist zwischen echten – aufgrund eines entsprechenden Parteiwilens gebildeten – und unechten Schiedsgerichten zu unterscheiden, die aufgrund gesetzlicher Anordnung zuständig sind.

Bei Vereins- und Verbandsschiedsgerichten ist zu beachten, dass es sich bei ihnen um Vereinsorgane handeln kann; die Abgrenzung von solchen Organen und tatsächlichen Schiedsgerichten ist zu definieren.

Bei gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichten stellen Beschlussstreitigkeiten ein Problem dar. Der BGH hat hierzu eine wechselnde Rechtsprechung entwickelt; wegen der Wirkungserstreckung der Entscheidungen in derartigen Rechtsstreitigkeiten gemäß § 248 AktG ist sicherzustellen, dass allen Gesellschaftern und Geschäftsführern, für die die Entscheidung Wirkung entfaltet, Rechtsschutzmöglichkeiten gewährt werden.

Bei Patentrechtsstreitigkeiten ist das europäische Patentübereinkommen zu beachten, das die Möglichkeit, Schiedsgerichte in diesem Bereich zu bilden, einschränkt.

2) Die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit wurde weitgehend auf der Grundlage der Privatautonomie bejaht. Den Parteien sei es gestattet, ihre bürgerlich-rechtliche Beziehungen durch Vertrag oder auch durch Schiedsrichter autonom zu regeln<sup>1</sup>.

Nach der Reform des Schiedsverfahrensrechtes zum 01.01.1998 sind Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit geäußert worden. Nach Hesselbarth<sup>2</sup> war es bis zur Reform allgemeine Meinung<sup>3</sup>, dass die Schiedsge-

---

<sup>1</sup> Geimer/Zöller, Vor § 1025, Rdn. 3

<sup>2</sup> Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, Dis: Jena 2004

<sup>3</sup> Nachweise a.a.O., S. 13 Fn. 43

richtsbarkeit verfassungsgemäß ist. Für das reformierte Schiedsverfahrensrecht lehnt sie dies u.a. in Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG, den allgemeinen Justizgewährungsanspruch und Art. 20 GG ab<sup>4</sup>.

Auch Detterbeck äußerte in Hinblick auf das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz vom 22.12.1997 verfassungsrechtliche Bedenken<sup>5</sup>.

Da § 1030 Abs. 1 ZPO bestimme, dass jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein könne, werde die Schiedsgerichtsbarkeit von der Vergleichsbefugnis losgelöst und eine aus sich selbst heraus begründete Entscheidungsbefugnis eingeräumt.

Dieser Auffassung liegt der Zweifel zugrunde, dass bei einer Unabhängigkeit der Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit von der Vergleichsbefugnis der Parteien nicht mehr das Argument der Privatautonomie hinreichend berücksichtigt ist. Kommt es nicht mehr auf die Verfügungsbefugnis der Parteien an, tritt der Gesichtspunkt der Privatautonomie in den Hintergrund.

Im weiteren Gang der Untersuchung ist daher die Frage zu klären, ob der Entfall der Vergleichsbefugnis als Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit tatsächlich das Argument der Privatautonomie einschränkt oder gar beseitigt.

Hierzu ist der Umfang der Privatautonomie näher in den Blick zu nehmen, d.h. ob diese nur gewahrt ist, wenn der Streitgegenstand der Vergleichsbefugnis der Parteien unterliegt oder die Privatautonomie noch in anderweitigem Bezug relevant ist. Dabei kommt es auch darauf an, warum die objektive Schiedsgerichtsfähigkeit in der Vergangenheit erforderte, dass sich die Parteien über den Streitgegenstand vergleichen konnten. Denn die Einschränkung der Privatautonomie durch die Voraussetzung der Vergleichsbefugnis kann nicht grundlos erfolgen. Daher ist zu klären, wann eine Vergleichsbefugnis nach bisheriger Gesetzeslage angenommen werden konnte. Jedenfalls führte die Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit durch die Voraussetzung der Vergleichsbefugnis zu einer Fragestellung in Hinblick auf Art. 2 GG; es ist daher von Bedeutung, ob in Anbetracht dieses Bezu-

---

<sup>4</sup> a.a..O., S. 15 ff

<sup>5</sup> Sachs, Komm. GG, Art. 92, Rdn. 29

ges die Vergleichsbefugnis als Voraussetzung für die objektive Schiedsfähigkeit aufrechterhalten werden konnte.

Die Beantwortung dieser Frage hat auch Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit angesichts der Artt. 101 und 92 GG, sowie des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs, dessen Existenz ebenfalls zu erörtern ist. Dabei ist zu untersuchen, in welchen Bezügen die Privatautonomie relevant ist.

Besondere Probleme in Bezug auf das Argument der Privatautonomie bestehen im Zusammenhang mit der arbeitsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit, die von den Tarifvertragsverbänden verabredet werden kann, ohne dass die der Schiedsklausel unterworfenen Personen bei deren Vereinbarung mitgewirkt haben, bei denen also die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes für ihre Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis nicht auf einem Akt ihrer Privatautonomie beruht.

Zur Lösung dieses Gesichtspunktes sind einige Überlegungen in der Vergangenheit angestellt worden – Gedanke der Unterwerfung, das Kriterium des Beitritts –, die nicht zur Klärung dieses Problems hinreichend beitragen.

In dieser Untersuchung wird ein Lösungsvorschlag erarbeitet werden. Dabei spielt die Legitimierung der Leitung der Koalitionen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG zum Abschluss von Tarifverträgen eine wesentliche Rolle. Es ist daher zu untersuchen, ob und welche Legitimierung Tarifvertragsparteien haben, um für ihre Mitglieder verbindliche Vereinbarungen abzuschließen. Eine mögliche Lösung könnte eine demokratische Legitimation darstellen. Dies setzt voraus, dass die Tarifvertragsparteien demokratische Strukturen aufzuweisen haben. Dies ist näher zu betrachten.

Das Problem der fehlenden autonomen Entscheidung der Parteien des Rechtsstreits zugunsten der arbeitsgerichtlichen Schiedsgerichtsbarkeit stellt sich in Bezug auf die Außenseiter bei einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung der tariflichen Schiedsklausel im besonderen Maße. Es ist daher zu erörtern, ob eine tarifliche Schiedsklausel für allgemeinverbindlich erklärt werden kann. Auch ist zu prüfen, ob die Nachwirkung des Tarifvertrages nach Austritt eines Mitglieds aus der Tarifvertrags-Partei verfassungsrechtlich Bestand haben kann.

Auch dabei ist näher zu betrachten, ob die Legitimation der Spitzen der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände zum Abschluss

von Tarifverträgen insoweit in Hinblick auf das Verfassungsrecht eine Rolle spielt.

In Bezug auf § 101 ArbGG stellt sich das Problem, dass in Tarifverträgen Schiedsgerichte nur bei wenigen Berufsgruppen (nunmehr nur noch bei der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit) zulässig sind, bei allen anderen Berufen jedoch nicht. Den arbeitsrechtlichen Koalitionen bei diesen Berufsgruppen, denen es gestattet ist, eine Schiedsklausel in den Tarifverträgen zu vereinbaren, ist mithin ein Recht eingeräumt, das allen anderen nicht zusteht. Dies stellt eine Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG dar. Eine Ungleichbehandlung ist nur zulässig, wenn hierfür wenigstens ein verhältnismäßiger Grund vorliegt. Es ist zu untersuchen, ob ein derartiger Grund in Form der Besonderheiten des Bühnenarbeitsrechtes oder der Tradition der Bühnen- und (ehemals) Seeschiedsgerichtsbarkeit gegeben ist.

Im Rahmen der Sportschiedsgerichtsbarkeit stoßen die verfassungsrechtlichen Fragen in der Regel mit solchen des Kartellrechts, des Europarechts und des Art. 12 GG zusammen. Es ist eine Lösung zu entwickeln, die sämtliche Fragestellungen zugleich befriedigend beantwortet. Dabei geht es im Zusammenhang mit dem Europarecht und Art. 12 GG ebenfalls um den Gesichtspunkt der Privatautonomie. Des Weiteren ist – insbesondere hinsichtlich des Kartellrechts – die Abwägung zwischen dem Eingriff in die Privatautonomie einerseits und dem Bedürfnis an fairem Sport und Sicherung der Gesundheit der Sportler zu erörtern.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Investitionsschiedsgerichten im Zusammenhang mit dem Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) und dem Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) wird zum Teil verneint.

Die meisten Stimmen, die eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Investitionsschiedsgerichte verneinen, finden sich allerdings nicht in der Fach-, sondern in der Tagespresse. Diese Stimmen sind der Auffassung, dass diese Schiedsgerichtsbarkeit sich als „Hinterzimmerjustiz“ darstelle und die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtige. Es ist darzulegen, ob und wie diese Schiedsverfahren transparent sind und ob sie sich im Rahmen der Gewaltenteilung bewegen und damit mit der Souveränität der Bundesrepublik Deutschland im Einklang stehen. Auch ist zu prüfen, ob derartige Schiedsge-

richte sich in Übereinstimmung mit europäischem Recht – in Hinblick auf die endgültige Entscheidungskompetenz des EuGH – befinden und inwieweit der allgemeine Justizgewährungsanspruch derartigen Schiedsgerichten entgegensteht, was voraussetzt, dass dieser Anspruch im Zusammenhang mit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit tatsächlich besteht. Zu beachten ist auch die ICSID-Convention, denn die Bundesrepublik ist hier Vertragsstaat. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch die Pflicht des Bundes zur Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit gemäß Art. 24 Abs. 3 GG.

## II.)

Im Rahmen des Gangs der Untersuchung werden zunächst im ersten Kapitels die Bedeutung, die Funktion und die Erscheinungsformen der Schiedsgerichtsbarkeit, und ihre Vor- und Nachteile dargelegt.

Das zweite Kapitel richtet den Blick auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit in Hinblick auf Artt. 101 Abs. 1 S. 2 GG und 92 GG und auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch, dessen Existenz dargelegt wird.

Im dritten Kapitel werden die Besonderheiten der Sportschiedsgerichtsbarkeit behandelt.

Das vierte Kapitel widmet sich den Problemen der arbeitsgerichtlichen Schiedsgerichtsbarkeit, auch in Hinblick auf eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines einer Schiedsklausel enthaltenen Tarifvertrages und bezüglich Art. 3 Abs. 1 GG wegen der Begünstigung der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit im Verhältnis zu Tarifverträgen anderer Berufszweige.

Das fünfte Kapitel befasst sich mit der Zulässigkeit von Investitionsschiedsgerichten, u. a. auch in Hinblick auf das Europarecht.

Im sechsten Kapitel werden im Rahmen einer Schlussbetrachtung die gefundenen Ergebnisse ausgewertet.

# **Kapitel 1 Die Bedeutung und Funktion einer Schiedsgerichtsbarkeit**

## **I.) Die Bedeutung und Funktion einer Schiedsgerichtsbarkeit**

### **1.) Funktion, Erscheinungsformen und Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit**

Schiedsgerichte sind Privatgerichte, denen die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten anstelle staatlicher Gerichte durch private Willenserklärungen übertragen ist, d.h. die durch übereinstimmenden Parteiwillen gebildet werden.

Schiedsgerichte werden teilweise als die ursprünglichste Art der Gerichtsbarkeit bezeichnet<sup>6</sup>.

Für die Entscheidung zivilrechtlicher Streitigkeiten werden Schiedsgerichte gemäß den §§ 1025 ff. ZPO gebildet<sup>7</sup>.

Zivilrechtliche Streitigkeiten treten in diversen Zusammenhängen auf, so dass auch Schiedsgerichte in unterschiedlichsten Umfeldern existieren: u.a. handelsrechtliche, vereinsrechtliche, gesellschaftsrechtliche, patentrechtliche und sportrechtliche Schiedsgerichte.

#### **a.) Handelsrechtliche Schiedsgerichte**

Zahlenmäßig sind handelsrechtliche Schiedsgerichte am bedeutendsten.

Insbesondere bei internationalen Rechtsstreiten hat die Schiedsgerichtsbarkeit eine große Bedeutung und wird von den Parteien umfänglich genutzt. Dementsprechend gibt es seit langen Bemühungen, die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zu ordnen.

---

<sup>6</sup> Schwab/Walter/Baumbach, S. 3, Rdn. 7; ebenso: Habscheid, NJW 1962, S. 7

<sup>7</sup> Schwab/Walter/Baumbach, S. 1, Rdn. 1

Nach dem ersten Weltkrieg erfolgten Bestrebungen, die die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in ganz erstaunlicher Weise zur Entfaltung gebracht haben. Diese Bestrebungen wurden durch den Europarat unterstützt.

Der Völkerbund forderte ein internationales Statut der Schiedsgerichtsbarkeit. Das führte zum Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln vom 24.09.1923<sup>8</sup> und zum Genfer Protokoll zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26.09.1927<sup>9</sup>. Damit sollten die bestehenden Rechtsunterschiede, die die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit behinderten, beseitigt werden.

Der Europarat wollte die Tätigkeit fortsetzen; als der von ihm eingereichtete Sachverständigenausschuss am 10.11.1958 erstmals zusammensrat, hatten bereits die Vereinten Nationen das Übereinkommen vom 10.06.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche<sup>10</sup> verabschiedet<sup>11</sup>.

Gleichwohl legte der Straßburger Sachverständigenausschuss ein einheitliches Gesetz über die Schiedsgerichtsbarkeit vor. Es sah vor, dass jede Streitigkeit Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, wenn über die Streitigkeit ein Vergleich geschlossen werden kann. Damit wurde deutlich gemacht, dass die Kompetenz eines Schiedsgerichtes auf dem übereinstimmenden freien Willen der Parteien beruhen muss<sup>12</sup>. Des Weiteren wurde bestimmt, dass eine Schiedsvereinbarung unwirksam ist, wenn einer Partei bei der Bestellung der Schiedsrichter ein Übergewicht eingeräumt wird. Auch enthielt das Gesetz die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit vor dem staatlichen Gericht. Außerdem sah das Gesetz vor, dass die Auswahl der Schiedsrichter grundsätzlich Sache der Parteien ist<sup>13</sup>. Nach dem Grundsatz der Parteienautonomie bestimmte Art. 15, dass die Parteien die Verfahrensregeln festlegen.

Als einziges Rechtsmittel sah der Entwurf eine Aufhebungsklage vor.

---

<sup>8</sup> RGBl 1925 II, 47

<sup>9</sup> RGBl 1930 II, 1068

<sup>10</sup> BGBl 1961 II, 121

<sup>11</sup> Arnold, NJW 1967, S. 142

<sup>12</sup> Arnold, a.a.O., S. 144

<sup>13</sup> Arnold, a.a.O., S. 145

Obgleich damit der Gesetzesentwurf weitestgehend den deutschen Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit in der ZPO entsprach, wurde er von dem Arbeitsausschuss der IHK abgelehnt, weil er gegenüber dem bewährten deutschen Recht keine Verbesserung enthielt, damit als überflüssig angesehen wurde. Auch die internationale Handelskammer in Paris äußerte Kritik, weil damit nur ein Teilgebiet des internationalen Vertrags- und Verfahrensrechts vereinheitlicht wurde. Ein solches Teilgebiet besonders zu vereinheitlichen wurde als problematisch angesehen<sup>14</sup>.

Die Bemühungen einer Vereinheitlichung wurden in der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung fortgesetzt. Die ZPO-Reform vom 01.01.1998 beruhte auf der Übernahme der UNCITRAL-rules<sup>15</sup>.

Die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) hat die UNCITRAL Arbitration Rules am 28.04.1976 verabschiedet. Es handelt sich um eine Schiedsordnung. Hintergrund für die Entwicklung dieser Regeln war, dass die Entwicklungsländer nicht die Schiedsgerichtsbarkeitsstrukturen der in Europa und den USA ansässigen Schiedsgerichtsorganisationen übernehmen wollten, unabhängig davon wurden die UNCITRAL-Rules auch von Parteien aus den Industrieländern favorisiert<sup>16</sup>. Diese Regeln sahen u.a. vor:

Der Sitz des Schiedsgerichtes wird durch die Parteien bestimmt; dies ist für Art. V Abs. 1 lit. d des UNÜ von Bedeutung. Nach dieser Vorschrift ist bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche zu prüfen, ob die Bildung des Schiedsgerichtes oder das schiedsrichterliche Verfahren dem Recht desjenigen Landes, in dem das Verfahren stattfand, entsprochen hat.

Ebenso werden die Schiedsrichter durch die Parteien ernannt. Kommt die beklagte Partei dem nicht nach, ist eine Appointing Authority erforderlich. Hierzu haben sich die bestehenden Institutionen (International Chamber of Commerce, London Court of International Arbitration, das Internationale Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft – Wien, die American Arbitration Association, Stockholmer Chamber of Commerce und die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit) bereiterklärt.

---

<sup>14</sup> Arnold, a.a.O., S. 146

<sup>15</sup> Kreindler/Mahlich, NJW 1998, 563 (566)

<sup>16</sup> Lionnet BB 1993, Beilage 17, S. 9

Vorgesehen ist ein Dreiertribunal, es sei denn, die Parteien haben sich für einen Einzelschiedsrichter entschieden, damit die Parteien bei niedrigen Streitwerten entsprechend Kosten sparen<sup>17</sup>. Durch die Priorität des Dreitribunals wird das Recht jeder Partei zur Ernennung ihres Schiedsrichters bestärkt.

Da die deutsche und fast alle nationalen Rechtsordnungen der Welt Schiedsgerichte gestatteten, wurden zunehmend Streitigkeiten mit großer wirtschaftlicher Tragweite zum überwiegenden Teil in der Schiedsgerichtsbarkeit ausgetragen<sup>18</sup>. In bestimmten Wirtschaftszweigen wurden fast alle brancheninternen Verträge mit Schiedsklausel abgeschlossen. Noch mehr nutzte die deutsche Wirtschaft Schiedsgerichtsbarkeit bei Verträgen mit ausländischen Partnern<sup>19</sup>.

Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit zeigt sich auch in den von der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) veröffentlichten Zahlen. Allein beim DIS wurden im Jahre 1998 42 neue Schiedsgerichtsverfahren eingeleitet; die Anzahl der neuen Verfahren steigerte sich auf 176 im Jahre 2009. Im Jahre 2010 ging es um Schiedsklagen mit Streitwerten von € 2.856 bis € 650.000. Danach belief sich der Gesamtstreitwert aller beim DIS eingeleiteten Verfahren auf jährlich jeweils mehr als € 1 Mrd.:

2010: € 1,090 Mrd.  
2009: € 1,172 Mrd.

Einschließlich der bei den Industrie- und Handelskammern eingereichten Schiedsklagen betrug der Gesamtstreitwert in 2010 € 1,117 Mrd. und 2009 € 1,225 Mrd. In den weiteren Jahren wurden beim DIS jeweils an Schiedsverfahren durchgeführt:

2015: 140  
2014: 147  
2013: 132  
2012: 125<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Lionnet, a.a.O., S. 10

<sup>18</sup> Böckstiegel, BB 1992, Beilage 15, S. 5

<sup>19</sup> Böckstiegel, a.a.O., S. 7

<sup>20</sup> [www.disarb.org](http://www.disarb.org)

Neben dem DIS existieren international weitere schiedsgerichtliche Institutionen: z.B. International Chamber of Commerce (ICC), American Arbitration Association (AAA) und London Court of International Arbitration (LCIA).

Schiedsgerichte werden in der Regel ad hoc gebildet; daneben existieren auch Institutionelle Schiedsgerichte, wie z.B. das Schiedsgericht des Waren-Vereins der Hamburger Börse e.V. (Bundesverband des Groß- und Außenhandels mit Konserven, Tiefkühlprodukten, Schalenobst, Bioprodukten, Trockengemüse, Gewürzen, Backsaaten und verwandten Waren).

### b.) Sportschiedsgerichtsbarkeit

Im Bereich des Sports existieren eine internationale und eine nationale Schiedsgerichtsbarkeit.

Sportgerichte sind als vertragliche oder verbandliche Schiedsgerichte zulässig<sup>21</sup>.

International wurde auf Initiative des Internationalen Olympischen Komitees (IOC) das Tribunal Arbitral du Sport (TAS) bzw. Court of Arbitration for Sport (CAS) gegründet. 1983 ratifizierte das IOC die Statuten des CAS. Das CAS besteht aus 60 Mitgliedern, die zu jeweils 15 Personen von dem IOC, den International Federations, den Nationalen Olympischen Komitees benannt werden. Die Kosten des CAS werden durch das IOC getragen.

Mit dem Paris Agreement vom 22.06.1994 wurde durch das IOC, durch die Association of Summer Olympic International Federations, durch die Association of International Winter Sports Federations und die Association of National Olympic Committees, das International Council of Arbitration for Sport (ICAS) gegründet; das ICAS ist das höchste Organ des CAS. Die Präambel des Paris Agreements lautet:

*“with the aim of facilitating the resolution of disputes in the field of sport, an arbitration institution entitled the “Court of Arbitration for Sport” (hereinafter the CAS) has been created, and that, with the aim of ensuring the protection of the rights of the parties before the CAS and the absolute independence of this institution, the parties have decided by mutual agreement to create a Foundation for international sports-related arbitration, called*

---

<sup>21</sup> Deutsch, VersR 1990, 6

*the “International Council of Arbitration for Sport” (hereinafter the ICAS), under the aegis of which the CAS will henceforth be placed.”<sup>22</sup>,<sup>23</sup>*

National besteht das deutsche Sportschiedsgericht, das bei der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit angesiedelt und damit von den Sportverbänden unabhängig ist.

Die Gründung des deutschen Sportschiedsgerichts beruht auf einer Initiative der Stiftung Nationale Anti-Doping Agentur und des DIS. Für das Verfahren besteht eine DIS-Schiedsgerichtsordnung, die u.a. auch ein Rechtsmittelverfahren (§§ 45 ff) vorsieht. Im Anhang 1 ist die Bildung eines Ernennungsausschusses vorgesehen, der aus drei Mitgliedern besteht und vom Vorsitzenden des DIS-Beirates ernannt wird. Gegen die Entscheidung des Ernennungsausschusses ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen. In Doping-Fällen wird der CAS als Rechtsmittelinstanz empfohlen.

### c.) Öffentlich-rechtliche Schiedsgerichte

Auch bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten können Schiedsgerichte gebildet werden<sup>24</sup>. Dies ergibt sich aus § 168 Abs. 1 Ziffer 5 VwGO, nach dem eine Vollstreckung auch aus für vollstreckbar erklären Schiedssprüchen öffentlich-rechtlicher Schiedsgerichte erfolgen kann. Dabei wird im öffentlich-rechtlichen Bereich zwischen echten und unechten Schiedsgerichten unterschieden. Ein echtes Schiedsgericht wird aufgrund eines übereinstimmenden Parteiwillens gebildet. Bei unechten Schiedsgerichten handelt es sich um solche, die aufgrund gesetzlicher Anordnung zuständig sind (§ 38 a Vermögensgesetz, § 71 Wasser-verbundsgesetz, § 16 i Tierschutzgesetz). Alle diese Vorschriften, die eine Schiedsgerichtsbarkeit anordnen, verweisen auf §§ 1025 ff ZPO.

---

<sup>22</sup> [www.tas-cas.org](http://www.tas-cas.org)

<sup>23</sup> Mit dem Ziel, die Lösung von Streitfällen auf dem Gebiet des Sports zu erleichtern, wurde eine Schiedsgerichtsinstitution genannt „Court of Arbitration for Sports“ (nachstehend CAS) erschaffen und das mit dem Ziel, den Schutz der Rechte der Parteien vor dem CAS und die absolute Unabhängigkeit dieser Institution sicherzustellen, haben die Parteien durch wechselseitige Übereinkunft entschieden, eine Stiftung für eine internationale Sport-zugehörige Schiedsgerichtsbarkeit, genannt „Internationaler Rat der Schiedsgerichtsbarkeit für den Sport“ (nachstehend: ICAS) zu gründen, unter dessen Federführung der CAS fortan platziert wird.

<sup>24</sup> Pietzner in: Schoch/Schneider/Bier, Komm. VwGO, § 168, Rdn. 32

Dementsprechend erfolgt in diesen Fällen die Einsetzung eines Schiedsgerichtes durch Vertrag der Parteien<sup>25</sup>. § 168 Abs. 1 Nr. 5 VwGO gilt für die unechten Schiedsgerichte nicht; es handelt sich bei ihnen um besondere Verwaltungsgerichte, für deren Verfahren – einschließlich der Vollstreckung – die gesamten Vorschriften der VwGO gelten<sup>26</sup>. Bei der Vereinbarung eines öffentlich-rechtlichen Schiedsgerichtes kommt es nicht darauf an, ob zwischen den Parteien ein Subordinationsverhältnis oder eine Ebene der Gleichordnung besteht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Parteien einen Vergleich gemäß § 55 VwVfG hätten schließen können<sup>27</sup>.

Auch bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten bedürfen Schiedssprüche für eine Vollstreckung einer Vollstreckbarkeitserklärung aufgrund der §§ 173 VwGO, 1060 ZPO bei den echten Schiedsgerichten und durch den Verweis auf §§ 1025 ff ZPO in den vorgenannten Normen, die eine unechte Schiedsgerichtsbarkeit anordnen.

Eine der VwGO vergleichbare Situation existiert bei der Finanz- und der Sozialgerichtsbarkeit nicht<sup>28</sup>. In § 199 SGG und in § 151 FGO sind Schiedssprüche als Vollstreckungstitel nicht erwähnt<sup>29</sup>.

#### d.) Kartellrechtliche Schiedsgerichte

Auch bei öffentlich-rechtlichen kartellrechtlichen Streitigkeiten ist die Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen. Zwar handelt es sich bei der Beschwerde gemäß § 63 GWB gegen Verfügungen der Kartellbehörden ebenfalls um ein Verwaltungsstreitverfahren, auf das jedoch die VwGO – nicht einmal ergänzend – Anwendung findet<sup>30</sup>. Aus den eigenständigen, ausschließlichen Regelungen des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens ergibt sich, dass für den Rechtsschutz in Kartellsachen aus-

---

<sup>25</sup> Nolting, BB 1992, Beilage 15, S. 15

<sup>26</sup> Pietzner, a.a.O., § 168, Rdn. 33; Heckmann in: Sodan/Ziekow, Komm. VwGO, § 168, Rdn. 56; Kraft in: Eyermann, Komm. VwGO, § 168, Rdn. 16; Bamberger in: Wysk, Komm. VwGO, § 168, Rdn. 10

<sup>27</sup> Heckmann, a.a.O., § 168, Rdn. 55

<sup>28</sup> Schwab/Walter/Baumbach, S. 2, Rdn. 3

<sup>29</sup> Pietzner, a.a.O., § 168, Rdn. 1

<sup>30</sup> BGHZ 50, 357 (361 f.); Kollmorgen in: Langen/Bunte, Komm. GWB, § 63, Rdn. 3

schließlich die §§ 63 ff GWB gelten und damit nur die Zivilgerichte zuständig sind<sup>31</sup>.

Ehemals waren jedoch gemäß der damaligen Fassung des § 91 GWB Schiedsgerichte befugt, in kartellrechtlichen Fragen zu entscheiden, soweit es sich um bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten mit kartellrechtlichen Fragen gehandelt hat (z.B. § 20 GWB)<sup>32</sup>.

Allerdings schrieb § 91 Abs. 1 S. 1 GWB vor, dass ein Schiedsgericht nur zulässig ist, wenn jedem Beteiligten das Recht gegeben ist, eine Entscheidung durch das ordentliche Gericht zu verlangen. Damit sollte verhindert werden, dass Kartelle mit Schiedsklauseln gebildet werden und auf diesem Weg kartellrechtliche Streitigkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen werden<sup>33</sup>. Die Folge war, dass die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit nicht durchgriff, wenn eine entsprechende Klausel fehlte<sup>34</sup>. Gemäß § 91 Abs. 1 S. 2 GWB bedurfte es bei ausländischen Schiedsgerichten der Erlaubnis der Kartellbehörde (Bundeskartellamt).

Nunmehr sieht § 91 GWB vor, dass bei den Oberlandesgerichten ein Kartellsenat gebildet wird, der über gemäß §§ 57 Abs. 2, 63 Abs. 4, 83, 85 und 86 GWB zugewiesene Rechtsstreitigkeiten entscheidet. Ebenso ist beim BGH ein Kartellsenat zu bilden (§ 94 GWB). Diese Zuständigkeiten sind gemäß § 95 GWB ausschließliche.

Diese mit der 6. GWB-Novelle vom 01.01.1999 vorgenommene Änderung hatte zum Hintergrund, dass die Schwierigkeiten, die sich aufgrund der Unterscheidung zwischen Kartellrechtssachen und Streitigkeiten mit kartellrechtlicher Vorfrage ergaben, beseitigt wurden. Bei Streitigkeiten mit kartellrechtlicher Vorfrage musste das Verfahren zur Klärung der Vorfrage ausgesetzt werden. Dieses umständliche Verfahren wurde durch die Novelle beseitigt. Nunmehr sind die Kartellgerichte ausschließlich zuständig, auch wenn das Verfahren nur von einer kartellrechtlichen Vorfrage abhängig ist<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> OVG Berlin, WuW/E VG 385–388; Kollmorgen, a.a.O., § 63, Rdn. 4

<sup>32</sup> BGHZ 37, 194 (198) – „SPAR“; BGHZ 46, 365 (368) – „Schweißbolzen“; BGH BB 1972, 1295 (1296) – „Eiskonfekt“, BGHZ 30, 89 (95) – „Flugplatz“

<sup>33</sup> Habscheid, NJW 1962, S. 10

<sup>34</sup> Kühn, BB 1987, 621

<sup>35</sup> Bornkamm in: Langen/Bunte, § 87, Rdn. 5 f

## e.) Vereins- und Verbandsschiedsgerichte

### aa.) Vereins und Verbandsschiedsgerichte

Schiedsgerichtsklauseln finden sich des Weiteren in Vereins- bzw. Verbandssatzungen und in Gesellschaftsverträgen.

Insoweit bestanden in der Vergangenheit Formprobleme. Mit der Novelle von 1933 wurden in § 1027 ZPO für Schiedsvereinbarungen strenge Formvorschriften eingeführt, die Jahrzehntelang galten<sup>36</sup>. § 1027 in der damaligen Fassung war gültig bis 31.12.1997.

Gleichwohl wurde vertreten, dass die Formvorschriften dieser Norm – Schriftform und gesonderte Urkunde – bei satzungsgemäßen Schiedsklauseln nicht erforderlich war<sup>37</sup>. Nunmehr ist die Form von Schiedsvereinbarungen in § 1031 ZPO, gültig ab 25.04.2013, geregelt.

Danach ist ein von den Parteien unterzeichnetes Dokument erforderlich. Es genügt aber die „halbe Schriftform“, d.h. die Schiedsklausel ist in einem von einer Partei übersandten Schriftstück enthalten, das – nachdem es unwidersprochen geblieben ist – nach der Verkehrssitte als Vertragsinhalt anzusehen ist (z.B. kaufmännisches Bestätigungsschreiben)<sup>38</sup>.

Auch reicht die Bezugnahme auf ein Schriftstück (z.B. die Vereins-/Verbandssatzung), aus dem der Gegenpartei klar wird bzw. klar werden kann, dass anstelle des staatlichen Gerichtes die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes gegeben ist<sup>39</sup>. Wird durch die Satzung eine auf das Mitgliedschaftsverhältnis bezogene Streitigkeit einem Schiedsgericht zugewiesen, handelt es sich um ein außervertragliches Schiedsgericht i.S.d. § 1066 ZPO. Vereins- oder Verbandsgerichte sind keine Schiedsgerichte i.S.d. §§ 1025 ff ZPO, sondern Vereinsorgane, denen bestimmte Verwaltungs- bzw. Disziplinarmaßnahmen übertragen wurden. Aufgrund des § 1066 ZPO gelten die §§ 1025 ff ZPO für sie

<sup>36</sup> § 1027 ZPO in der Fassung vom 01.01.1964 lautete: Der Schiedsvertrag muss ausdrücklich geschlossen werden und bedarf der Schriftform. Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das schiedsgerichtliche Verfahren beziehen, darf die Urkunde nicht enthalten.

<sup>37</sup> Nicklisch, BB 1972, 1285

<sup>38</sup> Geimer in: Zöller, § 1031, Rdn. 8

<sup>39</sup> Geimer in: Zöller, § 1031, Rdn. 10; eine fehlende Unterzeichnung des Vereinsmitglieds hindert die Verbindlichkeit des Schiedsgerichts nicht – OLGR Hamburg 2001, 196

gleichwohl, wenn das Vereinsgericht tatsächlich als Schiedsgericht anzusehen ist.

Dies ist nur der Fall, wenn das Schiedsgericht den Parteien als neutraler Dritter gegenüber steht, also als unabhängige und unparteiliche Instanz ausgestaltet ist; läuft ein Schiedsverfahren darauf hinaus, dass der Verein/Verband in eigener Sache Richter ist, liegt bereits begrifflich kein Schiedsverfahren, sondern ein Organhandeln vor. Auf eine solche Vereins- oder Verbandsgerichtsbarkeit finden §§ 1025 ff ZPO keine Anwendung<sup>40</sup>.

Damit bestehen auch keine Probleme in Hinblick auf § 1031 ZPO. Handelt es sich bei den Vereins-/Verbandsschiedsgerichten aufgrund einer entsprechenden satzungsgemäßen Ausgestaltung tatsächlich um ein Schiedsgericht i.S.d. §§ 1025 ff ZPO, unterwirft sich das Vereins-/Verbandsmitglied durch eine Beitrittserklärung freiwillig dieser Schiedsgerichtsbarkeit<sup>41</sup>. Der Formvorschrift des § 1031 ZPO ist genügt, wenn die Beitrittserklärung auf die die Schiedsklausel enthaltende Satzung Bezug nimmt. Die Rechtsprechung hat Vereinsschiedsgerichten weitgehende Autonomie zugestanden<sup>42</sup>.

### **bb.) Gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichte (Beschlussmängelstreitigkeiten)**

Bei Schiedsgerichtsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen liegt eine freiwillige Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit insoweit vor, als der Gesellschafter den die Schiedsklausel enthaltenen Gesellschaftsvertrag freiwillig abgeschlossen hat.

Verschiedene Auffassungen bestehen zu der Frage, ob Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen Gesellschafterbeschlüsse in der GmbH beim Schiedsgericht geführt werden können.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zum einen zu beachten, dass Schiedsgerichte zu staatlichen Gerichten im Verhältnis der funktionalen Äquivalenz stehen<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> BGH NJW 2004, 2226 (2227) – BGHZ 159, 207 (210 f.)

<sup>41</sup> Nicklisch, BB 1972, 1290

<sup>42</sup> OLG München, MDR 1973, 405; BGHZ 29, 352 (355)

<sup>43</sup> Geimer, a.a.O., § 1030, Rdn. 10 a

Dementsprechend hat die Rechtsprechung Beschlussmängel-Streitigkeiten als schiedsfähig bezeichnet<sup>44</sup>.

Zu berücksichtigen ist hingegen des Weiteren, dass auch in der GmbH für solche Streitigkeiten §§ 241 ff AktG angewendet werden. Gemäß § 248 Abs. 1 S. 1 AktG wirkt das Urteil gegen alle Gesellschafter, sowie alle Mitglieder der Geschäftsführung, auch wenn sie nicht Partei des Rechtsstreits waren.

Die Wirkung der schiedsrichterlichen Entscheidung würde sich auf Dritte erstrecken, die nicht Partei des Rechtsstreits gewesen sind, es sei denn, es hat sich um ein Mehrparteien-Schiedsgericht gehandelt oder Drittschutz wäre durch eine Nebenintervention möglich gewesen<sup>45</sup>.

Dies ist erforderlich, da § 246 Abs. 3 S. 3 AktG vorschreibt, dass mehrere Anfechtungsprozesse zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden sind. Diese Regelung ist unverzichtbar, da zu vermeiden ist, dass es bei der Anfechtung eines und desselben Beschlusses zu unterschiedlichen Urteilen kommt, so dass ggf. der Beschluss gegenüber einigen Gesellschaftern oder der Gesellschaft wirksam ist, gegenüber anderen nicht.

Der BGH hat zunächst dieses Problem dadurch zu lösen versucht, dass er die §§ 248 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1 S. 1 AktG auf Entscheidungen von Schiedsgerichten als nicht anwendbar erklärt hat<sup>46</sup>. In einer späteren Entscheidung hat er die Schiedsfähigkeit bejaht, wenn die Schiedsvereinbarung so ausgestaltet ist, dass ein unter Einhaltung eines aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Mindeststandards an Mitwirkungsrechten und damit eine Rechtsschutzgewährung für alle der Schiedsvereinbarung unterworfenen Gesellschafter gewährleistet ist<sup>47</sup>.

Die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängel-Streitigkeiten erfordert also eine entsprechende Gestaltung des schiedsrichterlichen Verfahrens.

---

<sup>44</sup> BGH NJW 2009, 1962 (1963); a.A. OLG Hamm DB 1987, 680 =NJW-RR 1987, 1319 (LS und 1320)

<sup>45</sup> Petermann BB 1996, 279

<sup>46</sup> BGHZ 132, 278 (281)

<sup>47</sup> BGH NJW 2009, 1962 (1964); ebenso: BGH NJW 2015, 3236 (3238)

## f.) Schiedsgerichte im Bereich des Patent- und Urheberrechts

Im Bereich des Patent- und Urheberrechts besteht gemäß § 124 VGG eine urheberrechtliche Schiedsstelle beim Deutschen Patent- und Markenamt. Sie ist gemäß § 92 VGG, zuständig für Streitfälle nach dem Urheberrechtsgesetz. Dieses Schiedsstellenverfahren tritt nicht an die Stelle eines Verfahrens vor einem staatlichen Gericht; die Durchführung dieses Schiedsverfahrens ist nur Prozessvoraussetzung für ein staatsgerichtliches Verfahren<sup>48</sup>.

Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten wegen Patentverletzung sind nach deutschem Recht schiedsfähig, da es gemäß § 1030 ZPO um vermögensrechtliche Ansprüche geht; hierunter fallen auch Schadenerstattungsansprüche wegen Verletzung von Patenten bzw. sonstiger Schutzrechtsverletzungen<sup>49</sup>. Eine Schiedsklausel in Patentverfahren greift selbst dann durch, wenn die Parteien die Anwendungen indischen Rechts vereinbart haben und der Anspruch von einem Abtretungsempfänger geltend gemacht wird<sup>50</sup>.

Auch im Rahmen der Prüfung internationaler Schiedssprüche in Patentstreitigkeiten ist es auch in Hinblick auf europäisches Recht Aufgabe der Handelsschiedsgerichte geschlossene Verträge auszulegen und anzuwenden. Die Kontrolle der Einhaltung der europäischen Normen obliegt den Gerichten der Mitgliedstaaten<sup>51</sup>.

Bezüglich europäischer Patente sieht das Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente (europäisches Patentübereinkommen<sup>52</sup>) in Art. 21 eine Beschwerdekammer vor, die für die Prüfung von Beschwerden gegen Entscheidungen der Eingangskammer, der Prüfungsabteilungen, der Einspruchsabteilungen und der Rechtsabteilung zuständig ist. Nach Art. 22 ist eine große Beschwerdekammer für Entscheidungen über Rechtsfragen, die der großen Beschwerdekammer von den Beschwerdekammern vorgelegt werden, für die Abgabe von Stellungnahmen zu Rechtsfragen, die ihr vom Präsidenten des Europäischen Patentamtes vorgelegt wurden, zuständig.

---

48 BVerfG Beschluss vom 28.07.2016 – I BvR 1567/16

49 OLG München SchiedsVZ 2014, 262 (264)

50 BGH SchiedsVZ 2014, 151 (153) = MDR 2014, 980

51 Schlussanträge des Generalanwalts Watheler vom 17.03.2016 in der Rechtssache C 567/14

52 BGBl II 1976, 826

### **g.) Schiedsgerichte in der DDR**

Auch in der DDR existierte ein Schiedsgericht; es war bei der Kammer für Außenhandel der DDR eingerichtet. Die Kammer für Außenhandel war dem Ministerium für Außenhandel und (zunächst) innerdeutschen Handel unterstellt. Das Handelsschiedsgericht der Kammer für Außenhandel diente der Abwicklung von Rechtsstreitigkeiten im Rahmen des Außenhandels.

Nach dem Ende der DDR entfiel die Kammer für Außenhandel. Das „Schiedsgericht Berlin“ sollte Nachfolger des Schiedsgerichtes bei der Kammer für Außenhandel werden. Dies war für die neuen Bundesländer von Bedeutung, da dort noch keine entsprechende Gerichtsbarkeit bestand<sup>53</sup>.

Da mit dem Wegfall des Ministeriums für Außenhandel der DDR auch die Kammer für Außenhandel und damit das dort gebildete Schiedsgericht entfielen, waren für die dort „anhängigen“ Verfahren neue Schiedsabreden erforderlich<sup>54</sup>.

Das OLG Frankfurt kommt zum selben Ergebnis in analoger Anwendung des § 1033 ZPO (nunmehr § 1038). In Konsequenz davon konnte das „Schiedsgericht Berlin“ die bei der Kammer für Außenhandel der DDR anhängigen Verfahren nicht fortführen<sup>55</sup>.

Eine gegenteilige Auffassung vertrat das Landgericht Berlin<sup>56</sup>, das die ursprüngliche Schiedsabrede ergänzend auslegte.

### **h.) Abgrenzung von Schiedsgerichten (Schlichtungsstellen/ Schiedsgutachter)**

Abzugrenzen sind Schiedsgerichte von Schlichtungsstellen bzw. von Schiedsgutachtern. Es handelt sich bei solchen Vereinbarungen, die gemäß § 62 VwVfG auch im öffentlichen Recht geschlossen werden können, um Verabredungen, dass die Leistung durch einen Dritten bestimmt wird (§ 317 BGB)<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Böckstiegel, BB 1992, Beilage 15, S. 6

<sup>54</sup> Timmermann/Vogel, BB 1992, Beilage 15, S. 13; Raeschke-Kessler, BB 1992, Beilage 15, S. 19

<sup>55</sup> OLGR Frankfurt 1993, 104

<sup>56</sup> BB 1993, 2183 (2190)

<sup>57</sup> BVerwG, NJW 1990, 1926 (1927); Gehrlein in: Bamberger/Roth, Komm. BGB, § 317, Rdn. 5; Raeschke-Kessler, BB 1993, Beilage 17, S. 19

Die Abgrenzung von schiedsgerichtlichen Verfahren zu Schiedsgutachten und Schlüchtigungsstellen liegt darin, dass schiedsgerichtliche Verfahren einen Streit abschließend entscheiden. Damit sind auch feststellende Schiedssprüche zulässig, allerdings im Rahmen der Grenzen des § 256 ZPO. Tatsachenfeststellungen des Schiedsgerichtes sind als Teil der endgültigen Entscheidung ebenfalls zulässig<sup>58</sup>.

## 2.) Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit

### a.) Vorteile der Schiedsgerichte

Die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit werden wie folgt beschrieben: Sachkundige und erfahrene Schiedsrichter, durch den Ausschluss der Öffentlichkeit erzielbare Vertraulichkeit, kurze Verfahrensdauer, niedrigere Verfahrenskosten durch Wegfall des Instanzenzuges, Flexibilität der Verfahrensgestaltung<sup>59</sup>.

Die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit sind im Einzelnen<sup>60</sup>:

Vertrauen der Parteien zu den Schiedsrichtern, da in der Regel jede Partei einen Schiedsrichter ihres Vertrauens benennt; diese Schiedsrichter einigen sich auf einen Vorsitzenden (Obmann), so dass die Parteien Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes haben. Dabei sind alle Schiedsrichter, auch der Vorsitzende (Obmann) gleichberechtigt<sup>61</sup>.

Sachkunde des Schiedsgerichtes. In der Regel benennen die Parteien sachkundige Personen als Schiedsrichter. Diese sind meist in der Lage, Sachverhaltsfragen ohne Einschaltung eines Sachverständigen zu klären. Ein gängiges Beispiel aus der Praxis: Bei Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht kann gemäß § 252 BGB der entgangene Gewinn als Schadenersatz gefordert werden. Gemäß § 17 Abs. 4 der Bedingungen des Waren-Vereins der Hamburger Börse e.V. kann der Gläubiger als Schadenersatz denjenigen Betrag verlangen, um den der Marktpreis vom Vertragspreis zu seinem Nachteil abweicht. Für die Berechnung

---

<sup>58</sup> Kurth, NJW 1990, S. 2038/2039

<sup>59</sup> Petermann BB 1996, 277

<sup>60</sup> Schwab/Walter, S. 4 f, Rdn. 8 f

<sup>61</sup> Löscher BB 1988, 79

des Schadenersatzanspruches ist also erforderlich, dass der Marktpreis der betreffenden Ware zum maßgeblichen Zeitpunkt (erster Geschäftstag nach Ablauf der vom Gläubiger gesetzten Nachfrist) festgestellt wird. Sind Kaufleute als Schiedsrichter Mitglied des Schiedsgerichtes, kann diese Frage nach dem Marktpreis problemlos ohne Sachverständigengutachten durch das Gericht beantwortet werden. Auch der Vertragspreis bedarf der fachkundigen Bestimmung; oft ist bei internationalen Geschäften der Vertragspreis als Preis im Verschiffungshafen definiert. Wird eine Lieferung nicht durchgeführt, erspart der Schadenersatzgläubiger ggf. Kosten für Verschiffung, Zoll und Lagerkosten im Empfangshafen. Derartige Spezialkosten, d.h. die Aufwendungen bei Ausführung des Geschäfts, muss sich der Gläubiger anrechnen lassen, wenn er sie erspart hat<sup>62</sup>. Vertrags- und Marktpreis müssen also vergleichbar ermittelt werden. Auch insoweit sind fachkundige Schiedsrichter hilfreich. Es ist daher sinnvoll, dass die Schiedsgerichtsordnung des Schiedsgerichtes des Waren-Vereins der Hamburger Börse e.V. in § 4 vorschreibt, dass als Schiedsrichter nur Inhaber, Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, persönlich haftende Gesellschafter, Prokuristen oder leitende Angestellte von Firmen, deren Geschäftsgegenstand der Handel mit Waren oder die Vermittlung oder der Abschluss von Warenverträgen ist, benannt werden dürfen.

Besondere Sach- und Fachkunde der Schiedsrichter ist auch oft hilfreich, wenn technische, naturwissenschaftliche, steuerliche oder Buchhaltungs- oder vergleichbare Fragen zu beurteilen sind, und Schiedsrichter mit entsprechender Qualität benannt wurden.

Als weiterer Vorteil wird angesehen, dass das schiedsrichterliche Verfahren nicht öffentlich ist. Das vermeidet – soweit von den Parteien gewünscht –, dass der Rechtsstreit in der Öffentlichkeit – insbesondere in der Presse – diskutiert wird.

Da sich das Schiedsgericht – ohne auf andere Verfahren Rücksicht nehmen zu müssen – vornehmlich mit dem jeweils anhängigen Rechtsstreit befassen kann, erfolgen Entscheidungen rascher als bei den staatlichen Gerichten.

Hinsichtlich der Verfahrenskosten bestehen unterschiedliche Meinungen zu der Frage, ob schiedsrichterliche Verfahren kostengünstiger

<sup>62</sup> BGH NJW-RR 2001, 985 (986)= MDR 2001, 985

oder teurer sind als solche vor einem staatlichen Gericht<sup>63</sup>. Die Kosten der Prozessbevollmächtigten sind in beiden Gerichtsbarkeiten identisch; oftmals sind die Kosten des Schiedsgerichtes höher. Dafür können aber bei entsprechender Besetzung der Richterbank die Kosten eines Sachverständigengutachtens erspart werden.

Teilweise besteht eine Regelung, dass jede Partei ihre eigenen Kosten, insbesondere Anwaltskosten trägt (§ 35 Abs. 2 der Schiedsordnung des Schiedsgerichtes beim Waren-Verein der Hamburger Börse e.V.). Grundsätzlich sind jedoch auch die außergerichtlichen Kosten zu erstatten; dies ergibt eine ergänzende Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der §§ 91 ff ZPO<sup>64</sup>. Seit dem 1.1.1998 bedarf es einer solchen Auslegung nicht mehr, da die Rechtslage diesbezüglich in § 1057 ZPO geregelt ist. Im Ergebnis hängt es von dem konkreten Einzelfall ab, welche Gerichtsbarkeit die geringeren Kosten verursacht; Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit in diesem Punkt sind bei höheren Streitwerten zu erwarten.

Bei internationalen Streitigkeiten ist von einem Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit auszugehen. Hier können sich die Parteien auf eine Verfahrenssprache einigen. Aufgrund des UNÜ ist eine Vollstreckung von Schiedssprüchen oftmals einfacher als eine Vollstreckung von Urteilen staatlicher Gerichte. Auch sind Zustellungen einfacher zu bewirken; im schiedsrichterlichen Verfahren genügt allgemein eine Übersendung per Einschreiben.

Auch haben die Parteien aufgrund der Privatautonomie die Rechtswahl<sup>65</sup>. Dies kann allerdings zu Konflikten führen, wenn durch den Ausschluss einer Rechtsordnung Normen dieser Rechtsordnung, die unabdingbar sind, nicht zur Anwendung kommen. Wenn z.B. die Anwendbarkeit Schweizer Rechts vereinbart ist, kann sich der deutsche Handelsvertreter bei dem Ausgleichsanspruch nicht auf § 89 Abs. 4 HGB berufen. Nicht vereinbartes Recht ist unbeachtlich<sup>66</sup>.

Als weiterer Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit kann die Entlastung der staatlichen Gerichtsbarkeit angesehen werden.

---

63 Meist billiger: Schwab/Walter, S. 5, Rdn. 8

64 Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, RIW 1996, 771(772/773)

65 Löscher BB 1993, Beilage 17, S. 4

66 Löscher a.a.O., S. 8; BGH NJW 1984, 2037 (es sei denn, es handelt sich um Kollisionsnormen, deren Zweck es ist, sich gegen ausländisches Recht durchzusetzen)

Die Belastung der staatlichen Gerichtsbarkeit ist bereits seit geraumer Zeit Diskussionsthema. Die sich aus dieser Problematik ergebenen überlangen Verfahrensdauern haben zur Bestrebungen geführt, die den Entwurf eines Gesetzes „Zur Straffung und Vereinfachung der Gerichtsverfahren“ zur Folge gehabt haben<sup>67</sup>. Beispielhaft ist auf § 522 ZPO in der Fassung vom 21.10.2005 hinzuweisen, nach dessen Abs. 2 eine Berufung durch einstimmigen Beschluss des Berufungsgerichtes ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen werden konnte, wenn u.a. die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hatte. Dieser Beschluss war gemäß § 522 Abs. 3 ZPO unanfechtbar. Diese Bestimmung wurde im Jahre 2011 geändert. In der Fassung vom 27.10.2011 erhielt der Berufungsführer dasjenige Rechtsmittel zugestanden, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre (§ 522 Abs. 3 ZPO), d.h. der Zurückverweisungsbeschluss ist mit der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO) anfechtbar.

Der Deutsche Richterbund hat mehrfach zu der Überlastung der staatlichen Justiz kritisch Stellung genommen<sup>68</sup>. Auch hat der BGH die Tendenz, in der Schiedsgerichtsbarkeit ein wichtiges Mittel der außergerichtlichen Konfliktbewältigung zu sehen<sup>69</sup>.

### b.) Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit:

Bezüglich der Nachteile des schiedsrichterlichen Verfahrens wird in erster Linie auf eine mögliche Parteilichkeit der Schiedsrichter verwiesen, die ihre Aufgabe als Interessenvertreter derjenigen Partei missverstehen, die sie benannt hat<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Vosskuhle, Rechtschutz, S. 2 f

<sup>68</sup> Pressemeldungen vom 21.08.2014: Richterbund fordert bessere Ausstattung der Justiz; 09.12.2013: Richter und Staatsanwälte in Sorge um Qualität der Rechtsprechung; 17.11.2011: Bessere Personalausstattung vor neuen Gesetzen; 21.01.2008: Anwälte und Richter fordern Stärkung der Justiz durch bessere Ausstattung und Selbstverwaltung; 13.12.2004: Warnung vor Qualitätsgefälle in der Justiz; 07.03.2002: Justiz in Deutschland: chronisch überlastet.

<sup>69</sup> Böckstiegel; BB 1992, Beilage 15, S. 4

<sup>70</sup> Garbe-Emden, BauR 2012, 1037; Schwab/Walter, S. 5/6, Rdn. 9; BGH BB 1972, 515/516

### **aa.) Ablehnung eines Schiedsrichters**

Dann steht aber der Gegenpartei das Recht zu, den betreffenden Schiedsrichter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen; dafür reicht der Anschein eines Verdachtes der Parteilichkeit<sup>71</sup>. Die staatliche Rechtspflege und die vom Staat geförderte Schiedsgerichtsbarkeit erfordern, dass der Rechtsstreit von einem unbeteiligten Dritten entschieden wird<sup>72</sup>. Dies wurde durch § 1032 ZPO in der Fassung vom 15.06.1969 realisiert. Danach konnte ein Schiedsrichter abgelehnt werden aus den Gründen, aus denen auch ein staatlicher Richter abgelehnt werden konnte (§§ 41, 42 ZPO). Außerdem können die Parteien Ablehnungsgründe in der Schiedsvereinbarung verabreden<sup>73</sup>. Nunmehr ist die Schiedsrichterablehnung in § 1036 ZPO geregelt. Diese Norm verweist nicht auf §§ 41, 42 ZPO, deren Tatbestände bei Vorliegen aber Zweifel im Sinne des § 1036 ZPO begründen<sup>74</sup>.

Das Recht der Schiedsrichterablehnung entfällt jedoch ersatzlos, wenn der Schiedsspruch gefällt ist<sup>75</sup>.

Daher wurden Kriterien entwickelt, nach denen ein Schiedsrichter nicht nur abgelehnt werden kann, sondern zur Ausübung des Schiedsrichteramtes untauglich ist<sup>76</sup>. Der BGH hat eine Abrede, dass ein nicht unparteiliches Schiedsgericht den Streit zu entscheiden hat, gemäß § 134 BGB als nichtig angesehen, da eine parteiliche Besetzung eines Schiedsgerichtes gegen das in §§ 1025 Abs. 2, 1032 ZPO zum Ausdruck kommende Gebot der überparteilichen Rechtspflege verstößt; eine Anwendung des § 138 BGB hat der BGH in solchen Fällen abgelehnt, da dann die Feststellung getroffen werden müsste, dass die Parteien auch subjektiv gegen die guten Sitten verstoßen hatten. Da es bei dem Gebot der Unparteilichkeit um ein dem allgemeinen Interesse dienenden Gebot geht, darf es auf den subjektiven Tatbestand nicht ankommen. Bei § 134 BGB genügt ein objektiver Verstoß<sup>77</sup>.

---

71 BGHZ 54, 392(396) = NJW 1971, 139

72 BVerfGE 21, 139 = NJW 1967, 1123; Henn BB 1993, BB Beilage 17, S. 14

73 Henn a.a.O., S. 16; Geimer in: Zöller, § 1036, Rdn. 10

74 Geimer a.a.O., § 1036, Rdn. 10

75 BGHZ 141, 90 (95); Geimer a.a.O., § 1037, Rdn. 7; Schlosser, NJW 1978, 458; Weigel, MDR 1999, 1360

76 Schlosser a.a.O., S. 458

77 BGHZ 51, 255 (259)

Die Neutralität im schiedsrichterlichen Verfahren liegt im öffentlichen Interesse<sup>78</sup>.

Nach dieser Literatur-Meinung ist entscheidend, dass die Gerichtsbarkeit von einem nicht beteiligten Dritten ausgeübt wird<sup>79</sup>. Dabei kommt es nicht nur auf konkrete Verletzungstatbestände an, sondern abstrakte Gefährdungstatbestände genügen<sup>80</sup>. Dem gegenüber verlangt der BGH konkrete sachfremde Überlegungen des Schiedsgerichtes und einseitige Förderung der Belange einer Partei<sup>81</sup>. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes<sup>82</sup> hatte der BGH jedoch zuvor entschieden, dass das Gebot der unparteilichen Rechtspflege auch für Schiedsgerichte gelte, d.h. der Rechtsstreit von einem nicht beteiligten Dritten entschieden werden muss, da das Schiedsgericht an die Stelle der staatlichen Gerichte trete. Jedoch seien die für staatliche Gerichte selbstverständlichen und unverzichtbaren Grundsätze nicht ausnahmslos und ohne Unterschiede auf die Schiedsgerichtsbarkeit anzuwenden, weil der Bürger dem staatlichen Gericht aufgrund öffentlichen Rechts unterworfen sei, das schiedsrichterliche Verfahren hingegen auf einem Rechtsgeschäft oder einer Satzung beruhe. Da im schiedsrichterlichen Verfahren die Parteien die Richterbank selbst zusammensetzen und somit nach ihrer Wahl Persönlichkeiten als Schiedsrichter benennen, die ihr Vertrauen besitzen und zu denen sie in irgendwelchen persönlichen oder geschäftlichen Beziehungen stehen, besteht eine gewisse Gefahr für die Unparteilichkeit des Schiedsgerichts. Die Unabhängigkeit des Schiedsgerichts diene daher nur dem Schutz der Parteien, nicht den öffentlichen Interessen<sup>83</sup>.

Habscheid spricht sich für die Schiedsgerichtsbarkeit aus; den Einbau der Schiedsgerichtsbarkeit in die Rechtspflege bezeichnet er als Bereicherung. Da seiner Auffassung nach die Schiedsgerichtsbarkeit Rechtsprechung ist, sind die Aufgaben des Schiedsrichters mit denjenigen des Richters identisch; Schiedsgerichtsbarkeit ist echte Rechtspfle-

<sup>78</sup> Kornblum, NJW 1987, 1106; BGHZ 98, 70

<sup>79</sup> Kornblum a.a.O., S. 1107

<sup>80</sup> Kornblum a.a.O., S. 1107

<sup>81</sup> BGH, NJW 1986, 3027 = JZ 1987, 156

<sup>82</sup> BVerfGE, 21, 139 = NJW 1967, 1123 / 1124

<sup>83</sup> BGH, NJW 1976, 109 (110); ähnliche Gedanken finden sich bei OLG Frankfurt AWD 1960, 217 und NJW-RR 2008, 801; NJW 2008, 1325; KG SchiedsVZ 2010, 225 (227); ablehnend: Kornblum, BB 1977, 675

ge. Der Spruch eines Schiedsgerichtes erwächst wie der des staatlichen Richters in Rechtskraft; aus ihm kann eine Zwangsvollstreckung stattfinden. Daher ist ein Schiedsgericht verpflichtet, in einem fairen und geordneten Verfahren Recht zu sprechen<sup>84</sup>.

Im Gegensatz zu der vorzitierten im gewissen Maße großzügigen Auffassung des BGH hat dieses Gericht einen Schiedsspruch des bereits erwähnten Schiedsgerichts des Waren-Vereins der Hamburger Börse e.V. aufgehoben, weil die seinerzeitige Schiedsgerichtsordnung bestimmte, dass nur Mitglieder des Waren-Vereins der Hamburger Börse e.V. als Schiedsrichter benannt werden durften. Der BGH anerkannte die Besorgnis, dass die Vereinszugehörigkeit die Schiedsrichter beeinflussen könnte<sup>85</sup>.

Dem ist widersprochen worden; eine unwiderlegliche Vermutung, dass Schiedsrichter eines institutionellen Schiedsgerichtes „samt und sonders“ befangen seien, gebe es nicht<sup>86</sup>.

Die vorzitierte Rechtsprechung zeigt, dass bei der Frage nach der Unabhängigkeit von Schiedsrichtern zwei Fragen auseinandergehalten werden müssen. Zum einen, ob Schiedsrichter wie Richter eines staatlichen Gerichts unabhängig sein müssen, zum anderen die Frage nach der Beweisbarkeit fehlender Neutralität im konkreten Fall.

Nach der Rechtsprechung des BGH üben Schiedsrichter keine öffentliche Gewalt aus und setzen keine Hoheitsakte, ihre Entscheidungen sind gleichwohl materielle Rechtsprechung. Das Schiedsgericht tritt an die Stelle des staatlichen Gerichtes<sup>87</sup>.

Wenn die Schiedsgerichtsbarkeit die staatliche Gerichtsbarkeit substituiert, müssen an die Schiedsgerichtsbarkeit im Punkte Neutralität die gleichen Anforderungen gestellt werden, wie an die staatlichen Gerichte. Wesentlich ist, dass die richterliche Tätigkeit von einem nicht beteiligten Dritten ausgeübt ist. Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, nach der die Unabhängigkeit des Gerichtes untrennbar mit den Begriffen „Richter“

---

<sup>84</sup> NJW 1962, S. 7

<sup>85</sup> BGHZ 51, 255 (259)

<sup>86</sup> Bülow, NJW 1970, 589

<sup>87</sup> BGH BB 1975, 1553 (1554); NJW 1976, 109 (111); ebenso: Habscheid, a.a.O.

und „Gericht“ verbunden ist<sup>88</sup>. An diese Anforderung ändert sich nichts dadurch, dass die Schiedsrichter von den Parteien ernannt werden, die sich dann auf einen Vorsitzenden (Obmann) einigen. Daraus können sich Sympathien eines Schiedsrichters für die oder die andere Seite entwickeln. Aber auch staatliche Richter sind naturgemäß nicht frei von Beeinflussungen, die zu gewissen Sympathien für die eine oder andere Seite führen können. Dies muss nicht personenbezogen geschehen; möglich ist auch, dass die von einer Partei vertretene Position politisch, gesellschaftlich, lokalpatriotisch u.ä. der persönlichen Überzeugung eines Richters mehr entspricht, als die Gegenposition. Dies ist ebenso eine natürliche Verhaltensweise, wie die Nähe eines Schiedsrichters zu derjenigen Partei, die ihn benannt hat.

Gleichwohl verringert diese Erkenntnis nicht die Anforderungen, die an die Unabhängigkeit und Neutralität eines staatlichen Richters gestellt werden. Objektiv ist daher bei Schiedsgerichten ebenso wie bei staatlichen Gerichten uneingeschränkt zu fordern, dass die richterliche Tätigkeit von einem nicht beteiligten Dritten ausgeübt wird<sup>89</sup>.

Dabei sind bezüglich der Besorgnis der Befangenheit die gleichen Kriterien anzuwenden wie bei der staatlichen Gerichtsbarkeit. Daher kann der Rechtsprechung (s. Fußnote 83) nicht gefolgt werden, die in persönlichen und geschäftlichen Beziehungen keinen Ablehnungsgrund sieht. Wird die Schiedsgerichtsbarkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit gleichgestellt, müssen auch diesbezüglich die gleichen Regeln gelten<sup>90</sup>.

Zu trennen davon ist die Frage, welche Anforderungen an den Nachweis der fehlenden Unabhängigkeit bzw. Nichtbeteiligung zu stellen sind. Diese Frage beantwortet sich aus § 42 Abs. 2 ZPO. Danach ist von fehlender Unparteilichkeit auszugehen, wenn vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung ge rechtfertigt ist, dass der Richter den Rechtsstreit nicht unvoreingenommen und damit unparteiisch entscheiden wird. Auf rein subjektive un-

---

<sup>88</sup> BVerfGE 21, 139= NJW 1967, 1123/1124 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG

<sup>89</sup> Die richterliche Unabhängigkeit umfasst mindestens drei Elemente; Parteunabhängigkeit, Staatsunabhängigkeit, Gesellschaftsunabhängigkeit: Habscheid, NJW 1962, S. 8

<sup>90</sup> vergl. hierzu die Nachweise bei Vollkommer in: Zöller, Komm. ZPO, § 42, Rdn. 12

vernünftige Vorstellung des Ablehnenden kommt es nicht an; ebenso wenig darauf, ob der Richter tatsächlich befangen ist. Entscheidend ist, ob aus Sicht des Ablehnenden objektiver Anlass gegeben ist, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln<sup>91</sup>. Dies entspricht auch der Rechtsprechung<sup>92</sup>. Dabei stellt sich ergänzend die Frage, ob der abgelehnte Richter (mit-) entscheiden darf. Dies ist nur zulässig, wenn das Ablehnungsgesuch ersichtlich unbegründet ist. Gemäß Art. 102 Abs. 1 S. 2 GG, der die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Vertrauen der Parteien und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gewähren soll, darf der abgelehnte Richter nicht in eigener Sache entscheiden. Kann das Ablehnungsgesuch berechtigt sein, scheidet der abgelehnte Richter bei der Beschlussfassung über das Ablehnungsgesuch aus<sup>93</sup>.

Im Übrigen ist es den Parteien unbenommen, eine Berufungsinstanz zu vereinbaren, z.B. mittels Bezugnahme auf entsprechende Schiedsordnungen.

Als weiterer Nachteil des schiedsrichterlichen Verfahrens wird angesehen, dass eine Streitverkündung in diesen Verfahren nicht möglich ist<sup>94</sup>. Eine Streitverkündung kann jedoch in der Schiedsordnung vorsehen werden (§ 14 der Schiedsordnung des Waren-Vereins der Hamburger Börse e.V.). Außerdem ist sie im Verfahren nach § 1040 Abs. 3 ZPO (Kompetenz/Kompetenz) zulässig<sup>95</sup>.

Auch wird als Nachteil angesehen, dass ein schiedsgerichtliches Verfahren durch eine Insolvenzeröffnung nicht unterbrochen wird; allerdings kann der Insolvenzverwalter das schiedsgerichtliche Verfahren „übernehmen“<sup>96</sup>. Die Bindung des Insolvenzverwalters an die Schiedsabrede gilt jedoch dann nicht, soweit es um dessen Rechte geht, die auf der InsO beruhen<sup>97</sup>.

---

91 Vollkommer in: Zöller, Komm. ZPO, § 42, Rdn. 9

92 BVerfG (zuletzt) NJW-RR 2015, 444, Tz. 11 = MDR 2015, 539; BGH NJW-RR 2014, 1469, (zuletzt) = MDR 2014, 1465, Beschluss vom 06.06.2016, V ZA 35/15

93 BVerfG, Kammerbeschluss vom 15.06.2015 – 1 BvR 1288/14

94 Garbe-Emden, a.a.O., S. 1037

95 OLG Frankfurt SchiedsVZ 2013, 119; dem steht auch nicht Art. 344 AEUV entgegen (S. 123/124)

96 Garbe-Emden, a.a.O., S. 1039

97 BGH SchiedsVZ 2011, 281(283/284) = MDR 2011, 1002 (1003); BGH WM 2013, 1514 = MDR 2013, 1193/1194

Im Ergebnis ergibt sich, dass die Vorteile des schiedsgerichtlichen Verfahrens gegenüber seinen Nachteilen überwiegen. Den Nachteilen kann durch entsprechende Gesetzesauslegung – bei der Ablehnung bei Befangenheit – und durch entsprechende Gestaltung der Schiedsordnung entgegengewirkt werden. Durch die Schiedsordnung ist auch sicherzustellen, dass die wesentlichen Punkte eines ordnungsgemäßen Schiedsverfahrens – Unparteilichkeit der Richter, rechtliches Gehör, schriftliche Entscheidungsbegründung – eingehalten werden.

### **bb.) UNCITRAL-rules/DIS Schiedsgerichtsregeln 98**

Insoweit kann auf die UNCITRAL-rules und die DIS-Schiedsordnung zurückgegriffen werden, die der Allgemeinheit zur Verfügung stehen und mit denen schiedsgerichtliche Verfahren hinreichend bestimmt werden können:

Die UNCITRAL-rules. Sie regeln u.a.:

Gemäß Art. 9 bestimmen die Parteien die Anzahl der Schiedsrichter; es können auch weniger als drei sein. Erfolgt keine Bestimmung, sind drei Schiedsrichter die Regel. Jede Partei benennt einen Schiedsrichter, beide einigen sich auf einen Vorsitzenden, wenn das Schiedsgericht aus drei Personen besteht.

Art. 11 ordnet an, dass kein Schiedsrichter aufgrund seiner Nationalität ausgeschlossen werden darf.

Unabhängig von diesen Grundsätzen können sich die Parteien auf ein Ernennungsverfahren einigen.

Art. 11 verpflichtet jeden Schiedsrichter, vor seiner Ernennung alle Umstände offenzulegen, die berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wahrscheinlich zur Folge haben werden. Zeigen sich berechtigte Zweifel in dieser Hinsicht, soll der betreffende Schiedsrichter ausgetauscht werden.

Art. 15 bestimmt, dass bei Ausscheiden eines Schiedsrichters ein Ersatzschiedsrichter nach denjenigen Regeln zu ernennen ist, die für die Bestellung des ausgeschiedenen Schiedsrichters galten.

Nach Art. 17 muss der Einwand der Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes mit der Klagabweisung erhoben werden; außerdem ist nach dieser Vorschrift die Schiedsklausel in einem Vertrag als unabhängiger Teil des Vertrages anzusehen.

Das Schiedsgericht ist verpflichtet, die Parteien gleich zu behandeln und ihnen volle Gelegenheit zu geben, ihren Fall darzulegen.

Gemäß Art. 19 können die Parteien sich auf Verfahrensregeln einigen. Erfolgt dies nicht, soll das Schiedsgericht das Verfahren unter Berücksichtigung der UNCITRAL-rules in geeigneter, angemessener und angebrachter Art durchführen.

Nach Art. 27 kann das Schiedsgericht Hilfe von staatlichen Gerichten anfordern; nach Art. 29 kann das Schiedsgericht Sachverständige einschalten.

Gemäß Art. 36 ist ein Vergleich im schiedsrichterlichen Verfahren möglich.

Art. 34 statuiert eine Begründungspflicht für den Schiedsspruch.

Art. 42 enthält eine Kostenregelung; die Kosten des Schiedsverfahrens sind von der nicht erfolgreichen Partei zu tragen.

Vergleichbare Regeln enthält die DIS Schiedsgerichtsordnung 98:

Das Schiedsgericht besteht gemäß § 3 aus drei Schiedsrichtern, es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart.

§ 13 regelt den Fall der Mehrheiten von Parteien auf Kläger- oder Beklagtenseite.

Haben sich die Parteien auf einen Einzelschiedsrichter, nicht aber auf dessen Person geeinigt, wird der Einzelschiedsrichter durch den DIS-Ernennungsausschuss ernannt.

§ 15 bestimmt, dass das Schiedsgericht unparteilich und unabhängig sein muss, gemäß § 18 können Schiedsrichter abgelehnt werden. § 26 schreibt die Gleichbehandlung der Parteien und die Gewährung rechtlichen Gehörs vor. Nach § 34 sind Schiedssprüche zu begründen.

§ 23 regelt, welches Recht anzuwenden ist; es gilt die Bestimmung der Parteien, bei deren Fehlen ist das Recht desjenigen Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Rechtsstreits die engste Verbindung hat.

Einstweiliger Rechtsschutz ist in § 20 vorgesehen. Ob eine mündliche Verhandlung stattfindet, können die Parteien gemäß § 28 vereinbaren, ansonsten entscheidet das Schiedsgericht.

Weiterhin sehen die ergänzenden Regeln der DIS für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten in § 4 das Recht der Nebenintervention, Regelung für Parallelverfahren, die nur einheitlich entschieden werden

können in § 9, in § 11 die Wirkungserstreckung und in § 8 das Recht der Schiedsrichterbenennung durch alle Beteiligten vor.

Diese ergänzenden Regeln berücksichtigen mithin die Schwierigkeiten in Fällen von Beschlussanfechtungen. Nach diesen Schiedsgerichtsordnungen ist mithin sichergestellt, dass das Schiedsgericht unabhängig und unparteilich zu sein hat und dass die Parteien gleich zu behandeln sind, dass die Parteien Einfluss auf die Ernennung der Schiedsrichter haben und dass das Schiedsgericht seine Entscheidung zu begründen hat.



# **Kapitel 2 Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit, insbesondere gemäß §§ 1025 ff ZPO**

## **I.) Das Argument der Privatautonomie**

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schiedsgerichte nach §§ 1025 ff ZPO wird von der h.M. mit dem Argument der Privatautonomie begründet. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit beruht mit hin auf Art. 2 Abs. 1 GG. Den Parteien ist es gestattet, nicht nur ihre privatrechtlichen Beziehungen durch Vertrag, sondern auch durch private Schiedsrichter autonom zu regeln. Wie bei der Derogation können die Parteien ein zuständiges Gericht durch ein forum prorogatum ersetzen.<sup>98</sup>

Auch Art. 6 der EMRK steht einer Schiedsgerichtsbarkeit nicht entgegen; auf die Rechte aus dieser Vorschrift kann verzichtet werden.<sup>99</sup>

Der Gesetzgeber hat mit der Zulassung des schiedsrichterlichen Verfahrens eine auf den Willen der Parteien beruhende nicht staatliche Gerichtsbarkeit anerkannt.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Geimer in: Zöller, Komm. ZPO Vor § 1025, Rdn. 3 und 4 m.w.N. ebenso: Hesselbarth, a.a.O., S. 13, m.w.N., FN. 45; Dütz, rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970; Geimer, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, 1994; Prütting, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht in: Grenzüberschreitungen, Festschrift Schlosser, S. 705; Schlosser in: Stein-Jonas, Komm. ZPO, Bd. 9; vor § 1025, Rdn. 3

<sup>99</sup> EGMR Entscheidung Nr. 10881/84 DR 51; 83; zitiert nach Schütze in: Wieczorek/Schütze, Komm. ZPO, § 1025, Rdn. 11

<sup>100</sup> BGH BB 1975, 1553

Voraussetzung ist die subjektive Schiedsfähigkeit, d.h. die rechtliche Handlungsfähigkeit der Parteien, die aus ihrem Personalstatut abzuleiten ist.<sup>101</sup>

Ebenso ist die objektive Schiedsfähigkeit Voraussetzung, die nach § 1030 ZPO zu beurteilen ist, d.h. jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein.<sup>102</sup>

## **II.) Verfassungsmäßigkeit nach der Reform ab 01.01.1998.**

- a) Hesselbarth<sup>103</sup> vertritt die Meinung, dass das schiedsrichterliche Verfahren gemäß §§ 1025 ff ZPO nach der Reform ab 01.01.1998 nicht mehr vollständig verfassungsrechtlich zulässig ist.

Sie verweist darauf, dass eine Schiedsgerichtsvereinbarung nach der in der Zeit vom 01.01.1964 bis 31.12.1997 gültigen Fassung des § 1025 Abs. 1 ZPO soweit zulässig war, als die Parteien berechtigt waren, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen (objektive Schiedsfähigkeit). Diese objektive Schiedsfähigkeit sei durch § 1030 ZPO n.F. erweitert worden, nach dem jeder vermögensrechtlicher Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann.

Weiterhin sei § 1025 ZPO a.F. nach dem eine Ausnutzung von wirtschaftlicher oder sozialer Überlegenheit zur Unwirksamkeit des Schiedsvertrages führte, mit der Neufassung ersatzlos entfallen. Diesen Veränderungen haben – so Hesselbarth<sup>104</sup> – die Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde gelegen, dass die private Schiedsgerichtsbarkeit mit der staatlichen Gerichtsbarkeit gleichwertig sei<sup>105</sup>. Dies habe dazu geführt, dass die Abkoppelung der objektiven Schiedsfähigkeit von der Vergleichsfähigkeit als unproblematisch angesehen wurde<sup>106</sup>. Die Gleichwertigkeit von privater Schieds- und staatlicher Gerichtsbarkeit

---

<sup>101</sup> Geimer in Zöller, § 1025, Rdn. 15; Hausmann in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015; 15, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, Rdn. 8376; Schlosser a.a.O., § 1030, Rdn. 6

<sup>102</sup> Hausmann a.a.O., Rdn. 8372

<sup>103</sup> a.a.O.

<sup>104</sup> a.a.O., S. 10

<sup>105</sup> BT-Drs. 13/5274/S. 34

<sup>106</sup> a.a.O., S. 15

wird von Hesselbarth jedoch verneint. Eine derartige Gleichsetzung erfordere, dass Schiedsgerichte in der Lage sind, Rechtschutz im verfassungsrechtlichen Sinn zu gewähren.

Hesselbarth verneint, dass Schiedsgerichte Rechtsschutz im verfassungsrechtlichen Sinne gewähren. Schiedsgerichte erfüllen nicht die Anforderungen der Artt. 92 ff GG; ihre Entscheidungsmacht beruhe nicht auf der Delegation staatlicher Rechtsprechungsgewalt, sondern auf privat-autonomer Vereinbarungen<sup>107</sup>. Schiedsrichter müssen nicht die Qualifikation des Art. 97 GG erfüllen. Ein weiterer Unterschied bestehe bzgl. der Öffentlichkeit des Verfahrens. Nach verbreiteter Meinung<sup>108</sup> können Schiedsgerichte keinen Rechtschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gewähren.

Obwohl nach Auffassung von Hesselbarth Art. 19 Abs. 4 GG keinen Zugang zu einer bestimmten Gerichtsbarkeit garantiert, ergibt sich nach ihrer Auffassung aus Artt. 19 Abs. 4, Satz 2, 20 Abs. 2 und 3 GG, dass das Grundgesetz von einer staatlichen, den Anforderungen der Artt. 92 ff GG entsprechenden Gerichtsbarkeit ausgeht.

Unterstelle man, dass auch Schiedsgerichte Rechtschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG gewähren, enthielte Art. 92 GG nur eine deklaratorische Hervorhebung allgemein geltender Grundsätze. Eine solche Interpretation wäre angesichts der exponierten Stellung der Dritten Gewalt mit dem Grundgesetz nicht vereinbar<sup>109</sup>.

Des Weiteren bestimme Art. 19 Abs. 4 GG, dass der Rechtsweg offenstehen muss, was das Bestehen eines Gerichtes voraussetzt, was bei Schiedsgerichten nicht der Fall ist, die erst durch Parteivereinbarung und Bestellung der Schiedsrichter konstituiert werden<sup>110</sup>.

Diese Überlegungen können wie folgt ergänzt werden:

Durch die Schiedsvereinbarung wird der Weg zu den staatlichen Gerichten gesperrt. Nach Abschluss der Schiedsvereinbarung steht dem Beklagten einer Klage vor dem staatlichen Gericht die Schiedseinrede zu (§ 1032 Abs. 1 ZPO), die zur Abweisung der Klage vor dem staatlichen Gericht als unzulässig führt. Auch § 1059 ZPO eröffnet keinen Weg zu den staatlichen Gerichten. Wird ein Schiedsspruch wegen

<sup>107</sup> a.a.O., S. 30

<sup>108</sup> a.a.O., FN 166

<sup>109</sup> a.a.O., S. 33

<sup>110</sup> a.a.O., S. 34

eines Grundes gem. § 1059 ZPO aufgehoben, führt dies im Zweifel dazu, dass die Schiedsvereinbarung wieder auflebt (§ 1059 Abs. 5 ZPO).

Mit Abschluss einer Schiedsvereinbarung ist mithin der Weg zu staatlichen Gerichten definitiv ausgeschlossen.

Hesselbarth kommt im Ergebnis zu der Auffassung, dass die §§ 1025 ff ZPO n.F. auf verfassungsrechtlich nicht haltbaren Vorstellungen von Rechtsschutz und Gerichtsbarkeit beruhen.<sup>111</sup>

Damit steht Hesselbarth im Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung. Nach Auffassung des BGH übt ein Schiedsgericht keine öffentliche Gewalt aus und setzt keine Hoheitsakte; die Schiedsgerichtsbarkeit ist gleichwohl materielle Rechtsprechung. Das Schiedsgericht tritt an die Stelle des staatlichen Gerichts.<sup>112</sup> Das Schiedsgericht übt Rechtsprechung aus.<sup>113</sup>

b) Hierzu ist zunächst zu untersuchen, ob Art. 92 GG im Verhältnis zu Art. 19 Abs. 4 GG nur allgemeine Grundsätze enthalten würde, wenn Schiedsgerichte Rechtsschutz im verfassungsrechtlichen Sinne gewähren.

Dabei ist der Wortlaut des Art. 92 GG zu berücksichtigen, nach dem die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Art. 92 GG enthält eine Funktionszuweisung an den Richter und eine Konkretisierung des Art. 20 Abs. 2 GG. Im Verhältnis zu dieser Bestimmung stellt Art. 92 GG eine Konkretisierung des Grundsatzes der Gewaltenteilung dar<sup>114</sup>. Zum Verständnis des Art. 92 GG ist es daher erforderlich, den Begriff der Rechtsprechung zu definieren, um zu bestimmen, was den Richtern im Sinne des Art. 92 GG anvertraut wird. Vosskuhle führt dazu aus, dass es den Begriff der Rechtsprechung kennzeichnet, dass eine Entscheidung eines Streits durch einen unbeteiligten Dritten erfolgt<sup>115</sup>. Dies grenzt den Rechtsprechungsbegriff nicht vollständig ab. Auch Verwaltungsbehörden entscheiden, z.B. im Nachbarrecht über gegenseitliche Rechtspositionen zweier Parteien<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> a.a.O., S. 39

<sup>112</sup> BGH BB 1975, 1553(1554) = NJW 1976, 109 (110)

<sup>113</sup> BGHZ 51, 255 (258); BGHZ 54, 392 (395)

<sup>114</sup> Vosskuhle, Rechtsschutz, S. 65

<sup>115</sup> a.a.O., S. 72

<sup>116</sup> a.a.O., S. 74

Weiterer Anknüpfungspunkt für die Definition des materiellen Rechtsprechungsbegriffs ist die Funktion des Gesetzes als Handlungsmaßstab; danach ist Rechtsprechung Rechtsanwendung bzw. Rechtserkenntnis<sup>117</sup>. Weiterhin kommt der Gesichtspunkt der Letztverbindlichkeit zum Tragen. Nach dem Grundgesetz soll der Richter das „letzte Wort“ haben<sup>118</sup>. Schließlich kennzeichnet den Rechtsprechungsbegriff, dass in einer für den Entscheider fremden Angelegenheit entschieden wird, im Gegensatz zu der Verwaltung, die in eigener Angelegenheit entscheidet<sup>119</sup>.

Diese diversen Rechtsprechungsdefinitionen können als jeweils ein Aspekt für den Rechtsprechungsbegriff angesehen werden<sup>120</sup>. Daher kann versucht werden, sich von den vorgenannten punktuellen Betrachtungen zugunsten einer Gesamtschau zu lösen<sup>121</sup>. Dafür kann davon ausgegangen werden, dass die Kontrolle und Überwachung des Rechts und der Gesetze organisiert sein muss. Dies verlangt, dass die Erkenntnis des Rechts im Sinne der Richtigkeit soweit als möglich gewährleistet wird, nur bei richtiger Rechtserkenntnis ist die Verwirklichung des Rechtsstaates zu erreichen. Dazu gehört die richterliche Ausbildung, Unabhängigkeit und Neutralität<sup>122</sup>. Bereits diese Hinweise zeigen, dass Art. 92 GG neben Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur allgemeine deklaratorische Grundsätze enthält. Art. 92 hat einen wesentlich weiteren Hintergrund und Regelungsinhalt als Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 92 GG ist eine Vorschrift der Gewaltenteilung und verpflichtet den Gesetzgeber, Rechtsprechung – unabhängig von der Definition dieses Begriffes – den Richtern zuzuweisen, weil damit Personen mit entsprechender Ausbildung, Unabhängigkeit und Neutralität die Aufgaben übertragen bekommen, um den Rechtsstaat zu verwirklichen.

Das Bundesverfassungsgericht versteht den Begriff der rechtsprechenden Gewalt im materiellen Sinne und verweist insoweit darauf, dass die Rechtsprechung in der nationalsozialistischen Zeit ausgehöhlt und pervertiert wurde. Es ging in Art. 92 GG darum, eine eigenständige

<sup>117</sup> a.a.O., S. 76

<sup>118</sup> a.a.O., S. 77

<sup>119</sup> a.a.O., S. 79

<sup>120</sup> a.a.O., S. 86

<sup>121</sup> a.a.O., S. 86

<sup>122</sup> a.a.O., S. 87

ge und unabhängige rechtsprechende Gewalt zu konstituieren und gegenüber Art. 103 WRV ein Mehr an verfassungsrechtlichen Garantien zu schaffen<sup>123</sup>. An anderer Stelle hat das Bundesverfassungsgericht auf den Gesichtspunkt der Streitbeilegung zur Definition des Tatbestandsmerkmals „rechtsprechende Gewalt“ abgestellt. Rechtsprechung ist gegeben, wenn ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitliche Streitbeilegung vorsieht und der dort zu treffenden Entscheidung Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können<sup>124</sup>.

- a) Detterbeck<sup>125</sup> äußert in Hinblick auf das Schiedsverfahren-Neuregelungsgesetz verfassungsrechtliche Bedenken, da § 1030 ZPO bestimme, dass jeder vermögensrechtlicher Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein könne und damit die objektive Schiedsfähigkeit von der Vergleichsbefugnis gelöst und dadurch erheblich ausgeweitet wurde.
- b) Prütting<sup>126</sup> stellt in seiner ablehnenden Stellungnahme zu Hesselbarth im Wesentlichen auf die Privatautonomie ab.
  - aa) Diese umfasst auch die Ausübung prozessrechtlicher Autonomie, nicht nur die Privatautonomie in der materiell-rechtlichen Sphäre. Unbeeinflusst von Art. 92 GG haben die Parteien die Rechtsmacht, ihre Rechtsbeziehung unmittelbar inhaltlich zu gestalten. Dieses Gestaltungsrecht geht weit über die materiell-rechtliche Sphäre hinaus; so können die Parteien ihre Rechtsbeziehungen kollisionsrechtlich festlegen, einer bestimmten Rechtsordnung unterwerfen bzw. entziehen. Auch das Prozessrecht ist Teil der Privatautonomie. Im geltenden Prozessrecht gibt es vielfältige als Selbstverständlichkeiten angesehene Dispositionsmöglichkeiten. Die Parteien können sich außergerichtlich einigen und auf eine prozessuale Durchsetzung ihrer Ansprüche verzichten; ebenso kann auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verzichtet werden. Durch Säumnis

---

<sup>123</sup> BVerfG NJW 1967, 1219

<sup>124</sup> NJW 2001, 1048 (1052)

<sup>125</sup> Sachs Komm. GG, Art. 92, Rdn. 29

<sup>126</sup> Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht in: Grenzüberschreitungen; Festschrift Schlosser, 2005; vergl. auch: Wagner, Prozessverträge, Privatautonomie im Verfassungsrecht, 1998, der Schiedsverträge als prozessrechtliche Verträge einordnet, S. 12, die aufgrund der Privatautonomie zulässig sind, S. 48

oder verspätetes Vorbringen können die Parteien in einem Rechtsstreit ein von der objektiven materiell-rechtlichen Rechtslage abweichendes Ergebnis herbeiführen. Gleiches gilt für ein Anerkenntnis und eine Verzichtserklärung. Die Privatautonomie umfasst also neben materiell-rechtlichen auch prozess-rechtliche Komponenten.

Die Auffassung § 1030 ZPO n.F. sei verfassungswidrig verkennt mithin den Umfang der Privatautonomie, weil sie die Privatautonomie ausschließlich mit dem materiellen Recht verknüpft, so dass eine Schiedsgerichtsbarkeit nur zulässig sein soll, wenn der Streitgegenstand vergleichsfähig ist. Die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit kann also nicht ausschließlich von der Vergleichsfähigkeit abhängig gemacht werden.

- bb) Damit sind auch die Bedenken von Detterbeck widerlegt, wo bei hinsichtlich seiner Auffassung nicht klar ist, warum vermögensrechtliche Ansprüche im Sinne des § 1030 ZPO, die die objektive Schiedsfähigkeit definieren, nicht grundsätzlich vergleichsfähig sein sollen. Selbst wenn es aber an einer Vergleichsfähigkeit fehlen sollte, können die Parteien ihre Rechtsbeziehung durch die aufgezeigten Möglichkeiten privatautonom bestimmen. Die objektive Schiedsfähigkeit hängt mithin nicht von der Vergleichsfähigkeit ab. Die Privatautonomie umfasst wesentlich mehr Komponenten, auch das Recht zu vereinbaren, ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen.
- cc) Um die Verfassungsmäßigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit durch den Wegfall der Voraussetzung der Vergleichsfähigkeit in Frage zu stellen, müssen der Begriff der Vergleichsfähigkeit und seine Bedeutung näher betrachtet werden.

Hierzu bestehen unterschiedliche Auffassungen. Nach einer Meinung setzt die Vergleichsfähigkeit die materiell-rechtliche Befugnis zum Vergleichsabschluss voraus. Nach einer weiteren Auffassung fehlt eine Vergleichsfähigkeit dann, wenn der Staat ein verfahrensrechtliches Interesse hat, den Streit durch staatliche Richter entscheiden zu lassen; es muss ein verfahrensrechtliches Interesse bestehen, die Parteien vor ein staatliches Gericht zu zwingen<sup>127</sup>. Ein Streit war nach der zweitge-

<sup>127</sup> Petermann, BB 1996, 280

nannten Auffassung dann nicht schiedsfähig wegen fehlender Vergleichsfähigkeit, wenn der Staat sich im Interesse besonders schutzwürdiger Rechtsgüter ein Rechtsprechungsmonopol vorbehalten hat, so dass niemand außer dem staatlichen Richter befugt sein soll, einen staatlich angestrebten Rechtszustand herbeizuführen.

Für die Annahme, dass der Staat in einem konkreten Fall ein Rechtsprechungsmonopol hat, kommt es nicht darauf an, ob der (mögliche) Vergleich gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößen könnte. Für den Schutz zwingenden Rechtes ist allein der Aufhebungsantrag (§ 1059 ZPO) vorgesehen, für den es keinen Sinn gäbe, wäre ein schiedsgerichtliches Verfahren mit einem Verstoß gegen zwingende Rechtsvorschriften von vornherein unzulässig. Bei einer Betroffenheit zwingenden Rechts wäre die Schiedsabrede unwirksam. Die Vergleichsfähigkeit fehlt daher nur dann, wenn es im Interesse besonders schutzwürdiger, der Verfügungsmacht privater Personen entzogene Rechtsgüter geht<sup>128</sup>. Angesichts dieser Rechtsprechung und Rechtsauffassung bestand auch unter der Geltung des § 1030 ZPO in der Fassung vom 19.06.2001 und des § 1025 ZPO in der Fassung vom 01.01.1980 bis 31.12.1997 für die Voraussetzung der Vergleichsfähigkeit nur ein geringer Anwendungsbereich. Hinzu kommt, dass § 1030 ZPO in der vorgenannten Fassung die Voraussetzung der Vergleichsfähigkeit nur bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten aufstellte. Bereits in der vor dem 01.01.1998 geltenden Fassung konnte jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein.

Die Aussage, dass sich mit der Reform vom 01.01.1998 die objektive Schiedsfähigkeit erheblich erweitert hat, ist daher nicht zutreffend.

Auch die Aussage, dass der Wegfall des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. zu einer Verfassungswidrigkeit geführt habe, ist anhand der Bedeutung dieser entfallenden Vorschrift zu untersuchen.

Nach der Rechtsprechung zurzeit der Geltung dieser Norm fand sie nur Anwendung, wenn wirtschaftliche und/oder soziale Überlegen-

---

<sup>128</sup> BGHZ 132, 278 (283); BGH 160, 127 (133): abgelehnt bei der Einziehung von Stammeinlagen trotz der gläubigerschützenden Wirkung der Kapitalaufbringungsvorschriften

heit kausal für die Schiedsgerichtsvereinbarung war. Des Weiteren musste sich die überlegende Partei ihre Überlegenheit bewusst sein<sup>129</sup>.

Da hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes naturgemäß Nachweisschwierigkeiten bestanden, hatte diese Norm keine faktische Bedeutung mehr, sie war überflüssig<sup>130</sup>.

Angesichts der Tatsache, dass die Schiedsgerichtsbarkeit einen der staatlichen Gerichtsbarkeit gleichwertigen Rechtschutz bietet und § 1034 Abs. 2 ZPO eine ausgewogene Zusammensetzung des Schiedsgerichtes sicherstellt, bedeutete die Unwirksamkeit der Schiedsabrede aus diesem Grund eine zu weitgehende Rechtsfolge<sup>131</sup>.

Zutreffend weist der BGH auf § 1034 ZPO hin. § 1034 Abs. 2 ZPO gibt der unterlegenen Partei das Recht, beim staatlichen Gericht eine abweichende Schiedsrichterbestellung zu beantragen. Eine Partei muss also auch nach der Reform nicht ein Übergewicht der anderen Partei hinnehmen, was sie im Rahmen ihrer Privatautonomie gleichwohl machen kann.

dd) Schließlich war die Vorschrift des § 1025 Abs. 2 ZPO überflüssig.

Denn eine Schiedsvereinbarung ist materiell-rechtlich ein Vertrag, so dass die diesbezüglichen Vorschriften des BGB auch insoweit eingreifen. So hat der BGH einen Schiedsvertrag gemäß § 138 BGB für nichtig erklärt, bei der eine Partei frei wählen und entscheiden konnte, ob ein Schiedsverfahren oder ein Verfahren bei einem staatlichen Gericht durchgeführt wird und diese Partei allein und bindend den Schiedsrichter bestellen konnte, obgleich zu dem Zeitpunkt der BGH-Entscheidung noch § 1025 Abs. 2 a.F ZPO in Kraft war. Der BGH führte aus, dass eine Vereinbarung sittenwidrig sei, die eine sachlich nicht gerechtfertigte Einschränkung der Entschließungs- und Bewegungsfreiheit enthält. Eine solche Einschränkung sei mit der Werteordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar; d.h. der BGH stellt auch insoweit die Privat-

---

<sup>129</sup> Nicklisch, BB 1972, 1287 m.w.N., insbes. FN 24

<sup>130</sup> Nicklisch, a.a.O.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 372(373/374) eine Kompetenz/ Kompetenz der Schiedsgerichte ist zulässig (S. 372/373)

<sup>131</sup> BGH NJW 2016, 2266 (2272) unter Hinweis auf BT-Drucks. 13/527 4, S. 3

autonomie – Teil der Werteordnung des Grundgesetzes – in das Zentrum<sup>132</sup>.

Fazit: Die Neuordnung der Vorschriften in der ZPO hat mithin nur geringfügige Änderungen/ Auswirkungen gehabt, so dass die diesbezügliche Rechtslage vor und nach der Reform als weitgehend identisch anzusehen ist. Auch gestattet der Rechtsprechungsbegriff die Gleichstellung der Schiedsgerichtsbarkeit mit der staatlichen Gerichtsbarkeit; in beiden Gerichtsbarkeiten wird Streitbeilegung in einem gerichtsförmigen Verfahren erreicht und hat die getroffene Entscheidung Rechtswirkung, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können. Die wortlautgemäß erweiterte objektive Schiedsfähigkeit ist ebenfalls durch Art. 2 GG gerechtfertigt. Vor und nach der Reform ist die Schiedsgerichtsbarkeit aufgrund der Privatautonomie gestattet.

Darüber hinaus sind Hesselbarths Ausführungen widersprüchlich. Sie weist darauf hin, dass der Justizgewährungsanspruch ein ausgleichendes Korrelat zu dem den Bürgern auferlegten Selbsthilfeverbot und dem damit einhergehenden staatlichen Gewaltmonopol ist: Wo aber private Hilfe im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit bestehe, bedarf es auch nach der Auffassung von Hesselbarth einer verfassungsrechtlichen Justizgewährungsgarantie nicht<sup>133</sup>.

Letztlich verneint sie also die Verfassungsgemäßheit in Hinblick auf den Entzug des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs. Es ergibt sich, dass das Ergebnis von Hesselbarth mithin die Freiheitsrechte gemäß Art. 2 GG ohne Erfordernis einschränkt; insoweit bestehen eher in Bezug auf die Auffassung von Hesselbarth verfassungsrechtliche Bedenken. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist – wie höchstrichterlich entschieden – materielle Rechtsprechung. Einer staatlichen Justiz bedarf es bei einer Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Es besteht kein Grund den Parteien zu untersagen, freiwillig eine Schiedsvereinbarung zu treffen.

---

<sup>132</sup> BGH NJW 1989, 1477 (1478)= BGHZ 106, 336(339) ; zustimmend: Raeschke-Kessler EWIR, 1989, 827, Walter, JZ 1989, 590

<sup>133</sup> a.a.O., S. 34/35

## **1.) Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG**

Die verfassungsmäßige Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit bzw. der ihr zugrundeliegenden §§ 1025 ff ZPO (und im Bereich des Arbeitsrechtes § 101 Abs. 2 ArbGG) ist weiterhin in Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu untersuchen; nach dieser Vorschrift darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.

In Bezug auf diese Verfassungsnormen ergeben sich im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit zwei Problemkreise: durch die schiedsgerichtlichen Bestimmungen (§§ 1025 ff ZPO und § 101 Abs. 2 ArbGG) gewährt der Gesetzgeber die Möglichkeit, die staatliche Gerichtsbarkeit durch „private Gerichte“ zu verdrängen, was sich als Entzug des gesetzlichen Richters darstellen könnte.

Weiterhin schreibt Art. 101 Abs. 2 S. 2 GG vor, dass der zuständige Richter durch Rechtsnormen vorausbestimmt ist. Eine solche Vorausbestimmung fehlt bei den Schiedsgerichten, so dass die Zusammensetzung der Schiedsgerichte ad hoc und ad personam möglich ist.

### **a.) Wird durch ein Schiedsgericht der gesetzliche Richter entzogen? Die Bestimmung des gesetzlichen Richters**

Gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist derjenige, der durch Rechtsnormen bestimmt ist.

Wer gesetzlicher Richter für Streitigkeiten zivil- (und arbeitsrechtlicher) Natur ist, ergibt sich zunächst einmal aus den einschlägigen Verfahrensvorschriften (ZPO und ArbGG). Daneben gestattet das Gesetz aber auch die Errichtung von Schiedsgerichten.

Hieraus zieht das BAG<sup>134</sup> den Schluss, dass auch der Schiedsrichter als gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anzusehen ist.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Folgerung zutrifft. Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, den Wirkungsbereich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu klären.

---

<sup>134</sup> NJW 1964, 268(269) = RdA 63, 472 (LS) = AP Nr. 14 zu § 101 ArbGG 1913 = JZ 64, 326 = ArbRBl ES 160, 15 Nr. 5

Diese Vorschrift ist historisch betrachtet ein Ergebnis der Auseinandersetzung des Liberalismus mit der Kabinettsjustiz des Absolutismus<sup>135</sup>, die heute im Sinne einer „Zuständigkeitsgarantie“ verstanden wird, „die gegen Verletzung und Manipulierung der gerichtlichen Zuständigkeit schützen soll“.<sup>136</sup>

Dieses Gebot des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG kann jedoch nur dann sinnvoll sein, wenn überhaupt eine gesetzliche Zuständigkeitsordnung besteht. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG beinhaltet damit notwendigerweise einen Auftrag an den Gesetzgeber, die Richterzuständigkeit normativ zu fassen und damit für jeden Rechtsfall einen gesetzlichen Richter bereitzustellen<sup>137</sup>. Dies muss hinreichend eindeutig erfolgen, d.h. der Gesetzgeber kann sich dem Verfassungsauftrag nicht durch oberflächliche Weisung entziehen.

Umstritten ist allerdings, in welchem Umfang der „gesetzliche Richter“ durch normative Regelungen vorauszubestimmen ist. Die hier so bezeichnete – strenge Auffassung fordert, dass der Richter eines Streitfalls dergestalt durch Vorschriften von vornherein festgelegt ist, dass die Notwendigkeit einer späteren Bestimmung von dritter Seite – z.B. Verwaltung, Exekutive – völlig ausgeschlossen ist. Die gesetzliche Zuständigkeitsregelung hat in dem Umfang konkret zu sein, dass der zur Entscheidung kommende Rechtsfall dem zuständigen Richter „blindlings“ zufällt.<sup>138</sup> Rinck bezeichnet es als „idealtypisch“, wenn „sich der gesetzliche Richter für jeden denkbaren Einzelfall im Voraus mit mathematischer Sicherheit und Exaktheit aus einer allgemeinen Norm ergebe.“<sup>139</sup> Er ist darüber hinaus jedoch der Auffassung, dass sich dieser „Idealtyp“ in der Praxis nicht realisieren lässt, „dass es in Anbetracht der Vielzahl der Rechtswege und der Gerichte, deren die differenzierte, in ständiger Entwicklung begriffene rechtsstaatliche Industriegesellschaft nicht entraten kann, gar nicht möglich ist, alle Regeln über den gesetzlichen Richter im Gesetz zu fixieren<sup>140</sup>. Dieser

---

<sup>135</sup> Rinck, NJW 1964, 1649; Joachim, DRiZ 1965, 181; Maunz in: Maunz/Dürig, Art. 101, Rdn. 1; Müller-Terpitz in: Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Henneke, Komm. GG, Art. 101, Rdn. 3

<sup>136</sup> Bettermann, AÖR, 94, 266

<sup>137</sup> Bettermann a.a.O., 266

<sup>138</sup> BGHSt 7, 23 = NJW 1955, 152; Arndt NJW 1964, 1667/1668

<sup>139</sup> NJW 1964, 1649

<sup>140</sup> a.a.O., S. 1650; ebenso: BVerfG NJW 1964, 1020 (1021)

Kritik hat sich Schilgen<sup>141</sup> angeschlossen: Er verweist darauf, dass einer mathematisch sicheren und exakten Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters zu viel Unwägbarkeiten – Krankheit, Urlaub, Dienstbefreiung oder sonstige Behinderungen – entgegenstehen, dass sie praktisch unmöglich ist. In demselben Sinne hat sich auch Bruhns geäußert<sup>142</sup>.

Die Vertreter der „gemäßigten Auffassung“ begründen ihre Kritik in der Hauptsache mit Praktikabilitätserwägungen. Ihre Kritik ist daher nicht grundsätzlich auf die normative Bestimmung des gesetzlichen Richters bezogen, sondern auf eine evtl. Überdehnung der Anforderungen des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG, die ihrer Auffassung nach zu Kollisionen mit der Funktionsfähigkeit der Gerichte führen könnte und damit letztlich auch zu einer Kollision mit dem Rechtstaatsgebot, das u.a. auch arbeitsfähige Gerichte erfordert<sup>143</sup>.

Dies bedeutet, dass die Vertreter der „gemäßigteren Richtung“ ebenfalls eine normative Vorausbestimmung fordern, ihre Einschränkung mit dem Bundesverfassungsgericht<sup>144</sup> dahingehend zu bezeichnen wäre, dass dies nur „so genau wie möglich“ erfolgen kann, aber auch muss.

Im Ergebnis ist also festzustellen, das bei allen Divergenzen, die zum Begriff des gesetzlichen Richters und seiner Vorausbestimmbarkeit bestehen, insoweit Einigkeit herrscht, als die dem Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG unterzulegenden Normen bis an die – eventuellen – Grenzen der Praktikabilität konkret sein müssen

Diesen Anforderungen genügen §§ 1025 ZPO und 101 ArbGG nicht. Diese Vorschriften ermöglichen nur, Schiedsgerichte zu bilden. Damit ist ein gesetzlicher Richter noch nicht einmal vage vorausbestimmt, da es immer noch eines Aktes der Parteien bedarf, um den Schiedsrichter als streitentscheidende Person den rechtssuchenden Parteien bereitzustellen. Dieser Akt setzt die übereinstimmende Willensentscheidung der Parteien voraus, einen Entschluss, auf den von Gesetzes wegen überhaupt kein Einfluss zu nehmen ist. Schon allein

<sup>141</sup> NJW 1964, 2290

<sup>142</sup> NJW 1964, 1884 (1885)

<sup>143</sup> Dinslage NJW 1965, 1221

<sup>144</sup> BVerfGE 18, 423 (425); 25, 336 (348); 82, 286, 301 = NJW 1991, 217 (219); NJW 1964, 1020/1021 ; Degenhart in: Sachs, Komm. GG, Art. 101, Rdn. 5

diese Tatsache verbietet es, von dem Schiedsrichter als normativ vorausbestimmten Richter zu sprechen<sup>145</sup>.

Darüber hinaus ist der Schiedsrichter kein gesetzlicher, sondern ein privater Richter<sup>146</sup>.

Des Weiteren fehlt es an der konkreten normativen Regelung, welcher Schiedsrichter für welchen Streitfall der gesetzliche Richter ist, selbst wenn man die eingeschränkten Anforderungen der Vertreter der „gemäßigeren Richtung“ zugrundelegt. Hier könnte allenfalls eine Schiedsgerichtsordnung weiterhelfen. Aber auch hierin läge nicht die gemäß Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG erforderliche *gesetzliche* Regelung, sondern nur eine Vereinbarung der Parteien.

Diese Mängel können auch nicht durch den Hinweis darauf überwunden werden, dass auch in der staatlichen Gerichtsbarkeit zur endgültigen Bestimmung des gesetzlichen Richters „Normen“ erlassen wurden (Geschäftsverteilungspläne, Besetzungspläne), die nach der herkömmlichen Rechtsquellenlehre nicht als gesetzliche Vorschriften – auch nicht im materiellen Sinne – angesehen werden können. Denn ohne auf die Zulässigkeit der Geschäftsverteilungs- und Besetzungspläne hier eingehen zu wollen, ist bereits der Unterschied erkennbar, zwischen einer vom Gesetz nur gewährten Möglichkeit, Schiedsgerichte und ihre Verfahrensordnung auf privater Basis zu errichten und dem in §§ 21 a ff GVG ausgesprochenen Gesetzesbefehl, die Zuständigkeit gerichtsintern abstrakt zu regeln.

§§ 1025 ff ZPO und § 101 ArbGG können mithin nicht als Vorschrift angesehen werden, die den gesetzlichen Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG bestimmen<sup>147</sup>.

### b.) Der Entzug des gesetzlichen Richters durch Schiedsgerichtsbarkeit?

Mit der Feststellung, dass in den §§ 1025 ZPO, 101 ArbGG keine Bestimmung des gesetzlichen Richters zu sehen ist, ist allerdings noch

---

<sup>145</sup> Joachim a.a.O., S. 184, der der Auffassung ist, der Bedeutung der Einrichtung eines Gerichts kann nur durch einen „Richtungsakt höchster Rangordnung, nämlich ein Gesetz“ entsprochen werden.

<sup>146</sup> Müller-Terpitz, a.a.O., Art. 101, Rdn. 8; Maunz a.a.O., Art. 101, Rdn. 17

<sup>147</sup> Bettermann, Die Grundrechte III/2, S. 562, 563; Maunz-Dürig (Maunz), Art. 101, Rdn. 22

nicht untersucht, ob durch diese Vorschriften bzw. durch sie gewährte Möglichkeit, Schiedsgerichte einzurichten, der durch die ZPO und das ArbGG gesetzlich bestimmte Richter entzogen wird.

Hierbei sind zwei Problemkreise zu beachten:

- a) Schiedsgerichte können und werden in aller Regel ad hoc und ad personam bestellt.
- b) Weiterhin wird der Schiedsgerichtsbarkeit vorgeworfen, sie verdränge die staatliche Gerichtsbarkeit. An diesem Vorwurf ändern auch die Aufhebungsklagen gemäß § 1059 ZPO (und 110 ArbGG) nichts. Denn sie bieten nur eine revisionsartige Kontrolle, die nicht mit dem normalen gerichtlichen Verfahren verglichen werden kann; die oftmals entscheidenden tatsächlichen Feststellungen bleiben zunächst dem Schiedsgericht überlassen und vorbehalten. Die Aufhebungsklage ist begründet, wenn einer der Aufhebungsgründe des § 1059 Abs. 2 ZPO vorliegt, dessen Aufzählung erschöpfend ist<sup>148</sup>.

Dabei prüfen die ordentlichen Gerichte selbstständig – ohne Bindung an die schiedsrichterliche Entscheidung –, ob der ordre public verletzt ist<sup>149</sup>. Dabei ist das ordentliche Gericht an die tatsächlichen Feststellungen des Schiedsgerichts nicht gebunden<sup>150</sup>. Es findet jedoch keine revision au fond statt. Das staatliche Gericht prüft nur die gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ausdrücklich geltend gemachten Gründe<sup>151</sup> und von Amts wegen die Gründe gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, insbesondere einen etwaigen Verstoß gegen den ordre public. Ein solcher Verstoß ist gegeben, wenn der Schiedsspruch elementare Grundlagen der Rechtsordnung verletzt<sup>152</sup>. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wird<sup>153</sup>. Dabei stellt nicht jeder Widerspruch zu zwingenden deutschen Recht ein Verstoß gegen den

<sup>148</sup> Geimer in: Zöller, § 1059, Rdn. 9

<sup>149</sup> BGHZ 30, 89 (94); Altenmüller, KTS 1974, 150

<sup>150</sup> BGHZ 30, 89 (94); BGH NJW 1972, 2180 (2182) m.w.N.; Altenmüller, a.a.O., S. 157, Bedenken: Geimer: in Zöller, § 1059, Rdn. 53

<sup>151</sup> Berger RIW 2001, 13

<sup>152</sup> Geimer, a.a.O., § 1059, Rdn. 57

<sup>153</sup> BGH WM 2016, 1710(1712) = MDR 2016, 1165; BGH WM 2016, 1244 = MDR 2016, 211; BGH WM 2015, 2018 = NJW 2015, 3234(3236): Schiedsverfahren bei Beschlussmängelstreitigkeiten zulässig.

ordre public dar; es muss um die Verletzung einer unabdingbaren Norm gehen, die Ausdruck einer für die Rechtsordnung grundlegenden Wertentscheidung des Gesetzgebers ist<sup>154</sup>. Ob auch die Befangenheit eines Schiedsrichters einen Verstoß gegen den ordre public darstellt, ist unter verschiedenen Gesichtspunkten zu betrachten.

Wird ein Ablehnungsgrund während des Schiedsverfahrens nicht geltend gemacht, steht der Grundsatz der Rechtkraft des niedergelegten Schiedsspruchs – der Schiedsspruch hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils – der Geltendmachung von Ablehnungsgründen nach Abschluss des schiedsgerichtlichen Verfahrens entgegen. Auch bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit führt die Mitwirkung eines Richters, bei dem die Besorgnis der Befangenheit besteht, nur zur Nichtigkeitsklage, wenn der Richter abgelehnt worden ist (§ 579 Abs. 1 Nr. 3 ZPO). Hat die Partei jedoch den Ablehnungsantrag nicht stellen können, weil der Schiedsrichter pflichtwidrig nicht die Umstände offenbar hat, die ihn als befangen hätten erscheinen lassen können, ist auch im Aufhebungsverfahren nach der Rechtsprechung des BGH die Geltendmachung von Ablehnungsgründen im Aufhebungsverfahren möglich<sup>155</sup>. In dieser Entscheidung ist auch der BGH der Auffassung, dass eine Entscheidung durch einen befangenen, nicht unabhängigen Richter einen Verstoß gegen ordre public darstellen kann<sup>156</sup>. Folgt man der Auffassung von Altenmüller, dass es nicht darauf ankomme, ob der Schiedsspruch gegen den ordre public verstößt, sondern darauf, dass der staatliche Anerkennungsakt mit dem ordre public unvereinbar ist<sup>157</sup>, stellt jede Verletzung der Unparteilichkeit bzw. der Unabhängigkeit der Schiedsrichter einen Verstoß gegen den ordre public dar, denn verstößt eine Anerkennung gegen die materiell-rechtliche Ordnung, kann der Schiedsspruch nicht anerkannt werden.

Dies bedeutet, dass die Unabhängigkeit dem öffentlichen Interesse dient<sup>158</sup>. Vertritt man hingegen die Meinung, die Unabhängigkeit des

---

<sup>154</sup> BGHZ 30, 89 (95); BGH GesR 2016, 225; ZInsO 2016, 335; WM 2014, 1151 = MDR 2014, 1597

<sup>155</sup> BGHZ 141, 90 (95)

<sup>156</sup> ebenso: Böckstiegel RIW/AWD 1979, 164

<sup>157</sup> KTS 1974, 158; ebenso: BGHZ 46, 365 (372) „Schweißbolzen“; BGH BB 1972, 1295 „Eiskonfekt“

<sup>158</sup> Kornblum, NJW 1987, 1106

Schiedsgerichtes diene nur dem Schutz der Parteien, nicht dem öffentlichen Interesse<sup>159</sup>, dann würde der staatliche Anerkennungsakt nicht gegen den ordre public verstoßen, auch wenn dem Schiedsgericht die Unparteilichkeit gefehlt hat.

Geht man jedoch davon aus, dass die Schiedsgerichte materielle Rechtsprechung ausüben und daher bei der Streitbeilegung an die Stelle der ordentlichen Gerichte treten, erfordert ihre Funktion, dass sie unparteilich und unabhängig sind. Im Rahmen der Vereinsschiedsgerichtsbarkeit werden auch vom BGH nur unabhängige und unparteiliche Schiedsgerichte als solche anerkannt<sup>160</sup>. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass Unparteilichkeit ein wesentliches, bestimmendes Merkmal eines Schiedsgerichtes ist; nur ein unabhängiges, unparteiliches Schiedsgericht übt Rechtsprechung aus. Dementsprechend kommt bei Schiedssprüchen, die nur als solche bezeichnet werden, die aber tatsächlich nicht als Entscheidungen von Schiedsgerichten angesehen werden können, kein Aufhebungsantrag in Betracht; denn es liegt überhaupt kein Schiedsspruch vor.

Das Problem des Verstoßes gegen den ordre public stellt sich dann nicht. Es kann dann auch kein Anerkennungsakt geben, der gegen den ordre public verstößt.

Handelt es sich der Form nach tatsächlich um ein Schiedsgericht, das aber ganz oder teilweise parteilich besetzt ist, verstößt ein Schiedsspruch eines solchen Schiedsgerichtes gegen eine grundlegende Wertentscheidung der Rechtsordnung; einem solchen Schiedsspruch ist wegen Verstoßes gegen den ordre public die Anerkennung zu versagen. Dies hätte zum Ergebnis, dass durch das Schiedsgericht dem Bürger das staatliche Gericht entzogen worden wäre und durch den gegen den ordre public verstößenden Schiedsspruch ihm eben falls keine Justiz gewährt worden wäre.

Aus dieser Tatsache könnte jedoch nur dann ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG abgeleitet werden, wenn in dieser Norm ein Anspruch jedes Bürgers auf eine Rechtsweg- bzw. auf eine Justizgewährung enthalten wäre oder zumindest das Verbot an den Gesetzgeber, nichtstaatliche Gerichte einzurichten.

---

<sup>159</sup> BGH NJW 1976, 109 (110)

<sup>160</sup> BGHZ 159, 207 (210/211)

### **aa.) Der Anspruch auf Justizgewährung aus Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG**

Die Frage, ob Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG ein Anspruch auf Justizgewährung enthält, ist umstritten. Arndt<sup>161</sup> und Buchholz<sup>162</sup> bejahen dies ohne nähere Begründung. Joachim<sup>163</sup> ist der Auffassung, dass sich Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG ergänzen und aus beiden Vorschriften zusammen die Rechtsweg- bzw. Justizgewährung zu entnehmen sei, da eine Rechtsweggarantie ohne die entsprechende Einrichtung von staatlichen Gerichten und die Bereitstellung von gesetzlichen, d.h. bei ihm gemäß Art. 97 GG unabhängige Richter, sinnlos wäre. Heinemann<sup>164</sup> stützt seine die Frage ebenfalls bejahende Auffassung – zu Art. 105 WRV – auf historische Argumente:

Ursprünglicher Sinn der Forderung nach dem gesetzlichen Richter die sich bis zur petition of rights zurückverfolgen lässt<sup>165</sup> sei das Verbot gewesen, „dass eine Sache, die zur Zuständigkeit der Justizgerichte gehört, einer anderen, außerhalb der Justiz stehenden Person oder Körperschaft übertragen wird“<sup>166</sup>, mithin dem Einzelnen das Recht zu gewähren, seine Streitsache vor die unabhängigen Justizgerichte zu bringen.

Demgegenüber verneinen Bettermann<sup>167</sup> und Schiedermaier<sup>168</sup> die Möglichkeit, einen Anspruch auf Justizgewährung aus Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG abzuleiten<sup>169</sup>.

Joachim ist zwar zuzugeben, dass Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG einen Zugang zu den Gerichten zwangsläufig voraussetzt, jedoch ist daraus nicht die Notwendigkeit herzuleiten, dass diese Verfassungsnorm jedem Bürger das Recht gewährt, mit jedem Fall, der einer rechtlichen Regelung zugänglich ist und einer solchen auch bedarf, ein staatlich eingerichtetes Gericht anzurufen. Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG hätte auch

---

<sup>161</sup> JZ 1956, 633

<sup>162</sup> DVBl 1952, 361/362

<sup>163</sup> DRiZ 1965, 181/183

<sup>164</sup> Gruchot Bd. 73, 1933, 316/326

<sup>165</sup> vergl. Schiedermaier, DÖV 1960, 6 ff

<sup>166</sup> Heinemann a.a.O.

<sup>167</sup> Grundrechte III/2, S. 559

<sup>168</sup> DÖV 1960, 6/11

<sup>169</sup> Weiterhin ablehnend: Pohle, Anm. zu BAG SAE 1964, 77 (79), Dütz, S. 73; Bay-VerfGHE 15, 19 = NJW 1962, 790 (791); s. auch BVerfGE 13, 144 = NJW 1962,

dann noch einen Sinn, wenn es nur wenige, für eine geringe Zahl von Fällen zuständige Justizgerichte gäbe; er verlöre erst dann seine Berechtigung, wenn es an staatlichen Gerichten vollständig fehlen würde.

Dem steht auch eine historische Betrachtung nicht entgegen: Das Bestreben, die Rechtsprechung Justizgerichten zu übertragen, bedeutet noch nicht, dass daraus dem Einzelnen der Anspruch erwachsen sollte, diese Gerichte mit jedem Fall angehen zu können.<sup>170</sup>

### **bb.) Das Verbot, nichtstaatliche Gerichte einzurichten**

Wenn somit festgestellt werden kann, dass Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG kein Anspruch auf Justizgewährung zu entnehmen ist, könnte diese Vorschrift ein Verbot nichtstaatlicher Gerichte enthalten, so dass es dem Gesetzgeber untersagt ist, durch Rechtsnorm neben staatlichen Gerichten private Streitentscheidungen zuzulassen.

Eine solche Interpretation könnte sich auf die bereits erwähnten historischen Argumente Heinemanns stützen, der den ursprünglichen Sinn des Gebotes des gesetzlichen Richters darin sieht, einen – wie Rinck es formuliert<sup>171</sup> – „Entzug des gesetzlichen Richters nach außen“ zu verhindern<sup>172</sup>. Jedoch ist eine historische Betrachtung dieser Art unzutreffend, zumindest nicht vollständig. Denn ein Entzug nach außen setzt voraus, dass bereits eine festgefügte, den Kompetenzen nach geregelte Gerichtsorganisation existiert, der der zu entscheidende Fall zugunsten einer außerhalb der Gerichte stehenden Behörde, Kommission etc. entzogen wird. Eine solche Gerichtsorganisation mit klar vorbestimmter Zuständigkeit gab es aber gerade nicht, auch sie wurde erst im Kampf gegen die Kabinettsjustiz geschaffen. Das Verbot des Richterentzugs sollte auch dazu dienen, „dem Staatsbürger die Aburteilung durch ein bestimmtes und bestimmt geartetes Gericht (z.B. das Schwurgericht oder durch den unabhängigen Berufsrichter) zu sichern.“ Das reichte aber noch nicht. Seine sinnvolle Vollendung findet das Gebot des gesetzlichen Richters erst dann, wenn sichergestellt ist, dass „willkürliche Schiebung in der Besetzung der Richterbank“ ausge-

---

<sup>170</sup> Zur Frage des allgemeinen Justizgewährungsanspruches ist noch unten Stellung zu nehmen: S. 60 ff

<sup>171</sup> NJW 1964, 1649 (1650)

<sup>172</sup> Derselben Auffassung wie Heinemann sind: Rinck a.a.O., S. 1650; Joachim a.a.O.

schlossen sind. Dieser historische Rückblick zeigt, dass das Verbot des Entzugs des gesetzlichen Richters in der Hauptsache eine Regelung der Zuständigkeitsfrage darstellte und darstellt; in diesem Zusammenhang ist das Problem des „Entzugs nach außen“ allenfalls ein Teilaspekt.

Diese Feststellung wird durch Art. 101 Abs. 1 GG bestätigt. Der unmittelbare Zusammenhang zwischen dem Verbot des Entzugs des gesetzlichen Richters und dem Verbot von Ausnahmegerichten zeigt, dass es in Art. 101 GG nicht um Justizgewährung oder Justizmonopol geht, sondern ausschließlich um die Zuständigkeit. Denn auch Ausnahmegerichte können Justizgerichte sein<sup>173</sup>.

Der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG ist also nur auf eine staatliche Kompetenzverteilung beschränkt, d.h. er verbietet, dass Rechtsprechung auf andere als die normativ vorgeschriebenen staatlichen Stellen übertragen wird. Diese Verfassungsnorm betrifft mithin die Gewaltenteilung; das Entziehungsverbot richtet sich nur gegen den Staat<sup>174</sup>.

### c.) Die mögliche Verletzung des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG durch die ad hoc und ad personam-Bestellung

Schiedsgerichte können und werden ad hoc und ad personam bestellt. In der Regel gibt es nicht einmal eine Anweisung zur Aufstellung von Geschäftsverteilungsplänen entsprechend den §§ 21 a ff GVG.

Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG ist – wie erwähnt – als Zuständigkeitsgarantie zu verstehen, „die gegen Verletzung und Manipulierung der gerichtlichen Zuständigkeiten schützen soll“<sup>175</sup>. Das bedeutet, dass auch ad hoc und ad personam-Bestellungen der Richterbank untersagt sind.

Wie bereits jedoch oben erwähnt, richtet sich das Gebot des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG nur an die staatliche, hoheitliche Gewalt und entfaltet gegenüber Privaten keinen Wirkung. Das bedeutet, dass im

---

<sup>173</sup> Ebenso: Bettermann, Grundrechte III/2, S. 558, der wenn er auf S. 543 von einem in Art. 101 Abs. 1 GG enthaltenen „Entziehungsverbot“ spricht, die Entziehung des gesetzlich zuständigen Richters und nicht etwa einen Entzug nach außen meint; Maunz hält die Betrachtung, durch Art. 101 werde nur die gerichtliche Zuständigkeit geschützt für zu formal; a.a.O., Art. 101, Rdn. 13

<sup>174</sup> Bettermann AÖR 94, 263; BVerfGE 22, 49 = NJW 1697, 1219 (1221): Die Vorschrift soll vor Eingriffen der Exekutive in die Rechtsprechung schützen

<sup>175</sup> Bettermann AÖR 94, 266

Bereich privater Schiedsgerichtsbarkeit auch die Garantie des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG nicht gilt, so dass es den am Schiedsgerichtsverfahren Beteiligten überlassen bleibt, in welcher Art und Weise Richter bestellt werden<sup>176</sup>.

Schließlich ist zu diesem Punkt noch darauf hinzuweisen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit der Privatautonomie entspringt und mithin ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 2 GG hat; wenn die Parteien aber ein Schiedsgericht vereinbaren können, müssen sie auch die Möglichkeit haben, das Verfahren abweichend von verfassungsrechtlichen Geboten zu regeln<sup>177</sup>.

Das BAG<sup>178</sup> hat hierzu noch darauf hingewiesen, dass der Wortlaut des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG ein „entzogen werden“ voraussetzt, d.h. diese Norm nur vor einem „Eingriff von außen schützt“<sup>179</sup>. Eigenes, aktives Handel des Geschützen, ein selbstständiges und freiwilliges Abstandnehmen von dem gesetzlichen Richter wird von Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG nicht erfasst und tangiert diese Norm demzufolge nicht.

### **aa.) Der Verzicht auf den gesetzlichen Richter**

In diesem Zusammenhang sind auch §§ 38, 39 ZPO zu beachten<sup>180</sup>. Nach diesen Vorschriften können die Parteien eines Rechtsstreits – so weit nicht die Ausnahme des § 40 ZPO vorliegt – auf ihre gesetzlich vorbestimmten Richter verzichten; für das arbeitsgerichtliche Verfahren wird diese Möglichkeit durch § 48 Abs. 2 ArbGG gewährt, wenn auch hier die Prorogationsmöglichkeit nur in Bezug auf die örtliche

<sup>176</sup> Da sich das Gebot des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG nur gegen den Staat richtet, ist es den Parteien auch unbenommen, Gerichtsstandsvereinbarungen zu schließen, Bettermann, Grundrechte III/2, S. 562

<sup>177</sup> h.M.: Bettermann, Grundrechte III/2, S. 562, 563; Werthauer NJW 19 53, 1416; Menger, JZ 1960, 168; Siebel NJW 1954, 542/543, FN 11; F. Baur, JZ 65, 163/164; Arndt NJW 1965, 26/27, FN 27; K. Blomeyer, S. 63; wohl auch A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 124 2 III, S. 707; im Grundsatz auch Heinemann, Gruchot, Bd. 73, 316/317

<sup>178</sup> NJW 1964, 268 (269)

<sup>179</sup> Das hat aber übersehen, dass dieser Eingriff von einer staatlichen, hoheitlichen Stelle erfolgen muss

<sup>180</sup> vergl. hierzu: Bettermann, Die Grundrechte III/2, S. 562

Zuständigkeit besteht, da die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte eine ausschließliche ist (§ 48 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 ArbGG).

Zwar bleiben im Rahmen der §§ 38, 39 ZPO und des § 48 ArbGG die Parteien bei der staatlichen Gerichtsbarkeit, so dass zwar ein nicht zu übersehender Unterschied zwischen der Prorogation und der Vereinbarung eines Schiedsgerichts besteht, jedoch ist dieser Unterschied für die vorliegende Frage nicht bedeutend:

In beiden Fällen wird auf den gesetzlich bestimmten Richter verzichtet, und nur das ist im Rahmen des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG relevant, nicht jedoch, welcher Richter an die Stelle tritt.

### **bb.) Zulässigkeit des Verzichts**

Zu fragen ist, ob ein solcher Verzicht zulässig ist. Ein zulässiger Verzicht auf von der Rechtsordnung dem einzelnen gewährte Rechte kann nur dann angenommen werden, wenn diese Rechte gerade im Interesse des Einzelnen geschaffen worden sind. So ist z.B. Art. 2 GG „ein Fundament der Freiheitlichkeit der öffentlichen Ordnung<sup>181</sup> und dient im öffentlichen Interesse der Rechtstaatlichkeit; diese Vorschrift ist mithin kein Privileg des Einzelnen und somit unverzichtbar<sup>182</sup>. Hinzu ist bei Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu beachten, dass es sich hierbei um ein Grundrecht handelt, obwohl es nicht im Grundrechtskatalog der Artt. 1 ff GG enthalten ist.

Jedoch vertritt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zur sogenannten Drittwirkung der Grundrechte die Meinung, dass die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt sind, die Freiheitsrechte des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern. Allerdings sei das Grundgesetz keine wertneutrale Ordnung, sondern hat in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung errichtet, die ihren Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich freientfaltenden Menschlichkeit und Würde findet<sup>183</sup>. Dabei erfüllt Art. 2 GG eine lückenschließende Funktion, da er

---

<sup>181</sup> Arndt NJW 1959, 1230 (1231)

<sup>182</sup> Arndt NJW 1959, 1230 (1231)

<sup>183</sup> BVerfGE 7,198 (206); BVerfGE 25, 256 (263); BVerfGE 42, 143 (148); Höfling in: Sachs Art. 1, Rdn. 116

Elemente der Persönlichkeit gewährleistet, die nicht Gegenstand besonderer Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind<sup>184</sup>.

Zum Wesensgehalt im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG der Grundrechte gehört auch, dass das Grundgesetz die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden hat, ohne den Eigenwert der Person anzutasten<sup>185</sup>. In diesem Spannungsbereich besteht ein unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung, der der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist. Selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit können Eingriffe in diesem Bereich nicht rechtfertigen. Auch findet keine Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz statt<sup>186</sup>. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG ist in ihren Grenzen unbestimmt. Die Bestimmung des Wesensgehaltes eines konkreten Grundrechtes muss anhand des jeweiligen Grundrechtes definiert werden<sup>187</sup>. Zum Kernbereich des Art. 2 GG gehört die Möglichkeit, Ansichten, Überlegungen zum Ausdruck zu bringen. Der Kernbereich privater Lebensführung endet dort, wo es nicht nur um private Lebensgestaltung, sondern um Handeln mit Sozialbelang geht<sup>188</sup>.

Damit ist der Verzicht auf den gesetzlich bestimmten Richter als Teil der privaten Lebensgestaltung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG zulässig.

Außerdem weist das BAG – wie erwähnt – zutreffend darauf hin, dass der Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ein „Entzogen werden“ voraussetzt<sup>189</sup>. Eigenes, aktives Handeln des Geschützten, ein selbstständiges und freiwilliges Abstandnehmen von dem gesetzlichen Richter wird von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht erfasst und tangiert diese Norm demzufolge nicht.

---

<sup>184</sup> BVerfG NJW 2007, 2464 (2465)

<sup>185</sup> BVerfG NJW 2004, 739/740

<sup>186</sup> BVerfG NJW 1990, 563 m.w.N. aus der st. Rspr. des BVerfG

<sup>187</sup> Sachs in: Sachs, Komm. GG, Art. 19, Rdn. 44

<sup>188</sup> BVerfG NJW 2012, 907(908) m.w. N.; NJW 2008, 822(824); NJW 2008, 1137 m.w. N.

<sup>189</sup> NJW 1964, 268 (269)

## 2.) Art. 92 GG

Ein weiteres verfassungsrechtliches Bedenken gegen die Schiedsgerichtsbarkeit könnte sich aus Art. 92 GG ableiten. Danach ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut, so dass in der Zulassung einer nicht staatlichen Schiedsgerichtsbarkeit ein Entzug der den staatlichen Gerichten qua Verfassungsrecht übertragenden Aufgaben, mithin ein Einbruch in ein staatliches Rechtsprechungsmonopol gesehen werden könnte.

Voraussetzung dafür wäre, dass dem Art. 92 GG ein solches Ausschließlichkeitsrecht für die Rechtsprechung entnommen werden kann – so dass Art. 92 1. Halbs. GG zu lesen wäre: „Die rechtsprechende Gewalt ist nur den Richtern anvertraut“ – und dass mit Richter im Sinne dieser Vorschrift der staatliche Richter gemeint ist.

### a.) Ist Art. 92 GG ein staatliches Rechtsprechungsmonopol zu entnehmen?

Die Frage, ob Art. 92 1. Halbs. GG die Aufgabe der Rechtsprechung nur richterlichen Organen überträgt oder nur verlangt, dass bloß die letzte und abschließende Entscheidung in der Hand eines Richters liegt, ist umstritten<sup>190</sup>. Dieser letztgenannten Auslegung wird mit dem Argument entgegengetreten<sup>191</sup>, dass dann in Art. 92 GG nur eine Wiederholung des Art. 19 Abs. 4 GG zu sehen sei, Art. 92 1. Halbs. GG mithin nur eine Leerformel wäre. Des Weiteren wird argumentiert, dass sich das richterliche Rechtsprechungsmonopol neben Art. 92 GG auch aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten lässt, also nur die erstgenannte Auffassung mit diesem Bekenntnis des Grundgesetzes vereinbart ist<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> vergl.: Bettermann, Die Grundrechte III/2, S. 876; Haas, DVBl. 1957, 368/371; Ull, JZ 1958, 268/269; Loppuch, NJW 1953, 1126/1127; v. Turegg, NJW 1953, 1201/1204

<sup>191</sup> s.o., S. 35

<sup>192</sup> siehe Bettermann, Die Grundrechte III/2, S. 876

### **b.) Betrifft Art. 92 GG den staatlichen Richter?**

Dass Art. 92 1 Halbs. GG den staatlichen Richter meint, lässt sich bereits daraus entnehmen, dass in dieser Norm das Gewaltenteilungsprinzip Ausdruck findet. Eine weitere Bestätigung gibt der Wortlaut dieser Norm, die von rechtsprechender Gewalt spricht<sup>193</sup>. Danach scheint die Schiedsgerichtsbarkeit in das durch Art. 92 1. Halbs. GG statuierte Rechtsprechungsmonopol des staatlichen Richters einzugreifen.

### **c.) Schließt das staatliche Rechtsprechungsmonopol eine private Gerichtsbarkeit aus?**

Weitere Voraussetzung für einen Verstoß durch die Einrichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit gegen Art. 92 1. Halbs. GG ist jedoch, dass das in dieser Vorschrift enthaltene staatliche Rechtsprechungsmonopol zugleich das Verbot jeglicher Streitentscheidung durch private Organisationen bedeutet. Bedenken gegen diese Auffassung ergeben sich aus Art. 92 2. Halbs. GG, der ausschließlich vom Bundes- und Landesgerichtes spricht, mithin nur von staatlichen Gerichten. Dies deutet darauf hin, dass der Verfassungsgeber bei Schaffung des Art. 92 GG einzig die staatlichen Gerichte im Auge hatte und über jegliche Form der privaten „Rechtsprechung“ keine Aussage treffen wollte. Dies bedeutet, dass dem Wortlaut des Art. 92 GG nur entnommen werden kann, dass „Rechtsprechung“ ausschließlich von staatlichen Gerichten ausgeführt werden darf und soll<sup>194</sup>.

Da Schiedsgerichte keine Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG vornehmen, bleibt zu prüfen, ob durch Art. 92 GG auch jede „justizähnliche“, „tatsächliche“<sup>195</sup> Rechtsprechung verboten werden sollte.

Entscheidend ist daher festzustellen, welche tatsächlichen, der rechtlichen Regelung bedürftigen Verhältnisse der Verfassungsgeber vorfand und welche Frage er somit in Art. 92 GG entscheiden wollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade die in der nationalsozialisti-

---

<sup>193</sup> Im Ergebnis ebenso: F. Baur, JZ 1965, 163 (164); Arndt NJW 1965, 26/27, FN 13; BVerfG NJW 1965, 343 (344)

<sup>194</sup> Bettermann, Die Grundrechte III/2, S. 629; Maunz-Dürig (Hillgruber), Art. 92, Rdn. 87

<sup>195</sup> F. Baur, JZ 1965, 163/164

schen Zeit erfolgten Vorgänge den Verfassungsgeber bewogen haben, im IX. Abschnitt des Grundgesetzes die rechtsprechende Gewalt zu sichern. In diesem Zusammenhang erschien der aus der Weimarer Reichsverfassung (Art. 103) übernommene Art. 92 GG im besonders aktuellem Licht dahingehend, die Aufgaben der Rechtsprechung jeder anderen staatlichen Gewalt (Regierung, Verwaltung) absolut zu entziehen und nur einer Organisation zu übertragen, die durch flankierende Vorschriften gesichert wird. Dies bedeutet, dass das oben festgestellte Rechtsprechungsmonopol sich zu allererst gegen den Staat richtet.

Demgegenüber fand der Verfassungsgeber die Institution der privaten Schiedsgerichte in §§ 1025 ZPO und in § 91 ArbGG (1926), das nach dem Kriege wieder in Kraft gesetzt worden war, vor; im Arbeitsrecht ließ § 91 ArbGG (1926) die Schiedsgerichtsbarkeit sogar unbeschränkt zu, im Gegensatz zum heutigen § 101 ArbGG. Diese „uralte Einrichtung“ privater Gerichtsbarkeit mit traditionellem Bestand und Aufgabenbereich<sup>196</sup> hatte sich seit langem bewährt und niemals Konflikte in Hinblick auf eine rechtstaatliche Rechtsprechung hervorgerufen. In diesem Bereich gab es mithin überhaupt keine Frage, die einer rechtlichen Regelung durch das Grundgesetz bedurft hätte. Dass der Verfassungsgeber gleichwohl mit Art. 92 GG fortan die bewährte und gesetzliche geregelte Schiedsgerichtsbarkeit abschaffen wollte, kann somit ausgeschlossen werden<sup>197</sup>. Es ist also im Ergebnis festzustellen, dass Art. 92 GG eine private justizähnliche Streitentscheidung nicht ausschließt<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> F. Baur, a.a.O.

<sup>197</sup> F. Baur, JZ 1965, 163/164

<sup>198</sup> Bettermann, Die Grundrechte III/2, S. 629; Maunz-Dürig (Hillgruber), Art. 92, Rdn. 22; Hopfauf in: Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Henke, Art. 92, Rdn. 100, meint, dass Schiedsgerichte durch Art. 92 weder erlaubt noch verboten werden. Ebenso: Detterbeck in: Sachs, Komm. GG, Art. 92, Rdn. 29, der meint, dass nicht-staatliche Gerichte aufgrund des Art. 92 GG weder erlaubt noch verboten sind; a.a.O., Art. 92, Rdn. 28; ; Stober NJW 1979, 2001; Baur, JZ 1965, 163/164, der aber im Übrigen der Meinung ist, Art. 92 GG enthalte ein „umfassendes Rechtsprechungsmonopol nicht nur gegen den Staat gerichtet, sondern gegen jeden, der sich Rechtsprechungsbefugnisse – sei es auch nur tatsächlich – anmaßen will“; im Ergebnis ebenso: Franzheim, JR 1965, 459, dem allerdings in der Begründung nicht gefolgt werden kann: Franzheim geht davon aus, dass Verfassungsnormen, die die Organisation des Staates betreffen, keine „Drittirkung“ entfalten; diese Feststellung setzt allerdings voraus, dass sich Art. 92 GG wirklich

Art. 92 GG verbietet Schiedsgerichte aus den dargelegten und nachstehenden Gründen nicht; Art. 92 GG kann nicht dahin ausgelegt werden, dass private Schiedsgerichte teilweise – wegen der objektiven Schiedsfähigkeit – unzulässig sind. Sie sind entweder ganz oder gar nicht zulässig, aber nicht „ein wenig“ unzulässig. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zulässigkeit der Schiedsgerichte sich aus der Privatautonomie (Art. 2 GG) ergibt. Diese Privatautonomie ist nicht auf das materielle Recht beschränkt, sondern umfasst auch prozessrechtliche Verfügungsbefugnisse. Eine Auslegung des Art. 92 GG, der dies nicht berücksichtigt, stellt einen unnötigen Konflikt zwischen Artt. 2 und 92 GG her. Hesselbarth und Detterbeck kann daher auch insoweit nicht gefolgt werden.

In Art. 92 GG findet das Gewaltenteilungsprinzip Ausdruck. Die Vorschrift verbietet also nur, dass andere Träger hoheitlicher Gewalt Rechtsprechungsbefugnisse an sich ziehen und ausüben, d.h. Art. 92 GG verbietet nur staatlichen Instanzen, in die rechtsprechende Gewalt einzugreifen.

Dieses Ergebnis wird durch eine Interpretation des Wortlautes bestätigt. Art. 92 GG spricht von rechtsprechende G e w a l t . Der Begriff „Gewalt“ wird aber im Grundgesetz nur verwandt, wenn es um die Ausübung von staatlicher, d.h. öffentlicher, hoheitlicher Gewalt geht:

Art. 1 Abs. 1, S. 2 GG stellt die Menschenwürde unter den Schutz „staatlicher Gewalt“, Artt. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG sprechen von „vollziehender Gewalt“, d.h. der Executive. Artt. 19 Abs. 4 und 93 Abs. 1 Ziffer 4 a GG gewähren Rechtschutz gegen die „öffentliche Gewalt“. Art. 65 a GG überträgt die auf hoheitlicher Stellung beruhende Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte dem Bundesminister für Verteidigung.

Einem Vergleich zu diesem Gebrauch des Begriffs „Gewalt“ ist daher zu entnehmen, dass „rechtsprechende Gewalt“ in Art. 92 GG nur die Ausübung öffentlicher, hoheitlicher Gewalt durch die Gerichte meint.<sup>199</sup>

Fazit: Art. 92 GG steht einer Schiedsgerichtsbarkeit nicht entgegen.

---

nur mit dem Verhältnis des Staates zur Rechtsprechung beschäftigt, was ja gerade zu untersuchen ist.

<sup>199</sup> Hillgruber a.a.O., Art. 92, Rdn. 87

### 3.) Der allgemeine Justizgewährungsanspruch

Als weiteres verfassungsrechtliches Bedenken ist zu untersuchen, ob die Schiedsgerichtsbarkeit einen möglichen Justizgewährungsanspruch verletzt.

Wie bereits oben erörtert<sup>200</sup> lässt sich aus Art. 101 S. 2 GG ein allgemeiner Justizgewährungsanspruch nicht herleiten. Das Grundgesetz bestimmt in Art. 19 Abs. 4 GG wortlautgemäß nur, dass ein Justizgewährungsanspruch gegen Akte der öffentlichen Gewalt besteht. Es wird aber auch vertreten, dass aus den Grundsätzen der Verfassung ein allgemeiner Justizgewährungsanspruch herzuleiten ist. Dies ist zu untersuchen, insbesondere auf die Frage, ob sich insoweit ein Anspruch der Bürger gegen den Staat ergibt, in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten eine staatliche Justiz zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zur Verfügung zu stellen.

#### a.) Das Bestehen eines derartigen Anspruches

Zunächst waren die Meinungen zu dem Bestehen eines allgemeinen Justizgewährungsanspruches divergent.

Der Anspruch wird von Dütz<sup>201</sup> und anderen Autoren bejaht<sup>202</sup>; von anderen Autoren wird er insbesondere auf der Basis des Wortlautes des Art. 19 Abs. 4 GG abgelehnt<sup>203</sup>.

Wie bereits oben erörtert<sup>204</sup> lässt sich aus Art. 101 S. 2 GG ein allgemeiner Justizgewährungsanspruch nicht herleiten.

Zu prüfen bleibt, ob ein derartiger Anspruch aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleiten ist. Henkel<sup>205</sup> vertritt die Auffassung, dass es dem Rechtsstaat immanent sei, seinen Bürgern vor unabhängigen Richtern Rechtsschutz zu gewähren.

---

<sup>200</sup> S. 50 f

<sup>201</sup> Fußnote169

<sup>202</sup> F. Baur, AcP 1953, 393/396, A. Arendt, Festgabe für Carlo Schmidt, S. 5/13; Habscheidt, JR 1958, 361, 363

<sup>203</sup> Bettermann, Grundrechte III/2, S. 788; Lerche ZZP 78, 1965, S. 1/7

<sup>204</sup> S. 51 f

<sup>205</sup> Der gesetzlicher Richter, S. 131; ebenso: Sachs in: Sachs, Komm. GG, Art. 20, Rdn. 162

Die Versuche, aus anderen Verfassungsnormen einen Justizgewährungsanspruch herzuleiten, sind wenig überzeugend: Teilweise wird auf Art. 1 GG verwiesen; dies ist jedoch unzutreffend, denn selbst wenn in der Unterlassung des Staates, Durchsetzungsmöglichkeiten für rechtlich begründete Ansprüche zu gewähren, ein Verstoß gegen die Menschenrechte zu sehen sein sollte, ist damit noch nicht gesagt, dass der Staat verpflichtet ist, hierfür gerade Gerichte zur Verfügung zu stellen.

Andere Autoren erörtern in diesem Zusammenhang Art. 3 Abs. 1 GG<sup>206</sup>. Die Gewährung bzw. Nichtgewährung von Gerichten zur Durchsetzung rechtlicher Ansprüche trifft aber alle gleichermaßen.

Art. 17 GG hilft auch nicht weiter; er bietet nur ein Anrufungsrecht besonderer Art gerade neben den normalen gerichtlichen Verfahren<sup>207</sup>.

Art. 103 Abs. 1 GG gewährt nur einen Anspruch auf rechtliches Gehör während eines Gerichtsverfahrens. Er ist nicht dahin auszulegen, dass auch das Recht auf Anrufung der Gerichte hierunter fällt<sup>208</sup>.

Art. 20 Abs. 2 GG verankert schließlich nur das Gewaltenteilungsprinzip, sagt aber nichts darüber aus, in welchem Umfang die derart verankerte und gesicherte Dritte Gewalt tätig werden darf bzw. muss.

Dütz ist der Auffassung, dass sich ein Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt. Zur Begründung führt er einmal aus, dass der Vorrang von Gesetz und Recht nicht auf das Handeln öffentlicher Rechtsträger beschränkt sei. Er erstrecke sich vielmehr auf alle sozialen Lebensbereiche und erfasse so außer dem staatlichen auch den gesamten staatlich beeinflussbaren Bereich. Denn nach rechtstaatlichen Grundsätzen habe der Staat eine rechtliche Ordnung zu schaffen, welche die Existenz des Bürgers sowohl als Einzelperson als auch als Mitglied der politischen und sozialen Gesamtheit sicherstelle und damit das Gemeinwesen als solches gewährleiste. Eine rechtliche Bindung nur des Handelns von Hoheitsträgern würde demgegenüber deren Willkür abwehren, aber keinen Schutz vor der Auslieferung an die Übermacht Einzelner oder sozialer Gruppen bieten.

---

<sup>206</sup> Habscheid, ZZP 67, 188

<sup>207</sup> Dütz, S. 69

<sup>208</sup> Dütz, S. 77/79

Im Rechtstaat des Grundgesetzes herrsche und begrenze die rechtliche Ordnung also das gesamte politische und soziale Leben im Gemeinwesen<sup>209</sup>.

Vosskuhle verweist auf das aus Art. 92 GG hergeleitete Rechtsprechungsmonopol, aufgrund dessen jeder Bürger einen Anspruch auf ein staatliches Gerichtsverfahren hat, das den Garantien des „neutralen Verfahrens“ entspricht; durch den Anspruch auf den gesetzlichen Richter werde in dem globalen rechtsstaatlichen System gesichert, dass der Richter den Neutralitätserwartungen entspricht<sup>210</sup>.

Damit im Zusammenhang steht die Auffassung von Vosskuhle, dass sich aus Art. 101 Abs. 1 S. 2. GG ein Anspruch auf einen neutralen Richter ergibt<sup>211</sup>.

Dütz ist jedoch an anderer Stelle<sup>212</sup> der Auffassung, dass die Forderung nach der Durchsetzung einer rechtlichen Ordnung auch im Bereich des Privatrechtes nicht a priori bedeute, dass dies durch unabhängige Gerichte zu erfolgen haben.

In diesem Zusammenhang weist er jedoch darauf hin, dass aus Art. 92 GG eine augenfällige Hervorhebung der richterlichen Gewalt stattgefunden habe. Beachte man weiterhin, dass die Dritte Gewalt für eine bestimmte Funktion eine Monopolstellung erhalten habe, dass sie durch die Einrichtung einer ausgedehnten Verfassungsgerichtsbarkeit sogar „überhöht“ wurde, beziehe man schließlich die „einschlägigen rechtstaatlichen Rechtsschutzvorschriften in den Artt. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 20, 28, 92 GG“ mit in die Betrachtung ein, so liege die Folgerung nahe, dass das Grundgesetz der richterlichen Gewalt die Stellung und Funktion eingeräumt habe, die der moderne Rechtsstaat der Dritten Gewalt zuerkennt. Hierzu gehöre jedoch auch ein umfassender gerichtlicher Schutz in allen privatrechtlichen Angelegenheiten<sup>213</sup>.

Diese Argumentation erscheint nicht schlüssig. Denn selbst unterstellt, der Rechtstaat sei verpflichtet, auch im privatrechtlichen Bereich eine Ordnung zu schaffen, über die nur die unabhängigen Gerichte wachen sollen, so wäre damit noch nicht nachgewiesen, dass der

---

<sup>209</sup> Dütz, S. 106

<sup>210</sup> Rechtschutz, S. 122 f

<sup>211</sup> a.a.O., S. 112

<sup>212</sup> a.a.O., S. 60

<sup>213</sup> a.a.O., S. 110/111

Rechtstaat verpflichtet wäre, ein System zu errichten, das es notfalls mit Staatsgewalt ermöglicht, diese Privatrechtsordnung durchzusetzen.

Dütz bleibt also den Beweis schuldig, dass diese Durchsetzungsmöglichkeit ein weiteres Essential des Rechtstaates ist und dass es nicht ausreicht, dass der Staat im Privatrechtsbereich nur eine rechtliche Ordnung vorgibt. Dütz unterscheidet mithin nicht klar zwischen der Schaffung und der Durchsetzung einer Privatrechtsordnung.

Sachs<sup>214</sup> vertritt die Auffassung, dass sich der Justizgewährungsanspruch als „Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols“ ergibt.

Die Gegenmeinung, die einen allgemeinen Justizgewährungsanspruch ablehnt, verweist auf den Umkehrschluss aus Art. 19 Abs. 4 GG. Indem die Verfassung gerichtlichen Rechtschutz ausdrücklich nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt, lässt sie erkennen, dass weder von einem allgemeinen Justizgewährungsanspruch ausgegangen wird, noch dass ein derartiger Anspruch zugebilligt werden soll<sup>215</sup>.

Dabei wird jedoch übersehen, dass Art. 19 Abs. 4 GG einen eigenständig formulierten Teil des Justizgewährungsanspruchs darstellt, der Teil des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs ist, der auf eine Entscheidung durch unabhängige Gerichte abzielt. Dabei sind Rechtsstreitigkeiten des bürgerlichen Rechts das wichtigste Anwendungsfeld<sup>216</sup>. Zur dogmatischen Herleitung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs wird auf die Prozessgrundrechte in Artt. 101 Abs. 1 S. 2 und 103 Abs. 1 GG verwiesen. Diese auf ein rechtsstaatliches Verfahren zielende grundrechtsgleiche Rechte setzen eine Rechtswegeröffnung voraus. Die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtschutzes auch für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten ist aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG herzuleiten. Als subjektives Recht kommt Art. 2 Abs. 1 GG hinzu. Aufgrund des sich daraus ergebenden Leistungsanspruchs ist der Gesetzgeber gehalten, das Rechtschutzsystem auszuformen und einen effektiven Rechtschutz sicherzustellen<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> a.a.O.

<sup>215</sup> Bettermann, Grundrechte III/2, S. 788; Lerche, ZZP 1960, S. 17–8; teilweise wird sogar versucht aus Art. 19 Abs. 4 GG einen allgemeinen Justizgewährungsanspruch auch im Bereich des Privatrechtes herzuleiten.

<sup>216</sup> Schmidt-Aßmann/Schenk in: Schoch/Schneider/Bier, Komm. VwGO, Einleitung, Rdn. 51

<sup>217</sup> Vosskuhle/Kaiser, Jus 2014, 312, 313

Gegen die den allgemeinen Justizgewährungsanspruch ablehnende Meinung wendet sich Dütz mit der Behauptung, dass der Wunsch nach einer verfassungsmäßigen Verfestigung einer gerichtlichen Kontrolle der Executive stets im Vordergrund gestanden habe, während im Übrigen davon ausgegangen wurde, dass ein gerichtlicher Privatrechtschutz umfassend gegeben sei, mithin nach Auffassung des Verfassungsgebers nicht mehr positiv geregelt werden musste<sup>218</sup>.

Für diese Argumentation spricht, dass die geschichtliche Entwicklung zeigt, dass für die Verfassung der gerichtliche Schutz gegen die staatliche Gewalt stets im Vordergrund stand. Hierfür lassen sich eine Reihe historischer Verfassungsnormen anführen<sup>219</sup>. Da ein freiheitlicher Rechtsstaat auch viel stärker durch die Abschaffung eines Gerichts-

---

218 a.a.O., S. 113

219 1. § 95 der Verfassung für das Königreich Württemberg vom 25.09.1819:

„Keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf besonderen Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden.“

2. § 35 der Verfassung für das Kurfürstentum Hessen vom 05.01.1831:

„Jedermann bleibt es frei, über das sein Interesse benachtheiligende verfassungs-, gesetz- oder ordnungswidrige Benehmen oder Verfahren einer öffentlichen Behörde bei der unmittelbar vorgesetzten Stelle Beschwerde zu erheben und solche nöthigenfalls bis zur höchsten Behörde zu verfolgen. ... Ebenwohl bleibt in jedem Fall wo Jemand sich in seinen Rechten verletzt glaubt, ihm die gerichtliche Klage offen, auch in geeigneten wichtigen Fällen unbenommen, die Verwendung der Landstände anzusprechen.“

3. § 49 der Verfassung für das Königreich Sachsen vom 04.09.1831:

„Jedem, der sich durch einen Act der Staatsverwaltung in seinen Rechten verletzt glaubt, steht der Rechtsweg offen. Ein besonderes Gesetz wird die nöthigen Ausnahmen und Bestimmungen treffen, damit durch die Ausübung dieses Befugnisses der freie Fortgang der Verwaltung nicht gehemmt werde.“

4. § 160 der Frankfurter Reichsverfassung vom 28.03.1849:

„Eine vorgängige Genehmigung der Behörde ist nicht nothwendig, um öffentliche Beamte wegen ihrer amtlichen Handlungen gerichtlich zu verfolgen.“

5. Art. 95 der Verfassung für den preußischen Staat vom 05.12.1848 (oktroyierte Verfassung):

„Es ist keine vorgängige Genehmigung der Behörde nöthig, um öffentliche Civil- und Militairbeamte wegen der durch Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse verübten Rechtsverletzungen gerichtlich zu belangen.“

6. Art. 97 der Verfassung für den preußischen Staat vom 31.01.1850 (revidierte Verfassung):

„Die Bedingungen, unter welchen öffentliche Civil- und Militairbeamte wegen durch Überschreitung ihrer Amtsbeauftragungen verübter Rechtsverletzung gerichtlich in Anspruch genommen werden können, bestimmt das Gesetz. Eine

schutzes gegen hoheitliche Akte, als durch Abschaffung des Privatrechtsschutzes gefährdet war und ist, stand und steht erkennbar die verfassungsmäßige Sicherung der Möglichkeit, gegen die Executive die Hilfe der Dritten Gewalt in Anspruch zu nehmen, im Vordergrund. Vor diesem historischen Hintergrund ist Art. 19 Abs. 4 GG zu verstehen.

Das Bundesverfassungsgericht hat zunächst ebenfalls einen aus dem Rechtstaatsprinzip abgeleiteten Justizgewährungsanspruch verneint, allerdings ohne nähere Begründung. Es hat insoweit nur ausgeführt, dass das Rechtstaatsprinzip nicht verlange, dass für jeden Rechtsstreit ausnahmslos der Weg zu einem Gericht offenstehen muss. Art. 19 Abs. 4 GG beschränke sich darauf zu bestimmen, dass jeder Mann, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, ein Gericht anrufen kann<sup>220</sup>. Nunmehr vertritt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung die gegenteilige Auffassung.

Mit seiner Plenum-Entscheidung vom 11.06.1980<sup>221</sup> hat sich das Bundesverfassungsgericht dazu bekannt, dass aus dem Rechtstaatsprinzip des Grundgesetzes auch für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtschutzes abzuleiten ist, wenn auch die Gewährleistung von Rechtsmittelzügen daraus nicht folgt. Eine nähere Begründung für diese Meinung ist der Entscheidung nicht zu entnehmen; im Zusammenhang mit dem Zugang zu Rechtsmittelgerichten verweist das Bundesverfassungsgericht darauf, dass es ein zentraler Aspekt der Rechtstaatlichkeit sei, die eigenmächtig-gewaltsame Durchsetzung von Rechtsansprüchen zwischen Privaten grundsätzlich zu verwehren. In der Gerichtsbarkeit prägten sich innerstaatliches Gewaltverbot und staatliches Gewaltmonopol aus.

Des Weiteren kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Schluss, dass das Rechtstaatsprinzip in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten elementare Regeln für ein faires Verfahren gewährleistet.

In der darauffolgenden Entscheidung<sup>222</sup> leitet das Bundesverfassungsgericht das Gebot des fairen Verfahrens in bürgerlich-rechtlichen Prozessen aus dem Rechtstaatsprinzip und aus Art. 2 GG ab.

---

vorgängige Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde darf jedoch nicht verlangt werden“.

<sup>220</sup> BVerfGE 8, 174 (181)

<sup>221</sup> BVerfGE 54, 277 = NJW 1981, 39 (41)

<sup>222</sup> BVerfGE 93, 99, 101 = AP Nr. 15 zu § 9 ArbGG 1979

Weiterhin<sup>223</sup> bezeichnet das Bundesverfassungsgericht die Gewährung eines wirkungsvollen Rechtschutzes als Grundrecht. (Beschluss vom 30.04. 2003) Dabei vertritt es die Auffassung, dass die Rechtschutzgarantie des Grundgesetzes nicht auf Akte der vollziehenden Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG beschränkt, sondern umfassend angelegt sei. Art. 19 Abs. 4 GG stelle eine Spezialregelung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs dar. Dabei kommt es zur Auffassung, dass der Justizgewährungsanspruch nicht nur Rechtschutz durch den Richter, sondern auch gegen den Richter ermögliche, so dass bei Verletzung des rechtlichen Gehörs dem Betroffenen ein Rechtsmittel zustehen müsse<sup>224</sup>. Der BGH hat sich zur Frage des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs dem Bundesverfassungsgericht angeschlossen<sup>225</sup>.

Der Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes ist aus den dargelegten Argumenten des Gerichts zu folgen. Insbesondere der Gesichtspunkt des innerstaatlichen Gewaltverbots überzeugt; ohne einen Justizgewährungsanspruch könnten Privatpersonen auch berechtigte Ansprüche gegen andere Privatpersonen unter Beachtung des staatlichen Gewaltmonopols nicht durchsetzen. Ein Gewaltverbot ist integraler Bestandteil eines Rechtstaats, denn wenn dieses Verbot nicht gegeben wäre, könnte jeder mit Mitteln, die in seinem Belieben stehen, Ansprüche – ob berechtigt oder nicht – durchsetzen.

Der allgemeinen Justizgewährungspflicht steht auch nicht entgegen, dass Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich nur gerichtlichen Rechtschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt. Denn die allgemeine Justizgewährungspflicht besitzt eine viel ältere rechtstaatliche Tradition als Art. 19 Abs. 4 GG und hat im Laufe ihrer Entwicklung ein eigenes System staatlichen Gerichtschutzes ausgebildet. Daher besteht auch kein Zwang alle Gewalten außerhalb der „öffentlichen Gewalt“ im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG einzubeziehen. Die sonstigen Rechtssuchenden fallen nicht in ein Nichts, sondern sind gesichert durch ein Netz von Schlichtungs-, Schieds- und Gerichtsschutzmög-

---

<sup>223</sup> BVerfGE 88, 118= NJW 1993, 1635 ( 1636)

<sup>224</sup> BVerfGE 107, 395 = MDR 2003, 885 Diese Rechtsprechung hat zur Einführung der Anhörungsprüfung geführt; vergl. hierzu: Vosskuhle, Rechtschutz, S. 176 ff

<sup>225</sup> NJW 1989, 1477 (1478)

lichkeiten<sup>226</sup>. Art. 19 Abs. 4 GG ist daher nicht dahin auszulegen, dass im Umkehrschluss Justiz nur bei Akten der öffentlichen Gewalt gewährt werden soll. Der Justizgewährungsanspruch ergibt sich aus dem Komplementärverhältnis dieses (formellen) Grundrechts mit den materiellen Grundrechten<sup>227</sup>. Der Justizgewährungsanspruch ist das „verfahrensrechtliche Vehikel“ zur prozessualen Effektivierung des materiellen Grundrechts<sup>228</sup>.

Das Komplementärverhältnis des Verfahrensrechts ist gegenüber dem materiellen Recht auch im Grundrechtsbereich anerkannt<sup>229</sup>. Zu den materiellen Grundrechten gehört auch das Grundrecht des Art. 2 GG, auf das das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung zum allgemeinen Justizgewährungsanspruch berechtigterweise stützt.

Schmidt-Aßmann<sup>230</sup> verweist auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>231</sup>, in der festgestellt wird, dass Freiheit Verlässlichkeit der Rechtsordnung erfordert.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt seiner Tendenz, Rechtschutz den Grundrechten als wesensmäßig zugehörig zu bezeichnen, die mit der Entscheidung zum Hamburgischen Deichordnungsgesetz<sup>232</sup> begann. Der Anspruch auf Justizgewährung werde nicht nur aus Art. 19 Abs. 4 GG, sondern aus den materiellen Einzelgrundrechten hergeleitet. Dies gilt für Art. 14 GG und wurde zu Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 GG fortgeführt<sup>233</sup>. Im Ergebnis ergibt sich: Gerichtsschutz gegen die öffentliche Gewalt wird primär durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet, während der Justizgewährungsanspruch im Privatrecht aus dem dort zu konkretisierenden Grundrechten als Elemente objektiver Wertung folgt<sup>234</sup>. Da Grundrechte nur mit

<sup>226</sup> Schmidt-Aßmann, NVwZ 1983, 1

<sup>227</sup> Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 3

<sup>228</sup> Bethge, NJW 1982, 1 (5)

<sup>229</sup> v. Mutius, NJW 1982, 2156

<sup>230</sup> a.a.O., S. 6

<sup>231</sup> NJW 1962, 2425 (2426)

<sup>232</sup> BVerfGE 24, 367

<sup>233</sup> Dolde, NVwZ 1982, 65 mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG

<sup>234</sup> Dolde, a.a.O., S. 67

Hilfe entsprechenden Verfahrensrechtes durchsetzbar sind, determinieren sie Ausgestaltung und Anwendung des Verfahrensrechts<sup>235</sup>.

Dabei ist der Justizgewährungsanspruch nicht auf die Durchsetzung von Grundrechten beschränkt. Dies ist ein Gesichtspunkt für die Begründung eines solchen Anspruchs. Der Anspruch ist des Weiteren aufgrund der Friedenspflicht der Bürger, des Selbsthilfeverbots und des staatlichen Gewaltmonopols begründet. Bei dieser staatlich geschaffenen Konstellation ergibt sich aus der Leistungsdimension des Art. 2 Abs. 1 GG ein Anspruch des Bürgers auf Ausgestaltung eines entsprechenden Rechtsschutzsystems, mit dem das Interesse an balldiger Rechtssicherheit erfüllt wird.

Der wichtigste Anwendungsbereich dieses Anspruchs sind bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten und Rechtsstreite aufgrund privatrechtlichen Handels der Verwaltung. Dieser Anwendungsbereich wird zunächst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes anerkannt, dann auf die Verletzung von Verfahrensgrundsätzen durch ein Gericht ausgedehnt<sup>236</sup>. Eine Ausdehnung auf nicht zur Executive gehörende, aber auch nicht zur richterlichen Tätigkeit gehörende Akte der öffentlichen Gewalt war und ist nicht erforderlich. Akte des Rechtspflegers, Justizverwaltungsakte der Kostenbeamten in den Geschäftsstellen der Gerichte werden stets zu den Akten im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gerechnet<sup>237</sup>.

Nur einen eingeschränkten Justizgewährungsanspruch hat das Bundesverfassungsgericht bei verwaltungsrechtlichen Entscheidungen der Kirchen angenommen<sup>238</sup>. Eingeschränkt wurde auch der Rechtsschutz in Fällen oberschwelliger Vergabeentscheidungen<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> Dolde, a.a.O., der dieser Entwicklung kritisch gegenübersteht, weil er darin ein bedenkliches Grundrechtsverständnis sieht; der Grundrechtschutz richte sich nach dem einfachen Verfahrensrecht, so dass eine falsche Anwendung verfahrensrechtlicher Bestimmungen zugleich Grundrechte verletze

<sup>236</sup> BVerfG, MDR 2003, 886 (887)

<sup>237</sup> BVerfGE 28, 10= NJW 1970, 853 (854); BVerfGE 101, 397=BWNotz 2000, 91 (93), gleiches gilt für Anordnungen der Staatsanwaltschaften: BVerfGE 103, 142 = JuS 2001, 701 (703); NJW 2010, 1804

<sup>238</sup>; abgelehnt bei Statusklagen: NJW 1983, 2580 ff; zugelassen bei vermögensrechtlichem Streit: NVwZ 1999, 758

<sup>239</sup> BVerfG NVwZ 2006, 1396 (1398)

Mit der Anerkennung eines allgemeinen Justizgewährungsanspruchs ist die Notwendigkeit entfallen, möglichst viele Streitigkeiten in den Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG aufnehmen zu müssen<sup>240</sup>.

**Fazit:** Mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist von dem Bestehen eines allgemeinen Justizgewährungsanspruches auszugehen.

### b.) Verletzung des Justizgewährungsanspruchs durch Schiedsgerichte

Bei Bejahung eines Justizgewährungsanspruchs mit Verfassungsrang ist des Weiteren zu untersuchen, ob dieser durch die Einrichtung von Schiedsgerichten als verletzt angesehen werden kann.

Dass die Schiedsgerichte nicht mit dem Rechtstaatsprinzip in Einklang sind, erscheint bereits deshalb zweifelhaft, da zum Rechtstaatsprinzip die individuelle Freiheit gehört und diese auch das Recht umfasst, anstelle der staatlichen Gerichte private Schiedsgerichte in Anspruch zu nehmen<sup>241</sup>. Hinzu kommt, dass die Schiedsgerichte grundsätzlich ebenso in der Lage sind, streitentscheidend zur Wahrung des Rechtsfriedens und der dem Rechtstaat immanenten Ordnung beizutragen wie staatliche Gerichten und dass die Parteien ihnen in der Regel mit dem gleichen, wenn nicht sogar größerem Vertrauen begegnen als staatlichen Gerichten.

Dass die Schiedsgerichte die staatlichen Gerichte im rechtstaatlichen Sinne ordnungsgemäß vertreten<sup>242</sup> ist durch die Vorschriften der ZPO und des ArbGG gesichert.

So sieht § 1059 ZPO ein Recht auf Aufhebung eines Schiedsvertrags vor, wenn dieser auf einem „unzulässigen Verfahren beruht, seine Anerkennung gegen die öffentliche Ordnung verstößen würde, wenn einer Partei kein rechtliches Gehör gewährt worden ist oder

<sup>240</sup> Schmidt-Aßmann/Schenk, a.a.O., Rdn. 51

<sup>241</sup> Zur Frage, ob die teilweise vertretene Auffassung, die private Schiedsgerichtsbarkeit stelle einen materiell-rechtlichen Vergleich dar, der die materielle Rechtslage umgestalte, so dass das hier zu untersuchenden Problem nicht auftritt, vergl. die Ausführungen von Dütz (a.a.O., S. 231/232); diesem ist darin beizupflichten, dass allein die tatsächliche Wirkung der Schiedsabrede, nämlich der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit wesentlich ist, gleich auf welcher rechtlichen Grundlage die Schiedsabrede beruht.

<sup>242</sup> Zum Problem von rechtstaatlichem Schiedsgericht: Habscheidt, NJW 1962, 5 ff

wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen wurde, so dass nicht überprüft werden kann, ob das Schiedsgericht die von den Parteien vorgetragenen Sachargumente bei der Streitentscheidung hinreichend berücksichtigt und gewürdigt hat, da auch im schiedsrichterlichen Verfahren zu den Angriffs- und Verteidigungsmitteln Stellung genommen werden muss<sup>243</sup>.

Damit ist gesichert, dass die Entscheidungen privater Gerichte durch staatliche Gerichte überprüft werden können. Dies gewährleistet, dass innerhalb des durch das staatliche Rechtsprechungsmonopol garantierten rechtstaatlichen Systems auch der konkrete Richter den Neutralitätserwartungen entspricht<sup>244</sup>. Neutralität ist für die richterliche Tätigkeit „schlechthin konstituierend“<sup>245</sup>.

Somit vertreten die Schiedsgerichte auch im rechtsstaatlichen Sinne die staatlichen Gerichte.

Das ArbGG erklärt zwar u.a. § 1059 ZPO für unanwendbar (§ 101 Abs. 3 ArbGG), jedoch findet sich die Regel des § 1059 ZPO auch hier wieder: § 105 Abs. 1 ArbGG gewährt das rechtliche Gehör, § 108 Abs. 2 ArbGG schreibt die schriftliche Begründung vor<sup>246</sup> und gemäß § 110 Abs. 1 Ziffer 1 ArbGG ist der Schiedsspruch aufzuheben, wenn das schiedsgerichtliche Verfahren unzulässig war.

Nur der generalklauselartige Aufhebungegrund des § 1059 Abs. 2 Ziffer 2 b ZPO ist im ArbGG nicht enthalten. Diesem Umstand ist allerdings keine Bedeutung zuzumessen. Der Ausschluss der §§ 1025 ff ZPO, der im ArbGG von 1926 noch nicht enthalten war, findet sich zum ersten Mal im Entwurf des Ausschusses für Arbeit des Bundestages vom 03.06.1953<sup>247</sup>, ohne dass im Ausschussbericht eine Begründung gegeben wurde, warum vom ArbGG 1926 und dem gleichlautenden Regierungsentwurf<sup>248</sup> vom 27.06.1952 insoweit abgewichen wur-

---

<sup>243</sup> RGZ 119, 29 (32)

<sup>244</sup> Vosskuhle, Rechtsschutz, S. 122/123

<sup>245</sup> Vosskuhle, Rechtsschutz, S. 101

<sup>246</sup> Auf eine schriftliche Begründung kann zwar verzichtet werden, jedoch dürfte dies regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn der Schutzzweck der Begründungspflicht – das Kennen der Entscheidungsgründe – einmal nicht erforderlich sein sollte; entscheidend ist aber, dass auch das ArbGG im Regelfall von einer Begründungspflicht ausgeht.

<sup>247</sup> BT-Drs Nr. 4372, 1. WP, Bd. 23, S. 27

<sup>248</sup> BT-Drs Nr. 3516, 1. WP, Bd. 19, S. 17

de. Auch in den Beratungen des Plenums des Bundestages ist auf diesen Punkt nicht eingegangen worden<sup>249</sup>. § 101 Abs. 3 ArbGG kann daher aus dem Bestreben erklärt werden, jegliche Schwierigkeiten durch Anwendung evtl. nicht passender Vorschriften der ZPO auf das spezielle Gebiet des Arbeitsrechtes im Bereich des Schiedsgerichtswesens von vornherein auszuschließen. Vielmehr sollte das ArbGG eigene Regeln für das schiedsrichterliche Verfahren im Arbeitsrecht geben; dabei sind die §§ 93 bis 100 ArbGG (1926) mehr oder weniger unverändert übernommen worden, die ebenfalls keine dem § 1059 Abs. 2 Ziffer 2 b ZPO entsprechende Regelung enthalten. Während jedoch früher dieser Tatsache mangels einer dem § 101 Abs. 3 ArbGG (1953) vergleichbaren Vorschrift keiner Bedeutung zukam, ergibt sich nunmehr in diesem Punkt ein Unterschied zwischen dem Aufhebungsverfahren nach der ZPO und demjenigen nach dem ArbGG. Dies ist möglicherweise bei der Schaffung des ArbGG von 1953 übersehen worden. Germelmann<sup>250</sup> ist der Auffassung, dass die §§ 1025 ff ZPO in § 101 ArbGG ausgeschlossen sind, weil bei §§ 1025 ff ZPO die Parteien direkt die Schiedsvereinbarung treffen, bei § 101 ArbGG die Tarifvertragsparteien, bei denen der Gesetzgeber die Vertragsparität für gesichert gehalten hat.

Leitet man den Justizgewährungsanspruch auch aus der Pflicht des Rechtstaats ab, eine rechtstaatlich verfasste Ordnung auch im privaten Bereich durchzusetzen, so wird die Erreichung dieses Ziels durch die Schiedsgerichte nicht behindert, allenfalls gefördert<sup>251</sup>.

Schließlich ist auch in diesem Zusammenhang –wie auch bei Art. 92 GG darauf hinzuweisen, dass der Grundgesetzgeber eine ihm bekannte Schiedsgerichtsbarkeit vorgefunden hatte und dass nicht angenommen werden kann, dass mit dem Bekennnis zum Rechtsstaat in Art. 20 Abs. 3 GG die Schiedsgerichte abgeschafft werden sollten<sup>252</sup>. Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass ein Justizgewährungsanspruch,

---

<sup>249</sup> vergl. das Protokoll der 269. Sitzung der 1. WP, Bd. 16, S. 13279 ff

<sup>250</sup> Germelmann in: Germelmann/Matthes, Prütting/Müller-Glöge, Komm. ArbGG, § 101, Rdn. 233

<sup>251</sup> Dies zeigt im Übrigen, dass die Existenz eines Justizgewährungsanspruchs fraglich ist, sondern allenfalls ein Anspruch darauf besteht, dass der Rechtstaat die Möglichkeit gewährt, berechtigte Ansprüche durchzusetzen.

<sup>252</sup> Dütz, a.a.O., S. 241; Maunz-Dürig (Hillgruber) Art 92, Rdn. 87

wenn man ihn annimmt, durch die Einrichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit nicht verletzt wird.

Wie auch bei Art. 92 GG kann bei einem aus dem Rechtsstaatprinzip hergeleiteten Justizgewährungsanspruchs nicht angenommen werden, dass der Grundgesetzgeber die ihm bekannte und die seit langem bestehenden Schiedsgerichte abschaffen wollte<sup>253</sup>.

Des Weiteren kann im Rahmen der Privatautonomie auch auf einen derartigen Anspruch gemäß Art. 2 GG verzichtet werden.

Die staatliche Pflicht, die Autonomie des Einzelnen zu schützen, kann sich nicht gegen den Grundrechtsträger richten<sup>254</sup>. Die objektive Werthaltigkeit des Grundrechts gemäß Art. 2 GG darf nicht gegen die subjektive Selbstbestimmung des Grundrechtsträgers ausgespielt werden<sup>255</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat den Vorrang des Freirechts gemäß Art. 2 Abs. 1 GG betont: „Der umfassende Schutz menschlicher Handlungsfreiheit erfüllt neben den benannten Freiheitsrechten auch eine wertvolle Funktion in der Freiheitssicherung, denn trotz der weiteren Beschränkungsmöglichkeiten gewährt das Grundrecht ... einen Schutz von substantiellen Gewicht. Jeder Versuch einer wertenden Einschränkung des Schutzbereiches würde danach zu einem Verlust des Freiraumes für den Bürger führen, der nicht schon deshalb geboten sein kann, weil andere Grundrechte einen engen und qualitativ abgehobenen Schutzbereich haben“<sup>256</sup>.

Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der der Kernbereich des Art. 2 GG einen letzten, unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung kennt, der der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist, so dass selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit Eingriffe in diesen Kernbereich nicht rechtfertigen. Auch findet eine Abwägung nach der Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht statt. Das folgt aus der Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG), des Weiteren auch daraus, dass der Kern der Persönlichkeit durch die unantastbare Würde des Menschen geschützt ist<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup> Maunz-Dürig (Hillgruber), Art. 92, Rdn. 87

<sup>254</sup> Murswieck in: Sachs, Komm. GG, 7. Auflage, Art. 2, Rdn. 209

<sup>255</sup> Murswieck, a.a.O., Art. 2, Rdn. 211

<sup>256</sup> BVerfG NJW 1989, 2525 (2526) = BVerfGE 80, 137

<sup>257</sup> BVerfG NJW 1990, 563 m.w.N aus der Rechtsprechung des BVerfG

Fazit: Auch wenn der Justizgewährungsanspruch Teil der rechtstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes ist, kann ein Verzicht auf den Anspruch dem Einzelnen aufgrund seiner Freiheitsrechte gemäß Art. 2 GG nicht untersagt sein. Art. 2 Abs. 1 GG schützt auch die Selbstverwirklichung der Persönlichkeit in dem sozialen Umfeld<sup>258</sup>.

Ergebnis: Als Ergebnis dieses Kapitels ergibt sich, dass nur der allgemeine Justizgewährungsanspruch ein zu beachtender Gesichtspunkt im Zusammenhang mit der verfassungsmäßigen Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit darstellt; auf diesen Anspruch kann im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsrechte verzichtet werden.

---

<sup>258</sup> Murswieck, a.a.O., Art. 2, Rdn. 9



## **Kapitel 3 Vereinbarkeit der Sportschiedsgerichtsbarkeit mit Verfassungsrecht**

Wie bereits ausgeführt, bestehen Sportschiedsgerichte auf nationaler und internationaler Ebene<sup>259</sup>. Die Sportschiedsgerichtsbarkeit ist umfangreich<sup>260</sup>.

Entscheidungen werden in Ausübung der Verbandsautonomie getroffen. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, sind Verbandsschiedsgerichte nur dann als Schiedsgerichte anzusehen, wenn sie als neutrale unabhängige Instanz durch Satzungen oder vergleichbare Rechtssetzungen ausgestaltet sind<sup>261</sup>. Auch Sportschiedsgerichte müssen rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen genügen<sup>262</sup>.

Bei den Sportschiedsgerichten besteht in der Regel die besondere Problematik, dass die Verbände oft nach dem „ein Platz-Prinzip“ organisiert sind. Einen weiteren besonderen Gesichtspunkt stellt die Tatsache dar, dass – insbesondere auf internationaler Ebene – die Sportler ihren Beruf, mit dem sie ihre Lebensgrundlage verdienen, mit dem Sport verbinden.

Daraus ergibt sich im Bereich des europäischen Rechts die Anwendbarkeit der Regeln über die Berufsausübungs- und Dienstleistungsfreiheit und – in Bezug auf die Sportverbände – die Anwendbarkeit des Kartellrechts.

Der EuGH hat hierzu ausgeführt, dass Anti-Doping-Regeln nicht unbedingt mit dem EU-Recht kollidieren, da mit ihnen ein legitimier Zweck verfolgt wird. Dementsprechend unterliegen die Anti-Doping-Regeln des IOC dem europäischen Kartellrecht, stellen jedoch keine

---

<sup>259</sup> S. 11 f

<sup>260</sup> vergl. den Überblick bei Deutsch VersR 1990, 2

<sup>261</sup> Deutsch, a.a.O., S. 13

<sup>262</sup> Deutsch, a.a.O., S. 6

mit diesem Recht unvereinbare Wettbewerbsbeschränkungen dar, weil sie mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden sind und dazu dienen, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten<sup>263</sup>.

Die Problematik des Zusammentreffens von Kartellrecht und Zulässigkeit der Sportschiedsgerichtsbarkeit zeigt sich deutlich an der „Causa Pechstein“. Dieses Verfahren soll daher nachfolgend exemplarisch näher untersucht werden:

### I.) Die „causa Pechstein“

Es ging um eine Eisschnellläuferin, die mittels Ausübung ihres Sports ihren Lebensunterhalt verdiente.

Bei einer einschlägigen Weltmeisterschaft in Hamar wurden der Sportlerin Blutproben entnommen, deren Ergebnisse als Beleg für Doping angesehen wurden. Die zuständige Disziplinarkommission sperrte die Sportlerin für zwei Jahre. Punkte, Preise und Medaille wurden ihr aberkannt. Des Weiteren wurde die Sportlerin von Trainingsmaßnahmen ausgeschlossen und ihr Statut als Mitglied des Kadars für die Olympischen Winterspiele 2010 in Vancouver ausgesetzt. Mit Schiedsspruch vom 25.11.2009 wies der CAS die Berufung der Sportlerin gegen die Entscheidung der Disziplinarkommission zurück und verhängte erneut eine zweijährige Sperre.

Die Anrufung Schweizer Gerichte durch die Sportlerin blieb erfolglos.

Beim Landgericht München erhob die Sportlerin Klage u.a. auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe von € 3.584.126,09. Zur Begründung berief sie sich darauf, dass die bei der Blutprobe festgestellten Werte nicht auf Einnahme von Medikamenten beruhten, sondern auf einer ererbten Blutanomalie.

Die Zuständigkeit des CAS ergab sich aus der Tatsache, dass die Sportlerin eine Wettkampfmeldung für die Eislauftweltmeisterschaft in Hamar unterzeichnet hatte, mit der sie die Zuständigkeit der Diszipli-

---

<sup>263</sup> EuZW 2006, 593 (596)

narkomission und des CAS anerkannte. Ohne eine entsprechende Unterzeichnung wäre sie nicht zum Wettkampf zugelassen worden.

In der Satzung des Internationalen Fachverbands für Eisschnelllauf, ein Verband, der monopolistisch nach dem „Ein-Platz-Prinzip“ organisiert ist, heißt es, dass die Entscheidungen des CAS abschließend und bindend sind.

Das Landgericht München hatte als Gericht erster Instanz die Schiedsabrede mangels einer freien Willensbildung der Sportlerin für unwirksam erachtet<sup>264</sup>. Die Sportlerin habe bei der Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung nicht die Wahl gehabt, die Unterzeichnung zu verweigern, da davon ihre Teilnahme an der Weltmeisterschaft abhing. Damit sei diese Vereinbarung gemäß § 138 BGB nichtig, da sie gegen die guten Sitten verstöße. Die in Art. 2 Abs. 1 GG garantierte Privatautonomie der strukturell unterlegenen Partei erfordere, eine Beschränkung der Privatautonomie der überlegenen Partei.

Das Landgericht München hat die Klage gleichwohl abgewiesen. Die Sportlerin habe trotz ihrer Kenntnis von der fehlenden Freiwilligkeit bei der Schiedsvereinbarung selbst das Schiedsgericht angerufen und im Verfahren vor dem Schiedsgericht die fehlende Freiwilligkeit und die sich daraus ergebende Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht. Wird die Rüge der fehlenden Schiedsvereinbarung nicht im Ausgangsverfahren erhoben, trete insoweit Präklusion ein. Nach Auffassung des Landgerichts München kam es aus diesem Grund nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung an.

Das OLG München hat die Anerkennung des Schiedsspruches des CAS abgelehnt<sup>265</sup>. Die Anerkennung dieses ausländischen Schiedsspruches sei zu versagen, da er gemäß Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ gegen die öffentliche Ordnung verstöße. Die Schiedsvereinbarung beruhe auf einem Missbrauch des Monopols des Sportverbands gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 4 GWB (a.F.). Daher hatte die Sportlerin gemäß § 33 GWB einen Anspruch auf Beseitigung der Folgen des Kartellrechtsverstoßes. Des Weiteren habe der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung zur Folge gehabt, dass der Sportlerin das Recht auf Zugang zu staatlichen

---

<sup>264</sup> SchiedsVZ 2014, 100

<sup>265</sup> SchiedsVZ 2015, 40

Gerichten und ihr Anspruch auf den gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entzogen wurde. Dabei bezog sich das OLG München auf die Körbuch-Entscheidung des BGH<sup>266</sup>.

Aufgrund der Revisionszulassung seitens des OLG München hat sodann der BGH über diesen Rechtsstreit entschieden<sup>267</sup>. Der BGH bestätigt in dieser Entscheidung zunächst, dass ein nach dem „Ein-Platz-Prinzip“ organisierter Sportverband marktbeherrschend sei. Das Revisionsgericht verneint allerdings einen Missbrauch von Marktmacht, wenn der Verband die Teilnahme eines Athleten an einem Sportwettkampf von der Unterzeichnung einer Schiedsvereinbarung abhängig macht. Denn die Sportschiedsgerichtsbarkeit enthalte auch und gerade Vorteile für die Athleten, die auf faire Wettkampfbedingungen angewiesen seien. Dazu gehöre insbesondere eine einheitliche Anwendung der Anti-Doping-Regeln, was durch den CAS als weltweit anerkanntes Sportschiedsgericht gewährleistet werde. Die Verfahrensordnung des CAS enthalte ausreichende Garantien für die Wahrung der Rechte der Sportler; Schiedssprüche des CAS unterliegen einer Kontrolle durch das schweizerische Bundesgericht.

Die Ausführung des BGH zu § 19 GWB sollen hier nicht weiter untersucht werden<sup>268</sup>. Auch die Ausführungen des BGH zu den verfassungsrechtlichen Fragestellungen, dem Justizgewährungsanspruch, sind auf Ablehnung gestoßen<sup>269</sup>.

Der BGH nimmt in der Entscheidung auch zu den Fragen zu dem Justizgewährungsanspruch und zu Art. 12 GG Stellung. Er lehnt eine Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung ab, da sich die Klägerin der Schiedsgerichtsvereinbarung freiwillig unterworfen habe<sup>270</sup>. Zur Begründung dieser Wertung weist der BGH darauf hin, dass der Verzicht auf den Justizgewährungsanspruch – zu Art. 12 GG nimmt der BGH in diesem Zusammenhang nicht Stellung – in einer vertraglichen Vereinbarung enthalten ist. Diese sei das maßgebliche rechtliche Instru-

---

<sup>266</sup> BGHZ 144, 146

<sup>267</sup> NJW 2016, 2266

<sup>268</sup> ablehnend: Bunte EWiR 2016, 415

<sup>269</sup> Ohrt, DRiZ 2016, 254; Heermann, NJW 2016, 2224; zustimmend: Adolphsen, DRiZ 2016, 254

<sup>270</sup> Er bezieht sich dabei erstaunlicherweise u.a. auf Bleistein/Degenhart, NJW 2015, 1353, die gerade die gegenteilige Auffassung vertreten

ment zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns. Die Vertragsparteien bestimmen selbst, wie ihre individuellen Interessen zum Ausgleich gebracht werden. Die Freiheitsausübung findet so ihre Konkretisierung. Bei einer vertraglichen Vereinbarung liege vom Grundsatz her die erforderliche Freiwilligkeit vor. Unbedeutend sei, dass die Klägerin die Schiedsvereinbarung nicht gewollt habe; eine vertragliche Vereinbarung setze gerade voraus, dass eigene Positionen aufgegeben und Bedingungen akzeptiert werden, die dem Willen des Vertragspartners entspringen. Allerdings anerkennt der BGH auch, dass von Fremdbestimmung auszugehen sei, wenn eine Vertragspartei ein derartiges Übergewicht habe, dass sie Regelungen einseitig setzen kann. Bei der Abwägung weist der BGH zugunsten der Klägerin darauf hin, dass neben der Justizgewährung auch ihr Grundrecht aus Art. 12 GG zur Disposition stand. Dem stand allerdings die grundrechtlich gewährleistete Verbandsautonomie (Art. 9 Abs. 1 GG) gegenüber. Sportverbände förderten den Sport, indem sie die Voraussetzungen für einen organisierten Sport schaffen. Dies erfordere Schiedsvereinbarungen, um ein einheitliches Vorgehen hinsichtlich der sportlichen Regeln zu gewährleisten.

Bei der Abwägung dieser Interessen kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass das Verlangen, die Schiedsvereinbarung abzuschließen, nicht missbräuchlich war. Ergänzend weist der BGH hierzu darauf hin, dass der CAS aus unabhängigen und neutralen Schiedsrichtern gebildet werde und gesetzliche Bestimmungen und die Verfahrensordnung des CAS hinreichend Regeln für den Fall der Befangenheit eines Schiedsrichters enthalten. Außerdem sehe das Schweizer Recht ein dem § 1059 ZPO vergleichbares Aufhebungsverfahren vor.

## II.) Das Grundrecht des Art. 12 GG

Mit diesen Ausführungen berücksichtigt der BGH nicht hinreichend, dass neben dem u.a. auf Art. 2 GG beruhenden Justizgewährungsanspruchs noch Art. 12 GG zu beachten war, da der Sportsverband eine Ausübung der beruflichen Tätigkeit der Klägerin von dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung abhängig machte.

Art. 2 GG ist ein Auffanggrundrecht. Er schützt das menschliche Verhalten, soweit nicht ein spezielles Grundrecht eingreift.

Findet Art. 12 GG Anwendung, scheidet Art. 2 als Prüfungsmaßstab aus<sup>271</sup>.

Allerdings besteht im Verhältnis des Art. 2 GG zu den speziellen Grundrechten kein Verhältnis einer strengen Subsidiarität<sup>272</sup>. Soweit Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit schützt, kommt ein Konkurrenzverhältnis nicht in Betracht. Außerdem wird jedes Verhalten, das von Erwerbsmotiven geprägt ist, durch Art. 2 GG geschützt<sup>273</sup>.

a.) In das Grundrecht gemäß Art. 12 GG kann nur aufgrund höherwertiger Gemeinwohlbelange eingegriffen werden. Bei der Bewertung der Gemeinwohlbelange hat das Bundesverfassungsgericht im Apotheken-Urteil<sup>274</sup> eine Drei-Stufen-Theorie entwickelt. Danach darf die Freiheit der Berufsausübung beschränkt werden, soweit vernünftige Gründe es zweckmäßig erscheinen lassen. Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Dabei unterscheidet das Bundesverfassungsgericht zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen. Objektive Zulassungsvoraussetzungen erfordern den Nachweis, dass die Abwehr höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Einschränkungsmaßnahme rechtfertigt.

Nachfolgend hat das Bundesverfassungsgericht die Drei-Stufen-Theorie noch um den Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ergänzt<sup>275</sup>.

Zur Freiheit der Berufswahl gehört auch die freie Entscheidung, einen einmal ergriffenen Beruf fortzusetzen<sup>276</sup>. Die Teilnahme an einem Wettkampf ist mithin ein Teil der Berufswahl-Freiheit.

Eine Schiedsabrede, um die Möglichkeit der Teilnahme an einem Wettkampf zu erreichen, war mithin gemäß § 138 BGB nichtig, wenn nicht die oben dargestellten Voraussetzungen für einen Eingriff in die

---

<sup>271</sup> BVerfGE 23, 50 (55); 33, 171 (191)

<sup>272</sup> Höfling/Sachs in: Sachs, Kommentar GG, Art. 2, Rdn. 67

<sup>273</sup> Di Fabio in: Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn. 81

<sup>274</sup> BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035 (1038)

<sup>275</sup> zuletzt: NJW 2013, 3357(3358),

<sup>276</sup> BVerfG NJW 1964, 1175

Berufswahl-Freiheit vorlagen, d.h. es musste um die Abwehr schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gehen und es musste der Eingriff in die Berufswahl-Freiheit verhältnismäßig sein.

Mit diesen Gesichtspunkten setzt sich der BGH in der genannten Entscheidung nicht konkret auseinander. Er verweist global auf die Notwendigkeit zur Sicherung der Fairness im Sport, ein kompetentes Schiedsgericht als zuständig zu vereinbaren.

Dieser Gesichtspunkt kann sicher als Gemeinwohlbelang akzeptiert werden. Ob er für einen Eingriff in die Berufswahl-Freiheit – auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit – genügt, hätte der BGH konkret entscheiden müssen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung uneinheitliche Kontrollmaßstäbe angelegt<sup>277</sup>. Ein Mittel der Gefahrabwehr ist im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Beihilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt<sup>278</sup>. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes kann von der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Freiheitsrecht gemäß Art. 12 GG ausgegangen werden.

Darüber hinaus hätte sich der BGH auch mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die Fairness im Sport als ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut anzusehen ist.

Konkurrenz stellt grundsätzlich keinen Gemeinwohlbelang dar, der eine Einschränkung der Berufsfreiheit rechtfertigen kann<sup>279</sup>. Bei dieser Entscheidung ging es allerdings um legalen Wettbewerb zwischen west- und ostdeutschen Rechtsanwälten. Bei dem Verbot von Doping geht es hingegen um die Verhinderung von Manipulationen im Sport und darüber hinaus um Verhinderung von Gesundheitsschäden von Sportlern.

Insoweit kann der Kampf gegen Doping im Sport als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut eingestuft werden.

b.) Des Weiteren ist die Entscheidung des BGH an Art. 2 GG zu erörtern.

Hier verweist der BGH darauf, dass die Klägerin eine Vereinbarung über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts getroffen hat.

---

<sup>277</sup> Mann in: Sachs, Kommentar GG, Art. 12, Rdn. 145

<sup>278</sup> BVerfG NVwZ-RR 2008, 1 (3)

<sup>279</sup> BVerfG NJW 1996, 1882 (1883)

Es ist der Aussage zuzustimmen, dass der Abschluss von Verträgen ein markantes Beispiel für die Realisierung der Privatautonomie ist. Bei Verträgen schließt die darin liegende Einwilligung eine Beeinträchtigung der Freiheitsrechte gemäß Art. 2 Abs. 1 GG aus<sup>280</sup>. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt, nämlich dann nicht, wenn ein Vertragspartner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch allein bestimmen kann; eine weitere Ausnahme von diesem Grundsatz ist bei erheblich ungleichen Verhandlungspositionen der Vertragspartner anzunehmen<sup>281</sup>.

Durch Art. 2 Abs. 1 GG ist die vertragliche Abschluss- und Gestaltungsfreiheit geschützt<sup>282</sup>.

Kontrahierungswänge heben die Abschlussfreiheit auf<sup>283</sup>. In dem „Fall Pechstein“ ging es allerdings darum, dass eine Privatrechtsorganisation nicht jedoch der Staat, gegen den die Grundrechte als Abwehrrechte der Bürger bestehen, in die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit eingegriffen hat.

Art. 2 Abs. 1 GG ist ein klassisches Abwehrrecht<sup>284</sup>. Aus dieser Verfassungsnorm ist aber auch eine Schutzwirkung abzuleiten, nach der staatliche Stellen verhindern müssen, dass Selbstbestimmung entfällt und zu einer Fremdbestimmung gerät<sup>285</sup>.

Daher ist bei Anwendung privatrechtlicher Vorschriften die weite Ausstrahlungswirkung des Art. 2 Abs. 1 GG zu beachten<sup>286</sup>. Im Privatrechtsverkehr entfalten die Grundrechte ihre Wirkkraft als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen durch die Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen<sup>287</sup>. Die Gewährleistungspflicht des Staates umfasst auch dessen Pflicht, den Grundrechtsberechtigten vor unzumutbaren Freiheitsbeeinträchtigungen durch Dritte zu behüten<sup>288</sup>. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte verstößt

---

<sup>280</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth, Kommentar GG, Art. 2, Rdn. 57

<sup>281</sup> Jarass, a.a.O., Rdn. 23

<sup>282</sup> BVerfGE 8, 274 (328); Di Fabio, a.a.O., Art. 2, Rdn. 101

<sup>283</sup> Di Fabio, a.a.O., Art. 2, Rdn. 102; Dreier, Kommentar GG, Art. 2, Rdn. 35

<sup>284</sup> BVerfGE 12, 341 (354)

<sup>285</sup> BVerfGE 81, 242 (255); BVerfGE 89, 214 (232) = NJW 1991, 923; BVerfG NJW 2001, 957 (958); BVerfG NJW 1996, 2021; Di Fabio, a.a.O., Art. 2, Rdn. 107

<sup>286</sup> Jarass, a.a.O., Art. 2, Rdn. 13

<sup>287</sup> BVerfG NJW 2013, 3086 (3087)

<sup>288</sup> Di Fabio, a.a.O., Art. 2, Rdn. 125; Jarass, AÖR 110, 363

gegen Art. 2 GG, wenn in einer Einzelfallentscheidung das Problem der gestörten Vertragsparität übersehen wird<sup>289</sup>. Dementsprechend sind Grundrechte wegen ihrer Ausstrahlungswirkung bei Auslegung von Verträgen und rechtsgeschäftlichen Erklärungen bei Anwendung der §§ 133, 157 BGB zu beachten<sup>290</sup>. Auch besteht eine Pflicht des Zivilrichters, Verträge, die Ergebnis einer ungleichen Verhandlungsstärke sind, inhaltlich zu überprüfen und ggf. zu korrigieren<sup>291</sup>.

In dem vom BGH entschiedenen Fall war die Klägerin zur Ausübung ihres Berufs und zur Förderung ihrer beruflichen Zukunft darauf angewiesen, an dem Wettkampf teilzunehmen; dies war ihr nur möglich, wenn sie die Forderung des den Wettkampf ausrichtenden Verbandes akzeptierte, die Zuständigkeit des CAS-Schiedsgerichts zu vereinbaren. Diese Schiedsvereinbarung war anhand des Art. 2 Abs. 1 GG von dem Zivilgericht auszulegen und inhaltlich zu überprüfen, zumal die Klägerin mit dieser Vereinbarung auf einen verfassungsrechtlichen Anspruch – Justizgewährung – zu verzichten hatte.

Es war daher nicht ausreichend, dass der BGH auf den Abschluss der Vereinbarung verwies und daraus ableitete, dass die Klägerin im Rahmen ihrer Privatautonomie gehandelt habe; dass für den Abschluss einer solchen Schiedsvereinbarung nachvollziehbare Gründe sprechen, ist in diesem Zusammenhang belanglos. Die Privatautonomie ist nicht durch allgemeine sachliche, vertretbare Gründe einzuschränken. Vielmehr sind Bedeutung und Tragweite des Schutzes der Handlungsfreiheit und der Privatsphäre nicht losgelöst von anderen gleichfalls schutzwürdigen Interessen zu interpretieren. Die Grenzen der Privatautonomie sind durch Abwägung mit den anderen in Betracht kommenden Interessen zu ermitteln<sup>292</sup>. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht nicht die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft nach dem Legalitätsprinzip bei verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, für einen Eingriff in die Rechte aus Art. 2 Abs. 1 GG genügen lassen.

Im Fall der Sportschiedsgerichtsbarkeit ging es um die Fairness im internationalen Sport durch Doping-Freiheit einerseits und um die Verfassungsrechte auf den gesetzlichen Richter und auf Justizgewäh-

<sup>289</sup> Di Fabio, a.a.O., Art. 2, Rdn. 112

<sup>290</sup> Di Fabio, a.a.O., Art. 2, Rdn. 110, BVerfG NJW 2013, 3086 (3088)

<sup>291</sup> Di Fabio, a.a.O., Art. 2, Rdn. 111 f; Jarass, a.a.O., Art. 2, Rdn. 13

<sup>292</sup> BVerfG NJW 1977, 1489 (1490)

rung andererseits. Beide letztgenannte Gesichtspunkte sind Essentialia des Rechtstaates. Diese Freiheitsrechte können nicht durch das sicher erstrebenswerte Ziel eines dopingfreien Sports eingeschränkt werden. Die Schiedsvereinbarung zugunsten des CAS war daher wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 GG gemäß § 138 BGB nichtig.

Außerdem hätte die Willenserklärung der Sportlerin dahin ausgelegt werden müssen, dass sie nicht freiwillig auf ihre Rechte aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und den Justizgewährungsanspruch verzichtet hat.

Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage findet sich in der BGH-Entscheidung nicht.

Diese Entscheidung weist auch ein weiteres verfassungsrechtliches Bedenken auf.

In der Körbch-Entscheidung<sup>293</sup> hat der 2. Zivilsenat ausdrücklich ausgeführt, dass die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nur dann ausgeschlossen ist, wenn sich der Kläger ausdrücklich individualvertraglich einem Schiedsgericht unterworfen hat.

Der 1. Senat hat demgegenüber die Auffassung vertreten, dass es unbedeutend sei, dass die Klägerin die Schiedsvereinbarung nicht gewollt habe. Vielmehr sei es vertraglichen Vereinbarungen immanent, dass eigene Positionen aufgegeben werden.

Es besteht also eine Diskrepanz zwischen der Auffassung des 2. Senats, der fordert, dass die Prozesspartei eine Schiedsvereinbarung ausdrücklich gewollt hat, und der Auffassung des 1. Senats, wonach es darauf nicht ankommt. Gemäß § 132 Abs. 2 GVG ist der Senat, der von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen will, verpflichtet, die Rechtsfrage dem Großen Zivilsenat vorzulegen. Eine unterlassene Vorlage an den Großen Senat gemäß § 132 GVG kann ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG begründen. Dies setzt allerdings eine willkürliche Erwägung bei dem nichtvorliegenden Senat voraus<sup>294</sup>.

Die Erwägung des 1. Senats in der „Causa Pechstein“ sind zwar unzutreffend, wohl aber nicht willkürlich, so dass die Nichtvorlage nicht als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anzusehen ist.

---

<sup>293</sup> NJW 2000, 1713

<sup>294</sup> BVerfGE 3, 359 = NJW 1954, 593; BVerfG NStZ 2008, 39

### III.) Die Zulässigkeit der Sportschiedsgerichtsbarkeit

Daraus ergibt sich das Fazit, dass die Sportschiedsgerichtsbarkeit verfassungsrechtlich zulässig ist, wenn aufgrund der Gestaltung der Schiedsordnung bzw. der Verbandssatzung sichergestellt ist, dass sich der Sportler freiwillig der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen hat; hierzu genügt der freiwillige Beitritt zu einer Organisation, deren Satzung zum Zeitpunkt des Beitritts eine Schiedsgerichtsbarkeit vorsieht. Weitere Voraussetzung ist, dass das Schiedsgericht rechtstaatlichen Verfahrensgrundsätzen genügt, insbesondere aus unabhängigen neutralen Schiedsrichtern gebildet wird.

Die Einhaltung dieser Voraussetzungen führt nicht dazu, dass eine internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit verunmöglicht wird. Entscheidend ist, dass der Zwang zur Unterwerfung unter eine Schiedsklausel vermieden wird. Wie erwähnt, gibt es einige sachliche Argumente, die für den CAS sprechen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass Sportler aus diesen Gründen die internationalen Sportschiedsgerichte akzeptieren und sich ihr freiwillig unterwerfen. Dann ist von einer Schiedsvereinbarung im Rahmen der Privatautonomie auszugehen. Diese Freiwilligkeit führt auch dazu, dass die kartellrechtlichen und europarechtlichen Bedenken ausgeräumt werden.

### IV.) Die DIS-Schiedsgerichtsordnung

National existiert die DIS-Schiedsgerichtsordnung. Diese sieht u.a. vor: Das Schiedsgericht besteht aus drei Schiedsrichtern, es sei denn, die Parteien einigen sich auf einen Einzelschiedsrichter (§ 2). Die DIS stellt eine Schiedsrichterliste zur Verfügung, es steht den Parteien aber frei, einen Schiedsrichter zu benennen, der nicht auf der Liste vermerkt ist (§ 3). Dritte können an dem Schiedsverfahren beteiligt werden (§ 14). Jeder Schiedsrichter muss unparteiisch und unabhängig sei (§ 15). Die Ablehnung eines Schiedsrichters ist vorgesehen (§ 18). Einstweiliger Rechtsschutz ist möglich (§ 20), die Verfahrenssprache ist deutsch (§ 22), die Parteien können das anzuwendende Recht bestimmen (§ 23). Die zwingenden Vorschriften des 10. Buches der ZPO sind anzuwenden (§ 24).

Die Parteien sind gleich zu behandeln, ihnen ist rechtliches Gehör zu gewähren (§ 26). Das Schiedsgericht hat den Sachverhalt zu ermitteln; es kann Sachverständigen-Gutachten in Auftrag geben (§ 27). Das Schiedsgericht entscheidet, ob eine mündliche Verhandlung stattfindet; auf Antrag einer Partei muss eine mündliche Verhandlung anberaumt werden. Ein Vergleich kann geschlossen werden (Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut): § 32. Ein Schiedsspruch hat zwischen den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils (§ 39). Ein Rechtsmittelverfahren ist vorgesehen (§§ 45 ff).

In einem Teil III sind Sonderbestimmungen für Anti-Doping-Streitigkeiten vorgesehen (§§ 50 ff). Danach finden die grundsätzlichen Bestimmungen Anwendung. Nach § 52 ist ein Einzelschiedsrichter vorgesehen; bei einem Streitwert von mehr als € 50.000,00 (berechnet aus dem sportbezogenen Einkommen, das während der drohenden Sanktionen entgehen würde) kann eine Partei ein Schiedsgericht bestehend aus drei Schiedsrichtern beantragen. Die NADA kann, ohne Partei zu sein, sich an dem Verfahren beteiligen (§ 57). Die Anti-Doping-Bestimmungen sind zu berücksichtigen (§ 58). Ein Rechtsmittel ist zum CAS möglich (§ 61).

In einem Anhang I ist der DIS-Ernennungsausschuss konstituiert, dessen drei Mitglieder vom DIS-Vorstand ernannt werden. Der Ausschuss ist an Weisungen nicht gebunden. Er entscheidet mit einfacher Mehrheit; gegen seine Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Der Ernennungsausschuss ernennt den Vorsitzenden des Schiedsgerichts und den Einzelschiedsrichter, wenn die Parteien sich nicht auf eine Person einigen können. Der Ernennungsausschuss entscheidet auch in den Fällen des § 17 Abs. 2 der Schiedsordnung über die Bestellung eines benannten Schiedsrichters.

Mit diesen Regeln kann das DIS-Schiedsgericht als Schiedsgericht angesehen werden. Die Schiedsrichter müssen unparteiisch und unabhängig sein. Es besteht ausdrücklich ein Anspruch auf rechtliches Gehör. Damit erfüllt das DIS-Schiedsgericht auch die Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit; es erfüllt rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze.

Bedenken bestehen insoweit, als Schiedsrichter, insbesondere im Falle der Ernennung eines Schiedsgerichtsvorsitzenden, durch den Ernennungsausschuss bestimmt werden. Dieser Ausschuss wird von dem

DIS-Vorstand bestellt; seine Entscheidungen sind nicht anfechtbar. Damit müssen die Parteien Schiedsrichter hinnehmen, die durch mit dem Verbandsvorstand verbundene Personen ernannt werden. Dies begründet die Besorgnis, dass die vom Ausschuss ernannten Schiedsrichter nicht unabhängig sind. Führt dies zu berechtigten Zweifeln an der Unparteilichkeit und/oder der Unabhängigkeit des betreffenden Schiedsrichters, kann dieser gemäß § 18 der Schiedsordnung abgelehnt werden. Die Ablehnung kann auch noch während des Verfahrens, nämlich binnen 14 Tage nach Kenntnisverlangung des Ablehnungsgrundes erklärt werden. Das kann als ausreichend angesehen werden, dass die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Schiedsrichter gewährleistet wird. Dass ein vom Ernennungsausschuss ernannter Schiedsrichter grundsätzlich befangen ist, kann nicht vermutet werden. Wie bereits ausgeführt, ist ein Schiedsrichter verpflichtet, die Tatsachen bekanntzugeben, die eine Besorgnis an seiner Unparteilichkeit begründen können. Tut er dies pflichtwidrig nicht, kann eine Ablehnung noch im Aufhebungsverfahren erfolgen.



## **Kapitel 4 Die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten**

§ 101 ArbGG schließt eine Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten aus.

Gemäß § 101 Abs. 2 ArbGG können die Parteien eines Tarifvertrages anordnen, dass unter Ausschluss der staatlichen Arbeitsgerichtsbarkeit über einen Rechtsstreit aus dem Arbeitsrecht ein Schiedsgericht entscheidet.

Dies gilt jedoch nur, wenn der persönliche Geltungsbereich des Tarifvertrages Bühnenkünstler, Filmschaffende oder Artisten umfasst.

Bis zum 31.07.2013 galt diese Regelung auch für Tarifverträge, die Kapitäne und Besatzungsmitglieder im Sinne der §§ 2, 3 SeemannsG betrafen. Für diese Berufsgruppen entfiel die Schiedsgerichtsmöglichkeit aufgrund des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2009/13/EG des Rates vom 16.02.2009 zur Durchführung des Seearbeitsübereinkommens 2006 und zur Änderung der Richtlinie 1999/63/EG<sup>295</sup>.

§ 101 Abs. 2 ArbGG sieht eine Schiedsabrede durch die Tarifvertrags-Parteien in einem Tarifvertrag vor. Der Schiedsabrede liegt mithin keine individuelle Erklärung des Betroffenen im Rahmen der Privatautonomie zugrunde. Die Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten weist die Besonderheit auf, dass ihre Zulässigkeit nicht mit der Privatautonomie begründet werden kann, da die Parteien des Rechtsstreits nicht aufgrund einer freiwilligen Willenserklärung der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden, sondern die Organe der jeweiligen Tarifvertragspartei eine entsprechende Vereinbarung treffen, ohne dass die betroffene Partei an dem Zustandekommen der Schiedsabrede direkt mitgewirkt hat. Es ist zu untersuchen, ob dieser

---

295 BGBl 1, 2013, 868

Umstand zu einer Verfassungswidrigkeit der Schiedsgerichte bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten führt.

Da § 101 ArbGG tarifliche Schiedsklauseln nur bei einer bestimmten Berufsgruppe gestattet, ist weiterhin zu prüfen, ob diese gesetzliche Regelung mit Art. 3 GG konfliktiert.

## **I.) Die Privatautonomie bei durch Tarifvertrag vereinbarten Schiedsgerichten**

Fraglich ist, ob das Argument der herrschenden Meinung, die Schiedsgerichtsbarkeit sei auch deshalb zulässig, weil sie von den Parteien im Rahmen ihrer Initiative und persönlichen Freiheit vereinbart worden ist (Art. 2 Abs. 1 GG), auch dann noch Geltung beanspruchen kann, wenn die Schiedsklausel im Tarifvertrag vereinbart worden ist, bei ihrer Entstehung nicht jeder, der ihr unterworfen ist, mitgewirkt hat, sondern nur jeweils eine kleine, ausgewählte Gruppe der Tarifvertragsparteien, die für ihren Verband die Verhandlungen geführt hat.

Im Rahmen der Untersuchung dieser Frage ist hinsichtlich der Rechtslage für so genannte tarifliche Außenseiter und derjenigen für Mitglieder der Tarifvertragsparteien zu unterscheiden.

### **1.) Die Rechtslage hinsichtlich der Mitglieder der Tarifvertragsparteien**

#### **a.) Das Fehlen einer Willenserklärung**

Hinsichtlich der Mitglieder der Tarifvertragsparteien ist festzustellen, dass sie sich nicht durch eine eigene Willenserklärung der Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen, sondern diese Vereinbarung von den zuständigen Organen der Koalitionen für sie getroffen werden.

Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass auch bei ihnen kein wirksamer Verzicht auf den Justizgewährungsanspruch angenommen werden kann, so dass hier die Vereinbarung der Schiedsklausel unzulässig wäre.

## b.) Das Kriterium des Beitritts

Dieser Schluss würde jedoch unberücksichtigt lassen, dass die Schiedsklausel durch die eigene arbeitsrechtliche Koalition abgeschlossen wurde, dem das einzelne, der Schiedsklausel unterworfenen Mitglied freiwillig beigetreten ist. Dieser Beitritt ist bei Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden in dem Moment seiner Freiwilligkeit nicht nur durch Art. 2 GG, sondern auch durch Art. 9 Abs. 3 GG (negative Koalitionsfreiheit) gesichert.

Zu prüfen ist also, ob diese Tatsache eine tarifliche Schiedsklausel verfassungsrechtlich rechtfertigt. Der Beitritt des Einzelnen zu einer Tarifvertragspartei hat ja gerade den Sinn, durch eine Konzentration gleichgerichteter Interesse die Durchsetzungsmöglichkeiten eigener Forderungen zu verbessern.

Um dieses Vorteils willen muss jedoch der einzelne zwangsläufig in Kauf nehmen, dass nur wenige für alle die Verhandlungen führen und letztlich die Verträge schließen, an die die gesamte Mitgliedschaft des Verbandes gebunden ist.

Zu untersuchen ist daher, wie diese tatsächliche Erscheinung rechtlich zu werten ist und ob sich daraus eine Rechtfertigung für die Bindung an eine tariflich vereinbarten Schiedsklausel herleiten lässt<sup>296</sup>. Wenn aber auch die Tarifvertragsparteien mittelbar an das Grundgesetz, mithin Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG und an das Rechtsstaatsprinzip, bei ihrer Normensetzung gebunden sind, ist festzustellen, welche Tarifvertragsnormen gemäß § 3 TVG verpflichtend sind, d.h. eine gerichtliche Prüfung überstehen.

### aa.) Die Vertretertheorie

Die Frage, aufgrund welchen Rechts eine Tarifvertragspartei berechtigt ist, für ihre Mitglieder zwingende Vereinbarungen mit der ihr gegenüberstehenden Koalition bzw. bei einer Gewerkschaft evtl. auch mit einem Unternehmen abzuschließen, ist lange Zeit umstritten gewesen.

---

<sup>296</sup> Diese Bindung kann nicht allein auf § 3 Abs. 1 TVG gestützt werden. Denn diese Vorschrift kann die Mitglieder der Tarifvertragsparteien nur insoweit binden, wie die Normen des Tarifvertrages selbst Bestand haben.

Die so genannte Vertretertheorie<sup>297</sup> ging davon aus, dass der Verband den Tarifvertrag im Namen seiner Mitglieder oder zumindest auch im Namen seiner Mitglieder und in eigenem Namen (Kombinationstheorie) abschließt.

Sieht man hierin den zutreffenden Grund für die Berechtigung der Vorstände der Koalition, Tarifverträge zu vereinbaren, so würde sich für das hier zu behandelnde Problem sehr schnell herleiten lassen, dass der durch die tariflich vereinbarte Schiedsgerichtsklausel entstandene Verzicht auf den Schutz des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG und auf den rechtsstaatlichen Justizgewährungsanspruch ein freiwilliger wäre. Die mit dem Eintritt in den Verband erfolgte Beauftragung wäre – da uno actu – von der gleichen Freiwilligkeit wie der Beitritt selbst; wer aber freiwillig einem Dritten eine umfassende Vollmacht ausstellt, kann sich anschließend nicht darauf berufen, dass im Rahmen dieser Vollmacht getätigte Geschäft widersprüche seinen Vorstellungen und beschneide ihn in seinen Rechten.

Jedoch ist die Vertretertheorie nicht geeignet, das Recht der Vorstände der Tarifvertragsparteien, ihre Mitglieder zu binden, zu erklären. Denn schon die Vorstellung, der Verband bzw. die für ihn handelnden Organe kontrahieren bewusst und gewollt als Stellvertreter jedes einzelnen Mitglieds, erscheint lebensfremd und konstruiert<sup>298</sup>. In Schwierigkeiten gerät diese Theorie jedoch vollends, wenn sie die Tarifgebundenheit eines erst nach Abschluss des Tarifvertrages dem Verband Beigetretenen erklären soll. Hier würde nur die Konstruktion einer vollmachtslosen Vertretung helfen, die der Beitretende durch diesen Akt des Beitritts genehmigt. Hier wird die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion plastisch<sup>299</sup>.

Letztlich kann die Vertretertheorie auch nicht befriedend erklären, warum nicht im Einzelarbeitsvertrag andere, ggf. vom Tarifvertrag zu Lasten des Arbeitnehmers abweichende Konditionen vereinbart werden können.

---

<sup>297</sup> Begründet von Lotmar, Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 1902, I, S. 735 ff

<sup>298</sup> Zeuner, RdA 1964, 443/445

<sup>299</sup> Zeuner a.a.O.

Ramm<sup>300</sup>, der mit seiner Differenztheorie die Vertretertheorie für die Arbeitgeberverbände bejaht, während er für die Arbeitnehmerorganisationen die als herrschende anzusehende Verbandstheorie weiter aufrechterhalten will<sup>301</sup> beruft sich auf eine „unwiderrufliche Vollmacht“.

Hiergegen ergeben sich schon aus der Tatsache Bedenken, dass eine so weitgehende Erklärung dem Beitritt in eine arbeitsrechtliche Koalition nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann. Darüber hinaus wird das Institut der unwiderruflichen „verdrängenden“ Vollmacht nicht grundsätzlich für zulässig erachtet. Soll eine Vollmacht entgegen § 168 BGB unwiderruflich sein, bedarf dies einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Vollmachtgeber und Vertreter<sup>302</sup>. An einer solchen Vereinbarung fehlt es stets, wenn jemand einer Tarifvertragspartei beitritt. Diese Bedenken führen im Ergebnis zu einer Ablehnung der Vertretertheorie<sup>303</sup>. Auf ihrem Boden kann mithin kein freiwilliger Verzicht der tarifgebundenen Mitglieder der Koalitionen auf die verfassungsrechtlichen Schutzrechte angenommen werden.

### **bb.) Der Gedanke der Unterwerfung**

In der Ablehnung der Vertretertheorie ist sich heute die herrschende Meinung ebenso einig wie in der Annahme der so genannten Verbandstheorie, nach der die Tarifvertragsparteien den Tarifvertrag in eigenem Namen abschließen<sup>304</sup>. Im Rahmen dieser Ansicht kann die Tarifbindung ausschließlich mit § 3 Abs. 1 TVG begründet werden; eine dogmatische Rechtsfertigung fehlt hier.

Diese hat Bötticher versucht<sup>305</sup>. Er hat dabei den Gedanken der Unterwerfung in den Vordergrund gestellt<sup>306</sup>. Anknüpfend an § 317 BGB gründet Bötticher die Berechtigung der Koalition zum Abschluss

---

<sup>300</sup> Die Parteien des Tarifvertrages, S. 89

<sup>301</sup> Hiergegen mit Recht Zeuner a.a.O.; Nikisch, RdA 1962, 39/40

<sup>302</sup> BGH NJW 1988, 2603 (2604)

<sup>303</sup> BAG AP Nr. 17 zu Art. 3 GG

<sup>304</sup> Nikisch, RdA 1962, 39

<sup>305</sup> Gestaltungrecht und Unterwerfung im Privatrecht

<sup>306</sup> Bötticher erkennt an, dass seine Ausführungen nach Inkrafttreten des TVG nur noch „dogmengeschichtliches Interesse“ haben, da der Streit um die „automatische Wirkung des Tarifvertrages“ „zur Hauptsache erledigt“ sei.

bindender Tarifverträge auf eine Unterwerfung der Mitglieder der Verbände unter ein diesen zustehendes Gestaltungsrecht<sup>307</sup>. Dritte im Sinne des § 317 BGB seien dabei nicht nur der jeweils eigene Verband, sondern beide den Tarifvertrag abschließende Koalitionen; nach ihrem Interesse haben sie (sc. die Verbände) sich auf den Tarifvertrag geeinigt und stehen nun „wie ein Mann“ hinter ihrem Werk als ein „Gesamtakt“<sup>308</sup>. Die Unterwerfung unter das Gestaltungsrecht, das im Übrigen ein Dauergestaltungsrecht miteinander ablösender Leistungsbestimmungen durch Tarifverträge sei, manifestiert sich in der Beitrittserklärung jedes Mitglieds in seine Koalition<sup>309</sup>. Der Beitritt bedeutet somit eine Unterwerfung im doppelten Sinn: Einmal unter die Vereinsgewalt des eigenen Verbandes, außerdem unter die Bestimmung des Dritten, d.h. der beiden Tarifpartner.

Auch § 3 Abs. 3 TVG lässt sich bei dieser Deutung nach Ansicht Böttchers zwanglos erklären: Er liegt im Grunde „auf gleicher Linie wie die Festsetzung einer Kündigungsfrist“ für die Aufhebung des Zustands des Unterworfenseins<sup>310</sup>.

Auch auf dem Boden dieser Theorie ließe sich die Freiwilligkeit des Abstandsnehmens von den Rechten des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG und des Verzichts auf den Justizgewährungsanspruchs herleiten. Denn auch hier würde die Freiwilligkeit des Beitritts Auswirkung auf den Verzicht haben, da Beitritt und Unterwerfung ein Vorgang und mithin beide freiwillig sind. Wer sich aber freiwillig dem Gestaltungsrecht eines Dritten unterwirft, hat die dann erfolgte Gestaltung auch hinzunehmen, ohne dass er eine Rechtsverletzung behaupten könnte.

Für die Betonung des Gedankens der Unterwerfung spricht, dass der Beitretende sich nicht nur über die Konsequenzen seiner Handlung, nämlich u.a. die Tarifbindung im Klaren sein muss, sondern er dieses Ergebnis in der Regel sogar wünschen wird. Denn ein Beitritt zu einer Tarifvertragspartei erfolgt zumindest auch mit dem Zweck, im Rahmen der Koalition mit ihrer gegenüber dem Einzelnen größere Machtfülle für die eigene Person bessere Konditionen zu erreichen.

---

<sup>307</sup> a.a.O., S. 18 ff

<sup>308</sup> a.a.O., S. 20

<sup>309</sup> a.a.O., S. 21

<sup>310</sup> a.a.O., S. 25, FN. 32

Dies ist aber im Ergebnis nur dann der Fall, wenn das von den Tarifvertragsparteien ausgehandelte Ergebnis auch alle Mitglieder bindet.

Jedoch bestehen gegen die Meinung Böttchers ähnliche Bedenken wie gegen die Vertretungstheorie. Auch hier erscheint es nicht zweifelsfrei, dem Beitritt zu einer Tarifvertragspartei ohne Weiteres einen derart weitreichenden Sinn zu unterstellen. Es dürfte in der Regel kaum anzunehmen sein, der Beitrete wolle sich mit diesem Akt nicht nur einem Gestaltungsrecht seines eigenen, sondern auch des – zumindest als gegnerische Organisation empfundenen – anderen Verbands für eine nicht absehbare und ebenso wenig überschaubare Zeit unterwerfen. Darüber hinaus kann auch Böttcher nicht überzeugend erklären, warum „die Parteien sich von der durch den Dritten bewirkten Gestaltung zugunsten eines nunmehr von ihnen selbst gefundenen Vertragsinhalts nicht lösen können<sup>311</sup>. Er meint einmal, Grund für die begrenzte Abdingbarkeit des Tarifvertrages im Einzelarbeitsvertrag sei das eigene Interesse der Tarifvertragsparteien an der Aufrechterhaltung der von ihnen getroffenen Regelungen<sup>312</sup>.

Schließlich greift er auch auf die unwiderrufliche Stellvertretung zurück, in dem er ausführt, der Verzicht auf eigene Gestaltung zugunsten eines Dritten habe eine gewisse Verwandtschaft mit der Figur der „verdrängenden Stellvertretung“<sup>313</sup>.

Warum jedoch ein Interesse der Tarifvertragsparteien an der Aufrechterhaltung der Regelungen des Tarifvertrages ein Gestaltungsrecht der Mitglieder der Verbände ausschließt, ist genauso wenig ersichtlich wie die Verwandtschaft des Verzichts auf eine eigene Gestaltung mit der so genannten unwiderruflichen Vollmacht. Die Unwiderruflichkeit des Verzichts auf eigene Gestaltung soll ja gerade bewiesen werden; dies ist nicht dadurch zu erreichen, dass man eine Parallele zur unwiderruflichen Vollmacht behauptet. Im Übrigen ist auf die Zweifel an diesen Institut bereits hingewiesen worden.

Das Vorstehende lässt die Ansicht Huecks<sup>314</sup> plausibel erscheinen, dass sich die automatische Wirkung des Tarifvertrages auf das zwischen den Tarifgebundenen bestehende oder zu begründende Arbeits-

---

<sup>311</sup> a.a.O., S. 24

<sup>312</sup> a.a.O., S. 24

<sup>313</sup> a.a.O., S. 25

<sup>314</sup> Das Recht des Tarifvertrages, S. 98

verhältnis mit dem Privatrecht nicht erklären lässt, damit auch nicht das Recht der Verbände bzw. ihrer Organe, Verträge mit einer solchen Wirkung abzuschließen. Vielmehr dürfte hierin eine soziale Gegebenheit gesehen werden, der das Tarifvertragsgesetz Rechnung getragen hat. Mit dieser Feststellung entfällt aber die Möglichkeit, die Frage der Freiwilligkeit des Abstandsnehmens von den Rechten des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG und des Verzichts auf den Justizgewährungsanspruchs auf dem Wege einer zivilrechtlichen Klärung der Befugnisse der Verbände zur Bindung ihrer Mitglieder zu beantworten.

### **cc.) Die demokratische Struktur der Tarifvertragsparteien.**

Die hier anstehende Frage ist nicht aufgrund einer zivilrechtlichen Interpretation der Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien zu lösen. Es ist aber bereits oben ausgeführt worden, dass der Gedanke der Unterwerfung einen zutreffenden Ansatzpunkt enthält, indem dem Beitritt zu einer arbeitsrechtlichen Koalition der Wille zur Unterwerfung unter die Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien entnommen werden kann.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob die aufgezeigten Mängel der Lehre Böttchers überwunden werden können. Hierbei könnte eine demokratische Struktur der Verbände einen Lösungsweg bieten.

Es ist daher vorab zu klären, ob eine arbeitsrechtliche Koalition regelmäßig eine innere demokratische Ordnung aufzuweisen hat. Ramm<sup>315</sup> bejaht dies und stützt sich zur Begründung auf Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG, wonach die innere Ordnung einer politischen Partei demokratischen Grundsätzen entsprechen muss. Zwar erkläre sich Art. 21 Abs. 1, S. 3 GG einmal aus der Funktion der politischen Parteien, an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken, was undemokratisch strukturierte Organisation ausschließe, jedoch erlaube die enge Verbindung der Menschenrechtsidee mit dem demokratischen Prinzip eine darüber hinausgehende Interpretation des Art. 21 Abs. 1, S. 3 GG im Sinne eines allgemeinen Rechtsgedankens<sup>316</sup>. Daraus folge, dass jede Vereinigung – mithin auch Gewerkschaften und Arbeitge-

---

<sup>315</sup> Arbeitskampf und Gesellschaftsordnung, S. 134

<sup>316</sup> Ramm, Kampfmaßnahmen und Friedenspflicht, S. 46

berverbände – notwendigerweise nach demokratischen Prinzipien organisiert sein müssen<sup>317</sup>.

Neben diese rechtliche Argumentation trete noch folgende soziologische Überlegung: Eine politische Partei besitze nicht nur als Partei Macht – aufgrund des durch sie vermittelten Zugangs zur öffentlichen Gewalt, insbesondere zu öffentlichen Ämtern; sie ist auch Macht auf allen anderen Lebensgebieten, auf dem Gebiet der Wirtschaft, des Sports und selbst der Kunst, d.h. auf allen sozialen Gebieten. Zwischen Macht auf politischem Gebiet und Macht auf sonstigem Gebiet besteht höchstens ein gradueller, jedoch kein prinzipieller Unterschied<sup>318</sup>. Macht auf sozialem Gebiet besäßen aber nicht nur die politischen Parteien, sondern auch andere gesellschaftlich relevante Gruppen, so dass sich diese insoweit nicht von politischen Parteien unterscheiden. Diese Parallele rechtfertige die Anwendung des Art. 21 Abs. 1, S. 3 GG auch auf anderen Vereinigungen, wie z.B. die Tarifvertragsparteien<sup>319</sup>. Ridder<sup>320</sup> begründet die auch von ihm bejahte Notwendigkeit einer demokratischen Struktur der arbeitsrechtlichen Koalitionen mit einer „dreidimensionalen“ Auslegung der Sozialstaatsklausel des Art. 20 GG. Danach treffe die erste Dimension die Sozialpflichtigkeit des Staates im Sinne des leistenden, versorgenden Wohlfahrtstaates; die zweite erzeuge eine gewisse Drittirkung der Grundrechte, die sich auf ein Her vorbringen einer auf die Staatstätigkeit orientierte „öffentlichen Meinung“ beziehe, nicht jedoch in die Privatsphäre hineinreiche. Die dritte Dimension stelle eine „Homogenisierungsklausel zwischen Staat und Gesellschaft dar“. Insoweit die Sozialstaatsklausel „die Sicherung der Freiheitlichkeit des Gesamtpolitikums der Nation in einer rechtlichen Bindung der faktischen Gesellschaftsordnung an bestimmte demokratische Grundprinzipien“<sup>321</sup> bewirke, bedeutet dies für gesellschaftliche Gruppen, dass auch diese an demokratische Organisationsstrukturen im Innenverhältnis gebunden seien. Das verlange, dass die

<sup>317</sup> Ramm, Arbeitskampf und Gesellschaftsordnung, S. 134

<sup>318</sup> Ramm, Arbeitskampf und Gesellschaftsordnung, S. 134

<sup>319</sup> vergl. im Übrigen hierzu noch: Ramm, Die Freiheit der Willensbildung, S. 117 ff; sinn- und teilweise wortgleich mit „Kampfmaßnahmen und Friedenspflicht“; weiterhin: ders., NJW 1962, 465 ff, S. 469

<sup>320</sup> verfassungsrechtliche Stellung, S. 18 ff

<sup>321</sup> Ridder, verfassungsrechtliche Stellung, S. 18

interne, das äußere Agieren bestimmende Willensbildung dem Bild des aufsteigenden demokratischen Legitimationsstromes entspreche und Vorsorge getroffen sein muss, dass aus ihren (sc. der Verbände) Organstellen keine gleichheitsverzerrende Herrschaft nach innen ausgeübt wird<sup>322</sup>. Dies treffe insbesondere auf Tarifvertragsparteien zu, da ihnen außerdem noch Rechtssetzungsbefugnis zusteht<sup>323</sup>. Auch Ridder ist mit Ramm der Auffassung, dass Art. 21 Abs. 1, S. 3 GG über seinen Wortlaut hinaus Geltung finde<sup>324</sup>, da sich die Sozialstaatsklausel in ihrer dritten Dimension hierin ausdrücke<sup>325</sup>. Diese Ausführungen haben Kritik gefunden<sup>326</sup>. Diese richtet sich in der Hauptsache gegen die von Ramm und Ridder vorgenommene Auslegung der Artt. 20 und 21 GG, der vorgeworfen wird, sie haben die Grenzen der zulässigen Interpretation überschritten und seien in Wirklichkeit „rechtspolitische Entwürfe“<sup>327</sup>. Die Begründung Ridders und Ramms zwinge weiterhin fast jede Vereinigung sich eine demokratische Verfassung zu geben, da eine – wenn auch geringe – soziale Macht so gut wie jedem Verband gegeben sei.

Die Notwendigkeit einer binnendemokratischen Struktur der Verbände und damit auch der arbeitsrechtlichen Koalitionen ist umfangreich diskutiert worden<sup>328</sup>.

Steinberg<sup>329</sup> legt umfänglich die Bedeutung und den Einfluss von Verbänden dar. Das deutsche Gemeinwesen wurde als ein Gebilde angesehen, das sich aus zahlreichen gesellschaftlichen Gruppen und Institutionen zusammensetzt, deren unterschiedliche Interessen die politische Entscheidungsfindung zu einem konflikthaften Prozess machen<sup>330</sup>. Des Weiteren haben die Verbände eine freiheitssichernde Funktion, da sie durch „Check und Balances“ zur Verhinderung von

---

<sup>322</sup> Ridder, verfassungsrechtliche Stellung, S. 19

<sup>323</sup> Ridder, a.a.O., S. 29 und insb. S. 42/43

<sup>324</sup> Ebenso für einen Rückgriff auf Art. 21: Föhr, NJW 1975, 617; Leßmann, NJW 1978, 1545

<sup>325</sup> Ridder, a.a.O., S. 20

<sup>326</sup> Jesch, DÖV 1963, 116/117; Scheuner, Der Inhalt der Koalitionsfreiheit; Gitter, JZ 1965, 197/198, 199

<sup>327</sup> Gitter, a.a.O., S. 198

<sup>328</sup> vergl. die Nachweise bei Teubner in: Steinberg, Staat und Verbände, S. 256, FN 1

<sup>329</sup> Steinberg, Staat und Verbände, S. 228, *passim*

<sup>330</sup> a.a.O., S. 230

Machtmissbrauch beitragen<sup>331</sup> und dadurch die rechtsstaatliche Ordnung des Gemeinwesens bestärken<sup>332</sup>. Jedoch bedeute die Mitgliedschaft in einem Verband selbst eine Abhängigkeit, die durch eine oligarchische Führungsstruktur noch verstärkt wird. Es bedarf daher für das Mitglied der Möglichkeit, sich auf Grundrechte zu berufen, wie den Gleichheitssatz und die Meinungs- und Informationsfreiheit<sup>333</sup>. In Verbänden ist daher eine demokratische Öffentlichkeit erforderlich<sup>334</sup>. Der Forderung nach einer innerverbandlichen Demokratie ist daher zuzustimmen<sup>335</sup>. Ohne Binnendemokratie ist die Leistungsfähigkeit der Verbände für das Gemeinwesen infrage gestellt<sup>336</sup>. Dies erfordert eine Entscheidungsbildung innerhalb der Verbände „von unten nach oben“<sup>337</sup>. Soweit die innerverbandliche Demokratie für die Funktionalität der Verbände erforderlich ist, gewährleistet Art. 9 GG auch entsprechende innerverbandliche Strukturen.

Teubner<sup>338</sup> führt aus, dass hinsichtlich der Notwendigkeit einer Verbandsdemokratie Einigkeit bestehe. Vorschläge hierzu zielen auf eine „Willensbildung von unten nach oben“ ab<sup>339</sup>. Nach umfänglicher politologischer und soziologischer Diskussion möglicher Lösungswege, bezeichnet er es als herrschende Meinung, dass je öffentlicher der Status eines privaten Verbandes ist, umso mehr muss er im Inneren demokratischen Ansprüchen genügen<sup>340</sup>.

Allgemein wird die Notwendigkeit einer demokratischen Verfassung der arbeitsrechtlichen Koalitionen bejaht. Dieses Ergebnis wird mit einer Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG begründet: Die in dieser Verfassungsvorschrift gewährte Autonomie der Tarifvertragsparteien, die sie von jeder Staatsaufsicht freistellt, in Verbindung mit ihrer Rechtssetzungsbefugnis und Mitwirkung in Arbeits- und Wirtschafts-

---

331 a.a.O., S 233

332 a.a.O., S. 236

333 a.a.O., S. 236 (237)

334 a.a.O., S. 246

335 a.a.O., S. 248

336 a.a.O., S. 249

337 a.a.O., S. 250

338 Verbandsdemokratie durch Recht?, in Steinberg (Hrsg.) Staat und Verbände, S. 256 ff

339 a.a.O., S. 259

340 a.a.O., S. 272

verwaltung zwinge zu dem Schluss, dass die Verbände in ihrer Machtfülle wenigstens durch eine interne demokratische Struktur kontrolliert werden<sup>341</sup>. Scholz hält eine Übertragung des Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG für prinzipiell ausgeschlossen. Bestimmte demokratische Grundsätze sind jedoch wegen Art. 9 Abs. 3 GG auch für Koalitionen intern verbindlich: Mitgliedschaftsrechte, mitgliedschaftliche Legitimation der Koalitionsleitung, innerverbandliche Willensbildung, verbandsinterne Öffentlichkeit und gesicherter Minderheitenschutz<sup>342</sup>.

Böckenförde hält die Forderung nach einer Demokratisierung politisch einflussreicher Verbände bereits im Ansatz für problematisch. Er bezeichnet es jedoch als durchaus positive Wirkung, dass eine demokratische Binnenstruktur der Verbände die individualrechtliche Position der Mitglieder stärkt und verhindert, dass die interne Verbandsstruktur sich zur Oligarchie entwickelt. Böckenförde kritisiert, dass eine demokratische Verbandsstruktur zwar die Selbstbestimmung innerhalb der Verbände stärkt, nicht jedoch die Selbstbestimmung der Gesamtheit der Bürger<sup>343</sup>. Er versteht die Forderung nach interner demokratischer Organisation nur als ein Bemühen um Schutz der Mitglieder und um Sicherung ihrer Einflussmöglichkeiten<sup>344</sup>. Dabei sieht er das Risiko, dass eine Demokratisierung von Gewerkschaften nicht nur zu einer gruppeninternen und funktionsbezogenen, sondern zu einer wirtschaftlich demokratischen Legitimation führt. Dies könnte den Weg zu einem Gewerkschaftsstaat eröffnen; es entstehe nur eine demokratische Schein-Legitimation<sup>345</sup>. Aber auch Böckenförde anerkennt, dass es eine demokratische Legitimation unabhängig vom Staatsvolk gibt. Er verweist hierzu auf Art. 28 Abs. 2 GG, der den Gemeinden die Selbstverwaltung und das Recht garantiert, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Dies erlaube, die Gemeinden als „Volksteil“ zu bezeichnen. Die Legitimation dieses „Volksteils“, d.h. der Gemeinden, entspricht derjenigen der Gesamtheit des Staatsvolkes; es gelten die gleichen Kriteri-

---

341 Scheuner, S. 38; Gitter, a.a.O., S. 199

342 Maunz-Dürig, Art. 9, Rdn. 206

343 HStR II, S. 448 f

344 Die politische Funktion wirtschaftlicher und sozialer Verbände, in: Steinberg, Staat und Verbände, S. 305

345 Staat und Verbände, S. 334

en<sup>346</sup>. In der kommunalen Selbstverwaltung komme das Prinzip der funktionalen Selbstverwaltung zum Ausdruck. Diese existiere auch bei bestimmten Gruppen (Berufskammern für Rechtsanwälte und Ärzte, Industrie- und Handelskammern), denen aber der Bezug zur Allgemeinheit der Bürger fehle, so dass sie demokratisch nicht als „Volks teil“ angesehen werden können.

Aber auch Böckenförde erkennt, dass die funktionale Selbstverwaltung „ein Stück freier Selbstverwirklichung verwirklicht“<sup>347</sup>. Für ihre Errichtung bedarf es aber einer Rechtfertigung, die sich auch aus einer verfassungsrechtlichen Anerkennung ergeben kann.

Dazu ist darauf hinzuweisen, dass bei arbeitsrechtlichen Koalitionen sich dies aus Art. 9 Abs. 3 GG ableitet, mit dem der Verfassunggeber anerkannt hat, dass diese Koalitionen – mit Normsetzungsbefugnis – den Bereich des Arbeitslebens autonom regeln sollen.

Auch die Ausführungen von Böckenförde ergeben schließlich, dass die arbeitsrechtlichen Koalitionen demokratisch erfasst sein sollen bzw. müssen.

Herzog<sup>348</sup> weist darauf hin, dass das Staatsvolk, d.h. alle im Staatsgebiet lebenden Personen, Legitimationsquelle für öffentliche Gewalt ist, es aber auch Amtsträger gibt, die ihre Legitimation nicht vom gesamten Staatsvolk, sondern von einem Teil des Staatsvolkes herleiten; er verweist insoweit auf Kreise und Gemeinden und berufsständische Selbstverwaltungen. Als Legitimationsquellen können daher auch „Teilvölker“ dienen; er lässt offen, ob es sinnvoll ist, zwischen Teilkern und Massenverbänden eine Grenze zu ziehen, in der pluralistischen Gesellschaft sei es aber sinnvoll, bestimmten Massenverbände über den Charakter bürgerlich-rechtlicher Vereine hinausgreifenden Charakter zuzubilligen. In diesem Zusammenhang erwähnt er u.a. Gewerkschaften und Unternehmerverbände<sup>349</sup>. In solchen Verbänden können immer nur solche Personen für andere sprechen, die sich zumindest auf einen Wahlakt berufen können<sup>350</sup>. Dies ist in einer demokratischen Staatsorganisation erforderlich.

<sup>346</sup> HStR II, S. 449 (450)

<sup>347</sup> a.a.O., S. 452

<sup>348</sup> Allgemeine Staatslehre, S. 220

<sup>349</sup> a.a.O., S. 222

<sup>350</sup> a.a.O., S. 223

Hieraus ist abzuleiten, dass Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände eine demokratische Struktur benötigen, damit die Vertreter dieser Verbände legitimiert sind und die Verbände damit eine funktionale Selbstverwaltung im Sinne von Böckenförde wahrnehmen können.

Das bedeutet, dass über die Notwendigkeit einer demokratischen Struktur der Tarifvertragsparteien im Ergebnis weitgehend Einigkeit besteht<sup>351</sup>. Die Frage, welcher Begründung der Vorzug zu geben ist, braucht hier nicht abschließend beantwortet zu werden. Vieles spricht allerdings gegen Ramm und Ridder, deren Interpretation überzogen zu sein scheint. Eine Ableitung der demokratischen Struktur aus Art. 9 Abs. 3 GG dürfte zu bevorzugen sein. Zwar spricht diese Vorschrift weder von Arbeitgeberverbänden, noch von Gewerkschaften, es dürfte aber außer Zweifel stehen, dass diese Organisationen Hauptadressaten des Art. 9 Abs. 3 GG sind<sup>352</sup>. Mit ihm sollte die soziologische Gegebenheit dieser Verbände verfassungsrechtlich eingefangen und bestätigt werden, wobei bei der gewährten Machtfülle stillschweigend von einer inneren demokratischen Struktur ausgegangen worden ist.

W. Schmidt meint, dass an Art. 9 Abs. 3 GG nicht „vorbeizukommen“ sei. Art. 21 Abs. 1 GG hält er hingegen für den graderen und besser gangbaren Weg<sup>353</sup>.

Ob der Schrankenvorbehalt des Art. 9 Abs. 2 GG auch für Art. 9 Abs. 3 GG gilt, ist umstritten<sup>354</sup>. Unabhängig von der Beantwortung dieser Frage sind jedoch wegen der Drittirkung des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG demokratische Organisationsgrundsätze auch ohne den Durchgriff auf Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG für Tarifvertrags-Parteien unverzichtbar. Dafür sind erforderlich: Gleichheit der Mitglieder, gleiche Mitgliederrechte, Legitimation der Koalitionsleitung, innerverbandliche Willensbildung, verbandsinterne Öffentlichkeit, gesicherter Minderheitenschutz<sup>355</sup>, sowie: Wahlrecht, Zugang zu Ämtern, Meinungs-, Ver-

---

<sup>351</sup> vergl. Abendroth, AuR 1959, 261, 265, 266; Biedenkopf, Tarifautonomie 1964, S. 52; ders. Koalitionsfreiheit und Strukturelemente, S. 208

<sup>352</sup> Ebenso: BAG BB 2006, 2304 (2306), das die mitgliedschaftliche Legitimation aufgrund Art. 9 Abs. 3 GG und nicht aufgrund Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG fordert; vergl. auch BVerfGE 18, 18 = NJW 1964, 1267(1268); BVerfG NJW 1982, 815

<sup>353</sup> Schmidt in: Steinberg, Staat und Verbände, S. 360 (368)

<sup>354</sup> überwiegend bejaht, aber auch aus systematischen Gründen verneint: Bauer in Dreier, Art. 9, Rdn. 93, ablehnend; Höfling in: Sachs, Komm. GG, Art. 9, Rdn. 136

<sup>355</sup> Scholz in: Maunz/Dürig, Art. 9, Rdn. 306

sammlungs- und Vereinigungsfreiheit. Hierin drückt sich die demokratische Mitwirkungsfreiheit aus<sup>356</sup>. Das entspricht der Tatsache, dass die demokratische Legitimation mit anderen prinzipiellen Regelungen des Grundgesetzes in Wechselwirkung steht<sup>357</sup>.

Auch bei Art. 9 Abs. 3 GG sind die verfassungsrechtlichen Bindungen bei der Ausgestaltung dieses Grundrechts zu beachten<sup>358</sup>. Das Bundesverfassungsgericht sieht das Grundrecht der Koalitionsfreiheit als vorbehaltlos gewährleistet an, Einschränkungen können aber durch Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte gerechtfertigt sein. Die Einschränkung darf den Kernbereich dieses Grundrechts nicht berühren; dazu gehört die Verhandlungsfähigkeit beider sozialer Gegenüber<sup>359</sup>. Im Ergebnis ergibt sich, dass auch ohne Rückgriff auf Art. 9 Abs. 2 GG und Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG die interne Struktur der arbeitsrechtlichen Koalitionen demokratischen Grundsätzen entsprechen muss.

Nachdem soweit festgestellt ist, dass und insbesondere welche demokratischen (Mindest-) Anforderungen die Tarifvertragsparteien zu erfüllen haben, ist zu untersuchen, ob sich aus diesen Feststellungen die Rechtfertigung der arbeitsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit für Tarifgebundene in Hinblick auf Art. 101, Abs. 1, S. 2 GG und den Justizgewährungsanspruch ergibt. Dabei ist zu beachten, dass es den Tarifvertragsparteien überlassen bleibt, wie intensiv sie die Mitwirkungs- und evtl. Mitbestimmungsrechte der einzelnen Mitglieder ausgestalten wollen. Jedoch dürfte selbst bei weitestgehender Mitwirkung des Einzelnen nicht davon auszugehen sein, dass sich diese Mitwirkung auf die Ausgestaltung der einzelnen Tarifverträge erstreckt. Die arbeitsrechtlichen Koalitionen haben ja gerade den Sinn, dass diese Frage durch wenige für alle geregelt wird, um mit einer einheitlichen Meinung die Durchsetzungskraft gegenüber den anderen Koalitionen zugunsten der eigenen Interessen zu erhöhen.

In diesem Punkt kann daher für das einzelne Mitglied nur ein Kontroll- und Meinungsäußerungsrecht, allenfalls ein Genehmigungsrecht verbleiben. Dies wird ihm – jedenfalls hinsichtlich der Kontrolle

---

356 Böckenförde, a.a.O., S. 454

357 Grzesick in: Maunz-Dürig, Art. 20, Rdn. 218

358 Bauer in: Dreier, Art. 9, Rdn. 92

359 BVerfGE 84, 212 (238)

und der Meinungsäußerung – durch den oben dargestellten Minimalkatalog demokratischer Gebote gewährt.

Die Rechnungslegungspflicht der Leitung bezieht sich auch auf eine Darlegung des abgeschlossenen Tarifvertrages und ganz besonders auf die Gründe, die zum Abschluss gerade dieses Tarifvertrages geführt haben. Denn Tarifverträge sind das wichtigste Mittel zur Regelung der Arbeitsbedingungen, der die Koalitionen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG zu dienen haben. Ihm kommt mithin die größte Bedeutung im Rahmen der Arbeit von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden zu. Darüber hinaus hat er eine sehr einschneidende Bedeutung für die einzelnen Mitglieder der Verbände.

Diese Rechnungslegungspflicht und die damit verbundene Information der einzelnen Mitglieder setzt diese instand, von ihrem Meinungsäußerungsrecht Gebrauch zu machen. Die Meinungsäußerung gibt wiederum der Verbandsspitze Informationen auch über den Meinungsstand der Mitglieder, der bei kommenden Tarifverhandlungen soweit wie möglich Berücksichtigung finden wird. Das bedeutet, dass der Meinungsaustausch bereits faktisch eine Einflussnahme der Mitglieder auf den abzuschließenden Tarifvertrag hervorruft.

Entscheidend ist jedoch neben allem, dass die Spitze periodisch von allen Mitgliedern neu zu wählen ist. Damit mandatiert die Mehrheit der Mitglieder eines Verbandes Einzelne von ihnen, für sie im Sinne einer repräsentativen Demokratie zu handeln. In diesem Modell ist aber die Führungsspitze, die die Tarifverhandlung führt, nicht als Vertreter jedes einzelnen Mitglieds anzusehen, sondern es gilt die Fiktion, dass der/die Repräsentant(en) der Verband ist bzw. sind, so wie der Parlamentsabgeordnete nicht das Volk im zivilrechtlichen Sinne vertritt, sondern vergegenwärtigt und legitimiert für das Volk handelt<sup>360</sup>. Die Willensbildung des Repräsentanten wird dem Volk zugerechnet. Die demokratische Legitimation hat zur Folge, dass das Handeln der Organe auf den Willen der Gesamtheit der Mitglieder zurück zu beziehen ist<sup>361</sup>. Demokratie ist die Identität von Herrschern und Beherrschten, Regierenden und Regierten<sup>362</sup>.

---

360 Magiera in: Sachs, Komm. GG, Art. 38, Rdn. 5 f

361 Böckenförde, HStR II, S. 443

362 Böckenförde, a.a.O., S. 463

Somit kommt es bei der Frage der Freiwilligkeit des Verzichts auf den Schutz des Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG und auf den Justizgewährungsanspruch nicht auf das einzelne Mitglied an, sondern es ist auf die die Verhandlung führende und schließlich den Tarifvertrag abschließende Verbandsspitze abzustellen. Diese handelt aber bei der Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit freiwillig, wie jeder Kaufmann, der sich mit seinem Vertragspartner auf eine Arbitrage einigt, oder wie der Bühnenkünstler, der – ohne Verbandsmitglied zu sein – eine Schiedsklausel in seinem Einzelarbeitsvertrag akzeptiert<sup>363</sup>.

Im Rahmen dieser Lösung hat auch die bereits angesprochene Freiwilligkeit des Beitritts und der Mitgliedschaft bei einer Tarifvertragspartei ihre Bedeutung. Denn das einzelne Mitglied hat nicht nur die Wahl, durch wen, sondern ob er sich überhaupt repräsentieren lassen will. Durch einen Austritt kann er sich darüber hinaus jederzeit einer Repräsentation durch den Verband entziehen, wenn auch – worauf noch unten einzugehen sein wird – der Tarifvertrag gemäß § 3 Abs. 3 TVG auch für den Ausgetretenen solange wirksam bleibt, bis dieser endet.

Wenn oben Bedenken dahingehend geäußert worden sind, dem Beitrittsakt derart weitreichende Konsequenzen beizumessen, wie es teilweise versucht wurde, so können diese Bedenken hier – zumindest im Rahmen der zu untersuchenden Frage – keine Geltung beanspruchen. Denn durch die zwangsläufig periodisch stattfindende Wahl erklärt das Mitglied nicht nur, durch wen es repräsentiert werden will, sondern auch, dass es überhaupt mit einer Repräsentation einverstanden ist. Damit wird die bei dem Eintritt zum Ausdruck kommende Freiwilligkeit ständig erneut bestätigt; den Beitrittsakt kommt mithin nicht für die gesamte Mitgliedszeit eine Bedeutung zu.

Die tarifliche Normenwirkung wird durch die vorangehenden demokratischen Willensbildungsprinzipien legitimiert<sup>364</sup>.

Daraus folgt, dass die Freiwilligkeit in Bezug auf die Mitglieder der Tarifvertragsparteien eine doppelte und zweistufige ist: Das Mitglied

---

<sup>363</sup> Ist der Verband stärker oder sogar vollständig nach dem Modell einer direkten Demokratie organisiert, so ergeben sich daraus folgend Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte, so dass jedes Mitglied für sich die Schiedsgerichtsklausel akzeptiert.

<sup>364</sup> Kempen in: Kempen/Zachert, Komm. TVG, Grundlagen, Rdn. 196

lässt sich freiwillig repräsentieren und verzichtet durch die Verbands spitze freiwillig auf seine Rechte aus Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG und auf den Justizgewährungsanspruch.

#### **dd.) Die Schiedsklausel gegen den Willen der Mitglieder**

Auf der Basis des soeben gefundenen Ergebnisses ist auch die Frage zu lösen, ob die tarifliche Schiedsklausel auch auf diejenigen Mitglieder der Koalition Anwendung findet, die sich gegen eine solche Vereinbarung ihres Verbandes mit der anderen Vertragspartei ausgesprochen haben. Dem Modell einer repräsentativen Demokratie ist es immamen, dass es nicht auf den Willen des Einzelnen, sondern nur auf denjenigen der Repräsentanten ankommt; bei der Fiktion, dass jeder Repräsentant mit dem Verband gleichzusetzen ist, kann also der entgegenstehende Wille eines Einzelnen, einer Gruppe, ja sogar der Mehrheit unbeachtet bleiben. Wie bei einer Entscheidung des staatlichen Parlaments dem einzelnen Bürger nur die Möglichkeit bleibt, bei der nächsten Wahl Einfluss zu nehmen, er ansonsten jedoch Beschlüsse zu beachten hat, muss sich auch im Rahmen der Verbände jedes Mitglied der Entscheidung der zuständigen Organe unterwerfen, zumal im Bereich der arbeitsrechtlichen Koalitionen sich jedes Mitglied der Repräsentation durch einfachen Austritt entziehen kann<sup>365</sup>.

#### **ee.) Die Bindung an die tarifliche Schiedsgerichtsklausel nach Austritt aus der Tarifvertragspartei (§ 3 Abs. 3 TVG)**

Auch die durch § 3 Abs. 3 TVG angeordnete Nachwirkung des Tarifvertrages auf ehemalige ausgeschiedene Koalitionsmitglieder, deren verfassungsmäßige Zulässigkeit teilweise in Zweifel gezogen wird<sup>366</sup>, lässt sich auf dem Boden des oben gefundenen Ergebnisses erklären

---

<sup>365</sup> a.A. Heinemann, Gruchot, 73, 316/322 ff, der die Möglichkeit verneint, gegen den Willen einer Minderheit eines Vereins eine Schiedsklausel in die Satzung aufzunehmen. Heinemann verkennt hierbei bereits die Bedeutung eines demokratischen Mehrheitsbeschlusses. Das BAG – NJW 1964, 268 (269)– lässt diese Frage unentschieden, weil kein Verstoß gegen Art. 101 GG gegeben sei.

<sup>366</sup> Dietz, RdA 1957, 178 (179)

und legitimieren und damit auch die Weitergeltung der tariflich vereinbarten Schiedsklausel bis zum Ende des Tarifvertrages<sup>367</sup>.

Hierbei ist vorab, worauf Richardi<sup>368</sup> zutreffend hinweist, zu unterscheiden, dass § 3 Abs. 3 TVG den Ausgeschiedenen nicht weiter der Rechtssetzungsgewalt der Verbände, sondern nur denjenigen Rechts-sätzen unterwirft, die noch z. Zt. – evtl. auch vor dem Eintritt des nunmehr Ausgeschiedenen – der Mitgliedschaft geschaffen worden sind.

Die Fortgeltung des Tarifvertrages ist durch die frühere Mitgliedschaft legitimiert<sup>369</sup>

Diese Rechtssätze hat das ehemalige Mitglied, repräsentiert durch die aufgrund der demokratischen Verbandsstruktur gewählten und legitimierten Organe, selbst geschaffen. Es wäre ein Widerspruch in sich, wenn das Mitglied einer Tarifvertragspartei sich den selbst geschaffenen und freiwillig unterworfenen Regeln durch eine einseitige Willenserklärung entziehen könnte<sup>370</sup>. Dass dem § 3 Abs. 3 TVG daneben, oder vielleicht sogar in der Hauptsache, ordnungspolitische Gesichtspunkte, sowie der Schutz des Tarifgebundenen, nicht durch einen Austritt sofort seiner tariflichen Rechte verlustig zu gehen, zugrunde liegen, ändert nichts an der gefundenen Erklärung des § 3 Abs. 3 TVG. Der Erklärungsversuch Böttchers<sup>371</sup>, § 3 Abs. 3 TVG stelle eine besondere Kündigungsfrist dar, dürfte deshalb zweifelhaft sein, da nicht immer feststeht, wann der Tarifvertrag endet, d.h. in der Regel gekündigt wird, somit eine befristete Kündigung des Mitglieds bei völliger Unklarheit der Beteiligten über die Frist vorläge.

Damit ist festgestellt, dass die Bindung an die Schiedsgerichtsklausel gemäß § 3 Abs. 3 TVG nach Ausscheiden auf einem freiwilligen Akt im Sinne des oben gefundenen Ergebnisses beruht; auch die Nach-

---

<sup>367</sup> Zur Frage, ob auch Änderungen des Tarifvertrages unter den Beendigungstatbestands des § 3 Abs. 3 TVG fallen: vergl. Karakatsanis, S. 98 (99); inhaltliche Änderungen des Tarifvertrages beenden die Nachwirkung: LAG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 01.07.2015, 4 Ta BV 32/13; ebenso BAG EzA Art. 9 GG, Nr. 97, BAGE 138, 287 = BB 2011, 1780(1781); siehe auch BAG BB 2002, 1048(1049)

<sup>368</sup> Kollektivgewalt, S. 221

<sup>369</sup> BAGE 99, 283 = BB 2002, 1048 (1049)

<sup>370</sup> Kempen, § 3, Rdn. 55, der meint, § 3 Abs. 3 TVG beruhe auf demokratischer Legitimation

<sup>371</sup> Gestaltungrecht, S. 25 – FN. 32; ihm folgend: Richardi a.a.O., S. 222

wirkung ist mithin grundsätzlich mit Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG und dem Justizgewährungsanspruch zu vereinbaren.

Fraglich ist jedoch, ob die Bindung des § 3 Abs. 3 TVG bei einem Tarifvertrag mit längerer Laufzeit ebenfalls angenommen werden kann. Biedenkopf<sup>372</sup> will die Bindung eines unbefristeten Tarifvertrages auf zwei Jahre nach dessen Abschluss beschränken. Hiergegen wendet sich Richardi<sup>373</sup>, der darauf hinweist, dass es einmal nicht auf die Unbefristetheit des Tarifvertrages ankomme, da auch ein befristeter Vertrag eine erhebliche Laufzeit haben könne, und dass der Zeitpunkt des Austritts, nicht der des Vertragsabschlusses entscheidend sei. Gleichwohl stellt auch Richardi auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, nicht auf den Austritt ab, indem er vorschlägt, die Tarifbindung des § 3 Abs. 3 TVG solle nur so lange wirken, wie die übliche Laufzeit eines Tarifvertrags derjenigen Vereinigung, der der Ausgeschiedene angehört hat, beträgt; denn nur mit einer solchen Laufzeit habe er rechnen müssen.

Die Kritik Richardis an Biedenkopf vermag nicht zu überzeugen, da es sehr wohl nur auf den unbefristeten Vertrag ankommt, da bei einem befristeten der Ausgeschiedene die Laufzeit mit zu verantworten hat und Richardi seinen zweiten Kritikpunkt selbst unbeachtet lässt.

Gleichwohl erscheint das von ihm gefundene Ergebnis zutreffend und als Kriterium brauchbar, da es ein flexibles Eingehen auf die jeweilige Situation ermöglicht und keine starren Grenzen setzt, wie der Vorschlag Biedenkopfs.

Jedoch führt der Vorschlag Richardis nicht stets zu einer Lösung, da es oftmals an vergleichbaren „üblichen Lauffristen“ fehlt. Da – zumindest für die hier zu erörternde Frage der Bindung an eine tarifliche Schiedsklausel – nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich eine „Nachwirkung“ gemäß § 3 Abs. 3 TVG u.U. über Jahrzehnte erstrecken kann – ein gutes Beispiel hierfür ist der Tarifvertrag über die Bühnenschiedsgerichtsordnung, der seit dem 01.10.1948 existiert<sup>374</sup> –, wird es

---

<sup>372</sup> Tarifautonomie, S. 232

<sup>373</sup> Kollektivgewalt, S. 223 (224); BAGE 99, 283 = BB 2002, 1048 (1049): (Fortgeltung durch bisherige Mitgliedschaft legitimiert)

<sup>374</sup> Allerdings geändert durch Tarifvertrag vom 15.01.2006 (Staatsanzeiger für das Land Hessen, 2007, S. 1535

daher nicht zu umgehen sein, dem Vorschlag Biedenkopf letztendlich doch zu folgen und starre Grenzen festzusetzen. Eine gesetzliche Grundlage besteht für eine solche Limitierung nicht; sie ist aber aus einer verfassungskonformen Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG herzuleiten (negative Koalitionsfreiheit).

§ 3 Abs. 3 TVG wird unter dem Gesichtspunkt der überlangen Nachwirkung als reformbedürftig angesehen. Es sollte eine zeitliche Obergrenze eingeführt werden<sup>375</sup>. Hierzu wird die Dauer eines Jahres vorgeschlagen<sup>376</sup>. Giesen meint, dass das Problem geringer sei, da jede Änderung des Tarifvertrages die Nachwirkung beseitige<sup>377</sup>.

Hanau/Kania<sup>378</sup> sind der Auffassung, dass Art. 9 Abs. 3 GG überlangen Tarifverträgen entgegensteht. Art. 9 Abs. 3 GG enthält nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch eine Verpflichtung der Tarifvertragsparteien, ihre Rechte effektiv wahrzunehmen. Dieser Verpflichtung werden die Tarifvertragsparteien nicht gerecht, wenn sie sich auf Dauer der Möglichkeit begeben, ihre Rechte effektiv wahrzunehmen. Der Kernbereich der Normsetzungsbefugnis werde bei einer zeitlich zu langen Bindung aufgegeben. Dabei wird darauf verwiesen, dass die Tarifvertragsparteien für eine sachgerechte Regelung der Arbeitsbedingungen zu sorgen haben.

Dies gilt auch für die Fortgeltung von Tarifvertragsnormen gemäß § 4 Abs. 5 TVG, die solange weitergelten, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden, d.h. durch einen neuen Tarifvertrag, durch eine Betriebsvereinbarung oder durch eine einzelvertragliche Abrede. Denn der Sinn der Nachwirkung liegt in der Verhinderung eines inhaltslosen Arbeitsverhältnisses<sup>379</sup>.

Allerdings berührt § 4 Abs. 5 TVG nicht die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG, da das ausgeschiedene Mitglied die Möglichkeit hat, sich durch einzelvertraglichen Abmachungen von dem Tarifvertrag zu lösen<sup>380</sup>.

---

<sup>375</sup> Oetker in: Wiedemann, Komm. TVG, § 3, Rdn. 78

<sup>376</sup> Dietrich et al., RdA 2004, 65

<sup>377</sup> BB 2002, 1048(1049) mit zustimmender Anmerkung Giesen: BB 2002, 1050

<sup>378</sup> Der Betrieb 1995, 1230; BAG 1, 258 = NJW 1955, 684 (687)

<sup>379</sup> BAG BB 1992, 1213 (1214)

<sup>380</sup> BVerfG DB 2000, 947 = AP Nr. 36 zu § 4 TVG Nachwirkung

Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen hat das betroffene Mitglied einer Tarifvertragspartei nach angemessener Zeit einen Anspruch, aus der Tarifbindung entlassen zu werden; diesen Gesichtspunkt kann er bei der Frage der Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes in dem schiedsrichterlichen Verfahren geltend machen, so dass eine überlange Bindung an die tarifliche Schiedsklausel entfällt.

## 2.) Die Rechtslage hinsichtlich der Außenseiter

Hinsichtlich der so genannten Außenseiter ergibt sich mit besonderer Deutlichkeit die Problematik des Arguments der herrschenden Meinung, die Schiedsgerichtsbarkeit sei zulässig, weil die Schiedsklausel aufgrund einer freien Parteivereinbarung zustande gekommen ist.

Die Außenseiter gehören nicht einmal den die Schiedsklausel vereinbarenden Tarifvertragsparteien an und würden somit evtl. durch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung einer Regel unterworfen, die ihnen völlig fernstehende Vertragspartner getroffen haben.

### a.) Die Geltung einer tarifvertraglichen Schiedsklausel für Außenseiter

Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die tarifvertraglich vereinbarte Schiedsklausel überhaupt durch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung auf Außenseiter erstreckt werden kann.

Dies verlangt zuerst, dass die tarifliche Schiedsklausel dem normativen Teil des Tarifvertrags zuzurechnen ist; denn § 5 Abs. 4 TVG erklärt ausdrücklich, dass nur Tarifnormen durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung auf nicht Tarifgebundene ausgedehnt werden können. Müller<sup>381</sup> ist der Auffassung, dass die tariflich vereinbarten Schiedsgerichte den gemeinsamen Einrichtungen im Sinne des § 4 Abs. 2 TVG zuzurechnen sind, die nicht unter den normativen Teil des Tarifvertrages fallen, da sie nicht in § 1 Abs. 1 TVG genannt sind.

An dieser Argumentation ist bereits zweifelhaft, ob die gemeinsamen Einrichtungen tatsächlich nur dem schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages angehören. Obwohl sie in § 1 TVG nicht genannt sind,

---

<sup>381</sup> RdA 1954, 58 (59)

spricht doch ihre Aufzählung in § 4 Abs. 2 TVG dagegen, der erkennbar die Wirkung der tariflichen Rechtsnormen behandelt<sup>382</sup>. Zwar ist es auffällig, dass die gemeinsamen Einrichtungen nicht in § 1 TVG aufgeführt sind, jedoch liegt dafür eine Erklärungsmöglichkeit in der Tatsache, dass vor Geltung des TVG gemeinsame Einrichtungen den Inhaltsnormen zugerechnet wurden, die schon nach § 1 TarifVO vom 01.03.1928 dem normativen Teil zugehörten<sup>383</sup>. Zum mindest für die hier interessierende Schiedsgerichtsbarkeit kommt dies deutlich in dem amtlichen Entwurf für ein Tarifvertragsgesetz aus dem Jahre 1921 zum Ausdruck<sup>384</sup>.

Darin heißt es:

*Tarifvertrag ist der schriftliche Vertrag zwischen Arbeitgebern oder ihren tariffähigen Vereinigungen und tariffähigen Vereinigungen von Arbeitnehmern zur Regelung des Arbeitsverhältnisses.*

*Zum Arbeitsverhältnis im Sinne dieses Gesetzes gehört auch das Lehrlings-Wesen, die Organisation der Arbeit in den Betrieben, einschließlich der Betriebsvertretungen, die Benutzung von Arbeitsnachweisen und Einrichtungen zur Schlüchtigung oder Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis.*

Diese historische Betrachtung und – insbesondere § 4 Abs. 2 TVG bekräftigen, die gemeinsamen Einrichtungen dem normativen Teil des Tarifvertrages zuzurechnen<sup>385</sup>.

Schiedsklauseln in Tarifverträgen sind des Weiteren bereits vor Inkrafttreten des TVG – abgesehen von den bereits erwähnten § 1 des Entwurfs zu einem Tarifvertragsgesetz von 1921 – als Bestandteil des normativen Teils betrachtet worden. Dies ergibt sich aus § 91 ArbGG (1926), der in Abs. 1, S. 2 bestimmte:

*Die Wirkung dieser (Schiedsgerichts-) Vereinbarung erstreckt sich nicht auf solche Parteien eines Arbeits- oder Lehrlingsverhältnisses, die dem Tarifvertrag nur durch die Erklärung seiner allgemeinen Verbindlichkeit unterworfen sind.*

<sup>382</sup> Hueck – Nipperdey, Bd. II, 1, § 15 VI, S. 298

<sup>383</sup> Bötticher, Gemeinsame Einrichtung, S. 53 (54)

<sup>384</sup> RABL 21, S. 491

<sup>385</sup> Bötticher, Gemeinsame Einrichtung, S. 53; im Ergebnis ebenso: Seifert in: Kempen/Zachert, Komm. TVG, § 4, Rdn. 308

Dieser Ausschluss ist nur dann sinnvoll, wenn die Schiedsklausel grundsätzlich für allgemeinverbindlich erklärt werden könnte, d.h. wenn sie den normativen Teil des Tarifvertrages zuzurechnen ist<sup>386</sup>. Müller ist insoweit nicht zu folgen, die Schiedsklausel ist dem normativen Teil zuzurechnen<sup>387</sup>.

Mit der Feststellung, dass die Schiedsklausel dem normativen Teil des Tarifvertrages zuzurechnen ist, stellt sich die Frage, ob sich der Justizgewährungsanspruch und das Gebot des gesetzlichen Richters auch über den Staat hinaus an gesellschaftliche Mächte, wie z.B. die Koalition gemäß Art. 9 Abs. 3 GG richten.

#### **aa.) Die Bindung der Koalitionen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG an das Gebot des gesetzlichen Richters und an das Grundrecht auf Justizgewährung**

Das Argument, das Gebot des gesetzlichen Richters und der Justizgewährungsanspruch richten sich nur gegen den Staat, hindere somit eine privat vereinbarte Schiedsgerichtsbarkeit nicht, erscheint deshalb wenig überzeugend, weil es ja gerade der Staat ist, der für die §§ 1025 ff ZPO und §§ 101 ff ArbGG verantwortlich zeichnet. Mit diesen Vorschriften schafft der staatliche Gesetzgeber erst die Möglichkeit, eine Gerichtsbarkeit, der die aufgezeigten Bedenken entgegenstehen, einzurichten. Diese Bedenken richten sich dann gleichermaßen gegen die §§ 101 ff ArbGG, ohne die keine private Schiedsgerichtsbarkeit eingerichtet werden kann. Des Weiteren ist zu beachten, dass die tarifvertragliche Normensetzungskompetenz der arbeitsrechtlichen Koalitionen vom Staat abgeleitet wurde<sup>388</sup>. Insbesondere das BAG hat sich für lange Zeit zu dieser Delegationsthese bekannt und diese hauptsächlich aus § 1 TVG hergeleitet. Da den Tarifvertragsparteien eine Normensetzungsbefugnis kraft eigenen Rechtes nicht zustehe, sei ihnen diese Aufgabe, zu deren Erledigung der staatliche Gesetzgeber befugt war, delegiert worden.

---

<sup>386</sup> Fitting, BB 1955, 321 (322)

<sup>387</sup> So auch die h.M.: Hueck-Nipperdey, Bd. II, 1, § 15 II 9a, S. 284, Neumann, Ar-RBL XV; Fitting, BB 1955, 321 (322), Herschel, AuR 1966, 193 (196); ders., Der Betrieb 1966, 227, FN. 4, Hueck, RdA 1962, 132 (133) und Fussnote 130

<sup>388</sup> BAGE 1, 258 = NJW 1955, 684 (687)

Die Delegationsthese ist seinerzeit von Dürig<sup>389</sup> unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten angegriffen worden. Zwar gibt auch Dürig zu, dass eine Übertragung öffentlich-rechtlicher Aufgaben auf Private – wie das Beispiel des beliehenen Unternehmers zeige – nichts Außergewöhnliches sei. Jedoch könne diese Übertragung nicht dazu führen, dass eine dem öffentlichen Recht angehörige Normensetzung nicht entweder von vornherein im öffentlichen Interesse erfolge, oder, wenn sie im verbandsinternen Interesse erfolge, zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesse einer präventiven oder repressiven Staatsaufsicht unterliege. Ein öffentlich-rechtlich so außergewöhnliches Ergebnis, wie es die Befugnis wäre, dass Private in Vertragsform zur Regelung privatrechtlicher Verhältnisse einen dem öffentlichen Recht angehörigen Normensetzungsvorgang vornehmen können, ohne dabei einer Staatsaufsicht zu unterliegen, ließe sich aus der lapidaren Feststellung des § 1 TVG, wonach der Tarifvertrag *Rechtsnormen* enthalte, nicht herleiten. Folglich seien die Tarifvertragsnormen keine hoheitliche, aufgrund staatlicher Delegation erlassenen Normen, sondern Vorschriften, deren Setzung durch § 1 TVG der privaten Verbandsautonomie überlassen ist. Diese Befugnis sei den arbeitsrechtlichen Koalitionen wegen Art. 9 Abs. 3 GG auch zugestanden.

Das BAG hat die Delegationsthese inzwischen aufgegeben. Die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien beruhe nicht auf vom Staat delegierter Gesetzgebungskompetenz, sondern sei ergebniskollektiv auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 3 GG ausgeübte Privatautonomie. Dementsprechend sind Tarifnormen nicht am Grundgesetz zu messen<sup>390</sup>. Die Tarifvertragsparteien sind danach bis zur Willkürgrenze frei. Die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG gehe den anderen Grundrechten vor<sup>391</sup>.

Die Geltung der Tarifnormen für die tarifgebundenen Personen beruht auf dem privatautonomen Beitritt der Verbandsmitglieder<sup>392</sup>. In einer nachfolgenden Entscheidung hat das BAG diese Rechtsauffassung wieder eingeschränkt. Zwar seien die Tarifvertragsparteien nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden, jedoch seien die Gerichte

---

<sup>389</sup> Maunz-Dürig, Art. 1, Rdn. 116

<sup>390</sup> BAGE 88, 118 = AP § 1 Tarifverträge, Luftfahrt Nr. 11 = JZ 1999, 200

<sup>391</sup> BAGE 95, 277 = MDR 2001, 515; Maunz-Dürig (Scholz) Art. 9, Rdn. 301

<sup>392</sup> BAGE 88, 118; BAGE 95, 277 = MDR 2001, 515

als Adressaten der Verpflichtungen aus Art. 1 Abs. 3 GG gehalten, die tarifgebundenen Arbeitnehmer als Grundrechtsträger vor Beschränkungen ihrer Grundrechte zu bewahren. Die Tarifvertragsparteien sind nur bis zur Willkürgrenze frei. Insoweit steht ihnen eine Einschätzungsprärogative und ein Entscheidungsspielraum zu, in die wegen des Verbots der Tarifzensur nicht eingegriffen werden darf<sup>393</sup>.

Das Grundgesetz hat es dem (einfach-) Gesetzgeber überlassen, Tarifrecht zu normieren. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet mit der Koalitionsfreiheit auch die Tarifautonomie; nur auf diesem Wege kann der von der staatlichen Rechtssetzung freigelassene Raum des Arbeitslebens durch die Tarifvertragsparteien sinnvoll geordnet werden<sup>394</sup>. Bei Tarifnormen handelt es sich um Rechtssetzung eigener Art<sup>395</sup>. Art. 9 Abs. 3 GG ist auch Grundlage für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung<sup>396</sup>.

Da es sich bei Tarifvertragsnormen um Rechtssetzung eigener Art handelt, nicht um abgeleitetes staatliches Recht sind die Tarifvertragsparteien nicht an das Grundrecht des Justizgewährungsanspruches gebunden.

Die Tarifvertragsparteien sollen bei der Aushandlung von Tarifverträgen frei sein<sup>397</sup>.

### b.) Allgemeinverbindlichkeit einer tariflichen Schiedsklausel

Mit der Qualifizierung der tariflichen Schiedsklausel als tarifvertragliche Norm ist allerdings die Zulässigkeit ihrer Allgemeinverbindlichkeit

---

393 BAGE 95, 277; Nach Engels, Der Tarifvertrag, Teil I, Rdn. 31 ist die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien umstritten.

394 BVerfGE 20, 312 (318); ebenso; Kannengießer in: Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Henneke, Komm. GG, Art. 9, Rdn. 29; Höfling in: Sachs, Komm. GG, Art. 9, Rdn. 87; Wiedemann in: Wiedemann, Komm. TVG, Einleitung, Rdn. 82

395 Maunz-Dürig (Scholz), Art. 9, Rdn. 301; ders. in: Kaiser/Metzger-Pregizer, Hsrg., Betriebsjustiz, S. 324 ff; Kannengießer, Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Henneke, Art. 9, Rdn. 29

396 Scholz a.a.O., Art. 9, Rdn. 238, 304; Kannengießer a.a.O., Art. 9, Rdn. 41, Seifert in: Kempen/Zachert, Komm. TVG § 5, Rdn. 25; Wank in: Wiedemann, Komm. TVG, § 5, Rdn. 42, BVerfG NJW 2007, 51 (53); BVerfGE 44, 322 = BVerfG AP Nr. 15 zu § 5 TVG;

397 BVerfGE 84, 212 (224); BVerfGE 94, 268 (283)

keitserklärung noch nicht festgestellt. Über sie herrscht erheblicher Streit:

Müller<sup>398</sup> lehnt eine Zulässigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung ab und führt neben dem – allerdings bereits widerlegten – Argument, die Schiedsgerichtsklausel gehöre nicht zum normativen Teil des Tarifvertrages hierfür an, dass § 101 ArbGG (1953) im Vergleich zu § 91 ArbGG (1926) zeige, dass der Gesetzgeber eine Einschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit gewollt habe. Dem würde es widersprechen, wenn unter der Geltung des Arbeitsgerichtsgesetzes von 1953 entgegen dem Arbeitsgerichtsgesetz von 1926 die Außenseiter durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung mit einbezogen werden könnten. Weiterhin stützt er seine Meinung auf die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf für das Arbeitsgerichtsgesetz<sup>399</sup>.

Dem ist Fitting<sup>400</sup> entgegengetreten. Er ist der Auffassung – worin ihm zugestimmt werden muss –, dass die Einschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit in § 101 ArbGG (1953) nicht auf eine Unzulässigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung einer Schiedsklausel schließen lasse; denn innerhalb der in § 101 ArbGG (1953) aufgeführten Berufs Zweige hat der Gesetzgeber gerade die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit anerkannt, woraus zu entnehmen sei, dass sie dann auch so weit wie möglich durchgeführt werden soll. Weiter spreche der Wortlaut des § 101 ArbGG (1953) eindeutig für die Zulässigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung. Als „tarifgebundene Personen“ seien aufgrund des § 5 TVG auch diejenigen anzusehen, die dem Tarifvertrag qua Allgemeinverbindlichkeitserklärung unterworfen sind. Damit gehe auch eine Berufung auf die amtliche Begründung fehl; diese könne niemals dazu führen, dass ein Gesetz contra legem auszulegen sei.

---

398 a.a.O.

399 Ihm folgen: Neumann, ArbRBl XV (Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit), B 4 1; Butz, DB 1954, Beilage Nr. 4, VII, 2; Herschel, AuR 1966, 193 (196); ders. DB 1966, 227, FN. 4

400 BB 1955, 321 ff

### **aa.) Die Zulässigkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung einer Schiedsklausel**

Die Zulässigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung einer tariflichen Schiedsklausel ist weithin umstritten. Zum einen wird vertreten, dass wegen Artt. 101 Abs. 2, 20, 92 GG den Parteien keine Schiedsgerichtsbarkeit aufgedrängt werden kann<sup>401</sup>. Die Gegenmeinung bejaht die Zulässigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung einer Schiedsklausel, wie die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von sonstigen gemeinsamen Einrichtungen, da wegen der Möglichkeit der Aufhebungsklage gemäß § 110 ArbGG der gesetzliche Richter nicht entzogen wird<sup>402</sup>.

Das BAG meint – zu der Frage einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung einer tariflichen Gerichtsstandsklausel –, dass gemäß § 5 Abs. 4 TVG die Rechtsnormen des Tarifvertrages die Außenseiter erfasse, für die der Tarifvertrag mit demjenigen Inhalt verbindlich wird, den er zum Zeitpunkt der Allgemeinverbindlichkeitserklärung hatte<sup>403</sup>.

Werden diese Auffassungen untersucht, sind nachfolgende Bedenken zu beachten: Das BAG setzt sich in der zitierten Entscheidung nicht mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auseinander. Zwar hat nur die staatliche Gewalt Art. 101 GG zu beachten, der ein Verbot des Entzugs des gesetzlichen Richters enthält, jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Allgemeinverbindlichkeitserklärung gemäß § 5 Abs. 1 TVG auf Antrag durch eine Entscheidung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, also durch einen Akt einer öffentlich-rechtlichen Institution, die dem Gebot des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unterliegt, geschieht. Jedoch erfolgt ein solcher Verwaltungsakt nur auf gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien, die auch insoweit im Rahmen ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährten Befugnisse handeln, den vom Staat offengelassenen Bereich des Arbeitslebens zu regeln. Ob durch diese Befugnisse

---

<sup>401</sup> Zimmerling in: Schwab/Weth, Komm. ArbGG, § 101, Rdn. 48.; Löwisch/Reible, Komm. TVG, § 5, Rdn. 48; Seifert a.a.O., § 5, Rdn. 78; Gärtgen in: Der Tarifvertrag, Teil 16, Rdn. 57; Germelmann, NZA 1994, 12 (14)

<sup>402</sup> Wank in: Wiedemann, Komm. TVG, § 5, Rdn. 159 f; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht 2, S. 662; Fitting, BB 1955, 321; diese Auffassung übersieht den revisionsrechtlichen Charakter der Aufhebungsklage; hierzu: J. Münch in: Festschrift Otto, 2008, 358

<sup>403</sup> BAGE 27, 78 = AP Nr. 14 zu § 5 TVG

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG beschränkt werden kann, erscheint zweifelhaft, da dann den privatrechtlich organisierten Tarifvertragsparteien weitergehende Rechte zugestanden wären als der staatlichen Gewalt.

Die Auffassung, eine tarifliche Schiedsklausel können für allgemeinverbindlich erklärt werden, da stets die Möglichkeit der Aufhebungsklage bestehe, die prozessrechtlich eingeschränkt werden kann<sup>404</sup>, kann nicht gefolgt werden, da eine Aufhebungsklage wegen seines revisionsrechtlichen Charakters nicht mit einem Rechtsstreit vor Tatsacheninstanzen gleichgesetzt werden kann.

### **bb.) Die Auslegung des Begriffs „tarifgebundene Personen“ in § 101 ArbGG**

Zur Lösung dieser Frage ist die Auslegung des Begriffs „tarifgebundene Personen“ in § 101 ArbGG (1953) zu untersuchen. Denn entgegen der Auffassung von Fitting ist der Wortlaut des § 101 ArbGG (1953) nicht so klar, dass er aus sich heraus eine unzweideutige Antwort gibt.

Vielmehr muss Fitting für die Frage der Tarifgebundenheit auf das Tarifvertragsgesetz zurückgreifen. § 3 TVG klärt im Grundsatz, dass als tarifgebunden nur die „Mitglieder der Tarifvertragsparteien“ und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist, angesehen werden können. § 5 Abs. 4 TVG, auf den sich insbesondere Fitting beruft, bestimmt, dass durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung „die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ von dem normativen Teil des Tarifvertrages erfasst werden. Aus der Formulierung „bisher nicht tarifgebunden“ wird allgemein gefolgert, die Außenseiter seien nach der Allgemeinverbindlichkeitserklärung als tarifgebundene Person im Sinne des § 3 TVG anzusehen. Bereits dieser Schluss erscheint nicht völlig zweifelsfrei; es ist genauso gut denkbar, dass das Gesetz mit der Formulierung „bisher nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ nur einen bestimmten Personenkreis abgrenzen wollte, der von der Allgemeinverbindlichkeitserklärung erfasst werden soll, um diesen den gemäß § 3 TVG Tarifgebundenen gleichzustellen, ohne sie ebenfalls als Tarifgebundene im Sinne des § 3 TVG anzusehen. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber, hätte er mehr als nur eine rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Außenseiter

---

<sup>404</sup> vergl. BAG AP Nr. 1 zu § 110 ArbGG

mit den Mitgliedern der Tarifvertragsparteien gewollt, dies kurz und klar hätte ausdrücken können, indem er § 5 Abs. 4 TVG wie folgt gefasst hätte: Durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung werden bisher nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden im Sinne des § 3.

Dies ist jedoch nicht geschehen. Vielmehr spricht der Gesetzgeber von einem Erfassen der Außenseiter durch die Rechtsnorm des Tarifvertrages aufgrund der Allgemeinverbindlichkeitserklärung. Dies besonders auszudrücken wäre aber überflüssig, wäre es richtig, dass die Allgemeinverbindlichkeitserklärung die Außenseiter zu Tarifgebundenen im Sinne des § 3 TVG macht. Dann ergäbe sich das „Erfassen“ bereits aus § 4 Abs. 1 TVG<sup>405</sup>.

Ist mithin die Heranziehung des § 5 Abs. 4 TVG zur Stützung der von Fitting vertretenen Auffassung sehr zweifelhaft, so ergibt sich darüber hinaus kein überzeugender Grund, warum die Interpretation des § 5 Abs. 4 TVG auch für § 101 ArbGG (1953) zwingend sein soll. Wenn auch das TVG zeitlich vor dem ArbGG (1953) entstanden ist, so besagt das noch nicht, dass der Gesetzgeber in § 101 ArbGG (1953) die von der Lehre vorgenommene Interpretation des § 5 Abs. 4 TVG übernehmen wollte.

Vielmehr spricht die bereits von Müller<sup>406</sup> angesprochene Entstehungsgeschichte des § 101 ArbGG (1953) eindeutig dagegen. Zwar enthielt bereits § 91 des Regierungsentwurfes zum Arbeitsgerichtsgesetz von 1953, aus dem sich der heutige § 101 ArbGG (1953) entwickelt hat, nicht mehr den ausdrücklichen Ausschluss der Allgemeinverbindlichkeitserklärung für die tarifliche Schiedsklausel, wie ihn der Regierungsentwurf für § 91 ArbGG (1926) noch vorsah<sup>407</sup>. Jedoch wurde in der Begründung zu § 91 des Entwurfs ausgeführt, dass der

---

405 Greiner in: Grunsky, Waas, Benecke, Greiner, Komm. ArbGG, § 101, Rdn. 17 m.w.N. ist der Auffassung, dass eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung nur zu einer Tarifgeltung, nicht zu einer Tarifbindung gemäß § 3 Abs. 2 TVG führt; a.A. Mikosch, GK-ArbGG, § 101, Rdn. 21

406 a.a.O.

407 § 91 des Regierungsentwurfes lautete:

(1) *Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis, dass sich nach einem Tarifvertrag bestimmt, können die Parteien des Tarifvertrages die Arbeitsgerichtsbarkeit im Tarifvertrag durch die ausdrückliche Vereinbarung ausschließen, dass die Entscheidung durch ein Schiedsgericht erfolgen soll. Die Ver-*

Ausschluss für Außenseiter des § 91 ArbGG (1926) weiterhin Geltung haben sollte:

*Die Wirkung dieses kollektiven Schiedsvertrages erstreckt sich nicht auf solche Parteien eines Arbeitsverhältnisses, die dem Tarifvertrag nur durch seine Allgemeinverbindlichkeitserklärung unterworfen waren. § 91 Abs. 1 des Entwurfes übernimmt im Wesentlichen diese Regelung. Der Schiedsvertrag gilt nur für tarifgebundene Personen. Parteien, deren Rechtsbeziehung sich aus anderen Gründen (Allgemeinverbindlichkeitserklärung, Abschluss des Arbeitsvertrages unter Berufung auf die Normen des Tarifvertrages) nach dem Tarifvertrag regeln, können sich den tariflich vereinbarten Schiedsgerichtsverfahren nur durch einen ausdrücklich und schriftlich abgeschlossenen Schiedsvertrag unterwerfen<sup>408</sup>.*

Daraus ist erkennbar, dass der Gesetzgeber glaubte, mit der Formulierung „tarifgebundene Personen“ hinreichend den Ausschluss der Allgemeinverbindlichkeitserklärung ausgedrückt zu haben; d.h. die Tarifgebundenheit gemäß § 101 Abs. 2 ArbGG ist vom Gesetzgeber nur im Sinne des § 3 TVG, nicht aber im Sinne des § 5 Abs. 4 TVG verstanden worden. Zwar ist der Begründung der Bundesregierung noch nicht der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, jedoch ist schließlich § 91 Abs. 1 des Entwurfes in § 101 Abs. 2 ArbGG (1953) mit Ausnahme einer geringfügigen sprachlichen Änderung unter Beschränkung auf die Bühnen- und Seeschiedsgerichtsbarkeit – wörtlich Gesetz geworden. Daraus ist zu entnehmen, dass der im Regierungsentwurf zum Ausdruck gekommene Wille auch vom Gesetzgeber übernommen worden ist. Daran ändert auch die umfangreiche Umgestaltung des § 91 des Entwurfes zu § 101 ArbGG (1953) nichts, da gerade der hier interessierende Teil wörtlich übernommen worden ist.

Wenn Hueck-Nipperdey<sup>409</sup> meinen die völlige Umgestaltung des § 101 ArbGG (1953), lassen insgesamt einen Rückschluss auf die Be-

---

*einbarung gilt nur für tarifgebundene Personen. Sie erstreckt sich auf Parteien, deren Verhältnis sich aus anderen Gründen nach dem Tarifvertrag regeln, nur dann, wenn hierfür ein Schiedsvertrag ausdrücklich und schriftlich abgeschlossen ist; der Mangel der Form wird durch Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt.*

(2) ...

BT-Drs Nr. 3516, 1. WP, Bd. 16, S. 17

408 BT-Drs Nr. 3516, 1. WP, Bd. 19, S. 34

409 Bd. II/1, § 34 IV 6, FN. 33, S. 669

gründung des § 91 des Entwurfes nicht mehr zu, so ist eher das Gegen teil aus dieser Tatsache abzuleiten. Die Umformulierung und Ergänzung während der Beratung deuten vielmehr darauf hin, dass hier eine intensive Bearbeitung und nicht bloß eine schlichte Übernahme des Entwurfes stattgefunden hat. Wenn bei dieser Sachlage die Regelung der Tarifgebundenheit wie im Regierungsentwurf uneingeschränkt übernommen worden ist, so ist dies nur dahin zu interpretieren, dass der Entwurf insoweit bewusst und gewollt Gesetz werden sollte. Aus der Entstehungsgeschichte des § 101 Abs. 2 ArbGG (1953) ist daher eine Unzulässigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung der Schiedsklausel abzuleiten.

Eine auf dem Wege der Allgemeinverbindlichkeitserklärung – ggf. gegen den Willen des Beteiligten erfolgte Einbeziehung einer Bühne oder eines Bühnenangestellten in die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit ist also unzulässig<sup>410</sup>. Da eine Einbeziehung einer Bühne oder eines Bühnenangestellten – ggf. gegen seinen Willen – in die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit unzulässig ist, ergeben sich insoweit keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 101 Abs. 2 ArbGG (1953).

Folgt man der Gegenansicht, dass eine Allgemeinverbindlichkeit einer tariflichen Schiedsklausel (einfach-)gesetzlich zulässig und möglich ist, muss eine solche Schiedsklausel als verfassungsrechtlich unzulässig bezeichnet werden. Sie beruht nicht auf einer privatautonomen Willenserklärung und ist auch nicht durch die demokratische Struktur einer Tarifvertragspartei legitimiert. Die Möglichkeit eines Aufhebungsantrages nach § 110 ArbGG dient nur der Sicherung der Rechtsstaatlichkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens und ist nicht geeignet, die privatautonome Entscheidung einer Partei für die Schiedsgerichtsbarkeit zu substituieren. Ein Tarifvertrag, der eine Schiedsklausel beinhaltet, kann mithin nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist somit festzuhalten:

Eine tarifliche Schiedsgerichtsklausel kann nicht durch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung auf Außenseiter ausgedehnt werden, da

---

<sup>410</sup> so im Ergebnis auch Müller, RdA 1954, 58 (59); Bötticher, Gemeinsame Einrichtung, S. 72, FN. 21; Henkel, S. 157, FN. 2; Heinemann, Gruchot, Bd. 73, 316 (320); ders. JW 30, 3290; Zimmerling, a.a.O., § 101, ArbGG, Rdn. 42; a.A. (ohne Begründung) Seifert, Komm. TVG, § 5, Rdn. 78 und Wank in Wiedemann, Komm. TVG, § 5, Rdn. 159 f.; Fitting BB 1955, 321 (322)

eine solche Allgemeinverbindlichkeitserklärung einfachgesetzlich nicht zulässig ist. Tarifgebundene sind aufgrund der demokratischen Struktur der Tarifvertragsparteien der Schiedsgerichtsbarkeit freiwillig unterworfen; bezüglich dieses Personenkreises ist eine tarifliche Schiedsklausel verfassungsrechtlich zulässig<sup>411</sup>.

## II.) Die Vereinbarkeit von § 101 Abs. 2 ArbGG mit Art. 3 Abs. 1 GG

### 1.) Problemstellung

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3 ArbGG sind die Arbeitsgerichte für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis und für Streitigkeiten der Tarifvertragsparteien aus dem Tarifvertrag ausschließlich zuständig; Ausnahmen hiervon sind nur im Falle einer Schiedsgerichtsbarkeit gemäß § 101 ArbGG zulässig (§ 4 ArbGG).

Gemäß § 101 Abs. 2 ArbGG kann eine Schiedsgerichtsbarkeit nur dann vereinbart werden, wenn sie überwiegend Bühnenkünstler, Filmschaffende, Artisten oder (bis 31.07.2013) Kapitäne und Besatzungsmitglieder im Sinne der §§ 2 und 3 SeemannsG betreffen. Dies bedeutet, dass die besonders genannten Berufszweige hinsichtlich der Einrichtung von Schiedsgerichten für Streitigkeiten bürgerlich-rechtlicher Natur aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber sämtlichen anderen Berufsgruppen freier und damit bevorzugter sind. Denn nur ihnen steht ein Recht zu, von dem alle anderen ausgeschlossen sind. § 101 Abs. 2 ArbGG ist insoweit abschließend<sup>412</sup>. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm und aus der aus § 101 Abs. 1 ArbGG ersichtlichen Absicht des Gesetzgebers die Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten einzuschränken.

Im Rahmen einer Untersuchung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der arbeitsgerichtlichen Schiedsgerichte ist daher zu prüfen, ob diese gesetzgeberische Ungleichbehandlung im Rahmen des § 101 Abs. 2 ArbGG mit Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren ist. Denn wie bereits erwähnt, kann von der ausschließlichen Zuständigkeit der staatli-

<sup>411</sup> BAG NJW 1964, 268 (269)

<sup>412</sup> BAGE 86, 190= AP Nr. 5 zu § 101 ArbGG

chen Arbeitsgerichte gemäß § 2 ArbGG zugunsten der Schiedsgerichte nur aufgrund des § 101 Abs. 2 ArbGG abgewichen werden. Verstößt jedoch § 101 Abs. 2 ArbGG gegen Art. 3 GG, ist er mit dem Grundgesetz unvereinbar und gemäß § 78 BVerfGG für nichtig zu erklären. Von der Regel der Nichtigkeitserklärung kann aus übergeordneten Gesichtspunkten eine Ausnahme in Form einer befristeten Fortgeltungsanordnung gemacht werden, wenn Verfassungsrechtslage bisher nicht hinreichend geklärt war und dem Gesetzgeber eine Frist zur Neuregelung zu gewähren war<sup>413</sup>. Die Erkenntnis der Verfassungswidrigkeit stellt jedoch noch kein Indiz dafür dar, dass die Verfassungsrechtslage ungeklärt und eine Weitergeltung anzutreten war. Eine von der Nichtigkeitsanordnung abweichende Anordnung kommt daher nur in Ausnahmefällen in Betracht<sup>414</sup>. Übergeordnete Belange sind in Hinblick auf § 101 Abs. 2 ArbGG nicht ersichtlich, so dass bei einem Verstoß dieser Vorschrift gegen Art. 3 Abs. 1 GG von einer Nichtigkeit des § 101 Abs. 2 ArbGG auszugehen ist.

## 2.) Die Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG

Die Untersuchung der Frage, ob § 101 Abs. 2 ArbGG mit Art. 3 Abs. 1 GG<sup>415</sup> vereinbar ist, erfordert, den rechtlichen Wirkungsbereich des Art. 3 Abs. 1 GG vorab zu klären.

Es soll daher zuerst festgestellt werden, welche Auslegung Art. 3 Abs. 1 GG in Rechtsprechung und Lehre erfahren hat.

### a.) Die Bindung des Gesetzgebers an Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt, dass alle Menschen *vor* dem Gesetz gleich sind. Diese Formulierung könnte darauf hindeuten, dass diese Vor-

---

<sup>413</sup> BVerfGE 120, 125 = NJW 2008, 1868 (1875, Rdnr. 146)

<sup>414</sup> BVerfGE 125, 175 (258) = NJW 2010, 505 (517); BVerfGE 132, 179 = NJW 2012, 1310 (1312); BVerfGE 120, 125 (168); BVerfG NJW 2004, 1012 (1030)

<sup>415</sup> Da die Artt. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG zwar als leges speziales dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG vorgehen, eine unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund der in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG genannten Tatbestände aber offensichtlich nicht vorliegt, hat sich die Untersuchung auf Art. 3 Abs. 1 GG zu beschränken

schrift überhaupt nur im Bereich der Gesetzesanwendung Geltung beanspruchen will, d.h. nur die Judikative und insbesondere die Verwaltung trifft.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich gleichwohl regelmäßig dafür ausgesprochen, dass Art. 3 Abs. 1 GG auch den Gesetzgeber dahingehend bindet, Ungleichheit begründende Gesetze nicht zu erlassen<sup>416</sup>. Dieser Auslegung ist die herrschende Meinung in der Literatur gefolgt; sie bezieht sich zur Begründung auf Art. 1 Abs. 3 GG, wonach die Grundrechte, mithin auch Art. 3 Abs. 1 GG, u.a. auch die Gesetzgebung binden und auf Art. 20 Abs. 3 GG, der die Gesetzgebung zur Beachtung der verfassungsmäßigen Ordnung verpflichtet<sup>417</sup>. Auch die Rechtsprechung der übrigen Gerichte hat sich dem angeschlossen<sup>418</sup>. Hiergegen hat sich Ipsen<sup>419</sup> ausgesprochen.

Ipsen<sup>420</sup> geht davon aus, dass die herrschende Meinung und die Rechtsprechung das Gleichheitsgebot nur im Sinne des Willkürauschlusses verstehe und von ihrem Standpunkt auch verstehen müsse. Eine derart verstandene Gleichheit stelle aber keine justiziable Kategorie dar, da „Willkür, Gerechtigkeit, Richtigkeit des Gesetzes ... typische aequitas-Elemente der Gesetzgebung, nicht der Rechtsfindung seien. Da jedoch die allgemeine Bindungsvorschrift des Art. 1 Abs. 3 GG eine Bindungskraft und -fähigkeit der Grundrechte nur im Maße und im

<sup>416</sup> BVerfGE 1, 14 (16) – Leitsatz 18 und S. 52; BVerfGE 3, 19 (24–25); BVerfGE 3, 58 (135); BVerfGE 3, 288 (337); BVerfGE 4, 7 (18); BVerfGE 4, 352 (357–358); BVerfGE 9, 20 (28); BVerfGE 9, 201 (206); BVerfGE 9, 334 (337); BVerfGE 10, 234 (246); BVerfGE 14, 221 (238); BVerfGE 15, 167 (201); BVerfGE 21, 227 (234); BVerfGE 26, 302 (310); BVerfGE 98, 365(395); ebenso: Maunz-Dürig (Kirchhof) Art. 3, Rdn. 11; Leibholz, DVBl 1951, 193 (194); Schaumann, JZ 1966, 721; v. Münch, AÖR 1985, 270 (280–281), begründet die Bejahung der Gleichbehandlungspflicht des Gesetzgebers nach Art. 3 Abs. 1 einmal mit rechtspolitischen Überlegungen: es spreche für sie ein unbestreitbares Bedürfnis; darüber hinaus habe sich der Gesetzgeber selbst offensichtlich an den Gleichheitsgrundsatz gehalten. Damit sein Raum für die „Rechtsregel“ „qui tacet consentire videtur“

<sup>417</sup> vergl. die vorgenannten Autoren

<sup>418</sup> BVerwGE 1, 244 (247); BVerwGE 8, 105 (106–107); BVerwGE 26, 317 (320); BVerwGE 27, 146 (150); BSGE 6, 213 (229); BSGE 14, 95 (96–97); BayVerwGHE 14, 11 (18); BGH DVBl 1954, 162 (167); bis auf den Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 GG enthalten sämtliche zitierten Entscheidungen keine Begründung für diese Auffassung.

<sup>419</sup> Die Grundrechte, Bd. II, S. 111 ff

<sup>420</sup> a.a.O.; .

Rahmen der den Einzelgrundrechte innenwohnende Messbarkeit habe, Art. 3 Abs. 1 GG als Willkürverbot aber nicht justizierbar sei, „ist die verallgemeinernde Verknüpfung von Art. 1 Abs. 3 (GG) mit Art. 3 Abs. 1 GG, die Entlehnung einer Legislativbindung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG aus Art. 1 Abs. 3 (GG) also verfehlt“<sup>421</sup>. Hinzu komme, dass zwischen Art. 3 Abs. 1 GG als Willkürverbot und Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG als absolutes Differenzierungsverbot ein Bruch bestehe. Ipsen kommt daher zu dem Ergebnis, dass es ausschließlich dem Gesetzgeber obliege festzustellen, was gleich und was ungleich ist und dass Gleichheit vor dem Gesetz nur Gleichheit vor dem gesetzten Gesetz, also bei der Rechtsanwendung bedeute<sup>422</sup>.

Dieses Ergebnis schränkt Ipsen jedoch selbst wieder ein und nähert sich damit der Auffassung der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung. Denn auch Ipsen bejaht letztlich die Überprüfung von Gesetzen am allgemeinen Gleichheitssatz, wenn gewährleistet sei, dass nicht die richterlicher gegen die legislative Entscheidung ausgetauscht werde. Damit erkennt Ipsen grundsätzlich ebenfalls die Möglichkeit einer richterlichen Normprüfung an, weicht im Grunde nur in der Frage des Inhalts und des Umfangs dieser Überprüfung von der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung ab.

Damit kann festgestellt werden, dass nach allgemeiner Auffassung auch der Gesetzgeber an den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist.

### **b.) Inhalt und Umfang der Bindungswirkung**

Nachdem somit die Bindung des Gesetzgebers an Art. 3 Abs. 1 GG feststeht, ist weiterhin zu untersuchen, welchen Inhalt und Umfang dieses Gebot für die Legislative hat.

#### **aa.) Der betroffene Personenkreis**

Hierbei ist einmal festzustellen, dass es aus Art. 3 Abs. 1 GG untersagt ist, bestimmte Personen-, Sozial- oder Wirtschaftsgruppen gleichheitswidrig zu begünstigen, indem gesetzliche Vergünstigungen nicht auf

---

<sup>421</sup> a.a.O., S. 156/157

<sup>422</sup> a.a.O.

alle vergleichbaren Gruppen ausgedehnt werden, da der Gleichheitssatz auch Gruppengleichheit gewährt.

### **bb.) Die Interpretation des Art. 3 Abs. 1 GG als Willkürverbot**

Die Pflichten, die den Gesetzgeber aus Art. 3 Abs. 1 GG treffen, haben das Bundesverfassungsgericht und mit ihm die herrschende Meinung in der Literatur zunächst auf ein Verbot willkürlicher Regelungen beschränkt<sup>423</sup>. Auch in diesem Bereich ist die Rechtsprechung der übrigen Gerichte dem Bundesverfassungsgericht gefolgt<sup>424</sup>.

Diese Auslegung hat dazu geführt, dass dem Gesetzgeber ein breiter Ermessensspielraum, eine „sehr weite Gestaltungsfreiheit“<sup>425</sup> zugesprochen wurde. Das Bundesverfassungsgericht hat dies auf die Formel gebracht, dass ein legislatorischer Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG erst dann gegeben ist, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muss“<sup>426</sup>.

Die Entscheidung darüber, was in concreto als im Wesentlichen gleich und was derart verschieden ist, dass es einer ungleichen Regelung bedarf oder eine solche zulässt, obliegt bei der erwähnten sehr weitgehenden Gestaltungsfreiheit dem Gesetzgeber, so dass dieser die Merkmale bestimmen kann, nach denen die zu vergleichenden Sachverhalte als verschieden oder nicht zu betrachten sind. Damit war den kompetenzrechtlichen Bedenken unter Geltung der WRV Rechnung getragen. Es oblag allein dem Gesetzgeber, die Gleichheitsmaßstäbe zu definieren<sup>427</sup>. Entscheidend für die Frage, ob Art. 3 Abs. 1 GG durch eine gesetzgeberische Maßnahme verletzt wird, war hiernach nur der Umstand, ob sich für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung ein vertretbarer Grund finden lässt, der der Natur des jeweils in Betracht kommenden Sachgebiets entspringt; ist dies der Fall, so hat das Gesetz vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand. Es kommt dagegen

<sup>423</sup> vergl. die oben angegebenen Nachweise, Fußnote 416

<sup>424</sup> vergl. die oben angegebenen Nachweise, Fußnote 418

<sup>425</sup> Osterloh/Nußberger in Sachs, Komm GG, Art 3, Rdn 8 f

<sup>426</sup> BVerfGE 1, 14 (16–17)

<sup>427</sup> Osterloh/Nussberger a.a.O., Art. 3, Rdn.10

nicht darauf an, ob die Rechtsnorm die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung darstellt oder eine andere Lösung dem Gleichheitssatz besser entsprochen hätte. Dies zu beurteilen liegt ebenfalls in dem bereits erwähnten Ermessen des Gesetzgebers<sup>428</sup>.

### **cc.) Die Ergänzung der Gleichheitsverpflichtung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip**

Dies ist in der späteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geändert – d.h. ergänzt – worden. Danach ist Art. 3 Abs. 1 GG beeinträchtigt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe von Normadressaten anders behandelt wird, obgleich zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können<sup>429</sup>. Damit wurde die Gleichheitsverpflichtung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip ergänzt<sup>430</sup>. Da Gleichheit der Freiheit dient, ist bei der Bewertung der Gleichheit/Ungleichheit eine an der Verhältnismäßigkeit ausgerichtet Abwägung erforderlich<sup>431</sup>. Der Gleichheitssatz erfordert eine wertende Beurteilung<sup>432</sup>. Dies erfordert eine wägende und gewichtende Beurteilung vorgefundener Tatsächlichkeiten<sup>433</sup>, eine gleichheitsrechtliche Abwägung<sup>434</sup>. Mit der neuen Rechtsprechung ist das ursprüngliche Willkürverbot nicht beseitigt, sondern mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verbunden worden<sup>435</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat dies schließlich in folgender Formel zusammengefasst: „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmale unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die stufenlos von

---

428 BVerfGE 55, 72( 88); 124, 199 ( 219); 120, 125; Osterloh/Nussberger, a.a.O., Art. 3, Rdn. 13; Kirchhof, a.a.O., Art. 3, Rdn. 10, BVerfGE 3, 162, 182 = NJW 1954, 27(28); BVerwG NVwZ-RR 2015, 906 (907)

429 BVerfGE 55, 72 (88)

430 Kirchhof a.a.O., Art. 3 Abs. 1, Rdn. 92

431 Kirchhof a.a.O., Art. 3 Abs. 1, Rdn.92

432 Kirchhof a.a.O., Rdn. 100

433 Kirchhof a.a.O., Rdn. 132

434 Osterloh/Nussberger in: Sachs, Komm. GG, Art. 3, Rdn. 15

435 Osterloh/Nussberger a.a.O., Art. 3, Rdn. 25

gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen<sup>436</sup>.

Diese Formel hat das Bundesverfassungsgericht aus seiner vorangegangenen Rechtsprechung entwickelt:

*Da der Grundsatz, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (vgl. BVerfGE 55, 72 <88>). Diese Bindung ist um so enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, daß eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Die engere Bindung ist jedoch nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschränkt. Sie gilt vielmehr auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Bei lediglich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird (vgl. BVerfGE 55, 72 <89>). Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers um so engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 60, 123 <134>; 82, 126<sup>437</sup>).*

Die verschiedenen Formulierungen in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass das Gericht seine Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG wiederholt fortentwickelt hat<sup>438</sup>. Danach differiert schließlich die Prüfungsstrenge nach drei Kriterien: Knüpft die gesetzliche Differenzierung an personenbezogenen Merkmalen an, die sich Art. 3 Abs. 3 GG nähern, beeinträchtigt die Ungleichbehandlung Freiheitsrechte und inwieweit sind die von der gleichen/ungleichen Behandlung Betroffenen in der Lage, die Merkmale, nach denen unterschieden wird, zu beeinflussen<sup>439</sup>.

Dies bedeutet, dass für die Ungleichbehandlung zunächst überhaupt ein Sachgrund gegeben sein muss. Es müssen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbe-

---

<sup>436</sup> NVwZ 2011, 1316;(1317 (LS1)m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG

<sup>437</sup> BVerfG NJW 1993, 1517

<sup>438</sup> vergl. hierzu: Britz, NJW 2014, 346 f

<sup>439</sup> Britz, a.a.O., S. 349

handlung rechtfertigen können<sup>440</sup>. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitprüfung ist dann zu fragen, ob Unterschiede hinreichenden Gewichts bestehen. Dabei müssen die Sachgründe die Ungleichbehandlung rechtfertigen und zur Zweckerreichung des Differenzierungsgrunds geeignet und erforderlich sein<sup>441</sup>. In diesem Zusammenhang ist der Strengemaßstab zu berücksichtigen, der sich nach den vorgenannten Maßstäben richtet. Damit ist auch eine Prüfung an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durchgeführt<sup>442</sup>, d.h. ob und inwieweit Ähnlichkeit und Verschiedenheit rechtserheblich sind<sup>443</sup>.

Ipsen, der wie schon oben angesprochen, der herrschenden Meinung in Bezug auf Inhalt und Umfang der Bindungswirkung des Gesetzgebers an Art. 3 Abs. 1 GG nicht folgt, ist der Auffassung, dass die richterlichen Normenprüfung im Rahmen des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes in erster Linie anhand der grundgesetzlichen Verfassungsprinzipien, die „dasjenige Maß an Justizierbarkeit besitzen, dessen sie zu ihrer richterlichen Anwendung bedürfen“<sup>444</sup> zu erfolgen hat. Zu diesen Verfassungsgrundsätzen seien das demokratische Prinzip, die Rechtsstaatlichkeit, die Gewaltenteilung, die Sozial- und die Bundesstaatlichkeit zu rechnen<sup>445</sup>.

Nur im Bereich von Vergleichsmerkmalen, die der Verfassungsgeber von seinem Standpunkt für nicht wesentlich gehalten und daher nicht geregelt hat, haben die Elemente des für den Gleichheitssatz entwickelten Willkürbegriffs ihre eigentliche Funktion<sup>446</sup>. Jedoch dürfe auch hier eine richterliche Willkürprüfung nur zur alleräußersten Begrenzung des gesetzgeberischen Ermessens, nicht zu einer „Besserwisserei“ führen, so dass nach der Meinung von Ipsen in diesem „verfassungsfreien“ Raum des Art. 3 Abs. 1 GG jede sachlich vertretbare Erwägung genügt, um dem allgemeinen Gleichheitssatz zu erfüllen.

Da durch die differenzierende Regelung des § 101 Abs. 2 ArbGG erkennbar weder das demokratische Prinzip, noch die Rechtsstaatlich-

---

<sup>440</sup> BVerfG NJW 2000, 418 (419)

<sup>441</sup> BVerfG NJW 2010, 1439 (1440)

<sup>442</sup> Britz, a.a.O., S. 350

<sup>443</sup> BVerfG NJW 2000, 418 (419)

<sup>444</sup> a.a.O., S. 184

<sup>445</sup> Ähnliche Gedanken finden sich auch im BVerfGE 13, 290 (298)

<sup>446</sup> Ipsen, a.a.O., S. 185

keit, die Gewaltenteilung, die Sozial- oder Bundesstaatlichkeit beeinträchtigt werden, muss die Ungleichbehandlung aller anderen Berufsgruppen gegenüber den Bühnen- und Seeschiffahrtsarbeitnehmern bzw. -arbeitgebern auch nach Ipsen in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG am Willkürverbot gemessen werden. Auch in diesem Bereich bestehen also zwischen der Auffassung Ipsens und der h.M. allenfalls graduelle Unterschiede.

### **3.) Überprüfung der Gleichheit und der Ungleichheit der vorliegenden Tatbestände**

Die Feststellung eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG setzt denknotwendigerweise zwei Tatbestände voraus, die miteinander zu vergleichen sind<sup>447</sup>. Das sind im Rahmen des § 101 Abs. 2 ArbGG einmal die prozessuale Lage der Beschäftigten in Bühnen- und Seeschiffahrtsbereich auf der einen und die Lage der Arbeitsgerichtsbarkeit für die übrigen Berufe auf der anderen Seite.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, inwieweit Momente der Gleichartigkeit und der Ungleichartigkeit vorhanden sind.

#### **a.) Momente der Gleichartigkeit**

Beiden zu vergleichbaren Tatbeständen ist es gleich, dass bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis zur Entscheidung anstehen. Sämtliche Grundsätze des Sonderrechtsgebietes des Arbeitsrechtes sind somit gleichermaßen im Rahmen dieser Gerichtsbarkeit anzuwenden. Die einschlägigen Rechtsvorschriften und die Grundsätze ihrer Auslegung und Anwendung sind also prinzipiell in beiden Fällen identisch.

Auch die Erwägungen des Gesetzgebers, die dazu geführt haben, die Zulässigkeit der Schiedsgerichte in der Arbeitsgerichtsbarkeit einzuschränken<sup>448</sup> treffen auf beide zu vergleichende Sachverhalte zu.

---

<sup>447</sup> Leibholz, DVBl 1951, 193 (195)

<sup>448</sup> Der Wille zur Einschränkung ergibt sich einmal aus dem schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit, BT-Drs. 1. WP, Nr. 4372, Bd. 23, S. 5 und weiterhin aus dem Vergleich des § 101 Abs. 2 ArbGG (1953) mit § 91 ArbGG (1926)

Auch wenn dem Bericht des Ausschusses für Arbeit insoweit nichts darüber zu entnehmen ist, ist es doch erkennbar, insbesondere in Verbindung mit der Abschaffung des Schiedsgutachtervertrages im neuen ArbGG, dass der Gesetzgeber hiermit die Sicherheit der Arbeitnehmer in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten erhöhen wollte. Es sollte verhindert werden, dass der Arbeitnehmer einer streitentscheidenden Instanz unterworfen wird, die ihm u.U. nicht die gleichen Rechtsschutzmöglichkeiten gewährt, wie es die staatliche Gerichtsbarkeit tut. Ein solches Motiv gilt aber unabhängig von der Art der Beschäftigung für alle Arbeitnehmer.

Allerdings ist der Gesetzgeber bei der Durchführung dieser Erwägung in § 101 Abs. 2 ArbGG selbst inkonsequent gewesen, da er in S. 3 eine einzelvertragliche Schiedsvereinbarung zugelassen hat und auch eine Einlassung der u.U. nicht rechtskundigen Partei eine Heilung eines evtl. Formmangels herbeiführt. Damit ist u.U. gerade der Schutz einer schwächeren Partei eines Arbeitsverhältnisses weitgehend nicht gewährleistet, da auch das Erfordernis, dass sich das Arbeitsverhältnis noch aus anderen Gründen nach einem Tarifvertrag richtet, keine Garantie bietet, dass das schiedsgerichtliche Verfahren vollen Rechtsschutz gewährt. Vielmehr hat nur im Bereich der tariflichen Schiedsklausel, die aufgrund der meist gleichen Stärke der Tarifvertragsparteien sowieso eine ausgewogene Schiedsklausel erwarten lässt, eine Verstärkung des Schutzes des sozial Schwächeren Ausdrucks gefunden.

Allerdings müssen die nicht tarifgebundenen Parteien ausdrücklich und schriftlich vereinbaren, dass sich ihre Verhältnisse nach dem die Schiedsklausel enthaltenen Tarifvertrag richten (§ 101 Abs. 2 S. 3 ArbGG)<sup>449</sup>.

Obgleich somit die Vorstellung des Gesetzgebers in § 101 Abs. 2 ArbGG nur ungenügend Eingang gefunden haben, ist jedoch davon auszugehen, dass diese auch für die Schiedsgerichtsbarkeit im Bühnen- und Seeschifffahrtsbereich gleichermaßen Geltung zu finden haben.

---

449 BAG NJW 2010, 795 (797)

## b.) Momente der Ungleichheit

Trotz der aufgezeigten Gleichartigkeit des Bühnen- und des Seeschiffahrtsbereichs mit der allgemeinen Arbeitsgerichtsbarkeit hat der Gesetzgeber den Bühnen- und Seeschiffahrtsbereich privilegiert, indem die Tarifvertragsparteien ermächtigt werden, die Zuständigkeit der staatlichen Arbeitsgerichtsbarkeit durch eine tarifliche Schiedsklausel abzubedingen. Zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung wird vertreten, dass sich die rechtlichen Bedingungen der Arbeitsverhältnisse in Bühnenwesen durch vielfältige Besonderheiten gegenüber anderen Berufen auszeichnen. Hiervon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen<sup>450</sup>. In Rechtsprechung<sup>451</sup> und Literatur<sup>452</sup> wird ebenfalls einheitlich auf diesen Umstand hingewiesen.

Diese Besonderheiten sind in der Tat vorhanden: Kutzer<sup>453</sup> weist darauf hin, dass z.B. zahlreiche Bühnenbräuche bestehen, die die Bühnendienstverträge in vielfacher Hinsicht ergänzen<sup>454</sup>.

Die Unterscheidung der verschiedenen Vertragstypen des Solopersonals findet sich ebenfalls nur im Bühnenrecht. Innerhalb dieser Vertragsarten ist wiederum zwischen den verschiedenen Kunstgattungen (Theater, Oper) und dem darin tätigen Künstlern (Sänger, Instrumentalsolisten, Schauspieler, Ballettsolisten) zu unterscheiden, und den wiederum andersartigen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen der Ensemblemitglieder (Orchester, Chor, Gruppenballett), von dem mehr oder weniger technischen (z.B. Maskenbildner, Kascheure) und schließlich rein technischem Personal (Beleuchter, Tonmeister) ganz abgesehen.

Am stärksten ist jedoch der Unterschied zwischen dem allgemeinen Arbeitsrecht und demjenigen der Bühnen bei der Beurteilung des Inhalts der Dienstleistungspflicht zu erkennen. Der Künstler schuldet

<sup>450</sup> Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit, BT-Drs. 1. WP, Nr. 4372, Bd. 23, S. 5

<sup>451</sup> BAG AP Nr. 11 zu § 101 ArbGG, Bl. 3 R; LAG Nürnberg Urteil vom 24.10.2012, 2 Sa 131/12

<sup>452</sup> Neumann ARBl, Arbeitsgerichtsbarkeit XV, Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit, B IV, 1

<sup>453</sup> Das Dienstrecht der Bühnenmitglieder, , S. 8

<sup>454</sup> s. hierzu auch: Riepenhausen, Systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bühnenoberschiedsgerichts, Hauptband, S. 5; Ergänzungsband, S. 8

nicht nur die vertraglich bestimmte Mitwirkung bei der Aufführung eines Werkes, sondern es wird von ihm darüber hinaus verlangt, dass seine Leistung künstlerisch hochstehend ist. Das bedeutet, dass „die gewöhnliche Anstrengung im Dienstverhältnis“<sup>455</sup> nicht ausreicht; der Künstler schuldet mehr. Ob er diese Dienstleistungspflicht erfüllt hat, und ggf. auf welchen Gründen sein Versagen beruht, ist eine der Natur der Sache nach äußerst schwierige, nur bei Vorhandensein eines entsprechenden Fachwissens zu beantwortende Frage.

Die Natur einer „künstlerischen Dienstleistung“ fordert für ihre Beurteilung Kenntnisse, die üblicherweise bei einem Arbeitsgericht nicht vorhanden sind.

Dies hat dazu geführt, dass die Rechtsprechung der Bühnen-schiedsgerichte in der Vergangenheit erheblich zur Rechtsicherheit und -klarheit auf diesem Gebiet des Arbeitsrechtes beigetragen hat<sup>456</sup>. Als Beispiel sei einmal auf die seit Jahrzehnten bestehende Rechtsprechung der Schiedsgerichte zu dem – im Bühnenrecht zulässigen – Kettenarbeitsverhältnis und die daraus folgende Mitteilungspflicht über eine geplante Nichtvertragsverlängerung hingewiesen<sup>457</sup>, die vom BAG<sup>458</sup> bestätigt worden ist und die zwischenzeitlich zum Bühnenbrauch geworden ist und erstmals durch eine Vereinbarung vom 10.10.1947 als „Regelung der Mitteilungspflicht im Falle der Nichtverlängerung von Bühnendienstverträgen“ in den Rang einer Tarifnorm erhoben worden ist.

Die Zulässigkeit von Kettenarbeitsverhältnissen wurde damit begründet, dass es auszuschließen ist, dass der Arbeitgeber unbefristet an einen Darsteller – u.U. mit einem bestimmten Rollenfach – gebunden bleibt.

Als weiteres Beispiel ist der so genannte Beschäftigungsanspruch zu erwähnen, der im Bühnenarbeitsrecht und in der Rechtsprechung der Schiedsgerichte seit langem anerkannt worden ist<sup>459</sup>. Zu dieser Rechtsprechung ist es gekommen, weil anerkannt wurde, dass es dem Künstler wegen seiner publikumsnahen Tätigkeit mehr als jedem an-

---

<sup>455</sup> Kutzer, S. 172, FN. 4

<sup>456</sup> Rehbinder Ufita 41, 291

<sup>457</sup> Riepenhausen, Hauptband, S. 159 (160); Ergänzungsband, S. 126 (127)

<sup>458</sup> AP Nr. 16 zu § 620; befristeter Arbeitsvertrag

<sup>459</sup> Kutzer, S. 288 ff; Riepenhausen, Hauptband, S. 82 (83)

deren darauf ankommen muss, durch die Beschäftigung „nicht nur seine künstlerische Kraft durch Anleitung und Beschäftigung zu entfalten, sondern auch sich zu zeigen, der allgemeinen Beurteilung zu unterstellen und damit seine Aussichten zu verbessern“<sup>460</sup>. Zusammenfassend ist also festzustellen, dass die Situation der Arbeitsgerichtsbarkeit zumindest für das Bühnenwesen in einigen Punkten mit derjenigen der übrigen Berufe gleich ist, dass aber auch beachtliche Momente der Ungleichheit bestehen.

Es ist jedoch zu fragen, ob diese in Rechtsprechung und Literatur in den Vordergrund gestellten Besonderheiten des materiellen Bühnenarbeitsrechtes geeignet sind, eine Ungleichbehandlung in Anbe tracht des § 3 Abs. 1 GG zu rechtfertigen. Die aufgeführten Besonderheiten können auch in anderen Berufszweigen auftreten. Bühnenbräuche an einem bestimmten Theater sind mit so genannter betrieblicher Übung gleichzusetzen. Diese findet man aber unabhängig von den einzelnen Berufszweigen in Unternehmen der unterschiedlichsten Branchen.

Auch eine künstlerisch hochstehende Dienstleistung wird nicht nur im Bereich des Bühnenarbeitsrechtes verlangt. Gleiches trifft auch auf den Entwurf eines (angestellten) Architekten oder den Artikel eines Journalisten zu. Hier wie dort ergeben sich Schwierigkeiten bei der Bewertung der Arbeiten, da diese nicht nach messbaren Kriterien eingeschätzt werden können.

Die Schwierigkeiten, Sachverhalte aus dem Bühnenarbeitsrecht zu beurteilen, liegen mithin nicht darin, dass nur dort zu findende Spezifika herrschen, sondern darin, dass sich der Arbeitsrichter in der Regel in dem Berufszweig „Theater“ nicht auskennt.

Dieses Problem taucht aber in arbeitsrechtlichen Streitfällen aller anderen Berufsgruppen ebenfalls auf, da der Richter auch die in anderen Berufszweigen herrschenden Üblichkeiten, Anforderungen etc. schwerlich aus einiger Kenntnis und aus eigenem Wissen beurteilen kann. Es sind also tatsächlich nicht die Besonderheiten des Bühnenlebens, sondern die dem Arbeitsrichter zumeist unbekannten Inhalte der Arbeitswelt, die diesem Schwierigkeiten bei der Beurteilung von Sachverhalten bereiten. Diese Unkenntnis ist kein Differenzierungsgrund

<sup>460</sup> Kutzer, S. 291

im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG, weil dieser auch bei zahlreichen anderen Berufszweigen auftreten kann und wird.

Mögliche Schwierigkeiten des Gerichtes bei der Beurteilung von bühnenarbeitsrechtlichen Fällen, die daraus herrühren, dass dem Gericht die Inhalte bühnenrechtlicher Dienstverträge nicht bekannt und verständlich sind, müssen in erster Linie, wie auch sonst üblich, durch entsprechende Auflagenbeschlüsse, Ausübung des richterlichen Frage-rechts oder notfalls durch Einholung eines Sachverständigungsgutach-tens beseitigt werden.

Des Weiteren ist zu beachten, dass das Arbeitsgerichtsgesetz den Besonderheiten der einzelnen Berufe bereits durch die Möglichkeit Rechnung trägt, Fachkammern einzurichten.

### c.) Die Möglichkeit der Einrichtung von Fachkammern

In § 17 Abs. 2 ArbGG ist die Bildung von Fachkammern für Streitigkeiten bestimmter Berufsgruppen vorgesehen, deren Besitzer gemäß § 30 ArbGG aus dem Kreis der in Betracht kommenden Arbeitnehmer und -geber ausgewählt werden sollen, um die Besonderheiten dieser Berufsgruppen gerecht werden zu können. Bevor mithin der Weg über die Bildung von Schiedsgerichten beschritten wird, ist zu prüfen, ob nicht diese Fachkammern die Möglichkeit bieten, letzte, evtl. bestehende Schwierigkeiten bei der Bewertung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten aus diesem Berufsbereich zu beseitigen.

Voraussetzung für die Einrichtung derartiger Kammern ist das Vorliegen eines Bedürfnisses hierfür (§ 17 Abs. 2 ArbGG). Ob ein Bedürfnis vorliegt, entscheidet der Landesarbeitsminister im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens; für die Ermessensausübung sind die Zahl der zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten, ihr Schwierigkeitsgrad und die Spezialmaterie maßgebend<sup>461</sup>. Danach ist bei dieser Prüfung nicht nur das berechtigte Verlangen von bestimmten in § 17 Abs. 2 ArbGG bezeichneten Gruppen nach einer kompetenten, mit den Besonderheiten dieser Berufsgruppe vertrauten Kammer zu berücksichtigen, sondern es soll auch beachtet werden, dass die voraussichtliche Zahl der anfallenden Sache nicht zu gering ist, damit die Fachkammer

---

<sup>461</sup> Liebscher in Schwab/Weth, § 17, Rdn 13

nicht zu selten tagt und damit dem Prinzip der Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens widerspricht. Weiterhin darf nach dieser Meinung nicht im Wege der Einrichtung von Fachkammern eine Zersplitterung und Spezialisierung der Arbeitsgerichte herbeigeführt werden. Bei dieser Ermessensentscheidung sind also einerseits das Bedürfnis einer bestimmten Gruppe nach individueller Behandlung, sowie die Erfordernisse des Wirtschaftslebens und andererseits die erhöhte Geschäftslast für das Gericht, sowie die Gefahr von Aufsplittungen des Arbeitsgerichtsbarkeit gegeneinander abzuwägen.

Damit dürfte die Möglichkeit, bei jedem Arbeitsgericht, in dessen Bezirk ein Theaterunternehmen ansässig ist, eine Fachkammer einzurichten, so gut wie ausgeschlossen sein. Denn die Zahl der anfallenden Rechtsstreite wird mit Sicherheit derart gering sein, dass die Einrichtung einer Fachkammer außer Betracht bleiben muss.

Eine Vergrößerung der Zahl könnte nur auf dem Wege einer Konzentrierung erreicht werden, dass eine Fachkammer über den Gerichtsbereich des jeweiligen Arbeitsgerichtes hinaus zuständig ist. Diese Möglichkeit ist gemäß § 17 Abs. 2, S. 2 ArbGG zulässig. Diese Bestimmung steht aber im Widerspruch zu § 14 Abs. 2 Nr. 4 und 6 ArbGG, der bestimmt, dass Gerichtsbezirke nur durch Gesetz und nicht durch Verordnungen gebildet werden dürfen<sup>462</sup>. Sie erscheint jedoch auch nur dann sinnvoll, wenn die örtliche Zuständigkeit der Fachkammern den Anforderungen aufgrund des Vorhandenseins von Bühnen genügt. Ggf. müssten die Fachkammern teilweise über die Grenzen einzelner Bundesländer hinaus eingerichtet werden. Diese Möglichkeit sieht zwar § 17 ArbGG (1953) im Gegensatz zum ArbGG von 1926 nicht mehr ausdrücklich vor, sie wird aber gleichwohl für allgemein für zulässig erachtet, da eine entsprechende gesetzliche Regelung vom Bundesrat als selbstverständlich gestrichen worden ist<sup>463</sup>. Jedoch erscheint es selbst bei einer solchen Ausdehnung der Zuständigkeit der Fachkammern fraglich, ob der Anfall der Streitsachen für ihre Errichtung ausreichend sein wird.

Diese Bedenken werden durch die Erfahrungen bestätigt: Die beim Arbeitsgericht Berlin eingerichtete Fachkammer für Bühnenar-

---

<sup>462</sup> Treber, Komm. ArbGG, § 17, Rdn. 2

<sup>463</sup> Fitting-Kraegeloh, § 17, Rdn. 3

beitsrecht ist wegen der geringen Zahl der Fälle wieder aufgelöst worden.

Angesichts der dargelegten Voraussetzungen dürfte die Einrichtung von Fachkammern für bühnenarbeitsrechtliche Fälle praktisch auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen.

Es erscheint aber fraglich, ob dies ein im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG beachtlicher Grund ist, unter Übergehung der Einrichtung von Fachkammern Schiedsgerichte zuzulassen.

Des Weiteren ist fraglich, ob die vorstehend genannten Voraussetzungen für die Einrichtung einer Fachkammer stets eingehalten werden müssen.

Das Argument, der geringe Anfall von Streitsachen würde zu einer seltenen Terminierung und damit zu einer Prozessverzögerung führen, kann schon deshalb nicht überzeugen, weil dieses „Problem“ organisatorisch lösbar ist.

Außerdem hat diese Frage mit der Bedürfnisprüfung, auf die es ausschließlich ankommt, kaum etwas zu tun.

Die amtliche Begründung zum Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes<sup>464</sup> führt zu § 17 ArbGG, der auch unverändert Gesetz geworden ist, aus:

*Der § 17 Abs. 2 des ArbGG 1926, der die Bildung getrennter Kammern für Streitigkeiten der Arbeiter und Angestellten vorsieht, ist weggefallen, weil hierfür nach der Praxis der Arbeitsgerichte kein Bedürfnis besteht. Im Einzelfall können jedoch Fachkammern gebildet werden. Die Streichung dieser Vorschrift entspricht dem derzeitigen Rechtszustand in den süddeutschen Ländern. Ebenso sind die Vorschriften über Fachkammern bei Streitigkeiten des Handwerks weggefallen, da ein Bedürfnis, diese Fachkammern zwangsläufig vorzuschreiben, nicht besteht. Für Bezirke, in denen das Handwerk eine bedeutende Rolle spielt, kann die Oberste Aufsichtsbehörde entsprechende Fachkammern bilden.*

Diese Ausführungen zeigen, dass – insbesondere die Möglichkeit, Fachkammern für die im Arbeitsgerichtsgesetz 1926 vorgeschriebenen Berufs- bzw. Ständekammern einzurichten – das in § 17 Abs. 2 ArbGG (1953) genannte Bedürfnis sich ausschließlich danach zu richten hat, ob eine Berufsgruppe oder ein bestimmtes Gewerbe besondere fachkundiger Richter bedarf.

---

464 BT-Drs Nr. 3516, 1. WP, S. 27

Da sich das Arbeitsgerichtsgesetz 1953 an das Arbeitsgerichtsgesetz 1926 angelehnt hat<sup>465</sup> und die Regelung hinsichtlich der Fachkammern aus § 17 ArbGG (1926) entsprechend auch wieder in § 17 ArbGG (1953) erscheint, ist es als zulässig anzusehen, zur Klärung des Tatbestandsmerkmals „Bedürfnis“ auch die amtliche Begründung zum Arbeitsgerichtsgesetz (1926) mit heranzuziehen<sup>466</sup>. Dort wird ausgeführt:

*Dagegen muss die Bildung von Fachkammern für bestimmte Berufe oder Gewerbe oder bestimmte Gruppen von Arbeitern oder Angestellten auf die Fälle beschränkt werden, in denen ein Bedürfnis vorliegt. Ein solches Bedürfnis kann z.B. in Bezirken, in denen die Landwirtschaft stark vertreten ist, für die Arbeitssachen der Landwirtschaft, in Bezirken, in denen eine Reichsbahndirektion ihren Sitz hat, für die Arbeitssachen der Reichsbahn, in stark industriellen Bezirken für die Arbeitssachen einzelner großer dort ansässiger Industrien bestehen. Die Entscheidung über die Einrichtung der Kammern ist in die Hände der Landesbehörden gelegt, die die Geschäfte der Verwaltung und Dienstaufsichten hinsichtlich der Arbeitsgerichte führt (Landesjustizverwaltung im Einvernehmen mit der obersten Landesbehörde für die Sozialverwaltung oder einer von ihnen beauftragten nachgeordneten Dienststelle). Es soll dadurch erreicht werden, dass derartige Einrichtungen nur dort geschaffen werden, wo ein auch vom höheren Gesichtspunkt aus anerkanntes Bedürfnis besteht, dass aber anderseits keine Einteilungen getroffen werden, die, ohne für das Wirtschaftsleben erforderlich zu sein, den Aufbau des Arbeitsgerichtes unübersichtlich machen und seinen Haushalt unnötig belasten.*

Wenn auch in diesen Ausführungen, ohne es klar zum Ausdruck zu bringen, der Anzahl der besonderen Streitigkeiten eine gewisse Bedeutung zugemessen wird, so zeigt sich doch, dass die Bedürfnisprüfung in erster Linie sich an der Frage auszurichten hat, ob bestimmte Berufe, Gruppen von Arbeitnehmern oder Gewerbe eine besonders fachkundige Besetzung der Richterbank benötigen.

Bei der Prüfung des Bedürfnisses sind daher diese Kriterien in erster Linie heranzuziehen. Die Frage der Quantität der Prozesse hat allenfalls sekundäre Bedeutung und kann, wenn ein fachliches Bedürfnis festgestellt wurde, nur in extremen Fällen berücksichtigt werden, wenn

---

<sup>465</sup> vergl. hierzu: Amtliche Begründung zum ArbGG 1953, a.a.O., S. 24

<sup>466</sup> Verhandlungen des Reichstages III. WP, 1924, Bd. 407, Anlagen zu den stenografischen Berichten, Nr. 2065

z.B. die betroffene Berufsgruppe derartig klein ist, dass so gut wie keine Rechtsstreitigkeiten erwartet werden dürfen.

Dieses Kriterium – Anzahl der Rechtsstreitigkeiten – darf nicht in den Vordergrund gestellt oder auch nur als gleichwertig angesehen werden.

Gleiches gilt für die Auffassung, es sei eine Aufsplitterung der Arbeitsgerichtsbarkeit zu vermeiden. Auch dies ist eine sachwidrige Gewichtung der Kriterien, zumal eine Einheitlichkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit sich weder aus dem Gesetz herleiten lässt, noch eine sonst wie begründete Notwendigkeit ist.

Schließlich kann aber – wie bereits erwähnt – den möglichen Problemen aus einer zu geringen Anzahl der Rechtsstreite durch die Einrichtung von Fachkammern begegnet werden.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Einrichtung von Fachkammern auch für arbeitsrechtliche Streitigkeiten aus dem Bühnenbereich wesentlich geringer sind, als allgemein angenommen.

#### **d.) Sind die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Errichtung von Fachkammern ein ausreichender Differenzierungsgrund im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG?**

Selbst wenn man trotz des Vorstehenden der Auffassung ist, die Bildung von Fachkammern sei – zumindest im Vergleich zur Errichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit – mit erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden, erhebt sich die Frage, ob dieser Umstand einen Differenzierungsgrund im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, mithin geeignet ist, die verfassungsrechtlichen Bedenken in Bezug auf § 101 ArbGG zu beseitigen.

Wie bereits oben erwähnt<sup>467</sup> gestattet Art. 3 Abs. 1 GG eine Differenzierung nur dann, wenn Unterschiede solcher Art bestehen, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Dies ist bezüglich der Besonderheiten des Bühnenarbeitsrechtes nicht der Fall. Zudem kann diesen Besonderheiten durch Fachkammern Rechnung getragen werden.

---

<sup>467</sup> s. S. 125 ff

Zwar sollen die ehrenamtlichen Richter nach § 30 ArbGG aus Kreisen stammen, für die die Fachkammer gebildet ist. Aber auch bei „Soll-“ Normen ist der Normenadressat verpflichtet, wie es in der Norm bestimmt ist. Liegen keine Umstände vor, die den Fall als atypisch erscheinen lassen, bedeutet „Soll“ ein „Muss“<sup>468</sup>.

Allerdings ist die Einrichtung von Fachkammern von dem pflichtgemäßen Ermessen des Landesarbeitsministers abhängig. Es ist mithin der Entscheidung der beteiligten Arbeitnehmer und –geber entzogen, ob ein mit besonderen Fachkenntnissen ausgestattetes Gericht errichtet wird.

Die Schwierigkeiten bei der Einrichtung von Fachkammern können aber durch das Fachkammerprinzip in Geschäftsverteilungsplänen überwunden werden. Danach kann das Präsidium des jeweiligen staatlichen Arbeitsgerichts eine Geschäftsverteilung nach dem Fachkammerprinzip vornehmen, nach dem die Eingänge nach Berufs- und Gewerbegruppen, sogar nach Streitgegenständen zugeordnet werden<sup>469</sup>. Die Besonderheiten des Bühnenarbeitsrechtes, so sie denn bestehen, können also durch das Fachkammerprinzip überwunden werden. Diese Besonderheiten des Bühnenarbeitsrechts sind auch aus diesem Grund keine Rechtsfertigung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG.

Es ist daher festzustellen, dass die Besonderheiten des Bühnenarbeitsrechtes nicht eine Ungleichbehandlung im Sinne des § 3 Abs. 1 GG rechtfertigen.

### e.) Die Tradition der Bühnenschiedsgerichte als ausreichender Differenzierungsgrund

Zu untersuchen ist daher weiterhin, ob die Tradition der Bühnenschiedsgerichte als ausreichender Differenzierungsgrund angesehen werden kann.

---

<sup>468</sup> VGH Mannheim, VBlBW 2010, 357; BVerwG NVwZ 1993, 675 (676)

<sup>469</sup> Lipke in: Düwel/Lipke, Komm. ArbGG, § 17, Rdn. 5, Treber, Komm. ArbGG, § 17, Rdn. 3

### **aa.) Die Tradition der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit**

Die Tradition der Seeschiedsgerichtsbarkeit soll hier nicht weiter untersucht werden, da es seit 2013 darauf nicht mehr ankommt.

Die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit stellte sich zum Zeitpunkt des Erlasses des Arbeitsgerichtsgesetzes (1953) als festgefügte und anerkannte Institution dar; sie konnte auf eine über 100-jährige Tradition zurückblicken:

*Da die Erfahrung gezeigt hat, dass über die Gültigkeit der abgeschlossenen Engagements Kontrakte sich oft schon Zweifel erhoben, Fälle derart aber leichtlich Differenzen zwischen den Direktionen herbeiführen können, in dem jede Gültigkeit ihres Kontraktes bei einem und dem selben Schauspieler in Anspruch nehmen könnte, so erscheint es dem gemeinsamen Interesse am angemessensten, um allen Prozessen und Differenzen zu begegnen, zu dem Ende ein Schiedsgericht zu organisieren<sup>470</sup>.*

Damit war das Bühnenschiedsgericht geboren, wenn auch vorerst als verbandsinterne Organisation des Deutscher Bühnenvereins (DBV) mit einer gegenüber heute völlig andersartigen Zuständigkeit.

Nachdem sich 1871 die Bühnenkünstler in der Genossenschaft Deutscher Bühnenangehöriger (GDBA) organisiert hatten, erließ 1873 der DBV eine neue Schiedsgerichtsordnung, die die Zuständigkeit der Bühnenschiedsgerichte auch auf Streitigkeiten zwischen Bühne und Künstler aus den Engagementsverträgen ausdehnte, soweit sich der Arbeitnehmer im Dienstvertrag der Schiedsklausel unterworfen hatte. Damit war das Bühnenschiedsgericht auch für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis zuständig, heute die einzige, aber bedeutende Aufgabe der Bühnenschiedsgerichte.

Dabei blieb das Bühnenschiedsgericht jedoch weiterhin eine Institution des DBV; die GDBA wurde nur in der Weise beteiligt, dass sie neben den drei von den Bühnenleitern gestellten Schiedsrichtern zwei weitere Schiedsrichter entsenden durfte. Wegen dieser ungleichen Besetzung verzichtete die GDBA 1883 auf eine weitere Teilnahme an der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit.

Der DBV behielt gleichwohl sein Schiedsgericht aufrecht und verpflichtete nun seine Mitglieder nur mit denjenigen Bühnenangestellten Verträge abzuschließen, die sich der Schiedsgerichtsklausel unterwar-

---

<sup>470</sup> zitiert bei Rehbinder Ufita 41, 291 (292)

fen und in einen Matrikel eintragen ließen. Die Immatrikulierten ent-sandten drei von ihnen gewählte Schiedsrichter in die Schiedsgerichte.

Damit war die GDBA von dem Schiedsgerichtswesen völlig ausgeschlossen. Erst ab 1905 nahm die Genossenschaft wieder daran teil, nachdem die Bühnenschiedsgerichte, nunmehr von beiden Verbänden gemeinsam getragen, paritätisch besetzt wurden. Der Friede zwischen den Verbänden währte aber nur drei Jahre; dann ruhte die Schiedsgerichtsbarkeit völlig.

Nachdem man auf der 50. ordentlichen Generalversammlung des DBV am 02.07.1917 bereits davon sprach, einen Bühnenschiedsgericht für Streitigkeiten der Vereinsbühnenleiter untereinander, also wie in der Zeit zwischen 1846 und 1873 einzurichten, wurde die Schiedsgerichtsbarkeit für arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen doch noch zwischen dem DBV und der GDBA durch Tarifvertrag von 1919 wieder neu vereinbart. Seit dieser Zeit sprechen Bühnenschiedsgerichte in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ununterbrochen Recht.

In der nationalsozialistischen Zeit wurde die tarifliche Vereinbarung durch eine vom Sondertreuhänder der Arbeit für die kulturschaffenden Berufe erlassene Tarifordnung ersetzt und die Bühnenschiedsgerichte wurden Einrichtungen der Reichstheaterkammer.

Nachdem 1945 bald wieder der DBV und die GDBA zu neuen Leben erweckt wurden dauerte es nicht lange, bis man davon sprach, die Bühnenschiedsgerichte wieder in eigener Verantwortung einzurichten. Bereits zur zweiten Tagung des Tarifausschusses des DBV und der GDBA am 12./16.05.1947 stand das Bühnenschiedsgerichtswesen auf der Tagesordnung. Am 01.10.1948 trat dann die neue Bühnenschiedsgerichtsordnung in Kraft, nachdem in Bayern aufgrund einer Vereinbarung zwischen der GDBA und dem dortigen Direktorenverband bereits am 21.04.1948 das Bezirksbühnenschiedsgericht München seine Arbeit aufgenommen hatte. Am 01.04.1951 folgte Berlin. Bezirkschiedsgerichte wurden neu in Berlin, Hamburg, Köln, Frankfurt/M. und München, nunmehr auch in Chemnitz eingerichtet; das Bühnенoberschiedsgericht hatte seinen Sitz zuerst in Frankfurt/M. und ist aufgrund des Tarifvertrages vom 24.1.1966 nach Köln verlegt worden. Seitdem ist vereinbarungsgemäß für die Aufhebungsklage gemäß § 110 ArbGG das Arbeitsgericht Köln anstelle des Arbeitsgerichts Frank-

furt/M. zuständig. Nunmehr hat das Bühnenoberschiedsgericht wiederum seinen Sitz in Frankfurt.

Nachdem das LAG Baden<sup>471</sup> in seiner Entscheidung vom 03.07.1952 die Geltung des Tarifvertrages über die Bühnenschiedsgerichte im Bereich Badens verneint hatte, vereinbarten die Parteien auf der 8. Tarifausschusssitzung durch Tarifvertrag die Bühnenschiedsgerichte auch in Rheinland-Pfalz und Süd-Württemberg/Süd-Baden ausdrücklich einzuführen. Dies geschah durch Tarifvertrag vom 12.02.1954, so dass ab diesem Tag die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit im gesamten Bereich der damaligen Bundesrepublik wieder eingeführt war.

Nach dem Inkrafttreten des Arbeitsgerichtsgesetzes von 1953, das in seinem § 101 die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit vollen Umfangs beachtet und bestätigt hat, kam es in der Zeit von 1954 bis 1956 zu einer Anzahl von Entwürfen für eine neue Bühnenschiedsgerichtsordnung, wobei auch die Möglichkeit ins Auge gefasst wurde, die Zuständigkeit der Bühnenschiedsgerichte auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen den Tarifvertragsparteien aus Tarifverträgen oder über das Bestehen oder Nichtbestehen von Tarifverträgen auszudehnen. Keiner dieser Entwürfe wurde jedoch verwirklicht, so dass – mit wenigen Ausnahmen – die mit Tarifvertrag vom 01.10.1948 vereinbarte Bühnenschiedsgerichtsordnung weiter galt. In der gesamten Zeit hatte sich die Schiedsgerichte als effiziente Streitentscheidungsinstanzen bewährt, insbesondere das Bühnenoberschiedsgericht<sup>472</sup>.

Die Schiedsgerichte konnten für sich in Anspruch nehmen, für Prägnanz und Einheitlichkeit der Bühnenarbeitsrechtsprechung gesorgt zu haben<sup>473</sup>. Zu der prägenden Bühnenrechtsprechung gehörte – wie schon erwähnt – die Befristung der Arbeitsverhältnisse („Kettenarbeitsverhältnisse“) verbunden mit der Verpflichtung zur rechtzeitigen

---

<sup>471</sup> Sa 30/52; unveröffentlicht

<sup>472</sup> dessen Vorsitzende waren: Senatspräsident und Vizepräsident des Oberverwaltungsgerichtes Dr. Lindenuau (1922–1933), Senatspräsident am Kammergericht Queck (1933–1939), Senatspräsident am Kammergericht Schwarze (1939–1945), Vizepräsident am Landesarbeitsgericht Frankfurt/M. Kauffmann, Prof. Dr. Nipperdey; Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Köln Wilhelmy, Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Sieveking; z.Zt: Vorsitzender Richter am Hessischen LAG, Dr. Peter Gegenwart

<sup>473</sup> Rehbinder, a.a.O., S. 294

Mitteilung der beabsichtigten Nichtverlängerung des Dienstverhältnisses und der Beschäftigungsanspruch.

Diese beim Erlass des Arbeitsgerichtsgesetzes von 1953 rd. 80 Jahre bestehende Bühnenschiedsgerichtsbarkeit war schließlich nach Beendigung des 2. Weltkriegs sehr schnell wieder von den Verbänden reaktiviert worden und hatte 1953 bereits wieder an die Tradition angeknüpft. Sie abzuschaffen hätte niemanden gedient, zumal es sicher nicht Aufgabe des Gesetzgebers gewesen ist, die von den mit hinreichender Sachnähe und –kunde ausgestatteten Tarifverbänden herbeigeführte Regelung wieder aufzuheben<sup>474</sup>.

### **bb.) Die bewährte Tradition der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit als Differenzierungsgrund im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG**

Zu prüfen ist daher, ob diese vorstehend geschilderten Umstände den Gesetzgeber berechtigten, die in § 101 Abs. 2 ArbGG getroffene unterschiedliche Behandlung vorzunehmen.

Hierzu ist zunächst auf Art. 141 GG zu verweisen. Nach dieser so genannten Bremer Klausel findet Art. 7 Abs. 3 GG in den Ländern keine Anwendung, in denen am 01.01.1949 eine landesrechtliche Regelung bestand, nach der Religionsunterricht kein ordentliches Lehrfach an öffentlichen Schulen war.

Diese Vorschrift zeigt, dass auch der Verfassungsgeber bestehende Regelungen toleriert und aufrechterhalten hat, auch wenn dadurch eine ungleiche Behandlung vorgenommen wurde, die nicht sachlich, sondern nur damit begründbar war, dass „der parlamentarische Rat diesen, durch die Dynamik der Verhältnisse geschaffenen faktischen Zustand“ vorfand, „dem auch rechtliche Relevanz zukommt“<sup>475</sup>.

Damit ist dem Grundgesetz selbst die Erkenntnis zu entnehmen, dass nur eine das Bestehende, in der Regel auch Bewährte, achtende, nicht aber durch sachliche Argumente begründete differenzierte Regelung keinen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, mit anderen Worten, dass eine bewährte Tradition hinreichender Differenzierungsgrund im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG ist.

---

474 vergl. BAG in AP Nr. 32 zu § 620 BGB, Bl. 2

475 BVerfGE 6, 309 (358 /359)

Dieser Auffassung hat sich das Bundesverfassungsgericht neben den bereits zitierten Ausführungen zu Art. 141 GG auch an anderer Stelle angeschlossen:

In seiner Entscheidung zu § 8 S. 2 der Notarordnung für Rheinland-Pfalz vom 03.09.1949<sup>476</sup> führt das Gericht aus, dass auch eine Aufrechterhaltung der unterschiedlichen Regelungen über die Zulassung zum Anwaltsnotar und zum Nur-Notar verfassungsrechtlich auch unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes nicht zu beanstanden gewesen ist, und dass sachlich verschiedenartige Sachverhalte zu berücksichtigen gewesen wären. „Ihre Beseitigung könnte im Hinblick darauf, dass sie historisch begründet ist, und einer eingewurzelten Tradition entspricht, nur dann ein Verstoß gegen das dem Gleichheitssatz immanente Gebot Ungleicher seiner Ungleichheit entsprechend verschieden zu behandeln, darstellen, wenn sich für die Neuregelung sachliche vertretbare Gründe nicht ausführen ließen, wenn sie also willkürlich wären.“

In dieser Entscheidung bringt also das Bundesverfassungsgericht den Hinweis auf das Gebot, Ungleicher ungleich zu behandeln klar zum Ausdruck, dass eine eingewurzelte Tradition bereits ein Ungleichheitsmerkmal im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG ist und dass eine Neuregelung verfassungsrechtlich erst zulässig wäre, wenn andere, sachlich vertretbare Gründe hierfür sprechen.

Zu beachten ist allerdings, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 141 GG und § 8 der Notarordnung Rheinland-Pfalz zu der Zeit ergingen, in der das Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 1 GG als Willkürverbot auslegte. Damit war dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Nach der neuen Rechtsprechung kommt es darauf an, dass zwischen den ungleich behandelten Gruppen Unterschiede bestehen, die die ungleiche Behandlung rechtfertigen. Hierzu hat der Gesetzgeber eine Abwägung vorzunehmen, die einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält. Dabei ist Art. 3 Abs. 1 GG auch als Freiheitsgrundrecht zu verstehen. Die gesetzgeberische Abwägung muss Gleichheits- und Freiheits-Anforderungen gleich genügen. Dies geht im Ergebnis nicht über ein Willkürverbot hinaus<sup>477</sup>.

---

<sup>476</sup> BVerfGE 16, 6 (24)

<sup>477</sup> Osterloh/Nussberger, a.a.O., Art. 3, Rdn. 13 ff

Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht noch im Jahre 2009 auf das Willkürverbot abgestellt; entscheidend für einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sei, wenn sich kein sachlicher Grund für eine Abweichung finden lässt<sup>478</sup>. Unter diesen Kriterien kann die Tradition der Bühnenschiedsgerichte als ein hinreichender Grund für die Ungleichbehandlung in § 101 Abs. 2 ArbGG angesehen werden. Die Begünstigung der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit ist aus diesem Grund nicht willkürlich, andere Berufszweige – mit Ausnahme der Seeschifffahrt – konnte eine entsprechend eingeführte Schiedsgerichtsbarkeit nicht aufweisen. Das BAG hat darauf hingewiesen<sup>479</sup>, dass der Gesetzgeber zunächst die Absicht hatte, eine allgemeine arbeitsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit zu gestatten. Es wurde dann die Schiedsgerichtsbarkeit für die Bühnen und die Seeschifffahrt gestattet, weil dort gebildete Schiedsgerichte seit Jahrzehnten arbeiteten und eine bewährte Form der Rechtsprechung entwickelt hatten<sup>480</sup>. Diese Schiedsgerichtsbarkeit sollte auch für Zukunft erhalten bleiben<sup>481</sup>.

Damit ist erwiesen, dass es für die Ungleichbehandlung in § 101 Abs. 2 ArbGG überhaupt einen Sachgrund gegeben hat. Dieser Sachgrund entspricht auch den Verhältnismäßigkeitsanforderungen. Der Sachgrund – Bewahrung einer bewährten Form einer Rechtsprechung – ist auch geeignet, die Differenzierung zu rechtfertigen und den gewünschten Zweck zu erreichen. Der der Bewertung zugrunde liegende Strengmaßstab ist reduziert, weil keine den Art. 3 Abs. 3 GG nahe personenbezogene Merkmale gegeben sind, die einer Ungleichheit entgegenstehen könnten; auch beeinträchtigt die Ungleichbehandlung keine Freiheitsrechte.

Die Gestattung dieser Schiedsgerichtsbarkeit entspricht auch dem Ziel der Freiheitsgewährung.

**Fazit:** § 101 Abs. 2 ArbGG verstößt nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Auch sind Artt. 92 und 101 GG aus den in Kapitel 3 gelegten Gründen nicht betroffen<sup>482</sup>

<sup>478</sup> BVerfGE 123, 111 = DStRE 2009, 922 (923)

<sup>479</sup> MDR 2009, 1344 (1345)

<sup>480</sup> Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht am 06.02.1952, BT-Prot. 3885, 4.53, S. 19 ff

<sup>481</sup> Ausschuss für Arbeit/BT-Drucks. 1/4372, S. 5

<sup>482</sup> ebenso: BAG NJW 1964, 268 (269)



# **Kapitel 5 Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Investitionsschiedsgerichten im Zusammenhang mit dem Comprehensive Economic and Trade Argeement (CETA) und dem Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)**

Sowohl mit CETA als auch mit TTIP beabsichtigt die Europäische Union mit Kanada und den USA Freihandelsabkommen abzuschließen. In beiden Abkommen sollten Schiedsgerichte über Klagen eines Investors gegen eine Partei der Freihandelsabkommen entscheiden.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Sachstand bezüglich CETA – bezüglich TTIP liegen noch keine bewertbaren Vertragstexte vor, CETA soll jedoch für TTIP „Blaupause“ sein – in dem Urteil vom 13.10.2016 in den Sachen 2 BvE 3/16, 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16<sup>483</sup> zusammengefasst. Ergänzend wird darauf Bezug genommen.

Danach ergibt sich im Wesentlichen folgender Inhalt des CETA-Abkommens:

In Art. 8.2 sind die Klagemöglichkeiten vereinbart. In Ziffer 8.10 – Abschnitt F sind Streitigkeiten bezüglich der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten geregelt. Art. 8.23 bestimmt u.a., dass eine Klage auf der Grundlage des ICSID-Übereinkommens und der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung oder sonstiger von den Streitparteien einvernehmlich festgelegter Regeln eingereicht werden kann. Art. 8.27 legt fest, dass der Gemischte CETA-Ausschuss fünfzehn Gerichtsmitglieder

---

483 NJW 2016, 3585= WM 2016, 2094

ernennt, davon fünf Mitglieder, die Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, fünf weitere Mitglieder, die Staatsangehöriger Canadas sind und weitere fünf Staatsangehörige aus Drittstaaten.

Zur Verhandlung eines Rechtsstreites werden innerhalb des Gerichtes Kammern gebildet, denen drei Mitglieder des Gerichtes angehören, und zwar ein Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, ein Staatsangehöriger Canadas und ein Staatsangehöriger eines Drittstaates.

Gemäß Art. 8.28 wird ein Berufungsgericht errichtet. Art. 8.31 regelt, dass das Gericht bei seiner Entscheidung das CETA-Abkommen nach den Auslegungsregeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge und anderen zwischen den Vertragsparteien geltenden völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen anzuwenden hat und die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme nicht nach dem Recht einer Vertragspartei beurteilt werden darf.

Art. 8.6 bestimmt, dass das Abkommen nicht dahin auszulegen ist, dass es andere Rechte oder Pflichten begründet als die zwischen den Vertragsparteien nach dem Völkerrecht geschaffenen Rechte oder Pflichten, noch dass es in den internen Rechtsordnungen der Vertragsparteien unmittelbar geltend gemacht werden kann. Keine Vertragspartei darf in ihrem internen Recht ein Klagrecht gegen die andere Vertragspartei vorsehen, dass sich darauf gründet, dass eine Maßnahme einer anderen Vertragspartei mit diesem Abkommen nicht vereinbar ist.

## I.) Ablehnende Stimmen

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Investitionsschiedsgerichten wird zum Teil verneint.

Die Mehrzahl der Stimmen, die eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Investitionsschiedsgerichte verneinen, findet sich allerdings nicht in der Fach-, sondern in der Tagespresse.

- 1) Prantel<sup>484</sup> meint unter der Überschrift: „*Die so genannten Schiedsgerichte demonstrieren den Rechts- und Verfassungsstaat.*“, dass Staaten, die sich auf solches einließen, ihre Souveränität aufgäben. Apodiktisch behauptet er, diese Schiedsgerichte verstößen gegen das Grundgesetz und den AEUV und würden das deutsche und das europäische Verfassungsrecht aushebeln. Eine normenbezogene Begründung für derartige Behauptungen erspart er sich. Ein Argument bezeichnet er als *unschlagbar*: Bei der Haftung, die den Staaten durch den Investitionsschutz auferlegt wird, handelt es sich um Staatshaftung, die weder im Grundgesetz noch im AEUV vorgesehen sei. Auch diese erstaunliche Aussage wird nicht belegt.
- 2) Auch Fischer-Lescano<sup>485</sup> behauptet apodiktisch, die Investitionschiedsgerichte würden wichtige Vorgaben des Grundgesetzes und des Unionsrechts missachten. Sie seien mit dem richterlichen Rechtsprechungsmonopol des Grundgesetzes nicht vereinbar.
- 3) Broß<sup>486</sup> vertritt die Meinung, dass die Vereinbarung derartiger Schiedsgerichte den Verlust staatlicher Souveränität und Selbstachtung bedeute. Diese Schiedsgerichte seien autonom gegenüber der Rechts- und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Auch Broß bleibt in seiner Kritik apodiktisch. Eine konkrete Auseinandersetzung mit geltendem Recht fehlt auch bei ihm. Vielmehr meint er ohne Anhaltspunkte, dass i.d.R. Anwälte Schiedsrichter sein werden, die nach dem Motto urteilen: „*Des Brot ich essen, des Lied ich singe.*“
- 4) In einem Gutachten für den BUND haben sich des Weiteren Groh/Khan gegen eine Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ausgesprochen. Sie erheben *durchgreifende rechts- und verfassungsstaatliche Bedenken*. Die deutsche Justiz müsse das letzte Wort haben<sup>487</sup>. In dem Gutachten gehen die Verfasser davon aus, dass Schiedsgerichte nicht grundsätzlich gegen das „Justizmonopol“ des Art. 92. GG verstößen; sie verweisen jedoch auf die „Kernbereichsrechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts (unter Hinweis auf BVerfGE 22, 49/79; 27, 18/28; 45, 272/289; 64, 261, 278; 103, 111/136.) Zu die-

<sup>484</sup> Süddeutsche Zeitung vom 19.04.2015

<sup>485</sup> Die Zeit vom 13.11.2014

<sup>486</sup> Report Nr. 4 der Hans Böckler-Stiftung

<sup>487</sup> Pressemitteilung BUND vom 06.05.2015 TTIP Groh/Khan

sem Kernbereich gehören alle Angelegenheiten, für die das Grundgesetz spezieller Rechtsgarantien oder Richtervorbehalte vorsehe. Dazu gehören Artt. 19 Abs. 4, 14 Abs. 3 S. 4 und 34, S. 3 GG. Aber auch Groh/Khan anerkennen, dass die Rechtschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG subjektiv geprägt und damit verzichtbar sei. Die Rechtschutzgarantie habe den Zweck, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sicherzustellen, enthalte aber keine Verpflichtung des Staates, sein Handeln durch staatliche Gerichte überprüfen zu lassen.

Danach sei die Einrichtung letztentscheidender Schiedsgerichte auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zulässig. Allerdings gehe eine Auffassung davon aus, dass die „Flucht“ in die Schiedsgerichtsbarkeit wegen der Gemeinwohlsicherung zu begrenzen sei. Die zivilrechtlichen Standards seien gemäß § 173 VwGO in die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zu importieren. Damit solle eine Überwachung durch den Staat in Bezug auf Missbrauch erreicht werden (§§ 1059, 1061 ZPO). Insoweit wird auf den ordre public-Vorbehalt des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO verwiesen. Aufgrund Art. 19 Abs. 4 GG und dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch ist es zwingend, dass die Schiedsverfahrenordnungen eine letztentscheidende Kontrolle durch staatliche Gerichte vorsehen. Im öffentlich-rechtlichen Bereich reicht nach Groh et al diese Kontrolle durch ein staatliches Gericht nicht aus. Die rechtsstaatliche Verantwortung des Staates gehe weiter als § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO, der nur eine Minimalkontrolle darstelle.

Das Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit im öffentlich-rechtlichen Bereich ergebe sich aus Artt. 14 Abs. 3 S. 4 und 34 S. 2 GG. Groh et al verweisen in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes in NJW 1990, 1926 (1929), wonach der von Verfassungs wegen vorgesehene Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nicht zur Disposition der Beteiligten stehe.

Daher beziehe sich der zwingende Charakter der Rechtschutzgarantie in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten auch auf den Sekundärrechtschutz.

Schließlich kommen Groh et al zu dem Ergebnis, dass in Fällen des Artt. 14 Abs. 3 S. 4 und 34 S. 2 GG ein innerstaatliches Gericht des letzte Wort haben müsse, denn die dort niedergelegte Rechtsschutzgarantie sei nicht verzichtbar, da sie ein Ausfluss des Rechtstaatsprinzip sei. Deutsche Amtsträger und Abgeordnete des Bundestages dürfen so-

mit an der Schaffung einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nicht mitwirken; soweit dies auf europäischer Ebene erfolge, sei auch Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG verletzt.

## II.) Investment Court System

Die öffentliche Kritik an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hatte zur Folge, dass die EU-Kommission ein Investment Court System vorgeschlagen hat, d.h. öffentliche Gerichte mit mehreren Instanzen, die mit öffentlich berufenen Richtern besetzt werden. Der Gerichtshof soll bilateral zwischen den USA und der EU eingerichtet werden. Auch wurde geplant, im Rahmen des CETA-Vertrages Schiedsgerichte durch einen öffentlichen Gerichtshof zu ersetzen. Eine derartige Gerichtsbarkeit ist nunmehr auch Inhalt des vorliegenden CETA-Abkommens.

Einem derartigen Investitionsschiedsgerichtshof stehen hingegen verfassungsrechtliche Bedenken entgegen.

Mit einem solchen Gerichtshof würde neben der bestehenden Gerichtsbarkeit ein weiteres Gericht konstituiert werden.

Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG verbietet Ausnahmegerichte. Dabei handelt es sich um Gerichte, die in Abweichung von der gesetzlichen Zuständigkeit besonders gebildet und zur Entscheidung einzelner konkreter oder individuell bestimmter Fälle berufen sind. Sind diese Gerichte aber abstrakt und generell zur Entscheidung berufen, handelt es sich nicht um ein Ausnahme-, sondern um ein Sondergericht i.S.d. Art. 101 Abs. 2 GG<sup>488</sup>. Sondergerichte können durch Gesetz errichtet werden. Insoweit bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen einen Investitionsgerichtshof.

Art. 92 S. 2 GG bestimmt, dass die rechtsprechende Gewalt durch die im Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt wird. Dies erfordert nicht, dass die Gerichte in Form einer unmittelbaren staatlichen Einrichtung geschaffen werden. Erforderlich ist dafür, dass die Errichtung auf einem Gesetz

---

488 BVerfG NJW 1960, 187 m.w.N.; Degenhart in: Sachs, Komm. GG, Art. 101, Rdn.

beruht<sup>489</sup>. Weiterhin müssen die Gerichte von Verwaltungsbehörden hinreichend getrennt sein<sup>490</sup>. Des Weiteren muss auch in personelle Hinsicht eine Bindung an den Staat gewährleistet sein, was erfordert, dass der Staat bei der Berufung der Richter mindestens in Form der Bestätigung mitwirkt, wobei sich der Gesetzesvorbehalt des Art. 101 Abs. 2 GG auch auf die Regelung der Auswahl und Ernennung der Richter erstreckt<sup>491</sup>.

Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht ärztliche Berufsgerichte<sup>492</sup> und die Ehrengerichtsbarkeit für Rechtsanwälte<sup>493</sup> als verfassungsrechtlich zulässig bezeichnet.

Hinsichtlich des EuGH wurde § 1 RiWG in einem Absatz 3 dahin ergänzt, dass die gemäß Art. 253 AEUV von der Bundesregierung zur Ernennung von Richtern und Generalanwälten vorgeschlagenen Persönlichkeiten und die nach Art. 254 AEUV zu Mitgliedern des Gerichtes vorzuschlagenden Persönlichkeiten im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuss benannt werden.

Für den in § 1 Abs. 3 RiWG geregelten Fall bestimmen die Landesjustizminister die Mitglieder kraft Amtes des Richterwahlausschusses (§ 3 Abs. 3 RiWG). Die Mitglieder kraft Wahl werden vom Bundestag nach den Regeln der Verhältniswahl berufen (§ 5 RiWG). Die Länderkompetenzen bei der Mitwirkung beruhen auf Art. 30 GG.

Damit ist der staatliche Einfluss bezüglich des EuGH gesichert und somit verstößt die Existenz des EuGH nicht gegen Artt. 92 und 101 GG.

Die europäischen Gerichte sind zudem nur für eine enumerative Anzahl von Rechtsstreitigkeiten zuständig: für Nichtigkeits- (Art. 263 AEUV), Untätigkeits- (Art. 265 AEUV) und Schadenersatzklagen bei Amtshaftung der Union (Art. 268 AEUV) und für beamtenrechtliche Streitigkeiten.

Hinsichtlich des Investmentcourtsystems ist dies nach dem vorliegenden Vertragstext nicht der Fall. Insoweit wird vielmehr in Abschnitt F (Art. 8.18–8.23) auf die ICSID-Rules und die UNCITRAL-

---

<sup>489</sup> BVerfG NJW 1962, 343(345)

<sup>490</sup> BVerfG; NJW 1965, 343 (344)

<sup>491</sup> BVerfG NJW 1965, 343 (345)

<sup>492</sup> BVerfG NJW 1965, 343; BVerfGE 22, 42

<sup>493</sup> BVerfG NJW 1969, 2192/2193

Schiedsordnung verwiesen, so dass jede Partei einen Richter berufen kann. Diese Richter bestimmen den dritten Richter; erfolgt dies nicht, bestimmt der ICSID den dritten Richter. Auch nach Art. 11 der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung bestimmen die Parteien die Richter. Gleiches gilt nach Art. 19 für die Verfahrensregeln und die Sprache des Verfahrens.

Damit stellt der Investmentcourt kein staatliches Gericht dar; es handelt sich vielmehr um eine Schiedsgerichtsvereinbarung. Es wird also neben den staatlichen Gerichten gemäß Artt. 95, 96 GG kein weiteres staatliches Gericht konstituiert, was verfassungswidrig wäre, weil die Bundesgerichte durch Artt. 95, 96 GG abschließend definiert sind<sup>494</sup>.

Sondergerichte können daher nur durch die Länder errichtet werden, die keine entsprechenden Verträge im internationalen Bereich schließen können, da die völkerrechtliche Vertretung der Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 59 Abs. 1 GG dem Bundespräsidenten vorbehalten ist.

### **III.) Stellungnahme zu den ablehnenden Meinungen**

- 1) Zu den Ausführungen von Prantel kann nicht Stellung genommen werden, da sie eine Aneinanderreihung apodiktischer Behauptungen ohne Begründung sind.

Die Ausführungen von Fischer-Lascano berücksichtigen nicht, dass – wie dargelegt – Art. 92 GG keine Schiedsgerichte ausschließt. Mit dieser herrschenden Meinung setzt sich Fischer-Lescano nicht auseinander. Seine Ausführungen können daher ebenfalls dahingestellt bleiben.

Den Ausführungen von Groh/Khan kann nur insoweit zugesimmt werden, als nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der ordentliche Rechtsweg bei Art. 14 Abs. 3 GG nicht zur Disposition der Beteiligten steht. Es muss aber um einen Ausgleichsanspruch nach dieser Vorschrift gehen. Unterfällt der Anspruch – wie z.B. derjenige gemäß § 74 Abs. 2 S. 3 VwVfG – dem

---

494 BVerfGE 10, 200 (213); BVerfG NJW 1969, 2192m.w.N.; Detterbeck in Sachs: Komm. GG, Art. 95, Rdn. 3

Art. 14 Abs. 1 GG<sup>495</sup>, gilt dies nicht. Im Falle des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sind vertragliche Regelungen unbedenklich<sup>496</sup>. Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist nach dieser Meinung nur auf Entschädigungsrechtsstreite bei Enteignungen beschränkt. Soweit Groh/Kahn die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG für unverzichtbar halten, ist dies – wie noch zu zeigen sein wird – unzutreffend.

## 1.) Die Transparenz der Investitionsschiedsgerichte

Verschiedentlich wird bemängelt, dass nach den Regeln der ICSID-Convention durchgeführte Verfahren, wie auch der nunmehr in CETA vorgesehene Investitionsschiedsgerichtshof, eine nicht transparente Schattenjustiz darstelle und das Risiko berge, dass mächtige Unternehmen in die politische Gestaltungsfreiheit der Vertragsstaaten eingreifen können.

Gegen die (angeblich) fehlende Transparenz steht die Tatsache, dass die Verfahren unter [weltbank.org](http://weltbank.org) veröffentlicht werden. Bei Zustimmung der Parteien werden die Schiedssprüche auch unter Namensnennung publiziert. Außerdem wird bei CETA auf die UNCITRAL-Arbitration-Rules Bezug genommen, die in der seit 2013 geltenden Fassung auch die UNCITRAL-Rules on Transparency for Treaty-based Investor-State Arbitration inkorporieren.

Diese enthalten eine weitgehende Transparenz. Nach Art. 2 der Rules on Transparency müssen die Parteien ein begonnenes Schiedsverfahren der UNCITRAL melden. Nach Art. 3 müssen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden: u.a. die Klage, die Klagerwiderung, etwaige weitere Schriftsätze, eine Liste der Anlagen zu den genannten Dokumenten und zu den Sachverständigengutachten und zu den Zeugenaussagen. Des Weiteren müssen sämtliche Sachverständigengutachten und Zeugenaussagen, sowie Verfügungen, Beschlüsse und Schiedssprüche des Schiedsgerichtes öffentlich gemacht werden, und zwar auf Anforderung jeder Person. Außerdem kann jede Person, die

---

<sup>495</sup> vergl. zur Abgrenzung BVerwGE 77, 295 = NJW 1987, 2884 (2885)

<sup>496</sup> BVerwGE 84, 250 = NJW 1990, 2572 (2575)

nicht Prozesspartei ist, zum Streitgegenstand eine schriftliche Eingabe beim Schiedsgericht einreichen. Das Schiedsgericht soll Eingaben von dritten Personen, die nicht Prozessparteien sind, erlauben.

Nach Art. 6 der Transparenzregeln sind mündliche Verhandlungen öffentlich, während nach Art. 28 der Arbitral-Rules mündliche Verhandlungen (hearings) *in camera* abgehalten werden. Art. 7 sieht Ausnahmen von der Transparenz für vertrauliche und geschützte Informationen vor. Auch sind Informationen nicht öffentlich zu machen, wenn dies die Integrität des schiedsrichterlichen Verfahrens gefährden könnte.

Art. 8 bestimmt, dass veröffentlichte Informationen bei UNCITRAL aufbewahrt werden.

Damit geht die Transparenz weiter als nach aktuellem deutschem Recht. Nach z.B. § 3 Abs. 1 UIG hat jede Partei freien Zugang zu Umweltinformationen, ohne ein rechtliches Interesse darlegen zu müssen. Dieses Recht ist jedoch gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UIG eingeschränkt. Danach sind die Belange der Bundesrepublik Deutschland sowie das Vertrauensverhältnis zu anderen Völkerrechtssubjekten geschützt<sup>497</sup>. Dies entspricht der Umweltinformationsrichtlinie 2003/4/EG. Die deutschen nationalen Vorschriften in diesem Zusammenhang sind mit europäischem Recht vereinbar<sup>498</sup>. Des Weiteren sind nach deutschem Recht Informationen in einem laufenden Gerichtsverfahren – auch Schiedsgerichtsverfahren – ausgeschlossen<sup>499</sup>.

Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes gibt nur einen Anspruch auf Verschaffung von Informationen, über die die Behörde verfügt, keinen Anspruch auf Informationsbeschaffung<sup>500</sup>.

Die Transparenz in einem Gerichtsverfahren nach UNCITRAL-Rules ist mithin weitergehender als diejenigen nach dem augenblicklichen deutschen Recht. Auch der Vorwurf der fehlenden Transparenz ist – auch gegenüber dem nun verabredeten Investitionsgericht – nicht gerechtfertigt.

---

<sup>497</sup> BVerwG NVwZ 2016, 1566 (1568); OVG Berlin/Brandenburg ZUR 2016, 173

<sup>498</sup> BVerwG NVwZ 2016, 1566 (1568)

<sup>499</sup> VG Berlin, Urteil vom 03.11.2016, 2 K 434.15

<sup>500</sup> BVerfG NVwZ 2016, 50 (51)

## 2.) Souveränitätsverlust durch Schiedsgerichte

Soweit befürchtet wird, dass die Schiedsgerichtsbarkeit einen Souveränitätsverlust bedeutet, ist zu beachten, dass die Schiedsgerichtsbarkeit die staatliche Gerichtsbarkeit ersetzt; auch ohne Schiedsgerichtsbarkeit kann aufgrund des Rechtsstaates in die politische Gestaltungsfreiheit der Vertragsstaaten eingegriffen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat die Macht, Akte des Parlaments, das das Volk repräsentiert, von dem die Staatsgewalt ausgeht, für nichtig zu erklären. Der Rechtsstaat nach Art. 20 Abs. 3 GG begrenzt die demokratisch legitimierte Entscheidungsmacht<sup>501</sup>. Demokratie und Rechtsstaat haben unterschiedliche Zielrichtungen. Demokratie beantwortet die Frage nach dem Träger und Inhaber, nicht nach dem Inhalt der staatlichen Herrschaftsgewalt. Der Rechtsstaat hingegen beantwortet die Frage nach Inhalt, Umfang und Verfahrensweise der staatlichen Tätigkeit<sup>502</sup>. Demokratie als vom Volk ausgeübte Staatsgewalt und Rechtsstaat sind nicht untrennbar miteinander verbunden. Ein Rechtsstaat kann auch in einer Monarchie existieren. Soweit Art. 20 GG Demokratie und Rechtsstaat vorgibt, kommt darin das Prinzip der Gewaltenteilung zum Ausdruck, die die vom Volke ausgehende Herrschaftsgewalt relativiert<sup>503</sup>. Das darin liegende Prinzip des „Check and Balances“ ist in Art. 20 GG ausdrücklich angeordnet. Die Relativierung der Herrschaftsgewalt durch Justiz ist also aufgrund der Verfassung eine Grundlage des demokratischen Rechtsstaates. Die Gewaltenteilung ist ein tragendes Organisationsprinzip des Grundgesetzes<sup>504</sup>. Innerhalb des Gewaltenteilungsprinzips nimmt die Rechtsprechung eine herausgehobene Stellung ein. Aufgrund der Konstituierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit kann die Justiz Einfluss auf die Entscheidung des Parlaments nehmen. Im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit findet das Gleiche auch in Bezug auf die Executive statt. Hingegen haben Legislative und Executive keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Judikative. Die dritte Gewalt hat eine Kontrollfunktion gegenüber den beiden anderen Gewalten. Es besteht eine Gewaltenteilung zwischen der

---

<sup>501</sup> Böckenförde, HStR II, S. 489

<sup>502</sup> Böckenförde, a.a.O., S. 485

<sup>503</sup> Böckenförde, a.a.O., S. 487; Vosskuhle, Rechtsschutz, S. 38

<sup>504</sup> Vosskuhle a.a.O., S. 39 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG

Legislative und der Executive einerseits und der Judikative andererseits<sup>505</sup>. Grundlage dieser beherrschenden Stellung der Rechtsprechung ist das Unabhängigkeitspostulat zugunsten der Judikative<sup>506</sup>. Sie ist nur unter Berücksichtigung der Gesetzes- und Grundrechtsbindung der Judikative (Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 97 GG) vertretbar<sup>507</sup>. In diesem Rahmen ist die Souveränität des Staates, d.h. die rechtliche Selbstbestimmung und das Fehlen von Fremdbestimmung<sup>508</sup>, in Bezug auf die staatliche Gerichtsbarkeit eingeschränkt. Der Unterschied zu einer Schiedsgerichtsbarkeit besteht darin, dass der Einfluss auf die Legislative und Executive nicht durch eine staatliche Gerichtsbarkeit, sondern durch Privatgerichte erfolgt. Dies stellt aber gegenüber der Verfassungslage per se keinen Souveränitätsverlust dar. Auch Schiedsgerichte unterliegen der Grundrechts- und Gesetzesbindung. Diese Bindung ergibt sich nicht aus Art. 97 GG. Die Artt. 92 ff GG betreffen nur staatliche Gerichte<sup>509</sup>. Art. 20 Abs. 3 GG, der bestimmt, dass die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist, ergibt ebenfalls keine Gesetzesbindung der Schiedsgerichte, auch wenn man der Rechtsprechung des BGH beipflichtet, dass Schiedsgerichte Rechtsprechung ausüben. Art. 20 GG ist nur auf den staatlichen Bereich anwendbar<sup>510</sup>. Damit ist nur der staatliche Bereich des Grundgesetzes gemeint und enthält keine Verpflichtung bezüglich der CETA-Vertragsstaaten Kanada und EU. Dies ist aus Art. 20 Abs. 1 GG herzuleiten, nach dem die Bundesrepublik ein demokratischer und sozialer Bundesstaat ist. Diese Aussage und die nachfolgenden Grundsätze –

---

<sup>505</sup> Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 236

<sup>506</sup> Vosskuhle, a.a.O., S. 51

<sup>507</sup> Vosskuhle, a.a.O., S. 54

<sup>508</sup> Die Souveränität ist mit 5 Vorstellungen verbunden. 1. Die Unabhängigkeit des Staates von anderen Staaten. 2. Das Recht des Staates seine Aufgaben nach jeweils eigener Entscheidung zu bestimmen. 3. Das Recht des Staates, die zur Erfüllung seiner Aufgaben und zur Erreichung seiner Ziele erforderlich scheinenden Machtmittel unbeschränkt einzusetzen. 4. Die Vorstellung, dass es sich bei der Staatsgewalt um eine höchste, nicht von einer anderen irdischen Gewalt abgeleitete oder auch nur abhängige irdische Gewalt handelt. 5. Die Vorstellung, dass die gesamte im Staat vorhandene Macht zumindest im Krisenfall in einer einzigen Hand, nämlich in der Hand des Souveräns liegen müsse – Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 87 (88)

<sup>509</sup> Detterbeck in Sachs, Komm. GG, Art. 92, Rdn. 28

<sup>510</sup> Sachs in Sachs, Komm. GG, Art. 20, Rdn. 5

Demokratie, Rechtstaat – und die Grundsätze in Abs. 1 – Republik, Sozialstaat, Bundesstaat – korrespondieren mit einer Reihe von Grundrechten, die demokratische Mitwirkung und soziale Teilhabe garantieren.

Auch für das Rechtsstaatsprinzip finden sich diverse Konkretisierungen im Grundgesetz: Art. 1 Abs. 1 und 3, Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 2, Art. 34, Art. 80<sup>511</sup>.

Dies zeigt, dass Art. 20 GG, der durch Art. 79 Abs. 3 GG eine besondere Sicherung erfährt, die Grundsätze beschreibt, auf denen die Bundesrepublik Deutschland beruht, Art. 20 ist damit auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt zu verstehen.

Der Befehl, dass Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist, gilt daher nicht für Schiedsgerichte mit ausländischer Beteiligung, die aus Privatpersonen gebildet werden. Art. 20 GG richtet sich an die staatliche Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland.

Ist eine Gesetzesbindung der CETA-Schiedsgerichte nicht aus dem Grundgesetz herzuleiten, ist zu untersuchen, ob sie sich anderweitig herleiten lässt. Hierzu ist Art. 8.31 Abs. 1 des Vertrages zu beachten, der bestimmt, dass auch durch das Abkommen errichtete Gerichte bei einer Entscheidung u.a. dieses Abkommen anzuwenden haben. Es verweist in Art. 8.23 auf das ICSID-Abkommen und auf die ICSID-Schiedsordnung, sowie auf die UNCITRAL Schiedsgerichtsordnung. Gemäß Art. 42 der ICSID-Schiedsordnung haben Entscheidungen in Übereinstimmung mit Regeln und Gesetzen, auf die sich die Parteien geeinigt haben, zu ergehen. Gleichermaßen bestimmt Art. 35 der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung. Dort ist ergänzend vorgeschrieben, dass bei fehlender Parteibestimmung das zuständige, geeignete (appropriate) Gesetz anzuwenden ist. Das CETA-Abkommen verpflichtet mithin das Schiedsgericht, seine Entscheidungen auf Gesetze zu stützen; die Gesetzesbindung ergibt sich danach aus dem Abkommen selbst. Des Weiteren ergibt sich die Gesetzesbindung aus § 1051 ZPO, soweit die §§ 1025 ff ZPO Anwendung finden.

Die Schiedsgerichte sind in ihrer Funktion überdies durch die staatlichen Gerichte überprüfbar (§ 1059 ZPO). Auch besteht aufgrund des § 1034 ZPO die Möglichkeit der Einflussnahme staatlicher

---

<sup>511</sup> Sachs in Sachs, Komm. GG, Art. 20, Rdn. 77

Gerichte auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes, es sei denn, die ICSID-Convention findet Anwendung, die ihre eigene „Revisions“- Möglichkeit beinhaltet. Aber auch in der staatlichen Justiz sind die Rechtsmittelmöglichkeiten eingeschränkt.

Entscheidend sind letztlich die Unabhängigkeit der Schiedsrichter und die Gesetzesbindung der Schiedsgerichte. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, was man nicht unbewiesen als nicht gegeben voraussetzen kann, haben Schiedsgerichte den gleichen Einfluss auf die staatliche Souveränität wie staatliche Gerichte. Deren Einflussmöglichkeiten sind aber durch das Grundgesetz in Art. 20 GG vorgegeben, in dem die Bundesrepublik Deutschland als demokratischer Rechtsstaat definiert wird. Mit den Investitionsschiedsgerichten ist mithin kein Souveränitätsverlust verbunden, der seine Ursache darin hat, dass Rechtsstreite durch Schiedsgerichte und nicht durch staatliche Gerichte entschieden werden. Die 5 Souveränitätskriterien werden durch die Schiedsgerichte ersichtlich nicht betroffen.

Fazit: Auch die Souveränität und die Transparenz stellen keine Gesichtspunkte dar, die einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit entgegenstehen könnten.

Dass Art. 92 GG nicht der Übertragung der rechtsprechenden Gewalt auf Schiedsgerichte entgegensteht, wurde bereits ausgeführt<sup>512</sup>. Art. 92 GG ist Ausfluss des Gewaltenteilungsgrundsatzes<sup>513</sup>, der verhindert, dass rechtsprechende Gewalt auf die Legislative oder die Executive übertragen wird, einer Schiedsgerichtsbarkeit aber nicht entgegensteht.

### 3.) Pflicht des Bundes zur Förderung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Mit wissenschaftlicher Begründung ist Prütting<sup>514</sup> den zitierten Auffassungen, die eine Zulässigkeit der Investitionsschiedsgerichte vernei-

---

<sup>512</sup> S. 56 ff

<sup>513</sup> Vosskuhle a.a.O., S. 65 ff

<sup>514</sup> Anwaltsblatt 7/2015, S. 546

nen und die auch im Widerspruch zur Rechtsprechung stehen<sup>515</sup>. entgegengetreten.

Prütting<sup>516</sup> weist zutreffend darauf hin, dass Art. 92 GG nicht tangiert sei, weil dadurch ausschließlich die staatliche Rechtsprechung determiniert sei. Der Parlamentarische Rat habe die seit langem bekannte Schiedsgerichtsbarkeit ohne nähere Diskussion neben Art. 92 GG hingenommen. Auch hinsichtlich internationaler Schiedsgerichte ist dem Grundgesetz Zustimmung zu entnehmen.

Gemäß Art. 24 Abs. 3 GG wird der Bund zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten verpflichtet, Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit beizutreten. Prütting<sup>517</sup> merkt dazu an, dass diese Vorschrift sich zunächst auf zwischenstaatliche Streitigkeiten bezieht.

Dies ist nach dem Wortlaut zutreffend. Art. 24 Abs. 3 GG beinhaltet aber das Gebot der friedlichen Streiterledigung und ergänzt völkerrechtlich das Gewaltverbot. Diese Vorschrift steht in Wechselwirkung mit Art. 26 GG und Art. 24 Abs. 2 GG. Der Begriff der internationalen Gerichtsbarkeit kann trotz des Wortlautes zwischenstaatlich auch auf internationale Organisationen ausgedehnt werden. Konsequenz dieser Vorschrift ist, dass der Bund eine internationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht behindern darf, sondern im Rahmen seines Ermessens zu fördern hat<sup>518</sup>.

#### **IV.) Der Justizgewährungsanspruch in Zusammenhang mit den Investitionsschiedsgerichten**

Hinsichtlich des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs und desjenigen nach Art. 19 Abs. 4 bedarf es einer differenzierenden Untersuchung, je nachdem, ob der Kläger eine deutsche Person gegen die USA bzw. Kanada oder eine in der USA bzw. Kanada ansässige Person gegen die Bundesrepublik Deutschland ist. Wie dargelegt bedarf es für Schiedsgerichte einer auf Privatautonomie beruhenden Vereinbarung,

---

<sup>515</sup> OLG Frankfurt IPrax 2013, 83(84): auch im Einklang mit Art. 18 AEUV

<sup>516</sup> a.a.O., S. 549

<sup>517</sup> a.a.O., Anwaltsblatt, S. 550

<sup>518</sup> Streinz in: Sachs, Kommentar GG, Art. 24, Rdn. 77 ff

weil die Parteien dadurch wirksam auf den Justizgewährungsanspruch verzichten.

Dies ist aber nur von Bedeutung, wenn den Beteiligten ein Justizgewährungsanspruch zusteht.

- 1) Bei einer Klage einer US-amerikanischen bzw. kanadischen Person gegen die Bundesrepublik Deutschland wird in der Regel ein Fall des Art. 19 Abs. 4 GG gegeben sein, so dass die Garantie des Rechtswegs gegen öffentliche Gewalt grundsätzlich eingreift. Hierbei handelt es sich um ein Jedermann-Grundrecht<sup>519</sup>. Grundrechte gelten gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch für inländische juristische Personen. Darüber hinaus scheidet eine Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG aus<sup>520</sup>. Art. 19 Abs. 4 GG gewährt ausländischen juristischen Personen und auch ausländischen Staaten keinen Justizgewährungsanspruch.

Bei einer Klage einer US-amerikanischen bzw. kanadischen juristischen Person gegen die Bundesrepublik Deutschland besteht für keinen der Beteiligten ein Justizgewährungsanspruch, auch nicht für die beklagte Bundesrepublik Deutschland; Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, der sich demzufolge auf kein Grundrecht berufen kann.

Mangels eines Justizgewährungsanspruchs in einer derartigen Fallkonstellation bedarf es keines wirksamen Verzichts auf diesen durch eine auf Privatautonomie beruhende Willenserklärung.

Dies gilt auch für den allgemeinen Justizgewährungsanspruchs, der mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG inhaltsgleich ist<sup>521</sup>.

- 2) Bei einer Klage eines deutschen Unternehmens gegen die USA bzw. Kanada steht auch dem Kläger, auch wenn es sich um eine juristische Person handelt, gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ein Justizgewährungsanspruch zu. Dieser bezieht sich jedoch nur auf den Rechtsweg gegen öffentliche Gewalt, was sich jedoch nur auf deutsche öf-

---

<sup>519</sup> Sachs in: Sachs, Komm. GG, Art. 19, Rdn. 113

<sup>520</sup> BVerfG NJW 2011, 3428 (3429)

<sup>521</sup> BVerfG, NVwZ 2007, 1176 (1177)

fentliche Gewalt beschränkt<sup>522</sup>. Gegenüber Akten von US-amerikanischen Behörden etc. besteht mithin kein Justizgewährungsanspruch, auf den sich auch US-amerikanische Behörden nicht berufen können.

Folglich ist auch insoweit kein Justizgewährungsanspruch gegeben, auf den durch eine privat autonome Willenserklärung verzichtet werden müsste.

Im Ergebnis steht auch ein Justizgewährungsanspruch einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit mithin nicht entgegen.

## V.) Die europarechtliche Zulässigkeit der Investitionsschiedsgerichte, Vereinbarkeit mit Art. 23 GG

Eine Verfassungswidrigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit könnte sich ergeben, wenn diese Schiedsgerichtsbarkeit gegen europäisches Recht verstößt, bzw. dieses einschränkt.

- 1) In seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag<sup>523</sup> führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass das Grundgesetz den Willen betont, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen. Dies werde in der Ermächtigung zur Integration in die europäische Union (Art. 23 Abs. 1 GG) konkretisiert. Das Grundgesetz wolle die Mitwirkung Deutschlands an internationalen Organisationen und ein organisiertes Miteinander in Europa<sup>524</sup>. Des Weiteren enthalte Art. 23 Abs. 1 GG eine Staatszielbestimmung zur Einigung Europas und einen bindenden Auftrag zur Mitwirkung Deutschlands an der Entwicklung der europäischen Union<sup>525</sup>. Würde eine Investitionsschiedsgerichtsbarkeit mit europäischem Recht konfligieren, könnte darin ein Verstoß gegen Art. 23 Abs. 1 GG gesehen werden.

---

<sup>522</sup> BVerfGE 58, 1 (26 ff); 59, 63 (85 ff); BVerfG NJW 1983, 2757 (2761); Sachs in: Sachs, Komm. GG, Art. 19, Rdn. 115

<sup>523</sup> BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267 (2270)

<sup>524</sup> BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267 (2270)

<sup>525</sup> Scholz in: Maunz-Dürig, Art. 23, Rdn. 5

## VI.) Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Lichte des europäischen Rechts

Die europarechtliche Zulässigkeit der Investitionsschiedsgerichte wird teilweise bezweifelt.

Ein Investor-Staat-Schiedsverfahren muss mit dem sonstigen europäischen Primärrecht vereinbar sein (Art. 218 Abs. 11 AEUV). Dabei könnte sich zunächst ein Widerspruch zu der ausschließlichen Zuständigkeit des EuGH (Art. 344 AEUV) ergeben, dem gemäß Art. 19 Abs. 3 EUV die Kompetenz übertragen wurde, Auslegung und Anwendung der Verträge gerichtlich zu beurteilen. Diese Aufgabe nimmt der EuGH aufgrund der Ermächtigung gemäß Art. 13 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 256 ff AEUV wahr. Diese Zuständigkeit ist gegenüber den Mitgliedsstaaten eine ausschließliche. Damit soll der EuGH die Einheitlichkeit des Unionsrechtes gewährleisten.

Die Autonomie der Unionsrechtsordnung könnte verletzt sein bei einer Verfälschung der Zuständigkeit der Union bzw. ihrer Organe. Insofern könnten sich Probleme dadurch ergeben, dass die Schiedsgerichte den EuGH keine Rechtsfrage gemäß Art. 267 AEUV vorlegen können und dürfen.

Solches wäre nur in einem Vollstreckungsverfahren möglich, wenn ein Schiedsspruch in einem Mitgliedsstaat vollstreckt werden soll. Würde sich dabei ein Verstoß gegen europäisches Recht ergeben, müsste das Gericht des Mitgliedsstaats den Schiedsspruch aufheben und darf ihn nicht für vollstreckbar erklären<sup>526</sup>. Dies gilt aber nicht, wenn das Schiedsgerichtsverfahren nach der ICSID-Convention durchgeführt wird. Dann wäre ein Schiedsspruch ohne weitere Prüfung für vollstreckbar zu erklären. Bei Anwendung der ICSID-Conventionen sind Schiedssprüche auch dann gegen einen Mitgliedsstaats bindend, wenn sie gegen europäisches Recht verstößen.

Weiterhin bindend sind Schiedssprüche, wenn – unabhängig von der ICSID-Convention – das Schiedsverfahren außerhalb eines EU-Mitgliedsstaats durchgeführt und dort vollstreckt wird.

---

<sup>526</sup> EuGH C 126/97, Eco-Swiss vs. Beneton, Slg. 1999, 3055, Rdn. 41; vergl. dazu: Zobel Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht, Diss. Hamburg, 2005, S. 11 passim

Art. 344 AEUV gilt jedoch nur, bei Streitigkeiten zwischen Mitgliedsstaaten. Bei Investitionsschiedsgerichtsverfahren ist jedoch stets nur ein Mitgliedsstaat beteiligt.

Eine Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechtes könnte auch gegeben sein, wenn das Schiedsgericht seine für den Rechtsstreit relevante Normen auslegt und diese Auslegung dem EuGH entzogen wäre. Da Schiedsgerichte nach dem Investitionsschutzabkommen urteilen werden, kann dies nur dann der Fall sein, wenn die Parteien des Schiedsverfahren europäisches Recht ergänzend vereinbart haben oder das Recht des Gastgeberstaates ergänzend zur Anwendung kommt, insbesondere weil das Investitionsschutzabkommen auf das nationale und damit ggf. europäische Recht verweist. Dies ist insbesondere dann relevant, wenn die Prüfung ansteht, ob die Rechte dem Investor zustehen. Dies verletzt allerdings nicht das autonome europäische Recht, da das Schiedsgericht nur eine fallbezogene, keine letztendliche, verbindliche Auslegung vornimmt; diese bleibt dem EuGH vorbehalten. Die Auslegung durch das Schiedsgericht kann im Vollstreckungsverfahren noch durch den EuGH überprüft werden, wenn nicht die ICSID-Convention zur Anwendung kommt<sup>527</sup>. Eine faktische Bindung des EuGH an eine schiedsrichterliche Rechtsprechung setzt zum einen voraus, dass durch das Schiedsgericht auszulegende/anzuwendende Recht identisch mit einer europäischen Norm ist<sup>528</sup>. Sollte dieser wohl seltene Fall gegeben sein, verpflichtet den EuGH nichts, sich der Rechtsprechung des Schiedsgerichtes anzuschließen. Die Autonomie des europäischen Rechts wäre mithin nicht tangiert.

Ahner<sup>529</sup> weist darauf hin, dass es in Beihilfefällen zu Konflikten bzw. Ungleichbehandlungen kommen kann. Nach europäischem Recht genießt ein Investor keinen Vertrauensschutz bei europarechtswidriger Beihilfe. Ein Schiedsgericht könnte aber davon ausgehen, dass bei entsprechender Auslegung des Investitionsschutzabkommens der Investor Vertrauensschutz genießt, folglich die Beihilfe nicht zurückleisten muss. Sie befürchtet, dass der EuGH, um Widersprüche zum Schiedsgericht zu vermeide, seine Rechtsprechung zum Vertrauensschutz bei

---

<sup>527</sup> vergl. zu allem Vorstehenden Ahner, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach europäischem Recht, Diss. Bucerius-Law-School, 2015, S. 204 ff

<sup>528</sup> Ahner a.a.O., 222

<sup>529</sup> Ahner a.a.O., 222

Beihilfen einer etwaigen schiedsgerichtlichen Rechtsprechung anpasst. Auch dazu wäre der EuGH nicht verpflichtet, die Autonomie des europäischen Rechtes wäre mithin nicht tangiert.

Ein weiteres Beispiel für Konflikte, kann das europäische Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV im Verhältnis zum Diskriminierungsverbot nach einem Investitionsschutzabkommen<sup>530</sup> sein. Dort sind Konflikte zwischen der Rechtsprechung des EuGH und der Schiedsgerichte vorstellbar.

Um mögliche Konflikte zu vermeiden, schlägt Ahner<sup>531</sup> schließlich vor, in die Investitionsschutzabkommen Klauseln aufzunehmen, nach denen die Schiedsgerichte keine Entscheidungen treffen dürfen, die der Rechtsprechung des EuGH widersprechen bzw. die eine Vorlagepflicht des Schiedsgerichtes an den EuGH vorschreiben.

Die Zulässigkeit derartiger Klauseln erscheint zweifelhaft; sie werden auch nicht benötigt, da – worauf Ahner zutreffend hinweist – nur bei Schiedsverfahren unter Geltung des ICSID-Convention oder bei Vollstreckung in einem Staat, der nicht Mitglied der EU ist, die Möglichkeit entfällt, dass das Vollstreckungsgericht den Fall dem EuGH vorlegt.

Bei Problemen der Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, über die ein Schiedsgericht keine Entscheidungsbefugnis hat, schlägt Ahner<sup>532</sup> vor, dass die Investitionsschutzabkommen – wie im Rahmen der Energy Charter Treaty – eine Regelung enthalten, wonach die EU und die Mitgliedstaaten untereinander abstimmen können, wer Prozesspartei sei soll. Auch könnte im Abkommen eine gesamtschuldnerische Haftung der EU und der Mitgliedstaaten vereinbart werden<sup>533</sup>. Schließlich können Konflikte zwischen dem EuGH und den Schiedsgerichten dadurch vermieden werden, dass materielles europäisches Recht nicht in das Investitionsschutzabkommen aufgenommen wird<sup>534</sup>. Die Rechtsgrundlagen, auf denen der EuGH und die Schiedsgerichte entscheiden, wären dann unterschiedlich, so

---

<sup>530</sup> Ahner, a.a.O., 223

<sup>531</sup> a.a.O., 227

<sup>532</sup> a.a.O., 226

<sup>533</sup> Ahner, a.a.O., 226 (227)

<sup>534</sup> Ahner, a.a.O., 232

dass das Risiko vermieden wird, dass das Schiedsgericht europäisches Recht auslegt, ggf. gegen den EuGH.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass nicht die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit die Autonomie des europäischen Rechtes gefährdet, möglichen Konflikten kann durch ein entsprechendes Investitionsschutzabkommen entgegengewirkt werden.

Außerdem wird die Autonomie des europäischen Rechtes nicht definitiv beeinträchtigt, da der EuGH nicht durch die Rechtsprechung der Schiedsgerichte gebunden werden kann und gebunden wird.

Letztlich kann immer eine EuGH-Entscheidung in Zwangsvollstreckungsverfahren herbeigeführt werden, wenn im Investitionschutzabkommen sichergestellt wird, dass kein Verfahren nach der ICSID-Convention durchgeführt wird.

Mit der Frage der Vereinbarkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit mit dem europäischen Recht hat sich der EuGH in der Sache Slowakische Republik ./ Achmea BV befasst (Urteil vom 06.03.2018, C 284/16).

Dabei ging es um ein Abkommen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen, das eine Schiedsklausel, für die die UNCITRAL-Schiedsordnung galt, enthielt.

Die Besonderheit dieses Falles, die sich auch auf die rechtliche Bewertung durch den EuGH auswirkte, bestand darin, dass das Abkommen zwischen zwei EU-Staaten (Slowenien und Niederlande) geschlossen worden war. Achmea BV ist eine niederländische Privatkrankenversicherung, die in Slowenien ein Tochterunternehmen eröffnete, das sich dort auf dem Markt der Privatkrankenversicherer betätigte. Die slowenische Republik erließ dann ein Gesetz, das die Ausschüttung von Gewinnen aus dem privaten Krankenversicherungsgeschäft verbot, was nach einer Entscheidung des slowenischen Verfassungsgerichtshofes wieder aufgehoben wurde.

Achmea BV vertrat die Ansicht, dass ihr durch die gesetzlichen Maßnahmen der slowenischen Republik ein Schaden entstanden war und leitete gegen diese ein Schiedsverfahren ein. Das Schiedsverfahren fand in Frankfurt/Main statt. Ergebnis war, dass die slowenische Republik mit Schiedsspruch vom 07.12.2012 zum Schadenersatz verurteilt wurde.

Wegen der Schiedsortes in Deutschland fand ein Aufhebungsverfahren gemäß § 1059 ZPO statt.

Der BGH legte diesen Fall dem EuGH vor, weil es sich bei dem Investitionsabkommen um eine Vereinbarung zwischen Mitgliedstaaten handelt und daher Unionsrecht Vorrang hätte.

Der BGH stellte die Frage, ob Art. 344 AEUV und Art. 267 AEUV der Schiedsvereinbarung entgegenstehen.

Bei Beantwortung dieser Frage wies der EuGH zunächst darauf hin, dass Art. 344 AEUV die Mitgliedsstaaten verpflichtet, Streitigkeiten über Vertragsauslegungen nur gemäß Art. 344 AEUV zu regeln. Zur Sicherstellung und der Autonomie der Rechtsordnung der Union ist ein Gerichtssystem geschaffen worden, dass der Kohärenz und Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrechtes dient. Ein Schlüssellement dieses Gerichtssystems stelle das Vorab-Entscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV dar. Eine Anwendung des Art. 267 AEUV komme durch das Schiedsgericht nicht in Betracht, da es sich nicht um ein Gericht eines Mitgliedsstaats im Sinne dieser Vorschrift handele.

Auch sei das in Rede stehende Schiedsgericht kein solches, dessen Entscheidung durch ein nationales Gericht auf Einhaltung der grundlegenden Bestimmungen des Unionsrechtes überprüft werden kann, wie bei der Handelsschiedsgerichtsbarkeit möglich. Handelsschiedsgerichte beruhen aber auf Privatautonomie; hier ging es um ein Schiedsgericht aufgrund eines Übereinkommens von Mitgliedsstaaten. Das Schiedsgericht wäre mithin für die Auslegung von zwischen den Mitgliedstaaten zu beachtenden Unionsrecht zuständig. Daher stellt der EuGH fest, dass die Artt. 267 und 344 AEUV einer Vereinbarung entgegenstehen, die es einem Investor gestattet, bei Streitigkeiten über eine Investition in einem anderen Mitgliedstaat vor einem Schiedsgericht auszutragen.

Diese Entscheidung hat zum Kern, dass es um einen Vertrag ging, der zwischen Mitgliedstaaten der Union abgeschlossen wurde. Da zwischen den vertragsschließenden Mitgliedsstaaten auch das Unionsrecht gilt, beinhaltet eine Schiedsvereinbarung in einem solchen Vertrag das Risiko, dass das Schiedsgericht verbindlich und abschließend auch über Unionsrecht entscheidet.

Dies gilt bei Schiedsgerichten aufgrund CETA und TTIP nicht, da hier kein Vertrag zwischen Mitgliedsstaaten gegeben ist. Dementspre-

chend weist der EuGH in dieser Entscheidung darauf hin, dass eine internationale Übereinkunft, die ein mit ihrer Auslegung betrautes Gericht vorsieht, nicht mit Unionsrecht unvereinbar ist. *Die Zuständigkeit der Union im Bereich internationaler Beziehungen und ihre Fähigkeit zum Abschluss internationaler Übereinkünfte umfasse ... die Möglichkeit, sich den Entscheidungen eines durch solche Übereinkünfte geschaffenen oder bestimmten Gerichts in Bezug auf die Auslegung und Anwendung ihrer Bestimmungen zu unterwerfen, sofern die Autonomie der Union und ihrer Rechtsordnung gewahrt bleibt.*

Also erst wenn ein Schiedsgericht über Unionsrecht abschließend entscheidend, verstößt eine solche Schiedsgerichtsvereinbarung gegen Unionsrecht. Damit bestätigt der EuGH die vorstehend gefundenen Ergebnisse.

### Die ICSID-Convention

- a) Angesichts von inzwischen – im internationalen Bereich – mehr als 1000 bilateral Investments Treatys (BIT) – an 116 davon ist Deutschland beteiligt – entstand das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Es ist zuständig für Streitigkeiten zwischen den Parteien des BIT und Streitigkeiten zwischen einem Staat als Vertragspartei eines BIT und einem Staatsangehörigen (auch juristische Personen) eines an dem BIT beteiligten Staates.

Ist in dem BIT eine Schiedsklausel verabredet, kann auf das Musterabkommen vom 18.03.1965 des ICSID zurückgegriffen werden, wenn der Gaststaat, in dem die Investition getätigkt wurde, Vertragsstaat des ICSID ist. Bei Deutschland ist dies seit dem 18.05.1969 der Fall. Ist der Gaststaat auch Vertragsstaat der ICSID-Convention, findet diese Convention Anwendung, wenn nichts anderes vereinbart wurde.

Ist der Gaststaat nicht Vertragsstaat des ICSID kann ein ad-hoc-Schiedsverfahren durchgeführt werden, in dem jede Partei einen Schiedsrichter benennt, die gemeinsam den Obmann wählen.

Benennen die Parteien in diesem Fall keinen Schiedsrichter, steht dem Präsidenten des Schiedsgerichts der Internationalen Handelskammer in Paris ein Benennungsrecht zu, der auch den Obmann ernennen

kann, wenn die Schiedsrichter diesbezüglich sich nicht binnen drei Monaten geeinigt haben.

In den Investitionsabkommen kann vereinbart werden, dass das Musterabkommen nicht oder nur mit Abweichungen gilt. Dabei ist möglich, dass vereinbart wird, dass zunächst ein staatliches Gericht angerufen wird, dessen Entscheidung dann vom Schiedsgericht überprüft ggf. korrigiert wird.

Die ICSID-Convention<sup>535</sup> ist inzwischen umfangreich angenommen worden; sie ist Gegenstand von mehr als 900 BIT(s). Bis Ende 2002 wurden 114 Schiedsverfahren beim ICSID anhängig gemacht. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit unterliegt allgemein dem nationalen Schiedsverfahrensrecht, z.B. dem 10. Buch der ZPO, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt (§ 1025 Abs. 1 ZPO). Der Schiedsspruch wäre dann ein deutscher, sonst ein ausländischer i.S.d. § 1061 ZPO.

Dies gilt bei der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Ihr Rechtsgrund liegt nicht in den nationalen Regelungen, sondern in den völkerrechtlichen Bindungen, die die Vertragsstaaten eingegangen sind. Das bedeutet, dass die §§ 1025 ff ZPO nicht gelten, auch wenn der Schiedsort in Deutschland liegt. Ausländische Schiedssprüche im Rahmen der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit bedürfen keiner Anerkennung in Deutschland. Schiedssprüche im Rahmen von ICSID-Schiedsverfahren sind wie rechtskräftige Urteile der nationalen Gerichte des Staates zu behandeln, in dem der Schiedsort belegen war.

Nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Convention<sup>536</sup> müssen die Parteien vor Durchführung eines Schiedsverfahrens dazu schriftlich ihre Zustimmung geben. Die Schiedsrichter werden aus einer Liste von Schlichtern bzw. Schiedsrichtern gewählt. Die Liste wird mit Personen gebildet, die die Vertragsstaaten benannt haben. Allerdings sind die

---

535 BGBl. II, 1969, 369

536 Art. 25 lautet: (1) Die Zuständigkeit des Zentrums erstreckt sich auf alle unmittelbar mit einer Investition zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Vertragsstaat (oder einer von diesem abhängigen Gebietskörperschaft oder Stelle, die er dem Zentrum benennt) einerseits und einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaats andererseits, wenn die Parteien schriftlich eingewilligt haben, die Streitigkeiten dem Zentrum zu unterbreiten. Haben die Parteien ihre Zustimmung erteilt, so kann keine von ihnen sie einseitig zurücknehmen.

Parteien bei der Benennung ihrer Schiedsrichter frei; der Schiedsrichter muss nicht auf der betreffenden Liste geführt werden.

Schiedssprüche eines ICSID-Schiedsgerichts können nicht durch nationale Gerichte aufgehoben, weder im Rahmen eines Anerkennungs-, noch eines Vollstreckungsverfahrens angegriffen werden. § 1059 ZPO gilt nicht. Die Zustimmung zum Schiedsverfahren bedeutet zugleich den Verzicht auf andere Rechtsbehelfe, es sei denn es wird etwas anderes erklärt (Art. 26 ICSID- Convention).

Allerdings kann eine Auslegung des Schiedsspruches beantragt werden (Art. 60 ICSID-Convention). Bei neuen Tatsachen, die einer Partei ohne Fahrlässigkeit nicht bekannt waren, kann eine Abänderung des bisherigen Schiedsspruches verlangt werden (Art. 51 ICSID- Convention).

Nach Art. 52 der ICSID-Convention kann eine Aufhebung des Schiedsspruches gefordert werden, wenn einer der Aufhebungsgründe – z.B. Überschreitung der Befugnisse des Gerichts, Bestechung von Mitgliedern des Gerichts, schwerwiegende Abweichung von grundlegenden Verfahrensvorschriften, Fehlen der Begründung eines Schiedsspruchs – vorliegt<sup>537</sup>.

Die ICSID-Convention wird aus verschiedenen Gründen kritisiert: Da sich verschiedene Schiedsgerichte mit einem Investitionsabkommen befassen können, wird eine inkonsistente Rechtsprechung befürchtet. Diese Befürchtung wird verstärkt durch die Tatsache, dass es an einer Berufungsinstanz fehlt und eine Aufhebung der Schiedssprüche durch ein nationales Gericht nicht möglich ist.

Hierzu ist anzumerken, dass selbst nach Art. 19 Abs. 4 GG – nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – kein Anspruch auf einen Rechtsweg besteht. Rechtsmittel sind auch nach nationalem Prozessrecht nicht unbeschränkt gegeben. Anknüpfend an die Aussage von Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG gewähre Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter, vertritt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, ein Instanzenzug sei nicht durch Art. 19 Abs. 4 GG garantiert<sup>538</sup>. Gegen die Auffassung, dass ein Anspruch auf Rechtsmittel besteht, spricht die Befürchtung ei-

---

<sup>537</sup> vergl. zu dem Vorstehenden: Semler, Schiedsverfahren im Rahmen von Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik Deutschland, SchiedsVZ 2003, 97 ff

<sup>538</sup> vergl. die Nachweise bei Vosskuhle, Rechtschutz, S. 159, FN 69 – 70

nes Rechtsschutzes ad infinitum<sup>539</sup>, eines „Rechtswegs Perpetuum Mobile“<sup>540</sup>. Des Weiteren geht das Bundesverfassungsgericht von der Richtigkeitsgewähr der ersten richterlichen Entscheidungen aus, die u.a. auf einer kompetenten Besetzung des Gerichtes beruht<sup>541</sup>.

Diese Gesichtspunkte können auch bei einem Verfahren nach der ICSID-Convention Geltung beanspruchen.

Bezüglich der Besetzung der Richterbank und ihrer Kompetenz sei angemerkt, dass die bei dem ICSID als Schiedsrichter zugelassenen 933 Personen aus verschiedenen Ländern stammen, darunter Rechtsanwälte, Rechtsprofessoren, ehemalige Richter und andere Angehöriger juristischer Berufe<sup>542</sup>. Schließlich ist die Aufhebungsmöglichkeit nach Art. 52 der ICSID-Convention zu berücksichtigen, die eine – wenn auch auf bestimmte Gründe beschränkte – Fehlerkorrektur ermöglicht.

- b) Investitionsschiedsverfahren können ohne Beeinträchtigung der Autonomie des europäischen Rechts durchgeführt werden. Nur wenn die ICSID-Convention greift, ist die Zuständigkeit des EuGH ausgeschlossen. Beeinträchtigungen bestehen also nur aufgrund der ICSID-Convention, deren Geltung jedoch im Investitionsabkommen ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann. Eine Nichtberücksichtigung der Pflicht der Bundesrepublik Deutschland aus Art. 23 Abs. 1 GG findet durch die Vereinbarung von Schiedsgerichten in einem Investitionsschutzabkommen allein nicht statt. Auch insoweit bestehen in Bezug auf die TTIP- bzw. CETA-Schiedsgerichte keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Außerdem haben die Parteien hinreichende Einflussmöglichkeiten durch die Notwendigkeit der schriftlichen Zustimmung vor Einleitung eines schiedsgerichtlichen Verfahrens, was gleichzeitig eine privatautonome Zustimmung i.S.d. Art. 2 GG zu einem Schiedsgerichtsverfahren bedeutet.

---

<sup>539</sup> Vosskuhle, a.a.O., S. 159

<sup>540</sup> Vosskuhle, a.a.O., S. 155

<sup>541</sup> Vosskuhle, a.a.O., S. 162

<sup>542</sup> Pour Rafsandjan, jM 2015, 922 (925)

## VII.) Vorteile/Nachteile der Investitionsschiedsgerichte

Eine solche Schiedsgerichtsbarkeit ist grundsätzlich als vorteilhaft anzusehen. Prütting<sup>543</sup> weist zutreffend auf die pre-trial-discovery nach US-amerikanischen Prozessrecht hin, die zu einer erheblichen Belastung von Rechtsstreiten vor US-amerikanischen staatlichen Gerichten und dazu führen kann, dass die Prozessparteien verpflichtet werden, Unterlagen offenzulegen, was das Risiko in sich birgt, dass ggf. Geschäftsgeheimnisse (auch technischer und wissenschaftlicher Art) offenbart werden müssen<sup>544</sup>. Geschäftsgeheimnisse können nicht in dem Ausmaße geschützt werden, wie dies vor deutschen Gerichten der Fall ist<sup>545</sup>. Die Zulässigkeit der pre-trial-investigation ist ebenfalls Teil des Justizkonflikts mit den Vereinigten Staaten von Amerika<sup>546</sup>. Deutschland sieht das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18.03.1970 als ausschließlich an, während US-amerikanische Gerichte darin nur eine weitere Möglichkeit der Beweisaufnahme sehen<sup>547</sup>. Es bestehe diesbezüglich keine rule of first resort. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Praxis der US-amerikanischen Gerichte nicht beanstandet<sup>548</sup>.

Fazit: Schiedsgerichte im Zusammenhang mit CETA und TTIP sind zulässig<sup>549</sup>. Sandrock ist der Auffassung, dass nur die Bejahung der Zulässigkeit mit Art. 2 GG im Einklang stehe. Den Betroffenen sei damit die Möglichkeit gegeben, für einen Rechtsstreit neben dem im CETA vorgesehenen Handelsgericht ein nach den Vorstellungen der Parteien zusammengesetztes Schiedsgericht zu vereinbaren. Nur dieses

---

543 a.a.O., S. 518

544 Stadler, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozess und Rechtshilfeverfahren, 1989, S. 223; Bertele, Souveränität und Verfahrensrecht in: Veröffentlichung zum Verfahrensrecht, 1998, S. 423; Baumgartner: The proposed Hague Convention on jurisdiction and Foreign Judgments 2003, S. 82

545 Stadler, a.a.O., S. 361

546 vergl. hierzu Habscheid, Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika, 1996

547 Urteil Supreme Court, Société Nationale Aerospatiale vs. United States District Court of Iowa etc. 482 US 522 (1987); Schütze, ausgewählte Probleme des internationalen Zivilprozessrechts 2006, S. 39; Bertle, a.a.O. S. 424 ff

548 BVerfG NJW 2007, 3709; RIW 2007, 211

549 Sandrock RIW 2017, 245 (247 ff/255)

Ergebnis führe auch zur Übereinstimmung mit der ICSID-Convention, was aber ein „consent in writing“ voraussetze<sup>550</sup>. Diese Schiedsgerichte seien vorzuziehen, da das Handelsgericht mit Mängeln behaftet sei<sup>551</sup>.

Die Parteien sind auch nicht gehindert, ein Schiedsverfahren nach den CETA-Regeln durchzuführen. Art. 1 Abs. 2 lit. e der Rom I-VO umfasst nur Schiedsvereinbarungen, nicht das Schiedsverfahren<sup>552</sup>.

---

<sup>550</sup> a.a.O., S. 247

<sup>551</sup> a.a.O., S. 254

<sup>552</sup> Mankowski, RIW 2011, 30 (44)



## Kapitel 6 Schlussbetrachtung

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Schiedsgerichten wurde unter diversen Aspekten untersucht.

Es hat sich ergeben, dass nur der – verzichtbare – allgemeine Justizgewährungsanspruch verfassungsrechtlich einen zu beachtenden Gesichtspunkt darstellt. Artt. 101, 92, 23 GG stehen einer Schiedsgerichtsbarkeit nicht entgegen.

Dieses Ergebnis ist grundsätzlicher Natur. Die Erörterungen im Zusammenhang mit den vorstehenden Untersuchungen, die Gegenstand der Prüfung waren, können auf weitere Erscheinungsformen der Schiedsgerichtsbarkeit übertragen werden.

Derartige Erscheinungsformen gibt es in der Praxis mehrfach, u.a. Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, in Verbandssatzungen (z.B. Sportverbänden), in Vereinssatzungen und in privatrechtlichen Verträgen.

- a) Auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen finden die §§ 1025 ff ZPO Anwendung. Voraussetzung für ihre Wirksamkeit ist, dass die Schiedsabrede mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter in der Satzung (z.B. der GmbH) verankert ist. Auch reicht eine außerhalb der Satzung unter Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter und der Gesellschaft getroffene Absprache aus<sup>553</sup>. Es handelt sich dann um eine vertragliche Schiedsklausel i.S.d. § 1029 ZPO.

Dem ist zuzustimmen; eine Mitwirkung aller Gesellschafter und ggf. der Gesellschaft stellt einen freiwilligen Verzicht der Beteiligten auf den Justizgewährungsanspruch dar. Damit ist eine gesellschaftsrechtliche Schiedsvereinbarung aus den in Kapitel 2 dargelegten Gründen zulässig.

---

<sup>553</sup> BGH NJW 2015, 3235 (3236); s. auch: BGHZ 38, 155 (165): erforderlich ist eine schriftliche, d.h. von allen Gesellschaftern unterzeichnete Vereinbarung

- b) Bei Verband- bzw. Vereinsschiedsklauseln geht es um einseitig angeordnete Schiedsklauseln i.S.d. § 1066 ZPO<sup>554</sup>.

Die vorzitierte Entscheidung des OLG München hat der BGH im Revisionsverfahren aufgehoben<sup>555</sup>. Er vertritt in dieser Entscheidung die Auffassung, dass der Beitritt zu einer Organisation (z.B. auch zu einer Gewerkschaft) eine freiwillige Unterwerfung unter eine Schiedsvereinbarung darstellt, wenn zum Zeitpunkt des Beitritts die Schiedsklausel bereits bestand. Voraussetzung ist, dass der Beitritt freiwillig, auch ohne wirtschaftlichen Zwang, erfolgte.

Wird eine Schiedsklausel erst nach dem Beitritt einer Person als Vereinsmitglied eingeführt, ergibt sich eine abweichende Rechtslage, wenn das Mitglied der die Schiedsgerichts-Zuständigkeit begründenden Satzungsklausel, d.h. der Satzungsänderung nicht zugestimmt hat. Nach Auffassung des BGH ist eine Schiedsvereinbarung Ausfluss der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Handlungsfreiheit und Privatautonomie. Dies verlange jedoch, dass die Unterwerfung unter die Schiedsklausel und der damit verbundene Verzicht auf eine Entscheidung eines staatlichen Rechtsprechungsgangs dem freien Willen des Betroffenen entspricht.

Eine solche freiwillige Entscheidung ist nach Auffassung des BGH dann anzunehmen, wenn dasjenige Mitglied, das gegen eine Schiedsklausel gestimmt hat, gleichwohl in dem Verein bzw. Verband verbleibt. Denn das Vereinsrecht bietet unabdingbar die Möglichkeit, jederzeit aus dem Verein auszutreten. Dies gelte dann nicht, wenn der Betreffende auf die Mitgliedschaft in dem Verein angewiesen ist<sup>556</sup>. Dann ist der Betroffene der gegen seinen Willen erfolgten Satzungsänderung nicht unterworfen<sup>557</sup>.

Diese Ausführungen entsprechen dem in Kapitel 2 Dargelegten. Der BGH geht ebenfalls von dem Gedanken der Unterwerfung aus,

---

<sup>554</sup> OLG München NZG 1999, 780 (781); ebenso: Schlosser in: Stein/Jonas vor § 1025, Rdn. 5

<sup>555</sup> NJW 2000, 1713 (1714) – Körbuch

<sup>556</sup> In dem BGH entschiedenen Fall ging es um einen Hundezüchter, der seine Zuchttätigkeit nur fortsetzen konnte, wenn er weiter Mitglied des betreffenden Hundezüchterverbands blieb

<sup>557</sup> BGH NJW 2000, 1713 (1714)

wenn jemand einer Organisation beitritt und damit die Unterwerfung unter eine Schiedsklausel verbunden ist.

Auch ist der BGH der Auffassung, dass der Verbleib in einer solchen Organisation nach Einführung einer Schiedsklausel als eine freiwillige Billigung der Schiedsklausel angesehen werden kann. Wie oben dargelegt, bedarf es auch nach Meinung des BGH eine Auslegung des Verhaltens des Betroffenen entsprechend § 133 BGB<sup>558</sup>; bleibt der Betroffene aufgrund von (z.B. wirtschaftlichem) Zwang Mitglied der Organisation, kann sein Verbleib nicht als freiwillige Unterwerfung angesehen werden.

Mit der Frage der demokratischen Struktur des Verbandes musste sich der BGH nicht auseinandersetzen, da es nicht um den Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit einem Dritten (die gegnerische Tarifvertragsorganisation) ging, sondern nur um die Einführung einer Schiedsklausel in der Satzung des eigenen Verbands.

- c) Die Zulässigkeit der (internationalen) Sportschiedsgerichtsbarkeit in Form des Court of Arbitration for Sport (CAS) ist Gegenstand umfänglicher Diskussionen gewesen. Anlass war die so genannte Causa Pechstein. Die nationale und internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit ist im Rahmen der in Kapitel 3 dargelegten Voraussetzungen – freiwillige Unterwerfung und unabhängige Schiedsrichter – als zulässig anzusehen.
- d) Rechtsgrundlage für Schiedsklauseln, die nicht auf Vereinbarungen, d.h. einem als vertraglich zu qualifizierenden Rechtsakt (Rechtsgeschäft) beruhen<sup>559</sup>, ist § 1066 ZPO. Darunter fallen Schiedsklauseln in u.a. Vereinssatzungen und Gesellschaftsverträge – nach einer Mindermeinung – mit Ausnahme von Personengesellschaften<sup>560</sup>. Demgegenüber hat der BGH Schiedsklauseln in Verträgen von Personengesellschaften auch dann noch für wirksam erachtet, wenn ein schon ausgeschiedener Gesellschafter Partei des Rechtsstreits ist<sup>561</sup>. Der BGH hat dem Schiedsgericht auch die Kompetenz eingeräumt, über die Wirksamkeit des die Schiedsklau-

---

<sup>558</sup> BGH NJW, 1989, 1477 (1478)

<sup>559</sup> Geimer in: Zöller, § 1066, Rdn. 1

<sup>560</sup> Geimer a.a.O., § 1066, Rdn. 13; ders. a.a.O., § 1029, Rdn. 74

<sup>561</sup> BGH NJW-RR 2002, 1462 = BB 1997, 2447/2448; BGH NJW 2000 ,2346 – für den Fall der Mietvertragsübernahme,

sel enthaltenen Vertrages zu entscheiden<sup>562</sup>. Zur Begründung hat der BGH auch hier auf den Parteiwillen abgestellt. Eine Schiedsabrede sei grundsätzlich weit auszulegen<sup>563</sup>, weil im Zweifel der Wille der Gesellschafter dahin gehe, sämtliche Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen, wenn die Parteien eine Schiedsabrede in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen haben.

Letztlich stellt auch im Rahmen des § 1066 ZPO die Rechtsprechung auf den – ggf. auszulegenden – Parteiwillen ab. Insoweit gelten für in Verträgen enthaltene Schiedsklauseln – auch für sonstige Verträge (z.B. Pacht-, Werk-, Kauf- oder Dienstverträge, mit Ausnahme von Mietverträgen: § 1030 Abs. 2 ZPO) die bereits in Kapitel 2 dargelegten Grundsätze. Soweit die Parteien einen solchen eine Schiedsklausel enthaltenen Vertrag abschließen, verzichten sie im Rahmen ihrer Privatautonomie auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch; derart vereinbarte Schiedsgerichte stehen im Einklang mit dem Grundgesetz.

Für Schiedsgerichte der politischen Parteien enthält § 14 PartG eine gesonderte Rechtsgrundlage. Diese Schiedsgerichte haben Vorrang vor staatlichen Gerichten, die nur eine Prüfungskompetenz auf Willkür, Gesetz, Gesetzes- oder Satzungswidrigkeit haben, da die politischen Parteien aufgrund des § 14 PartG über ihre innere Angelegenheiten autonom entscheiden sollen<sup>564</sup>. Auch § 14 PartG ist aus den in Kapitel 2 dargelegten Gründen verfassungsgemäß. Wie ausgeführt<sup>565</sup> müssen politische Parteien eine demokratische Struktur aufweisen (Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG). Wer einer Partei beitritt unterwirft sich freiwillig der gesetzlich angeordneten Schiedsgerichtsbarkeit. Das Mitglied ist auch frei, jederzeit aus der Partei auszutreten. Die Grundsätze der Privatautonomie gelten mithin auch hier.

Auch § 28 BörsG, außer Kraft ab 30.06.2002, begründete nur dann eine Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichts, wenn sich die Beteiligten nach Entstehung des Streitfalls dem Schiedsgericht unter-

---

562 BGHZ 53, 315 (322/ 323) = BB 1970, 511 (512)

563 BGH NJW-RR 2002, 387= MDR 2009, 398( 399)ebenso: OLG Düsseldorf SchiedsVZ 2004, 161 (162); vergl. auch: BB 1971, 336(340)

564 OLG Naumburg, OLG Report Ost 19/2015

565 s. oben S. 96

worfen haben. Es bedurfte auch hier mithin einer Entscheidung im Rahmen der Privatautonomie. Auch die Börsenschiedsgerichte waren daher zulässig, wie vom OLG Düsseldorf entschieden<sup>566</sup>.

Der BGH hat die Entscheidung des OLG Düsseldorfs bestätigt und dabei auch die Klausel über die Kompetenz – Kompetenz des Schiedsgerichtes für zulässig erachtet<sup>567</sup>. Er vertritt die Meinung, dass die Unwirksamkeit des Hauptvertrages nicht nach § 139 BGB zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung führt<sup>568</sup>. Vielmehr seit durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien dem Schiedsgericht auch die Entscheidung über die Wirksamkeit des Hauptvertrages übertragen haben.

Damit bestätigt der BGH die in dieser Untersuchung gefundenen Grundsätze: Es kommt auf die im Rahmen der Freiwilligkeit getroffenen Vereinbarungen an; die Erklärungen (auch konkludent) der Parteien sind gemäß § 133 BGB auszulegen. Führt dies zu der Feststellung, dass die Parteien sich freiwillig auf ein Schiedsgericht geeinigt haben, ist mit der h.M. von einer – auch verfassungsrechtlichen – Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens auszugehen.

- e) Als Ergebnisse der Untersuchung ist festzuhalten:
  - aa) Nur der allgemeine Justizgewährungsanspruch stellt einen zu beachtenden Gesichtspunkt im Zusammenhang mit der verfassungsmäßigen Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit dar. Auf diesen Anspruch kann im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsrechte verzichtet werden. Dies gilt auch für den Anspruch auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG. Auch Art. 92 GG als Kompetenznorm im Rahmen der staatlichen Gewalten steht der Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit nicht entgegen.
  - bb) Die Sportschiedsgerichtsbarkeit ist zulässig, wenn aufgrund der Schiedsordnung bzw. der Verbandssatzung sichergestellt ist, dass sich der Sportler der Schiedsgerichtsbarkeit freiwillig un-

---

<sup>566</sup> OLG Düsseldorf WM 1990, 842

<sup>567</sup> NJW 1991, 2215 ( 2216)

<sup>568</sup> vergl. zur Auslegung BGH NJW 1989, 1477: Schiedsvereinbarung ist sittenwidrig bei nicht gerechtfertigter Einschränkung der Entschließungsfreiheit; BGHZ 106,336(340)

- terwerfen kann. Hierzu genügt der freiwillige Beitritt zu einer Organisation, deren Satzung zum Zeitpunkt des Beitritts eine Schiedsgerichtsbarkeit vorsieht. Weitere Voraussetzung ist, dass das Schiedsgericht rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen genügt, insbesondere aus unabhängigen, neutralen Schiedsrichtern gebildet ist.
- cc) Im Rahmen der arbeitsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit beruht eine tarifliche Norm (Schiedsklausel) auf dem Prinzip der parlamentarischen Demokratie, wenn die Tarifvertragsparteien demokratisch organisiert sind. Insoweit beruht auch in diesem Bereich die Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit auf Freiwilligkeit. Diese Freiwilligkeit ist in Bezug auf die Verbandsmitglieder eine doppelte und zweistufige. Das Mitglied lässt sich freiwillig repräsentieren und verzichtet durch die demokratisch legitimierte Verbandsspitze auf seine Rechte aus Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG und den Justizgewährungsanspruch.
  - dd) Bei Personen, die durch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung einem Tarifvertrag unterworfen sind, handelt es sich nicht um tarifgebundene Personen i.S.d. § 3 TVG. Eine historische Betrachtung ergibt, dass es nicht der Wille des Gesetzgebers war, eine tarifliche Schiedsklausel durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung auf Außenseiter auszudehnen. Eine Einbeziehung von Außenseiter in eine tarifliche Schiedsklausel ist daher bereits einfachgesetzlich nicht möglich. Dementsprechend bestehen insoweit auch keine verfassungsrechtlichen Probleme.
  - ee) Für die arbeitsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit bezüglich der Bühnen und der Seeschifffahrt gab es und gibt es bezüglich der Bühnenschiedsgerichte einen Sachgrund, der die Differenzierung dieser Berufszweige gegenüber den übrigen Berufen, bei denen eine arbeitsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit untersagt ist, rechtfertigt. Der Sachgrund – Bewahrung einer bewährten Form der Rechtsprechung – ist geeignet, die Differenzierung zu rechtfertigen. § 101 Abs. 2 ArbGG verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.
  - ff) Investitionsschiedsgerichte in internationalen Handelsabkommen steht der Justizgewährungsanspruch nicht entgegen, da

sich ausländische juristische Personen in Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland nicht auf dieses Grundrecht berufen können und auch deutschen Unternehmen gegenüber ausländischen Staaten dieses Grundrecht nicht zusteht.

Auch wird durch diese Schiedsgerichte nicht die Autonomie des europäischen Rechts beeinträchtigt, da der EuGH nicht durch die Rechtsprechung der Schiedsgerichte gebunden wird. Nur wenn die ICSID-Convention greift, ist die Zuständigkeit des EuGH ausgeschlossen. Beeinträchtigungen bestehen nur aufgrund dieser Konvention, die aber verlangt, dass sich die Parteien des Schiedsverfahren vor dessen Einleitung mit der Schiedsgerichtsbarkeit einverstanden erklären.

Die Transparenz derartiger Schiedsverfahren wird – wie im CETA-Vertrag geschehen – durch die UNCITRAL-rules on Transparency gewährleistet.

Bei der Frage nach einem Souveränitätsverlust ist zu beachten, dass die Schiedsgerichtsbarkeit die staatliche Gerichtsbarkeit ersetzt, die im Rahmen der Gewaltenteilung eine herausragende Rolle einnimmt, was wegen der Gesetzesbindung der Justiz hingenommen werden kann. Da auch das Schiedsgericht nach dem CETA-Vertrag einer Gesetzesbindung unterliegt, ist die Situation, die sich aufgrund einer Schiedsgerichtsvereinbarung ergibt mit derjenigen vergleichbar, die bestehen würde, wäre die Zuständigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit gegeben. Auch der Gesichtspunkt der staatlichen Souveränität steht einer Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen internationaler Handelsabkommen nicht entgegen.



## Bibliographie

- Abendroth, Wolfgang, Innen gewerkschaftliche Willensbildung, Urabstimmung und Kampfmaßnahmen, AuR 1959, 261
- Adolphsen, Jens, Müssten Sportler stets vor ein Schiedsgericht? DRiZ 2016, 254
- Ahner, Juliane, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach europäischem Recht, Diss. Bucerius-Law-School 2015
- Altenmüller, Reinhard, Zur materiell-rechtlichen Überprüfung von Schiedssprüchen, KTS 1974, 150
- Arndt, Adolf, Festgabe für Carlo Schmidt, 1962, Stuttgart
- Arndt, Adolf, Die Gesetzlichkeit des Richters als Strukturprinzip der rechtsprechenden Gewalt, JZ 1956, 633
- Arndt, Adolf, Private Betriebs- "Justiz", (Art. 92 GG, BGB § 138, 242 BetrVG § 56), NJW 1965, 26
- Arndt, Adolf, "Gesetzlicher Richter" und "Überbesetzung", NJW 1964, 1667
- Arndt, Adolf, Zur Strafbefugnis der Finanzverwaltung, NJW 1959, 1230
- Arnold, Hans, Das europäische Übereinkommen vom 20. Januar 1966 zur Einführung eines einheitlichen Gesetzes für die Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1967, 142
- Bamberger, Christian in: Peter Wysk, Komm. VwGO, 2. Auflage 2016, München
- Bauer, Hartmut in: Horst Dreier, Komm. GG, Bd. I, 3. Auflage 2013, Tübingen
- Baumgartner, Samuel, The proposed Hague Convention on jurisdiction on Foreign Judgements, 2003, Tübingen
- Baur, Fritz, Betriebsjustiz, JZ 1965, 163
- Berger, Klaus-Peter, Neues Schiedsverfahrensrecht in der Praxis, RIW 2001, S. 7
- Bertele, Joachim, Souveränität und Verfahrensrecht in: Veröffentlichung zum Verfahrensrecht, 1998, Tübingen
- Bethge, Herbert, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtsicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, 1
- Bettermann, Karl August, Der gesetzliche Richter in der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts, AöR, 94 (1969), 263
- Bettermann, Karl August, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/2 1972, Berlin; zitiert: "Die Grundrechte" III, 2

- Biedenkopf, Kurt, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, Karlsruhe
- Biedenkopf, Kurt, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Strukturelemente der modernen Demokratie in: Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie, 1968, Berlin, S. 199 ff; zitiert: Koalitionsfreiheit und Strukturelemente
- Bleistein, Romana/Degenhart, Christoph, Sportschiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, NJW 2015, 1353
- Blomeyer, Arwed, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1985, Berlin
- Blomeyer, Karl, Betrachtungen über die Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Rosenberg, 1949, S. 52, München
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie als Verfassungsprinzip, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, B. II, 3. Aufl. 2004, S. 429, § 24, Heidelberg
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die politische Funktion wirtschaftlich sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie, in: Rudolf Steinberg Hrsg., Staat und Verbände, 1985, S. 305, Darmstadt
- Böckstiegel, Karl-Heinz, Schiedsgerichtsbarkeit im wiedervereinigtem Deutschland, BB 1992, Beilage 15, S. 4
- Böckstiegel, Karl-Heinz, Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, RIW/AWD 1979, 161
- Bornkamm, Joachim in: Langen Bunte, Komm. GWB, Bd. 1, 12. Auflage 2014, München
- Bötticher, Eduard, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964, zitiert: Gestaltungsrecht, Berlin
- Bötticher, Eduard, Die gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien, 1966, Frankfurt, zitiert: Gemeinsame Einrichtung
- Britz, Gabriele, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346
- Bruns, Rudolf, Die Auslegung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz, NJW 1964, 1884
- Buchholz, Fritz, Die Rechtsmittelbeschränkung in Wohnungsbausachen, in Niedersachsen, DVBl 1952, 361
- Bülow, Arthur, Unwiderlegliche Befangenheit von Vereinsschiedsrichtern gegenüber Nichtmitgliedern, NJW 1970, 585
- Bunte, Hermann-Josef, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 07.06.2016, Az. KZR 6/15 – Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung vor dem CAS, EWiR 2016, 415
- Butz, Petra, Die Neuregelung der Schiedsgerichtsbarkeit in Arbeitssachen und ihre Auswirkungen auf die Praxis, Der Betrieb 1954, Beilage Nr. 4
- Degenhart, Christoph in: Sachs, Komm. GG, 7. Aufl. 2014, München
- Dersch, Hermann/Volkmar, Erich, Komm. ArbGG, 6. Auflage 1955, Mannheim
- Detterbeck, Steffen in: Sachs, Komm. GG, 7. Aufl. 2014, München

- Deutsch, Erwin, Sondergerichtsbarkeit im Sport? VersR 1990, 2
- Di Fabio, Udo in: Maunz-Dürig, Komm.GG, Lfg. 99, 2001
- Dietrich, Thomas/Hanau, Peter/Hessler, Martin/Oetker, Hartmut/Wank, Rolf/Wiedemann, Herbert, Empfehlungen zur Entwicklung des Tarifrechts, RdA 2004, 65
- Dietz, Rolf, Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht, RdA 1957, 178
- Dinslage, Karl-Heinz, Anm. zu BVerfG NJW 1965, 1221, daselbst
- Dolde, Klaus-Peter, Grundrechtschutz durch einfaches Verfahrensrecht, NVwZ 1982, 65
- Döttger, Doreen, Der Schutz tariflicher Normsetzung, Diss. Jena 2002 (100)
- Dreier, Horst, Komm.GG, 3. Aufl., Bd. I, 2013, Tübingen
- Dütz, Wilhelm, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970, Bad Homburg
- Engels, Andreas in: Andreas Engels/Martin Henssler/Wilhelm Moll/Klaus Bepler, Der Tarifvertrag Teil I, 2012
- Fitting, Karl, Zum Schiedsvertrag in Arbeitsstreitigkeiten, BB 1955, 321
- Föhr, Horst, Anforderungen des Grundgesetzes an den Aufbau von Verbänden, NJW 1975, 617
- Franzheim, Horst, Die Verfassungsmäßigkeit der sog. Betriebsjustiz, JZ 1965, 459
- Gäntgen, Hans-Jörg in: Martin Henssler/Wilhelm Moll/Klaus Bepler, Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Berlin/Köln
- Gäntgen, Hans-Jörg/Rieble, Komm. TVG, 3. Aufl. 2012
- Garbe-Emde, Joachim, Nachteile von Schiedsverfahren, BauR 2012, 1035
- Gehrlein, Markus in: Bamberger/Roth, Komm. BGB, Bd. 1, 3. Auflage 2012, München
- Geimer, Reinhold, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, 1994, Bielefeld
- Geimer, Reinhold, Zöller, Komm. ZPO, 31. Auflage 2016, Köln
- Germelmann, Claas-Hinrich, Bühnenschiedsgerichts- und Arbeitsgerichtsbarkeit, NZA 1994, 12
- Germelmann, Claas-Hinrich in: Claas-Hinrich Germelmann/Hans-Christoph Matthes/Hanns Prütting/Rudi Müller-Glöge, Komm. ArbGG, 8. Auflage 2013, Frankfurt
- Giesen, Richard, BB-Kommentar, BB 2002, 1050
- Gitter, Wolfgang, Zur Rechtmäßigkeit eines ohne Vorabstimmung durchgeführten Streiks, JZ 1965, 197
- Greiner, Stefan in: Wolfgang Grunsky/Bernd Waas/Martina Benecke/Stefan Greiner, Komm. ArbGG, 8. Aufl. 2014, München
- Grzeszick, Bernd in: Theodor Maunz-Günter Dürig, Komm. GG, Bd. I, LfG, 57, 2010
- Haas, Diether, Landesrecht vor Bundesgerichten? DVBl 1957, 368

- Habscheid, Walther, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 67, (1954), 188
- Habscheid, Walther, Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JZ 1958, 361
- Habscheid, Walther, Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, NJW 1962, 5
- Habscheid, Walther (Hrsg), Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten, 1986, Bielefeld
- Hanau, Peter/Kania, Thomas, Stufentarifverträge, Der Betrieb 1995, 1229
- Haussmann, Rainer in: Christoph Reithmann/Dieter Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Köln
- Heckmann, Dirk in: Helge Sodan/Jan Ziekow, Komm. VwGO, 4. Auflage 2014, Berlin/Speyer
- Heermann, Peter, Die Sportschiedsgerichtsbarkeit nach dem Pechstein-Urteil des BGH, NJW 2016, 2224
- Heinemann, Gustav, Schiedsgerichte kraft Satzung, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot) Bd. 73 (1933), 316
- Henkel, Joachim, Der gesetzliche Richter, Diss. Göttingen, 1967
- Henn, Günter, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, BB 1993, Beilage 17, S. 13
- Herschel, Wilhelm, Die Behinderung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, AuR 1966, 193
- Herschel, Wilhelm, Beweislastregelung in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Der Betrieb 1966, 227
- Herzog, Roman, Allgemeine Staatslehre, 1971, Frankfurt/M.
- Hesselbarth, Franziska, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, Diss. Jena 2004
- Hillgruber, Christian in: Maunz-Dürig, Komm. GG, Lfg. 51, 2007
- Höfling, Wolfram in: Sachs, Komm. GG, 7. Aufl. 2014, Tübingen
- Hopfauf, Axel in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hennke, Hans-Günther, Komm. GG, 13. Aufl. 2014, Köln
- Hueck, Alfred, Das Recht des Tarifvertrages unter besonderer Berücksichtigung der Verordnung vom 23. Dez. 1918, 1920, München, zitiert: Das Recht der Tarifverträge
- Hueck, Alfred, Die Zulässigkeit der Bühnenschiedsgerichte in Einzelstreitigkeiten, RdA 1962, 132
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. 1970, Berlin
- Ipsen, Hans-Peter, Die Grundrechte Bd. II, 1954, Berlin
- Jarass, Hans-D., Grundrechte als Wertentscheidung bzw. Objekt-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR, Bd. 110, 1985, 365

- Jarass, Hans-D. in: Jarrass, Hans-D./Pieroth, Bodo, Komm.GG, 14. Aufl., 2016, München
- Jesch, Dietrich, Besprechung von Ridder, zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem GG, DÖV 1963, 116
- Joachim, Hans-G., Der gesetzliche Richter, DRiZ 1965, 181
- Kannengießer, Christoph in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter, Komm. GG, 13. Aufl. 2014, Köln
- Karakatsanis, Alexander, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen, 1963, Heidelberg
- Kempen, Otto-Ernst in: Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich, Komm. TVG, 5. Auflage 2014, Köln
- Kirchhof, Paul in: Maunz-Dürig, Lfg. 75, 2015
- Klein, Franz, Zum Begriff und zur Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit, DÖV 1964, 471
- Klein, Hans H., Rechtsweg und Justizverweigerung, JZ 1963, 591
- Kollmorgen, Jürgen in: Langen/Bunte, Komm. GWB, Bd. 1, 12. Auflage 2014, München
- Kornblum, Udo, Das Gebot der überparteilichen Rechtspflege und der deutsche schiedsrichterliche ordre public, NJW 1987, 1105
- Kornblum, Udo, Die Vereinbarkeit von gesetzlicher (Mit-) Vertretung einer Verfahrenspartei und Schiedsrichteramt, BB 1977, 675
- Kraft, Ingo in: Eyermann, Komm. VwGO, 14. Auflage 2014, München
- Kreindler, Richtard H./Mählich, Thomas, Das deutsche Schiedsverfahrensrecht aus ausländischer Sicht, NJW 1998, 563
- Kühn, Wolfgang, Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, BB 1987, 621
- Kurth, Jürgen, Zur Kompetenz von Schiedsrichtern und Schiedsgutachtern, NJW 1990, 2038
- Kutzer, Theodor, Das Dienstrecht der Bühnenmitglieder, 1931, Leipzig, Mannheim, Berlin
- Leibholz, Gerhard, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das GG, DVBl 1951, 193
- Lerche, Peter, Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP 1960, 168
- Leßmann, Herbert, Die Verbände in der Demokratie und ihre Regelungsprobleme, NJW 1978, 1545
- Lionnet, Klaus, Die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung aus Sicht der Parteien, BB 1993, Beilage 17, S. 9
- Lipke, Gert-Albert in: Düwel, Franz-Josef/Lipke, Gert-Albert, Komm. ArbGG, 4. Aufl. 2016, München
- Loppuch, Siegfried, Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt, NJW 1953, 1126

- Lörcher, Gino, Wie zwingend sind in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zwingende Normen einer "dritten" Rechtsordnung? BB 1993, Beilage 17, S. 3
- Lörcher, Gino, Kein Schiedsspruch ohne die Unterschrift des Vorsitzenden? BB 1988, 78
- Lotmar, Phillip, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, 1902, Leipzig
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker, Komm. TVG, 3. Aufl. 2012, München
- Magiera, Siegfried in: Sachs, Komm. GG, 7. Aufl. 2014, München
- Mann, Thomas in: Sachs, Komm. GG, 7. Aufl., 2014, München
- Mankowski, Peter, Rom I-VO und Schiedsverfahren, RIW 2011, S. 30
- Maunz, Theodor in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Komm. GG 1971, München
- Menger, Christian-Friedrich, Zur Strafgewalt der Finanzämter im Verwaltungsstrafverfahren in Steuerstrafsachen, JZ 1960, 168
- Mikosch, Ernst in: GK-ArbGG, Loseblatt Nr. 84, 2013, München
- Müller, Gerhard, Die Frage der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Kollektivschiedsverträgen, RdA 1954, 58
- Müller-Terpitz, Ralf in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Komm. GG, 13. Aufl. 2004, Köln
- Münch, J., Schiedsgerichte in Arbeitssachen, Festschrift Otto, Hans-Jörg, 2008, München
- Münch, Ingo von, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, AÖR 100, 1985, 270
- Mursiek, Dietrich in: Sachs, Komm. GG, 7. Aufl. 2014, München
- Mutius, Albert v., Grundrechtschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren, NJW 1982, 2150
- Neumann, Dörte, Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit, ArbbBl. XV
- Nicklisch, Fritz, Schiedsklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbundsitzungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1972, 1285
- Nikisch, Artur, Besprechung von: Ramm, Die Parteien des Tarifvertrages, RdA 1962, 39
- Nolting, Ekkehard, Unternehmerrückgabe und Schiedsverfahren, BB 1992, Beilage 15, S. 14
- Oetker, Hartmut in: Wiedemann, Herbert, Komm. TVG, 7. Auflage 2007, München
- Ohrt, Mark-E., Müssten Sportler stets vor ein Schiedsgericht? DRiZ 2016, 254
- Osterloh, Lerke/Nußberger, Angelika in: Sachs, Komm. GG, 7. Aufl. 2014, München
- Petermann, Dirk, Schiedsfähigkeit von Beschlüssen im Recht der GmbH, BB 1996, 277
- Pietzner, Jost in: Schoch/Schneider/Bier, Komm. VwGO, 30. EL 2016

- Pohle, Anm. zu BAG SAE 1964, 77/79, daselbst
- Pour Rafsendjani, Investitionsschutz im transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP), jM 2015, 222
- Prütting, Hanns, Schiedsgerichtsbarkeit ist Anwaltssache, AnwBl. 2015, 546
- Prütting, Hanns, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht in: Grenzüberschreitungen, Festschrift Schlosser, 2005, Tübingen
- Raeschke-Kessler, Hilmar, Die neue Rechtsprechung zu Schiedsgutachten, BB 1993, Beilage 17, S. 19
- Raeschke-Kessler, Hilmar, Sittenwidriger Schiedsvertrag, EWiR 1989, 827
- Raeschke-Kessler, Hilmar, Die deutsche Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit und die neue Rechtsprechung zu Schiedsgutachten, BB 1992, Beilage 15, S. 19
- Ramm, Thilo, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, 1965, zitiert: Arbeitskampf und Gesellschaftsordnung, Stuttgart
- Ramm, Thilo, Kampfmaßnahmen und Friedenspflicht im deutschen Recht, NJW 1962, 465, zitiert: Kampfmaßnahmen und Friedenspflicht
- Ramm, Thilo, Die Parteien des Tarifvertrages. Kritik und Neubegründung der Lehre zum Tarifvertrag, 1961, Stuttgart
- Ramm, Thilo, Die Freiheit der Willensbildung, ein Grundprinzip der Rechtsordnung, NJW 1962, 465,
- Rehbinder, Manfred, Zur Kompetenz der Bühnenschiedsgerichte und zur Abgrenzung der Vertragstypen im Bühnenarbeitsrecht, Archiv für Urheber- und Medienrecht Institut für Urheber- und Medienrecht (UFITA), Bd. 41, 291
- Richardi, Reinhard, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, zitiert: Kollektivgewalt, München
- Ridder, Helmut, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1960, zitiert: verfassungsrechtliche Stellung, München
- Riepenhausen, Bernhard, Systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bühnenoberschiedsgerichts, 1965, Berlin
- Rinck, Hans-Justus, Gesetzlicher Richter, Ausnahmerichter und Willkürverbot, NJW 1964, 1649
- Sachs, Michael, Komm. GG, 7. Aufl. 2014, München
- Sandrock, Otto, Unter dem CETA-Übereinkommen sind "private" Schiedsgerichte zulässig, RIW 2017, S. 245
- Scharmann, Wilfried, Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip, JZ 1966, 721
- Scheuner, Ulrich, Der Inhalt der Koalitionsfreiheit, Rechtsgutachten zur Verfassungsbeschwerde der IG Metall, 1958, Kiel
- Schiedermair, Rudolf, Der gesetzliche Richter im Verwaltungsprozess, DÖV 1960, 6

- Schilgen, Walter, Verknöcherung des "gesetzlichen Richters", NJW 1964, 2290
- Schlosser, Peter, Verfahrensintegrität und Anerkennung von Schiedssprüchen im deutsch-amerikanischen Verhältnis, NJW 1978, 455
- Schlosser, Peter in: Stein/Jonas, Komm. ZPO, Bd. 9, 23. Aufl. 2003, Heidelberg
- Schmidt, Walter, Gesellschaftliche Marktbildung durch Verbände in: Steinberg (Hrsg.), Staat und Verbände, 1985, S. 341, Darmstadt
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Art. 19 IV GG als Teil des Rechtsstaatsprinzip, NVwZ 1983, 1
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schenk, Wolfgang in: Schoch/Schneider/Bier, Komm. VwGO, 31. EL, Juni 2016
- Scholz, Rupert in: Maunz-Düring, Lfg. 35, 1999
- Scholz, Rupert in: Kaiser, Günther/Metzger-Drežiger, Gerhard (Hrsg.) Betriebsjustiz über die soziale Kontrolle abweichenden Verhaltens in Industriebetrieben, 1976; zitiert: Betriebsjustiz, Berlin
- Schütze, Rolf A., Zur Frage der Unwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung bei Verstoß gegen die guten Sitten, WuB VII A § 1025 ZPO 1.90
- Schütze, Rolf A. in: Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A., Komm. ZPO, Bd. 11, 4. Aufl. 2013, Berlin
- Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard/Baumbach, Adolf, Komm. Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage 2005, München
- Seifert, Achim in: Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich, Komm. TVG, 5. Aufl. 2014, Frankfurt
- Semler, Franz-Jörg, Schiedsverfahren im Rahmen von Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik Deutschland, SchiedsVZ 2003, 97
- Siebel, Ulf R., Zuständigkeitsfragen bei der Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1954, 542
- Stadler, Astrid, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozess und Rechtshilfeverfahren 1989, Tübingen
- Steinberg, Rudolf, Interessenverbände in der Verfassungsordnung, 1985, S. 228, Baden-Baden
- Stober, Rolf, Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1979, 2001
- Streinz, Rudolf in: Sachs, Komm. GG, 7. Aufl. 2014, München
- Teubner, Gunther, Verbandsdemokratie durch Recht? in Steinberg, Rudolf, Hrsg., Staat und Verbände, 1985, S. 256, Darmstadt
- Timmermann, Franz-Hubert/Vogel, Hanspeter, Das "Schiedsgericht Berlin" – Nachfolger des "Schiedsgerichts der Kammer für Außenhandel der DDR"? BB 1992, Beilage 15, S. 9
- Treber, Jürgen in: Anwaltskomm. Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010
- Turegg, Kurt Egon von, Gerichte, NJW 1953, 1201
- Ule, Carl Herman, Anm. zu BVerwG JZ, 1958, 625, daselbst

- Vollkommer, Max in: Zöller, Richard, Komm. ZPO, 31. Auflage 2016, Köln
- Vosskuhle, Andreas, Rechtsschutz gegen den Richter, Diss. München, 1993; zitiert:  
Rechtsschutz
- Vosskuhle, Andreas/Kaiser, Anna Bettina, Der allgemeine Justizgewährungsanspruch, JuS 2014, 312
- Wagner, Gerhard, Prozessverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998, Tübingen
- Walter, Gerhard, Zur Unwirksamkeit einzelner Klauseln in einem Schiedsvertrag, zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen dieser insgesamt nichtig ist, sowie zu der weiteren Frage, ob als Prüfungsmaßstab BGB § 138 oder ZPO § 1025 Abs. 2 heranzuziehen ist, JZ 1989, 590
- Wank, Rolf in: Wiedemann, Komm. TVG, 7. Aufl. 2007, München
- Weigel, Richard, Befangenheit im Schiedsgerichtsverfahren, MDR 1999, 1360
- Wengler, Wilhelm, Die Kampfmaßnahme im Arbeitsrecht, 1960, Frankfurt
- Werthauer, Kurt, Zur Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte, NJW 1953, 1416
- Zimmerling, Wolfgang in: Schwab/Weth, Komm. ArbGG, 3. Aufl. 2011
- Zobel, Petra, Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht, Diss. Hamburg, 2005
- Zöller, Richard, Komm. ZPO, 31. Aufl. 2016, Köln
- Zöllner, Wolfgang, Das Wesen der Tarifnomen, RdA. 1964, 443

