

Simon Fink: Ökonomische Analyse des Schiedsverfahrensrechts

Besonderheiten schiedsgerichtlicher Verfahren und ihre Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt

Der Autor ist Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Naumburg und ehemaliger Student der Rechtswissenschaft (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist als Abschlussarbeit der Wirtschaftswissenschaftlichen Zusatzausbildung im Schwerpunktteil Management und Wettbewerb bei Prof. Dr. Martin Leschke (Lehrstuhl Volkswirtschaftslehre V insb. Institutionenökonomik) unter Betreuung von Felix Schlieszus, M. Sc. entstanden.

A. Einleitung

Die Wahl eines privaten Schiedsverfahrens zur Klärung des Bestehens und der Höhe vertraglicher wie außervertraglicher Ansprüche erfreut sich in den letzten Jahren einer steigenden Beliebtheit. Dies hat auch dazu geführt, dass in einzelnen, teils hochspezialisierten Rechtsgebieten, besonders bei internationalem Bezug die Wahl des Schiedsverfahrens zum Standard geworden ist und kaum Verfahren mehr vor den staatlichen Gerichten abgehalten werden. Zu nennen sind hier beispielsweise die Rückversicherungsbranche oder der Anlagenbau.¹

Spätestens seit der hitzig geführten Debatte über das Freihandels- und Investitionsschutzabkommen TTIP zwischen der Europäischen Union (EU) und den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) ist auch die Schiedsbranche in das Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit gerückt, auch wenn es hierbei meist um den Spezialfall der Investor-Staat-Streitbeilegungen (Investor-State-Dispute-Settlement, ISDS) ging. Diese wurden in Öffentlichkeit und Presse meist kritisch betrachtet², was auch auf die Schiedsbranche im Allgemeinen abgestrahlt hat.

Innerhalb der Schiedsbranche ist man sich der Vorteile, die ein Schiedsverfahren gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit bietet, weiterhin sicher. In der rechtswissenschaftlichen Fachliteratur finden sich zahlreiche Veröffentlichungen, die diese Vorteile aus Sicht der Parteien darlegen. Genannt werden

regelmäßig die Möglichkeit zur Geheimhaltung, kürzere Verfahrensdauer dank fehlendem Instanzenzug mit daraus resultierenden geringeren Kosten, die freie Wählbarkeit der Schiedsrichter oder die grenzüberschreitende Durchsetzbarkeit der Schiedssprüche dank des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen (NYÜ).³

Auch Bedenken, Vorbehalte und etwaige Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht vernachlässigt. Immer wieder werden verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber der Zulässigkeit einer privaten Gerichtsbarkeit neben der staatlichen geäußert⁴, welche aber gerade im zivilrechtlichen Bereich durch Bezugnahme auf die Freiheitsgrundrechte leicht zu widerlegen sind.⁵ Auch die fehlende Präzedenzwirkung von Schiedssprüchen und der daraus resultierende Mangel an Vorhersehbarkeit schiedsrichterlicher Entscheidungen sind häufig der Kritik ausgesetzt.⁶ Zurückgeführt wird dieses Problem auf die meist nicht oder nur in geringem Umfang und nicht repräsentativ durchgeführte Veröffentlichung der Schiedssprüche.⁷ Diese Nichtveröffentlichung wird in der Literatur sowohl im Spannungsfeld mit dem Interesse der Parteien an Geheimhaltung der Verfahrensinhalte⁸ als auch in Bezug auf eine etwaige Veröffentlichungspflicht diskutiert.⁹

In weitaus geringerem Umfang wird sich in der deutschsprachigen Rechtsliteratur der Ökonomischen Analyse,

¹ Vgl. *Wolff, Reinmar*, Grundzüge des Schiedsverfahrensrechts, JuS 2008, S. 108; *Ebbing, Frank*, Private Zivilgerichte: Möglichkeiten und Grenzen privater (schiedsgerichtlicher) Zivilrechtsprechung, 2003, S. 39–41; *Lachmann, Jens-Peter*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Auflage, 2008, S. 30.

² ZEIT (2014); Süddeutsche Online (2014a); Süddeutsche Online (2014b); Der Standard (2014).

³ Vgl. statt vieler: *Ebbing* (Fn. 1), S. 81–94; *Torggler, Hellwig*, Schiedsgerichtsbarkeit. Praxishandbuch, 2007, S. 37–54; *Lachmann* (Fn. 1), S. 34–52; *Schütze, Rolf A.*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Auflage, 2016, S. 14–18.

⁴ Vgl. *Ebbing* (Fn. 1) S. 16–22.

⁵ Vgl. *Ebbing* (Fn. 1) S. 23–25.

⁶ Vgl. *Lachmann* (Fn. 1), S. 50–51; *Schütze* (Fn. 3), S. 18; *Ebbing* (Fn. 1), S. 27–28.

⁷ Vgl. *Ebbing* (Fn. 1) S. 388; Veröffentlicht wird u.a. im Yearbook of Commercial Arbitration, abrufbar unter http://www.arbitration-icca.org/publications/consolidated_list_of_all_court_decisions.html sowie zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf den Seiten der Weltbank, abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ConcludedCases.aspx?status=c>.

⁸ Vgl. *Sawang, Judith*, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2010; *Kahlert, Heiner*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren: eine Untersuchung nach deutschem Recht mit internationalen Bezügen, 2015.

⁹ Vgl. *Wimalasena, Philip*, Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, 2016.

speziell der des Verfahrensrechts, gewidmet.¹⁰ Die wenigen Veröffentlichungen bieten allerdings durchaus neue Erkenntnisse, vor allem einen anderen Blick auf verfahrensrechtliche Fragestellungen. Dies resultiert daraus, dass die Ökonomische Analyse des Rechts die Wirkungen verschiedener Verfahrensmodalitäten auf die Entscheidungen der Prozessparteien modellhaft darzustellen vermag und darüber hinaus auch daraus resultierende Wirkungen auf die Gesamtwohlfahrt beschreiben kann.

Die beschriebenen Vor- und Nachteile des Schiedsverfahrens ergeben sich gerade aus den Unterschieden zu typischen Modalitäten eines staatlichen Zivilprozesses. Ob und wie sich diese Unterschiede aus ökonomischer Perspektive auf die Gesamtwohlfahrt auswirken, wurde bislang nicht untersucht, denn die genannten Veröffentlichungen zur ökonomischen Analyse des Verfahrensrechts beschäftigen sich vorrangig bis ausschließlich mit dem staatlichen Zivilprozess. Wie die rein juristische Literatur zum Zivilverfahrensrecht durch die Analyse mit ökonomischen Modellen eine sinnvolle Ergänzung erfahren hat, kann auch die ökonomische Analyse schiedsverfahrensrechtlicher Besonderheiten einen Anstoß für die juristische Forschung auf diesem Gebiet geben.

Eine ökonomische Analyse einzelner Besonderheiten des Schiedsverfahrensrechts im Vergleich zu Modalitäten im Prozess vor staatlichen Gerichten soll hier unternommen werden. Dafür soll zunächst mit ökonomischen Methoden erklärt werden, warum Parteien sich dazu entscheiden, die für sie und die Allgemeinheit entstehenden Kosten eines Prozesses auf sich zu nehmen. Die Faktoren, die bei der Entscheidung zu prozessieren oder sich zu vergleichen auf die Parteien wirken, werden analysiert, um zunächst ökonomisch nachzuvollziehen, wie die Entscheidung zum streitigen Prozess zustande kommt. Anschließend sollen die dabei bestehenden Unterschiede zwischen Schieds- und staatlichen Verfahren herausgearbeitet werden. Der Fokus soll dabei auf den Wirkungen dieser Unterschiede auf die Gesamtwohlfahrt liegen.

B. Theoretische Grundlagen

I. Das Adams'sche Prozessentscheidungsmodell

Zunächst stellt sich die Frage, warum zwei nach Nutzenmaximierung strebende Parteien einen stets mit Kosten monetärer und nicht-monetärer Art verbundenen Prozess bestreiten. Die durch einen Prozess entstehenden Kosten setzen sich aus den monetären Kosten für die eigene Rechtsberatung, den Gerichtskosten und, im Falle einer Niederlage vor Gericht, auch den gegnerischen Anwaltskosten zusammen, § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Hinzu treten gegebenenfalls nicht-monetäre Kosten wie der aufgewandte Zeitaufwand, Stress und Frustration durch die Prozessführung.¹¹ Als Alternative zur Prozessführung besteht stets die Möglichkeit, sich mit der gegnerischen Partei zu vergleichen, wobei das durch den Verzicht auf den Prozess Ersparte zur Findung einer Verhandlungslösung bereitstünde.¹² *Michael Adams* hat ein Modell entwickelt, mit dem sich die Bildung der Erwartungswerte der beiden Prozessparteien vor dem Prozess beschreiben lässt. Die Erwartungswerte hängen dabei von der Höhe des Streitwerts, also der Höhe des potentiellen Anspruchs des Anspruchstellers gegen den Anspruchsgegner, der jeweiligen Siegeswahrscheinlichkeit und den Kosten des Prozesses ab.¹³ Der Erwartungswert des Klägers (E_K) setzt sich zusammen aus dessen Siegeswahrscheinlichkeit (p_K) multipliziert mit dem Streitwert (G) abzüglich der Gegenwahrscheinlichkeit ($1-p_K$) multipliziert mit den Kosten (K).

$$E_K = p_K * G - (1 - p_K) * K \quad \text{umgeformt}$$

$$E_K = p_K * (G + K) - K^{14}$$

Der Kläger muss also zur Abschätzung seines Erwartungswerts eine Siegeswahrscheinlichkeit festlegen. Unter diesen Voraussetzungen kann der Anspruch des Klägers nur dann seinen vollen Wert erlangen, wenn sich der Kläger seines Sieges völlig gewiss ist. Bei einem zivilrechtlichen Streitwert von 10.000 €, über den der Prozess dann vor dem Landgericht (LG) geführt wird, § 23 Nr. 1 GVG, ergeben sich für die erste Instanz bei nur gerichtlicher Vertretung Prozesskosten¹⁵ von ca. 4090 €. ¹⁶ Wird nun eine Siegeswahrscheinlichkeit von 1 eingesetzt, ergibt sich ein Erwartungswert von 10.000 €. Liegt die Siegeswahrscheinlichkeit nur noch bei 0,9, so sinkt der

¹⁰ Vgl. *Adams, Michael*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981; *Adams, Michael*, Ökonomische Theorie des Rechts: Konzepte und Anwendungen, 2002; *Wagner, Gerhard*, Ökonomische Analyse der Rechtsmittel, in: Bork, Reinhard/Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernhard (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, Beiträge zum XI. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (26. bis 29. März 2008), 2009.

¹¹ Also alle Kosten, die durch die Wahl des Prozesses anstatt einer anderen Alternative anfallen, Opportunitätskosten, vgl. *Posner, Richard A.*, *Economic Analysis of Law*, 2014, S. 6-8.

¹² Vgl. *Coase, R.H.*, The Problem of Social Cost, *The Journal of Law and Economics* 56 (4), 2013, S. 838–850.

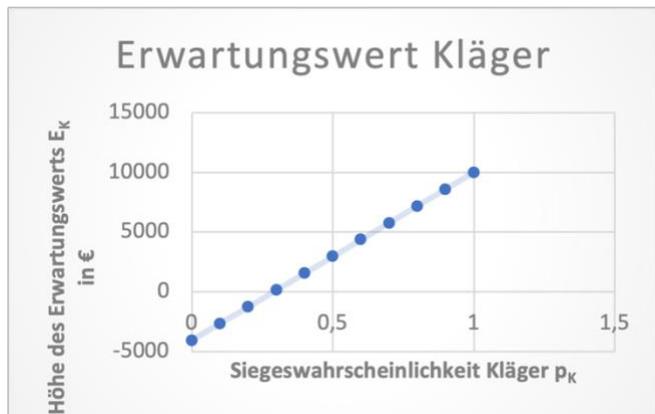
¹³ Vgl. *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 6.

¹⁴ *Adams*, ebd.

¹⁵ Der Einfachheit halber sollen zunächst nur monetäre Prozesskosten, wie sie auch im Gesetz geregelt sind, berücksichtigt werden.

¹⁶ Errechnet mit dem Prozesskostenrechner des Deutschen Anwaltverein (DAV), abrufbar unter <https://anwaltverein.de/de/service/prozesskostenrechner>.

Erwartungswert auf 8591 €. E_K steigt also linear mit steigender Siegeswahrscheinlichkeit.¹⁷ Graphisch veranschaulicht ergibt sich folgendes Bild:



Der Erwartungswert bezeichnet die erwartete Auszahlung an den Kläger bei Eingehung des Prozesses. Dementsprechend wird der Kläger in einer außergerichtlichen Vergleichsverhandlung eine ihm angebotene Zahlung unterhalb des Erwartungswerts nicht annehmen. Somit entspricht der Erwartungswert des Klägers seiner Mindestforderung in einer Vergleichsverhandlung.

Auch der Beklagte bildet sich im Streitfall seinen Erwartungswert des Prozesses. Im aus seiner Sicht besten Fall des Obsiegens ist seine Auszahlung null, im schlechtesten Fall hat er den Anspruch in voller Höhe an den Kläger zu entrichten und die Prozesskosten zu tragen.¹⁸ Sein Erwartungswert (E_B) ergibt sich somit aus seiner Siegeswahrscheinlichkeit (p_B) multipliziert mit null abzüglich der Gegenwahrscheinlichkeit ($1 - p_B$) multipliziert mit dem Streitwert (G) plus der Kosten (K).

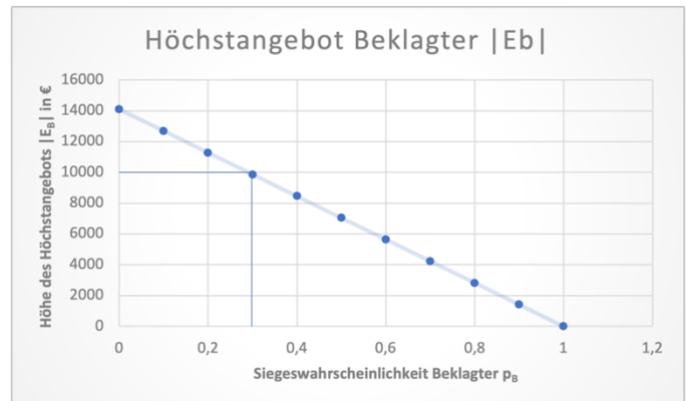
$$E_B = p_B * 0 - (1 - p_B) * (G + K)$$

umgeformt

$$E_B = p_B * (G + K) - (G + K)^{19}$$

Der Bestfall für den Beklagten ergibt sich auch hier bei einer Siegeswahrscheinlichkeit von 1, dann nämlich ist seine Auszahlung null. Sieht der Beklagte seine Siegeswahrscheinlichkeit aber beispielsweise bei 0,8, so ergibt sich, ausgehend von obigem Zahlenbeispiel, ein Erwartungswert von -2818 €. Der Erwartungswert des Beklagten sinkt also mit sinkender Siegeswahrscheinlichkeit immer weiter in den negativen Bereich bis auf den Wert von Streitwert und Prozesskosten zusammen. Die Auszahlung, mit der der Beklagte durch einen Prozess rechnet, steigt mit sinkender Siegeswahrscheinlichkeit an. In einer

außergerichtlichen Vergleichsverhandlung wird der Beklagte dem Kläger nun höchstens so viel anbieten, wie er durch den Prozess zu verlieren erwartet. Der Betrag des Erwartungswerts des Beklagten ($|E_B|$) entspricht somit dessen Höchstangebot in außergerichtlichen Verhandlungen.²⁰ Das Höchstangebot des Beklagten verläuft graphisch wie folgt:



Zwar ergibt sich für niedrige Siegeswahrscheinlichkeiten bis ca. 0,29 ein Höchstangebot über 10.000 €, da die Prozesskosten in Vergleichsverhandlungen aber sowieso nicht zur Debatte stehen und der Beklagte diese auch nach Klageerhebung bei sofortiger Anerkenntnis des Anspruchs nicht zu tragen hat (§ 93 ZPO) wird er bis zu dieser Siegeswahrscheinlichkeit den vollen Anspruch in Vergleichsverhandlungen anbieten.

Betrachtet man erneut obiges Zahlenbeispiel mit $p_K = 0,9$, somit $E_K = 8591$ € und $p_B = 0,8$, somit $|E_B| = 2818$ € so ergibt sich eine Differenz von 5773 € zwischen dem Höchstangebot des Beklagten und der Mindestforderung des Klägers. In diesem Fall ist für einen Vergleich kein Raum, denn die Beteiligten werden sich nicht einigen. Setzt man jedoch für die Siegeswahrscheinlichkeiten andere Zahlen ein, beispielsweise für den Kläger $p_K = 0,6$ und den Beklagten $p_B = 0,4$, ergeben sich die Erwartungswerte $E_K = 4364$ € und $|E_B| = 8454$ € und somit ein Überschuss zwischen Höchstangebot und Mindestforderung von 4090 €, der zwischen den Parteien im Wege der Verhandlungslösung verteilt werden kann. Liegt das Höchstangebot über der Mindestforderung, so kommt es dementsprechend zu einem Vergleich, übersteigt die Mindestforderung das Höchstangebot, so kommt es zum Prozess. Es gilt:

$$\Delta E = E_K + E_B$$

$$\Delta E > 0 \rightarrow \text{Prozess}$$

¹⁷ Vgl. Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 8.

¹⁸ Das Modell geht stets davon aus, dass das Gericht einer Klage entweder voll stattgibt oder sie vollständig abweist.

¹⁹ Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 8.

²⁰ Vgl. Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 9.

$\Delta E < 0 \rightarrow$ Vergleich²¹

Ist also der Verhandlungsabstand (ΔE) größer als null, kommt es zum Prozess, ist er kleiner als null, ist ein Vergleich möglich. Für die Frage, unter welchen Umständen es zum Prozess kommt, ist nun der Grenzbereich zwischen Prozess und Vergleich entscheidend, also die Fälle, in denen ΔE gleich null ist.

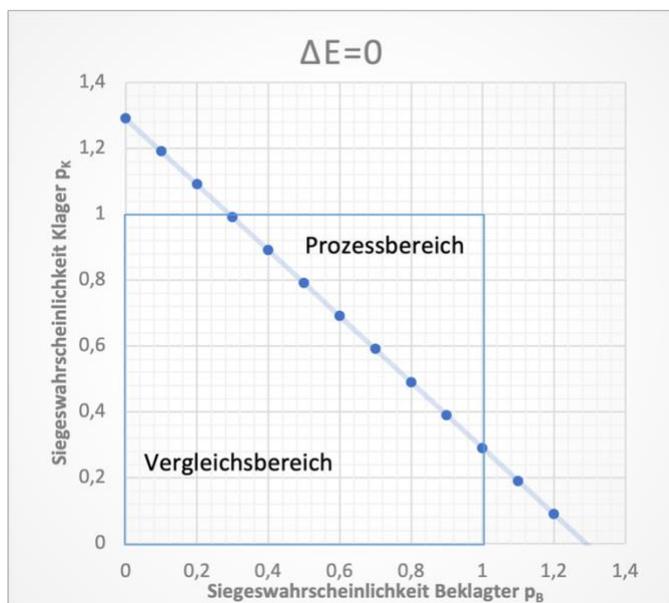
$$\Delta E = E_K + E_B = p_K * (G + K) - K + p_B * (G + K) - G + K^{22}$$

$$\Delta E = 0 = (p_K + p_B) * (G + K) - G - 2 K^{23}$$

Dies lässt sich nach p_K auflösen, um die Trennlinie zwischen Vergleichs- und Prozessbereich darzustellen:

$$p_K = -p_B + \frac{G+2K}{G+K}^{24}$$

Graphisch veranschaulicht ergibt sich folgendes Bild:



Das eingezeichnete Quadrat grenzt die zulässigen Wahrscheinlichkeiten von unzulässigen Kombinationen ab, da eine Partei ihre Siegeswahrscheinlichkeit nie über eins ansetzen kann. Die eingezeichnete Linie zeigt deutlich, dass die beiden Siegeswahrscheinlichkeiten zusammengenommen über dem Wert eins liegen müssen, damit es zu einem Prozess kommen kann. Formt man obige Gleichung erneut um, ergibt sich als Bedingung für einen Prozess:

$$p_K + p_B > \frac{G+2K}{G+K}^{25}$$

²¹ Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 10.

²² Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 11.

²³ Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 12.

²⁴ Adams ebd.

²⁵ Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 16.

²⁶ Vgl. Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 16–19.

²⁷ Würde eine Person die Wahrscheinlichkeiten $\neq 1$ festsetzen, spräche man von Inkonsistenz. Adams verwendet diesen Begriff nun auch für die Festsetzung durch beide Parteien. Dies soll hier übernommen werden.

Setzt man die Zahlen des oben herangezogenen Beispiels ein, so ergibt sich, dass die beiden Siegeswahrscheinlichkeiten zusammengenommen mindestens den Wert 1,29 erreichen müssen, damit es zu einem Prozess kommt. Geht man aber mit Adams' Modell davon aus, dass einer Klage entweder voll stattgegeben oder sie voll abgewiesen wird, so ist der Prozess ein Ereignis, dessen beide Ausgangsoptionen, Sieg oder Niederlage, sich gegenseitig ausschließen. Die Wahrscheinlichkeit für den Sieg des Klägers p_K müsste daher eigentlich stets identisch mit der Wahrscheinlichkeit der Niederlage des Klägers ($1 - p_B$) sein, denn das eine ist notwendigerweise mit dem anderen verbunden. Damit könnte, würde ein objektiver Dritter von außen die Siegeswahrscheinlichkeiten der Parteien festlegen, $p_K + p_B$ auch niemals über eins ergeben, sondern stets genau eins. Unter oben aufgestellter Bedingung käme es dann aber niemals zu einem Prozess. Allerdings stellen die Parteien jeweils nur ihre eigene Siegeswahrscheinlichkeit auf, so dass es regelmäßig zu Ergebnissen von $p_K + p_B \neq 1$ kommt.²⁶ In dieser inkonsistenten²⁷ Festsetzung der Siegeswahrscheinlichkeiten durch die Parteien ist der Grund für die Entstehung von Zivilprozessen zu sehen. In Kapitel 3 sollen nun Einflussfaktoren auf die Bildung der Wahrscheinlichkeiten und die Kosten, welche die Bildung der Erwartungswerte beeinflussen, untersucht werden.

II. Das Adams'sche Kostenstrukturmodell

Im bislang betrachteten Modell wurde bezüglich der Prozesskosten von zwei Prämissen ausgegangen. Erstens wurde der Einfachheit halber nur der Fall einer entweder vollständigen Stattgabe oder eines vollständigen Abweizens der Klage ausgegangen. Um das Modell einfach zu halten, soll davon auch weiter ausgegangen werden. Zweitens wurde davon ausgegangen, dass die unterliegende Partei die gesamten Prozesskosten, also auch die Anwaltskosten der gegnerischen Partei, zu tragen hat. Nach deutschem Zivilprozessrecht ist eine solche Kostenverteilung auch grundsätzlich stets vorgesehen, § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, die gewählte Betrachtungsweise daher auch angezeigt. Österreich verfügt über eine wirkungsgleiche Regelung in § 41 Abs. 1 ÖZPO. Ähnliche Regelungen der Kostenverteilung zulasten der unterlegenen Partei finden sich in allen europäischen Zivilprozessordnungen, man kann daher

von der Europäischen Kostenregelung sprechen.²⁸ Im Gegensatz dazu ist die Kostenverteilung in den USA anders geregelt. Nach der American Rule of Costs (ARC) hat grundsätzlich jede Partei ihren Teil der Prozesskosten selbst zu tragen, unabhängig davon, welche Partei den Rechtsstreit für sich entscheidet.²⁹ Nun soll gezeigt werden, welche Auswirkungen eine solche geänderte Kostenverteilung auf die Erwartungswerte der Parteien und den Prozess- und Vergleichsbereich hat.

Zunächst ist ein Blick auf den Einfluss der Höhe der Prozesskosten auf die Bildung der Erwartungswerte zu werfen. Basierend auf dem Zahlenbeispiel aus Kapitel 2.1 gehen wir nun von Prozesskosten in Höhe von 6000 € statt 4090 € zur Durchsetzung des 10.000 € starken Anspruchs aus. Gehen wir ebenfalls davon aus, dass der Anspruch dem Kläger tatsächlich zusteht, er also nach materieller Rechtslage 10.000 € vom Beklagten fordern kann. Bei einer subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit von 0,9 liegt der Erwartungswert dann nur noch bei 8400 € statt wie zuvor bei 8591 €. Auch bei einer hohen Siegeswahrscheinlichkeit von 0,9 wäre der Anspruch bei Kosten für die Durchsetzung i.H.v. 8591 € nichts mehr wert.³⁰

Betrachtet man nun das oben eingeführte Modell der Erwartungswerte unter Berücksichtigung der ARC, so stellen sich die Kosten nicht mehr als eine Variable K dar, sondern müssen nach den Kosten des Klägers (K_K) und des Beklagten (K_B) unterschieden werden. Jede Partei hat stets ihre eigenen, nie aber die gesamten Prozesskosten zu tragen. Als Erwartungswert für den Kläger ergibt sich dann:

$$E_K = p_K * (G - K_K) - (1 - p_K) * K_K$$

umgeformt

$$E_K = p_K * G - K_K^{31}$$

Die Siegeswahrscheinlichkeit hat somit keinen Einfluss auf die Höhe der zu tragenden Prozesskosten, denn der eigene Prozesskostenanteil muss stets getragen werden. Demgegenüber vermindert sich der Erwartungswert auch bei einer Siegeswahrscheinlichkeit von 1 um die Höhe des eigenen Prozesskostenanteils.³²

Für den Beklagten ergibt sich bei Anwendung der ARC:

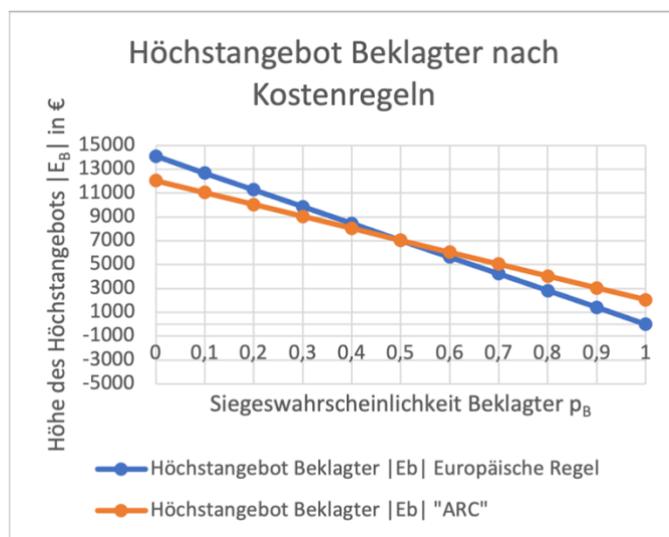
$$E_B = p_B * (0 - K_B) - (1 - p_B) * (G + K_B)$$

umgeformt

$$E_B = p_B * G - (G + K_B).$$

Parallel zum oben verwendeten Modell entspricht der Betrag des Erwartungswerts des Beklagten seinem Höchstangebot in außergerichtlichen Verhandlungen. Auch hier ergibt sich aus der Formel, dass die Höhe der Siegeswahrscheinlichkeit keinen Einfluss auf die Höhe des zu tragenden Prozesskostenanteils hat. Der Beklagte hat hier auch bei einer Siegeswahrscheinlichkeit von 1 keine erwartete Auszahlung von 0, da er stets seinen Kostenanteil zu tragen hat. Auch bei absoluter Siegesgewissheit sinkt sein Höchstangebot daher nicht auf 0, da er einen Prozess schon wegen der eigenen Prozesskosten zu vermeiden suchen wird.³³

Um die weiteren Auswirkungen der ARC auf Prozess- und Vergleichsbereich zu veranschaulichen, bietet sich erneut eine graphische Betrachtungsweise an. Herangezogen wird erneut das Zahlenbeispiel aus Kapitel 2.1, wobei sich die Prozesskosten K in Höhe von 4090 € nun als Prozesskostenanteil des Klägers $K_K = 2045$ € und Prozesskostenanteil des Beklagten $K_B = 2045$ € darstellen. Stellt man Mindestforderung und Höchstgebot jetzt jeweils vergleichend nach Europäischer Kostenregelung und ARC gegenüber, ergibt sich folgendes Bild:



²⁸ Vgl. Adams, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 311.

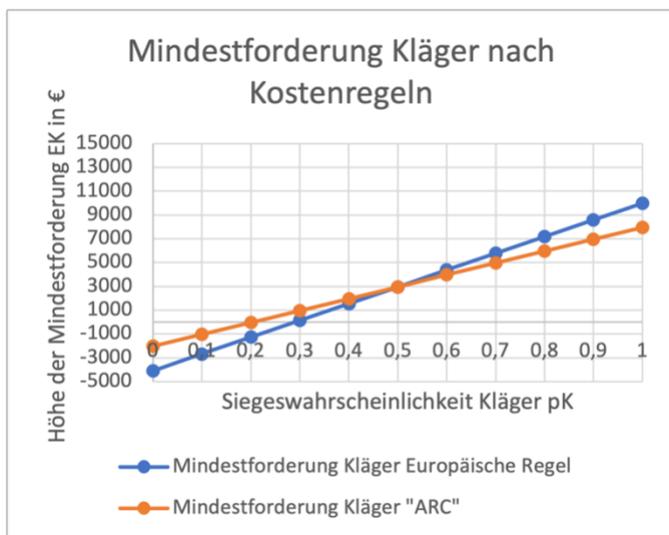
²⁹ Vgl. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 54. Judgement; Costs abrufbar unter https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_54.

³⁰ Vgl. Adams, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 321–322.

³¹ Adams, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 322.

³² Vgl. Adams, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 323.

³³ Vgl. Adams, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 324.



Aus dem Vergleich des Kurvenverlaufs bei Europäischer Kostenregel und ARC lassen sich nun zwei Schlüsse ableiten. Erstens führt die ARC bei niedrigen Siegeswahrscheinlichkeiten zu höheren Erwartungswerten als die Europäische Kostenregel, während sie für hohe Siegeswahrscheinlichkeiten zu niedrigeren Erwartungswerten führt. Dadurch werden unsichere Prozesse begünstigt, während es bei sicheren Prozessen eher zu einer Verdrängung in den Vergleichsbereich und damit „zu einer Erosion des materiellen Rechts“³⁴ kommt. Zweitens sinkt das Höchstangebot des Beklagten nie bis auf null ab. Ein Kläger kann daher, auch wenn der Beklagte sicher zu keiner Leistung verpflichtet ist, eine Zahlung fordern, die der Beklagte schon wegen der Kosten, die er im Falle des Prozesses stets zu tragen hätte, zu leisten bereit ist.³⁵

III. Das Shavell-Wagner'sche Rechtsmittelmodell

Gerhard Wagner³⁶ hat sich die Frage nach dem ökonomischen Nutzen eines Instanzenzugs, also der grundsätzlichen Möglichkeit der Parteien, eine Gerichtsentscheidung bei einem hierarchisch höhergestellten Gericht überprüfen zu lassen, gestellt. Er greift dabei auf die Arbeiten Steven Shavells³⁷ zurück. Betrachtet werden soll zunächst die Fehlerkorrekturfunktion der Rechtsmittel.³⁸

Im ersten Schritt bietet sich eine Vergleichsbetrachtung der Alternativen eines Rechtssystems mit und ohne Instanzenzug

an. Für einen fairen Vergleich ist dabei davon auszugehen, dass das fiktive Rechtssystem ohne Instanzenzug über eine einzige, mit exzellenten Richtern besetzte und dementsprechend kostenintensive, Instanz verfügt. Das fiktive Vergleichsrechtssystem verfügt über zwei Instanzen. Die erste Instanz ist dabei durch geringere Anforderungen an die Qualifikation und Erfahrung der Richter kostengünstiger. Fehlerhafte Entscheidungen dieser ersten Instanz können durch Berufung oder Revision³⁹ der Parteien zur zweiten Instanz angegriffen werden. Es stellt sich also die Frage, warum ein zweistufiges System einem exzellenten einstufigen vorzuziehen sein sollte. Es wird dabei davon ausgegangen, dass die Parteien wissen, welche erstinstanzlichen Entscheidungen falsch sind, dass falsche erstinstanzliche Entscheidungen eher aufgehoben werden, als richtige und dass die Parteien risikoneutral sind.⁴⁰ Unter diesen Prämissen ergibt sich eine Separierung zwischen den Parteien, die in erster Instanz falsch abgeurteilt wurden und solchen, die ein richtiges Urteil erhalten haben, sodass im Ergebnis nur falsche Urteile angefochten werden. Dies lässt sich wiederum an einem Beispiel der Bildung von Erwartungswerten veranschaulichen. Wurde beispielsweise der aus Kapitel 2.1 bekannte Beklagte zu Unrecht zur Zahlung der 10.000 € verurteilt und besteht eine Berichtigungsquote von 80 % für erstinstanzlich falsche Urteile bei Kosten für die zweite Instanz von ca. 4730 €⁴¹ ergibt sich ein Erwartungswert für die zweite Instanz von $0,8 * 10.000 € - 4730 € = 3270 €$. Ist der Beklagte zu Recht verurteilt worden und besteht für die falsche Änderung erstinstanzlicher Urteile eine Quote von 30 % ergibt sich ceteris paribus ein Erwartungswert von $0,3 * 10.000 € - 4730 € = -1730 €$. Shavell und Wagner gehen grundsätzlich sogar davon aus, dass eine Separierung der Parteien nach richtigen und falschen Urteilen auch ohne die hier miteinbezogenen zusätzlichen Prozesskosten aufgrund der ohnehin entstehenden privaten Kosten stattfindet. Zusätzliche Prozesskosten (oder Subventionierungen) werden aber ebenfalls in die Überlegungen mit aufgenommen.⁴² Betrachtet man das Modell nun unter Einfluss der europäischen Kostenregel und bedenkt, dass die gesamten Kosten für beide Instanzen von der unterliegenden Partei getragen werden müssen, verstärkt sich der Anreiz, nur falsche Urteile anzufechten, noch einmal. Der Erwartungswert für die Anfechtung eines falschen Urteils

³⁴ Adams, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 325.

³⁵ Vgl. Adams, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 324–325.

³⁶ Wagner (Fn. 10), S. 157–193.

³⁷ Shavell, Steven, The Appeals Process as a Means of Error Correction, The Journal of Legal Studies 24 (2), 1995, S. 379-426; Ders., Foundations of economic analysis of law, 2004, S. 456–463.

³⁸ Wagner (Fn. 10), 2009, S. 158–159.

³⁹ Auf die – juristisch wichtige – Unterscheidung dieser beiden Begriffe kommt es für das ökonomische Modell nicht an. Shavell spricht stets von „appeal“, was beide Bedeutungen haben kann.

⁴⁰ Vgl. Wagner (Fn. 10), S. 166; Shavell, Foundations (Fn. 37), S. 458.

⁴¹ Prozesskostenrechner des DAV, abrufbar unter <https://anwaltverein.de/de/service/prozesskostenrechner>.

⁴² Vgl. Shavell, Foundations (Fn. 37), S. 459; Wagner (Fn. 10), S. 167.

beläuft sich dann auf $0,8 * 10.000 \text{ €} - 0,2 * 8820 \text{ €} = 6236 \text{ €}$, für die Anfechtung eines richtigen Urteils auf $0,3 * 10.000 \text{ €} - 0,7 * 8820 \text{ €} = - 3174 \text{ €}$.⁴³ Unter der Prämisse der vollständigen Separierung kommt es nun dazu, dass nur falsche Urteile in zweiter Instanz korrigiert werden. Die exzellente und damit teure zweite Instanz muss sich also nur mit den tatsächlich falschen Urteilen aus erster Instanz auseinandersetzen, im Gegensatz zu einer Einzelinstanz mit allen anfallenden Fällen. Dies kann wiederum durch Zahlenbeispiele verdeutlicht werden: Sind in einem Rechtssystem 1000 Fälle zu entscheiden und beschäftigt sich nur eine, exzellente Instanz mit Kosten von 100 € pro Entscheidung mit den Fällen, was zu einer Richtigkeitsquote von 100 % führt, entstehen Kosten von 100.000 €. Entscheidet bei zwei Instanzen die erste Instanz zu Kosten von 50 € pro Entscheidung mit einer Richtigkeitsquote von 80 % über die Fälle und anschließend die zweite Instanz über die falschen 20 % mit Richtigkeitsquote von 100 % zu Kosten von 100 €, so entstehen Kosten von $1000 * 50 \text{ €} + 0,2 * 1000 * 100 \text{ €} = 70.000 \text{ €}$ und damit um 30.000 € geringere Kosten als bei nur einer Instanz.⁴⁴ Der ökonomische Vorteil eines Rechtsmittelsystems, das die Entscheidung über die Einlegung des Rechtsmittels in die Hände der Parteien legt, liegt im Wissensvorteil der Parteien gegenüber einer zentralen Stelle, bspw. eines Generalanwalts⁴⁵. Durch ein parteiinduziertes Rechtsmittelsystem wird für die Parteien der Anreiz geschaffen, die Entscheidung selbst zu prüfen und im Fall der Unrichtigkeit Rechtsmittel einzulegen.⁴⁶

Einen weiteren ökonomischen Nutzen eines Rechtsmittelsystems erblicken *Shavell* und *Wagner* in der Anreizfunktion zu sorgfältigem Arbeiten für Richter der unteren Instanzen. Soweit die Aufhebung eines Urteils mit wie auch immer gearteten Konsequenzen für Karriere oder Reputation des Richters verbunden ist, wird er versuchen, eine solche Aufhebung zu vermeiden, somit richtige Urteile zu fällen. Dies gilt allerdings nur unter der bereits oben aufgestellten Prämisse, dass die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines falschen Urteils in der zweiten Instanz die Wahrscheinlichkeit der Aufhebung eines richtigen Urteils übersteigt. Ein Obergericht, das nur wie eine Lotterie fungiert, vermag den Anreiz nicht zu induzieren.⁴⁷

Weiterhin wird der Beitrag eines Rechtsmittelsystems zu Rechtsangleichung und Rechtsfortbildung diskutiert.⁴⁸ *Shavell*

hält ein Rechtsmittelsystem zu diesem Zweck allerdings für nicht notwendig, da die Gerichte das notwendige, seiner Ansicht nach geringe⁴⁹, Maß an Rechtsangleichung und Rechtsfortbildung selbst erblicken könnten und daher auch ohne parteiinduzierte Rechtsmittel eingriffen. Einen etwaigen Wissensvorteil der Parteien gäbe es in diesem Fall, im Gegensatz zur Funktion der Fehlerkorrektur, nicht.⁵⁰ Allerdings lässt sich konstatieren, dass, wenn man bereits ein parteiinduziertes Rechtsmittelsystem zum Zwecke effizienter Fehlerkorrektur geschaffen hat, ein solches ohnehin zur Verfügung steht. Es leuchtet daher ein, dieses auch für die Rechtsangleichung und -fortbildung zu nutzen, anstatt eine zusätzliche, mit weiteren Kosten verbundene Stelle für das Aufspüren der relevanten Fälle zu schaffen.

Ein Rechtsmittelsystem hat somit durch die Funktionen der effizienten Fehlerkorrektur, Anreiz zu sorgfältigem Arbeiten und der Möglichkeit der Rechtsangleichung und -fortbildung einen positiven Wohlfahrtseffekt. Inwiefern sich das grundsätzliche Fehlen eines solchen in der Schiedsgerichtsbarkeit auswirkt, soll in Kapitel 3.4 erörtert werden.

C. Analyse

I. Rechtsunsicherheit und Vertraulichkeit

Wie oben festgestellt, ist die Bildung der subjektiven Wahrscheinlichkeiten bei der Berechnung der Erwartungswerte der Parteien ausschlaggebend für die Existenz von Zivilprozessen.⁵¹ Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Rechtsunsicherheit im weiteren Sinn, also die Unkenntnis sowohl über die materielle Rechtslage als auch die letztliche Entscheidung des Gerichts, nicht allein als Grund für eine inkonsistente Bildung der subjektiven Wahrscheinlichkeiten erhalten kann. Denn auch bei völliger Rechtsunsicherheit, beispielsweise der gerichtlichen Entscheidung durch Münzwurf, könnten die Parteien bei vollständiger Information über die Entscheidungsmodalitäten ihre subjektiven Wahrscheinlichkeiten konsistent im Sinne der Erfüllung der Bedingung $p_K + p_B = 1$, festsetzen. Die Ursache für Zivilprozesse liegt also nicht in Rechtsunsicherheit allein, sondern resultiert aus dem kombinierten Auftreten von Rechtsunsicherheit und unvollständiger Information.⁵² Die

⁴³ Vgl. *Wagner* (Fn. 10), S. 178–180.

⁴⁴ Vgl. *Shavell*, *Foundations* (Fn. 37), S. 460; *Wagner* (Fn. 10), S. 167–168.

⁴⁵ Wie in romanischen Rechtskulturen, vgl. *Wagner* (Fn. 10), S. 162.

⁴⁶ Vgl. *Wagner* (Fn. 10), S. 170; *Shavell*, *Foundations* (Fn. 37), S. 463.

⁴⁷ Vgl. *Wagner* (Fn. 10), S. 168; *Shavell*, *Foundations* (Fn. 37), S. 462.

⁴⁸ Vgl. *Wagner* (Fn. 10), S. 160–162.

⁴⁹ Vgl. *Shavell*, *Appeals Process* (Fn. 37), S. 425.

⁵⁰ Vgl. *Shavell*, *Foundations* (Fn. 37), S. 463.

⁵¹ Siehe oben unter Kapitel 2.1.

⁵² Vgl. *Adams*, *Zivilprozess* (Fn. 10), S. 19–20.

Parteien werden nun so lange Aufwendungen für weitere Informationen tätigen, wie die Kosten dieser Informationen den Nutzen selbiger für den Prozessausgang nicht überschreiten. Dabei ist davon auszugehen, dass die Kosten für jede weitere Information stärker ansteigen, je weiter sich die subjektive Wahrscheinlichkeit an den tatsächlich richtigen Wert angenähert hat.⁵³ Jedoch ist festzuhalten, dass jede Rechtsordnung mit einer Vielzahl wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und Generalklauseln arbeitet. Die genaue, konkrete Bedeutung dieser Begriffe ist für den Einzelnen nicht sofort ersichtlich, da der Gesetzgeber durch ihre Verwendung versucht, eine möglichst große Zahl konkreter Lebenssachverhalte mit dem Begriff abzudecken. Der Inhalt dieser Begriffe wird von Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur mit jeder Entscheidung weiter konkretisiert.⁵⁴ Diese Rechtsunsicherheit im engeren Sinn limitiert die Möglichkeit der Parteien, Informationen über den Ausgang eines Prozesses zu akquirieren und begrenzt damit auch die Annäherung der subjektiven Wahrscheinlichkeiten an die tatsächlich richtige Wahrscheinlichkeit. Das liegt daran, dass die Parteien die Richtigkeit ihrer Vorstellungen über ihre Rechtsposition nicht weiter erhöhen können, da die Rechtsordnung die richtige Lösung des Problems bis zum Ende des Instanzenzugs selbst nicht kennt.⁵⁵ Daher ist die beschriebene Rechtsunsicherheit im engeren Sinn für die Analyse der Einflussfaktoren auf die Bildung der subjektiven Wahrscheinlichkeiten der Parteien interessant.

Ausgehend von den in Kapitel 2.2 aufgeführten Überlegungen zum ökonomischen Wert von Rechten lässt sich festhalten, dass die Kosten eines Prozesses und das Prozessrisiko entscheidenden Einfluss auf Inhalt und Wirkung eines materiellen Rechts haben. Die prozessrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten eines Anspruchs bestimmen dessen Wert mit. *Adams* kommt zu dem Schluss, dass „erst die Höhe der Kosten und das Prozeßrisiko [sic] zusammen mit dem Nennwert des Rechts den Wert und die Wirksamkeit und damit aber den Inhalt eines jeden Rechts bestimmen.“⁵⁶

Rechtsunsicherheit führt, wie festgestellt, dazu, dass sich eine Partei eines ihr objektiv zustehenden Rechts nicht sicher sein kann. Ist für einen Rechtsstreit beispielsweise ein Begriff maßgeblich, der sehr offen formuliert ist und der bislang von Rechtsprechung und Literatur nicht hinreichend mit Leben gefüllt wurde, kann eine Partei ihre Siegchance im Extremfall

nur mit 50 % ansetzen. Ein Anspruch in Höhe von 10.000 € ist dann, unter Einbeziehung der Prozesskosten, nur noch 2955 € wert. Zwar mag sich dieser Wert durch die Festsetzung des Erwartungswerts des Beklagten, der ebenfalls von Rechtsunsicherheit betroffen ist und dessen Überlegungen der Kläger nicht kennt, noch ändern. Dennoch lässt sich konstatieren, dass Rechtsunsicherheit zur Entwertung einer subjektiven Rechtsposition führt, da eine Partei auch ein ihr objektiv sicher zustehendes Recht bei der Bildung ihres Erwartungswerts nicht mit einer subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit von eins ansetzen kann. Betrifft dieses Recht nun Leistungen, die an einem Markt angeboten werden, wird die betreffende Partei beim Anbieten dieser Leistung einen Zuschlag auf den Preis einberechnen, um sich im Falle der unsicheren Durchsetzung des Rechts schadlos zu halten. Diese Preiserhöhung führt nun dazu, dass sich das Gleichgewicht auf dem Markt verschiebt und zumindest ein Teil der potentiellen Kunden dieser Leistung aus dem Markt gedrängt werden. Die dadurch verhinderte optimale Allokation der Ressourcen führt zu einer Wohlfahrtsschädigung. Durch die Entscheidung über Rechtsfragen mit Bezug zu unbestimmten Rechtsbegriffen wird die Rechtsunsicherheit schaffende Unbestimmtheit der Begriffe immer weiter abgebaut. Mit Veröffentlichung dieser (höchstrichterlichen) Rechtsprechung werden die Entscheidungen einem großen Adressatenkreis, also auch potentiellen Konfliktparteien zukünftiger Prozesse, zugänglich gemacht. Die Veröffentlichung solcher Rechtsprechung baut somit Rechtsunsicherheit ab und dämpft den wohlfahrtsschädigenden Effekt derselben ein. Darin ist ein positiver externer Effekt⁵⁷ und die wohlfahrtsfördernde Wirkung staatlicher Zivilprozesse zu sehen.⁵⁸

Weiterhin ist festzuhalten, dass durch die Verringerung der Rechtsunsicherheit die Möglichkeiten der Parteien, ihre subjektiven Wahrscheinlichkeiten den tatsächlich richtigen anzunähern, steigen. So sinkt das Risiko, dass durch zu hoch angesetzte subjektive Wahrscheinlichkeiten unnötige Prozesse geführt werden, die aufgrund der Subventionierung des Justizsystems mit Kosten für die Allgemeinheit verbunden sind. Zu niedrig angesetzte subjektive Wahrscheinlichkeiten, deren Vorkommen durch die Verringerung von Rechtsunsicherheit ebenfalls vermindert wird, führen demgegenüber zu einer häufigeren Verdrängung der Rechtsstreitigkeit in den Vergleichsbereich.⁵⁹ Dort hat die Rechtsordnung jedoch keinen Einfluss mehr auf den Ausgang

⁵³ Vgl. *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 20–21.

⁵⁴ Vgl. *Schwacke, Peter*, Juristische Methodik: mit Technik der Fallbearbeitung, 5. Auflage, 2011, S. 48–49.

⁵⁵ Vgl. *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 28–29.

⁵⁶ *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 44.

⁵⁷ Vgl. *Schäfer, Hans-Bernhard/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage, 2012, S. 81.

⁵⁸ Vgl. *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 77–79.

⁵⁹ Vgl. *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 79–80.

der Verhandlungen und jegliche Art von Verhandlungsmacht kann über die Verteilung des durch das Auseinanderfallen von Höchstangebot und Mindestforderung frei gewordenen Betrags entscheiden. Somit entfällt hier die Steuerungswirkung des Rechts.⁶⁰

Ein staatlicher Zivilprozess hat somit durch den Abbau von Rechtsunsicherheit aufgrund der Veröffentlichung der Urteile wohlfahrtsfördernde Wirkung.

Im Gegensatz zu Urteilen staatlicher Zivilprozesse werden Schiedssprüche in Schiedsverfahren meist nicht veröffentlicht. Im Fall von ad hoc Schiedsverfahren, deren Ablauf und anzuwendendes Recht sich vollständig aus der Vereinbarung der Parteien ergeben⁶¹, lassen sich Art und Ausmaß der Geheimhaltung ebenfalls durch schlichte Parteivereinbarung regeln.⁶² Demgegenüber stellen Schiedsinstitutionen den Parteien eine Schiedsordnung (SO) als verfahrensrechtliche Grundlage zur Verfügung, leisten Hilfe bei der Benennung der Schiedsrichter und geben einen administrativen Rahmen für die Durchführung des Verfahrens vor.⁶³ Aber auch die weit überwiegende Zahl der Schiedsinstitutionen sehen in ihren Schiedsordnungen eine Vertraulichkeitspflicht zumindest in Bezug auf den Schiedsspruch vor.⁶⁴ Dementsprechend wenige Schiedssprüche werden daher der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Zwar ergibt sich bei Betrachtung der gesamten Schiedsszene kein einheitliches Bild. So werden Schiedssprüche im Rahmen des Investitionsschutzes, die vor dem International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) geführt werden, größtenteils veröffentlicht.⁶⁵ Im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit schwankt die bereinigte Publikationsdichte, also das Verhältnis zwischen per Schiedsspruch abschließend entschiedenen Streitigkeiten und veröffentlichten Schiedssprüchen, je nach Schiedsinstitution zwischen 0,04 % und 15 %.⁶⁶ Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) weist sogar nur eine formelle, d.h. Verhältnis zwischen begonnenen Verfahren und Veröffentlichungen, Publikationsdichte von 0,005 % auf.⁶⁷ Im Gegensatz dazu werden die Entscheidungen der staatlichen Obergerichte fast vollständig veröffentlicht. Für ältere Entscheidungen gilt dies im Rahmen der amtlichen

Entscheidungssammlungen und Veröffentlichungen in Fachzeitschriften⁶⁸, neuere Entscheidungen werden vollständig online veröffentlicht.⁶⁹ Daraus ergibt sich, dass Schiedsverfahren, in Ermangelung einer mit den Urteilen staatlicher Gerichte vergleichbaren Veröffentlichungspraxis relevanter Schiedssprüche, den oben beschriebenen wohlfahrtsfördernden Effekt der Reduzierung von Rechtsunsicherheit nicht zu leisten vermögen. Es lässt sich daraus der Schluss ableiten, dass Schiedsverfahren aufgrund dessen im Vergleich zu staatlichen Verfahren wohlfahrtsschädigend sind.

Dieser Befund ist einzuschränken, sofern die Nicht-Veröffentlichung der Schiedssprüche noch andere Wirkungen zeigt als die oben dargestellte Einschränkung der Verminderung von Rechtssicherheit. Die Nicht-Veröffentlichung der Schiedssprüche ist als Teil der Vertraulichkeit im Schiedsverfahren anzusehen.⁷⁰ Diese Vertraulichkeit wird allgemein als einer der Vorteile von Schiedsverfahren und als Grund für die Parteien, ein Schiedsverfahren statt eines staatlichen Verfahrens zu wählen, angeführt.⁷¹ Gerade in einer globalisierten Wirtschaft, in der Unternehmen auf Innovation als treibende Kraft hinter Wettbewerbsvorteilen angewiesen sind, nimmt der Schutz von Unternehmensgeheimnissen und geistigem Eigentum einen hohen Stellenwert ein.⁷² Die Gründe für das Interesse der Parteien an Vertraulichkeit im Schiedsverfahren sind vielfältig. Mit Blick auf den Teilaspekt Nicht-Veröffentlichung der Schiedssprüche fallen besonders folgende Aspekte ins Auge: So kann es den Parteien darauf ankommen, Betriebsinterna und Geschäftsgeheimnisse wie Rezepturen, Modellskizzen, Zahlen der Finanzstruktur und Preisgestaltung, die möglicherweise im Schiedsspruch diskutiert werden könnten, geheim zu halten. Weiterhin kann eine Partei auch ein Interesse daran haben, die schiere Existenz eines Schiedsverfahrens geheim zu halten, um mögliche daraus resultierende Imageschäden abzuwenden. Auch kann es einer Partei, gerade wenn möglicherweise mehrere gleich gelagerte Streitfälle zur Debatte stehen, gerade darauf ankommen, einen Präzedenzfall durch die Veröffentlichung zu vermeiden, um zusätzliche potentielle

⁶⁰ Vgl. *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 91–93.

⁶¹ Vgl. *Ebbing* (Fn. 1), S. 35–36; *Schütze* (Fn. 3), S. 19–20.

⁶² Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 14–15.

⁶³ Vgl. *Ebbing* (Fn. 1), S. 36; *Schütze* (Fn. 3), S. 20–21.

⁶⁴ Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 31.

⁶⁵ Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 256–257; sowie oben Fn. 7.

⁶⁶ Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 262–267.

⁶⁷ Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 253.

⁶⁸ Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 244–247.

⁶⁹ Bspw. für den BGH abrufbar unter http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html.

⁷⁰ Zur Abgrenzung der Begriffe Vertraulichkeit, Nichtöffentlichkeit und Geheimhaltung, vgl. *Kahlert* (Fn. 8), S. 9–14. Von Relevanz für die vorliegende Arbeit ist die Nicht-Veröffentlichung der Schiedssprüche als Teil der Vertraulichkeit.

⁷¹ Vgl. *Lachmann* (Fn. 1), S. 41–44; *Ebbing* (Fn. 1), S. 88–90; *Schütze* (Fn. 3), S. 17; *Torggler* (Fn. 3), S. 44–46.

⁷² Vgl. *Sawang* (Fn. 8), S. 16–18.

Kläger nicht zum Einreichen weiterer Klagen zu motivieren.⁷³ Die empirische Datenlage zur Frage, welchen Stellenwert die Parteien der Vertraulichkeit tatsächlich beimessen, ist eher unübersichtlich. Die von *Heiner Kahlert* zusammengefassten Studien sind für die vorliegende Arbeit auch deshalb nicht verwendbar, weil auf die Bedeutung einzelner Teilaspekte der Vertraulichkeit, wie der hier untersuchten Nicht-Veröffentlichung von Schiedssprüchen, nicht eingegangen wird.⁷⁴ Ein grundsätzliches Interesse der Parteien an der Nicht-Veröffentlichung der Schiedssprüche lässt sich aber dennoch konstatieren. Wegen dieses Interesses an der Nicht-Veröffentlichung würde eine Veröffentlichung der Schiedssprüche entgegen dem Interesse und den Erwartungen der Parteien für diese private Kosten im ökonomischen Sinn darstellen. Wie aus den weiter oben in diesem Kapitel gemachten Ausführungen zum ökonomischen Wert von Rechten hervorgeht, führt eine Erhöhung der Kosten eines Prozesses, seien es nun die durch Gerichts- und Anwaltsgebühren entstehenden oder die privaten Kosten, zu einer Verkleinerung des Prozessbereichs und einer Vergrößerung des Vergleichsbereichs. Setzt eine Partei die ihr durch eine etwaige Veröffentlichung des Schiedsspruchs entstehenden Kosten nun sehr hoch an, bspw. weil dadurch das Bekanntwerden einer geheimen Produktrezeptur droht, sinkt ihr Erwartungswert des Prozesses stark ab und sie ist gezwungen einen Vergleich einzugehen. Ist die andere Partei nicht dem gleichen Risiko des Bekanntwerdens von Betriebsgeheimnissen ausgesetzt, trägt sie im Vergleich deutlich niedrigere private Kosten des Prozesses. Die risikobelastete Partei ist damit in einer Situation der Schwäche und kann in Vergleichsverhandlungen übervorteilt werden.⁷⁵ Die zusätzlichen Kosten, die den Parteien durch eine etwaige Veröffentlichung der Schiedssprüche entstehen, führen somit zu mehr Vergleichen, in denen die Lenkungswirkung der Rechtsordnung aufgehoben ist und die durch die Schlechterstellung der stärker kostenbelasteten Partei zu einer wohlfahrtsmindernden Umverteilung von Rechten führen kann.

Der Befund der wohlfahrtsschädigenden Wirkung der Nicht-Veröffentlichung muss also insofern eingeschränkt werden, als dass die Nicht-Veröffentlichung aufgrund der Limitierung der privaten Kosten der Parteien auch wohlfahrtsfördernd sein kann, weil oben beschriebener Effekt vermieden wird. Überlegungen zu Veröffentlichungspflichten müssen daher

auch das Interesse der Parteien an Vertraulichkeit berücksichtigen. Ein zu starkes Ansteigen der privaten Kosten schiedsgerichtlicher Verfahren sollte vermieden werden.

II. Kostenstrukturen

Wie in den vorherigen Kapiteln festgestellt wurde, haben die Kosten eines Prozesses entscheidende Auswirkungen auf die Höhe der Erwartungswerte, auf die Wahrscheinlichkeit, ob eher ein Prozess geführt oder ein Vergleich angestrebt wird und auf den ökonomischen Wert materieller Rechte. In den in Kapitel 2 vorgestellten Modellen wird stets davon ausgegangen, dass die entstehenden Prozesskosten vor dem Eingehen eines Prozesses genau abgeschätzt werden können. Für den deutschen Zivilprozess ist diese Annahme auch durchaus angemessen, da die entstehenden Kosten im Gerichtskostengesetz (GKG) und Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) klar geregelt sind.⁷⁶ § 1057 ZPO als für den Schiedsstandort Deutschland zwingend anzuwendendes Gesetzesrecht trifft zwar Regelungen über die Kosten des Schiedsverfahrens, bietet aber selbst keine Kostentabellen, bezieht GKG und RVG nicht mit ein und verpflichtet auch die Schiedsinstitutionen nicht zum Aufstellen klarer Kostenregeln. Infolgedessen hat sich ein mit den staatlichen Gerichten vergleichbares System der Kostentabellen unter den relevanten Handelsschiedsinstitutionen nur bei der DIS⁷⁷ und dem Vienna International Arbitral Centre (VIAC)⁷⁸ durchgesetzt. Andere Institutionen bieten entweder Rahmenvorgaben oder setzen die Kostenhöhe vollständig in das Ermessen des Schiedsgerichts.⁷⁹ Die ICC hat in ihrer seit Januar 2021 geltenden Schiedsordnung ebenfalls Kostentabellen etabliert, die rückwirkend auf alle Schiedsverfahren seit Januar 2017 anzuwenden sind.⁸⁰ Innerhalb dieser großen Schiedsinstitutionen konnten die Vorteile solcher Kostentabellen also inzwischen überzeugen. Das Fehlen fester Kostentabellen führt für die Parteien dazu, dass das Prozesskostenrisiko nicht einfach abschätzbar ist. Die in den Modellen bisher als feste Größen betrachteten Prozesskosten werden dadurch zu einer weiteren Variablen, was die Abschätzung der Höhe des Erwartungswerts und damit die Entscheidungsfindung, einen Prozess einzugehen oder einen Vergleich anzustreben, erschwert. Die Wirkungen dieser Problematik auf die Größe von Prozess- und Vergleichsbereich und damit auch die Wohlfahrtswirkungen des Fehlens fester Kostentabellen kann hier nicht exakt abgeschätzt werden.

⁷³ Vgl. *Kahlert* (Fn. 8), S. 51–63.

⁷⁴ Vgl. *Kahlert* (Fn. 8), S. 63–68.

⁷⁵ Vgl. *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 95–98.

⁷⁶ Vgl. Anlage 2 zu § 34 Abs. 1 S. 3 GKG; Anlage 2 zu § 13 Abs. 1 RVG sowie Prozesskostenrechner des DAV.

⁷⁷ Vgl. Anlage 2 Ziffer 2 und 3 der DIS-SO 2018.

⁷⁸ Vgl. Anhang 3 VIAC-SO 2021.

⁷⁹ Vgl. *Lionnet, Klaus/Lionnet, Annette*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit: systematische Darstellung der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit für die Praxis der Parteien, 3. Auflage, 2005, S. 542.

⁸⁰ Anhang III, Art. 3 ICC-SO 2021.

Festzuhalten bleibt jedoch, dass zumindest die Informationskosten der Parteien steigen, wenn sie beim Versuch, das Prozesskostenrisiko abzuschätzen, auf die Erfahrungen anderer Parteien oder die Beratung durch mit der Schiedsszene vertraute Anwälte zurückgreifen müssen.

Darüber hinaus konnte in Kapitel 2.2 festgestellt werden, dass auch die Frage nach der Verteilung der Prozesskosten auf die Parteien bereits für die Entscheidung für oder gegen einen Prozess Einfluss hat. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass, wenn die Kosten nicht nach der üblichen Europäischen Regel, also nach dem Prinzip *costs follow the event* auf die unterlegene Partei übertragen werden, materielle Rechte im Bereich hoher subjektiver Siegeswahrscheinlichkeiten erodieren und Beklagte zu ungerechtfertigten Zahlungen allein aufgrund des Risikos, eigene Prozesskosten tragen zu müssen, gezwungen werden können. § 1057 ZPO nimmt dem Wortlaut nach keinen direkten Bezug auf die deutsche Kostenregel nach § 91 ZPO, diese gilt für Schiedsverfahren daher nicht direkt.⁸¹ Jedoch stellt § 1057 Abs. 1 S. 2 ZPO die Entscheidung über die Kosten in das pflichtgemäße Ermessen des Schiedsgerichts, wobei insbesondere der Ausgang des Verfahrens zu berücksichtigen ist. Daher kommen die meisten Kommentatoren zu dem Ergebnis, dass ein Abweichen des Schiedsgerichts von dem in § 91 ZPO normierten Grundsatz nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig ist und nur sehr unregelmäßig vorkommt.⁸² Diese deutsche Regelung ist allerdings eine reine Auffangregel, jegliche Art von Parteienvereinbarung bezüglich der Aufteilung der Kosten geht dieser vor.⁸³ Als solche dem gesetzlichen Grundfall vorgehende Parteienvereinbarung sind auch die Regelungen in den institutionellen Schiedsordnungen zu sehen.⁸⁴ In den Schiedsordnungen der Institutionen sind die Kostentragungspflichten nicht einheitlich geregelt. Meist wird zwar ein Bezug des schiedsgerichtlichen Ermessens zum Ausgang des Verfahrens hergestellt, andere Faktoren können aber ebenso mit einbezogen werden.⁸⁵ In § 35.2 DIS-SO 1998 war noch eine klare Zweifelsfallregelung zugunsten der Kostenverteilung nach europäischem Standard festgeschrieben, welche aber mit der Reform der SO 2018 weggefallen ist. In § 33.3 DIS-SO 2018 wird der Ausgang des Verfahrens als Bezugspunkt der Ermessensausübung zwar noch erwähnt, steht aber auf einer Stufe mit den Beiträgen der Parteien zu einem

effizienten Verfahrensablauf. Die SO der International Chamber of Commerce (ICC) sieht Effizienz und Schnelligkeit des Verfahrens gar als einzige besonders hervorgehobene Leitlinie der ansonsten freien Ermessensentscheidung des Gerichts bezüglich der Kostenverteilung, Art. 38 5) ICC-SO.⁸⁶

Es lässt sich daher festhalten, dass der Bezug zu einer Kostenverteilung nach dem europäischen Standard in Schiedsverfahren deutlich weniger streng ausgestaltet ist als vor einem staatlichen deutschen Gericht. Allerdings ist diese Regelung wie in Kapitel 2.2 beschrieben, besser als andere in der Lage, materielle Rechte zu schützen und Fehlanreize zu vermeiden. Soweit die Parteien sich tatsächlich dezidierte Gedanken über die Kostenverteilung gemacht haben und so zu einer individuell optimalen Lösung gekommen sind, ist dies natürlich nicht zu kritisieren. Wird die Kostenverteilung aber rein aufgrund einer Regelung in einer institutionellen SO in das völlig freie Ermessen des Schiedsgerichts gestellt, so besteht die Gefahr, dass bspw. aufgrund der Zusammensetzung des Gerichts aus der US-amerikanischen Rechtstradition entstammenden Richtern Abweichungen von der Europäischen Regel, wie die Anwendung der ARC, häufiger vorkommen. Dies ist nicht zu befürworten.⁸⁷

III. Vermögensbedingte Risikoaversion

Bislang wurde in den angewandten Modellen von risikoneutralen Parteien ausgegangen, die die Entscheidung für oder gegen einen Prozess allein auf Basis der berechneten Erwartungswerte treffen. Ein Kläger aus den betrachteten Modellen misst dabei einem Vergleichsangebot des Beklagten i.H.v. 2955 € exakt den gleichen Nutzen zu wie dem Führen eines Prozesses um die 10.000 € bei einer Siegeswahrscheinlichkeit von 0,5, was einem Erwartungswert von 2955 € entspricht. Allerdings ist beobachtbar, dass viele Individuen eine sichere Zahlung einer doppelt so hohen Zahlung mit 50%iger Wahrscheinlichkeit des Zahlungseintritts vorziehen.⁸⁸ Die Ökonomische Theorie begründet dieses Phänomen mit dem Gesetz des abnehmenden Grenznutzen des Einkommens. Demnach misst ein Individuum mit einem monatlichen Einkommen von 1000 € einer zusätzlichen Zahlung von 1000 € einen deutlich höheren zusätzlichen Nutzen bei als ein Individuum mit einem monatlichen Einkommen von 10.000 €. Auch letzteres erlangt durch das

⁸¹ Vgl. *Lionnet/Lionnet* (Fn. 79), S. 539; BT-Drs., 13/5274, S. 57.

⁸² Vgl. *Münch* in *MüKo-ZPO*, 5. Auflage, 2017, § 1057 ZPO, Rn. 14; *Geimer* in *Althammer/Zöller ZPO*, 32. Auflage, 2018, § 1057 ZPO, Rn. 2; *Hartmann* in *Baumbach Beck'scher Kurzkommentar ZPO*, 76. Auflage, 2018, § 1057 ZPO Rn. 3; *Prütting* in *Prütting/Gehrlein ZPO*, 10. Auflage, 2018 § 1057 ZPO, Rn. 2.

⁸³ Vgl. *Voit* in *Musielak/Voit ZPO*, 15. Auflage, 2018, § 1057 ZPO, Rn. 2.

⁸⁴ Vgl. *Münch* in *MüKo-ZPO* (Fn. 82), § 1057 ZPO, Rn. 13; *Wilske/Markert* in *BeckOK ZPO*, § 1057 ZPO, Rn. 1.

⁸⁵ Vgl. *Lionnet/Lionnet* (Fn. 79), S. 543-560.

⁸⁶ Vgl. zur Rechtslage vor der DIS-SO-Reform auch *Kreindler, Richard H./Schäfer, Jan K./Wolff, Reinmar*, *Schiedsgerichtsbarkeit: Kompendium für die Praxis*, 2006, S. 348-350. An der Kostenverteilung hat sich auch durch die Reform der ICC-SO 2021 nichts verändert.

⁸⁷ Kritisch zur offenen Regelung in § 1057 ZPO auch *Schütze* (Fn. 3), S. 145.

⁸⁸ Vgl. *Adams*, *Zivilprozess* (Fn. 10), S. 66.

zusätzliche Einkommen noch zusätzlichen Nutzen, er steigt aber weniger stark an.⁸⁹ Dies führt dazu, dass Parteien bei der Entscheidung zu einem Prozess einen Risikoaufschlag für den Prozess einberechnen, der sich daraus ergibt, dass der Erwartungswert nicht isoliert betrachtet wird, sondern ein Vergleich des Nutzens bei Prozesssieg und Prozessniederlage vorgenommen wird. Auf Klägersseite führt der Risikoaufschlag dazu, dass er seine Mindestforderung senkt, da ihm eine sichere niedrigere Zahlung immer noch lieber ist als eine risikobelastete höhere Zahlung. Der Beklagte wird bei Risikoaversion demgegenüber sein Höchstangebot erhöhen. Im Ergebnis verkleinert sich so der Prozessbereich, der Vergleichsbereich erhöht sich.⁹⁰

Grundsätzlich ist das Verhältnis eines Individuums zum Risiko eine höchstpersönliche Entscheidung und einer Wohlfahrtsanalyse daher nicht zugänglich. Aufgrund des Gesetzes des abnehmenden Grenznutzens des Einkommens ist es nun aber vernünftig anzunehmen, dass eine Partei ihre Risikoaversion mit steigendem zur Verfügung stehenden Einkommen reduziert. Vermögende Parteien sind daher grundsätzlich weniger risikoavers als weniger Vermögende.⁹¹ Treffen nun in einem Prozess zwei Parteien aufeinander, von denen eine annähernd risikoneutral agiert, die andere aber aufgrund ihres niedrigeren Vermögens risikoavers, so vergrößert die risikoaverse Partei ihren Vergleichsbereich, während die risikoneutrale Partei sich strikt am Erwartungswert orientiert. Unter der Annahme der stochastischen Gleichverteilung des Vergleichsbereichs verliert die risikoaverse Partei damit die Hälfte der im Vergleichsbereich zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Verteilung der Vergleichsdifferenz. Somit erodiert ihr materielles Recht aufgrund des Verzichts auf die Durchsetzung desselben mittels eines Prozesses.⁹² Dies führt auch zu einer Verminderung der Anreizstruktur des Rechts bspw. grundsätzlich wohlfahrtsfördernde Verträge einzuhalten. So kommt es nicht nur zu einer wohlfahrtsschädigenden Umverteilung von Rechten, sondern auch zu einer Einschränkung der Allokationsfunktion von Verträgen.⁹³ Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass eine Kombination aus grundsätzlich hohen

Kosten der Rechtsverfolgung und vermögensbedingter Risikoaversion nicht nur zu einer Vergrößerung des Vergleichsbereichs für die unterlegene Partei, sondern auch zu einer völligen Rechtswegsperre führen kann.⁹⁴

Für staatliche Zivilprozesse wird das Problem des Zugangs zu Rechtsschutz und die Gefahr der Übervorteilung der vermögensschwachen Partei durch die Gewährung staatlicher Prozesskostenhilfe (PKH) gelöst. In Deutschland erhält eine Partei, die die Prozesskosten aufgrund ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse nicht aufbringen kann, auf Antrag PKH, soweit die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erfolgt, § 114 ZPO. Dies gilt gemäß § 116 Nr. 2 ZPO auch für juristische Personen (Unternehmen), soweit weder das Unternehmen selbst, noch ein am Ergebnis des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligter, wie bspw. ein Gesellschafter, zur Tragung der Prozesskosten in der Lage ist.⁹⁵ Hinzutreten muss, dass eine Unterlassung der Rechtsverfolgung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde, wofür aber bspw. die Gefährdung von Arbeitsplätzen ausreicht.⁹⁶ Staatliche PKH ist daher in der Lage, die durch hohe Prozesskosten und vermögensbedingte Risikoaversion verursachte Rechtswegsperre aufzuheben und die aus Verteilungs- und Allokationsgesichtspunkten wohlfahrtsschädigende Gefahr der Übervorteilung der schwächeren Partei zumindest abzumindern.⁹⁷

Die Möglichkeit der Inanspruchnahme staatlicher PKH besteht vor privaten Schiedsgerichten nicht.⁹⁸ Ein Ausgleich der wohlfahrtsschädigenden Wirkung vermögensbedingter Risikoaversion findet dementsprechend grundsätzlich nicht statt. Hervorzuheben ist an dieser Stelle zudem, dass auch wenn der Leser beim Gedanken an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit multinationale Konzerne vor Augen haben mag, diese Konstellation zwar den Regelfall darstellt, ein Aufeinandertreffen stark unterschiedlich vermögender Parteien im Rahmen eines Schiedsverfahrens aber nicht ausgeschlossen ist. Zu denken ist hier bspw. an Kleinunternehmer wie Handelsvertreter oder Franchisenehmer.⁹⁹ Auch Athleten sind für die die Beziehung zu den Sportverbänden betreffenden Streitigkeiten häufig an

⁸⁹ Vgl. Schäfer/Ott (Fn. 57), S. 26–27.

⁹⁰ Vgl. Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 68–73.

⁹¹ Vgl. Adams Zivilprozess (Fn. 10), S. 70.

⁹² Vgl. Adams Zivilprozess (Fn. 10), S. 99; zur Übervorteilung strukturell unterlegener Parteien im Prozess auch *Niedermaier, Tilmann*, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen: ein deutsch-US-amerikanischer Rechtsvergleich mit Schlaglichtern auf andere Rechtsordnungen, 2013, S. 72–73.

⁹³ Vgl. Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 102.

⁹⁴ Vgl. Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 46–49; *Niedermaier* (Fn. 92), S. 71–72.

⁹⁵ Vgl. *Hartmann* in Baumbach ZPO (Fn. 82), § 116 ZPO, Rn. 14–15; *Zempel* in Prütting/Gehrlein ZPO (Fn. 82), § 116 ZPO, Rn. 12–14; *Wache* in MüKo-ZPO (Fn. 82), § 116, Rn. 19–22.

⁹⁶ *Hartmann* in Baumbach ZPO (Fn. 82), § 116 ZPO, Rn. 20–22; *Zempel* in Prütting/Gehrlein ZPO (Fn. 82), § 116 ZPO, Rn. 15; *Wache* in MüKo-ZPO (Fn. 82), § 116 ZPO, Rn. 24.

⁹⁷ Vgl. Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 102–103.

⁹⁸ Vgl. *Kreindler/Schäfer/Wolff* (Fn. 86), S. 223; *Ebbing* (Fn. 1), S. 404–405.

⁹⁹ Vgl. *Niedermaier* (Fn. 92), S. 67–69.

Schiedsgerichte wie den Court of Arbitration for Sport (CAS) verwiesen.¹⁰⁰ Hier können bspw. allein für die Anreise beträchtliche Summen anfallen, die gerade von Athleten in Spartensportarten nicht ohne weiteres getragen werden können.¹⁰¹ Gerade bei Streitigkeiten mit großen Sportverbänden kann die Ungleichheit zwischen Sportler und Verband¹⁰² und damit die Auswirkung von starker Risikoaversion zu quasi Risikoneutralität immens sein. Die Gefahren einer Rechtswegsperre durch Prozesskosten und vermögensbedingter Risikoaversion bestehen daher auch im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit.¹⁰³

Einen Ausgleich des Fehlens staatlicher PKH könnten Rechtsschutzversicherungen (RSV) bieten, die dem Versicherungsnehmer auch im Fall eines Schiedsverfahrens die Möglichkeit zum kostenfreien Prozessieren ermöglichen.¹⁰⁴ Versicherungen, auch RSV, funktionieren dann, wenn die Versicherungsnehmer zur Absicherung gegen einen erwarteten, wahrscheinlichen Schaden bereit sind, Beiträge zu entrichten, die insgesamt dem erwarteten Schaden zuzüglich der Verwaltungskosten und des Gewinns der Versicherung entsprechen. Die Versicherungsprämie ist daher stets höher als der Erwartungswert des Schadens. Versicherungen können daher nur unter der Bedingung der Risikoaversion und dem Gesetz des abnehmenden Grenznutzens des Einkommens funktionieren. Denn die Versicherungsnehmer müssen den regelmäßigen Auszahlungen an die Versicherung, die in der Summe höher liegen als der Erwartungswert des Schadens, einen geringeren Nutzenverlust zumessen als der einmaligen, als Einzelauszahlung höheren Auszahlung durch den Schadenseintritt.¹⁰⁵ Weiterhin müssen die Versicherungsunternehmen versuchen, *moral hazard* Probleme zu minimieren. Es wird ein beträchtlicher Informationsaufwand betrieben, um die Gesamtgruppe der Versicherten in nach der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gestaffelte Versicherungsklassen einzuordnen, um ansonsten entstehende, zu hohe durchschnittliche Prämien zu vermeiden. Auch müssen die Versicherer dafür sorgen, dass der von den Versicherten betriebene Aufwand zur Schadensvermeidung nicht zu stark absinkt und die Versicherung durch möglicherweise sogar mutwillige Herbeiführung des Schadens nicht übermäßig

belastet wird.¹⁰⁶ In genau diesem Punkt sieht *Adams* nun den entscheidenden Unterschied zwischen einer RSV und allen anderen gängigen Versicherungen. Denn Rechtsschutzversicherungen nehmen quasi keinen Einfluss darauf, wie sich der Versicherte vor dem Eintritt des schädigenden Ereignisses, hier des Prozesses, verhalten hat. Vielmehr liegt die Entscheidung, einen Prozess zu führen oder nicht, vollständig im Ermessen des Versicherten. Zwar prüfen auch die Versicherungen die Erfolgsaussichten des Rechtsstreits und dessen Mutwilligkeit, allerdings führt diese Bedingung nur in seltensten Fällen zur Ablehnung der Zahlung.¹⁰⁷ Theoretisch müsste dies nun zu einem extremen Anstieg der Prozesse, damit der Kosten für die Versicherung und damit wiederum der Beiträge, die die Versicherten zu leisten haben, führen, sodass der Markt für RSV letztlich zusammenbricht, weil die Prämien zu hoch sind.¹⁰⁸ Den Grund dafür, dass dies nicht geschieht, sieht *Adams* nun darin, dass die Versicherten um ihren Nutzen zu maximieren die zusätzlichen Prozesse gar nicht führen müssen, sondern ihnen die Drohwirkung der Möglichkeit des kostenfreien Prozessierens gegenüber einer kostenbelasteten Partei völlig ausreicht.¹⁰⁹ Dieses Drohpotential ergibt sich daraus, dass bspw. ein rechtsschutzversicherter Kläger seine Mindestforderung gegenüber einem nicht versicherten Beklagten stets erhöhen kann, da ersterer nie Gefahr läuft, die Prozesskosten zu tragen. Dadurch verkleinert sich der Vergleichsbereich zu Ungunsten des Beklagten, die Vergleichsbereitschaft des Klägers sinkt. Dasselbe gilt mit umgekehrten Vorzeichen auch für einen prozesskostenbefreiten Beklagten.¹¹⁰ Unter der Bedingung der stochastischen Gleichverteilung der möglichen Ergebnisse des Vergleichsbereichs führt nun jede Verkleinerung des Vergleichsbereichs durch die Erhöhung der Mindestforderung des Klägers zu einem Schaden auf der Seite des Beklagten. Somit führt die einseitige Kostenfreiheit zunächst zu einer Umverteilung der Rechte. Durch die verminderte Durchsetzbarkeit der Rechte der kostenbelasteten Partei gegenüber der kostenbefreiten kommt es darüber hinaus zu einer Inhaltsänderung des Rechts, da Inhalt und Durchsetzbarkeit, wie festgestellt, untrennbar zusammenhängen. Weiterhin führt eine Verkleinerung des Vergleichsbereichs auch zu einem Anstieg der

¹⁰⁰ Vgl. *Lachmann* (Fn. 1), S. 12.

¹⁰¹ Vgl. *Oschütz, Frank*, Sportschiedsgerichtsbarkeit: Die Schiedsverfahren des Tribunal Arbitral du Sport vor dem Hintergrund des schweizerischen und deutschen Schiedsverfahrensrechts, 2005, S. 391; *Niedermaier* (Fn. 92), S. 69–70.

¹⁰² Vgl. *Lachmann* (Fn. 1), S. 12.

¹⁰³ Vgl. dazu eingehend auch in Bezug auf das Eingehen einer Schiedsklausel *Niedermaier* (Fn. 92), S. 75–78.

¹⁰⁴ Vgl. *Bauer* in *Harbauer Rechtsschutzversicherungen ARB*, 8. Auflage, 2010, § 5 ARB 2000, Rn. 120; *Niedermaier* (Fn. 92), S. 73.

¹⁰⁵ Vgl. *Schäfer/Ott* (Fn. 57), S. 159–163.

¹⁰⁶ Vgl. *Schäfer/Ott* (Fn. 57), S. 163–164.

¹⁰⁷ Vgl. *Blankenburg, Erhard/Fiedler, Jan*, Die Rechtsschutzversicherungen und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte, 1981, S. 55: Nur 2 % der Ablehnungen fallen demnach unter „fehlende Erfolgsaussichten“.

¹⁰⁸ Vgl. *Adams*, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 369–370; *Schäfer/Ott* (Fn. 57), S. 163–164.

¹⁰⁹ Vgl. *Adams*, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 370.

¹¹⁰ Vgl. *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 53–56.

Prozesszahlen.¹¹¹ Da die weiterhin kostenbelasteten Parteien sich eine permanente Übervorteilung durch rechtsschutzversicherte Parteien nicht gefallen lassen werden, kommt es nach *Adams* weiterhin zu einer Art Rüstungswettlauf um RSV. Durch die steigenden Prozesszahlen steigen auch die Beiträge. Jedoch bricht der Markt nicht zusammen, da die bereits Versicherten zwar so hohe Beiträge leisten müssen, dass sich die Versicherung eigentlich nicht mehr lohnt, sie aber dennoch unter der Police verbleiben, um sich gegenüber weiterhin Versicherten nicht schutzlos zu stellen. Bislang nicht Versicherte schließen allerdings keine Versicherung ab, da die Prämien nicht mehr lohnend sind. So entsteht ein kostenverursachendes, aber keinen Nutzen mehr stiftendes, somit wohlfahrtsschädigendes Gleichgewicht¹¹², wohl vergleichbar mit einer Art Gefangenendilemma.¹¹³ Teilweise lässt sich dieses Szenario auch empirisch belegen. So führen Menschen mit RSV sowohl als Kläger als auch als Beklagte häufiger Prozesse als Menschen ohne RSV. Auch nehmen erstere häufiger die Beratung durch einen Rechtsanwalt in Anspruch.¹¹⁴ Dies lässt auf eine gesenkte Vergleichsbereitschaft schließen. Ein mit dem Element des Rüstungswettlaufs einhergehender starker Anstieg der Rechtsschutzversicherten ist demgegenüber nicht zu erkennen, so belief sich die Rechtsschutzversichertenquote in den 1970er Jahren auf zwischen 32 % und 38 %¹¹⁵, Anfang der 2000er auf ca. 44 %.¹¹⁶ Möglicherweise ist das von *Adams* beschriebene Ein Gleichgewicht ist bereits bei einer Quote zwischen 35 % und 45 % erreicht, was sich aber nicht nachweisen lässt. Außerdem sind RSV nur für einen Anstieg der Prozesse von 4 % bis 8 % verantwortlich.¹¹⁷ Wie sich dies mit dem beschriebenen Szenario deckt, ist fraglich. Das Funktionieren des Marktes für RSV in Deutschland trotz des beschriebenen *moral hazard* Problems begründen andere Autoren mit dem über einen langen Zeitraum gewachsenen Bestand an Versicherungsnehmern, der sich mit der Zeit vernünftig in Versicherungsklassen einteilen ließ. Auch die mit der Existenz von Kostentabellen einhergehende Absehbarkeit der Schadenshöhe wird als begünstigender Faktor für das Funktionieren des Marktes genannt.¹¹⁸ Letzterer Faktor ist aufgrund des in Kapitel 3.2 festgestellten häufigen Fehlens

solcher Tabellen allerdings nicht auf Schiedsverfahren übertragbar.

Da PKH gerade die vermögensschwächsten Parteien durch kostenfreie Prozessführung begünstigt, ist für die Frage, ob RSV PKH ersetzen können, auch wichtig zu betrachten, ob insbesondere vermögensschwache Individuen eine RSV abgeschlossen haben. Es zeigt sich, dass Menschen die sich noch in Ausbildung befinden oder ein niedriges Qualifikationsniveau aufweisen, seltener rechtsschutzversichert sind, als Menschen mit hohem Qualifikationsniveau.¹¹⁹ Auch Menschen mit niedrigerem Einkommen sind seltener rechtsschutzversichert als solche mit höherem Einkommen, wobei sich dieser Befund nicht ausschließlich damit erklären lässt, dass wenig vermögende Parteien eher prozesskostenhilfeberechtigt sind, denn der Wunsch nach dem zusätzlichen Abschluss einer RSV ist auch in den Gruppen mit niedrigem Einkommen höher als für andere Versicherungen.¹²⁰

Es lässt sich somit schlussfolgern, dass RSV, weil sie gerade von vermögensschwachen Parteien weniger genutzt werden und wegen der potentiell wohlfahrtsschädigenden Folgen der Möglichkeit des kostenfreien Prozessierens einer Partei ein System staatlicher PKH nicht zu ersetzen vermögen.

Eine weitere potentielle Möglichkeit, solchen Parteien Zugang zu Gericht zu verschaffen, die die Prozesskosten selbst nicht tragen können, sind Prozessfinanziers. Prozessfinanziers übernehmen für gewöhnlich das volle Kostenrisiko der finanzierten Partei und lassen sich im Gegenzug einen Anteil von zwischen 20 % und 30 % des im Erfolgsfall erstrittenen Streitwerts versprechen.¹²¹ Auch im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit haben sich in den letzten Jahren Prozessfinanziers etabliert. Die Funktionsweise ist dabei insgesamt vergleichbar, wobei die Erfolgsbeteiligung bei bis zu 40 % liegen kann und gegnerische Anwaltskosten im Fall des Unterliegens häufig nicht durch den Finanzier übernommen werden.¹²² *Adams* erblickte seiner Zeit noch keinen relevanten Markt für die Fremdfinanzierung von Prozessen. Er sah das stets mit unsicherem Prozessausgang verbundene Risiko als zu hoch an, als dass sich Anbieter für Prozessfinanzierungen am

¹¹¹ Vgl. *Adams*, Zivilprozess (Fn. 10), S. 95–98.

¹¹² Vgl. *Adams*, Ökonomische Theorie (Fn. 10), S. 372–376.

¹¹³ Vgl. *Schäfer/Ott* (Fn. 57), S. 63–66.

¹¹⁴ Vgl. *Blankenburg/Fiedler* (Fn. 107), S. 39.

¹¹⁵ Vgl. *Blankenburg/Fiedler* (Fn. 107), S. 33.

¹¹⁶ Vgl. *Kilian, Matthias/Regan, Francis*, Legal expenses insurance and legal aid – two sides of the same coin? The experience of Germany and Sweden, *International Journal of the legal profession* 11 (3), 2004, S. 238.

¹¹⁷ Vgl. *Kilian/Regan* (Fn. 116), S. 242.

¹¹⁸ Vgl. *Kilian/Regan* (Fn. 116), S. 240–241.

¹¹⁹ Vgl. *Blankenburg/Fiedler* (Fn. 107), S. 35–36.

¹²⁰ Vgl. *Kilian/Regan* (Fn. 116), S. 244–245.

¹²¹ Vgl. *Frechen, Fabian/Kochheim, Martin L.*, Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung, *NJW* 2004, S. 1213–1214.

¹²² Vgl. *Burianski, Markus/Lang, Alexander*, Neue Chancen, neue Fragen: Prozessfinanzierung in internationalen Schiedsverfahren – ein Überblick, *Dispute Resolution* 2004/02, S. 10–11.

Markt etablieren könnten.¹²³ Dennoch soll versucht werden, die ökonomischen Auswirkungen dieses Instruments zu analysieren. Grundsätzlich führt die Prozesskostenfinanzierung zur Möglichkeit kostenfreien Prozessierens einer Partei. Dies kann zur Einschränkung der Vergleichsbereitschaft auf der prozesskostenbefreiten Seite und daher zu den in den Ausführungen über RSV beschriebenen wohlfahrtsschädlichen Folgen führen. Allerdings bestehen entscheidende Unterschiede zwischen Prozesskostenfinanzierung und RSV. Erstens wird ein Vertrag über eine Prozesskostenfinanzierung stets für den jeweiligen Einzelfall abgeschlossen. Es besteht keine Möglichkeit, sich *grundsätzlich* eine große Zahl *zukünftiger* Prozesse finanzieren zu lassen. Das beschriebene Drohpotential einer RSV besteht bei Prozesskostenfinanzierung daher nicht bereits in dem Zeitraum, in dem sich eine Rechtsstreitigkeit gerade erst aufbaut. Der Nutzer einer Prozesskostenfinanzierung kann seine potentielle Möglichkeit zum kostenfreien Prozessieren daher vor Klageerhebung nur sehr eingeschränkt zur Übervorteilung der kostenbelasteten Partei nutzen. Zweitens sichert sich der Prozesskostenfinanzier nicht über feste Beiträge gegen das Prozessrisiko ab, sondern mittels des vertraglich vereinbarten Anteils am Streitwert. Diesen erhält er aber nur im Fall des Obsiegens. Der Prozessfinanzier hat daher, im Gegensatz zum Rechtsschutzversicherer, der gegen das Risiko durch die schadensfallunabhängigen Prämien ohnehin abgesichert hat, ein vitales eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses.¹²⁴ Dies führt dazu, dass die Erfolgsaussichten einer zu finanzierenden Klage äußerst eingehend geprüft werden. Die Prozessfinanziers prüfen dabei in bis zu drei Schritten zunächst den Klageentwurf, auf Basis zusätzlicher angeforderter Informationen dann summarisch die Erfolgsaussichten und nach Unterzeichnung durch den Vertragspartner erneut und eingehend die gesamte Streitsache. Erst wenn der Finanzier das Obsiegen nach diesem Prüfprogramm für überwiegend wahrscheinlich hält, erteilt er seine Zusage.¹²⁵ Für Schiedsverfahren werden neben den Erfolgsaussichten auch die Vollstreckungsmöglichkeiten geprüft. Auch müssen die Erfolgchancen hier für gewöhnlich mindestens 60 % erreichen.¹²⁶ Es zeigt sich also, dass hauptsächlich solche Prozesse finanziert werden, die sich im Ergebnis auf einen begründeten Anspruch beziehen und daher zu einem Sieg der

finanzierten Partei führen. Wäre dem nicht so, könnte der Markt wegen Unrentabilität für die Finanziere schon gar nicht bestehen. Außerdem wirkt Prozesskostenfinanzierung immer erst ab Beginn des Prozesses bzw. sehr kurz davor. Eine Drohwirkung geht von ihr daher nicht aus. Auch dass es durch Prozesskostenfinanzierung zu wesentlich mehr Prozessen käme, ist bislang, wohl auch wegen der strengen Prüfung der Erfolgsaussichten, nicht zu beobachten.¹²⁷ Somit lässt sich festhalten, dass die Tätigkeit von Prozesskostenfinanzier ähnlich potentiell wohlfahrtsschädigende Wirkungen wie RSV nicht befürchten lässt. Ob Prozessfinanzierung allerdings auch einen adäquaten Ersatz für staatliche PKH darstellen kann, ist eine andere Frage. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass speziell auch bei Schiedsverfahren die Unfähigkeit, die Prozesskosten selbst zu tragen, nicht der einzige Grund für die Nutzung von Prozesskostenfinanzierung ist. Auch allgemeine Risikoverringerung und Erhalt von Liquidität stellen Gründe für die Wahrnehmung von Prozesskostenfinanzierung dar.¹²⁸ Allerdings wird Prozesskostenfinanzierung dennoch nicht leichtfertig in Anspruch genommen werden, denn sie kann auch zu prozessrechtlichen Nachteilen führen. So kann sie als Indiz für fehlende Zahlungsfähigkeit gewertet werden, was dann zu einer Pflicht zur Sicherheitsleistung führen kann. Auch wird angeführt, ob die Anwaltskosten der finanzierten Partei bei ihrem Obsiegen überhaupt ersatzfähig sind, da die Partei sie ja nicht selbst bezahlt hat. Zudem kann die Weitergabe von Informationen an den Prozessfinanzier als Verzicht auf das *attorney-client privilege*¹²⁹ gewertet werden. Dieses besonders in der US-amerikanischen Rechtstradition wichtige Institut, welches die Vertraulichkeit von zwischen Anwalt und Mandat geführter Korrespondenz regelt, ist auch in internationalen Schiedsverfahren von Bedeutung.¹³⁰ Weiterhin ist anzuführen, dass die meisten großen Prozessfinanzier erst ab einem Mindeststreitwert von zwischen 4000 € und 500.000 € tätig werden.¹³¹ Für Klagen mit kleinem Streitwert, auf die es gerade vermögensschwachen Parteien ankommen kann, besteht die Möglichkeit der Prozesskostenfinanzierung daher nicht. Außerdem steht die Prozesskostenfinanzierung stets nur Klägern zur Verfügung, denn nur diese können durch den Prozess etwas erstreiten, woran sie den Finanzier beteiligen können.¹³² Wer sich als Beklagter in einem Schiedsverfahren wiederfindet, kann diese Möglichkeit im Gegensatz zur PKH

¹²³ Vgl. Adams, Zivilprozess (Fn. 10), S. 63–65.

¹²⁴ Vgl. Frechen/Kochheim, NJW 2004 (Fn. 121), S. 1214.

¹²⁵ Vgl. Frechen/Kochheim, NJW 2004 (Fn. 121), S. 1216.

¹²⁶ Vgl. Burianski/Lang, Dispute Resolution 2014 (Fn. 122), S. 11.

¹²⁷ Vgl. Frechen/Kochheim, NJW 2004 (Fn. 121), S. 1217.

¹²⁸ Vgl. Burianski/Lang, Dispute Resolution 2014 (Fn. 122), S. 11.

¹²⁹ Zur aus der unterschiedlichen Beweisführungspraxis in den USA und Deutschland resultierenden Nichtexistenz dieses Privilegs in Deutschland sowie der Abgrenzung desselben zur anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht vgl. LTO (2018) sowie Stempfle (2016, S. 13–16).

¹³⁰ Vgl. Burianski/Lang, Dispute Resolution 2014 (Fn. 122), S. 12–13.

¹³¹ Vgl. Frechen/Kochheim, NJW 2004 (Fn. 122), S. 1213; Stiftung Warentest (2008).

¹³² Vgl. Burianski/Lang, Dispute Resolution 2014, S. 10; Frechen/Kochheim, NJW 2004 (Fn. 122), S. 1213.

daher nicht nutzen. Abschließend lässt sich daher festhalten, dass Prozesskostenfinanzierung keine ähnlichen wohlfahrtsschädigenden Wirkungen erwarten lässt, wie RSV. Sie ist daher grundsätzlich rechtspolitisch unbedenklich. Einen vollumfänglich adäquaten Ersatz für staatliche PKH bietet sie jedoch nicht. Das Fehlen staatlicher PKH im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit ist daher in Ermangelung eines hinreichenden Ersatzes durch den Markt wohlfahrtstheoretisch problematisch.

IV. Rechtsmittel und Instanzenzug

Wie in Kapitel 2.3 festgestellt werden konnte, bietet ein Instanzenzug mit parteiinduziertem Rechtsmittelsystem, wie er vor staatlichen Gerichten besteht, eine effiziente Möglichkeit zur Fehlerkorrektur. Ein solcher Instanzenzug ist einem exzellenten Gericht ohne übergeordnete Instanz aus ökonomischer Perspektive auch überlegen. Der ökonomische Sinn einer Fehlerkorrektur besteht nun wiederum in deren Anreizfunktion. Nur wenn die materiell bestehenden Rechte auch effektiv und richtig prozessual durchgesetzt werden können, besteht für die Bevölkerung ein Anreiz, sich an das materielle Recht zu halten. Bspw. wird ein potentieller Schädiger nur dann von der Ausführung der schädigenden Handlung Abstand nehmen, wenn die Kosten, die ihm durch die Durchsetzung des materiellen Rechts entstehen größer sind als die Kosten zur Schadensvermeidung. Ein Schädiger muss also, wenn die von ihm zur Schadensvermeidung aufgewandten Mittel materiell-rechtlich zu niedrig sind, die Sanktionswirkung des Rechts spüren. Wenn diese Mittel aber ausreichen, darf er gerade nicht sanktioniert werden, denn sonst gleichen sich die Kosten für Schadensvermeidung und Sanktionierung wieder aus. Richtige Prozessentscheidungen stärken also die Anreizwirkung des Rechts und sind daher wohlfahrtsfördernd.¹³³ Im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit haben die Parteien zwar grundsätzlich die Möglichkeit, in der Schiedsabrede oder vermittels der SO der gewählten Institution einen Instanzenzug zu vereinbaren.¹³⁴ In der Praxis kommt dies allerdings wegen des Fehlens einer gesetzlichen Anordnung und der mit einem Instanzenzug einhergehenden Verlängerung der Verfahrensdauer kaum vor.¹³⁵ Zwar kann die Aufhebung eines Schiedsspruchs durch ein Oberlandesgericht (OLG) nach § 1059 Abs. 1 ZPO beantragt werden. Dies ist allerdings nur bei gravierenden Mängeln des Schiedsspruchs möglich, § 1059 Abs. 2 ZPO. Eine *révision au fond*, also eine Überprüfung der

richtigen Anwendung des materiellen Rechts, wird durch das OLG gerade nicht vorgenommen.¹³⁶ Ob sich aus dem Fehlen eines Instanzenzugs im Schiedsverfahren nun direkt eine wohlfahrtsschädliche Wirkung ableiten lässt, ist allerdings fraglich. So wurde in Kapitel 2.3 davon ausgegangen, dass die oberen Instanzen staatlicher Gerichte tatsächlich den unteren in Bezug auf die Fehlerkorrektur überlegen sind. Für staatliche Gerichte ist dies wohl anzunehmen, denn an Obergerichten entscheiden meist größere Spruchkörper, besetzt mit drei Richtern statt einem Einzelrichter. Obergerichte haben außerdem weniger Fälle zu bearbeiten, daher mehr Zeit für den einzelnen Fall. Richter an Obergerichten verfügen darüber hinaus über langjährigere Arbeitserfahrung und sind ausschließlich mit der rechtlichen Fehlerkorrektur, nicht aber der Tatsachenfeststellung befasst, so dass sie in Rechtsfragen über mehr Expertise verfügen als ihre Kollegen der ersten Instanz.¹³⁷ Dies ist auf die Schiedsgerichtsbarkeit so nicht übertragbar. Denn die Besetzung des Schiedsgerichts steht den Parteien frei. Regelfall ist das Schiedsgericht mit drei Richtern, § 1034 ZPO. Auch über die notwendige Qualifikation der Schiedsrichter können die Parteien entscheiden. So können ausgewiesene Experten des Schiedsverfahrensrechts, des anzuwendenden materiellen Rechts oder auch Fachleute für die technischen Fragestellungen, die der Sachverhalt mit sich bringen mag, berufen werden.¹³⁸ Schiedsgerichte ähneln daher bereits in der ersten Instanz einem exzellenten Expertengericht, sind also, zumindest potentiell, Spezialisten für exakt den in Rede stehenden Fall und keine Generalisten wie an den unteren Instanzen staatlicher Gerichte. Von der Überlegenheit einer hypothetischen zweiten Instanz kann daher nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Als Vorteil eines Instanzenzugs wurde in Kapitel 2.3 weiterhin die Anreizfunktion für Richter zu guten und richtigen Entscheidungen herausgestellt. Nur bei Bestehen eines Instanzenzugs, dessen Aufhebungen mit negativen Auswirkungen auf Karriere und Reputation der Richter unterer Instanzen verbunden sind, besteht für verbeamtete Richter ein über das persönliche Streben nach guter Arbeit hinausgehender Anreiz, richtige Entscheidungen zu treffen. Schiedsrichter sind allerdings keine Beamten. Sie stehen zu den Parteien in einem Vertragsverhältnis und sind ihnen schon daraus zu guter Leistung verpflichtet. Darüber hinaus stehen sie untereinander im Wettbewerb. Ein Anreiz zu richtigen Entscheidungen, die die Parteien mindestens nachvollziehen können, besteht daher schon aufgrund des Willens der Schiedsrichter, weitere Mandate zu erhalten.¹³⁹ Es verbleibt somit noch der Beitrag

¹³³ Vgl. Wagner (Fn. 10), S. 171–173.

¹³⁴ Vgl. Kreindler/Schäfer/Wolff (Fn. 86), S. 33–34; Ebbing (Fn. 1), S. 34.

¹³⁵ Vgl. Ebbing (Fn. 1), S. 74.

¹³⁶ Vgl. Lachmann (Fn. 1), S. 517–518; Torggler (Fn. 3), S. 49; Ebbing (Fn. 1), S. 74.

¹³⁷ Vgl. Wagner (Fn. 10), S. 175–178.

¹³⁸ Vgl. Lachmann (Fn. 1), S. 215–217.

¹³⁹ Vgl. Wagner (Fn. 10), S. 189–190.

eines Instanzenzugs zu Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung. Es ist allerdings zu konstatieren, dass sowohl die Anreizfunktion richtiger Urteile zur Einhaltung des materiellen Rechts (Fehlerkorrekturfunktion) als auch die Wirkungen der Vorhersehbarkeit eines einheitlichen und aktuellen Rechts (Rechtsfortbildungs- und Rechtsvereinheitlichungsfunktion) stets nur *ex ante* wirken. Wird ein Schädiger in Einklang mit dem materiellen Recht verurteilt, so hat dies keine Auswirkungen auf die Entscheidung, die er zuvor getroffen hat. Er passt sein Verhalten also nur so an, wie er erwartet, dass ein Gericht entscheiden wird.¹⁴⁰ Aber auch ein einheitliches, den aktuellen Bedingungen angepasstes Recht kann seine Wirkung nicht entfalten, solange die Adressaten dieses Rechts die Entwicklungen der Vereinheitlichung und Fortbildung nicht mitbekommen. Die Rechtsfortbildungs- und Vereinheitlichungsfunktion eines Instanzenzugs kann daher nicht ohne die Veröffentlichung der Urteile/Schiedssprüche und deren in Kapitel 3.1 beschriebene Wirkung gedacht werden. Solange erstere nicht besteht, ergibt auch Zweitere keinen Sinn. Es bleibt festzuhalten, dass die Fähigkeit eines Oberschiedsgerichts zur Fehlerkorrektur schon grundsätzlich fraglich ist. Ein Anreiz zu richtigen Entscheidungen besteht für Schiedsrichter auch ohne einen Instanzenzug. Rechtsvereinheitlichung und -fortbildung sind ohne Veröffentlichung von Schiedssprüchen nicht denkbar. Einzig die grundsätzlich effizientere Möglichkeit der Fehlerkorrektur bleibt durch den Verzicht auf einen Instanzenzug ungenutzt. Da die Kosten des Schiedsverfahrens aber vollständig durch die Parteien selbst getragen werden und keine Subventionierung stattfindet, hat dies keine direkten wohlfahrtsschädigenden Auswirkungen.

D. Handlungsempfehlungen und Politikimplikationen

In Kapitel 3.2 konnte festgestellt werden, dass die Anwendung der ARC Fehlanreize zum Führen besonders unsicherer Prozesse verursacht und zu einer Erosion materieller Rechtspositionen führen kann. Sie ist der europäischen Kostenregel daher wohlfahrtstheoretisch unterlegen. Schiedsgerichtsbarkeit und Schiedsverfahrensrecht sind allerdings in ihrer Funktion von größtmöglicher Autonomie der Parteien geprägt. Soweit die Parteien also eine von der europäischen Regelung abweichende Vereinbarung getroffen haben, sollte diese auch weiter vorrangig sein. Den

Schiedsinstitutionen ist allerdings die Einführung einer Zweifelsfallregel zugunsten europäischer Kostenverteilung zu empfehlen. Der Wegfall einer solchen mit der Reform der DIS-SO 2018 ist vor diesem Hintergrund negativ zu bewerten. Sollten die Institutionen nicht selbst tätig werden, ist auch eine strengere gesetzliche Regelung denkbar. § 1057 ZPO könnte dabei direkt auf § 91 ZPO verweisen und den Vorrang einer Parteivereinbarung an bestimmte Merkmale derselben knüpfen, wobei das reine Rekurrieren auf die SO einer Institution nicht ausreichen sollte.

In Kapitel 3.3 wurde festgestellt, dass die die Folgen vermögensbedingter Risikoaversion ausgleichende Funktion staatlicher PKH nicht vollständig durch marktwirtschaftliche Instrumente ersetzt werden kann. Prozesskostenfinanziers leisten allerdings zumindest teilweise einen Beitrag zu eben jenem Ausgleich. Ihre Existenz ist daher zu begrüßen und ihnen freie Betätigung zu gewähren. Für die Fälle, in denen Prozesskostenfinanzierung aus den diskutierten Gründen keine Option darstellt, besteht für eine verarmte Partei der Zugang zu den staatlichen Gerichten. Die Schiedsvereinbarung bleibt zwar wirksam, kann aber umgangen werden.¹⁴¹ Nach Meinung mancher Autoren ist dies als Schutzmechanismus auch ausreichend.¹⁴² Soll die Schiedsgerichtsbarkeit allerdings ein vollwertiges System privaten Rechtsschutzes bieten, muss, speziell in Bereichen wie der Sportschiedsgerichtsbarkeit, in denen strukturelle Ungleichheit der Parteien gängig ist, ein System der PKH aufgebaut werden.¹⁴³

Wegen der in den Kapiteln 2.3 und 3.4 festgestellten besseren Kosteneffizienz eines Instanzenzugs zum Zwecke der Fehlerkorrektur ist den Schiedsinstitutionen die Einführung eines solchen zu empfehlen. Die Fehlerkorrekturfunktion kann allerdings nur dann erfüllt werden, wenn die Oberschiedsgerichte auch eine Kontrolle der richtigen Anwendung materiellen Rechts vornehmen.¹⁴⁴ Wegen der privatwirtschaftlichen Organisation und der Serviceorientierung eines Schiedsgerichts kann auch darüber nachgedacht werden, den Parteien im Fall eines falschen Schiedsspruchs die Kosten zu erlassen. Dies könnte auch die Akzeptanz der Parteien bezüglich eines Instanzenzugs erhöhen.¹⁴⁵ Sowohl die Fehlerkorrekturfunktion als auch die gemeinwohlfördernde Funktion der Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung können von einem Instanzenzug aber nur dann gewährleistet werden, wenn auch die Veröffentlichung der Schiedssprüche gewährleistet ist.

¹⁴⁰ Vgl. *Wagner* (Fn. 10), S. 172–173.

¹⁴¹ Vgl. *Kreindler/Schäfer/Wolff* (Fn. 86), S. 66; *Lachmann* (Fn. 1), S. 164–167; *Lionnet/Lionnet* (Fn. 79), S. 213–215.

¹⁴² Vgl. *Niedermaier* (Fn. 91), S. 260–262.

¹⁴³ Vgl. *Ebbing* (Fn. 1), S. 404; speziell zu den Möglichkeiten innerhalb des CAS *Oschütz* (Fn. 101), S. 391–394.

¹⁴⁴ Vgl. *Ebbing* (Fn. 1), S. 386.

¹⁴⁵ Vgl. *Ebbing* (Fn. 1), S. 335–336.

Das größte Manko der privaten Schiedsgerichtsbarkeit besteht aus ökonomischer Perspektive in der zumindest nicht systematisch erfolgenden Veröffentlichung der Schiedssprüche. Wie in Kapitel 3.1 festgestellt werden konnte, wird ohne eine Veröffentlichung kein Beitrag zum Ausbau der Rechtssicherheit geleistet. Ohne Rechtssicherheit können die Parteien ihr Prozessrisiko nicht abschätzen und es kommt zu einer Entwertung von Rechten, die wiederum durch Preisaufschläge an den Markt weitergegeben werden. Daher ist zur Stärkung der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Entscheidungen, aber auch aus Gründen der Akzeptanz von Schiedsgerichten auf eine systematische Veröffentlichung der Schiedssprüche hinzuwirken.¹⁴⁶ Allerdings konnte auch festgestellt werden, dass das Interesse der Parteien an Vertraulichkeit einen ökonomischen Nutzen hat, denn die Veröffentlichung kann als Kostenfaktor betrachtet werden, der den Parteien den Zugang zu Rechtsschutz versperren kann. Daher ist fraglich, wie eine Veröffentlichung unter Wahrung der Interessen aller Beteiligten organisiert werden kann. Nach aktuell geltendem Recht ohne gesetzliche Regelung oder durchgehende Veröffentlichungspraxis der Schiedsinstitutionen ist eine Veröffentlichung wohl nur durch eine dahingehende Vereinbarung der Parteien zulässig.¹⁴⁷ Um eine Veröffentlichungspflicht zu konstituieren, müsste also eine Entwicklung angestoßen werden. Gesetzliche Regelungen sind aktuell wohl eher unwahrscheinlich¹⁴⁸, denn das UNCITRAL Modellgesetz zum Schiedsverfahrensrecht, an dem sich viele Staaten orientieren¹⁴⁹, sieht eine Veröffentlichung nicht vor. Diese Entscheidung sollte den Parteien überlassen werden.¹⁵⁰ Auch könnte eine solche Regelung im nationalen Schiedsverfahrensrecht die Attraktivität des betreffenden Staats als Schiedsstandort stark einschränken. Der beste Akteur zur Einführung einer Veröffentlichungspflicht sind daher wohl die Schiedsinstitutionen. Diese bringen die institutionellen Voraussetzungen der Organisation der Veröffentlichung, wie eine geeignete Vorauswahl der Schiedssprüche oder die Publikationsmöglichkeiten, mit.¹⁵¹ Um das Interesse der Parteien an Vertraulichkeit hinreichend zu würdigen, sind die Schiedssprüche stets zu anonymisieren. Das ist auch möglich, denn Rechtsmeinungen, die zur Verbesserung der Rechtssicherheit beitragen, können auch ohne Bezug zu den am Streitfall beteiligten Parteien veröffentlicht werden. Der Umfang der Anonymisierung muss den Interessen der Parteien, die in Kapitel 3.1 aufgeführt wurden, weitestmöglich genügen. Sie dürfen daher auch nicht durch eindeutige Informationen

identifizierbar sein, mögliche Betriebsgeheimnisse müssen geschwärzt werden. Soweit trotz Anonymisierung berechnete Interessen der Parteien gegen die Veröffentlichung sprechen, müssen diese widersprechen können.¹⁵² Ein übereinstimmender Widerspruch der Parteien sollte hierfür allerdings nicht ausreichen, vielmehr sollte die Berechnung der Parteiinteressen einer eingehenden Prüfung durch die Schiedsinstitution unterzogen werden. Insgesamt ist ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen an der Veröffentlichung von Schiedssprüchen und dem Interesse der Parteien an Geheimhaltung also durchaus möglich. Die Schiedsinstitutionen sollten daher Regelwerke in ihre Schiedsordnungen aufnehmen, die die Veröffentlichung vorsehen und organisieren.

E. Fazit und Ausblick

Insgesamt konnte in der vorliegenden Arbeit festgestellt werden, dass die Parteien bei ihrer Entscheidung zu prozessieren und sich zu vergleichen, im Rahmen eines Schiedsverfahrens ähnlichen Einflüssen ausgeliefert sind, wie vor staatlichen Zivilprozessen. Jedoch fehlen der Schiedsgerichtsbarkeit noch an entscheidenden Stellen geeignete Instrumente und Mechanismen, die zur effizienten und wohlfahrtsfördernden Funktionsweise eines staatlichen Gerichtsverfahrens beitragen. Hier konnten Mängel in den Bereichen Ausgleich struktureller Ungleichheit zwischen den Parteien, dem Anbieten eines kosteneffizienten Systems zur Fehlerkorrektur und im Beitrag zum Abbau von Rechtsunsicherheit festgestellt werden. Dieser letztgenannte Faktor kann als entscheidendes Element der wohlfahrtsfördernden Wirkung von Zivilprozessen angesehen werden. Die fehlende Veröffentlichung von Schiedssprüchen ist daher auch aus ökonomischer Perspektive gravierend. Es zeigt sich auch, dass sich die hier herausgearbeiteten Kritikpunkte weitgehend mit den von der juristischen Literatur hervorgebrachten Punkten decken. Die Schiedsgerichtsbarkeit sollte sich daher, auch in ihrem eigenen Interesse an größerer gesellschaftlicher Akzeptanz, zu Reformen bereit erklären. Hierfür müssen sich die gesamte Schiedsszene, insbesondere aber die Schiedsinstitutionen, neben ihrer Funktion als Dienstleister der Parteien, deutlich stärker noch ihrer Funktion als vollwertiges zivilrechtliches Rechtsprechungsorgan bewusst werden. Sie müssen sich auch auf Kritik einstellen. Dafür ist es notwendig, der möglichen Entrüstung der Parteien

¹⁴⁶ Vgl. *Ebbing* (Fn. 1), S. 387–388.

¹⁴⁷ Vgl. *Kahlert* (Fn. 8), S. 320–331.

¹⁴⁸ Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 276–277.

¹⁴⁹ Vgl. UNCITRAL (2018).

¹⁵⁰ Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 41–43.

¹⁵¹ Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 277–285.

¹⁵² Vgl. *Wimalasena* (Fn. 9), S. 289–306.

über Reformen, die scheinbar nicht in ihrem unmittelbaren Interesse liegen, entschieden zu begegnen. Es braucht das Selbstbewusstsein, die Vorteile der eigenen Institution, insbesondere für internationale Handelsstreitigkeiten, geradeheraus zu betonen. Denn letztlich stellen die hier angemahnten Reformen nur kurzfristig und scheinbar Nachteile für die Parteien dar. Auch diese profitieren langfristig von Konfliktvermeidung durch die verbesserte Vorhersehbarkeit von Entscheidungen aufgrund der Veröffentlichung von

Schiedssprüchen. Jede Einhegung von Rechtsunsicherheit stärkt das materielle Recht und birgt Einsparungspotentiale für die Parteien.

Denn nur durch Reformen wird es die Schiedsgerichtsbarkeit auch in Zukunft schaffen, ihren Kunden eine attraktive Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit zu bieten, ohne dabei den Gemeinwohlinteressen zuwider zu laufen.