

Lucas Mies*

Transparenz und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren

Einer der großen Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit ist ihre Vertraulichkeit. Die damit vorgeblich einhergehende Intransparenz von Schiedsverfahren ist zugleich Gegenstand herber Kritik. Im Windschatten der Debatte um TTIP und CETA hat sich auch die rechtswissenschaftliche Diskussion in der letzten Dekade erheblich intensiviert. Alte Selbstverständlichkeiten werden vermehrt in Frage gestellt, während international eine zunehmende Zahl an Akteuren Maßnahmen zur besseren Gewährleistung von Transparenz in Schiedsverfahren trifft. Der vorliegende Beitrag zielt darauf ab, die Situation hinsichtlich Vertraulichkeit und Transparenz in der Schiedsgerichtsbarkeit de lege lata übersichtlich darzustellen und diese anhand der Interessen der am Schiedsverfahren Beteiligten zu bewerten. Außerdem sollen weitergehende Lösungsvorschläge de lege ferenda auf ihre Tauglichkeit geprüft und sich abzeichnende Trends diskutiert werden.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	71
B. <i>Vattenfall v. Bundesrepublik Deutschland</i>	72
C. Begriffsbestimmung.....	72
D. Vertraulichkeit und Transparenz in der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit.....	73
I. Ausgangspunkt: Die Rechtslage im staatlichen Zivilprozess.....	73
1. Grundsatz: Öffentliches Verfahren.....	73
2. Grenzen der Öffentlichkeit.....	74
3. Zwischenergebnis.....	74
II. Im Vergleich: Die Rechtslage im privaten Schiedsverfahren.....	74
1. Grundsatz der Nichtöffentlichkeit.....	74
2. Geheimhaltungspflicht im privaten Schiedsverfahren.....	76
3. Durchbrechungen der Vertraulichkeit.....	79
III. Zusammenfassung der Rechtslage.....	79
IV. Beurteilung der Rechtslage.....	79

1. Status quo: Würdigung der jeweiligen Interessen.....	79
2. Quo vadis: Mehr Transparenz möglich?.....	81
E. Der Sonderfall der völkerrechtlichen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.....	82
I. Besonderheiten des Investitionsschutzrechts.....	83
II. Rechtslage bis 2014.....	83
1. Nichtöffentlichkeit.....	83
2. Geheimhaltung.....	84
3. Zwischenergebnis.....	84
III. Seit 2014: Die UNCITRAL Rules on Transparency.....	85
1. Anwendungsbereich.....	85
2. Überblick über die Regelungsinhalte.....	85
3. Rezeption und Ausblick.....	85
F. Zusammenfassung und Fazit.....	86

A. Einleitung

Die Vertraulichkeit wird im nationalen wie internationalen Diskurs zumeist als einer der großen Vorteile eines Schiedsverfahrens gegenüber einem Verfahren vor einem staatlichen Gericht verstanden.¹ Sogar der Deutsche Bundesrat sah in seiner Stellungnahme zur Novellierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts die Vertraulichkeit als einen der zentralen Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit an.² Gleichzeitig ist sie auch Ansatzpunkt vehementer Kritik und ist wohl das am häufigsten mit Schiedsverfahren assoziierte Problem in der öffentlichen Berichterstattung. Hier werden Prozesse vor Schiedsgerichten oftmals als „Parallel-“³ oder „Schattenjustiz“⁴ bezeichnet und, gerade in der Diskussion um die *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) und das *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), aufgrund fehlender Transparenz nach außen sogar als eine Gefahr für den Rechtsstaat angesehen.⁵

In diesem Beitrag soll untersucht werden, wie Vertraulichkeit im Schiedsverfahrensrecht ausgestaltet ist und wie

* Der Verfasser absolviert derzeit als Kübler Scholar ein LL.M.-Studium an der University of Pennsylvania Carey Law School und forscht im Rahmen eines Promotionsprojekts, betreut von Prof. Dr. Marietta Auer, MA, LL.M., SJD (Harvard), Direktorin am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, zur Theoriegeschichte des Völkervertragsrechts in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit im Schwerpunktbereich Internationalisierung und Europäisierung des Rechts aus dem Sommersemester 2017 an der Goethe Universität Frankfurt am Main. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Joachim Zerkoll, LL.M. (Berkeley) für Themenstellung und Betreuung der ursprünglichen Arbeit sowie Anna-Christina Bemb, Prof. Dr. Olaf Muthorst, Hannes Weigl und Julian Westphal für ihre wertvollen Anmerkungen bei Überarbeitung und Aktualisierung des Beitrags.

¹ International exemplarisch: *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Aufl. 2015, Rn. 2.161;

Born, *International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2021, S. 3002; *Lew/Mistelis/Kröll*, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, § 1 Rn. 26; national exemplarisch: *Buchwitz*, *Schiedsverfahrensrecht*, 2019, S. 7; *Kreindler/Harms/Rust*, in: Heussen/Hamm, *Rechtswissenschaftshandbuch*, 11. Aufl. 2016, § 7 Rn. 27; *Trittmann/Salger/von Essen*, in: *Trittmann/Salger, Internationale Schiedsverfahren*, 2019, § 1 Rn. 13. ² BT-Drucks. 13/5274, S. 74.

³ *Pinzler/Uchatius/Kohlenberg*, „Schattenjustiz – Im Namen des Geldes“, *Die Zeit* vom 27.2.2014.

⁴ *Balsler*, „Internationale Schiedsgerichte – Die Schatten der Schattenjustiz“, *Süddeutsche Zeitung* vom 29.7.2014.

⁵ *Grimm*, „Wenn Konzerne Staaten verklagen: So gefährlich sind private Schiedsgerichte“, *Der Stern* vom 23.10.2015; *Hank*, „Wozu braucht es Schiedsgerichte?“, *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* vom 2.2.2015.

berechtigt die geäußerten Bedenken sind. Insbesondere sollen die widerstreitenden Interessen der beteiligten Akteure identifiziert und Probleme in der derzeitigen Rechtslage ausgemacht werden. Darauf aufbauend sollen mögliche Lösungsansätze für bestehende Problembereiche diskutiert werden. Ausgangspunkt soll dabei das deutsche Zivil- und Schiedsverfahrensrecht sein; die Bedeutung des Schiedsverfahrensrechts für den internationalen Rechtsverkehr erfordert aber stets einen Blick über den Tellerrand des nationalen Rechts.

Der Widerstreit zwischen Vertraulichkeit und Transparenz wird zunächst anhand des aufsehenerregenden Verfahrens *Vattenfall v. die Bundesrepublik Deutschland* illustriert (B). Nach einer kurzen Klärung der zentralen Begriffe (C) soll sodann im Vergleich zum deutschen Zivilprozess die Rechtslage in Handelsschiedsverfahren untersucht werden (D). In Abgrenzung hierzu wird anschließend die Rechtslage hinsichtlich des Sonderfalls des Investitionsschutzes betrachtet (E). Abschließend werden die gefundenen Ergebnisse, mit Ausblick auf die mögliche zukünftige Entwicklung, zusammenfassend beurteilt (F).

B. *Vattenfall v. Bundesrepublik Deutschland*

Als in Folge der Fukushima-Havarie mit dem 13. Atomänderungsgesetz der vollständige Ausstieg Deutschlands aus der Atomenergie bis zum Jahr 2022 und die sofortige Abschaltung der acht ältesten Atommeiler beschlossen wurde, gingen die in der Bundesrepublik tätigen Betreiberkonzerne dieser Kraftwerke rechtlich hiergegen vor. Während den deutschen Unternehmen *E.ON* und *RWE* nur der Gang vor das Bundesverfassungsgericht blieb,⁶ konnte sich der schwedische Konzern *Vattenfall* als ausländischer Investor auf den im Energiecharta-Vertrag verbürgten Investorenschutz berufen und die Streitigkeit nach Art. 26 (4) lit. a), i) der Charta dem *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) vorlegen, was am 31.5.2012 auch geschah.⁷ Gerade wegen des politisch brisanten Kontexts des Atomausstiegs wurden die Erfolgchancen in einem Schiedsverfahren höher eingeschätzt als vor einem staatlichen Gericht.⁸ Die Entscheidung des Schiedsgerichts in der Sache steht aktuell noch aus; seit

11.3.2021 ist das Verfahren durch Parteivereinbarung vorerst ausgesetzt.⁹

Vattenfall v. Bundesrepublik Deutschland wurde sehr präsent in der öffentlichen Berichterstattung und der politischen Diskussion thematisiert. So wurde der Prozess als „*Unterwanderung der politischen Souveränität*“¹⁰ und als Verfahren „*jenseits des Gesetzes*“¹¹ kritisiert. Im Bundestag richtete die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen eine kleine Anfrage an die Bundesregierung zum Inhalt des Verfahrens. Die Bundesregierung berief sich in ihrer Antwort darauf, dass sie nach den *ICSID Convention Arbitration Rules* (ICSID Arbitration Rules)¹² zur „*Vertraulichkeit verpflichtet*“ sei¹³, ohne diese Verpflichtung näher zu begründen. Ob diese Aussage in ihrer Pauschalität für Schiedsverfahren insgesamt und für Verfahren unter Beteiligung des Staates als Partei insbesondere haltbar ist, soll im Folgenden untersucht werden.

C. Begriffsbestimmung

Ein Grundproblem der Diskussion um die Vertraulichkeit von Schiedsverfahren ist die oft unklare Verwendung von Begrifflichkeiten. Der öffentlichen wie der rechtlichen Auseinandersetzung ist gemein, dass die einschlägigen Termini unsauber getrennt oder uneinheitlich definiert werden.¹⁴ Hierzu trägt sicherlich bei, dass der zumeist englischsprachig geführte Diskurs in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit lediglich zwischen *privacy* und *confidentiality* des Verfahrens unterscheidet.¹⁵ Während *privacy* deckungsgleich mit dem deutschen Äquivalent der Nichtöffentlichkeit ist, bezeichnet *confidentiality* synonym im Deutschen sowohl Vertraulichkeit als Überbegriff als auch Geheimhaltung als Teilelement von Vertraulichkeit.

Im alltäglichen Sprachgebrauch wird als „*vertraulich*“ bezeichnet, was nicht für die Allgemeinheit bestimmt, sondern mit Diskretion zu behandeln ist.¹⁶ Vertraulich ist, was nicht öffentlich zugänglich sein soll. Für Schieds- und auch Gerichtsverfahren bedeutet das, dass alle Verfahren vertraulich sind, aus denen keine Informationen an die

⁶ Hierzu erging bereits 2016 die grundsätzliche Entscheidung (BVerfG, Urt. v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12 = NJW 2017, 217; 2020 folgte ein weiterer Beschluss: BVerfG, Beschl. v. 29.9.2020 – 1 BvR 1456/12).

⁷ *Vattenfall and others v. the Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

⁸ *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (3); *Winter*, J. Environmental Law 2013, 95 (117 ff.).

⁹ Details zum zeitlichen Ablauf abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/12/12> (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

¹⁰ *Schlandt*, „Vattenfall – 15 Juristen gegen die Demokratie“, Frankfurter Rundschau vom 23.3.2013.

¹¹ *Hielscher/Kroker/Haerder/Henrich*, „Schiedsgerichte – Justitia verzieht sich ins Hinterzimmer“, Wirtschaftswoche vom 3.5.2013.

¹² In diesem Beitrag werden für alle international verwendeten Regelwerke und fremdsprachigen nationalen Gesetze ihre originären Titel anstelle deutscher Transkriptionen verwendet. Die Zitierweise für Normen aus diesen Regelwerken und Gesetzen entspricht ebenso der jeweiligen Konvention. Gleichsam wird hinsichtlich Rechtsprechungs zitaten verfahren.

¹³ BT-Drucks. 17/10584, S. 1.

¹⁴ So auch *Kahlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2015, S. 9; *Rosenau*, Die öffentliche Hand als Partei in verwaltungs- und zivilrechtlichen Schiedsverfahren, 2018, S. 111; *Risse/Oehm*, ZVgIRWiss 2015, 407 (415); *Sackmann*, Transparenz im völkerrechtlichen Investitionsschiedsverfahren, 2012, S. 25 f.

¹⁵ Vgl. *Born* (Fn. 1), S. 3004 f.

¹⁶ Siehe dazu im Duden, <http://www.duden.de/rechtschreibung/vertraulich> (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

Öffentlichkeit gelangen dürfen.¹⁷ Hieraus lässt sich schließen, dass der Begriff der Vertraulichkeit zweierlei voraussetzt, soll er denn umfassend sein: grundsätzliche *Nichtöffentlichkeit* und darüberhinausgehende *Vertraulichkeit*. Zunächst muss gewährleistet sein, dass Dritte keinen Zugang zur eigentlichen Verhandlung haben und sich so keine Informationen über das Verfahren verschaffen können.¹⁸ Jedoch könnten Informationen über das Verfahren durch die Beteiligten an Dritte gelangen, wenn die Nichtöffentlichkeit nicht auch um eine Verschwiegenheitskomponente mit entsprechenden Pflichten zur Geheimhaltung ergänzt wird.¹⁹ Die Öffentlichkeit des Verfahrens betrifft folglich Fragen des Zugangs zum Verfahren von *außen*, die Geheimhaltung dagegen den Umgang mit *innerhalb* des Verfahrens zugänglichen Informationen.

Blickt man demgegenüber auf die Transparenz als Gegenbegriff, so soll im Folgenden – dem Ansatz der *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* (UNCITRAL Rules on Transparency)²⁰ entsprechend – ein weiter Begriff zugrunde gelegt werden. Dieser umfasst jede Maßnahme, durch die die Allgemeinheit Zugang zu Details des Prozesses erhält.²¹

D. Vertraulichkeit und Transparenz in der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Basis eines jeden Schiedsverfahrens ist eine Vereinbarung zwischen den Parteien, den Streit anstatt durch die ordentliche Gerichtsbarkeit im Wege der Schiedsgerichtsbarkeit beizulegen.²² Der Unterschied zwischen Handels- und Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit liegt in der Art der Rechtsbeziehung der Parteien. Treffen zwei private Parteien eine Schiedsvereinbarung, handelt es sich um einen Fall der *privatrechtlichen* Handelsschiedsgerichtsbarkeit.²³ Die Parteivereinbarung kann gem. § 1042 Abs. 3 ZPO das gesamte Verfahren bestimmen, solange diese nicht mit zwingenden Bestimmungen des 10. Buches der ZPO kollidiert.²⁴ Auch Behörden können, wenn sie ihrem Vertragspartner im Privatrecht auf Augenhöhe begegnen, Partei eines privatrechtlichen Handelsschiedsverfahrens sein.²⁵

I. Ausgangspunkt: Die Rechtslage im staatlichen Zivilprozess

Die öffentliche Berichterstattung beschäftigt sich intensiv mit den etwaigen Transparenzdefiziten der Schiedsgerichtsbarkeit. Um jedoch von einem solchen Defizit sprechen zu können, muss zunächst herausgearbeitet werden, inwieweit die prozessualen Regelungen im Schiedsverfahren überhaupt vom Ausgangspunkt des normalen Zivilprozesses abweichen. Dies ist insbesondere deshalb geboten, weil einem Schiedsspruch gem. § 1055 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen Gerichtsurteils zukommt und somit Schieds- und Zivilprozess funktional gleichwertig sind.²⁶

1. Grundsatz: Öffentliches Verfahren

In § 169 Abs. 1 S. 1 GVG heißt es: „Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich.“ Ein Gerichtsverfahren vor einem ordentlichen Gericht steht damit jedermann offen.²⁷ Der Öffentlichkeitsgrundsatz speist sich unmittelbar aus der Reaktion des bürgerlichen Liberalismus im 19. Jahrhundert auf die Geheimjustiz in der Zeit der absolutistischen Herrschaft.²⁸ Öffentliche Verfahren verhindern, dass Recht wie in dieser Zeit üblich, in einem geschlossenen Kabinett von Geheimräten gesprochen wird. Da die Gerichte einen zentralen Teil der Staatsgewalt ausüben, muss die Macht der Judikative auch kontrollierbar sein. Durch die öffentliche Zugänglichkeit soll zum einen gesichert werden, dass die Entscheidungsfindung der Gerichte auch auf Basis der demokratisch legitimierten Gesetze erfolgt.²⁹ Zum anderen darf dem Volk als Souverän, in dessen Namen nach Art. 20 Abs. 1 GG im demokratischen Rechtsstaat alle Staatsgewalt, einschließlich der Rechtsprechung, ergeht, die Ausübung dieser Staatsgewalt nicht vorenthalten werden.³⁰ § 169 Abs. 1 S. 1 GVG konkretisiert insofern Art. 20 Abs. 1 GG einfachgesetzlich für den Zivilprozess;³¹ es gilt der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens.

§ 169 Abs. 1 S. 1 GVG gewährleistet die ungehinderte Teilnahme an der Gerichtsverhandlung im Wege eines

¹⁷ Eslami, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016, S. 201; Kahlert (Fn. 14), S. 10; Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2004, S. 454.

¹⁸ Kahlert (Fn. 14), S. 11; Mayer, in: Kissel/Mayer, GVG, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 3.

¹⁹ Holder, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2009, S. 11; Prütting, in: FS Böckstiegel, 2001, S. 629; Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 4. Aufl. 2012, Rn. 27; Sackmann (Fn. 14), S. 25.

²⁰ Abrufbar unter <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractual/texts/transparency> (zuletzt abgerufen am: 30.9.2021).

²¹ Vgl. Scherer/Gehring/Euler, in: Euler/Gehring/Scherer, Transparency in International Investment Arbitration, 2015, S. 5. Eingehender zu den UNCITRAL Rules on Transparency sogleich *infra* E. III.

²² Born (Fn. 1), S. 250 f.; Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter (Fn. 1), Rn. 2.01; Trittman/Salger/von Essen (Fn. 1), § 1 Rn. 6.

²³ Lew/Mistelis/Kröll (Fn. 1), § 1 Rn. 10; Münch, in: MünchKomm-ZPO, Band 3, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkung § 1025 ZPO Rn. 1 f.

²⁴ Zu den genauen Gestaltungsräumen im Vergleich zum Zivilprozess: Münch (Rn. 23), § 1042 ZPO Rn. 74 ff.

²⁵ Gaillard/Savage, Gaillard/Fouchard/Goldmann on International Commercial Arbitration, 1999, § 2 Rn. 69 ff.; Lew/Mistelis/Kröll (Fn. 1), § 4 Rn. 5; Thiele, GewArch 2016, 369 (370).

²⁶ Anders, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, 79. Aufl. 2021, Grundzüge § 1025 ZPO Rn. 6; Holder (Fn. 19), S. 123; Voit, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Auflage 2021, § 1055 ZPO Rn. 1; Raeschke-Kessler/Berger (Fn. 19), Rn. 124.

²⁷ Zimmermann, in: MünchKomm-ZPO, Band 3, 5. Aufl. 2017, § 169 GVG Rn. 1.

²⁸ Diemer, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 169 GVG Rn. 1.

²⁹ Eslami (Fn. 17), S. 81.

³⁰ Diemer (Fn. 28), § 169 GVG Rn. 1a.

³¹ Zimmermann (Fn. 27), § 169 GVG Rn. 1.

Zuhörens und Zusehens durch Dritte, beschränkt auf eine passive Zuschauerrolle. Da der Öffentlichkeitsgrundsatz nur dem Interesse der Allgemeinheit dient, beinhaltet er indes weder ein Recht auf aktive Teilnahme am Prozess noch begründet er individuelle Ansprüche des einzelnen Zuschauers.³²

2. Grenzen der Öffentlichkeit

Allerdings hat der Öffentlichkeitsgrundsatz auch seine Grenzen. Zunächst beschränkt sich die Öffentlichkeit des Verfahrens gem. § 169 Abs. 1 S. 1 GVG lediglich auf die Verhandlung und die Urteilsverkündung. Die Schriftsätze der Parteien hingegen bleiben der Allgemeinheit unzugänglich, zumal gem. § 299 ZPO weder die Allgemeinheit noch die Presse, sondern lediglich Verfahrensdritte mit einem berechtigten rechtlichen Interesse ein Einsichtsrecht in die Prozessakten haben.³³ Oft sind jedoch im Zivilprozess gerade die Schriftsätze von zentraler Bedeutung, im Gegensatz zum Strafverfahren, das durch den Mündlichkeitsgrundsatz bestimmt wird. Schriftsätze werden zwar theoretisch Gegenstand der mündlichen Verhandlung, jedoch geschieht dies in der Praxis häufig durch allgemeine oder sogar nur konkludente Bezugnahme.³⁴ Durch ihre Unzugänglichkeit bleiben der Allgemeinheit wesentliche Informationen über das Verfahren verwehrt.³⁵

Darüber hinaus sind gem. § 169 Abs. 1 S. 2 GVG Ton- und Filmaufnahmen im Gerichtssaal verboten. Auch kann gem. §§ 171a ff. GVG die Öffentlichkeit vom Verfahren ausgeschlossen werden.³⁶ Besonders relevant für große Wirtschaftsrechtsprozesse ist hierbei der Ausschlussgrund des § 172 Nr. 2 GVG aufgrund von Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnissen.³⁷

Wichtig ist jedoch festzuhalten, dass es im Zivilprozess keine prozessrechtliche Vertraulichkeitspflicht für die Parteien gibt, jeglicher Prozessinhalt *ex lege* also grundsätzlich an die Öffentlichkeit gebracht werden kann.³⁸ Davon unberührt bleiben freilich Vertraulichkeitspflichten, die sich aus materiellrechtlichen Gründen ergeben, sei es aufgrund einer speziellen Vereinbarung oder

Gesetzesvorschrift oder allgemein aus § 241 Abs. 2 BGB.³⁹ Ebenso steht es im Ermessen des Gerichts gem. § 174 Abs. 4 S. 1 GVG, die anwesenden Personen in den Fällen von § 172 Nr. 2 GVG oder § 171b GVG zur Geheimhaltung zu verpflichten.⁴⁰

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass der im deutschen Zivilprozess herrschende Grundsatz der Öffentlichkeit historisch gesehen ein wichtiger Bestandteil des Rechtsstaats zur Kontrolle der Judikative ist. Jedoch hat der Öffentlichkeitsgrundsatz ebenso klare Grenzen. Besonders aufgrund der fehlenden Einsicht in die Schriftsätze des Verfahrens kann schon im klassischen Zivilprozess nur von einer begrenzten Öffentlichkeit gesprochen werden. Allerdings hält das zwingende Recht die Parteien zu keiner Vertraulichkeit im Zivilprozess an.

II. Im Vergleich: Die Rechtslage im privaten Schiedsverfahren

Die Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist geprägt durch die größere individuelle Gestaltungsfreiheit mit Blick auf das Verfahren seitens der Parteien und die damit einhergehenden signifikanteren Abweichungen zwischen gesetzlichem Regel- und konkretem Einzelfall. Indes scheint hier Vertraulichkeit die Regel und nicht die Ausnahme zu sein.

1. Grundsatz der Nichtöffentlichkeit

Sowohl nach deutschem Verständnis⁴¹ als auch international⁴² ist unstrittig etabliert, dass Schiedsverfahren im Grundsatz nicht öffentlich sind.

a) Rechtsgrundlage

Weniger offenkundig ist die rechtliche Grundlage für diese Annahme. Sowohl das 10. Buch der ZPO als auch die ZPO insgesamt oder das GVG schweigen dazu. Mit dieser Zurückhaltung ist das deutsche Recht nicht allein: Sowohl das *UNCITRAL Model Law on International Arbitration* (UNCITRAL Model Law)⁴³ als auch viele andere nationale

³² Mayer (Fn. 18), § 169 GVG, Rn. 52 f.; Eslami (Fn. 17), S. 106; Zimmermann (Fn. 27), § 169 GVG, Rn. 2.

³³ Rosenau (Fn. 14), S. 133.

³⁴ Vgl. Rosenau (Fn. 14), S. 133 f.

³⁵ Risse/Oehm, ZVglRWiss 2015, 407 (410); Zimmermann (Fn. 27), § 169 GVG Rn. 1.

³⁶ Ausführlich hierzu Rosenau (Fn. 14), S. 126 ff.

³⁷ Gummer, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 172 GVG Rn. 6 ff.; Sawang, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2009, S. 27.

³⁸ Holder (Fn. 19), S. 123; Risse/Oehm, ZVglRWiss 2015, 407 (411).

³⁹ Kahlert (Fn. 14), S. 288 ff.

⁴⁰ Kahlert (Fn. 14), S. 42 f.

⁴¹ Buchwitz (Fn. 1), S. 7; Eslami (Fn. 17), S. 202; Geiben, Die Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2001, S. 17; Kahlert (Fn. 14), S. 146; Kreindler/Harms/Rust (Fn. 1), § 7 Rn. 28; Leisinger, Vertraulichkeit in internationalen Schiedsverfahren, 2012, S. 37 f.;

Lionnet/Lionnet (Fn. 17), S. 454 f.; Münch (Fn. 23), Vorbemerkung § 1025 ZPO Rn. 57; Prütting, in: FS Böckstiegel, 2001, S. 629 (632); Raeschke-Kessler/Berger (Fn. 19), Rn. 27.

⁴² Born (Fn. 1), S. 3041; Collins, Arb. Int'l 11 (1995), 321; Öhlberger, Austrian Yearbook of Int'l Arb., 2011, 65 (71); Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter (Fn. 1), Rn. 2.163; Sanders, Quo vadis arbitration?, 1999, S. 4; Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration, 2012, S. 797 f.

⁴³ Umsetzungsstatus einsehbar unter [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial arbitration](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial%20arbitration) (zuletzt abgerufen am 30.9.2021). Das UNCITRAL Model Law ist ein Modellgesetz der Vereinten Nationen, das der internationalen Rechtsharmonisierung im Schiedsrecht dient. Für die einzelnen Staaten ist es nicht bindend und eine Umsetzung nicht verpflichtend. Seine Vorschriften wurden jedoch – freilich in unterschiedlichem Umfang – in vielen Staaten der Welt

Schiedsverfahrensgesetze⁴⁴ halten keine einschlägige Regelung bezüglich der Nichtöffentlichkeit vor. Mangels gesetzlicher Norm können die Parteien gem. § 1042 Abs. 3 ZPO privatautonom festlegen, in welchem Umfang das Verfahren (nicht-)öffentlich sein soll – sowohl durch explizite Regelung als auch durch Verweis auf eine Schiedsordnung,⁴⁵ die eine entsprechende Regelung beithält.⁴⁶ In Ermangelung einer Parteivereinbarung kann das Schiedsgericht gem. § 1042 Abs. 4 S. 1 ZPO nach freiem Ermessen über die Verfahrensregeln entscheiden.

Zum Teil wird vorgebracht, dass ein Schiedsgericht das Verfahren somit auch öffentlich gestalten könne.⁴⁷ Dem wird jedoch überwiegend entgegengehalten, die Willenserklärungen der Parteien seien in Abwesenheit einer klaren Bestimmung der Nichtöffentlichkeit gem. §§ 133, 157 BGB dahingehend auszulegen, dass sich diese durch Abschluss der Schiedsvereinbarung konkludent auf die Nichtöffentlichkeit geeinigt hätten.⁴⁸ Da die Schiedsvereinbarung als materiellrechtliche Abrede mit prozessrechtlichen Wirkungen angesehen wird,⁴⁹ finden die allgemeinen Regeln des materiellen Vertragsrechts hierauf Anwendung.⁵⁰ Die Auslegung gem. § 133 BGB beschränke sich gerade nicht auf den Wortlaut des Erklärten; vielmehr sei der Gesamtzusammenhang der Erklärung zu beachten,⁵¹ in dem neben der objektiven Interessenslage der Parteien, vor allem der verfolgte Zweck⁵² sowie die Verkehrssitte gem. § 157 BGB bestimmend seien.

Zwar wird die verfolgte Interessenslage schwerlich in jedem Fall identisch sein, jedoch darf man wohl annehmen, dass die Parteien sich bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung gerade die Vorteile eines Schiedsverfahrens zunutze machen wollen und zumindest *auch* dadurch motiviert sind, den Rechtsstreit ohne großes öffentliches Aufsehen austragen zu können.⁵³ Ein belastbares objektives Interesse an der Nichtöffentlichkeit liegt damit in der Regel vor.

Die Verkehrssitte nach § 157 BGB ist eine auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen Übung beruhende Regel, die schon während eines längeren Zeitraums bestanden und in den beteiligten Verkehrskreisen eine gewisse Stabilität erlangt hat.⁵⁴ Die Nichtöffentlichkeit wird die wohl nahezu ausnahmslose Übung im Rechtsverkehr sein. Es ist zudem in Literatur⁵⁵ und Rechtsprechung⁵⁶ seit jeher unumstritten, dass Schiedsverfahren sogar *per se* nichtöffentlich sind. Dies wird bestätigt durch entsprechende Regelungen in verschiedenen prominenten Schiedsordnungen.⁵⁷

Folglich verlangen sowohl die anzunehmende Interessenslage bei Vertragsschluss als auch die Verkehrssitte, dass eine Schiedsvereinbarung nach ihrem Gesamtzusammenhang dahingehend auszulegen ist, dass sich die Parteien auf die Nichtöffentlichkeit geeinigt haben. Die Parteivereinbarung ist demgemäß die Rechtsgrundlage des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit.

b) Inhalt und Durchbrechungen des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit

Verfahren vor Schiedsgerichten finden somit im Regelfall nicht öffentlich statt. Nur die Beteiligten des Schiedsverfahrens können an diesem teilnehmen; Außenstehende haben keine Möglichkeit auf einen Zugang zum Verfahren.⁵⁸ Nach einhelliger Meinung bezieht sich diese Nichtöffentlichkeit auch auf den jeweiligen Akteninhalt des Schiedsverfahrens⁵⁹ sowie – im Regelfall – auch auf den abschließenden Schiedsspruch, der meist nicht veröffentlicht wird.⁶⁰

Neben den Parteien dürfen auch ihre gesetzlichen Vertreter sowie ihre Verfahrensbevollmächtigten teilnehmen.⁶¹ Stimmen beide Parteien überein, eine dritte Person zu ihrem Verfahren zuzulassen, so ist das Schiedsgericht daran gebunden.⁶² Darüber hinaus ist aufgrund des Anspruchs

übernommen; auch das 10. Buch der ZPO basiert hierauf. Eingehend hierzu etwa *Buchwitz* (Fn. 1), S. 33 f. Zum Umsetzungsstatus: https://un.citral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

⁴⁴ *Born* (Fn. 1), S. 3039 f.; *Eslami* (Fn. 17), S. 203; *Holder* (Fn. 19), S. 15.

⁴⁵ Bei Schiedsordnungen handelt es sich nicht um nationale Gesetze, sondern von privaten Schiedsinstitutionen entworfene Verfahrensregeln, die kleinteilig den Ablauf eines Schiedsprozesses regeln und deren Geltung in Ergänzung zum anwendbaren nationalen Schiedsrecht durch die Parteien vereinbart werden kann. Eingehender hierzu etwa *Buchwitz* (Fn. 1), S. 39 ff.

⁴⁶ OLG München, Urt. v. 24.6.2010 – Az. 34 Sch 21/10, Rn. 152 – juris = ZIP 2009, 1979; *Geiben* (Fn. 41), S. 21; *Anders* (Fn. 26), § 1042 ZPO Rn. 12; *Zimmermann* (Fn. 27), § 169 GVG Rn. 21.

⁴⁷ *Geiben* (Fn. 41), S. 21.

⁴⁸ *Kahlert* (Fn. 14), S. 152 ff.; *Leisinger* (Fn. 41), S. 43; *Lionnet/Lionnet* (Fn. 17), S. 455; *Oberhammer*, in: FS Beys, 2003, S. 1139 (1340); *Rosenau* (Fn. 14), S. 116; *Prütting*, in: FS Böckstiegel, 2001, S. 629 (632).

⁴⁹ So schon RGZ 144, 96 (98); BGH NJW 1964, 591 (592).

⁵⁰ *Buchwitz* (Fn. 1), S. 53.

⁵¹ BGH NJW 1987, 2437 (2438); NJW 1999, 3191; NJW 2003, 2235 (2236); *Busche*, in: MünchKomm-BGB, Band 1, 9. Aufl. 2021, § 133 BGB Rn. 63.

⁵² BGH BGHZ 153, 353 (354) = NJW-RR 2003, 926 (927).

⁵³ *Eslami* (Fn. 17), S. 214; *Kahlert* (Fn. 14), S. 153.

⁵⁴ BGH NJW 2010, 1135; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 18. Auflage 2021, § 133 Rn. 4.

⁵⁵ Siehe dazu die Verweise *supra* unter Fn. 41 f.

⁵⁶ *Oxford Shipping Co. Ltd. v. Nippon Yusen Kaisha*, Loyd's Law Report 1984, 373 ff.; High Court of Justice, Queen's Bench Division, Loyd's Law Reports 1993, 243 (246); *Australia Resources Ltd. v. Plowman*, Arb. Int'l 11 (1995), 235 ff.

⁵⁷ R-25 AAA Commercial Arbitration Rules 2013; Art. 45 HKIAC Administered Arbitration Rules 2018; Art. 26 Sec. 3 ICC Arbitration Rules 2021, Art. 19 Sec. 4 LCIA Arbitration Rules 2014; Art. 32 Sec. 3 SCC Arbitration Rules 2010; Art. 25 Sec. 6 Swiss Rules 2012.

⁵⁸ *Eslami* (Fn. 17), S. 214; *Geiben* (Fn. 41), S. 21 ff.; *Lionnet/Lionnet* (Fn. 17), S. 455.

⁵⁹ Etwa *Kahlert* (Fn. 14), S. 161; *Leisinger* (Fn. 41), S. 96; *Prütting*, in FS Böckstiegel, 2001, S. 629 (636 f.); *Voit* (Fn. 26), § 1042 ZPO, Rn. 18.

⁶⁰ *Holder* (Fn. 19), S. 139; *Lionnet/Lionnet* (Fn. 17), S. 456; *Noussia*, Confidentiality in International Commercial Arbitration, 2010, S. 25.

⁶¹ *Eslami* (Fn. 17), S. 215; *Münch* (Fn. 23), § 1042 ZPO, Rn. 63; *Ritz*, Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, 2007, S. 63.

⁶² *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1042 ZPO, Rn. 1.

auf rechtliches Gehör jede Person zum Verfahren zuzulassen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Durchführung erforderlich ist, auch wenn eine der Parteien widerspricht.⁶³ Dies wären zum Beispiel externe Mitarbeiter oder Berater, die zur Ermittlung und Bewertung des Streitgegenständlichen Sachverhaltes gebraucht werden.⁶⁴

Ferner ist es für das Schiedsgericht auch gegen den Willen einer Partei möglich, Dritte zuzulassen, wenn dies ein effizientes und praxishereheres Verfahren gewährleistet oder ein nachvollziehbares Interesse auf Teilnahme von Dritten besteht, ohne dass dabei schutzwürdige Interessen der Gegenpartei verletzt werden.⁶⁵ Dies ist etwa der Fall bei Gesellschaftern einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, welchen ohnehin ein Auskunftsrecht aus dem Gesellschaftsrecht zusteht.⁶⁶ Diese Aushöhlung der umfassenden Nichtöffentlichkeit ist dogmatisch in § 1042 Abs. 4 ZPO zu verorten. Das Schiedsgericht kann hiernach nach freiem Ermessen die Verfahrensregeln festlegen, sofern die Parteien sich nicht auf etwas Entgegenstehendes in ihrer Schiedsvereinbarung geeinigt haben.⁶⁷

c) Zwischenergebnis

Zusammenfassend gilt in privaten Schiedsverfahren unumstritten der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit. Jedoch ist dieser nicht durch Gesetz vorgeschrieben, sondern basiert vielmehr auf Vertragsauslegung und ist letztlich eher „ein Stück Rechtskultur“⁶⁸ als ein eherner Grundsatz. Den Parteien steht es daher auch grundsätzlich frei, sich auf ein öffentliches Schiedsverfahren zu einigen, da Basis eines jeden Schiedsverfahrens immer die Privatautonomie bleibt. So würden die Parteien natürlich die Vorteile einer Nichtöffentlichkeit des Verfahrens verspielen. Ferner sieht sich der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit wichtigen Ausnahmen zur Gewährleistung eines funktionierenden Verfahrens ausgesetzt.

2. Geheimhaltungspflicht im privaten Schiedsverfahren

Wie oben bereits in der Begriffsbestimmung aufgezeigt, ist die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens grundlegend für die Vertraulichkeit desselben. Ohne die Nichtöffentlichkeit

des Verfahrens würde die Vertraulichkeit durch Geheimhaltung leerlaufen, da die Möglichkeit einer Informationsweitergabe bei öffentlichen mündlichen Verhandlungen kaum kontrollierbar wäre.⁶⁹

a) Geheimhaltungspflicht der Schiedsrichter und sonstiger Beteiligter

Geheimhaltung hat aus der Perspektive der Schiedsrichter zweierlei Ausprägungen. Zum einen sind die Schiedsrichter selbst durch das Beratungsgeheimnis insofern geschützt, als die Schiedsrichter nicht zur Veröffentlichung ihrer Beratungen rechtlich verpflichtet werden können. Hierdurch soll die schiedsrichterliche Unabhängigkeit in der Entscheidungsfindung bewahrt werden.⁷⁰ Umfasst sind hiervon die Beratungsprozesse des Schiedsgerichts und alle intern verwendeten Schriftstücke.⁷¹ Zur rechtlichen Begründung des Beratungsgeheimnisses werden zumeist die für staatliche Richter geltenden Rechtsvorschriften⁷² analog auf Schiedsrichter angewendet.⁷³ Zum anderen treffen die Schiedsrichter eigene allgemeine Geheimhaltungspflichten bezüglich aller Informationen über und aus dem Schiedsverfahren. Die Rechtsgrundlage hierfür wird zumeist in einer Nebenpflicht aus der Schiedsvereinbarung gesehen, um die Parteien vor Nachteiligem zu schützen und ihrem Geheimhaltungsinteresse zu entsprechen.⁷⁴

Für Zeugen und Sachverständige gibt es nach allgemeiner Überzeugung keine allgemeine Geheimhaltungspflicht.⁷⁵ Hierfür bedarf es vielmehr einer vertraglichen Absprache mit den Parteien.⁷⁶ Die beteiligte Schiedsinstitution ist durch ihre eigene Schiedsordnung⁷⁷ beziehungsweise durch konkludente Absprache mit den Parteien zur Geheimhaltung verpflichtet.⁷⁸ Hinsichtlich sonstiger Dritter, zum Beispiel der Parteivertreter, ergibt sich diese Verpflichtung neben dem einschlägigen Ständesrecht zumeist aus den jeweiligen Verträgen mit einer der Parteien.⁷⁹ Es hängt dabei auch vom Einzelfall ab, ob einseitige Vereinbarungen einer Partei mit Zeugen, Sachverständigen, Parteivertretern und anderen Dritten auch Schutzwirkungen für die Gegenpartei entfalten.⁸⁰

⁶³ Geiben (Fn. 41), S. 21; Risse/Oehm, ZVglRWiss 2015, 407 (414); Ritz (Fn. 61), S. 63.

⁶⁴ Haas/Kahlert, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimiento, Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2014, S. 965.

⁶⁵ Risse/Oehm, ZVglRWiss 2016, 407 (415).

⁶⁶ Holder (Fn. 19), S. 151; Risse/Oehm, ZVglRWiss 2016, 407 (415).

⁶⁷ Anders (Fn. 26), § 1042 ZPO, Rn. 8.

⁶⁸ Oberhammer, in: FS Beys, 2003, S. 1139.

⁶⁹ Lionnet/Lionnet (Fn. 17), S. 454; Oberhammer, in: FS Beys, 2003, S. 1139 (1140); Prütting, in: FS Böckstiegel, 2001, S. 629 (631); Ritz (Fn. 61), S. 56 f.

⁷⁰ Geiben (Fn. 41), S. 70; Kahlert (Fn. 14), S. 211.

⁷¹ Kahlert (Fn. 14), S. 215; Prütting, in: FS Schwab, 2005, 409 (416 ff.); Waincymer (Fn. 42), S. 102.

⁷² Beispielsweise § 43 DRiG, § 30 Abs. 1 BVerfGG, § 193 GVG, § 55 VwGO iVm § 193 GVG.

⁷³ Geiben (Fn. 41), S. 70; Kahlert (Fn. 14), S. 211.

⁷⁴ BGH BGHZ 98, 31 (32) = NJW 1986, 3077 (3078); Eslami (Fn. 17), S. 265.

⁷⁵ Von Bernuth/Reischl, SchiedsVZ 2017, 20 (22); Eslami (Fn. 17), S. 269; Kahlert (Fn. 14), S. 329 ff.; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008, Rn. 146; Rosenau (Fn. 14), S. 122 f.

⁷⁶ Geiben (Fn. 41), S. 56; Prütting, in: FS Böckstiegel, 2001, S. 629 (636).

⁷⁷ So etwa in Art. 44.1 DIS Arbitration Rules 2018; Art. 8 Statutes of the International Court of Arbitration; Art. 44.1 Swiss Rules 2012; Art. 4 Sec. 4 Vienna Rules 2018.

⁷⁸ Kahlert (Fn. 14), S. 249; Ritz (Fn. 61), S. 203.

⁷⁹ Eslami (Fn. 17), S. 270 f.

⁸⁰ Eslami (Fn. 17), S. 270 f.; Geiben (Fn. 41), S. 56; Rosenau (Fn. 14), S. 121.

b) Geheimhaltungspflicht der Parteien

In der Rechtspraxis der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist es gang und gäbe, dass die Parteien Geheimhaltung pflegen.

aa) Rechtsgrundlage für eine Geheimhaltungspflicht der Parteien

International wie national hoch umstritten ist indes, ob es eine Verpflichtung zur Geheimhaltung durch die Parteien gibt und auf welcher Rechtsgrundlage eine solche fußt. Da sich im Ausland wenigstens entsprechende Gesetzgebungs- und Rechtsprechungslinien herausgebildet haben, soll bei der Betrachtung des wesentlich unklarereren deutschen Rechts vergleichend auf die Rechtslage im Ausland verwiesen werden.

(1) Aus Gesetz oder Gewohnheitsrecht

Wie schon für die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens, so ergibt sich auch bei den Geheimhaltungspflichten das grundsätzliche Problem, dass die ZPO sowie das UNCITRAL Model Law hierzu schweigen.⁸¹ In Neuseeland, Schottland, Spanien, Frankreich und den Philippinen besteht eine gesetzliche Norm, welche die Parteien zur Geheimhaltung anhält.⁸² Dem entgegengesetzt wurde in Norwegen sogar explizit gesetzlich festgehalten, dass es keine Pflicht zur Geheimhaltung gibt.⁸³ Sowohl auf nationaler wie internationaler Ebene dürfte es schwerlich ein entsprechendes Gewohnheitsrecht geben, da es an einer andauernden Anwendung von Rechtsvorstellungen und einer verbindlichen *opinio juris* hierzu mangelt.⁸⁴

(2) Aus Schiedsvereinbarung oder sonstiger Parteiabrede

Natürlich können die Parteien nach § 1042 Abs. 3 ZPO Geheimhaltungspflichten explizit vertraglich festlegen. Auch kann dies durch Verwendung einer Schiedsordnung erfolgen, welche eine entsprechende Vertraulichkeitsregelung enthält.⁸⁵ Jedoch stellt sich dann immer noch die Frage, was die Rechtsgrundlage der parteilichen Geheimhaltungspflicht bildet, sobald eine ausdrückliche

Parteiabrede nicht vorliegt. International wie national wird diese Frage unterschiedlich beantwortet.

Teilweise wird in der internationalen Diskussion vertreten, dass sich eine Geheimhaltungspflicht implizit aus der Schiedsvereinbarung der Parteien ergebe, da sich die Parteien hierauf stets stillschweigend geeinigt hätten. Englische Gerichte haben diesen Standpunkt energisch verteidigt.⁸⁶ Der *Court of Appeal for England and Wales* verglich die Schiedsvereinbarung insofern mit dem Bankgeheimnis, da zwischen Bankinstitut und Kunde immer auch eine konkludente Geheimhaltungspflicht als vereinbart gelte.⁸⁷ Die ältere französische Rechtsprechung scheint mit der englischen Argumentation übereinzustimmen und sieht die Geheimhaltung als immanenten Bestandteil der Natur eines Schiedsverfahrens.⁸⁸

Dem haben insbesondere australische Gerichte widersprochen. In *Esso Australia Resources Ltd v. Plowman* wurde vom *High Court of Australia* festgehalten, dass sich gerade aus der Natur des Schiedsverfahrens als solches keine immanente Geheimhaltungspflicht ergebe und auch die Annahme einer impliziten Parteivereinbarung hierzu keine Grundlage habe.⁸⁹ Dieser Ansicht stimmen sowohl das höchste schwedische Gericht, das *Högsta Domstolen* in der prominenten *Bulbank-Entscheidung*⁹⁰ als auch einige US-amerikanische Gerichte⁹¹ und wohl auch die neuere französische Rechtsprechung⁹² zu. Somit lässt sich international schwerlich ein übergreifender Konsens ausmachen, der auf das deutsche Recht übertragbar wäre. Insbesondere scheinen Rechtsordnungen des *common law* und des *civil law* einander zu widersprechen, ohne dass anhand dieser Rechtskreise eine Unterscheidungslinie gezogen werden könnte.

Auch im deutschen Diskurs ist die Frage einer Geheimhaltungspflicht bei fehlender Parteivereinbarung höchst umstritten. Einerseits wird vertreten, dass die Geheimhaltung eine Nebenpflicht zur Schiedsvereinbarung darstelle.⁹³ Dies wird mit dem allgemeinen Parteiinteresse begründet, ein Schiedsverfahren möglichst umfassend vertraulich zu gestalten.⁹⁴ Die Parteien hätten insofern bestimmte Förderungs- und Loyalitätspflichten, dem Verfahrensfortgang

⁸¹ *Eslami* (Fn. 17), S. 234; *Kahlert* (Fn. 14), S. 250; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 2016, 407 (415).

⁸² Neuseeland: Sec. 14B Arbitration Act (1996); Schottland: Sec. 7 Arbitration Act (2010); Spanien: Art. 24 No. 3 Ley 60/2003 de diciembre, de Arbitraje; Frankreich: Art. 1464 Sec. 4 Code de procédure civile; Philippinen: Sec. 23 Alternative Dispute Resolution Act (2004).

⁸³ § 5 lov om voldgift.

⁸⁴ International: *Smit*, Am. Rev. Int'l Arb. 11 (2000), 567 (574); *Ritz* (Fn. 61), S. 94; national: *Geiben* (Fn. 41), S. 33 f.; *Rosenau* (Fn. 14), S. 120; *Prütting*, in: FS Böckstiegel, 2001, S. 629 (634).

⁸⁵ Wie etwa Art. 44 DIS Arbitration Rules 2018; Art. 30 LCIA Arbitration Rules 2014; Art. 44 Swiss Rules 2012; Art. 36 Sec. 2 CIETAC Arbitration Rules 2014.

⁸⁶ *Dolling-Baker, Merrett and Another*, W.L.R. 1990, 1205 ff.; *Hassneh Insurance Company of Israel & Others v. Stewart J. Mew*, Loyd's Law Report 1993, 243 ff.; *Ail Shipping Corporation v. Shipyard Trogir*,

Loyd's Law Report 1998, 643 (651 ff.); *Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd*, Loyd's Law Report 2008, 616 ff.

⁸⁷ *Dolling-Baker, Merrett and Another*, W.L.R. 1 (1990), 1205 (1213).

⁸⁸ Cour d'appel de Paris, Revue de l'Arbitrage 1986, 583 ff.

⁸⁹ *Australia Resources Ltd v. Plowman*, Arb. Int'l 11 (1995), 235 (244 f.).

⁹⁰ *Trade Finance Inc. v. Bulgarian Trade Bank Ltd*, Stockholm Arb. Report 2000, 137 ff.

⁹¹ *United States v. Panhandle Eastern Corp.*, 118 F.R.D. 346; *Contship Containerlines, Ltd. v. PPG Indus., Inc.*, 2003 WL 1948807; hierzu auch *Noussia* (Fn. 61), S. 27 f., 73 ff.

⁹² Cour d'appel de Paris, Revue de l'Arbitrage 2004, 647 (656 f.).

⁹³ *Leisinger* (Fn. 41), S. 146 ff.

⁹⁴ *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 10, 23. Aufl. 2014, § 1029 Rn. 54.

dienlich zu sein und dem Fortgang Nachteiliges zu unterlassen.⁹⁵ Demgegenüber wird der von der englischen und französischen Rechtsprechung artikulierten Sichtweise, dass die Geheimhaltung dem Schiedsverfahren immanent sei verschiedentlich auch im deutschen Diskurs zugestimmt.⁹⁶

Diesen Ansichten wird jedoch, wohl überwiegend, widersprochen und vielmehr davon ausgegangen, dass es im deutschen Recht an einer Rechtsgrundlage fehle.⁹⁷ Für einen immanenten Grundsatz sähe sich die Geheimhaltung zu vielen Durchbrechungen und Ausnahmen ausgesetzt.⁹⁸ Auch verfolge die Herleitung einer Geheimhaltungsnebenpflicht aus Förderungs- und Loyalitätspflichten der Parteien nicht, da diese nur erfordern, alles Zumutbare zu tun, um das Schiedsverfahren voran zu bringen, und dem Fortgang Nachteiliges zu unterlassen. Jedoch mache das Fehlen von Geheimhaltungspflichten den Fortgang des Verfahrens nicht unmöglich und sei grundsätzlich auch nicht hemmend oder störend.⁹⁹ Zudem würde sich eine hieraus abgeleitete Pflicht nur auf die Dauer des Verfahrens erstrecken, was die Zweckdienlichkeit dieser Lösung einschränke.¹⁰⁰ Ebenso würde eine Herleitung aus dem potenziellen Parteiinteresse daran scheitern, dass sich die Parteien zwar oft auf eine Nichtöffentlichkeit einigen wollen würden, aber selten über Geheimhaltungspflichten nachdächten und vor allem sich das Recht, Dritten vom Verfahren erzählen zu dürfen, offen halten wollen würden.¹⁰¹

Es lässt sich also festhalten, dass es weder international noch national Konsens über die rechtliche Grundlage von Geheimhaltungspflichten der Parteien in Abwesenheit einer expliziten Parteivereinbarung gibt. Vielmehr mangelt es im deutschen Recht an einer gesetzlichen Regelung und die dargestellten Ansätze, Geheimhaltungspflichten aus der Vereinbarung der Parteien zu konstruieren, stoßen auf berechnete Kritik. Folglich soll davon ausgegangen werden, dass es für eine generelle Geheimhaltungspflicht an einer Rechtsgrundlage mangelt. Parteien, die ihr Schiedsverfahren möglichst umfassend vertraulich gestalten wollen, ist somit anzuraten, eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen.

bb) Inhalt von Geheimhaltungspflichten der Parteien

Liegt eine Geheimhaltungspflicht der Parteien vor, so bestehen verschiedene Kategorien schutzbedürftiger Informationen. Zunächst können die Parteien Interesse daran haben, zu verhindern, dass die Existenz eines Schiedsverfahrens publik gemacht wird.¹⁰² Vor allem dürfte ein Interesse der Parteien bestehen, dass im Beweisverfahren eingebrachte Dokumente, Zeugenaussagen, Urkunden, Gutachten und Augenscheinbeweise geheim bleiben.¹⁰³ Dies dürfte auch für alle im Laufe des Verfahrens gefertigten Protokolle und Notizen, die Zwischenurteile, Beschlüsse und Anordnungen des Schiedsgerichts sowie für den finalen Schiedsspruch gelten.¹⁰⁴

cc) Ausnahmen von Geheimhaltungspflichten der Parteien

Die Geheimhaltungspflicht der Parteien ist, soweit sie besteht, gleichzeitig einigen Ausnahmen unterworfen. Schon gewisse Schiedsordnungen sehen in ihren Regelungen Ausnahmen vor.¹⁰⁵ Ferner sind von der Geheimhaltung alle Informationen auszunehmen, die ohnehin der Allgemeinheit zugänglich sind.¹⁰⁶ Weitere Ausnahmen der Geheimhaltungspflichten der Parteien können sich aus gesetzlichen Offenlegungspflichten ergeben, so zum Beispiel, wenn über eine der Parteien ein Insolvenzverfahren eröffnet wird.¹⁰⁷ Gesetzliche Offenlegungspflichten können darüber hinaus aufgrund kapitalmarktrechtlicher Pflichten zur Informationspreisgabe zur Garantie der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts¹⁰⁸ oder auf Basis gesellschaftsrechtlicher Publizitätspflichten gegenüber Aktionären oder Gesellschaftern¹⁰⁹ bestehen. Überdies kann eine Schiedspartei aus einem ihrer Verträge zur Offenlegung verpflichtet sein. Hierbei ist immer anhand der konkreten Umstände zu beurteilen, ob das jeweilige Geheimhaltungs- oder Offenlegungsinteresse überwiegt.¹¹⁰ Dies ist oft der Fall bei Betriebshaftpflichtversicherungen, um Deckungsschutz zu erhalten,¹¹¹ oder im Rahmen einer *due diligence* bei Unternehmenskäufen.¹¹² Ähnlich gelagert sind Fälle, in denen Beweise oder Gutachten des Verfahrens in anderen Rechtsstreiten verwendet werden sollen.¹¹³

Eine Sondersituation liegt vor, sofern die öffentliche Hand (etwa im Rahmen von sog. *public private partnerships*) Partei einer Schiedsvereinbarung ist. Hier kann es nach

⁹⁵ Schlosser (Fn. 94), § 1029 Rn. 54.

⁹⁶ Holder (Fn. 19), S. 104 ff.; Raeschke-Kessler/Berger (Fn. 19), Rn. 683 ff.

⁹⁷ Eslami (Fn. 17), S. 245 ff.; Geiben (Fn. 41), S. 38; Haas, in: FS Kaisis, 315 (319); Lionnet/Lionnet (Fn. 17), S. 458; Oberhammer, in: FS Beys, 2003, S. 1139 (1164); Rosenau (Fn. 14), S. 117 ff.; Prütting, in: FS Böckstiegel, 2001, S. 629 (635); Voit (Fn. 26), § 1029 ZPO, Rn. 27.

⁹⁸ Geiben (Fn. 41), S. 35 ff.; Prütting, in: FS Böckstiegel, 2001, S. 629 (635); zu den Ausnahmen und Durchbrechungen *infra*.

⁹⁹ Eslami (Fn. 17), S. 246 f.; Kahlert (Fn. 14), S. 269 f.

¹⁰⁰ Kahlert (Fn. 14), S. 270.

¹⁰¹ Eslami (Fn. 17), S. 247; Risse/Oehm, ZVglRWiss 2015, 407 (415 f.).

¹⁰² Brown, Am. U. Int'l Law Rev. 16 (2001), 969 (1001 ff.).

¹⁰³ Leisinger (Fn. 41), S. 190 f.

¹⁰⁴ Leisinger (Fn. 41), S. 190 f.

¹⁰⁵ Beispielsweise Art. 30 Sec. 1 LCIA Arbitration Rules 2014; Art. 44 Sec. 1 Swiss Rules 2012.

¹⁰⁶ Eslami (Fn. 17), S. 250 f.; Geiben (Fn. 41), S. 35.

¹⁰⁷ Eslami (Fn. 17), S. 251 f.

¹⁰⁸ Eslami (Fn. 17), S. 252.

¹⁰⁹ Geiben (Fn. 41), S. 346; Holder (Fn. 19), S. 107 f.

¹¹⁰ Leisinger (Fn. 41), S. 201; Ritz (Fn. 61), S. 138.

¹¹¹ Lionnet/Lionnet (Fn. 17), S. 458.

¹¹² Denoix de Saint Marc, J. Int'l Arb. 20 (2003), 211 (214 f.); Weixia, Am. U. Int'l Law Rev. 15 (2004), 607 (626 f.).

¹¹³ Eslami (Fn. 17), S. 258; Leisinger (Fn. 41), S. 248 ff.

derzeitiger Rechtslage zu begrenzten Auskunftspflichten der entsprechend beteiligten Verwaltungsbehörde nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) kommen.¹¹⁴ Dies kann durch einen individuellen Anspruch auf Auskunft aus § 1 Abs. 1 S. 1 IFG¹¹⁵ oder durch die behördliche Veröffentlichungspflicht nach § 11 Abs. 3 IFG der Fall sein.¹¹⁶ § 1 Abs. 1 S. 1 IFG sieht sich jedoch einigen Ausnahmen ausgesetzt, insbesondere § 3 Nr. 1 lit. G IFG zum Schutze der ordnungsgemäßen Durchführung eines Gerichtsverfahrens, § 3 Nr. 6 Alt. 1 IFG zur Wahrung der fiskalischen Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr und § 6 IFG zum Schutze geistigen Eigentums und der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.¹¹⁷ § 11 Abs. 3 IFG hingegen ist seinem Wortlaut nach zu unspezifisch und erfordert lediglich freiwilliges Behördenhandeln.¹¹⁸ Somit gestalten sich die zusätzlichen Ausnahmen von Geheimhaltungspflichten der Parteien bei Beteiligung der öffentlichen Hand nach dem IFG überschaubar; eine prominente Abweichung von der Rechtslage bei rein privaten Streitparteien besteht folglich nicht.

c) *Zwischenergebnis*

Im Ergebnis zeigt sich, dass nur eine entsprechende Parteivereinbarung mit Sicherheit Geheimhaltungspflichten für die Parteien herbeiführen kann. Andere Rechtsgrundlagen sind hoch umstritten und überwiegend wohl nicht anerkannt. Selbst wenn eine Geheimhaltungspflicht bestehen sollte, so ist diese durch zahlreiche Ausnahmen ausgehöhlt und keineswegs so ehern wie in der öffentlichen Diskussion vielleicht suggeriert wird. Unbestritten bestehen Geheimhaltungspflichten für das Schiedsgericht.

3. Durchbrechungen der Vertraulichkeit

Die Vertraulichkeit im privaten Schiedsverfahren sieht sich, sofern sie überhaupt umfassend besteht, auch verschiedenen Durchbrechungen durch die Intervention staatlicher Gerichte ausgesetzt. Dies ist nach deutschem Recht verschiedentlich denkbar:¹¹⁹ So kann das jeweilige zuständige Gericht bei Problemen bei der Bestellung des Schiedsgerichts (§ 1034 Abs. 2 ZPO iVm § 1035 Abs. 3 S. 1, 3, Abs. 4 ZPO) bei Ablehnung (§ 1037 Abs. 3 ZPO) oder Abberufung (§ 1038 Abs. 1 S. 2 ZPO) eines Schiedsrichters angerufen werden. Auch bei Fragen der Zulässigkeit des Schiedsverfahrens (§ 1032 Abs. 1, 2 ZPO), der Aufhebung, Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung des abschließenden Schiedsspruchs (§§ 1060 f. ZPO) oder Vollstreckbarerklärung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (§ 1041 Abs. 1, 2 ZPO) bedarf es der Hilfe

der staatlichen Gerichtsbarkeit. In all diesen Fragen ist diese jedoch nicht dazu angehalten, die Vertraulichkeit des Verfahrens aufrecht zu erhalten, sondern muss den im Zivilprozess geltenden Grundsätzen Geltung verschaffen.¹²⁰ Bei der Einschaltung eines Zivilgerichts in den Prozess muss der das Gericht anrufenden Partei klar sein, dass hierdurch der Schutz vertraulicher Informationen nicht mehr in dem Umfang gewährleistet ist, der im Schiedsverfahren bestanden hätte.

III. Zusammenfassung der Rechtslage

Zusammenfassend gilt im Schiedsverfahren, im Gegensatz zum zivilrechtlichen Verfahren, im Regelfall der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit. Dieser ist jedoch nicht gesetzlich festgehalten, sondern ergibt sich konkludent aus der Parteivereinbarung. Dieser Grundsatz gilt indes nicht mit eherner Absolutheit, sondern ist auch inhaltlich der Parteivereinbarung unterworfen. Auch ist die Abgrenzung zum Zivilverfahren nicht so scharf, wie es in der öffentlichen Kritik an Schiedsverfahren erscheinen mag. Geheimhaltungspflichten für die Parteien aus Verfahrensrecht bestehen nur bei ausdrücklicher Vereinbarung und sehen sich außerdem einigen Ausnahmen und Durchbrechungen durch die Rechtsordnung ausgesetzt.

IV. Beurteilung der Rechtslage

Nachdem die Regelungen in Zivilprozess und privaten Schiedsverfahren gegenübergestellt wurden, soll eine Beurteilung der Rechtslage vorgenommen werden. Hierzu sollen einerseits die widerstreitenden Interessen mit Blick auf private Schiedsverfahren als auch mögliche Lösungsansätze aufgezeigt werden.

1. Status quo: Würdigung der jeweiligen Interessen

Das private Schiedsverfahren bewegt sich in einem Spannungsfeld widerstreitender Interessen: auf der einen Seite die Privatautonomie der Parteien als grundrechtlich garantierte Freiheit ausgedrückt in der Schiedsvereinbarung, auf der anderen Seite die Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit als materielle und hoheitliche Rechtsprechung.¹²¹ Nachfolgend soll untersucht werden, inwieweit die grundsätzliche Nichtöffentlichkeit und mögliche Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens mit den bestehenden Interessen übereinstimmen oder diesen widersprechen.

¹¹⁴ Eingehend hierzu *Rosenau* (Fn. 14), S. 135 ff.

¹¹⁵ *Rosenau* (Fn. 14), S. 136 ff.

¹¹⁶ *Rosenau* (Fn. 14), S. 161 ff.

¹¹⁷ *Rosenau* (Fn. 14), S. 161.

¹¹⁸ *Rosenau* (Fn. 14), S. 163 f.

¹¹⁹ Umfassend zur Beteiligung der staatlichen Gerichte *Schütze*, *SchiedsVZ* 2009, 241 ff.

¹²⁰ *Eslami* (Fn. 17), S. 272; *Leisinger* (Fn. 41), S. 255.

¹²¹ BGHZ 65, 59 (61) = NJW 1976, 109 (110); BGHZ 98, 70 (71) = NJW 1986, 3027 (3028); *Münch* (Fn. 23), Vorbemerkung § 1025 ZPO Rn. 4.

a) Interessen der Parteien

Allgemein gibt es einige gute Gründe für Parteien, ein Schiedsverfahren nichtöffentlich und vertraulich zu halten.¹²² Grundsätzlich ist es das Interesse der Parteien, das Verfahren basierend auf ihrer Vereinbarung privatautonom zu gestalten und ihren Wünschen anzupassen, inklusive der Kontrolle darüber, welche Inhalte an Dritte gelangen sollen.¹²³ Parteien tendieren zudem dazu, einen konkreten Einzelfall möglichst schnell und effizient zu Ende bringen zu wollen. Vertraulichkeit begünstigt eine konstruktive Atmosphäre, in der offen und sachgerecht diskutiert werden kann. Anreize zur Selbstdarstellung nach außen, die den Prozess möglicherweise nur weiter eskalieren lassen, können vermieden werden, wodurch das Verfahren insgesamt kürzer gehalten werden kann.¹²⁴ Ebenso kann durch Vertraulichkeit die externe Einflussnahme und Druckausübung auf den Prozess begrenzt und somit die Privatautonomie der Parteien geschützt werden.¹²⁵ Hierdurch kann die Bereitschaft der Parteien zu einer gütlichen Lösung oder zumindest die Zielstrebigkeit der Streitleistung gesteigert werden, da auf öffentliche Meinungen keine besondere Rücksicht genommen werden muss.¹²⁶

Darüber hinaus haben die Parteien ein Interesse daran, ihr Verhältnis zu Dritten nicht zu gefährden, besonders in konkreten Vertrauenssituationen wie langfristigen Geschäftsbeziehungen.¹²⁷ Nichtöffentliche und vertrauliche Verfahren belasten in aller Regel solche Beziehungen weit weniger als öffentliche und nichtvertrauliche.¹²⁸ Neben konkreten Vertrauensbeziehungen schützen Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens die Parteien selbst vor Imageschäden, die insbesondere bei infrage stehenden Produktfehlern oder Geschäftspraktiken auftreten können.¹²⁹ Insofern darf nicht unterschätzt werden, dass Parteien entsprechende Informationen eher ins Verfahren einbringen werden, desto mehr sie vor negativer Berichterstattung geschützt sind. Dies kann also auch die Effizienz des Verfahrens fördern.¹³⁰ Ferner können die Parteien dazu neigen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zurückzuhalten, um sie Konkurrenten im Markt nicht zugänglich zu machen und sich so einen Vorteil im Wettbewerb zu sichern.¹³¹ Gerade in Fällen, in denen sich eine der Parteien in mehreren separaten Verfahren für das gleiche Handeln verantworten muss, ist das Interesse dieser Partei groß,

kein Präjudiz zu schaffen, an dem sich die Entscheidung in den anderen Verfahren orientieren könnte.¹³² Private Parteien werden also in den allermeisten Fällen ein starkes Interesse daran haben, das Schiedsverfahren so nichtöffentlich und vertraulich wie möglich zu gestalten.

b) Interessen der Allgemeinheit

Diesem Parteiinteresse stehen Interessen der Allgemeinheit gegenüber. Wie bereits in den eingangs erläuterten Haltungen in der öffentlichen Berichterstattung zu erkennen war, herrscht aufgrund von Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens ein gewisses Misstrauen bezüglich der Unrechtmäßigkeit des Verfahrens. Jedoch ist vorweg klarzustellen, dass die Rechtmäßigkeitsgewähr im Schiedsverfahren über andere Instrumentarien gesichert ist. So halten die §§ 1059 ff. ZPO ein Kontrollsystem für inländische und ausländische Schiedssprüche bereit, nach denen diese bei Verletzung grundlegender Prinzipien des Rechtsstaats aufgehoben oder ihre Vollstreckung verweigert werden kann.¹³³ Dies geschieht zwar nur auf Bestreben der Parteien hin, indes haben diese durch die Schiedsvereinbarung – bis auf die Rechtsbehelfe gem. §§ 1059 ff. ZPO – auf ihren weitergehenden Schutz durch staatliche Gerichte im Sinne des Justizgewährleistungsanspruch aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG privatautonom verzichtet.¹³⁴

Jedoch hat gerade in Fällen, in denen eine der Parteien aus Imagegründen Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens schätzt, zumindest potenziell eine breite Öffentlichkeit großes Interesse daran, eventuell unpopuläres, moralisch fragwürdiges oder sogar rechtswidriges Verhalten der Streitparteien nachzuvollziehen.¹³⁵

Darüber hinaus hindert ein vertrauliches Schiedsverfahren die Rechtsfortbildung und damit die Rechtssicherheit. Schiedssprüchen kommt besonders im internationalen Rechtskontext eine faktische Rolle als Präjudiz zu.¹³⁶ Des Weiteren gibt es im deutschen Recht Rechtsgebiete, in denen nahezu alle Streitigkeiten von gehobener Relevanz vor Schiedsgerichten verhandelt werden – besonders prominent im Unternehmenskaufrecht und im Gesellschaftsrecht.¹³⁷ Da die überwiegende Mehrheit der Schiedssprüche aufgrund von Vertraulichkeitspflichten nicht veröffentlicht werden¹³⁸ und kaum Rechtsprechung der

¹²² Zu den empirischen Hintergründen umfassend *Eslami* (Fn. 17), S. 198 ff.; *Kahlert* (Fn. 14), S. 65 ff.

¹²³ *Karton*, Arb. Int'l 28 (2012), 447 (460); *Trittmann/Salger/von Essen* (Fn. 1), § 1 Rn. 13.

¹²⁴ *Lachmann* (Fn. 75), Rn. 143.

¹²⁵ *Buchwitz* (Fn. 1), S. 7.

¹²⁶ *Lazareff*, ICC Arb. Bulletin (Special Supplement 2009), 81 (83).

¹²⁷ *Buchwitz* (Fn. 1), S. 7; *Kahlert* (Fn. 14), S. 61.

¹²⁸ *Berger*, SchiedsVZ 2009, 289 (293); *Geiben* (Fn. 41), S. 18.

¹²⁹ *Eslami* (Fn. 17), S. 193.

¹³⁰ *Buchwitz* (Fn. 1), S. 7; *Leisinger* (Fn. 41), S. 39.

¹³¹ *Karton*, Arb. Int'l 28 (2012), 447 (459).

¹³² *Brown*, Am. U. Int'l Law Rev. 16 (2001), 969; *Buys*, Am. Rev. Int'l Arb. 14 (2003), 121 (123).

¹³³ *Münch* (Fn. 23), § 1059 ZPO Rn. 1; *Voit* (Fn. 26), § 1059 ZPO Rn. 1.

¹³⁴ *Münch* (Fn. 23), Vorbemerkung § 1025 ZPO Rn. 4.

¹³⁵ *Kahlert* (Fn. 14), S. 75.

¹³⁶ *Duve/Keller*, SchiedsVZ 2005, 169 (171).

¹³⁷ *Habersack*, SchiedsVZ 2004, 262; *Sachs*, SchiedsVZ 2004, 123 (126); *Wilhelmi/Stürner*, in: *Wilhelmi/Stürner*, Post-MA-Schiedsverfahren, 2019, S. 4.

¹³⁸ *Duve/Keller*, SchiedsVZ 2005, 169 (171); einschränkend *Menz*, in: *Wilhelmi/Stürner*, Post-MA-Schiedsverfahren, 2019, S. 51 f.

ordentlichen Gerichtsbarkeit in diesen Bereichen ergeht, findet in weiten Teilen des deutschen Wirtschaftsrechts *de facto* keine Rechtsfortbildung mehr statt.¹³⁹ Damit einher geht auch eine mangelnde Konstanz der Entscheidungen.¹⁴⁰ Zuletzt unterstützt die öffentliche Zugänglichkeit die Kontrolle der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens. Folglich hat die Allgemeinheit ein klares Interesse an mehr Transparenz im Schiedsverfahren, insbesondere bezüglich der Einsehbarkeit von Schiedssprüchen zur Gewährleistung der Rechtsfortbildung und der Förderung von Rechtssicherheit und -staatlichkeit.

c) Besondere Interessenlage bei Beteiligung der öffentlichen Hand

Einen Sonderfall stellt die Beteiligung der öffentlichen Hand an privaten Schiedsverfahren dar. Zwar führt ihr öffentlich-rechtlicher Charakter nicht zwangsläufig dazu, dass ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse weniger schützenswert sind als die privater Akteure.¹⁴¹ Gleichwohl besteht ein besonderes Kontrollinteresse der Allgemeinheit, wenn eine der Parteien des Handelsschiedsverfahrens ein Hoheitsträger ist.¹⁴² Dies hat sich zum Beispiel im prominenten Fall um das Lkw-Mautsystem *Toll Collect* gezeigt.¹⁴³ Die bestehenden bundes- und landesrechtlichen Informationsfreiheitsgesetze, insbesondere das IFG, sind zudem – wie oben bereits angesprochen – nur im begrenzten Umfang dazu geeignet, mehr Transparenz herzustellen.¹⁴⁴

Vielmehr ist die öffentliche Hand aufgrund des Demokratieprinzips und des Rechtsstaatsprinzips verpflichtet, eine größtmögliche Transparenz herzustellen – insbesondere bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses.¹⁴⁵ In dieser Sondersituation besteht zudem eine reduzierte Schutzwürdigkeit des privaten Vertragspartners. Der Staat ist kein beliebiger Vertragspartner, sondern hat besondere verfassungsrechtliche Pflichten, auf die man sich mit Abschluss der Schiedsvereinbarung einlässt. Das Geheimhaltungsinteresse der privaten Seite wiegt in dieser Konstellation

deshalb unter Umständen weniger schwer als die Interessen der Allgemeinheit.¹⁴⁶

2. Quo vadis: Mehr Transparenz möglich?

Fraglich ist indes, ob und inwieweit es unter Beachtung der Interessenlage von Allgemeinheit und Schiedsparteien möglich ist, mehr Transparenz in der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit zu schaffen. Grundsätzlich ist zu beachten, dass die Lösung des Streits zwischen den Parteien auf dem Wege der Schiedsgerichtsbarkeit grundrechtlich von der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG als Teil der Privatautonomie geschützt ist;¹⁴⁷ dies gilt allerdings – in einem geringeren Umfang – auch im Zivilverfahren. Eine umfassende Transparenz gegen den Willen der Parteien würde indes dem Wesen privater Streitbeilegung widersprechen und ist somit nicht erstrebenswert.

Jedoch zeigen die dringenden Interessen der Allgemeinheit nach Rechtsfortbildung, Kontrolle und Rechtssicherheit auch, dass zumindest eine weitergehende partielle Transparenz notwendig ist. Weiterhin muss beachtet werden, dass die private Schiedsgerichtsbarkeit mit Blick auf die Entscheidungswirkungen gem. § 1055 ZPO der staatlichen Gerichtsbarkeit gleichgestellt ist und somit dieselbe Rechtssprechungsfunktion ausfüllt wie eine der drei Staatsgewalten.¹⁴⁸ In gewisser Weise kommt Schiedsentscheidungen sogar eine stärkere Wirkung zu, da in den allermeisten Fällen keine zweitinstanzliche Überprüfung stattfindet.¹⁴⁹

Betrachtet man die Interessen der Allgemeinheit, so wird klar, dass die meisten durch die Vertraulichkeit entstehenden Probleme mit der fehlenden Veröffentlichungspraxis von schiedsgerichtlichen Entscheidungen zusammenhängen. Schon seit geraumer Zeit wird der Vorschlag angebracht, Schiedssprüche vermehrt zu veröffentlichen.¹⁵⁰ Viele Institutionen haben bereits in ihren Schiedsordnungen die Möglichkeit einer Veröffentlichung mit Parteikonsens eröffnet.¹⁵¹ Indes bedarf es zur Etablierung einer systematischen Veröffentlichungspraxis einer

¹³⁹ So bereits vor 18 Jahren *Hirsch*, SchiedsVZ 2003, 49 (52); in jüngerer Zeit ebenso *Wimalasena*, Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, 2016, S. 4 f.; *Wolf*, in: *Wilhelmi/Stürner*, Post-MA-Schiedsverfahren, 2019, S. 90 ff.

¹⁴⁰ *Eslami* (Fn. 17), S. 393.

¹⁴¹ VG Berlin, Urteil v. 25.4.2006 – 2 A 88.05 = BeckRS 2010, 56189; *Rosenau* (Fn. 14), S. 109; vgl. ferner die Begründung zum Entwurf des IFG, BT-Drucks. 15/4493, S. 11.

¹⁴² International: *Australia Resources Ltd v. Plowman*, Arb. Int'l 11 (1995), 253 ff.; *Buys*, Am. Rev. Int'l Arb. 14 (2003), 121 (134); *Misra/Jordans*, J. Int'l Arb. 23 (2006), 39 (47); *Ritz* (Fn. 61), S. 57; national: *Buchwitz* (Fn. 1), S. 10; *Eslami* (Fn. 17), S. 255 f.; *Kahlert* (Fn. 14), S. 76; *Rosenau* (Fn. 14), S. 167 ff.

¹⁴³ *Buchwitz* (Fn. 1), S. 10; *Kahlert* (Fn. 14), S. 76.

¹⁴⁴ *Rosenau* (Fn. 14), S. 136 ff., insbesondere S. 165.

¹⁴⁵ Umfassend hierzu *Rosenau* (Fn. 14), S. 167 ff.

¹⁴⁶ *Rosenau* (Fn. 14), S. 225.

¹⁴⁷ *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265 (271).

¹⁴⁸ So bereits vor Novellierung der ZPO nach dem Vorbild des UNCITRAL Model Law BGHZ 65, 61 = NJW 1962, 589; eingehend *Rehm*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2008, § 2 Rn. 20 ff.

¹⁴⁹ Insofern stellt der International Court of Arbitration der ICC (ICC Rules Appendix I) eine prominente Ausnahme einer schiedsinstitutionellen Kontrollinstanz dar, die in anderen Schiedsordnungen nicht vorgesehen ist. Allerdings ist auch diese gem. Art. 1 ICC Rules Appendix I auf die Überprüfung der Einhaltung der ICC Rules beschränkt.

¹⁵⁰ International: *Brown*, Am. U. Int'l Law Rev. 16 (2001), 969 ff.; *Buys*, Am. Rev. Int'l Arb. 14 (2003), 121 ff.; *Ong*, Asian Int'l Arb. J. 1 (2005), 169 ff.; *Raymond*, Am. Rev. Int'l Arb. 16 (2005), 479 ff.; *Tashiro*, J. Int'l Arb. 9 (1992), 97 ff.; national: *Eslami* (Fn. 17), S. 399; *Duve/Keller*, SchiedsVZ 2005, 169 (176 f.); *Wolf* (Fn. 140), S. 112, *Wolff*, in: *Wilhelmi/Stürner*, Post-MA-Schiedsverfahren, 2019, S. 86 f.; ein ausführliches Konzept für eine Veröffentlichungspraxis hat etwa *Wimalasena* (Fn. 139), S. 270 ff. vorgelegt.

¹⁵¹ Etwa Art. 44 Sec. 3 DIS Rules; Art. 45 Sec. 5 HKIAC Rules; umfassend hierzu *Smit*, Am. Rev. Int'l Arb. 25 (2014), 1 ff.

Vorgehensweise, bei der der Parteiwille nicht zwingend das Allgemeininteresse aussticht.¹⁵²

Es darf ferner nicht übersehen werden, dass auch den Parteien mit einer partiellen Veröffentlichung gedient ist, da so von vorhergehenden Schiedssprüchen gelernt und damit die Rechtslage wesentlich sicherer eingeschätzt werden kann.¹⁵³ In diesem wichtigen Punkt stimmen das Interesse der Allgemeinheit und der Parteien voll überein. Letztlich muss eine Balance zwischen den gegenseitigen Interessen gefunden werden. Eine Veröffentlichung von Schiedssprüchen sollte nur insoweit erfolgen, wie den Interessen der Allgemeinheit gedient ist.¹⁵⁴ Alle weitergehenden Informationen, welche die Vertraulichkeitsinteressen der Parteien berühren, sollten durch das Schiedsgericht im Interesse der Parteien geschützt und entsprechend anonymisiert werden.¹⁵⁵ Durch eine solcherart gestärkte Rechtssicherheit könnten auch effizienter und schneller Entscheidungen getroffen werden.¹⁵⁶

Sofern die öffentliche Hand an einem privaten Schiedsverfahren beteiligt ist, ist eine umfassende Veröffentlichungspraxis nicht nur für die Rechtsfortbildung wünschenswert, sondern aufgrund der verfassungsrechtlichen Verpflichtung der öffentlichen Hand zu Transparenz aus Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip, insbesondere auch in Hinblick auf eine mögliche Selbstbindung der Verwaltung, verpflichtend geboten.¹⁵⁷ Die derzeitige Rechtslage spiegelt dies nur nicht wider; vielmehr müsste eine viel weitreichendere Publikation von Schiedssprüchen gewährleistet sein.¹⁵⁸ Die Beeinträchtigung der beteiligten Parteien durch anonymisierte Veröffentlichung wiegt weitaus weniger schwer als die mögliche Verletzung verfassungsrechtlicher Prinzipien.¹⁵⁹ Ferner erhalten private Parteien mit dem Staat einen zuverlässigen Vertragspartner und solventen Schuldner.¹⁶⁰

Bei alledem sollte zudem nicht übersehen werden, dass auch Entscheidungen von deutschen Gerichten nicht in quantitativer hoher Zahl publiziert werden. Nach aktuellen Einschätzungen sind es gerade einmal 1% der Entscheidungen vor ordentlichen Gerichten.¹⁶¹ Einerseits könnte dies die Kritik der Befürworter von vermehrter

Schiedsspruchveröffentlichung relativieren. Andererseits ist dieser Umstand zurecht von *Hamann* als „blinder Fleck“ der deutschen Justiz bezeichnet worden¹⁶² und damit gerade nicht ein Ruhmesblatt staatlicher Effizienz, sondern ein – recht ähnlich zur Situation in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit gelagertes – Transparenzproblem der staatlichen Gerichte.¹⁶³

Eine systematische Veröffentlichung von Schiedssprüchen verbunden mit einer unter Beachtung der Vertraulichkeitsinteressen der Parteien erfolgenden Anonymisierung ist nach hier vertretener Auffassung durchaus dazu geeignet, die mit Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit der Handelsschiedsgerichtsbarkeit einhergehenden Spannungen besser aufzulösen, wodurch sowohl die Akzeptanz der privaten Schiedsgerichtsbarkeit – und damit ihre Legitimität – als auch das Vertrauen und die Zufriedenheit der Beteiligten erhöht werden kann.¹⁶⁴ Transparenz und Vertraulichkeit schließen sich nicht zwingend aus, sondern können nach den Bedürfnissen der unmittelbar Beteiligten und sonstigen interessierten Akteure in Ausgleich gebracht werden.

Ein signifikanter Schritt in diese Richtung wurde mit der Ankündigung der *International Chamber of Commerce* (ICC) – einer der größten Schiedsinstitutionen weltweit – vom 20.12.2018 unternommen.¹⁶⁵ Die ICC kündigte hierin unter anderem an, ab 1.1.2019 erlassene Schiedssprüche in einem *opt-out*-Verfahren zu veröffentlichen zu wollen. Begründet wurde dies insbesondere mit den oben näher beschriebenen Interessen der Allgemeinheit hinsichtlich einer einheitlicheren Rechtsfortbildung.¹⁶⁶ Dies veranlasste manche schon zu orakeln, ob nicht die Veröffentlichung von Schiedssprüchen „*the new normal*“ werden könnte.¹⁶⁷ Zumindes zeichnet sich hiermit ein gewisser Trend hin zu einer breiteren Veröffentlichungspraxis in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit ab.¹⁶⁸

E. Der Sonderfall der völkerrechtlichen Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit

Ergänzend zum Handelsschiedsprozess soll nun noch der Sonderfall der völkerrechtlichen Investitionsschutz-

¹⁵² *Wimalasena* (Fn. 139), S. 212 ff.

¹⁵³ *Buyers*, Am. Rev. Int'l Arb. 14 (2003), 121 (136); *Mourre*, „Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions“, Kluwer Arbitration Blog vom 28.5.2009; *Wimalasena* (Fn. 139), S. 216 f.

¹⁵⁴ *Eslami* (Fn. 17), S. 400 ff.; *Karton*, Arb. Int. 28 (2012), 447 (477 f.).

¹⁵⁵ *Eslami* (Fn. 17), S. 400 ff.; *Karton*, Arb. Int. 28 (2012), 447 (477 f.);

Wimalasena (Fn. 139), S. 238.

¹⁵⁶ *Wimalasena* (Fn. 139), S. 227.

¹⁵⁷ *Rosenau* (Fn. 14), S. 224 f.

¹⁵⁸ So auch *Rosenau* (Fn. 14), S. 223 ff.

¹⁵⁹ *Rosenau* (Fn. 14), S. 225; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 2015, 407 (424).

¹⁶⁰ *Rosenau* (Fn. 14), S. 225.

¹⁶¹ *Hamann*, JZ 2021, 656 (658).

¹⁶² *Hamann*, JZ 2021, 656 (658).

¹⁶³ Anschaulich vertieft bei *Hamann*, JZ 2021, 656 ff.

¹⁶⁴ Ebenso *Eslami* (Fn. 17), S. 400 ff.; *Kahlert* (Fn. 14), S. 78; *Karton*, Arb. Int. 28 (2012), 447 (472); *Ong*, Asian Int'l Arb. J. 1 (2005), 169 (178); *Wimalasena* (Fn. 139), S. 228 ff.

¹⁶⁵ ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, aktuelle Version vom 1.1.2021 abrufbar unter <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-english-2021.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

¹⁶⁶ ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, (Fn. 166), Rn. 46 ff.

¹⁶⁷ *Jolley/Cook*, „Revised ICC Note to Parties and Tribunals: Will Publication of Awards Become the New Normal?“, Kluwer Arbitration Blog vom 7.3.2019.

¹⁶⁸ Noch skeptisch *Menz* (Fn. 138), S. 53 unter Verweis auf die überwiegende Tendenz von Parteien einer Veröffentlichung zu widersprechen.

verfahren in den Blick genommen werden. Zunächst sollen die Besonderheiten solcher Verfahren gegenüber der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit herausgestellt werden. Sodann soll die Rechtslage vor und nach Einführung der UNCITRAL Rules on Transparency betrachtet werden.

I. Besonderheiten des Investitionsschutzrechts

Investitionsschutz basiert nicht auf einem privatautonom verhandelten Vertrag zwischen zwei gleichrangigen Privatrechtssubjekten, sondern auf bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) oder multilateralen Abkommen wie dem in *Vattenfall v. Bundesrepublik Deutschland* einschlägigen Energiecharta-Vertrag, der ICSID-Konvention oder dem *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) und seinem Nachfolger, dem *United States-Mexico-Canada Agreement* (USMCA).¹⁶⁹ Diese völkerrechtlichen Verträge gewähren ausländischen Investoren die Möglichkeit einer – meist vorteilhafteren – schiedsgerichtlichen Streitbeilegung als Alternative zur Gerichtsbarkeit des Investitionsstaates. Im Unterschied zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit hat der Investitionsschutz also einen genuin öffentlich-rechtlichen Charakter.¹⁷⁰ Das Schiedsverfahren wird nicht aufgrund parteilicher Einigung zwischen Privatrechtssubjekten (oder einem staatlichen Akteur im Mantel des Privatrechts), sondern in den ganz überwiegenden Fällen aufgrund der Annahme des in den Schiedsklauseln der völkerrechtlichen Verträge festgehaltenen unbestimmten einseitigen Angebots des Gaststaates durch den privaten Investor initiiert.¹⁷¹ Ein Investitionsschutzverfahren ist deshalb stets „a creature of public international law“.¹⁷² Das eigentliche Verfahren richtet sich in nahezu allen Fällen vor allem nach den – aufgrund entsprechender Verweisungen in den zugrundeliegenden Abkommen – einschlägigen Schiedsregeln.¹⁷³

Vertraulichkeitspflichten ergeben sich demgemäß nicht aus einer privatrechtlichen Schiedsvereinbarung, sondern vielmehr aus den völkerrechtlichen Abkommen selbst und den durch sie anwendbaren Schiedsregeln.¹⁷⁴ Im Unterschied zu privatrechtlichen Handelsstreitigkeiten, bei denen Tribunale nur, wie auch ordentliche Zivilgerichte, in der privatrechtlichen Sphäre entschieden, beurteilen

Investitionstribunale standardmäßig die Rechtmäßigkeit hoheitlicher Gewaltausübung und greifen somit in das souveräne Handeln eines Staates ein.¹⁷⁵ Als Folge kann oft eine Änderung des jeweils geltenden Rechts erforderlich werden. Darüber hinaus betreffen Investitionsschutzverfahren oftmals Bereiche von grundlegender Bedeutung für die Allgemeinheit, wie etwa Umwelt-¹⁷⁶ oder Energie-recht¹⁷⁷. Deshalb besteht ein genuines Interesse der Öffentlichkeit an möglichst viel Transparenz im Investitionsschutzverfahren.¹⁷⁸ Gerade im Hinblick auf das immanente öffentliche Interesse und auch auf die historischen Wurzeln des Öffentlichkeitsgrundsatzes im staatlichen Gerichtsprozess kann also eine umfassende Vertraulichkeit weitaus weniger leicht gerechtfertigt werden, als dies im Handelsschiedsverfahren möglich ist. Vielmehr bedarf es zur Stärkung der Akzeptanz in der Öffentlichkeit und damit der demokratischen Legitimität möglichst weitgehender Transparenz. Ganz allgemein gilt deshalb, dass *a priori* in Investitionsschutzschiedsverfahren mit weitaus größerer Transparenz gerechnet werden muss.¹⁷⁹

II. Rechtslage bis 2014

Als prominenteste im internationalen Investitionsschutz verwendeten Schiedsregelwerke sollen vor allem die eingangs erwähnten *ICSID Arbitration Rules*¹⁸⁰ und die *UNCITRAL Arbitration Rules*¹⁸¹ im Mittelpunkt der Betrachtung stehen.

1. Nichtöffentlichkeit

Schon bei der Nichtöffentlichkeit des Verfahrens ergeben sich erhebliche Unterschiede zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Vor 2014 nahmen die UNCITRAL und die ICSID Arbitration Rules hierbei diametrale Positionen ein: Während die UNCITRAL Arbitration Rules in Art. 28.3 die Nichtöffentlichkeit zur Regel und die Öffentlichkeit zur Ausnahme erklären, ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis in Art. 32 ICSID Arbitration Rules genau umgekehrt. Der Schiedsspruch wird gem. Art. 34.5 UNCITRAL Arbitration Rules nur mit Parteikonsens veröffentlicht. Zwar ist dies in Art. 48 Sec. 4 ICSID Arbitration Rules ähnlich geregelt, jedoch ist ICSID hiernach auch zur

¹⁶⁹ Born, *International Law and Practice*, 2015, S. 417 f.; Schill, *ZaöRV* 2011, 247 (264); Van Harten/Loughlin, *EJIL* 17 (2006), 121 (126 f.).

¹⁷⁰ Schill, *ZaöRV* 2011, 247 ff.; Thiele, *GewArch* 2016, 369 ff.; Van Harten/Loughlin, *EJIL* 17 (2006), 121 ff.

¹⁷¹ Lim/Ho/Paparinskis, *International Investment Law and Arbitration*, 2. Aufl. 2019, S. 93 f.; Schill, *ZaöRV* 2011, 247 (264); Thiele, *GewArch* 2016, 369 (370).

¹⁷² Scherer/Gehling/Euler, in: Euler/Gehring/Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration*, 2015, S. 2. Ausführlich zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen Investment- und Handelsschiedsgerichtsbarkeit Born (Fn. 169), S. 418 ff.

¹⁷³ Born (Fn. 169), S. 442.

¹⁷⁴ Eslami (Fn. 17), S. 293; Leisinger (Fn. 41), S. 168 f.

¹⁷⁵ Born (Fn. 1), S. 3052 f.; Van Harten/Loughlin, *EJIL* 17 (2006), 121 (125 f.).

¹⁷⁶ Vgl. *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

¹⁷⁷ Vgl. *Mobil Oil and others v. New Zealand*, ICSID Case No. ARB/87/2.

¹⁷⁸ Buchwitz (Fn. 1), S. 8; Born (Fn. 1), S. 3052 f.; Buntbroich/Kaul, *SchiedsVZ* 2014, 1 (6); Eslami (Fn. 17), S. 294; Lew/Mistelis/Kröll, § 28, Rn. 10; Risse/Oehm, *ZVglRWiss* 2015, 407 (428 f.).

¹⁷⁹ Born (Fn. 169), S. 424.

¹⁸⁰ In der aktuellen Fassung von 2006 abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/arbitration-rules> (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

¹⁸¹ In der aktuellen Fassung von 2013 abrufbar unter <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

Veröffentlichung der wesentlichen rechtlichen Begründungen der Entscheidung verpflichtet, selbst wenn sich die Parteien einer Veröffentlichung verweigern. Trotz der Unterschiede zwischen UNCITRAL- und ICSID-System werden in der Praxis die allermeisten Schiedssprüche in Investitionsschutzfragen, besonders durch ICSID, veröffentlicht,¹⁸² weshalb insofern auch keine Bedenken bezüglich des Fehlens einer konstanten Rechtsfortbildung wie gegenüber der Handelsschiedsgerichtsbarkeit artikuliert werden können. ICSID führt sogar ein online einsehbares Fallregister, aus dem in den allermeisten Fällen neben den Namen der Verfahrensbeteiligten sogar die jeweiligen Verhandlungstage und Parteihandlungen nachvollziehbar sind.¹⁸³

Außerdem sieht sich die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens in Investitionsschutzfragen wesentlich öfter Durchbrechungen ausgesetzt. Dies kann zum einen durch die Zulassung eines sogenannten *amicus curiae*, der Intervention einer des Sachverhalts kundigen dritten Partei ohne eigene Verfahrensrechte zur Hilfestellung des Gerichts, geschehen.¹⁸⁴ Im ICSID-System ist dies gem. Art. 32 Sec. 2, Art. 37 Sec. 2 ICSID Arbitration Rules möglich. Dies wurde erstmals im Fall *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* in der Praxis erprobt,¹⁸⁵ allerdings ist die weitere Rechtspraxis hierzu uneinheitlich.¹⁸⁶ Gleichwohl wurden auch unter Kapitel 11 des NAFTA-Abkommens bereits Stellungnahmen eines *amicus curiae* zugelassen.¹⁸⁷ In den UNCITRAL Arbitration Rules hingegen ist die Heranziehung eines *amicus curiae* nicht vorgesehen.¹⁸⁸ Jedoch wurde in einem NAFTA-Verfahren, in dem die UNCITRAL Arbitration Rules anwendbar waren, die Stellungnahme eines *amicus curiae* dennoch zugelassen.¹⁸⁹

Zum anderen entscheiden sich die Parteien ohnehin immer häufiger dazu, Investitionsschutzverfahren öffentlich abzuhalten, um die Legitimität der Entscheidungsfindung und die Akzeptanz als Streitbeilegungsmechanismus zu steigern, wobei nach einigen Verfahrensordnungen, etwa im NAFTA-System, die mündliche Verhandlung schon

grundsätzlich öffentlich ausgetragen wird.¹⁹⁰ Ein prominentes Beispiel ist der *Canadian Cattlemen Case*, einem NAFTA-Verfahren unter den UNCITRAL Arbitration Rules, als 2008 die Verhandlung in Washington nicht nur für die Öffentlichkeit zugänglich war, sondern auch live nach Kanada übertragen wurde.¹⁹¹ Interessanterweise wurden im Oktober 2016 und November 2020 auch die mündlichen Verhandlungen in *Vattenfall v. Bundesrepublik Deutschland* im Livestream übertragen.¹⁹² Die Links dazu waren frei zugänglich auf den Websites von ICSID und des Bundesjustizministeriums. Insgesamt ist also die Tragweite der Nichtöffentlichkeit im Investitionsschutz wesentlich eingeschränkter als im Handelsschiedswesen.

2. Geheimhaltung

Wie im Handelsschiedsverfahren ist das Schiedsgericht zu Geheimhaltung verpflichtet.¹⁹³ Darüber hinaus enthalten weder die ICSID noch die UNCITRAL Arbitration Rules eine Regelung, die die Parteien zur Geheimhaltung verpflichten würde.¹⁹⁴ Es besteht sowohl in der Literatur¹⁹⁵ als auch in der Schiedspraxis¹⁹⁶ Einigkeit darüber, dass es keine weitergehende allgemeine Geheimhaltungspflicht gibt, sondern dass vielmehr die Interessen der Parteien im Einzelfall abgewogen werden müssen. Folglich lässt sich festhalten, dass die Parteien im Investitionsschutzverfahren nicht gehindert sind, Informationen über das Verfahren nach außen zu geben. Eine umfassende Vertraulichkeit besteht nicht. Umso befremdlicher erscheint es, dass sich die Bundesregierung in *Vattenfall v. Bundesrepublik Deutschland* bei der Debatte im Bundestag auf diesen Standpunkt zurückzog.

3. Zwischenergebnis

In der obigen Betrachtung hat sich gezeigt, dass die ICSID Arbitration Rules seit ihrer letztmaligen Änderung im Jahr 2006 größere Transparenz gewährleisten.¹⁹⁷ Im Vergleich hierzu galten die UNCITRAL Arbitration Rules an sich als vergleichsweise intransparent.¹⁹⁸ Jedoch kann insgesamt festgehalten werden, dass Investitionsschutzverfahren

¹⁸² Böckstiegel, Arb. Int. 28 (2012), 577 (586).

¹⁸³ So etwa zum *Vattenfall-Fall* unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/12/12> (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

¹⁸⁴ Levine, Berkeley J. Int'l Law 29 (2011), 200 (201); Trittmann/Salger/von Essen (Fn. 1), § 1 Rn. 13.

¹⁸⁵ ICSID Case No. ARB/05/22.

¹⁸⁶ Ausführlich hierzu Eslami (Fn. 17), S. 302 ff.

¹⁸⁷ *Methanex Corp. v. United States of America*, Final Award on the Jurisdiction and Merits, ILM 44 (2005), 1345 ff.

¹⁸⁸ Levander, Columbia J. Transnat'l Law 52 (2014), 506 (517).

¹⁸⁹ *United Parcel Services of America v. the Government of Canada*, Award on the Merits, ILM 46 (2007), 922 ff.

¹⁹⁰ Böckstiegel, SchiedsVZ 2012, 113 (118); Born (Fn. 1), S. 3053 f.

¹⁹¹ *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*.

¹⁹² Abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Energie/vattenfall-gegen-bundesrepublik-deutschland.html> (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

¹⁹³ Eslami (Fn. 17), S. 301.

¹⁹⁴ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/124; *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

¹⁹⁵ Born (Fn. 1), S. 3007 f.; Buntenbroich/Kaul, SchiedsVZ 2014, 1 (4); Leisinger (Fn. 41), S. 65 f.

¹⁹⁶ *Beccara v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Procedural Order No. 3, Rn. 67 ff.; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22; *The Loewen Group v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 (NAFTA).

¹⁹⁷ Johnson/Bernasconi-Osterwalder, New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency, 2013, S. 6; Levander, Columbia J. Transnat'l Law 52 (2014), 506 (517); Sackmann (Fn. 14), S. 63 ff.

¹⁹⁸ Johnson/Bernasconi-Osterwalder (Fn. 197), S. 6; Levander, Columbia J. Transnat'l Law 52 (2014), 506 (517); Sackmann (Fn. 14), S. 63 ff.

schon vor 2014 weit weniger vertraulich ausgestaltet waren, als dies bei Handelsschiedsverfahren der Fall ist.

III. Seit 2014: Die UNCITRAL Rules on Transparency

Dieser Eindruck einer weitgehenden Transparenz von Investitionsschutzverfahren bestätigt sich insbesondere mit Blick auf die am 1.4.2014 in Kraft getretenen UNCITRAL Rules on Transparency, die als Reaktion auf die oben erwähnte Kritik an den UNCITRAL Arbitration Rules in Ergänzung zu diesen erarbeitet wurden.¹⁹⁹

1. Anwendungsbereich

Die Regeln sind gem. Art. 1 Sec. 1 UNCITRAL Rules on Transparency auf Verfahren anwendbar, welche nach den UNCITRAL Arbitration Rules aufgrund von Investitionsschutzabkommen geführt werden, die am oder nach dem 1.4.2014 in Kraft getreten sind, solange die Signatarstaaten im zugrundeliegenden Abkommen nichts Gegenteiliges im Wege eines *opt-out* bestimmt haben. Auf Streitigkeiten unter Anwendung der UNCITRAL Arbitration Rules aus bereits vor dem 1.4.2014 geschlossenen Abkommen finden die Regeln gem. Art. 1 Sec. 2 UNCITRAL Rules on Transparency Anwendung, wenn sich die Parteien (lit. a) oder die Parteien des Investitionsschutzabkommens beziehungsweise, bei multilateralen Abkommen, der Gast- und Investorenstaat (lit. b) hierauf geeinigt haben. Auch stehen die Regeln gem. Art. 1 Sec. 9 UNCITRAL Rules on Transparency einer Benutzung in jedem anderen Investitionsschutzverfahren offen. Bei einem Konflikt mit anderen Regelungen können die Regeln gem. Art. 1 Sec. 7, Sec. 8 UNCITRAL Rules on Transparency nicht dem Wortlaut eines Investitionsschutzabkommens oder zwingendem nationalen Recht vorgehen. Ihrerseits gehen die Regeln jedoch anderweitigen Regelungen in der anwendbaren Schiedsordnung vor.

2. Überblick über die Regelungsinhalte

Die UNCITRAL Rules on Transparency halten die nachfolgenden Regelungen für die Gewähr einer größeren Transparenz vor. Zunächst werden gem. Art. 2 UNCITRAL Rules on Transparency bei Beginn des Verfahrens die Streitparteien, der betroffene Wirtschaftssektor und das zugrundeliegende Abkommen veröffentlicht. Zentral ist die Pflicht zur Veröffentlichung von Verfahrensdokumenten nach Art. 3 UNCITRAL Rules on Transparency. Veröffentlicht werden grundsätzlich alle Schriftsätze, Protokolle der mündlichen Verhandlung und die Entscheidungen des

Schiedsgerichts, für Sachverständigengutachten und Zeugenaussagen bestehen in Art. 3 Sec. 2, Sec. 3 UNCITRAL Rules on Transparency Sonderregeln. Art. 4, 5 UNCITRAL Rules on Transparency stellen die Voraussetzungen auf, nach denen die Stellungnahme eines *amicus curiae* zugelassen werden kann. Prominent hervor sticht ferner die Regelung in Art. 6 Sec. 1 UNCITRAL Rules on Transparency, nach der nun mündliche Verhandlungen öffentlich abgehalten werden.

Ausnahmen von der Transparenz ergeben sich aus Art. 7 UNCITRAL Rules on Transparency und bestehen gem. Art. 7 Sec. 2 UNCITRAL Rules on Transparency vor allem für Geschäftsgeheimnisse (lit. a) und Staatsgeheimnisse nach dem Recht des beklagten Staates (lit. c). Auch enthält Art. 7 Sec. 6, Sec. 7 UNCITRAL Rules on Transparency eine Regelung, nach der die Transparenz eingeschränkt werden kann, um die Integrität des Schiedsverfahrens zu schützen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Auffindung oder Erbringung von Beweisen erschwert oder verhindert würde, Zeugen, Schiedsrichter und Parteienworte eingeschüchtert werden könnten oder andere außergewöhnliche Umstände vorliegen. Die Entscheidung über die Einschlägigkeit der Ausnahmetatbestände aus Art. 7 UNCITRAL Rules on Transparency obliegt dabei stets dem Tribunal, welches jedoch immer zunächst die Konsultation mit den Parteien zu suchen hat, vgl. Art. 7 Sec. 3, Sec. 5 UNCITRAL Rules on Transparency.

Abschließend ist besonders herauszuheben, dass das Schiedsgericht bei allen Ermessensentscheidungen in Art 1 Sec. 4 UNCITRAL Rules on Transparency dazu angehalten ist, immer zwischen Interessen der Öffentlichkeit (lit. a) und den Interessen der Parteien (lit. b) abzuwägen und einen Ausgleich hierzwischen zu schaffen.

3. Rezeption und Ausblick

Die UNCITRAL Rules on Transparency werden überwiegend als ein wichtiger Beitrag zur Lösung des Transparenzdilemmas gesehen.²⁰⁰ Als *erstes* Regelwerk in diesem Kontext sehen die Regeln zwingende Transparenz vor.²⁰¹

Als besonders essenzielle Regelungen werden die Veröffentlichung von Verfahrensdokumenten, die Voraussetzungen für die Zulassung einer Stellungnahme eines *amicus curiae* sowie die Verpflichtung zu öffentlichen mündlichen Verhandlungen angesehen.²⁰² Diese bieten ein wesentliches Mehr an Transparenz, als es noch in der bisherigen Rechtslage nach allen relevanten Regelwerken der Fall war. Die Achillesferse der Regeln ist jedoch, dass sie keine

¹⁹⁹ Anwar-Ahmed Martinez, „Transparency Rules in Investment Arbitration: Institutional Differences and Prospects of Standardisation“, Kluwer Arbitration Blog vom 8.4.2021; Levander, Columbia J. Transnat'l Law 52 (2014), 506 (517).

²⁰⁰ Buntbroich/Kaul SchiedsVZ 2014, 1 (8); Levander, Columbia J. Transnat'l Law 52 (2014), 506 (538); Loken, ILM 52 (2013), 1300 (1307);

Reith, Y.B. Int'l Arb. 2 (2012), 297 (306); Scherer/Euler, in: Euler/Gehring/Scherer, Transparency in International Investment Arbitration, 2015, S. 352 ff.

²⁰¹ Buntbroich/Kaul, SchiedsVZ 2014, 1 (7); Johnson/Bernasconi-Osterwalder (Fn. 197), S. 6.

²⁰² Levander, Columbia J. Transnat'l Law 52 (2014), 506 (524).

zwingende Anwendung außerhalb des UNCITRAL-Systems finden, etwa bei ICSID- oder *ad hoc*-Verfahren.²⁰³ Auch finden die Regeln erst ab 1.4.2014 zwingende Anwendung, bei alten BITs kann es auch sein, dass die jeweiligen Parteien sich nicht auf die Anwendung der Regeln einigen.²⁰⁴ Deutschland ist dahingehend mit seinem Beitritt zur sog. Mauritius-Konvention, wodurch die Anwendung der Transparenzregeln auf alle bestehenden Investitionsschutzabkommen erstreckt werden, bereits einen ersten wichtigen Schritt gegangen.²⁰⁵ Dieser Konvention sind neben der Bundesrepublik bereits 22 weitere Signatarstaaten beigetreten (wobei einschränkend bemerkt werden muss, dass erst sieben Ratifikationen in nationales Recht erfolgt sind).²⁰⁶

Darüber hinaus verkörpern die Regeln den aktuellen Trend zu mehr Transparenz und können so auch andere Institutionen und neue Investitionsabkommen verhandelnde Staaten unter Druck setzen, sich dem Trend anzupassen und mehr Transparenz in ihren Regelwerken vorzusehen.²⁰⁷ Dies hat etwa schon in den Verhandlungen um CETA zwischen der Europäischen Union und Kanada Früchte getragen, da die UNCITRAL Rules on Transparency gem. Art. 8.36 CETA mit bestimmten Anpassungen nun im Rahmen von CETA Anwendung finden.²⁰⁸ Ebenso wird erwartet, dass sich ICSID, vor 2014 Vorreiter in Sachen Transparenz, in der nächsten Revision der ICSID Arbitration Rules dem Transparenzstandard der UNCITRAL Rules on Transparency annähern wird.²⁰⁹ Neben dieser institutionellen Ausstrahlungswirkung werden auch Akteure in bestehenden Verfahren unter einen gewissen Rechtfertigungsdruck gesetzt, mehr Transparenz zu gewährleisten. Dies kann einer der Gründe sein, weshalb in *Vattenfall v. Bundesrepublik Deutschland* die Verhandlungen im Livestream nachzuverfolgen waren.

F. Zusammenfassung und Fazit

Abschließend lässt sich zusammenfassen, dass der pauschale Verweis der Bundesregierung in *Vattenfall v. Bundesrepublik Deutschland* darauf, dass Schiedsverfahren vertraulich seien, so allein schon in prozessrechtlicher Hinsicht nicht tragfähig ist.²¹⁰ Zwar sind Schiedsverfahren sowohl im Handels- wie im Investitionsstreit im Gegensatz

zum Zivilprozess grundsätzlich nicht öffentlich, jedoch sieht sich dieser Grundsatz zahlreichen Durchbrechungen ausgesetzt. Weder in der Handels- noch in der Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit gibt es eine absolute Pflicht der Parteien zur Geheimhaltung. Es kann also im Schiedswesen allenfalls von einer bedingten, von den Umständen der Parteivereinbarung beziehungsweise des zugrundeliegenden Abkommens abhängigen Vertraulichkeit gesprochen werden.

Die damit einhergehenden Probleme werden auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion durchaus kritisch gesehen, sei es hinsichtlich der fehlenden Rechtsfortbildung in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit oder der Behinderung des legitimen öffentlichen Interesses im Investitionsschutzverfahren. Gerade die vielgescholtene Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit ist in ihren prominentesten Ausprägungen besonders auf Transparenz bedacht und dabei durch für jedermann einsehbare Onlineregister wie in ICSID-Verfahren oftmals sogar zugänglicher als herkömmliche deutsche Zivilverfahren.²¹¹

Ebenso lässt sich ein eindeutiger Trend zu mehr Transparenz im Schiedswesen erkennen, was sich besonders deutlich an der Diskussion um die anonymisierte Veröffentlichung von Handelsschiedssprüchen und der Schaffung der UNCITRAL Rules on Transparency für Investitionsschutzverfahren zeigt. Diese Ansätze stellen in Aussicht, dass die vorhandenen Probleme womöglich auch innerhalb des bestehenden Systems gelöst werden können. Zwar ist dieser Trend in der Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit aufgrund ihrer grundsätzlich höheren Transparenz stärker wahrnehmbar, doch zeichnet sich unter anderem mit der ausgeweiteten Veröffentlichungspraxis der ICC ab, dass dies nach und nach auch auf das Handelsschiedswesen abfährt.

2014 titelte die Wirtschaftswoche im Kontext von *Vattenfall v. Bundesrepublik Deutschland* noch, dass sich Justitia bei Schiedsverfahren ins Hinterzimmer verziehe.²¹² Nach obiger Betrachtung des Problems der Vertraulichkeit im Schiedsgerichtswesen ist vielmehr zu konstatieren, dass Justitia – insbesondere in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit – nie wirklich in den Schatten des Hinterzimmers verschwunden war.

²⁰³ *Eslami* (Fn. 17), S. 331 f.; *Levander*, Columbia J. Transnat'l Law 52 (2014), 506 (539).

²⁰⁴ *Eslami* (Fn. 17), S. 331 f.; *Levander*, Columbia J. Transnat'l Law 52 (2014), 506 (539); *Loken*, ILM 52 (2013), 1300 (1307 f.).

²⁰⁵ *Eslami* (Fn. 17), S. 331 f.; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 2015, 407 (420 f.).

²⁰⁶ Vgl. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=XXII-3&chapter=22&clang=_en (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

²⁰⁷ *Buchwitz* (Fn. 1), S. 11, *Levander*, Columbia J. Transnat'l Law 52 (2014), 506 (539).

²⁰⁸ Vorläufige Fassung des CETA, abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (zuletzt abgerufen am 30.9.2021).

²⁰⁹ Vgl. den entsprechenden Entwurf vom 28.2.2020, abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments> (zuletzt abgerufen

am 30.9.2021); so auch *Anwar-Ahmed Martinez*, „Transparency Rules in Investment Arbitration: Institutional Differences and Prospects of Standardisation“, Kluwer Arbitration Blog vom 8.4.2021.

²¹⁰ Wobei zu vermuten ist, dass die Bundesregierung sich bloß hinter dieser leicht zu widerlegenden Aussage zu verbergen trachtete, was auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive höchst fragwürdig ist. Es gilt umso mehr die oben vertretene Auffassung, dass die öffentlichen Hand zu umfassender Transparenz bei Beteiligung an jeglichen Schiedsverfahren verpflichtet ist.

²¹¹ Vgl. nur die ernüchternde Analyse zur digitalen Verfügbarkeit von Entscheidungen der Instanzgerichte bei *Hamann*, JZ 2021, 656 ff.

²¹² *Hielscher/Kroker/Haerder/Henrich*, „Schiedsgerichte – Justitia verzieht sich ins Hinterzimmer“, Wirtschaftswoche vom 3.5.2013.