

GERHARD WAGNER

Ökonomische Analyse der Schiedsgerichtsbarkeit

Mohr Siebeck

Gerhard Wagner

Ökonomische Analyse der Schiedsgerichtsbarkeit
Theorie, Empirie, Rechtsvergleichung



Gerhard Wagner

Ökonomische Analyse der Schiedsgerichtsbarkeit

Theorie, Empirie, Rechtsvergleichung

Mohr Siebeck

Gerhard Wagner ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomie an der Humboldt-Universität zu Berlin.
orcid.org/0000-0002-3636-9120

ISBN 978-3-16-200541-0/ eISBN 978-3-16-200542-7
DOI 10.1628/978-3-16-200542-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2026

© Gerhard Wagner

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Satzweise, Bad Wünnenberg.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die Streitentscheidung durch private Schiedsgerichte ist *die* Alternative zum Prozess vor staatlichen Gerichten, vor allem bei Streitigkeiten aus internationalen Wirtschaftsverträgen. Als Gründe dafür werden häufig geringere Kosten, größere Geschwindigkeit, Flexibilität, Vertraulichkeit und Gestaltbarkeit von Schiedsverfahren genannt. Eine ökonomische Analyse der Schiedsgerichtsbarkeit setzt anders an und fragt zuerst, was sich die Parteien positiv an Nutzen erhoffen, wenn sie eine Schiedsklausel vereinbaren, und erst dann, welche Kosten sie dazu in Beziehung setzen. Diesen Ansatz verfolgt die hier vorgelegte Studie. Sie bietet keine mathematisch-formale Untersuchung im Sinne eines mikroökonomischen Modells, sondern untersucht mit sprachlichen Mitteln die Anreize, denen die Beteiligten des „Markts für Schiedsgerichtsbarkeit“ ausgesetzt sind. Die dabei erzielten Erkenntnisse werden in ein qualitatives ökonomisches Modell integriert, das mit Hilfe vorhandener empirischer Studien geprüft und plausibilisiert wird.

Mit Blick auf die Anreize der Parteien, die zwischen verschiedenen Institutionen und Instrumenten der Streitbeilegung wählen können, baut die Studie auf früheren Veröffentlichungen zum „Dispute Resolution Market“ (62 Buffalo Law Review 1085, aus 2014) sowie zum „Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb“ (2017) auf. Wenig bis gar nicht untersucht sind demgegenüber die Anreizdynamiken im Schiedsgericht und besonders das Verhalten und die Interessen der parteibenannten Schiedsrichter. Die hinter vorgehaltener Hand mitunter geäußerte Sorge, hier gehe nicht alles mit rechten Dingen zu, verdient es, ernst genommen und geprüft zu werden.

Das Verhalten der Gesetzgeber und der staatlichen Gerichte, die das jeweilige nationale Schiedsverfahrensrecht schaffen und anwenden, wurde bisher ebenfalls nicht systematisch analysiert. Hierzu bietet das Buch eine rechtsvergleichende Untersuchung zentraler Regelungen des Schiedsverfahrensrechts, insbesondere der Voraussetzungen und Grenzen der Schiedsvereinbarung – Schiedsvereinbarungsstatut, Form, Bindung von *non-signatories* – und der Schnittstellen zwischen Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten in Bezug auf die Aufhebung, Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Revision von Schiedssprüchen. Neben dem deutschen Schiedsverfahrensrecht werden die Schiedsrechtsordnungen Frankreichs, Englands und der Schweiz rechtsvergleichend aufgearbeitet. Dabei zeigt sich, dass die genannten Rechtsordnungen in-

dividuelle Profile herausgebildet haben, die sich präzise benennen und abgrenzen lassen. Die Schiedsgerichtsbarkeiten Frankreichs, Englands und der Schweiz sind als klar verschiedene Institutionen erkennbar und bieten den Streitparteien je unterschiedliche Bündel von Vor- und Nachteilen an, die jeweils in einem eigenen konzeptionellen Rahmen stehen.

Weitgehend ausgeklammert bleibt in der vorliegenden Studie die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit, in die manche große Hoffnungen setzen. Das hat zum einen den Grund, dass sie in Deutschland wegen einer prohibitiv wirkenden Formvorschrift (§ 1031 Abs. 5 ZPO) praktisch nicht existiert. Zum anderen lohnen sich wegen der nicht unerheblichen Kosten von Schiedsverfahren Verbraucherschiedsverfahren in den meisten Jurisdiktionen nicht. Funktionale Äquivalente zur Schiedsgerichtsbarkeit, wie Mediation und Schlichtung, aber auch unternehmensinterne oder behördliche Beschwerdeverfahren, scheinen attraktiver. Nicht die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit, wohl aber Mediation und andere Instrumente der alternativen Streitbeilegung werden deshalb in die Untersuchung einbezogen.

Herzlich danke ich meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in Berlin, allen voran Dr. Sven Asmussen, Oguzhan Samanci und Lena Pfrommer, sowie Mathis Diederichsen, Jakob Feddersen, Constantin Luft, Tim Wendrich, Till Weskamm und Felix Caspar Berger.

Berlin, im Februar 2026

Gerhard Wagner

Inhalt

Vorwort	V
I. Einleitung	1
II. Einseitige Wahl des Gerichts: <i>forum shopping</i>	5
1. <i>Prozessrisikoanalyse des Anspruchstellers</i>	5
2. <i>Die erwarteten Prozesskosten</i>	5
3. <i>Vergleich mehrerer Gerichte: forum shopping</i>	7
4. <i>Die Angebotsseite</i>	8
5. <i>Bewertung</i>	8
III. Einverständliche Wahl des Forums	11
1. <i>Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen</i>	11
2. <i>Keine Optimierung der Siegchancen</i>	12
3. <i>Maximierung des Vertragsnutzens</i>	12
4. <i>Beeinflussung der Entscheidung über Erfüllung oder Vertragsbruch</i>	15
5. <i>Vorbehalt: Effizienz des materiell-rechtlichen Vertrags</i>	17
6. <i>Kosten</i>	18
7. <i>Einschränkungen in der realen Welt</i>	20
a) <i>Entscheidungsfindung durch Heuristiken</i>	20
b) <i>Bündelung mit dem anwendbaren Sachrecht</i>	20
c) <i>Netzwerkeffekte</i>	22
8. <i>Agenturkosten</i>	23
9. <i>Die Reaktion der Marktgegenseite: Gesetzgeber und Gerichte</i>	25
10. <i>Bewertung</i>	27
IV. Die Nachfrage nach Schiedsgerichtsbarkeit	29
1. <i>Vereinbarungen ex ante und ex post</i>	29
2. <i>Anwendung des Maximierungskalküls auf die Schiedsgerichtsbarkeit</i>	30

3.	<i>Der Nutzen der Schiedsgerichtsbarkeit bei Binnenstreitigkeiten</i>	30
a)	Vorteile der staatlichen Gerichte	30
b)	Der positive Nutzen der Schiedsgerichtsbarkeit	31
c)	Vermeidung von Kollateralschäden durch Vertraulichkeit	33
d)	Vermeidung spezifischer Nachteile einzelner Justizsysteme	34
e)	Komparative Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland	35
f)	Würdigung: Wohlfahrtsgewinne durch Schiedsgerichte . . .	38
4.	<i>Grenzüberschreitende Streitigkeiten</i>	39
a)	Durchsetzungsrisiken bei grenzüberschreitenden Transaktionen	39
b)	Die Sorge um eine faire Entscheidungsinstanz	39
c)	Gerichtsstandsvereinbarungen – keine Alternative	41
d)	Vertrags-Enforcement durch ein neutrales Forum	42
e)	Gesicherte Vollstreckbarkeit	43
f)	Empirische Evidenz	45
5.	<i>Kosten</i>	46
a)	Die (hohen) Kosten der Schiedsgerichtsbarkeit	46
b)	Abwägung von Kosten und Nutzen	49
6.	<i>Verfahrensdauer</i>	50
a)	Kein deutlicher Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit	50
b)	Beschleunigte Schiedsverfahren	51
7.	<i>Institutionelle vs. Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit</i>	52
a)	Begriffliche Vorklärungen	52
b)	Kosten und Nutzen administrierter Schiedsverfahren	52
8.	<i>Entscheidungsheuristiken der Parteien</i>	55
a)	Keine Bündelung mit dem anwendbaren Sachrecht	55
b)	Starke Netzwerkeffekte	57
9.	<i>Agenturkosten</i>	61
V.	<i>Was maximieren Schiedsrichter? – Anreizdynamiken im Schiedsgericht</i>	63
1.	<i>Wettbewerb auf dem Markt für schiedsrichterliche Streitbeilegung</i>	63
2.	<i>Keine wirtschaftlichen Anreize für Richter staatlicher Gerichte</i>	63
3.	<i>Schiedsrichter als kommerzielle Dienstleister</i>	64
4.	<i>Neutralität der Vorsitzenden und Einzelschiedsrichter</i>	65
5.	<i>Parteibenannte Schiedsrichter in der Zwickmühle</i>	67
a)	Präferenzänderung der Parteien	67
b)	Idealismus und Realismus in Bezug auf Co-Schiedsrichter . . .	68
c)	Gleiche Ernennungsstandards für Co-Schiedsrichter	70

d)	Die Anreizwirkung der unilateralen Benennung	70
e)	Bewertung: Anteilnehmende statt desinteressierter Neutralität	73
f)	Abschaffung des Ernennungsrechts?	76
6.	<i>Tendieren Schiedsgerichte zu faulen Kompromissen?</i>	77
a)	Die These des <i>Baby Splitting</i>	77
b)	Würdigung und empirische Evidenz	78
VI.	Gesetzgeber und Schiedsinstitutionen	81
1.	<i>Die erweiterte Angebotsseite</i>	81
2.	<i>Schiedsinstitutionen</i>	81
3.	<i>Wettbewerb der Schiedsrechtsordnungen</i>	84
a)	Die Nichtexistenzthese	84
b)	Triebkräfte der Gesetzgebung im Schiedsverfahrensrecht	84
c)	Die Reform des Schiedsverfahrensrechts als Daueraufgabe	86
d)	Gesetzgebung als Wettbewerbsaktivität	88
VII.	Tiefenstruktur und „Philosophie“ der Schiedsverfahrensrechte . .	91
1.	<i>Wettbewerbsstrategien europäischer Schiedsplätze</i>	91
2.	<i>Das französische Modell: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit als autonomes transnationales Rechtssystem</i>	92
a)	Überblick	92
b)	Begriff und Privilegien internationaler Schiedsverfahren .	92
c)	Formfreiheit und Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen	94
d)	Bindung Dritter an die Schiedsvereinbarung	95
e)	Kompetenz-Kompetenz als materielle Vorrangregel	97
f)	Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung internationaler Schiedssprüche	100
aa)	Aufhebungsklage, Revision und Verzicht	100
bb)	Das Verfahren der Vollstreckbarerklärung	101
cc)	Aufhebungs- und Exequaturversagungsgründe	102
dd)	Der <i>ordre public international</i>	103
ee)	Zuständigkeitskonzentration	106
g)	Theoretische Unterfütterung	106
3.	<i>Gegenmodell England: Symbiose von staatlicher Justiz und privater Schiedsgerichtsbarkeit</i>	109
a)	Grundstruktur	109
b)	Form und Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung	111
aa)	Form der Schiedsvereinbarung	111
bb)	Das Schiedsvereinbarungsstatut	113
c)	Keine Bindung Dritter	115

d)	Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts und Kontrolle durch staatliche Gerichte	117
aa)	Entscheidung des Schiedsgerichts über die eigene Zuständigkeit	117
bb)	Vorabklärung der Zuständigkeit durch das staatliche Gericht	118
cc)	Die Schiedseinrede vor dem staatlichen Gericht und die Unabhängigkeit der Schiedsklausel	119
dd)	Feststellungsklagen zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts	121
ee)	Schutz englischer Schiedsverfahren durch <i>anti-suit injunctions</i>	121
e)	Entscheidung von Rechtsfragen durch das staatliche Gericht	122
f)	Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung	123
aa)	Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen	123
bb)	Aufhebungsklagen gegen kompetenzwidrige Schiedssprüche	125
cc)	Aufhebungsklagen gegen grob fehlerhafte Schiedssprüche	128
dd)	Berufung zum staatlichen Gericht	129
ee)	Verzichtbarkeit der Berufung, nicht der Aufhebungsanträge	131
g)	Interpretation	131
4.	<i>Das schweizerische Modell: Neutralität und Pragmatismus</i>	134
a)	Grundlagen	134
b)	Trennung zwischen nationaler und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit	135
c)	Anforderungen an Schiedsvereinbarungen	137
d)	Bindung Dritter	139
e)	Rechtshängigkeitssperre und Kompetenz-Kompetenz	141
aa)	Negative Kompetenz-Kompetenz	141
bb)	Rechtshängigkeitskonflikte	143
f)	Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung	145
aa)	Zuständigkeit und Verfahren	145
bb)	Aufhebungsgründe, Art. 393 schwZPO, Art. 190 IPRG	146
cc)	Revision als außerordentlicher Rechtsbehelf, Art. 190a IPRG	148
dd)	Verzicht auf Aufhebungsverfahren	150
g)	Theoretische Unterfütterung	152

5.	<i>Deutschland</i>	154
a)	Ausgangslage: Modellgesetz als unitarisches Schiedsrecht	154
b)	Form der Schiedsvereinbarung	156
c)	Bindung Dritter	158
d)	Kompetenz-Kompetenz	161
e)	Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung	164
aa)	Zuständigkeitskonzentration und Verfahrenssprache	164
bb)	Überprüfung von Schiedssprüchen, insbesondere auf Ordre-public-Verstöße	166
cc)	Sonderfall: EU-Wettbewerbsrecht und Grundfreiheiten	169
dd)	(Kein) Verzicht auf Aufhebungsgründe	171
ee)	Wiederaufnahme – Restitution – Revision	173
f)	Der deutsche Approach zum Schiedsverfahrensrecht	175
6.	<i>Fazit: Gerichte und Wissenschaft als Akteure des Wettbewerbs</i>	177
VIII.	<i>Empirie: Das Ranking der Schiedsplätze</i>	179
1.	<i>Empirische Daten</i>	179
2.	<i>Interpretation der Befunde</i>	181
3.	<i>Die Position Deutschlands im Wettbewerb der Schiedsstandorte</i>	184
a)	Geringe Anziehungskraft für internationale Schiedsverfahren	184
b)	Attraktivität für Streitigkeiten mit Bezug zu Deutschland	187
c)	Kosteneffizienz und Einbettung in das Unionsrecht als Vorteile	188
IX.	<i>Alternative Streitbeilegung als Alternative</i>	191
1.	<i>Die Schiedsgerichtsbarkeit im Menü der ADR-Mechanismen</i>	191
2.	<i>Kostenvorteile der Mediation und anderer ADR-Mechanismen</i>	191
3.	<i>Der (geringere) Nutzen von Mediation und ADR</i>	193
4.	<i>Empirische Evidenz</i>	196
5.	<i>Versteckte Kosten und Risiken von Mediationsklauseln</i>	197
X.	<i>Externalitäten der Schiedsgerichtsbarkeit</i>	199
1.	<i>Konkretisierungs- und Rechtsfortbildungsfunktion der Zivilgerichte</i>	199
2.	<i>Kein Beitrag der Schiedsgerichte</i>	200
3.	<i>Gewichtung der Externalitäten</i>	201

XI.	Bilanz und Ausblick	205
	1. <i>Kritik an der Schiedsgerichtsbarkeit</i>	205
	2. <i>Legitime Parteinteressen an schiedsrichterlicher Streitbeilegung</i>	205
	3. <i>Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Schiedsgerichtsbarkeit</i>	207
	4. <i>Geheimjustiz?</i>	207
	5. <i>Unionsrechtliche Einschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit</i>	209
	a) Die Zurückdrängung der Schiedsgerichtsbarkeit durch den EuGH	209
	b) Bindungswirkung und Kontrolle von Schiedssprüchen	209
	c) Moderierung der Ordre-public-Kontrolle	211
	d) Vorlagerecht der Schiedsgerichte	212
	6. <i>Fazit: Arbitration is Here to Stay</i>	213
	Literatur	215

I. Einleitung

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist ein Angebot auf dem „Markt für Streitbeilegung“, und über diesen ist wenig bekannt. Die gängigen Darstellungen des Schiedsverfahrensrechts bieten in der Regel ein Potpourri von Gesichtspunkten über die Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit, die nach Art eines Waschzettels aneinandergereiht werden.¹ Üblicherweise genannt werden Vorteile durch das Recht zur Auswahl der Richterpersönlichkeiten, ein flexibleres Verfahren, kürzere Verfahrensdauer, geringere Kosten und anderes mehr. Mit einer systematischen Analyse der Anreize und Erwartungen der Parteien, die die Nachfrage nach richterlicher Streitentscheidung bestimmen einerseits, und des von Seiten des Schiedsgerichts gemachten Angebots andererseits, also mit einer ökonomischen Analyse der Schiedsgerichtsbarkeit, hat diese Methode wenig zu tun.

Nun wird die ökonomische Analyse der Schiedsgerichtsbarkeit ihrerseits häufig mit dem Thema Wirtschaft und Schiedsgerichtsbarkeit verwechselt. Dies führt zu der Annahme, Schiedsgerichte seien wirtschaftsfreundlich in dem Sinne, dass sie Entscheidungen zugunsten „der Wirtschaft“ trafen. In der hitzigen Debatte um das Transatlantische Freihandelsabkommen (TTIP) wurde dementsprechend unterstellt, die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit entscheide stets bzw. viel zu häufig zulasten der Staaten und zugunsten der Investoren.² Eine zweite, häufig anzutreffende Annahme zum Verhältnis Wirtschaft und Schiedsgerichtsbarkeit lautet, den Unternehmen als Nutzern der Schiedsgerichte gehe es vor allem um eine kostengünstige Streitbeilegung, die zudem möglichst schnell erfolgen solle.³ Dem liegt als Prämisse zugrunde, die Erwartungen der Parteien wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten an die Schiedsgerichtsbarkeit seien auf die Kostenseite fokussiert – „so schnell und günstig wie möglich“ scheint die Losung zu sein. Von Seiten „der Wirtschaft“ wird sie nicht selten befeuert, weil Unternehmen, die in Streitigkeiten verwickelt sind, selbstverständlich ein Interesse daran haben, die Kosten der Streitbeilegung zu

¹ *Blackaby/Partasides/Redfern*, Redfern and Hunter on International Arbitration, Rn. 1.122 ff.; *El Ahdab/Mainguy*, Droit de l'arbitrage, Rn. 77 ff.; *MüKoZPO/Münch*, Vor §1025 Rn. 112 ff.

² Vgl. den Überblick über die Kritik bei *Elsing/Grote*, RIW 2018, 321, 323 f. m. w. N.; sowie *Krajewski*, EuZW 2015, 105; aber auch *Treier/Wernicke*, EuZW 2015, 334, 337.

³ Vgl. *Kleine*, SchiedsVZ 2008, 145; *MüKoZPO/Münch*, Vor §1025 Rn. 116.

begrenzen. Aber wie für andere Güter und Dienstleistungen gilt auch für die Schiedsgerichtsbarkeit, dass niedrige Kosten nicht alles sind und das attraktivste Produkt in der Regel nicht das billigste ist.

Die vorliegende Untersuchung will mit diesen Vorstellungen aufräumen und die Anreizstrukturen beleuchten, die sämtliche Akteure des „Schiedsmarkts“, also die Parteien, Schiedsrichter und Schiedsinstitutionen, aber auch die staatlichen Gerichte und die Gesetzgeber bestimmen.⁴ Die am mikroökonomischen Modell entwickelten Annahmen werden dabei soweit wie möglich einem Realitätscheck anhand empirischer Studien über die Erwartungen der Nutzer der Schiedsgerichtsbarkeit und anhand der Daten von Schiedsorganisationen und Wissenschaftlern unterzogen. Wie sich zeigen wird, ist die These, die Parteien erwarteten von der Schiedsgerichtsbarkeit vor allem niedrige Kosten und schnelle Erledigung, ein Mythos, der als solcher entlarvt gehört. Die Attraktivität der Schiedsgerichtsbarkeit, so viel sei hier schon verraten, liegt auf der „upside“, ihrem Nutzen für die Parteien, nicht auf der „downside“, ihren Kosten. Die Parteien nehmen die – mitunter höheren – Kosten der Schiedsgerichtsbarkeit in Kauf, weil sie ihnen Vorteile verspricht, die ihnen die staatliche Justiz vorenthält.⁵

Aber was sind diese Vorteile? Worin der positive Nutzen der Schiedsgerichtsbarkeit eigentlich besteht, ist ebenfalls nicht leicht zu beantworten. Häufig genannt wird der Umstand, dass die jeweilige Partei „ihren“ Richter selbst wählen kann, was wegen der notwendigen Mitwirkung der Gegenpartei bei der Konstituierung des Schiedsgerichts eigentlich gar nicht der Fall ist bzw. durch das komplementäre Recht der Gegenpartei aufgewogen wird. Auch die Flexibilität des Verfahrens sowie die Schnelligkeit der Streiterledigung werden häufig angeführt. Wie sich zeigen wird, sind diese Gesichtspunkte nicht so eindeutig, wie sie scheinen und jedenfalls nicht stark genug, um die Attraktivität der Schiedsgerichtsbarkeit zu erklären.

Ein analytisch tragfähiger Zugriff auf die Problematik erfordert zuallererst Klarheit darüber, worin überhaupt der Nutzen juristisch korrekter Streitentscheidung durch eine neutrale Instanz besteht. Dabei wird im Sinne eines Ausgangspunkts die Streitentscheidung durch ein staatliches Gericht zugrunde gelegt, denn dieser Modus ist nicht nur der statistische Normalfall sondern überdies durch die Prozessordnungen vorgegeben. Die Vorgabe ist allerdings nicht mehr als eine dispositive Grundregel (*default rule*), von der die Parteien mit einer Schiedsvereinbarung abweichen können. Bei alledem wird vorausgesetzt, dass das Maß der Rechtsdurchsetzung durch Klageerhebung zumindest grob dem effizienten Niveau entspricht, also der Nutzen der Klageerhebung in Gestalt verbesserter Verhaltensanreize größer ist als die Kosten richterlicher

⁴ Dies wird zu Recht angemahnt von *El Ahdab/Mainguy*, *Droit de l'arbitrage*, Rn. 112.

⁵ Vgl. nochmals *El Ahdab/Mainguy*, *Droit de l'arbitrage*, Rn. 112.

oder schiedsrichterlicher Streitbeilegung. Im Kontext von Verträgen, in denen die Parteien sowohl die materiellen Regeln bestimmen als auch den passenden Mechanismus der Streitbeilegung wählen können, ist dies eine plausible Annahme.⁶

Maßgebend für die ökonomische Analyse der Schiedsgerichtsbarkeit ist dabei nicht die einseitige Wahl des Gerichts durch die Klägerin (unten, II.), sondern die einverständliche Gerichtsstandswahl durch beide Parteien (unten, III.). Nachdem Klarheit über die Präferenzen der Parteien in Bezug auf die Wahl zwischen verschiedenen staatlichen Gerichten geschaffen ist, gilt es die Gesichtspunkte zu untersuchen, die speziell für die Wahl der Schiedsgerichtsbarkeit sprechen (unten, IV.). Darauf folgt die Analyse der für die Marktgegenseite bestehenden Anreize, und zwar zunächst der Schiedsrichter selbst (unten V.). In diesem Rahmen wird auch den Fragen nachgegangen, ob der parteibenannte Schiedsrichter wie ein Sprachrohr derjenigen Partei agiert, die ihn benannt hat, und ob Schiedsgerichte insgesamt klare Entscheidungen zugunsten fauler Kompromisse vermeiden. Sodann werden die übrigen Akteure der Marktgegenseite ins Visier genommen, nämlich Schiedsinstitutionen und die Gesetzgeber der nationalen Schiedsverfahrensrechte (unten, VI.). Eine Analyse der Tiefenstruktur der wichtigsten europäischen Schiedsverfahrensrechte zeigt eindrucksvoll die auf dem Markt für schiedsrichterliche Streitbeilegung herrschende „Produktvielfalt“ (unten, VII.). Die dabei gewonnenen rechtsvergleichenden Erkenntnisse werden anhand der verfügbaren empirischen Daten über die Attraktivität der großen europäischen Schiedsplätze im Vergleich zum Schiedsort Deutschland überprüft (unten, VIII.).

Anschließend wird der Analyserahmen erweitert und berücksichtigt, dass die Streitentscheidung entweder durch staatliche Gerichte oder durch Schiedsgerichte nicht die einzigen Mechanismen der Streitlösung sind. Vielmehr existiert ein ganzes Menü weiterer Optionen alternativer Streitlösung, die mit der Schiedsgerichtsbarkeit in Konkurrenz stehen (unten, IX.). Im Folgenden werden die externen Effekte schiedsgerichtlicher Streitbeilegung in den Blick genommen. Diese bestehen in den Kosten für Wirtschaft und Gesellschaft, die durch Entscheidungen privater Instanzen, die hinter verschlossenen Türen getroffen und nicht publiziert werden, verursacht werden (unten, X.). Eine Bilanz, Überlegungen zur verfassungsrechtlichen Verankerung der Schiedsgerichtsbarkeit sowie ein Ausblick angesichts aktueller Herausforderungen beschließen die Darstellung (unten, XI.).

⁶ *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 394 f., 446 f.

II. Einseitige Wahl des Gerichts: *forum shopping*

1. Prozessrisikoanalyse des Anspruchstellers

Die ökonomische Analyse des Rechts geht von der Prämisse aus, dass Individuen eigennützige Akteure sind, die ihren jeweiligen Nutzen maximieren.¹ Der entscheidende Akteur bei der Wahl des Streitbeilegungsmechanismus² ist im Ausgangsfall die Klägerin bzw. Anspruchstellerin. Ohne eine Klägerin gibt es keinen Rechtsstreit und ohne Anspruchstellerin kein Verfahren alternativer Streitbeilegung. Bei der Entscheidung, ob eine Forderung auf die eine oder andere Weise durchgesetzt werden soll, berücksichtigt eine vernünftige Klägerin sowohl die erwarteten Vorteile der Rechtsdurchsetzung als auch die damit verbundenen Kosten. Wenn ein Gerichtsverfahren die einzige Option ist, würde eine rationale Klägerin den Ausgang des Rechtsstreits abschätzen, d. h. das mögliche Urteil zu ihren Gunsten antizipieren, das ihr einen Geldbetrag oder andere Vermögenswerte zuspricht. Da der Ausgang von Gerichtsverfahren niemals sicher ist, muss die erwartete Urteilssumme mit der Wahrscheinlichkeit, dass dieses Urteil erlassen wird, in Beziehung gesetzt werden. Das angenommene Urteilsergebnis ist also mit der Wahrscheinlichkeit seines Erlasses zu multiplizieren, nicht anders als bei einer Prozessrisikoanalyse.² Ein Beispiel: Beläuft sich der erwartete Urteilsspruch zugunsten der Klägerin auf 1.000 und die Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin obsiegt auf 70 %, so beträgt der erwartete Wert des Rechtsstreits 700.

2. Die erwarteten Prozesskosten

Rationale Anspruchsinhaber erheben nicht bereits dann Klage und führen einen Prozess, wenn der Erwartungswert ihrer jeweiligen Forderung positiv ist. Ein Rechtsstreit ist kostspielig, und die Kosten des Prozesses müssen mit dem erwarteten Gewinn verrechnet werden. Die Klägerin wird nicht die gesamten

¹ Eingehende Analyse des Kalküls der Klägerin bei *Spier*, in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, 259, 264 f.; *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 29 ff.

² Dazu eingehend *Eidenmüller*, ZJP 113 (2000), 5; *Risse/Morawietz*, Prozessrisikoanalyse, 19 ff.

Verfahrenskosten ansetzen, sondern nur denjenigen Teil der Kosten, der von ihr selbst getragen werden muss. Wie hoch dieser Anteil ist, hängt von dem in der jeweiligen Rechtsordnung geltenden Kostenverteilungsmechanismus ab. In den Vereinigten Staaten gilt in Zivilverfahren die sogenannten amerikanische Regel, nach der jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens.³ Mit anderen Worten: Für die Kostenverteilung spielt es keine Rolle, ob die Klägerin gewinnt oder verliert, sie trägt ihre eigenen Kosten stets selbst. Nach der umgekehrten Lösung, der sogenannten englischen Regel, die in den meisten Rechtsordnungen außerhalb der Vereinigten Staaten vorherrscht, muss die unterlegene Partei der obsiegenden Partei die Kosten erstatten, die letzterer durch den Rechtsstreit entstanden sind.⁴ Die Erstattung kann die gesamten Kosten der obsiegenden Partei abdecken oder nur einen Teil davon. In diesem Punkt divergieren die Kostenerstattungsregeln erheblich, und wohl kein einziges Rechtssystem sieht eine vollständige Erstattung sämtlicher Kosten vor, die die obsiegende Partei in dem jeweiligen Rechtsstreit tatsächlich aufgewendet hat.⁵ Das deutsche Recht fällt in die große Gruppe derjenigen Rechtsordnungen, die nur eine teilweise Kostenerstattung vorsehen, indem letztere auf die Positionen einer staatlichen Gebührenordnung begrenzt wird (§ 91 Abs. 2 ZPO). Die gesetzlichen Gebühren werden in der Praxis von verfahrensgewandten Parteien deutlich überboten,⁶ weil die Gebühren des RVG insbesondere bei hohen Streitwerten (viel) zu niedrig sind. Keine rationale Partei würde den eigenen Aufwand für die Durchsetzung einer Forderung von beispielsweise EUR 300 Millionen in der ersten Instanz auf das gesetzliche Anwaltshonorar von ca. EUR 235.588 begrenzen. Wirtschaftsrechtlich versierte Parteien investieren – zu Recht – viel mehr und zahlen ihren Anwälten Stundenhonorare oder wählen komplexere Vergütungsregeln, die Sockelbeträge oder Stundenhonorare mit Erfolgsbeteiligungen kombinieren.

In den USA müssen rationale Klägerinnen die erwarteten Kosten für die eigene anwaltliche Vertretung von dem Erwartungswert des Urteils – Urteils-summe multipliziert mit der Obsiegenwahrscheinlichkeit (p) – abziehen. Diese Kosten fallen ohne Rücksicht auf Obsiegen oder Unterliegen an, während die Kosten der Gegenseite unterschiedslos von dieser zu tragen sind. In einem Rechtssystem, das der englischen Regel folgt, ist das Kalkül der Klägerin wesentlich komplizierter, weil der erwartete Urteilswert um den Erwartungswert der Gesamtkosten zu vermindern ist, die die Klägerin zu tragen haben wird. Der Betrag, der vom Erwartungswert des Urteils abzuziehen ist, muss also nicht nur die eigenen Anwaltskosten der Klägerin, sondern auch die des Beklagten

³ *Maxeiner*, in: Reimann (Hrsg.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, 287, 287 ff.

⁴ *Reimann*, in: ders. (Hrsg.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, 3, 9 ff.; *Breyer*, *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses*, 107.

⁵ *Reimann*, in: ders. (Hrsg.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, 3, 12 ff.

⁶ BGH NJW 2018, 1477 Rn. 20; vgl. auch BVerfGE 118, 1 Rn. 75 ff.; *Hau*, JZ 2011, 1047, 1050.

und überdies die Gerichtskosten berücksichtigen. Da die Klägerin die Gerichtskosten und die Kosten beider Parteien nur dann trägt, wenn sie den Prozess verliert, ist die Summe der Gesamtkosten mit dem Faktor zu multiplizieren, der der Wahrscheinlichkeit einer Niederlage entspricht. Diese Unterliegenswahrscheinlichkeit entspricht wiederum der Restwahrscheinlichkeit des Obsiegens ($1 - p$). Wenn also beispielsweise die Wahrscheinlichkeit für ein positives Urteil 0,7 beträgt (70 % Obsiegenswahrscheinlichkeit), muss die Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin die Gesamtkosten des Verfahrens zu tragen hat, 0,3 betragen (30 % Unterliegenswahrscheinlichkeit).⁷

Das geschilderte Kalkül gilt für einfache Fälle mit einer Klägerin, einem Beklagten und einem einzigen Gericht, das für den Fall zuständig ist. In diesem Szenario hat die Klägerin lediglich die Wahl zwischen der Rechtsdurchsetzung vor einem Gericht oder der Aufgabe des Anspruchs. Bei einer risikoneutralen Klägerin hängt die Entscheidung für die eine oder andere Option davon ab, ob der Erwartungswert des Urteils höher oder niedriger ist als die erwarteten Kosten, die sie zu tragen haben wird.

3. Vergleich mehrerer Gerichte: *forum shopping*

Im Normalfall ist die Zuständigkeit nicht nur eines einzigen Gerichts begründet, sondern konkurrierende Zuständigkeiten mehrerer Gerichte. Sodann muss die Klägerin die eben vorgestellte Erwartungswertberechnung für jedes Gericht gesondert durchführen, um die Klage bei demjenigen Gericht einzureichen, bei dem die Differenz zwischen dem Erwartungswert des Urteils und dem Erwartungswert der Kosten für die Klägerin am größten ist. Dieses Kalkül treibt an, was in der prozessrechtlichen Literatur (pejorativ) *forum shopping* genannt wird.⁸ Unter mehreren zuständigen Gerichten wählt die Klägerin dasjenige aus, das ihr den größten Erfolg verspricht, wo also der Saldo aus erwartetem Urteil und erwarteter Kostenbelastung maximal ist. In der deutschen Prozessordnung ist dieses Recht in § 35 ZPO ausdrücklich garantiert.

⁷ Beträgt die geltend gemachte Summe 1.000, die Obsiegenswahrscheinlichkeit 70 % und die Kosten 500, beträgt der Erwartungswert des Prozesses $1.000 \times 0,7 = 700$ abzüglich der Kosten von $500 \times 0,3 = 150$, also 550.

⁸ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 1095 ff.; Jasper, Forum shopping in England und Deutschland, 17 ff.; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 102 ff.; Themeli, The Great Race of Courts – Civil Justice System Competition in the European Union; speziell zum Investitionsschutzrecht Ebert, Forum Shopping in International Investment Law: Forum Planning, Forum Enhancement, and Facilitation of Procedure, 21 ff.

4. Die Angebotsseite

Die andere Marktseite, die Gerichte, reagieren zwar nicht so akkurat wie Unternehmen auf die Nachfrage der Klägerinnen nach einem ihnen günstigen Forum, aber sie sind dagegen auch nicht immun. Dies gilt nicht nur für die USA, wo von der Wirtschaft sog. *hellhole jurisdictions* um die Gunst der Klägerinnen buhlen,⁹ sondern auch für deutsche Gerichte, die den Wettbewerb etwa um Patentklagen und Pressesachen durchaus angenommen haben.¹⁰ In Pressesachen konkurrieren die Pressekammern in Berlin, Köln und Hamburg um Fälle bzw. um Klägerinnen, die eine ihren Anliegen wohlgesonnene Kammer suchen.¹¹ Ein Patentinhaber, der eine Verletzungsklage erhebt, kann zwischen zwölf Patentgerichtsständen im gesamten Bundesgebiet wählen. Die Streitigkeiten konzentrieren sich bei den Landgerichten in Mannheim und München, allen voran aber in Düsseldorf,¹² wobei zwei Drittel aller Klagen von ausländischen Parteien erhoben werden.¹³ Erneut ist zu vermuten, dass die Einstellung der führenden Patentkammern den Interessen der Patentinhaber entgegenkommt – denn sonst würden sie woanders klagen.

5. Bewertung

Die Präferenz rationaler Klägerinnen für ein Gericht, bei dem der Erwartungswert des Prozesses maximal ist, lässt sich nicht beanstanden. Die dadurch in Gang gesetzte Dynamik ist gleichwohl volkswirtschaftlich unerwünscht, was der Ausdruck *forum shopping* zum Ausdruck bringt. Ein gesamtgesellschaftliches Interesse an der bloßen Maximierung erfolgreicher Klagen besteht selbstverständlich nicht. Vielmehr richtet sich das Allgemeininteresse darauf, dass tatsächlich bestehende Rechte durchgesetzt, unbegründete Klagen hingegen abgewiesen werden. Das unilaterale Interesse allein der potentiellen Klägerin ist mit dem sozialen Interesse nicht deckungsgleich, sondern läuft diesem ent-

⁹ Wagner, Buffalo Law Review 62 (2014), 1085, 1113 ff.

¹⁰ Bechtold/Frankenreiter/Klerman, Southern California Law Review 92 (2019), 487, 497 ff.; Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 37 ff.

¹¹ Jürgens, NJW 2014, 3061, 3064; Dölling, NJW 2015, 124, 126; vgl. auch Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 37.

¹² Cremers/Ernicke/Gaessler/Harhoff/Helmers/McDonagh/Schliessler/van Zeebroeck, ZEW Discussion Paper No. 13.-072, 2013, 34; zur Geschichte der Patentgerichtsbarkeit in Düsseldorf, deren Stunde mit dem Umzug der vormalig in Berlin konzentrierten Patentanwaltschaft in den Jahren 1945–1950 schlug, Wiese, in: Kühnen (Hrsg.), 80 Jahre Patentgerichtsbarkeit in Düsseldorf, 597, 605 ff.

¹³ Kühnen/Claessen, GRUR 2013, 592, 593.

gegen. Die Klägerin verfolgt nur ihre eigenen Interessen und nicht die an der möglichst akkuraten Durchsetzung des materiellen Rechts.¹⁴

Soweit die Gerichte auf die Präferenzen der Klägerinnen reagieren, müssen sie ihre Verfahren und ihre Entscheidungspraxis so einstellen, dass sie den Belangen der Klägerinnen möglichst entgegenkommen. Würde die unilaterale Nachfrage nach dem den Klägerinnen freundlichsten Gericht ungehemmt beantwortet, führte dies in einen Unterbietungswettbewerb der beteiligten Gerichte. Die Verfahren würden den Interessen der Klägerinnen immer freundlicher und das materielle Recht entwickelte sich zugunsten der Rechteinhaber. An einem solchen *race to the bottom* besteht kein gesellschaftliches Interesse.¹⁵

¹⁴ Tullock, 28 *Kyklos* 745, 755; Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 446; Wagner, *Buffalo Law Review* 62 (2014), 1085, 1116 ff.

¹⁵ Ausführlich Wagner, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb*, 43.

III. Einverständliche Wahl des Forums

1. Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen

Die Entscheidung einer potenziellen Klägerin über die Einleitung eines Rechtsstreits und die Wahl des Gerichts, bei dem die Klage anhängig gemacht wird, ist komplex genug, weil sie im Kern auf einer Prozessrisikoanalyse aufbaut, die für jeden Anspruch und für jedes Gericht gesondert durchzuführen ist. Für die Schiedsgerichtsbarkeit sind solche Kalküle indessen von begrenztem Wert, weil eine Schiedsklage niemals unilateral, d. h. aufgrund eines Entschlusses allein des Anspruchstellers erhoben werden kann. Von den Ausnahmen des § 1066 ZPO abgesehen ist ein Schiedsverfahren nur zulässig, wenn beide Parteien die Schiedsgerichtsbarkeit zuvor einvernehmlich gewählt haben (§§ 1029, 1032 Abs. 1, 1040 Abs. 1 ZPO, Art. 7, 8, 16 Abs. 1 UNCITRAL-Modellgesetz). Im Normalfall erfolgt diese Vereinbarung durch Aufnahme einer Schiedsklausel in den von den Parteien geschlossenen kommerziellen Vertrag, nach der bei Streitigkeiten, die sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag oder über dessen Gültigkeit ergeben, der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten ausgeschlossen und ein Schiedsverfahren an seine Stelle treten soll.¹ In diesem Sinne basiert die Schiedsgerichtsbarkeit als solche und jedes einzelne Schiedsverfahren auf der Parteiautonomie, wobei unter Autonomie hier nicht die Freiheit des Einzelnen verstanden wird, sondern die konsensuale Freiheit beider Parteien, die sich in der einverständlichen Wahl der Schiedsgerichtsbarkeit ausdrückt.²

Wegen dieses Konsenserfordernisses kann die Entscheidung für ein Schiedsverfahren nicht mit der Entscheidung einer potenziellen Klägerin für die Klageerhebung zu einem staatlichen Gericht verglichen werden. Die einschlägige Alternative zum Schiedsverfahren innerhalb des staatlichen Gerichtssystems ist nicht die einseitige Wahl des Gerichts durch die Klägerin, sondern die bilaterale Wahl des Gerichts durch beide Parteien mittels einer Gerichtsstandsverein-

¹ Vgl. die Formulierung der DIS-Musterklausel für Schiedsverfahren, verfügbar unter <https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-musterklauseln> (letzter Zugriff am 27. Januar 2026).

² Vgl. *Blackaby/Partasides/Redfern*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 7; *Trittmann/Salger/von Essen*, in: Salger/Trittmann (Hrsg.), Internationale Schiedsverfahren, 1, 3; *Wagner*, Prozessverträge, 125 ff.