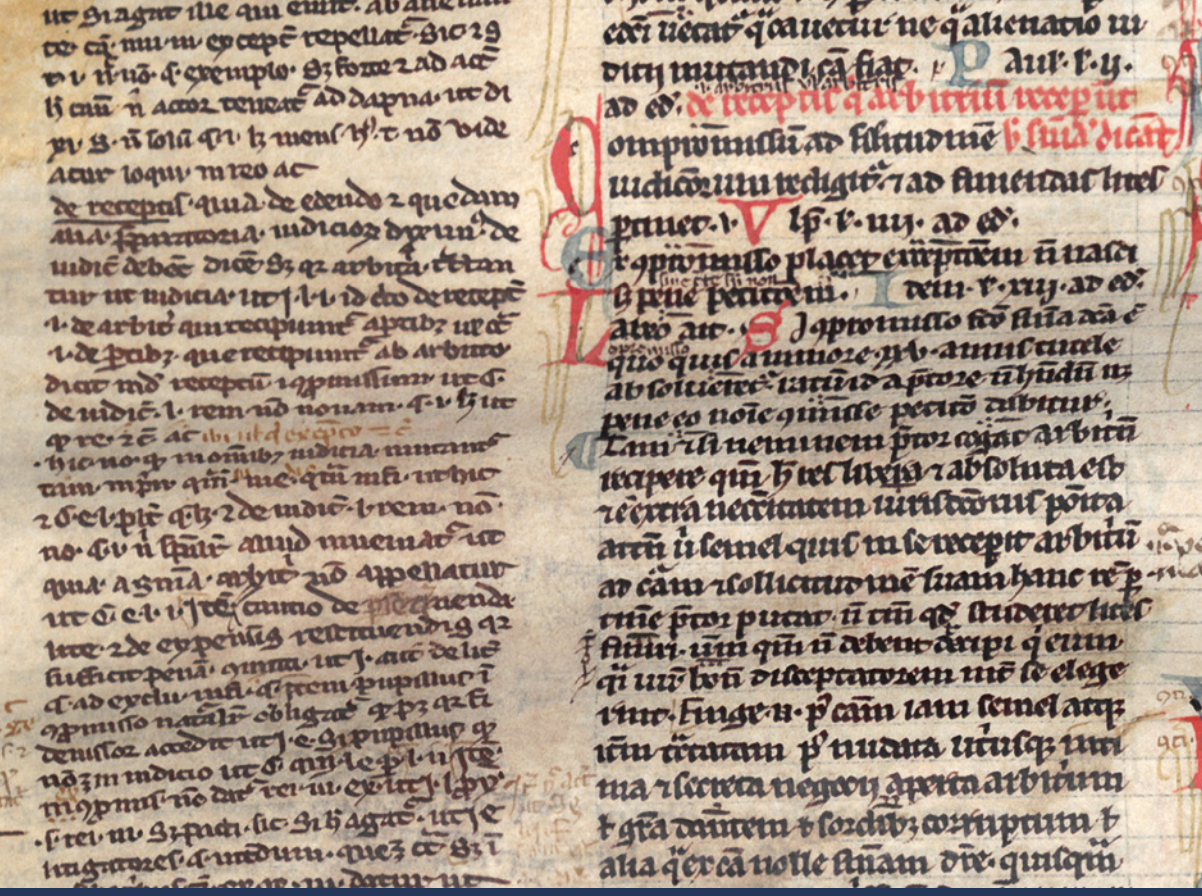

Wolfram Buchwitz

# Schiedsverfahrensrecht in Antike und Mittelalter

## Eine historische Grundlegung

böhlau

# Sechstes Kapitel:
# Die Begründungen für den Einsatz des Schiedsverfahrens

Der Schutz privater Rechte war zu allen dokumentierten Epochen eine staatliche Aufgabe, die in die Hände der staatlichen oder staatlich autorisierten Richter gelegt war. Das Schiedsverfahren bedurfte damit immer einer bestimmten Rechtfertigung, einer Begründung, warum die Parteien im Einzelfall nicht den staatlich verheißenen Rechtsschutz, sondern eine private Sondergerichtsbarkeit in Anspruch nahmen. Aus den insoweit jeweils formulierten Begründungen für die Vereinbarung von Schiedsverfahren lassen sich daher einige Vorstellungen über die Vor- und Nachteile von Schiedsverfahren in ihrer historischen Entwicklung ablesen.

In der Literatur zum modernen Schiedsverfahrensrecht finden sich zu den Vorteilen von Schiedsverfahren gegenüber staatlichen Verfahren verschiedene Topoi, die immer wiederkehrend angeführt werden, darunter vor allem die Vertraulichkeit des Verfahrens, die erhöhte Flexibilität des Verfahrens, eine kürzere Verfahrensdauer und die Möglichkeit der Auswahl passender Richter.[931] Interessanterweise sind alle diese Gründe auch aus der Geschichte bekannt. Ob sie der Sache nach tatsächlich zutreffen oder nicht, ist damals wie heute eine Frage des Einzelfalls. Jedenfalls lässt sich feststellen, dass die Motive, ein Schiedsverfahren zu vereinbaren, sich nicht unbedingt verändert haben. Zu unterschiedlichen Zeiten waren jedoch jeweils verschiedene dieser Begründungsversuche ausschlaggebend.

Die unterschiedlichen Begründungen für die Vereinbarung von Schiedsverfahren sollen daher im Folgenden jeweils in ihrem sachlichen Zusammenhang untersucht werden, da sie zeigen, welche Stellung das Schiedsverfahren im juristischen Kontext der jeweiligen Epoche hatte und worin jeweils die wesentlichen praktischen Unterschiede zum staatlichen Gerichtsverfahren gesehen wurden.

---

931 Vgl. ausf. Lachmann, Handbuch, S. 34–54; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 1 Rn. 8; s. auch Oestmann, Gerichtsbarkeit und Verfahren, S. 287; diese Gründe wurden auch im 19. Jh. genannt, vgl. Pfeiffer, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N.F. 3 (1847) 50, 61.

## A. Flexibilität des Verfahrens und der Entscheidung

Der Gedanke, dass das Schiedsverfahren im Hinblick auf den Verfahrensablauf und den Inhalt der Entscheidung flexibler ist als ein staatlicher Zivilprozess, trifft auf bestimmte Epochen des antiken römischen Rechts zu.

Insoweit ist vor allem für das Legisaktionenverfahren festzustellen, dass der strenge Wortformalismus die Parteien hier davon abhalten konnte, ein gerichtliches Verfahren zu führen.[932] Wenn die Worte der Spruchformeln nicht exakt gesprochen wurden, konnte schon daraus der Klageverlust folgen,[933] was im Schiedsverfahren nicht geschehen konnte, da der Schiedsrichter nicht nach den Spruchformeln entschied, sondern nach dem Inhalt des *compromissum*.

Daneben tritt die weitere Einschränkung, dass die »Legis-Aktionen« als Klagen aus römischen Gesetzen nur den römischen Bürgern zugänglich waren,[934] sodass für alle Streitigkeiten mit Peregrinen auch aus diesem Grunde auf Schiedsverfahren ausgewichen werden musste.[935] Ob die solchermaßen starre Konzeption der Legisaktionen aber tatsächlich ein Grund war, verstärkt auf private Schiedsverfahren auszuweichen, bleibt mangels aussagekräfter Quellen nur eine – wenn auch plausible – Spekulation.

Für die klassische Zeit des Formularprozesses wird in der Sekundärliteratur angenommen, dass die Gründe für die Vereinbarung von Schiedsverfahren in der engen Bindung des *iudex* an die Prozessformel, in den strikten Verfahrensgrundsätzen und in den beschränkten Wirkungen des gerichtlichen Urteils, vor allem infolge des Prinzips der Geldverurteilung, gesucht werden müssen.[936] Letzteres dürfte zweifelhaft sein (dazu näher sogleich). Im Hinblick auf den Erklärungsansatz, der auf die Bindung des Richters an die Formel abstellt,[937] sind aber entsprechende Nachweise zu den Vorzügen des Schiedsverfahrens aus den Quellen ersichtlich:

---

932 Nach Marrone, Riv. arb. 6 (1996) 7 f., 17 f., und de Giovanni, in: Studi Verde, S. 334, 337, war dies der wesentliche Grund für eine weite Verbreitung des Schiedsverfahrens zu dieser Zeit.

933 G. 4.11; Kaser/Hackl, RZPR, S. 34 f., 151.

934 So zumindest die herrschende Ansicht, vgl. ausf. Wlassak, SZ 28 (1907) 114–129, bes. S. 120 f.; s. a. Kaser, RZPR, S. 45.

935 Diesen Aspekt betonen Marrone, Riv. arb. 6 (1996) 7 f., 17 f., und de Giovanni, in: Studi Verde, S. 334, 337; dafür spricht auch die Parallele zum griechischen Recht, dazu Velissaropoulos-Karakostas, Revue de l'arbitrage 2000, 20.

936 Ziegler, Schiedsgericht, S. 162 f. (bes. zur Geldverurteilung); Stein, Is. L. R. 29 (1995) 215 f.; unrichtige Verallgemeinerungen bei Milotić, forhistiur 2013, Rn. 2–4.

937 So auch allgemein Fernández de Buján, SDHI 82 (2016) 430 f.

Cic. Q. Rosc. 4.10–13

Pecunia tibi debebatur certa quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS nummo petisti quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur. Ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt. (11) Quid est in iudicio? Derectum asperum simplex: Si paret HS IↃↃↃ dari –. Hic nisi planum facit HS IↃↃↃ ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite moderatum: Quantum aequius et melius sit dari –. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur, sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitro tribuatur. Itaque alter causae confidit, alter diffidit. (12) Quae cum ita sint, quaero abs te quid ita de hac pecunia, de his ipsis HS IↃↃↃ [de] tuarum tabularum fide compromissum feceris, arbitrum sumpseris, quantum aequius et melius sit dari repromittique, sic petieris. Quis in hanc rem fuit arbiter? … Ipse C. Piso est. Eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas? Eidem et infinitam largitionem remittebas et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas? Quis umquam ad arbitrum quantum petiit, tantum abstulit? Nemo; quantum enim aequius esset sibi dari petiit. De quo nomine ad arbitrum adisti, de eo ad iudicem venisti! (13) Ceteri cum ad iudicem causam labefactari animadvertunt, ad arbitrum confugiunt, hic ab arbitro ad iudicem venire est ausus! Qui cum de hac pecunia tabularum fide arbitrum sumpsit, iudicavit sibi pecuniam non deberi.

In diesem Abschnitt aus der Rede für den Schauspieler Roscius vergleicht Cicero das Schiedsverfahren mit dem Zivilprozess. Er stellt konkret auf die Einschränkungen der strengrechtlichen Klagen im Formularprozess ab, bei denen der Richter an den Wortlaut der Formel gebunden war, sodass er nur entweder entsprechend diesem Wortlaut auf das Ganze verurteilen konnte oder aber ganz freisprechen musste, etwa weil der Kläger einen Sesterz zu viel eingeklagt hatte (*si amplius HS nummo petisti*).[938] Im Schiedsverfahren sei dies weniger streng, weil man hier auch eine unbestimmte Geldsumme (*pecunia incerta*) einklagen könne. Daher beginne man einen Zivilprozess, wenn man sich sicher sei, eine Klage auf die gesamte Summe zu haben, ein Schiedsverfahren jedoch dann, wenn man nicht damit rechne, alles zugesprochen zu bekommen, was man eingeklagt habe.

Aus diesem anschaulichen Vergleich zwischen Schiedsverfahren und Gerichtsverfahren wird eine auf den ersten Blick tragfähige Begründung für die Strategie ersichtlich, die eine Prozesspartei dazu motivieren kann, anstelle eines

938 Zur *pluris petitio* vgl. nur Kaser/Hackl, RZPR, S. 323–326 m. w. N.

Gerichtsverfahrens ein Schiedsverfahren zu wählen. Während der Richter an die ihm vom Prätor vorgegebene Formel gebunden ist, hat sich der Schiedsrichter nur an das *compromissum* und die darin enthaltenen Regelungen zu halten. Durch eine entsprechend weite Fassung des Schiedsvertrags, etwa in Form der hier bei Cicero wiedergegebenen Bestimmung *quantum aequius et melius sit dari repromittique*,[939] können die Parteien dem Schiedsrichter daher eine größere Flexibilität bei der Entscheidungsfindung zubilligen. Der Schiedsrichter kann dann etwa auch eine geringere Summe zusprechen, wogegen der Richter die Klage abweisen müsste, wenn er sie nur zum Teil für begründet hält. Im Falle einer unsicheren Klage kann es der Kläger daher aus guten Gründen vorziehen, ein Schiedsverfahren zu vereinbaren.

Allerdings lässt sich aus dem Text nicht sicher herleiten, ob dies tatsächlich ein historisches Motiv zur Vereinbarung von Schiedsverfahren war. Dagegen spricht schon, dass es für den Beklagten gar keinen Anreiz gab, sich auf ein Schiedsverfahren einzulassen, das ja immer erst nach Entstehung einer Streitigkeit vereinbart wurde.[940] Für ihn war die strengrechtliche Klage vor dem Richter vorteilhafter, da er hier bei einer *pluris petitio* vollständig freigesprochen wurde. Dementsprechend wird ein gut beratener Beklagter in einer solchen Situation gar keine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben.

Auch hat die Quelle eine eigene Intention, welche ihre Aussagekraft für die hier interessierende Frage mindert.[941] Denn die eindringliche Gegenüberstellung der beiden Verfahrensarten wird von Cicero nur zu dem Zweck vorgenommen, die Klage des Fannius gegen Roscius zu entkräften. Roscius war von einem gewissen Fannius auf Zahlung von 50.000 Sesterzen verklagt worden; der Schuldgrund war wohl eine Buchverbindlichkeit (Litteralobligation), möglicherweise auch eine Stipulation.[942] Jedenfalls wurde die *actio certae creditae pecuniae* gewährt, welche die erwähnten Einschränkungen im Hinblick auf den Wortlaut der Formel mit sich bringt. Zuvor hatte Fannius von Roscius dieselbe Schuld allerdings schon in einem Schiedsverfahren geltend gemacht, was ein ungewöhnliches Vorgehen war.[943]

---

939 Zur Deutung dieser Worte als Inhalt des vereinbarten Schiedsvertrags vgl. Baron, SZ 1 (1880) 120 f.; Pflüger, Ciceros Rede, S. 127 f.; Düll, Gütegedanke, S. 21; Broggini, Iudex arbiterve, S. 203; anders aber Behrends, Wissenschaftslehre, S. 293 f. m. Anm. 127; ders., Gnomon 48 (1976) 688 f.; ders., in: Diritto e giustizia, S. 214; dag. wiederum Platschek, SZ 127 (2010) 278–284.

940 Dazu S. 85 ff.

941 Zweifelnd auch Pflüger, Ciceros Rede, S. 122.

942 Vgl. zuvor Cic. Q. Rosc. 1.1–2.9 und dazu Baron, SZ 1 (1880) 130–144; Stroh, Taxis und Taktik, S. 104–122; Fuhrmann, Prozeßreden, S. 824 f.

943 Der umgekehrte Weg (Beginn als Prozess, Fortführung als Schiedsverfahren) wurde bisweilen

Dass es sich dabei um ein privates Schiedsverfahren im technischen Sinne gehandelt hat, erscheint angesichts des Wortlauts (*compromissum feceris, arbitrum sumpseris*) nicht zweifelhaft.[944] Aus diesem Umstand möchte Cicero herleiten, dass Fannius selbst nicht vom Bestehen seiner Forderung in voller Höhe überzeugt war, da er ansonsten sogleich ein Gerichtsverfahren angestrengt hätte (4.13).

Vor diesem Hintergrund ist insbesondere die Aussage Ciceros, man werde vor dem Schiedsrichter nie so viel erlangen, wie man gefordert hat (*ad arbitrium hoc animo adimus ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur*), aufschlussreich. Der *arbiter* ist danach nicht nur ein Entscheider, sondern auch ein Vermittler, der Lösungen sucht, welche zwischen den Positionen der beiden Parteien liegen. Ein ähnliches Verständnis von der Rolle des *arbiter* geht auch aus einer rund ein Jahrhundert jüngeren[945] Äußerung Senecas hervor:

> Sen. ben. 3.7.5
> Praeterea, quaecumque in cognitionem cadunt, conprendi possunt et non dare infinitam licentiam iudici; ideo melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit, regere.

Auch Seneca äußert sich in ähnlicher Weise wie Cicero zum Verhältnis von Richtern und Schiedsrichtern: Der Richter ist stärker gebunden, da seine Tätigkeit durch die Klageformel bestimmt wird. Der Schiedsrichter hat dagegen freie und unbegrenzte Entscheidungsmöglichkeiten (*libera et nullis vinculis adstricta religio*).[946]

---

beschritten, vgl. TPSulp. 34 und dazu Camodeca, TPSulp. I, S. 103, der den Grund dafür ebenfalls in der Vermeidung der Bindung an die Prozessformel sieht.

944 So auch Broggini, Iudex arbiterve, S. 201; Wieacker, Cicero als Advokat, S. 10, 15; Ziegler, Schiedsgericht, S. 18 f.; Lukits, Schiedsspruch, S. 79; anders aber Talamanca, Ricerche, S. 28, und aus jüngerer Zeit Tenella Sillani, Arbitrato d'equità, S. 66; Behrends, in: Diritto e giustizia, S. 209–216 und zuvor; dag. Platschek, SZ 127 (2010) 278–284; ders., Philologus 155 (2011) 369–372; zur Literatur des 19. Jh. und der dort teilweise ebenso vertretenen These, es handele sich nicht um einen kompromissarischen Schiedsrichter, vgl. ausf. Baron, SZ 1 (1880) 119–125; Stroh, Taxis und Taktik, S. 115–119, jeweils m. w. N.

945 Zur Datierung der Rede Cic. Q. Rosc. vgl. etwa Stroh, Taxis und Taktik, S. 149–156; zur Datierung von *de beneficiis* jetzt ausf. Wolkenhauer, Senecas Schrift, S. 75–78, jeweils m. w. N.

946 Betont wird diese Aussage auch von Crifò, s.v. Arbitrato (diritto romano), in: ED 2, S. 894; Stein, Is. L. R. 29 (1995) 216, sowie Huck, in: Interpretatio, S. 287.

Teilweise wird bestritten, dass Seneca hier überhaupt von einem *arbiter ex compromisso* spricht. In der Tat könnte sich die freiere Entscheidungsmöglichkeit auch auf einen *arbiter* im Formularprozess beziehen, der über eine Klage nach *bona fides* zu urteilen hat.[947] Doch besteht der Gegensatz bei Seneca ja gerade darin, dass der *arbiter* an gar keine Formel gebunden ist, sodass es sich um einen privaten Schiedsrichter handeln muss.[948]

Auch der Kontext dieser Quelle stellt es jedoch in Frage, daraus eine allgemeine Aussage für das Verhältnis von Schiedsverfahren und Gerichtsverfahren abzuleiten. Seneca geht es nämlich gerade darum, das Gerichtsverfahren als besonders starr zu schildern, um darzutun, dass eine rechtliche Sanktion für die Verletzung der Pflicht zur Dankbarkeit unangemessen wäre. Das dritte Buch *de beneficiis* schildert die Undankbarkeit, welche manche Menschen trotz einer ihnen erwiesenen Wohltat zeigen. Diese Undankbarkeit ist nach Seneca moralisch zu verachten, jedoch keiner gerichtlichen Klage zugänglich. Denn einerseits wäre die geschuldete Dankbarkeit dann bloß erzwungen und nicht aus freiem Herzen, wenn sie zum Gegenstand einer gerichtlichen Untersuchung gemacht werden könnte.[949] Andererseits könne Undank in einem gerichtlichen Verfahren aber auch nicht angemessen beurteilt werden, da der Richter an strenge Grundsätze gebunden sei und nicht über eine unbegrenzte Entscheidungsfreiheit verfüge (*non dare infinitam licentiam iudicii*), was für die Beurteilung, ob eine bestimmte Handlung tatsächlich aus Undankbarkeit geschehen sei, aber notwendig sei.[950] Das Schiedsverfahren dient für Seneca damit nur zur Veranschaulichung seiner Aussagen über die Natur der Undankbarkeit, die in einem Verstoß gegen moralische Gebote besteht, sodass sie einer rechtlichen Überprüfung nicht zugänglich ist. Der Schiedsrichter, von dem Seneca spricht, ist nicht an Recht und Gerechtigkeit (*lex aut iustitia*) gebunden, sondern entscheidet nach seinen Gefühlen, nach *humanitas* und *misericordia*. Es handelt sich damit eher um die Denkfigur eines fiktiven gerechten Richters als um ein getreues Abbild des Schiedsrichters im technischen Sinne.

Auffällig ist insofern auch, dass die Rechtsquellen im Vergleich zu den beiden literarischen Zeugnissen weder Anlass dafür geben, dem Schiedsrichter die ver-

---

947 Davon geht stillschweigend Savigny, System V, S. 102 f., aus (s. a. S. 104 Anm. h); ausdrücklich dafür Brinz, KritV 22 (1880) 197 f.; Talamanca, Ricerche, S. 27; Tenella Sillani, Arbitrato d'equità, S. 65.

948 Weizsäcker, Schiedsrichteramt, S. 71 Anm. 1; dafür i. E. auch Bonifacio, s.v. Compromesso (Diritto romano), in: NNDI III, S. 785; Ziegler, Schiedsgericht, S. 157; Harries, Law and Empire, S. 175.

949 Vgl. zuvor Sen. ben. 3.7.3: *Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.*

950 Vgl. den Fortgang Sen. ben. 3.7.6: … *Quid sit enim beneficium non constat, deinde, quantum sit* …

mittelnde Rolle zuzumessen, welche Cicero beschreibt, noch Aussagen darüber enthalten, dass Schiedsrichter nur nach ihren subjektiven Wertungen zu entscheiden hätten, wie es bei Seneca zum Ausdruck kommt. Vielmehr ist der Schiedsrichter im juristischen Sinne ein Entscheider, der nach denselben oder jedenfalls ähnlichen Kriterien entscheidet wie der durch den Prätor bestellte Richter. Wenn eine Klage in vollem Umfang begründet ist, gibt es für den Schiedsrichter an sich keinen Anlass, nach einem Mittelweg zu suchen. Wenn eine Klage nach dem Recht besteht, dürfte der Schiedsrichter sie nicht unter Verweis auf die *humanitas* abweisen, auch wenn seine Entscheidung im Ergebnis nicht kontrolliert werden kann.[951]

Aus einer Analyse der Rechtsquellen ergibt sich allerdings umgekehrt auch kein positiver Nachweis dafür, wie der genaue Ablauf des Verfahrens vor dem Schiedsrichter ausgesehen hat und ob dieses flexibler war als das Verfahren vor dem *iudex* oder nicht. Lediglich über das Verfahren vor einem prätorisch bestellten *arbiter* enthält ein Passus aus den Institutionen des Gaius eine besondere Charakterisierung, wenn auch in einem speziellen Kontext:

G. 4.163
… potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.

Nach Gaius wird ein Verfahren vor dem *arbiter* also mehr zu dem Zweck beantragt, den Prozess *modestiore via* zu führen. Mit *arbiter* wird hier nicht ein privater Schiedsrichter (*arbiter ex compromisso*) bezeichnet, sondern ein vom Prätor auf Antrag (vgl. *petit*) bestellter Schätzungsrichter, der ebenfalls *arbiter* heißt.[952] Was mit dem Ausdruck *modestiore via* gemeint ist, bedarf der Klärung. Während Manthe annimmt, damit sei ein Verfahren »auf billigere Art« gemeint,[953] geht Brutti von einem vereinfachten Verfahren aus;[954] Fasolino nimmt gar an, das Verfahren sei auch schneller gewesen.[955] Diese Deutungen gehen damit von einer gewissen gesteigerten Flexibilität des Verfahrens vor dem *arbiter* aus.

Allerdings besteht der Gegensatz bei Gaius nicht zwischen einem Verfahren vor dem *arbiter* einerseits und vor dem *iudex* andererseits, sondern zwischen einem streitigen Verfahren an sich und einem Anerkenntnis (*confitetur*, *confessio*). Der Bezug auf das Anerkenntnis stammt aus dem Kontext des Fragments: Gaius

951 Zur Bindung des Schiedsrichters an das materielle Recht vgl. S. 174.
952 Zu diesen Kategorien von Entscheidungsträgern vgl. S. 8 f.
953 Manthe, Gaius Institutiones, S. 407.
954 Brutti, AUPA 55 (2012) 111: »in modo più semplice«.
955 Fasolino, in: Omaggio Burdese II, S. 248: »con maggiore facilità e speditezza«.

behandelt hier das Verfahren bei den einseitigen Interdikten (*interdicta simplicia*). Wenn der Beklagte durch ein solches Interdikt in Anspruch genommen wurde, etwa auf Herausgabe oder auf Vorlegung einer Sache, konnte er gegen den Kläger ein *iudicium calumniae* beantragen, wenn er das Interdiktsverfahren für bewusst unrichtig eingeleitet ansah.

Proculus war nun der Ansicht, das *iudicium calumniae* dürfe dem Beklagten[956] in dem Falle nicht erteilt werden, wenn er im Interdiktsverfahren schon einen *arbiter* als Sachentscheider beantragt hatte,[957] weil er dadurch zum Ausdruck gebracht habe, sich auf das Interdiktsverfahren einzulassen, es also offenbar gerade nicht für zu Unrecht beantragt ansah.[958] Diese Ansicht des Proculus wird von Gaius aber mit dem Argument verneint, dass in der Beantragung eines *arbiter* kein solches Anerkenntnis zum Ausdruck komme.

Aus diesem Kontext der Worte *modestiore via* wird mithin deutlich, dass es hier darum geht, dass überhaupt ein streitiges Verfahren durchgeführt wird, im Gegensatz zu einem schlichten Anerkenntnis des Beklagten. Dies legt es nahe, die Bedeutung des Ausdrucks *modestiore via* als »ordnungsgemäßes Verfahren« zu verstehen[959] und nicht als ein Minus im Vergleich zum Gerichtsverfahren.

Im Ergebnis wird das Verfahren vor dem *arbiter* damit bei Gaius als ein ordentliches, streitiges Verfahren verstanden; für eine allgemein größere Flexibilität ist nichts ersichtlich.

Ziegler sieht die wesentliche Flexibilität des Schiedsverfahrens im Vergleich zum staatlichen Gerichtsverfahren darin, dass der Schiedsrichter nicht darauf beschränkt ist, ausschließlich in Geld zu verurteilen.[960] In der Tat galt für den

---

956 Manthe, Gaius Institutiones, S. 404, nimmt dagegen an, Proculus habe sich gegen die Erteilung des *iudicium* an den Kläger ausgesprochen, wofür er ein *opponi* in den Text einfügt. Dies erscheint nicht naheliegend, da nach Gaius klar *is cum quo agitur* den *arbiter* beantragt und der *actor* nur dann gefahrlos klagt, wenn gegen ihn kein *iudicium* erteilt wird. – Von einer Erteilung an den Beklagten gehen auch Düll, Gütegedanke, S. 24, und Brutti, AUPA 55 (2012) 112, aus.

957 Dazu näher Lenel, EP, S. 448; gegen die Formelrekonstruktion Lenels vgl. Varvaro, AUPA 55 (2012) 709–734.

958 Vgl. zu den möglichen Erklärungen dieser »Anerkenntniswirkung« Lenel, EP, S. 449; zustimmend Arangio-Ruiz, in: Scritti I, S. 333 f. (dag. Koschaker, SZ 34 (1913) 436); Düll, Gütegedanke, S. 24 f.; Pennitz, Enteignungsfall, S. 276; Brutti, AUPA 55 (2012) 112 f.; Varvaro, AUPA 55 (2012) 724.

959 Vgl. die ähnliche Bedeutung von *modestius* in Paul. 35 ed. D. 23.2.14.3, wo das Wort auf einer Stufe mit *certius* steht. Eine Übersetzung dieses Teils von G. 4.163 könnte demnach lauten: »… denn man beantragt einen Schätzungsrichter nicht, um anzuerkennen, sondern um das Verfahren ordnungsgemäß durchzuführen.«

960 Ziegler, Schiedsgericht, S. 163.

Schiedsrichter nicht das Prinzip der Geldverurteilung (*condemnatio pecuniaria*), sodass er auch auf andere Rechtsfolgen erkennen konnte.[961]

Ob daraus allerdings ein praktischer Vorzug des Schiedsverfahrens gegenüber dem Gerichtsverfahren erwuchs, erscheint fraglich. Denn in den Fällen, in denen der Kläger ein besonderes Interesse an einer anderen Form der Verurteilung hatte, etwa bei einer Verurteilung zur Sachleistung, konnte er auch im Formularprozess durch die Einfügung der Arbiträrformel eine Herausgabe in Natur mittelbar erzwingen.[962] Unterblieb die Herausgabe, konnte er freilich nur die Schätzsumme erlangen. Allerdings verhielt es sich im Schiedsverfahren insofern nicht anders, da auch hier bei einem Verstoß gegen den Schiedsspruch nur die Geldsumme aus der Strafstipulation eingeklagt werden konnte. Im Ergebnis stellten daher beide Verfahren dem Kläger eine ähnlich effektive mittelbare Sicherung für die Herausgabe in Natur zur Verfügung.

Insgesamt lässt sich damit für die Zeit des klassischen Formularverfahrens feststellen, dass der Richter durch die Formel in bestimmten Fällen stärkeren Bindungen unterworfen war als ein Schiedsrichter. Diesen Einschränkungen, welche vor allem bei den strengrechtlichen Klagen zu einer verminderten Flexibilität der Sachentscheidung des Richters geführt haben, war der private Schiedsrichter nicht unterworfen. Insofern hatte der Schiedsrichter eine freiere Entscheidungsbefugnis als der prätorisch bestellte Richter. Eine solche Grundtendenz, die flexiblen Entscheidungsbefugnisse des Schiedsrichters zu betonen, ergibt sich auch aus den Darstellungen des Schiedsrichters in der nichtjuristischen Literatur. Obwohl die entsprechenden Aussagen bei Cicero und Seneca auch von der Zielrichtung der jeweiligen Schrift beeinflusst sind, lässt sich ihnen ein gewisser Beweiswert nicht absprechen, da der Vergleich mit dem Schiedsrichter aus Sicht eines zeitgenössischen Lesers ansonsten nicht schlüssig gewesen wäre.

Wenn der Schiedsrichter damit in seiner Entscheidung, die er nach Abschluss des Verfahrens trifft, in bestimmten Fällen eine größere Freiheit als der Richter hat, so stellt sich die Frage, ob dies auch auf die Gestaltung des Verfahrensablaufs im Übrigen zutrifft. Insofern lässt sich allerdings noch weniger sicher beurteilen, ob dem Schiedsrichter hier größere Flexibilität zustand als dem *iudex*. Eher ist anzunehmen, dass insoweit keine wesentlichen Unterschiede zwischen Schiedsrichter und staatlich bestelltem Richter bestanden, da auch der *iudex* den Verfah-

961 Anders La Pira, in: Studi Riccobono II, S. 223; dag. bereits ausf. Talamanca, Ricerche, S. 29–35; Ziegler, Schiedsgericht, S. 140 f.; unentschlossen Paricio, RIDA 31 (1984) 293–296.

962 Vgl. nur Kaser/Hackl, RZPR, S. 335–340.

rensablauf und die Beweiserhebung im Allgemeinen nach seinem Ermessen frei gestalten konnte.[963]

Diese Gestaltungsfreiheit des *iudex* änderte sich jedoch, als der Formularprozess in der Nachklassik außer Gebrauch kam und den Parteien nur noch das Kognitionsverfahren vor den kaiserlichen Beamten offenstand. Spätestens seit den Verfassungsreformen Diokletians war die freie Tätigkeit der Juristen zugunsten einer Einbindung in den Staatsapparat zurückgedrängt worden. Das Zivilverfahren wurde entsprechend in die Hände der Beamtenschaft gelegt und dem Einfluss der Parteien teilweise entzogen.[964] Da der Zivilprozess auf diese Weise starrer, unflexibler und wohl auch teurer wurde, wird in der Sekundärliteratur ein Bedeutungszuwachs des Schiedsverfahrens vermutet.[965] Auch die Ausbreitung der *episcopalis audientia* fällt in diese Zeit.[966] Dazu dürfte auch das Aufkommen formaler Beweisregeln im Prozess beigetragen haben, die vielleicht nicht immer zweckmäßig waren. Es ist daher plausibel, dass viele Streitparteien sich angesichts eines in festere Formen gedrängten staatlichen Verfahrens vermehrt für Schiedsverfahren entschieden haben, vor allem in solchen Fällen, die besondere Flexiblität in der Verfahrensführung erforderten, wie etwa Streitigkeiten unter Gesellschaftern oder unter Miterben. Mangels aussagekräftiger Quellen lässt sich dies jedoch nicht abschließend klären.

Ein ähnlicher Zusammenhang zwischen der Formalisierung des Gerichtsverfahrens und dem verstärkten Aufkommen von flexibleren Schiedsgerichten findet sich auch in bestimmten Epochen des Mittelalters. Der Prozess vor den englischen *common law courts* galt insofern als besonders formalistisch, schwerfällig und auch kostenintensiv, was ein Ausweichen der Parteien auf die Schiedsgerichtsbarkeit hier besonders begünstigt hat.[967] Auch waren die englischen Richter, ähnlich wie ihre römischen Kollegen ein Jahrtausend zuvor, an die Formen der *writs* gebunden, was den Rechtsstreit auf einzelne Punkte beschränkte und einer umfassenden Einigung der Parteien daher im Wege stand.[968]

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die größere Flexibilität des Schiedsverfahrens gegenüber dem staatlich organisierten Gerichtsverfahren nur in bestimmten Fällen und auch nur in bestimmten Epochen als Grund für

963 Kaser/Hackl, RZPR, S. 357–369; anders ohne überzeugende Begründung Milotić, forhistiur 2013, Rn. 16.

964 Kaser, RZPR, S. 122–124, 410–414; Vincenti, Ante sententiam, S. 33 f.

965 Ziegler, Schiedsgericht, S. 199; Marrone, Riv. arb. 6 (1996) 15 f.

966 Dazu S. 35.

967 Dazu Powell, Trans. R. Hist. Soc. 33 (1983) 55 f.

968 Powell, Trans. R. Hist. Soc. 33 (1983) 56; Stein, Is. L. R. 29 (1995) 215 f.

die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens anzusehen ist. Vor allem gegen Ende der Republik und während des Prinzipats gab es wenig Anlass, das prätorische Verfahren aus diesen Gründen zu vermeiden, da auch dieses Verfahren flexibel genug gehandhabt wurde, um auf unterschiedliche Verfahrensbedürfnisse einzugehen und verschiedensten prozessualen Konstellationen gerecht zu werden. Lediglich bei strengrechtlichen Klagen könnte das Schiedsverfahren wegen seiner größeren Flexibilität vorgezogen worden sein; in geringem Umfang ist zudem eine allgemein größere Flexibilität des Schiedsverfahrens anzunehmen.

Anders sind die Verhältnisse jedoch für die römische Frühzeit zu beurteilen. Gegenüber dem Wortformalismus der Legisaktionen stellte das Schiedsverfahren eine deutlich flexiblere Streitentscheidung in Aussicht, indem es allein der Parteivereinbarung unterlag. Ebenso hatte das Schiedsverfahren ab dem Ende des 3. Jahrhunderts in Rom und im mittelalterlichen England wieder eine stärkere praktische Berechtigung, da es den Parteien die Möglichkeit gab, dem unflexibleren staatlichen Verfahren auszuweichen.

Es zeigt sich damit, dass Schiedsverfahren zwar allgemein betrachtet eine höhere Flexibilität als Gerichtsverfahren aufwiesen, dieser Umstand jedoch nur in bestimmten Epochen der Degeneration staatlicher Rechtspflege praktisch bedeutsam wurde und damit nur zu diesen Zeiten einen Grund für die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens darstellen konnte.

## B. Dauer des Verfahrens

Einer der typischen Begründungsansätze für Schiedsverfahren ist auch die geringere Verfahrensdauer. Zu manchen Zeiten galten gerichtliche Verfahren als langsam und schwerfällig, sodass sich ein Ausweichen auf private Schiedsverfahren zur Beschleunigung der Streitbeilegung anbieten konnte. Mangels einer ausreichenden Datengrundlage sind freilich für kaum eine historische Epoche konkrete Aussagen zur typischen Dauer von Schieds- und Gerichtsverfahren möglich. Doch lassen sich auch aus den von den Juristen jeweils formulierten Begründungen Anhaltspunkte dafür herleiten, ob in der geringeren Verfahrensdauer ein Grund für die Vereinbarung der Streitentscheidung durch einen Schiedsrichter lag.

Insofern ist auffällig, dass für die Zeit des klassischen römischen Rechts keine Äußerungen in dieser Hinsicht überliefert sind. Die Geschwindigkeit der Verfahren stellte offenbar keine Motivation für die Parteien dar, auf die Schiedsge-

richtsbarkeit auszuweichen.[969] Vielmehr lässt sich vermuten, dass das prätorische Verfahren in der Prinzipatszeit effizient organisiert war und in der Regel zügig durchgeführt wurde.[970] Für das sich gegebenenfalls anschließende Verfahren *apud iudicem* galten sogar konkrete Entscheidungsfristen, welche sich aus der verfassungsmäßigen Ordnung ergaben: Der *iudex* hatte nur so lange Entscheidungsgewalt, wie der Magistrat, der ihn eingesetzt hatte, im Amt blieb, also maximal ein Jahr.[971] Für bestimmte Verfahren (*iudicia legitima*) wurde die Frist unter Augustus auf 18 Monate verlängert.[972] Der Richter stand damit unter einem gewissen Zeitdruck, vor allem gegen Ende der Amtsperiode des Prätors, sodass sich vermuten lässt, dass römische Gerichtsverfahren im Allgemeinen zeitnah zu einem Abschluss gebracht wurden.[973] Weiter ist zu bedenken, dass es Kapazitätsprobleme in der römischen Gerichtsorganisation kaum geben konnte, da die Anzahl der *iudices* nicht beschränkt war, sondern jeder freie und mündige Privatmann zum Richter bestellt werden konnte. In Zeiten größerer Klagehäufigkeit konnte daher die Anzahl der Richter beliebig erhöht werden.

Für den klassischen Kognitionsprozess ist ebenfalls nicht von größeren Verzögerungen bei der Verfahrensdauer auszugehen, da die den Richtern eingeräumte Autonomie bei der Verfahrensgestaltung eine im Wesentlichen effiziente Verfahrenssteuerung ermöglicht haben dürfte.[974]

Nachdem der Formularprozess in der Spätantike vollständig der Beamtenkognition gewichen war, ist allerdings von einer Verlängerung der Verfahrensdauer auszugehen. Dafür ist zunächst die verminderte Flexibilität des Verfahrens nach den diokletianischen Reformen ursächlich.[975] Die aus dieser Zeit überlieferten

969 So auch Paricio, Arbitrajes privados, S. 56; anders aber Behrends, Geschworenenverfassung, S. 122 (wohl für die römische Frühzeit).

970 Eine feste Frist für die Einsetzung des Richters (G. 4.15, dazu etwa Nicosia, Processo III.1, S. 78–81) bestand allerdings in klassischer Zeit wohl nicht mehr, s. etwa Kaser/Hackl, RZPR, S. 286 f. m. Anm. 4.

971 G. 4.105: *quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit.*

972 G. 4.104: *nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant*; nach anderer Meinung (Martini, Sem. Compl. 1 (1989) 97 f., im Anschluss an ältere Autoren) wurde die Frist auf 18 Monate verkürzt, dagegen vgl. Kaser/Hackl, RZPR, S. 352 m. w. N.

973 Kaser/Hackl, RZPR, S. 353 Anm. 26: »im ganzen rascher … als heutzutage«; vgl. aber auch die erheblichen Zweifel bei Kelly, Roman Litigation, S. 118–131, der Gaius für unglaubwürdig hält. Allerdings spricht der Umstand, dass die Rigidität der festen Fristen »hard to believe« ist (S. 121), nicht gegen die historische Wirklichkeit. Die *lex Irnitana* hat hier einige Bestätigung gebracht, dazu etwa Simshäuser, SZ 109 (1992) 176 f.

974 Kaser/Hackl, RZPR, S. 438, 442 f.

975 Dazu soeben S. 310 f.; zum Charakter des spätantiken Prozesses im Vergleich zum Schiedsverfahren s. a. Waldstein, in: FS Kaser 1976, S. 535–540.

Konstitutionen sehen Fristen für die Entscheidungsfindung vor und statuieren Rechtsbehelfe gegen nachlässige Richter, was ein Indiz für die zunehmende Verlangsamung der gerichtlichen Verfahren sein dürfte.[976] Teilweise wird aus diesen gesetzgeberischen Aktivitäten allerdings auch der umgekehrte Schluss gezogen, dass der Prozess durch diese Maßnahmen gerade wieder effektiver geworden sei.[977]

Vor allem wird aber der Umstand, dass in der Spätantike immer mit der Fortsetzung des Verfahrens in zweiter Instanz gerechnet werden musste, zu einer erhöhten Attraktivität des Schiedsverfahrens beigetragen haben. Während die Appellation in der klassischen Zeit nur eine geringere praktische Bedeutung hatte,[978] wurde sie später mehr und mehr zu einem häufig eingesetzten Instrument der Prozessführung, welches auch für Verzögerungstaktiken genutzt wurde.[979] Dadurch verlängerte sich die durchschnittliche Zeitdauer eines staatlichen Gerichtsverfahrens, was zu einer Zunahme der Schiedsgerichtsbarkeit geführt haben könnte.[980]

Sehr deutlich tritt dieser Aspekt im Mittelalter hervor. In dem – praktisch orientierten – *ordo iudiciarius* des Gratia von Arezzo, der auch ein wichtiges Vorbild für Durantis war,[981] wird die durch Appellation verlängerte Verfahrensdauer im staatlichen Verfahren als ein wesentlicher Grund genannt, an Stelle dessen ein Schiedsverfahren zu vereinbaren:

> Gratia Aretinus, Summa de iudiciario ordine, P. 3, T. 2, pr. (Bergmann, S. 381)
> Sed quoniam partes volunt potius quandoque in arbitros compromittere, quam iudicis subire sententiam, eo quod a sententia potest quilibet appellare, et sic negotium prorogare, ut [C. 2 q. 6 c. 18]. sed de arbitris minime, ut [C. 2.55(56).1].

976 Kaser/Hackl, RZPR, S. 520; Vincenti, Ante sententiam, S. 33–125; s. a. Litewski, RIDA 12 (1965) 352 f.; Pergami, in: Studi Franciosi III, S. 2063 ff.

977 Ascheri, in: Within a Reasonable Time, S. 37.

978 Im Formularprozess wurde sie nur fallweise zugelassen, vgl. die Nachweise Anm. 713. Im Kognitionsverfahren war die Appellation zwar grundsätzlich zulässig, doch hatte das Verfahren hier in klassischer Zeit einen beschränkten Anwendungsbereich, vgl. Kaser/Hackl, RZPR, S. 451–460; Palazzolo, Processo civile, S. 37–45.

979 Kaser/Hackl, RZPR, S. 617–623; zu den Gesetzen, welche die Appellation daher einschränkten, vgl. Litewski, RIDA 13 (1966) 235 ff.; RIDA 15 (1968) 302 ff.; Vincenti, Ante sententiam, S. 33–125.

980 So für das 6. Jh. in Ägypten: Urbanik, in: Symposion 2005, S. 398 f.

981 Vgl. Anm. 425.

Mit dieser Darstellung beginnt Gratia sein Traktat über die Schiedsrichter. Er stellt die Begründung für die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens damit sogar an den Anfang des Titels *de arbitris* seines *ordo iudiciarius*: Die streitenden Parteien ziehen ein Schiedsverfahren bisweilen einem Gerichtsverfahren gerade deswegen vor, weil man gegen das Urteil des Richters in Berufung gehen kann, gegen den Schiedsspruch jedoch nicht. Auf diese Weise hat die unterlegene Partei nicht die Möglichkeit, das Verfahren weiter in die Länge zu ziehen (*negotium prorogare*).

Der Vorteil des Schiedsverfahrens liegt damit gerade in der Schnelligkeit infolge des Fehlens einer zweiten Instanz.[982] Diese Begründung Gratias ist bemerkenswert aktuell. Auch in der heutigen Schiedsverfahrenspraxis rührt die Schnelligkeit des Verfahrens nicht etwa daraus, dass die Zeitdauer bis zum Erlass des Schiedsspruchs durchschnittlich kürzer wäre als die zu erwartende Dauer bis zum Erlass eines erstinstanzlichen Gerichtsurteils.[983] Der Zeitgewinn resultiert vielmehr auch heute daraus, dass nach einer Instanz schon eine endgültige und rechtskräftige Entscheidung zwischen den Parteien getroffen ist und die Sache nicht in einer zweiten und dritten Instanz erneut verhandelt wird.[984] Dieser Zeitgewinn ist für die Parteien oft wichtiger als die Möglichkeit, die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung überprüfen zu lassen. Genauso scheint es sich im 13. Jahrhundert in Oberitalien verhalten zu haben.[985] Durch den intensiven Handelsverkehr entstand auch hier das Bedürfnis nach einer schnellen Lösung von Streitigkeiten, was der inhaltlichen Richtigkeit der Entscheidung vorgezogen wurde. Manche oberitalienische Städte führten sogar verpflichtende Schiedsverfahren an Stelle von Gerichtsverfahren ein, welche durch Fehlen der zweiten Instanz schneller abliefen.[986]

Sieht man von der Appellationsmöglichkeit ab, ist dagegen nicht von einer grundsätzlich längeren Verfahrensdauer vor den kirchlichen oder weltlichen Gerichten auszugehen als vor Schiedsgerichten. Wie verschiedene Untersuchungen zeigen, waren manche gerichtliche Verfahren schon in wenigen Wochen been-

982 Zur Verfahrensverzögerung durch *appellatio* vgl. auch Helmholz, in: Within a Reasonable Time, S. 83–85.

983 So zumindest im Vergleich zur deutschen Gerichtsbarkeit.

984 Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 1 Rn. 8.

985 Zum Kosten- und Zeitaufwand der Appellation vgl. auch Lepsius, in: Praxis der Gerichtsbarkeit, S. 195 f.; einen ähnlichen Befund trifft Jeanclos, L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne, S. 14.

986 Dazu Ascheri, in: Within a Reasonable Time, S. 48 m. w. N. Ob die Appellation hier allerdings immer ausgeschlossen war, erscheint fraglich, vgl. Fowler, in: Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law, S. 146 f.

det, während andere Verfahren ein Jahr oder länger dauern konnten, was vom Verhalten der Parteien und des Richters abhängig war.[987] Die wesentliche Verzögerung trat also damals wie heute durch die Anrufung weiterer Instanzen ein.[988]

Zu bedenken ist schließlich, dass Schiedsgerichte im Mittelalter nicht die einzige Möglichkeit für die Parteien waren, eine schnellere Entscheidung eines Rechtsstreits zu erlangen. Auch die Wahl zwischen verschiedenen weltlichen Gerichten, etwa den Gerichten der Städte oder den Gerichten der Landesherren, sowie die Wahl der kirchlichen Gerichte, die zu bestimmten Zeiten als besonders effizient galten, boten den Parteien verschiedene alternative Optionen, sich im konkreten Fall nach den jeweiligen zeitlichen und örtlichen Umständen für die schnellste und effektivste Form des gerichtlichen Rechtsschutzes zu entscheiden.[989]

Zusammenfassend zeigt sich daher, dass auch die Verfahrensdauer nur zu bestimmten Zeiten ein Grund für die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens an Stelle eines staatlichen Verfahrens war. Für die klassische römische Antike ist insofern nicht von einem Vorteil des Schiedsverfahrens auszugehen. Erst ab der Spätantike sowie im Mittelalter tritt die geringere Dauer des Schiedsverfahrens als ein bestimmendes Motiv hervor, wobei die schnellere Erledigung hier genauso wie heute hauptsächlich aus dem Fehlen einer Appellationsmöglichkeit gegen Schiedssprüche resultiert.

## C. Ausschluss der Öffentlichkeit

Eine weitere Begründung für die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens liegt in der Vermeidung einer öffentlichen Verhandlung. Wie Paricio insofern zu Recht feststellt, kann diese den Parteien aus verschiedenen Gründen unwillkommen sein.[990] Welche Gründe dies im Einzelnen sind, sagt er freilich nicht. Insofern ist zu bedenken, dass ein gerichtliches Verfahren in römischer Zeit schon aus sozialer Rücksichtnahme nicht leichtfertig angestrengt wurde, da der öffentlich ausgetragene Streit eine solche Verwerfung zwischen den Parteien mit sich bringen

987 Vgl. K.W. Nörr, in: Within a Reasonable Time, S. 100 f. m. w. N.; ders., Prozessrecht, S. 126 f.

988 Dazu überblicksartig Brundage, Medieval Canon Law, S. 139; van Rhee, in: Within a Reasonable Time, S. 28–30; fraglich insofern die Aussagen zur (sehr kurzen) Dauer von Schiedsverfahren bei Jeanclos, L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne, S. 256 f.

989 Dazu Ascheri, in: Within a Reasonable Time, S. 37–43.

990 Paricio, Arbitrajes privados, S. 57; s. ferner Roebuck/de Loynes de Fumichon, Roman Arbitration, S. 196; allgemein auch Lukits, Schiedsspruch, S. 77.

konnte, dass an eine weitere geschäftliche oder gesellschaftliche Zusammenarbeit nicht mehr zu denken war.[991]

Inbesondere bei Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen Mitgliedern einer *gens*, zwischen Freunden und Geschäftspartnern, oder bei Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern einer *societas* mochte es daher aus römischer Sicht vorteilhaft sein, diese nicht vor dem Prätor auf dem Forum oder in der Basilika zu beginnen, sondern vollständig in der Abgeschiedenheit eines Privathauses auszutragen.[992] Eine mögliche Quelle in dieser Hinsicht ist:

> Vitr. 6.5.2
> … nobilibus vero, qui honores magistratusque gerundo praestare debent officia civibus, faciunda sunt vestibula regalia alta, atria et peristylia amplissima, silvae ambulationesque laxiores ad decorem maiestatis perfectae; praeterea bybliothecas, basilicas non dissimili modo quam publicorum operum magnificentia comparatas, quod in domibus eorum saepius et publica consilia et privata iudicia arbitriaque conficiuntur.

Vitruv beschreibt hier die Bauweise von großen Privathäusern für hochgestellte Personen (*nobiles*). Diese Gebäude müssen repräsentative Zwecke erfüllen und sind daher mit einem großen Eingangsbereich, mit Atrien, Säulengängen und mit solchen Räumen auszustatten, die den öffentlichen Basiliken ähneln.[993] Den Grund dafür gibt Vitruv damit an, dass in diesen Häusern öffentliche Beratungen sowie private Gerichts- und Schiedsverfahren (*privata iudicia arbitriaque*) abgehalten werden.

Kelly will aus dieser Quelle ableiten, dass zumindest einige, wenn nicht sogar die meisten Gerichtsverfahren nichtöffentlich waren und in Privathäusern stattfanden.[994] Dies dürfte jedoch unzutreffend sein. Die ganz überwiegende Anzahl der Verfahren – jedenfalls vor den Gerichtsmagistraten – fand öffentlich statt, was aus zahllosen Quellen hervorgeht.[995] Dabei dürfte es sich um ein gewohn-

991 Dazu Kelly, Civil Judicature, S. 97–102, mit anschaulichen Nachweisen aus den literarischen Quellen, auch zur drastischen Sprache der Rhetoren im Prozess; dem entsprachen auch die antiken griechischen Vorstellungen, vgl. Roebuck, Greek Arbitration, S. 354.

992 Anhaltspunkte für diese Art der vertraulichen Prozessführung zeigt auch die griechische Rechtspraxis, vgl. Roebuck, Greek Arbitration, S. 348 f.

993 Dazu vgl. Winterling, Aula Caesaris, S. 39–46, bes. S. 41.

994 Kelly, Civil Judicature, S. 103–111, bes. S. 110: »some, perhaps most«.

995 Vgl. Bertolini, Processo I, S. 73, 78–80; Kaser/Hackl, RZPR, S. 201 f., 448, 554 f.; Bablitz, Actors and Audience, S. 14–33; Färber, Gerichtsorte, S. 28–66, s.a. S. 332–336, jeweils m. w. N. aus den Quellen.

heitsrechtliches Prinzip gehandelt haben.[996] Ob dieses auch für den Urteilsrichter im Verfahren *apud iudicem* galt, ist allerdings fraglich; insoweit ist eher davon auszugehen, dass dieser freier in der Wahl des Verhandlungsortes war und die Verfahren daher auch in seinem Privathaus abhalten konnte. Darauf wird die Aussage Vitruvs zu beziehen sein.[997]

Freilich ist zu bedenken, dass auch Privathäuser nicht vollständig abgeschieden waren, sondern einen öffentlichen Bereich hatten, der dem Publikumsverkehr diente. Hier fand etwa die allmorgendliche *salutatio* statt,[998] hier versammelten sich die Klienten, um Rat und Unterstützung zu erbitten.[999] Insofern darf man sich die Unterschiede zwischen einer Gerichtsverhandlung, die in einer Basilika auf dem Forum stattfand, und einer Gerichtsverhandlung, die im »basilikaähnlichen« Bereich eines Privathauses abgehalten wurde, nicht allzu groß vorstellen.[1000]

Es ist auch anzunehmen, dass mit *iudicia arbitriaque* tatsächlich Gerichts- und Schiedsverfahren gemeint sind. Fensterbusch[1001] übersetzt dies zwar mit »Urteilen und Entscheidungen«, doch ist es unwahrscheinlich, dass Vitruv an dieser Stelle zwei verschiedene Wörter gleichen Inhalts verwendet hätte. Wenn man sich die Parallele zur soeben analysierten Rede von Vitruvs Zeitgenossen Cicero vor Augen hält (*aliud est iudicium, aliud est arbitrium*),[1002] ist es näherliegend, hier die Bedeutung von *iudicia arbitriaque* mit Gerichts- und Schiedsverfahren im eigentlichen Sinne anzunehmen.[1003] Zudem werden bei Vitruv auch die Schiedsgutachterverfahren juristisch korrekt mit *arbitria* bezeichnet;[1004] die Aussage in Vitr. 6.5.2 kann diese natürlich ebenfalls mit umfassen.

Ansätze für ein Interesse an Vertraulichkeit liefert auch eine Aussage Ulpians, wonach vor dem Schiedsrichter »Interna« und »Geschäftsgeheimnisse« offengelegt werden.[1005] Allerdings erwähnt Ulpian dies nur beiläufig im Rahmen einer

---

996 Kunkel, SZ 85 (1968) 320.

997 Kunkel, SZ 85 (1968) 320 Anm. 153; Bablitz, Actors and Audience, S. 33; Färber, Gerichtsorte, S. 26 f. – Milotić, forhistiur 2013, Rn. 11, behauptet zu Unrecht, dass Urteile im Gegensatz zu Schiedssprüchen immer öffentlich verkündet worden wären.

998 Dazu Winterling, Aula Caesaris, S. 43 f., 117 f.; Goldbeck, Salutationes, S. 126 Anm. 1 und passim.

999 Vgl. etwa Cic. de orat. 3.33.133: *ad quos … in solio sedentis domi sic adibatur*; auf den Zusammenhang wies schon Wlassak, Prozeßformel, S. 38 Anm. 37, zu Recht hin.

1000 Ähnlich wohl auch das Fazit von Platschek, Quinctius, S. 6.

1001 Fensterbusch, Vitruv, S. 283; übernommen von Winterling, Aula Caesaris, S. 41.

1002 Cic. Q. Rosc. 4.10, S. 303 ff.

1003 So auch die Übersetzungen von Platschek, Quinctius, S. 6 Anm. 22; Färber, Gerichtsorte, S. 27.

1004 Vitr. 2.8.8; zu den Schiedsgutachten vgl. S. 10 ff.

1005 D. 4.8.3.1 (Ulp. 13 ed.): *post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta*, Übers. nach Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler [Schiemann], CIC, Bd. 2, S. 433.

*laudatio edicti*, um zu begründen, warum es sinnvoll ist, dass der Prätor einen Schiedsrichter, der das Verfahren einmal übernommen hat, auch dazu zwingt, es anschließend zu Ende zu führen. Es geht also eher um den Erhalt der Früchte des Verfahrens als um den Nutzen von Vertraulichkeit, auch wenn es bezeichnend ist, dass die Erörterung von Geschäftgeheimnissen im Schiedsverfahren überhaupt erwähnt wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Schiedsverfahren in römischer Zeit in größerem Maße Vertraulichkeit gewährleisten konnten als Gerichtsverfahren. Dies beruhte nicht so sehr auf der eigentlichen Verhandlung vor dem *iudex* oder *arbiter*, die in beiden Fällen auch in einem Privathaus stattfinden konnte, sondern auf dem Verfahren *in iure* vor dem Magistrat. Hier begründeten die Parteien den Streit in der Öffentlichkeit, was im Schiedsverfahren fortfiel. Wenn die Parteien demnach ein Schiedsverfahren an Stelle eines Gerichtsverfahrens vereinbarten, vermieden sie schon, dass die Tatsache des Rechtsstreits als solche öffentlich bekannt wurde. Die soziale Missbilligung, welche mit einer öffentlichen Klageerhebung verbunden war, konnte so vermieden werden.

Einen Anhaltspunkt dafür, dass in der Vermeidung der Öffentlichkeit ein Motiv für die Vereinbarung von Schiedsverfahren gesehen werden kann, liefert auch die Parallele zur griechischen Rechtspraxis. Aus Athen ist ebenfalls bekannt, dass gerichtliche Auseinandersetzungen aus sozialer Rücksichtnahme vermieden wurden und stattdessen auf das nichtöffentliche Schiedsverfahren ausgewichen wurde.[1006]

Ähnliche Motive dürfen wir auch im Kontext der mittelalterlichen Rechtskultur annehmen. Wie Martone hervorhebt, wurden Schiedsverfahren im 13. Jahrhundert gerade aus dem Motiv heraus vereinbart, die Öffentlichkeit zu vermeiden, weil die Parteien entweder nicht wünschten, dass der Konflikt zwischen ihnen öffentlich bekannt wird, oder sogar nicht zusammen vor Gericht gesehen werden durften.[1007] Das Schiedsverfahren war dagegen vertraulich und brachte zudem auch gegenüber dem jeweiligen Beklagten keine ähnliche Missbilligung zum Ausdruck, da es als ein Verfahren betrachtet wurde, welches eher dem Ausgleich als dem Streit diente. Dies geht aus einer beiläufigen Bemerkung in folgendem *ordo iudiciarius* hervor:

1006 Dazu Velissaropoulos-Karakostas, Revue de l'arbitrage 2000, 21; s. a. Roebuck, Greek Arbitration, S. 348 f.

1007 Martone, Arbiter, S. 15 f.: »tra parti che non volevano o non potevano essere viste in conflitto«.

> Parvus ordinarius, de arbitris (Wahrmund, S. 221)
> In primis notandum, quod compromittere est in pronuntiationem alicuius vel aliquorum super aliqua quaestione proposita pro bono pacis assensu mutuo consentire.

Der unbekannte Autor des Parvus ordinarius definiert hier den Schiedsvertrag sogar darüber, dass die Parteien ihn zum Zweck einer friedlichen Streitbeilegung abschließen (*pro bono pacis*). Damit wird nicht die streitentscheidende Zielsetzung des Schiedsverfahrens als solche in Zweifel gezogen, die aus den übrigen Teilen des *ordo* deutlich hervorgeht,[1008] sondern seine im Verhältnis zum Gerichtsverfahren stärker konsensual geprägte Natur betont (*assensu mutuo*). Der Beklagte wird hier nämlich nicht gegen seinen Willen in das Verfahren gezwungen, sondern wirkt bei der Bestellung der Gerichtsperson gleichberechtigt mit. Es ist anzunehmen, dass die starken gesellschaftlichen Vorbehalte gegenüber der Inanspruchnahme einer Person im Gerichtsverfahren daher im Schiedsverfahren deutlich weniger ausgeprägt waren. Wer sich mit seinem Gegner auf ein Schiedsverfahren einigte, überwarf sich nicht mit diesem, sondern schaffte nur eine einzelne Streitigkeit auf elegante Art und Weise in einer gemeinschaftlichen Anstrengung aus dem Wege.

Eine Grenze findet die durch das Schiedsverfahren gewährleistete Vertraulichkeit jedoch bei der Vollstreckung. Sobald es erforderlich wurde, aus einem Schiedsspruch zu vollstrecken, weil der Beklagte diesen nicht freiwillig erfüllte, musste der obsiegende Kläger nach römischem Recht aus der Stipulation klagen, nach justinianischem und mittelalterlichem Recht konnte er auch aus dem Schiedsspruch selbst vorgehen.[1009] Dies geschah im öffentlichen Verfahren, sodass nun zumindest nachträglich der Öffentlichkeit bekannt wurde, dass ein Schiedsverfahren zwischen den Parteien stattgefunden hatte und welchen Ausgang dieses genommen hatte.

Im Ergebnis stellte der Ausschluss der Öffentlichkeit damit in allen untersuchten Epochen ein Motiv für die Vereinbarung von Schiedsverfahren dar. Dieses Motiv hatte ein noch höheres Gewicht als in der modernen Rechtspraxis, da die Durchführung eines Gerichtsverfahrens in der Antike und im Mittelalter eine stärkere soziale Missbilligung zum Ausdruck brachte. Eine vollständige Vertraulichkeit konnten die Parteien jedoch – ebenso wie heute – auch durch ein Schiedsverfahren nicht herstellen, da sie jedenfalls für die Vollstreckung des Schiedsspruchs auf die Tätigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit angewiesen waren.

---

1008 Dazu S. 68 ff.

1009 Zur Vollstreckung vgl. ausf. S. 169 ff.

## D. Auswahl der Schiedsrichter

Als einer der besonderen Vorzüge des Schiedsverfahrens wird heute auch die Möglichkeit genannt, den Richter frei auszuwählen. Damit lassen sich Personen, die das besondere Vertrauen der Parteien genießen, zu Entscheidungsträgern berufen, was die Akzeptanz der Entscheidungen erhöht. Außerdem können in Verfahren, die besondere Sachkunde auf bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Gebieten erfordern, entsprechende Fachleute als Schiedsrichter berufen werden, was Aufwand und Kosten für externe Sachverständige einspart.[1010]

Diese Gründe konnten naturgemäß im römischen Verfahrenrecht nur von beschränkter Bedeutung sein, da die Auswahl des Richters hier auch im gerichtlichen Verfahren möglich und üblich war. Größeren Beschränkungen unterlag die freie Wahl des Richters wohl nur in der römischen Frühzeit vor dem 3. Jahrhundert v. Chr., als nur Senatoren zu Richtern bestellt werden konnten.[1011] Es ist gut möglich, dass diese Einschränkung zu größeren Verfahrensverzögerungen führte, als Rom wuchs und die steigende Anzahl der Verfahren von 300 Personen nicht mehr bewältigt werden konnte, sodass sich manche Streitparteien in dieser Zeit veranlasst sahen, auf Schiedsverfahren auszuweichen.[1012]

Für die späteren Jahrhunderte sind jedoch keine Einschränkungen in der Wahl der Richter mehr bekannt, sodass ein Ausweichen auf Schiedsgerichte ab dem 3. Jahrhundert v. Chr. nicht mehr durch einen Mangel an Auswahlmöglichkeiten im Bereich der ordentlichen Justiz bedingt gewesen sein kann.[1013]

Ziegler nimmt an, dass in der späten Republik die Korruption von Richtern einen Grund für das Ausweichen auf die Schiedsgerichtsbarkeit dargestellt habe.[1014] Allerdings gibt es Quellenzeugnisse für korrupte Richter nicht nur vom Ende der Republik, sondern genauso aus dem Prinzipat und der Spätantike.[1015] Aus dem zahlenmäßigen Übergewicht der Hinweise in den Schriften Ciceros

---

1010 Vgl. dazu die Nachweise Anm. 931.

1011 Behrends, Geschworenenverfassung, S. 121 f. – Kaser, RZPR, S. 35, nahm an, dass diese Beschränkung allgemein für das Legisaktionenverfahren galt, doch ist dies nach neueren Erkenntnissen unwahrscheinlich, vgl. Simshäuser, SZ 109 (1992) 182 f.; Kaser/Hackl, RZPR, S. 49; anders auch schon Broggini, Iudex arbiterve, S. 18.

1012 So Behrends, Gnomon 48 (1976) 680 f.

1013 A. Valiño, in: Homenaje Puente II, S. 53; vermutet daher einen geringen Gebrauch von Schiedsverfahren; s.a. Lukits, Schiedsspruch, S. 73 f.

1014 Ziegler, Schiedsgericht, S. 25.

1015 Kelly, Roman Litigation, S. 31–68, auf den sich auch Ziegler beruft, gibt eine erschöpfende Zusammenstellung, s. zusammenfassend auf S. 61.

lässt sich insofern kein Umkehrschluss für die spätere Zeit ziehen, aus der uns ein gleichermaßen umfassendes Quellenkorpus gar nicht zur Verfügung steht.

Im Übrigen spricht auch nichts dafür, dass Korruption unter Schiedsrichtern weniger verbreitet gewesen wäre als unter den magistratisch bestellten Richtern. Beide rekrutierten sich aus derselben sozialen Gruppe und häufig wird dieselbe Person in einem Verfahren als *iudex privatus*, in einem anderen als *arbiter ex compromisso* tätig gewesen sein. Für die Zeit des klassischen römischen Rechts sprechen daher keine überzeugenden Gründe für die Annahme, es habe infolge erhöhter Bestechlichkeit der staatlich bestellten Richter ein verstärktes Ausweichen auf die Schiedsgerichtsbarkeit stattgefunden.

Die Freiheit in der Wahl der Richter im ordentlichen Gerichtsverfahren endete in der Spätantike, als der Formularprozess zunächst außer Übung gekommen und schließlich abgeschafft worden war. Das Kognitionsverfahren kannte keine freie Wahl von Richtern mehr; vielmehr mussten die Parteien hier in der Regel den kaiserlichen Funktionsträger hinnehmen, der ihnen zugewiesen worden war. Dieser Umstand dürfte sehr wahrscheinlich zu einem verstärkten Ausweichen auf das Schiedsverfahren in dieser Zeit geführt haben.[1016] Aus Sicht der römischen Prozesskultur, die seit Jahrhunderten auf dem Prinzip der Wahl des Richters durch die Parteien beruhte, dürfte die autoritäre Rolle des Kaisers bzw. des Stadtpräfekten, der die Person des Richters ohne Zutun der Parteien aus dem Kreis seiner Beamtenschaft bestimmte, auf Ablehnung gestoßen sein. Hinzu kam ein allgemeiner Niedergang der Rechtspflege in der Spätantike, der mit unflexiblen, langatmigen Gerichtsverfahren und inkompetenten Richtern einherging.[1017]

Insbesondere die Kompetenz von Richtern und Schiedsrichtern wird in der Spätantike vermehrt problematisiert, allerdings in beide Richtungen. Justinian kritisiert Schiedsrichter auf fast polemische Art und Weise, wenn er mitteilt, dass ihm zahlreiche Beschwerden zugegangen seien, wonach Parteien Schiedsrichter gewählt hätten, die weder das Recht kannten noch praktische Erfahrungen bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten hatten.[1018] Die Beurteilung der Kompetenz von Schiedsrichtern war jedenfalls immer ein wichtiger Faktor bei der Entscheidung der Prozessparteien für oder gegen ein Schiedsverfahren. Dieser Umstand tritt noch vermehrt zutage, wenn Personen mit besonderer Sachkunde

1016 So auch Bornhak, ZZP 30 (1902) 3 f.; Wenger, s.v. Receptum arbitri, in: RE 1A, Sp. 369; Ziegler, Schiedsgericht, S. 200.

1017 Vgl. S. 310 f. sowie Marrone, Riv. arb. 6 (1996) 15 f.; Ziegler, Schiedsgericht, S. 199; Vincenti, Ante sententiam, S. 33 f.

1018 Nov. 82.11 pr., s. S. 186 ff.

zu Schiedsrichtern gewählt werden, was sich etwa in der mittelalterlichen Vertragspraxis feststellen lässt.[1019] Hier bestanden vergleichbare Bedürfnisse, die beschränkten Wahlmöglichkeiten von Richtern im staatlichen oder kirchlichen Verfahren dadurch zu umgehen, dass Schiedsverfahren vereinbart wurden.[1020]

Zusammenfassend stellt sich damit die Möglichkeit, im Schiedsverfahren den Entscheidungsträger frei zu wählen, vor allem seit der Spätantike als ein wichtiges Motiv für die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens anstelle der Durchführung eines staatlichen Prozesses dar. Während der Zeit des klassischen römischen Rechts hatte dieses Motiv dagegen wohl eher geringere Bedeutung.

## E. Vermeidung der Infamitätsfolgen

Eine besondere Begründung für die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens folgte im römischen Recht, aber auch im römisch-kanonischen Recht des Mittelalters, aus dem Umstand, dass die Verurteilung aus bestimmten Klagen den Beklagten infam machte, er also unfähig wurde, als Zeuge aufzutreten sowie als Bürge und als Prozessvertreter zu fungieren. Dadurch wurde er von wesentlichen Bereichen des Privatrechtsverkehrs ausgeschlossen und seine soziale Stellung entsprechend beschädigt.[1021] Diese weitreichenden Rechtsfolgen ließen sich vermeiden, wenn man den Rechtsstreit vor einem Schiedsrichter austrug. Dieser konnte den Beklagten genauso wie der Richter auf den gegebenenfalls geschuldeten Geldbetrag verurteilen, doch fehlte dem Ausspruch des Schiedsrichters im Unterschied zum richterlichen Urteil die Rechtsfolge der Infamität.[1022]

In Betracht kam ein entsprechendes Ausweichen auf das Schiedsverfahren daher vor allem in den Fällen der infamierenden Vertragsklagen,[1023] der *actio pro socio*, der *actio tutelae*, der *actio mandati*, der *actio depositi* und der *actio fiduciae*.[1024]

---

1019 Vgl. beispielhaft Büscher, Künstlerverträge, S. 109, 188 f., zur Einigung auf Kunstsachverständige als Schiedsrichter; zum Phänomen vgl. auch Marani, Arbitrato, S. 28.

1020 Vgl. Powell, Trans. R. Hist. Soc. 33 (1983) 55 f., zur Entwicklung in England.

1021 Dazu aus jüngerer Zeit Wolf, in: Homo, caput, persona, S. 491 ff. = SZ 126 (2009) 56 ff.; einschränkend aber etwa D. Nörr, in: Mandatum und Verwandtes, S. 15 f., 18.

1022 Ulp. 6 ed. D. 3.2.13.5, dazu vgl. S. 246 ff.

1023 Die infamierenden Strafklagen waren dem Schiedsverfahren von vornherein nicht zugänglich, vgl. S. 241 ff.

1024 Vgl. insoweit nach Iul. 1 ed. D. 3.2.1: *Praetoris verba dicunt: … qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit*; G. 4.182: *item … fiduciae*; die Rekonstruktion des Edikts ist im Übrigen sehr umstritten, was hier nicht vertieft werden kann, vgl. Lenel, EP, S. 77–80; Kaser, SZ 73 (1956) 235 ff.; Wolf, in: Homo, caput, persona, S. 501–504 = SZ 126 (2009) 66–69.

In allen Fällen, in denen ein Gesellschafter, ein Vormund, ein Beauftragter, ein Verwahrer oder ein Treuhänder verklagt werden sollte,[1025] kam es sehr darauf an, ob dies in einem ordentlichen Verfahren vor dem Prätor oder in einem privaten Schiedsverfahren geschah. Wollte der jeweilige Kläger sich gegenüber seinem Vertragspartner bzw. Vormund kooperativ verhalten, wird er ein Schiedsverfahren vorgeschlagen haben, um diesem für den Fall der Verurteilung die Infamie zu ersparen. Der Beklage wird sich darauf in praktisch allen Fällen eingelassen haben, da dieses Verfahren weniger risikoreich für ihn war. Nur wenn das Verhältnis zwischen den Parteien schon zerrüttet war und es dem Kläger nicht nur auf die Geldentschädigung, sondern auch auf den Strafcharakter ankam, wird er seinen Gegner vor dem Prätor zur Rechenschaft gezogen haben. Dass dies nicht nur eine theoretische Überlegung ist, zeigt:

> D. 4.8.3 pr. (Ulp. 13 ed.)
> Labeo ait, si compromisso facto sententia dicta est, quo quis a minore viginti quinque annis tutelae absolveretur…

Die Quelle zeigt, dass Schiedsverfahren für Klagen zwischen Tutor und Mündel nach Beendigung der Vormundschaft tatsächlich genutzt wurden.[1026] Für den Tutor war eine Verurteilung durch den *iudex* riskanter, da er dem Mündel dann nicht nur auf Schadensersatz wegen schlechter Führung der Geschäfte gehaftet hätte, sondern auch als *infamis* gebrandmarkt worden wäre. Daher wird der Tutor es in der Regel vorgezogen haben, einen *arbiter* über eine solche Klage entscheiden zu lassen.

In gleicher Weise werden Mitgesellschafter einer *societas*, die untereinander Ansprüche geltend machten, sich häufig für ein Schiedsverfahren entschieden haben, um ihren jeweiligen Sozius nicht im Falle einer Verurteilung zu einer infamen Person zu machen, mit der künftige Geschäfte dann – aus rechtlichen wie persönlichen[1027] Gründen – kaum mehr möglich wären. Mit Wieacker ist zu vermuten, dass Gesellschafterstreitigkeiten aus diesen Gründen zu den häufigsten Fällen gehörten, bei denen die Parteien sich an Stelle eines Gerichtsverfahrens auf ein Schiedsverfahren einigten.[1028]

---

1025 Nach Iul. 1 ed. D. 3.2.1 zog nur die direkte Klage jeweils Infamität nach sich (*non contrario iudicio*), im Einzelnen aber sehr fraglich, vgl. neben den soeben Genannten auch Kaser, RPR I, S. 510, 579 m. w. N.

1026 Zu den weiteren Aspekten dieser Quelle vgl. bereits ausf. S. 244 ff.

1027 Dazu Kelly, Civil Judicature, S. 95 f.

1028 Wieacker, Cicero als Advokat, S. 10 f.

Die Vermeidung der Infamitätsfolgen dürfte auch im Mittelalter eines der Motive für die Vereinbarung von Schiedsverfahren gewesen sein. Genauso wie in der Antike war hier anerkannt, dass die Verurteilung aus bestimmten Klagen Infamität nach sich zog, wobei der Kreis der entsprechenden Tatbestände teilweise noch weiter gezogen wurde als im antiken römischen Recht.[1029] Dem Schiedsspruch kam eine derartige Wirkung nach allgemeiner Ansicht dagegen nicht zu.[1030]

Auch wenn ausdrückliche Quellenzeugnisse, welche derartige Motive für die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens belegen, für diese Zeit nicht ersichtlich sind, so ist doch bezeichnend, dass die bedeutendste und am weitesten verbreitete Formularsammlung des Mittelalters, die Summa artis notariae des Rolandinus, in ihrem Vertragsmuster für das *compromissum* eine Streitigkeit unter Gesellschaftern als Beispiel nennt:

> Rolandinus Passagerii, Summa artis notariae, Pars I, Cap. 6, De compromissis (S. 401)
> … Petebat namque dictus Ant. a dicto Cor. centum lib. Bon. quas dicebat ipsum Cor. sibi debere occasione societatis, seu ratione societatis hactenus inter eos habitae ad pannos emendos et vendendos. Quod quidam dictus Corradus negabat…

Antonius fordert hier von Corradus einen Betrag von 100 Pfund als Auseinandersetzungsguthaben aus einer zwischen den Parteien bestehenden Gesellschaft *ad pannos emendos et vendendos*, also eines Tuchhandelsunternehmens.[1031] Die Wahl dieses Beispiels durch Rolandinus zeigt, dass Gesellschafterstreitigkeiten für Schiedsverfahren typisch waren. Dafür dürfte die Infamitätsfolge des richterlichen Urteils zumindest mitursächlich gewesen sein.

Das Schiedsverfahren hatte damit den Zweck, sowohl die sozialen Verwerfungen, welche sich in Folge eines Gerichtsverfahrens ergaben, als auch die rechtlichen Sanktionen der Infamität, welche eine etwaige Verurteilung hier mit sich brachte, zu vermeiden. Diese Begründung trifft sowohl auf die römische Antike wie auf die mittelalterliche Rechtsentwicklung zu.

---

1029 Die ausführlichste Darstellung findet sich bei Durantis, Repertorium aureum, lib. 5, rub. *Casus utriusque iuris in quibus infamia contrahitur* (fol. 164v–167r); zu den Vertragsklagen heißt es dort (wie bei Julian): *Actio quoque pro socio tutelae mandati depositi si suo nomine non alieno egerit quis et directe non autem contrario iudicio agit in hiis et hoc secuta sententia et non aliter hoc probatur* (fol. 166v); s.a. Becker, Art. Infamie, in: HRG II², Sp. 1213.

1030 Vgl. schon Bulgarus, Summa de judiciis, § Judex: *Huius [i.e. arbitri] decretum non infamat, illius [i.e. iudicis] infamiam interdum irrogat* (Wahrmund IV.1, S. 2); Litewski, Zivilprozeß II, S. 588, s. a. S. 206 f., 388.

1031 Zum Text s. auch S. 99 ff.

Im heutigen Recht ist diese Begründung freilich überholt, da hier die strenge Trennung von Straf- und Zivilrecht dazu geführt hat, dass die entsprechenden Sanktionen voneinander getrennt werden. Eine Verurteilung durch den Zivilrichter kann nun zu keinen weiterreichenden Rechtsfolgen mehr führen als eine Verurteilung durch den Schiedsrichter. Für den auch heute noch möglichen Verlust von bürgerlichen Ehrenrechten ist dagegen seit Einführung des Strafgesetzbuches[1032] ausschließlich der Strafrichter zuständig.[1033] Zu Recht hat Wieacker daher darauf hingewiesen, dass die Erhebung einer Klage *pro socio* in der Antike eine ähnliche Bedeutung hatte wie heute eine Strafanzeige wegen Untreue.[1034]

## F. Fazit: Ein fruchtbares Konkurrenzverhältnis

Die verstreuten Zeugnisse, die uns zu den Gründen für die Vereinbarung von Schiedsverfahren aus der Antike und dem Mittelalter überliefert worden sind, ermöglichen zwar keine vollständige qualitative oder gar quantitative Analyse. Jedoch zeigen sich in der Summe gleichwohl einige Kriterien, die für die Wahl von Schiedsverfahren zumindest mitursächlich waren, was das Gesamtbild von der Rolle des Schiedsverfahrens im Vergleich zum staatlich organisierten Zivilverfahren vervollständigt.

Während der Frühzeit der römischen Republik dürften Schiedsverfahren insbesondere für Prozesse mit Ausländern, die vom Legisaktionenverfahren ausgeschlossen waren, genutzt worden sein. In der späten Republik und in der Prinzipatszeit waren diese Beschränkungen weggefallen; hier bestand ein rechtliches Bedürfnis für die Vereinbarung von Schiedsverfahren nur in wenigen Fällen, etwa bei den Klagen, die eine strenge Bindung des Richters an die Prozessformel vorsahen. Im Übrigen existierten in dieser Zeit keine durchschlagenden Gründe für die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens, auch wegen der strukturellen Ähnlichkeiten des Schiedsverfahrens mit dem Formularverfahren. Gleichwohl hat sich das Schiedsverfahren in der Praxis gehalten, was schon anhand der zahl-

1032 Nach der ursprünglichen Fassung von 1871 bewirkte die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auch noch die Unfähigkeit, »Zeuge bei Aufnahmen von Urkunden zu sein, Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienraths zu sein« (§ 34 Nr. 5, 6; RGBl. 1871, S. 133).

1033 Zu dieser Übernahme der Infamität ins Strafrecht vgl. schon Windscheid/Kipp, Pandektenrecht I, S. 248 f.

1034 Wieacker, Cicero als Advokat, S. 11: »tödliche[r] Angriff auf die gesellschaftliche Existenz des Gegners (etwa wie heute eine Strafanzeige wegen Untreue)«.

reichen einschlägigen Schriften der Juristen der klassischen Zeit ersichtlich ist. Daran zeigt sich, dass bei der Entscheidung der Parteien für oder gegen ein bestimmtes Konfliktlösungsverfahren immer auch Traditionen eine wichtige Rolle spielen.

Vermehrt dürften Schiedsverfahren in der Spätantike zur Vermeidung der kaiserlichen Justiz vereinbart worden sein, die den Parteien nicht mehr die freie Wahl des Richters ermöglichte und insgesamt einen unflexibleren Charakter annahm. Das Schiedsverfahren konnte nun auch seinen Vorzug der Schnelligkeit ausspielen, da hier im Gegensatz zum staatlichen Verfahren keine zweite Instanz vorhanden war, die vom unterlegenen Teil angerufen werden konnte. Dieser Aspekt tritt besonders deutlich auch im mittelalterlichen Prozess zu Tage.

Es zeigt sich damit, dass der Anreiz zur Vereinbarung eines Schiedsverfahrens stark von der rechtlichen Verfassung und der tatsächlichen Effektivität der Zivilrechtspflege abhängt. Genauso wie im Mittelalter kirchliche und weltliche Gerichte in einem Konkurrenzverhältnis zueinander standen, traf dies auch auf staatliche Gerichte und private Schiedsgerichte zu. Die Frage Oestmanns, inwieweit es sich bei der Etablierung privater Schiedsgerichte als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit »historisch um eine neuartige Bewegung handelt«,[1035] ist damit für jede Epoche erneut zu stellen. Die unterschiedliche Attraktivität der jeweiligen Gerichtsbarkeiten und der Schiedsgerichtsbarkeit aus Sicht der Parteien wurde jedenfalls nicht erst in der gegenwärtigen rechtspolitischen Diskussion als ein wichtiger Standortfaktor wahrgenommen.

Das Konkurrenzverhältnis von staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten kommt in ähnlicher Weise in der jeweiligen Sachkompetenz der Entscheidungsträger zum Ausdruck. Solange die Parteien die Erwartung hatten, im staatlich organisierten Prozess einen fähigen Richter zu finden, der das Verfahren zügig durchführt, sahen sie sich nicht unbedingt veranlasst, ein Schiedsgericht zu bemühen. Sobald jedoch der Standard der Rechtspflege sank oder sobald spezielle Sachkunde auf bestimmten Gebieten erforderlich wurde, stieg die Attraktivität eines gezielt für den konkreten Rechtsstreit ausgewählten Schiedsrichters.

Eines der untersuchten Kriterien für die Vereinbarung von Schiedsgerichten hat sich im heutigen Recht allerdings überlebt: die Vermeidung von Infamität. Nachdem die Funktion der Infamität Ende des 19. Jahrhunderts vom Strafrecht übernommen wurde, können richterliche Zivilurteile heute nicht mehr zu entsprechenden Rechtsverlusten führen. Während der gesamten Geschichte des römischen Rechts war die Vermeidung der Infamitätsfolgen jedoch ein mitbe-

1035 Oestmann, Gerichtsbarkeit und Verfahren, S. 287.

stimmendes Motiv für die Vereinbarung von Schiedsverfahren. Jeder Kläger, der darauf bedacht war, sein zukünftiges Verhältnis zum Beklagten nicht vollständig zu zerrütten, wird bei Klagen gegen Gesellschafter, Vormünder, Beauftragte, Verwahrer und Treuhänder ein Schiedsverfahren in Betracht gezogen haben.

Eindeutige Aussagen für oder gegen die Schiedsgerichtsbarkeit lassen sich in den untersuchten Epochen nicht finden. Es lässt sich kein allgemein schlechteres Ansehen der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit feststellen, welches etwa im Zweifelsfall zu einer Bevorzugung des staatlichen Richters geführt hätte. Vielmehr scheint in der Geschichte des Verfahrensrechts stets ein fruchtbares Konkurrenzverhältnis von staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten bestanden zu haben, das die Parteien jeweils dazu motiviert hat, das im Einzelfall für ihren Rechtsstreit passendste Forum auszuwählen.