

# Pflicht zur diskriminierungsfreien Schiedsrichterauswahl? – Eine Skizze

Thomas Pfeiffer

## I. Einleitung

Als privater Streitbeilegungsmechanismus dient die Schiedsgerichtsbarkeit in besonderem Maße der Verwirklichung der Privat- und Parteiautonomie. Das drückt sich u.a. in der weithin anerkannten Autonomie der Parteien bei der Ausgestaltung des Verfahrens aus; gerade die Freiheit der Parteien bei der Auswahl der Schiedsrichter gilt als einer der Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit und wird teilweise auch als prozessuales Grundrecht bezeichnet.<sup>1</sup> Demgegenüber gilt das Anti-Diskriminierungsrecht nachgerade als „Antimaterie“ der Privatautonomie. Insofern war es in hohem Maße bemerkenswert, dass der Court of Appeal for England and Wales jüngst eine Vertragsklausel, die eine bestimmte Religionszugehörigkeit der Schiedsrichter verlangte, in einer allerdings anscheinend noch nicht rechtskräftigen Entscheidung für unwirksam erklärte.<sup>2</sup> Zwar wendet die Entscheidung englische Vorschriften an, doch beruhen diese auf europäischem Anti-Diskriminierungsrecht.

Dem Jubilar stehen die damit aufgeworfenen Fragen nicht nur deshalb nahe, weil sie dessen schiedsverfahrensrechtliches Arbeitsgebiet berühren. Vielmehr zitiert der Court of Appeal auch das bekannte, allerdings fragwürdige *von Hoffmann*-Urteil des EuGH<sup>3</sup> als Beleg dafür, dass Schiedsrichter in europäischer Perspektive eine Dienstleistung erbringen, so dass der Autor hofft, mit den nachfolgenden Ausführungen auch Fragen zu klären, die ein Interesse des *Jubilars* berühren.

## II. Ausgangslage

### 1. Normativ

Der normativen Ausgangslage nach in Deutschland sind zunächst §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 6 Abs. 3 AGG maßgebend, wonach der sachliche Anwendungsbereich des Anti-Diskriminierungsrechts „die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu selbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für den beruflichen Aufstieg“ umfasst. Das stimmt mit Art. 3 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2000/43 vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, mit Art. 3 Abs. 1 lit. a Richt-

1 Statt vieler zum Ganzen Kreindler/Schäfer/Wolf, Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Rz. 8; Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, S. 42.

2 *Jivrai v. Hashwani*, [2010] EWCA Civ 712, 22.6.2010.

3 EuGH, Urt. v. 16. September 1997, Rs. C-145/96, Slg. 1997, I-4857 – Bernd von Hoffmann ./Finanzamt Trier.

linie 2000/78 vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf sowie mit Art. 3 Abs. 1 lit. a Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2002/73 vom 23. September 2002 inhaltlich überein (zu diesen vor allem unten III.). Grundrechtliche Flankierung erfahren diese Maßgaben auch durch Art. 21 Abs. 1 EU-GRC. Zudem enthalten Art. 18 AEUV sowie Art. 21 Abs. 2 EU-GRC im Anwendungsbereich der Europäischen Verträge ein Verbot der Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit, das allerdings gesonderter Betrachtung bedarf (unten IV.).

Die geringsten Schwierigkeiten bereitet im vorliegenden Zusammenhang die Einordnung der Schiedsrichtertätigkeit als selbständige Tätigkeit. Die Richtlinien des europäischen Anti-Diskriminierungsrechts sind auf umfassende Geltung in allen Bereichen beruflicher Tätigkeit angelegt. Schiedsrichter zu sein, ist zwar in aller Regel kein Hauptberuf.<sup>4</sup> Als selbständige Tätigkeit im vorgenannten Sinne gelten aber alle freiberuflichen, unternehmerischen Dienste, auch wenn sie jeweils auf eine nur einmalige Erbringung angelegt sind<sup>5</sup>. An der prinzipiellen Geltung des Anti-Diskriminierungsrechts für die Schiedsrichtertätigkeit führt deshalb wohl kein Weg vorbei.

## 2. Praktisch

### a) Auswahlkriterien

Auf mögliche Spannungen zwischen dem Anti-Diskriminierungsrecht einerseits und traditionellen Vorstellungen der Schiedsgerichtsbarkeit andererseits deutet es hin, wenn es mitunter als scherzhaft oder karikierend formuliertes (Leit-)Bild der Schiedsrichterbestellung gilt, dass potentielle Schiedsrichter über das Qualifikationsmerkmal verfügen müssen, ein älterer, grauhaariger Mann zu sein. Zwar liegt es auf der Hand, dass typische zentrale Anforderungen an Schiedsrichter (etwa: schiedsrichterliche Erfahrung, fachliche und materiell-rechtliche Kenntnisse in der Streitmaterie, zeitliche Verfügbarkeit, Sprachkenntnisse, Verhandlungsgeschick und Persönlichkeit)<sup>6</sup> jedenfalls nicht unmittelbar diskriminieren und sich spätestens auf der Ebene der Rechtfertigung als unproblematisch erweisen sollten. Nimmt man jedoch das (oft allerdings gar nicht zutreffende) Bild von den grauhaarigen älteren Herren gedanklich für einen Moment ernst, könnte man an Fragen der Alters- oder Geschlechterdiskriminierung<sup>7</sup> denken. In *Jivrai v. Hashwani* ging es um eine Diskrimi-

4 Treffend Weigand, Der nebenberufliche Schiedsrichter, in Bachmann/Breidenbach/Coester-Waltjen/Hess/Nelle/Wolf (Hrsg.), Grenzüberschreitungen – Festschrift für Peter Schlosser, 2005, S. 1081 f.: „Zumindest den Beruf des Schiedsrichters als regelmäßige Erwerbsquelle kann man so nicht erlernen, und jeder Praktiker würde schmunzeln, wenn ein Student auf die Frage nach seinem Berufswunsch stolz mit ‚ich will Schiedsrichter werden‘ antworten würde.“

5 Däubler/Bertzbach/-Däubler, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar, 2. Aufl. 2008, § 2 AGG, Rz. 5; Meinel/Heyn/Herms, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 6 AGG, Rz. 24.

6 Etwa Weigand, FS Schlosser (Fußn. 4) S. 1092 ff.

7 S. dazu Gal-Or, The Under-Representation of Women and Women's Perspectives in International Dispute Resolution Processes, TDM 2008, Ausgabe 4, unter [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com). Soweit eine solche besteht oder bestanden haben sollte, dürfte sie jedenfalls auf dem Rückzug sein, instruktive Beschreibung bei Philippe, Les femmes dans le monde de l'arbitrage, Les Cahiers de Droit et de Procédure, 2008, 23.

nierung aufgrund der Religionszugehörigkeit, weil nach der in Rede stehenden Schiedsklausel die Schiedsrichter „respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community“ sein mussten. Eine beachtliche Rolle spielt schließlich die Auswahl der Schiedsrichter nach ihrer Nationalität.

### b) Fallgestaltungen

In arbeitsrechtlichen Diskriminierungsfällen entstehen praktische Streitfälle daraus, dass nicht berücksichtigte Bewerber Klage erheben. Hingegen wird die Besetzung von Schiedsrichterpositionen nicht öffentlich ausgeschrieben. Überlegungen zur Auswahl dieses oder jenes Schiedsrichters bleiben in der Regel intern. Lediglich wenn bei mehreren potentiellen Kandidaten zur Erstellung einer Shortlist die grundsätzliche Verfügbarkeit abgefragt wird, kommt es vor, dass ein nicht berücksichtigter Kandidat weiß, dass seine Benennung zunächst erwogen wurde, dann aber nicht erfolgt ist. Eine hierauf gestützte Anti-Diskriminierungsklage ist allerdings schwerlich vorstellbar. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist in besonderem Maße der Parteiautonomie verpflichtet. Ein effektiver Schiedsrichter kann nur sein, wer sich dies zu eigen macht. Anti-Diskriminierungsklagen enttäuschter Beinahe-Schiedsrichter stünden damit in einem strukturellen Widerspruch und führten deshalb im Ergebnis wohl zur Selbstdisqualifikation für künftige Fälle, so dass sie kaum vorstellbar sind. Eher kommen indirekte Streitigkeiten in Betracht, etwa wenn es, wie in *Jivrai v. Hashwani*, um die Auslegung und Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen geht; auch Streitigkeiten um die Aufnahme in eine Schiedsrichterliste erscheinen nicht a priori ausgeschlossen.

Nicht eröffnet dürfte dagegen der durch den EuGH im *Eco Swiss-Fall*<sup>8</sup> beschrittene Weg sein: Dort hatte der EuGH entschieden, dass die Mitgliedstaaten ihr Recht bezüglich der Anerkennung von Schiedssprüchen so ausgestalten müssen, dass unter Missachtung des EU-Kartellrechts zustande gekommene Schiedssprüche als unvereinbar mit dem *Ordre-public-Vorbehalt* angesehen werden. Zwar spricht manches dafür, dass auch das Anti-Diskriminierungsrecht einen Bestandteil eines europäischen *Ordre public* bildet. Doch beruht die *Eco Swiss*-Entscheidung darauf, dass im Falle eines kartellrechtswidrigen Schiedsspruchs typischerweise der Schiedsspruch selbst eine kartellrechtswidrige Verpflichtung zum Inhalt hat und insofern selbst gegen das maßgebende Kartellrecht verstößt. Demgegenüber enthält der Schiedsspruch selbst im unterstellten Falle eines Verstoßes gegen Anti-Diskriminierungsrecht bei der Bildung des Schiedsgerichts keinen Verstoß gegen EU-Recht. Sein Inhalt verstößt nicht unmittelbar gegen den *Ordre public*. Eine – hypothetisch – diskriminierende Schiedsrichterbestellung wäre allenfalls im Rahmen eines (abgeschwächten) *Ordre public attenué* zu berücksichtigen, so dass das EU-Recht sinnvollerweise keine *Ordre-public-Widrigkeit* des von einem solchen Schiedsgericht erlassenen Schiedsspruchs verlangen kann.

### III. Geltung für den Zugang zur selbständigen Beschäftigung

Trotz einer prinzipiellen Geltung des Anti-Diskriminierungsrechts für alle Arten selbständiger beruflicher Betätigung ist allerdings zu beachten, dass es sich nur auf die

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 1.6.1999, Rs. C-126/97, Slg. 1999, I-3055 – *Eco Swiss China Time Ltd. ./ Benetton International NV*.

Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Beschäftigung einschließlich etwaiger Auswahlkriterien erstreckt (in fremdsprachlichen RL-Texten: z.B. *conditions d'accès* [franz.] oder *conditions for access* [engl.]). Mit Blick auf dieses Merkmal stellt sich die Frage, welche Aspekte der Schiedsrichterbestellung als „Zugang“ gelten, zumal dieses Merkmal auch von der zeitlich und logisch nachgeordneten Ausübung zu unterscheiden ist.

Diese Frage lässt sich aber nicht ohne weiteres einheitlich für alle Aspekte der Schiedsrichterauswahl beantworten. Vielmehr lassen sich unterschiedliche Teilaspekte unterscheiden, die jedenfalls gesondert zu betrachten sind. Zu unterscheiden sind namentlich die von den Parteien vorgenommene einzelne Schiedsrichterauswahl, etwaige in der Schiedsvereinbarung niedergelegte Anforderungen an die Schiedsrichter sowie die von einer Schiedsinstitution bestimmten Voraussetzungen für die Aufnahme auf eine, soweit vorgesehen, geschlossene Schiedsrichterliste oder für die Übernahme eines Schiedsrichteramts.

### 1. Kollisionsrechtliche Vorbemerkung

Mit den vorgenannten Problemkreisen sind unterschiedliche Aspekte des Schiedsverfahrens angesprochen. Die Schiedsrichterbestellung ist Teil des Schiedsverfahrens und unterliegt der *lex arbitri*. Demgegenüber sind die Anforderungen an die Schiedsvereinbarung dem hiervon zu unterscheidenden Schiedsvereinbarungsstatut zu entnehmen. Soweit es um die Schiedsrichterliste einer Schiedsorganisation geht, kann es sich um einen nur tatsächlichen Vorgang oder einen – je nach Ausgestaltung – unterschiedlich zu qualifizierenden Rechtsakt handeln, der seinem eigenen Statut unterliegt.<sup>9</sup> Die nachstehenden Erwägungen sind also relevant, soweit das (ordnungsgemäße) nationale Transformationsrecht nach den vorstehend nur angedeuteten Maßgaben anwendbar ist. Darüber hinaus liegt es nahe, dass das Anti-Diskriminierungsrecht kollisionsrechtlich Eingriffsnormqualität aufweist und – in Anlehnung an die Ingmar GB-Entscheidung des EuGH<sup>10</sup> – jedenfalls bei Schiedsort in der EU oder, soweit es um die Aufnahme in eine institutionelle Liste geht, bei Sitz der Institution in einem Mitgliedstaat anwendbar ist.<sup>11</sup>

### 2. Schiedsrichterauswahl durch die Parteien

Bei der einzelnen Auswahl eines Schiedsrichters durch eine Partei geht es nicht um den Zugang zu einer Beschäftigung im Allgemeinen; vielmehr entspricht sie strukturell einer einzelnen Auftragsvergabe oder Mandatierung, wie sie auch im Rahmen sonstiger Dienstverträge vorzukommen pflegen. Inwieweit eine solche einzelne

<sup>9</sup> Zwar werden die Verfahrensregeln der Institution durch Parteivereinbarung maßgebend und sind deswegen im Zusammenhang mit einzelnen Schiedsverfahren wie eine Verfahrensvereinbarung der Parteien zu behandeln, Chr. Wolf, Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 14 f.; die Aufnahme in die Liste ist individuellen Vereinbarungen jedoch vorgelagert und von diesen zu unterscheiden.

<sup>10</sup> EuGH, 9.11.2000, Rs. C-381/98, Slg. 2000, I-9305 – Ingmar GB Ltd./Eaton Leonard Technologies.

<sup>11</sup> Lüttringhaus, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, S. 216 ff.; Mansel, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – persönlicher und internationaler Anwendungsbereich, in: Heldrich/Pröls/Koller (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Band I, 2007, S. 809, 826 ff.; Pfeiffer, Das internationale Privatrecht der Nichtdiskriminierung, in: Bauer/Boewer (Hrsg.), Festschrift für Peter Schwerdtner, 2003, S. 775.

Beauftragung im Rahmen eines Dienstvertrags den Maßgaben des beschäftigungsbezogenen Anti-Diskriminierungsrechts unterliegt, ist allerdings umstritten und, wie auch der Streit in England zeigt, noch nicht abschließend geklärt. Die überwiegende Einschätzung in Deutschland wendet sich allerdings gegen eine Anwendung auf die einzelne Mandatierung.<sup>12</sup>

Bei einem näheren Blick auf diese Fragen ist vorweg klarzustellen, dass das – neben dem hier bereits angesprochenen beschäftigungsbezogenen Anti-Diskriminierungsrecht – bestehende allgemeine zivilrechtliche Anti-Diskriminierungsrecht keine Bedeutung hat. Zwar sind der Abschluss einer Schiedsvereinbarung und die Bestellung eines Schiedsrichters eher allgemein-zivilrechtliche oder prozessrechtliche Rechtsakte und damit nicht dem Arbeitsrecht zuzuordnen. Doch gilt das allgemein-zivilrechtliche Anti-Diskriminierungsrecht nur gegenüber Personen, die nach Gütern oder Dienstleistungen nachfragen. Schiedsrichter fragen Dienstleistungen jedoch nicht nach, sondern bieten sie an und erbringen sie. Aus dem allgemein-zivilrechtlichen Antidiskriminierungsrecht könnte also nur folgen, dass ein potentieller Schiedsrichter im Rahmen seiner eigenen Entscheidung über die Übernahme eines Schiedsrichteramts nicht aus unzulässigen Gründen ablehnen darf. Demgegenüber binden diese allgemein-zivilrechtlichen Grundsätze die Parteien bei ihren Entscheidungen über die Schiedsrichterauswahl und Bestellung nicht.

Somit zeigt dieser Blick auf die allgemein-zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsregeln, dass der hierdurch begründete Schutz nicht unbegrenzt reicht.<sup>13</sup> So lassen die allgemein-zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsregeln die autonome Entscheidungsfreiheit des Nachfragers unberührt; ein Käufer darf sich auch aus diskriminierenden Gründen für einen Kauf entscheiden, etwa aufgrund der ethnischen Herkunft des Verkäufers. Die Regelungen des Anti-Diskriminierungsrechts sind nicht anwendbar. Einer solchen Nachfrageentscheidung eines Käufers steht die Vergabe eines einzelnen Dienstleistungsauftrags strukturell gleich. Auch diese unterliegt nicht den Regelungen des allgemein-zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsrechts. Diese Strukturentscheidung des allgemein-zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsrechts würde ausgehöhlt, wenn jede einzelne Vergabe eines Dienstleistungsauftrags den Regelungen des beschäftigungsbezogenen Anti-Diskriminierungsrechts unterläge.

Zugleich folgt dieses Ergebnis aus den Wertungen des beschäftigungsbezogenen Anti-Diskriminierungsrechts selbst. Denn die dort vorgesehene Erstreckung des primär auf Arbeitsverhältnisse zielenden Schutzes auf Selbständige erscheint allenfalls insofern folgerichtig, als es um Auswahlentscheidungen oder -merkmale geht, die den gegenüber Arbeitnehmern getroffenen Einstellungsentscheidungen den Wertungen nach gleich stehen. Das ist aber nur bei generellen oder sonst über den Einzelfall hinausgehenden Zugangsentscheidungen, nicht aber bei jeder einzelnen Vertragsentscheidung gegeben. Bei der Vergabe von Dienstleistungsmandaten wird das etwa für die Bestellung eines dauerhaften „Hausanwalts“ erwogen.<sup>14</sup> Die Vergabe eines einzelnen Dienst- oder Werkauftrags liegt deshalb außerhalb des Anwendungsbereichs

12 Adomeit/Mohr, AGG-Kommentar, 2007, § 2 AGG, Rz. 10; Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 2 AGG, Rz. 16; HK-AGG/Däubler, § 2 AGG, Rz. 7; Meinel/Heyn/Herms, § 2 AGG, Rz. 10; MünchKommBGB/Thüsing, 5. Aufl. 2007, § 2 AGG, Rz. 5; vgl. auch KR/Pfeiffer, 8. Aufl. 2007, AGG, Rn 16, wo eine Anwendung nur auf Verträge über die Ausübung des freien Berufs (als solche) gefordert wird.

13 Zu diesem Zusammenhang zutreffend auch Mansel, FS Canaris (Fußn. 11) S. 815.

14 Adomeit/Mohr, § 2 AGG, Rz. 10.

des beschäftigungsbezogenen Anti-Diskriminierungsrechts. Deshalb unterliegt die einzelne Auswahl eines Schiedsrichters nicht dem Anti-Diskriminierungsrecht der genannten Europäischen Richtlinien.

Unklar ist demgegenüber die Frage nach der Bedeutung der Gleichheitsrechte der EU-Grundrechtecharta. Der EuGH hat die Grundrechte sowohl in der Mangold-Entscheidung<sup>15</sup> als auch in seiner ASBL-Entscheidung<sup>16</sup> als Ansatzpunkt dafür genommen, das Europäische Anti-Diskriminierungsrecht über den in den maßgebenden Richtlinien beschriebenen Wirkungsbereich zeitlich (Mangold) oder bezüglich erlaubter Ausnahmen (ASBL) hinaus auszudehnen. Deshalb kann man die Frage stellen, ob die Grundrechte auch für eine Erstreckung des Anti-Diskriminierungsrechts auf individuelle Dienstleistungsmandate eine mögliche Grundlage bilden, zumal Art. 21 Abs. 1 EU-GRC dem Wortlaut nach nicht auf den Zugang zur selbständigen Tätigkeit beschränkt ist.

Zwar ist die generelle Geltung der EU-grundrechtlichen Gleichbehandlungsgebote auf Privatrechtsverhältnisse nach wie vor umstritten.<sup>17</sup> Allerdings hat der EuGH nie gezögert, EU-Grundrechte auch auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse anzuwenden<sup>18</sup>, soweit dies zur tatsächlichen Verwirklichung der Grundrechte erforderlich schien. Jedoch betrifft dies typischerweise privatrechtliche Fragen, die über das einzelne Rechtsverhältnis hinausgehen<sup>19</sup>. Auch wenn eine differenzierte Grundrechtsanwendung, wie sie in Deutschland mit der Lehre von der lediglich mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen praktiziert wird, im EU-Recht nicht oder jedenfalls noch nicht anerkannt ist, liegt es deshalb näher, dass Art. 21 Abs. 1 EU-GRC für die einzelne Schiedsrichterbestellung keine über das maßgebenden Richtlinienrecht hinausreichende Bedeutung erlangen wird. Vorsicht bleibt aber gleichwohl ratsam, denn eine hinreichend verlässliche Dogmatik der Grundrechtsanwendung muss sich insofern erst noch entwickeln.

### 3. Schiedsvereinbarung

Die Formulierung von Anforderungen an die Schiedsrichter, etwa eine bestimmte fachliche, z.B. juristische Qualifikation, in der Schiedsvereinbarung ist der konkreten Schiedsrichterauswahl vorgelagert. Sie regelt allerdings nicht den Zugang einzelner Schiedsrichter zur Schiedsrichtertätigkeit. Vielmehr bildet sie einen Bestandteil des Entscheidungsprozesses der Partei für einen bestimmten Schiedsrichter in einem ein-

15 EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 – Mangold ./ Helm; dazu Pfeiffer, Unionsprivatrecht und Zivilrechtsverhältnis, in: Dauner-Lieb u.a. (Hrsg.), Anwaltkommentar zum BGB, Band 2, Teilband 2, 2. Aufl. 2011, Rz. 37, Fußn. 84.

16 EuGH, Urt. v. 1. März 2011, Rs. 236/09 – Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ./ Conseil des ministres; krit. Pfeiffer, Fundamentalismus als juristische Methode – Editorial NJW-Heft 13/2011, <http://www.beck.de/rsw/shop/default.asp?sessionId=1B4F482262E7434889F6095719298823&toc=NJW.040311>.

17 Bejahend etwa für das staatsangehörigkeitsbezogene Benachteiligungsverbot W.-H. Roth, in: Canaris/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, 2000, S.847, 867; a.A. Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2006, Rz. 109 ff.

18 Zu dieser faktischen Betrachtungsweise Anwaltkommentar/Pfeiffer, Unionsprivatrecht und Zivilrechtsverhältnis, Rz. 40.

19 EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 – Walrave und Koch./ Association Union Cycliste Internationale; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – Union royale belge de football association ./ Bosman.

zelen Verfahren. Deshalb gelten für die Formulierung von Schiedsvereinbarungen dieselben Feststellungen wie für die konkrete Schiedsrichterauswahl. Sie unterliegt nicht den Maßgaben des Richtlinien-Anti-Diskriminierungsrechts.

#### 4. Aufnahme in die Schiedsrichterliste einer Schiedsinstitution

Zwar sehen die meisten Schiedsinstitutionen keine Beschränkung der Parteien auf eine geschlossene Schiedsrichterliste vor. Bekanntlich gibt es aber Ausnahmen.<sup>20</sup> Die Aufnahme in die Schiedsrichterliste ist in diesen Fällen typischerweise eine generelle Voraussetzung für den Zugang zur Schiedsrichterfunktion als solcher. Sie weist auch unter Berücksichtigung ihres privatrechtlichen oder horizontalen Zuschnitts einen über das einzelne Schiedsrichteramt hinausgehenden Regelungsgehalt auf. Deshalb finden die Regeln des Anti-Diskriminierungsrechts grundsätzlich Anwendung. Allerdings dürften sowohl eine offene als auch verdeckte Diskriminierung hier, abgesehen von Fragen der Staatsangehörigkeit, selten bis nie vorkommen.

### IV. Sonderproblem Staatsangehörigkeit

Als ein reales Problemfeld der Anwendung von Anti-Diskriminierungsregeln im Rahmen der Schiedsrichterbestellung wird demgegenüber die Staatsangehörigkeit angesprochen.<sup>21</sup> Regeln mit Bezug zur Staatsangehörigkeit von Schiedsrichtern enthalten etwa Art. 6 der LCIA-Rules<sup>22</sup> oder Art. 9 Abs. 5 der ICC-Rules.<sup>23</sup> Zwar handelt es sich bei diesen Beispielen nicht um den Zugang zur schiedsrichterlichen Tätigkeit (im Rahmen von Schiedsverfahren, die durch die betreffenden Institutionen administriert werden) als solcher, sondern um Regeln, die alle Schiedsrichter aufgrund ihrer nationalen Inkompatibilität mit den Parteien von bestimmten Verfahren ausschließen. Allerdings gilt für das Verbot der Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 AEUV und Art. 21 Abs. 2 EU-GRC nicht dieselbe Beschränkung auf den „Zugang“ zur Schiedsrichtertätigkeit wie für das in Richtlinien enthaltene Anti-Diskriminierungsrecht. Deshalb erstrecken sich, von ihrer grundsätzlichen Geltung im Privatrecht ausgehend, diese Vorschriften auch auf einzelne Vertragsentscheidungen. Man wird die zitierten Regeln also grundsätzlich am Verbot der Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit messen müssen. Ob aber eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliegt, ist gleichwohl zweifelhaft.

20 Z.B. in den Procedural Rules des Internationalen Schiedsgerichtshofes der rumänischen Industrie- und Handelskammer lautet Art. 22: The arbitrators shall be appointed, dismissed or replaced as follows: A) The arbitrator shall be appointed by the party, based on selection, or by the Appointing authority, based on appointment, from the Court of Arbitration List of arbitrators. S. <http://arbitration.ccir.ro/engleza/rulesarb.htm>, 23.4.2011.

21 Clifford/Haeri, Jivraj v. Hashwani: Arbitrator Nationality and the Law of Unintended Consequences, Legal Law Week, 31.3.2011, <http://www.legalweeklaw.com/abstract/jivraj-hashwani-arbitrator-nationality-law-unintended-consequences-6536>, 23.4.2011.

22 Article 6 Nationality of Arbitrators

6.1 Where the parties are of different nationalities, a sole arbitrator or chairman of the Arbitral Tribunal shall not have the same nationality as any party unless the parties who are not of the same nationality as the proposed appointee all agree in writing otherwise.

23 The sole arbitrator or the chairman of the Arbitral Tribunal shall be of a nationality other than those of the parties. However, in suitable circumstances and provided that neither of the parties objects within the time limit fixed by the Court, the sole arbitrator or the chairman of the Arbitral Tribunal may be chosen from a country of which any of the parties is a national.

Die genannten Regeln als solche unterscheiden nicht nach der Staatsangehörigkeit, sondern sind ausnahmslos auf alle potentiellen Schiedsrichter aller Staatsangehörigkeiten anzuwenden. Der Maßstab für die Beurteilung solcher Regelungen ergibt sich aus gleichheitsrechtlichen Grundsätzen. Danach gelten für derartige Vorschriften zweierlei Anforderungen. Einmal müssen sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhen und in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimen Zweck stehen.<sup>24</sup>

Die erstgenannte Voraussetzung ist zwanglos erfüllt, denn die Regelungen dienen ersichtlich der Unparteilichkeit des Schiedsgerichts und damit einem berechtigten und von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Zweck. Namentlich in internationalen Schiedsverfahren soll eine unbewusste Parteinahme oder auch nur eine größere kulturelle Nähe des Vorsitzenden oder Einzelschiedsrichters mit den daraus folgenden Gefährdungen der Neutralität vermieden werden. Da dem Vertrauen in die Schiedsgerichte auch schon ein böser Schein schaden könnte, soll schon dieser vermieden werden.

Stärker wertungsabhängig ist dagegen das zweite Erfordernis, also die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Hier könnten dann Bedenken bestehen, wenn Schiedsrichter aufgrund ihrer bloßen Staatsangehörigkeit selbst dann ausgeschlossen wären, wenn ihre Neutralität nicht zweifelhaft wäre. Da die Neutralität im Interesse der Parteien besteht, bewirkt die in den angesprochenen ICC- und LCIA-Regeln enthaltene Einschränkung, wonach die Parteien einem der Staatsangehörigkeit nach nicht neutralen Vorsitzenden oder Einzelschiedsrichter zustimmen können und müssen, einerseits die zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit angemessene Öffnung; sie erhält aber andererseits den sachlich gerechtfertigten Regelungsgehalt des Neutralitätserfordernisses aufrecht. Die fraglichen Schiedsverfahrensregelungen verstoßen nicht gegen Art. 21 Abs. 2 EU-GRC und Art. 18 AEUV. Folgerichtig sind die Parteien frei, ob sie eine solche Zustimmung erklären.

## V. Abschlussbemerkung und Ergebnisse

Die vorstehenden Andeutungen haben sich auf die generelle Anwendbarkeit des Anti-Diskriminierungsrechts konzentriert und insbesondere die Frage nach der Rechtfertigung einer möglichen Auswahl nach religiösen Kriterien (die man in den Fällen einer zulässigen Entscheidung nach religiösem Recht wohl bejahen muss) wie auch etwaige mittelbare (statistische) Diskriminierungseffekte einzelner Auswahlkriterien nicht näher betrachtet. Insofern bleibt Raum für weitere Nachforschungen. Folgende Ergebnisse können aber festgehalten werden:

1. Der Abschluss einzelner Schiedsvereinbarungen oder die einzelne Bestellung eines Schiedsrichters unterliegen nicht den Anforderungen des EU-Anti-Diskriminierungsrechts, soweit es um das maßgebende Richtlinienrecht geht.
2. Auch mit einer Anwendung von Art. 21 EU-GRC ist lediglich dann zu rechnen, wenn es sich um über die einzelne Bestellungsentscheidung hinausreichende Fragestellungen handelt. Allerdings muss sich eine hinreichend verlässliche Dogmatik der Grundrechtsanwendung insofern erst noch entwickeln.

24 Etwa EuGH, Urt. v. 2.10.2003 C-148/02, Slg. 2003, I-11613, Rn. 31 – Carlos Garcia Avello ./ Belgien.

3. Anwendbar ist das EU-Anti-Diskriminierungsrecht auf die Aufnahme in die Schiedsrichterliste einer Schiedsinstitution.
4. Ein EU-rechtlicher Rechtssatz, wonach ein Schiedsspruch, der von einem unter Verstoß gegen Diskriminierungsregeln besetzten Schiedsgericht erlassen wurde, in Anlehnung an die *Eco Swiss*-Entscheidung des EuGH als Verstoß gegen den *Ordre public* behandelt werden muss, besteht trotz des Eingriffsnormcharakters der Anti-Diskriminierungsregeln nicht.
5. Regeln wie Art. 6 der LCIA-Rules oder Art. 9 Abs. 5 der ICC-Rules unterliegen der Überprüfung anhand des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, genügen aber den daraus resultierenden Anforderungen.
6. In allen Fällen ist die Rechtslage aber kein *Acte clair*, so dass es ggf. einer Vorlage an den EuGH bedarf.

## VI. Postscriptum

Nach Abschluss dieses Beitrags hat der englische Supreme Court in dieser Sache entschieden und dem Appeal gegen die hier diskutierte Entscheidung des Court of Appeal stattgegeben, u.a. weil der Schiedsrichter kein Arbeitnehmer, sondern ein selbständiger Dienstleister sei.<sup>25</sup> Das entspricht der hier entwickelten Auffassung. Die Diskussion ist damit freilich keineswegs erledigt, denn das letzte Wort bei der Auslegung des europäischen Richtlinienrechts kommt nicht dem englischen Supreme Court, sondern dem Europäischen Gerichtshof zu.

25 *Jivraj v Hashwani*, [2011] UKSC 40 (27. Juli 2011).