

Jan-Willem Prügel*

Der Status quo der brasilianischen Schiedsgerichtsbarkeit am Beispiel der Kompetenz-Kompetenz

Abstract

Schiedsgerichtsbarkeit wird im internationalen Handels- und Rechtsverkehr immer bedeutender, um Konflikte effizient und kostengünstig beizulegen. Die vorliegende Arbeit bewertet den aktuellen Entwicklungsstand und die justizielle wie gesetzgeberische Akzeptanz am Beispiel Brasiliens, das gemeinsam mit anderen südamerikanischen Staaten eine lange Geschichte der Schiedsfeindlichkeit hat, für den internationalen Kommerz aber zunehmend wichtiger wird. Der Beitrag zeigt, dass ein Wandel auf nationaler Ebene begonnen hat und Brasilien somit langsam das Potential entwickelt, eine Vorreiterrolle für den lateinamerikanischen Rechtsraum, insbesondere den Mercosur-Binnenmarkt, in Bezug auf schiedsrechtliche Gesetzesreformen und eine schiedsfreundliche Rechtsprechung einnehmen zu können. Um das weite Feld der Entwicklungen einzugrenzen, betrachtet die Arbeit ausführlich die Akzeptanz und Durchsetzbarkeit von Schiedssprüchen anhand des Grundprinzips der schiedsrichterlichen Kompetenz-Kompetenz.

* Der Autor studiert im 7. Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert auf einer Studienarbeit im Rahmen des Schwerpunkts IPR/IZVR.

I. Einleitung

Das Phänomen der privaten Schiedsgerichtsbarkeit hat in den vergangenen Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen, da es für viele Parteien eine attraktive Alternative zur staatlichen Justiz darstellt. Dies gilt insbesondere für den internationalen Handelsverkehr¹ aber auch den Sport², für deren Beteiligte die Vorteile dieser Form der außergerichtlichen Streitbeilegung³ im Falle einer nötig werdenden juristischen Auseinandersetzung oft besonders stark in Erscheinung treten. Gar als „das den Welthandel schmierende Öl“⁴ bezeichnet, zählen unter anderem die selbstständige Wahl von, freilich unbefangenen, Schiedsrichtern⁵, oftmals zügigere und somit günstigere Verfahren⁶ sowie die rufschützende Vertraulichkeit des Rechtsfindungsprozesses⁷ zu seinen Vorzügen.

Statistiken bescheinigen diese Tendenz. Die weltweit führenden institutionellen Schiedsgerichte betreuen zunehmend mehr Verfahren, aus denen letztlich auch eine steigende Zahl an Schiedssprüchen hervorgeht. So erhielt die Internationale Handelskammer (ICC)⁸ 1999 noch 529 Anträge zur Einleitung eines Schiedsverfahrens, aus denen 269 Schiedssprüche hervorgingen, während die Zahlen im Jahr 2012 bereits auf 759 Verfahren und 491 Schiedssprüche angestiegen waren.⁹ Dem Internationalen Schiedsgerichtshof London (LCIA)¹⁰ wurden 2012 allein im Vergleich zum Vorjahr 18,3% mehr Verfahren zur Administration übertragen¹¹, während das Internationale Zentrum für Streitbeilegung (ICDR)¹² im selben Jahr 991 Verfahren verwaltete und somit 373

¹ Brödermann/Rosengarten, IPR/IZVR, Rn. 716.

² Dazu lehrreich Adolphsen, Grundfragen und Perspektiven der Sportsschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2004, 169.

³ Auch bekannt unter dem Sammelbegriff der ADR (Alternative Dispute Resolution), siehe etwa die Beschreibung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) bei <http://www.dis-arb.de/de/> (Letzter Zugriff am 14.11.2014, gilt fortlaufend für alle weiteren Hyperlinks).

⁴ Born, International Commercial Arbitration, Bd. 1, 97.

⁵ Carnelutti, Diritto e processo, 77: Ein Richter nach Maß (*Un giudice su misura*).

⁶ Born (Fn. 4), 87 a.E.

⁷ Gaillard/Savage, International Commercial Arbitration, 1.

⁸ International Chamber of Commerce.

⁹ ICC Statistics, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>.

¹⁰ London Court of International Arbitration.

¹¹ Registrar's Report 2012, LCIA, http://www.lcia.org//LCIA/Casework_Report.aspx.

¹² Das International Center for Dispute Resolution ist das Organ für internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Amerikanischen Gesellschaft für Schiedsgerichtsbarkeit oder American Arbitration Association (AAA).

mehr als noch ein Jahr zuvor¹³. Auch die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) verzeichnete 2012 einen Anstieg auf 125 eingeleitete Verfahren im Vergleich zu den 72 des Jahres 2005.¹⁴ Im Bereich der Investitionsstreitigkeiten verzeichnet das ICSID¹⁵ 40 registrierte Fälle für 2013 im Vergleich zu durchschnittlich knapp zweien jährlich in den Siebzigern und Achtzigern des letzten Jahrhunderts und rund fünfmal so vielen in den Neunzigern.¹⁶

In Übereinstimmung mit diesen Zahlen fand eine umfangreiche Studie aus dem Jahr 2013, bei der die Rechtsabteilungen von mehr als 100 großen Unternehmen in den Schlüsselbereichen des Energie-, Bau- und Finanzsektors teilnahmen, heraus, dass die Befragten mehrheitlich internationale Schiedsverfahren als bevorzugten Modus zur Konfliktlösung ansahen und sie mit großer Mehrheit als gut geeignetes Werkzeug zur Streitbeilegung einschätzten.¹⁷

Doch so beliebt und expandierend Schiedsverfahren auch sein mögen, so bestehen in der prozessualen Umsetzung einer Schiedsabrede mitunter noch bedeutende nationale Unterschiede, die eine Rechtsfindung merklich erschweren können. Da gerade der im Vergleich zu staatlichen Gerichten meist parteifreundlichere Ablauf und die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs die *raison d'être* der Schiedsgerichtsbarkeit bilden, spielen die allgemein zu beachtenden Prozessgrundsätze und deren nationale Ausprägungen eine entscheidende Rolle für die Akteure. Immer wieder in den Fokus von Literatur und Rechtsprechung rückt dabei das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz.¹⁸

Anhand dieses facettenreichen Grundsatzes wird im Folgenden an einem konkreten Beispiel untersucht, wie die Handhabung durch Lehre und Rechtsprechung aktuell ausgestaltet ist, welche Rückschlüsse dies auf den Entwicklungsstand der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit gibt und welche

¹³ The ICDR International Arbitration Reporter, Ausgabe 3.7.2012, https://www.adr.org/cs/groups/international/documents/document/dgdf/mde5/~edisp/adrstg_019805.pdf.

¹⁴ DIS-Statistik 2012, <http://www.dis-arb.de/de/39/content/statistik-id54>.

¹⁵ Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten oder International Center for Settlement of Investment Disputes.

¹⁶ The ICSID Caseload - Statistics, Ausgabe 1, 2014, 7, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English51>.

¹⁷ *PricewaterhouseCoopers*, International Arbitration Survey 2013: Corporate choices in International Arbitration, <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/index.jhtml>.

¹⁸ *Figueroa Valdes*, The Principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration, RArb 2007, 134.

Konsequenzen der Befund für Parteien hat, die unter den dortigen Regeln einen Schiedsprozess zu führen gedenken. Dabei wird zunächst das Kompetenz-Kompetenz-Prinzip im Wirkungsgefüge der internationalen kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit analysiert (II.) und dann auf das Rechtssystem Brasiliens übertragen (III.), das als Nation aufgrund seiner zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung sowie seiner angeblichen Schiedsfeindlichkeit einen für den internationalen Handelsverkehr im Hinblick auf alternative Streitbeilegung noch teils unberechenbaren, aber nichtsdestotrotz wichtigen Markt darstellt. Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefasst (IV.).

II. Kompetenz-Kompetenz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

1. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Betrachtet wird für den Zweck dieser Arbeit ausschließlich die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, da diese verdeutlicht, welche Besonderheiten bei der Streiterledigung auftreten können. Denn gerade im internationalen Handelsverkehr treffen vermehrt Parteien verschiedener Rechtskulturen aufeinander, die sich nur ungern einer unbekannteren staatlichen Justiz anvertrauen und somit meist den Weg der außergerichtlichen, für alle Beteiligten grundsätzlich neutralen Streitschlichtung suchen.¹⁹ So nicht nur ist die Rechtsfindung in manchen Jurisdiktionen langsam und mit hohen Kosten verbunden. Vielmehr gibt es oft Hemmungen der Richter, ausländische Gerichtsurteile im eigenen Land anzuerkennen.²⁰ Zu den weiteren Vorzügen gehören die selbstständige Bestimmung der Verfahrenssprache und des materiell anwendbaren Rechts, die Auswahl kompetenter und international erfahrener Schiedsrichter sowie die bereits angesprochene Nichtöffentlichkeit der Verfahren, die Ruf und Spezialwissen vor den Augen der Konkurrenz schützt.²¹

Will man die private Schiedsgerichtsbarkeit exakt definieren, so hilft der Blick in die verschiedenen multilateralen und nationalen Gesetzestexte nur wenig, da diese kaum eine klare Beschreibung enthalten.²² Die in der Literatur mittlerweile vorherrschende Auffassung konkretisiert sie hingegen konzise als Streitbeilegung zwischen zwei oder mehreren Parteien durch einen Dritten (Schiedsrichter), der seine Entscheidungsgewalt von einer Vereinbarung (Schiedsabrede) der Parteien

¹⁹ *Mistelis*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, CISG, Art. 1, Rn. 17; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 8.

²⁰ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 1.

²¹ Enumerativ *Brödermann/Rosengarten* (Fn. 1), Rn. 717; *Münch*, in: MüKo, ZPO, Vorb. zu den §§ 1025 ff. Rn. 3.

²² *Poudret/Besson*, Comparative Law of International Arbitration, Rn. 1.

bezieht und dessen Entscheidung für sie bindend ist.²³ Schiedsgerichte sind also Privatgerichte mit einem Panel, bestehend aus einem oder mehreren Schiedsrichtern, denen die Entscheidungsbefugnis über bürgerlichrechtliche Rechtsstreitigkeiten qua Vertrag übertragen wurde.²⁴ Die Beteiligten wählen dabei zwischen einem institutionellen und einem *ad hoc* bzw. Gelegenheitsschiedsgericht.²⁵

Dieses an sich simple Grundprinzip wird allerdings dadurch verkompliziert, dass mehrere Regelwerke auf ein und dasselbe Verfahren Anwendung finden können. So ist es denkbar, dass die Parteien aus strategischen oder vertragsgenetischen Gründen für das auf die Anerkennung der Schiedsklausel, den prozessualen Ablauf²⁶, die materiellen Fragen des Falles sowie das auf die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs anwendbare Recht unterschiedliche Rechtsordnungen wählen.²⁷ Auch ist die Vollstreckbarkeit keineswegs integraler und universeller Bestandteil eines Schiedsspruchs. Vielmehr schreiben einige nationale Rechtsordnungen eine gerichtliche Vollstreckbarkeitserklärung der Entscheidung, auch Exequatur genannt, zwingend vor.²⁸

Hier deutet sich bereits das Spannungsverhältnis zwischen der Kompetenz eines Schiedsgerichts und der staatlichen Justiz an. Denn schon aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten kann der staatliche Rechtsschutz nicht vollkommen und endgültig abbedungen, also keine autarke juristische Parallelsphäre geschaffen werden.²⁹ Damit aber das Institut der Schiedsgerichtsbarkeit im anderen Extrem auch nicht zum Spielball der beklagten Partei wird, die staatliche Gerichte aus Kalkül zum schrankenlosen Kontrolleur instrumentalisiert, muss dem rechtsprechenden Panel ein gewisses Maß an Selbstständigkeit zuteilwerden, um das Verfahren angemessen administrieren zu können. Dies gewährleistet zu großen Teilen das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz.³⁰

²³ *Van den Berg*, The New York Arbitration Convention of 1958, S. 44; ähnlich auch *Jarrosson*, La notion d'arbitrage, Rn. 779; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 7; *Huys/Keutgen*, L'arbitrage en droit belge et international, Rn. 21; *Münch* (Fn. 18), Rn. 1 ff.

²⁴ *Schwab/Walter* (Fn. 20), Rn. 1.

²⁵ Zu den Unterschieden sowie Vor- und Nachteilen siehe *Born* (Fn. 4), 169 ff.

²⁶ Das auf den Ablauf des Prozesses anwendbare Recht wird auch als *lex arbitri* bezeichnet.

²⁷ *Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 3.

²⁸ So etwa die Zivilprozessordnungen in Deutschland (§§ 1060, 1064 ZPO), Belgien (Art. 1710 *Code Judiciaire Belge*, BelZPO), Italien (Art. 825 Abs. 2 *Codice di Procedura Civile*, ItalZPO) und Frankreich (Art. 1477, 1498 *Nouveau Code de Procédure Civile*, FraZPO).

²⁹ Ausführlich zu verfassungsrechtlichen Fragen in Bezug auf die private Schiedsgerichtsbarkeit *Geimer*, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung.

³⁰ Auch als Kompetenzkompetenz, *competence-competence* oder *compétence-compétence* bezeichnet.

2. Kompetenz-Kompetenz

a) Grundlegendes

aa) Begriffsbestimmung

Das den Dreh- und Angelpunkt dieser Arbeit bildende Prinzip ist schon begrifflich irreführend und deutet auf die Vielfältigkeit seiner Interpretationsmöglichkeiten hin. Ursprünglich aus dem deutschen Rechtsraum stammend³¹, ist die Kompetenz-Kompetenz eines Schiedsgerichts *stricto sensu* als letztverbindliche Entscheidungsgewalt über die eigene Zuständigkeit zu verstehen, die auch von den staatlichen Gerichten zu berücksichtigen ist.³² Dieses Verständnis wurde aber mit Ausnahme einer mittlerweile überholten BGH-Entscheidung³³ weder in Deutschland noch in sonstigen Staaten jemals praktiziert.³⁴ Eine echte Kompetenz-Kompetenz-Abrede ist mithin unwirksam.³⁵ Tatsächlich liegt beim üblichen Gebrauch des Begriffs ein relatives Verständnis zugrunde.³⁶ Deshalb wird sie zur Abgrenzung in der Literatur trotz ihrer festen Etablierung im schiedsgerichtlichen Sprachgebrauch teils umschrieben³⁷, teils bewusst mit englischer oder französischer Bezeichnung verwendet.³⁸ Aufgrund der weiten Verbreitung sowie der naheliegenden Sprachwahl wird hier allerdings weiterhin an der deutschen Bezeichnung festgehalten, obwohl diese bisweilen missverständlich sein mag.

bb) Dualitätscharakter

Der relative Charakter des Prinzips wird deutlich, wenn man dessen Dualität betrachtet.³⁹ So wird hierbei zwischen positiver und negativer Kompetenz unterschieden. Unter der mittlerweile praktisch unumstritten anerkannten positiven Kompetenz versteht man die Entscheidungsgewalt des Schiedsgerichts über die eigene Zuständigkeit, unabhängig von einer späteren

³¹ Gaillard/Savage (Fn. 7), 397.

³² Schwab/Walter (Fn. 20), Rn. 9; Born (Fn. 4), 1050 m.w.N.

³³ BGH NJW 1977, 1397.

³⁴ Gaillard/Savage (Fn. 7), 397; Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 418.

³⁵ Schwab/Walter (Fn. 20), 9; Zur Möglichkeit einer Abrede zwecks teilweisen Ausschlusses staatlicher Nachprüfung in Bezug auf schiedsgerichtliche Kompetenz siehe unten II. 2. 4. lit. c) bb).

³⁶ Poudret/Besson (Fn. 22), Rn. 457 m.w.N.

³⁷ So Born (Fn. 4), 1050, der den Begriff „*jurisdictional competence*“ vorschlägt.

³⁸ Gaillard/Savage (Fn. 7), 396 f.; üblich ist dennoch die deutsche Schreibweise, auch in nichtdeutscher Literatur.

³⁹ *Astivenca Astilleros de Venezuela CA v. Oceanlink Offshore III AS*, Fall Nr. 1067 (Oberster Venezolanischer Gerichtshof / Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela).

Aufhebungsmöglichkeit eines nationalen Gerichts.⁴⁰ Die nicht überall gleichermaßen anerkannte negative Komponente stipuliert hingegen ein Recht des Schiedsgerichts, als erste Instanz in der Sache zu richten und beschränkt die staatliche Zuständigkeit somit auf eine Prüfung des Schiedsspruchs nach Ende des Verfahrens, oder, im Falle eines Zwischenentscheids, auf eine Überprüfung des zuvor ergangenen schiedsgerichtlichen Ergebnisses.⁴¹ In der Praxis hätte dies zur Folge, dass jegliche Klage bei einem normalerweise zuständigen ordentlichen Gericht bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unter Verweis auf dessen Kompetenz-Kompetenz automatisch abgelehnt werden müsste, bis die Schiedsrichter selbst Gelegenheit zur Prüfung hatten.

cc) Zweck

Das Telos dieses Grundsatzes ist zum einen die Vermeidung von taktischen Verzögerungen durch eine Partei, deren Interessen mit der Durchführung des Schiedsverfahrens kollidieren.⁴² Kann das Tribunal selbst über seine Zuständigkeit entscheiden, so muss kein, unter Umständen langwieriges, Gerichtsverfahren diesbezüglich angestrengt werden, das womöglich noch über mehrere Instanzen jahrelang fortgefochten wird, bevor das Schiedsgericht überhaupt seine Arbeit aufnehmen kann. Denn dies zöge die Sinnhaftigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit stark in Zweifel. Doch auch eine Partei, die aus gutem Grunde Sorgen um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und somit die Vollstreckbarkeit jeglichen Schiedsspruchs hat und deshalb *bona fide* klagt, wird nicht benachteiligt, da eine gerichtliche Überprüfung sehr wohl nach einer Erstentscheidung durch die Schiedsrichter möglich ist.⁴³ Zum anderen sind viele nationale Gesetzgeber und Gerichte der Ansicht, dass Parteien im Rahmen der zivilrechtlichen Privatautonomie die Möglichkeit haben sollten, nicht nur bürgerlichrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht urteilen zu lassen, sondern konsequenterweise auch die für ein solches Verfahren integrale schiedsgerichtliche Zuständigkeit.⁴⁴

⁴⁰ *Sojuznefteexport (SNE) v. JOC Oil*, Yearbook Commercial Arbitration 1990, 31; *Born* (Fn. 4), 1071; *Kreindler*, Competence-Competence, 237; *Gaillard/Banifatemi*, Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators, in: "Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice", 259.

⁴¹ *Born* (Fn. 4), 1049; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 660 m.w.N.

⁴² *Lew/Mistelis/Kröll*, Comparative International Commercial Arbitration, 331 f.

⁴³ *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 660.

⁴⁴ So etwa die ständige französische Rechtsprechung: *El Assidi v. Société Nest & Sociétés SYS APS*, 2010 Rev. Arb. 391, 391 (*Französischer Oberster Gerichtshof, Cour de Cassation civ. 1e*); *Impex v. P.A.Z.*, 1968 Rev. Arb. 149 (155) (*Berufungsgericht Colmar, Colmar Cour d'appel*).

b) Rechtsquellen

Da nunmehr die existenzielle Bedeutung der nationalen und internationalen Normen für die Anwendbarkeit der Kompetenz-Kompetenz verdeutlicht ist, muss auch auf die Identität der populärsten und ökonomisch relevantesten Regelwerke eingegangen werden, um die Vorstellungen der einzelnen Gesetzgeber besser verstehen und bei anschließender Analyse einordnen zu können.

aa) Schiedskonventionen

Auf supranationaler Ebene begründen Konventionen eine von Parteien durch Gerichtsstandswahl von nationalen Gerichten zu berücksichtigende Kompetenz-Kompetenz. Unter einer Konvention ist ein gegenseitig bindender Vertrag mehrerer Staaten zu verstehen, die vertraglichen Rechtsfolgen durch die nationale Justiz zu gewährleisten. Meist werden die Normen durch nationale Gesetzgebung noch konkretisiert.⁴⁵ Die für die hiesige Thematik bedeutendsten Staatsverträge sind die Europäische Konvention, das Inter-Amerikanische Übereinkommen sowie die ICSID-Konvention, die die schiedsgerichtliche Kompetenz-Kompetenz zu unterschiedlichen Graden anerkennen.⁴⁶

Art. 41 Abs. 1 der ICSID-Konvention sowie der auf Art. 21 Abs. 1 der IACAC-Regeln⁴⁷ verweisende Art. 3 des Inter-Amerikanischen Abkommens halten beide die Entscheidungsbefugnis von Schiedstribunalen ausdrücklich fest. Auch die Europäische Konvention bekennt sich in Art. 5 Abs. 3 zu ihr und wird nur durch Art. 6 Abs. 3 relativiert, der ein gerichtliches Urteil vor Beginn des Schiedsverfahrens lediglich „aus gutem und wesentlichem Grund“ gestattet.

Nicht einheitlich bewertet wird, ob auch das von 149 Staaten⁴⁸ unterzeichnete New Yorker Übereinkommen (NYÜ)⁴⁹ den Schiedsgerichten ein Recht zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit zuteilt.⁵⁰ Ausdrücklich genannt wird das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz nicht, was den Schluss nahelegt, dass das Übereinkommen die Thematik nicht regelt. Tatsächlich wird man in systematischer

⁴⁵ Vgl. *Gaillard/Banifatemi* (Fn. 41), 261.

⁴⁶ Im Einzelnen handelt es sich hierbei um, die *European Convention on International Commercial Arbitration* von 1961, die 1975 verabschiedete *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration* sowie die 2006 novellierte *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* des ICSID.

⁴⁷ *Inter-American Commercial Arbitration Commission*.

⁴⁸ <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/list-of-contracting-states>.

⁴⁹ New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958.

⁵⁰ Ablehnend *Tribunal de Première Instance (Canton de Genève), Air (PYT) v. International Air Transport Association (IATA) u. C. SA*, 2. Mai 2005, C/1043/2005-15SP; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 654.

Auslegung der Art. 2 Abs. 3 NYÜ und Art. 5 Abs. 1 lit. a, c NYÜ aber feststellen müssen, dass der Staatsvertrag einen durch das Schiedsgericht gefällten Schiedsspruch vorsieht und sich dieser zwar gerichtlicher Nach- und Zwischenprüfung unterziehen muss, jedoch dann bereits zustande gekommen sein muss, üblicherweise ohne zunächst durch ein staatliches Urteil dazu ermächtigt worden zu sein.⁵¹ Doch den Präklusionsgrad eines Schiedsspruchs gegenüber staatlichen Gerichten, etwa in Bezug auf die eigene Zuständigkeit, konkretisiert das NYÜ nicht, sondern überlässt diesen den nationalen Gesetzgebern.

bb) Nationale Gesetzgebungen

Auch viele nationale Gesetze erkennen die schiedsgerichtliche Kompetenz-Kompetenz an. Dies überrascht nicht. Denn nicht nur ist die Anerkennung des Prinzips konsequente Ausprägung der von den meisten Staaten garantierten zivilrechtlichen Privatautonomie und wichtiger Bestandteil für einen flüssigen Verfahrensverlauf, woran dem jeweiligen Gesetzgeber schon aus rechtspolitischen und ökonomischen Erwägungen gelegen ist. Vielmehr basieren die gesetzlichen Regelungen zur kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit in mehr als 60 Staaten entweder ganz oder zu großen Teilen auf dem UNCITRAL-Modellgesetz zur Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit.^{52,53} Dieses schreibt einem Tribunal in Art. 16 Abs. 1 die Entscheidungsgewalt über die eigene Zuständigkeit zu. Auch in Staaten, deren Gesetze nicht vom Modellgesetz beeinflusst wurden, wird die Kompetenz-Kompetenz ausdrücklich festgehalten. So gilt sie in Italien seit der Reform des Zivilprozessrechts im Jahre 2006 gemäß Art. 817 Abs. 1 ItalZPO (*Codice di Procedura Civile*).⁵⁴ Auch in Frankreich ist der Grundsatz anerkannt. Zwar werden positiver (Art. 1466 FraZPO, *Nouveau Code de Procédure Civile*) wie negativer Effekt (Art. 1458 FraZPO) nur für nationale Schiedsverfahren explizit erwähnt. Jedoch finden diese gemäß Art. 1495 FraZPO sowie einhelliger Meinung von Rechtsprechung und Lehre auch auf internationale Verfahren Anwendung, sofern für diese französisches Prozessrecht anwendbar ist.⁵⁵

⁵¹ *Born* (Fn. 4), 1053 f.

⁵² Von der Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (engl. UNCITRAL) am 21.6.1985 verabschiedetes und 2006 novelliertes Modell-Gesetz, das Staaten als Richtlinie und bewährtes Vorbild für die eigene Gesetzgebung dienen soll. Diese ist aber nicht identisch mit der ebenfalls weitverbreiteten UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung, die als von Parteien für ständige oder *ad hoc*-Schiedsverfahren wählbar ist.

⁵³ Zur Auflistung der Mitgliedsstaaten und deren jeweiliger Grad der Angleichung siehe http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

⁵⁴ Zu den einzelnen Neuerungen siehe *Poudret/Besson* (Fn. 22), Rn. 463.

⁵⁵ *Impex v. P.A.Z.* (Rn. 45), *Poudret/Besson* (Fn. 22), Rn. 465 m.w.N.

c) Unterschiedliche Ansätze

Die dargestellte Bandbreite an Kompetenz-Kompetenz anerkennenden Instrumentarien unterstreicht die Verbreitung, Akzeptanz und nicht zuletzt auch die Wichtigkeit des Prinzips.⁵⁶ Dennoch sind die einzelnen Ausprägungen keineswegs einheitlich. Da die mit der Kompetenz-Kompetenz-Doktrin verknüpften Problematiken umfassend sind und im Rahmen der vorliegenden Arbeit in ihrer gesamten Breite kaum angemessen diskutiert werden können, werden im Folgenden daher lediglich die besonders relevanten Aspekte des Zwischenentscheids über schiedsgerichtliche Zuständigkeit (aa) sowie die Möglichkeit einer einvernehmlichen Endgültigkeitserklärung der Wirksamkeit eines solchen Zwischenentscheids (bb) erörtert. Dabei werden die wichtigsten Strömungen nach Lösungen und Staaten differenziert sowie abschließend auf Grundlage ihres Nutzens im Hinblick auf eine effiziente und parteifreundliche Gestaltung bewertet.

aa) Handhabung von Zwischenentscheiden zur schiedsgerichtlichen Zuständigkeit

(1) Grundsätzlich kein Zwischenentscheid

Eine die Selbstständigkeit eines Schiedsgerichts stark unterstützende Rechtsordnung ist die Frankreichs. Art. 1465 FraZPO statuiert ausdrücklich eine Kompetenz-Kompetenz und erweitert diese qua Art. 1506 FraZPO auf jegliche in Frankreich oder unter französischem Recht anhängige Schiedsverfahren. Eine Ausnahme gilt wohl lediglich für arbeitsrechtliche Verfahren.⁵⁷ Auch dem negativen Effekt des Prinzips wird durch Art. 1506 FraZPO Rechnung getragen, wonach ein angerufenes staatliches Gericht jegliche Zwischenprüfung einer Schiedsklausel und der Zuständigkeit eines Tribunals unterlassen muss, sofern das Schiedsverfahren bereits begonnen wurde. Selbst wenn eine Feststellungsklage vor Beginn eingereicht wird, so beschränken die Art. 1448 Abs. 1, 1455 FraZPO eine gerichtliche Prüfung auf eine *prima facie*-Untersuchung bezüglich einer evidenten Nichtigkeit oder Nichtanwendbarkeit der in Abrede stehenden Schiedsklausel. Parteien erhalten somit in der Regel bis nach dem Hauptschiedsspruch am Ende des Verfahrens keine Gelegenheit zum staatlichen Rekurs.⁵⁸ Kommt es dann aber

⁵⁶ Übereinstimmend auch mit der gefestigten Ansicht der Vereinten Nationen: Memorandum on Arbitral Procedure, Prepared by the Secretariat, U.N. Doc. A/CN.4/35, II Y.B.I.L.C. (1950), 157 (165).

⁵⁷ *Société Deloitte Conseil v. Serant*, 2012 Rev. arb. 333, 336 (*French Cour de cassation soc.*); so auch *Born* (Fn. 4), 1114.

⁵⁸ *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 672; umfassende Übersicht der Rechtsprechung bei *Born* (Fn. 4), 1114.

dazu, wird allerdings eine umfassende *de novo*-Prüfung der Rechtssache durchgeführt.⁵⁹

Ähnlich, wenn auch weniger rigoros, ist die Handhabung nach dem Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG). In dessen Art. 7 lit. b wird dem staatlich angerufenen Gericht eine Zuständigkeit nur bei hinfalliger, unwirksamer oder nicht erfüllbarer Schiedsklausel zugesprochen. Diese ist zwar vom Wortlaut her nicht auf eine *prima facie*-Prüfung beschränkt, durch das *Schweizerische Bundesgericht* über die letzten Jahrzehnte aber dahingehend ausgelegt worden.⁶⁰

(2) Unbeschränkte Möglichkeit zur Erwirkung von Zwischenentscheiden

Am anderen Ende des Spektrums befindlich ist das Prozessrecht Schwedens. Gemäß § 2 des Schwedischen Gesetzes über Schiedsverfahren (*Lag om Skiljeförfarande*) hat das Tribunal eine sogenannte „vorläufige Kompetenzkompetenz“, wonach ein staatliches Gericht jederzeit auf Anfrage einer Partei eine für das Schiedsgericht bindende *de novo*-Prüfung⁶¹ durchführen kann. Vergleichbar schreibt auch das Chinesische Schiedsgesetz in Art. 20 vor, staatliche Zwischenentscheide zuzulassen.

(3) Lösungen *sui generis*

Einen eigenen Weg geht das englische Recht, dem seit 1996 neben umfangreicher Rechtsprechung das zu Teilen auf dem UNCITRAL-Modellgesetz basierende Gesetz für Schiedsverfahren (Arbitration Act 1996, nachfolgend ArbA) als normative Grundlage dient.⁶² Es erkennt die schiedsgerichtliche Kompetenzkompetenz in Sec. 30 Abs. 1 ArbA an. Auch die englischen Gerichte bestätigten sie seitdem mehrfach.⁶³ Will eine Partei ein die fehlende Zuständigkeit eines Tribunals feststellendes Urteil erwirken, so stehen ihr dennoch mehrere Wege offen. Zunächst besteht die Möglichkeit, gemäß Sec. 72 Abs. 1 ArbA bei Nichtteilnahme am Schiedsverfahren einen sofortigen Zwischenentscheid zu

⁵⁹ Statt aller: *S. Pac. Proprs. Ltd v. République Arabe d'Égypte*, 26 Int'l Legal Mat. 1004, 1006 (1987).

⁶⁰ *Schweizerisches Bundesgericht*: Urt. vom 6.8.2012, DFT 4A_119/2012, 3.2; *Judgment of Found. M v. Banque X*, 29 April 1996, 14 ASA Bull. 527; *Compagnie de Navigation et Transps. SA v. Mediterranean Shipping Co.*, 16 January 1995, XXI Y.B. Comm. Arb. 690, 696.

⁶¹ *Sekolec/Eliasson*, The UNCITRAL Model Law on Arbitration and the Swedish Arbitration Act: A Comparison, in: *The Swedish Arbitration Act of 1999 Five Years On: A Review of Strengths and Weaknesses*, 14.

⁶² *Poudret/Besson* (Fn. 22), 464.

⁶³ *Vale do Rio Doce Navegacao SA v. Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co.* (2000), EWHC 205 (Comm) (*English High Court*); *Albon v. Naza Motor Trading Sdn Bhd* (2007), EWHC 1879 (Ch) (*English High Court*); *People's Ins. Co. of China, Hebei Branch v. Vysanthe Shipping Co.* (2003), 2 Lloyd's Rep. 617, 622 (QB) (*English High Court*).

erlangen.⁶⁴ Dies gilt gemäß Sec. 72 Abs. 2 lit. a i.V. mit Sec. 66 Abs. 3, 67 ArbA auch für Schiedssprüche am Ende des Schiedsverfahrens, die dann *de novo* zu prüfen sind.⁶⁵ Ebenso geregelt ist die Klage einer am Schiedsverfahren teilnehmenden Partei, wonach der Schiedsspruch gemäß Sec. 31 i.V. mit Sec. 66 Abs. 3, 67 ArbA angegriffen werden kann. Eine besondere Stellung nimmt hingegen die Gestaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Zwischenfeststellungsklage im Falle einer Teilnahme des Klägers am Schiedsverfahren ein. Dies ist nach Sec 32 Abs. 1 lit. a ArbA entweder durch parteiliche Einigung oder gemäß Sec. 32 Abs. 1 lit. b ArbA durch Zustimmung des Schiedsgerichts sowie des angerufenen Gerichts möglich. Die vom Gericht dabei angestrebte Zulässigkeitsprüfung verlangt hierbei, dass eindeutig die Schiedsvereinbarung und nicht etwa der Hauptvertrag angegriffen wird.⁶⁶ Weiterhin statuiert Sec. 32 Abs. 1 lit. b. (i), (iii) ArbA ein Ermessen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit und die Wesentlichkeit eines Zwischenentscheids. So kann ein Gericht die Zulässigkeit versagen, wenn es nur um die Reichweite, nicht aber die Existenz einer Schiedsvereinbarung geht⁶⁷ oder sie bejahen, wenn ein Urteil nur eine eher unaufwendige Beweisaufnahme erfordern würde⁶⁸.

Ähnlich dem französischen Ansatz differenziert auch das deutsche Recht bei einer Feststellungsklage über die schiedsgerichtliche Zuständigkeit nach dem Beginn des Schiedsverfahrens. § 1032 Abs. 2 ZPO hat jedoch die Besonderheit, dass gerichtliche Prüfungen anders als in Frankreich nicht auf eine oberflächliche Untersuchung beschränkt, sondern dem angerufenen Gericht eine eingehende rechtliche Würdigung mit Bindungswirkung für das Schiedsverfahren gestattet wird. Hat ein Verfahren bereits begonnen, so ist hingegen § 1032 Abs. 1 ZPO einschlägig. Hiernach muss bei Rüge des Beklagten eine Prüfung der Schiedsvereinbarung auf Wirksam-, Gültig- und Nichtigkeit vorgenommen werden, die ebenfalls über eine reine *prima facie*-Untersuchung hinausgeht.⁶⁹ Gemäß § 1032 Abs. 3 ZPO ist es ferner möglich, mit dem Schiedsverfahren trotz noch ausstehenden Zwischenentscheids zu beginnen beziehungsweise fortzufahren.

⁶⁴ So auch *Broda Agro Trade Ltd v. Alfred C Toepfer Int'l GmbH* (2010), EWCA Civ 1100, 40 (*English Court of Appeal*).

⁶⁵ *Ebd.*; *Dallah Real Estate v. Gov't of Pakistan* (Fn. 51).

⁶⁶ *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* (Rn. 47).

⁶⁷ *Birse Constr. Ltd v. St. David Ltd* (1999), B.L.R. 194, 196-97 (QB) (*English High Court*).

⁶⁸ *Claxton Eng'g Servs. Ltd v. TXM Olaj-És Gázkutató KFT* (2010), EWHC 2567, 17 (*English High Court*).

⁶⁹ Ganz h.M.: BGHNJW 1957, 791; BayObLGZ 1978, 294, 302; Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, § 1032 Rn. 14; Münch, in: MüKo, ZPO, § 1032 Rn. 7; Geimer, in: Zöller, ZPO, § 1032 Rn. 14; Saenger, ZPO, § 1032 Rn. 9; a.A. OLG Düsseldorf OLGR 2002, 106.

(4) Stellungnahme

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Ansätze zur Zulässigkeit eines Zwischenentscheidungs von Staat zu Staat stark variieren können. Diese bis heute bestehende Diskrepanz der nationalen Regelungen ist angesichts zunehmender Globalisierung mit dem Argument unterschiedlicher Rechtskulturen alleine wohl nicht zu erklären. Vielmehr liegt der Schluss nahe, dass keine der Lösungen derart gelungen ist, als dass sie sich hätte weltweit durchsetzen oder zumindest als herrschende Ansicht etablieren können. Während das französische Modell beispielsweise die Parteiautonomie respektiert, führt es dennoch auch dazu, dass selbst offenkundige Zweifel an der Existenz einer Schiedsvereinbarung ignoriert werden können, bis bereits ein unter Umständen langwieriges und teures Schiedsverfahren beendet wurde. Der schwedische Ansatz steuert dem zwar entgegen, indem er einer Partei jederzeit Zugang zur staatlichen Überprüfung einer schiedsgerichtlichen Zuständigkeit gewährt. Jedoch wird Verzögerungstaktiken dadurch Tür und Tor geöffnet und die Idee der auf Parteivereinbarung basierenden Privatgerichtsbarkeit gerade ausgehöhlt. Zu begrüßen sind daher die Ansätze Deutschlands und Englands, die mehr Rücksicht auf den Einzelfall nehmen. So differenziert die ZPO ebenso wie die FraZPO nach dem Beginn eines Schiedsverfahrens, macht aber einen deutlichen Unterschied in der Tiefe der gerichtlichen Überprüfung. Während vor Beginn eines Schiedsverfahrens noch eine vollständige Zulässigkeitsprüfung angestrengt wird, beschränkt sich diese nach Verfahrenseinleitung aus prozessökonomischen Gesichtspunkten nur auf die Schiedsklausel. Noch weiterentwickelter erscheint die englische Lösung, die dem angerufenen Gericht einen Ermessensspielraum einräumt. Somit wird von steifen, für die komplexe und dynamische Rechtsnatur internationaler Schiedsverfahren meist ungeeigneten Pauschalregelungen Abstand genommen, um den Einzelfall im Hinblick auf die für die Parteien effizienteste Lösung zu bewerten. Doch auch dieser Ansatz ist nicht ohne Makel. Das ausfüllungsbedürftige Ermessen wirft neben der positiv zu bewertenden Flexibilität auch Probleme in Bezug auf die Rechtssicherheit auf, da Parteien nicht vollständig abschätzen können, wie ein Gericht seine Rolle im Schiedsverfahren bemessen wird.⁷⁰

Obwohl es wohl keine Patentlösung gibt, lassen sich doch zumindest zwei Faktoren herausstellen, die bei Berücksichtigung eine faire Behandlung von Fragen zur Kompetenz-Kompetenz nahelegen. Zum einen sollten Zwischenfeststellungsklagen, die nur die Reichweite der Schiedsvereinbarung oder gar Fragen zum Hauptvertrag als Grundlage haben, rundheraus an das

⁷⁰ Dies hat insbesondere unter dem mit dem englischen Ansatz vergleichbaren US-amerikanischen Recht zu einer Fülle von abweichenden Urteilen geführt, was die Rechtslage sehr widersprüchlich wie unübersichtlich gemacht hat; dazu *Born* (Fn. 4), 1125 ff.

Schiedsgericht zurückverwiesen werden. Der Hauptvertrag wurde von den Parteien als gerade nicht von staatlichen Gerichten zu entscheidende Rechtsfrage qualifiziert. Diese Entscheidung muss respektiert werden. Damit einhergehend sollte auch eine Prüfung der Schiedsklauselreichweite allein vom zuständigen Tribunal entschieden werden, da diese oftmals mit einer materiellen Prüfung des Hauptvertrags verbunden sein wird. Hierbei ist es dann auch irrelevant, ob das Schiedsverfahren bereits begonnen hat. Denn zu keiner Zeit ist ein staatliches Gericht aus den genannten Gründen in diesen Fragen der angemessene Adressat. Zum anderen sollte bei Klagen über die Gültigkeit, Anwendbarkeit oder Existenz einer Schiedsvereinbarung ein gerichtlicher Zwischenentscheid über einen zuvor ergangenen schiedsgerichtlichen Kompetenzentscheid möglich sein. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sollten dabei aber nach angloamerikanischem Vorbild im Einzelfall geprüft werden.⁷¹ Hierbei sollten prozessökonomische Faktoren wie Kompetenz der ausgewählten Schiedsrichter, Zeitpunkt der Klage, zu erwartende Kosten und Länge des Verfahrens sowie Komplexität der Beweislage abgewogen werden, um einen möglichst effizienten wie fairen Schiedsspruch zu ermöglichen. Hiervon sollte dann auch abhängig gemacht werden, ob eine *prima facie*-Untersuchung ausreicht.

bb) Vertragliche Abbedingung einer staatsgerichtlichen Nachprüfung

Ein weiteres Spannungsfeld ist die Erweiterung einer schiedsgerichtlichen Kompetenz durch vertragliche Einigung. So wäre es denkbar, einen Rechtsstreit auch völlig ohne staatliche Nachkontrolle in Bezug auf eine vorhandene Kompetenz-Kompetenz durchzuführen, sofern sich beide Parteien darauf verständigt haben, allein das Schiedsgericht urteilen zu lassen. Dies würde auch dann gelten, wenn eine Partei im Nachhinein die Wirksamkeit des Schiedsspruchs in irgendeiner Weise in Bezug auf materielle oder prozessuale Aspekte gerichtlich anzugreifen gedenkt.

(1) Verschiedene Ansätze

Gänzlich ausgeschlossen ist eine endgültige Abbedingung unter deutschem Recht.⁷² Die englische Rechtsprechung erkennt bisweilen zumindest eine Art „opting-out“-Lösung an, nach dem Parteien vereinbaren können, Schiedssprüche in Bezug auf Kompetenz-Kompetenz nur oberflächlich oder gar nicht von Gerichten nachprüfen lassen müssen.⁷³ Ähnliches stellte auch der *Oberste Gerichtshof*

⁷¹ So auch *ibd.*, 1126.

⁷² Ganz h.M.: *Voit*, in: Musielak, ZPO, § 1040 Rn. 2; *Münch*, in: MüKo, ZPO, § 1040 Rn. 51; *Born* (Fn. 4), 1123 f. m.w.N.; a.A. *Geimer*, in: Zöller, ZPO, § 1059 Rn. 8.

⁷³ *LG Caltex Gas Co. v. China Nat'l Petroleum Co.* (2001), EWCA Civ 788 (*English Ct. App.*); *Vee Networks Ltd v. Econet Wireless Int'l Ltd* (2005), 1 Lloyd's Rep. 192, 198 (QB) (*English High Ct.*);

der Vereinigten Staaten (*Supreme Court of the United States*) fest.⁷⁴ Die französische Rechtsprechung hat hingegen bislang keine Antwort auf die Frage der Handhabung einer solchen Parteivereinbarung gegeben. Art. 1448 FraZPO stipuliert allerdings, dass Parteien die Kompetenz-Kompetenz des Tribunals für Zwischenschiedssprüche nicht verändern dürfen, um die schiedsgerichtliche Selbstständigkeit zu gewährleisten. Zwar spricht keine Vorschrift der FraZPO ausdrücklich den Fall einer maximalen Erweiterung an, jedoch ist anzunehmen, dass Art. 1148 FraZPO in beide Richtungen gilt, eine Kompetenzerweiterung jedoch schlicht nicht üblich ist und daher nicht ausdrücklich kodifiziert wurde. Weiterhin lässt die Tatsache, dass der französische Gesetzgeber bei allen Hauptschiedssprüchen mit nationalem Bezug eine *de novo*- und nicht etwa eine *prima facie*-Prüfung vorschreibt, darauf schließen, dass ihm die staatliche Rechtsgewähr derart wichtig ist, dass er sie wohl nicht abdingbar machen würde.

(2) Stellungnahme

Zwar mag ein Gesetzgeber Hemmungen haben, noch mehr Kompetenzen aus der Hand der Judikative in die von Privatparteien und somit womöglich Laien zu legen, was den deutschen Ansatz erklärt. Jedoch sprechen die besseren Argumente für eine, freilich klar definierte, Erweiterungsmöglichkeit von Kompetenz-Kompetenz. Zum einen gibt es keinen Grund, eine derartige Vereinbarung im Rahmen der Parteiautonomie anders zu behandeln als andere für die Schiedsgerichtsbarkeit übliche Klauseln, insbesondere, wenn Art. 2 NYÜ anwendbar sein sollte.⁷⁵ Weiterhin wird damit das Schiedsverfahren beschleunigt, da nachträglich gerade kein staatliches Urteil die Beilegung der Streitsache verzögert und so die Kosten für die Parteien erhöht. Zum anderen wird so auch die staatliche Gerichtsbarkeit entlastet und in neutrale wie kompetente Hände gelegt, was, wie bereits erwähnt, gerade die Attraktivität der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ausmacht. Beachtet werden sollte dabei allerdings, dass eine solche Kompetenzerweiterung unmissverständlich und im besten Falle separat von der eigentlichen Schiedsklausel festgehalten werden sollte, um über jegliche Zweifel in Bezug auf Umfang und Wirksamkeit erhaben zu sein. Mithin ist eine extensive Handhabung von Abdingbarkeit der staatlichen Nachkontrolle in Bezug auf die schiedsgerichtliche Kompetenz-Kompetenz bei entsprechend klarer Vereinbarung als konsequente Schlussfolgerung der Privatautonomie zu begrüßen.

Astro Valiente Compania Naviera v. Pakistan Ministry of Food & Agric. (1982), 1 All ER 823 (Comm) (English High Ct.).

⁷⁴ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 942 (U.S. S.Ct. 1995).

⁷⁵ Vgl. *Born* (Fn. 4), 1220.

III. Situation in Brasilien

Die herausgearbeiteten Überlegungen und abstrakten Ergebnisse zum Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz können nunmehr auf das Beispiel Brasilien (1.) angewandt werden, um zu eruieren, inwieweit dort die Selbstständigkeit eines Schiedsgerichts anerkannt wird. Dies soll ein Indikator sein, um die allgemeine Entwicklung und den Status quo der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vor Ort besser einschätzen zu können (2.).

1. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Brasilien

a) Geschichtlicher Hintergrund

Wie eingangs erwähnt, haftet Brasilien bis heute ein Ruf der Schiedsfeindlichkeit an.⁷⁶ Unabhängig von dessen noch zu thematisierender Rechtmäßigkeit ist es aber geschichtlich korrekt, Brasilien wie vielen anderen lateinamerikanischen Staaten eine von derartiger Ablehnung geprägte Vergangenheit zu attestieren.^{77,78} Dies lag unter anderem an der im Lateinamerika des ausgehenden 19. Jahrhunderts verbreiteten *Calvo*-Doktrin.⁷⁹ Hiernach wurden ausländische Direktinvestitionen stets nach dem Rechtssystem des Begünstigten bewertet, ausländische Gerichte waren nur in Ausnahmefällen zuständig und es war ein Verzicht auf diplomatischen Schutz durch das Heimatland des Investors zu akzeptieren.⁸⁰ 1902 wurde sie zudem durch die *Drago*-Doktrin ergänzt, die als Korollar der US-amerikanischen *Monroe*-Doktrin⁸¹ vorsah, keine bewaffnete Intervention oder sonstige Sanktionen europäischer Staaten zwecks Eintreibung von Staatsschulden auf dem Territorium amerikanischer Staaten zu dulden.⁸² Diese unkooperative

⁷⁶ *Schmidt*, Bericht zur XXIX. Jahrestagung der DBJV: „Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation in Deutschland und Brasilien – Arbitragem e Mediação na Alemanha e no Brasil“, Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung 1/2011, 5 (6) m.w.N.

⁷⁷ *Corrie*, International Commercial Arbitration in Brazil, Comparative Law Yearbook of International Business 2013, 113.

⁷⁸ Zu Brasilien indirekt *Martinez*, Latin America and the Investment Treaty Arbitration Backlash, Arb.Rev.Am. 2012, 1, https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_022214.

⁷⁹ Benannt und entwickelt vom argentinischen Publizisten *Carlos Calvo* fanden dessen Ideen in Form einer sog. *Calvo*-Klausel Eingang in viele lateinamerikanische Verfassungen und Investitionsverträge; grundlegend *Calvo*, Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América.

⁸⁰ *Remedios Gómez Arnau*, México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos, 50 f.

⁸¹ 1823 vom gleichnamigen US-Präsidenten etablierte Nichteinmischungspolitik der amerikanischen Staaten gegenüber Europa.

⁸² „*Drago*, *Luis Maria*“, The Columbia Encyclopedia, 6. Aufl., http://www.encyclopedia.com/topic/Luis_Maria_Drago.aspx#2-1E1:Drago-Lu-full; die ursprüngliche Form der Doktrin geht zurück auf den argentinischen Außenminister *Luis Maria Drago*, die in einer von General *Horace Porter* modifizierten Form auf der 2. Haager Friedenskonferenz von 1907 Eingang in das „II. Haager Abkommen betreffend die Beschränkung der Anwendung von Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden“ fand.

Außenhandelspolitik gepaart mit den oft pro-brasilianisch orientierten Gerichten führte dazu, dass ausländische Investoren Brasilien größtenteils mieden und es somit auch weitaus weniger anhängige internationale Rechtsstreitigkeiten gab, die ein funktionierendes internationales Schiedssystem benötigt hätten.⁸³ Diese rechtspolitischen Haltungen änderten sich erst in den Achtzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts, als die Wirtschaften Lateinamerikas zunehmend stagnierten und viele Staaten auf ausländische Investoren zur Konsolidierung ihres Haushalts angewiesen waren.⁸⁴ In Brasilien kam 1985 zudem das Ende der langanhaltenden Militärdiktatur hinzu, dem 1988 eine neue Verfassung sowie eine wirtschaftsliberalere Regierung folgten. Verbunden mit einer nunmehr präsidentiell-demokratischen Staatsform unternahm Brasilien den nächsten Schritt zu einer dem internationalen Handel und damit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit offeneren Haltung. In den folgenden Jahren wurden zudem einige wichtige Konventionen unterzeichnet sowie ein modernes Schiedsgesetz ratifiziert.

b) Gesetzliche Regelungen

Auf supranationaler Ebene trat Brasilien seit Beginn der Neunzigerjahre mehreren Schiedskonventionen bei, die seine Abkehr von *Calvo*- und *Drago*-Doktrin unterstrichen. Am Anfang stand 1995 die Unterzeichnung der Panama Konvention⁸⁵, die u.a. die Anerkennung einer generellen Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen in lateinamerikanischen Mitgliedsstaaten vorschreibt. Ein Jahr später ratifizierte Brasilien das Las Leñas Protokoll, aufgrund dessen sich die bisher ausschließlich südamerikanischen Mitgliedsstaaten verpflichten, miteinander in prozessualen Angelegenheiten wie Beweisaufnahmeverfahren und der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen mit grenzüberschreitender Wirkung zu kooperieren.⁸⁶ Auch das unter der Leitung der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) entwickelte und 1997 in Brasilien in Kraft getretene Montevideo Abkommen, das die Panama Konvention in Bezug auf bisher nicht abgedeckte Schiedssprüche erweitert, zeugte von einem Willen zur Förderung des internationalen Handelsverkehrs verbunden mit der dafür besonders geeigneten privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.⁸⁷ Weiterhin führte die Ratifizierung des Olivos Protokolls im Jahre 2003 zu einer Verbreitung von

⁸³ *Corrie* (Fn. 100), 114.

⁸⁴ *Ebd.*

⁸⁵ Offiziell als *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration* bezeichnet und 1975 verabschiedet.

⁸⁶ *Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa*, Entscheidung Nr. 5/92, 27.6.1992, abrufbar unter <http://tinyurl.com/nt4r5ag> (span.).

⁸⁷ *Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards*, 5.8.1979, abrufbar unter <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-41.html> (engl.).

schiedsgerichtlichen Praktiken innerhalb des Mercosuls⁸⁸, da Rechtsstreitigkeiten zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten dieses Binnenmarkts nun, zumindest in der Theorie⁸⁹, verpflichtend und ausschließlich von *ad hoc*-Schiedsgerichten und einer ständigen Revisionsinstanz zu schlichten waren.⁹⁰ Größter Fortschritt in Bezug auf Übereinkommen war jedoch das Inkrafttreten des New Yorker Übereinkommens im Jahr 2002. Hierdurch wurde den knapp 150 Mitgliedsstaaten, denen die Konvention ein angenehm vertrautes Instrumentarium ist, signalisiert, dass nun auch auf brasilianischem Territorium mit einer Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche zu rechnen sei. Die Verzögerung von 44 Jahren nach Erstentwicklung des Übereinkommens ist der noch von *Calvo*, *Drago* und Militärdiktatur durchhauchten privatrechtlichen Gesetzeslandschaft sowie einem politisch unschlüssigen und ebenfalls schiedskritischen Kongress zuzurechnen, die erst durch verschiedene nationale wie internationale Entwicklungen einen Paradigmenwechsel erfuhren.⁹¹

Ein solcher Paradigmenwechsel war auf nationaler Ebene die Einführung des Brasilianischen Schiedsgesetzes (*Lei da Arbitragem*, BraSchG) von 1996.⁹² Dieses als sehr modern geltendes Gesetz führte trotz anfänglichen Widerstands gar zu einer Erneuerung verschiedener institutioneller Schiedsregeln.⁹³ Inhaltlich basiert es primär auf dem UNCITRAL-Modellgesetz, weist jedoch einzelne nationale Besonderheiten auf.⁹⁴ Darüber hinaus ergänzen noch einige, teils durch das

⁸⁸ Südamerikanischer, durch das Abkommen von Asunción vom 26.3.1991 ins Leben gerufener Binnenmarkt, bestehend aus fünf Mitgliedern sowie fünf weiteren assoziierten Staaten. Brasilien war hierbei Gründungsmitglied; spanisch als Mercosur (*Mercado Común del Sur*, dt. Gemeinsamer Markt des Südens), portugiesisch als Mercosul (*Mercado Comum do Sul*) bezeichnet.

⁸⁹ Ein berühmtes Negativbeispiel für die schiedsgerichtliche Funktionsunfähigkeit war der sog. *Pulp Mills*-Fall zwischen Uruguay und Argentinien, in dem die mangelnde Wirksamkeit der Mercosur-Schiedsgerichtsbarkeit deutlich wurde, insbesondere, da trotz erfolgten Schiedsspruchs der *Internationale Gerichtshof* angerufen und der Fall dort entschieden wurde. Übersicht bei *Piscitello/Andrés*, *The Conflict Between Argentina and Uruguay Concerning the Installation and Commissioning of Pulp Mills Before the International Court of Justice and MERCOSUR*, *ZaöRV* 67 (2007), 159.

⁹⁰ *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur*, 2003, abrufbar unter <http://tinyurl.com/mnzsnez> (span.).

⁹¹ *Corrie* (Fn. 100), 120 f. m.w.N.

⁹² Gesetz Nr. 9.307 vom 23.9.1996, verfügbar unter http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm (port.) oder <http://cbar.org.br/site/eng/brazilian-legislation/law-9-307-96-english/> (engl.).

⁹³ *Corrie* (Fn. 100), 116.

⁹⁴ *Engelmann*, *O Espaço da Arbitragem no Brasil: Notáveis e Experts em Busca de Reconhecimento*, *Rev. Sociol. Polít.* 20 (44), 2012, 155 (158), der auch die Einzelheiten des Gesetzgebungsprozesses darstellt.

Schiedsgesetz novellierte, Normen der brasilianischen Zivilprozessordnung (*Código de Processo Civil*, BraZPO) die Regelungen zu Schiedsverfahren.⁹⁵

Zuletzt sei noch die Weigerung des brasilianischen Staats zur Unterzeichnung der ICSID Konvention erwähnt. Trotz einer weiten Verbreitung mit 159 Mitgliedsstaaten widersetzt sich Brasilien bis heute vehement einer Unterzeichnung. Als Argumente werden sowohl rechtliche, etwa Unvereinbarkeit mit der brasilianischen Verfassung, als auch volkswirtschaftliche und politische Gründe genannt. Hiernach dient ein solches Abkommen vor allem kapitalexportierenden Nationen dazu, ihre Direktinvestitionen abzusichern. Letztlich könne dies zu einem Finanzimperialismus führen oder dazu beitragen, die Schwellen- bzw. Nehmerländer von ihren wirtschaftlich überlegenen Vertragspartnern abhängig zu machen und somit deren Entwicklung zu hemmen. Unabhängig von der Sinnhaftigkeit dieser an die *Calvo*-Doktrin erinnernden Finanzpolitik trägt dieser Umstand entscheidend zum negativen Ruf Brasiliens im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit bei. Für die weiteren Untersuchungen ist es daher zur Klarstellung wichtig festzuhalten, dass hier gerade nicht oder allenfalls mittelbar die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit analysiert und bewertet wird.

c) Rechtsprechung

Ebenso wie der Gesetzgeber orientierte sich auch die Dritte Gewalt gegenüber der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit neu. So wandelte sich die zunächst ablehnende Haltung des *Obersten Bundesgerichtshofs* (*Supremo Tribunal Federal*, STF), der im brasilianischen Justizsystem gemäß Art. 102 Abs. 1 lit. a der Verfassung der Föderativen Republik Brasilien (*Constituição da República Federativa do Brasil*) das Verwerfungsmonopol von Bundesgesetzen innehat. In der Grundsatzentscheidung *M.B.V. Commercial and Export Management Est. v. Resil Industria e Comércio Ltda.*⁹⁶ erkannte er 2001 endgültig die verfassungsrechtliche Gültigkeit des BraSchG an und ebnete somit den Weg zur Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit, die nicht länger unter verfassungsrechtlichen Zweifeln litt. Denn zuvor war die Wirksamkeit von Schiedsklauseln oft umstritten gewesen. Man benötigte zusätzlich zur vertraglichen Schiedsklausel eine weitere schriftliche Bestätigung der Parteien nach Auftreten eines Streitfalls (*compromisso arbitral*), was einer dem Verfahren abgeneigten Partei die Gelegenheit zur Verweigerung der Unterzeichnung gab und

⁹⁵ So etwa Art. 1072 ff. BraZPO; mit Hinweis auf die einzelnen Novellierungen abrufbar unter <http://www.soleis.com.br/ebooks/0-processo.htm>.

⁹⁶ *Supremo Tribunal Federal*, SE 5.206-AgR, Report: *Sepúlveda Pertence*, Ur. vom 12.12.2001, Plenário, DJ de 30-4-2004, abrufbar unter <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep>.

die Schiedsabrede somit zu einem stumpfen Schwert machte.⁹⁷ Nun aber konnten die Parteien auf die Wirksamkeit vertrauen, was nicht nur internationales Interesse erregte, sondern auch zur Gründung des brasilianischen Schiedskomitees (*Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr*) führte, das sich in Form von nationalen wie internationalen Veranstaltungen und der Herausgabe der ersten brasilianischen Zeitschrift für Schiedsgerichtsbarkeit (*Revista Brasileira de Arbitragem*) für die sich steigernde Beliebtheit der Schiedsgerichtsbarkeit einsetzt.⁹⁸ Auch die schiedsfreundliche Rechtsprechung des höchsten staatlichen Gerichts in Zivilsachen, dem *Obersten Gerichtshof der Justiz* (*Superior Tribunal de Justiça, STJ*), sowie die Überlastung der staatlichen Gerichtsbarkeit führten zu einer steigenden Popularität der kommerziellen ADR.⁹⁹ So stellte der *STJ* in *Total Energia, SNDC v. Thorey Invest Negócios Ltda.* fest, dass das brasilianische Internationale Privatrecht, festgeschrieben im Einführungsgesetz des Zivilgesetzbuchs (*Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*), gegenüber dem BraSchG zurückweicht.¹⁰⁰ Dies unterstreicht weiter die höchstrichterliche Gesinnung, die Privatautonomie zu respektieren, indem man sie über die nationalen Kollisionsnormen stellt.¹⁰¹

2. Handhabung des Prinzips der Kompetenz-Kompetenz

a) Allgemeines

Das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz ist nach brasilianischem Recht seit Einführung des BraSchG 1996 gesetzlich verankert. So statuiert der an Art. 16 UNCITRAL-Modellgesetzes angelehnte Art. 8 BraSchG in einem ersten Schritt das Teilbarkeitsprinzip, sodann die schiedsgerichtliche Kompetenz, über Existenz, Gültigkeit und Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu entscheiden. Ungewöhnlicherweise wird dem Tribunal hierbei gar eine Entscheidungsgewalt *ex officio* (wörtlich *de ofício*) eingeräumt, was für Regelwerke innerhalb der internationalen kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit sehr selten ist.¹⁰² Will eine Partei die Schiedsabrede angreifen, so muss dies gemäß Art. 20 BraSchG zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Beginn des Schiedsverfahrens geschehen. Kommt das Schiedsgericht dabei zu dem Schluss, dass keine Schiedsvereinbarung

⁹⁷ *de Araújo*, O Princípio da Autonomia da Cláusula Arbitral na Jurisprudência Brasileira, RArb 2010, 265 (269); *Corrie* (Fn. 100), 144; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 632.

⁹⁸ Mehr Informationen zur Geschichte der CBAr und der Zeitschrift unter <http://www.cbar.org.br>.

⁹⁹ Vgl. *Braghetta*, Jurisprudência Arbitral, in: Estudos de Arbitragem, Mediação e Negiação; *Corrie* (Fn. 100), 118 f.

¹⁰⁰ *Total Energia v. Thorey*, Agravo de Instrumento Number 1.111.650-0 — 1 *Tribunal de Alçada Civil de São Paulo*, abrufbar unter: http://www.cbar.org.br/PDF/Total_Energi_versus_Thorey.pdf.

¹⁰¹ So auch *Corrie* (Fn. 100), 145.

¹⁰² *Born* (Fn. 4), 1248.

besteht, wird den Parteien freigestellt, die staatliche Gerichtsbarkeit nach Maßgabe der BraZPO zu ersuchen. Bestätigt es hingegen die Wirksamkeit einer Schiedsklausel, wird das Verfahren fortgesetzt und der unterlegenen Partei gemäß Art. 20 § 2 BraSchG i.V. mit Art. 33 § 1 BraSchG die Möglichkeit gegeben, den Zwischenentscheid einem staatlichen Gericht binnen 90 Tagen nach Verkündung zur Überprüfung vorzulegen. Eine weitere Besonderheit des brasilianischen Modells ist die gerichtliche Zwangsanordnung nach Art. 7 BraSchG im Falle einer fehlenden Vereinbarung zur Einleitung eines Schiedsverfahrens. Hiernach kann eine sich dem Verfahren verweigernde Partei gerichtlich dazu verpflichtet werden, an einer speziellen Anhörung teilzunehmen (*citação*), um eine einvernehmliche Erklärung (*compromisso*) zur Teilnahme am Schiedsverfahren zu erwirken. Weigert sich die Partei weiterhin, kann der zuständige Richter den Umfang der Erklärung allein auf Grundlage der Aussage der schiedswilligen Partei bestimmen und einen einzelnen Schiedsrichter ernennen.

b) Richtungsweisende Rechtsprechung

Über die Jahre wurden immer wieder Urteile gefällt, die das bisweilen diffuse BraSchG konturieren. Zwar haben höchstrichterliche Entscheidungen auch in Brasilien keine absolute Bindungswirkung, dienen unteren Gerichten aber trotzdem als wichtige Richtschnur.¹⁰³ Im Folgenden werden daher die einzelnen besonders relevanten Bereiche, die eine höchstrichterliche Klarstellung erfahren haben, näher beleuchtet.

aa) Behandlung von Zwischenentscheidungen

Staatliche Zwischenentscheide zum Schutz des reibungslosen Verlaufs des Schiedsverfahrens sind vor Konstituierung eines Schiedsgerichts möglich, danach kann jedoch einzig das Schiedstribunal ein Zwischenurteil fällen.¹⁰⁴ Allerdings haben die schiedsgerichtlichen Zwischenurteile keine automatische Bindungswirkung gegenüber den Parteien, weshalb die Vollstreckung dieser jeweils bei einem staatlichen Gericht geltend gemacht wird und sie dort zudem einer *de*

¹⁰³ *Corrie* (Fn. 100), 148.

¹⁰⁴ *Itarumã Participações S.A. (Itarumã) v. Participações em Complexos Bioenergéticos S.A. (PCBIOS)*, STJ Urt. vom 12.6.2012, Resp. 1.297.924-RJ (2011/0240991-9), Report: *Nancy Andrighi, Unibanco União de Bancos Brasileiros SA v. Dalby SA*, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Ag.I. 70027212455, Report: *Nilton Carpes da Silva*, 2. November 2008, TJRSJ; *Carlos Alberto de Oliveira Andrade v. Renault do Brasil Comércio e Participações Ltda.*, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Nr. 1117830-0/7, Report: *Antonio Benedito Ribeiro Pinto*, 26. Februar 2008, TJSPJ; *Lee, Durval Biancalana da Silva v. Delta Engenharia e Montagem Industrial Ltda., DTP Participações e Investimentos S/A u.a.*, Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, 12.5.2010, 0063229-77.2010.8.19.0001.

novo-Prüfung unterzogen werden müssen.¹⁰⁵ Eine Ausnahme gilt lediglich im gesetzlich unklar geregelten Fall von Notfallmaßnahmen, wenn ein Schiedsgericht vorübergehend handlungsunfähig sein sollte. Art. 22 § 4 BraSchG schreibt hierbei vor, dass das Schiedsgericht ein staatliches Gericht anzurufen hat, um die Maßnahmen zu erwirken. Die Norm lässt allerdings offen, ob der gerichtliche Rekurs dabei einzig dem Tribunal vorbehalten ist oder die Parteien ausnahmsweise auch direkt um einen Zwischenentscheid bitten können.¹⁰⁶ Der *STJ* hat dies für Ausnahmefälle bejaht, dabei aber klargestellt, dass der Umfang der erbetenen Maßnahmen im Falle einer Genehmigung nicht von staatlicher Seite erweitert werden kann.¹⁰⁷ Weiterhin stärkend für die Anerkennung von Schiedsklauseln ist die Entscheidung des *STJ* im Fall *Mitsubishi Electric Corp. v. Evadin Indústrias Amazônia SA* von 2007.¹⁰⁸ Hierin wurde die schon zuvor verbreitete Vermutung höchstrichterlich bestätigt, dass auch Schiedsabreden von vor Einführung des BraSchG 1996 Gültigkeit beanspruchen können und keine Exequatur im Sinne eines *compromisso arbitral* mehr benötigen, um einem Schiedsgericht überführt zu werden.

bb) Abbedingung staatlicher Nachprüfung von schiedsgerichtlicher Kompetenz

Obwohl Brasilien das NYÜ ratifiziert hat und die Parteien im Rahmen des BraSchG Streitigkeiten durch Schiedsverfahren beseitigen können, wird es, vorbehaltlich bisher inexisterter gegenteiliger Rechtsprechung, kaum möglich sein, eine endgültige staatliche Zwischenentscheidungsrevision abzubedingen. Wie bereits erwähnt, mangelt es schiedsgerichtlichen Zwischenurteilen an *imperium*, sodass bei Weigerung einer Partei immer ein staatliches Gericht angerufen werden müsste. Von einer echten Abdingbarkeit ist daher nicht auszugehen.

cc) Schiedsverfahren mit öffentlich-rechtlicher Komponente

Während Verfahren mit öffentlichem Interesse weiterhin in der Hand der staatlichen Gerichtsbarkeit bleiben, haben einzelne höchstrichterliche Entscheidungen verdeutlicht, dass Schiedsverfahren durchaus zulässig sind, wenn es um die reinen Interessen der Verwaltung geht, die auch als „sekundäre öffentliche Interessen“ bezeichnet werden.¹⁰⁹ Auch hat der *STJ* den Weg zu den

¹⁰⁵ *Itarumã v. PCBIO*S (Fn. 126).

¹⁰⁶ Vgl. *Corrie* (Fn. 100), 148.

¹⁰⁷ *Itarumã v. PCBIO*S (Fn. 126).

¹⁰⁸ *Mitsubishi Electric Corp. v. Evadin Indústrias Amazônia SA*, *STJ* SEC 349/JP, Report: *Eliana Calmon*, 21.3.2007, 528, *STJJ*.

¹⁰⁹ Jeweils *STJ*: *Companhia Paranense de Gás (Compagás) v. Consórcio Carioca-Passarelli*, 15.6.2004; *AES Uruguaina v. Companhia Estadual de Energia Eléctrica (CEEE)*, October 25, 2005; *Nuclebrás Equipamentos Pesados SA (NUCLEP) v. TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE SA*, 7.12.2005.

Schiedsgerichten für gemischtwirtschaftliche Unternehmen (*sociedades de economia mista*) bereitet, da diese auf Augenhöhe mit rein privatrechtlichen Unternehmen konkurrierten und damit ein Schiedsverfahren wie jedes andere Unternehmen anstrengen dürften.¹¹⁰

Es gibt jedoch auch vereinzelte Urteile, die eine andere Taktart vorgeben. So hat das *Berufungsgericht des Staates Rio Grande do Sul* im Fall *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE) v. Kreditanstalt Für Wiederaufbau Bankengruppe* 2013 eine erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben, die eine Feststellungsklage bzgl. der Nichtigkeit des Hauptvertrags mit Hinweis auf die Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts abgelehnt hatte.¹¹¹ Das Urteil erging auf Grundlage eines der Klageschrift beigefügten Polizeiberichts, der laut dem Berufungsgericht die offensichtliche Nichtigkeit des Hauptvertrags nahelegte und daher Anlass gegeben hatte, das Schiedsverfahren ohne weitere Untersuchungen zu beenden. Ähnlich problematisch für das Verständnis der Selbstständigkeit schiedsgerichtlicher Verfahren in Brasilien ist der Fall *Compania Paranaense de Energia (Copel) v. UEG Araucária Ltda.* aus dem Jahre 2004, bei dem das *Berufungsgericht des Staates Paraná* intervenierte und ein in Brasilien stattfindendes ICC-Verfahren unter Androhung hoher Strafzahlungen aussetzte, während sich die nationale Gerichtsbarkeit des Falles annahm.¹¹²

c) Bewertung

Betrachtet man die einzelnen Entwicklungen in Brasilien seit Einführung des BraSchG, kommt man unweigerlich zu dem Schluss, dass sowohl der Gesetzgeber als auch der *STJ* größte Anstrengungen unternommen haben, das Land von seinem Ruf der Schiedsfeindlichkeit zu befreien und bisher bestehende Hürden der internationalen kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Weg zu räumen. Sehr förderlich ist sicherlich die enge Anbindung der nationalen Regelungen an das UNCITRAL-Modellgesetz, das sich über die Jahre nicht nur bewährt hat, sondern für viele Unternehmen mittlerweile auch ein Qualitätsmerkmal geworden ist und somit schon eine gewisse Schiedsfreundlichkeit indiziert. Konkret das BraSchG betreffend ist ferner positiv zu vermerken, dass, ähnlich dem in diesem Punkt für seine Parteifreundlichkeit bekannten französischen Modell, zwischen der Zeit vor und nach Beginn des Schiedsverfahrens differenziert wird. Dass die staatlichen Gerichte nach Konstituierung des Tribunals nicht mehr eingreifen, sondern

¹¹⁰ *União v. TMC Terminal Multimodal de Cora Grande SPE S.A.*, *STJ*, 27.9.2006.

¹¹¹ *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE) v. Kreditanstalt Für Wiederaufbau Bankengruppe*, *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Nr. 70053386595, 12.6.2013.

¹¹² *Compania Paranaense de Energia (Copel) v. UEG Araucária Ltda.*, *Tribunal de Justiça do Estado de Paraná*, 15.6.2004.

Zwischenentscheidungsklagen grundsätzlich abweisen und die Schiedsrichter somit stets das erste Wort haben, ist ein deutliches Zeichen, dass die Parteiautonomie respektiert wird. Verwässert wird dies allerdings durch den Mangel an Bindungswirkung, sodass das Verfahren dennoch verlangsamt wird und die Autorität der Schiedsrichter bis zum Ende des Verfahrens nicht absolut ist. Allerdings ist die überwiegende Rechtsprechung, insbesondere dank des schiedsfreundlich eingestellten *Obersten Gerichtshofs der Justiz*, als unterstützend zu bewerten. Einzig die erwähnte Problematik der Notfallmaßnahmen im Falle eines handlungsunfähigen Tribunals durchbricht das Prinzip der negativen Kompetenz-Kompetenz, indem einer Partei der direkte Zugang zum staatlichen Gericht gewährt wird. Zwar mag das oben genannte *Itarumã*-Urteil des *STJ* im Einzelfall im Hinblick auf drohende finanzielle Einbußen verständlich sein und deutet auf die intendierte Parteilichkeit der Entscheidung hin. Allerdings kommt das Ergebnis rechtspolitisch einem Pyrrhussieg gleich, denn der dabei entstandene Verlust in Form der Abschwächung der negativen Kompetenz-Kompetenz setzt einen bedenklichen Maßstab und steht kaum in Relation zu den geringen Interessen in jenem Einzelfall. Es wäre daher ein weiteres Urteil wünschenswert, das auch in Notfallmaßnahmen dem Tribunal, für dessen Funktionsfähigkeit nicht zuletzt auch die Parteien Verantwortung tragen, die alleinige Anrufungsgewalt unmissverständlich zuteilt. Dies würde klarstellen, dass Art. 22 § 4 BraSchG restriktiv auszulegen ist. Bedenklich ist ferner die in Art. 8 BraSchG geregelte schiedsgerichtliche Urteilsgewalt *sua sponte*, die zu Recht sehr ungewöhnlich ist. Denn die Schiedsgerichtsbarkeit soll gerade ein parteigetriebenes Verfahren sein, das die Interessen der Beteiligten in möglichst großem Umfang berücksichtigt. Wird nun einem Tribunal die Möglichkeit gegeben, aus eigener Initiative über seine Kompetenz zu befinden, so ist nicht auszuschließen, dass die Parteien darauf gar keine Zeit und Ressourcen verwenden wollen.¹¹³ Zwar mag die ungefragte Überprüfung unter Umständen die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs gewährleisten, jedoch ist die Parteiautonomie das wohl höchste Gut und ehernste Prinzip der privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Auch ein von den Parteien bestelltes Tribunal sollte sich nicht darüber hinwegsetzen können. Ausgehend vom *CGTEE*-Fall¹¹⁴ muss zudem mit Sorge festgestellt werden, dass hier das Teilbarkeitsprinzip gemäß Art. 8 BraSchG sowie die darin geregelte Kompetenz-Kompetenz übergangen wurden. Es bleibt zu hoffen, dass eine derartige, zugegebenermaßen auch nicht höchstrichterliche Rechtsprechung, eine Ausnahme bleibt. Der aus Sicht der schiedsgerichtlichen Unabhängigkeit nicht weniger unglückliche *Copel*-Fall¹¹⁵ scheint hingegen weniger Ausnahme als vielmehr Auswuchs einer sich

¹¹³ Vgl. *Born* (Fn. 4), 1248 f.

¹¹⁴ Siehe Fn. 111.

¹¹⁵ Siehe Fn. 112.

festigenden Tendenz zu sein, Schiedsverfahren mit starkem Bezug des öffentlichen Interesses an die nationale Gerichtsbarkeit zu binden.¹¹⁶

Trotz der teils noch problematischen Aspekte darf man aber insgesamt nicht aus den Augen verlieren, dass Brasilien eine vergleichsweise kurze Vergangenheit wirksamer ADR-Verfahren hat und eingedenk dessen einen fulminanten Start hatte und sich durch allerlei nationale Schiedsinstitutionen¹¹⁷ und eine offenere Rechtspolitik zu einem der führenden lateinamerikanischen Staaten auf dem Gebiet der Schiedsfreundlichkeit entwickelt hat.

IV. Abschlussthese

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die internationale kommerzielle Schiedsgerichtsbarkeit zunehmend an Bedeutung gewinnt und oftmals eine attraktive Alternative gegenüber staatlichen Gerichten zur Streitbeilegung darstellt. Ein integraler prozessualer Bestandteil bildet hierbei das weitgehend anerkannte Prinzip der Kompetenz-Kompetenz, das durch nationale und internationale Rechtsinstrumentarien begründet wird und dort in unterschiedlicher Ausprägung verankert ist.¹¹⁸ Die nähere Analyse des Status quo der Schiedsgerichtsbarkeit in Brasilien zeigt, dass das Land in der Tat eine gleichsam dunkle Vergangenheit in Bezug auf die Anerkennung der privaten Gerichtsbarkeit hat. Dennoch haben Gesetzgeber und Rechtsprechung in den vergangenen 20 Jahren entscheidend zu einem Verständniswandel beigetragen, sodass Brasilien heute zu den mit am fortschrittlichsten Staaten in Bezug auf Schiedsgerichtsbarkeit gehört und anderen Rechtsordnungen, gerade in Lateinamerika, als gutes Beispiel vorangehen kann.¹¹⁹

¹¹⁶ *Figueroa Valdes* (Fn. 18), 134 (157); weitere Beispiele bei *Dalmaso Marques*, O STJ, As Medidas Antiarbitragem e o Princípio da Competência-Competência na Lei 9.307/1996, RArb 2012, 275.

¹¹⁷ Überblick bei *Corrie* (Fn. 100), 123.

¹¹⁸ *Garcia da Fonseca*, O Princípio da Competência-Competência na Arbitragem. Uma Perspectiva Brasileira, RArb 2006, 277 (286).

¹¹⁹ Zum starken Anstieg der Anzahl an ICC-Verfahren in Brasilien und anderen Teilen Lateinamerikas seit den Neunzigerjahren siehe *White & Case*, Survey of Trends in Latin American Arbitration 2009, abrufbar unter: http://www.whitecase.com/idq/summer_2009_1a/#.U7ysvvl5NqV.