

Beiträge zum Sportrecht

Band 70

Ex aequo et bono im Schiedsverfahren

Von

Birgit Kallauch-Hehmke



Duncker & Humblot · Berlin

BIRGIT KALLAUCH-HEHMKE

Ex aequo et bono im Schiedsverfahren

Beiträge zum Sportrecht

Herausgegeben von
Kristian Kühl, Udo Steiner
und Klaus Vieweg

Band 70

Ex aequo et bono im Schiedsverfahren

Von

Birgit Kallauch-Hehmke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg hat diese Arbeit im Jahr 2024 unter dem Titel „Ex aequo et bono Entscheidungsfindung bei Schiedsgerichtsurteilen – Konzept und Bedeutung des römisch-rechtlichen Grundsatzes ‚ex aequo et bono‘ in Schiedsurteilen“ als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1435-7925
ISBN 978-3-428-19464-3 (Print)
ISBN 978-3-428-59464-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit lag der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation zur Begutachtung vor. Literatur und Rechtsprechung sind bis September 2023 berücksichtigt. Für die sehr engagierte und hervorragende wissenschaftliche Betreuung und Erstbegutachtung danke ich sehr herzlich Herrn Professor Dr. Hans-Dieter Spengler. Herrn Professor Dr. Thomas Regenfus gilt mein außerordentlicher Dank für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Mein herzlicher Dank geht auch insbesondere an meine Familie für ihre fortwährende Unterstützung in jeder Hinsicht.

Erlangen, 02. März 2025

Birgit Kallauch-Hehmke

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	23
I. Gegenstand der Untersuchung	23
II. Schiedsgerichtsbarkeit im historischen Rückblick	27
1. Das private Schiedsgericht im klassischen römischen Recht	30
a) Compromissum	31
b) Receptum arbitri – Übernahme des Schiedsrichteramtes	32
c) Umfang und Details des Schiedsverfahrens und Schiedsurteils	33
2. Das private Schiedsgericht in der nachklassischen Periode	34
3. Das private Schiedsgericht in justinianischer Zeit	35
a) Compromissum	36
b) Receptum arbitri	36
c) Umfang sowie Details des Schiedsrichters, Schiedsverfahrens und Schiedsurteils	37
d) Digestentitel D. 4, 8 – De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant	37
4. Rezeption des römischen Rechts	39
III. Aktuelle Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	40
 B. Streitbeilegung – relevante einzelne Themenbereiche	43
I. Staatliche Gerichte vs. nicht-staatliche Verfahren	43
II. Konzept der privaten Schiedsgerichtsbarkeit sowie Abgrenzung des schiedsrichterlichen Verfahrens zum Vergleich	44
1. Qualifikation als vergleichsähnliches Konzept	44
a) Historische Entwicklung	44
b) Systematische Abgrenzung	45
c) Ergebnis	46
2. Unabhängigkeit der Schiedsrichter	46
3. Rechtsprechungscharakter der privaten Schiedsgerichtsbarkeit	46
III. Alternative Streitbeilegung	48
IV. Schiedsverfahren	49
1. Arten von Schiedsverfahren	49
a) ad hoc Schiedsverfahren	50

b) Institutionelle Schiedsverfahren	50
c) Administrierte/Institutionelle Schiedsverfahren	51
2. Schiedsgerichtsbarkeit – rechtliche Grundlagen aus deutscher Sicht	53
a) §§ 1025 ff. ZPO/10. Buch der ZPO: Schiedsrichterliches Verfahren	53
b) Anwendbares Recht	54
aa) § 1051 Abs. 1 und 2 ZPO: Systematik und Regelungszweck	54
bb) § 1051 Abs. 3 und 4 ZPO: Ergänzungsregeln: Billigkeit und Handelsbräuche	55
c) Rechtsbehelf gegen den Schiedsspruch und Grenzen der Überprüfung von Schiedssprüchen durch nationale deutsche Gerichtsbarkeit	55
aa) Aufhebungsantrag sowie Gründe des § 1059 Abs. 2 ZPO	56
(1) § 1059 Abs. 2 Nr. 1 d) ZPO	56
(2) Ordre public	57
(3) Exkurs: Abgrenzung des ordre public zu zwingendem nationalem Recht	59
bb) Bedeutung für internationale Schiedsverfahren	60
3. Vorteile und Nachteile eines privaten Schiedsverfahrens gegenüber Verfahren vor der staatlichen Gerichtsbarkeit	61
a) Zeitdauer des Verfahrens	62
aa) Dauer im Vergleich zu Verfahren vor den ordentlichen/staatlichen Gerichten	62
(1) DIS-Schiedsordnung: Verkürztes Verfahren seit 2018	62
(2) Verfahrensfristen: Verfahrensschritte für die Parteien als auch für Schiedsrichter	63
(a) UNCITRAL Modellgesetz	63
(b) ICC Arbitration Rules	64
(c) CAS Code of Sports-related Arbitration Rules	64
(d) DIS-Schiedsordnung	64
(3) Tendenz zur Überregulierung	65
bb) Geschwindigkeit der Entscheidungsfindung	66
cc) Offenlegungsverpflichtungen im Zusammenhang mit der Verfahrensdauer	66
b) Sachkunde der Schiedsrichter	67
aa) Schiedsrichterlisten	67
(1) Abschließende Liste von Schiedsrichtern	67
(2) Unverbindliche Vorschläge oder Vorschlagsliste der Schiedsinsti-tution	69
(3) Ergebnis	70
bb) Expertise	70
c) Vertraulichkeit des Verfahrens/Vertraulichkeit des Schiedsspruches	71
d) Durchsetzbarkeit des Schiedsspruches	71

e) Kosten	73
f) Neutralität – Internationalität	73
g) Präjudizbildung durch (Schieds-)Urteile	74
4. Verbreitung von Schiedsvereinbarungen/Schiedsklauseln	74
5. Schiedsverfahrensrecht – einzelne relevante Themenbereiche	76
a) Sitz oder Ort des Schiedsgerichtes: Auswahl und Bedeutung	76
b) Besetzung des Schiedsgerichtes	77
aa) Besetzung des Schiedsgerichtes: insbesondere Übergewicht einer Partei	78
(1) Ernennung aller Schiedsrichter durch eine Partei	78
(2) Ernennung der Mehrzahl der Schiedsrichter durch eine Partei	79
(3) Sonderfall der Ernennung durch eine Schiedsrichterliste	80
(4) Ergebnis	81
bb) Anzahl der Schiedsrichter	81
cc) Qualifikation der Schiedsrichter	82
c) Sportschiedsgerichte als echte Schiedsgerichte	83
C. Grundlagen der Entscheidungsfindung im schiedsrichterlichen Verfahren	88
I. Anwendbares Prozessrecht	88
II. Anwendbares materielles Recht	90
1. Entscheidung durch die Parteien	91
a) Festlegung des anwendbaren Rechts durch die Parteien	92
b) Satzungsrecht – Vereinsrecht	93
aa) Athletenvereinbarung in Verbindung mit einer Satzung	93
bb) Satzungen mit dynamischen Verweisen	97
2. Bestimmung durch das Schiedsgericht	98
3. Weitere relevante Themenkomplexe im Kontext der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	98
a) lex mercatoria	99
aa) Historie	99
bb) Definition	101
b) lex sportiva	105
c) Generalklauseln versus Billigkeitsentscheidungen	107
aa) Hedemann	107
bb) Werner	108
cc) Berges	109
dd) Ergebnis	110

D. Verfassungs- und Völkerrechtliche Grundlagen im Kontext des Schiedsverfahrensrechts	111
I. Verfassungsrechtliche Grenzen	111
1. Handelsschiedsgerichtsbarkeit	111
a) Vertragsautonomie/persönliche Freiheitsrechte – Art. 2 Abs. 1 GG	111
b) Justizgewähranspruch – Art. 19 Abs. 4 GG	112
c) Anspruch auf den gesetzlichen Richter – Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	113
d) Recht auf rechtliches Gehör – Art. 103 Abs. 1 GG	114
e) Verbot der Doppelbestrafung – Art. 103 Abs. 3 GG	114
2. Sportschiedsgerichtsbarkeit	115
a) Verfassungsrechtliche Grenzen wie bei der Handelsschiedsgerichtsbarkeit	115
b) Vereinigungsfreiheit/Vereins- und Verbandsfreiheit – Art. 9 Abs. 1 GG	116
c) Berufsfreiheit – Art. 12 Abs. 1 GG – Athleten und Berufsausübung	117
d) Vereinbarkeit mit Art. 92 GG	118
II. Völkerrechtliche Grundlagen	119
E. Internationale Verträge im Schiedsverfahrensrecht	122
I. New Yorker Übereinkommen	122
II. Weitere multilaterale Abkommen im Kontext der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	122
1. Staatsverträge	122
2. Europäisches (Genfer) Übereinkommen	123
3. Interamerikanisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsbarkeit (Panama Convention)	124
4. ICSID – Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states (Washington Convention)	124
5. Bedeutung des Grundsatzes <i>ex aequo et bono</i> im Rahmen von Staatsverträgen	125
III. Verhältnis der Rechtsquellen: Staatsverträge – nationales Schiedsverfahrensrecht	128
F. Internationale Schiedsordnungen	129
I. Überblick der letzten Dekaden sowie einzelne Schiedsordnungen: ICC, UNCITRAL, etc.	129
II. UNCITRAL Modellgesetz	129
G. Schiedsverfahren unter Anwendung des Grundsatzes <i>ex aequo et bono</i>	131
I. Rechtshistorische Entwicklung des Grundsatzes <i>ex aequo et bono</i>	131
1. Griechische Wurzeln der „Aequitas“	132

2. Römisches Recht	133
a) Begrifflichkeiten	133
aa) Heumann	133
bb) von Keller	134
cc) Kaser/Knütel/Lohsse	134
dd) Ergebnis	135
ee) Stipulationen	136
ff) Klagen – <i>id quod interest</i>	137
b) Sallust: Bellum Iugurthinum	137
aa) Bellum Iugurthinum 15, 3	137
bb) Bellum Iugurthinum 35, 7	138
cc) Wertung durch Köstermann	140
c) Auctor ad Herennium	141
d) Cicero	141
e) Gaius	143
f) Einzelne Quellen des Corpus Iuris Civilis	144
aa) Celsus	144
bb) Papinian	145
cc) Paulus	146
dd) Ulpian	146
ee) Justinian	148
ff) Kontext der vorgenannten Quellen im Hinblick auf die Rechtsinstrumente im Privatrecht	149
(1) Abgrenzungen des <i>ius civile</i> , <i>ius gentium</i> , <i>ius naturale</i> und <i>ius privatum</i>	149
(2) Obligationenrecht, Klagen, Formeln und <i>bona fides</i>	152
(3) Kritik und Interpolationen	153
gg) Rechtsinstrumente in der Anwendung der nichtstaatlichen Gerichte ..	154
g) Zusammenfassung	155
3. Rezeption des römischen Rechts und des Grundsatzes <i>ex aequo et bono</i> in nationalen Rechten	156
a) Im englischen Recht	156
b) Im deutschen Recht	158
aa) Prozessrecht: Entwicklungen im 19. Jahrhundert und die Zivilprozessordnung von 1877	158
(1) Stand im Jahr 1823	158
(2) Rezeption römischen Rechts in der ersten CPO	161
(3) Stand im Jahr 1877 – CPO in Deutschland/Urfassung	162
(4) Stand im Jahr 1926	163
bb) Materielles Recht: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)	165
c) Internationales Schiedsrecht im frühen 20. Jahrhundert (ca. 1930er Jahre)	166

d) Internationales aktuelles Schiedsrecht	167
II. Abgrenzung des Grundsatzes <i>ex aequo et bono</i> von anderen Rechtsinstituten und zum materiellen Recht	167
1. Abgrenzung <i>ex aequo et bono</i> zu <i>amiable composition</i> (a.c.)	168
a) Hilgard/Bruder	168
b) Torggler	169
c) Trakman	170
d) Belohlávek	170
e) Maniruzzaman	171
f) Martens	171
g) Stauder	172
h) Rubino-Sammartano	172
i) Teramura	174
j) Task Force der ICC	176
k) Della Valle	176
aa) Vergleichende Aspekte aus nationalen Rechten	176
bb) Schiedsordnungen: UNCITRAL, ICC, etc.	177
cc) Schiedsgerichtsentscheidungen	180
dd) Ergebnis	180
l) Born	180
m) Moses	181
n) Ergebnis zur Abgrenzung <i>ex aequo et bono</i> zu <i>amiable composition</i>	181
2. Abgrenzung <i>ex aequo et bono</i> zu <i>equity</i>	182
a) Hilgard/Bruder	182
b) Trakman	183
c) Belohlávek	184
d) Maniruzzaman	185
e) Martens	186
f) Rubino-Sammartano	186
g) Teramura	187
h) Task Force der ICC	188
i) Della Valle	188
j) Henrich/Huber	188
k) Schreuer	189
l) Ergebnis zur Abgrenzung <i>ex aequo et bono</i> zu <i>equity</i>	189
3. <i>Ex aequo et bono</i> als Instrument zur Lückenschließung („gap filling“)	190
a) Grundsätzliche Möglichkeit einer Schließung einer Vertragslücke oder Gesetzeslücke	190
b) Schließung einer Vertragslücke durch <i>ex aequo et bono</i>	191
c) Schließung einer Gesetzeslücke durch <i>ex aequo et bono</i>	191

4. Abgrenzung bzw. Standortbestimmung des Grundsatzes ex aequo et bono zu materiellem Recht	193
a) infra legem – contra legem	193
b) praeter legem	195
c) non liquet	196
d) Parteiautonomie im Hinblick auf die Grenzen des Konzeptes ex aequo et bono	197
e) Grenzen der Auslegung des Grundsatzes ex aequo et bono durch Schiedsordnungen	198
aa) Handelsschiedsgerichtsbarkeit	198
(1) DIS-Schiedsordnung	198
(2) ICC Arbitration Rules	199
(3) ICSID Convention, Regulations and Rules	199
bb) Sportschiedsgerichtsbarkeit	201
(1) DIS-Sportschiedsordnung	201
(2) CAS Schiedsordnung	201
(3) Basketball Arbitral Tribunal (BAT)	202
f) Ergebnis	202
5. Abgrenzung des Grundsatzes ex aequo et bono zum Gebot des fair and equitable treatment	204
a) Geschichtliche Einordnung des Gebotes des fair and equitable treatment	204
b) Abgrenzung zum Grundsatz ex aequo et bono	205
c) ICSID – im Besonderen mit Verweis auf Art. 42 Abs. 3 ICSID	206
d) Ergebnis	206
6. Konturierung des Grundsatzes ex aequo et bono	207
a) §§ 133, 157 BGB	207
b) Auslegungskanon	208
c) Umfang des Ermächtigungsspielraumes aufgrund des Grundsatzes ex aequo et bono	209
aa) Näherung über die Abgrenzung zu anderen Begrifflichkeiten oder Grundsätzen	209
bb) Bestimmung des Ermächtigungsspielraumes über die Abgrenzung zur Anwendung des materiellen Rechts	209
(1) Entscheidungsfindung unter Außerachtlassung des materiellen Rechts	209
(2) Entscheidungsfindung mit Bindung an materielles Recht	210
(3) Entscheidung unter Beachtung der vertraglichen Regelungen oder unter Außerachtlassung oder Modifizierung der vertraglichen Regelungen	210
cc) Weitere Methoden zur Eingrenzung des Umfangs der Ermächtigung nach dem Grundsatz ex aequo et bono	212
(1) Bindung nur an ordre public	212

(2) Lex mercatoria/lex sportiva	213
(3) Methodische Betrachtung	214
(4) Contextual approach	214
dd) Ergebnis	215
III. Explizite Parteivereinbarung zur Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	215
1. Explizite Parteivereinbarung	216
a) Explizite Parteivereinbarung ohne Anwendung einer Schiedsordnung, die den Grundsatz ex aequo et bono als Option vorsieht	216
b) Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono/amicable composition auf Basis der anwendbaren Schiedsordnung	216
aa) DIS-Schiedsordnung Art. 24	217
bb) ICC Arbitration Rules Art. 21	217
cc) CAS Code of Sports-related Arbitration R45	217
dd) DIS-SportSchO § 23 –Anwendbares Recht	218
ee) ICSID Convention, Regulations and Rules Art. 42	218
ff) ICJ – International Court of Justice Art. 38	218
gg) Ergebnis	219
c) Schiedsordnungen, welche die Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono als „default“ vorsehen	219
d) Formerfordernis für eine explizite Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	221
e) Abgrenzung: Nicht explizit vereinbarte ex aequo et bono Klausel	221
aa) Anwendbarkeit als implizit zugrundeliegender rechtlicher Grundsatz	221
bb) Rechtsprechung: Deutschland	223
(1) Literatur – ZPO Kommentierungen	223
(2) Art. V Abs. 1 lit. d NYÜ	223
cc) Rechtsprechung bzw. Rechtslage: International	224
(1) Permanent Court of Arbitration (PCA)	224
(2) English Arbitration Act	225
f) Ergebnis	225
2. Möglichkeit der Anwendbarkeit des Grundsatzes ex aequo et bono unter dem anwendbaren Recht	226
3. Vereinbarung des Grundsatzes ex aequo et bono: zeitliche Komponente	227
a) Deutsche prozessrechtliche Perspektive (ZPO)	227
b) Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit	228
aa) Grundsätzlicher Zeitpunkt	228
bb) Praktische Erwägungen	229
4. Umfang der Ermächtigung aufgrund systematischer Erwägungen/Systematische Stellung des Grundsatzes ex aequo et bono im Vertrag	229
a) Order of precedence	230
aa) Zwei Schiedsklauseln	230

bb) Keine Rangfolge	231
cc) Eine Schiedsklausel	231
dd) Order of precedence vs. leges speciales	231
b) Verwendung in der Schiedsklausel	231
c) Verwendung in der Haftungsklausel	232
d) Sonstige vertragliche Regelungen	232
e) Verwendung innerhalb der Regelung zum anwendbaren materiellen Recht	232
f) Verwendung im Vertragsmuster – Athletenvertrag	233
aa) Adolphsen	233
bb) Mustervereinbarungen	234
g) Abschließende Wertung	235
5. Ermächtigung der Parteien zu einer Entscheidung nach dem Grundsatz ex aequo et bono beschränkt auf das Eilverfahren	235
6. Sonderfall: Problematik pathologischer Schiedsklauseln	236
a) Unklare, mehrdeutige Schiedsklauseln	236
b) Widersprüchliche oder nicht-bindende Schiedsklauseln	237
c) Wild Cat Clauses	238
7. Aufhebung von Schiedssprüchen bzw. Wirksamkeit von Schiedsklauseln im Zusammenhang mit der Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	239
a) Deutschland	239
aa) Aufhebung einer Schiedsgerichtsentscheidung	240
(1) BGH vom 26.09.1985 (BGHZ 96, 40 (44 ff.)) – ex aequo et bono	240
(2) BGH vom 25.06.2020 (I ZB 108/19) – ex aequo et bono	240
(3) OLG München vom 22.06.2005 (34 Sch 10/05) – ex aequo et bono	240
(4) OLG München vom 9.11.2015 (34 Sch 27/14) – ex aequo et bono	241
(5) OLG Frankfurt vom 6.5.2010 (26 Sch 4/10) – ordre public/Besetzung	241
bb) Wirksamkeit der Schiedsklausel	242
b) International	244
IV. Relevanz einer Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono für das Schiedsverfahren bzw. Schiedsurteil	245
1. Parallelwertung eines Verfahrens unter Anwendung bzw. ohne Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono im Hinblick auf mögliche Rechtsfolgen wie Schadensersatzansprüche (dem Grunde/der Höhe nach)	245
a) Belohlávek	245
b) Della Valle	246
aa) Zinsen	247
bb) Verjährungsfristen	248
cc) Schadensersatz (Damages)	249
dd) Haftungsbegrenzungsklauseln	250
c) Teramura	251

2. Erkenntnisse aus anderen empirischen Untersuchungen	252
a) Bisherige Erhebungen	252
aa) White & Case and Queen Mary University of London – 2010	252
bb) PwC und Queen Mary University of London – 2013	253
cc) White & Case and Queen Mary University of London – 2015	253
dd) White & Case and Queen Mary University of London – 2018	254
ee) Pinsent Masons and Queen Mary University of London – 2019	254
ff) White & Case and Queen Mary University of London – 2021	255
gg) Della Valle: Empirische Untersuchung 2016	255
b) Aktuelle Sicht von Schiedsrichtern aus der Sportschiedsgerichtsbarkeit ..	259
3. Verpflichtung eines Schiedsrichters zur Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono, sofern dieser explizit von den Parteien vereinbart wurde	260
4. Ergebnis	261
a) Beispieldurchfall: unter Anwendung des Grundsatzes	261
b) Beispieldurchfall: ohne Anwendung des Grundsatzes	261
c) Ergebnis zur Relevanz	262
H. Rechtspolitische Wertung der Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono ..	264
I. Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit von Rechtsfolgen unter Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono – keine Präzedenzwirkung von Schiedsurteilen ..	264
1. Grundsätzliche Erwägung	264
2. Möglichkeit einer Präzedenzwirkung bei Schiedsgerichten	265
3. Lösungsansätze	265
4. Im konkreten Hinblick auf die Verwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	268
II. Willkür bzw. Konsistenz in der Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	269
III. Häufigkeit der Vereinbarung sowie der Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono in Schiedsverfahren	271
1. Vereinbarung des Grundsatzes ex aequo et bono: Häufigkeit der Aufnahme des Grundsatzes ex aequo et bono in vertragliche Vereinbarungen	271
2. Häufigkeit der Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono in Schiedsverfahren	271
IV. Vertraulichkeit der Schiedsverfahren	272
V. Konsequenzen für die anwaltliche Beratung zu ex aequo et bono Klauseln ..	273
I. Praktische Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono durch Schiedsrichter	275
I. Grundsätzliche Erwägungen zur Schiedsrichterqualifikation und Schiedsrichterauswahl	275
1. Qualifikation: grundsätzliche Erwartungen	275

2. Hintergrund der Schiedsrichter: Rechtsanwalt/Richter bzw. civil law – common law	276
a) Fachliche Qualifikationen – Hintergrund der Ausbildung	276
b) Publikationen	277
c) Civil law – common law	277
d) Diversitätskriterien	278
II. Bindung der Schiedsrichter an übergeordnete Codices	278
1. Entwicklung – Existenz übergeordnete Codices	279
a) Genfer Europäisches Übereinkommen (1961)	279
b) Rubino-Sammartano	280
c) Sachs	280
d) Moses	281
aa) Verpflichtungen der Schiedsrichter	281
bb) Ablehnungen von Schiedsrichtern	282
e) Ergebnis	282
2. Bindungswirkung von übergeordneten Codices	283
3. Bindung an übergeordnete Codices explizit im Hinblick auf die Ausübung von Ermessensentscheidungen	284
4. Unverbindliche Regelungen für Schiedsrichter	284
III. Empirische Untersuchung: DIS – Notwendigkeit einer Erhebung für die Sportschiedsgerichtsbarkeit	285
1. Fragestellung an Schiedsrichter und Auswertung der Ergebnisse	286
a) Adressatenkreis	286
b) Rücklaufquote und Zeitraum der Untersuchung	287
c) Details der Untersuchung	287
aa) Informationen zu den Schiedsrichtern	287
bb) Definition und Verständnis des Grundsatzes ex aequo et bono	288
cc) Häufigkeit der Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	289
dd) Entscheidungserheblichkeit der Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	290
ee) Befürwortung einer Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono im Schiedsverfahren auch ohne eine explizite Zustimmung der Parteien	290
ff) Schiedsrichterlisten – Abgeschlossenheit der Liste	291
gg) Ergänzungswünsche oder Gestaltungsvorschläge im Zusammenhang mit dem Grundsatz ex aequo et bono in Schiedsverfahren und Verfahrensordnungen	293
d) Ergebnisse der Rückmeldungen der DIS Untersuchung	294
2. Erwartungen der Schiedsrichter an die Normgeber von Schiedsordnungen (DIS)	295
IV. Erkenntnisse aus der Analyse der CAS Datenbank	295
1. Umfang der aktuellen CAS Datenbank	296

2. Analyse der CAS Datenbank unter dem Begriff „ex aequo et bono“	297
a) Grundgesamtheit der Schiedsurteile	297
b) Vorgehen bei der Analyse und Klassifizierung der Schiedsurteile	297
aa) Volltextsuche	297
bb) Kategorisierung der Schiedsurteile	298
cc) Gründe für Erkenntlichkeit durch Schlagwortnennung	302
c) CAS Schiedsurteile unter Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	303
d) Einfluss der zugrundeliegenden Schiedsordnungen der jeweiligen Sportarten auf die Entscheidungsfindung und das finale Schiedsurteil	303
e) Wertung der Ergebnisse der Analyse der CAS Datenbank	304
V. Kumulierte Erkenntnisse aus der empirischen DIS Untersuchung sowie der Analyse der CAS Datenbank	305
1. Quantitativ	305
2. Qualitativ	306
J. Schlussfolgerungen für die Beratungspraxis im Hinblick auf die explizite vertragliche Vereinbarung des Grundsatzes ex aequo et bono in Verträgen, die einem schiedsrichterlichen Regime unterliegen	307
I. Vorteile und Nachteile einer Verwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	307
1. Sicht der Parteien/Parteivertreter	307
2. Sicht der Schiedsrichter	307
3. Sicht der Literatur	308
II. Anregungen für die Überarbeitung von Schiedsordnungen CAS/DIS im Hinblick auf den Grundsatz ex aequo et bono	308
1. Umkehr der Option ex aequo et bono und Akzeptanz einer möglichen Umkehrung	308
a) Konzept: „opt-in“ für den Grundsatz ex aequo et bono	308
b) Konzept: „opt out“ für den Grundsatz ex aequo et bono	309
aa) Della Valle	309
bb) Schiedsordnungen – Schiedsinstitutionen	310
cc) Sportschiedsordnungen: Ausnahme Basketball Arbitration Tribunal ..	311
c) Ergebnis	312
2. Bestrebungen eines kontinuierlichen Verbesserungsprozesses der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	312
3. Formulierung von Grenzen für die Ermessensentscheidung ex aequo et bono ..	314
K. Schlussbetrachtungen	315
I. Relevanz für die aktuelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit	315
1. Bedarf für die Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono	315
2. Aspekte: Verhaltensweise der Schiedsrichter	316

3. lex mercatoria	316
II. Relevanz für die aktuelle Sportschiedsgerichtsbarkeit	317
III. Ausblick auf die Rechtsentwicklung	317
1. Annehmen der Herausforderungen für die Zukunft	317
a) Grundsätzlich	317
b) Initiative: COIA	319
c) Ergebnis	320
2. Stark wachsende internationale Wirtschaftszweige und neue Rechtsgebiete ..	321
3. Entwicklungen in anderen Rechtsgebieten: online meetings/Verfahrensmodifi- kationen unter modernen Randbedingungen	322
4. Bogen zur Rechtsentwicklung im römischen Recht	324
 Literaturverzeichnis	326
 Anhang – Fragebogen	346
 Sachwortverzeichnis	350

Abkürzungsverzeichnis

AAA	American Arbitration Association
ABA	American Bar Association
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	Basketball Arbitral Tribunal
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT-Drucksache	Bundestags Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
C	Codex
CAS	Court of Arbitration for Sport (CAS); Tribunal Arbitral du Sport (TAS);
CIARB	Chartered Institute of Arbitrators
CISG	UN-Kaufrecht (englisch: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)
CMR Convention	Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road
COC	Canadian Olympic Committee
COIA	Court of Innovative Arbitration
CPO	Civilprozeßordnung
D	Digesten
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
DIS-Sport	Deutsches Sportschiedsgericht
DIS-SportSchO	DIS-Schiedsgerichtsordnung
DLV	Deutscher Leichtathletik-Verband
DOSB	Deutscher Olympischer Sportbund
DSB	Deutscher Sportbund
E	Edikt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuÜ	Europäisches Übereinkommen (1961)
FENEX	Niederländische Organisation für Spedition und Logistik
FIBA	Internationaler Basketball Verband (englisch: International Amateur Basketball Federation)
FILA	Fédération Internationale de Luttes Associées
Fn.	Fussnote
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre
I	Institutionen
IBA	International Bar Association
ICAS	International Council of Arbitration for Sport
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICJ	International Court of Justice
ICSID	Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (englisch: International Centre for Settlement of Investment Disputes)
IDCR	International Centre for Dispute Resolution
IGH	Internationaler Gerichtshof
INCOTERMS	Internationale Handelsklauseln bzw. INCO-Bedingungen (englisch: International Commercial Terms)
IOC	International Olympic Committee; Internationales Olympisches Komitee
IPR	Internationales Privatrecht
LCIA	London Court of International Arbitration
LG	Landgericht
M&A	Mergers and acquisitions
NADA	Nationale Anti Doping Agentur
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOC/NOK	Nationales Olympisches Komitee
NYÜ	New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (englisch: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, NYC)
OLG	Oberlandesgericht
OMAC	Olympic Movement Anti-Doping Code
OR	Schweizer Obligationenrecht
PCA	Permanent Court of Arbitration
RG	Reichsgericht
SCC	Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht
TAS	Tribunal Arbitral du Sport
UCP	Uniform Customs and Practices for Letters of Credit (von der ICC betreute standardisierte Abwicklungsregeln)
UN	Vereinte Nationen (englisch: United Nations)
UNCITRAL	Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (englisch: United Nations Commission on International Trade Law)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé; International Institute for the Unification of Private Law
VDMA	Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau
WADA	Welt Anti Doping Agentur
ZPO	Zivilprozeßordnung

A. Einführung

I. Gegenstand der Untersuchung

Die Formulierung „ex aequo et bono“ wird in allgemeiner Wahrnehmung dem römischen Geschichtsschreiber und Politiker Sallust zugeschrieben,¹ doch ergeben sich keine weiteren Angaben dazu, wie diese Zuschreibung entstanden ist. Daher muss in der weiteren Analyse die Verwendung angesehen werden, um sich auch der Bedeutung zu nähern.

Der römische Dichter Terenz beschreibt in seiner Komödie Adelphoe einen Konflikt zwischen zwei Brüdern, wobei sich die Komplexität aus den Charakteren und nicht aus den Handlungssträngen als solchen ergibt.² Im Verlauf der Komödie formuliert Terenz „id non fieri ex uera uita neque adeo ex aequo et bono“.³ Der Verweis auf „ex aequo et bono“ dokumentiert eine sehr frühe Verwendung dieser Wortkombination schon in der Mitte des 2. Jahrhunderts v.Chr., wobei in dieser Quelle die Bezugnahme auf eine Lebenssituation und nicht auf eine rechtliche Auseinandersetzung erfolgt.

In den von Kaiser Justinian am 15. Dezember 530 in Auftrag gegebenen Digesten⁴ finden sich einige Fundstellen, die im weiteren Verlauf der Untersuchung zur Entwicklung des Verständnisses der Herkunft und Verwendung des Grundsatzes ex aequo et bono dienen können. Die Digesten sind Teil des Corpus Iuris Civilis, unter welchem seit dem Mittelalter begrifflich die großen römischen Gesetzeswerke zusammengefasst werden und als Werk Justinians den Abschluss der römischen Entwicklung des Rechts bilden.⁵

¹ Sellner, Latein im Alltag, S. 43; Syme, Sallust, S. 1, 6, 11 f., Sallust war Volkstribun und römischer Senator und wird als Geschichtsschreiber mit einem schlichten und eigenen Stil bezeichnet. Er stammte aus Amiternum und die Sallustii gehörten wohl zum lokalen Amtssadel (S. 8). Im Hinblick auf seine Lebenszeit werden die Jahre 86 v.Chr. bis 35 v.Chr. angegeben, jedoch nicht ganz zweifelsfrei (S. 12).

² Martin, Terence Adelphoe, S. 16 ff.

³ Martin, Terence Adelphoe, S. 94, Rn. 987, was Martin mit dem Verweis auf 64 („nimium ipset durus praeter aequomque et bonum“, S. 48) kommentiert, wo Micio Demea als in diesen Qualitäten für nicht ausreichend befand, S. 29, 239.

⁴ Wenger, Die Quellen des römischen Rechts, S. 576 f.

⁵ Ebd., S. 562.

Eine der zentralen Stellen für die Bedeutung des Grundsatzes ex aequo et bono ist in den Digesten D. 1, 1 pr. „ius est ars boni et aequi“ zu finden; auf den von Ulpian zitierten Celsus wird später noch weiter einzugehen sein.⁶

Dieses Fragment war – in Verbindung mit dem ebenso berühmten Ulpiantext D. 1, 1, 10 pr., „*Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*“ – als Zusammenfassung von Sinn und Zweck des Rechts auch für Wolfgang Waldstein (und nicht nur für ihn) im kritischen Hinterfragen dessen, was „*bonum und aequum* seien“ und wie sie anstelle von sei im „Streben nach Gutem und Gerechtem“ in der Jurisprudenz zu verwirklichen seien, so wichtig, dass die zu seinem 65. Geburtstag erschienene Festschrift den Titel „*Ars boni et aequi*“ erhielt.⁷ Waldstein selbst hat in seinem Beitrag zur Festschrift für W. Flume unter dem Titel „Zu Ulpians Definition der Gerechtigkeit (D. 1, 1, 10 pr.)“⁸ die rechtshistorische und -philosophische Bedeutung der Definition der Gerechtigkeit und des *ius* dargestellt und die Echtheit bejaht.⁹

Die nachfolgende Untersuchung befasst sich sowohl mit den rechtlichen Rahmenbedingungen als auch den praktischen Erfahrungen von Schiedsrichtern bei der Anwendung des Grundsatzes ex aequo et bono in internationalen schiedsrichterlichen Verfahren. Es wird zu zeigen sein, inwieweit die Parteiautonomie¹⁰ den Parteien eines Schiedsverfahrens die Möglichkeit eröffnet, die anzuwendenden Rechtsgrundlagen und deren Grundsätze zu wählen und welche Entwicklung der Rechtsgrundsatz ex aequo et bono von seinen römischen Wurzeln bis hin zur Berücksichtigung in aktuellen Schiedsordnungen genommen hat.

Bevor jedoch der aktuelle Kontext zum Grundsatz ex aequo et bono in unseren heutigen Schiedsordnungen diskutiert wird, werden die Rahmenbedingungen der aktuellen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in welcher der Grundsatz ex aequo et bono Eingang gefunden hat, skizziert.

Zu dieser Einordnung gehört zunächst die Prüfung der rechtlichen Grundlagen im Streitfall, damit unter anderem die Frage des richtigen anzurufenden Schiedsgerichts, die Klärung des prozessualen und materiellen Rechts, die Frage, ob die Parteien explizit – oder implizit – den Grundsatz „ex aequo et bono“ als entschei-

⁶ Behrends/Knützel/Kupisch/Seiler, *Corpus Iuris Civilis*, 2. Band, S. 1 in der Übersetzung „.... ist das Recht die Kunst des Guten und Gerechten.“; siehe später auch Hedemann unter C. I. 2. c) cc) (1) in dieser Arbeit.

⁷ Schermaier/Végh (Hrsg.), *Ars boni et aequi*, Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, Vorwort, sowie Schermaier, Ulpian als „wahrer Philosoph“, ebd., S. 303 ff. (303), der die „zeitlose Bedeutung [...] außer Frage“ sieht und das Verhältnis der Jurisprudenz zur Philosophie im Kontext mit dieser Passage beleuchtet.

⁸ Waldstein, Zu Ulpians Definition von Gerechtigkeit (D. 1, 1, 10 pr.) in: Jakobs/Knobbe-Keuk/Picker/Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, S. 213 ff.

⁹ Waldstein, Zu Ulpians Definition von Gerechtigkeit (D. 1, 1, 10 pr.), ebd., S. 215.

¹⁰ Beckmann, Statuarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, S. 5, 401, sieht die Parteiautonomie als den „unstreitigen Ausgangspunkt“ der Schiedsbindung sowie im Zuge der „Ermittlung des für die Schiedsklausel maßgeblichen Rechts“.

dungsrelevanten Grundsatz vereinbart hatten oder sich dieser aus dem anwendbaren Recht ergeben könnte. Des Weiteren ist dann die Frage zu klären, wie sich eine Anwendung dieses Grundsatzes auf das zu fällende Schiedsurteil auswirkt.

Die zunehmenden grenzüberschreitenden Handelstätigkeiten und die internationalisierten Lieferbeziehungen haben im Zusammenhang mit komplexen und langfristigen Projekten – seien sie mit staatlicher Beteiligung oder auch auf Seiten aller Parteien privatrechtlich – den Bedarf an überstaatlicher „Fairness“ erhöht.¹¹ Die Bedeutung des Grundsatzes *ex aequo et bono* könnte sich nach Ansicht von Trakman erhöhen und durch eine „Revitalisierung“ im nationalen und internationalen Recht insbesondere für neue und stark in der Entwicklung befindliche Rechtsgebiete, die noch keine stark ausdifferenzierten Regelungen haben, von Interesse sein.¹² Ein besonderes Augenmerk wird auf den Sport aufgrund dessen immer stärkerer Kommerzialisierung, die sich in den letzten Dekaden zunehmend beschleunigt hat, zu richten sein.¹³ Diese Entwicklung, welche sich vom Amateursport unter den Randbedingungen von „Vereinen für Leibesübungen“, wie Sportvereine, die nach 1900 entstanden sind, häufig genannt wurden, hin zu Organisationen bewegt, die einen wichtigen Wirtschaftsfaktor darstellen, der sich in Prozent vom Bruttonsozialprodukt ausdrücken lässt,¹⁴ hat auf die rechtlichen Anforderungen eindeutig eine Auswirkung. Im europäischen Kontext ist der Sport als „soziale und kulturelle Aktivität“ in der Europäischen Sportcharta aufgenommen worden, was gleichzeitig neben der wirtschaftlichen auch die kulturelle Bedeutung aufzeigt.¹⁵

Eine weitere Entwicklung, die in Betracht gezogen werden soll, ist die der *lex mercatoria*, die – wie auch der Grundsatz *ex aequo et bono* – in einem überstaatlichen, d. h. anationalen Kontext ubiquitär zu erörtern ist.¹⁶ Eine Definition der *lex mercatoria* ist in der Literatur breit diskutiert, wird im späteren Verlauf der Untersuchung genauer beleuchtet und kann zunächst mit Verweis auf die UNIDROIT

¹¹ *Trakman*, *Ex Aequo et bono: Demystifying an Ancient Concept*, S. 621, 623 f. sowie mit ähnlichen Gedanken zum Sport aufgrund dessen starker Kommerzialisierung; sowie *Hess*, Voraussetzungen und Grenzen eines autonomen Sportrechts unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Spitzensports, in: *Hess/Dressler* (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsfragen des Sports*, S. 1 ff. (8 f.).

¹² *Trakman*, *Ex Aequo et bono: Demystifying an Ancient Concept*, S. 622, 623.

¹³ Die Kommerzialisierung wird insbesondere sowohl durch Werbungsaktivitäten, Influencer als auch zunehmend höhere Ablösesummen für Athleten auf bereits niedrigeren Ebenen des Sportes befördert.

¹⁴ *Hannemann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport, S. 104, 105 mit weiteren Verweisen.

¹⁵ *de Kepper*, Die Europäische Union und der Sport, in: *Schimke* (Hrsg.), *Sport in der Europäischen Union*, S. 2, wobei ferner darauf hingewiesen wird, dass sich die Beziehungen der Sportwelt und der Europäischen Union verstärken müssten, S. 12.

¹⁶ *Jemielniak*, Legal Interpretation in international commercial arbitration, S. 216 f.