

Schiedsgerichtsbarkeit im modernen Finanzmarktgeschäft – ein Überblick

Klaus Peter Berger*

* Professor Dr. jur., LL.M.; Institut für Bankrecht, Universität Köln

Einleitung

Seit vielen Jahrzehnten versuchen Schiedsrechtsexperten immer wieder, Banken und andere Finanzmarktinstitutionen von den Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit zu überzeugen. Bisher ohne großen Erfolg. Im Gegenteil: die Bankpraxis lässt auch heute noch ein tiefes Misstrauen gegenüber der „privaten“ Schiedsgerichtsbarkeit erkennen.¹ In internationalen Kreditverträgen zwischen Banken und privaten Kreditnehmern² wird daher fast ausschließlich die Zuständigkeit staatlicher Gerichte vereinbart.³ Es scheint, als habe sich diese Praxis zu einem Dogma verfestigt.⁴ Allenfalls wird vereinbart, dass der Kreditgeber im Streitfall die Wahl zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit haben soll.⁵ Vereinzelt findet man in internationalen Kreditverträgen klassische Schiedsklauseln, die auf die Schiedsordnung des London Court of International Arbitration (LCIA) verweisen und London als Sitz des Schiedsverfahrens festlegen.

Meist werden die angeblichen Vorteile der Streitentscheidung vor staatlichen Gerichten – in erster Linie die der Londoner oder New Yorker Gerichte – im Hinblick auf die bisher geübte Praxis als gegeben vorausgesetzt. Hinterfragt werden sie, schon aus Zeitgründen, in der täglichen Praxis kaum. Wenn überhaupt, wird die Zurückweisung der Schiedsgerichtsbarkeit mit einer bloßen Aufzählung der angeblich gegen sie sprechenden Gründe verbunden. So schreibt der anerkannte Bank- und Finanzmarktexperte *Philip Wood*:

¹ Sandrock, WM 1994, 445, 446.

² Anders bei Verträgen mit staatlichen Kreditnehmern, in denen im Hinblick auf politische Erwägungen und im Hinblick auf Aspekte der staatlichen Souveränität (der Staat unterwirft sich nicht fremden Gerichten, die Bank nicht den Gerichten des staatlichen Kreditnehmers) häufiger die Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte vereinbart wird, vgl. Kröll, ZBB 1999, 367, 368.

³ Vgl. Wenzel, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge, 2006, S. 84: „Schiedsklauseln sind in internationalen Kreditverträgen wenig verbreitet. Dies entspricht der allgemein eher ablehnenden Haltung von Banken gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit.“; vgl. auch Horn FS Sandrock, 2000, S. 385, 391ff; Ebenroth/Parche, RIW 1990, 341, 346: „Schiedsklauseln sind...in fast allen [Kredit-] Verträgen absolut unüblich“.

⁴ Vgl. *Affaki* in: Kaufmann-Kohler/Frossard (Hrsg.), Arbitration in Banking and Financial Matters, 2003, S. 63: „The world of arbitration and the world of banking are apart. Arbitration practitioners consider bankers as being most ungrateful for not showing more gratitude to the many advantages that arbitration offers. One of the ways for bankers to tangibly do so, arbitration practitioners argue, would be for example to provide systematically for an arbitration clause in all bank loans! Conversely, bankers reproach arbitrators for not understanding the basics of a banker's business.“

⁵ Vgl. dazu unten I.10.

„Arbitration as a method of settling disputes is not generally favoured by commercial financiers and this section does no more than indicate why this should be so.“⁶

Diese pauschale Zurückweisung der Schiedsgerichtsbarkeit durch die Bank- und Finanzmarktpraxis verwundert aus drei Gründen. Erstens steht der Bank- und Finanzmarktbereich damit in merkwürdigem Gegensatz zum allgemeinen Wirtschaftsverkehr, in dem, einer neuesten Umfrage nach,⁷ 73% der befragten Unternehmen die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Streitentscheidung durch nationale Gerichte vorziehen. Zum zweiten gehört die Börsenschiedsgerichtsbarkeit als Ausdruck der kaufmännisch-korporativen Autonomie des Börsenwesens zu den ältesten Erscheinungsformen der Schiedsgerichtsbarkeit.⁸ Allerdings gilt dies nur für Börseninsider. Drittens schließlich spielten Entscheidungen des US Supreme Court aus den Jahren 1974⁹ und 1987¹⁰ zur Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus nationalen und internationalen Wertpapiergeschäften nach den US Securities & Exchange Acts von 1933 und 1934 eine Voreiterrolle bei der in den letzten Jahrzehnten vollzogenen weltweiten Liberalisierung der Schiedsfähigkeit. In diesen Urteilen betonte der Supreme Court, dass das in früheren Entscheidungen zum Ausdruck kommende Misstrauen gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit und der Kompetenz der Schiedsrichter („*the old judicial hostility to arbitration*“¹¹) mit der gewandelten Vorstellung vom Nutzen und von der Integrität der Schiedsgerichtsbarkeit nicht mehr zu vereinbaren sei.

I. Zehn Gründe, warum Banken und andere Finanzinstitutionen Schiedsgerichtsbarkeit (noch) nicht wollen

Fast schon stereotyp wird seit jeher in der bank- und finanzmarktrechtlichen Doktrin und Praxis die lange Liste der Gründe genannt, die angeblich gegen die Vereinbarung von Schiedsgerichten in internationalen Kredit- und Finanzmarktgeschäften

⁶ Wood, *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, 1995, Rdn. 5-57.

⁷ Studie „*International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices*“ der School of Arbitration (Queen Mary College), London und PriceWaterhouseCoopers, 2006, S. 5.

⁸ Vgl. Kronke, FS Böckstiegel, 2001, S. 431, 436f; Nobel in: Kaufmann-Kohler/Frossard (Hrsg.), *Arbitration in Banking and Financial Matters*, 2003, S. 11, 22ff.

⁹ *Scherk v. Alberto Culver*, 417 US 506, 518 (1974).

¹⁰ *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 482 US 220 (1987); *Rodriguez de Quijas et al. v. Shearson/American Express Inc.*, 490 US 477, 481 (1989).

¹¹ Vgl. Judge Jerome Frank in: *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.*, 126 F.2nd 978, 985 (CA 2 1942).

sprechen.¹² Dabei werden gerade im Bereich des Finanzmarktgeschäfts einige der seit jeher als gesichert geglaubten Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit¹³ als Nachteile empfunden.¹⁴ Mit Erstaunen begegnet man hier auch einigen der längst überkommen geglaubten Einwänden gegen die Schiedsgerichtsbarkeit wieder. Die folgenden Ausführungen setzen sich mit den zehn gängigsten Gegenargumenten der Bankpraxis¹⁵ gegen die Schiedsgerichtsbarkeit auseinander.

1. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht geeignet für „One-Shot Money Disputes“

Ein Haupteinwand gegen die Vereinbarung von Schiedsgerichten in internationalen Kreditverträgen lautet, für Klagen kreditgebender Banken aus diesen Verträgen lohne sich der Aufwand für die Konstituierung eines Schiedsgerichts nicht. Typischerweise gehe es in den Fällen, in denen der Schuldner keine Zins- und/oder Tilgungsleistungen erbringe, um einfache Rechtsfragen und nicht um komplexe technische Fragen oder um die Aufklärung von Fakten:

„The banker, especially the commercial banker, makes his case crystal clear: I have extended a loan, I expect full reimbursement. At all times, in all countries, the law has supported this commonsense rule...the banker will generally view his borrower's repayment obligation as an absolute undertaking, exigible whatever are the circumstances outside the loan agreement.“¹⁶

Für derartige „One-Shot Money Disputes“ sei daher die Vereinbarung eines Schiedsgerichts und seine zeitaufwendige Bestellung nicht notwendig. Die Streitentscheidung durch die staatlichen Gerichte sei hier vielmehr der beste, schnellste und einfachste Weg.¹⁷

Richtig ist an dieser „Einfachheits-These“¹⁸, dass Streitigkeiten aus internationalen Kreditverträgen tatsächlich häufig *zu Beginn* als unkompliziert und damit „einfach“ erscheinen mögen. Wie bei vielen anderen Streitigkeiten auch gilt dies aber vielfach

¹² Wood (Fn. 6) Rdn. 5-58ff; Scott, Arbitration International 1997, 399; Bosch in: Krümmel (Hrsg.), Internationales Bankgeschäft, 1985, S. 117, 136f.

¹³ Vgl. Studie „International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices“ (Fn. 7), S. 5ff.

¹⁴ Affaki (Fn. 4) S. 69ff.

¹⁵ Vgl. Connerty, Journal of International Banking Law 1999, S. 65; Wood (Fn. 6) Rdn. 5-58ff.

¹⁶ Affaki (Fn. 4) S. 68; vgl. auch Connerty (Fn. 15) S. 65: „If we are owed money we sue. Why bother with arbitration?“

¹⁷ Wood (Fn. 6) Rdn. 5-59.

¹⁸ Sandrock (Fn. 1) S. 408ff.

nur auf den ersten Blick. Schon die vom beklagten Kreditnehmer aufgeworfene Frage, ob bei einem dem deutschen Recht unterworfenen Kreditvertrag die in langen Listen von „Representations & Warranties“ oder „Covenants“ enthaltenen Kündigungsgründe, etwa in Form der „Default-“ und „Cross-Default-“ oder der „Material Adverse Change- (MAC-)“ Klausel AGB-rechtlich wirksam sind¹⁹ oder ob eine vom Kreditgeber ausgesprochene Kündigung „zur Unzeit“²⁰ erfolgte oder ob der Kreditgeber die „angemessene Frist“ für eine außerordentliche Kündigung nach § 314 Abs. 3 BGB gewahrt hat²¹ oder ob das Kündigungsrecht wegen längeren Stillhaltens des Kreditgebers vielleicht verwirkt ist, weil der Kreditnehmer nach längerem Zeitablauf darauf vertrauen durfte, der Kreditgeber werde sein Kündigungsrecht nicht mehr ausüben,²² lässt den Fall schon nicht mehr ganz so einfach erscheinen. Gleiches gilt für die mit der im amerikanischen Recht verwurzelten Institution der „*lender liability*“²³ verbundenen komplexen Rechtsfragen. Die Frage nach der Anwendung von drittstaatlichen Eingriffsnormen, etwa Art. VIII 2 (b) des Bretton Woods Abkommens,²⁴ kann einen zunächst einfach anmutenden Rechtsstreit in einen komplizierten IPR-Fall verwandeln. Stellt man sich dann noch vor, dass es um einen englischsprachigen Vertrag geht, in dem eine Vielzahl von Fachbegriffen des internationalen Finanzmarktrechts enthalten sind,²⁵ erscheint die „Einfachheits-These“ in ganz anderem Licht:

„...it is a simplistic vision of reality to assume that loan agreements only give rise to unilateral and unconditional obligations to repay moneys only on the borrower's side, and that because of the relative lack of legal complexity of such obligations as well as because they would automatically and immediately become due and payable in event of default situations, it is better to resort to court rather than to arbitration for their enforcement.“²⁶

¹⁹ Vgl. dazu *Kästle*, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, 2003, S. 93ff.

²⁰ Vgl. MünchKomm-KP.Berger BGB, 5. Aufl. 2007, § 488 Rdn. 238.

²¹ Vgl. nur OLG Karlsruhe NJW-RR 2001, 1492.

²² Vgl. BGH ZIP 2002, 400, 402; Palandt-*Heinrichs*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 242, Rdn. 99.

²³ Angebliche Ansprüche aus *lender liability* werden selbst von unerfahrenen Kreditnehmern als Mittel eingesetzt, um sich legitimen Ansprüchen von Kreditgebern zu entziehen, vgl. *Berchild/Norton* in: Horn/Norton (Hrsg.) *Non-Judicial Dispute Settlement in International Financial Transactions*, 2000, S. 179, 191; *Park*, 17 *Ann. Rev. Banking L.* 213, 220: „chameleon catch word with several meanings“.

²⁴ Vgl. dazu aus der Sicht der Schiedsgerichtsbarkeit *Berger* in: Böckstiegel (Hrsg.), *Acts of State and Arbitration*, 1997, S. 99, 118ff.

²⁵ Vgl. dazu unten II. 1.

²⁶ *Grigera Naón* in: Horn/Norton (Fn. 23) S. 73, 75; vgl. auch *Sandrock* (Fn. 1) S. 414: „Die sog. Einfachheits-These, nach welcher Streitigkeiten über Forderungen aus internationalen Kreditverträgen keine komplizierten Tat- und Rechtsfragen provozieren, sondern nach dem Motto ‚Zahle oder es ergeht ein vollstreckbares Urteil‘ einfach gelöst werden können, ist eine Chimäre.“

Ob es sich tatsächlich um einen „einfachen“ Streit über die bloße Rückzahlung des Kredits handeln wird, lässt sich also im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses häufig noch gar nicht voraussehen.²⁷ Die „Einfachheits-These“ scheidet daher als pauschales Argument gegen die Verwendung der Schiedsgerichtsbarkeit im modernen Finanzmarktgeschäft aus.

Aber auch ganz unabhängig von der tatsächlichen oder scheinbaren Kompliziertheit von finanzmarktrechtlichen Streitigkeiten lässt sich nur schwer argumentieren, die Schiedsgerichtsbarkeit sei für „einfache Zahlungsklagen“ von vornherein ungeeignet. Schließlich werden Streitigkeiten aus „One-Shot Money Disputes“ sogar durch den Einsatz der Mediation beigelegt,²⁸ obwohl gemeinhin vertreten wird, derartige eindimensionale Streitigkeiten eigneten sich nicht für diese für die Beilegung multidimensionaler Streitigkeiten ausgerichtete Methode der Streitbeilegung. Warum sollen dann derartige Streitigkeiten für die Streitentscheidung durch Schiedsgerichte ungeeignet sein? Wie auch sonst verbieten sich hier pauschale Urteile.

2. *Die Schiedsgerichtsbarkeit bietet keine Möglichkeit eines „Summary Judgments“*

Im engen Zusammenhang mit der „Einfachheits-These“ steht der Einwand, die Schiedsgerichtsbarkeit biete in derartigen Fällen keine Gewähr für eine schnelle Entscheidung.²⁹

Richtig ist hieran, dass Schiedsverfahren in rechtlich und/oder faktisch komplizierten Streitigkeiten die Länge von Gerichtsverfahren erreichen können. Da Schiedsverfahren oft rechtlich und/oder faktisch komplexe Streitigkeiten zum Gegenstand haben, wird die Länge von Schiedsverfahren heute häufiger als früher als Nachteil der Schiedsgerichtsbarkeit genannt.³⁰ Richtig ist auch, dass im Gegensatz zu einem staatlichen Gericht bei einer Streitentscheidung durch ein Schiedsgericht dieses erst konstituiert werden muss, was, insbesondere bei einem Dreier-Schiedsgericht, zwangsläufig mit Zeitverlusten verbunden ist. Richtig ist schließlich auch, dass dann,

²⁷ Kröll (Fn. 2) S. 370.

²⁸ Vgl. Freund, *Why and How Mediation can Work to Resolve Dollar Disputes*, 1994, S. 18ff; Berger *Private Dispute Resolution in International Business*, Band II, 2006, Rdn. 2-13.

²⁹ Connerty (Fn. 15) S. 65.

³⁰ Vgl. die Studie „International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices“ (Fn. 7) S. 7: „A related concern is the time the arbitration process takes from filing to award, which was the second most commonly expressed concern.“

wenn etwa der Beklagte sich nicht am Schiedsverfahren beteiligt, kein Versäumnisurteil ergehen kann. Das Schiedsgericht kann in diesem Fall „das Verfahren fortsetzen, ohne die Säumnis als solche als Zugeständnis der Behauptungen des Klägers zu behandeln“.³¹ Art. 28 der Arbitration Rules for Commercial Financial Disputes der AAA bestimmt:

“An award shall not be made solely on the default of a party. The arbitrator shall determine whether proper notice of the hearing was given to the defaulting party. The arbitrator shall require the party who is present to submit evidence that the arbitrator requires for the making of an award”.³²

Der Streit muss also vom Schiedsgericht auch bei Säumnis des Beklagten auf der Grundlage der vom Kläger vorgetragene Rechtsansichten und der von ihm vorgelegten Dokumente geprüft werden, bevor ein Schiedsspruch ergehen kann.

Das Zeitargument erweist sich daher dann, wenn es wirklich nur um einen einfach gelagerten Fall einer Darlehensrückzahlung geht, auf den ersten Blick als valides Argument gegen den Einsatz der Schiedsgerichtsbarkeit im Bank- und Finanzmarkt-bereich. Bei näherem Hinsehen ist das Argument der fehlenden Möglichkeit einer schnellen Entscheidung durch Schiedsgerichte aber heute nur noch begrenzt tragfähig. Der Grund hierfür liegt zum einen in der Flexibilität der modernen Schiedsregeln. Sie erlauben es den Parteien, alle dort genannten Fristen zu verkürzen. Allerdings wird das dafür notwendige Einverständnis der anderen Seite nach Entstehung des Streits kaum (bei einem an Verzögerung interessierten Beklagten) oder gar nicht (bei einem säumigen Beklagten) zu erlangen sein. In diesen Fällen wie auch sonst wird der zeitliche Ablauf des Verfahrens dann wesentlich von den „Management-Fähigkeiten“ und dem „Zeitbewusstsein“ des Schiedsgerichts abhängen.³³

Von wesentlich größerer Bedeutung ist daher die Tatsache, dass internationale Schiedsinstitutionen zum Thema „Time and Costs in Arbitration“³⁴ in jüngster Zeit in

³¹ § 30.1 DIS-SchO; § 1048 Abs. 2 ZPO; Art. 25 (b) UNCITRAL Model Law; vgl. auch Art 28 (2) UNCITRAL Arbitration Rules.

³² AAA Arbitration Rules for Commercial Financial Disputes, www.adr.org/sp.asp?id=31994#a28.

³³ Vgl. dazu instruktiv *Böckstiegel* in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (Hrsg.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, S. 115ff.

³⁴ Vgl. den Abschlussbericht der ICC Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration „Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration“, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2007, Nr. 1, S. 23ff.

verstärktem Maße neue Lösungen entwickelt haben. So enthält die ICC-Schiedsordnung eine – allerdings eher rudimentäre – Vorschrift über „fast track“-Verfahren.³⁵ Die Schweizer Schiedsregeln vom Januar 2004 weisen einen wesentlich ausführlicheren Abschnitt über die Verkürzung des Schiedsverfahrens auf.³⁶ Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang, dass die DIS in Kürze „Ergänzende Regeln für beschleunigte Verfahren“ als Anhang zur DIS-Schiedsgerichtsordnung herausbringen wird. Maßgebliche Eckpunkte der neuen Ergänzenden Regeln sind:

- Begrenzung der Verfahrensdauer auf sechs (Einzelschiedsrichter) bzw. neun (Dreier-Schiedsgericht) Monate ab Klageerhebung;
- Verpflichtung des Schiedsgerichts, eine etwaige Verlängerung dieser Fristen schriftlich zu begründen;
- Entscheidung durch einen Einzelschiedsrichter, falls die Parteien kein Dreier-Schiedsgericht vereinbart haben;
- Verkürzung der Fristen für die Ernennung der Schiedsrichter für den Beklagten und für die DIS (Ersatzbenennung) auf 14 Tage;
- Verpflichtung des Schiedsgerichts zur Aufstellung eines Zeitplans, der die Einhaltung der für die Durchführung des Verfahrens vorgesehenen Fristen gewährleistet;
- Regel-Schriftsatzfristen von vier Wochen;
- Ausübung des schiedsrichterlichen Ermessens im Geiste des Beschleunigungsgedankens;
- Frühe rechtliche Hinweise des Schiedsgerichts;
- Zulässigkeit von Widerklage und Aufrechnung nur mit Zustimmung aller Parteien und des Schiedsgerichts;
- Verzicht auf den Tatbestand des Schiedsspruchs, es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart.

³⁵ Art. 32 ICC Schiedsgerichtsordnung (Möglichkeit der Verkürzung aller in der ICC Schiedsgerichtsordnung vorgesehenen Fristen durch Einigung der Parteien); vgl. dazu *Derains/Schwartz*, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, 1998, S. 345ff., wonach der Bestimmung eher eine „Erinnerungsfunktion“ zukommt.

³⁶ Art. 42 Swiss Rules (verkürzte Fristen für Schiedsrichterernennung, Sechs-Monatsfrist für den Schiedsspruch, eine mündliche Verhandlung, Begründung des Schiedsspruchs in summarischer Form, Bestellung eines Einzelschiedsrichters bei Streitwerten unter 1 Mio. Schweizer Franken); vgl. dazu *Scherer*, SchiedsVZ 2005, 229f.

Mit diesen Eckpunkten liefern die ergänzenden Regeln der DIS ein kompaktes und praktikables System zur erheblichen Verkürzung des Schiedsverfahrens.

Da im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Notwendigkeit/Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens vielfach noch nicht absehbar ist,³⁷ bietet sich für Banken und sonstige Finanzinstitutionen die Möglichkeit an, die entsprechende Klausel als Wahlklausel auszugestalten. Danach kann die klagende Bank nach Entstehung des Streits entscheiden, ob sie im „normalen“ oder im „beschleunigten“ DIS-Schiedsverfahren klagen möchte.³⁸

3. Gefahr der Verzögerung durch Streitigkeiten über die Zuständigkeit

Im engen Zusammenhang mit dem Zeitargument steht der Einwand, Schiedsverfahren seien auch deshalb für die Entscheidung von Finanzstreitigkeiten ungeeignet, weil sie häufig durch der eigentlichen Sachentscheidung vorgelagerte Streitigkeiten über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts verzögert würden. Während die Schiedsvereinbarung im Hinblick auf die gewünschte Schiedsinstitution und die Erfassung der der Schiedsvereinbarung unterliegenden Streitigkeiten hohe Anforderungen an den Vertragsjuristen stelle, sei dies im Fall einer „einfachen“ Gerichtsstandsklausel nicht im gleichen Maße der Fall.³⁹

Richtig ist an diesem Einwand, dass in der Tat die konsensuale Basis der Schiedsgerichtsbarkeit dazu führt, dass zuweilen über die Wirksamkeit und Reichweite der Schiedsvereinbarung gestritten werden muss, bevor sich das Schiedsgericht mit dem eigentlichen materiellen Streit befassen kann. Dies beruht jedoch nicht auf einem Nachteil der Schiedsgerichtsbarkeit, sondern auf der häufig zu beobachtenden Unachtsamkeit der Vertragsparteien. Sie möchten die „gute Atmosphäre“ während der erfolgreich verlaufenden Vertragsverhandlungen nicht in letzter Minute durch eine langatmige Diskussion über die Schiedsklauseln belasten.⁴⁰ Häufig beruhen die

³⁷ Vgl. den Bericht der ICC Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration (Fn. 34) S. 30: „...experience shows that in practice it is difficult at the time of drafting the clause to predict with a reasonable degree of certainty the nature of disputes and the procedures that will be suitable for those disputes.“

³⁸ Vgl. zur Wirksamkeit von Klauseln, die dem Kläger die Wahl zwischen zwei Schiedsgerichten lassen BGH NJW 1969, 978, 979; IHR 2003, 90; Musielak/Voit, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 1029 Rdn. 21 a.E.; *Timmermann*, IPRax 1984, 136.

³⁹ *Wood* (Fn. 6) Rdn. 5-62; *Connerty* (Fn. 15) S. 66.

⁴⁰ Vgl. *Kerr* in: Böckstiegel (Hrsg.), *Commercial Arbitration in the Federal Republic of Germany and in England*, 1987, 5, 14: „In practice both parties tend to be exhausted by the time the negotiations have reached the stage of the arbitration clause. They will rarely get beyond the applicable rules (if any) and the venue. For the rest they just hope for the best.“

Probleme auch schlicht auf Unkenntnis der Vertragsparteien und der sie beratenden Juristen. Die Abhilfe ist einfach: durch die Verwendung einer praxiserprobten „boiler plate“ Musterklausel einer anerkannten Schiedsinstitution können diese Probleme sehr leicht vermieden werden. Die selbst entworfene Schiedsklausel kann sich dagegen im Konfliktfall sehr schnell zu einem Bumerang entwickeln, der zu unnützen Kosten- und Zeitverlusten führt.⁴¹ Dies ist jedoch keine Besonderheit des Finanz- und Kapitalmarktrechts, sondern gilt für alle Bereiche des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts, in denen (dennoch) heute die Schiedsgerichtsbarkeit zum alltäglichen Instrument der Streitentscheidung gehört.

4. *Schiedsrichter neigen mehr als staatliche Richter zu Billigkeitsentscheidungen*

Neben dem Zeitargument in seinen unterschiedlichen Ausprägungen wird von Seiten der Bankpraxis gegen die Schiedsgerichtsbarkeit vor allem vorgebracht, Schiedsrichter neigten mehr als staatliche Richter zu Billigkeitsentscheidungen statt zu einer Entscheidung nach den strikten Maßstäben von Gesetz und Vertrag. Aus diesem Grund könne etwa ein Kreditnehmer die Vereinbarung eines Schiedsgerichts dazu ausnutzen, eine Lösung seiner Zahlungsprobleme auf dem Billigkeitswege zu erreichen.⁴² Mit dem für Banken und andere Finanzinstitutionen so wichtigen Streben nach Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit sei dies nicht zu vereinbaren. Streitigkeiten müssten nach „Recht und Gesetz“ entschieden, Vergleichs- und Sanierungsmaßnahmen, wie etwa die Stundung von Zins- oder Tilgungsbeiträgen, sollten nicht durch einen Schiedsspruch vorgeschrieben, sondern auf dem Verhandlungswege angestrebt werden.⁴³

Dieser Einwand scheint auf einem grundsätzlichen Missverständnis über das Funktionieren schiedsrichterlicher Entscheidungsfindung zu beruhen.⁴⁴ Die „Billigkeit“ der Entscheidung spielt im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit insofern eine größere Rolle als bei staatlichen Gerichten, als der Schiedsrichter eine natürliche Tendenz

⁴¹ *Park* (Fn. 23) S. 247: „The cardinal rule of drafting an international arbitration agreement is to avoid ambiguity and equivocation. Uncertainty about whether, where and how the parties wished to arbitrate will delight only the party wishing to drag its feet, and will often render the clause unenforceable“; vgl. auch *Horn* (Fn. 3) S. 396.

⁴² *Bosch* (Fn. 12) S. 136; *Connerty* (Fn. 15) S. 66; *Park* (Fn. 23) S. 216: „Arbitration...may appear as an unnecessary invitation to a ‘split the difference’ award, reminiscent of King Solomon’s famous threat to cut the baby in two“.

⁴³ *Bosch* aaO.

⁴⁴ *Kröll* (Fn. 2) S. 372.

hat, die dem Streit zugrunde liegenden wirtschaftlichen Interessen der Parteien und die Usancen und Gebräuche des betreffenden Handels- oder Industriezweiges zu berücksichtigen. Das UNCITRAL Modellgesetz und viele nationale Schiedsgesetze fordern das Schiedsgericht hierzu ausdrücklich auf.⁴⁵ Hierin liegt gerade einer der wesentlichen Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit. Mit einer vom Recht gelösten, allein auf Fairnesserwägungen beruhenden Billigkeitsentscheidung hat dies aber nichts zu tun. Zu einer solchen Entscheidung „*ex aequo et bono*“ oder als „*amiable compositeur*“ sind Schiedsgerichte nach den vielen Schiedsordnungen ohnehin nur aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung der Parteien befugt.⁴⁶ Schiedsklauseln in AGB, die eine Entscheidung nach Billigkeit vorsehen, sind zudem nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.⁴⁷ Die häufig vorgeschlagene⁴⁸ Einfügung einer „Strict Law“-Klausel in die Schiedsvereinbarung ist also gar nicht erforderlich, um sicherstellen, dass das Schiedsgericht sich in seiner Entscheidungsfindung ausschließlich von Recht und Gesetz leiten lässt.

Aber auch unabhängig von solchen gesetzlichen Regelungen ist der Schiedsgerichtsbarkeit ein blindes „Streben nach der 50/50-Lösung“ nicht eigen. Inwieweit ein dazu nicht ermächtigtes Schiedsgericht nach einer „billigen“, vergleichsweisen Beilegung des Rechtsstreits strebt, hängt letztlich von den Schiedsrichtern ab. Diese Neigung wird bei vielen staatlichen Richtern genauso, wenn nicht stärker ausgeprägt sein, als bei Schiedsrichtern. Auch in Schiedsverfahren nach der DIS-Schiedsgerichtsordnung, die in § 32.1 das Schiedsgericht in Anlehnung an § 278 Abs. 1 ZPO anhält, „in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Beilegung des Streits oder einzelner Streitpunkte bedacht“ zu sein, wird das Schiedsgericht eine vergleichsweise Beilegung des Streites nur dann anstreben, wenn beide (!) Seiten es hierzu ermächtigt haben.

5. Die Flexibilität des Schiedsverfahrens schafft Rechtsunsicherheit

⁴⁵ Art. 28 Abs. 4 UNCITRAL Modellgesetz; § 1051 Abs. 4 ZPO.

⁴⁶ Vgl. nur Art. 28 Abs. 3 UNCITRAL Modellgesetz; § 1051 Abs. 3 ZPO; Art. 1054 Abs. 3 niederländische ZPO.

⁴⁷ Hanefeld/Wittinghofer, SchiedsVZ 2005, 217, 226; vgl. auch Lachmann/Lachmann BB 2000, 1633, 1640.

⁴⁸ Sandrock (Fn. 1) S. 447.

Zuweilen wird gegen den Einsatz der Schiedsgerichtsbarkeit in Finanz- und Kapitalmarktstreitigkeiten vorgebracht, die Flexibilität der Verfahrensgestaltung, seit langem als einer der wesentlichen Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit anerkannt,⁴⁹ führe zu einem unakzeptabel hohen Maß an Rechtsunsicherheit und eröffne widerspenstigen Parteien vielfältige Möglichkeiten der Verfahrensverzögerung.⁵⁰

Richtig ist an diesem Einwand, dass im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit über die „*dark side of arbitral discretion*“, also die möglichen Nachteile des weiten Verfahrensermessens der Schiedsgerichte diskutiert wird.⁵¹ Tatsächlich hat aber heute eine Reihe von privat gesetzten Regelwerken einen international akzeptierten und praktizierten „*best practice standard*“ geschaffen, den Parteien heute ausdrücklich zum Gegenstand ihrer Verfahrensvereinbarungen machen oder von dem sich internationale Schiedsgerichte ausdrücklich oder intuitiv bei der Ausübung ihres Verfahrensermessens leiten lassen. Im Mittelpunkt stehen dabei die IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration von 1999. Sie ermöglichen es, die Beweisaufnahme in einem Schiedsverfahren über die Grenzen des civil und common law hinweg in einer effizienten und für Vertreter aus beiden Rechtskreisen akzeptablen Art und Weise durchzuführen. Dies zeigt sich etwa bei der Regelung der Dokumentenvorlage durch die Parteien.⁵² Die IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration⁵³ haben einen übernationalen Referenzrahmen für die Beurteilung der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit geschaffen. Die IBA Rules of Ethics⁵⁴ bewirken dasselbe für sonstige „berufsethische“ Pflichten des Schiedsrichters. Die im Mai 2007 veröffentlichte „Practice Guideline 16: The Interviewing of Prospective Arbitrators“ des Londoner Chartered Institute of Arbitrators⁵⁵ enthält Regeln zur Abhaltung der vor Großverfahren zuweilen durchgeführten Interviews mit Schiedsrichter-Kandidaten. Die

⁴⁹ Vgl. *Böckstiegel* (Fn. 33) S. 120; vgl. auch die Studie „International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices“ (Fn. 7) S. 6: „Flexibility of procedure was the most widely recognized advantage [of arbitration]. The active participation of the parties in determining and shaping the procedure inspires confidence in the process.“

⁵⁰ *Wood* (Fn. 6) Rdn. 5-60; *Connerty* (Fn. 15) S. 65.

⁵¹ Vgl. *Park* Arbitration International 2003, 279, 283.

⁵² Vgl. unten II. 7.

⁵³ IBA (Hrsg.), IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2004; vgl. dazu *de Witt Wijnen/Voser*, Business Law International 2004, 433ff.

⁵⁴ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, Yearbook Commercial Arbitration 12 (1987), S. 199 ff.

⁵⁵ Vgl. www.arbitrators.org/Institute/PR_CIA027.asp.

UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings⁵⁶ enthalten Merkposten und Richtlinien für die Organisation eines Schiedsverfahrens.

Die Zahl dieser Regelwerke hat in letzter Zeit derart zugenommen, dass sich die Frage stellt, ob durch die von ihnen ausgehende Wirkung eines gesetzgleich formulierten Rechtssatzes nicht die Flexibilität der Verfahrensgestaltung als eines der markantesten Charakteristika der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in zu weitgehendem Maße eingeschränkt und das Schiedsverfahren zu stark an den durch zwingendes Verfahrensrecht „regulierten“ Zivilprozess angenähert wird.⁵⁷ Letztendlich hängt auch hier vieles von der richtigen Wahl der Schiedsrichter ab. Eine grundsätzliche Schwäche liegt in der Flexibilität des Schiedsverfahrens jedenfalls nicht.

6. Banken wollen keine „Finalität“, sondern Kontrolle durch höhere Instanz

Zuweilen wird von Seiten der Bankpraxis gegen die Schiedsgerichtsbarkeit vorgebracht, die von den Parteien einer Schiedsvereinbarung bewusst in Kauf genommene Endgültigkeit („Finalität“) der Entscheidungsfindung des Schiedsgerichts sei vielleicht für komplexe Anlagenbaustreitigkeiten akzeptabel, nicht aber für Streitigkeiten aus Finanz- und Kapitalmarktverträgen.⁵⁸

Richtig ist an diesem Einwand, dass die Finalität der schiedsrichterlichen Entscheidungsfindung eine Überprüfung der „richtigen“ Rechtsanwendung durch ein staatliches Gericht im Rahmen der Aufhebungsklage ausschließt.⁵⁹ Die Aufhebung des Schiedsspruchs kommt vielmehr nur bei Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze und des *ordre public* in Betracht:

“Arbitration rules, such as those of UNCITRAL, the LCIA, and the ICC, provide unequivocally that an arbitral award is final and binding. These are not intended to be mere empty words. One of the advantages of arbitration is that it is meant to result in the final determination of the dispute between the parties. If the parties want a compromise solution to be proposed, they should opt for mediation. If they are prepared to fight the case to the highest court in the land,

⁵⁶ UN (Hrsg.), UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, 1996.

⁵⁷ Vgl. Berger, *Arbitration International* 2006, Nr. 1, S. 513ff.

⁵⁸ Wood (Fn. 6) Rdn. 5-58; Connerty (Fn. 15) S. 65.

⁵⁹ Vgl. Musielak/Voit, ZPO (Fn. 38) § 1059 Rdn. 1.

they should opt for litigation. By choosing arbitration, the parties choose a system of dispute resolution that results in a decision that is, in principle, final and binding. It is not intended to be a proposal as to how the dispute might be resolved; nor is it intended to be the first step in a ladder of appeals through national courts.”⁶⁰

Durch die Finalität des Schiedsspruchs wird jedoch zugleich schnell Rechtsklarheit und Rechtsfrieden zwischen den Parteien geschaffen. Dieser Vorteil schiedsrichterlicher Entscheidungsfindung ist heute in der allgemeinen Wirtschaftspraxis unumstritten:

„...91% of the online respondents and an overwhelming majority of those interviewed reject the idea of including an appeal mechanism in international arbitration. According to those interviewed, the advantages of the finality of an award outweigh the need for an appeal mechanism. The ability to appeal is seen as a disadvantage because it makes arbitration more cumbersome and litigation-like and essentially negates a key attribute of the arbitral process.”⁶¹

Die Vorteile der Finalität gelten auch für den Bereich des Finanz- und Kapitalmarktrechts, wird doch gerade hier die Schnelligkeit und Zügigkeit schiedsrichterlicher Entscheidungsfindung angemahnt.⁶²

Als mögliches Argument zugunsten der staatlichen Gerichtsbarkeit mit ihrem mehrstufigen Instanzenzug bleibt damit nur, dass Banken und andere Finanzmarktinstitutionen dann, wenn sie schon – was ohnehin selten der Fall ist⁶³ – eine Rechtsfrage vor Gericht bringen, diese notfalls auch höchstrichterlich für die ganze Branche endgültig klären lassen wollen. Im nationalen Bereich macht dies, etwa dann, wenn es um die Auslegung und Wirksamkeit bestimmter Klauseln der von allen Banken einheitlich verwendeten AGB-Banken geht, durchaus Sinn. Schiedssprüchen, denen gemäß § 1055 ZPO zwischen den Parteien die Wirkung eines gerichtlichen Urteils zukommt, haben aber ebenfalls eine gewisse Präjudizwirkung.⁶⁴ Die (anonymisierte) Veröffentlichung derartiger Schiedssprüche in einer speziellen Sammlung wäre aller-

⁶⁰ Redfern/Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4. Aufl. 2004, Rdn. 9-06; Rdn. 9-34: ‘There is a belief that, so far as international arbitrations are concerned, the parties should be prepared to accept the decision of the arbitral tribunal even if it is wrong, so long as the correct procedures are observed.’

⁶¹ Vgl. die Studie „International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices“ (Fn. 7) S. 15.

⁶² Vgl. oben I.2.

⁶³ Vgl. dazu unten II.1 nach Fn. 97.

⁶⁴ Vgl. dazu allg. Berger, *J.Int'l.Arb.*, Nr. 4 1992, 5, 19ff.

dings für diese Wirkung unbedingte Voraussetzung.⁶⁵ Dies gilt auch für den Bereich des internationalen Bank- und Finanzmarktrechts. Dort besteht etwa im Hinblick auf die Auslegung der weltweit verwendeten Musterverträge der LMA oder der ISDA ein starkes Interesse an einer einheitlichen Spruchpraxis.

7. *In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gibt es „Discovery“*

Zuweilen wird, nicht nur aus Kreisen des Finanz- und Kapitalmarktrechts, gegen den Einsatz der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit vorgebracht, sie ermögliche „der anderen Seite“ den Einsatz von Discovery-Maßnahmen mit den daraus folgenden Konsequenzen für die betroffene Partei im Hinblick auf Kosten- und Zeiteinsatz und die Gefährdung von Geschäftsgeheimnissen.

Auch dieser Einwand beruht auf einem grundsätzlichen Missverständnis des Funktionierens der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Außerhalb der USA gibt es in internationalen Schiedsverfahren keine Discovery!⁶⁶ Internationale Schiedsgerichte ordnen zwar die Vorlage von Dokumenten an, dies jedoch nur unter sehr engen Voraussetzungen. Der heute weithin akzeptierte Best Practice Standard ist in Art. 3 (3) der IBA Rules on the Taking of Evidence⁶⁷ zusammengefasst. Danach wird einem Antrag auf Vorlage von Dokumenten („*Request to Produce*“) vom Schiedsgericht nur dann stattgegeben, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

1. Das betreffende Dokument oder eine eng begrenzte Kategorie von Dokumenten ist hinreichend spezifiziert;
2. Die beantragende Partei hat die Relevanz („*materiality*“) des Dokuments/der Dokumente für den Ausgang des Rechtsstreits nachgewiesen;
3. Das Dokument/die Dokumente müssen sich nach der Behauptung der beantragenden Partei im Besitz der anderen Partei des Schiedsverfahrens befinden und nicht im Besitz einer dritten Partei, auf die sich die Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichts nicht erstreckt;

⁶⁵ Vgl. zum parallelen Problem der Entscheidung von M&A Streitigkeiten durch Schiedsgerichte *Duve/Keller*, *SchiedsVZ* 2005, 169, 176f.

⁶⁶ Vgl. *Lionnet* in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (Hrsg.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, S. 491, 499: „...the answer to the question of whether discovery of documents can be ordered by arbitrators in international proceedings...must be no“.

⁶⁷ Vgl. oben Fn. 54.

4. Die beantragende Partei muss Gründe vortragen, warum sie annimmt, dass sich das betreffende Dokument/die betreffenden Dokumente im Besitz oder unter Kontrolle der anderen Partei befindet/befinden;
5. Die beantragende Partei muss dem Schiedsgericht versichern, dass sie alle Maßnahmen ergriffen hat, um das Dokument/die Dokumente selbst aufzufinden;
6. Das betreffende Dokument/die betreffenden Dokumente ist nicht/sind nicht Gegenstand von Beweiserhebungs-/verwertungsverboten („*privileges*“).

Insbesondere die unter Nr. 1 wiedergegebene Einschränkung des Rechts auf Beantragung von Dokumentenvorlage verdeutlicht, dass jede Art von American Style Discovery und die Gefahr der damit verbundenen „*fishing expedition*“ in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nicht in Betracht kommt.⁶⁸

8. *Schiedsgerichtsbarkeit schafft Probleme bei Mehrparteienverfahren*

Zuweilen wird gegen die Vereinbarung von Streitentscheidung durch Schiedsgerichte in Finanz- und Kapitalmarktverträgen vorgebracht, sie ermögliche keine Verfahrensführung im Mehrparteienverbund.

Richtig ist an diesem Einwand, dass sich die konsensuale Basis der Schiedsgerichtsbarkeit, sonst als ihre große Stärke gerühmt, gerade bei Mehrparteienverfahren als ihre große Schwäche erweist⁶⁹ und von der Praxis auch so bewertet wird.⁷⁰ Vorschriften über die „zwangsweise“ Einbeziehung Dritter in das Schiedsverfahren enthalten die meisten Schiedsgesetze nicht. Sie wären mit eben dieser konsensualen Rechtsnatur der Schiedsgerichtsbarkeit nicht zu vereinbaren. Diese Rechtsnatur weist aber zugleich den Weg zur Lösung des Mehrparteienproblems. Haben nämlich alle Parteien dem Mehrparteienverfahren zugestimmt, steht der konsensuale Charakter der Schiedsgerichtsbarkeit der Einleitung eines solchen Verfahrens nicht entgegen. Die in verschiedenen Verträgen enthaltenen Schiedsklauseln müssen also im Hinblick auf die vereinbarte Schiedsinstitution entsprechend harmonisiert werden. Außerdem kann die Zusammenlegung („Konsolidierung“) von verschiedenen, nach

⁶⁸ Vgl. *Raeschke-Kessler* in: CENTRAL (Hrsg.), *Understanding Transnational Commercial Arbitration*, 2000, S. 75, 85.

⁶⁹ Vgl. *von Schlabrendorff* in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, 55ff.

⁷⁰ Vgl. die Studie „*International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices*“ (Fn. 13) S. 7: „The lack of a third party mechanism was another widely recognized concern.“

diesen Schiedsklauseln eingeleiteten Verfahren zu einem einzigen Mehrparteien-Schiedsverfahren bereits im Vorhinein ausdrücklich in der oder den Schiedsklauseln vorgesehen werden. Die meisten Schiedsordnungen enthalten heute zudem Bestimmungen, die die Wahl des Schiedsgerichts in solchen Fällen auch dann sicherstellen, wenn eine aus mehreren Einzelparteien bestehende Parteiseite sich nicht auf einen Schiedsrichter einigen kann. Im Interesse der Gewährleistung prozessualer Waffengleichheit als Bestandteil des verfahrensrechtlichen *ordre public*⁷¹ wird dann das ganze Schiedsgericht⁷² oder zumindest beide Parteischiedsrichter⁷³ durch die das Verfahren administrierende Schiedsinstitution bestellt.

Letztlich kommt es also für die Gewährleistung eines effektiven Mehrparteienverfahrens auf die sorgfältige Harmonisierung der in verschiedenen, inhaltlich zusammenhängenden Vertragswerken enthaltenen Schiedsklauseln an (etwa im Rahmen der bei einer Projektfinanzierung abgeschlossenen und zu einem Vertragsnetzwerk zusammengefassten Bau- und Finanzierungsverträge⁷⁴) oder auf die Einbindung einer entsprechenden Schiedsklausel in einen Mehrparteienvertrag, etwa die „Terms of Agreement“ oder das Intercreditor-Agreement im Rahmen eines Kreditkonsortiums. Wie bei sonstigen Klauseln liegt auch hier das Problem nicht bei der Schiedsgerichtsbarkeit, sondern bei der sorgfältigen Abfassung der entsprechenden Schiedsklausel.⁷⁵

9. *Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens verhindert Druck durch negative Publicity*

Zuweilen wird von Bankpraktikern geltend gemacht, die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens versperre Banken den Weg, durch die unangenehme Publizität eines Gerichtsverfahrens zusätzlichen Druck auf einen nicht vertragstreuen Kreditnehmer auszuüben.⁷⁶

⁷¹ Dieser Gedanke wurde erstmals von der französischen Cour de Cassation im Fall Siemens v. Dutco Construction entwickelt, Cour de Cassation, 7. Januar 1992, vgl. dazu Berger, RIW 1993, 702ff.

⁷² Art. 10 (2) ICC-Schiedsgerichtsordnung; Art. 8.1 LCIA-Schiedsgerichtsordnung.

⁷³ Vgl. § 13.2 DIS-Schiedsgerichtsordnung.

⁷⁴ Vgl. dazu Lew in: Horn/Norton (Fn. 23), S. 289, 298f.

⁷⁵ Vgl. Park (Fn. 23) S. 273f: „Financial lawyers will need to learn to relish a substantial amount of nuance in crafting dispute resolution clauses appropriate to the contours of each particular type of transaction.“

⁷⁶ Wood (Fn. 6) Rdn. 5-59; Connerty (Fn. 15) S. 65.

Im Hinblick auf diesen Einwand ist schon fraglich, inwieweit dieser sog. Publizitätsdruck im Rahmen der Gesamtumstände, die für die effektiven Zahlungen des Kreditnehmers maßgebend sind, überhaupt eine Rolle spielt.⁷⁷ Hinzu kommt, dass sich die Publizität eines Gerichtsverfahrens durchaus als zweischneidiges Schwert erweisen kann, wenn durch entsprechenden Tatsachenvortrag des Kreditnehmers während eines Gerichtsverfahrens plötzlich (politischer) Druck auf die kreditgebende Bank ausgeübt wird.⁷⁸ Auch für Banken und Finanzmarktinstitutionen muss daher die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens als Vorteil dieser Art der Streitentscheidung angesehen werden.⁷⁹

10. *Eine Schiedsvereinbarung schlägt die Tür zu den staatlichen Gerichten endgültig zu*

Sehr häufig wird von Seiten der Finanz- und Kapitalmarktpraxis die Ausschließlichkeit der Vereinbarung eines Schiedsgerichts bemängelt. Banken möchten sich gerne trotz des Abschlusses einer Gerichtsstandsklausel alle Optionen offen halten⁸⁰ und vereinbaren daher häufig kumulativ die Klagemöglichkeit vor den Gerichten am Sitz des Kreditnehmers, am Ort der Erfüllung des Vertrages oder an Orten, wo der Kreditnehmer sonstiges Vermögen hat. Gerade die Korrelation von Gerichtsstand und Lageort von Schuldnervermögen soll verhindern, dass der Kreditnehmer nach Abschluss des Schiedsverfahrens das anschließende Verfahren zur Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs vor dem zuständigen staatlichen Gericht am Sitz des Schuldners als eine willkommene Möglichkeit nutzt, weitere Zeit zu gewinnen.⁸¹ Aus diesem Grund vereinbaren auch solche Banken, die der Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich offen gegenüberstehen, häufig Wahlklauseln die es ihnen ermöglichen, statt der vereinbarten Streitentscheidung durch Schiedsgerichte das staatliche Gericht anzurufen.⁸² Unterliegt der Vertrag deutschem Recht und behält sich der Kreditgeber diese Wahlmöglichkeit als Kläger und Beklagter vor, ist diese Klausel AGB-rechtlich allerdings nur dann wirksam, wenn die Klausel der anderen Seite das Recht

⁷⁷ Sandrock (Fn. 1) S. 447.

⁷⁸ Vgl. Kröll (Fn. 2) S. 373.

⁷⁹ Vgl. die Studie „International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices“ (Fn. 7), S. 6: „Privacy, perhaps unsurprisingly, was also ranked highly. International arbitration is considered by many as an effective way to keep business practices, trade secrets, industrial property, as well as proceedings with a possible negative impact on the brand, private.“

⁸⁰ Vgl. Connerty (Fn. 15): „A lender will choose the forum for litigation which suits that lender.“

⁸¹ Bosch (Fn. 12) S. 137.

⁸² Park (Fn. 23) S. 251f.

gibt, vom Kreditgeber vorprozessual innerhalb einer vorbestimmten Frist eine Erklärung über die Wahl zu erlangen.⁸³ Ansonsten könnte der vom Kreditnehmer verklagte Kreditgeber durch Ausübung seines Wahlrechts die vom Kreditnehmer gewählte Verfahrensart nachträglich unzulässig werden lassen. Behält sich der Kreditgeber dieses Wahlrecht nur als Kläger vor, kommt ein Konflikt mit § 138 BGB nur dann in Betracht, wenn die Klausel darüber hinaus die andere Seite erheblich benachteiligt, etwa indem der Kreditnehmer den einzigen Schiedsrichter wählen darf und vor dem Schiedsgericht eine Vertretung durch Anwälte ausgeschlossen ist.⁸⁴

Richtig ist an dem Einwand, eine Schiedsvereinbarung schlage die Tür zu den staatlichen Gerichten endgültig zu, dass die Einrede der Schiedsvereinbarung, etwa nach § 1032 Abs. 1 ZPO,⁸⁵ eine vor einem staatlichen Gericht anhängige Klage unzulässig macht. Dieser Einwand beruht aber häufig auf einer unzutreffenden Annahme über die Effizienz und Praktikabilität der Streitentscheidung durch staatliche Gerichte. In vielen Fällen internationaler Finanzgeschäfte kommt nämlich eine Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit im Land des Kreditnehmers ohnehin nicht in Betracht. Als Gründe hierfür kommen die „Qualität“ der Gerichtsbarkeit in bestimmten „emerging markets“-Ländern oder schlicht das „Home-Town Justice“ Phänomen⁸⁶ in Betracht. Bei einer Streitentscheidung durch ein Gericht in einem Drittland oder im Land des Kreditgebers ist dieser aber für die Durchsetzung des Urteils auf eine Vollstreckung im Sitzland des Kreditnehmers unter Anrufung der dort ansässigen Gerichte angewiesen. Während es jedoch außerhalb Europas kein multilaterales Vollstreckungsübereinkommen für Gerichtsurteile gibt⁸⁷ und die Vollstreckung staatlicher Gerichtsurteile in Ländern wie Russland überhaupt nicht in Betracht kommt,⁸⁸ erweist sich die weltweit von 142 Staaten ratifizierte New Yorker Konvention über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958 als eines der erfolgreichsten Instrumente des internationalen Einheitsrechts und einer der großen Vor-

⁸³ BGH NJW 1999, 282; OLG Bremen SchiedsVZ 2007, 51, 52; DIS-Zwischenschiedsspruch, SchiedsVZ 2007, 166, 168; Musielak/Voit (Fn. 38) Rdn. 21; Zöller/Geimer ZPO, 26. Aufl. 2007, § 1029, Rdn. 35.

⁸⁴ BGH NJW 1989, 1477.

⁸⁵ Die Vorschrift findet ihre Entsprechung in Art. 8 (1) UNCITRAL Modellgesetz.

⁸⁶ Vgl. Horn in: Horn/Norton (Fn. 23), S. 1, 2f; Park (Fn. 23) S. 215.

⁸⁷ Das „Haager Übereinkommen über die Vereinbarung gerichtlicher Zuständigkeiten“ ist bisher nur von Mexiko ratifiziert worden und nicht in Kraft getreten; außerdem enthält es entgegen den ursprünglichen Vorstellungen der Initiatoren nur rudimentäre Regelungen zur grenzüberschreitenden Anerkennung von Gerichtsurteilen, vgl. Rühl, IPRax 2005, S. 410; www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98.

⁸⁸ Vgl. Kautz in: Horn/Norton (Fn. 23) S.135, 136.

teile der Schiedsgerichtsbarkeit.⁸⁹ Zwar ist auch hier die siegreiche Partei auf die staatlichen Gerichte im Land des Beklagten angewiesen. Das Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren ist jedoch vereinheitlicht, beruht auf einer völkerrechtlichen Konvention mit einer entsprechenden völkerrechtlichen Verpflichtung des jeweiligen Vollstreckungsstaates zur Anerkennung ausländischer Schiedssprüche und die Vollstreckbarerklärung kann nur aus enumerativ in Art. V der Konvention aufgelisteten Gründen versagt werden. Gerade wegen dieses Vorteils der weltweiten Vollstreckungsmöglichkeit werden Schiedsklauseln seit langem als primärer Streiterledigungsmechanismus in Kreditverträgen internationaler Banken, wie der Weltbank und der Europäischen Bank für Wiederaufbau, vereinbart.⁹⁰ Sicher kann auch die New Yorker Konvention nicht verhindern, dass Schiedssprüche in Ländern wie Saudi Arabien nur schwer oder überhaupt nicht vollstreckt werden können oder gar ignoriert werden, wenn ihr Inhalt (zB Verstoß gegen das aus dem Koran abgeleitete Zinsverbot *riba*⁹¹) oder ihr Zustandekommen (Mitwirkung eines weiblichen Schiedsrichters an der Entscheidungsfindung!) gegen die *Sharia* verstößt.⁹² Dies ist jedoch keine Schwäche der Schiedsgerichtsbarkeit, sondern des dortigen Rechtssystems und gilt daher in gleicher Weise für ausländische Gerichtsurteile.

II. Warum Banken Schiedsgerichtsbarkeit vereinbaren sollten

Die unter I. gemachten Ausführungen zeigen, dass es heute keinen Grund gibt, warum Banken und andere Finanzmarktinstitutionen prinzipiell die staatliche Gerichtsbarkeit der Schiedsgerichtsbarkeit vorziehen sollten. In vielen Fällen erweist sich die Schiedsgerichtsbarkeit sogar als überlegene Methode der Streitentscheidung. Drei zusätzliche Aspekte mögen dies verdeutlichen.

1. Fachwissen der Schiedsrichter

⁸⁹ Vgl. Die Studie „International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices“ (Fn. 7) S. 6: „Enforceability of awards was ranked as the single most important advantage by the highest number of respondents...“; vgl. auch *Horn* (Fn. 3) S. 406: „Die Gründe, die früher gegen Schiedsverfahren im internationalen Wirtschaftsbereich sprachen, sind zu einem guten Teil schon seit gut fünfzig Jahren durch die New York Convention erledigt.“

⁹⁰ *Horn* (Fn. 3) S. 393.

⁹¹ Vgl. dazu Berger, „Die Einwirkung drittstaatlicher Eingriffsnormen auf internationale Verträge am Beispiel islamischer Zinsverbote“ in: Hermann/Berger/Wackerbarth (Hrsg.) *Deutsches und Internationales Bank- und Wirtschaftsrecht im Wandel*, 1997, S. 322ff.

⁹² Vgl. *Gemmell*, *Santa Clara J.Int'l.L.* 2006, 169, 188.

In wenigen Rechtsbereichen liegt der klassische Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit, die Möglichkeit der Wahl von privaten Richtern mit entsprechendem Fachwissen, so auf der Hand wie im nationalen und internationalen Finanz- und Kapitalmarktrecht. Es erscheint kaum vorstellbar, einem deutschen Richter Begriffe wie „*Backstop Facility*“, „*Convertible Preferred Equity Certificates*“, „*Collateralized Debt Obligation*“, „*MAC-Clause*“, „*Parallel Debt*“, „*Senior Facilities Agreement*“, „*Pari Passu Clause*“, „*Gun Jumping*“, „*Contractual Subordination*“⁹³ o.ä. in einem angemessenen Zeitrahmen nahe zu bringen. Dass in „schwierigen kapitalmarkttechnischen und -rechtlichen Fragen die Sachkenntnis der speziell mit Blick auf sie gewählten Schiedsrichter im Mittel höher ist als jene der Richter staatlicher Gerichte“,⁹⁴ erscheint noch untertrieben. In diesem Zusammenhang ist auch § 184 S. 1 GVG zu bedenken, wonach die Gerichtssprache deutsch ist und alle fremdsprachigen Dokumente in die Gerichtssprache übersetzt werden müssen. Eher schon kommt die folgende Stellungnahme der Realität nahe:

„Der entscheidende Vorteil bei Schiedsgerichten liegt...darin, dass ...im Vorfeld...durch die Auswahl fachkundiger Richterpersönlichkeiten das Schlimmste [verhindert werden kann], was Rechtssuchenden passieren kann, nämlich an Richter zu geraten, denen wie Schütze sagt, bestimmte Anlagengeschäfte ein Buch mit sieben Siegeln sind“.⁹⁵

Dieses Urteil darf nicht als Vorwurf an die staatliche Gerichtsbarkeit missverstanden werden. Die rasante Entwicklung des nationalen und internationalen Finanz- und Kapitalmarktrechts, die immer komplexer werdenden Konstruktionen moderner Finanzprodukte und der dominierende Einfluss des Common Law und der Vertragspraxis anglo-amerikanisch geprägter Kanzleien und Formulating Agencies wie der „Loan Market Association (LMA)“⁹⁶ haben schon seit längerem dazu geführt, dass derartige Transaktionen bei ihrer Entstehung von einem überschaubaren Kreis hochspezialisierter Vertragsjuristen betreut werden. Selbst nationale Finanzmarkttransaktionen, wie etwa Kreditverträge im b2b-Bereich, werden daher in zunehmendem Maße internationalisiert. Es ist nicht einzusehen, dass die Produkte dieses Prozesses für staatliche Gerichte, selbst wenn diese über spezielles Fachwissen (Spe-

⁹³ Vgl. die Begriffserläuterungen in *Risse/Kästle/Gebler*, M&A und Corporate Finance von A-Z, 2007.

⁹⁴ *Kronke* (Fn. 8) S. 437.

⁹⁵ *Loritz*, FS Geimer, 2002, S. 569, 574.

⁹⁶ Vgl. www.loan-market-assoc.com; vgl. dazu *Wenzel* (Fn. 3), S. 41.

zialsenate) im Bereich der AGB-Banken oder des Kreditvertragsrechts der §§ 488ff BGB verfügen, ohne weiteres verständlich sein sollen, wenn es zum Streit kommt. Die Spezialisierung beim Aushandeln und Ausarbeiten derartiger Transaktionen und die damit einhergehende Anglisierung der Vertragspraxis verlangen vielmehr eine entsprechende Fachorientierung bei der Streitentscheidung. Sie kann durch Auswahl von Finanz- und Kapitalmarktexperten als Schiedsrichter gewährleistet werden.⁹⁷

Dass dieser Nachteil der staatlichen Gerichtsbarkeit bisher von der Bankpraxis nicht oder nur in geringem Umfang beklagt wird, dürfte wohl nur darauf zurückzuführen sein, dass in der Praxis nur wenige Streitigkeiten tatsächlich vor Gericht ausgetragen werden. Zumeist wird versucht, den „Gang vor Gericht“ durch Maßnahmen wie Umstrukturierungen, Stundungsvereinbarungen, die Vereinbarung von Debt/Equity Swaps oder ähnliche finanzmarktrechtliche Lösungen zu vermeiden. Im „worst case-Szenario“ wird statt eines langwierigen Gerichtsverfahrens die uneinbringliche Kreditforderung abgeschrieben. Dies alles darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Maßstab für die Brauchbarkeit der Schiedsgerichtsbarkeit als Instrument der Streitentscheidung auch im Bereich des Bank- und Finanzmarktgeschäfts der Streitfall und nicht der Fall der einvernehmlichen Streitbeilegung sein muss, mag auch der Streitfall die Ausnahme sein. Für *diesen* Fall aber muss der entscheidende Vorteil der spezifischen Fach- und Sprachkenntnis der Schiedsgerichte stets der von der Bankpraxis vorgebrachten „Einfachheitsthese“⁹⁸ und dem Argument der (über)langen Verfahrensdauer⁹⁹ gegenübergestellt werden.

2. *Wirtschaftsnahe Rechtsanwendung im b2b Kontext*

Der Einsatz von Schiedsgerichten bietet zudem im b2b-Kontext eine größere Gewähr für wirtschaftsnahe Rechtsanwendung. Besonders deutlich wird dies etwa bei der Anwendung des deutschen AGB-Rechts. Viele Kredit- und Anleihe-Covenants würden unter der vom BGH vertretenen strengen Sicht des Aushandelns nach § 305

⁹⁷ Vgl. *Park* (Fn. 23) S. 272: „The identity of the person who will decide a financial controversy often matters as much as, or more than, the legal standards that purport to govern the merits of the dispute.“

⁹⁸ Vgl. oben I.1.

⁹⁹ Vgl. oben I.2.

Abs. 1 Satz 3 BGB¹⁰⁰ als AGB gelten. Ihre Wirksamkeit wäre damit zumindest zum Teil nicht sicher gestellt.¹⁰¹ Die Praxisferne dieser Rechtsprechung wird heute vielfach kritisiert.¹⁰² Solange aber der BGH keine Gelegenheit hat, seine strenge Rechtsprechung im Lichte dieser Diskussion zu relativieren, werden Untergerichte keine Neigung verspüren, selbst voranzuschreiten, um für eine praxisnähere Rechtsprechung bei der AGB-Kontrolle in b2b-Verträgen zu sorgen. Schiedsgerichte bieten hier eine größere Gewähr für eine an den Usancen der kaufmännischen Verhandlungspraxis orientierte Rechtsprechung. Bezeichnenderweise wird heute in einem Großkommentar zum deutschen AGB-Recht der Schiedsspruch eines ICC-Schiedsgerichts, in dem dieses eine den Anforderungen der BGH-Rechtsprechung nicht genügende Haftungsbegrenzungsklausel als „ausgehandelt“ betrachtete,¹⁰³ als Beispiel für eine der b2b-Praxis mehr entsprechenden Auslegung des Begriffs des „Aushandelns“ und als Vorbild für die künftige Entscheidungspraxis deutscher Gerichte in diesem Bereich zitiert.¹⁰⁴

3. *Eskalations-Klauseln als Instrument des „Re-Scheduling“*

Schließlich sollte auch die Einsetzbarkeit der in letzter Zeit intensiv diskutierten¹⁰⁵ „Eskalations-Klauseln“ im Bereich des Finanz- und Kapitalmarktrechts bedacht werden. Obwohl internationale Kreditverträge eine Fülle von Kündigungsgründen bei Verstößen gegen die in diesen Verträgen vereinbarten „Warranties & Representations“ und „Covenants“ vorsehen, kündigen Banken derartige Verträge nur sehr selten. Typischerweise wird der Vertrag im Wege der Neuverhandlung an die veränderten Umstände angepasst.¹⁰⁶ Banken verstehen diesen Bereich der Neuverhandlung von Kreditverträgen immer noch als ihr ureigenstes „Business“, in dem Dritte,

¹⁰⁰ Vgl. nur BGHZ 85, 305, 308; 104, 236; BGH NJW 1988, 2465, 2466; NJW 1991, 1678, 1679; NJW 1992, 1107f; NJW 1992, 2759, 2760; NJW 1998, 3488, 3489.

¹⁰¹ Vgl. zu Kredit-Covenants *Kästle* (Fn. 19) S. 93ff; zu High-Yield Bonds *Heitmann*, High-Yield-Anleihen, 2007.

¹⁰² *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137ff; *Berger*, ZIP 2006, 2149ff; *Baumbach/Hopt-Hopt*, Handelsgesetzbuch, 32. Aufl. 2006, HGB Einl., Rdn. 4; *Langer*, WM 2006, 1233, 1235; *von Westphalen*, ZGS 2006, 81; *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441; *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 108, 112; *PWW-KP Berger* BGB, 2006, § 305 Rdn. 14 a.E.

¹⁰³ ICC Schiedsspruch Nr. 10279 SchiedsVZ 2005, 109, 110f.

¹⁰⁴ *Staudinger/Schlosser*, 14. Aufl. 2006, § 305 Rdn. 36a; vgl. auch *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 160.

¹⁰⁵ Vgl. *Berger*, *Arbitration International* 2006, S. 1ff; *ders.* FS *Schlosser*, 2005, S. 19ff; *Melnyk*, *Int. Arbitration Law Review* 2002, S. 113ff; *Pryles*, *J. Int'l. Arb.* 2001 Nr. 2, S. 159ff; *Scanlon* in: *ALI/ABA, Mediation and Other ADR, Dispute Resolution for the 21st Century*, 2003, S. 1ff.

¹⁰⁶ Vgl. dazu und zur (begrenzten) Rolle des Rechts in diesen Prozessen die Beiträge von *Asser, Pergam, Horn* und *Kohler* in: *Horn* (Hrsg.) *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* 1985, S. 253ff.

auch wenn sie nur die Rolle von Unterstützern oder externen Fachleuten spielen, nichts zu suchen haben.¹⁰⁷ Dennoch sollte bedacht werden, ob mehrstufige Eskalations-Verfahren nicht auch für den Bank- und Kapitalmarktbereich nutzbar gemacht werden können.¹⁰⁸ So könnte etwa auch die Mediation im Bereich der internationalen Finanzmarktverträge eingesetzt werden.¹⁰⁹ Institutionen wie die AAA und EuroArbitration bieten daher auch spezielle Mediationsordnungen für den Finanzmarktsektor an.

III. Wo im Finanzmarktbereich bereits Schiedsgerichtsbarkeit angeboten wird

Trotz oder gerade wegen der traditionellen Zurückhaltung des Bank- und Finanzmarktsektors bieten inzwischen eine Reihe von Schiedsinstitutionen spezielle Schiedsregeln für Finanzmarktstreitigkeiten an. Im Mittelpunkt dieser Regeln stehen meist der Zeitfaktor und die Gewährleistung spezieller finanz- und kapitalmarktrechtlicher Sachkenntnis der Schiedsrichter.

1. *AAA Arbitration Rules for Commercial Financial Disputes*

So hält die American Arbitration Association (AAA) spezielle „Arbitration Rules for Commercial Financial Disputes“ bereit.¹¹⁰ Sie gelten für alle Streitigkeiten, die „any commercial financial arrangement, product or other matter or conduct relating thereto“ betreffen. Das Verfahren soll im Regelfall in 120 Tagen nach der Einleitung des Schiedsverfahrens beendet werden. Wenn der Wert von Klage- oder Widerklage 75.000 US\$ (ausschließlich Zinsen und Kosten) nicht überschreitet, wird das Verfahren im Rahmen der ebenfalls in der Schiedsordnung (Artt. 9, 51ff) geregelten „Expedited Procedures“ durch einen Einzelschiedsrichter, nach Möglichkeit in einer eintägigen mündlichen Verhandlung, entschieden. Sollte ausnahmsweise eine weitere mündliche Verhandlung notwendig sein, soll diese innerhalb von sieben Tagen nach der ersten stattfinden. Der Schiedsspruch soll 30 Tage nach Schluss der mündlichen Verhandlung ergehen. Alle Benachrichtigungen durch die AAA an die Parteien erfolgen per Telefon mit anschließender schriftlicher Bestätigung.

¹⁰⁷ Horn (Fn. 3) S. 398.

¹⁰⁸ Horn (Fn. 3) S. 398.

¹⁰⁹ Vgl. Salacuse in: Horn/Norton (Fn. 23), S. 53ff.

¹¹⁰ Vgl. oben Fn 32.

2. *London City Disputes Panel*

Die Gründung des London City Disputes Panel (CDP)¹¹¹ im April 1994 erfolgte, um die Unzulänglichkeiten der Streitentscheidung durch staatliche englische Gerichte auszugleichen und die Gefährdung des Rufes der City of London als weltweit anerkanntes Finanzzentrum abzuwenden:

“I refer elsewhere to my concern that the expense, length and complexity of proceedings even before the Commercial Court are such that they could adversely affect the pre-eminence of the City of London as a financial centre. The creation of the City Disputes Panel was a response to this.”¹¹²

Auch die Schiedsregeln des CDP¹¹³ haben daher das erklärte Ziel, den Streit fair und in der im Hinblick auf die Natur der Streitigkeit und die Wünsche der Parteien kürzest möglichen Zeit zu entscheiden. Nach Verfahrenseinleitung wird das Schiedsgericht vom CDP aus dem „Panel of Arbitrators“ ernannt. Typischerweise besteht es aus einem juristisch qualifizierten Vorsitzenden und zwei Finanzmarktexperten der Londoner City. Unter Umständen kann auch ein Einzelschiedsrichter ernannt werden. Der Kläger kann in seiner Klageschrift angeben, dass der Streit innerhalb einer bestimmten Zeit entschieden werden soll. Wenn alle Parteien sich darauf einigen, kann die Entscheidung auch im Rahmen einer „Rapid Decision“ in noch strafferem Zeitrahmen getroffen werden. In diesem Fall soll zB das erste Case Management Meeting zwischen Schiedsgericht und Parteivertretern unverzüglich nach der Konstituierung des Schiedsgerichts abgehalten werden. Das Schiedsgericht wird ausdrücklich aufgerufen, den Rechtsstreit nach rechtlichen Grundsätzen zu entscheiden, es sei denn, die Parteien hätten sich schriftlich darauf geeinigt, dass das Schiedsgericht nach anderen Grundsätzen entscheiden soll.

3. *CIETAC Financial Disputes Arbitration Rules*

Die “China International Economic and Trade Arbitration Commission“ (CIETAC) hält seit dem Jahr 2003 “Financial Disputes Arbitration Rules“ bereit.¹¹⁴ Sie wurden im Jahr 2005 überarbeitet. Art. 2 der CIETAC Rules enthält eine breite, nicht abschlie-

¹¹¹ Vgl. www.citydisputespanel.org.

¹¹² *The Right Honorable Lord Woolf*, zitiert auf der Homepage des CDP (Fn. 113).

¹¹³ Vgl. dazu *Crossfield*, *International Financial Law Review*, July 1994, S. 28ff.

¹¹⁴ Vgl. www.cietac.org; *Zimmermann/O'Brian*, *Asian Dispute Review* 2004, 69f; vgl. allg. zur CIETAC-Schiedsgerichtsbarkeit *Kniprath*, *SchiedsVZ* 2005, 197ff.

ßende Definition der Streitigkeiten aus „financial transactions“, die unter die Regeln fallen:

„The term ‚financial transaction‘ shall refer to transactions arising between financial institutions inter se, or arising between financial institutions and other natural or legal persons in the currency, capital, foreign exchange, gold and insurance markets that relate to financing in both domestic and foreign currencies, and the assignment and sale of financial instruments and documents denominated in both domestic and foreign currencies, including but not limited to:

1. Loans
2. Deposit certificates
3. Guarantees
4. Letters of credit
5. Negotiable instruments
6. Fund transactions and fund trusts
7. Bonds
8. Collection and remittance of foreign currencies
9. Factoring
10. Reimbursement agreements between banks; and
11. Securities and futures.”

Die CIETAC-Regeln sehen extrem kurze Fristen vor. So soll der Beklagte seine Klageantwort 15 Arbeitstage nach Erhalt der Klage beim CIETAC-Sekretariat einreichen. Der Schiedsspruch soll 45 Arbeitstage nach Konstituierung des Schiedsgerichts erlassen werden. Die zuletzt genannte Frist kann vom CIETAC-Sekretariat um jeweils zwanzig Tage verlängert werden. Wenn die Parteien keine Vereinbarung getroffen haben, entscheidet der CIETAC-Vorsitzende, ob der Streit durch einen Einzelschiedsrichter oder durch ein Dreier-Schiedsgericht entschieden wird. Die Schiedsrichter können vom „CIETAC Panel of Arbitrators in Financial Industry“ bzw. „Panel of Arbitrators in Securities and Futures Industry“ oder von einem anderen vom CIETAC-Sekretariat benannten Panel gewählt werden. Im Gegensatz zu früher können die Parteien aber auch Kandidaten außerhalb der CIETAC-Listen nominieren, vorausgesetzt, diese werden vom CIETAC-Vorsitzenden bestätigt. Diese starke Rolle des CIETAC-Sekretariats, die auch genuin schiedsrichterliche Entscheidungen wie diejenige über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts betrifft, sowie die chinesische Tradition, die Grenzen zwischen schiedsrichterlichem Verfahren und Mediation verschwimmen zu lassen, schränkt allerdings die praktische Brauchbarkeit der CIETAC-Regeln stark ein.¹¹⁵

¹¹⁵ Zimmermann/O'Brien (Fn. 114) S. 70; Kniprath (Fn.) S. 198.

4. EuroArbitration

Das im Jahr 2000 gegründete „European Center for Financial Dispute Resolution“ („EuroArbitration“)¹¹⁶ hält ebenfalls eine auf kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten spezialisierte Schiedsgerichtsordnung bereit. EuroArbitration steht nur für Streitigkeiten im b2b-Bereich zur Verfügung. Es ist vor allem für Streitigkeiten geeignet:

- zwischen einer Börse und ihren Mitgliedern;
- zwischen Investment-Häusern;
- zwischen professionellen Investoren und Fonds-Managern;
- zwischen Teilnehmern am Over-the-Counter („OTC“) Markt;
- bezüglich Clearing und Settlement Problemen im regulierten Markt und im OTC-Markt;
- bezüglich Settlement und Erfüllungstreitigkeiten;
- bezüglich der Ausgabe, Übertragung oder Rechtsausübung aus Aktien.

Die „Special Provisions“ des European Master Agreement for Financial Transactions, das europäische Gegenstück zum ISDA Master Agreement, enthalten eine Euro-Arbitration Klausel.¹¹⁷ Auch die Streitentscheidungsklausel in verschiedenen Verträgen zwischen EuroNext und ihren Mitgliedern enthält eine derartige Klausel. Das besondere dieser Schiedsordnung ist das „Permanente Schiedsgericht“. Es besteht aus drei ständigen Mitgliedern und drei Ersatzmitgliedern. Die Parteien können sich einigen, ihre Streitigkeit diesem Schiedsgericht oder einem seiner Mitglieder als Einzelschiedsrichter zur Entscheidung vorzulegen. Kommt eine solche Einigung nicht zustande, wird der Streit in der Regel durch einen Einzelschiedsrichter entschieden, es sei denn, die Parteien haben sich auf ein Dreier-Schiedsgericht geeinigt. Der Einzelschiedsrichter wird von einem „Permanenten Komitee“ ernannt. Der oder die Schiedsrichter werden von einer Liste gewählt, die das Center unterhält. Nur in besonderen Ausnahmefällen kann auch ein Schiedsrichter von außerhalb der Liste gewählt werden. Das Verfahren soll in der Regel sechs Monate nach der Konstituierung des Schiedsgerichts beendet sein. Bei Streitwerten unter 250.000 US\$ wird der Streit

¹¹⁶ Vgl. www.euroarb.org; Hirsch in: Kaufmann-Kohler/Frossard (Hrsg.), Arbitration in Banking and Financial Matters, 2003, 55ff.

¹¹⁷ <http://www.ebf-fbe.eu/Content/Default.asp?PageID=299>.

im Rahmen eines verkürzten beschleunigten Verfahrens durch einen Einzelschiedsrichter mit abgekürzten Fristen, auf der Basis von zwei Schriftsatzrunden, nach Möglichkeit ohne eine mündliche Verhandlung, innerhalb von drei Monaten nach Vorlage des Streits an das Schiedsgerichts entschieden. Die Parteien können vereinbaren, dass auch bei höheren Streitwerten eine Entscheidung im beschleunigten Verfahren erfolgt.

5. ICC DOCDEX Rules

Erwähnt sei schließlich auch das Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten im Rahmen der Außenhandelsfinanzierung nach den „DOCDEX Rules“ der International Chamber of Commerce („ICC Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise“).¹¹⁸ Dieses Verfahren wird von der ICC über ihr „International Centre for Expertise“ angeboten und von der renommierten ICC Banking Commission überwacht. Es soll eine unabhängige, sachkundige und schnelle Entscheidung in Streitigkeiten gewährleisten, in denen es um die Anwendung und Auslegung der ICC Uniform Customs and Practices for Documentary Credits (UCP), der ICC Uniform Rules for Bank-to-Bank Reimbursement under Documentary Credits (URR), der ICC Uniform Rules for Collections (URC) und der ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) geht. Die Entscheidung der vom ICC Centre ausgewählten drei Sachverständigen wird erst nach Rücksprache mit dem technischen Berater der ICC Banking Commission als DOCDEX Entscheidung und (in anonymisierter Form) erlassen. Dabei handelt es sich nicht um einen Schiedsspruch. Das Verfahren, das ausschließlich schriftlich abgewickelt wird, stellt nämlich kein Schiedsverfahren dar, und die Entscheidung der Sachverständigen ist für die Parteien nicht bindend, es sei denn, die Parteien haben dies ausdrücklich vereinbart.

IV. Das falsche Signal: Die Nicht-Aufhebung von § 37h WpHG

Ein Grund für die Zurückweisung der Schiedsgerichtsbarkeit durch die Finanzmarkt- und Kapitalmarktpraxis sind auch falsche Signale des Gesetzgebers. Ein solches falsches Signal ist die Tatsache, dass im Rahmen der durch die „Markets in Financial

¹¹⁸ ICC Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise, ICC Publikation Nr. 811; vgl. dazu *Connerty* (Fn. 15) S. 66ff; *Horn* (Fn. 3) S. 399f; *Kröll* (Fn. 2) S. 375f.

Instrumente Directive“ (MiFiD) der EU¹¹⁹ bedingten Neugestaltung des WpHG der durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz im Jahr 2002 in das Gesetz eingefügte § 37h WpHG nicht aufgehoben wurde. Nach dieser Vorschrift sind Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften nur verbindlich, wenn beide Vertragsteile Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Hinter der sich in § 37h WpHG manifestierenden Wertentscheidung steht das Bestreben des Gesetzgebers nach einem umfassenden präventiven Schutz des Anlegers vor den Schiedsgerichten. Dieser Ansatz steht im Gegensatz zu einer anderen Wertentscheidung des Gesetzgebers, dem Grundsatz von der prinzipiellen Gleichwertigkeit von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit. Dieser Grundsatz bildete das Leitmotiv für die Schiedsrechtsreform von 1998. § 37h WpHG sieht die Schiedsgerichtsbarkeit dagegen als Einschränkung des freien Zugangs zum rechtsstaatlich gewährten Rechtsschutz.¹²⁰

Nimmt man aber die Gleichstellung von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit ernst, so beruht dieser Ansatz hier wie dort auf demselben Grundfehler. Forum und Recht werden vermengt, wenn die prozessuale Gestaltungsfreiheit der Anleger wegen der materiellen Wertungen der deutschen Rechtsordnung für den Zeitraum vor Entstehung des Rechtsstreits nicht nur eingeschränkt, sondern gänzlich eliminiert wird.¹²¹ Der Anleger kann durchaus ein (prozessuales) Interesse an der Vereinbarung eines Schiedsgerichts haben. Aufgrund der weltweiten Verbreitung der New Yorker Konvention sind Schiedssprüche wesentlich effektiver vollstreckbar als Urteile staatlicher, auch deutscher,¹²² Gerichte.

Gegen prozessuale Missbräuche ist der deutsche Anleger zudem sowohl „präventiv“, durch das bestehende rechtliche Instrumentarium der Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen im Einredestadium, als auch „reaktiv“, durch die gerichtliche Kontrolle im Rahmen des Aufhebungs- und Anerkennungs- bzw. des Vollstreckungsverfahrens ausreichend geschützt. Der deutsche Gesetzgeber hat außerdem in § 1031

¹¹⁹ Vgl. dazu *Seyfried*, WM 2006, 1375ff.

¹²⁰ Vgl. *Berger*, ZBB 2003, 77, 81; *Lehmann*, SchiedsVZ 2003, 219ff.

¹²¹ Vgl. zu Gerichtsstandvereinbarungen *Serff*, Wer ist Verbraucher im internationalen Zivilprozessrecht?, 2001, S. 108f.

¹²² Hierauf weist *Schlosser*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, Rdn. 323 zutreffend hin.

Abs. 5 ZPO sichergestellt, dass die Vereinbarung eines Schiedsgerichts mit einem Privatanleger nur dann in Betracht kommt, wenn dieser hierüber informiert ist. Hierin liegt bereits die für die Entscheidung zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit notwendige Voraussetzung für die eigenverantwortliche mündige Ausübung des Rechts zur Vertragsgestaltung.¹²³ Weiter braucht der deutsche Gesetzgeber im Streben nach dem Schutz des Anlegers vor sich selbst auch im Bereich der Finanztermingeschäfte nicht zu gehen.

§ 37h WpHG ist auch mit europarechtlichen Vorgaben kaum zu vereinbaren. Erstens geht der EuGH heute vom Leitbild des „verständigen oder vernünftigen, d.h. informierten, selbstständigen und mündigen Verbrauchers“ aus, der in der Lage ist, rationale Entscheidungen zu treffen.¹²⁴ Gesetzliche Maßnahmen, die dies nicht beachten, schaffen unbeherrschbare Einbrüche in Privatautonomie und Vertragsfreiheit und widersprechen dem wirtschaftspolitischen Gedanken der Deregulierung.¹²⁵ Schließlich liegt auch dem in § 37h WpHG geregelten und aus § 53 Abs. 2 BörsG a.F. übernommenen Informationsmodell das Leitbild des „mündigen Bürgers“ zugrunde, der nicht um jeden Preis vor einer Selbstschädigung geschützt werden muss.¹²⁶

Zweitens geht die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen davon aus, dass eine Schiedsabrede, an der ein Verbraucher beteiligt ist, nicht von vornherein unwirksam ist. Vorausgesetzt wird allerdings, dass gewährleistet ist, dass das so vereinbarte Schiedsverfahren einem staatlichen Gerichtsverfahren gleichwertig ist.¹²⁷

Angesichts dieser europarechtlichen Wertentscheidung fragt es sich schließlich drittens, ob § 37h WpHG, indem die Norm mit der Regelung der subjektiven Schiedsfähigkeit an die deutsche Staatsangehörigkeit anknüpft, in grenzüberschreitenden

¹²³ Vgl. *Senff* (Fn. 121), S. 420 für die Derogation inländischer Gerichte.

¹²⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C 470/93 (Mars), Slg. 1995, I-1923, ZIP 1995, 1285; vgl. auch *Senff* (Fn. 121), S. 432.

¹²⁵ Vgl. zum „Übereifer“ des Gesetzgebers im Bereich des Verbraucherschutzes *Bungeroth*, Schutz vor dem Verbraucherschutz?, in: *Horn/Lwowski/Nobbe* (Hrsg.), FS Schimansky, 1999, 279, 280f.; zuvor bereits *Hommelhoff*, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, 1996, S. 12.

¹²⁶ Vgl. zum alten Recht *Horn*, ZIP 1990, 2, 6 unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien; *Giesberts*, Anlegerschutz und anwendbares Recht bei ausländischen Börsentermingeschäften, 1998, S. 19.

¹²⁷ *Pfeiffer* in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Klauseln in Verbraucherverträgen, Anhang A5, Rdn. 145; *MünchKomZPO-Münch* 2. Aufl. 2001, § 1029 Rz. 12.

Transaktionen mit dem europarechtlichen Diskriminierungsverbot zu vereinbaren ist.¹²⁸ Versteht man die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen wie hier dargelegt so, dass sie derartige Abreden grundsätzlich für zulässig erklären will, so liegt in der mit § 37h WpHG verbundenen Einschränkung der subjektiven Schiedsfähigkeit für den Bereich des AGB-Rechts eine umgekehrte Diskriminierung deutscher Staatsangehöriger.¹²⁹ Eine solche umgekehrte Diskriminierung ist den nationalen Gesetzgebern im Bereich des durch Richtlinien harmonisierten EG-Rechts untersagt, ohne dass insoweit ein Spielraum bestünde.¹³⁰

Fazit

Eine steigende Akzeptanz der Schiedsgerichtsbarkeit in Finanz- und Kapitalmarkttransaktionen erfordert eine unvoreingenommene Herangehensweise, Informiertheit und den Willen, althergebrachte Vorurteile gegenüber dieser Form der Streitentscheidung nicht unbesehen und ad infinitum zu vertreten.¹³¹ Dies setzt vor allem eine verstärkte Kommunikation zwischen Banken und Bankenorganisationen auf der einen und Schiedsinstitutionen auf der anderen Seite voraus sowie die Erkenntnis, dass nicht vom einen in das andere Extrem verfallen werden darf. Ein pauschaler „one size fits all“ Ansatz kommt hier ebenso wenig in Betracht, wie in anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts.¹³² Insbesondere ist darauf zu achten, dass im Bereich des Verbraucher- bzw. Anlegerschutzes¹³³ andere Schutzaspekte relevant sind, als im b2b-Kontext.

Angesichts der Übermacht der für die Schiedsgerichtsbarkeit sprechenden Vorteile wird man auch einen gewissen Konservatismus der Bankpraxis als eigentliche Ursache für die Antipathie des Finanzmarktsektors gegenüber der Schiedsgerichtsbar-

¹²⁸ Das OLG Düsseldorf RIW 1995, 769, 770, lehnte einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot deshalb ab, weil der Lösungsansatz des Gerichts über Art. 29 EGBGB an den gewöhnlichen Aufenthalt und nicht an die Staatsangehörigkeit der Investoren anknüpfte; vgl. auch *Samtleben* ZEuP 1999, 974, 980.

¹²⁹ Vgl. auch *Samtleben*, (Fn. 128), S. 981, Fn. 40, der darauf hinweist, dass bei der von ihm vorgeschlagenen, aber vom Gesetzgeber nicht umgesetzten Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Anlegers eine diskriminierende Wirkung entfallen würde.

¹³⁰ *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, S. 186ff.; vgl. auch *Hayder*, Neue Wege der europäischen Rechtsangleichung?, *RabelsZ* 1989, 622, 655.

¹³¹ *Grigera Naón* in: Horn/Norton (Fn. 23) S. 83.

¹³² Vgl. *Affaki* (Fn. 4) S. 75.

¹³³ Vgl. zur Anlegerschiedsgerichtsbarkeit *Quinke* in diesem Band.

keit ausmachen können.¹³⁴ Das Zurückschrecken vor der Schiedsgerichtsbarkeit erweist sich damit auch als Angst vor der Verantwortung. Wer eine Schiedsklausel vereinbaren will, ist angesichts der erwähnten Vorurteile und der jahrzehntelangen Praxis zugunsten von Gerichtsstandsklauseln zwangsläufig in der Verteidigungsposition. Er muss diese Entscheidung rechtfertigen, wenn es Probleme gibt. Wer sich dafür entscheidet, und es geht gut, hat keinen (besonderen) Ertrag. Welcher Leiter einer Rechtsabteilung sollte aber neue Wege gehen, die sich für ihn entweder neutral (gewinnt er, hätte er auch vor den staatlichen Gerichten gewonnen) oder negativ (verliert er, hätte er ggf. vor einem staatlichen Gericht nicht verloren) auswirken. Die Leiter der Rechtsabteilungen müssen diese Entscheidung dann vor ihren Vorständen verantworten. Letzteren ist es egal, ob ein Fall ein oder zwei Jahre dauert. Die Lösung des Problems liegt also auch darin, bei Bankern und Bankvorständen Überzeugungsarbeit zu leisten, damit diese dann ihre Rechtsabteilungsleiter fragen, warum denn *keine* Schiedsvereinbarung getroffen wurde.¹³⁵

¹³⁴ Park (Fn. 23) S. 215.

¹³⁵ Dieser Gedanke beruht auf Diskussionen mit Herrn Kollegen Professor Dr. Christian Siller, Fachhochschule Köln.

