

Gemeinsamer Fachgruppentag der DAJV-Fachgruppen am 28.3.2009 in Frankfurt/Main

Der jährlich einmal veranstaltete, gemeinsame Fachgruppentag der DAJV-Fachgruppen hat sich inzwischen zu dem zweiten festen „Standbein“ der DAJV entwickelt und konnte auch 2009 wieder zahlreiche Mitglieder zu Diskussionen über aktuelle Fragen im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr anziehen. Dabei standen neben den Ursachen und Folgen der Finanzmarktkrise – mit denen sich etwa sowohl die Fachgruppen *Mergers & Acquisitions* und *Tax* als auch die *Student Division* beschäftigten – auch andere aktuelle Entwicklungen in der Schiedsgerichtsbarkeit, des Kartellrechts und der Medien, Telekommunikations- und Patentrechts im Vordergrund, die insbesondere von den Fachgruppen *Arbitration/Litigation/Mediation* bzw. *Antitrust Regulated Industries Media* näher beleuchtet wurden. Herr *Marcus Mack* wird zunächst von der Tagung der Fachgruppe *Arbitration/Litigation/Mediation* berichten, bevor Herr *Martin Schuh* einen Überblick über die Arbeit des Workshops der Fachgruppe *Tax Law* geben wird. Schließlich informiert Herr *Robert Mai* noch über die Veranstaltung der *Student Division*. Die einzelnen Themen der Fachgruppentagung sollen zudem in den nächsten Heften des DAJV-NL näher beleuchtet werden.

*Marcus Mack**, LL.M. (Ann Arbor)

West Tankers und Finanzkrise

– Tagungsbericht der Fachgruppe Arbitration/Litigation/Mediation –

Am 28.3.2009 fand in den Räumen des *Institute for Law and Finance* der Universität Frankfurt a. M. der jährliche DAJV-Fachgruppentag statt.

1. Nach einer Einführung¹ von *Rolf M. Winckler*, Haver & Mailänder, Stuttgart, erörterte im ersten Vortrag der Fachgruppe ALM Professor *Thomas Pfeiffer*, Universität Heidelberg, Fragen der *Effizienz und Koordination in internationalen Schiedsverfahren*.

Dabei ging er zunächst auf die *West Tankers-Entscheidung*² des EuGH³ ein, die er im Ergebnis begrüßte, aber im Hinblick auf die Begründung kritisierte.⁴ Erörtert wurde auch, ob das Urteil Schadensersatzklagen zulasse und inwieweit es umgangen werden könne. Die Entscheidung verglich er mit der vom sog. *Heidelberg Report*⁵ vorgeschlagenen partiellen Ausdehnung der Zuständigkeitsregelungen der EuGVO auf das Schiedsverfahrensrecht. Die an den Vorschlägen des *Heidelberg Reports* geäußerte Kritik beruhe, so *Pfeiffer*, häufig auf Unkenntnis der konkreten Vorschläge; insbesondere sollten einstweilige Maßnahmen (nach Art. 31 EuGVO) weiterhin von verschiedenen Gerichten getroffen werden können. Fälle wie *West Tankers* würden bei Übernahme der Vorschläge ihre Bri-

sanz verlieren,⁶ ohne dass darunter die Wettbewerbsfähigkeit des Schiedsplatzes London leide. Auf Frage erläuterte *Pfeiffer* später das Verhältnis zwischen EuGVO und des New Yorker Übereinkommens bei Umsetzungen des Vorschlags.

Im zweiten Teil seines Vortrags ging *Pfeiffer* auf verschiedene aktuelle Fragen des Schiedsverfahrensrechts ein, die auch in der folgenden Podiumsdiskussion (2.) eine Rolle spielten. Er erörterte zunächst eine mögliche Fortschreibung des New Yorker Übereinkommens⁷ und sprach sich für eine Lockerung seiner strengen Schriftform, insbesondere im Hinblick auf die Zulassung elektronischer Formen, aus; mündliche Schiedsabreden lehnte er aber ab. Kritisch äußerte sich *Pfeiffer* zu Entwicklungen in den USA, die Vollstreckung von Schiedssprüchen unter dem Gesichtspunkt des *forum non conveniens*⁸ abzulehnen.⁹ Bezüglich komplexer Verfahrenslagen sprach sich *Pfeiffer* für großzügigere Verfahrensverbindungen im Bereich der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit aus. Zweifel äußerte er hinsichtlich der Möglichkeit eines vermehrten Einsatzes von beschleunigten Schiedsverfahren: Entsprechende Sonderregelungen seien bei komplexen Sachverhalten kaum umzusetzen. Positiv sah er die Idee eines (optionalen) Europäischen Handelsgerichtshofes.

* *Marcus Mack*, LL.M. (Ann Arbor), ist Wiss. Assistent am Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Heidelberg.

1 Vgl. *Winckler*, *West Tankers – Entscheidungsniederlage stärkt Europarecht*, in: *Kanzleien in Deutschland 2009*, 1174.

2 Ausführliche Diskussion der Entscheidung und des Antrages der Generalanwältin: *West Tankers – Online Symposium*, <http://conflictoflaws.net/2009/west-tankers-online-symposium>.

3 EuGH, Urteil vom 10.02.2009, Rs. C-185/07 (*Allianz SpA J. West Tankers Inc.*); *SchiedsVZ 2009*, 120.

4 Vgl. die Anmerkung von *Pfeiffer*, *LMK 2009*, 276971.

5 *Hess/Pfeiffer/Schlosser*, *The Brussels I Regulation*, 2. Aufl. 2008.

6 Vgl. auch <http://conflictoflaws.net/2009/west-tankers-comment-by-professor-hess>.

7 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen vom 10. Juni 1958, BGBl. 1961 Nr. 200; abrufbar unter <http://www.dis-arb.de/materialien/konvention58.html> (deutsch). Zu dessen 50. Geburtstag vgl. die Beiträge im Heft 1/2009 der *SchiedsVZ*.

8 Vgl. zu dieser Doktrin allgemein *Mack*, *Forum Non Conveniens – Abweisung ohne Zuständigkeitsprüfung*, *IPRax 2007*, 464.

9 *Pfeiffer/Weller*, *Forum non conveniens and Due Process in United States Enforcement Proceedings of Foreign Arbitral Awards under the New York Convention*, *BB-Beilage Nr. 8*, 10 (zu *BB 2003 Heft 47*).

2. An der folgenden **Podiumsdiskussion** nahm neben dem Vortragenden auch *Klaus Günther*, Oppenhoff & Partner, Köln, *Jan H. Nedden*, ICC International Court of Arbitration, Paris, *Jan K. Schäfer*, Allen & Overy, Frankfurt a.M., sowie *Alexander Steinbrecher*, Bombardier, Hennigsdorf, teil. Das Panel diskutierte zunächst Möglichkeiten zur **Sicherstellung von Kosteneffizienz und der Begrenzung der Dauer von Schiedsverfahren**. Zur Einführung wiederholte *Winckler* dabei in zugespitzter Form die Kritik von *Hobeck*, *Mahnken* und *Koebke*, wonach die zunehmende Formalisierung der Schiedsverfahren diese mehr und mehr in eine Abnutzungsschlacht verwandele.¹⁰ Aus Sicht des Unternehmensjuristen erklärte *Steinbrecher*,¹¹ dass Bombardier Schiedsverfahren neben ADR-Verfahren als ein wesentliches Element der Streitbeilegung ansehe, wenn auch als *last resort*. Entscheidend für die Kostenkontrolle sei dann – neben einem effizienten Zusammenspiel der Beteiligten und der internen Aufarbeitung des Sachverhalts – die Auswahl und kritische Begleitung von erfahrenen Anwälten, die ihrerseits zur Auswahl erfahrener und durchsetzungsstarker Schiedsrichter notwendig seien. Bei der Kostenbetrachtung würden häufig die Kosten, die für die betroffenen Unternehmen intern anfallen, erheblich unterschätzt.

Als Vertreter der ICC erklärte *Nedden*, dass deren Verfahrensordnung immer häufiger genutzt werde.¹² Das Problem der Kostenkontrolle sei bekannt. Die ICC habe zu diesem Zweck eine Broschüre¹³ herausgegeben, die den Beteiligten Hinweise zur effektiveren Eindämmung von Kosten gebe. Der neue ICC Präsident sehe in der Beschleunigung der Verfahren eine wesentliche Aufgabe und wirke in diesem Sinne auch persönlich direkt auf Schiedsrichter ein. Die aktuelle Revision der ICC SchGO strebe dabei eine Pflicht der Schiedsrichter zur frühzeitigen Erklärung ihrer anderweitigen Verpflichtungen an. Auch die Erstattung der den Schiedsrichtern angefallenen Kosten solle in Zukunft strenger gehandhabt werden. Kostenvorschüsse der Parteien¹⁴ könnten in Zukunft schrittweise eingefordert werden. Wenig Einfluss habe die ICC indes auf das Verhalten der Parteivertreter.

Günther betonte, dass der Anteil der Kosten für Schiedsrichter an den Gesamtkosten deutlich gesunken sei; dies sei auf geändertes Prozessverhalten der Parteivertreter zurückzuführen, die durch die Rechtsabteilungen der Unternehmen nicht ausreichend unter Kontrolle gehalten würden. *Schäfer* unterstrich die Wichtigkeit einer frühen *Case Management Conference*, an der die Parteien unbedingt selbst teilnehmen sollten – auch um der Einbeziehung von kostentreibenden Common Law-Elementen (*discovery*) möglichst entgegenzuwirken. Die Diskutanten waren sich nicht einig, inwieweit eine Verknappung der einleitenden Schriftsätze (insb. im ICC-Kontext) eine Beschleunigung herbeiführen kann. Ebenfalls kontrovers diskutiert wurde die Frage, ob ambitionierte Zeitpläne eingehalten oder doch eher ignoriert würden.

Zweites Thema der Podiumsdiskussion waren die **Reaktionsmöglichkeiten bei Obstruktion im Schiedsverfahren**. *Wilske* erläuterte dazu einleitend verschiedene Beispiele der *arbitration guerilla*,¹⁵ mit der Parteien das Ergehen eines ihnen ungünstigen

Schiedsspruchs mit allen Mitteln zu verhindern suchen. *Günther* verwies insoweit auf die Möglichkeit von Kostensanktionen.¹⁶ Dem schloss sich *Pfeiffer* an, der zusätzlich die Notwendigkeit für Schiedsrichter betonte, in derartigen Fällen konsequent ihren Kurs weiter zu verfolgen. Dass die *document production* von Anwälten primär als „*billing opportunity*“ gesehen werde, bestritt *Schäfer*: Deren übermäßiger Einsatz durch amerikanische Juristen sei vielfach Folge ihrer (jüngerer)¹⁷ Verfahrenstradition. Zur Begrenzung dieser Praxis komme frühzeitigen prozessleitenden Verfügungen des Schiedsgerichts eine zentrale Rolle zu. *Steinbrecher* sah ein wesentliches Problem in der Tendenz von Schiedsrichtern, auch bei „*frivolen Schiedsklagen*“ dem Kläger zumindest einen kleinen Betrag zuzusprechen zu wollen. Dem schloss sich *Schäfer* an, der deswegen insbesondere in M&A-Fällen Schiedsklauseln kritisch betrachtet, da die Substantiierungslast bei staatlichen (europäischen) Gerichten regelmäßig höher sei. Abschließend wurden die Möglichkeiten für Schiedsrichter erörtert, bei zweifelhaften Teilanträgen in die Gesamtentscheidung Billigkeitserwägungen einfließen zu lassen.

3. Am Nachmittag erörterten in einem von *Winckler* und *Wilske* geleiteten Workshop *Mark C. Hilgard*, Mayer Brown LLP, Frankfurt a.M., *Mark G. Hanchet*, Mayer Brown LLP, New York, und *Mariella Orelli*, Homburger, Zürich, das Thema: **Transatlantic Trends and Developments in Credit Crunch Litigation**.¹⁸

Hilgard erläuterte dabei zunächst die Gründe für das Entstehen der Kreditkrise, die Juristen plötzlich mit Begriffen wie „*Fristentransformationsrisiko*“ konfrontiere. Dabei ging er insbesondere auf die Folgen der Verbriefung von Risiken und die Rolle von Regierungen ein. Sodann referierte er die Auswirkungen der Krise auf die juristische Praxis: M&A-Aktivitäten seien praktisch zum Erliegen gekommen, indes sei die juristische Aufarbeitung von *post M&A issues*¹⁹ im Steigen begriffen. In der Folge sprach er den *extritorial reach* amerikanischer Regulierungen an und untersuchte mögliche Konstellationen von Schadensersatzprozessen. Dabei erläuterte er die Schwierigkeiten des Vorgehens gegen Vorstände bzw. Aufsichtsräte nach deutschem Aktienrecht. Es gebe einige Verfahren zwischen Finanzinstituten, jedoch nur in Form von Schiedsverfahren, die Vertraulichkeit gewährleisteten.

Hanchet hielt aus Sicht eines *defense counsel* zunächst fest, dass in den USA Verfahren gegen Banken meist von Anwaltsboutiquen betrieben würden, da größere Law Firms die Banken nicht verärgern wollten. 50% der entsprechenden Verfahren seien in New York konzentriert. In der Folge erläuterte er den Zeitplan für potenzielle Verfahren (5 Jahre) und führte die verschiedenen Hindernisse für Kläger auf, einen Anspruch zu begründen und erfolgreich einzuklagen. Aus Sicht des U.S.-Rechts hielt er in den meisten Konstellationen die vorgebrachten Ansprüche für unbegründet bzw. nicht beweisbar. Haupthindernisse sah er im Nachweis der Kausalität der Beratung für Schäden und der fehlenden Vorausssehbarkeit eines *systemic meltdown*s. Klagen

10 Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Anlagenbau – Ein Auslaufmodell?, *SchiedsVZ* 2007, 225.

11 *Steinbrecher*, Systemdesign: Grundlagen, Konzeption und Implementierung von Integrierten Konfliktmanagementsystemen in Unternehmen, 2008. – Vgl. auch *Tölle/Steinbrecher*, Konfliktmanagement – Herausforderung für Unternehmen (Tagungsbericht), *IDR* 2006, 44.

12 Vgl. auch *Bühler/von Schlabrendorff*, 10 Jahre ICC-Schiedsordnung 1998, *SchiedsVZ* 2009, 26.

13 *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, 2007.

14 S. hierzu auch *Mack*, Getrennte Kostenvorschüsse für Klage und Widerklage im ICC Schiedsverfahren, *SchiedsVZ* 2006, 36.

15 Vgl. die Nachweise bei *Wilske*, Cost Sanctions in the Event of Unreason-

able Exercise or Abuse of Procedural Rights – A Way to Control Costs in International Arbitration?!, *SchiedsVZ* 2006, 188 (189, Fn. 3). S. auch *ders.*, *DAJV-NL* 1/2009, S. 2 (4).

16 S. auch *Mack*, *SchiedsVZ* 2006, 36.

17 Zum Zusammenhang dieser Frage mit den *pleading*-Anforderungen s. *Dodson*, Comparative Convergences in Pleading Standards, 158 *U.P.A.L.Rev.* (forthcoming 2009), II. A., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1351994.

18 Vgl. *Berger*, The aftermath of the financial crisis: why arbitration makes sense for banks and financial institutions, in: *Law and Financial Markets Review*, 2009, S. 54.

19 Etwa Neuverhandlungen des Kaufpreises wegen evtl. Änderung der Geschäftsgrundlage.

gegen die SEC²⁰ und die Rating Agencies hielt Hanchet insbesondere im Fall *Madoff* für denkbar,²¹ aber rechtlich ebenfalls wenig aussichtsreich.

Für die Schweiz überraschte *Orelli* das Publikum zunächst mit der Feststellung, dass ihrer Kenntnis nach bislang noch kein einziger *Credit Crunch*-Fall anhängig und auch nicht mit einer großen Verfahrenszahl zu rechnen sei: Aufgrund der zivilrechtlichen Zersplitterung der Schweiz (Kantone) und der verhältnismäßig geringen Einwohnerzahl des Landes seien durch schweizerische Banken praktisch keine *asset backed securities* geschaffen worden – sie hätten sich schlicht nicht gelohnt. Banken, die in den USA entsprechende Papiere gekauft haben, würden dort klagen. Als möglich Fallgruppen blieben zum einen Kleinanleger, an die Papiere der insolvent gegangenen *Lehmann Brothers* vertrieben wurden: Das Fehlen kollektiver Rechtsbehelfe führe insoweit aber dazu, dass die im Unterliegensfälle drohenden Kosten für Gerichtsverfahren einen Großteil der Geschädigten von einer Klageerhebung abhalten würden – die Aussichten einer Klage auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung seien dafür zu unsicher. Auch der Erfolg von Klagen infolge zusammengebrochener Investmentfonds (insb. im Gefolge von *Madoff*), der zweiten Fallgruppe, sei sehr zweifelhaft.

In der folgenden *Diskussion* wurde die von der EU-Kommission vorangetriebene Ausweitung von kollektiven Rechtsbehelfen in Europa kritisch beleuchtet. *Hilgard* sah hinter diesen Plänen vor allem den Druck amerikanischer Großkanzleien, die in Europa einen neuen lukrativen Markt erschließen wollten. *Orelli* hielt fest, dass auch die kommende ZPO-Reform²² in der Schweiz keine *class actions* vorsehe.

4. Der abschließende Workshop zum Thema *Neue Akzente im US-amerikanischen Medien-, Telekommunikations- und Patentrecht unter Obama ... oder mehr Streitigkeiten?* erfolgte gemeinsam mit der Fachgruppe *Antitrust/Regulated Industries/Media* unter der Leitung von *Wilske* und *Ralph Sammeck*, RTL Television, Köln.

In seinem Vortrag *Regulatory Environment for Carriers and Service Providers in the new Obama Administration* stellte *Axel Spies*, Bingham McCutchen LLP, Washington, zunächst die „*movers and shakers*“²³ vor. Dabei ging er auf die durch den Wechsel der Administration bedingten Chancen und Probleme (insb. im Hinblick auf noch unbesetzte bzw. unbestätigte Funktionsträger) ein. Auch wenn der US-Kongress die flächendeckende Einführung von Breitband-Internet anstrebe, habe die Telekommunikation angesichts der gegenwärtigen Krise keine Priorität für ihn. Dennoch erhielten die dem Department of Commerce unterstehende National Telecommunications and Information Administration (NTIA) sowie die dem Department of Agriculture untergeordneten Rural Utilities Services (RUS) im Rahmen der diversen *stimulus packages* 4,76 Mrd. bzw. 2,5 Mrd. US\$ zur Förderung der Telekommunikationsinfrastruktur. In der Folge ging er näher auf Voraussetzungen und Zielsetzungen dieser Förderung ein, die im Falle der RUS primär auf die Erschließung eines spezifischen Wählerpotenzials (schwarze Landbevölkerung) gerichtet sei. Da die Förderung grundsätzlich technologieneutral erfolgen solle, bereite noch die Bestimmung einer Mindestqualität eines förderungswürdigen

Breitbandanschlusses Probleme. Die Gelder sollen auf Projekte in allen 50 Staaten verteilt werden; ihre Verwaltung erfolgt jedoch zentral durch die Bundesregierung, um ein Versickern der Mittel zu verhindern. Kurz angesprochen wurden in der Folge noch Fragen der *intercarrier compensation*, die unterschiedliche Lobbyarbeit der Großkonzerne (AT&T, Verizon) und ihrer kleineren Mitbewerber, die *Net Neutrality Principles* der FCC (2005/2007) sowie die mit dem *Online Behavioral Advertising* verbundenen Probleme.²⁴

In letzterem Zusammenhang wurden auch die grundsätzlich unterschiedlichen Ansätze im Datenschutz in den USA und Europa am Beispiel der *E-Discovery*²⁵ diskutiert.

Michael Schmittmann, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf, referierte im Anschluss zunächst über mögliche *Auswirkungen auf Europa bzw. europäische Unternehmen*: Der U.S.-Ansatz zielt auf die Stärkung des eigenen Heimatmarktes ab und sei für Europa als neutral zu bewerten. Die allgemeine Krise führe indes zu einer weiteren Verringerung des amerikanischen Interesses an Investitionen in Europa (bzw. Deutschland), das von einer Zersplitterung in zu kleine Märkte und im Kabelbereich von Überregulierung geprägt sei. Im zweiten Teil des Vortrags ging er auf die gegenwärtigen *Entwicklungen in Europa* ein, insbesondere geplante Fördermaßnahmen der Bundesregierung und die Möglichkeiten des Infrastruktur-Sharings. In Hinblick auf Internetdienste konstatierte *Schmittmann* eine Umbesinnung der Industrie weg von der Idee des „*content is king*“ hin zu einer Sicht der klassischen Medien als bloßes „Beipackangebot“ zum Internetzugang. Kritisch sah er die geringen Fortschritte bei der Digitalisierung des Kabelnetzes in Deutschland²⁶ und Europa; für Europa sei bis zur Wahl der neuen Kommission mit keinen neuen Initiativen zu rechnen. In der folgenden *Diskussion* wurde auch die Problematik des Weiterverkaufs von Kundendaten näher beleuchtet.

Patent Law Reform under Obama – Change we can believe in? war der Titel des abschließenden Vortrags von *Mark A. Hannemann*, Kenyon & Kenyon LLP, New York. Er beleuchtete zunächst das Tauziehen um die geplante Patentrechtsreform, die von ihren Befürwortern als eine „*gentle reform necessary to keep a culture of innovation*“ und von ihren Gegnern als eine Bedrohung eben dieser Kultur angesehen werde. Während es vor 30 Jahren einen unzureichenden Patentschutz gegeben habe, sei nun die Frage, ob das Pendel angesichts ausufernder Zuständigkeiten und *judicial hellholes* nicht zu weit in die andere Richtung ausgeschlagen sei. Lobbydruck von beiden Seiten²⁷ mache die Diskussion sehr schwierig; die US-Regierung wolle sich (noch) nicht festlegen. Möglicherweise führe aber die neue Aktivität der US-Rechtsprechung²⁸ zur Klärung einiger Problembereiche, was den Reformdruck erheblich verringern könnte. Parallel zu gerichtlichen Verfahren würden im Übrigen in letzter Zeit Verfahren vor der International Trade Commission²⁹ stark zunehmen, was indes zu einer Überlastung dieser Einrichtung und damit zu einer überlangen Verfahrensdauer geführt habe. In der abschließenden *Diskussion* erklärte er, dass die Zahl von Schiedsverfahren im Patentbereich nicht zugenommen habe.

20 Vgl. „US-Börsenaufsicht gesteht Fehler im Madoff-Skandal“, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,596919,00.html>.

21 Vgl. auch „Massachusetts regulators have sued the Fairfield Greenwich Group for fraud“, http://www.nytimes.com/2009/04/02/business/02madoff.html?_r=2&ref=business.

22 Die neue ZPO soll 2011 in Kraft treten, <http://www.zpo.ch>.

23 Weißes Haus, US Trade Representative und Federal Communications Commission (FCC) sowie die im Text Genannten.

24 Vgl. „EU presses for web users' privacy“ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7973634.stm>.

25 Für die USA grundlegend *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 309 (S.D.N.Y. 2003). S. auch die Sedona Principles for E-Discovery, <http://www.thesedonaconference.org>.

26 Vgl. den Digitalisierungsbericht 2008, <http://www.alm.de/309.html>.

27 Reformgegner: Biotech- und Pharmaindustrie, produzierendes Gewerbe; unabhängige Erfinder. Befürworter: Computerindustrie.

28 Insb. *Tafas v. Dudas*, http://dockets.justia.com/docket/court-vaedce/case_no-1:2007cv00846/case_id-221151/; vgl. dazu <http://www.patentlyo.com/patent/2008/04/tafas-v-dudas-p.html>.

29 Diese sind nicht auf Schadensersatz, sondern auf Importverbote gerichtet.