

M&A REVIEW

MERGERS & ACQUISITIONS • Beteiligungen • Allianzen • Restrukturierungen • Divestments • Private Equity

www.ma-review.de

Publikationsorgan **BUNDESVERBAND
MERGERS &
ACQUISITIONS E.V.**

29. Jahrgang

4/2018

Standpunkt

Konkurrenz belebt das Geschäft

Recht und Steuern

**Die ICC-Schiedsordnung in
M&A-Streitigkeiten**

Recht und Steuern

**DIS-Schiedsordnung 2018 –
Altbewährtes in neuem Gewand**

Recht und Steuern

Die Auswahl des Schiedsrichters

Recht und Steuern

**Material-Adverse-Change-Klauseln
als beispielhafter Anwendungs-
bereich für beschleunigte Schieds-
verfahren**

Recht und Steuern

**Post Merger Arbitration – Schieds-
verfahren und Fusionskontrolle**

Strategie

**Empirische Befunde zur Ausgestal-
tung und Vertrauenswürdigkeit
der Vendor Due Diligence**

Strategie

**M&A-Integrationsfähigkeiten
dynamisch halten, Pfadabhängig-
keit aktiv managen**

Deal des Monats

**Geely steigt bei Daimler für über
7 Mrd. EUR ein**



Recht und Steuern

Die Notwendigkeit eines Post Closing Claim Managements

GoingPublicMedia

AKTIENGESELLSCHAFT

Die ICC-Schiedsordnung in M&A-Streitigkeiten

Dr. Patricia Nacimiento, Herbert Smith Freehills LLP*

1. Einleitung

► In M&A-Transaktionen sind Schiedsverfahren heutzutage der vorherrschende Mechanismus zur Streitbeilegung, wenn es zu Rechtsstreitigkeiten zwischen den Beteiligten kommt.¹ Der Erfolg der Schiedsgerichtsbarkeit im M&A-Bereich liegt darin begründet, dass Schiedsverfahren vor allem bei grenzüberschreitenden Deals gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit viele Vorteile bieten. Dies fängt bereits mit der Möglichkeit an, die Verfahrenssprache frei wählen zu können.² Hierdurch kann vermieden werden, dass eine Partei den Prozess in ihrer Heimatsprache führen kann und die Gegenseite in ein fremdsprachiges Verfahren gedrängt wird. Die überwiegend getroffene Vereinbarung von Englisch als Verfahrenssprache macht zudem die aufwendige Erstellung von Übersetzungen der Verfahrensdokumente entbehrlich.³ Ebenfalls zur Vermeidung eines „Heimvorteils“ dient die Vereinbarung eines neutralen Schiedsortes.⁴ Hinzu kommen Überlegungen, die gerade im M&A-Bereich von besonderer Bedeutung sind. Durch die freie Wahl der Schiedsrichter können die Parteien sicherstellen, dass ihre Streitigkeit von spezialisierten Anwälten mit viel Erfahrung gehört und entschieden wird. Die Expertise der ausgewählten Schiedsrichter steigert das Vertrauen der Parteien in das Verfahren erheblich.⁵ Ein vergleichbares Maß an Spezialisierung ist an staatlichen Gerichten in der Regel nicht vorhanden. Ein Schiedsverfahren ist im Gegensatz zu Prozessen vor staatlichen Gerichten außerdem nicht

öffentlich und vertraulich. Dies ermöglicht es den Parteien, ungewollte mediale Aufmerksamkeit und gleichzeitig die Herausgabe vertraulicher Unternehmens- und Transaktionsdokumente an eine „staatliche Stelle“ zu vermeiden.⁶ Schließlich sind Schiedssprüche in internationalen Handelsstreitigkeiten aufgrund des New Yorker Übereinkommens von 1958 auf völkerrechtlicher Basis quasi weltweit vollstreckbar. Eine vergleichbare Möglichkeit besteht bei nationalen Urteilen außerhalb der Europäischen Union nicht.⁷

Die aus den M&A-Transaktionen resultierenden Schiedsverfahren werden meist unter dem Dach einer international anerkannten Schiedsinstitution geführt, welche bei der Administration des Verfahrens helfen. Die größte und sehr häufig gewählte Schiedsinstitution ist die International Chamber of Commerce (ICC) in Paris.⁸ Die Schiedsordnung der ICC (ICC-SchO) gibt den Rahmen vor, innerhalb dessen die Parteien den Ablauf eines Schiedsverfahrens individuell gestalten können, und regelt die Befugnisse des Schiedsgerichts. Neben einem kurzen Überblick über die in M&A-Transaktionen am häufigsten auftretenden Streitigkeiten sollen mit diesem Beitrag die ICC-SchO in ihren für M&A-Streitigkeiten besonders relevanten Bereichen dargestellt werden. Dabei soll auch auf die anderen Mechanismen zur Streitbeilegung eingegangen werden, die die ICC neben dem klassischen Schiedsverfahren zur Verfügung stellt.

2. Typische Fallkonstellationen in M&A-Streitigkeiten

In jedem Stadium, das eine M&A-Transaktion typischerweise durchläuft, können Streitigkeiten auftreten, die zur Durchführung eines Schiedsverfahrens führen.

* Die Autorin dankt Herrn Rechtsreferendar Finn Poll-Wolbeck für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung dieses Artikels.

1 Vgl. Drude: Post-M&A Arbitration and Joinder: Process and Drafting Considerations for M&A Transactions. In: *SchiedsVZ* 2017, S. 224 f.; Bernd D. Ehle: Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. In: *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Volume 27, 2005, S. 287; Sachs: Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge – unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte. In: *SchiedsVZ* 2004, S. 123 f.
2 Welsler: M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder. In: *Pitkowitz, Petsche u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration* 2011, S. 3.
3 Welsler: M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder. In: *Pitkowitz, Petsche u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration* 2011, S. 3.
4 Welsler: M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder. In: *Pitkowitz, Petsche u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration* 2011, S. 3.
5 Bernd D. Ehle: Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. In: *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Volume 27, 2005, S. 287, 289; Borris: Streiterledigung beim Unternehmenskauf. In: *Law of International Business and Disputes Settlement in the 21st Century*, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, S. 76.

6 Bernd D. Ehle: Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. In: *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Volume 27, 2005, S. 287, 290.

7 Innerhalb der Europäischen Union stehen in einem anderen Mitgliedstaat ergangene Entscheidungen nationalen Entscheidungen grundsätzlich gleich, vgl. Art. 36 ff. EuGVVO (VO (EU) Nr. 1215/2012).

8 Vgl. dazu die Auswertung von 20 M&A-Schiedsverfahren von Sachs: Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge – unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte. In: *SchiedsVZ* 2004, S. 123, 125.

In der ersten, sogenannten „pre-signing“-Phase geht es zwischen Käufer und Verkäufer des Targetunternehmens meist darum, den grundlegenden Inhalt der Transaktion, deren Struktur und technische Fragen ihrer Durchführung festzulegen.⁹ Dies geschieht in der Regel in einem Letter of Intent (LoI) oder einem Memorandum of Understanding (MoU).¹⁰ Ist die Transaktion schon weiter vorangeschritten und werden vertrauliche Informationen bezüglich des Targets ausgetauscht, so unterliegen diese Informationen in der Regel einer Geheimhaltungsklausel.¹¹ Üblich ist außerdem die Vereinbarung einer sogenannten Exklusivitätsklausel, die den Verkauf des Unternehmens an Dritte verhindern soll.¹² Streitigkeiten können über die rechtliche Bindungswirkung des LoI oder des MoU, deren Auslegung sowie über einen Verstoß gegen darin vereinbarte Pflichten wie die Geheimhaltungsabrede und die Exklusivitätsklausel entstehen.¹³

Die zweite Phase, in der es zu Streitigkeiten kommen kann, ist die Phase zwischen Signing und Closing. In dieser Phase besteht für den Käufer oft die besondere Interessenlage, schon jetzt möglichst großen Einfluss auf das Zielunternehmen auszuüben und den Verkäufer daran zu hindern, seinen noch bestehenden Einfluss auf das Unternehmen auf ungewünschte Weise auszuüben.¹⁴ Deshalb werden dem Verkäufer in Unternehmenskaufverträgen häufig bestimmte Pflichten bezüglich der Geschäftsführung, Umstrukturierung oder sonstigen Leitung des Zielunternehmens auferlegt.¹⁵ Die (angebliche) Verletzung solcher Pflichten kann Gegenstand von Schiedsverfahren werden. Treten in dieser Phase vor dem Closing Streitigkeiten auf, ist eine zügige Lösung des Konflikts meist besonders wichtig, um den Abschluss der Transaktion nicht zu gefährden.¹⁶

Die meisten Streitigkeiten treten hingegen nach dem Closing, das heißt nach dem Vollzug der Transaktion

auf.¹⁷ Die Gründe und Streitfelder bei diesen „Post-M&A“-Streitigkeiten sind vielfältig. Oft wird von der einen oder anderen Seite die Unwirksamkeit oder der Rücktritt vom Unternehmenskaufvertrag geltend gemacht.¹⁸ Eine zweite Kategorie von Fällen stellen Streitigkeiten um die Anpassung des Kaufpreises dar, da der Kaufvertrag oft eine Preisanpassungsklausel enthält.¹⁹ Schließlich und in der Praxis besonders häufig anzutreffen sind Streitigkeiten über im Kaufvertrag vereinbarte Garantien.²⁰

Die ICC-SchO bietet für Streitigkeiten in allen Phasen einer M&A-Transaktion die Möglichkeit zu einer effektiven Streitbeilegung in einem den Bedürfnissen der Parteien entsprechend gestalteten Verfahren.

3. Die ICC-Schiedsordnung im Einzelnen

3.1 Die ICC-Musterklausel

Die ICC stellt für die Vereinbarung der ICC als Schiedsinstitution folgende Musterklausel bereit:

„Alle Streitigkeiten, die sich aus oder im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertrag ergeben, werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC) von einem oder mehreren gemäß dieser Ordnung ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden.“

Diese Schiedsklausel ist sehr allgemein gefasst und regelt bis auf die Festlegung der ICC als Schiedsinstitution keine weiteren Details des Schiedsverfahrens. Es ist deshalb empfehlenswert, die Schiedsklausel weiter zu spezifizieren und bereits zum Zeitpunkt der Verhandlung des Unternehmenskaufvertrags zu ergänzen, um den Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit volle Geltung zu verschaffen, sollte es tatsächlich zu Auseinandersetzungen kommen. Sinnvolle Ergänzungen können insbesondere die Wahl des Schiedsorts, die Festlegung einer Verfahrenssprache, die Anzahl der Schiedsrichter sowie das im Schiedsverfahren anwendbare materielle Recht sein.²¹

Die Vertragsparteien einer M&A-Transaktion sind bei den Vertragsverhandlungen oft nicht besonders daran interessiert, durch Gespräche über eine Schiedsklausel das Verhältnis zum Vertragspartner zu belasten oder das

9 Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klaussegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21 f.

10 Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klaussegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21 f.; Sachs: Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge – unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte. In: SchiedsVZ 2004, S. 123 f.; Bernd D. Ehle: Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. In: The Comparative Law Yearbook of International Business, Volume 27, 2005, S.287, 291.

11 Sachs: Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge – unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte. In: SchiedsVZ 2004, S. 123 f.

12 Sachs: Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge – unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte. In: SchiedsVZ 2004, S. 123 f.

13 Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klaussegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21 f.; Bernd D. Ehle: Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. In: The Comparative Law Yearbook of International Business, Volume 27, 2005, S.287, 291.

14 Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klaussegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21, 30; Esin, Çelebi, u.a.: Arbitrating M&A Disputes. In: Yesilirmak, Esin, Arbitration in Turkey, 2015, S. 265 f.

15 Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klaussegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21, 30. In einer LoI oder einem MoU sind Schiedsklauseln allerdings seltener vorhanden als im abschließenden Unternehmenskaufvertrag, vgl. Bernd D. Ehle: Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. In: The Comparative Law Yearbook of International Business, Volume 27, 2005, S.287, 291.

16 S. dazu unten Abschnitt 3.4 und 3.5.

17 ABA Section of Business Law, Survey on Dispute Resolution in International M&A Deals General Report, 2010, S. 5.

18 Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klaussegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21, 37.

19 Drute: Arbitration of Mergers and Acquisitions: Purchase Price Adjustment Disputes. In: Arbitration Internationale, Volume 19, Number 4, 2003, S. 494. Zum Einsatz von Schiedsgutachtern im Rahmen von Kaufpreisanpassungen siehe Grossmayer: M&A: Variable Kaufpreisgestaltung und Feststellung durch Schiedsgutachter. In: ecolo, Heft 5/2016, S. 395 ff. und Heft 7/2016, S. 590 ff.

20 Drute: Post-M&A Arbitration and Joinder: Process and Drafting Considerations for M&A Transactions. In: SchiedsVZ 2017, S. 224, 225; Bernd D. Ehle: Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. In: The Comparative Law Yearbook of International Business, Volume 27, 2005, S.287, 293.

21 Blackaby/Hunter/Partasides/Redfern: Chapter 2. Agreement to Arbitrate. In: Redfern and Hunter on International Arbitration, Sixth Edition 2015, S. 96; Hall/Pitkowitz: Tailor-Made – Unique Dispute Resolution Clauses in M&A Agreements. In: New York Dispute Resolution Lawyer, Fall 2012, Vol. 5, No. 2, S. 29.

Vertrauen der Vertragspartei in das vertragsgetreue Verhalten der Gegenseite in Zweifel zu ziehen. Das ist der Grund, weshalb auf die Formulierung der Schiedsklausel oft wenig Sorgfalt verwendet wird.²² Dies ist für die Vertragsparteien, wenn es im Laufe der Transaktion zu Rechtsstreitigkeiten kommt, deshalb besonders ungünstig, weil die Vorteile, die Schiedsverfahren gegenüber staatlichen Verfahren bieten, durch das Fehlen hinreichender Parameter für das Schiedsverfahren größtenteils wieder zunichte gemacht werden können. Fehlen Regelungen zum Schiedsort, einer Verfahrenssprache und der Anzahl der Schiedsrichter, so wird es oft bereits zu Beginn der Verfahren zu langwierigen Streitigkeiten um prozessuale Einzelheiten kommen, zu einem Zeitpunkt, an dem das gegenseitige Vertrauen bereits deutlich vermindert ist. Eine zügige und effiziente Lösung des Rechtsstreits – das eigentliche Ziel des Schiedsverfahrens – wird dadurch gefährdet.

Die Ausarbeitung einer gelungenen Schiedsklausel ist aufgrund der besonderen Situation von M&A-Vertragsverhandlungen deshalb eine besondere Pflicht der die Transaktion begleitenden Rechtsanwälte.²³

3.2 Die Zusammensetzung des Schiedsgerichts

Die Besetzung des Schiedsgerichts kann bei einer M&A-Streitigkeit – auch bei einer sorgfältigen Schiedsklausel – typischerweise besondere Hürden aufwerfen. Dies ergibt sich daraus, dass bei einer M&A-Streitigkeit oft mehr als nur zwei Parteien involviert sind. Neben dem Käufer und dem Verkäufer sind das Zielunternehmen und dessen Vertragspartner mögliche Beteiligte des Rechtsstreits, die jeweils gemeinsam klagen oder verklagt werden können.²⁴

Für diese Situation regelt Art. 12 (6) ICC-SchO, dass mehrere Kläger oder Beklagte „im Falle der Bildung eines Schiedsgerichts mit drei Schiedsrichtern jeweils gemeinsam einen Schiedsrichter [...] zu benennen“ haben. Es ist also eine Abstimmung unter den jeweiligen Klägern/Beklagten notwendig. Da die genannten Transaktionsteilnehmer aber oft sehr unterschiedliche Interessen haben, wird die gemeinsame Benennung eines Schiedsrichters nicht immer gelingen.

Deshalb kann gem. Art. 12 (8) ICC-SchO der ICC-Gerichtshof, ein für diese Fälle bereitgestelltes Organ der ICC, anstelle der Parteien alle drei Schiedsrichter ernennen und einen von ihnen als Vorsitzenden bestimmen, wenn sich die Parteien nicht auf einen alternativen Ernennungsmodus einigen.²⁵ Ein möglicher-

weise zuvor von einer Partei berufener Schiedsrichter wird in diesen Fällen durch dieses Vorgehen des ICC-Gerichtshofes ersetzt.²⁶

3.3 Streitverkündung, Nebenintervention und Widerklage in der ICC-SchO

Eng verwandt mit der Frage der Besetzung des Schiedsgerichts in Streitigkeiten mit mehr als zwei Parteien ist die Frage, ob ein Schiedsspruch eines ICC-Verfahrens Bindungswirkung für Dritte hat oder ob eine solche Bindungswirkung hergestellt werden kann. Die Frage ist aufgrund der dargestellten multipolaren Struktur von M&A-Streitigkeiten von besonderer Praxisrelevanz. Verklagt etwa der Käufer den Verkäufer, weil gegen das Zielunternehmen von Dritten vor der Transaktion nicht aufgedeckte Forderungen geltend gemacht werden, hat der beklagte Verkäufer unter Umständen ein Interesse an einer „Streitverkündung“ gegenüber den Dritten, um sich bei einem Verlust des Ausgangsprozesses bei diesem schadlos zu halten.²⁷

Eine den §§ 68 ff. ZPO vergleichbare Regelung zur Nebenintervention oder Streitverkündung sieht die ICC-SchO nicht vor. Eine Streitverkündung ist aber dann möglich, wenn der Dritte der Streitverkündung zustimmt,²⁸ was Ausfluss der allgemeinen Vertragsfreiheit ist, auf der die Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich beruht.²⁹ Art. 7 ICC-SchO sieht die Einbeziehung zusätzlicher Parteien in ein Schiedsverfahren vor. Danach kann jede Partei beim Sekretariat der ICC einen Antrag auf Einbeziehung des Dritten stellen.³⁰ Liegt ein Schiedsverfahren mit mehr als zwei Beteiligten vor, so kann grundsätzlich jede Partei gegen jede andere Partei Ansprüche geltend machen.³¹

3.4 Eilschiedsrichter und Eilverfahren nach Art. 29 ICC-SchO und Anhang V ICC-SchO

Auch in M&A-Transaktionen kann eine Partei auf „vorläufigen Rechtsschutz“, das heißt besondere Eilmaßnahmen angewiesen sein, da sie ihrer Natur nach kein Abwarten des gesamten Schiedsverfahrens erlauben. Ist es in der Pre-Signing-Phase etwa zu Verletzungen von Geheimhaltungspflichten gekommen, ist eine schnelle Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs für den Verkäufer sehr wichtig.³² Auch wenn nach dem Signing in der Closing-Phase Streitigkeiten auftreten, die Parteien aber weiterhin an der Transaktion festhalten wollen, ist eine schnelle Streitbeilegung wichtig, um die

22 Hall/Pitkowitz: Tailor-Made – Unique Dispute Resolution Clauses in M&A Agreements. In: New York Dispute Resolution Lawyer, Fall 2012, Vol. 5, No. 2, S. 29.

23 Hall/Pitkowitz: Tailor-Made – Unique Dispute Resolution Clauses in M&A Agreements. In: New York Dispute Resolution Lawyer, Fall 2012, Vol. 5, No. 2, S. 29.

24 Welser: M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder. In: Pitkowitz, Petsche u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, S. 3, 4.

25 Imhoos/Schäfer/Verbist: Chapter 3: Arbitral Proceedings Under The ICC Rules of Arbitration of 2012. In: ICC Arbitration in Practice, Second Edition 2015, S. 23, 75.

26 Imhoos/Schäfer/Verbist: Chapter 3: Arbitral Proceedings Under The ICC Rules of Arbitration of 2012. In: ICC Arbitration in Practice, Second Edition 2015, S. 23, 76.

27 Welser: M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder. In: Pitkowitz, Petsche u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, S.3.

28 Welser: M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder. In: Pitkowitz, Petsche u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, S.3, 12.

29 Blackaby/Hunter/Partasides/Redfern: Chapter 2. Agreement to Arbitrate. In: Redfern and Hunter on International Arbitration, Sixth Edition 2015, S. 71.

30 Art. 7 ICC-SchO.

31 Art. 8 (1) ICC-SchO.

32 Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expedient Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klausegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21, 28.

Closing-Phase nicht unnötig zu verlängern. Gerade in der Closing-Phase können durch Rechtsstreitigkeiten hervorgerufene Unsicherheiten besonders geschäftsschädigend sein.³³ Außerdem kann die gesamte Transaktion durch das Herannahen des in vielen Unternehmenskaufverträgen vereinbarten „Long Stop Dates“ gefährdet sein, ab dem die Parteien automatisch nicht mehr an den Vertrag gebunden sind.³⁴

Dieser Situation trägt Art. 29 ICC-SchO in Verbindung mit Anhang V ICC-SchO Rechnung. Bereits vor der Konstituierung des Schiedsgerichts kann danach jede Partei einen Antrag auf den Erlass von sogenannten „Eilmaßnahmen“ stellen.³⁵ Der Antrag ist beim Sekretariat der ICC zu stellen.³⁶ Der Antragsteller hat seinen Antrag umfassend zu begründen und die begehrte Eilmaßnahme darzustellen.³⁷ Innerhalb von zwei Tagen ernennt der Präsident der ICC daraufhin einen Einzelschiedsrichter.³⁸ Gem. Art. 3 (1) Anhang V ICC-SchO ist auch eine Ablehnung eines Einzelschiedsrichters durch die Parteien möglich, über die der ICC-Gerichtshof entscheidet.³⁹ Bei der Gestaltung des Verfahrens hat der Einzelschiedsrichter großen Gestaltungsspielraum, damit das Verfahren in möglichst kurzer Zeit abgeschlossen werden kann. Gem. Art. 5 (2) Anhang V ICC-SchO führt er das Verfahren so, wie er es für „sachdienlich“ hält, wobei er in jedem Fall fair und unparteiisch handeln und ausreichendes rechtliches Gehör für die Parteien sicherstellen muss.⁴⁰

Über den Antrag auf den Erlass einer Eilmaßnahme entscheidet der Eilschiedsrichter innerhalb von 15 Tagen ab Übergabe der Akten durch Beschluss.⁴¹ Der Eilschiedsrichter muss den Beschluss schriftlich begründen.⁴² Für die Durchführung des Eilschiedsrichterverfahrens muss der Antragsteller 40.000 USD an die ICC entrichten, was im Laufe des Verfahrens durch den Präsidenten des ICC mit Blick auf die Eigenheiten des Falles angepasst werden kann.⁴³ In seinem Beschluss setzt der Einzelschiedsrichter fest, in welchem Verhältnis die Parteien die Kosten des Eilschiedsrichterverfahrens zu tragen haben.⁴⁴

Der Beschluss des Einzelschiedsrichters hat keine Bindungswirkung für die Entscheidung des Schiedsgerichts in der Hauptsache.⁴⁵ Es kann die Beschlüsse des

Einzelschiedsrichters vielmehr jederzeit ändern, in ihrer Wirkung beenden oder aufheben.⁴⁶

Das Eilschiedsrichterverfahren nach Art. 29 ICC-SchO ist abzugrenzen von Art. 28 ICC-SchO. Nach dieser Regelung ist auch das Schiedsgericht nach seiner Konstituierung zum Erlass von vergleichbaren Sicherungs- oder Eilmaßnahmen befugt.⁴⁷

3.5 Die ICC Expedited Procedure Rules von 2017

Zum 1. März 2017 wurden die ICC-SchO überarbeitet und u.a. durch Art. 30 ICC-SchO ein neues Eilverfahren für ICC-Verfahren eingeführt.⁴⁸ Auch dieses kann in den unter 3.4 geschilderten Situationen, in denen es auf eine besonders schnelle Verfahrensabwicklung ankommt, eine Option für M&A-Streitigkeiten darstellen. Ein besonders schnelles Schiedsverfahren kann aber auch in der Post-Closing-Phase im Interesse der Parteien liegen.

Das beschleunigte Verfahren nach Art. 30 ICC-SchO stellt grundsätzlich ein normales, vollwertiges Schiedsverfahren dar. Im Vergleich zum „Standardverfahren“ weist das beschleunigte Verfahren jedoch einige Besonderheiten auf. Am bedeutsamsten ist dabei die strikte 6-Monats-Frist, die mit der Verfahrensmanagementkonferenz⁴⁹ zu laufen beginnt und innerhalb derer der – für das beschleunigte Verfahren obligatorische – Einzelschiedsrichter⁵⁰ den Schiedsspruch erlassen muss.⁵¹ Dem Schiedsgericht steht ein großer Ermessensspielraum zu, wie es das Verfahren gestalten will. Es kann das Verfahren dabei insbesondere auf bestimmte Beweismittel beschränken und auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten.⁵² Außerdem sind die Gerichtskosten für das beschleunigte Verfahren um bis zu 20% im Vergleich zum Standardverfahren reduziert.⁵³

3.6 Kosten

Wie es in Schiedsverfahren allgemein üblich ist, so sieht auch die ICC-SchO vor, dass der zu Beginn des Verfahrens zu zahlende Kostenvorschuss von beiden Parteien zur Hälfte zu zahlen ist.⁵⁴ Die Kosten des Verfahrens setzen sich aus dem Honorar und den Auslagen der Schiedsrichter, den Verwaltungskosten der ICC, den Auslagen der vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen und den Anwaltskosten der Parteien

33 Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klausegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21, 31.

34 Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klausegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21, 31.

35 Art. 29 (1) ICC-SchO.

36 Art. 1 (1) Anhang V ICC-SchO.

37 Art. 1 (2) Anhang V ICC-SchO. Dabei muss der Antragsteller insbesondere darlegen, dass eine Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien besteht, Art. 1 (2) lit f. Anhang V ICC-SchO.

38 Art. 2 (1) Anhang V ICC-SchO.

39 Art. 3 (1) Anhang V ICC-SchO.

40 Art. 5 (2) Anhang V ICC-SchO.

41 Art. 29 (2) ICC-SchO, Art. 6 (1), (4) Anhang V ICC-SchO.

42 Art. 6 (3) Anhang V ICC-SchO.

43 Art. 7 (1) Anhang V ICC-SchO.

44 Art. 7 (3) Anhang V ICC-SchO.

45 Art. 29 (3) ICC-SchO.

46 Art. 29 (3) ICC-SchO.

47 Art. 28 ICC-SchO.

48 Die Parteien können die Durchführung des Schiedsverfahrens nach dem beschleunigten Verfahren i.S.d. Art. 30 ICC-SchO vereinbaren. Bei einem Streitwert von unter 2 Mio. USD findet das beschleunigte Verfahren, vorbehaltlich einer anderweitigen Parteivereinbarung, automatische Anwendung, vgl. Art. 30 (2) ICC-SchO, Art. 1 (2) Anhang VI ICC-SchO.

49 Gem. Art. 3 (3) Anhang VI ICC-SchO hat diese innerhalb von 15 Tagen nach Übergabe der Akten an das Schiedsgericht stattzufinden.

50 Nach Art. 30 ICC-SchO, Art. 2 (1) Anhang VI ICC-SchO entscheidet sogar dann ein Einzelschiedsrichter im beschleunigten Verfahren, wenn die Schiedsklausel eine Entscheidung durch drei oder mehr Schiedsrichter vorsieht.

51 Art. 4 (1) Anhang VI ICC-SchO.

52 Art. 3 (4) und (5) Anhang VI ICC-SchO.

53 Vgl. Anhang III ICC-SchO.

54 Art. 37 (2) ICC-SchO.

zusammen.⁵⁵ Im Endschiedsspruch setzt das Schiedsgericht die Kosten des Verfahrens fest und bestimmt, in welchem Verhältnis die Parteien die Kosten zu tragen haben.⁵⁶

4. Besondere Verfahrensarten nach ICC-Regeln mit besonderer Bedeutung bei M&A-Transaktionen

4.1 Die ICC-Sachverständigenregeln

Neben der für Schiedsverfahren anwendbaren ICC-SchO stellt die ICC weitere Instrumente zur Streitbeilegung zur Verfügung, die im Rahmen von M&A-Streitigkeiten eine sinnvolle Alternative zur Durchführung eines Schiedsverfahrens sein können. In der Post-Closing-Phase sind es oft weniger rechtliche als tatsächliche Fragen, die zwischen den Vertragsparteien streitig sind.⁵⁷ Häufig handelt es sich um technische Fragestellungen über die Mangelfreiheit von Anlagen oder anderen Asset-Bewertungen.⁵⁸ Sachverständige werden nach dem Closing auch oft im Rahmen von Preisanpassungsklauseln herangezogen.⁵⁹ In all diesen Fällen kann eine Beurteilung der streitigen Fragen durch einen Sachverständigen sinnvoller sein als die Durchführung eines vollwertigen Schiedsverfahrens.

Für diese Situationen hat die ICC eigene Sachverständigenregeln entwickelt. Die ICC kann dabei in drei unterschiedlichen Funktionen tätig werden. Zunächst kann sie herangezogen werden, um einen geeigneten Sachverständigen für eine bestimmte Streitigkeit zu identifizieren und den Parteien vorzuschlagen.⁶⁰ Sie kann daneben für die verbindliche Ernennung eines Sachverständigen verantwortlich sein.⁶¹ Schließlich kann sie – ähnlich einem Schiedsverfahren – das gesamte Verfahren der Schiedsbegutachtung leiten und überwachen.⁶²

Die Anfrage zum Vorschlag von Sachverständigen durch die ICC bedarf dabei keiner Schiedsklausel oder ähnlichem.⁶³ Vielmehr kann jede Vertragspartei die ICC um den Vorschlag von Schiedsgutachtern bitten, wobei detaillierte Angaben zu den benötigten Qualifikationen des Sachverständigen gemacht werden müssen.⁶⁴ Bevor die ICC einen Sachverständigen vorschlägt, muss dieser ihr gegenüber seine Verfügbarkeit sowie Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bestä-

tigen.⁶⁵ Der Antragsteller ist an den Vorschlag der ICC nicht gebunden.

Soll die ICC dagegen verbindlich einen Schiedsgutachter ernennen, ist eine ausdrückliche Einigung der beteiligten Parteien notwendig.⁶⁶ Dementsprechend stellt die ICC ähnlich der Modellklausel für Schiedsverfahren eine solche für die Ernennung von Schiedsgutachtern zur Verfügung. Stellen die Parteien den Antrag auf Ernennung eines Schiedsrichters nicht gemeinsam oder können sie sich nicht auf einen konkreten Expertenauftrag einigen, so informiert die ICC die Gegenseite über die eingegangene Anfrage.⁶⁷ Gegen die Ernennung eines Schiedsgutachters kann jede Partei Einspruch einlegen, wenn sie vorträgt, dass der Schiedsgutachter für seine Aufgabe nicht hinreichend qualifiziert oder aus anderen Gründen ungeeignet ist.⁶⁸ Hierüber entscheidet die ICC nach Anhörung des Schiedsgutachters und der anderen Partei.⁶⁹

Ist eine noch umfassendere Beteiligung der ICC gewünscht, so kann auch die Geltung der „ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings“ vereinbart werden. Wie auch in den zuvor erwähnten Schiedsgutachterverfahren unter Beteiligung der ICC ist darauf hinzuweisen, dass das vom Schiedsgutachter gefundene Ergebnis nur dann für die Parteien bindend ist, wenn sie dies ausdrücklich vertraglich vereinbart haben.⁷⁰ In keinem Fall stellen die Entscheidungen des Schiedsgutachters dagegen Schiedssprüche im Sinne des New Yorker Übereinkommens von 1958 dar.

4.2 ICC Dispute Board Rules

Dispute Boards werden oft zu Beginn einer auf einen längeren Zeitraum angelegten Zusammenarbeit vertraglich vereinbart, typischerweise bei größeren Infrastrukturprojekten.⁷¹ Zur Lösung von Konflikten werden die entstehenden Streitpunkte hier einem ständigen Panel vorgelegt, welches den Parteien Vorschläge zur Streitbeilegung macht. Teilweise wird Dispute Boards auch die Kompetenz eingeräumt, Streitfragen verbindlich selbst zu entscheiden.⁷²

Die im Grundsatz aber eher auf Kompromiss und Kooperation angelegten Dispute Boards sind besonders bei einer längeren Zusammenarbeit der Vertragsparteien sinnvoll. Dies entspricht nicht der typischen Transaktionssituation, in der Käufer und Verkäufer nach ihrer Durchführung in der Regel getrennte Wege

55 Art. 38 (1) ICC-SchO.

56 Art. 38 (2) ICC-SchO.

57 Gross: M&A disputes and expert determination: getting to grips with the issues. In: PLC Cross-border Arbitration Handbook 2010/11, S. 1.

58 Gross: M&A disputes and expert determination: getting to grips with the issues. In: PLC Cross-border Arbitration Handbook 2010/11, S. 1.

59 Imhoos, Schäfer, Verbist: Chapter 6: Other Methods of Dispute Resolution Under ICC Rules. In: ICC Arbitration in Practice, Second Edition 2015, S. 245, 258.

60 Foreword to the ICC Expert Rules, S. 1.

61 Foreword to the ICC Expert Rules, S. 1.

62 Foreword to the ICC Expert Rules, S. 1.

63 Imhoos, Schäfer, Verbist: Chapter 6: Other Methods of Dispute Resolution Under ICC Rules. In: ICC Arbitration in Practice, Second Edition 2015, S. 245, 260.

64 Vgl. Article 1 (2) ICC Rules for the Appointment of Experts and Neutrals.

65 Article 2 (3) ICC Rules for the Appointment of Experts and Neutrals.

66 Imhoos, Schäfer, Verbist: Chapter 6: Other Methods of Dispute Resolution Under ICC Rules. In: ICC Arbitration in Practice, Second Edition 2015, S. 245, 258.

67 Article 1 (4) ICC Rules for the Appointment of Experts and Neutrals.

68 Imhoos, Schäfer, Verbist: Chapter 6: Other Methods of Dispute Resolution Under ICC Rules. In: ICC Arbitration in Practice, Second Edition 2015, S. 245, 262.

69 Article 3 (5) ICC Rules for the Appointment of Experts and Neutrals.

70 Vgl. Article 8 (2) ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings.

71 Gantenberg, Flecke-Giammarco: Dispute Boards Revival: Championing the Use of Dispute Adjudication Boards as a Project Management Tool that Helps to Avoid Disputes. In: Klaussegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2016, S. 201, 209.

72 Imhoos, Schäfer, Verbist: Chapter 6: Other Methods of Dispute Resolution Under ICC Rules. In: ICC Arbitration in Practice, Second Edition 2015, S. 245, 271.

gehen wollen. Oft ist hier eine endgültige Entscheidung, etwa durch ein Schiedsgericht, die sinnvollere Lösung. Dennoch kann vor allem bei großen Transaktionen, die sich über einen längeren Zeitraum ziehen, die Einrichtung eines Dispute Boards sinnvoll sein.

Für die Einrichtung solcher Dispute Boards ist die ICC Marktführer.⁷³ Die ICC Dispute Board Regeln von 2015 regeln dabei die Einzelheiten des Verfahrens von der Besetzung⁷⁴ über die Gestaltung des Verfahrens bis zu den genauen Befugnissen der Dispute Boards⁷⁵ und dem Modus ihrer Entscheidungsfindung.⁷⁶

5. Zusammenfassung

Für die in M&A-Transaktionen auftretenden Streitigkeiten bietet die ICC eine Vielzahl verschiedener Streitlösungsmechanismen an. Die ICC-SchO gibt dabei durch administrative Begleitung des Verfahrens durch die ICC dem Schiedsverfahren eine klare, recht

stark formalisierte Struktur vor, was gerade bei M&A-Streitigkeiten zu einer für die Parteien bedeutsamen Vorhersehbarkeit des Verfahrensablaufs führt. Durch die verschiedenen aufgezeigten Instrumente ist es möglich, den Besonderheiten, die eine M&A-Streitigkeit bietet, prozessual Rechnung zu tragen. Aufgrund dieser Flexibilität ist die Schiedsgerichtsbarkeit nach wie vor der für M&A-Streitigkeiten am besten geeignete Streitlösungsmechanismus. ■



Dr. Patricia Nacimiento ist Co-head des deutschen Disputes Team bei Herbert Smith Freehills. Als Parteivertreterin und Schiedsrichterin ist Patricia Nacimiento in über 120 Verfahren nach den Regeln zahlreicher Schiedsinstitutionen tätig gewesen – dazu gehören ICC, DIS, LCIA, Swiss Rules, ICSID, SCC und SIAC. Sie ist Mitglied in der ICC Commission on Arbitration. 2007 wurde sie von der deutschen Bundesregierung auf die Schiedsrichterliste der ICSID berufen. Patricia Nacimiento ist Mitglied des SIAC User Council. Sie spricht Deutsch, Englisch, Spanisch, Französisch und Italienisch. Patricia Nacimiento ist Mitherausgeberin eines der Standardwerke zur Schiedsgerichtsbarkeit. patricia.nacimiento@hsf.com

⁷³ Fischer, Walbert: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. In: Klausegger, Klein, u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, S. 21, 35.

⁷⁴ Art. 7 ICC Dispute Board Rules.

⁷⁵ Art. 15 ICC Dispute Board Rules.

⁷⁶ Art. 22 ff. ICC Dispute Boards.