

CLYDE&CO

Arbitration & Litigation

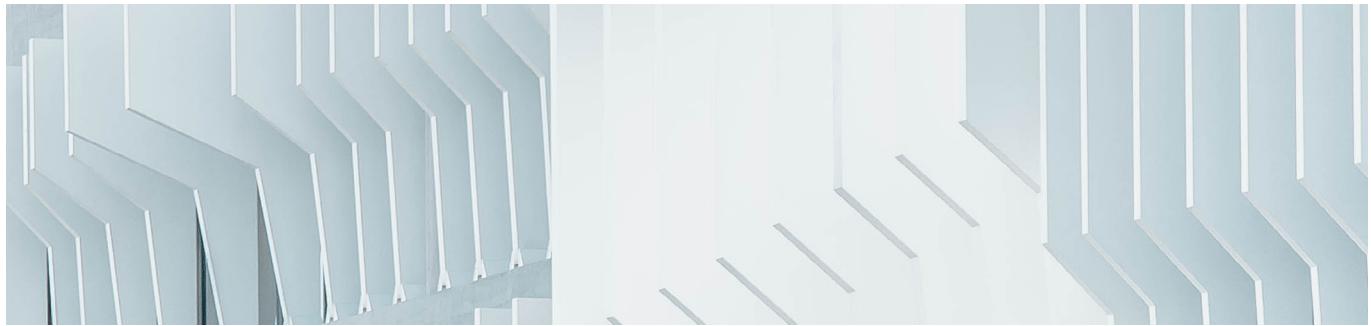
Quarterly Update  
1/2022 Germany





# Contents

<b>04.</b>	<b>06.</b>	<b>08.</b>	<b>13.</b>
Editorial	Unser Team / Our Team	Appointment of the arbitrators and constitution of the arbitral tribunal	Setting-aside of arbitral awards in Germany
<b>19.</b>	<b>22.</b>	<b>27.</b>	<b>32.</b>
OLG Dresden: Gesetzlicher Vertreter ist neben der juristischen Person „Verantwortlicher“ im Sinne der DSGVO und haftet gesamtschuldnerisch	Digitalisierung des BGB bringt erhebliche Neuerungen – nicht nur für das Kaufrecht	Proposed amendments to the ICSID regulations and rules – a necessary update	CJEU concludes that ad hoc arbitration agreements between EU investors and EU Member States are inconsistent with EU law
<b>34.</b>	<b>38.</b>	<b>42.</b>	<b>48.</b>
Regulierung von Prozessfinanzierern	Neues Haftungsrisiko durch das Lieferkettengesetz?	How sacred is the right to be heard in arbitration?	Insight: Clyde & Co



# Liebe Leserin, lieber Leser,

Das neue Jahr 2022 hat Fahrt aufgenommen - Zeit für unser erstes Quarterly Update! Wir freuen uns über Ihr Interesse und haben wieder eine Vielzahl wichtiger Entwicklungen und Themen für Sie zusammengestellt.

Trotz der anhaltenden Pandemie gehen wir mit Optimismus und Zuversicht in die kommenden Monate und nehmen viel Rückenwind aus dem Jahr 2021 mit: Im Februar 2021 haben wir mit dem neuen Standort in München unsere Aufstellung in den Bereichen Disputes, M&A und Insurance strategisch weiter ausgebaut. Des Weiteren haben wir unser Team mit prominenten Neuzugängen erweitert: Jan Spittka und sein Team verstärkte unsere Data Privacy & Cybersecurity Praxis in Düsseldorf und ist bereits auf breite Unterstützung unserer Mandanten getroffen. Wir haben uns des Weiteren gefreut, Georg Scherpf, der umfangreiche Erfahrung in internationalen Handels- und Investitionsschiedsverfahren mitbringt, bei uns willkommen zu heißen. Das Jahr 2021 hat zugleich unser fünfjähriges Jubiläum in Deutschland mit dem Motto – 5 Years, 3 Offices, 1 Team – markiert. In diesen fünf Jahren ist Clyde & Co in Deutschland von rund zehn auf mittlerweile über 120 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gewachsen. Gekrönt wurde das Jahr 2021 durch zahlreiche Auszeichnungen der Kanzlei in Deutschland und international. Diese tolle Entwicklung verdanken wir dem Vertrauen und der Unterstützung durch Sie und dafür sagen wir: Danke!

Mit dem Beginn des neuen Jahres sind zugleich neue Herausforderungen verbunden und wir haben auch im Jahr 2022 viel vor, um Sie immer auf dem Laufenden zu halten: Zahlreiche Veranstaltungen befinden sich schon in Planung – entweder als vor-Ort-Events oder in der Form von Webinaren. Zusätzlich informieren Sie weiter über alle neuen Entwicklungen in den Bereichen Dispute Resolution und Versicherung in Deutschland, Europa und weltweit mit unseren Quarterly Updates Arbitration & Litigation sowie Insurance & Reinsurance!

In dieser Ausgabe finden Sie eine Auswahl von aktuellen Themen und Entwicklungen:

- Appointment of the Arbitrators and Constitution of the Arbitral Tribunal
- Setting-Aside of Arbitral Awards in Germany
- OLG Dresden: Gesetzlicher Vertreter ist neben der juristischen Person „Verantwortlicher“ im Sinne der DSGVO und haftet gesamtschuldnerisch
- Digitalisierung des BGB bringt erhebliche Neuerungen - nicht nur für das Kaufrecht
- Proposed Amendments to the ICSID Regulations and Rules – A necessary Update
- CJEU on ad hoc arbitration agreements between EU investors and EU Member States
- Müssen Prozessfinanzierer stärker reguliert werden?
- Neues Haftungsrisiko durch das Lieferkettengesetz?
- How Sacred is the Right to be Heard in Arbitration?
- Einholung eines vertraglich vereinbarten Schiedsgutachtens als Anspruchsvoraussetzung

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre und wünschen Ihnen alles Gute für das neue Jahr! Wie immer freuen uns über Fragen, Anregungen und Feedback. Schreiben Sie uns gerne dazu an [Arbitration.Germany@clydeco.com](mailto:Arbitration.Germany@clydeco.com)

Ihr Clyde & Co Arbitration Team Germany



## Dear reader,

The new year 2022 has picked up speed, so it is time for our first Quarterly Update. We appreciate your interest in our publication and once again have compiled a variety of important developments and interesting topics for you!

Despite the ongoing pandemic, we are entering the coming months with optimism and confidence with the tailwind of our 2021 successes: In February 2021, we expanded our presence in the areas of Disputes, M&A and Insurance with our new office in Munich. Furthermore, we have expanded our team with prominent new additions: In a development that has been already widely supported by our clients, Jan Spittka and his team strengthened our Data Privacy & Cybersecurity practice in Dusseldorf. Furthermore, we were happy to welcome Georg Scherpf in our international arbitration team. Georg brings extensive experience in international commercial and investment arbitration. The year 2021 also marked our fifth anniversary in Germany with the motto – 5 Years, 3 Offices, 1 Team. In these five years, Clyde & Co in Germany has grown from around ten to over 120 employees. The year 2021 was crowned by numerous awards for the firm, not only in Germany but also internationally. We owe this great development to the trust and support of all you and for that we say: Thank you!

The start of the new year is associated with new challenges: We have already a lot planned for 2022 in order to keep you up to date of any important developments: Numerous events are being planned – either as on-site events or in the form of webinars. In addition, our Quarterly Updates Arbitration & Litigation and Insurance & Reinsurance will keep you informed about all new developments in the fields of dispute resolution and insurance in Germany, Europe and worldwide!

In this issue you will find a selection of current topics and developments:

- Appointment of the Arbitrators and Constitution of the Arbitral Tribunal
- Setting-Aside of Arbitral Awards in Germany
- OLG Dresden: Gesetzlicher Vertreter ist neben der juristischen Person „Verantwortlicher“ im Sinne der DSGVO und haftet gesamtschuldnerisch
- Digitalisierung des BGB bringt erhebliche Neuerungen nicht nur für das Kaufrecht
- Proposed Amendments to the ICSID Regulations and Rules – A necessary Update
- CJEU on ad hoc arbitration agreements between EU investors and EU Member States
- Müssen Prozessfinanzierer stärker reguliert werden?
- Neues Haftungsrisiko durch das Lieferkettengesetz?
- How Sacred is the Right to be Heard in Arbitration?
- Einholung eines vertraglich vereinbarten Schiedsgutachtens als Anspruchsvoraussetzung

We hope you enjoy reading this issue and wish you all the best for the New Year 2022! As always, we welcome your questions, suggestions and feedback. Please feel free to write to us anytime at

[Arbitration.Germany@clydeco.com](mailto:Arbitration.Germany@clydeco.com)

Yours

Clyde & Co Arbitration Team Germany

# Our Team



**Nadia Darwazeh**

Partner

nadia.darwazeh@clydeco.com  
+33 1 44 43 88 90



**Georg Scherpf**

Counsel

georg.scherpf@clydeco.com  
+49 40 8090 30250



**Dr Sven Förster**

Partner

sven.foerster@clydeco.com  
+49 892 4442 0103



**Dr Styliani Ampatzi, LL.M.**

Senior Associate

styliani.ampatzi@clydeco.com  
+49 211 8822 8824



**Daniel Jones**

Partner

daniel.jones@clydeco.com  
+49 40 8090 30201



**Anna Falk**

Senior Associate

anna.falk@clydeco.com  
+49 40 8090 30208



**Dr Henning Schaloske**

Partner

henning.schaloske@clydeco.com  
+49 211 8822 8801



**Dr Michael Pocsay, LL.M.**

Senior Associate

michael.pocsay@clydeco.com  
+49 211 8822 8818



**Dr Tim Schommer**

Partner

tim.schommer@clydeco.com  
+49 40 8090 30204



**Yesra-Cecile Pauly**

Associate

yesra-cecile.Pauly@clydeco.com  
+49 211 8822 8808



**Christoph Pies**

Counsel

christoph.pies@clydeco.com  
+49 211 8822 8860



**Sita Rau**

Associate

sita.rau@clydeco.com  
+49 211 8822 8828





# Appointment of the arbitrators and constitution of the arbitral tribunal

A special feature of arbitration and a major reason for its popularity among business partners is certainly the possibility to appoint arbitrators that are more suitable to decide on the dispute. In the first place, it is, usually, the parties that are asked to nominate the arbitrator(s). This practice traces back to the origins of arbitration and its rather fundamental for its existence and the future of international arbitration. Nonetheless, the process is not always without problems that are sometimes so difficult to resolve that the involvement of a third party, such as an arbitration institution or a state court becomes necessary. This article examines the process of the appointment of arbitrators under the arbitration rules of International Chamber of Commerce (ICC) and the German Arbitration Institute (DIS) as well as in the ad hoc arbitration with seat in Germany.

## Arbitrator appointment under the ICC Arbitration Rules

The ICC Arbitration Rules stipulate in Article 11 what is rather obvious, namely that every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration. To ensure that, before appointment or confirmation, a prospective arbitrator shall sign a statement of acceptance, availability, impartiality and independence and disclose in writing any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties, as well as any circumstances that could give rise to reasonable doubts as to the arbitrator's impartiality. The same obligation burdens the arbitrators also during arbitration.

Against this background, the ICC Rules regulate in Articles 12 and 13 the constitution of the arbitral tribunal. These provisions are applicable provided that the parties have not agreed otherwise.

Generally, the disputes shall be decided by a sole arbitrator or by three arbitrators. In the absence of party agreement, the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (the "Court") shall appoint a sole arbitrator, save where it appears to the dispute is such as to warrant the appointment of three arbitrators.

The latter is usually the case where, for example the value in dispute is particularly large or the case itself quite complex. In such circumstances, the claimant shall nominate an arbitrator within 15 days from receipt of the notification of the decision of the Court, and the respondent shall nominate an arbitrator within 15 days from receipt of the notification of the nomination made by the claimant. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court.

If the parties already agreed that the dispute shall be resolved by a sole arbitrator, they may, by agreement, nominate the sole arbitrator for confirmation. However, if they cannot reach an agreement in this regard within 30 days from the date when the claimant's Request for Arbitration has been received by the other party or parties, or within such additional time as may be allowed by the Secretariat of the Court, the nomination of the sole arbitrator by the parties subsequently fails. In that case, the sole arbitrator shall be appointed by the Court.

Where there is an agreement of the parties in place, according to which the dispute shall be resolved by three arbitrators, each party shall nominate in the Request for Arbitration and the Answer to the Request for Arbitration, respectively, one arbitrator for confirmation.

If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court. The third arbitrator, who will act as president of the arbitral tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have agreed upon another procedure for such appointment, in which case the nomination will be subject to Court's confirmation. Should such procedure not result in a nomination within 30 days from the confirmation or appointment of the co-arbitrators or any other time limit agreed by the parties or fixed by the Court, the third arbitrator shall be appointed by the Court.

It is worth mentioning that, in accordance with the ICC Rules and notwithstanding any agreement by the parties on the method of constitution of the arbitral tribunal, in exceptional circumstances, the Court may appoint each member of the arbitral tribunal to avoid a significant risk of unequal treatment and unfairness that may affect the validity of the award.

Once an arbitrator has been appointed by each of the parties or by the parties together following a respective agreement, it is necessary that the Court confirms and appoints the nominated arbitrator(s). In doing so, the Court will consider the prospective arbitrator's nationality, residence and other relationships with the countries of which the parties or the other arbitrators are nationals and the prospective arbitrator's availability and ability to conduct the arbitration in accordance with the ICC Rules. It generally applies that the sole arbitrator or the president of the arbitral tribunal shall be of a nationality other than those of the parties. However, in suitable circumstances and provided that none of the parties objects within the time limit fixed by the Secretariat of the Court, the sole arbitrator or the president of the arbitral tribunal may be chosen from a country of which any of the parties is a national.

## Arbitrator appointment under the DIS Arbitration Rules

The provisions regarding nomination and appointment of arbitrators under the DIS Arbitration Rules are very similar to the ones in the ICC Rules. Like the ICC Rules, the DIS Rules explicitly emphasise, in Article 9, the need of impartiality and independence of the arbitrators. Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties throughout the entire arbitration and shall have all qualifications, if any, that have been agreed upon by the parties. Subject to the above, the parties may nominate any person of their choice to act as an arbitrator.

The DIS may propose names of potential arbitrators to any party upon such party's request. Following a respective nomination, every prospective arbitrator shall declare in writing whether they accept to act as arbitrator. In case of acceptance, the prospective arbitrators shall sign a declaration in which they shall state that they are impartial and independent of the parties, that they have all qualifications, if any, that have been agreed upon by the parties, and that they will be available throughout the arbitration. In addition, each prospective arbitrator shall disclose any facts or circumstances that could cause a reasonable person in the position of a party to have doubts as to the arbitrator's impartiality and independence. Every arbitrator shall have a continuing obligation throughout the entire arbitration to promptly disclose in writing to the parties, the other arbitrators and the DIS any facts or circumstances that could possibly put their impartiality and independence into question.

The nomination and appointment of the arbitrators is further regulated in articles 10-13 of the DIS Rules with the whole procedure exhibiting only a few differences from the same procedure under the ICC Rules.

Naturally, the parties are, also under the DIS Rules, free to agree on the number of arbitrators that may be, in particular, one or three, or any other odd number of arbitrators, unless agreed otherwise. In case the parties have not agreed upon the number of arbitrators, any party may submit a request to the DIS that the arbitral tribunal be comprised of a sole arbitrator. The Arbitration Council of the DIS shall decide on such request after consultation with the other party. If no request for the appointment of a sole arbitrator has been made, or if a request has been made but not granted, the arbitral tribunal shall be comprised of three arbitrators.

If the arbitral tribunal is to be comprised of a sole arbitrator, the parties may jointly nominate the sole arbitrator. If the parties do not agree upon a sole arbitrator within a time limit fixed by the DIS, the Appointing Committee of the DIS (the "Appointing Committee") shall select and appoint the sole arbitrator. In such case, the sole arbitrator shall be of a nationality different from that of any party, unless all parties are of the same nationality or have agreed otherwise.

If the arbitral tribunal is to be comprised of three arbitrators, each party shall nominate one co-arbitrator. If a party fails to nominate a co-arbitrator, such co-arbitrator shall be selected by the Appointing Committee.

The co-arbitrators shall jointly nominate the president of the arbitral tribunal (the "President") within 21 days after being requested to do so by the DIS. It is to be noted, that the DIS Rules explicitly allow for each co-arbitrator nominated by or appointed on behalf of a party to consult with such party regarding the selection of the President. In case that the co-arbitrators do not nominate the President within the above time limit of 21 days, the Appointing Committee shall select and appoint the President. Then, the President shall be of a nationality different from that of any party, unless all parties are of the same nationality or have agreed otherwise.

Every arbitrator must be appointed by the DIS, even when such arbitrator has been nominated by a party or by the co-arbitrators. Generally, the Appointing Committee is responsible for deciding on the appointment of arbitrators. The arbitral tribunal is constituted once all of the arbitrators have been appointed.

## Arbitrator appointment in ad hoc arbitration in Germany

In case that the parties have not selected an institution to administer the arbitration, we are dealing with a so-called ad hoc arbitration. Such an arbitration offers the parties great flexibility as to its conduct of the arbitration, but, at the same time, less to no external support for the process. While an ad hoc arbitration may, in certain cases, be quicker than institutional arbitration, that is not the case where the parties have difficulties agreeing on the appointment or conduct of the tribunal. Without an institution overseeing the appointment of the arbitrators and the constitution of the tribunal, the parties may agree upon an authority that shall be responsible for the appointment of arbitrators should the process fail for any reason. Such an authority may, for example, be an arbitral institution or a trade or professional association. Otherwise, the court of the seat of arbitration will be called to fill the gap, which, generally, can have disadvantages manifested, mainly, in delays, increased costs, and loss of confidentiality. For ad hoc arbitrations with seat in Germany, the provisions in the 10th book of the German Code of Civil Proceedings become applicable in cases that the parties to the arbitration have not regulated individual aspects of the procedure.

In an ad hoc arbitration with seat in Germany, the parties are free to agree on the number of arbitral judges. Absent such agreement, the number of arbitral judges shall be three.

The parties to the dispute may agree on a procedure for the appointment of one or several arbitral judges. Unless they have agreed otherwise, a party shall be bound by the appointment of an arbitral judge that it has made as soon as the respective other party has received the notice of that arbitral judge's appointment.

In the absence of an agreement regarding the appointment of the arbitrators, the higher regional court (Oberlandesgericht, OLG) designated in the arbitration agreement or, if no such designation was made, the higher regional court in the district of which the venue of the arbitration proceedings is located shall appoint the sole arbitrator upon a party having filed a corresponding petition, if the parties to the dispute are unable to come to agreement regarding his appointment.

In arbitration proceedings in which three arbitrators shall be involved, each of the parties shall appoint one arbitrator and these two arbitrators shall in turn appoint the third arbitrator, who shall preside over the arbitral tribunal. Should a party have failed to appoint the arbitrator within one month of having received a corresponding notice from the other party, or should the two arbitrators be unable to come to agreement, within one month of their having been appointed, regarding the third arbitrator, the court is to appoint the third arbitrator upon a party having filed a corresponding petition.

In appointing an arbitrator, the court is to consider all prerequisites required by the parties' agreement for the arbitrator(s) and is to take account of all aspects by which the appointment of an independent and impartial arbitrator is ensured. In appointing a sole arbitrator or a third arbitrator, the court is to also deliberate the option of whether appointing an arbitrator of a different nationality than that of the parties might serve the intended purpose.

From the above, it becomes obvious that, with respect to the appointment of arbitrators, in ad hoc arbitration, a state court undertakes the role that in institutional arbitration is fulfilled by the respective arbitration institute. As already mentioned, this might have an effect on the duration of the whole procedure, the costs and, naturally, the confidentiality as, as a general rule, proceedings before state courts are not confidential. The parties need thus to carefully consider whether they want to go this way should it come down to a disagreement during the composition of the arbitral tribunal.

## General considerations

Undeniably, the right of the parties to nominate arbitrators belongs to the core of arbitration as an institution of the Alternative Dispute Resolution which is why it is recognised not only by the arbitration institutes but also by the law in Germany and other states that have, in particular, adapted the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 as state law. The nomination and appointment process is not to be taken lightly as, in certain cases, non-compliance with the agreed procedure may result in non-recognition of an award as confirmed by Article V para 1 lit. d of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958). In accordance with this provision, recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, *inter alia*, proof that the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.

Many experts argue that the parties to the dispute, as the actual stakeholders, are better placed to choose the right individuals to act as arbitrators in that specific dispute considering the parties' possible differences in culture, legal origin, language and perspectives. A party appointed arbitrator will, probably, be familiar with the nominating party's cultural and legal background ensuring an arbitral tribunal not oblivious to any such peculiarities. However, there are also voices that point out to the risks of having (all) arbitrators appointed by the parties and not by an institute. Parties tend to appoint arbitrators for whom, given their professional or academic background, they have reasons to believe that would favour their position in the ongoing dispute. This can, sometimes, result in problems, even preventing the tribunal from reaching a final decision. It has been observed, for example, that, in many cases, the arbitrator nominated by the losing party issues a dissenting opinion.

While the parties should, of course, remain free to agree on the appointment procedure for the arbitrators and also – unilaterally – nominate an arbitrator, it is strongly advised that parties take extra care when appointing an arbitrator and consider ways to avoid risks caused by the party appointments.

In ICC and DIS institutional arbitration, the fact that each party nomination has to be confirmed by the respective institute that only then can appoint the nominated arbitrator probably provides an extra layer of safety making sure that no arbitrator was nominated with the objective of sabotaging the arbitration by, for example, later resigning or advocating in favour of a specific party.

## Practicalities

Generally, when comforted with an arbitrator nomination, a party will result in a rather long list of potential candidates and try to shorten it until to the point that only the most suitable candidate is left.

At the beginning of the selection process, potential candidates are suggested on a basis of a broad research of CVs and professional or academic backgrounds. The applicable law, the seat of arbitration, the sector of the dispute as well as the party's or its legal counsels' previous experiences in similar arbitration cases constitute the main criteria for this first selection of candidates.

In a second step, the party, usually with the support of its attorneys, will look more closely into the publications of the candidates as well as any reports that possibly mention them. In that stage, previous experiences became of particular importance as, in order to narrow down the initial – usually – long list, the party will try to find out how each candidate conducted themselves in previous cases similar to the one at hand. Apart from researching the candidates' experience, the objective of this research is to also find out possible connections between the candidates and any of the arbitration participants, such as the opposing party, the other already arbitrator, or the counsels. Arguably, this review stage is aided by arbitrator databases and directories, which, generally, tend to become more detailed as the years go by and help parties and counsels take more well-informed decisions.

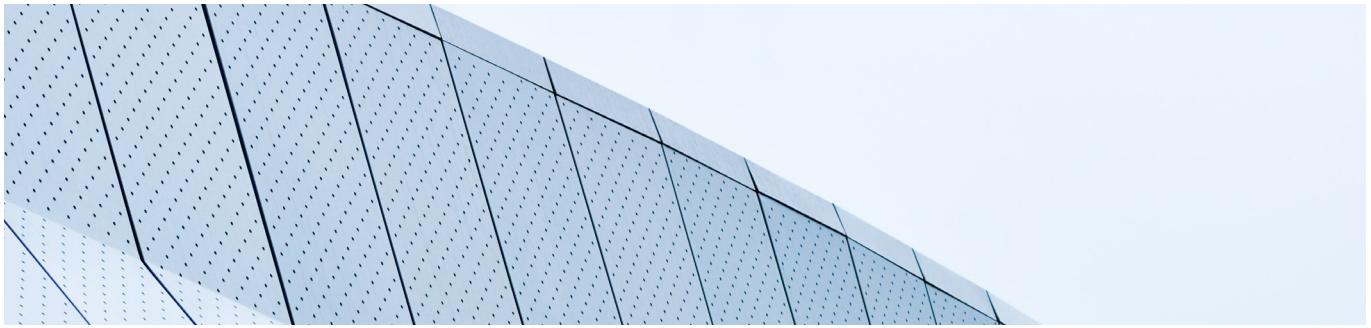
In a last decision stage, the party will have to choose only one individual whom it will nominate as arbitrator. It goes without saying, that the decision is very important and, in many cases, also difficult. Personal and professional networks might prove critical for that final decision. The good news is that, assuming that due diligence was applied in the two previous stages, it is rather inaccurate to talk about a "wrong decision" as there is hardly such a thing, at this last stage of the decision process.

While there may be choices that, in retrospective, might be considered as “more suitable”, it is rather difficult to go completely wrong from here after coming so far.

Obviously, the choice of an arbitrator is not simple. It requires extensive research and, usually, a wide professional network. Given the importance of the decision, it is strongly advised that the party seeks expert support when nominating an arbitrator not only to ensure a tribunal properly qualified to arbitrate its case but also to avoid possible future delays and costs.



[Dr Styliani Ampatzi, LL.M.](#)



# Setting-aside of arbitral awards in Germany

It is possible for courts of German jurisdiction to set aside arbitral awards seated in Germany. In this article, we set out the main questions concerning the respective process and point out aspects of particular practical importance that one has to carefully consider once confronted with a situation where the setting-aside of an award becomes an issue.

## Is there a process for challenging awards seated in Germany in the courts of this jurisdiction?

In Germany, arbitration proceedings are regulated by sections 1025 to 1066 Code of Civil Procedure (“CCP”). These sections adopt nearly verbatim the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (“UNCITRAL Model Law”). In addition, the recognition and enforcement of foreign arbitration awards are governed by the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958, commonly known as the New York Convention (“NYC”), to which the CCP explicitly and conclusively refers in its section 1061. The implementation of both instruments means that there are hardly any surprises in arbitrations conducted in Germany when compared to other Model Law jurisdictions.

Arbitral awards are, in general, binding as if they were a judgment (“rechtskräftiges Urteil”, section 1055 CCP) and cannot be reviewed on the merits, unless the parties agreed to a second instance individually or through the selection of arbitration rules providing for such a review.

Under German arbitration law, only domestic awards (seated in Germany) can be set aside (annulled), pursuant to section 1059 CCP. German courts do not assume setting-aside competence for foreign arbitral awards (cf. Zöller/Geimer, section 1059, para. 1 b). The grounds for setting aside domestic arbitral awards are almost identical to those listed in Article V NYC with the exception that the application of the *ordre public interne* (in contrast to the *ordre public internationale*) may lead to slightly different results (cf. Baumert, SchiedsVZ 2014, 139).

There are three main procedural routes to challenge an award or partial award under German law:

- a. Challenging the final award because of an invalid arbitration clause or other serious irregularity concerning the tribunal, the proceedings, or the award, pursuant to section 1059 CCP. This corresponds to Art. 34 (2) of UNCITRAL Model Law;
- b. Challenging a partial award on jurisdiction, pursuant to section 1040 (3) CCP. This, largely, corresponds to Art. 16 (3) of UNCITRAL Model Law, with the only difference that, under German law, the decision of the state court is open to appeal (sections 1065 (1) sentence 1 and 1062 (1) no. 2 CCP); and
- c. Section 1060 (2) CCP, in addition, hinders a domestic award from being declared enforceable if grounds exist pursuant to section 1059 (2) no. 2 CCP. This largely corresponds to Art. 36 (1) of UNCITRAL Model Law.

The most common route is the application under section 1059 CCP. Under this section, any domestic award can be set aside in case of an (i) invalid arbitration clause/agreement; (ii) denial of the right to be heard; (iii) excess of mandate; (iv) procedural irregularities; (v) lack of arbitrability; or (vi) violation of the *ordre public interne*. Any procedural irregularities must have had a causal impact on the award for it to be set aside (section 1059 (2) no. 1 (d) CCP).

Interestingly, although the parties are free to apply for the annulment of the arbitral award, they cannot waive setting aside proceedings from the outset, as section 1059 CCP is not dispositive. Therefore, the parties cannot effectively agree that no legal remedies should be admissible against the arbitral award. This question is handled differently in some other jurisdictions, where at least those parties who are not from the respective jurisdiction can waive recourse to setting aside procedure.

A particularity of German arbitration law – and one of the very few deviations from the Model Law – is the possibility of applying for a decision to assess the admissibility or inadmissibility of arbitral proceedings at any time before the constitution of the arbitral tribunal (section 1032 (2) CCP). While those proceedings are pending before the court, arbitration proceedings may still be initiated or continued, and an award may even be issued. This unique feature has recently attracted attention internationally, after the Netherlands filed a section 1032 (2) CCP application relating to the arbitrations brought against them by RWE and Uniper to have those proceedings declared inadmissible considering the judgment in Slovak Republic v Achmea BV. The application is still pending. However, as these are delocalised proceedings under the ICSID Convention and generally not under the purview of local courts, the application will most likely be rejected. Although section 1032 (2) CCP is not a setting aside procedure, we consider it worth mentioning, in this context, as it addresses the fundamental question of admissibility, which encompasses topics also relevant to the grounds for setting aside an award.

## What is the legal form of the process? Are there limits on the grounds of challenge and what are they?

The legal form of the process depends on which route is taken to challenge an award.

### Partial Award, section 1040 (3) CCP

To apply for a review of a partial award on jurisdiction under section 1040 (3) CCP, the party must file an application at a Higher Regional Court (Oberlandesgericht) where the arbitration is seated. The application must be filed within one month of having received the partial award on jurisdiction. While such a request is pending, the arbitral tribunal can continue the arbitral proceedings and even issue an award.

In this context, it was previously disputed whether a court seized with an application under section 1040 (3) CCP may render a decision, if a final award was issued whilst the application was still pending. Until 2017, the jurisprudence considered that there would be a lack of legal interest/standing (Rechtsschutzbedürfnis) because the rendering of the final award meant that there was no longer a partial award on which to decide.

However, the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof – “BGH”) decided in 2017 that a court may nevertheless decide on the admissibility of the arbitral proceedings (BGH, decision dated 09.08.2016 – I ZB 1/15). Previously, the proceedings under section 1040 (3) CCP would have had to be discontinued and setting aside proceedings initiated.

### Final award, section 1059 CCP

For a decision pursuant to section 1059 CCP, which corresponds to Art. 34 (3) UNCITRAL Model Law, the party must file an application at the Higher Regional Court (Oberlandesgericht) where the arbitration is seated (if the competent Higher Regional Court is not designated in the arbitration agreement). The application must be filed within a period of three months, beginning on the day the applicant received the award. An application is inadmissible if the award has already been declared enforceable by a German court. Another slight deviation from the Model Law lies in the fact that, if the court concludes that the award is in fact to be set aside, it will not suspend the setting aside proceedings for a period of time pursuant to Art. 34 (4) UNCITRAL Model Law giving the tribunal time to “eliminate the grounds for setting aside”.

Instead, it will directly annul the award, thereby reviving the arbitration agreement (section 1059 (5) CCP). As a result, an arbitral tribunal is once again competent to decide on the merits of the case. However, if a motion is filed and the proceedings are “suitable”, the court has discretion to remand the proceedings back to the original arbitral tribunal (section 1059 (4) CCP). A case is suitable for remand if, for example, there is a procedural error that the arbitral tribunal can easily remedy, e.g., by carrying out the procedural act that was erroneously omitted.

If the court rejects the application under section 1059 CCP, the grounds for setting aside the award considered by the court cannot be reasserted in the recognition and enforcement proceedings (section 1060 (2) CCP, see below).

### Objecting to Enforcement, section 1060 CCP

Where a party applies for a declaration of enforceability (Vollstreckbarerklärung, section 1060 CCP), there are several grounds for refusing the declaration of enforceability, as e.g. those listed in section 1059 (2) CCP applicable to the setting aside of final awards (see above).

However, a ground for setting aside cannot be relied on if an application under section 1059 (2) CCP was rejected and is no longer open to appeal. In this case, a court has already finally decided that there is in fact no ground for setting aside. This decision is legally binding and must not be circumvented through a process for declaration of enforceability.

In addition, one cannot raise the objection against the enforceability of an award based on the grounds for setting aside set forth in section 1059 (2) no. 1 CCP, if the time period of section 1059 (3) CCP – regularly three months – lapses without an application having been made. In this case, the declaration of enforceability can only be denied if the subject matter of dispute is not arbitrable under German law, or if recognition or enforcement of the award would be contrary to the *ordre public*.

### Does the challenge involve a rehearing of some or all of the merits?

German courts will not review the merits of an arbitral award. In particular, there is no *de-novo* review of the merits. Furthermore, the arbitral tribunal's assessment of the evidence cannot, in principle, be replaced by a state court's own assessment of the evidence in setting aside proceedings due to the prohibition of a *révision au fond*.

In this context, a court might only set aside an award, in part or in full, but will never "correct" an award by modifying it.

### In summary, what is the process and how does it work?

The main way to challenge an arbitral award is to file an application for the setting aside of a final award in a German-seated arbitration under section 1059 CCP. The application requires an interest in legal protection (*Rechtsschutzinteresse*). Usually, only the party that (wholly or partially) lost the arbitral proceedings has such an interest.

An application to set aside an arbitral award must be filed with the competent court within three months of the award being received (section 1059 (3) CCP). Jurisdiction for these applications lies with the Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*) designated in the arbitration agreement or, if no competent court for the application was agreed upon, with the Higher Regional Court at the seat of arbitration, pursuant to section 1062 (1) CCP.

There are relatively few formal requirements for applying to set aside an arbitral award:

- An attorney is not required at the outset to file the application (sections 1063 (4), 78 (3) CCP), but must do so when the date of the oral hearing is fixed.
- Also, the terms "setting aside" or "annulment" do not have to be used explicitly. It is sufficient if it is clear from the application that the arbitral award as such is challenged and that its judicial review is requested, stating the grounds for setting aside (OLG Hamburg, decision of 12 December 2019 - 6 Sch 12/18).
- The application to set aside an arbitral award must be in German and a translation of the award should be attached if it is in a foreign language. The court may require a certified translation of the award by a sworn translator (section 142 CCP). Some courts are willing to accept awards in English without translation, but this needs to be clarified prior to filing an application.
- In addition, the applicant must pay an advance for the court costs calculated according to the amount in dispute (sections 10 et seqq. German Court Costs Act – GKG).

Although the factual findings of the arbitral tribunal are not binding, no new procedural material may be introduced, and the assessment of evidence is excluded.

The setting aside proceedings have no suspensive effect. However, the German courts may stay any recognition and enforcement proceedings initiated by the other side pending the setting aside decision (section 148 CCP).

If the Higher Regional Court sets aside the arbitral award, the arbitral tribunal's award is thereby annulled. As a result, the arbitration agreement is revived (section 1059 (5) CCP) and an arbitral tribunal is once again competent to decide on the merits of the case. However, if a motion is filed and the proceedings are "suitable", the proceedings may also be referred back to the arbitral tribunal (section 1059 (4) CCP).

The decision can be appealed to the BGH, which only allows an appeal if the dispute is of "fundamental importance" or if the further development of the law or the uniformity of jurisprudence requires its decision (sections 574 (2), 1065 (1) CCP).

## Are there any legal thresholds before the process can be commenced?

A party commencing setting aside proceedings must issue a written application while observing the legal deadlines. The deadlines are (i) the constitution of the tribunal (proceedings under section 1032 (2) CCP), (ii) one month after having received a partial award on jurisdiction (section 1040 (3) CCP) or (iii) three months after receipt of the final award (section 1059 (3) CCP).

The person entitled to file an application for setting aside is the one who is adversely affected (by the award, not by the ground for setting aside), i.e., mostly the parties, but also a third party like e.g., an intervener. Importantly, the claimant in arbitration lacks an interest in legal protection (Rechtsschutzbedürfnis) if he has fully prevailed - because he can simply choose not to make further use of the award.

If the application for setting aside is based on procedural violations (section 1059 (2) no. 1 lit. d alternative 2 CCP), it must be remembered that each party is obliged to complain to the arbitral tribunal as soon as they become aware of a violation. If they fail to do that, it impossible to raise the procedural violation at a later stage (section 1027 CCP). The party adversely affected can then no longer invoke the procedural violation in the setting aside proceedings.

## Roughly what is the cost and timescale to complete the process? Is the challenge itself appealable?

Costs can vary significantly depending on the amount in dispute, the complexity of the case and whether the decision is appealed. Even though it is common for attorneys to charge on an hourly fee basis, in setting aside proceedings, the total fees charged for representing a client may not be below the statutory fees payable under the Act on the Remuneration of Lawyers (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz). These fees are a good indication as to what the base fees and court costs will be.

German statutory cost law calculates court costs and lawyers' fees according to the amount in dispute, which is why no specific calculation can be made here. However, it can generally be said that the higher the amount in dispute of the setting aside proceedings (i.e., the value of the arbitral award to be set aside), the lower the costs of the proceedings will be, relatively speaking.

A forthcoming study of applications for setting aside (section 1059 CCP) and recognition of enforceability (sections 1060 and 1061 CCP) filed between 2012 and 2016 indicates that the average duration of proceedings is 5.68 months at each level, although 2 – 4 months should be added to take into account the mandatory oral hearing for the motion to set aside (section 1063 (2) CCP) (see in detail Wolff, SchiedsVZ 2021, 328 with reference to the study "Schiedsstandort Deutschland - Eine Erhebung zur Schiedsgerichtsbarkeit und zur Spruchpraxis der Gerichte", to be published in 2022).

Our experience is that it usually takes between 5-8 months to obtain a decision at first instance.

The court's decision on the challenge itself is open to appeal under section 1065 (1) and 574 et. seq. CCP within one month of service of the decision. This also applies to procedures under section 1040 (3) CCP - contrary to Art. 16 (3) UNCITRAL. It should, however, be noted that the scope of review is restricted.

## Roughly what proportion of challenges are successful?

The above-mentioned, soon to be published study has estimated the success rate of applications for setting aside under section 1059 CCP at approximately 11%, with the setting aside grounds "lack of an effective arbitration agreement" and "deficiencies in the constitution of the arbitral tribunal" dominating the successful applications. In light of the overall low number of applications and in order to achieve greater statistical reliability, the study combined these cases with applications for declarations of enforceability (as far as the objections raised were comparable to the setting-aside grounds) to provide a combined success rate for setting-aside applications and resisting enforcement of 4,19 % (see in detail Wolff, SchiedsVZ 2021, 328 with reference to the study "Schiedsstandort Deutschland - Eine Erhebung zur Schiedsgerichtsbarkeit und zur Spruchpraxis der Gerichte", to be published in 2022).

## Are there any other points of interest that you would like to highlight in relation to challenges in the jurisdiction in which you operate?

Since German arbitration law is based on the UNCITRAL Model Law and New York Convention, there are very few surprises lurking.

The most unusual aspect of it is perhaps the possibility, already mentioned, of having a court review the admissibility or inadmissibility of arbitral proceedings before the tribunal is consisted, pursuant to section 1032 CCP.

Below we briefly highlight three interesting setting aside cases.

### Dissenting Opinions

The Higher Regional Court of Frankfurt (Main) noted in 2020 that it considers dissenting opinions in German-seated arbitrations to violate the procedural *ordre public*, hence opening the door for possible setting aside applications pursuant to Sec. 1059 (2) no. 2 (b) CCP. In its obiter dictum, it stated that the issuing of dissenting opinion is likely to violate the principle that deliberations ought to remain secret. However, this decision is not yet binding, since it is currently appealed to the BGH. This obiter dictum was criticised heavily in the German arbitration community as it does not reflect arbitral practice within Germany.

(OLG Frankfurt, Decision of 16 January 2020 – 26 Sch 14/18)

### Violation of Party Agreement on Procedure

The Higher Regional Court of Frankfurt (Main) decided in 2011 to set aside an award because it deviated from party agreement on procedural and evidentiary matters. This decision is interesting because the court found a party agreement cloaked in a procedural order rendered by the tribunal. The later deviation from this order/party agreement by the tribunal was a violation of section 1059 (2) no. 1 (d) CCP because the arbitral proceedings were not in line with the agreed procedure. The procedural order stated that the tribunal confirms the procedure for certain evidentiary issues, which were previously agreed between the parties. This decision shows that arbitrators must distinguish carefully between their own decisions and party agreements. Even if the parties are “merely” invited to comment on draft procedural orders, the comments made can later amount to a party agreement.

(OLG Frankfurt, Decision of 17 February 2011 - 26 Sch 13/10)

### Impartiality and independence of expert witness

The BGH has clarified that an arbitral award is to be set aside if the expert who gave evidence in the arbitral proceedings did not disclose material circumstances which could give rise to the appearance of bias and the award is based on the expert's opinion.

Pursuant to section 1049 (3) CCP, experts (as well as arbitrators) have the obligation to disclose any circumstances that could raise doubts as to their independence and impartiality, both before and during an arbitration. Before the BGH's clarification, if the non-disclosure of such circumstances only became known after the arbitral award was rendered, this only constituted grounds for setting aside in cases of particularly grave violations of disclosure obligations. The threshold has now been lowered.

(BGH, Order of 2.5.2017 - I ZB 1/16)

## Conclusion

In Germany, as in many other jurisdictions, an arbitral award may not be appealed or revised after it has been issued. Only in the event of serious procedural irregularities or a violation of fundamental principles of law (“*ordre public*”) can domestic arbitral awards be set aside by state courts. These requirements – which are largely in step with the requirements of the UNCITRAL Model Law – pose high hurdles for the annulment of arbitral awards as demonstrated by the low success rate of such applications.

An application for annulment should therefore be well thought out and, above all, prepared and managed by experienced counsel.



Georg Scherpf



Antonios Politis



Juliane Köhler





# OLG Dresden: Gesetzlicher Vertreter ist neben der juristischen Person „Verantwortlicher“ im Sinne der DSGVO und haftet gesamtschuldnerisch

In einer sehr kontrovers diskutierten und im Ergebnis nicht nachvollziehbaren Entscheidung hat das Oberlandesgerichts Dresden u.a. entschieden, dass der Geschäftsführer einer juristischen Person<sup>1</sup> neben dieser „Verantwortlicher“ im Sinne der DSGVO sei (Urteil vom 30.11.2021, Az.: 4 U 1158/21). Damit hafte der Geschäftsführer persönlich als Gesamtschuldner gemeinsam mit der GmbH für Schadensersatzansprüche aus Art. 82 DSGVO. Das Urteil wirft – neben prozessrechtlichen Fragen – zahlreiche ungeklärte Fragen des Datenschutzrechts auf. Was die Einordnung eines Organs als mit der juristischen Person datenschutzrechtlich gemeinsam Verantwortlicher betrifft, bleibt zu hoffen, dass die Entscheidung ein Einzelfall bleiben wird. Die Haftung von gesetzlichen Vertretern juristischer Personen für Datenschutzverstöße wird die Gerichte und Unternehmen jedoch auch vor dem Hintergrund des Innenregresses weiterhin beschäftigen.

## Ausgangslage und Probleme des Falles

In dem vom OLG Dresden entschiedenen Rechtsstreit wurde im Zusammenhang mit der Beantragung einer Mitgliedschaft des Klägers (ein Autohändler) bei der Beklagten zu 1) (ein eingetragener Verein, der Oldtimer-Ausfahrten organisiert) eine sog. „Hintergrundüberprüfung“ bzw. ein sog. „Background-Check“ unter Zuhilfenahme eines Dienstleisters zu Vorstrafen durchgeführt. Der Beklagte zu 2), der ein Vorstandsmitglied der Beklagten zu 1) war, beauftragte einen Dienstleister mit der entsprechenden Recherche. Hierbei ergaben sich Erkenntnisse über den Kläger zu angeblich strafrechtlich relevanten Sachverhalten.

1. Die Entscheidungsgründe und das Rubrum erwähnen lediglich einen „Verein“ sowie dessen „Vorstand“. Es ist derzeit ungeklärt, ob die amtlichen Leitsätze aus Versehen einen Geschäftsführer und eine GmbH erwähnen.

In der Sache (d.h. datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit von Leitungsorganen neben der juristischen Person) dürfte sich indes nichts ändern. Die amtlichen Leitsätze des Senats, dargestellt in der amtlichen Version des Berufungsurteils, lauten wie folgt:

1. Der Geschäftsführer einer GmbH ist neben der Gesellschaft „Verantwortlicher“ im Sinne der DSGVO

Der Beklagte zu 1) nahm dies zum Anlass, die vom Kläger beantragte Mitgliedschaft abzulehnen, nachdem dessen Vorstandsmitglieder durch den Beklagten zu 2) über das Ergebnis der Recherche unterrichtet worden waren. Bereits erstinstanzlich verlangte der Kläger gesamtschuldnerisch von den Beklagten die Zahlung von Schadensersatz in Höhe von EUR 21.000 wegen Verletzung seiner Rechte aus der DSGVO. Das Landgericht Dresden (dessen Urteil nicht vorliegt) hat einen gesamtschuldnerischen Schadensersatz der Beklagten in Höhe von EUR 5.000 wegen des Verstoßes gegen die DSGVO durch die Beklagten für angemessen erachtet und einen weitergehenden Anspruch abgewiesen.

2. Die Erhebung von Daten bei Dritten ist auch unter Geltung der DSGVO subsidiär zu einer Erhebung beim Betroffenen, sofern dies für den Verantwortlichen nicht ausnahmsweise unzumutbar ist.
3. Die Datenerhebung von Vorstrafen des Betroffenen ist nur unter den Voraussetzungen des Art. 10 DSGVO zulässig.
4. Der immaterielle Schadensersatz nach den DSGVO hat keinen Strafcharakter.

Während der Kläger mit der Berufung beim OLG Dresden die Zahlung des ursprünglich verlangten Schmerzensgeldes weiterverfolgt, haben die Beklagten (die ebenfalls Berufung in vollem Umfang eingelegt hatten) nach Hinweisen des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 09.11.2021 ihre Berufungen zurückgenommen.

## Entscheidung des Senats

Damit war das OLG Dresden – jedenfalls aus prozessrechtlicher Sicht – an die Ausurteilung bzw. Bestätigung des Schmerzensgeldes in Höhe von EUR 5.000 gebunden (siehe § 528 S. 2 ZPO). Zu entscheiden war daher „nur“ noch über einen weitergehenden Schadensersatzanspruch in Höhe von EUR 16.000. Diesen lehnte der Senat jedoch ab. Indes enthält das Urteil einige materiell-rechtliche Ausführungen, die bemerkenswert sind und Folgefragen nach sich ziehen. Da die Revision nicht zugelassen wurde, ist die Entscheidung des OLG Dresden rechtskräftig.

Sowohl der Beklagte zu 1) als auch der Beklagte zu 2) seien verantwortlich im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Anknüpfungspunkt für einen Anspruch aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO sei zunächst die „Verantwortlichkeit“, die gegeben sei, wenn eine natürliche oder juristische Person allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und die Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten „entscheiden könne“ und entscheide. Damit entfiele in der Regel die Verantwortlichkeit weisungsgebundener Angestellter oder sonstiger Beschäftigter. Dies gelte allerdings nicht für den Geschäftsführer, wie es der Beklagte zu 2) zum Zeitpunkt der Beauftragung des Streithelfers war. Offen lässt der Senat damit zunächst, in welchem Verhältnis die Beklagten zueinanderstehen. Denkbar ist eine gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 26 DSGVO, und/oder getrennte Verantwortlichkeit. Hierhin kann die Erweiterung oder jedenfalls eine sehr weite Auslegung der Begriffsdefinition des „Verantwortlichen“ nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO gesehen werden. Bisher wurde – zu Recht – abgelehnt, dass ein Geschäftsführer, der seine Entscheidungen ungeachtet seiner Stellung im Namen des vertretenen Unternehmens trifft, ein selbständiger Verantwortlicher nach datenschutzrechtlichen Maßstäben sei.

Der Senat stellte ferner die Rechtswidrigkeit der durch die Beklagten vorgenommene Verarbeitung wegen fehlender Rechtsgrundlage fest. Es lägen weder eine Einwilligung noch andere Rechtsfertigungsgründe aus Art. 6 DSGVO vor. Eine Rechtsfertigung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchst. f DSGVO („berechtigte Interessen“) lehnt der Senat ab, da die dem Beklagten zuzurechnende Datenverarbeitung bereits nicht erforderlich sei. Denn es existierte eine für die betroffene Person weniger invasive und dem Verantwortlichen auch zumutbare Alternative vor. Vorliegend wäre es ausreichend gewesen, den Kläger zunächst zur ergänzenden Selbstauskunft gegebenenfalls mit Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses aufzufordern. So soll der Kläger bereits von sich aus ein gegen ihn geführtes Ermittlungsverfahren angesprochen haben. Damit rekuriert der Senat auf dem – unter der DSGVO grundsätzlich nicht mehr existierenden – Grundsatz zur Direkterhebung nach dem § 4 Abs. 2 BDSG alte Fassung. Schafft der Gesetzgeber aber bewusst eine Regelung ab, ist es jedenfalls diskussionswürdig, diesen Grundsatz wieder als maßgebliches Kriterium in der Abwägung einzuführen.

Ferner verstießen die durch den Streithelfer abzuklärenden etwaigen Vorstrafen des Klägers auch gegen Art. 10 DSGVO, der die Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten oder damit zusammenhängende Sicherungsmaßregeln grundsätzlich nur unter behördlicher Aufsicht gestattet. Ohne den genauen Inhalt des „strafrechtlich relevanten Sachverhalts“ zu kennen (diese werden in den Urteilsgründen nicht erläutert), ist es schwierig zu beurteilen, ob die Subsumtion des Senates zutrifft. Denn der Anwendungsbereich von Art. 10 DSGVO ist (jedenfalls im Schrifttum, aber auch bei den Datenschutz-Aufsichtsbehörden) sehr streitig: Zum Beispiel sollen Maßnahmen im Ermittlungsverfahren gar keine „personenbezogene Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten“ darstellen.<sup>2</sup> Auch wird das Führen von sog. „Blacklists“ über Kunden, die bestimmte Straftaten begangen haben, durchaus mit Blick auf Art. 10 DSGVO als zulässig erachtet, wenn berechtigte Interessen im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchst. f) DSGVO verfolgt werden. Dies soll insbesondere gelten, wenn nur die Information über die Straftat und nicht weitere Daten aus dem Strafprozess/Ermittlungsverfahren verarbeitet werden.

2. Bspw. Taeger/Gabel/Nolde, DSGVO, 3. Aufl. 2019, Art. 10 Rn. 12.

Interessant ist die Feststellung des Senats im Rahmen der „Begründung“ des grundsätzlichen immateriellen Schadensersatzersatzanspruches nach § 287 ZPO i. R. d. Art. 82 DSGVO, dass die konkrete Verletzung in Form der Ausspähung des Klägers, die Weitergabe der Erkenntnisse an die Vorstandsmitglieder der Beklagten zu 1) und infolgedessen die Ablehnung der Mitgliedschaft eindeutig die „Bagatellschwelle überschreite“ und nicht eine „völlig unerhebliche Beeinträchtigung“ sei. Nach dem Effektivitätsprinzip (effet utile) sei insoweit – entgegen der Auffassung der Beklagten – auch eine „abschreckende Sanktion“ nicht ausgeschlossen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Geldentschädigung zwingend „Strafcharakter“ haben müsse, sondern die Höhe des Anspruchs müsse auf der Basis des Effektivitätsprinzips eine abschreckende Wirkung haben<sup>3</sup>. Damit interpretiert der Senat eine – vom Wortlaut des Art. 82 DSGVO nicht gedeckte – „Bagatellschwelle“ in den Anspruch hinein. Diese Frage ist derzeit höchst umstritten und beschäftigt viele Gerichte aus unterschiedlichen EU-Mitgliedsstaaten. Hierzu liegen auch bereits zahlreich Vorabentscheidungsersuchen beim EuGH vor<sup>4</sup>.

## Takeaways und Auswirkungen?

Das rechtskräftige Urteil wirft zahlreiche ungeklärte Fragen des Datenschutzrechts auf. Insbesondere die hoch streitige Haftung von gesetzlichen Vertretern juristischer Personen für Datenschutzverstöße wird die Gerichte und Unternehmen weiterhin beschäftigen. Unglücklich erscheint, dass der Senat hier die Revision nicht zugelassen hat und auch keine Nichtzulassungsbeschwerde eingereicht wurde. Was die Einordnung eines Organs als mit der juristischen Person datenschutzrechtlich gemeinsam Verantwortlicher betrifft, kann die Entscheidung nur als bedauerliches Fehlurteil bezeichnet werden. Im deutschen und europäischen Datenschutzrecht werden Organe nicht separat von der juristischen Person, die Verantwortlicher im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist, betrachtet sondern sind als Entscheidungsträger Teil des Verantwortlichen. Für eine gegenteilige Auffassung besteht aus unserer Sicht keine tragfähige Argumentationsgrundlage.

3. Vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2015 - C 407/14 Rz. 44.

4. S. bspw. EuGH C-741/21 – juris, Vorabentscheidungsersuchen des LG Saarbrücken, eingereicht am 1.12.2021; Frage 1; EuGH C-340/21 – Natsionalna agentsia za prihodite, Vorabentscheidungsersuchen des Varhoven administrativen sad (Bulgarien), eingereicht am 2.6.2021, Frage 5; EuGH C-300/21 – Österreichische Post, Vorabentscheidungsersuchen des ÖOGH, eingereicht am 12.5.2021, Fragen 1 – 3.

Auch der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA), das offizielle Koordinationsgremium der Datenschutzaufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene, hat in den „Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR“ noch einmal folgendes klargestellt: „In practice, however, it is usually the organisation as such, and not an individual within the organisation (such as the CEO, an employee or a member of the board), that acts as a controller within the meaning of the GDPR.“ Dem ist nichts hinzuzufügen. Ausnahmen bestehen nur in Fällen in denen Organe oder Beschäftigte personenbezogene Daten rechtswidrig für eigene Zwecke verarbeiten und sich so selbst zum Verantwortlichen aufschwingen. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass dies auf den durch das OLG Dresden entschiedenen Fall zutrifft. Es bleibt zu hoffen, dass sich andere Gerichte dieser Fehlentscheidung nicht anschließen und Organe nicht als Verantwortliche und damit als Anspruchsgegner im Sinne des Art. 82 DSGVO einstufen werden. Unabhängig hiervon, empfehlen wir allen Unternehmen und Verantwortlichen, die neuesten Entwicklungen und die deutsche sowie europäische Rechtsprechung zu Art. 82 DSGVO genau zu verfolgen, um etwaigen Prozessrisiken zu begegnen. Gerne halten wir Sie auf dem Laufenden.



Jan Spittka



Baki Alacayir



# Digitalisierung des BGB bringt erhebliche Neuerungen – nicht nur für das Kaufrecht

Am 01.01.2022 sind zwei neue Bundesgesetze in Kraft getreten, mit denen der deutsche Gesetzgeber auf die fortschreitende Digitalisierung des Vertragsrechts reagiert hat. Konkret handelt es sich um die Umsetzung der europäischen Warenverkaufsrichtlinie („WKRL“)<sup>1</sup> sowie der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen („DIDRL“)<sup>2</sup>. Die hiermit im Bürgerlichen Gesetzbuch verbundenen Neuregelungen führen zu den weitreichendsten Änderungen seit der Schuldrechtsmodernisierungsreform im Jahr 2002. Neben der Einführung von Spezialregelungen in den §§ 327 ff. BGB n.F. für Verbraucherverträge, die die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) zum Gegenstand haben, wird auch das Kaufrecht in den §§ 433 ff. BGB angepasst. Diese Neuregelungen, die seit Beginn diesen Jahres für alle ab dem 01.01.2022 geschlossenen Verträge gelten, sind nicht nur für Unternehmen, sondern auch für (Produkthaftpflicht-)Versicherer relevant und daher von den Beteiligten im (digitalen) Warenverkehr insbesondere bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen.

## Hintergrund und Zielsetzung

Hintergrund der Neuerungen im BGB ist das Bestreben des europäischen Gesetzgebers, die digitale Strategie der Europäischen Kommission voranzutreiben. Ziel der WKRL sowie der DIDRL ist zunächst die Vollharmonisierung des Vertragsrechts für digitale Produkte in den EU-Mitgliedstaaten. Die bislang bestehenden uneinheitlichen nationalen Regelungen sollen durch die Richtlinien ersetzt werden. In einigen Ländern, wie insbesondere Deutschland, mussten hierfür spezielle Vorschriften zu Verträgen über digitale Produkte überhaupt erst eingeführt werden. Daneben soll der Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern durch die Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht weiter ausgebaut werden..

Diese Neuregelungen, die seit Beginn diesen Jahres für alle ab dem 01.01.2022 geschlossenen Verträge gelten, sind nicht nur für Unternehmen, sondern auch für (Produkthaftpflicht-)Versicherer relevant und daher von den Beteiligten im (digitalen) Warenverkehr insbesondere bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen.

## Neuer Sachmangelbegriff

Die auf den ersten Blick weitreichendste Änderung liegt in der Anpassung des kaufrechtlichen Sachmangelbegriffs. Ab dem 01.01.2022 ist dieser in § 434 BGB n.F. wie folgt definiert:

1. *Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht.*
2. *Die Sache entspricht den subjektiven Anforderungen, wenn sie*
  - a. die vereinbarte Beschaffenheit hat,*
  - b. sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet und*
  - c. mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, übergeben wird.*

1. Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs.

2. Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

Zu der Beschaffenheit nach Satz 1 Nummer 1 gehören Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstige Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben.

3. Soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde, entspricht die Sache den objektiven Anforderungen, wenn sie

- a. sich für die gewöhnliche Verwendung eignet,
- b. eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann unter Berücksichtigung
  - 1. der Art der Sache und
  - 2. der öffentlichen Äußerungen, die von dem Verkäufer oder einem anderen Glied der Vertragskette oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden,
  - c. der Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters entspricht, die oder das der Verkäufer dem Käufer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat, und
  - d. mit dem Zubehör einschließlich der Verpackung, der Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen übergeben wird, deren Erhalt der Käufer erwarten kann.

Zu der üblichen Beschaffenheit nach Satz 1 Nummer 2 gehören Menge, Qualität und sonstige Merkmale der Sache, einschließlich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit. 3Der Verkäufer ist durch die in Satz 1 Nummer 2 Buchstabe b genannten öffentlichen Äußerungen nicht gebunden, wenn er sie nicht kannte und auch nicht kennen konnte, wenn die Äußerung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in derselben oder in gleichwertiger Weise berichtig war oder wenn die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

4. Soweit eine Montage durchzuführen ist, entspricht die Sache den Montageanforderungen, wenn die Montage

- a. sachgemäß durchgeführt worden ist oder
- b. zwar unsachgemäß durchgeführt worden ist, dies jedoch weder auf einer unsachgemäßen Montage durch den Verkäufer noch auf einem Mangel in der vom Verkäufer übergebenen Anleitung beruht.

5. Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache als die vertraglich geschuldete Sache liefert.

Der bisher geltende Vorrang des subjektiven Mängelbegriffs ist damit seit Beginn dieses Jahres aufgehoben. Nach dem neuen Kaufrecht stehen vielmehr die subjektiven und objektiven Anforderungen sowie Montageanforderungen gleichrangig nebeneinander. Diese Abkehr vom der bislang vorrangigen Bedeutung der vereinbarten Beschaffenheit hat zur Folge, dass nach dem neuen Kaufrecht Konstellationen denkbar sind, in denen die gelieferte Ware zwar den vertraglich festgelegten Vorgaben entspricht, aber dennoch mangelhaft ist, da sich die Sache etwa nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und damit die objektiven Anforderungen nicht erfüllt sind.

## Änderung von § 439 BGB

Daneben wird durch die Vorgaben in der WKRL insbesondere auch die Erstattung von Aus- und Einbaukosten (erneut) neu geregelt. § 439 Abs. 3 BGB n.F. ist wie folgt gefasst:

Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, bevor der Mangel offenbar wurde, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

Die bislang geltende Einschränkung der Ersatzfähigkeit von Aus- und Einbaukosten bei grob fahrlässiger Unkenntnis der Mängelhaftigkeit im Zeitpunkt des Einbaus ist damit aufgehoben. Seit dem 01.01.2022 ist der Anspruch auf Erstattung von Aus- und Einbaukosten daher in Anwendung von § 442 Abs. 1 BGB nur noch ausgeschlossen, wenn der Käufer die Mängelhaftigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses positiv kannte. Dies wird in der Praxis indes nur selten der Fall sein.

## Aktualisierungspflicht für Waren mit digitalen Elementen

Weitere Neuerungen enthalten die Regelungen zu Verbrauchsgüterkaufverträgen in den §§ 474 ff. BGB, die mit den §§ 475a bis 475e BGB n.F. um spezielle Vorschriften für Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen ergänzt werden. Hierbei handelt es sich nach der Legaldefinition in § 475a Abs. 2 S. 1 BGB n.F. um Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit digitalen Produkten verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können. Konkret betroffen sind etwa sogenannte Smart Home Geräte wie automatisierte Staubsauger und Rasenmäher mit embedded software, aber auch Smartphones und Tablets sowie teil- und vollautomatisierte Fahrzeuge. Für diese Waren mit digitalen Elementen sieht § 475b BGB n.F. einen eigenen Sachmangelbegriff vor, der § 434 BGB n.F. ergänzt. Danach ist eine Sache auch dann mangelhaft, wenn der Verkäufer nicht dafür sorgt, dass diese durch Aktualisierungen nach Vertragsschluss weiterhin vertragsgemäß bleibt. Denn eine Ware mit digitalen Elementen entspricht den objektiven Anforderungen nach der Neuregelung nur, „wenn dem Verbraucher während des Zeitraums, den er aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird.“ (vgl. § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB n.F.).

Unklar bleibt bei dieser Neuregelung allerdings die konkrete Dauer der durchzuführenden Aktualisierungen, da sich die Erwartung der Verbraucher insoweit nur schwer prognostizieren lässt. Diese ist nicht nur abhängig von der jeweiligen Ware, sondern auch von den Produktzyklen, die im Zuge der fortschreitenden technischen Entwicklungen immer kürzer werden. Zu einer zeitlichen Konkretisierung der Aktualisierungspflicht konnte der deutsche Gesetzgeber sich nicht durchringen, weshalb die Frage der Verbrauchererwartung zukünftig wohl vom Schrifttum und der Rechtsprechung zu klären ist. Daneben wird sich gerade bei den von §§ 475a ff. BGB n.F. angesprochenen Produkten mit embedded software in der Praxis häufig das Problem stellen, dass der Verkäufer der Waren mit digitalen Elementen zu einer Aktualisierung rein

praktisch nicht in der Lage ist. Denn in der Vielzahl der Fälle wird der Verkäufer gerade das digitale Element, auf das sich die Aktualisierungspflicht bezieht, nicht selbst hergestellt haben. Zu denken ist hier etwa an den Verkauf durch große Handelsketten, die lediglich durch Dritte hergestellte Waren vertreiben, ohne auf die Produkte als solche Einfluss zu haben. Unternehmer sollten hier im Vorfeld vertragliche Vereinbarungen mit den jeweiligen Entwicklern oder Herstellern treffen, um ihren neuen Pflichten nachkommen zu können. Ist dies nicht gegeben, kann die Pflicht zur Aktualisierung im Einzelfall wegen subjektiver Unmöglichkeit entfallen.

Ergänzt werden die Sonderbestimmungen für digitale Produkte schließlich um eine eigene Verjährungsregelung in § 475e BGB n.F., um insbesondere der nach Vertragsabschluss fortduernden Aktualisierungspflicht Rechnung zu tragen. Da die Verjährung jeweils an das Ende des Bereitstellungszeitraums bzw. der Aktualisierungspflicht anknüpft, geht mit der Reform des BGB auch insofern eine erhebliche Unsicherheit für Unternehmen einher. Daher ist es ebenfalls hinsichtlich der Verjährungsfristen ratsam, in den AGB-rechtlich zulässigen Grenzen entsprechende vertragliche Regelungen zu vereinbaren.

## Beweislastumkehr bei Verbraucherträgen

Eine Änderung, die nicht nur digitale Produkte, sondern alle Verbrauchsgüterkaufverträge betrifft, ist schließlich die Verlängerung der Beweislastumkehr in § 477 BGB n.F. von sechs Monaten auf (mindestens) ein Jahr. Tritt bei einem Kaufvertrag im B2C-Bereich innerhalb eines Jahres ein Mangel auf, wird somit grundsätzlich vermutet, dass die Sache – ob mit digitalen Elementen oder nicht – bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Handelt es sich um Waren mit digitalen Elementen, gilt die Beweislastumkehr sogar für zwei Jahre. Diese Neuregelungen erfüllen einerseits die mit der WKRL bezweckte Erhöhung des Verbraucherschutzes, führen andererseits aber zu einer erheblichen Haftungsverschärfung für Unternehmer.

## Verträge mit digitalen Inhalten

Neben den vorgenannten Vorschriften, die allesamt das (Verbrauchsgüter-)Kaufrecht betreffen, gelten seit dem 01.01.2022 die in den §§ 327 ff. BGB n.F. ergänzend aufgenommenen Regelungen für Verträge mit digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen. Nach § 327 Abs. 1 BGB n.F. fallen unter den Anwendungsbereich alle Verbraucherträge, „welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben.“ Die Begriffe der „digitalen Inhalte“ und „digitalen Dienstleistungen“ werden im Gesetz weiter definiert. Zusammengefasst sind insbesondere Verträge betroffen, die sich auf Erstellung und Bereitstellung von Daten in digitaler Form sowie die Verarbeitung und Speicherung von Daten in digitaler Form beziehen. Entscheidend ist dabei nicht die Art des Vertragsgegenstands, sondern dessen digitale Form. Die Verkörperung auf einem physischen Datenträger steht dem jedoch nicht entgegen. Erfasst werden beispielsweise Verträge über Computersoftware und Musikdateien, aber auch Streamingdienste und Cloudanbieter. Für die Abgrenzung zu den Regelungen in den §§ 475a ff. BGB n.F. wird dabei entscheidend sein, dass bei Waren mit digitalen Elementen das verkörperte Produkt im Vordergrund steht, welches allerdings seine Funktion ohne das digitale Element nicht erfüllen kann. Die Neuregelungen im Allgemeinen Schuldrecht enthalten ein eigenes Gewährleistungsregime mit Vorschriften zum Produktmangel (§ 327e BGB n.F.), Verbraucherrechten (§§ 327i ff. BGB n.F.) sowie Regelungen zur Verjährung (§ 327j BGB n.F.) und Beweislastumkehr (§ 327k BGB n.F.).

## Zusammenfassung und Ausblick

Mit den umfassenden Änderungen des Kaufrechts sowie der Einführung neuer Regelungen zu digitalen Produkten geht seit dem 01.01.2022 eine erhebliche Haftungsverschärfung für Unternehmen einher. Diese sollten sich detailliert mit den Neuerungen befassen und den sich hieraus ergebenden Anpassungsbedarf für Kauf- und Lieferverträge sowie bislang verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen kritisch prüfen. Da der Gesetzgeber wichtige Fragen, wie insbesondere die Dauer der Aktualisierungspflicht für Waren mit digitalen Elementen offen gelassen hat, bleibt zudem abzuwarten, wie die Neuregelungen durch Rechtsprechung und Schrifttum weiter konkretisiert werden.



Dr. Isabelle Kilian





# Proposed amendments to the ICSID regulations and rules – a necessary update

On 20 January 2022, the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) submitted amended rules to the ICSID Administrative Council. The amendments not only concern the ICSID Arbitration Rules, but the entire body of the ICSID Convention's Rules and Regulations. This proposal was preceded by a total of six Working Papers (the most recent dated November 12th, 2021) in a more than five-year consultation process, which proved to be the most comprehensive, transparent and collaborative in ICSID's history. Now, member states will have until March 21st, 2022 to cast their votes, and if adopted by a two-thirds majority, the rules will enter into force on July 1st, 2022.

The aim was to modernise ICSID's rules – mainly in terms of efficiency and transparency. In addition, new rules were developed for mediation and fact-finding, as well as for provisional measures and expedited arbitration. In terms of wording and structure, all rules have been re-drafted in more precise, structurally clearer, gender-neutral language. Another much-discussed aspect is the treatment of third-party funding and its mandatory disclosure. Finally, the new arbitration rules introduce and amend a number of time limits, with the intention of streamlining and accelerating arbitration proceedings.

Below, we summarise a few key aspects and noteworthy features of the proposed ICSID Arbitration Rules ("AR").

## Increasing procedural efficiency

As mentioned, the reform of the ICSID Rules aims at modernising and bringing the various sets of rules on a par with other, commonly used arbitration rules. To this end, AR 4(2) provides that all filings of documents shall be made electronically, unless there are special reasons for paper filing. This makes the filing of pleadings and documents easier and reduces the costs of processing correspondence as well as the proceedings' environmental footprint. In the same vein, the proposed rules now explicitly mention remote sessions and hearings (AR 29(2) and (4)(f)).

Several rules aim to get the proceedings underway as quickly as possible, especially at the initial stage. For example, the first procedural order is to be issued within 15 days of the first session (AR 29(5)). Furthermore, if a first session cannot be convened within 60 days of the Tribunal's constitution, the Tribunal may hold the first session between the parties and the President of the Tribunal alone, or among the Tribunal members based on written submissions by the parties (AR 29(3)).

Another new feature is directed at the tail end of the proceedings: An award is to be rendered within a 240-day time limit after the filing of the final written submission (AR 58 (1)(c)). This addresses an issue under the current Rule 46, which states that the award should be made within 120 days of the closure of proceedings. Since the date of "closure" is entirely in the hands of the Tribunal, the 120-day rule is of little consequence. The proposed new rules now introduce more precise time limits. Only time will tell whether this will also lead to a quicker issuance of awards.

More precise rules and corresponding time limits are also introduced for the objection of manifest lack of legal merit (AR 41), for bifurcation (AR 42-45) and for preliminary objections (AR 43-45). In addition to increasing efficiency, these procedural instruments aim at limiting the wide discretionary powers of tribunals in handling the progress and timing of proceedings.

## Introducing standards for provisional measures

In AR 47, the proposed Arbitration Rules contain more explicit rules and guidance on provisional measures. Previously, this was defined by tribunals themselves and various cases established standards for provisional measures.<sup>1</sup> These standards are now anchored in the text itself and, in this respect, are intended to guide arbitral discretion and to ensure consistency in its application. Pursuant to AR 47(3), the Tribunal must consider the urgency and necessity of the measures and the effects they may have on each party.

The new rules retain the somewhat weak wording according to which the tribunal may only "recommend" provisional measures (AR 47(1)). This can be explained by the corresponding and limiting wording in Article 47 of the ICSID Convention, which would need to be changed in the first place.<sup>2</sup>

Nevertheless, provisional measures under the old regime were commonly interpreted as binding.<sup>3</sup> However, by retaining the wording, the new AR 47(1) reaffirms that provisional measures based on the ICSID Convention are, in fact, not binding. In consequence, provisional measures are not enforceable in the strict sense. At most, a Tribunal can draw negative conclusions from non-compliance.<sup>4</sup> In any case, as a result of this reaffirmation of the non-binding nature of provisional measures, the discussions on this conflict between the wording and its somewhat "contra legem" interpretation by Tribunals will continue.

1. See, for example, Occidental v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures, August 17, 2007, paras 55-62; Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, April 6, 2007, para. 32.

2. Working Paper #1, p. 225, para. 490, see also A. Niemoj, [Here Comes the Revolution? Here Comes the Revolution! Provisional Measures Under the New Proposed ICSID Arbitration Rules: Where Are We Heading Now?](#) - Kluwer Arbitration Blog.

3. See, for example, RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case no. ARB/12/10, August 13, 2014, para. 49; Occidental v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures, August 17, 2007, para. 58; Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Provisional Measures, October 28, 1999, para. 9.

4. Working Paper #1, p. 226, para. 491.

## Introducing transparency

Transparency has been an essential aspect of the entire revision effort since the beginning of the consultation process, as it is linked to greater acceptance and legitimacy of investment tribunals. The proposed rules aim at increasing transparency e.g. through more extensive publication of awards, orders and decisions.

The possibilities to amend the rules in this regard were also limited by the ICSID Convention, which determines that both parties have to agree to the publication of awards. ICSID is now attempting to mitigate this restriction through implied consent, i.e. through a clause stipulating that consent to publication is "deemed to have been given" if no party objects to the publication within 60 days of dispatch of the respective document (AR 62(3)). Should a party object, the amendments maintain the current status quo whereby extracts of the award are published by the ICSID Secretariat. The same rule applies moreover to orders and other procedural decisions (AR 63).

Moreover, under AR 27(2), procedural orders and decisions shall now "indicate the reasons upon which they are made". The extent of this now required reasoning is at the discretion of the Tribunal and will - logically - be minimal for uncontested or mere administrative and organisational matters<sup>5</sup>, but, nevertheless, will make such decisions more transparent.

## Handling potential conflicts of interest (in particular: Disclosure of Third-Party Funding)

In terms of handling conflicts of interest, the new rules provide some important changes:

Regarding the disqualification of individual arbitrators, the procedure is now defined in detail and certain deadlines as well as the immediate consequences for the ongoing proceedings were specified (AR 22). An interesting point here is that the decision on the disqualification of the arbitrator remains in the hands of the rest of the tribunal, i.e. either the other members or the Chairman (AR 23(1), referring to Article 58 ICSID Convention): Despite discussions to the contrary, the ICSID did not seize the opportunity to entrust this decision to an independent body, as is now the case in some other commonly used arbitration rules (see e.g. Article 14(3) ICC Arbitration Rules).

5. Working Paper #6, p. 23, para. 13.

In view of the clear wording of the ICSID Convention, this is ultimately not surprising but will most probably not bring the discussions to an end.

Another important – and the so far most discussed – aspect of the new rules is the mandatory disclosure of third-party funding (“TPF”). In this context, AR 14 defines the term (“any non-party from which the party, directly or indirectly, has received funds for the pursuit or defense of the proceeding through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding”) and stipulates that parties must disclose the names and addresses of companies and persons from which they receive the funds. This new addition to the ICSID’s transparency regime is meant to prevent challenges of the award as a result of conflicts of interest (e.g. between members of the tribunal and actors involved with the funders). Importantly, the obligation to disclose applies throughout the proceedings – i.e. even if the TPF is agreed at a later stage (AR 14(2)).

The last addition to this regulation of TPF concerned the notion of disclosure of the ultimate beneficial owner: If the funder is a legal entity, the parties must also disclose who “controls” the funder (AR 14(1) Sentence 2). This aspect only came into play in Working Paper #6 at the request of numerous states, even though it was previously rejected by the ICSID Secretariat.<sup>6</sup> The addition is already criticized, as it requires the disclosure of more information about a third-party funder than about the party that is being funded.<sup>7</sup>

## Introducing a rule on security for costs

Along with AR 14 and the disclosure of TPF, a new rule on orders for payment of security for costs has now been added in AR 53. As a result of the increasing impact of TPFs, there have been concerns about whether a party funded by a TPF can “hit and run” a state with an arbitration and walk away without paying for costs. After all, third-party funders, as non-parties to the arbitration, cannot be forced to do so. Based on the new rule, the Tribunal would have the option to order a party, usually the claimant/investor, to provide security for the payment of possible future costs that might be imposed.

6. Working Paper #6, p. 20, para. 9.

7. See in this respect K. Dodge, J. Barnett, L. Macedo, P. Kulig, M. Gomez, [Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules? - Kluwer Arbitration Blog](#).

The current ICSID Arbitration Rules make no reference to the possibility of ordering security for costs. However, in recent years, some respondent states have succeeded with their applications for security for costs to avoid the described scenario. The first was RSM Production Corporation v. Saint Lucia in 2014<sup>8</sup>, and in the various decisions rendered since then, the order of security for costs has been constructed as a kind of “provisional measure”, also resulting in corresponding requirements to fulfil.<sup>9</sup> The new regime proposed by ICSID is intended as a “new, stand-alone provision” for security for costs. It, therefore, no longer constitutes a “provisional measure” in the sense of AR 47 (see above). This, significantly, reduces uncertainty as to its legal nature and applicable standards.<sup>10</sup> In particular, it seems that – by contrast to the new regime on provisional measures (see above) – it is possible to issue binding decisions (“order”) for the Security of Costs. Furthermore, “urgency”, “necessity” or other criteria usually associated with provisional measures no longer have to be fulfilled.

Under AR 53(3), the Tribunal must consider the ability and willingness of the relevant party to comply with an adverse costs order, the effect of the security on a party’s ability to bring a claim or counterclaim, the conduct of the parties and any other relevant circumstances (AR 53(3)). This specifically includes the existence of any third-party funding (AR 53(4)), although it was made clear that such third-party funding “is not in itself sufficient to justify an order for security for costs”.<sup>11</sup> However, the legal standards to be applied to the question of whether a Tribunal should order security for costs is entirely at the discretion of the Tribunal.<sup>12</sup>

8. See RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case no. ARB/12/10, Decision on Security for Costs, August 13, 2014, para. 54 et seqq.

9. See e.g. Manuel García Armas et al v. Venezuela, PCA Case No. 2016-08/ ICSID Case No. ARB(AF)/16/1, Decision on Request for Security for Costs, June 20, 2018, para. 186 et seqq.

10. See S. Luttrell, Observations on the Proposed new ICSID Regime for Security for Costs, [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/public-input/Luttrell\\_Sam\\_Comments\\_2.25.19.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/public-input/Luttrell_Sam_Comments_2.25.19.pdf); A. Niemoj, Here Comes the Revolution? [Here Comes the Revolution! Provisional Measures Under the New Proposed ICSID Arbitration Rules: Where Are We Heading Now? - Kluwer Arbitration Blog](#).

11. Working Paper #5, p. 307, para. 103.

12. Working Paper #5, p. 307, para. 103.

## Introducing standards for decisions on costs

Unlike its predecessor Rule 28, the new AR 52.1 stipulates various factors to be taken into account by the Tribunal with regard to its decision on costs. Previously, the Tribunal was completely free to decide by whom and to what extent the costs of the proceedings should be borne, and, in this respect, had a very wide discretion: to split the costs, to require that the state at least always bears its own costs, to apply the "loser pays" rule or to take into account the conduct of the parties.

Based on the proposed rules, Tribunals are required to consider a specific catalogue of factors: (1) the outcome of the proceeding or any part of it; (2) the conduct of the parties including the extent to which they acted in a cost-effective manner and complied with the rules, orders and decisions; (3) the complexity of the issues; and (4) the reasonableness of the costs claimed. If the Tribunal renders an Award that a claim manifestly lacks legal merit under AR 41(3), the prevailing party shall be awarded its reasonable costs, unless the Tribunal determines that there are special circumstances justifying a different allocation of costs (AR 52(2)).

All in all, the ICSID seems to have succeeded in compiling a thoroughly modernized set of rules. Obviously, not all of the objectives that ICSID initially pursued were achieved and many ideas brought forward by member states never became part of the revised Rules. However, the proposed rules appear to be a good compromise that aligns ICSID with the progress of other commonly used arbitration rules but does not jeopardise their chances of adoption. As such, they would be a welcome and necessary update to the general regime of investment arbitration.

We would like to draw your attention to the forthcoming commentary *ICSID Arbitration Rules: An Article-by-Article Commentary* to which the co-author Georg Scherpf is contributing, and which is expected to be published in July 2022 by C.H. Beck.



Georg Scherpf



Antonios Politis





# CJEU concludes that ad hoc arbitration agreements between EU investors and EU Member States are inconsistent with EU law

For the second time in two months, the EU's highest court has issued a judgment extending the effect of its landmark 2018 decision in *Slovak Republic v Achmea BV*. The judgments made it clear that from the perspective of the CJEU, investor-state disputes between EU investors and EU Member States ("intra-EU" disputes) cannot be decided by investment treaty arbitration. Most investment treaty tribunals, however, have taken the opposite view. Accordingly, in practice, the impact of these judgments is particularly relevant to two areas. First, awards issued in intra-EU arbitrations seated within the EU may be open to attack, particularly within the context of a setting aside action. Second, enforcing such awards before the courts of EU Member States may also face difficulty.

On 26 October 2021, the CJEU issued another ruling on intra-EU investment disputes. In [The Republic of Poland v PL Holdings Sarl](#) (Case C-109/20), it addressed the question of whether an EU Member State could be bound by an ad hoc arbitration agreement with an EU investor. The CJEU held that the state could not be bound to such an agreement, regardless of the laws of the country where the arbitration is seated.

## The dispute

The dispute concerned a Luxembourgian company, PL Holdings Sarl (the Claimant), which had acquired shares in two Polish banks. In 2013, the banks merged, and the Claimant found itself owner of 99% of the resulting entity. However, later that year, the Polish Financial Supervision Authority decided to suspend the Claimant's voting rights and forced it to sell its shares in the merged bank. The Claimant then initiated an investment treaty arbitration against Poland.

The arbitration was initially based on Article 9 of the bilateral investment treaty between Luxembourg and Poland (the BIT), and was seated in Sweden and conducted under the Swedish Chamber of Commerce (SCC) rules.

Poland challenged the jurisdiction of the arbitral tribunal, first on the ground that the Claimant was not an 'investor' within the meaning of the BIT, and subsequently on the basis that the arbitration—Involving an intra-EU dispute—breached EU law.<sup>1</sup> The latter challenge was made in 2016, around the time that the request for a preliminary ruling was lodged in *Slovak Republic v Achmea BV* (C-284/16), in which the CJEU ultimately held that arbitration agreements in bilateral investments treaties between EU Member States are contrary to EU law.

Neither challenge succeeded before the arbitral tribunal appointed in *PL Holdings v Poland*. What is more, the arbitral tribunal issued a partial award concluding that Poland had breached its obligations under the BIT, and then issued a final award specifying damages of around Euros 150m (with costs).

Poland then applied to the Svea Court of Appeal, Stockholm, to have the two awards set aside. Although the Court of Appeal dismissed the application, it made two findings that were relevant to the CJEU's subsequent analysis. First, the Court of Appeal accepted that Achmea applied in this case and that Article 9 of the BIT was therefore invalid.

<sup>1</sup> [Treaty on the Functioning of the European Union](#) (TFEU), Articles 267 and 344.

Second, however, it found that, under Swedish law, the parties had effectively entered into an ad hoc arbitration agreement at a later stage to settle their dispute. Despite these findings, the Court of Appeal dismissed Poland's challenge to the validity of Article 9 of the BIT by concluding that it was time-barred.

Poland then appealed the decision of the Court of Appeal to Sweden's Supreme Court, which in turn referred the issue on the compatibility of the ad hoc arbitration agreement with EU law to the CJEU.

## The decision of the CJEU

On 26 October 2021, the CJEU decided that ad hoc arbitration agreements are not valid in these circumstances, and indeed that it is the duty of the affected EU Member State to challenge them, and for national courts to uphold an application to set aside any resulting awards. This reflects Article 7(b) of the [Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties](#), which most Member States signed in May 2020.

The CJEU took as its starting point the parties' acceptance that Article 9 of the BIT could allow an arbitral tribunal to rule in disputes concerning the application or interpretation of EU law. Following Achmea, the CJEU concluded that Article 9 of the BIT was invalid because it undermined the principle of mutual trust between Member States and prevented relevant questions being referred to the CJEU for determination (Art 267 TFEU), ultimately endangering the autonomy of EU law.<sup>2</sup> By extension, the CJEU reasoned, an ad hoc arbitration agreement with the same content as Article 9 was also invalid. To allow an EU Member State to enter into such an agreement "would in fact entail a circumvention of the obligations arising for that Member State under the Treaties", as interpreted in Achmea. Moreover, to permit this in one case would lead to a similar approach being adopted in many others, further endangering the autonomy of EU law.

A secondary issue, but one of considerable practical importance, was the temporal effect of the CJEU's ruling. Should it apply to all arbitration proceedings of this kind, or should it only affect those that were not initiated in good faith or which have not yet concluded? The CJEU confirmed that its rulings should apply across the board, subject to limited exceptions, which were irrelevant here. (Exceptions could be made in the interests of certainty, but only where parties acted in good faith and there was a risk of serious difficulties.)

## The broader picture

The CJEU was careful to circumscribe the effects of its judgment by stating that "the interpretation of EU law provided in the present judgment refers only to ad hoc arbitration agreements concluded in circumstances such as those at issue in the main proceedings". Despite the qualification, the general direction of travel is obvious both from this decision, which builds on Achmea, and from [Republic of Moldova v Komstroy LCC](#) (C-741/19), decided only a few weeks before PL Holdings.

In Komstroy, the CJEU ruled that claims were invalid if brought by an EU investor against an EU Member State under the [Energy Charter Treaty](#) (ECT).

In practice, the impact of the Achmea, Komstroy and PL Holdings trinity is particularly relevant to two areas. First, awards issued in intra-EU arbitrations seated within the EU may be open to attack, particularly within the context of a setting aside application. Conversely, if the interpretation of most arbitral tribunals dealing with intra-EU disputes is followed, intra-EU arbitrations seated outside the EU and ICSID arbitrations (operating on public international law plane) should, in principle, face no such issues.

Second, arbitral awards resulting from intra-EU investment treaty arbitrations, even if issued by tribunals seated outside the EU or under ICSID Convention, may face difficulty if enforcement is sought before the courts of an EU Member State.



Alejandro Garcia



# Regulierung von Prozessfinanzierern

Der Markt für Prozessfinanzierungen entwickelt sich seit einigen Jahren rasant. Nachdem bis vor wenigen Jahren Tochterunternehmen großer Rechtsschutzversicherer eine dominierende Stellung hatten, dringen immer mehr internationale Prozessfinanzierer auf den deutschen Markt, eröffnen eigene Büros und bauen personell stark aus.

Derzeit wird diskutiert, ob das Geschäftsmodell der Prozessfinanzierung durch die Europäische Union reglementiert werden sollte.

## Vorschlag des Rechtsausschusses des EU-Parlaments zur Regulierung von Prozessfinanzierern<sup>1</sup>

Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments hat einen Richtlinienentwurf (2020/2130(INL)) zur „verantwortungsbewussten privaten Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten“ vorgeschlagen, welcher europaweite Mindestanforderungen an die Regulierung der Prozessfinanzierung festlegen soll.

Demnach würden Prozessfinanzierer reguliert – unter anderem, indem sie unter Behördenaufsicht gestellt und genehmigungspflichtig werden, die Finanzierung in zivilrechtlichen Verfahren offengelegt werden muss (auf Antrag auch gegenüber dem Prozessgegner), die Erträge der Prozessfinanzierer gekappt werden und sie jeglichen Einfluss auf den Prozessverlauf trotz voller Kostenübernahme unterlassen müssen.

Auch „no win no fee“ Modelle, mit denen Mandanten Kostenrisiken von gerichtlichen Streitigkeiten bei Kartellschäden oder typischen Verbraucherschäden (Mietpreisbremse, Flugentschädigung) gegen eine Erfolgsbeteiligung abgenommen werden (Flightright, Wenigermiete, Rightmart etc.), dürften von dem Entwurf erfasst sein.

Die Regulierung ist nach der geplanten Richtlinie für die Prozessfinanzierung in Gerichtsverfahren oder in Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde vorgesehen.

## Unterstützung des Vorschlags durch die Bundesrechtsanwaltskammer<sup>2</sup>

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) begrüßt die Regulierung der Prozessfinanzierung. Über den Vorschlag des Rechtsausschusses des EU-Parlaments hinaus, möchte die BRAK den Anwendungsbereich dahingehend erweitern, dass auch der außergerichtliche Bereich, also generell die Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten erfasst wird. Weiterhin solle die Prozessfinanzierungsvereinbarung künftig direkt mit dem Rechtssuchenden vereinbart werden, ohne zwischengeschaltetes Unternehmen. Dem Prozessfinanzierer solle es zudem nicht gestattet sein, Einfluss auf den Abschluss eines Vergleichs zu nehmen. Im Übrigen schlägt die BRAK einen Ausfallfonds vor, in den die Prozessfinanzierer eine bestimmte Summe einzahlen müssen, um Ausfallrisiken abzufedern und die von einem Prozessfinanzier zugesagte Übernahme von Kosten abzusichern.

1. Entwurf eines Berichts des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zur verantwortungsbewussten privaten Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten (2020/2130(INL)), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_DE.pdf).

2. Stellungnahme Nr. 51/2021 der BRAK zum Entschließungsentwurf des EP zur verantwortungsbewussten privaten Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten, <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2021/august/stellungnahme-der-brak-2021-51.pdf>.

Die BRAK hält zudem eine Klarstellung für notwendig, dass unter den Richtlinien-Entwurf auch Inkassodienstleister, Banken und Versicherungsgesellschaften fallen und erachtet eine Erweiterung auf Anbieter, die externe Prozessfinanzierung nur einbinden, ebenfalls für erforderlich. Diese und weitere Mindeststandards sollen aus Sicht der BRAK in einer EU-Richtlinie zum Schutz der Rechtsuchenden festgelegt werden.

### Scharfe Kritik seitens der Prozessfinanzier und Rechtsdienstleister<sup>3</sup>

Prozessfinanzierer und der Legal Tech Verband kritisieren die geplante Regulierung stark. Eine Regulierung sei nicht erforderlich. Zum einen seien in Europa keine Fälle bekannt, die von einem Missbrauch der Prozessfinanzierung zeugten. Zum anderen gebe es auch keine Lücken im Rechtssystem, vor denen die Verbraucher geschützt werden müssten. Mit Hilfe von Prozessfinanzierern könnten Rechtsstreitigkeiten ohne Kostenrisiko betrieben werden, denn der Prozessfinanzierer übernimmt alle Kosten und erhält nur im Erfolgsfall einen Anteil der Entschädigung des Klägers. Dies sei nicht nur für Verbraucher interessant, sondern auch für kleine und mittlere Unternehmen und sogar staatliche Stellen. Die Prozessfinanzierung biete Klägern eine Alternative zum Bankdarlehen und zugleich wegen der reinen Erfolgsabhängigkeit sogar eine größere Flexibilität. Insbesondere könnten Unternehmen Prozesskosten und Rückstellungen aus den Passiva streichen, das freigesetzte Kapital anderweitig einsetzen und somit die Rendite des Unternehmens steigern. Prozessfinanzierungen sorgten in gerichtlichen Auseinandersetzungen erst für Waffengleichheit, vor allem wenn der Schädiger dem Geschädigten finanziell überlegen und die gerichtlichen Auseinandersetzungen besonders zeitaufwendig und teuer seien, wie etwa bei Kartellschadensersatzfällen oder beim Dieselkomplex.

### Deutsche Gesetzgebung unterstützt Konzept der Prozessfinanzierung

In der Begründung zu dem in Deutschland am 01.10.2021 in Kraft getretenen „Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt“ (sog. Legal Tech Gesetz), hält der Gesetzgeber fest, dass das Modell der Prozessfinanzierung wirtschaftlich erforderlich oder zweckmäßig sein kann: „In bestimmten Fällen kann es für Inkassodienstleister oder Verbraucher wirtschaftlich erforderlich oder zweckmäßig sein, dass das Verfahren durch einen Dritten finanziert wird (zum Beispiel durch gewerbliche Prozessfinanzierer, Banken oder andere).“<sup>4</sup> Problematisch sei es, wenn potenzielle Kläger mit begrenzten finanziellen Mitteln in Verfahren gegen scheinbar übermächtige Anspruchsgegner oder in Prozessen, in denen das Kostenrisiko im Vergleich zur Anspruchshöhe nicht tragbar ist, auf die Durchsetzung ihrer – eigentlich aussichtsreichen – Ansprüche verzichten.<sup>5</sup> Auch der Gesetzgeber sieht die Prozessfinanzierung mithin als ein wichtiges Instrument im Justizsystem an.

3. Stellungnahme des Legal Tech Verbands zu EU-Prozessfinanzierung vom 04.11.2021, <https://www.legaltechverband.de/2021/11/04/stellungnahme-zu-eu-prozessfinanzierung/>.

4. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 17.03.2021, Bundestags-Drucksache 19/27673, S. 46.

5. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 17.03.2021, Bundestags-Drucksache 19/27673, S. 14.

## Bewertung

Eine Regulierung sollte nur eingesetzt werden, wenn sie notwendig und der Eingriff verhältnismäßig ist.

Grundsätzlich ist Prozessfinanzierung für ihre Kunden vorteilhaft und es gibt keine Anzeichen für einen Missbrauch oder übermäßige Renditen. Auch der Rechtsausschuss hat in diesem Zusammenhang keinerlei Daten oder Fakten vorgelegt.

Problematisch kann der Einsatz von Prozessfinanzierung vor allem in Massenverfahren zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucheransprüchen sein, die von einem Rechtsdienstleister eingesammelt werden. Denn hier besteht die Gefahr in der Praxis, dass weniger Wert auf eine sorgfältige Prüfung des Einzelfalls gelegt wird, sondern vielmehr über die Masse Vergleichsdruck auf die beklagte Partei ausgeübt werden soll. Scheitert der Vergleichsschluss, drohen zahlreiche Einzelverfahren, die unweigerlich zu einer erhöhten Belastung der Gerichte führen.<sup>6</sup> In dieser speziellen Konstellation der Prozessfinanzierung könnte eine Regulierung sinnvoll sein.

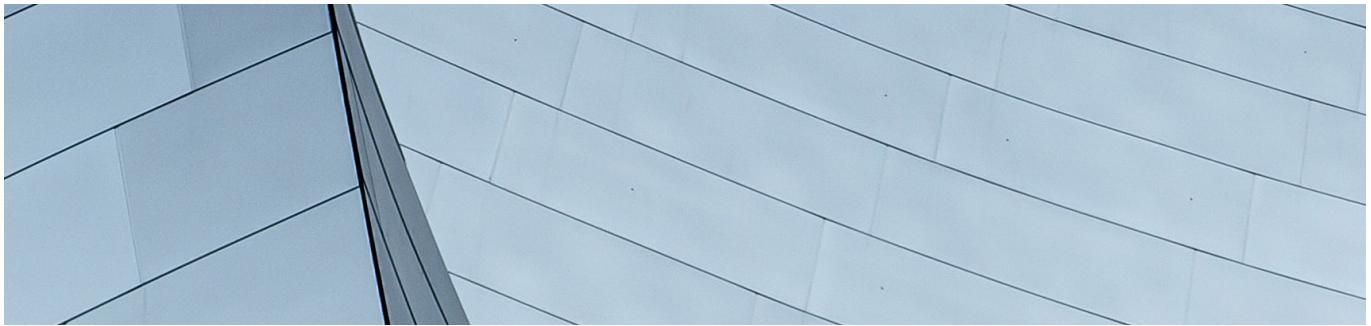
In diesem Zusammenhang bleibt zu erwähnen, dass der Gesetzgeber für Massenverfahren einige Hilfsmittel bereitstellt: Sowohl die Musterfeststellungsklage als auch Verfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) eignen sich für die Feststellung – jedoch nicht für die Durchsetzung – von einer Vielzahl an Verbraucheransprüchen. Im Übrigen sieht die Richtlinie zur neuen europäischen Sammelklage auch die Möglichkeit vor, Zahlungsklagen (z.B. auf Schadensersatz) im Wege der Verbandsklage durchzusetzen. Dies dürfte auch für Prozessfinanzierer interessanter sein als die Finanzierung von Anmeldungen zur Musterfeststellungsklage.

Vor diesem Hintergrund sollte eine differenzierte Bewertung der Notwendigkeit einer Regulierung unter Abwägung der in Aussicht gestellten Gefahren und der mit der Prozessfinanzierung eingehenden Vorteile fortgesetzt werden.



Christoph Pies





# Neues Haftungsrisiko durch das Lieferkettengesetz?

Die zwischenzeitlich abgewählte Bundesregierung hat im März letzten Jahres den Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (LkSG), auch Sorgfaltspflichtengesetz oder Lieferkettengesetz genannt, vorgelegt.<sup>1</sup> Nachdem der Gesetzesentwurf zunächst im Mai vom Bundestag beraten werden sollte, wegen kontroverser Diskussionen aber kurzfristig wieder von der Tagesordnung genommen wurde, hat der Bundestag das Lieferkettengesetz am 11.06.2021 mit großer Mehrheit verabschiedet. Nachdem auch der Bundesrat zugestimmt hat, wurde das Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten im Juli letzten Jahres im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und tritt am 01.01.2023 in Kraft.<sup>2</sup> Nach dem Koalitionsvertrag der neuen deutschen Bundesregierung soll das gerade erst verabschiedete Lieferkettengesetz indes unter Umständen erneut angepasst werden.<sup>3</sup>

## Hintergrund und Zielsetzung

Hintergrund der gesetzgeberischen Aktivitäten in Deutschland – die parallel zu den derzeit noch nicht abgeschlossenen Diskussionen eines Lieferkettengesetzes auf europäischer Ebene verlaufen – sind die Erfahrungen der Vergangenheit. Obwohl etwa die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte<sup>4</sup> bereits seit dem Jahr 2011 existieren, haben Studien des Deutschen Nationalen Aktionsplanes sowie der Europäischen Kommission gezeigt, dass der bislang verfolgte freiwillige Ansatz zur Verbesserung der weltweiten Menschenrechtsslage entlang der Lieferketten nicht ausreichend ist, um spürbare Veränderungen zu bewirken. Erklärtes Ziel des deutschen Gesetzgebers war es daher, mit dem Lieferkettengesetz „auf eine Verbesserung der weltweiten Menschenrechtsslage entlang von Lieferketten“ hinzuwirken, um der internationalen Verflechtung und sozialen Verantwortung der Wirtschaft gerecht zu werden.

## Anwendungsbereich

Ab dem 01.01.2023 unterfallen dem Lieferkettengesetz nach § 1 Abs. 1 LkSG alle Unternehmen, die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz in Deutschland haben und in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen. Mit Wirkung zum 01.01.2024 wird der Schwellenwert auf die Beschäftigung von durchschnittlich 1.000 Arbeitnehmern abgesenkt (vgl. § 1 Abs. 2 LkSG).

Da das Bestehen von menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiken nicht von der gewählten Rechtsform des Unternehmens abhängt, sieht das Gesetz insofern keine Beschränkungen vor; vielmehr will der Gesetzgeber den Begriff des Unternehmens als Oberbegriff „rechtsneutral“ verstanden wissen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts, die Verwaltungsaufgaben einer Gebietskörperschaft wahrnehmen, sollen nach den Erläuterungen allerdings nicht dem Anwendungsbereich unterfallen, wenn und soweit sie nicht am Markt unternehmerisch tätig sind.

1. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/lieferkettengesetz-1872010>.

2. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46.

3. Koalitionsvertrag 2021, S. 35, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/bregde/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800>.

4. <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/266624/b51c16faf1b3424d7efa060e8aaa8130/un-leitprinzipien-de-data.pdf>.

Basierend auf den Angaben im statistischen Unternehmensregisters überschreiten in Deutschland etwa 2.900 Unternehmen den Grenzwert von 1.000 Arbeitnehmern.<sup>5</sup> Während etwa die Forstwirtschaft, die Immobilienwirtschaft und die Entsorgungswirtschaft wegen der primär auf das Inland bezogenen Produkte und Dienstleistungen sowie nur geringer menschenrechtlicher Risiken von dem Lieferkettengesetz in der Praxis nur geringfügig betroffen sein wird, ist davon auszugehen, dass insbesondere Unternehmen aus dem Baugewerbe sowie den Bereichen Bergbau, Elektronik, Energieversorgung, Mineralölverarbeitung sowie Nahrungsmittel und Textilen angesprochen sind.<sup>6</sup> Gleiches gilt für Finanzdienstleister, die regelmäßig global agieren.<sup>7</sup> In diesem Zusammenhang ist für das Verständnis des Lieferkettengesetzes von elementarer Bedeutung, dass sowohl der Begriff der „Lieferkette“ als auch die Definition des „eigenen Geschäftsbetriebs“ weit gefasst sind und neben der Herstellung von Verwertung von Produkten auch die Erbringung von Dienstleistungen erfassen – und zwar unabhängig davon, ob diese an einem Standort im In- oder Ausland vorgenommen werden.

## Verankerung unternehmensbezogener Sorgfaltspflichten

Kernstück des Lieferkettengesetzes sind die in § 3 LkSG abschließend normierten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten. Diese umfassen insbesondere

- die Einrichtung eines angemessenen und wirksamen Risikomanagements,
- regelmäßige Risikoanalysen, um die menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken zu ermitteln,
- die Verabschiedung einer Grundsatzerklärung,
- die Festlegung betriebsinterner Zuständigkeiten,
- die Verankerung angemessener Präventionsmaßnahmen,
- das Ergreifen von Abhilfemaßnahmen bis zu einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen bei erkannten Verstößen, sowie
- die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens.

Die Erfüllung der vorgenannten Sorgfaltspflichten, die in den §§ 4 ff. LkSG weiter konkretisiert werden, ist unternehmensintern fortlaufend zu dokumentieren und einmal jährlich in einem Bericht nachvollziehbar darzulegen. Dabei beziehen sich die Pflichten jeweils nur auf den eigenen Geschäftsbetrieb derjenigen Unternehmen, die Adressaten des Lieferkettengesetzes sind, sowie deren unmittelbare Zulieferer. Erlangt das Unternehmen substantiierte Kenntnis über eine mögliche Verletzung einer menschenrechts- oder umweltbezogenen geschützten Rechtsposition bei mittelbaren Zulieferern, greift eine anlassbezogene Verpflichtung, eine (erneute) Risikoanalyse durchzuführen und angemessene Präventionsmaßnahmen zu ergreifen. Anders, als etwa der derzeit auf europäischer Ebene diskutierte Entwurf einer Richtlinie zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht, sind die nach dem deutschen Gesetz vorgesehenen Pflichten daher primär auf den eigenen Geschäftsbetrieb und unmittelbare Zulieferer beschränkt.

5. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1929/umfrage/unternehmen-nach-beschaeftigtengroessenklassen/>.

6. <https://www.adelphi.de/de/system/files/mediathek/bilder/fb-543-achtung-von-menschenrechten-entlang-globaler-wertschoepfungsketten.pdf>.

7. Ebd.

Wie genau die neuen Sorgfaltspflichten konkret zu erfüllen sind, lässt das Lieferkettengesetz offen. Nach § 3 LkSG sind die Unternehmen dazu verpflichtet, die festgelegten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten in „angemessener Weise“ zu berichten. Die angemessene Weise des Handels, das den Sorgfaltspflichten genügt, soll sich dabei nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, dem Einflussvermögen des Unternehmens auf den unmittelbaren Verursacher der Verletzung, der typischerweise zu erwartenden Schwere der Verletzung, der Umkehrbarkeit der Verletzung, der Wahrscheinlichkeit des Verletzungseintritts sowie nach der Art des Verursachungsbeitrags zu dem menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiko richten. Welche Anforderungen an die „angemessene Weise“ der Erfüllung der Sorgfaltspflichten zu stellen sind, wird in der Praxis wohl durch die Gerichte geklärt werden. An Leitlinien oder konkretisierenden Erläuterungen fehlt es insofern. Zugleich öffnen die durch den Gesetzgeber verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe ein Einfallstor für Haftungsrisiken.

Allerdings werden die Unternehmen – anders als die in der Präambel herausgestellte Zielsetzung dies vermuten lässt – durch das Lieferkettengesetz nicht verpflichtet, die katalogartig zusammengefassten geschützten Rechtspositionen, die unter anderem das Verbot von Kinderarbeit, Zwangsarbeit und Sklaverei umfassen, zu schützen. Vielmehr beschränken sich die Sorgfaltspflichten darauf, ein angemessenes und wirksames Risikomanagement einzuführen. Obwohl daher auch vom Gesetzgeber selbst darauf hingewiesen wird, dass das Lieferkettengesetz lediglich eine „Bemühenpflicht“, nicht aber eine Erfolgspflicht oder gar Garantiehaftung begründet, ist angesichts der vorgesehenen Sanktionen (hierzu sogleich) zu erwarten, dass es sich bei dem Sorgfaltspflichtengesetz nicht um einen zahnlosen Papier tiger handeln wird.

## Sanktionen und Haftung

Zuständig für die Kontrolle und Durchsetzung der in dem Lieferkettengesetz vorgesehenen Sanktionen ist das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (vgl. § 19 LkSG). Neben dem Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge sieht das Lieferkettengesetz in §§ 23, 24 LkSG auch die Verhängung von Zwangs- und Bußgeldern vor. Die Bußgeldregelungen in § 24 LkSG sehen dabei vor, dass gegen die verantwortlichen Organe Geldbußen in Höhe von bis zu EUR 800.000 verhängt werden können. In Bezug auf die Unternehmen selbst reichen die potentiellen Bußgelder bis zu einem Betrag in Höhe von 2 Prozent ihres durchschnittlichen Jahresumsatzes.

Originäre zivilrechtliche Haftungsregelungen enthält das Lieferkettengesetz – anders als zwischenzeitlich diskutiert und auch im derzeitigen Entwurf auf Europäischer Ebene vorgesehen – nicht. Insofern enthielt der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vielmehr den ausdrücklichen Hinweis, dass eine (neue) zivilrechtliche Haftung nicht begründet werde, eine „unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung“ aber unberührt bleibe. Einfallstor für eine Haftung ist dabei zunächst, dass die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer der unter den Anwendungsbereich fallenden Unternehmen nach § 93 Abs. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG verpflichtet sind, unternehmensintern für eine Einhaltung der Sorgfaltspflichten zu sorgen. Bei Verstößen und hierauf beruhenden Schäden besteht damit ein erhöhtes Risiko für Manager, im Innenverhältnis in Anspruch genommen zu werden. Als besonders problematisch erweisen sich in diesem Zusammenhang die bereits angesprochenen unbestimmten Rechtsbegriffe, die eine zusätzliche Hürde für ein den Compliance-Anforderungen genügendes Verhalten darstellen. Werden dem Unternehmen Bußgelder auferlegt, stellt sich die insbesondere auch bei Verstößen gegen Wettbewerbsverstöße und Verletzungen des Datenschutzrechts bekannte Frage, ob die Geldbußen den handelnden Managern im Wege des Innenregresses auferlegt werden können. Im Schrifttum ist diese Frage seit Jahren umstritten. Das Bundesarbeitsgericht hat dies bei seiner Entscheidung im sogenannten Schienenkartellverfahren letztlich offengelassen.<sup>8</sup> Nach einer jüngeren Entscheidung des Landgerichts Saarbrücken sollen – zumindest EU-Kartellbußgelder – nicht ersatzfähig sein.<sup>9</sup> Eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu steht indes (weiter) aus.

8. BAG, Urt. v. 29.06.2017 – 8 AZR 189/15, NZKart 2018, 57.

9. LG Saarbrücken, Urt. v. 15.09.2020 – 7 HK O 6/16, NZKart 2021, 64.

Neben einem Innenregress kommt grundsätzlich auch eine Haftung der Unternehmen in Betracht. Neben der Frage, ob das deutsche Recht bei Verstößen gegen die Pflichten aus dem Lieferkettengesetz überhaupt anwendbar ist, wird insofern neben der Haftung aus einem Vertrag (mit Schutzwirkungen) zugunsten Dritter insbesondere eine deliktische Außenhaftung diskutiert. Auch wenn die Hürden hierfür jeweils hoch sind, ist nicht auszuschließen, dass deutsche Gerichte angesichts der jüngeren Rechtsprechung im Zusammenhang mit sogenannten Klimaklagen zukünftig eine originäre Haftung von Unternehmen anerkennen.

### Verschärfungen noch vor dem 01.01.2023?

Obwohl das Lieferkettengesetz gerade erst verabschiedet wurde und bislang noch nicht anwendbar ist, werden seitens der neuen Bundesregierung bereits jetzt etwaige Änderungen in Aussicht gestellt. So heißt es hierzu im Koalitionsvertrag:

*„Wir unterstützen ein wirksames EU-Lieferkettengesetz, basierend auf den UN-Leitprinzipien Wirtschaft und Menschenrechte, das kleinere und mittlere Unternehmen nicht überfordert. Das Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten wird unverändert umgesetzt und gegebenenfalls verbessert. Wir unterstützen den Vorschlag der EU-Kommission zum Gesetz für entwaldungsfreie Lieferketten. Wir unterstützen das von der EU vorgeschlagene Importverbot von Produkten aus Zwangsarbeit.“<sup>10</sup>*

Welche „Verbesserungen“ des Lieferkettengesetzes dabei angestrebt werden, wird im Koalitionsvertrag indes nicht weiter konkretisiert. Da sich die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Zuge der Diskussion über das deutsche Lieferkettengesetz insbesondere mit Änderungsantrag vom 09.06.2021 für die Einführung einer zivilrechtlichen Haftungsregelung bei Verletzung der geschützten Rechtsgüter eingesetzt haben, erscheint es allerdings naheliegend, dass dieses Ziel weiterverfolgt und das Lieferkettengesetz unter Umständen noch vor dem 01.01.2023 um eine entsprechende Schadensersatzverpflichtung der unter den Anwendungsbereich fallenden Unternehmen ergänzt wird..



Dr. Isabelle Kilian

10. Koalitionsvertrag 2021, S. 35, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/bregde/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800>.



# How sacred is the right to be heard in arbitration?

In [CBS v CBP \[2021\] SGCA 4](#) the Singapore Court of Appeal upheld the High Court's ruling in [CBP v CBS \[2020\] SGHC 23](#), being a rare example of the Singapore Courts setting aside an award. The arbitrator's decision not to allow a hearing for oral witness evidence was found to be a breach of natural justice in the absence of clear powers to do so (sometimes known as "witness gating" powers) despite the challenging party refusing to submit any written witness statements. Although swinging largely on an interpretation of the applicable [Singapore Chamber of Maritime Arbitration](#) (SCMA) Rules, the impact of the decision is potentially much further reaching. At first glance it is at odds with common procedural practices in international arbitration generally, and the Singapore Courts' well-established reputation for deferring to tribunals' discretionary procedural powers. But is this the case on closer scrutiny?

## Key facts

The underlying claim concerned non-payment by an Indian company (the buyer) for coal which it had agreed to purchase from a seller who had assigned the debt to a Singapore bank (the bank).

Critically, Rule 28.1 of the SCMA Rules provided that:

*Unless the parties have agreed on a documents-only arbitration or that no hearing should be held, the Tribunal shall hold a hearing for the presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral submissions. (emphasis added)*

With an eye on Rule 28.1 the bank confirmed that it did not wish to call any witnesses and submitted that the arbitration should proceed on a documents only basis, while the seller confirmed that it wished to call 7 witnesses to give "oral testimony" at a hearing. In response – and which would ultimately prove fatal – the arbitrator directed:

*„Before I rule on whether the arbitration will be on documents only [sic] or an oral hearing is necessary I require the following:  
a. Detailed written statements from each of the witnesses [the buyer] plans to call...“*

The buyer refused to provide any written witness statements. The arbitrator then directed that a hearing would take place pursuant to SCMA Rule 28.1 for oral submissions only, and no witnesses would be presented at the hearing given the buyer had "failed to provide [written] witness statements or any evidence of the substantive value of presenting witnesses [at a hearing]".

The buyer did not attend the hearing and the bank's claim was allowed in full, including on the basis that the arbitrator rejected the buyer's case regarding an alleged oral agreement.

The buyer then applied successfully to the High Court for the award to be set aside on the ground that the arbitrator's decision "to deny the Buyer its right to call" witnesses represented a breach of natural justice. The bank appealed.

## Court of Appeal

The Court of Appeal identified the applicable rule of natural justice as the “full opportunity to be heard” (including Article 18 of the Model Law) and the key test as being whether the arbitrator’s conduct fell within the range of what a reasonable and fair-minded tribunal in the circumstances might have done.

The first key bone of contention concerned the interpretation of SCMA Rule 28.1. In essence, whether – as argued by the bank – the final “or” means the rule should be interpreted “disjunctively”, such that in the absence of an agreement between the parties as to a documents-only procedure or there being no hearing, the arbitrator is only obligated to hold a hearing for oral evidence or for oral submissions.

The Court of Appeal agreed with the High Court’s “holistic” interpretation, however – in favour of the buyer – that “..r 28.1 has to be read as a whole and it does not give the tribunal the power to choose what type of hearing to hold in the absence of an agreement” (emphasis added). Thus, in the absence of an agreement for “a documents-only arbitration or that no hearing should be held”, the arbitrator did not have the ‘witness gating’ power to disallow the buyer’s request for a hearing for oral witness evidence.

On the second key issue, the Court of Appeal accepted that tribunals do have the power to limit oral witness evidence as part of their broad, discretionary case management powers (and that the arbitrator in this case had this power under SCMA Rule 25) in certain circumstances; for example, where “evidence from multiple witnesses are repetitive or of little or no relevance to the issues”. However, this power is not absolute and is subject to the fundamental rules of natural justice.

The Court of Appeal found that on the facts, the arbitrator’s rejection of the buyer’s proposed oral witness evidence and the imposing of a condition to show that this had “substantive value” before deciding whether to allow it at a hearing fell outside the range of what a reasonable and fair-minded tribunal might have done, and so represented a breach of natural justice.

## Analysis & Impact

The arbitrator’s conduct was not the most obvious breach of natural justice, and this was not a straightforward decision.

This is highlighted by the very fine distinction the Court of Appeal drew between two, similar scenarios. First, the Court suggested that if the arbitrator had requested written witness statements with a view to further oral witness evidence being presented at a hearing, but had then not allowed oral witness evidence as a result of the buyer’s failure to comply and to provide witness statements, this “might be warranted” under its broad procedural powers. Yet, in this case, “Where the arbitrator fell into error was by suggesting that whether a hearing for witness testimony would be convened would be determined based on the Buyer’s witness statements, which had to be submitted beforehand. As we have noted above, this was not an option open to the Arbitrator...”

This distinction is significant because it is common in practice for arbitrators to direct that written witness statements are required and will represent evidence in chief, and that only witnesses who have provided written statements may appear to be examined and to provide oral evidence at a hearing. This approach has significant upsides in terms of procedural efficiency and avoiding any perception that a party is being blindsided by new evidence adduced orally for the first time at a hearing.

Rather than cutting across this practice, the decision emphasises that great care needs to be taken when considering the applicable arbitral rules and factual circumstances, and it is dangerous to make any assumptions based on practices or experiences under different rules or facts. SCMA Rule 28.1 is ostensibly very similar to many other institutional rules – including [Article 24.1 of the 2016 SIAC Rules](#) and [17.3 of the UNCITRAL Rules](#), for example – such that the decision could have some impact on arbitrations under those rules. However, the challenges in this case arose largely from SCMA Rule 28.1’s particular idiosyncrasies and the absence of a clear, express “witness gating” power to limit oral witness evidence (unlike under Article 25.2 of the SIAC Rules, for example).

The Singapore Courts might also have been expected to place more emphasis on the buyer's refusal to comply with procedural directions, including the direction to submit written witness statements.

The Court of Appeal held that if the buyer had complied with procedural directions, "it might be taken to have agreed with the arbitrator that he had the power to decide whether or not to deny their request for a hearing...". However, regarding the key question of whether any prejudice was actually caused, the Court found that "... the alleged oral agreement at the December 15 meeting was a critical component of the Buyer's defence... When the witness evidence of the Buyer in relation to that meeting was shut out altogether, it is plain that the Buyer was prejudiced". This is difficult to follow in circumstances where the buyer was directed and given many opportunities to submit written witness evidence which could have covered the alleged oral agreement, but it refused to do so.

It would be a stretch, however, to suggest that the approach represents a departure for the Singapore Courts. The Court's reasoning flowed from an interpretation of the – problematically drafted, at best – SCMA Rule 28.1, and a robust approach to respecting the fundamental right to be heard when navigating the difficult balancing act between this and arbitrators' broad procedural powers. Ultimately, the decision makes clear that arbitrators who do not allow hearings for oral witness evidence in the absence of very clear powers to do so – even where a party has refused to submit written witness statements – do so at their own peril.

A version of this article was published previously on the Kluwer Arbitration Blog and is reproduced with permission and thanks.

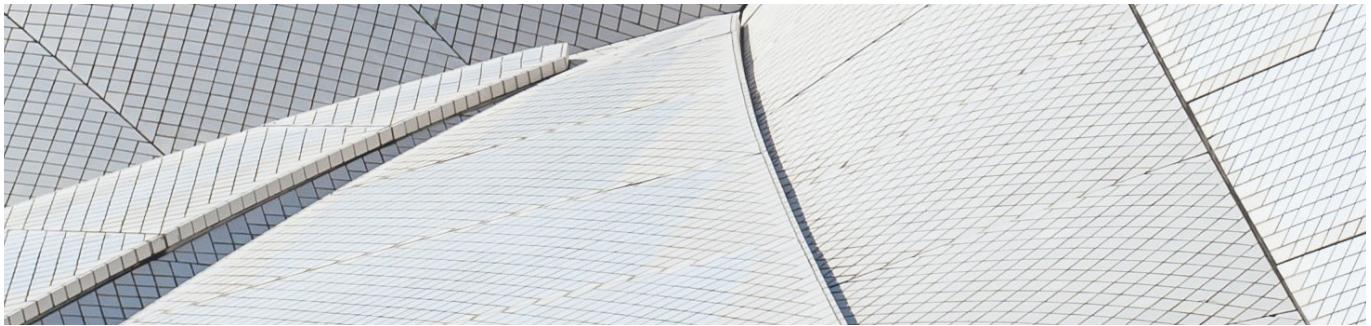


Sean Hardy



Jeremy Yeap





# BGH: Einholung eines vertraglich vereinbarten Schiedsgutachtens als Anspruchsvoraussetzung - Urteil vom 11.03.2021 – VII ZR 196/18

In seiner Entscheidung vom 11. März 2021 befasste sich der Bundesgerichtshof mit der Bewertung des Vorliegens eines Schiedsgutachtens als Tatbestandsvoraussetzung für eine Vergleichszahlung. Zugrunde lag der Entscheidung ein Streit über die Beseitigung von Mängeln an einem Gebäude. Die Parteien des Rechtsstreits schlossen einen Prozessvergleich, nach dem sich die Höhe des Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagte aus einer Begutachtung der Mängel durch einen Sachverständigen ergeben sollte. Der Streithelfer übernahm diese Aufgabe. Nach zweimaliger Begehung des streitgegenständlichen Grundstücks wurden Mängel in Höhe von ca. EUR 200.000 festgestellt. Das Gutachten wurde sowohl von dem Streithelfer als auch von seinem Mitarbeiter unterzeichnet. Im darauffolgenden Verfahren stellte sich heraus, dass der Streithelfer nicht alle Mängel persönlich begutachtet hatte. Stattdessen hatte dies teilweise ein Mitarbeiter erledigt.

In den Verfahren der Vorinstanzen vor dem Landgericht München II und dem Oberlandesgericht München wurde die einschlägige Vereinbarung innerhalb des Vergleichs hinsichtlich der Höhe des Anspruchs dahin ausgelegt, dass es sich um eine Schiedsgutachtenvereinbarung im Sinne von § 317 BGB handele. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass die Parteien mit ihrer Formulierung zum Ausdruck gebracht hätten, dass die Feststellungen des Streithelfers bindend sein und ohne weitere Überprüfung in eine Zahlungspflicht der Beklagten münden sollten. Gerade dieser Zahlungsautomatismus unterstreiche auch das besondere in den Streithelfer gesetzte Vertrauen, weswegen davon auszugehen sei, dass dieser zumindest alle wesentlichen Feststellungen persönlich zu treffen habe. Ansonsten könnte es zu einer Auswechselung des Schiedsgutachters kommen, die nicht von dem Vergleich gedeckt sei. Dies sei des Weiteren im Interesse beider Parteien, da ein solches Schiedsgutachten nur eingeschränkt, nämlich auf offensichtliche Unrichtigkeiten entsprechend § 319 Abs. 1 S. 1 BGB, überprüfbar sei.

Dadurch, dass der Streithelfer die wesentlichen Punkte nicht selbst festgestellt habe, handele es sich nicht um ein taugliches Schiedsgutachten, welches aber eine Tatbestandsvoraussetzung für den Zahlungsanspruch der Klägerin aus dem Vergleich sei. Die Klage wurde daher als unbegründet abgewiesen.

Der Bundesgerichtshof stimmte den Instanzgerichten insofern zu, als die Vereinbarung in dem Vergleich eine Schiedsgutachtenvereinbarung darstelle und ein Schiedsgutachten zumindest noch nicht vorgelegt worden sei, weil nicht der Streithelfer persönlich die wesentliche Arbeit durchgeführt habe. Anderer Ansicht war der Bundesgerichtshof jedoch bezüglich der Folgen dieses Versäumnisses. Zwar stelle die Beibringung eines gültigen Schiedsgutachtens eine Tatbestandsvoraussetzung für den Zahlungsanspruch dar, jedoch könne das Gericht die Klage nicht als endgültig unbegründet abweisen. Vielmehr stehe es im Ermessen des Tatzrichters, die Klage entweder nur als zurzeit unbegründet abzuweisen oder alternativ entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens zu setzen.

Sollte die Beibringung eines Schiedsgutachtens durch den zuvor bestimmten Gutachter unmöglich sein, so sei § 319 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB entsprechend anzuwenden. Demnach seien die Leistungsverpflichtungen dann durch das Gericht festzustellen. Um zu klären, ob die Vorlage des Schiedsgutachtens durch den Streithelfer noch in Betracht kommt, wurde das Verfahren an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gesetzliche Grundlage der Vereinbarung der Parteien, die Festlegung der Höhe des Anspruchs der Klägerin einem Dritten, d.h. dem Streithelfer, zu überlassen, ist die Vertragsfreiheit, die sich auch in §§ 317-319 BGB manifestiert. Die Parteien sind frei, die Leistungsbestimmung durch einen Dritten nach § 317 BGB zu vereinbaren. Gemäß § 319 BGB soll ein Dritte eine Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist.

Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; das Gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert. Im vorliegenden Fall war auch die Person des Dritten, d.h. des Schiedsgutachters, Gegenstand der Leistungsbestimmungsvereinbarung zwischen den Parteien. Es ist daher notwendig, dass der Schiedsgutachter bei der Erstellung des Gutachtens jedenfalls alle wesentlichen Feststellungen persönlich trifft. Handelt es sich dagegen bei dem Gutachten um das Arbeitsprodukt eines Mitarbeiters, ist der Umstand, dass der von den Parteien benannten Schiedsgutachter das Gutachten unterzeichnet hat, weder bedeutsam noch führt es zur Heilung des Mangels.

Um Überraschungen bei ähnlichen Parteivereinbarungen zu vermeiden, ist es empfehlenswert, dass Schiedsgutachtenvereinbarungen sorgfältig und deutlich als solche formuliert werden. Des Weiteren ist zu beachten, dass der BGH es in das Ermessen des Tatrichters gestellt hat, die Klage „als zur Zeit unbegründet“ abzuweisen oder eine Frist zur Einholung des Schiedsgutachtens zu setzen, wenn sein Vorliegen als Anspruchsvoraussetzung vereinbart wurde. Dabei wäre es im Sinne der Prozessökonomie, dass der Tatrichter im Rahmen seines Ermessens tatsächlich erst eine Frist für die Beibringung des Gutachtens setzt.



Dr. Henning Schaloske



Dr. Styliani Ampatzi, LL.M.



## Insight: Clyde & Co

### Clyde & Co defeats billion dollar ICSID claim for the Republic of Cameroon

Clyde & Co International Arbitration Partner Nadia Darwazeh and the Paris team have successfully defeated an ICSID claim brought against the Republic of Cameroon by the Delaware-incorporated company Hope Services LLC.

Hope Services LLC alleged that it owned and controlled companies that built an online platform called Hope, which aimed at gathering donations in order to fund community projects in Cameroon. However, this platform never went online and no projects were ever financed on the territory of Cameroon.

At the outset of the case, the Paris team was successful in obtaining the bifurcation of the arbitration proceedings on the basis that the Tribunal lacked jurisdiction. The Republic of Cameroon raised several objections to the Tribunal's jurisdiction, including that the Claimant did not own or control the alleged investment. The Republic of Cameroon also argued that this case constituted a clear abuse of right of ICSID proceedings and further contested the authenticity of several that Claimant produced during the proceedings.

The tribunal, composed of Germany's Maxi Scherer as chair, France's Pierre Mayer and Chilean-Lebanese Nassib G Ziadé, declined its jurisdiction under the US-Cameroon bilateral investment treaty. The Tribunal ruled in its award, which is available here, that Hope had failed to show that it owned or controlled the alleged investment.

Roger Bafakan, Conseiller Technique No. 3 at Cameroon's Ministry of Economy, Planning and Regional Development and Mougnal Sidi, Director of Legal Affairs and International Commitments of the State at Cameroon's Ministry of External Relations, consider the Tribunal's decision to be "correct, fair and in compliance with the clauses on the protection and promotion of investments."

Clyde & Co partner Nadia Darwazeh comments on the decision that "Cameroon's position has been vindicated, namely that this case should never have been brought. The case is a prime example of an individual trying to misuse the system, which is meant to protect genuine investors". Sophie Grémaud, Clyde & Co Counsel, adds "This is a well-structured decision which is enjoyable to read. The Tribunal's decision confirms that a claimant cannot hide behind an amalgam of companies in an attempt to unduly benefit from the protection of the US-Cameroon BIT".

The Clyde & Co Paris team was composed of Partner Nadia Darwazeh, Counsel Sophie Grémaud, associates Sarah Lucas and Antoine Lerosier, and jurist Dilara Khamitova.

Gide Loyrette Nouel acted for Hope Services.

### Supporters of Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot

October 2021 marked the start of the 29th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, the world's largest and most prestigious international student competition in the field of international commercial arbitration. The competition gives students the opportunity to experience the fascinating world of arbitration through a simulated arbitration proceeding. This experience is often formative for the later professional careers of many participants.

Once again, we are delighted to support Vis Moot Teams. Apart from a financial contribution to 13 teams, mock-pleadings are currently scheduled in our offices in Dusseldorf, Hamburg and Munich. These pleadings shall take place in February and March and we are already looking forward to welcoming the students in our offices and the further exchange with them.

### Speaking engagements

Dr Henning Schaloske: Euroforum, Menschenrechte und Sorgfaltspflichten – neue Haftungsrisiken für Unternehmen, 26. Januar 2022 ([Programm 2022 - Haftpflicht Konferenz \(euroforum.de\)](#))

## Nadia Darwazeh awarded the ASA prize for advocacy in international commercial arbitration 2022

Nadia Darwazeh, Head of Arbitration at the Paris office of Clyde & Co, was awarded the ASA (Swiss Arbitration Association) Prize for Advocacy in International Commercial Arbitration 2022.

The prize is awarded bi-annually to counsel who, through their exceptional talents in advocacy, contribute to promoting the effective resolution of international commercial disputes through arbitration. Previous prize winners include Chris Boog (2020), Mohamed S. Abdel Wahab (2018), Melissa Magliana (2016), Raëd Fathallah (2014), Philippe Pinsolle (2012) and Franz Schwarz (2010).

Nadia Darwazeh comments “I feel truly honoured that the ASA has awarded me this prestigious prize. Oral advocacy is one of my favourite aspects of international arbitration and it is fantastic to be recognised by my peers for it. To me, oral advocacy is about telling a compelling story to the tribunal. At the same time, it is also about taming wild horses – by this I mean controlling the witness, holding the reins tight, but then also following your instinct and letting the witness loose a little bit to get the best result out of the cross-examination. It is important for younger arbitration practitioners to go and seek out opportunities of oral advocacy, get out of their comfort zone and have the confidence to do so. It is equally important for the more seasoned arbitration practitioners to grant such opportunities early on and instill confidence.”

Benjamin Knowles, Head of the global Dispute Resolution Practice Group at Clyde & Co adds “Nadia is thoroughly deserving of this illustrious award, which recognises not only her personal advocacy skills, but also the strength of the team that Nadia has helped to build up within the firm.”

Felix Dasser, ASA president and partner with Homburger in Zurich, presented the prize and says that “it was a great pleasure to bestow the biennial ASA Advocacy Price on Nadia Darwazeh, an extraordinarily gifted advocate and a wonderful person.”

Chris Boog, Vice-Chair of the International Arbitration Practice Group of Schellenberg Wittmer in Zurich, who won the prize in 2020 and gave a laudatio, “is thrilled that Nadia was chosen as the winner of this year’s ASA Advocacy Prize. She is a stellar lawyer and advocate and represents the type of bold, brave, curious and truly international arbitration practitioner that will ensure that arbitration will remain the go-to dispute resolution mechanism for international commercial players in the future. I wholeheartedly congratulate her on her win and hope this accolade will motivate younger lawyers to follow in Nadia’s footsteps and always follow their inner voice when it comes to career decisions and otherwise.”

## Webinar “arbitration tea time”

In February 2022, we hosted a webinar “Arbitration Tea Time”, moderated by Georg Scherpf and Cornelia Kunze. We were delighted to have as speakers Adrian Winstanley (Senior Advisor to Emissary Partners) and Matthew L. McGrath (Managing Director of Emissary Partners).

The conversation revolved around the question “Is it worth it?” Increasingly, global clients are asking their counsel and advisors to consider the all-in benefits, costs and risks to legal action before commencing proceedings, and are asking for this assessment to be provided in the same commercial and financial language in which businesses make other capital allocation decisions. We discussed with Adrian and Matt the concept of the net present value (NPV) of a dispute and how this can be used with law firms and in-house legal departments to optimise legal decision-making and the management of contentious investments.

## Webinar “arbitration in anglophone Africa: opportunities and challenges”

In December 2021, we hosted a webinar moderated by Nadia Darwazeh, Partner, Head of Arbitration Paris, Clyde & Co on Arbitration in Anglophone Africa: Opportunities and Challenges. We had the pleasure to have as speakers: Pr. Emilia Onyema, Professor in International Commercial Law at SOAS, University of London, Funke Adekoya SAN, Partner, Head of Dispute Resolution, AELEX, Peter Kasanda, Managing Partner – Tanzania, Clyde & Co Dar es Salaam and Alon Meyerov, Partner, Clyde & Co Johannesburg.

During the webinar, we first discussed the business perspectives in anglophone Africa, focusing on the prominent sectors and type of projects carried out. We then centred the discussion on arbitration related issues and considered the various facets of arbitration, namely the main sectors from which arbitrations arise in anglophone Africa (natural resources, construction, fintech), the main legal issues which arise out of arbitrations in anglophone Africa (breach of contract, quantification of damage), as well as the choice of seat and the reliable institutions according to the SOAS arbitration in Africa report of 2020. Finally, the speakers sought to identify the main challenges for arbitration in anglophone Africa, essentially narrowing them down to the lack of knowledge on the availability of local arbitrators, the legality of third-party funding, the capacity of counsel and the costs of an arbitration.



We are delighted to introduce our international arbitration team in Germany, comprising more than 25 lawyers across our offices in Dusseldorf, Hamburg and Munich. Our arbitration team has significant experience in complex international and domestic arbitrations (ICC, LCIA, DIS, SIAC, SCC, AAA, LMAA, GMAA, ad hoc) across various industry sectors.

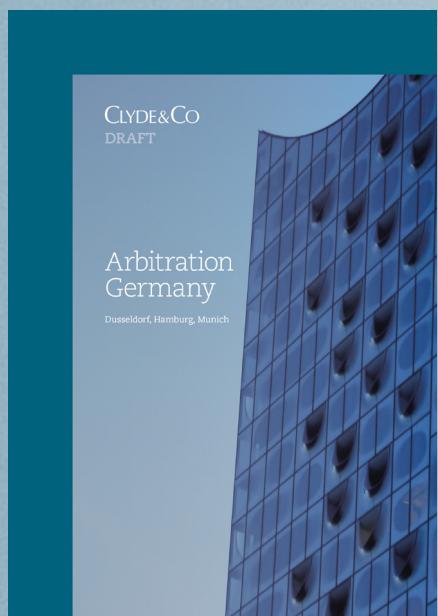
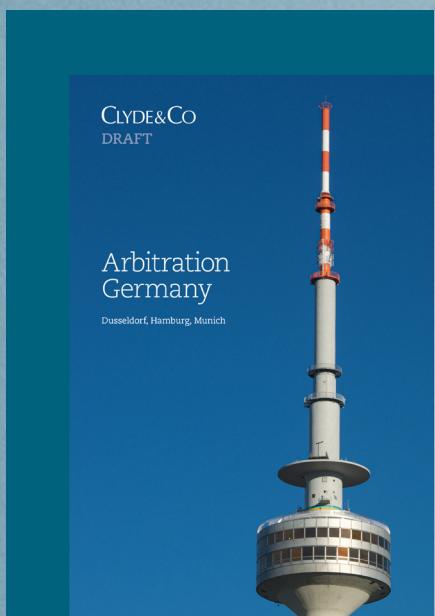
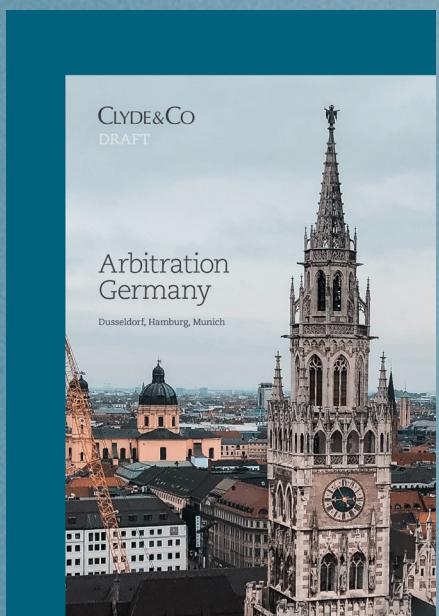
Besides commercial arbitrations, we advise investors on investment protection and represent them in investment arbitrations (ICSID, UNCITRAL and ad hoc) when their investments abroad are at stake. We support our clients in jurisdictional disputes, arbitrator challenges, setting-aside and enforcement of arbitral awards. The lawyers of our German arbitration team work closely with damage, forensic or technical experts in order to argue complex cases and to achieve the best possible outcome. We have extensive experience in oral advocacy before international tribunals. Further, our lawyers not only act as counsel in complex and high value disputes but also regularly sit as arbitrators themselves – making them better

advocates. Our German arbitration team works closely with our European arbitration teams in London, Paris and Madrid as well as with our 50+ offices worldwide to provide our clients with dispute advice and representation on a global level.

If you would like to receive a copy of our Arbitration Germany brochure or have any questions, please write us at arbitration.germany@clydeco.com or get in touch with



**Georg Scherpf**  
Counsel  
[georg.scherpf@clydeco.com](mailto:georg.scherpf@clydeco.com)



---

**440**

Partners

---

**1,800**

Lawyers

---

**4,000**

Total staff

---

**50+**

Offices worldwide\*

[www.clydeco.com](http://www.clydeco.com)

---

\*Includes associated offices  
Clyde & Co LLP  
is a limited liability partnership registered in  
England and Wales. Authorised and regulated by  
the Solicitors Regulation Authority.

© Clyde & Co LLP 2022

2126741 - 02 - 2022