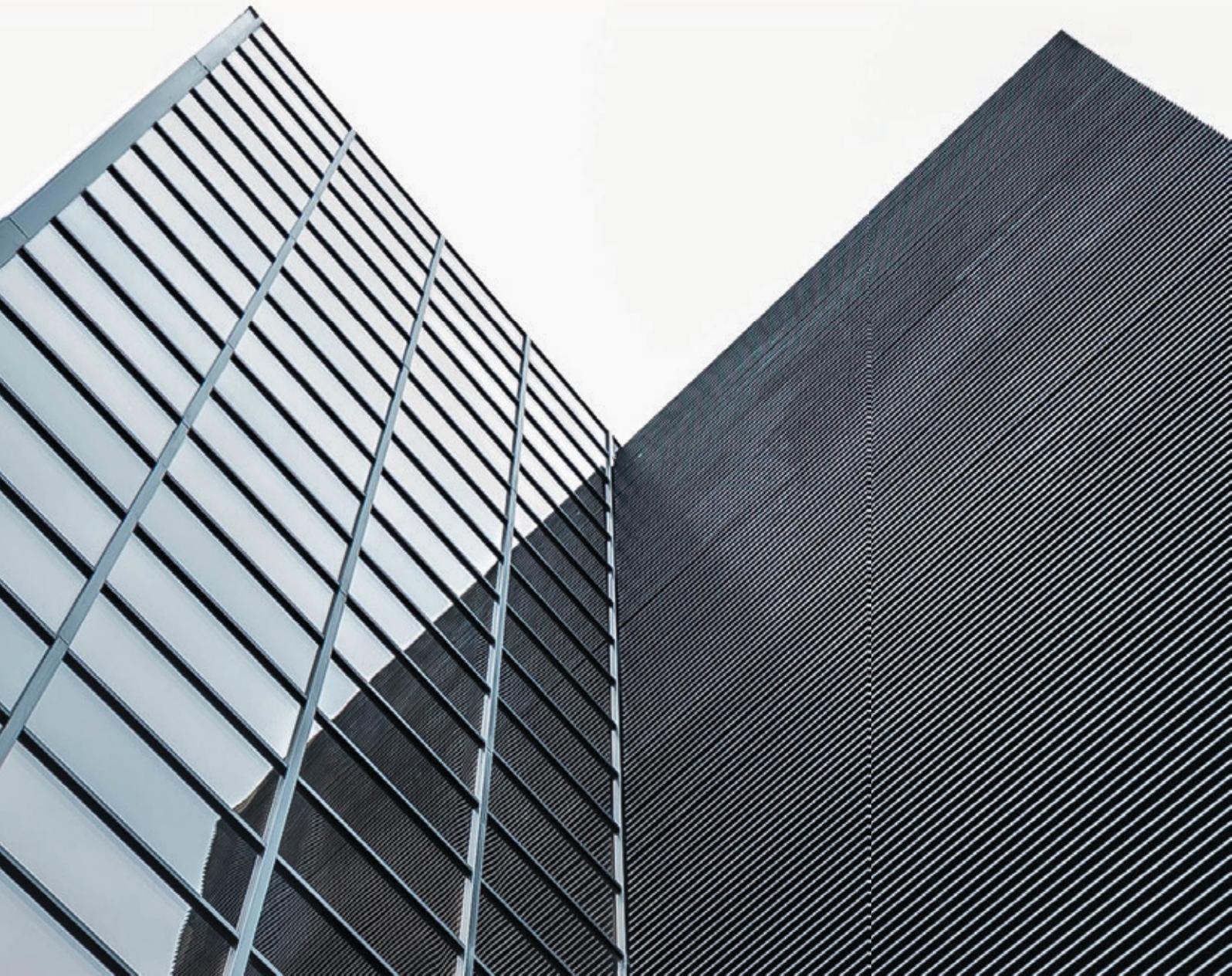




Arbitration & Litigation

Quarterly Update 1/2021 Germany



Inhalt

01.

Editorial

02.

Unser Team /
Our Team

03.

Q&A with
Georg Scherpf,
Clyde & Co

06.

2021 ICC rules
of arbitration:
towards making
arbitration even
more attractive

09.

“Think Different”
– But keep it to
yourself?

11.

Nichtigkeit einer
Erfolgshonorar-
vereinbarung
zwischen
Rechtsanwalt und
Prozessfinanzierer
(OLG München,
Beschluss vom
31.10.2019 – 23
U 940/19

13.

Wirksamkeit der
Schiedsverein-
barung und
anwendbares
Recht (BGH, Urteil
vom 26.11.2020 –
I ZR 245/19)

15.

Erstreckung von
Schiedsvereinba-
rungen auf
am Vertrag
unbeteiligte Dritte

17.

Private
Strafverfolgung
im Vereinigten
Königreich –
eine echte
Alternative?

20.

Third-Party
Funding in
the Context
of Insolvency:
Principles on
When the Court
Will Sanction
Third Party
Funding

24.

Update: The
Changing Face
of the Arbitration
Landscape
in the Greater
Bay Area

26.

Clyde & Co feiert
neuen Erfolg vor
dem UK Supreme
Court: Halliburton
v Chubb

28.

Eröffnung: Erster
Commercial Court
Deutschlands

29.

Just-In: Investors
beware - Achmea
in action

30.

Insight:
Clyde & Co



Liebe Leserin, lieber Leser,

Das noch junge Jahr hat bei uns bereits für einige Highlights gesorgt: So freuen wir uns insbesondere, dass Anfang Februar unser mittlerweile drittes deutsches Büro die Arbeit aufgenommen hat. Mit dem neuen Standort in München haben wir unsere Aufstellung in den Bereichen Disputes, M&A und Insurance strategisch weiter ausgebaut. Zudem haben wir seit Anfang Februar einen prominenten Neuzugang in unserem Hamburger Büro: Georg Scherpf, der umfangreiche Erfahrung in internationalen Handels- und Investitionsschiedsverfahren mitbringt, ist in Hamburg zu uns gestoßen und wird unser Arbitration Team in Deutschland mitverantworten. Wir hoffen, dass Sie unsere neuen Kolleginnen und Kollegen bald auch persönlich kennenlernen können.

Aber nicht nur bei uns gibt es Neuerungen: So ist beispielsweise mit Beginn des Jahres auch die neue Schiedsordnung der ICC in Kraft getreten. Berichte zu den Neuerungen und möglichen Auswirkungen der neuen ICC-Regelungen sowie zu anderen aktuellen Themen und Entwicklungen finden Sie in dieser Ausgabe:

- Q&A with Georg Scherpf, Clyde & Co
- 2021 ICC rules of arbitration: towards making arbitration even more attractive
- “Think Different” – But keep it to yourself? Dissenting opinions in German seated arbitration proceedings
- Wichtigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung zwischen Rechtsanwalt und Prozessfinanzierer
- Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung und anwendbares Recht
- Erstreckung von Schiedsvereinbarungen auf am Vertrag unbeteiligte Dritte
- Private Strafverfolgung im Vereinigten Königreich – eine echte Alternative?
- Third-Party Funding in the Context of Insolvency: Principles on When the Court Will Sanction Third Party Funding
- Update: The Changing Face of the Arbitration Landscape in the Greater Bay Area
- Neuer Clyde & Co Erfolg vor dem UK Supreme Court: Halliburton v Chubb
- Eröffnung: Erster Commercial Court Deutschlands
- Just-In: Investors beware - Achmea in action

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre und freuen uns über Fragen, Anregungen und Feedback. Schreiben Sie uns gerne dazu an arbitration.germany@clydeco.com.

Ihr Arbitration Team Germany

Unser Team / 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



Anna Falk
Senior Associate
anna.falk@clydeco.com
+49 40 8090 30208



Daniel Jones
Partner
daniel.jones@clydeco.com
+49 40 8090 30201



Dr Michael Pocsay
Senior Associate
michael.pocsay@clydeco.com
+49 211 8822 8818



Dr Henning Schaloske
Partner
henning.schaloske@clydeco.com
+49 211 8822 8801



Dr Styliani Ampatzi
Associate
styliani.ampatzi@clydeco.com
+49 211 8822 8824



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



Sita Rau
Associate
sita.rau@clydeco.com
+49 211 8822 8828



Q&A with Georg Scherpf, Clyde & Co

Georg Scherpf is Head of Arbitration at our Hamburg Office and part of the firm's Global Arbitration Group, advising both private and state parties on complex arbitrations and cross-border litigations. Besides representing clients in commercial and investment arbitrations, Georg regularly sits as arbitrator. His commercial arbitration work covers a broad range of legal issues and sectors including international trade (CISG), corporate disputes (joint venture and post M&A), energy (particularly wind, PV and CSP) as well as construction disputes. He has represented clients in ad hoc arbitrations seated in Germany, England, Switzerland, Austria, France, and Singapore and under various institutional rules (DIS, ICC, LCIA, AAA, SIAC and SCAI). Georg's public international law experience includes advising clients in relation to bilateral investment treaties (BITs) and multilateral investment treaties including the Energy Charter Treaty (ECT). He has acted for investors in several complex treaty cases (ICSID, UNCITRAL and ad hoc) relating to infrastructure and energy investments in Spain, Czech Republic, Albania, and Germany.

Could you please introduce yourself and your role at Clyde & Co as Head of Arbitration Hamburg in a few words?

In my new role at Clyde & Co, I focus on complex commercial arbitrations as well as cross border litigations. My primary sectors are international trade, energy & construction, and corporate disputes (post M&A and joint venture). My other key focus is on investment protection and investment arbitration where I advise on Bilateral Investment Treaties (BITs) and multilateral treaties such as the Energy Charter Treaty (ECT). I work closely with my colleagues from the other German offices in Dusseldorf and Munich as well as with the international arbitration teams in London and Paris. We are pulling together all our resources in Germany to provide our clients with bespoke and sector specific advice, manpower for complex cases and the best possible advocacy in international arbitrations.

You worked many cases in energy and infrastructure. What is it that makes these sectors so interesting?

Well, investments in energy and infrastructure are often extraordinarily complex and require you to dive deep into the details and characteristics of each project. This is particularly important for the representation in disputes where you need to put yourself in the shoes of your client at a certain point in time where problems arose in the project realisation or during contract negotiation. Only then, you are able to convince the arbitrators to free themselves of any hindsight bias when judging events that may lie many years in the past. In that sense, dispute lawyers are like historians trying to look back in time and establish a specific vantage point.

You are specialised in disputes relating to investments and business transactions with a particular focus on the wider CIS region and the Western Balkans. Where does this “geographic focus” come from?

My first arbitration case as a junior lawyer involved the representation of a Greek company against the state of Albania. During this matter and afterwards, I spent quite some time travelling the Western Balkans. The region offers exciting investment opportunities but many states are still grappling with structural reforms following the end of real socialism at the beginning of the 90s. We, at Clyde & Co, have very good knowledge of the region and also a Balkan based disputes Partner, Devika Khanna.

My work in the CIS states started more academically when I published articles on investment protection and arbitration in the region. A number of trips soon followed with speaking engagements. The CIS states are a sleeping beauty. They have good infrastructure, an often extremely well-educated workforce and significant need for further energy investments as they are transitioning from dated conventional energy forms to renewable energy sources at twice the speed than central European countries. My work in the CIS countries, especially Ukraine, currently relates to facilitating and protecting large scale renewable and infrastructure investments. For that, we work closely with Kiev based law firms to provide the best possible advice to our clients also locally.

You were regional representative of the DIS40 and YIAG regional representative for Europe. Please tell us a little bit about the work you did there and the impact these organisations have. What is the most valuable experience/learning that you take from your commitment?

The first and probably most critical decision you take in an international arbitration is to select an arbitrator that has the requisite expertise for the given case, the necessary procedural experience as well as the skills to work, deliberate and reach a decision with the other arbitrators. You are at an advantage if you already know a lot of them, or ideally have sat with them on a tribunal, and know how they tick. In my work for the below 40 organisations of the German Arbitration Institute (DIS, DIS40) and the London Court of International Arbitration (LCIA, YIAG), I organised and moderated numerous conferences on various arbitration topics and met many arbitration practitioners from around the world. In that sense, it was the best start into the arbitration world. I still very much cherish these relationships and knowledge that I gained in those years. Many of the colleagues have, in the meantime, become friends of mine. I can only recommend young arbitration practitioners to engage in these organisations and to meet as many people as possible and listen and learn from more experienced practitioners.

In your opinion, what are the most attractive advantages of arbitration for resolving business disputes compared to state jurisdiction?

Besides speed (yes, it is often faster than two or more court instances!) and confidentiality (not to be underestimated), I think the unique selling point is the ability to select the arbitrators best suited for the case and to have a full hearing on facts and law. Yes, it is a one-stop-shop, but I would argue it offers a higher degree of scrutiny, especially in complex cases, and a better chance of getting it right.

Is arbitration too expensive for middle sized companies?

No, many arbitration rules offer expedited proceedings with a sole arbitrator that can work very well for medium sized companies and smaller disputes.

What impact does the global Covid-19 pandemic have on arbitration and dispute resolution?

We stopped flying – which is a good thing. Otherwise not much has changed. Filing submissions, case records, witness interviews and other communication was conducted electronically and by video already before the pandemic. There are particularly good providers handling even large-scale hearings and we expect the technology to improve even further in the future and facilitate even more interactions. At my last online hearing, I was rather fascinated by how effective and smoothly even cross-examinations could be conducted virtually.

According to your experience, what characteristics and abilities does a good arbitrator need?

An arbitrator needs to be conscientious and apply the law to the facts. Arbitrators, except where they act to facilitate settlements, need to decide cases. Clients are often frustrated when awards seek to split the difference. Afterall, King Solomon never actually “split the baby” but found the truth and resolved the dispute.

You studied at Humboldt University in Berlin and King’s College London. What was your first contact with arbitration in Germany or Europe and when did you decide to pursue a career in this field?

My way to arbitration was more of a coincidence than a plan to pursue a career in that field. Initially, I wanted to specialise in IP-law and art disputes. Later, during my German law degree, I was asked to fill the spot for someone who dropped out of the Jessup Moot Court Team and I developed an interest in public international law. Following that, I had my first contact with international arbitration during my studies in London. A scholarship was granted to me in order to complete my undergraduate LL.B. studies, between my First and Second (Bar) State Exam, as part of a new programme between Humboldt University and King’s College. Despite the scholarship, I was, like many students, strapped for cash and started interviews for law firm jobs for the term break. After several interviews with various corporate firms, I found myself starting a job at a US firm that specialised in international arbitration. I continued to work there for the remainder of my undergraduate degree and my interest in international dispute resolution was sparked.



Georg Scherpf



2021 ICC rules of arbitration: towards making arbitration even more attractive

On 6 October 2020, the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (the ICC Court) released a revised version of its Rules of Arbitration.

On 6 October 2020, the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (the ICC Court) released a revised version of its Rules of Arbitration. The revised Rules will enter **into force on 1 January 2021**. They will apply to all arbitrations commenced on or after 1 January 2021, unless the parties “*have agreed to submit to the Rules in effect on the date of their arbitration agreement*” (**Art. 6(1)**). While the revisions of the Rules do not constitute major changes, it is important to be aware of them as they further enhance the transparency, flexibility, and efficiency of ICC arbitration.

A step towards transparency

The new Rules provide that each party must promptly **disclose any changes in its representation (Art. 17(1))**. When such a disclosure is made, the arbitral tribunal may, after consulting with the parties, take any measure that it deems necessary to avoid a potential conflict of interest arising from such change, “*including the exclusion of new party representatives from participating in whole or in part in the arbitral proceedings*” (**Art. 17(2)**). The arbitral tribunal’s power to exclude a party’s newly appointed counsel from participating in the arbitral proceedings interferes with the parties’ freedom to choose their counsel. However, such interference is justified in certain circumstances to address potential conflict of interest situations when it would be more appropriate to exclude a newly appointed counsel rather than replacing the arbitrator whose independence and impartiality may be questioned as a result of that new counsel’s appearance in the case.

Both parties will now also have an obligation to promptly **disclose the existence and the identity of any third-party funder**, i.e. “*any non-party which has entered into an arrangement for the funding of claims or defenses and under which it has an economic interest in the outcome of the arbitration*” (**Art. 11(7)**).

The parties’ obligation to disclose any such third-party funding will in turn allow arbitrators or prospective arbitrators to comply with their disclosure obligations. Indeed, according to the ICC Court’s previously provided guidance, arbitrators should consider disclosing their “*relationships with any entity having a direct economic interest in the dispute*” including third-party funders.¹

A step towards flexibility in complex arbitrations

To further adapt the Rules to complex multi-party arbitrations, the existing provisions on the **joinder** of additional parties after the constitution of the tribunal have been modified. Whereas under the 2017 Rules such a joinder was subject to the agreement of all the parties to the arbitration, the new rules provide that a request for joinder will now be subject only to the additional party “*accepting the constitution of the arbitral tribunal and agreeing to the Terms of Reference, where applicable*” (**Art. 7(5)**).

As to the **consolidation** of multi-party arbitrations, the new wording clarifies that it is possible in cases where the claims are made “*under the same arbitration agreement or agreements*” (**Art. 10 (b)**).

A step towards efficiency

The revised Rules explicitly empower the tribunal to decide, after consulting the parties, that a hearing will be conducted **virtually (Art. 26(1))**. At the same time, the previous provision of Article 25(2) – under which “*the arbitral tribunal shall hear the parties together in person*” – was deleted. These modifications are consistent with the ICC Court’s clarification earlier this year that Article 25(2), in its previous version, “*can be construed as referring to the parties having an opportunity for a live, adversarial exchange and not to preclude a hearing taking place ‘in person’ by virtual means, if the circumstances so warrant.*”²

¹Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, 1 January 2019, para. 28 ([Link](#)).

²ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, 9 April 2020, para 23 ([Link](#)).

The new Rules set forth a default rule that provides a basis for allowing **electronic filing of all pleadings**. According to the new version, “*all pleadings and other written communications [...] shall be sent to each party, each arbitrator, and the Secretariat*” (**Art. 3(1)**), as opposed to the previous version requiring that all pleadings shall be “*supplied in a number of copies sufficient to provide one copy for each party, plus one for each arbitrator, and one for the Secretariat*.” As a result, the revised Rules do not require anymore the supply of hard copies of pleadings, which is not only welcome in these times of pandemic but also more ecologically friendly.

The revised Rules also increase the **upper limit for automatic application of the Expedited Procedure Rules** from \$2 million to \$3 million (**Appendix VI, Art. 1 (2)**). This modification is in line with the growing number of opt-in requests which reflects the success of the expedited procedure.³

Finally, the 2021 ICC Rules notably provide that parties may apply for an **additional award** “*as to claims made in the arbitral proceedings which the arbitral tribunal has omitted to decide*” (**Art. 36(3)**), while the previous version of the Rules only allowed parties to apply for the correction of an error or interpretation of the award. The introduction of this new mechanism should allow reducing the risk of an award being challenged on the ground of *infra petita* and thus enhance the efficiency of the ICC arbitration.

Constitution of the arbitral tribunal by the ICC Court in “exceptional circumstances”

Probably the most controversial modification is the one providing that “[n]otwithstanding 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” (**Art. 12(9)**). According to the ICC, this new provision allows to “*disregard unconscionable arbitration agreements that may pose a risk to the validity of the award.*”

⁴However, the new Rules do not give any guidance as to what agreements might be qualified as unconscionable, and the determination of the “*exceptional circumstances*” is left to the ICC Court’s discretion. The threshold of “*exceptional circumstances*” should be set sufficiently high to make this provision legitimate and justified in the eyes of the parties. Otherwise, there is a risk that the new Rules would backfire with awards being challenged on the ground that the arbitral tribunal was not constituted in accordance with the parties’ agreement (**Art. V(1)(d) of the New York Convention**).

This new provision appears to be aimed at circumstances when the method of constitution of the tribunal chosen by the parties is clearly unbalanced. This could be the case when one of the parties is given much more control over the designation process e.g. by having a unilateral right to disagree with the other party’s appointee or by having an exclusive right to control the list of potential arbitrators from which the other party must select its appointee. Such inherently unbalanced agreements might be contrary to the public policy, thus warranting the application of the above discussed new provision.

Modifications in relation to investment treaty arbitration

The revised Rules provide for treaty-based arbitrations that “*unless the parties agree otherwise, no arbitrator shall have the same nationality of any party to the arbitration*” (**Art. 13(6)**). The new Rules also clarify that emergency arbitration does not apply to treaty-based arbitration (**Art. 29(6)(c)**). However, one should note that these provisions do not apply to arbitrations initiated against a state pursuant to an investment agreement or local law, as opposed to arbitrations initiated under an investment treaty.

³In 2019, the ICC received 50 opt in proposals, 21 of which were accepted by the other party(ies) (see “2019 ICC Dispute Resolution Statistics” in ICC Dispute Resolution Bulletin 2020 (Issue 2)).

⁴<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-unveils-revised-rules-of-arbitration/>

Forum and applicable law for disputes arising out of ICC's services for the administration of the arbitration proceedings

Arbitral institutions are sometimes subject to claims being raised against them based on their contractual relationship with the parties concerning the administration of the arbitration proceedings. The grounds for these claims may include an alleged failure to comply with the principle of the parties' equality and due process, poor scrutiny of the award, erroneous prima facie analysis of the arbitration agreement, incorrect calculation of costs, etc. However, the cases in which an arbitral institution was held liable are scarce.⁵

In this regard, the new Rules now include a specific choice of law and dispute resolution provision with respect to claims arising out of or in connection with the ICC Court's administration of the arbitration proceedings. These claims "shall be governed by French law and settled by the Paris Judicial Tribunal (*Tribunal Judiciaire de Paris*) in France, which shall have exclusive jurisdiction" (**Art. 43**). This new provision should allow to centralize before French courts all the potential litigation involving the ICC and arising out of the ICC Court's administration of the arbitration proceedings. This should reduce the risk of the ICC being subject to claims brought elsewhere against it, including at the seat of arbitration.

The choice of French courts and French applicable law is justified by the fact that the ICC is a legal entity constituted under French law with its seat in France. The designation of French law is also in line with the French courts' practice.

Conclusion

The amendments brought about by the new Rules are not numerous and do not revolutionize the current landscape of ICC arbitration. However, they are much welcome as they fit into the current business environment by further enhancing the efficiency and transparency of arbitration and filling in the gaps where needed.



Hery Frédéric Ranjeva



Ivan Urzhumov



Maria Mironova

⁵ See e.g. Paris Court of Appeal, 21 September 2006, *Sté Filature Française de Mahair c. Fédération Française des Industries Lainière et Cotonnière* (liability found for breach of the principle of due process, where the arbitration center submitted certain documents directly to the arbitrator, without giving notice to the parties).



“Think Different” – But keep it to yourself? Dissenting opinions in German seated arbitration proceedings

The risk of dissenting opinions and the importance of taking the parties’ submissions into full consideration

Last year, the Higher Regional Court of Frankfurt set-aside an award in an insolvency-related ICC arbitration on grounds that the Tribunal violated the parties’ right to be heard (OLG Frankfurt a. M., 16.01.2020 – 26 Sch 14/18). Insofar, the decision was in line with the standing jurisprudence of the Federal Supreme Court (“*Bundesgerichtshof*”, BGH), which will be briefly discussed at the end of this article. More controversially, however, the Frankfurt Court stated in an *obiter dictum* that it considers dissenting opinions in German seated arbitrations to violate the procedural *ordre public*, hence opening the door for possible setting-aside applications. This is of particular interest as there have been no cases decided on this issue and the prevalent view in academic writing was – and still is, albeit to a lesser degree now - that dissenting opinions are indeed permitted under German arbitration law.

Dissenting Opinions in International Arbitration

The use of dissenting opinions is often found in common law jurisdictions as well as in investment arbitration (see **Art. 48 (1)(b) ICSID Rules**). In international commercial arbitration, dissenting opinions are somewhat less frequent but mostly accepted. In its *obiter*, the Frankfurt Court stated that the issuing of a dissenting opinion (“*Sondervotum*”) is likely to violate the principle that deliberations ought to remain secret. Further, any violation of this principle could constitute grounds for setting-aside petitions under section 1059(2)(2)(b) German Code of Civil Procedure (“*Zivilprozessordnung*”- CCP) for a breach of the domestic *ordre public*.

Principle of Secrecy of Deliberations

First, although the principle of secrecy of deliberations is widely accepted in German arbitral practice, it is unclear where the principle is exactly derived from (tacit agreement, the terms of appointment, analogy to the rules applicable to judges in Germany (sections 43, 46 DriG -The German Judiciary Act) or common practice). Depending on the exact source, it might indeed be difficult to reconcile the secrecy of deliberations with the issuance of a dissenting opinion under German law, in particular when applying the rules for judges and exceptions for certain courts (cf. section 30 II 1 BVerfGG - Act on the Federal Constitutional Court) by analogy. The legislator, at the time of its last revision of the German arbitration law, however, considered the possibility of dissenting opinions “uncontroversial” and decided against making specific provisions in the German arbitration law (BT Drucksache 13/5274, p. 56). Moreover, it is dogmatically unclear why any provisions relating to judges or certain courts ought to be applied by analogy to the self-standing arbitration law. The Frankfurt Court did not elaborate on these issues but merely emphasised the significance and scope of the secrecy of deliberations, pointing out that they do not allow for exceptions.

Secondly, assuming that the issuance of a dissenting opinion in fact breaches the secrecy of deliberations, it is questionable whether this in turn violates the domestic procedural *ordre public*, as suggested by the Frankfurt Court. A breach of the domestic *ordre public* has been accepted where the enforcement of an arbitral award would violate fundamental norms or substantive notions of equity and justice. Considering that there is no prohibition of dissenting opinions and that the legislator considered such opinions “uncontroversial” it is hard to accept that dissenting opinions violate any such fundamental norms. Besides emphasising the importance of the secrecy of deliberations, the Frankfurt Court provided little indication in its *obiter* as to why the procedural *ordre public* could be violated.

Some practical considerations

Is it possible to waive the secrecy of deliberations in respect to the issuance of a dissenting opinion?

The recent decision of the Frankfurt Court suggests that it is not possible, and that the secrecy of deliberations remains strict even after the official proceedings have ended. As such it is probably not possible to allow the arbitrators, by agreement of the parties, to issue dissenting opinions and thus to eliminate the danger that the decision may later be set-aside. In a worst-case scenario, it could even happen that an arbitrator uses the perils lurking beneath dissenting opinions to provide its appointing party with the opportunity of pursuing setting aside proceedings by issuing a dissenting opinion. However, the arbitrators' primary duty is to render an enforceable award. Raising the problems that may be associated with issuing dissenting opinions at the case management conference, especially where non-German arbitrators are sitting, may be a proactive way to reduce the risk of setting-aside the award in German seated arbitrations. The BGH is set to address the decision of the Frankfurt Court as the final instance and we will keep you updated in the next Litigation Quarterly.

Regardless of its *obiter*, the Frankfurt Court set-aside the award on grounds that its enforcement would violate the domestic *ordre public* because the Tribunal violated the parties' right to be heard (Section 1059(2)(2)(b) CCP). The Court reiterated the jurisprudence of the BGH that the right to be heard is violated when there are indications that the Tribunal did not take into consideration key facts adduced by either of the parties (BGH, judgement of 18.07.2019, I ZB 90/18). The Frankfurt Court emphasised that merely listing the parties' submissions or reiterating their arguments, does not amount to substantive consideration of the arguments and facts. The arbitrators must rather intellectually process the arguments and this should be reflected in their award.



Georg Scherpf



Nichtigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung zwischen Rechtsanwalt und Prozessfinanzierer (OLG München, Beschluss vom 31.10.2019 – 23 U 940/19)

Eine Vereinbarung eines Rechtsanwalts mit einem Vermittler von Mandanten bzw. Prozessfinanzierer für die Mandanten, wonach von dem Vermittler/Prozessfinanzierer vereinbarte Erfolgshonorare teilweise an den Rechtsanwalt weitergereicht werden sollen und der Rechtsanwalt dieses Geld zusätzlich zu den von seinen Mandanten ihm gegenüber geschuldeten gesetzlichen Gebühren erhält, ist grundsätzlich gemäß § 134 BGB nichtig.

Erfolgshonorarvereinbarungen sind nur in Ausnahmefällen und nur dann zulässig, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde (§ 4a Abs. 1 S. 1 RVG). Einem Rechtsanwalt ist es daher grundsätzlich nicht gestattet, ein Erfolgshonorar zu erhalten.

Auch wenn das Erfolgshonorar zunächst von einem Dritten wie einem Vermittler oder Prozessfinanzierer vereinnahmt und es oder ein (erheblicher) Teil davon erst danach an den Rechtsanwalt weitergereicht werden soll, verstößt die entsprechende Vereinbarung zwischen den Vermittlern oder Prozessfinanzierern und dem Rechtsanwalt gegen §§ 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO und 4a Abs. 1 Satz 1 RVG und ist daher unwirksam. Die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung ergibt sich in einem solchen Fall aus § 134 BGB, da die §§ 49b Abs. 2 BRAO und 4a RVG grundsätzlich ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB darstellen. Die Unwirksamkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber ergibt sich dagegen nicht aus § 134 BGB, sondern aus § 4b RVG. Denn § 4b RVG ist eine spezielle Sondernorm, die § 134 BGB verdrängt. Gemäß § 4b RVG bleibt die Vereinbarung mit dem Rechtsanwalt bis zur gesetzlichen Gebührenhöhe wirksam.

Das OLG München hat sich mit der Problematik beschäftigt und wies am 31.10.2019 die Berufung eines Vermittlers von Mandanten bzw. Prozessfinanzierers zu Ansprüchen aus einer Vereinbarung über die gegenseitige Vergütung bei der Zuführung von Mandanten mit einem Rechtsanwalt als offensichtlich unbegründet zurück. Zuvor war die Klage bereits vom LG München abgewiesen worden.

Kläger waren der Geschäftsführer einer GmbH und die GmbH selbst, die als Vermittler bzw. Prozessfinanzierer tätig ist und in Rahmen dessen vor allem enttäuschte, geschädigte Kapitalanleger ausfindig macht und sie bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche unterstützt. Beklagte waren ein Rechtsanwalt und Partner einer Rechtsanwaltssozietät und die Sozietät selbst.

Entsprechend der zwischen den Klägern und den Beklagten geschlossenen Vereinbarung sollten im Rahmen ihrer Kooperation die Beklagten jeweils 50% des Erfolgshonorars erhalten, welches die Klägerin-GmbH von den Mandanten erhielt. Im Austausch hierzu erhielt die Klägerin-GmbH von den Beklagten 50% der Vergütung der anwaltlichen Tätigkeit gemäß RVG oder einer abweichenden Honorarvereinbarung. Über die zu leistenden Zahlungen waren die Parteien gegenseitig rechenschaftspflichtig. In der Folgezeit der Vereinbarung vermittelte die Klägerin-GmbH den Beklagten mehrere Mandanten, wobei die meisten Klagen keinen Erfolg hatten und teilweise von den Beklagten zurückgenommen wurden. Die Klägerin-GmbH finanzierte für einige dieser Mandanten die Gerichtskostenvorschüsse.

Die Kläger verlangten sodann mit ihrer Stufenklage von den Beklagten Auskunftserteilung und Rechnungslegung gemäß der zwischen ihnen abgeschlossenen Kooperationsvereinbarung bezüglich der an die Beklagten vermittelten Mandanten. Zudem beehrten sie Auskunft über die Rückerstattung der Gerichtskosten durch die Rücknahme der Klagen. Schließlich verlangten die Kläger eine Versicherung der erteilten Auskünfte an Eides statt, sowie Auszahlung der sich aus den Auskünften ergebenden Beträge zu ihren Gunsten.

Das Gericht begründete die Ablehnung dieser Forderungen damit, dass sich kein Anspruch der Parteien auf entsprechende Auskunftserteilung und auf Abrechnung aus der Kooperationsvereinbarung ergebe. Vielmehr seien die dort enthaltenen gegenseitigen Zahlungsvereinbarungen unwirksam, da es sich bei den Zahlungen an die Beklagten um ein Erfolgshonorar des Rechtsanwalts handelte. Dies jedoch verstoße gegen §§ 49 b Abs. 2 S. 1 BRAO und 4a Abs. 1 RVG. Dagegen ließe sich auch nicht einwenden, dass das Erfolgshonorar an die Klägerin-GmbH gezahlt wurde und damit gar nicht primär an einen Rechtsanwalt, da ein beträchtlicher Anteil an den Rechtsanwalt weitergeleitet wurde.

Im dem OLG München vorliegenden Fall mussten die Mandanten zusätzlich zu dem Erfolgshonorar an die Kläger auch noch die normale rechtsanwaltliche (gesetzliche) Vergütung an den Rechtsanwalt zahlen. Daraus ergibt sich bereits, dass die Erfolgshonorare nicht notwendig für die Mandatierung und Rechtsverfolgung waren. Sie waren daher nicht gerechtfertigt. Dementsprechend handelte es sich bei der Zahlungsvereinbarung um ein verbotenes Erfolgshonorar, das gemäß § 134 BGB nichtig ist. § 4b RVG ist dabei nicht einschlägig, sodass die allgemeine Regelung des § 134 BGB nicht verdrängt wird. Das OLG München entschied dementsprechend, dass die erste Zahlungsvereinbarung zugunsten der Beklagten nichtig sei, was zumindest zu einer Teilnichtigkeit des Vertrages führte. Nach § 139 BGB sei damit auch die Zahlungsvereinbarung zugunsten der Klägerin-GmbH wegen § 49 Abs. 3 Satz 1 BRAO in Verbindung mit § 134 BGB nichtig, weshalb die Kläger keinerlei Ansprüche gegen die Beklagten aus der Kooperationsvereinbarung ableiten können.

Durch die Entscheidung sind die Grenzen von Erfolgshonorar- und Kooperationsvereinbarungen zwischen Rechtsanwälten und Mandatsvermittlern oder Prozessfinanzierern deutlich umrissen. Diese Grenzen müssen Anwälte zukünftig bei der Gestaltung ihrer Mandatsvereinbarungen beachten, um deren Zulässigkeit und Wirksamkeit sicherzustellen.



Dr. Henning Schaloske



Dr. Styliani Ampatzi, LL.M.



Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung und anwendbares Recht (BGH, Urteil vom 26.11.2020 – I ZR 245/19)

Internationale Kaufverträge enthalten häufig Schiedsvereinbarungen, mit denen die Vertragsparteien Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag der staatlichen Gerichtsbarkeit entziehen und stattdessen der Entscheidung durch ein privates Schiedsgericht unterwerfen wollen. Die Parteien verwenden hierfür oftmals allgemeine Geschäftsbedingungen aus denen sich die Schiedsabrede ergibt. Dass das gerade im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechtsübereinkommens (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – kurz: CISG) nicht ohne Risiko ist, zeigt die vielbeachtete Entscheidung des BGH vom 26. November 2020 – I ZR 245/19 - BeckRS 2020, 35147.

In dieser Entscheidung hatte der BGH die formelle Wirksamkeit und das materielle Zustandekommen einer Schiedsabrede im grenzüberschreitenden kaufmännischen Verkehr zu bewerten. Der BGH nutzte die Gelegenheit, die bislang offengebliebene Frage zu klären, ob das CISG auf die Frage der materiellen Einigung der Parteien auf eine Schiedsvereinbarung Anwendung findet. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich gesehen.

In der 1. Instanz vor dem Landgericht Bremen hatte die beklagte niederländische Gewürzlieferantin die Einrede der Schiedsvereinbarung gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO erhoben. In dem Rechtsstreit ging es um eine schadhafte Lieferung von gemahlene Macisblüten. Geklagt hatte die Versicherung der Käuferin der Macisblüten aus abgetretenem Recht. Die in Deutschland ansässige Versicherungsnehmerin der Klägerin kaufte von der Beklagten insgesamt 1.500 kg gemahlene Macisblüten in drei Lieferungen. Die Käuferin orderte die Ware bei der Beklagten, die die Bestellungen schriftlich bestätigte. In den Bestätigungsschreiben hieß es unter anderem:

„Wir bestätigen Ihnen verkauft zu haben: (...) Kontraktbedingungen: laut Nederlandse Vereniging voor de Specerijhandel (N.V.S.)“

Die Verbandsbedingungen der Nederlandse Vereniging voor de Specerijhandel (im Folgenden: NVS-Bedingungen) enthalten in Art. 16 eine Schiedsklausel. Zum anwendbaren Recht heißt es in den NVS-Bedingungen, dass das Übereinkommen United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (kurz: CISG) keine Anwendung findet, und, dass der Vertrag niederländischem

Recht unterliegen soll. Die NVS-Bedingungen waren den kaufmännischen Bestätigungsschreiben nicht beigelegt und auch nicht bei anderer Gelegenheit an die Käuferin übermittelt worden.

Die kaufmännischen Bestätigungsschreiben sind von der Beklagten unterzeichnet und sehen die Unterzeichnung durch die Käuferin vor. Eine solche Unterzeichnung durch die Käuferin ist jedoch nicht erfolgt.

Das Landgericht hat gegen die Beklagte Teil-Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren erlassen. In der Einspruchsschrift hat die Beklagte die Schiedseinrede erhoben, woraufhin das Landgericht die Klage wegen der wirksamen Schiedsvereinbarung abgewiesen hat. Die Berufung der Klägerin hiergegen hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Mit der Revision beruft sich die Beklagte erneut auf die Schiedsabrede und begehrt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Der BGH befasste sich im Revisionsverfahren zunächst mit der Vorfrage, ob die Erhebung der Einrede der Schiedsabrede nach dem Erlass des (Teil-)Versäumnisurteils überhaupt rechtzeitig war. Das hat der BGH bejaht. Gemäß § 1031 ZPO müsse die Schiedseinrede vor dem Beginn der mündlichen Verhandlung erhoben werden. Aus § 342 ZPO ergebe sich, dass durch den zulässigen Einspruch der Beklagten, der Prozess zurück in die Lage versetzt wird, in welcher er sich vor dem Eintritt der Säumnis befand, und somit in das Stadium vor Beginn der mündlichen Verhandlung. Folglich könne eine Schiedseinrede auch noch mit dem Einspruchsschriftsatz wirksam erhoben werden.

Im Anschluss daran erörterte der BGH die Frage, ob die Schiedsvereinbarung durch die Bezugnahme auf die NVS-Bedingungen in den Bestätigungsschreiben wirksam Vertragsinhalt geworden ist. Dies verneint der BGH.

Die Schiedsvereinbarung sei nicht formgültig zu Stande gekommen. Der hier anwendbare Art. II (1) New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (“UNÜ”) schreibe eine “schriftliche Vereinbarung” vor. Nach Art. 2 (2) UNÜ liege eine „schriftliche Vereinbarung“ unter anderem vor, wenn sie in einem von beiden Parteien unterzeichneten Vertrag enthalten ist. Da hier die Käuferin das Bestätigungsschreiben,

in dem erstmals Bezug auf die NVS-Bedingungen genommen worden ist, nicht unterschrieben hat, fehle es an eben dieser Schriftlichkeit.

Unter Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes gemäß Art. VII (1) UNÜ könne die Schiedsabrede formgültig geschlossen worden sein, wenn sie entweder dem Einheitsrecht (Art. II (2) UNÜ), dem nationalen Sachrecht (§ 1031 ZPO) oder dem durch das nationale Kollisionsrecht berufenen Sachrecht, sprich dem Statut der Schiedsvereinbarung, entspricht.

Voraussetzung für eine formgültige Vereinbarung gemäß § 1031 Abs. 2, Abs. 3 ZPO sei eine wirksame Vereinbarung durch Bezugnahme nach materiellem (AGB-)Recht. Danach sei maßgeblich, ob die Schiedsklausel aus den NVS-Bedingungen nach deutschem materiellem Recht wirksam in den Vertrag zwischen den Parteien einbezogen worden ist. Das sei nicht der Fall.

Die Schiedsklausel sei - unterstellt, sie ist wirksam in den Vertrag einbezogen worden - Teil eines Kaufvertrags über Waren zwischen Parteien, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wobei beide Staaten - Deutschland und die Niederlande - Vertragsstaaten des CISG sind. Damit sei das CISG auf den hier streitgegenständlichen Vertrag grundsätzlich anwendbar. Auf die Frage, ob der in den NVS-Bedingungen enthaltene Ausschluss des CISG wirksam ist, komme es laut BGH bei der Prüfung des nationalen Sachrechts im Rahmen des Meistbegünstigungsgrundsatzes nicht an.

Die Frage, ob und inwieweit das CISG auf Schiedsvereinbarungen Anwendung findet, ist umstritten. Nach einer kurzen Zusammenfassung des Streitstandes schließt der BGH sich der derzeit herrschenden Auffassung an, nach der das CISG auch auf Schiedsvereinbarungen Anwendung findet.

Die Anwendbarkeit des Übereinkommens folge aus Art. 19 Abs. 3 CISG, wonach eine abweichende Streitbeilegungsklausel in der Annahmeerklärung als wesentliche Änderung der Bedingungen des Angebots gilt und das Zustandekommen des Kaufvertrags verhindert. Im Umkehrschluss müssten insoweit übereinstimmende Parteierklärungen eine solche Klausel zum Bestandteil des Vertrags werden lassen.

Bestätigt werde diese Auslegung durch Art. 81 Abs. 1 S. 2 CISG. Danach berühre die Vertragsaufhebung nicht die Bestimmungen des Vertrags über die Beilegung von Streitigkeiten oder sonstige Bestimmungen des Vertrags, welche die Rechte und Pflichten der Parteien nach Vertragsaufhebung regeln. Diese Norm wäre überflüssig, wenn Schiedsklauseln schon gar nicht Teil des Vertragsbandes nach dem CISG wären.

Eine wirksame Einbeziehung der NVS-Bedingungen bemesse sich mangels speziellerer Bestimmungen in Bezug auf die Einbeziehung allgemeiner Vertragsbedingungen nach Art. 8 CISG. Für eine wirksame Einbeziehung gemäß Art. 8 CISG sei eine Übersendung der allgemeinen Vertragsbedingungen oder anderweitige Zurverfügungstellung notwendig gewesen. Eine solche ist nicht erfolgt.

Auch unter Berücksichtigung des gemäß nationalem Kollisionsrecht berufenen Sachrechts, sprich des Statuts der Schiedsvereinbarung, sei das Ergebnis kein anderes. Das auf die Schiedsvereinbarung anzuwendende Recht (Schiedsvereinbarungsstatut), das nach Art. 11 Abs. 2 Fall 1 EGBGB auch dessen Form regiert, bestimme sich nach Art. V Abs. 1 Buchst. a UNÜ. In diesem Fall sei es aufgrund der Rechtswahl in den NVS-Bedingungen das niederländische Recht einschließlich des CISG. Die Schiedsvereinbarung sei damit auch unter dem Schiedsstatut nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden, weil die NVS-Bedingungen mit der Schiedsklausel der Käuferin nicht übersandt oder anderweitig zugänglich gemacht worden sind.



Anna Falk



Erstreckung von Schiedsvereinbarungen auf am Vertrag unbeteiligte Dritte

Insbesondere internationale Handelsverträge enthalten häufig Schiedsvereinbarungen, mit denen die Vertragsparteien Streitigkeiten in Bezug auf ihren Vertrag der staatlichen Gerichtsbarkeit entziehen und stattdessen der Entscheidung durch ein privates Schiedsgericht unterwerfen. Grundsätzlich binden solche Schiedsvereinbarungen nur die Vertragsparteien selbst. Dennoch kommt in der schiedsgerichtlichen Praxis immer wieder die Frage auf, inwieweit an dem Vertragsverhältnis nicht beteiligte Dritte in den Anwendungsbereich einer Schiedsvereinbarung miteinbezogen sein können.

Das Bundesgericht der Schweiz hat sich in einer Entscheidung vom 17. April 2019 (BGE 145 III 199) mit der Frage der subjektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen befasst und seine Rechtsprechung, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch nicht direkt am Vertragsverhältnis beteiligte Dritte in den Anwendungsbereich einer Schiedsvereinbarung einbezogen sein können (BGE 134 III 565, 567 f.; 129 III 727), bestätigt. In dem Rechtsstreit hatte die Klägerin die Beklagte vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau auf Zahlung im Zusammenhang mit einem Vertriebsvertrag verklagt. Zwischen den Parteien war streitig, ob neben einer anderen, der gleichen Unternehmensgruppe wie die Beklagte angehörigen Gesellschaft die Beklagte selbst Partei des Vertriebsvertrags war. In dem Verfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau rügte die Beklagte die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und verwies auf eine im Vertriebsvertrag enthaltene Schiedsabrede, wonach ein Schiedsgericht in Slowenien für jegliche Streitigkeiten aus dem Vertriebsvertrag zuständig sein sollte. Das Handelsgericht des Kantons Aargau lehnte die eigene Zuständigkeit unter Verweis auf die im Vertriebsvertrag enthaltene Schiedsvereinbarung ab. Auf die Beschwerde der Klägerin hin bestätigte das Bundesgericht die Entscheidung des Handelsgerichts.

Das Bundesgericht schloss sich der Ansicht der Vorinstanz an, dass die im Vertriebsvertrag enthaltene Schiedsvereinbarung auch für die Klage der Klägerin gegen die Beklagte gelte, selbst wenn die Beklagte nicht ursprünglich Vertragspartei des Vertriebsvertrags gewesen sein sollte. Zwar binde eine Schiedsabrede aufgrund des Grundsatzes der Relativität vertraglicher Verpflichtungen grundsätzlich nur die Vertragsparteien. Allerdings können nach der Rechtsprechung

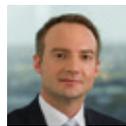
des Bundesgerichtes unter bestimmten Voraussetzungen auch Personen an eine Schiedsabrede gebunden sein, die den Vertrag nicht selbst unterzeichnet haben und im Vertrag auch nicht erwähnt werden. Dies sei etwa in Fällen der Abtretung einer Forderung, bei einer Schuldübernahme oder einer Vertragsübernahme der Fall. Des Weiteren könne auch ein Dritter, der sich in den Vollzug des Vertrags einmischt, der im Vertrag enthaltenen Schiedsklausel durch konkludentes Verhalten zustimmen.

Der Einbeziehung des Dritten stehe auch nicht das Schriftformerfordernis des Art. II Abs. 2 New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche entgegen. Hiernach müssten zwar grundsätzlich die Vertragsparteien die Schiedsvereinbarung unterzeichnen. Dies sei jedoch dahingehend zu verstehen, dass die ursprünglichen Vertragsparteien die Schiedsvereinbarung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unterzeichnen müssen. Das Formerfordernis gelte nicht für die Einbeziehung Dritter in den Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung; diese richte sich laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem anwendbaren materiellen Recht.

Auch in Deutschland ist anerkannt, dass eine Schiedsvereinbarung grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien gilt. Mit Blick auf das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, auf das durch den Abschluss einer Schiedsvereinbarung regelmäßig verzichtet wird, sowie den Grundsatz der Vertragsfreiheit, nach welchem jede an dem Geschäftsverkehr beteiligte Person frei entscheiden kann, ob, mit wem und mit welchem Inhalt sie Verträge schließt, und schließlich das in § 1031 ZPO verankerte

Schriftformerfordernis für Schiedsvereinbarungen, das grundsätzlich keinen Raum für eine stillschweigende Zustimmung des Dritten lässt, wird in Deutschland die subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung grundsätzlich auf die Vertragsparteien beschränkt. In einzelnen Fällen können aber auch nach deutschem Recht Dritte an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn diese auf dem Weg der Rechtsnachfolge – etwa durch Forderungsabtretung, Vertragsübernahme oder Verschmelzung – in die Position einer Vertragspartei einrücken. Des Weiteren gilt eine Schiedsvereinbarung auch für Dritte, wenn diese durch den die Schiedsvereinbarung enthaltenden Vertrag berechtigt oder verpflichtet werden, so etwa im Fall eines Vertrags zugunsten Dritter. Auch die Gesellschafter einer OHG, die akzessorisch für die Schulden der Gesellschaft haften, sind an eine von der OHG geschlossene Schiedsvereinbarung gebunden.

Ob nach deutschem Recht – vergleichbar mit dem vom Schweizerischen Bundesgericht entschiedenen Fall – auch ein „Einmischen“ in den Vollzug des Vertrags einer anderen Konzerngesellschaft als konkludente Zustimmung zu qualifizieren ist und eine Einbeziehung der am Vertrag nicht beteiligten Konzerngesellschaft in den Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung rechtfertigt, ist fraglich. Grundsätzlich entfaltet nach in Deutschland überwiegender Ansicht eine Schiedsvereinbarung eines Konzernunternehmens keine Bindungswirkung für andere dem Konzern angehörige, rechtlich selbstständige Gesellschaften. Bislang haben auch deutsche Gerichte Schiedsvereinbarungen mit Hinblick auf deren Erstreckung auf am Vertrag nicht beteiligte Dritte zurückhaltend ausgelegt. Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob sich die deutsche Rechtsprechung der Argumentation des Schweizerischen Bundesgerichts anschließen wird.



Dr. Michael Pocsay, LL.M.



Dr. Styliani Ampatzi, LL.M.



Private Strafverfolgung im Vereinigten Königreich – eine echte Alternative?

In England und Wales, wie auch in vielen anderen Ländern, waren die Strafgerichte auch schon vor Covid-19 überlastet und Verletzte mussten häufig lange auf ein Verfahren warten. Mit der steigenden Belastung der Polizei im Zusammenhang mit Covid-19 werden Betrugsfälle momentan nur sehr selten mit ausreichenden Mitteln verfolgt. Obwohl England diesem Umstand mit neuen, verkürzten Verfahrensmethoden entgegengetreten ist, gibt es sicherlich wenig Zweifel daran, dass die zusätzlichen Herausforderungen, die Covid-19 mit sich brachte, die Bemühungen behindert haben, die fast 53.000 Fälle, die ab Dezember 2020 auf den Prozess warteten, zu reduzieren.

Was ist private Strafverfolgung?

Private Strafverfolgung ist eine strafrechtliche Verfolgung durch eine Einzelperson oder ein Unternehmen und nicht durch die Staatsanwaltschaft selbst. Immer mehr Einzelpersonen und Unternehmen verfolgen diese Vorgehensweise insbesondere deshalb, weil Staatsanwälte häufig nur über begrenzte Ressourcen verfügen und die Angebote von Anwaltskanzleien hingegen auf die Bedürfnisse der Verletzten maßgeschneidert sind.

Private Strafverfolgung kann in Bezug auf eine breite Palette von Straftaten eingeleitet werden, einschließlich Betrug, Ordnungswidrigkeiten, Erpressung und Belästigung.

Der Zweck der privaten Strafverfolgung darf jedoch nicht in einem rein finanziellen Ansatz liegen, sondern muss immer darin bestehen, ein kriminelles Unrecht zu korrigieren. Dies bedeutet nicht, dass finanzielle Ziele kein Faktor für die private Strafverfolgung sein können. Der finanzielle Faktor wird meist das Hauptmotiv für Unternehmen sein und nur beiläufig einer Gerechtigkeit dienen. Die Strafgerichte erlauben auch solche gemischte Motivlagen und Entschädigungsurteile gewähren den Verletzten finanzielle Entschädigung.

Obwohl dies selten genutzt wird, kann die Staatsanwaltschaft jede private Strafverfolgung eines Klägers übernehmen oder einstellen. Die Richter behalten sich auch das Recht vor, Fälle zurückzuweisen, die ihrer Meinung nach ein abuse of process darstellen, d.h. rechtsmissbräuchlich sind. Eine solche Zurückweisung ist häufig mit erheblichen Kostenfolgen verbunden. Auch sind bestimmte Verbrechen aus rechtlichen

Gründen nicht privat verfolgbar, so zum Beispiel die versuchte private Verfolgung von Dominic Cummings, der ehemalige Berater und enge Vertraute des englischen Premierministers Boris Johnson, der kontrovers in England gegen Covid-19-Beschränkungen verstoßen hatte und hierfür nicht strafrechtlich sanktioniert wurde.

Was sind die Vorteile privater Strafverfolgung?

Die private Strafverfolgung hat gegenüber der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft viele Vorteile. Eine private Strafverfolgung ist im Allgemeinen viel schneller und konzentriert sich viel mehr auf die Verletzten und ihre spezifischen Bedürfnisse. Der private Weg ist daher effektiver und effizienter als der staatliche. In Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung ablehnt, ist die private Strafverfolgung oft die einzige Möglichkeit, eine Untersuchung und Verfolgung eines Verbrechens einzuleiten, meistens in Betrugs- und Untreuefällen.

Der Mandant (der Verletzte) hat die Kontrolle über den Prozess, nicht die Staatsanwaltschaft. Darüber hinaus können die Sanktionen des Strafgerichts, einschließlich der Aussicht auf eine strafrechtliche Verurteilung, und Gewinnabschöpfungs- / Entschädigungsanordnungen einen großen Einfluss auf die Gegenpartei haben, ohne dass es überhaupt jemals zu einem Verfahren kommt. Daher ist die Möglichkeit der privaten Strafverfolgung auch des Öfteren eine Motivation der Streitbelegung zwischen Parteien eines Zivilverfahrens.

Das private Strafrechtsverfahren insgesamt ist weniger kostspielig als die Einleitung eines Zivilverfahrens, wobei die Kosten möglicherweise sogar vom Staat oder von den verurteilten Angeklagten erstattet werden können.

In Deutschland findet eine private Strafverfolgung in diesem Sinne nicht statt. Der Grundsatz ist die staatliche Strafverfolgung. Eine Privatklage ist nur bei bestimmten in § 374 StPO abschließend aufgelisteten Delikten möglich, darunter bspw. Beleidigungsdelikte, Bedrohung und Nötigung. Abseits dessen ist es in Deutschland möglich die Einstellung mangels hinreichenden Tatverdachts durch die Staatsanwaltschaft gerichtlich im Wege des Klageerzwingungsverfahrens überprüfen zu lassen.

Ansteigende Popularität wegen Effizienz und Effektivität

Selbst mit der Wiederaufnahme der Gerichtsverfahren nach den Covid-19-Ausgangssperren ist die Fallzahl für die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Justiz eindeutig unüberwindbar. Von März 2020 bis Anfang Dezember 2020 ist der Rückstand von Fällen in England, die auf ein Gerichtsverfahren warteten, auf 53.000 Fälle angestiegen, wobei Anhörungen bis 2022 verschoben wurden. Diese Zahlen können jedoch nicht allein der Pandemie zugerechnet werden; die Verzögerungen wurden durch jahrelange Kürzungen bei bereits angespannten staatlichen Mitteln noch verstärkt, obwohl in letzter Zeit durch die neuen Verfahrensregeln englische Gerichte besser mit dem Klagevolumen zurechtkommen als die Gerichte anderer Länder.

Für Kriminelle können die Covid-19-Ausgangssperren sogar von Vorteil sein. Die Londoner Polizei meldete einen Anstieg von Betrugsfällen um 400 Prozent gegenüber dem Vorjahr. Die tatsächlichen finanziellen Verluste für Unternehmen und Privatpersonen sind dabei noch nicht absehbar und erfasst. Für den breiteren Versicherungsmarkt ist Covid-19 nur ein Tropfen auf den heißen Stein. Seit 2015 sind Fälle des Anwendungsbetrugs gegenüber den Vorjahren dreistellig gewachsen.

Der Rückstand vor Gericht wirft unweigerlich Probleme für die ordnungsgemäße Rechtspflege auf. Es ist unklar, wie viele Betrugsanklagen jemals vor Gericht kommen oder zu einer erfolgreichen Strafverfolgung führen werden.

In England hat die Staatsanwaltschaft schwerwiegende, aber nicht dringende Fälle auf lange Sicht verschoben. Für diejenigen Kläger, deren Fälle untersucht werden, hat die englische Staatsanwaltschaft wirksam beschlossen, dass im besten Fall ein langer Weg zur Gerechtigkeit auf die Verletzten dieser Taten wartet.

Die unglückliche Realität für Unternehmen ist nur allzu oft, dass ihre Interessen selten von der Staatsanwaltschaft vor Gericht vertreten werden. Unternehmen mussten sich daher anpassen. Das Wachstum der Kriminalität hat sich mit dem Rückzug des Staates beschleunigt und die Vielzahl der Bedrohungen für Unternehmen hat dazu geführt, dass Betrüger ungestraft handeln können.

Wenn die Räder der Gerechtigkeit langsam rollen, kann die Antwort in der privaten Strafverfolgung liegen.

Neueste Entwicklungen

Private Strafverfolgungsmaßnahmen in England haben erst seit der Einführung des Gesetzes über die Verfolgung von Straftätern von 1984 (Prosecution of Offenders Act 1984) an Nutzen und Anziehungskraft zugenommen und in jüngster Zeit hat die englische "Private Prosecution Association" Anwälten wichtige Richtlinien für Integrität und Vorgehensweise gegeben, die den Mindeststandard einer Staatsanwaltschaft erfüllen und sich an den öffentlichen "Code for Crown Prosecutors" orientieren.

Die Fortschritte in Richtung privater Gerechtigkeit waren unvermeidlich. Lord Thomas in *R. v. Zinga (Munaf Ahmed)* erklärte: *"In einer Zeit, in der die Kürzung des Staates in vielen Bereichen offensichtlich ist, scheint es unvermeidlich, dass die Zahl der privaten Strafverfolgungsmaßnahmen zunehmen wird."* [übersetzt durch Verf.]

Die gesamte Justiz ist diesem Beispiel gefolgt und sieht nun die private Strafverfolgung als einen notwendigen Teil der Rechtspflege an. In der Tat hat die Kontrolle der Verletzten über den Prozess der Strafverfolgung durch das Sammeln von Beweisen, die Vermeidung von Bürokratie und die Fähigkeit, Übeltäter mit Rechtsmitteln, die vor Zivilgerichten nicht verfügbar sind, abzuschrecken, einen attraktiven Weg für diejenigen eröffnet, die an einer effektiven Strafverfolgung interessiert sind.

Diese Vorteile sind nicht neu und Einrichtungen, die sich seit Langem der Untätigkeit der Strafverfolgungsbehörden bewusst sind und auch ein begründetes Interesse an Abschreckung und Gerechtigkeit haben, haben es auf sich genommen, das Instrument der privaten Strafverfolgung zu etablieren. Aufsichtsbehörden wie die Security Industry Authority und größere Unternehmen, darunter Aviva, DAS und Virgin Media nutzen den Prozess der privaten Strafverfolgung in großem Umfang. Die Strafverfolgung ohne die Staatsanwaltschaft, die zu oft kein Interesse hat, Verfahren einzuleiten, hat es diesen Unternehmen ermöglicht, Betrug zu verhindern bzw. darauf angemessen zu reagieren.

Im Juni 2020 nutzte die Allianz Versicherung die private Strafverfolgung, indem sie erfolgreich ein Verfahren wegen eines betrügerischen Anspruchs im Rahmen einer Personenschadenversicherung einleitete. Das Unternehmen machte deutlich, dass es in großem Umfang in Technologien zur Betrugsbekämpfung investiert hat und dass private Strafverfolgungsmaßnahmen Teil des toolkits sind, um diejenigen abzuschrecken, die falsche Behauptungen aufstellen. Die Allianz Versicherung erwirkte unter vollständiger Kostenerstattung eine zwölfmonatige Verurteilung gegen den Beklagten.

Private Strafverfolgung im Vormarsch

Der britische Ansatz zur privaten Strafverfolgung ist durchweg positiv. Dies kann leider (noch) nicht von anderen Ländern behauptet werden.

Auf dem Kontinent lehnte die deutsche Verfassung eine sog. "Privatrache" im Grundsatz ab. Der deutsche Ansatz basiert auf dem Offizialprinzip (d.h. der Anklage durch den Staat), und es gibt nur die Möglichkeit der Privatklage in den engen, oben genannten, Grenzen. Das französische Strafgesetzbuch hingegen ermöglicht Ermittlungen gegen Wirtschaftsverbrechen durch bestimmte Stellen, unabhängig von der Staatsanwaltschaft.

In den USA verbot der Oberste Gerichtshof in den 1970er und 80er Jahren die private Strafverfolgung in Bundesfällen, erlaubt es aber nun in Ausnahmefällen. Das kanadische System wählte den umgekehrten Ansatz. Dort können private Strafverfolgungsmaßnahmen eingeleitet werden, um vor Trägheit oder Befangenheit der Behörde zu schützen. Australien und Neuseeland folgen dem kanadischen Beispiel. So wurde zum Beispiel versucht, Aung San Suu Kyi privat zu verfolgen, als sie Australien im Jahr 2018 besuchte.

Private Strafverfolgung ist ein noch junges Instrument, welches Verletzten, die vom Staat abgewiesen wurden oder die Sache selbst in die Hand nehmen wollen, nun aber einen aussichtsreichen Weg eröffnet, sich zu schützen und Gerechtigkeit zu erreichen.



Charles Kuhn



Sabrina Devenish



Third-Party Funding in the Context of Insolvency: Principles on When the Court Will Sanction Third Party Funding

In recent years, there has been an increased interest in obtaining third-party funding to commence legal proceedings. The insolvency sector in particular has seen an increase in applications to court for approval of third-party funding agreements. In this article, we discuss how an insolvent entity may seek approval from the court for third-party funding to pursue legitimate claims.

Third-party funding an important resource for insolvent companies

When a liquidator is appointed, one of its first duties is to review the insolvent company's affairs, in particular, its assets and liabilities. A company's assets can take many forms, and can include contingent assets such as causes of action that the company possesses against other parties. For example, prior to liquidation, the company's trading partners may have defaulted on their contracts with the company, such that there are receivables due. If the liquidator were to successfully pursue these claims, they represent a source of funds for distribution among the creditors.

Often, these claims may be meritorious, but the liquidator simply lacks funds to pursue the counterparty (whether in litigation or arbitration). Sometimes, the books and records of the company are poorly kept, such that the liquidator cannot, without further investigation, ascertain the merits or even quantum of the claims. To carry out such an investigation, particularly where the claims stretch back a number of years, can be costly.

Where then are the funds to pursue claims and/or conduct investigations going to come from? Traditionally, liquidators have looked to the insolvent company's creditors and shareholders to ask for funds. However, these parties may be unwilling to throw good money after bad, or may simply not have the financial wherewithal or risk appetite to fund an action that could take years to complete.

This is where commercial third-party funding can potentially step in to fill a gap in the market. In appropriate situations, liquidators can consider tapping on this new resource to possibly attain a greater realisation of the company's assets, which would be in the best interests of the company and its creditors.

History of third-party funding in Singapore

Prior to 2017, third parties in Singapore were prohibited from funding an unconnected party's litigation under the doctrines of maintenance and champerty. Maintenance refers to an unconnected third party assisting to maintain litigation, by providing, for example, financial assistance. Champerty is a form of maintenance, where a third party pays some or all of the litigation costs in return for a share of the proceeds.

Historically, the prohibition of third-party funding was based on the public policy ground of protecting the purity of justice. There was a fear that a third party could manipulate the litigation process. However, in modern times, a competing public policy – that of access to justice – has gained prominence and in many Commonwealth jurisdictions, such as England and Wales, Australia and Canada, the rules against maintenance and champerty have been relaxed, or even abolished.

In Singapore, the Civil Law Act (**Cap. 43**) was amended in 2017 to abolish the torts of maintenance and champerty. It clarifies that contracts affected by champerty and maintenance may still be unenforceable by virtue of being contrary to public policy or otherwise illegal. However, the amended Civil Law Act expressly stipulates that certain third-party funding contracts may be valid if the funding relates to prescribed dispute resolution proceedings, including international arbitration and related court or mediation proceedings, and the third-party funder meets certain prescribed requirements such as to its paid up share capital or managed assets.

However, on the insolvency front, even prior to the amendments to the Civil Law Act in 2017, the Courts had allowed third-party funding agreements, beginning with the decision of the Singapore High Court in *Re Vanguard Energy Pte Ltd* [2015] 4 SLR 597 (“**Re Vanguard**”) in 2015. Since then, the law has been progressively developed to encompass a range of third-party funding agreements.

We consider the below set out cases in which the Singapore High Court has approved third-party funding agreements for insolvent companies and summarise the key highlights of each.

Re Vanguard

Re Vanguard concerned an agreement entered into between the liquidators of the company and 3 of its shareholders for the funding of the company’s claims (commenced prior to the company’s liquidation). Pursuant to the funding agreement, the 3 shareholders agreed to bear the company’s costs of pursuing the claims, and in exchange, part of the fruits of the claims would be assigned to the funders.

The Singapore High Court sanctioned the terms of the funding agreement, and in doing so, accepted that section 272(2)(c) of the Companies Act (**Cap. 50**) permitted the sale of a cause of action as well as the proceeds (or “fruits”) from such actions. Section 272(2)(c) of the Companies Act reads as follows:

“The Liquidator may ... sell the immovable and movable property and things in action of the company by public auction, public tender or private contract with power to transfer the whole thereof to any person or company or to sell the same in parcels”.

In arriving at its conclusion, the Singapore High Court adopted the definition of “property” in section 2 of the Bankruptcy Act (Cap. 20) – which includes “things in action” – and accepted that a company’s causes of action and the fruits thereof are “property” of the company, falling within the scope of the liquidator’s statutory power of sale. In this regard, the High Court clarified that for a funding agreement to fall under Section 272(2)(c), a mere promise to use part of any recovered proceeds to reimburse the funders would not suffice. There had to be an actual sale or assignment of the proceeds.

Further, after considering various English and Australian authorities, the High Court held that the liquidator’s statutory power of sale in section 272(2)(c) of the Companies Act operated as a statutory exception to the rule against champerty and maintenance.

Trikonsel Pte Ltd and Trikonsel Singapore Pte Ltd

Following the decision in *Re Vanguard*, more third-party funding agreements were brought before the Singapore High Court for approval.

In the unreported case of *Trikonsel* (HC/OS 989/2018), the liquidators applied to the Singapore High Court to be allowed to enter into a funding agreement with a third-party commercial litigation funder, IMF Bentham Limited. It was contemplated that the funding arrangement would be in two main phases, with the first phase pertaining to the liquidators’ investigations as to the affairs of the company and the second pertaining to the pursuit of any substantive action(s).

The Singapore High Court granted an order declaring that the funding agreement did not offend the doctrine of maintenance and champerty.

Trikonsel represented a development in the law set out in *Re Vanguard* as it was the first time that the Singapore High Court sanctioned a funding agreement with a commercial third-party litigation funder, who was seeking a commercial return on the funding provided.

Solvadis Commodity Chemicals Gmbh v Affert Resources Pte Ltd

Next, in *Solvadis Commodity Chemicals Gmbh v Affert Resources Pte Ltd* [2018] 5 SLR 1337 (“**Solvadis**”), the liquidators applied to the Singapore High Court for approval of a third-party funding agreement pursuant to which the liquidators would assign various right of recovery of receivables and causes of action to the funders. In exchange, the funders would pay the company an initial sum, and in the event of recovery, a further sum representing a percentage of such recovery.

Although the funding agreement was opposed by a number of creditors, the Singapore High Court ultimately approved the agreement but added a safeguard requiring the liquidators to provide quarterly updates to the creditors on the progress of the recovery proceedings.

The significance of the *Solvadis* case is the Court’s consideration of the Court’s control over the liquidator’s statutory power of sale in section 272(2)(c) of the Companies Act. In this regard, the Singapore High Court held that although the statutory power of sale was subject to the Courts’ control pursuant to section 272(3) of the Companies Act, the Courts would not readily interfere with the liquidator’s exercise of power unless the action being taken was “*so utterly unreasonable*”. The High Court added that the overarching consideration was whether the liquidator, in exercising the power of sale, was “*acting bona fide or in good faith*”.

In its concluding remarks in *Solvadis*, the High Court recognised the useful role that litigation funding has in insolvency situations as long as such arrangements are executed and negotiated in good faith.

IMSPL Pte Ltd

Earlier this year, the liquidators of IMSPL Pte Ltd (“**IMSPL**”) applied to the High Court for an Order that IMSPL, its liquidators and LCM Singapore Pty Ltd (“**LCM SG**”), a third-party commercial funder, be allowed to enter into a funding agreement to fund the liquidators’ investigation into certain claims vesting in IMSPL, and the pursuit of such claims (if the investigations proved fruitful). Clasis LLC represented the liquidators of IMSPL.

The funding agreement was approved by the Singapore High Court. In addition, the Singapore High Court also granted an order allowing the liquidators to disburse funds received from LCM SG to the insolvent company’s liquidators and solicitors without such payments having to be taxed by the Taxing Master. This represented a development in the law as Rule 173 of the Companies (Winding Up) Rules required that payments in respect of bills of costs or charges or expense of solicitors be taxed by the Taxing Master before such payments can be allowed out of the assets of the company.

In this regard, the liquidators successfully argued that Rule 173 of the Companies (Winding Up) Rules has no application to the liquidators’ disbursement of funds received by LCM SG as such funds do not constitute “*assets of the company*”. The company would not have had such moneys but for the funding agreement, and the funds were disbursed into the company’s accounts for the specific purpose set out in the funding agreement.

The road ahead

Encouraging news for interested parties is that the new Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018 (“IRDA”) expressly establishes a liquidator’s ability to enter into third-party funding agreements (upon obtaining court approval or authorisation of the committee of inspection¹) in respect of claims in relation to transactions at undervalue,² unfair preference transactions,³ extortionate credit transactions,⁴ fraudulent trading,⁵ wrongful trading⁶ and assessment of damages against delinquent officers of the company⁷.

The requirement to seek court approval or authorisation of the committee of inspection has now been statutorily provided for in the IRDA, although as can be seen from the cases considered above, court approval was frequently sought under the current regime by prudent liquidators seeking to ensure that they have exercised their statutory powers of sale in a proper manner.

In addition, the IRDA makes it clear that the position previously expounded in *Re Fan Kow Hin* (that the assignment of a portion of moneys clawed back in bankruptcy was not champertous) similarly applied to undervalue transactions and unfair preference transactions in the context of corporate insolvency.

The IRDA has been passed in parliament but has not yet come into effect, and it remains to be seen if the IRDA will have a significant impact on third-party funding in the context of insolvency. However, it is worth noting that the abovementioned sections of the IRDA do not cover the funding of an insolvent company’s claims against a counterparty for unpaid receivables, or breach of contract. In other words, despite the new provisions in the IRDA, the common law principles established the line of cases discussed above would still remain applicable for cases involving such claims, for instance, in cases like *IMSPL*.



Junxiang Koh



Prakash Pillai

¹Section 144(1)(g) of the Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018.

²Section 224 of the Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018.

³Section 225 of the Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018.

⁴Section 228 of the Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018.

⁵Section 238 of the Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018.

⁶Section 239 of the Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018.

⁷Section 240 of the Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018.



Update: The Changing Face of the Arbitration Landscape in the Greater Bay Area

One of the key highlights in the Outline Development Plan for the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area 2019 (“**Plan**”) is the explicit support given to Hong Kong to boost its status as the centre for international legal services. It also encourages the solidification of judicial cooperation among Guangdong, Hong Kong and Macao in the hope of providing accessible, high quality and costs efficient dispute resolution services for the development of the Greater Bay Area (“**GBA**”).

Guangdong, Hong Kong and Macao Arbitration Alliance

However, integrating the three different legal systems of the GBA will not be a straight-forward task.

With the continually increasing demand for dispute resolution services within the GBA, it is unsurprising to see the demand growth of 9 arbitration centres within the GBA municipalities of Dongguan, Foshan, Guangzhou, Huizhou, Jiangmen, Shenzhen, Zhaoqing, Zhongshan and Zhuhai in addition to the existing Hong Kong and Macao Centres.

In 2019, the Guangdong, Hong Kong and Macao Arbitration Alliance was established and a cooperation memorandum was signed to foster cooperation and communication among these various arbitration centres.

Individually, these arbitration centres in the GBA have been gradually implementing changes to prepare themselves for these challenges. This update provides a quick overview and outline of some recent observations relating to 4 out of these 11 arbitration centres, namely: the Hong Kong International Arbitration Centre; Shenzhen Court of International Arbitration; the International Court of Arbitration of Hengqin New Area; and the Nansha International Arbitration Centre:

Arbitration Centres in the GBA

– Hong Kong: Hong Kong International Arbitration Centre (“HKIAC”)

Hong Kong is ranked among the top five seats of arbitration in the world and the HKIAC needs no further introduction. Founded in 1985, HKIAC has always been a popular choice for parties to submit their disputes, whether: domestic or international; or arbitration or mediation. HKIAC has also handled the most number of cases involving Chinese parties among other international arbitration centres which is

particularly relevant given the highly successful enforcement rate of arbitral awards in China. Since 1999, only 3 of such awards were not enforced in China.

In 2019, over half of the arbitrations submitted to HKIAC were administered under the HKIAC Administered Arbitration Rules. With the introduction of the new HKIAC Administered Arbitration Rules 2018 which brings in significant developments relevant to use of technology, disclosure of third party funding, emergency arbitrator procedure, provisions for single arbitration under multiple contracts (which will be useful for complex disputes involving multiple parties under multiple contracts for the same set of facts), concurrent proceedings etc, it is clear that HKIAC’s position as one of the most important arbitration centres in the GBA will be further strengthened.

– Shenzhen: Shenzhen Court of International Arbitration (also known as the South China International Economic and Trade Arbitration Commission) (“SCIA”)

Among the other Mainland arbitration centres in the Great Bay Area, SCIA has the longest history of nearly 40 years since its establishment in 1983 in the Shenzhen Special Economic Zone.

Formerly known as the China International Economic and Trade Arbitration Commission South China Subcommission, SCIA was first established as an arbitration institution for resolution of contract disputes and other property rights disputes between both domestic and international individuals and entities. In 2012, it moved into the Qianhai special economic zone and changed its name to SCIA.

The SCIA is the “first” arbitration institution in Mainland China in the following aspects:

- To acquire a legal person governance model established by legislation;
- To include arbitrators from foreign jurisdictions on its panel (since 1984); and
- To render an arbitral award that was enforced outside Mainland China pursuant to the New York Convention (in 1989).

The SCIA has been developing substantively in the fields of mediation and arbitration throughout the years. In particular,

they have established and made available various professional dispute resolution systems for both domestic and international parties, such as “Chamber of Commerce Mediation + Arbitration”, “Hong Kong Mediation + SCIA Arbitration”, etc.

– **Hengqin: International Court of Arbitration (“HICA”)**

The International Court of Arbitration of the Hengqin New Area in Zhuhai was established in mid-2014. It was set up to facilitate the development of the free trade zone, which benefits from various preferential trade and investment policies.

The HICA is supervised by the Zhuhai Arbitration Commission. The rules of HICA are modelled upon the Arbitration Rules of China’s International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), and with reference to the rules from international arbitration centres including Hong Kong, Singapore, Stockholm, etc.

Despite its relatively short history, the HICA has been developing rapidly with an international perspective:

- It has handled cases in different languages with arbitrators from Hong Kong, Macao, Taiwan and various other countries.
- It has handled numerous cases on-site and online, many of which have referred to international arbitration rules.

With the advantage of the free trade zone, the Zhuhai Arbitration Commission has used the HICA as a platform to launch series of pioneering dispute resolution measures, including the first “provisional arbitration rules” in China.

– **Nansha: Nansha International Arbitration Centre (“NSIAC”)**

Situated in the state-level New Area, NSIAC is led by the Guangzhou Arbitration Commission but has retained flexibility in setting its own rules and adopting a more international practice based on the UNCITRAL Model Law as well as the arbitration rules of Hong Kong and Macao.

Parties having arbitrations at NSIAC also benefit from various flexibilities:

- Free to appoint arbitrators who are qualified in the Mainland, Hong Kong and Macao;
- Free to agree on using arbitration rules or business rules of Hong Kong, Macao or some other places;
- Free to choose the language for the arbitration.

NSIAC also enjoys a unique geographical advantage being the only port in Guangzhou and in the centre of the Pearl River delta urban cluster, adjacent to Hong Kong and Macao.

Conclusion

To conclude, it is clear that whilst Hong Kong has long had an established presence as a well-renowned centre of dispute resolution, other centres in the GBA are becoming no strangers to catch-up, and whilst Hong Kong has had a relatively unchallenged time from Guangdong institutions in building up its international track-record, it would appear that, on the back of domestic referrals, the GBA institutions are pushing efforts to build up a respectable international presence.

As a result, the arbitration landscape is expected to change rapidly in the GBA. More developments are expected to come as the Plan extends to 2035 in the long term, these include but are not limited to reviewing and streamlining the relevant laws of the three legal systems and the resolving of disputes arising from conflict of laws. Hong Kong should seize this invaluable opportunity to complement the GBA institutions as part of the region’s growth and development in the domestic and international legal and dispute resolution arena.



Jon Howes



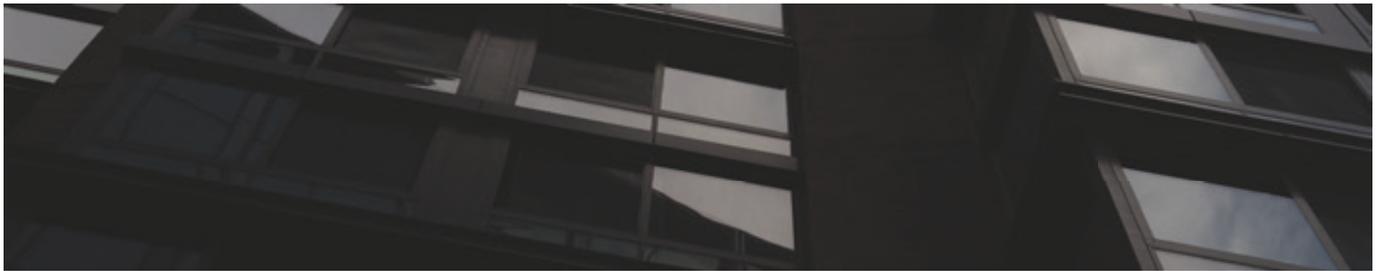
Christopher Short



Vivian Wong



Mun Yeow



Wann sollte ein Schiedsrichter Umstände offenlegen, die Anlass zu berechtigten Zweifeln an seiner Unparteilichkeit geben können? – Clyde & Co feiert neuen Erfolg vor dem UK Supreme Court: Halliburton v Chubb

Kürzlich wies der englische Supreme Court eine Klage der Halliburton Company (**Halliburton**) gegen die Chubb Bermuda Insurance Ltd (**Chubb**) ab. Damit entschied das Gericht gleichzeitig darüber, ob das Verhalten eines Schiedsrichters, der Ernennungen in mehreren Fällen zu gleichen oder sich überschneidenden Gegenständen annimmt, den Anschein der Befangenheit erweckt und diesen Umstand gegenüber den Parteien offenbaren muss. Chubb wurde durch das Versicherungsteam von Clyde & Co unter der Leitung von Michael Payton QC (Hon), Emma Ager und Rosehana Amin vertreten.

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit hatte sich die Chubb gegen die Anfechtung des von ihr ernannten Schiedsrichters durch Halliburton gewehrt. Halliburton hatte den Vorwurf des Anscheins der Befangenheit erhoben, nachdem bekannt wurde, dass dieser in drei, sich teilweise überschneidenden und mit einander in Zusammenhang stehenden Schiedsverfahren aktiv war.

Das Schiedsverfahren zwischen Halliburton und Chubb begann im Januar 2015 und betraf einen Anspruch aus einer Haftpflichtversicherung, der sich aus der Explosion und dem Brand auf der Ölplattform Deepwater Horizon im Golf von Mexiko am 20.04.2010 ergab (Verfahren 1).

Der betroffene Schiedsrichter, Kenneth Rokison QC, nahm später, im Dezember 2015 und August 2016, zwei weitere Ernennungen im Zusammenhang mit dem Deepwater Horizon-Vorfall an. Chubb war die Beklagte in einem der nachfolgenden Schiedsverfahren (Verfahren 2), während in dem anderen Verfahren (Verfahren 3) ein anderer Versicherer der Beklagte war. Rokison hatte seine Ernennungen in den Verfahren 2 und 3 gegenüber Halliburton nicht offen gelegt, wohingegen er seine Ernennung in Verfahren 1 gegenüber den Klägern in den nachfolgenden Verfahren 2 und 3 offenlegte. Beide Verfahren wurden im November 2016 eingestellt.

Halliburton erfuhr von Rokisons Ernennung in den anderen Verfahren im November 2016 und leitete daraufhin ein Verfahren vor dem High Court ein und beantragte eine Anordnung gemäß Sec. 24(1)(a) Arbitration Act 1996, dass Rokison nicht weiter als Schiedsrichter in dem Verfahren tätig sein könne.

Der High Court wies die Klage ab und verwies auf Rokisons exzellenten Ruf, der für Integrität und Unparteilichkeit stehe. Die Parteien waren sich zudem einig, dass die Offenlegung versehentlich versäumt wurde. Das Gericht stellte ferner fest, dass sich aus dem Versäumnis kein reales Besorgnis der Befangenheit ergeben könne, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Umfang der Überschneidungen der Verfahren sehr begrenzt war.

Der anzuwendende Test unter Sec. 24 Arbitration Act sei weiterhin der Common Law Test der offensichtlichen Befangenheit, welche auf Grundlage des individuellen Falles zu bestimmen sei. Eine Berufung auf die strengeren IBA-Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration sei nicht möglich, da diese nicht das englische Recht darstellten. Das Gericht stellte jedoch fest, dass Schiedsrichter gesetzlich verpflichtet seien, Tatsachen oder Umstände offenzulegen, die vernünftigerweise den Anschein der Befangenheit erwecken können, sofern zwischen den Parteien keine abweichenden Regelungen getroffen wurden. Das Gericht verwies insbesondere auf Praktiken oder Gepflogenheiten innerhalb bestimmter Märkte, die keine Offenlegung der Annahme von Mehrfachbestellungen erfordern, z. B. GAFTA und LMAA.

Der Court of Appeal schloss sich in der Berufung den Ausführungen des High Courts an, weswegen der Rechtsstreit von Halliburton zum Supreme Court getragen wurde.

Am 27.11.2020 entschied der Supreme Court, dass er in Anbetracht der Umstände, die dem Gericht zum Zeitpunkt der Anhörung in erster Instanz (Januar 2017) bekannt waren, nicht davon überzeugt sei, dass ein redlicher und informierter Beobachter daraus schließen würde, dass das Versehen bei der Offenlegung der Verfahren 2 und 3 gegenüber Halliburton zu einem realen Anschein der Befangenheit geführt hätte. Das Gericht stimmte damit den Entscheidungen des Berufungsgerichts und der ersten Instanz zu, lieferte aber eine abweichende Begründung.

Der Supreme Court stellte fest, dass, wenn ein Schiedsrichter Ernennungen in mehreren Verfahren, die sich auf denselben oder sich überschneidende Gegenstände beziehen, annimmt, wenn es nur eine gemeinsame Partei gibt, dies, abhängig von Gewohnheit und Praxis der Branche, den Anschein der Befangenheit erwecken kann. Des Weiteren wurde festgestellt,

dass ein Schiedsrichter nur dann mehrere Ernennungen ohne Offenlegung gegenüber der nicht-gemeinsamen Partei akzeptieren darf, wenn dies in einem bestimmten Schiedsgerichtsgebiet erforderlich ist. Andernfalls ist eine Offenlegung notwendig und der Schiedsrichter muss die gemeinsame Partei identifizieren, ohne dass es einer ausdrücklichen Zustimmung der Parteien bedarf.

Zu den wichtigsten Grundsätzen, die sich aus der Entscheidung des Supreme Courts ergeben, gehört, dass die Pflicht zur Unparteilichkeit für alle Schiedsrichter gleichermaßen gelte, unabhängig von wem sie bestellt wurden. Zudem haben Schiedsrichter eine gesetzliche Offenlegungspflicht, die in Sec. 33 Arbitration Act verankert sei und nicht nur lediglich gute schiedsrichterliche Praxis darstelle. Demnach ergebe sich eine Pflicht zur Offenlegung, wenn ein informierter Beobachter zu dem Schluss käme, dass eine reale Möglichkeit der Befangenheit besteht. Diese Pflicht umfasse alle Tatsachen oder Umstände, die vernünftigerweise dazu geeignet wären, den Anschein der Befangenheit zu erwecken. Dabei wird allerdings die Pflicht des Schiedsrichters zu Verschwiegenheit und Vertraulichkeit nicht aufgehoben, der betreffende Schiedsrichter darf lediglich grundlegende Details über die Existenz eines anderen Verfahrens preisgeben.

Bei einer solchen Offenlegung sind die einschlägigen Gepflogenheiten der Branche zu berücksichtigen, um festzustellen, ob auf die Zustimmung der anderen Partei zur Offenlegung geschlossen werden kann oder ob eine explizite Zustimmung beider Parteien des Schiedsverfahrens erforderlich wäre, damit ein Schiedsrichter die Existenz eines Schiedsverfahrens gegenüber den Parteien eines anderen Verfahrens offenlegen kann.

Die Feststellung, ob ein Schiedsrichter eine Offenlegungspflicht verletzt hat, kann nur unter Bezugnahme auf die Umstände zum Zeitpunkt des Entstehens der Pflicht und während des Zeitraums, in dem die Pflicht bestand, getroffen werden, und nicht rückwirkend entschieden werden. Im Allgemeinen sind Schiedsrichter nur verpflichtet, das offenzulegen, was sie wissen. Das Gericht schloss allerdings nicht aus, dass Umstände eintreten können, unter denen ein Schiedsrichter verpflichtet wäre, angemessene Nachforschungen anzustellen, um seiner Offenlegungspflicht nachzukommen.

Diese Entscheidung bestätigt, dass zur Feststellung einer offensichtlichen Befangenheit gemäß Sec. 24 Arbitration Act der Test objektiv betrachtet wird und die IBA-Guidelines nicht Teil des englischen Rechts sind. Die Gerichte werden auch einen pragmatischen Ansatz verfolgen, wenn nur ein enges Feld an geeigneten Schiedsrichtern existiert, aus dem man wählen könnte. Es wurde zudem eine Unterscheidung dahingehend getroffen, dass in einigen Bereichen Mehrfachbestellungen durchaus üblich sind.

Die Entscheidung verstärkt den jüngsten Trend der englischen Gerichte, der es schwierig macht, Befangenheit ohne stichhaltige Beweise anzunehmen. Um jedoch jegliche Zweifel an der Unparteilichkeit zu vermeiden, sollten Schiedsrichter stets ihre Beteiligung an sich überschneidenden Schiedsverfahren offenlegen.

Der Supreme Court hat auch das englische Schiedsverfahrensrecht weiterentwickelt, indem er bestätigt hat, dass die Offenlegung eine tatsächliche Rechtspflicht darstellt. Damit folgte das Gericht im Wesentlichen den Forderungen von ICC, LCIA und CIARB, die alle dem Verfahren beigetreten sind und für die Anerkennung einer solchen Rechtspflicht plädiert hatten.

Bei der Anerkennung der Pflicht hat das Gericht auch das Risiko von Anfechtungen von Schiedsrichtern und Schiedssprüchen sowie die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass dies zu persönlichen Ansprüchen gegen Schiedsrichter führen könnte. Es stellte jedoch fest, dass solche Anfechtungen nur selten Erfolg haben und dass jedenfalls Sec. 29 Arbitration Act Schiedsrichter in den meisten Fällen vor einer persönlichen Haftung schützt, solange der Schiedsrichter nicht bösgläubig gehandelt hat. Es bleibt abzuwarten, ob die Parteien ihre Verträge oder Regeln anpassen werden, um im Lichte dieses Urteils eine breitere Immunität gegen persönliche Ansprüche zu gewähren.



Eröffnung: Erster Commercial Court Deutschlands

Der erste Commercial Court Deutschlands, mit Standorten in Stuttgart und Mannheim, wurde am 09.11.2020 eröffnet. Der Justizminister Guido Wolf eröffnete den Commercial Court in Stuttgart zusammen mit der Präsidentin des Oberlandesgerichts Cornelia Horz und dem Präsident des Landgerichts Dr. Andreas Singer.

Der Commercial Court soll zukünftig komplexe und auch internationale, wirtschaftliche Rechtsstreitigkeiten auf fachlich höchstem Niveau, unter den Gesichtspunkten der effizienten Rechtsdurchsetzung, richterlichen Unabhängigkeit, moderaten Gerichtsgebühren und schnellem und effektivem einstweiligem Rechtsschutz durchführen.

Um dies auf einem hohen Niveau zu gewährleisten, steht den Parteien neben dem Einsatz von modernsten Kommunikationsmitteln, welche eine besonders effiziente Form der Verfahrensführung ermöglichen, auch die Möglichkeit offen, das Verfahren in weiten Teilen auf Englisch zu führen. Zusätzlich besteht die Möglichkeit bei Bedarf, die Verhandlung an mehreren Tagen am Stück durchzuführen.

Die Richter des Commercial Court verfügen über vertiefte wirtschaftliche Kenntnisse und Erfahrungen. Diese Kenntnisse und Erfahrungen werden in den Verhandlungen durch eine Dreierbesetzung gebündelt, um eine hohe Entscheidungsqualität zu ermöglichen.

Der Commercial Court in Stuttgart besteht aus einer spezialisierten Wirtschaftszivilkammer und einer Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart. In die Zuständigkeit des Gerichts fallen erstinstanzlich große Wirtschafts-Zivilverfahren, worunter insbesondere gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, Unternehmenskäufe und wirtschaftlich bedeutsame Streitigkeiten zwischen Unternehmen mit einem Streitwert ab EUR 2 Mio. erfasst werden. Dabei haben die Parteien selbst die Wahl, vor welcher Kammer verhandelt werden soll.

Für den Fall, dass die zweite Instanz aufgerufen wird, wurden an den Oberlandesgerichten Stuttgart und Karlsruhe für Berufungen und Beschwerden gegen die Entscheidungen der Kammern in Stuttgart und Mannheim spezialisierte Rechtsmittelsenate eingerichtet. Falls die Parteien sich einig sein sollten, den Streit nur auf einer Instanz zu entscheiden, haben sie die Wahl schon bereits zu Beginn des Verfahrens den Instanzenzug durch einvernehmlichen Verzicht auf Rechtsmittel zu begrenzen.

Durch den Commercial Court solle laut Cornelia Horz, soweit wie möglich, die Vorzüge der privaten Schiedsgerichtsbarkeit mit der Verlässlichkeit, Unabhängigkeit und Vertrauenswürdigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit kombiniert werden. Dies soll vor allem der zunehmenden Abwanderung der großen Wirtschaftsstreitigkeiten an Schiedsgerichte entgegenwirken und somit eine sehr gute Alternative, welche sich durch hohe juristische Qualität zu vergleichsweise moderaten Preisen auszeichnet, anbieten.



Just-In: Investors beware - Achmea in action

On 11 February 2021, the Higher Regional Court of Frankfurt (“Frankfurt Court”) declared an investment arbitration under the Austria-Croatia Bilateral Investment Treaty (BIT) inadmissible with reference to the ECJ’s decision in *Achmea* (Case C 284/16). The ruling was based on an application under section 1032(2) German Code of Civil Procedure, which allows a party (in this case Croatia) to seek a ruling from domestic courts on the admissibility or inadmissibility of the arbitration before the constitution of the tribunal.

The investors and claimants in the underlying arbitration were Austria’s Raiffeisen Bank and its Croatian subsidiary. At the time, our Quarterly Update went to print, the full decision of the Frankfurt Court had not been published but only a court press release was available. Based on the press release, the Frankfurt Court applied the ECJ decision in *Achmea* and held that Art. 9(2) of the BIT invoked is not compatible with EU law and therefore no valid agreement to arbitrate exists. The court concluded that the *Achmea* decision is a decision of general application (“Grundsatzentscheidung”) that applies to all BITs between EU-Member States. It did not mention the Energy Charter Treaty (ECT) in that context. According to the Frankfurt Court, there is a possibility that the arbitral tribunal could also be called upon to decide (incidentally) issues of EU law, albeit the BIT only provides for the applicability of “international law”. As an example, the court stated that it might well be possible that the legality of the investment depends on the interpretation of EU law. Since arbitral tribunals are not considered members state courts, they cannot seek a preliminary ruling from the ECJ to clarify any interpretation issues, the autonomy and integrity of EU law is infringed.

The decision itself did not come as a surprise considering that it was the “same” Frankfurt court that had previously annulled the award in *Achmea* - following a ruling by the ECJ. What is however striking is that the investors in this case choose ad hoc proceedings seated in Frankfurt rather than proceedings under the ICSID Convention. ICSID awards are final and binding in states that are party to the ICSID Convention and can only be challenged through the ICSID annulment procedure (Articles 53(1), 54(1) ICSID Convention). Arbitrations under the ICSID Convention do not have a juridical seat but are “delocalised”. Hence applications to state courts would have been precluded in this case. Following *Achmea*, intra-EU investors should – besides picking ICSID proceedings if available - carefully investigate other possibilities to secure investment protections, for example through treaty structuring. We will report on the details of the Frankfurt Court decision in the next edition of our Quarterly Update.



Georg Scherpf



Insight: Clyde & Co

Neues Clyde & Co Büro in München

Wir freuen uns, dass zum 01.02.2021 unser neues Clyde & Co Büro in München seine Arbeit aufgenommen hat. Nach Düsseldorf und Hamburg handelt es sich damit schon um das dritte Büro in Deutschland, womit Clyde & Co seine Präsenz in Deutschland weiter ausbaut. Das neue Büro umfasst ein Team um die drei Partner Eva-Maria Barbosa, Dr Andreas Börner und Dr Sven Förster geleitet, die bereits seit fast 15 Jahren eng zusammenarbeiten und in den Bereichen Disputes, M&A und Gesellschaftsrecht breite Erfahrung mitbringen. Eva-Maria Barbosa ist Anwältin für Versicherungsrecht mit umfassender Erfahrung in versicherungsaufsichtsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten. Sie hat zahlreiche versicherungsbezogene M&A- und Restrukturierungsprojekte geleitet und wird von Mandanten als führende Dealmakerin bezeichnet. Dr Andreas Börner ist Gesellschafts- und Aufsichtsrechtler für den Versicherungssektor, der Mandanten in gesellschafts-, kapitalmarkt- und aufsichtsrechtlichen Fragen berät und sich auf ein breites Spektrum von Transaktionen konzentriert. Dr Sven Förster legt seinen Schwerpunkt als Anwalt für Prozessführung und Streitbeilegung auf komplexe Versicherungs- und Haftungsstreitigkeiten. Er verfügt über umfangreiche Erfahrung, die sich auf Gerichtsverfahren, internationale Schiedsverfahren und alle Formen der alternativen Streitbeilegung erstreckt.

Unterstützung des Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot

Clyde & Co unterstützt in Deutschland sechs Universitätsteams bei der Vorbereitung auf die mündlichen Verhandlungen beim Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, dem weltweit größten und renommiertesten Wettbewerb für Studierende auf dem Gebiet der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Neben Probepleadings mit einem international besetzten Tribunal wird im März 2021 auch ein virtuelles Get-together mit allen Teams zum gegenseitigen Kennenlernen stattfinden.

Georg Scherpf is the new Head of International Arbitration in Hamburg

We were delighted to welcome Georg Scherpf who joined the firm this February as Counsel and Head of International Arbitration in Hamburg further growing the firm's continental European disputes presence.

Georg is a German-qualified Rechtsanwalt and English-qualified solicitor and practises as counsel and arbitrator in disputes, with extensive experience in a broad range of legal issues and sectors including international trade (CISG), corporate disputes (joint venture and post M&A), energy (particularly offshore wind and solar) as well as construction disputes. He has represented clients in commercial arbitrations under most major institutional rules (ICC, LCIA, SCC, AAA and DIS) and ad hoc. He also has a strong focus on public international law and has acted as counsel in investment treaty arbitrations (ICSID, UNCITRAL and ad-hoc) including proceedings against Albania, Spain, Czech Republic, and Germany under bilateral investment treaties (BITs) and the Energy Charter Treaty (ECT). Moreover, he focuses his practice on the wider CIS-region, in particular Ukraine, and the Balkans. He is very well connected in the arbitration community through his previous coordinator roles with the DIS40 (Hamburg) and YIAG (Europe).

Georg will form part of firm's core arbitration group, which focusses on advising corporates, investors and states in complex investment and commercial arbitrations, and will work closely with the other Clyde & Co German offices as well as the teams in Paris and London.

440

Partners

1,800

Lawyers

4,000

Total staff

50+

Offices*

www.clydeco.com

*includes associated offices

This update provides general information and is not intended to be comprehensive or to provide any specific legal advice. Professional advice appropriate to the specific situation should always be sought. Clyde & Co (Deutschland) LLP accepts no responsibility for loss occasioned to any person acting or refraining from acting on material contained in this summary. Any reliance on this information is solely at your own risk. No part of this summary may be used, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, reading or otherwise without the prior permission of Clyde & Co (Deutschland) LLP.

Clyde & Co (Deutschland) LLP trades as Clyde & Co and is a limited liability partnership registered in England and Wales under number OC413029 and with its registered office at The St Botolph Building, 138 Houndsditch, London, EC3A 7AR, United Kingdom. Clyde & Co (Deutschland) LLP is registered in the partnership register of the Amtsgericht Essen under number PR. 3857.

© Clyde & Co (Deutschland) LLP 2021.
All rights reserved.