

Schiedsgerichtsbarkeit und Kreditsicherung

Wolfgang Wiegand*

* Dr. iur., Professor em., Universität Bern. Der Beitrag beruht auf dem in Köln gehaltenen Vortrag und ist nur mit einigen Nachweisen versehen worden. Der Vortragsstil wurde bewusst beibehalten.

I. Eigentlich kein Thema

1. Wenn man in der Finanzierung tätigen Bankern die Frage stellt, ob im Kreditgeschäft und speziell im Bereich der Kreditsicherung die Schiedsgerichtsbarkeit eine Rolle spielt, so hört man stereotyp die gleiche Antwort: Das ist für uns kein Thema. Deshalb weist schon die Überschrift dieses Abschnitts darauf hin, dass ich über etwas spreche, worüber es eigentlich nichts zu sagen gäbe. Das ist indessen eine der wichtigsten Fähigkeiten eines Professors, weshalb ich mich auch nicht habe abschrecken lassen, als ich im (mir im Voraus dankenswerterweise zugestellten) Manuskript von *Berger*² eine ähnliche Feststellung fand. Dies sicher zu Recht, denn bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass es sich doch lohnt, diese negative Einschätzung zu analysieren und über Ansätze zur Änderung nachzudenken.

2. Das Desinteresse der Finanzwelt an der Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht neu, es ist vielfach beschrieben und auch beklagt worden³. Die ASA hat dem Thema unter dem Titel „Arbitration in Banking and Financial Matters“⁴ im Jahre 2003 eine vergleichbare Veranstaltung gewidmet. Zur Vorbereitung jener Veranstaltung habe ich, damals noch Direktor des Bankrechtsinstituts an der Universität Bern, eine Umfrage bei den Schweizer Banken durchgeführt. Das Ergebnis war ebenso eindeutig wie deprimierend: Es werden keine Schiedsklauseln verwendet und Schiedsgerichte, wo immer möglich, vermieden. Zur Vorbereitung dieser heutigen Tagung habe ich die Aussagekraft der Umfrage durch Stichproben überprüft. Das Resultat war unverändert: Es besteht kein Bedarf, Schiedsklauseln werden in den Verträgen prinzipiell nicht verwendet, Ausnahmen gibt es nur dann und nur dort, wo ein (entsprechend markmächtiger) Kunde darauf besteht. Da es sich nicht mehr um eine „offizielle“ Anfrage, sondern um die eines emeritierten Professors handelte, habe ich - zum Teil in direktem Gespräch – etwas mehr über die Gründe erfahren können, z.B. dies: „Die Entscheidung durch ein staatliches Gericht ist für uns einfacher zu kommunizieren als die eines Schiedsgerichtes, auf dessen Zusammensetzung wir Einfluss hatten“. Es geht also auch um eine Art

² In diesem Band auf Seite 1ff.

³ Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, verweise ich auf den Beitrag von *Berger* (Fn 2), in dem sich eine umfassende Zusammenstellung der einschlägigen Literatur findet.

⁴ Publiziert als ASA Special Series N°20 (ed. Kaufmann-Kohler/ Fossard) Basel 2003.

„Selbstschutz“ der Rechtsabteilung – ein Gesichtspunkt, der für die Folgerungen aus diesem Befund von Bedeutung ist und auf den ich deshalb zurückkommen werde.

3. Für Deutschland ergibt sich das gleiche Bild: Ich habe für diesen Vortrag Chefsyndici der Grossbanken und der Landesbanken zu diesem Thema befragen können. Ihre Einschätzung war nahezu identisch. Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht notwendig, da es „nur um Rechtsfragen“ geht. Deren Klärung durch staatliche Gerichte, insbesondere durch den BGH, ist für uns von entscheidender Bedeutung. Diese Bedeutung erschließt sich erst beim Nachfragen und Nachdenken: Für die Banken geht es um die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen. Das ist ein wesentliches Element des *risk mangements*, genauer des *legal risk managements*⁵. Darauf wird bei der Beurteilung der Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit noch zurückzukommen sein. Übereinstimmend haben die Befragten in der Schweiz und in Deutschland festgehalten, dass sie, wenn schon kein staatliches Gericht entscheidet, alternative Streitbeilegungsformen vorziehen⁶.

4. Diesem negativen Befund stehen Anzeichen einer Änderung, wenn nicht sogar einer Tendenzwende gegenüber. Eindrucksvolle Beispiele dafür hat *Gillor* in ihrem Beitrag⁷ angeführt, entsprechende Hinweise haben einige der Befragten gegeben: Je größer der Kredit, desto größer die Bereitschaft der Banken Schiedsklauseln in die Verträge aufzunehmen. Auch länderübergreifende Institutionen und Organisationen wie die ISDA sind zunehmend bereit, schiedsgerichtliche Entscheidungen von Problemfällen in Betracht zu ziehen oder sogar als primäre Lösung vorzuschreiben.

5. Um eine Beurteilung der derzeitigen Situation, eine Einschätzung der zukünftigen Entwicklung vornehmen und Vorschläge unterbreiten zu können, ist Beschreibung des Istzustandes erforderlich. Diese beschränkt und konzentriert sich auf das traditionelle Kreditgeschäft und die darauf bezogene Kreditsicherung⁸.

⁵ Dazu etwa *Lukas Wyss*, *Juristisches Risk Management und Hedging als Mittel zur Risikokontrolle* (Bern 2005).

⁶ Neben der institutionalisierten Form („Ombudsman“) werden zunehmend Mediation oder Gutachten von Experten verwendet.

⁷ In diesem Band S. 55 ff.

⁸ Es geht damit um eine Kernstück dessen was im Beitrag *Gillor* als Commercial Banking bezeichnet und dem Investment Banking gegenübergestellt wird, das neuere und vor allem

II. Bestandsaufnahme

1. Kredit und Kreditsicherung

Eine alte Bankweisheit besagt: Der beste Kredit ist ein Blankokredit mit einem guten Schuldner. Weiter geht die These von Wood, der den Nutzen von Kreditsicherheiten generell bezweifelt⁹. Diese Auffassung steht indessen „quer“ zum derzeit dominierenden Trend, der sich in einer Vielzahl von internationalen Regelwerken zur Vereinheitlichung und Vereinfachung der Kreditsicherung niederschlägt¹⁰. Das Ziel dieser Bestrebungen wird üblicherweise in Slogan „*more credit at lower rates*“ umschrieben.

2. Kreditsicherheiten nützen allerdings wenig, wenn sie nicht effizient sind. Dazu gehört neben der Transparenz der Sicherungsrechte, auf die ich noch zurückkommen werde, Verlässlichkeit und Geschwindigkeit der Durchsetzung. Hier sehen die Banken – wie oben dargelegt und in anderen Beiträgen¹¹ bestätigt – klare Vorteile bei der staatlichen Gerichtsbarkeit. Inwiefern das zutrifft ist auf Grund der jahrelangen prozessualen Nachwehen der Kreditkrise¹² zu Beginn der neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts zweifelhaft und wird deshalb zu diskutieren sein. Zuvor sind jedoch die Erscheinungsformen des Kredits und seiner Sicherung näher zu betrachten.

3. Kreditarten und Kredittypen

Aus banktechnischer Sicht¹³ lässt sich eine Vielzahl von Kreditformen unterscheiden. Diese Vielfalt spiegelt sich in Begriffen wider, die entweder auf die Verwendungsart

internationalere Geschäftsformen umfasst und schon deshalb „schiedsfreundlicher“ ist, ausführlich dazu *Gillor* (Fn.7).

⁹ *Philip R. Wood*, ein führender englischer Bankrechtler, hat diese Auffassung in einer Reihe von Publikationen und Vorträgen vertreten: „Collateral makes no sense“. Zu *Wood's* Thesen zur Schiedsgerichtsbarkeit im Bankrecht vgl. die Hinweise im Beitrag *Berger* (Fn 2).

¹⁰ Übersicht und Erläuterung der wesentlichen Motive dafür bei *Wolfgang Wiegand*, Zur Reform des Kreditsicherungsrechts –Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions und das nationale Recht, in *Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext*, Festschrift für Norbert Horn (hrsg. Berger et alii, Berlin 2006) S. 177 ff.

¹¹ Vgl. die Hinweise bei *Berger* (Fn2) und *Gillor* (Fn 7).

¹² Diese Krise, die man verschieden bezeichnet hat, hat deutschen und schweizerischen Banken Milliardenverluste beschert und einige an den Rand einer Existenzkrise gebracht. Hier ist nur von Interesse, dass die Prozesse um die Rückzahlung von Krediten und die die Durchsetzung der Sicherheiten sich jedenfalls in der Schweiz über mehr als 10 Jahre erstreckt haben.

¹³ Zu der vom Gesetz verwendeten teilweise verwirrenden Terminologie vgl. *Siegfried Klümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht 3.Aufl. (Köln 2004) SA. 727 ff.

(Bau-, Betriebs- oder Investitionskredit) oder auf die Sicherungsform (Hypothekar-, Lombard- oder Zessionskredit) abstellen¹⁴.

Demgegenüber stellt die ökonomische Theorie auf die Art des eingeräumten Kredites ab: Sie unterscheidet Geld- und Warenkredit, wobei letzterer auch als Lieferantenkredit bezeichnet wird. Dies ist insofern genauer, weil der Kredit durch „Lieferung“ einer Leistung eingeräumt wird, die nicht notwendig eine Sach- sondern auch eine Dienstleistung sein kann. Die folgende Beschreibung der verschiedenen Erscheinungsformen dient der genaueren Analyse und der darauf gestützten Beurteilung der Möglichkeiten für die Schiedsgerichtsbarkeit.

III. Einzelfallanalyse

A. *Der Lieferantenkredit*

1. In der deutschen Wirtschaft wird der Lieferantenkredit etwas vereinfachend generell als Warenkredit bezeichnet und als zentrales Element des Güterumschlags verteidigt. In der Sache ist diese Kreditform uralt und selbstverständlich in allen Rechtsordnungen bekannt, im anglo-amerikanischen Recht etwa als *purchase money credit*. Die deutsche Besonderheit¹⁵ besteht nun allerdings darin, dass man diesen Warenkredit als den schützenswerteren betrachtet und ihn deshalb (gegenüber dem Bankkredit) bevorzugt behandelt. Nur der Klarstellung halber sei darauf hingewiesen, dass natürlich auch der vom Lieferanten eingeräumte Kredit ein Geldkredit ist, der von Banken refinanziert wird. Diese etwas ausschweifenden Hinweise sind deshalb notwendig, weil es um die selbstverständlichen Prämissen des im Folgenden zu behandelnden deutschen Sicherungssystems geht, das ausserhalb Deutschlands kaum verstanden, geschweige denn nachvollzogen wird.

2. *Das „deutsche Modell“*

a) Das hier als Deutsches Modell bezeichnete Sicherungssystem beginnt mit dem Eigentumsvorbehalt, der sich am verarbeiteten Produkt fortsetzt und durch eine

¹⁴ Zur banktechnischen Terminologie: Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz (hrsg. Boemle et al., Zürich 2002) S.135 ff.

Vorausabtretung der Veräußerungserlöse gegenüber allen anderen Gläubigern abgeschirmt wird. Die Probleme, die sich daraus ergeben, sind seit langem bekannt, vielfach beschrieben und oft genug beklagt worden¹⁶. Das soll hier nicht nochmals geschehen, obwohl es natürlich reizvoll wäre über die Vertragsbruchtheorie zu sprechen, in der eben die „Höherwertigkeit“ des Warenkredits gegenüber dem Geldkredit ihren sinnfälligen Ausdruck findet¹⁷. Es genügt darauf hinzuweisen, dass in eben dieser Theorie das eigentliche Konfliktpotential evident wird: Es konkurrieren verschiedene Kreditgeber miteinander, in diesem Fall Lieferanten und Banken, die das Warenlager finanzieren.

b) Dieser Konflikt ist indessen symptomatisch für das System: Es führt zu einer Auseinandersetzung zwischen Sicherungsnehmern, Vorbehalts- und Sicherungseigentümern, Lieferanten und Banken und letztlich dem Insolvenzverwalter, die um die Priorität und Durchsetzung „ihrer“ Sicherungsrechte streiten. In besonders augenfälliger Weise ist dies in der berühmten Kontroverse um die „Übersicherung“ geworden, die erst durch eine Entscheidung des Grossen Zivilsenats (vorübergehend) beendet wurde¹⁸. Schon der Umstand, dass eine Entscheidung des obersten Gerichts geradezu herbeigezwungen wurde, zeigt dass und warum hier kaum Chancen für die Schiedsgerichtsbarkeit bestehen. Aber selbst wenn kreditgebende Banken Schiedsklauseln akzeptieren würden, beziehen sich diese nur auf das Kreditgeschäft und nicht auf das Verhältnis zu anderen Kreditgebern¹⁹. Das gilt *vice versa* für die Lieferanten. Es ist schwer vorstellbar, wenn nicht unmöglich, dass ein Unternehmen seine Kreditgeber zu einer Schiedsabrede bewegt, die im Falle der „Zahlungsschwäche“ nicht nur das Verhältnis Kreditgeber-Kreditnehmer, sondern dasjenige aller Sicherungsgeber untereinander erfasst. Selbstverständlich schließt das nicht aus, dass die Beteiligten oder besser Betroffenen im Krisenfall ein Schiedsverfahren vereinbaren. Indessen

¹⁵ Dazu und zum Folgenden ausführlich Staudinger/Wiegand (2004) Anh. zu §§ 929 ff.

¹⁶ Grundlegend bis heute *Drobnig*, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?, Gutachten zum 51. Deutschen Juristentag (1976).

¹⁷ Etwa BGH JZ 1999, 404 mit teilweise kritischer Anmerkung von *Eva Maria Kieninger*.

¹⁸ BGHZ 137, 212 ff.; zusammenfassende Darstellung bei Staudinger/Wiegand (Fn. 11) N 154 ff.

¹⁹ Die im Beitrag von *Gillor* (Fn 7) vorgestellte „Konsolidierte“ Schiedsklausel geht zwar über das unmittelbare Kreditverhältnis hinaus, passt aber nicht auf die hier behandelte Konstellation, dazu auch unten B.3.b), S. 105.

zieht die Praxis dann die Bildung eines Verwertungspools vor, der wohl als Form der alternativen Streitbeilegung zu qualifizieren ist²⁰.

B. Der standardisierte Bankkredit und seine Absicherung

1. Ausgangslage

In den branchenüblichen Kreditverträgen selbst finden sich keine Schiedsklauseln und ebensowenig in den dazugehörigen Sicherungsgeschäften, die in der Regel auf Formularbasis abgeschlossen werden²¹. Diese sind deshalb nur kurz daraufhin zu untersuchen, ob dort Anwendungsfelder für die Schiedsgerichtsbarkeit bestünden.

2. Realsicherheiten

a) Bei den Grundpfandrechten liegt es gewissermaßen in der Natur der Sache, dass kein Anwendungsspielraum für Schiedsverfahren existiert, da die Banken aus der Urkunde vorgehen können. Beim Pfandrecht an beweglichen Sachen vereinbaren die Banken in der Regel ein von den gesetzlichen Regeln weitgehend unabhängiges Verwertungsverfahren, das aus ihrer Sicht ebenfalls jedem gerichtlichen, auch schiedsgerichtlichen Verfahren vorzuziehen ist.

b) Komplexere Rechtsfragen ergeben sich bei der Verpfändung von Wertpapieren (Lombardkredit) und beim Zessionskredit. Die gesetzlichen Regeln der §§ 1292 ff BGB sind durch die Entwicklung der Wertpapiere zu Wertrechten zu einem erheblichen Teil obsolet geworden²². Hier könnte wie in anderen Bereichen, auf die ich noch zu sprechen komme, ein Verfahren mit sachkundigen Schiedsrichtern von Interesse sein, wobei die Bedeutung der Sachkunde noch zu diskutieren sein wird. Ganz ähnlich ist die Situation bei der Sicherung von Krediten durch Global/Vorauszession. Hier ergeben sich neben dem schon geschilderten Konflikt zwischen den verschiedenen Sicherungsgebern auch noch solche zwischen dem Kreditnehmer und dem Kreditgeber, etwa bezüglich der Zahl und des Umfangs der erfassten Forderungen oder deren Bestimmbarkeit. Auch hier könnte ein

²⁰ Dazu *Lwowski*, Das Recht der Kreditsicherung (8. Aufl., Berlin 2000) N 205 ff.

²¹ Umfassende Zusammenstellung der Formularpraxis bei *Lwowski* (Fn 15) im Anhang.

²² Dazu *Staudinger/Wiegand* (2001) Anh. zu § 1296 N 1; ausführlich *Dorothe Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht, Funktionsverlust von Effektenurkunden im internationalen Rechtsverkehr (Tübingen 1995) und *Christoph Brunner*, Wertrechte - nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere (Bern 1995).

sachkundiges Schiedsgericht durchaus von Nutzen sein, weil es um Einzelfallentscheidungen geht²³.

3. Personalsicherheiten

a) Die Eigenheit der Personalsicherheiten²⁴ liegt darin, dass der Sicherungsgeber zur Absicherung einer fremden Verbindlichkeit eine eigene Verpflichtung begründet, die untereinander in unterschiedlicher Intensität verknüpft sind. Die daraus resultierenden dogmatischen Probleme sind hinreichend bekannt, aber hier nicht der zentrale Aspekt. Entscheidend ist vielmehr, dass ein Grossteil der praktischen Probleme nicht besonders schiedsgerichtstauglich ist. So kämpfen bei Garantien die Parteien in der großen Mehrzahl der Fälle mit vorläufigen Maßnahmen um die Inanspruchnahme der Garantie oder deren Verhinderung. Für solche, in der Schweiz anschaulich als „superprovisorische“ Verfügungen bezeichneten Entscheidungen gehen die Parteien aus verständlichen Gründen zum zuständigen staatlichen Gericht.

b) Es verwundert deshalb nicht, dass auch die Banken als Sicherungsnehmer wie als Sicherungsgeber (Bankbürgschaft/Bankgarantie) von sich aus keine Schiedsklauseln vorsehen, dies aber offenbar dann tun, wenn der Kunde es wünscht. Aus schiedsgerichtlicher Perspektive ergibt sich dann die Frage nach der Tragweite solcher Klauseln oder, anders gewendet, die Frage wo diese Klausel zu platzieren ist. Wird sie nur im Sicherungsgeschäft vereinbart, nützt sie wenig, da eine Entscheidung ohne Einbezug des Grundgeschäfts und beider daran beteiligten Parteien wenig sinnvoll ist. Wird sie im Kreditgeschäft vereinbart, stellt sich die Frage nach dem „Durchgriff“ auf das Sicherungsgeschäft und damit wiederum das Problem der Einbeziehung einer dritten Partei. Die bisherige Rechtsprechung lehnt prinzipiell eine solche „Überkreuzerstreckung“ ab²⁵. Dieses Problem ist offenbar bei Gross- und Konsortialkrediten gesehen und durch die sog. „konsolidierte Klausel“ gelöst worden²⁶.

²³ Dazu unten IV.B.3.c), S. 110.

²⁴ Hauptformen sind die Bürgschaft und die Garantie, dazu gehören aber auch alle anderen Formen der Absicherung von Drittverbindlichkeiten, wie etwa die Patronatserklärung in ihren verschiedenen Varianten.

²⁵ Dazu eingehend *Otto Sandrock*, *The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: An Enigma Still Unresolved*, in *Liber Amicorum Richard M. Buxbaum* (ed. Th. Baums et al., The Hague 2000) p. 461 ss, mit hier einschlägigen Rechtsprechungsbeispielen, 477 ss.

²⁶ Vgl schon Fn. 19 und ausführlich *Gillor* (Fn. 7), S. 64.

c) Insgesamt kann man festhalten, dass im Bereich der Personalsicherheiten Schiedsvereinbarungen und darauf beruhende Schiedsverfahren häufiger zu beobachten sind. Diese Verfahren betreffen dann aber in der Regel nicht die oben angesprochene Frage der Inanspruchnahme, sondern Folgeprobleme. Beispielhaft ist ein vom mir geführtes Verfahren, in dem es um die Schadenersatzfolgen der Verweigerung der Honorierung einer Garantie ging. Der später vom Bundesgericht²⁷ im Rahmen eines (erfolglosen) Anfechtungsverfahrens publizierte Fall macht die Konstellationen deutlich, in denen die Schiedsgerichtsbarkeit auch im Kredit(sicherungs)geschäft Erfolg haben kann: Ein türkisches Bauunternehmen klagte gegen eine russische Bank aus einer schweizerischem Recht unterstellten Garantie. Dies sind die Rahmenbedingungen, unter denen sich die Schiedsgerichtsbarkeit als einzig brauchbare Konfliktlösung geradezu aufdrängt. Dies sind denn auch die Bedingungen in den Bereichen, in denen nach den Beobachtungen von *Gillor* die Schiedsgerichtsbarkeit zunehmend Fuß fasst.

C) *Zwischenbilanz*

Es lassen sich Tendenzen zur vermehrten Verwendung von Schiedsklauseln feststellen. Diese sind vor allem in dem von *Gillor* dargestellten Bereich des „Investment Banking“ und dort auch bei Kreditsicherungsgeschäften zu beobachten, sie sind jedoch beschränkt auf einen Sektor, der durch hohe Professionalität und Internationalität gekennzeichnet ist. Im „Commercial Banking“, zu dem das alltägliche Kreditgeschäft zählt, spielen Schiedsklauseln nach wie vor keine Rolle und das Interesse an der Schiedsgerichtsbarkeit ist gering.

Deshalb stellt sich die Frage, welche Folgerungen daraus zu ziehen sind.

IV. Konsequenzen

A) *Ansatzpunkte*

1. Es hat sich gezeigt, dass die Finanzindustrie dort, wo es ihr vorteilhaft erscheint, bereit ist umzudenken und die Schiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktlösung

²⁷ Abrufbar unter <http://www.bger.ch/index/jurisdiction>, Aktenzeichen 4P.260/2000.

einzusetzen. Deshalb müssen die Vorteile eines solchen Einsatzes denen verdeutlicht werden, die für diese Entscheidung zuständig sind. Das sind in erster Linie die Juristen in den Rechtsabteilungen, aber auch die bankrechtlichen Abteilungen in den beratenden Kanzleien, die – wie wir gehört haben²⁸ - maßgeblich an der Vertragsgestaltung beteiligt sind. Also müssen die „Schiedsrichter“ sich an die „Bankrechtler“²⁹ wenden, wenn sich etwas ändern soll. Dabei sind jedoch zwei Aspekte zu beachten.

2. Wenn von den Vorteilen des Schiedsverfahrens in Kreditgeschäften die Rede ist, darf dies nicht nur aus der Perspektive der Kreditgeber gesehen werden. Es gibt auch Vorzüge, die für die Kreditnehmer von erheblichem Nutzen sein könnten. Hier wären unsere Ansprechpartner die Industrie- und Handelskammern, zu denen die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) einen direkten Zugang hat.

3. In jedem Fall aber ist es notwendig, nicht generell zu argumentieren, sondern branchenspezifisch. Darüber hinaus aber ist es unabdingbar, die Situation „ehrlich“ zu beschreiben und solche Nachteile, die gerade im Finanzgeschäft von Bedeutung sind, nicht herunterzuspielen. Stattdessen sind ihnen die Vorzüge gegenüberzustellen. Ich tue dies im folgenden punktuell, wobei ich mich an den von *Berger*³⁰ bereits eingehend diskutierten Aspekten orientiere.

B) *Einzelpunkte*

1. *Einfachheitsthese*

Die These, dass Schiedsverfahren nicht erforderlich sein, weil die Banken im Bereich des Kreditgeschäftes einfache Zahlungsansprüche durchsetzen, weil es – wie ein Banksyndicus mir sagte – doch „nur um Rechtsfragen“ gehe, trifft für die Kreditsicherung gewiss nicht zu. Ich habe oben, wenn auch nur in groben Zügen, die Komplexität der Sicherungsgeschäfte aufgezeigt. Trotz scheinbar klarer gesetzlicher Regelungen, ist es häufig keineswegs klar, ob und inwieweit Sicherheiten in Anspruch genommen werden können oder umgekehrt, ob ein Unternehmen die

²⁸ *Gillor* (Fn 7).

²⁹ Etwa die Bankrechtliche Vereinigung, aber auch an die Berufsverbände wie z.B. den Bundesverband deutscher Banken.

Freigabe von Sicherungen verlangen kann. Die eingangs erwähnte endlose Dauer der Folgeverfahren zur Immobilienkreditkrise in der Schweiz unterstreicht das auf anschauliche Weise und führt sogleich zum zweiten Punkt, dem Zeitfaktor.

2. *Das Zeitproblem*

Dass Schiedsgerichte langwierig sind und zu lange dauern wird in verschiedenen Zusammenhängen und unter wechselnden Titeln diskutiert. Es wird auf das ungenügende Summarische Verfahren verwiesen, was *Berger* weitgehend relativiert hat, oder auf das gänzliche Fehlen des Säumnisverfahrens. Gewichtiger sind die Klagen über den Zeitverlust durch die Konstituierung des Schiedsgerichts und deren allzu leicht mögliche Verzögerung sowie über zeitraubende Kompetenzstreitigkeiten. Diese Kritik ist berechtigt: Das Schiedsverfahren räumt beklagten Parteien Spielräume zur Prozessverschleppung ein, die im staatlichen Verfahren in dieser Form nicht existieren.

Es macht wenig Sinn, die Situation zu beschönigen, vielmehr ist dem die oft gleichermaßen ärgerliche Situation bei den staatlichen Gerichten gegenüberzustellen. Hier nur zwei Beispiele: In einem bankrechtlichen Verfahren in Griechenland wurde der Termin am Tag der Verhandlung abgesetzt und um 18 Monate verschoben und in einem bankrechtlichen Verfahren in Mailand wurde nach einer ersten kurzen Anhörung der Parteivertreter ein Termin am Ende des kommenden Jahres angesetzt. Im Schiedsverfahren haben die Parteien demgegenüber Möglichkeiten, den Zeitplan mitzubestimmen. Dies ist indessen nicht die wichtigste Gestaltungsmöglichkeit, sie liegt nach verbreiteter Auffassung in der Chance, ein sachkundiges Gericht zusammenzustellen, woran beide Parteien ein Interesse haben sollten.

3. *Die Auswahl der Schiedsrichter und Qualität der Rechtsprechung*

a) Die Bedeutung der Sachkunde wird immer wieder hervorgehoben und sie ist von *Berger* für die Finanzbranche auf anschauliche Weise verdeutlicht worden. Dennoch bedarf dieses Argument der Präzisierung und Relativierung. Es mag zutreffen, dass im Anlagenbau oder eben in komplexen Finanztransaktionen

³⁰ Es wird dazu generell auf den Beitrag von *Berger* Bezug genommen und in der Regel bei den einzelnen Punkten nicht nochmals ein detaillierter Hinweis gegeben.

Sachverstand eine große Rolle spielt. Aber selbst in diesen Bereichen kommt es am Ende in der Regel auf zentrale Fragen des fundamentalen Privatrechts an, in der Kreditsicherung vor allem des Vertrags- und Sachenrechts. Sachkunde darf deshalb nicht als Spezialistentum verstanden und „verkauft“ werden, sondern nur als eine Zusatzqualifikation. Daneben ist die Beherrschung der „basics“ zu betonen, weil es das ist, worauf die Banken bei den staatlichen Gerichten vertrauen – ein Gesichtspunkt auf, den ich zurückkommen werde.

b) Wichtiger als die spezielle Qualifikation des Schiedsrichters erscheint mir gerade im Finanzbereich der für alle Beteiligten wichtige Hinweis, dass die Mitwirkung des von der Partei ernannten Schiedsrichters garantiert, dass die Gesichtspunkte dieser Partei nicht unberücksichtigt bleiben. Dafür ist die Sachkunde eine nützliche, manchmal notwendige Voraussetzung. Durch diese Mitwirkung entsteht wiederum ein Problem, dass man eher als ein Missverständnis bezeichnen kann. Schiedsgerichte werden häufig der Billigkeitsjustiz bezichtigt oder zumindest verdächtigt. In der Tat sind in Schiedsverfahren Totalabweisungen oder – zusperechungen seltener als in staatlichen Verfahren. Das ist aber eben die positive Konsequenz der Mitwirkung von parteiernannten Schiedsrichtern und des dadurch entstehenden dialektischen Prozesses der Urteilsfindung. Richtig erklärt, sollte das von allen Beteiligten als Vorteil verstanden werden.

c) Im Zusammenhang mit der Sachkunde steht das Argument der „wirtschaftsnahen Rechtsanwendung“, die als Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber staatlichen Gerichten verstanden wird. Das ist ein zweiseitiges Schwert. Das soll nur an einem der von *Berger*³¹ gewählten Beispiele verdeutlicht werden: Die berühmt gewordene Entscheidung des OLG Frankfurt³², das aus dem vertraglichen Bankgeheimnisschutz ein vertragsimmanentes Abtretungsverbot abgeleitet hatte und dadurch „zeitweise den gesamten Sekundärmarkt für Kreditforderungen gefährdete“, benutzt er als Exempel für die Vorteile des Bezugs sachkundige Schiedsrichter, die demnach ein solches Urteil wohl kaum gefällt hätten. Das ist jedoch ein für die Schiedsgerichtsbarkeit riskantes Argument; weil es andeutet, dass ein mit Kapitalmarktkenntnissen ausgestattetes Schiedsgericht

³¹ *Berger* (Fn 2), S. 1 ff.

³² WM 2004, 1386 ff.

anders entschieden hätte, um diesen nicht zu gefährden. In Wahrheit ging es indessen allein darum, ob die Auslegung des OLG Frankfurt dogmatisch vertretbar war, was zunächst das LG Frankfurt³³ und später der BGH verneint haben³⁴. Wäre die Auslegung des OLG Frankfurt richtig, hätte man – und auch ein Schiedsgericht - die Gefährdung des Sekundärmarktes in Kauf nehmen müssen³⁵. Wirtschaftsnähe darf deshalb nicht mit Wirtschaftsfreundlichkeit gleichgestellt, sondern nur dahingehend verstanden und propagiert werden, dass sachkundige Schiedsrichter den wirtschaftlichen Gegebenheiten mehr Beachtung schenken als dies staatliche Gerichte (oft) können und wollen. Das Beispiel führt zu einem letzten zentralen Gesichtspunkt: Hätte ein Schiedsgericht anders entschieden als das OLG Frankfurt, so hätte das den Banken und dem Kapitalmarkt wenig geholfen. Die Finanzindustrie brauchte den Grundsatzentscheid des staatlichen Gerichts.

4. Orientierungs- und Steuerungsfunktion der staatlichen Rechtsprechung.

a) Zu den zentralen Einwänden gegen den Einsatz von Schiedsgerichten im Finanzbereich gehört der Hinweis auf die notwendige Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit der Ergebnisse. In der Tat ist gerade bei der Vergabe von Krediten und deren Sicherung die Risikoabwägung und –kontrolle von zentraler Bedeutung, was zur Zeit durch die sog. amerikanische Hypothekenkrise anschaulich bestätigt wird. Dazu gehört – wie eingangs erwähnt – das *legal risk management*, das sich wiederum an den Vorgaben der Rechtsprechung orientieren muss.

b) Die Schiedsgerichtsbarkeit kann deren Funktion nicht übernehmen. Sicher kann die vermehrte Publikation von Schiedsurteilen Entscheidungshilfe leisten, jedoch die Kontinuitätsfunktion der höchstrichterlichen Rechtssprechung und die damit gewährleistete Rechtssicherheit nicht ersetzen. Deshalb werden Finanzinstitute grundsätzlich die staatliche Gerichtsbarkeit aus diesem Grunde bevorzugen: Sie können davon ausgehen, dass Instanzgerichte sich an der BGH

³³ BB 2005, 125

³⁴ WM 2007, 634 ff.

³⁵ In der Schweiz ergibt sich ein solches Abtretungsverbot aus dem Umstand, dass das Bankgeheimnis zusätzlich durch eine strafbewehrte Regelung (Art. 47 des Bankengesetzes) geschützt ist und deshalb eine Zession bei Verletzung des Bankgeheimnisses wegen Gesetzeswidrigkeit nichtig ist gemäss Art. 20 OR (entspricht § 134 BGB), weshalb die Banken die ausdrückliche Zustimmung des Kunden einholen, dazu ausführlich *Wiegand*, Die Eigenheiten des Bankrechts, in FS Nobel (Bern 2005) S. 713 ff.

Rechtsprechung orientieren. Wenn ein neues Problem auftritt, dann wollen sie eine höchstrichterliche Entscheidung, um eben diesen Effekt auszulösen.

c) Das ist indessen kein negativer Befund für die Schiedsgerichtsbarkeit; denn er trifft nur auf Fälle von grundsätzlicher Bedeutung zu – wie etwa die erwähnte Übersicherung³⁶ oder die soeben behandelte Abtretung von Bankforderungen. Daneben bleiben zahlreiche Fälle, in denen die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit auch im Finanzbereich zum Tragen kommen.

V. Schlussfolgerungen

Die zuletzt diskutierten Gesichtspunkte stehen einer Ausbreitung der Schiedsgerichtsbarkeit im transnationalen Bereich von vornherein nicht entgegen. Hier werden sich die oben beschriebenen Tendenzen fortsetzen, die schon jetzt zu interessanten Neuentwicklungen wie etwa der Split-Jurisdiction und der konsolidierten Schiedsklausel geführt haben³⁷. Im nationalen Geschäft wird die Schiedsgerichtsbarkeit sich durchaus auf breiterer Basis etablieren können, wenn man sie den Benutzern in richtiger Form präsentiert. Im Bereich der Kreditgeschäfte wird sie vor allem für komplexe Einzelfälle geeignet, während die Finanzindustrie bei Standardfällen wie bei Grundsatzfragen wohl weiterhin die staatliche Gerichtsbarkeit vorziehen wird.

³⁶ Dazu oben, III.A.2.b).

³⁷ Dazu sei nochmals auf den Beitrag *Gillor* (Fn 7) verwiesen; beide Klauselformeln werden auch von Schweizer Großbanken verwandt.