

der Eingrenzung des Tätigkeitsbereichs des Sekretärs oder von anderen Hilfspersonen zu beheben vermag – die Nachprüfbarkeit der Reichweite der Tätigkeiten ist recht beschränkt. Die als Desideratum auch für das deutsche Schiedsverfahrensrecht beschriebene Vorgehensweise bietet nur den Vorzug, dass zumindest die Person des Sekretärs den Parteien bekannt ist und so ein mögliches „Missgefühl“ im Hinblick auf die Arbeitsweise des Schiedsgerichts ausgeräumt werden kann.

VI. Statt einer Zusammenfassung: Kategorien von Hilfspersonen und Hilfstätigkeiten

Vergegenständlicht man die umschriebenen formaljuristischen Kategorien des Schiedsverfahrensrechts, wird klar, dass für die Zulässigkeit der Tätigkeit einer Hilfsperson zum einen die Qualität der ihr zugewiesenen Tätigkeiten, zum anderen die Stellung der Hilfsperson zum Schiedsgericht bzw. zum Schiedsrichter entscheidend ist. Die Analyse der versuchten Grenzziehungen legt nahe, dass unter dem Vorbehalt abweichender ausdrücklicher Regelungen durch die Parteien abhängig von der Stellung der Hilfsperson für die Qualität zulässiger Hilfspersonentätigkeit unterschiedliche Grenzen gelten. Dieser Ansatz gibt drei Kategorien von Hilfspersonentätigkeiten vor, die im deutschen Schiedsverfahrensrecht als zulässig begegnen.

1. Reine Hilfstätigkeiten durch Angestellte

Verfahrensrechtlich zulässig und unbedenklich ist die Übertragung von reinen Hilfstätigkeiten ohne Sachbezug auf Hilfspersonen. Solche sind die klassischen Sekretariatsdienste wie z. B. das Kontrollieren des Posteingangs, das Tippen von Verfügungen oder Schiedssprüchen nach Vorlage oder Diktat oder auch das Ablegen von Schriftstücken in der Verfahrensakte. Die Hilfsperson hat hier nur eine technische Funktion und häufig keine Kenntnis vom Sachverhalt. Im Regelfall wird die Hilfsperson nicht einmal über eine einschlägige fachliche Vorbildung verfügen. Die Hilfsperson muss aber – wie jede Hilfsperson – der Verschwiegenheitspflicht unterliegen; entsprechende arbeitsvertragliche Klauseln dürften die meisten Anstellungsverträge in Kanzleien, an Universitäten oder Gerichten enthalten.

2. Qualifizierte Hilfstätigkeiten durch weisungsabhängiges Fachpersonal

Weisungsabhängige Hilfspersonen (z. B. angestellte Rechtsanwälte, Referendare, gerichtliche Mitarbeiter etc.) können darüber hinaus auch Tätigkeiten ausüben, die über solche technischen Hilfsdienste hinausgehen. Dabei kann es sich um sach- oder verfahrensbezogene Tätigkeiten handeln, die nicht nur eine gewisse Aktenkenntnis, sondern auch eine fachliche oder juristische Vorbildung voraussetzen; man kann insoweit von höheren oder qualifizierten Hilfstätigkeiten sprechen. Als Beispiele lassen sich Recherchetätigkeiten zur Sache, das Entwerfen von Verfügungen oder des Schiedsspruchs nach Weisung eines Schiedsrichters und die koordinierende Kommunikation mit den Schiedsrichtern und den Parteien nennen. Das qualifiziert tätige Fachpersonal hat dabei zwar Sachkenntnis, aber keine Sachentscheidungsbefugnis.

3. Beratung durch beauftragte Personen

Die problematischste Gruppe sind schließlich die Hilfspersonen, die von einem Schiedsrichter oder dem

ganzen Schiedsgericht mit einer bestimmten Tätigkeit beauftragt werden, die keine Hilfstätigkeiten, sondern eigenständige fachliche Tätigkeiten sind, typischer Weise das Erstellen eines Gutachtens oder einer Auskunft ohne Wissen der Parteien. Das Gericht muss von Beratern gewonnene Erkenntnisse den Parteien offen legen und ihnen Möglichkeit zur Stellungnahme geben. Das Entwerfen des Schiedsspruchs sollte im Regelfall weisungsabhängigen Personen vorbehalten bleiben, weil nur so die unmittelbare Abbildung des schiedsrichterlichen Willens gewährleistet ist.

Veranstaltungsberichte

By Dmitry Marenkov, Bonn*

"Dealing with Pathological Arbitration Clauses at the Institutional Level"

On 12 April 2013 the German Institution of Arbitration (DIS) hosted the Seminar "Dealing with Pathological Arbitration Clauses at the Institutional Level". The Seminar was co-organised by the Chamber of Arbitration of Milan¹, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)² and the Vienna International Arbitral Centre (VIAC)³. The four panelists included the Secretaries General of the said leading arbitration institutions: Stefano Azzali (Milan), Jens Bredow (DIS), Dr. Manfred Heider (VIAC) and Annette Magnusson (SCC). The discussion was moderated by the Chairman of the DIS Advisory Board Prof. Dr. Rolf Trittmann. The seminar was attended by some 40 arbitration practitioners from Germany and abroad.

The panelists agreed that pathological arbitration clauses⁴ are not a mere academic issue but rather occur regularly in their practice. Dr. Heider stated that in arbitrations administered by VIAC a standard arbitration clause is far from being the rule and is almost an exception. According to him approximately one third of VIAC cases comprise a pathological arbitration clause. And their drafters tend to be very inventive. Dr. Heider named three possible reasons for such a high proportion of pathological clauses. First, arbitration clauses are not considered important at the time of the contract conclusion by the parties. Second, arbitration clauses seem to offer some inventive playground for compromises between the parties. For example, if a German party proposes a VIAC arbitration clause and its Russian counter-party is inclined to insert an ICC arbitration clause into the contract, parties might look for a compromise solution by designing their own arbitration clause, possibly with typical elements or features of different institutions. Finally, the wrong translation of the arbitration clause and the belief that arbitration institutions

* Dmitry Marenkov is a lawyer with the agency Germany Trade & Invest. He has been involved in several international arbitrations as arbitrator and secretary to the arbitral tribunal.

1) www.camera-arbitrale.it.

2) www.sccinstitute.com.

3) www.viac.eu.

4) See on pathological arbitration clauses: Brefster/Korte/Kröger/Rollin/von Bodenhausen, *Pathologische Schiedsklauseln – Beispiele aus der Beratungspraxis*, IHR 2008, pp. 89–97; Kröll, "Pathological" arbitration agreements before German Courts, IHR 2006, pp. 255–259; Stade, "Pathologische Klauseln" in der französischen Arbitrage-Rechtsprechung, SchiedsVZ 2/2011, pp. 88–94; Girsberger/Ruch, Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers' Nightmare Comes True, in Kröll/Mistelis et al. (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, 2011, pp. 123–139.

are organised identically in various countries can play a role. According to *Mr. Azzali's* observations parties sometimes incorporate arbitration clauses into their contracts but forget to take out the forum selection clause calling for jurisdiction of a particular state court, thus ending up with a contract with two contradicting dispute resolution clauses⁵. He added that a previous version of the Arbitration Rules of the Milan Chamber of Arbitration contained a standard clause providing for "one/three" arbitrators, the decision of the arbitral tribunal in accordance with "the rules of law of ... / ex aequo et bono" and "the seat of arbitration shall be ... (Milano)". In a number of cases parties simply copied this clause without exercising the choice as to the number of arbitrators, the applicable law and without filling in the seat of arbitration. In order to avoid this, the Milan Chamber of Arbitration now offers a set of different standard arbitration clauses. *Mr. Bredow* described approximately five to ten per cent of arbitration clauses in the practice of DIS as problematic (not all of them being pathological). He identified the counsel's lack of knowledge and experience in arbitration as the main reason. According to *Mr. Bredow's* experience some lawyers are not aware of the existence of standard arbitration clauses or erroneously prefer their own drafting to model clauses. *Ms. Magnusson* of SCC stated that the drafting of a contract typically involves lots of psychology. Each party in the course of the contract negotiations normally insists on adding something to the draft, with the arbitration clause not being an exception. That is particularly problematic in the case of a multi-party arbitration.

The moderator *Dr. Trittmann* then asked the panelists to present the regulatory basis and tools which the institutions use in dealing with pathological clauses. *Ms. Magnusson* of SCC said that after the initial exchange of briefs the SCC Board⁶ may take a *prima facie* decision. When the SCC manifestly lacks jurisdiction over the dispute (e.g. when the arbitration clause clearly refers to a different institution), the case can be dismissed⁷. It happens very rarely in practice. The SCC Board holds monthly meetings, mainly dealing with issues such as challenges and appointments of arbitrators. At that stage, parties are entitled to clarify what they meant in the arbitration clause. Most cases will be accepted and will be passed to the arbitral tribunal. *Mr. Azzali* stated that the Chamber of Arbitration of Milan has exactly the same procedure with Board meetings similarly held on a monthly basis. *Dr. Heider* reported that VIAC possesses a "more relaxed" procedure than SCC and the Milan Chamber and pointed out the very arbitration-friendly position of the Austrian Supreme Court. He explained that there is no *prima facie* test under the Vienna Arbitration Rules. He further referred to Article IV of the European Convention on International Commercial Arbitration of 21 April 1961⁸ which provides for a possibility to apply to the President of the Chamber of Commerce of the place of arbitration agreed upon or to the President of the competent Chamber of Commerce of the respondent's habitual place of residence or seat. Austria and most Central and Eastern European countries – which are traditionally well represented in VIAC arbitrations – are signatories to the European Convention. If the arbitration clause cannot be saved, VIAC recommends an application to the President of the Austrian Federal Economic Chamber to refer the case to VIAC arbitration. After such application respondents are heard and invited to comment. There are two or three such cases each year in Austria and this option has been successfully tested by courts. In order to prevent inexperienced parties from running into the dismissal of a case due to the lack of jurisdiction, the VIAC Secretariat examines the arbitration clause carefully. *Dr. Heider* as VIAC Secretary General then writes to parties and informs them of doubts as to VIAC jurisdiction. *Mr. Bredow* of DIS stated that there is no *prima facie* decision in DIS arbitration either. Instead, parties receive a letter in which the DIS Secretariat expresses doubts as to the jurisdiction. Thus, there is

no clear "yes" or "no" by the German Institution of Arbitration which only draws parties' attention to the fact that the arbitration clause might be problematic. Parties are therefore free to move on and take the risk. It is then the arbitral tribunal's task to decide on its jurisdiction. *Mr. Bredow* stated that DIS is happy not to have a formal procedure. He added that he cannot see how a formal procedure can help. He referred to the fact that 90 per cent of the cases run without any problems. Cases where a lack of jurisdiction is totally obvious are rare. He further mentioned other options for the claimant. Provided that the seat of arbitration is in Germany, section 1032 (2) of the German Code of Civil Procedure provides for a possibility, prior to the constitution of the arbitral tribunal, to apply to the court to determine whether or not arbitration is admissible. This provision does not originate from the UNCITRAL Model Law and aims at the early decision of the jurisdiction issue for purposes of procedural economy⁹. An application pursuant to the European Convention on International Commercial Arbitration is only possible if asked before the claim (similarly to Austria and unlike Italy and Sweden, Germany is a member state of the European Convention).

The Honorary President of DIS *Professor Dr. Karl-Heinz Böckstiegel* commented that there are good reasons for both systems. In his opinion, institutions shall therefore retain their respective traditions and procedures. He added that insofar he sees more problems in investment cases which are more political by nature.

Dr. Francesca Mazza, Secretary General designate at DIS, commented that the existence of a *prima facie* procedure can lead to doubling of time and expense factors.

The moderator *Dr. Trittmann* further asked the panelists to report on state courts' case law on pathological clauses in their countries. *Mr. Azzali* explained that in the past Italian courts very often "killed" all pathological arbitration clauses. Now the situation has changed and the state courts in Italy are more supportive in regard to arbitration. Thus, Italy is "not the heaven of arbitration" but no longer "the hell". In his opinion, there is a good standard of case law on arbitration in Italy. Most court decisions concern the issue whether there has been a derogation from state courts. By contrast, issues like the distinction between ad hoc and institutional arbitration, the question which institution is meant in the arbitration agreement, the number of arbitrators (one/three) or the place of arbitration have produced relatively few case law. There is a stable case law in Italy according to which arbitration clauses have to be clear and unambiguous. If a contract contains both a jurisdiction clause in favour of a particular state court and an arbitration clause, such arbitration clause very likely will be declared invalid. Answering a question from the audience, *Mr. Azzali* admitted that court proceedings in Italy can easily take up to eight years: 3.5 years for the first instance, 2.5 years for the appeal and one and a half/two years for cassation. *Dr. Heider* stressed that

5) See Stebler, The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses, ASA Bulletin, 2013 Vol. 31 Issue 1, pp. 27–44.

6) See Articles 3–7 of Appendix I of the SCC Arbitrations Rules. The current 15 members of the SCC Board are listed at www.sccinstitute.com (>The Board).

7) See Articles 9 (i) and 10 (i) of SCC Arbitration Rules.

8) Text of the European Convention is available at: www.dis-arb.de (>Materials), Status at: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&tdsg_no=XXII-2&chapter=22&lang=en. See also Kröll, The European Convention on International Commercial Arbitration – The Tale of a Sleeping Beauty, Austrian Yearbook on International Arbitration (AYIA) 2013, pp. 1–22; Fremuth-Wolf, The European Convention on International Arbitration as a Tool to Remedy Pathological Arbitration Agreements – "There's still Life in the Old Dog yet!", AYIA 2013, pp. 61–78; Pittkowitz, Is There Still a Scope of Application of the European Convention on International Commercial Arbitration?, AYIA 2013, pp. 93–109.

9) See commentary on § 1032 of the German Code of Civil Procedure by Huber, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (eds), Arbitration in Germany, 2007, pp. 139–156.

Austrian courts have adopted a very arbitration-friendly approach. Thus, a wrong denomination of the institution does not harm the arbitration clause. Courts will look at the intention/will of the parties, take into account the trade usages and consider how reasonable parties would have acted. For example, a two-tier dispute resolution clause calling for 1) "settling the dispute in a friendly fashion" and 2) referring the case to the "arbitrary court of Vienna" was considered to be a valid VIAC arbitration clause by the arbitral tribunal and confirmed by a state court. Similarly, a clause referring the dispute to the "Federal Chamber for the Legal Protection of Industrial Property Rights [...]" was upheld. The arbitration-friendly case law is based on two landmark decisions of the Austrian Supreme Court providing a generous approach to the certainty and unambiguity of arbitration agreements. In one of the said decisions a clause calling for "an arbitration court pursuant to respective provisions" („ein Schiedsgericht gemäß den einschlägigen Normen“) was held to be a sufficiently certain clause in accordance with sections 577 et seq. of the Austrian Code of Civil Procedure (Austrian Arbitration Law)¹⁰. According to the other decision an ambiguous arbitration agreement shall – in an international context – be typically interpreted in favour of a respective institution¹¹. Ms. Magnusson stated that Sweden is an arbitration friendly jurisdiction where state courts do not regard arbitration as competition¹². Mr. Bredow stated that German case law has been "very pro-arbitration" since the entry into force of the new German Arbitration Act in 1998¹³. He mentioned, as an example, two decisions of the Higher Regional Court of Berlin (*Kammergericht*) in which arbitration clauses calling for "German (Central) Chamber of Commerce" (there is no such institution in Germany) were held to be a valid arbitration clause referring to DIS arbitration¹⁴.

The final part of the discussion was dedicated to the question what measures the arbitral institutions should adopt in order to improve the situation with pathological clauses. Ms. Magnusson explained that SCC adopted the approach of pro-active advice making the situation transparent and presenting scary examples, including the price tags associated with it, to the arbitration users. Mr. Bredow mentioned the comprehensive database with court decisions and materials available at the DIS website as a useful tool for the arbitration practice. The participants agreed that seminars in cooperation with local chambers of commerce and lawyers' associations can contribute to a better understanding among the business and legal community. All panelists further identified publications as core means for a further promotion of the use of standard arbitration clauses as offered by the arbitration institutions.

A similar seminar dedicated to the topic of pathological arbitration clauses took place at the Chamber of Arbitration of Milan on 27 June 2013. The next Joint Seminars of the said arbitration institutions addressing this issue will be hosted by SCC in Stockholm on 17 January 2014 and by VIAC in Vienna on 13 March 2014.

10) Decision of the Austrian Supreme Court (OGH) of 22. 5. 1986 (Sammlung Zivilrechtssachen = SZ 59 86).

11) „Bei undeutlicher Bezeichnung des Schiedsgerichtes ist im Zweifel die im internationalen Verkehr typische institutionelle Schiedsgerichtsinstitution als vereinbart anzusehen.“, decision of the Austrian Supreme Court (OGH) of 5. 10. 1988 („Wirtschaftsrechtliche Blätter“ = WBI 1989 30).

12) See Swedish case law on Swedish Arbitration Portal at www.arbitration.sccinstitute.com/Swedish-Arbitration-Portal/.

13) Tenth Book of the German Code of Civil Procedure (Sections 1025–1066), available at www.dis-arb.de (>Materials). See a detailed commentary on German arbitration law in: Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (eds), *Arbitration in Germany*, 2007.

14) KG Berlin, 15. 10. 1999, Case No. 28 Sch 17/99, Yearbook Comm. Arb'n XXVI (2001), p. 328 et seq.; CLOUD Case No. 373; *id. 3. 9. 2012*, Case No. 20 SchH 02/12, SchiedsVZ 2012, 337 (case summaries available in DIS database at www.dis-arb.de).

Von Barbara Sandfuchs, Passau*

Essential New Developments in the Field of International Commercial Arbitration

Dieser spannende Titel schmückte das zweite Panel auf der Jahrestagung der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung, die vom 5. bis 7. 7. 2013 an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau stattfand.

Das aus Deutschland, den Vereinigten Staaten von Amerika, Österreich und der Schweiz angereiste Fachpublikum erhielt die Chance zu tief greifenden Einblicken in neueste Entwicklungen im internationalen Schiedsverfahrensrecht. Unter der Moderation von Rechtsanwalt Dr. Rolf M. Winkler (Stuttgart)¹ diskutierte das Panel aus VIAC-Präsident Dr. Anton Baier (Wien)² und Rechtsanwalt Martin Wiebecke (Zürich)³.

Gegenstand waren die zum 1. 7. 2013 in Kraft getretene Wiener Schiedsordnung des Vienna International Arbitral Centre (Wiener Regeln)⁴ und die zum 1. 6. 2012 in Kraft getretene revidierte Internationale Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules)⁵, die mit der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC Schiedsgerichtsordnung) und der Schiedsgerichtsordnung 98 der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS-SchO) kontrastiert wurden.

Das Panel wurde mit Spannung erwartet, war es doch die weltweit erste Veranstaltung zu den nur fünf Tage zuvor in Kraft getretenen Neuen Wiener Regeln.

Im Wechsel zwischen den Diskutanten wurden Unterschiede und Gemeinsamkeiten der verschiedenen Regelungssysteme anhand diverser Einzelaspekte beleuchtet.

A. Klageeinreichung und Konstituierung des Schiedsgerichts

Nach Art. 7 Wiener Regeln wird die Klage anhängig durch Eingang beim Sekretariat. Die Vorlage der Schiedsvereinbarung ist nicht notwendig, Angaben dazu genügen. Mit der Klagebeantwortung, aber auch später kann Widerklage (Art. 9 Wiener Regeln) eingereicht werden. Im Unterschied zu den Swiss Rules (Art. 3 Nr. 10: Widerklage ist grundsätzlich mit Einleitungsantwort zu erheben) kann die Widerklage bis zum Schluss des Verfahrens erhoben werden.

Die jeweilige Schiedsvereinbarung regelt, ob vor einem Einzelschiedsrichter oder einem Senat verhandelt werden soll. Nur wenn eine solche Regelung fehlt, trifft das Präsidium diese Wahl (Art. 17 Wiener Regeln). Als Richtwert für die Zuständigkeit des Senats kann laut Baier ein Streitwert ab einer Million Euro gelten. Im Gegensatz dazu sieht die DIS-SchO generell die Zuständigkeit eines aus drei Schiedsrichtern bestehenden Schiedsgerichts beim Fehlen einer Vereinbarung vor (§ 3 DIS-SchO).

Die von den Parteien nach Art. 16 Wiener Regeln benannten Schiedsrichter werden vom Generalsekretär bestätigt und benennen dann ihrerseits ihren Vorsitzenden, welcher wiederum vom Generalsekretär bestätigt wird.

Sind auf einer Seite mehrere Parteien beteiligt, denen die Einigung auf einen Schiedsrichter nicht gelingt, kann nach

* Die Autorin ist Doktorandin bei Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M., Universität

1) Mitglied des Vorstands der DAJV und Vorsitzender der DAJV-Fachgruppe Arbitration Litigation Mediation.

2) Präsident des Internationalen Schiedsgerichts der Wirtschaftskammer Österreich in Wien (Vienna International Arbitral Center, kurz: „VIAC“).

3) Zugelassen als Rechtsanwalt in der Schweiz und in Deutschland sowie als Attorney-at-Law in New York.

4) Vertiefend: Baier/Hahnkämper, Die Neuen Wiener Regeln, SchiedsVZ 2013, 141 ff.

5) Vertiefend: Wiebecke, Switzerland, The International Arbitration Review 2012, 480 ff.; Ehle/Jahnel/Werner, Revision der Swiss Rules – erhöhte Effizienz und Flexibilität, SchiedsVZ 2012, 169 ff.