

Einführung

Michael Stürner/Rüdiger Wilhelmi

A. Zielsetzung und Methodik der Tagung

In Recht und Rechtsprechung besteht ein anhaltender Trend zur Privatisierung. So werden große Wirtschaftsstreitigkeiten regelmäßig nicht vor staatlichen Gerichten ausgetragen, sondern vor privaten Schiedsgerichten.¹ Dies gilt jedenfalls für den vertraglichen Bereich, wo Schiedsklauseln zum Standardrepertoire von Kautelarjuristen gehören. Als Vorteile werden immer wieder die Schnelligkeit des Verfahrens, die Sachkunde der Schiedsrichter sowie auch die fehlende Öffentlichkeit der Verhandlung genannt.² Umgekehrt sind staatliche Gerichte mit komplexen Großverfahren vielfach überfordert.³ Gerade M&A-Streitigkeiten werden daher – wenn sie überhaupt streitig werden – nahezu ausschließlich vor privaten Schiedsgerichten verhandelt.⁴ Anders als bei staatlichen Gerichten besteht hier kein Instanzenzug und damit auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Zudem wird in M&A-Verträgen regelmäßig auch das materielle Gesetzesrecht abbedungen und durch vertragliche Regelungen ersetzt, so dass sich hier das Spannungsverhältnis zwischen staatlichem und privatem Recht nicht nur hinsichtlich der Streitentscheidung, sondern auch hinsichtlich des materiellen Rechts und damit in besonderem Maße zeigt.

Welche Folgen hat dies für das Recht des Unternehmenskaufvertrags? Wie reagiert die Praxis hinsichtlich der Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen? Und inwiefern besteht Anlass zur Sorge, dass die Rechtsfortbildungsfunktion staatlicher Gerichte verkümmert, weil in bestimmten Rechtsbereichen kaum noch Verfahren anhängig gemacht werden? Woran orientieren sich Schiedsgerichte bei der Rechtsanwendung? Doch auch innerhalb der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit besteht scharfer Wettbewerb. Ein möglicher Brexit könnte Auswirkungen auf die bisherige Vormachtstellung Londons als Schiedsort haben. Internationale Handelsgerichte machen der privaten Schiedsgerichtsbarkeit zunehmend Konkur-

1 *Goette*, AnwBl 2012, 34.

2 Übersicht etwa bei *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 1273 ff.

3 S. etwa *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2875.

4 *Drude*, SchiedsVZ 2017, 224.

renz.⁵ Schließlich stellt sich die Frage, wie die Schiedsgerichte damit umgehen, dass das Gesetzesrecht nicht vollständig abgedeckt werden kann, also Grenzen für die Privatisierung des Rechts bestehen.

Es war das Ziel der am 19. und 20. Mai 2017 in Konstanz ausgerichteten Tagung, diesen und anderen Fragen im Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis nachzugehen.⁶ Dieser Ansatz wurde konsequent durch die Doppelvergabe der Themen an Vertreter aus Wissenschaft und Praxis in Form von Referat und Korreferat verfolgt. Dabei wird das Recht funktional untersucht, indem die Themen und Referenten sowohl rechtstatsächliche als auch verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Perspektiven einnehmen und auch die internationale Dimension einbeziehen. Das durch einen internationalen Markt geprägte Recht des Unternehmenskaufes dient als Brennglas zur Untersuchung der Entwicklung hin zur Privatisierung von Recht und Rechtsprechung. Aus unterschiedlichen Blickwinkeln betrachten die Referenten, wie Rechtsanwendung und insbesondere Rechtsfortbildung angesichts dieses Trends funktioniert.

B. Ausgangspunkt: der Rückgang der Fallzahlen vor deutschen Gerichten

Das deutsche Gerichtssystem genießt weltweit einen sehr guten Ruf. Es gilt als schnell, effizient und günstig. Einer aktuellen Umfrage zufolge⁷ haben fast zwei Drittel der Deutschen „sehr hohes“ oder doch „recht hohes“ Vertrauen in die Gerichtsbarkeit.⁸ Der Rule of Law Index 2015 des World Justice Project⁹ führt Deutschland auf Rang acht,¹⁰ die Ziviljustiz schafft es sogar auf Rang fünf weltweit.¹¹ Die befragten Praktiker und Rechtswissenschaftler hoben die leichte Zugänglichkeit des Gerichtssystems, die Qualität und Effizienz der Streitschlichtung und die recht niedrigen Kosten hervor.¹² Im Schnitt dauern Verfahren vor den Amtsgerichten im Schnitt weniger als fünf Monate; fast 50% aller Verfahren kommen sogar in weniger als drei Monaten zu einem Abschluss.¹³ Vor den Land-

5 *Duve/Rösch*, ZVglRWiss 114 (2015), 387; *G. Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb – Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit, 2017, S. 183 ff.

6 Siehe den Tagungsbericht von *Pfiffner*, SchiedsVZ 2017, 256.

7 Roland-Rechtsreport 2016.

8 Roland-Rechtsreport 2016, S. 13.

9 Siehe http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/roli_2015_0.pdf.

10 Rule of Law Index 2015, S. 20.

11 Rule of Law Index 2015, S. 30.

12 Rule of Law Index 2015, S. 45/46.

13 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Zivilsachen, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, S. 26.

gerichten werden Verfahren im Schnitt immerhin in etwa neun Monaten abgeschlossen.¹⁴

Gleichzeitig lassen sich in den letzten 20 Jahren immer weiter sinkende Fallzahlen vor Zivilgerichten feststellen.¹⁵ Zwischen 1995 (418.807 Neueingänge) und 2013 (358.792 Neueingänge) war ein Rückgang der anhängigen Fälle an den Landgerichten um 14,33% zu verzeichnen, zwischen 2004 (439.829 Neueingänge) und 2013 sogar um 18,42%. Besonders deutlich ist der Rückgang in Bezug auf größere Handelsstreitigkeiten, die in die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen fallen: Dort ist zwischen 1995 und 2013 ein Rückgang um 45,7% zu verzeichnen.¹⁶ Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund war in den letzten Jahren vermehrt Kritik zu vernehmen.¹⁷ Der Deutsche Juristentag hat 2014 über das Thema „Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?“ diskutiert. Der Gutachter, *Graf-Peter Calliess*, schlug eine Reihe teils grundlegender Änderungen vor.¹⁸ Der Deutsche Anwaltstag 2015 hatte das Generalthema „Streitkultur im Wandel – weniger Recht?“.

Für die Zivilrechtspflege, ja die Justiz insgesamt, sind solche Entwicklungen besorgniserregend, da ihr das Fallmaterial entzogen wird, auf dessen Grundlage sie zur Weiterentwicklung der objektiven Rechtsordnung beitragen kann. Auch lassen sich deutliche rechtspolitische Tendenzen erkennen, am unteren Ende der Streitwertskala liegende Streitigkeiten von vornherein durch Schlichtung beizulegen und nicht durch Gerichtsentscheidung.¹⁹ Letztlich gerät das Gewaltmonopol des Staates in Gefahr, wenn Rechtsstreitigkeiten mehrheitlich außerhalb der dafür vorgesehenen staatlichen Institutionen ausgetragen werden.

14 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Zivilsachen, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, S. 56.

15 Näher *Wolf*, NJW 2015, 1656.

16 *Wolf*, NJW 2015, 1656; nach *Graf-Schlicker*, AnwBl 2014, 573, 575 sind die Erledigungszahlen zwischen 2004 und 2012 um 32,4% gesunken. Zu möglichen Ursachen der „Prozessebbe“ auch *Leipold*, in: FS Klamaris, 2016, S. 443; *Rottleuthner*, in: Höland/Meller-Hannich (Hrsg.), Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageingangszahlen in der Justiz – Mögliche Ursachen und Folgen, 2016, S. 100.

17 Dazu *Roth*, ZZP 129 (2016), 3.

18 *Calliess*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, Gutachten A für den 70. Deutschen Juristentag 2014. Kritisch dazu etwa *Roth*, JZ 2014, 801.

19 Dazu *M. Stürner*, in: Hörnle/Möllers/Wagner (Hrsg.), Courts and Their Equivalents, 2018 (im Erscheinen).

C. Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit, insb. im Bereich M&A

Als einer der Gründe für den Rückgang der Eingangszahlen wird immer wieder das vermehrte Aufkommen alternativer Streitschlichtungsmechanismen (ADR) genannt.²⁰ In der Tat, im Bereich komplexer Wirtschaftsstreitigkeiten dominiert die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Allerdings gibt es keine statistischen Erhebungen, die auf einen Zusammenhang zwischen dem Verfahrensrückgang einerseits und der Streitlösung durch Schiedsgerichte andererseits schließen ließen. Im Gegenteil: Vor der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) werden jährlich weniger als 150 Fälle verhandelt.²¹ Im Jahre 2012 gab es vor den großen Schiedsinstitutionen weltweit nur 1322 Fälle.²²

Doch diese vergleichsweise wenigen Fälle sind geeignet, gesamte Rechtsbereiche zu prägen. Eines davon ist das Recht des Unternehmenskaufes, das in den nachfolgenden Beiträgen exemplarisch herangezogen wird, um eine größere Fokussierung auf die Besonderheiten auch des materiellen Rechts zu ermöglichen. Das Recht des Unternehmenskaufes ist dabei auch insofern von besonderem Interesse, als es durch einen internationalen Markt geprägt ist²³ und sich hier das Spannungsverhältnis zwischen staatlichem und privatautonomem Recht in besonderem Maße zeigt. Denn nicht nur sind hier Schiedsabreden sehr verbreitet,²⁴ so dass Streitigkeiten im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen die staatlichen Gerichte relativ selten erreichen. Vielmehr ist das Recht des Unternehmenskaufs auch stark durch die Kautelarjurisprudenz geprägt,²⁵ die sich bemüht, alle Rechtsfragen im Rahmen der Vertragsgestaltung abschließend zu regeln.²⁶

Damit stellt sich nicht nur die Frage, welche Regelungen an die Stelle des materiellen staatlichen Rechts treten, sondern auch, welche Relevanz jenem Recht noch zukommt und wie vor diesem Hintergrund Rechtsfortbildung stattfindet oder stattfinden kann.²⁷ Wie geht die kautelarjuristische Praxis bei der Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen mit dieser Situation um? Existiert so etwas wie eine ständige schiedsgerichtliche Rechtsprechung, auf die sowohl Vertragsgestaltung als auch die Streitentscheidung Bezug nehmen kann?

20 So etwa *Calliess*, Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag, S. 24 ff.

21 Vgl. www.dis-arb.de/upload/statistics/DIS-Statistiken%202015.pdf.

22 *Wolf*, NJW 2015, 1656, 1657 (hier der Hinweis, dass dies gerade 3,5% aller handelsrechtlichen Streitigkeiten entspricht); s. auch *Gaier*, NJW 2016, 1367.

23 Vgl. etwa *MüKo-BGB/Westermann*, 7. Aufl. 2016, § 453 Rn. 18.

24 Dazu *Meyding/Sorg*, unten S. 11; vgl. weiter *NK-BGB/Büdenbender*, 3. Aufl. 2015, Anh. II zu §§ 433–480 Rn. 133. Zu Post M&A-Disputes auch *Elsing/Kramer*, in: FS Geimer II, 2017, S. 67.

25 *MüKo-HGB/Thiessen*, 4. Aufl. 2016, Anh. § 25 HGB Rn. 1.

26 Vgl. etwa *Staudinger/Beckmann* (2013), § 453 Rn. 86; *Schönhaar*, GWR 2014, 273.

27 Vgl. *BeckOGK-BGB/Wilhelmi* (2016), § 453 Rn. 266 ff.

Auch wenn Statistiken mitunter trügerisch sein können, so helfen doch empirische Erkenntnisse bei der rechtlichen Analyse. Auffällig erscheint insbesondere der von *Thomas Meyding/Steffen Sorg* berichtete Rückgang der Verbreitung von Schiedsklauseln in M&A-Verträgen,²⁸ der im Widerspruch zu den oben berichteten Trends zu stehen scheint. Doch bleibt abzuwarten, ob es sich hierbei nicht um einen durch externe Effekte bedingten einmaligen Ausreißer handelt. Der Beitrag von *James Menz* zeigt jedenfalls in materiellrechtlicher Hinsicht, dass M&A-Verträge regelmäßig eine vollständige Abbedingung des gesetzlichen Haftungsregimes enthalten.²⁹

D. Wechselwirkungen zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlichen Gerichten

Am Beispiel der Unternehmenskaufverträge lässt sich untersuchen, in welchem Verhältnis beide Zweige der Streitbeilegung zueinander stehen. Das geltende Recht überantwortet den Parteien die Wahl zwischen beiden Wegen: Eine gültige Schiedsklausel versperrt den Weg zu den Gerichten (§ 1032 Abs. 1 ZPO). Das deutsche Recht ist schiedsfreundlich; dies zeigt sich etwa an der Rechtskraftwirkung, die § 1055 ZPO dem Schiedsspruch zubilligt, oder aber an der Anerkennungsfreundlichkeit, die über das New Yorker UN-Übereinkommen hergestellt wird.

Doch droht nicht eine Verkümmern der Rechtsfortbildungsfunktion der Gerichte, wenn ganze Rechtsbereiche außerhalb des Instanzenzuges verhandelt werden und allenfalls noch aus der Anerkennungsperspektive beurteilt werden können? Muss nicht eine bessere Verzahnung der verschiedenen Streitschlichtungsmechanismen erfolgen? Oder gilt es, sich im freien Institutionenwettbewerb zu behaupten, indem die Verfahren vor deutschen Gerichten attraktiver gestaltet werden?³⁰ Einen mutigen Vorstoß hat *Reinhard Gaier* unternommen.³¹ Er befürwortet die Einführung eines Vorlageverfahrens, mit dem ein Schiedsgericht bei Einverständnis der Parteien die Entscheidung des staatlichen Gerichts über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung einholen kann. *Reinmar Wolff* hält dem entgegen, dass sich dieser Vorschlag weder in das bestehende Verhältnis von Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten einfüge, noch überhaupt ein praktisches Bedürfnis für ein Vorlageverfahren bestehe.³²

28 *Meyding/Sorg*, unten S. 13 ff.

29 *Menz*, unten S. 49.

30 Etwa durch die Einrichtung von englischsprachigen Kammern für internationale Handelssachen. Zu weiteren Initiativen *M. Stürner*, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (TCR) 2016, 145.

31 *Gaier*, NJW 2016, 1367 sowie unten S. 61.

32 *Wolff*, unten S. 73.

Auf der Mikroebene ist in den Blick zu nehmen, welche Beachtung sich Schiedsgerichte und staatliche Gerichte gegenseitig schenken: Der beschriebene wechselseitige Ausschluss beider Institutionen mag darüber hinwegtäuschen, dass auf inhaltlicher Ebene durchaus Berührungspunkte bestehen: Schiedsgerichte wenden bei aller Freiheit, die es hinsichtlich Billigkeitsentscheidungen gibt (§ 1051 Abs. 3 ZPO), doch Recht an und haben damit auch dessen Auslegung durch staatliche Gerichte Beachtung zu schenken. Aber besteht auch ein umgekehrter Zusammenhang? Gibt es – gerade in arbitral-dominierten Bereichen wie dem Recht der M&A-Transaktionen – eine „ständige schiedsgerichtliche Rechtsprechung“?³³ Die fehlende hierarchische Gliederung und die große Heterogenität der Schiedsgerichtsbarkeit lassen hieran Zweifel aufkommen. Überdies fehlt vielfach bereits der Zugang zu Schiedssprüchen, die regelmäßig nicht veröffentlicht werden.³⁴ Jedenfalls für eine deutliche Erweiterung der Öffentlichkeit in Schiedsverfahren spricht sich vor diesem Hintergrund *Christian Wolf* aus.³⁵ Gleichzeitig sieht er die Leistungsfähigkeit von Präjudizien in Verfahren vor privaten Schiedsgerichten mit großer Skepsis. In seinem Korreferat stimmt *Klaus-A. Gerstenmaier* dem zu:³⁶ Schiedsgerichtliche Entscheidungen eignen sich regelmäßig wegen der starken Spezialität der Streitfälle nicht zu verallgemeinernder Anwendung.

In diesem Zusammenhang spielt vor allem die Frage des anwendbaren Rechts eine bedeutsame Rolle. Das Internationale Privatrecht (IPR) lässt den Parteien zwar über die Rechtswahlfreiheit große Freiheiten, enthält aber auch gerade im Wirtschaftsrecht über die sog. Eingriffsnormen deutliche Einschränkungen, was zwingendes Recht der *lex fori* angeht. Doch welche *lex fori* entscheidet bei Schiedsverfahren? Die These von der Anationalität der Schiedssprüche³⁷ würde eine Abweichung von den Vorgaben des IPR argumentativ unterstützen und könnte einem Abkoppeln von staatlichen Rechtsordnungen insgesamt Vorschub leisten. Die Rom I-VO, die das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht regelt, enthält in Art. 1 Abs. 2 lit. e eine Bereichsausnahme für Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen. Dass hieraus auch eine Unanwendbarkeit auf Schiedsverfahren insgesamt folgt, erscheint jedenfalls nicht unzweifelhaft, sind die dahingehenden Argumente doch ersichtlich von dem Desiderat getragen, die Schiedsverfahren von den Fesseln des zwingenden Rechts zu befreien. Mit der

33 S. dazu *Wimalasena*, Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, 2016, S. 149 ff.

34 *Wimalasena*, Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, 2016; *Eslami*, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016; *Behme*, in: Broemel e.a. (Hrsg.), Prozessrecht in nationaler, europäischer und globaler Perspektive, 2017, S. 67.

35 Unten S. 89.

36 Unten S. 115.

37 Etwa *Solomon*, Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 316 f.

wohl überwiegenden Ansicht hält *Jan von Hein* die Rom I-VO für ungeeignet zu der Bestimmung des in einem Post-M&A-Schiedsverfahren anzuwendenden Sachrechts; maßgebend sei vielmehr die Sonderkollisionsnorm des § 1051 ZPO.³⁸ Auch *Stephan Wilske* plädiert aus Sicht der Praxis für eine möglichst weitgehende Gestaltungsfreiheit der Parteien in Schiedsverfahren.³⁹ Die dogmatisch durchaus reizvolle und auch umstrittene Frage nach der Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts ist aus Sicht der Praxis, wie *Felix Dasser* darlegt, hingegen völlig irrelevant.⁴⁰

Selbstverständlich lassen sich diese Fragen sinnvollerweise nur im Zusammenhang mit den (zwingenden) Vorgaben einer konkreten Rechtsordnung diskutieren. Auch diese lassen sich von den Parteien in gewissem Umfang steuern, indem sie den jeweiligen Schiedsort festlegen. Dessen Attraktivität hängt von vielerlei Parametern ab, nicht zuletzt aber auch davon, welche rechtlichen Freiräume das jeweils anwendbare Schiedsverfahrensrecht lässt. War bislang London eines der am häufigsten gewählten Foren für grenzüberschreitende Wirtschaftsstreitigkeiten, so könnte das Brexit-Referendum in der Rechtsberatung möglicherweise für die Prorogation zugunsten staatlicher englischer Gerichte ein Umdenken auslösen. Der Schiedsstandort London, so die Einschätzung der anwesenden Experten, sei von der Brexit-Entscheidung allerdings weniger betroffen, da jedenfalls die Anerkennung von Schiedssprüchen über das New Yorker Übereinkommen nach wie vor gesichert ist. Die Beiträge von *Nils Schmidt-Ahrendts/Fabian Klein*⁴¹ und von *Felix Dasser*⁴² zeigen auf, wie facettenreich die Entscheidungsgrundlage zugunsten des Schiedsortes ist. Sie lehren auch einmal mehr, dass es sich lohnt, Schiedsvereinbarungen in jedem Einzelfall auf ihre Passgenauigkeit hin zu durchdenken, und nicht leichthin Standardklauseln zu verwenden. Die Anstrengungen zur Stärkung des Schiedsstandortes Deutschland⁴³ haben jedenfalls derzeit noch keine nachhaltige Wirkung entfaltet.

38 Unten S. 121; ebenso etwa *Schilf*, RIW 2012, 678; *Babić*, Journal of Private International Law 13 (2017) 71; anders etwa jüngst *Mankowski*, RIW 2018, 1.

39 *Wilske*, unten S. 145.

40 *Dasser*, unten S. 157.

41 Unten S. 165.

42 Unten S. 179.

43 Zur Entwicklung *G. Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb – Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit, 2017, S. 147 ff.

E. Das Recht des Unternehmenskaufvertrags – besser aufgehoben vor Schiedsgerichten?

Die Frage nach Recht und Rechtsfindung jenseits des gesetzlichen Rechts stellt sich nicht nur aus der Perspektive des (internationalen) Verfahrens- und Kollisionsrechts, sondern auch aus der des materiellen Rechts des Unternehmenskaufs. Dabei sind insbesondere die Konstellationen von Bedeutung, die sich nicht allein durch einen Rückgriff auf den Unternehmenskaufvertrag lösen lassen. Da insoweit nicht ohne weiteres auf das materielle gesetzliche Recht zurückgegriffen werden kann, kommt der Beweiserhebung eine besondere Bedeutung zu. Der Frage, welche Besonderheiten hier in Schiedsverfahren gelten und welche Konsequenzen diese haben, geht das Referat von *Harm Peter Westermann*⁴⁴ nach. Es behandelt insbesondere den Zeugenbeweis, der sich bei M&A-Verfahren durch die Besonderheit auszeichnet, dass die Zeugen häufig Angestellte oder Organmitglieder einer der Parteien sind und als solche nicht selten ein gewisses Interesse am Ausgang des Rechtsstreits haben, eine Konstellation, die aber etwa auch für Gesellschafterstreitigkeiten kennzeichnend ist.

In der Regel finden sich auch komplexe Regelungen für die Bestimmung des endgültigen Kaufpreises, die häufig durch Schiedsgerichte oder Schiedsgutachten erfolgt.⁴⁵ Das Referat von *Roderich Thümmel*⁴⁶ stellt insoweit die Gestaltung und Wirkung von Regelungen und Eskalationsmechanismen zur Bestimmung des Kaufpreises in Unternehmenskaufverträgen dar und arbeitet insbesondere heraus, welche Regelungen mit welchem Streitpotential verbunden sind und dass Eskalationsmechanismen von der Verhandlungspflicht über die Pflicht zur Vorlage von Berechnungen oder Gutachten und Ausschlussfristen bis zum Schiedsverfahren selbst dann streitdämpfend sind, wenn es zum Schiedsverfahren kommen sollte, in dem es dann häufig um das Verständnis und die Auslegung einzelner Regelungen des M&A-Vertrages und nicht so sehr um Mängel bei der Berechnung geht. Der Beitrag von *Markus Würdinger*⁴⁷ betont in diesem Zusammenhang die Möglichkeiten von Schiedsgutachten und die Notwendigkeit eines Corporate Dispute Management für Unternehmen.

Schließlich stellt sich die Frage, wann trotz der in der Regel abschließenden Regelungen des Unternehmenskaufvertrags das materielle staatliche Recht anzuwenden ist, welche Grenzen also die kautelarjuristischen Regelungen haben. Gibt es insoweit eine unterschiedliche Herangehensweise von Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten? Welche Konsequenzen haben diese? Einfallstore sind

44 Unten S. 187.

45 Vgl. etwa BeckOGK-BGB/*Wilhelmi* (2016), § 453 Rn. 496 ff.

46 Unten S. 201.

47 Unten S. 215.

insoweit insbesondere die Haftung aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis⁴⁸ sowie die Störung der Geschäftsgrundlage.⁴⁹ Das Referat von *Jan Thiessen*⁵⁰ betont, dass die Haftung aus vorvertraglichem Schuldverhältnis Vorsatz bzw. Arglist voraussetzt und die darin liegende Beschränkung ihres Anwendungsbereichs nicht durch eine großzügige Wissenszurechnung unterlaufen werden darf. Das Referat von *Johannes Landbrecht*⁵¹ ergänzt mit Überlegungen zur Relevanz der Verwendung englischer Fachbegriffe für die Auslegung von Verträgen nach deutschem Recht und zur eingeschränkten Bedeutung von Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung relevanten Wissens insoweit nicht nur Desiderata der Praxis. Vielmehr untersucht es ergänzend, wann die Haftung aus vorvertraglichem Schuldverhältnis unter eine Schiedsvereinbarung fällt, insbesondere wenn die M&A-Transaktion scheitert und kein wirksamer Kaufvertrag unterzeichnet wird, kann bereits die im Vertragsentwurf formulierte Schiedsklausel Wirksamkeit entfalten.

Das Referat von *Antonis G. Karampatzos*⁵² beschäftigt sich mit den Möglichkeiten der Gestaltung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage durch MAC- bzw. MAE-Klauseln, denen nicht nur in der jüngsten Finanzmarktkrise Bedeutung zukommt, sondern die insbesondere auch angesichts der Auswirkungen des BREXIT Relevanz erlangen können. Ergänzend dazu behandelt der Beitrag von *Stefan Zeyher*⁵³ eine Fülle praxisrelevanter Einzelfragen im Zusammenhang mit MAC-Klauseln, insbesondere ihre Rolle bei der Verknüpfung zwischen der Akquisitionsfinanzierung und der Unternehmenstransaktion, ihr Verhältnis zu vertraglichen Garantien und zur gesetzlichen Regelung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, Beweislastfragen sowie die Wahl der Verfahren zur Erledigung von Streitigkeiten um MAC-Klauseln und die damit zusammenhängenden Haftungsrisiken für Organe. Dabei zeigt er eindrucksvoll auf, wie notwendig ein sorgfältiges Vorgehen nicht nur bei der kautelarjuristischen Gestaltung, sondern auch im Rahmen der Gestaltung der Streitbeilegung ist.

48 Vgl. etwa *Henssler*, in: FS Hopt, 2010, S. 113, 137.

49 Vgl. etwa *Wilhelmi*, in: Karampatzos/Tröger (Hrsg.), Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten, 2014, S. 205, 213.

50 Unten S. 223.

51 Unten S. 237.

52 Unten S. 261.

53 Unten S. 279.

F. Ausblick

Die Bedeutung der Schiedsgerichte für wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten, insbesondere im Bereich der M&A-Transaktionen, kann kaum überschätzt werden. Welche Auswirkungen die Verbreitung von Schiedsverfahren auf die Rechtsentwicklung insgesamt im Bereich des Unternehmenskaufs hat, lässt sich nur schwer absehen. Richterrecht wird in solchen Verfahren jedenfalls nicht geschaffen.

Unter den Tagungsteilnehmern war durchaus ein Wunsch der Praxis nach höchstrichterlichen Leitlinien erkennbar. Gleichzeitig bewegt sich die Schiedsgerichtsbarkeit soweit irgend möglich außerhalb staatlich gesetzten Rechts, da sogar international zwingende Eingriffsnormen letztlich nur auf der Ebene der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung durch staatliche Gerichte relevant werden. Soweit möglich, werden Unsicherheiten kautelarjuristisch einer Lösung zugeführt. Materiellrechtliche Lösungen gehen dabei mit prozeduralen Eskalationsmechanismen einher, bei denen das Schiedsverfahren trotz seiner Vorteile erst als letzte Stufe angesehen wird. Darin spiegelt sich vielleicht ein Trend hin zur informellen Konfliktlösung wider, der sich auch außerhalb der M&A-Streitigkeiten beobachten lässt.

Gesamtgesellschaftlich betrachtet bleibt nach wie vor ein Forschungsdesiderat, welche Gründe für den eingangs beschriebenen Rückgang der Verfahrenszahlen von deutschen Zivilgerichten ausschlaggebend sind.