
Datum: 16.12.1992
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 16 W 43/92
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1992:1216.16W43.92.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 3 O 218/92

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluß des Landgerichts Köln vom 14.7.1992 - 3 O 218/ 92 - abgeändert.

Der am 16.9.1991 ergangene Schiedsspruch des Einzelschiedsrichters des Internationalen Schiedsgerichtshofs der Internationalen Handelskammer, Herrn M. mit Sitz in Q. - Geschäfts. Nr. 00- wird für vollstreckbar erklärt.

Der Schiedsspruch lautet :

1." Die F. hat der U. folgende Zahlungen zu leisten:

- den noch ausstehenden Restbetrag auf den Kaufpreis der gemäß Auftragsbestätigung Nr. 600 003 vom 1. August 1985 gelieferten Maschine und den Rechnungsbetrag der Rechnung vom 17. Juni 1986, die sich zusammen auf insgesamt DM 24.040,01 belaufen, zu verzinsen wie folgt :

- sechs Prozent über dem jeweils geltenden offiziellen Diskontsatz der E. beginnend mit dem 5. Mai 1988 und bis zum 1. Januar 1991;

- fünf Prozent über diesem Diskontsatz vom 2. Januar 1991 an und bis zur vollständigen Zahlung; diese Sätze sind auf Seite 16 des vorliegenden Schiedsspruches aktualisiert angegeben;

- die vom Internationalen Schiedsgerichtshof des ICC auf US Dollar 2.000 für Verwaltungskosten und US Dollar 2.500 für Schiedsgebühren festgesetzte Schiedskosten ;

- den Betrag von DM 8.000 für der U. entstandenen Anwaltsgebühren.

2. Sämtliche vorstehend genannten Beträge, einschließlich der Zinsen, sind spätestens vierzehn Tage seit dem Datum des vorliegenden Schiedsspruches zu zahlen.

3. Der Einzelrichter lehnt sämtliche weiteren Forderungen und Vorbringen der Parteien ab."

Die Antragsgegnerin hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Das Urteil beschwert die Antragsgegnerin in Höhe von 38.000,- DM.

Entscheidungsgründe:	1
Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, insbesondere ist sie frist- und formgerecht eingelegt. Sie hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts, wobei der Senat nach der gemäß §§ 1044 I , 1042 a II ZPO anberaumten mündlichen Verhandlung über die sofortige Beschwerde durch Urteil zu entscheiden hatte.	2
Der Schiedsspruch des Einzelschiedsrichters der J. vom 16.9.1991 war gemäß § 1044 ZPO i.V. mit Art. 4, 5 und 7 des New Yorker Übereinkommens über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 (BGBl. 61 II 122 ff; abgekürzt : UNÜ) i. V. mit Art. I 2 lit.a des Europäischen Übereinkommens über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.4.1961 (BGBl. 1964 II ,426) und § 1027 Abs. 2 ZPO für vollstreckbar zu erklären.	3
Allerdings kann sich die Antragstellerin nicht auf eine formgültige Schiedsvereinbarung nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 1 und 2 UNÜ stützen. Dem in dieser Bestimmung vorausgesetzten Schriftformerfordernis ist vorliegend nicht Genüge getan. Die Parteien haben keinen Schiedsvertrag gemeinsam unterzeichnet.	4

Auch die vereinfachte Schriftform des Art. 2 Abs. 2 UNÜ - Wechsel von Briefen oder Telegrammen, die eine Schiedsvereinbarung bzw. Schiedsklausel enthalten - ist nicht eingehalten worden. Die Antragstellerin kann lediglich darauf verweisen, daß sie in ihrer Auftragsbestätigung vom 1.8.1985 auf ihre beigelegten allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen vom Dezember 1982 Bezug genommen und zugleich in dem Schreiben darauf hingewiesen hatte, daß sich Art. 11 dieser Bedingungen nicht mehr auf NL 79 beziehe, sondern auf die ECE 188 (Allgemeine Lieferbedingungen für den Export von Maschinen und Anlagen, veranlaßt und empfohlen von der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa von März 1953). Der Auftragsbestätigung beigelegt waren die ECE 188 jedoch nicht. Darüberhinaus fehlte es auch an einer schriftlichen Einverständniserklärung der Antragsgegnerin, so daß keine der in Art. 2 Abs. 2 UNÜ genannten Varianten des dort vorausgesetzten Schriftformerfordernisses erfüllt war.

Die von den Parteien am 5./ 7.6.1990 unterzeichneten " Terms of Reference " stellten ebenfalls keine schriftliche Schiedsvereinbarung i. S. von Art. 2 Abs. 2 UNÜ dar. Denn auch die diesbezüglichen Dokumente sind weder von beiden Parteien gemeinsam unterzeichnet noch zwischen ihnen in einem Schriftverkehr ausgetauscht worden. Die Antragstellerin hat lediglich Exemplare beigebracht, auf denen sich neben der Unterschrift des Schiedsrichters jeweils nur eine weitere Unterschrift, nämlich auf dem einen Exemplar die der Antragstellerin und auf dem anderen die der Antragsgegnerin, befindet. Zu einem Austausch dieser Urkunden unter den Parteien ist es nicht gekommen; jede Partei hat das von ihr unterzeichnete Exemplar dem Schiedsrichter eingesandt, bei dem die Urkunden alsdann verblieben.

6

Art. 2 des New Yorker Übereinkommens stellt indessen keine abschließende Regelung dar, wie sich aus der in Art. 7 Abs. 1 UNÜ enthaltenen sog. Meistbegünstigungsklausel ergibt . Danach bleibt die Gültigkeit mehrseitiger oder zweiseitiger Verträge, welche die Vertragsstaaten über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen geschlossen haben, unberührt, und es ist jeder Partei unbenommen, sich auf einen Schiedsspruch nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts oder der Verträge des Landes, in dem er geltend gemacht wird, zu berufen.

7

Art. I 2 lit. a des Europäischen Übereinkommens über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.4.1961, welchem sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch Dänemark - letzteres mit Wirkung vom 22.3. 1973 (vgl. dazu Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO - Kommentar, 51. Aufl. Einl. IV 3 D c) - beigetreten sind, bestimmt, daß in seinem Geltungsbereich auch formlos geschlossene Schiedsverträge anerkannt werden, wenn sie nach dem Recht der Vertragsstaaten formfrei abgeschlossen werden können. Dies ist nach deutschem Recht, welches als das Recht des Anerkennungsstaates gemäß Art. 7 Abs. 1 UNÜ hier von vorrangigem Interesse ist und an das im übrigen auch im Hinblick auf das Zustandekommen des Vertrages angeknüpft werden darf (vgl. dazu BGH AWD 1970, 418) , nämlich gemäß § 1027 Abs. 2 ZPO, der Fall. § 1027 Abs. 2 ZPO bestimmt, daß ein Schiedsvertrag keinem Formerfordernis unterliegt, wenn er für beide Teile, die Vollkaufleute sein müssen, ein Handelsgeschäft darstellt. An dem Vorliegen der beiden letztgenannten Voraussetzungen kann hier kein Zweifel bestehen. Die Auslegung des zwischen den Parteien gewechselten Schriftverkehrs bzw. ihres Verhaltens führt auch zu der Feststellung, daß eine Schiedsvereinbarung stillschweigend zwischen ihnen geschlossen wurde.

8

Die auf die nicht näher vorgetragene Bestellung der Antragsgegnerin ergangene Auftragsbestätigung der Antragstellerin vom 1.8.1985 stellte als sog. modifizierte Auftragsbestätigung gemäß § 150 Abs. 2 BGB eine Ablehnung des von der Antragsgegnerin

9

ausgegangenen Antrags in Verbindung mit einem neuen Angebot dar. Dieses lautete dahin, daß in den abzuschließenden Werklieferungsvertrag die beigefügten AGB der Antragstellerin in deren teilweise durch die in der Auftragsbestätigung erwähnten ECE 188 abgeänderter Fassung einbezogen werden sollten. Auf dieses Angebot hat die Antragsgegnerin, die nicht geltend gemacht hat, sich ihrerseits auf eigene AGB bezogen zu haben, nicht nur geschwiegen. Die Bedenken, die der Bundesgerichtshof in seiner in JZ 1977, 602/ 603 veröffentlichten Entscheidung gegenüber der Annahme geäußert hat, daß das Schweigen auf eine sog. modifizierte Auftragsbestätigung als Vertragsannahme gedeutet werden könne, bestehen hier deshalb nicht. Die Antragsgegnerin hat die vertraglich vereinbarte Leistung später vielmehr ohne Widerspruch gegen die AGB der Antragstellerin angenommen. Sie ist zudem auch noch, wie sich aus den von der Antragsgegnerin nicht bestrittenen Feststellungen unter Ziffer 6.1 des Schiedsspruches ergibt, mit einem Schreiben vom 14. 8. 1985 auf die Auftragsbestätigung ausdrücklich in verschiedenen Punkten eingegangen, ohne dabei zugleich gegen die Einbeziehung der AGB der. Antragstellerin nebst den sie teilweise abändern ECE 188 zu protestieren. Damit hat sie konkludent zum Ausdruck gebracht, daß sie mit der Einbeziehung dieser AGB einverstanden sei. Denn wer sich wie die Antragsgegnerin mit einzelnen Punkten eines Vertragsangebots auseinandersetzt , auf andere darin ebenfalls enthaltene und von dem Vertragspartner ersichtlich für wesentlich gehaltene Fragen aber nicht eingeht, der gibt zu erkennen, daß er gegen diese Vertragspunkte auch nichts einzuwenden habe, §§ 133,157 BGB.

Andernfalls wäre nach Treu und Glauben von ihm ein ausdrücklicher Widerspruch zu erwarten gewesen, der es dem anderen ermöglicht hätte, über die Frage der Einbeziehung weiter zu verhandeln. 10

Soweit die Antragsgegnerin in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 26.11.1992 nun vorgetragen hat, sie sei von der Antragstellerin aufgefordert worden, die Auftragsbestätigung mit ihrer Unterschrift versehen an diese zurückzusenden, habe dies aber bewußt unterlassen, gibt dies zu einer anderweitigen Beurteilung keinen Anlaß. Den Grund dafür, weshalb die Antragsgegnerin die Auftragsbestätigung nicht unterzeichnete, hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin nicht genannt. Die Tatsache, daß sie - wie erwähnt - in ihrem Antwortschreiben vom 14.8.1985 auf einzelne Punkte der Auftragsbestätigung einging, konnte aus den Sicht der Antragstellerin bereits der alleinige Grund für ihr Unterlassen sein. Darauf, was die Antragsgegnerin insgeheim damit bezweckte, daß sie die erbetene Unterschrift nicht leistete, kommt es nicht an, § 116 BGB. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die Antragstellerin die Bitte um Unterzeichnung der Auftragsbestätigung nur im Hinblick auf die in den ECE 188 enthaltene Schiedsklausel geäußert hat. Die Unterschrift kann ihr auch aus anderem Grunde, etwa zu Beweis Zwecken, wichtig gewesen sein. Tatsächlich hat auch die Antragstellerin den Vertrag, ohne auf der Unterschriftsleistung durch die Antragsgegnerin zu bestehen, erfüllt und so kenntlich gemacht, daß sie sich in jedem Fall daran binden wollte. Zu der von der Antragsgegnerin angeregten Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung besteht nach alledem kein Anlaß. 11

Da die Parteien Vollkaufleute sind, galten für sie gemäß § 24 AGBG die Einbeziehungserfordernisse des 12

2 AGBG nicht. Es genügte, daß sich die Antragsgegnerin von ihnen Kenntnis hätte verschaffen können, was ihr z. B. durch die an die Antragstellerin herangetragene Bitte, ihr von den ECE 188 ein Exemplar zu übersenden, möglich und zumutbar gewesen wäre. 13

Bei den ECE 188 handelt es sich einschließlich der darin enthaltenen Schiedsklausel auch nicht um unübliche AGB, so daß das Überraschungsverbot des § 3 AGBG, welches allerdings 14

auch unter Vollkaufleuten Gültigkeit beansprucht, nicht tangiert ist. Im Großhandel, erst recht im internationalen Handel, entspricht es sogar im Gegenteil eher den kaufmännischen Gepflogenheiten, auftretende Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen vgl. dazu BGHZ 7, 193).

Wäre nicht schon durch das Schweigen der Antragsgegnerin auf den Einbeziehungshinweis in der Auftragsbestätigung der Antragstellerin vom 1.8. 1985 eine Schiedsgerichtsvereinbarung geschlossen worden, so würde nach Ansicht des Senats jedenfalls durch die Einlassung der Antragsgegnerin in das Schiedsverfahren ein Schiedsvertrag stillschweigend zustande gekommen sein. 15

Auch durch rügelose Einlassung in ein Schiedsverfahren kann eine formlose Schiedsabrede nach Maßgabe des § 1027 Abs 2 ZPO getroffen werden (Baumbach-Lauterbach-Albers, aaO, § 1027 Rdn. 12). 16

Das Verhalten der Antragsgegnerin nach der Unterzeichnung der " Terms of Reference " läßt die Auslegung zu, daß die Antragsgegnerin jedenfalls von jenem Zeitpunkt an mit der Durchführung des Schiedsverfahrens und der endgültigen Entscheidung des Streites durch den Schiedsrichter einverstanden war. 17

Zwar hat die Antragsgegnerin vor der Unterzeichnung der " Terms " gegen die Durchführung des Schiedsverfahrens protestiert und die Ansicht geäußert, daß ein Schiedsvertrag zwischen den Parteien nicht zustandegekommen sei. Unter diesen Umständen kann die in Ziffer 4.1 der " Terms " enthaltene Vereinbarung, daß der Schiedsrichter auch über seine Zuständigkeit befinden solle, nicht ohne weiteres als eine bindende Unterwerfung unter seine Entscheidung, und somit als Übertragung einer unanfechtbaren Kompetenz verstanden werden. 18

Hier kommt jedoch hinzu, daß die Antragsgegnerin nach der Unterzeichnung der " Terms " nicht nur mit keinem Wort mehr auf ihre frühere Zuständigkeitsrüge zurückgekommen ist, sondern sie hat sich sogar auf die ECE 188 als materielle Vertragsgrundlage bezogen, ohne insoweit Vorbehalte hinsichtlich der, Bindungswirkung der darin enthaltenen Schiedsklausel zu machen. Ein Zwang zu einer so weitgehenden Aufgabe ihres bis dahin eingenommenen Rechtsstandpunktes bestand für die Antragsgegnerin nicht. Zwar mag sie zu Recht Nachteile für den Fall befürchtet haben, daß das Schiedsverfahren - was grundsätzlich möglich gewesen wäre - ohne ihre Beteiligung durchgeführt worden wäre. Sie war durch die Unterzeichnung der " Terms " jedoch nicht darin gehindert, ihre Auffassung zur Wirksamkeit der Schiedsklausel weiterhin vorzutragen, zumal die Entscheidung hierüber erst noch getroffen werden sollte. 19

Der Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches stehen auch keine Anerkennungshindernisse i. S. von Art. 5 UNÜ oder § 1044 Abs. 2 ZPO entgegen. 20

Die Antragsgegnerin - die im Rahmen von Art. 5 UNÜ darlegungs- und beweispflichtig ist - beruft sich ohne Erfolg auf die Verletzung des ordre public sowie auf eine vermeintliche Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör. 21

Diese Tatbestände sieht die Antragsgegnerin zu Unrecht insbesondere dadurch erfüllt, daß gegen ihren Protest Englisch als Verfahrenssprache festgelegt und entgegen ihren Anträgen von dem Schiedsrichter kein Beweis erhoben wurde. 22

Die durch den Schiedsrichter getroffene Wahl der englischen Sprache als Verfahrenssprache stellte keine Verletzung des rechtlichen Gehörs für die Antragsgegnerin dar.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Antragsgegnerin sich nicht bereits durch die Unterzeichnung der " Terms of Reference " der -Festlegung der Verfahrenssprache unterworfen hat. Jedenfalls ist ihr unter Ziffer 5.3 der " Terms " die Möglichkeit eingeräumt worden, Schriftsätze in deutscher Sprache einzureichen, wovon sie auch Gebrauch gemacht hat. Damit waren im Ergebnis zwei Verfahrenssprachen festgelegt, wie es Art. 15 Abs. 3 der Schiedsgerichtsordnung der J. im übrigen auch gestattet. Die Antragsgegnerin hat auch nicht konkret benennen können, an welcher Stelle sie dem Schiedsverfahren wegen fehlender Verständnis- oder Übermittlungsmöglichkeiten nicht habe folgen können. Bereits aus diesem Grunde kann dahinstehen, was den Schiedsrichter bewogen haben mag, Englisch zur Verfahrenssprache zu bestimmen, obwohl der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag in deutscher Sprache abgefaßt war und nach Art. 15 Abs. 3 der Schiedsgerichtsordnung der J. grundsätzlich die Vertragssprache den Ausschlag bei der Wahl der Verfahrenssprache geben soll. Immerhin ist nicht zu übersehen, daß der Schiedsrichter auf diese Weise eine neutrale Sprache wählte, weil die Muttersprache der Antragstellerin Dänisch ist und sich durch die alleinige Wahl der deutschen Sprache als Verfahrenssprache u. U. eine einseitige Bevorzugung der Antragsgegnerin ergeben hätte.

24

Eine bloße Vermutung - die Antragsgegnerin verwendet diesen Begriff selbst - stellt die Befürchtung der Antragsgegnerin dar, von dem Schiedsrichter nicht richtig verstanden worden zu sein. Aus dem Schiedsspruch ergeben sich dafür keine Anhaltspunkte. Insbesondere läßt sich nicht feststellen, daß der Schiedsrichter den Wortlaut der Aktennotiz vom 27. 6. 1986 falsch verstanden haben könnte. Daß er den Inhalt nicht im Sinne der Antragsgegnerin gewertet und ihm eine Bedeutung beigelegt hat, die die Antragsgegnerin nicht akzeptiert, ist eine Frage der rechtlichen Würdigung , die mit der Wahl der Verfahrenssprache nichts zu tun hat.

25

Ebensowenig konnte es der Antragsgegnerin gelingen, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder gar des ordre public mit ihrem Einwand darzutun, der Schiedsrichter habe ihrem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der fortdauernden Mangelhaftigkeit der Maschine entsprechen müssen und nicht erst im Schiedsspruch mitteilen dürfen, aus welchem Grunde er von der beantragten Beweiserhebung absehe. Weder Art. 5 UNÜ noch Art. 103 Abs. 1 GG gewähren Schutz dagegen, daß das Schiedsgericht Beweisangebote der Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts ganz oder teilweise unberücksichtigt läßt (BGH NJW 1992, 2299/ 2300). Nichts anderes ist hier geschehen. Zutreffend hat sich der Schiedsrichter auf den Standpunkt gestellt, daß die immerhin von der Antragsgegnerin selbst angefertigte Aktennotiz vom 27.6.1992 belege, daß die Maschine zum damaligen Zeitpunkt hinsichtlich ihres technischen Leistungsverhaltens nach übereinstimmender Ansicht der an ihrer Überprüfung beteiligten Personen den vertraglichen Anforderungen entsprochen habe.

26

Für die Zeit danach hat die Antragstellerin keine vor Ablauf der Garantiezeit - die der Schiedsrichter nach dem für die Vertragsdurchführung anwendbaren dänischen Recht mit einem Jahr, gerechnet ab der Übergabe der Maschine, zugrundegelegt hat - erhobenen weiteren Mängelrügen vorgetragen. Der Aufforderung, eine von ihr erwähnte Aktennotiz von April 1986 und eine weitere von April 1989 sowie eine schriftliche Zeugenaussage des Zeugen T. wovon der der Schiedsrichter möglicherweise noch Aufschluß erwartet hat, einzureichen, ist die Antragsgegnerin nicht nachgekommen. Unter diesen Umständen war es nur folgerichtig, daß sich der Schiedsrichter auf den Standpunkt stellte, daß weitere Mängel in

27

unverjährter Zeit nicht geltend gemacht seien. Für die von der Antragsgegnerin beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Fortbestand der technischen Mängel hat der Schiedsrichter daher aus Rechtsgründen keinen Raum gesehen. Dies vorab vor Erlaß des Schiedsspruches den Parteien mitzuteilen, bestand für den Schiedsrichter keine Veranlassung. Auch nach der deutschen Verfahrensordnung gibt es keinen Anspruch darauf, daß der Richter vor Erlaß einer abschließenden Entscheidung den Parteien darüber Mitteilung macht, daß und aus welchem Grunde er ein Vorbringen für nicht beweisenerheblich hält.

Soweit der Schiedsrichter die in der Aktennotiz vom 27. 6. 1986 erwähnte Vereinbarung bezüglich der Etikettiervorrichtung als neue, über die bisherige Vertragsgrundlage hinausgehende Verpflichtung angesehen hat, ist auch dies ebenso eine Frage seiner rechtlichen Würdigung wie seine daran geknüpfte Folgerung, daß nach dänischen Kaufrecht das Risiko für die Unmöglichkeit, die Etikettierungsvorrichtung anzupassen, vom Käufer, also von der Antragsgegnerin, zu tragen sei. 28

Ob diese Überlegungen der Sache angemessen waren, mag dahinstehen. Jedenfalls sind aber keinerlei Anhaltspunkte für eine willkürliche Behandlung des Sachverhalts durch den Schiedsrichter erkennbar. Für die Einholung eines Sachverständigengutachtens war auch insoweit deshalb kein Raum. 29

Aus alledem folgt, daß die Rüge der Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips - es ist von der Antragsgegnerin im übrigen nie eine mündliche Verhandlung verlangt worden- ebenso der Substanz entbehrt wie erst recht keine Verletzung des ordre public durch die von der Antragsgegnerin vorgetragenen Einwände dargetan ist. 30

Der Schiedsspruch war daher für vollstreckbar zu erklären. Der Darlegung, daß der Schiedsspruch nach dem für ihn geltenden Recht, also dem dänischen, verbindlich geworden sei, bedurfte es nicht. Gemäß Art. 5 Abs. 1 it. e UNÜ wäre es Sache der Antragsgegnerin gewesen, diesbezügliche Hinderungsgründe darzutun. 31

Die Nebenentscheidungen beruhen auf 55 91, 708 Nr. 10 ZPO. 32