

IWRZ

Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
2/2021 | Seiten 49–96

INHALT

	Editorial	
	Jan Curschmann Eröffnung des Hamburg International Arbitration Center	49
	Beiträge	
	Ingeborg Schwenzer Ilka H. Beimel Das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht – Zugleich: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.11.2020 – I ZR 245/19	51
	Stefan Vogenauer <i>Hardship clauses</i> und verwandte Klauseln in internationalen Handelskäufen (II). Regelungsbedarf bei der Vertragsgestaltung und einschlägige Klauselarten	57
	Reinhard von Hennigs US-amerikanische Exportkontrollen: Aktuelle Bedeutung für grenzüberschreitende Transaktionen	63
	Louis B. Buchman The French Law on Duty of Vigilance. Business and Human Rights – From Soft Law to Hard Law, the French Experience	73
	Rechtsprechung	
Wirtschaftsrecht	EuGH: Zur Vorsteuerabzugsberechtigung einer gemischten Holding Urteil vom 12.11.2020 – C-42/19 (MORITZ MÜHLING)	76
	EuGH: Parallelimport-Zulassung trotz Erlöschen der Bezugszulassung Urteil vom 8.10.2020 – C-602/19 (MARC RUTTLOFF)	79
	EuGH: Wirkungslose Verjährungsunterbrechungsregel verstößt gegen EU-Wettbewerbsrecht Urteil vom 21.1.2021 – C-308/19 (WINFRIED TILMANN)	81

BEITRÄGE

Ingeborg Schwenzer/Ilka H. Beimel*

Das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht – Zugleich: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.11.2020 – I ZR 245/19

In den letzten Jahren trat die Frage, welches Recht auf eine Schiedsvereinbarung Anwendung findet, vermehrt in den Blickpunkt schiedsverfahrensrechtlicher Diskussionen. Nicht nur die Literatur hat sich dieser Frage ausführlich gewidmet. Im Jahre 2020 sind vielmehr auch in verschiedenen europäischen Staaten grundlegende Entscheidungen hierzu ergangen. Sowohl der U.K. Supreme Court¹ als auch der deutsche BGH haben im vergangenen Jahr Leitentscheidungen zu dieser Frage veröffentlicht. Vorangegangen waren diesen bereits eine Entscheidung des England and Wales Court of Appeal² und in der gleichen Sache eine Entscheidung der Cour d'appel de Paris.³

I. Einleitung

1. Fragestellung

Bei der Diskussion um das Schiedsvereinbarungsstatut geht es einmal um die Frage der Formwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung und zum anderen um die der materiellen Einigung der Parteien. Regelmäßig ist bei letzterer die wirksame Einbeziehung einer Schiedsvereinbarung in den Vertrag fraglich, vor allen Dingen, wenn sich eine solche in Allgemeinen Geschäftsbedingungen findet.

Diskutiert wird auch, ob das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht dem nationalen (Schieds-)Recht zu entnehmen ist oder – wenn es sich um einen CISG-Vertragsstaat handelt – das CISG zur Anwendung gelangt.⁴ Daher will sich der CISG Advisory Council dieser Thematik annehmen und demnächst eine Opinion zu „Applicability of the CISG to Dispute Settlement Clauses“ verabschieden und veröffentlichen.⁵ Vor diesem Hintergrund durfte die aktuelle und hier besprochene Stellungnahme des BGH zu dieser Frage mit Spannung erwartet werden. Diese Spannung war auch darin begründet, dass der BGH eine Anwendung des CISG auf Gerichtsstandsvereinbarungen 2015 verneint und sich dabei vor allem auf das Argument der Trennung von Hauptvertrag und Gerichtsstandsvereinbarung berufen hat.⁶ U.a. das OLG Frankfurt hatte diese Argumentation erst kürzlich noch zum Ausgang genommen, um die Anwendbarkeit des CISG auch im Hinblick auf eine Schiedsvereinbarung zu verneinen.⁷

2. Ausgeklammerte Fragen

Kein Gegenstand der genannten Entscheidungen und der neueren Literatur sind außer der Frage der Form und materiellen Einigung weitere Gültigkeitsfragen, wie insbeson-

dere die objektive⁸ und subjektive Schiedsfähigkeit,⁹ oder Fragen der Sittenwidrigkeit und Fairness einer Schiedsvereinbarung. Sie sollen deshalb auch in dieser Anmerkung nicht thematisiert werden.

II. Das Urteil des BGH vom 26.11.2020

In dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Fall ging es um den Kauf von Macisblüte¹⁰ einer deutschen Käuferin von einer niederländischen Händlerin. Letztere hatte in ihren Bestätigungsschreiben auf die Geltung der Verbandsbedingungen des niederländischen Spezereihandels,¹¹ die eine Schiedsklausel mit Sitz Amsterdam vorsehen,¹² hingewiesen. Die Versicherungsgeberin der Käuferin klagte indessen vor deutschen Gerichten, so dass schlussendlich der BGH über die Wirksamkeit der Erhebung der

* Prof. (em.) Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley) ist emeritierte Professorin für Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Basel, Schweiz. Dr. Ilka H. Beimel ist Rechtsreferendarin am OLG Düsseldorf. Das thematisierte BGH-Urteil ist ab Seite 87 vollständig abgedruckt.

1 Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb [2020] UKSC 38; präzisierend insoweit ggü. Sulamérica CIA Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A. and others [2012] EWCA Civ. 638.

2 Kabab-Ji S.A.L. (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait) [2020] EWCA Civ 6.

3 Cour d'appel de Paris 23.6.2020, No. 17/22943.

4 Siehe u.a. *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 1, f; *Schwenzer/Jaeger* IWRZ 2016, 99; *Giammarco/Grimm* 25 Journal of Arbitration Studies 2015, 33; *Kröll* in *Schwenzer/Atamer/Butler*, Current Issues in the CISG and Arbitration, 2014, S. 59 (71 ff.); *Schwenzer/Tebel* in *FS Magnus*, 2014, S. 319; *Koch* in *FS Kritzer*, 2008, S. 267.

5 S. <https://cisgac.com/schedule-of-work/> (alle Webseiten wurden zuletzt am 25.1.2020 besucht).

6 BGH 25.3.2015, NJW 2015, 2584 (2589).

7 OLG Frankfurt 7.9.2020 – 26 Sch 2/2, juris Rn. 33.

8 D.h. die abstrakte Tauglichkeit der Streitsache als Gegenstand einer Schiedsvereinbarung, gem. § 1030 ZPO, MüKoZPO/Münch § 1030 Rn. 11.

9 D.h. die Rechtsfähigkeit und Geschäfts- bzw. Abschlussfähigkeit: subjektiv bedarf es der Partei- und Prozessfähigkeit, *Geimer* in *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 3815 a. Hiervon ist laut BGer 31.3.2009, 4A_428/2008, auch die Frage der Schiedsfähigkeit einer insolventen Partei erfasst.

10 Genauer, 1.500 kg gemahlene Muskatblüte.

11 Nederlandse Vereniging voor de Specerijhandel (N.V.S.).

12 Art. 16 der N.V.S. Bedingungen heißt: „All disputes arising out of and in connection with a contract made on these conditions shall be decided on in conformity with the provisions of the Arbitrage Reglement (Arbitration Rules) of the Nederlandse Vereniging voor de Specerijhandel (Netherlands Spice Trade Association) at Amsterdam.“

Schiedseinrede durch die Beklagten zu entscheiden hatte.¹³

Im Ergebnis hält der BGH die Schiedsvereinbarung für unwirksam. Er stützt dies einerseits auf die Nichteinhaltung der erforderlichen Form und andererseits auf die Tatsache, dass die Schiedsvereinbarung nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden sei.

Klar war, dass die nach Art. II Abs. 2 New York Convention (NYC) erforderliche Form nicht eingehalten worden war.¹⁴ Über das Meistbegünstigungsprinzip des Art. VII Abs. 1 NYC gelangte der BGH sodann zu § 1031 ZPO.¹⁵ Nach § 1031 Abs. 2 ZPO kann die Form auch durch ein sog. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben gewahrt werden. Dies setzt allerdings nach § 1031 Abs. 3 ZPO voraus, dass die Schiedsvereinbarung Bestandteil des Vertrages geworden ist, mithin eine Einbeziehung stattgefunden hat. Damit stellte sich die Frage, ob insoweit unvereinheitlichtes deutsches BGB oder das CISG anzuwenden ist. Der BGH stellt zunächst klar, dass die Frage der Formwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung dem anwendbaren Schiedsrecht zu entnehmen und nicht dem CISG zu unterwerfen ist, was nach Art. 11 CISG die Formfreiheit nach sich ziehen würde.¹⁶ Hingegen finden auf die Frage der Einbeziehung der Schiedsvereinbarung in den Vertrag die Vertragschlussregeln des CISG (Artt. 14–24 CISG) Anwendung.¹⁷ Nach den Regeln des CISG jedoch verneinte der BGH die erforderliche Einbeziehung und damit die Formwirksamkeit im Rahmen des § 1031 ZPO.¹⁸

Über Art. VII Abs. 1 NYC kam der BGH im Anschluss zusätzlich auf das deutsche Kollisionsrecht, nämlich Art. 11 Abs. 2 EGBGB, der für Distanzgeschäfte eine alternative Anknüpfung an das Geschäfts- oder Ortsrecht vorsieht.¹⁹ Zur Bestimmung des Geschäftsrechtes kehrte der BGH zurück zur NYC, und zwar zu Art. V Abs. 1 lit. a NYC.²⁰ Danach ist für die materielle Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung auf das Recht abzustellen, das die Parteien gewählt haben, oder auf das Recht des Schiedsortes. Der von den Parteien in Aussicht genommene Schiedsort Amsterdam führte den BGH damit zum niederländischen Recht.²¹ Für beide Alternativen stellte der BGH wiederum hinsichtlich der Einbeziehung nicht auf unvereinheitlichtes nationales Recht, sondern auf das CISG ab und verneinte damit die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung.²²

III. Konsequenzen

Das Urteil des BGH klärt einige ältere Fragen und wirft gleichzeitig neue auf. Zunächst sind die Aussagen zum Anwendungsbereich der NYC beachtenswert (1.). Daneben lohnt eine genauere Betrachtung und Kontextualisierung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts sowohl bei einer Rechtswahl der Parteien (2.), als auch beim Fehlen einer solchen (3.). Zuletzt ist die Klarstellung des BGH zur Frage der Anwendbarkeit des CISG auf Schiedsvereinbarungen (4.) zwar begrüßenswert, aber im

Lichte älterer BGH-Rechtsprechung auch etwas verwunderlich.

1. Anwendungsfragen der NYC

a) Anwendung der NYC auf die Erhebung der Schiedseinrede

Der BGH wendet sowohl Art. VII als auch Art. V NYC nicht allein im Exequatur- und Vollstreckungsverfahren, sondern auch im Einredevorverfahren an. Nach seinem Wortlaut findet das in Art. VII Abs. 1 NYC niedergelegte Prinzip der Meistbegünstigung, entsprechend der generellen Ausrichtung der Konvention, auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche Anwendung. Zu begrüßen ist es, dass der BGH trotz dieser Ausrichtung entsprechend der internationalen,²³ und auch zum deutschen Recht überwiegenden, Auffassung²⁴ die NYC auch auf die Situation der Schiedseinrede anwendet. In Zusammenhang mit Art. V Abs. 1 lit. a NYC ergäbe es in der Tat nur wenig Sinn, wenn ein staatliches Gericht die Schiedseinrede als unzulässig verwerfen, aber später einen Schiedsspruch mangels wirksamer Schiedsvereinbarung als nicht anerkennungs- und vollstreckungsfähig betrachten würde.²⁵ Rechtssicherheit, die von der NYC angestrebte Vereinheitlichung im Schiedsverfahrensrecht und am Ende auch eine gesteigerte Verfahrenseffizienz werden daneben als weitere Argu-

13 In den Vorinstanzen war neben der niederländischen Lieferantin auch die belgische Herstellerin der Ware beteiligt.

14 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 13.

15 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 27 ff.

16 Siehe auch Schwenger/Tebel in FS Magnus, 2014, S. 319 (327 ff.), für die Ablehnung von Art. 11 CISG an dieser Stelle.

17 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 38.

18 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 40 ff.

19 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 45 ff. Siehe auch MüKoBGB/Spellenberg Art. 11 EGBGB Rn. 74.

20 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 48 ff. Der BGH stellt auf eine analoge Anwendung des Art. V Abs. 1 lit. a NYC ab. Die vergleichbare Interessenlage resultiere aus der ansonsten bestehenden Gefahr, dass das Einredevorverfahren rechtlich mit dem Exequatur- und Vollstreckungsverfahren auseinanderfiele. Zur Analogie siehe auch van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, 1981, S. 126 f.

21 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 55.

22 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 57 ff. Der BGH hat hierbei die notwendige Form offengelassen, jedenfalls aber die Einbeziehung verneint.

23 Born, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 1, b, iii, m.w.N.; Voser/Schramm/Haugeneder in Torggler et al., Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 2017, Rn. 802 ff.; Emanuele/Molfa/Marvasi in Emanuele/Molfa, Selected Issues in International Arbitration: The Italian Perspective, 2014, S. 18 (45); Van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, 1981, S. 126 ff.

24 Musielak/Voit/Voit ZPO § 1029 Rn. 28; Geimer in Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 3790 b, 3790 i; MüKoZPO/Adolphsen UNÜ Art. V Rn. 2; König SchiedsVZ 2012, 129 (132). Vgl. auch BT-Drucks. 13/5274, 43 zu § 1040 ZPO, wonach für die Entscheidung des Schiedsgerichts zur Gültigkeit der Schiedsvereinbarung insoweit nichts anderes gelten könne als für das staatliche Gericht im Rahmen des Aufhebungsverfahrens; Schmidt-Ahrendts/Höttler SchiedsVZ 2011, 267 (273), bzgl. der Anwendung des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 a ZPO im Einredevorverfahren.

25 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 25.

mente für die Anwendung der NYC im Einredevfahren genannt.²⁶

b) Anwendung des § 1031 ZPO

Über Art. VII NYC gelangt der BGH auch zu § 1031 ZPO. § 1031 Abs. 1 ZPO enthält wie auch Art. II NYC und die meisten anderen ausländischen Schiedsrechte ein Schriftformerfordernis für Schiedsvereinbarungen.²⁷ Im internationalen Vergleich ist § 1031 ZPO jedoch insoweit besonders, als in § 1031 Abs. 2 ZPO das dem deutschen Recht eigene Institut des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens angesprochen wird.²⁸ Nach § 1031 Abs. 3 ZPO wird eine in einem solchen Dokument enthaltene Schiedsvereinbarung jedoch nur dann Inhalt des Vertrages, wenn die Bezugnahme dergestalt ist, dass sie diese Vereinbarung zu einem Bestandteil des Vertrages macht. Damit ist inzident im Rahmen der Prüfung der Formwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung die materiell-rechtliche Frage der Einbeziehung zu untersuchen. Bereits an dieser Stelle hat der BGH deshalb zu Recht die Frage der Anwendbarkeit des CISG thematisiert und bejaht.²⁹

c) Anwendung des Art. VII Abs. 1 in Verbindung mit Art. V Abs. 1 lit. a NYC zur Bestimmung des Geschäftsstatuts für Art. 11 Abs. 2 EGBGB

Einen weiteren möglichen Anknüpfungspunkt für die über Art. VII Abs. 1 NYC vermittelte Formwirksamkeit findet der BGH im nationalen Kollisionsrecht, d.h. Art. 11 Abs. 2 EGBGB. Dabei sieht er sich freilich vor die schwierige Aufgabe gestellt, das nach Art. 11 Abs. 2 EGBGB alternativ berufene Geschäftsrecht, d.h. das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht, zu bestimmen. Hintergrund ist, dass die für die Bestimmung des Vertragsstatuts relevanten Vorschriften, d.h. Art. 27 ff. EGBGB a.F., im Jahre 2009 mit Einführung der Rom I-VO aufgehoben wurden. Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO nimmt jedoch ausdrücklich Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen von ihrem Anwendungsbereich aus. Damit fehlt im deutschen Recht eine Kollisionsnorm für die Bestimmung des Geschäftsstatuts von Schiedsvereinbarungen. Daher ist der Rückgriff des BGH auf Art. V Abs. 1 lit. a NYC nicht nur verständlich, sondern auch sinnvoll und geboten.³⁰ Nach Art. V Abs. 1 lit. a NYC ist dabei zunächst auf eine mögliche Rechtswahl der Parteien abzustellen; mangels Rechtswahl ist das am Schiedsort geltende Recht maßgeblich.

Der deutsche Gesetzgeber hat es (bisher) versäumt, neben dem Formstatut in § 1031 ZPO ein Geschäftsstatut für weitere Gültigkeitsfragen der Schiedsvereinbarung vorzusehen. Anders hat dies etwa der Schweizer Gesetzgeber geregelt. Art. 178 Abs. 1 IPRG enthält entsprechend § 1031 ZPO eine materiell-rechtliche Formvorschrift für Schiedsvereinbarungen. Zusätzlich offeriert Art. 178 Abs. 2 IPRG eine kollisionsrechtliche Lösung für weitere Gültigkeitsfragen;³¹ alternativ ist auf das von den Parteien gewählte Recht, auf das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht oder auf das schweizerische Recht als Recht des Schiedsortes abzustellen. In der Sache wird so unter dem IPRG auch für Gültigkeitsfragen ein Meistbegünstigungsprinzip aufgestellt.

Freilich wirkt die Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips durch den BGH an dieser Stelle auch Fragen auf. Sicher ist die Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips angemessen, wenn am übereinstimmenden Willen der Parteien, einen künftigen Streit im Rahmen eines Schiedsverfahrens auszutragen, kein Zweifel besteht und es gilt, diesen Willen trotz bestehender Gültigkeitshindernisse durchzusetzen, wie zum Beispiel beim Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit nach nur einer der alternativ berufenen Rechtsordnungen. Anders ist die Situation jedoch dort, wo dieser gemeinsame Wille der Parteien durch Auslegung bestimmt werden muss, wie zum Beispiel bei Zweifeln am Vertragsschluss der Schiedsvereinbarung. Es erscheint nicht angemessen, durch Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips die Partei zu bevorzugen, die sich auf das Bestehen der Schiedsvereinbarung beruft, obwohl die andere Partei geltend macht, dass der Abschluss der Schiedsvereinbarung nicht von ihrem Vertragswillen gedeckt sei.³² Als Beispiel sei der hypothetische Fall genannt, dass das nach dem auf den Hauptvertrag anwendbare Recht bei einer battle of forms der Restgültigkeitstheorie (knock-out rule) folgt, während das Recht am Schiedsort auf die Theorie des letzten Wortes (last shot rule) abstellt. Hier allein zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Schiedsvereinbarung im Interesse nur einer Partei auf das Recht am Schiedsort abzustellen, erscheint kaum verständlich und nicht sachgerecht. Da im vorliegenden Sachverhalt des BGH-Urteils ausschließlich Vertragsstaaten des CISG mitwirkten, konnte ein solcher Widerspruch nicht entstehen. Denkbar ist er aber bei Beteiligung einer, beispielsweise, englischen Partei.

26 *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 1, b, iii.

27 Ausnahmen von der Schriftformbedürftigkeit sind eher selten; Beispiele für solche Ausnahmen sind Belgien (Art. 1681 Code judiciaire), Frankreich (Art. 1507 Code de procédure civile), Neuseeland (New Zealand Arbitration Act 1996, Schedule 1, § 7 Abs. 1), Norwegen (§ 10 Norwegian Arbitration Act), Schottland (§ 4 Arbitration (Scotland) Act 2010) und Schweden (§ 1 Swedish Arbitration Act).

28 *MüKoZPO/Münch* § 1031 Rn. 35.

29 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 33 ff.

30 Der BGH befindet sich hierbei auch in guter Gesellschaft, siehe u.a. OGH 17.11.1971, JBl 1974, 629; Genoa Corte di Appello 3.2.1990, XVII Yearbook Commercial Arbitration 1992, 542 (543). Lediglich das „Restatement of The U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration“ des American Law Institute spricht sich gegen eine Anwendung des Art. V Abs. 1 lit. a NYC an dieser Stelle aus. Die Frage des anwendbaren Rechts sei nicht vom Regelungsgehalt der NYC erfasst, so dass in der Rechtspraxis flexiblere und einfachere Wege zur Bestimmung des anwendbaren Rechts zu wählen seien, § 2.14 comment d und Reporters' Note d (2019).

31 Die sogenannte in favorem validitatis Regelung, die bezweckt, einer Schiedsvereinbarung möglichst zur Geltung zu verhelfen.

32 In diesem Sinne stellen schweizerische Gerichte für Art. 178 Abs. 2 IPRG klar, dass dies keine Auslegungsregel ist, BGer 8.7.2003 – 4P67/2003/bie, E. 2.3, und der übereinstimmende oder mutmaßliche Wille der Parteien zum Ausschluss staatlicher Gerichte, und damit für das Schiedsverfahren, feststehen muss, BGer 18.3.2013 – 4A_388/2012, E. 3.4.2; BGer 17.1.2013 – 4A_244/2012, E. 4.2. Siehe auch *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 1, b, v, der u.a. auf ein allg. Gültigkeitsprinzip abstellt, um der Schiedsvereinbarung möglichst zur Geltung zu verhelfen: „Contracting States (...) are free to recognize the validity of arbitration agreements through application of another law (whether applied by reason of a validation principle or otherwise), even when Article V(1)(a)'s choice-of-law rule would not provide for this result.“

2. Die Rechtswahl der Parteien bezüglich des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts

International besteht heute Einigkeit, dass für das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht primär die Rechtswahl der Parteien maßgeblich ist.³³ Davon geht auch Art. V Abs. 1 lit. a NYC aus.

Einen eigenen Ansatz verfolgt bekanntlich das französische Recht, das die Transnationalität des Schiedsrechts in den Vordergrund stellt und im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, die einen kollisionsrechtlichen Ansatz zur Bestimmung des Schiedsvereinbarungsstatuts befürworten, einem materiell-rechtlichen Ansatz folgt.³⁴ Dementsprechend wird auch für die Schiedsvereinbarung „eine eigene Gültigkeit und Wirksamkeit“ („une validité et une efficacité propres“)³⁵ postuliert und sie transnationalen Regeln und zwingendem französischem Recht (als Recht des Schiedsortes) unterstellt. Doch selbst im französischen Recht wird die generelle Möglichkeit der Parteien von den anwendbaren materiell-rechtlichen Regeln abzuweichen und ihre Schiedsvereinbarung einem nationalen Recht zu unterstellen, anerkannt. Allerdings muss eine solche Rechtswahl in eindeutiger Weise vorgenommen werden.³⁶

a) Ausdrückliche Rechtswahl

Eine spezifisch auf die Schiedsvereinbarung ausgerichtete, ausdrückliche Rechtswahl ist in internationalen Verträgen sehr selten anzutreffen. Weder die Schiedsordnung des London Court of International Arbitration aus dem Jahr 2020 noch die Schiedsordnung des Internationalen Schiedsgerichtshofs der ICC aus dem Jahr 2021 nehmen sich dieser Frage an.³⁷ Allein die Model Clause der Schiedsordnung des Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)³⁸ empfiehlt den Parteien, eine Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung zu treffen.

Im Einzelfall lässt sich eine ausdrückliche Vereinbarung des Schiedsvereinbarungsstatuts allenfalls auch aus dem Wortlaut einer Rechtswahlklausel ableiten. So hat der England and Wales Court of Appeal in *Kabab-Ji S.A.L. (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait)* die Rechtswahlklausel, dass das „Agreement“ englischem Recht unterstehen solle, auch auf die Schiedsvereinbarung angewandt.³⁹ Dazu berief sich das Gericht auf eine im Vertrag selbst vorgesehene Definition, wonach „Agreement“ alle Vertragsbestimmungen (einschließlich der Schiedsklausel) umfasse.

b) Konkludente Rechtswahl

Viele Rechtsordnungen gehen davon aus, dass eine ausdrückliche Rechtswahl für den Hauptvertrag als konkludente Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung zu bewerten ist. Dies gilt namentlich für die deutsche Rechtsprechung und Literatur.⁴⁰ In dem zu besprechenden Urteil hat der BGH diese Frage allerdings als irrelevant offengelassen, da die Rechtswahl für den Hauptvertrag mangels Einbeziehung nicht wirksam getroffen war.⁴¹

Auch die englische Rechtsprechung verfolgt regelmäßig diesen Ansatz.⁴² Im Grundsatz bestätigt wurde dies jüngst

in der Entscheidung des U.K. Supreme Court in *Sachen Enka v. Chubb*.⁴³ Ausnahmen sind nur dort zu machen, wo das Risiko bestünde, dass die Anwendung des auf den Hauptvertrag gewählten Rechts zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung führen würde oder wo das am Schiedsort geltende Schiedsrecht die Anwendung eigener Regeln postuliert.⁴⁴ In der englischen Literatur wird dieser Ansatz teilweise kritisiert, da die Beweggründe der Geschäftsparteien für die Rechtswahl auf den Hauptvertrag nicht mit denen für eine hypothetische Rechtswahl auf die Schiedsvereinbarung gleichgestellt werden könnten.⁴⁵

Zuletzt knüpfen einige Stimmen in Literatur und Rechtsprechung eine konkludente Rechtswahl auch an die Bestimmung des Schiedsortes durch die Parteien.⁴⁶ Insbesondere die Wahrung der prozessrechtlichen Natur der Schiedsvereinbarung⁴⁷ und ein Gleichlauf von Schiedsver-

33 Normativ wird dies an Art. V Abs. 1 lit. a NYC oder § 1059 Abs. 2 Nr. 1a ZPO geknüpft.

34 Cour de Cassation, 20.12.1993, *Journal du droit international* 1994, 432. Einen generellen Überblick über Rechtsprechung der französischen Gerichte bieten *Seraglini/Ortscheidt*, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2. Aufl. 2019, Rn. 586 ff.

35 Cour d'appel de Paris 26.2.2013, *Revue de l'arbitrage* 2014, 82 (86).

36 Cour de Cassation 30.3.2004, n° 01–14.311.

37 Die Model Clause der ICC-Schiedsordnung lautet: „All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.“ Die Erläuterungen hierzu sehen lediglich vor, dass eine Rechtswahl für den Hauptvertrag sinnvoll sei, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/arbitration-clause/>. Die Model Clause der LCIA-Schiedsordnung sieht ebenfalls lediglich eine Rechtswahl für das Recht des Hauptvertrages vor, vgl. https://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia_recommended_clauses.aspx.

38 „The law of this arbitration clause shall be (...) (Hong Kong law).“ Mit der Erklärung, dass die Wahl zwar optional sei, aber dort empfohlen wird, wo das Recht des Hauptvertrags und des Schiedsortes auseinanderfallen.

39 *Kabab-Ji S.A.L. (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait)* [2020] EWCA Civ 6, Rn. 62.

40 BGH 28.11.1963 – VII ZR 112/62, jurisRn. 23; OLG München 7.4.1989 – RIW 1990, 585. Etwas krit. *Geimer* in *Geimer*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8. Aufl. 2020, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Rn. 3790 d, der eine konkludente Rechtswahl nur annimmt, wenn aus den Umständen deutlich eine (übereinstimmende) Festlegung der Parteien erkennbar ist.

41 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 53.

42 Hiernach erfolgt ein Dreischritt, der erstens eine ausdrückliche, zweitens eine konkludente Rechtswahl, und drittens der engsten Verbindung, der „closest and most real connection“, folgt, siehe vor allem *Sulamérica CIA Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A. and others* [2012] EWCA Civ. 638, Rn. 25. Die Rspr. der englischen Gerichte ist jedoch uneinheitlich in der konkreten Anwendung dieses Dreischritts, siehe überblicksartig *Born*, *International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 2, j, ii.

43 *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38, Rn. 170.

44 *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38, Rn. 70–72, 95–109, 170.

45 Siehe *Born*, *International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 2, j, ii, der die Anwendung des Rechts am Schiedsort bevorzugt, entweder über Art. V Abs. 1 lit. a NYC oder eine konkludente Rechtswahl über die Wahl des Schiedsortes.

46 Für einen Überblick siehe *Born*, *International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 2, c.

47 Obergericht Tokio 30.5.1994, *XX Yearbook Commercial Arbitration* 1995, 745 (747).

fahrens- und Schiedsvereinbarungsstatut⁴⁸ sind die Argumente, die diese Stimmen unterstützend nennen.

3. Ohne Rechtswahl anwendbares Recht

Haben die Parteien weder das auf die Schiedsvereinbarung noch das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht durch Rechtswahl bestimmt, stellt sich die Frage nach subsidiären Anknüpfungsmomenten.

Art. V Abs. 1 lit. a NYC sieht insoweit lediglich die Anknüpfung an das Recht des Schiedsortes vor. Auch der BGH zieht in dem zu besprechenden Urteil außer dem in Aussicht genommenen Schiedsort keine weiteren Anknüpfungspunkte in Erwägung. Teilweise bestimmen auch Schiedsrechte unmittelbar, dass mangels Rechtswahl das Recht am Schiedsort auf die Schiedsvereinbarung Anwendung findet.⁴⁹

Fraglich ist, wie vorzugehen ist, wenn der Schiedsort (noch) nicht bekannt ist, ist doch die Bestimmung eines Schiedsortes keine Gültigkeitsvoraussetzung für die Schiedsvereinbarung.⁵⁰ Die Beantwortung dieser Frage hat auch der BGH in seinem Urteil ausdrücklich offengelassen. In der Literatur werden hierfür verschiedene Lösungen angeboten. Hiernach ist eine vorläufige Anknüpfung an die Rechtswahl des Hauptvertrags möglich und ein späterer Statutenwechsel, sobald der Schiedsort festliegt.⁵¹ Daneben wird ein allgemeiner Rückgriff auf die *lex fori*⁵² oder die Kollisionsnormen der *lex fori*⁵³ angeboten. Zuletzt kann auch ein grundsätzliches Gültigkeitsprinzip (*validation principle*)⁵⁴ angewendet werden. Demnach sei die Schiedsvereinbarung wirksam, wenn sie unter irgendeinem denkbaren Sitzrecht gültig wäre. Nur so sei der Auftrag des Art. II NYC, eine grundsätzliche Wirksamkeit anzunehmen, erfüllt.

Bei Fehlen jeglicher Rechtswahl wird in Rechtsprechung und Literatur in dogmatischer Unbefangenheit häufig ohne nähere Diskussion auf die *lex causae*, d.h. auf das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht, abgestellt.⁵⁵ Dies gilt insbesondere und gerade in Fällen, in denen der Hauptvertrag dem CISG untersteht.⁵⁶ Für die Angemessenheit der *lex causae* können die Sachnähe von Fragen des Vertragsschlusses und sachfremde Gründe der Wahl des Schiedsortes, z.B. logistische oder diplomatische Motivation, ins Feld geführt werden.⁵⁷ Gegner der Anknüpfung an die *lex causae* berufen sich auf das Trennungsprinzip, wonach die Schiedsvereinbarung unabhängig vom Hauptvertrag zu beurteilen ist.⁵⁸ Dabei wird freilich übersehen, dass das Trennungsprinzip primär dazu dient, die Schiedsvereinbarung aufrecht zu erhalten, wo der Hauptvertrag an einem Gültigkeitsmangel leidet. Es folgt daraus jedoch nicht, dass Schiedsvereinbarung und Hauptvertrag zwingend unterschiedlichen Rechten zu unterstellen sind.

Wo es um Fragen der Einbeziehung und Auslegung einer Schiedsvereinbarung geht, spricht viel für die Anknüpfung an die *lex causae*. Es lässt sich kaum sachlich rechtfertigen, warum zum Beispiel die Einbeziehung von Vertragsklauseln für den Hauptvertrag nach der *lex causae* anders behandelt werden soll als die Frage der Einbeziehung einer Schiedsklausel. Dasselbe gilt für die Auslegung der jeweili-

gen Klausel, wo ebenfalls im Einzelfall erhebliche Unterschiede zwischen *lex causae* und den am Schiedsort geltenden Regeln auftreten können.⁵⁹ Es geht hier um genuin vertragsrechtliche Fragen, für die ein Gleichlauf sichergestellt werden sollte.

Englische Gerichte stellen für die Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts mangels Rechtswahl regelmäßig auf die engste Verbindung (*closest connection*) ab.⁶⁰ Je nach Regelungsfrage mag dies die *lex causae*⁶¹ oder das Recht am Schiedsort⁶² sein.

4. Die Anwendung des CISG im Rahmen von Schiedsvereinbarungen

Unabhängig davon, welches Recht im Einzelfall zur Anwendung gelangt, muss die Frage beantwortet werden, ob dies, wenn der jeweilige Staat Vertragsstaat des CISG ist, zur Anwendung des unvereinheitlichten nationalen Rechts oder des CISG führt. Dabei müssen zwei Fragen sorgfältig auseinandergelassen werden: zum einen die auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Formvorschrift und zum anderen die Bestimmung der Regeln zur materiellen Gültigkeit. Zu beiden in der Literatur bislang umstrittenen Fragen hat der BGH in erfreulicher Weise in dem zu besprechenden Urteil klar Stellung bezogen.

Entgegen der teilweise in der Literatur vertretenen Auffassung,⁶³ ist für die Frage der Formwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung ausschließlich auf Art. II NYC und das

48 *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 1, b, iv. Laut *Born* bestünde bei fehlendem Gleichlauf die Gefahr, dass die Schiedsvereinbarung einem „anti-arbitration“ Regime des Hauptvertrages unterliege, was dem grds. Gültigkeitsprinzip und der „pro-arbitration“ Darlegungs- und Beweislast widerspräche.

49 Z.B. § 48 Swedish Arbitration Act und § 6 Arbitration (Scotland) Act 2010.

50 Vgl. § 1025 Abs. 3 ZPO. Aus der internationalen Rspr. hierzu K.V.C. Rice Intertrade Co. Ltd. v. Asian Mineral Res. Pte. Ltd. [2017] SGHC 32, Rn. 18.

51 *Geimer* in Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 3789.

52 *König* SchiedsVZ 2012, 129 (133).

53 MüKoZPO/*Adolphsen* UNÜ Art. II Rn. 29.

54 *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 3.

55 Z.B. OLG Hamburg 24.1.2003 – 11 Sch 6/01.

56 Rechtbank Arnhem 17.1.2007, CISG-online 1476; Tribunal Supremo 17.2.1998, CISG-online 4582; LG Hamburg 19.6.1997, CISG-online 283; *Filanto S.p.A. v. Chilewich Int'l Corp.*, U.S. District Court S.D.N.Y. 14.4.1992, CISG-online 45.

57 Insbesondere das CISG wird als international einheitliche Lösung gelobt, da es zur *lex fori* bzw. *lex arbitri* und zum *lex causae* gehören kann, siehe *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter* Vor Artt. 14–24 Rn. 65.

58 *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 1, b, iv.

59 Hinzuweisen sei hier nur auf die sog. *parol evidence rule* und die *four corners rule*, die in einigen Common Law Rechtsordnungen die Auslegung auf die schriftlichen Vertragsdokumente beschränken. Siehe u.a. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 30 IV; *Schwenzer/Hachem/Kee*, Global Sales and Contract Law, 2012, Rn. 26.15.

60 Vgl. den Dreischritt in *Sulamérica CIA Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A. and others* [2012] EWCA Civ. 638, Rn. 25.

61 Für eine Übersicht siehe *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, § 4.04, A, 2, f.

62 Z.B. *Arrondissementsrechtbank Rotterdam* 28.9.1995, XXII Yearbook Commercial Arbitration 1997, 762 (765).

maßgebliche Schiedsrecht abzustellen. Art. 11 CISG, der vom Prinzip der Formfreiheit ausgeht, ist insoweit nicht anwendbar. Daran ändert auch der Meistbegünstigungsgrundsatz des Art. VII Abs. 1 NYC nichts.⁶⁴

Dagegen ist das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung nach den einschlägigen Vertragsschlussbestimmungen der Artt. 14–24 CISG zu beurteilen.⁶⁵ Dass das CISG selbst seine Anwendbarkeit auf Streitbeilegungsklauseln nicht ausschließt, ergibt sich bereits aus dessen Art. 19 Abs. 3 CISG, wonach eine abweichende Streitbeilegungsklausel in der Annahmeerklärung als wesentliche Änderung der Bedingungen des Angebots zu werten ist, sowie aus Art. 81 Abs. 1 S. 2 CISG, wonach die Vertragsaufhebung nicht die Bestimmungen des Vertrages über die Beilegung von Streitigkeiten berührt. Der von der Gegenseite auch hier ins Feld geführte Trennungsgrundsatz, dem auch das CISG in Art. 81 Abs. 1 S. 2 CISG ausdrücklich folgt, kann die Anwendung der Vertragsschlussregeln nach CISG nicht aushebeln. Dieser bedeutet wie gesagt nicht, dass die Streitbeilegungsklausel notwendigerweise einem anderen Recht unterliegt als der Hauptvertrag.

Die Anwendung des CISG ist nicht auf die Vertragsschlussregeln begrenzt, sondern erstreckt sich auch auf die Auslegungsregelung in Art. 8 CISG.⁶⁶ Dies folgt allein schon daraus, dass häufig keine klare Trennlinie zwischen Zustandekommen des Vertrages und dessen durch Auslegung zu ermittelndem Inhalt gezogen werden kann.

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, setzt sich der BGH mit der Anwendung des CISG tendenziell in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung zur Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln. Er meint dies damit rechtfertigen zu können, dass bei Gerichtsstandsklauseln anders als bei Schiedsklauseln kein autonomes Recht in Rede stehen würde, das dem Ziel der Schaffung eines international vereinheitlichten Rechts diene.⁶⁷ Ob dies als Begründung zu überzeugen vermag, soll hier dahingestellt bleiben. Das CISG selbst jedenfalls unterscheidet nicht zwischen Schiedsvereinbarungen und Gerichtsstandsklauseln, sondern fasst beide unter dem Begriff der Klauseln zur „Beilegung von Streitigkeiten“ („settlement of disputes“) zusammen.

Bemerkenswert ist zuletzt, dass der BGH das CISG nicht allein als Teil des auf den Hauptvertrag anwendbaren Rechts, sondern auch dann anwendet, wenn die Schiedsvereinbarung nach dem Recht am Schiedsort zu beurteilen

ist, wenn dieser in einem Vertragsstaat des CISG liegt. Dieser Ansatz fördert den Gleichlauf der Rechtsanwendung auf den Vertrag und damit auch die einheitliche Anwendung des CISG.⁶⁸

IV. Schlussbetrachtung

Es ist nachdrücklich zu begrüßen, dass der BGH in einem bislang in Literatur und Rechtsprechung so umstrittenen Gebiet wie der Frage des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts, deutliche und in der Sache weitgehend überzeugende Worte gefunden hat.

Um weiter bestehenden Unsicherheiten gegenzusteuern, sei nach wie vor Praktikerinnen und Praktikern allerdings empfohlen, nicht nur eine ausdrückliche Rechtswahl für den Hauptvertrag zu treffen, sondern sich auch Gedanken über das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht zu machen und dies im Vertrag festzuhalten.



Ingeborg Schwenger



Ilka H. Beimel

63 *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz* in FS Schwenger, 2011, S. 1355 (1364 ff.); *Walker* 25 *Journal of Law and Commerce* 2005–2006, 153 (163).

64 BGH 26.11.2020, I ZR 245/19, Rn. 38; *Schwenger/Jaeger* IWRZ 2016, 99 (104); *Schwenger/Tebel* in FS Magnus, 2014, S. 319 (330).

65 *Schlechtriem/Schwenger/Schroeter/Schroeter* Vor Artt. 14–24 Rn. 50 ff.

66 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 38; *Schwenger/Jaeger* IWRZ 2016, 99 (105).

67 BGH 26.11.2020 – I ZR 245/19, Rn. 39.

68 Hier zeigt sich der Charakter des CISG als international einheitliche Lösung: Es gehört sowohl zur *lex fori* bzw. *lex arbitri* als auch zum *lex causae*, siehe *Schlechtriem/Schwenger/Schroeter/Schroeter* Vor Art. 14–24 Rn. 65.