

## 347. GERMANY: OBERLANDESGERICHT KOLN - 16 December 1992 \*

Enforcement of a foreign arbitral award - Formal requirements for the arbitration agreement - Relation between the New York Convention and national laws - Public policy - Due process

(See Part I.A.2 and B.3 and C.2,3,5)

Leave to enforce in Germany an award made in Denmark under the ICC arbitration rules was refused by the court of first instance (Landgericht). The decision was reversed by the Court of Appeal of Koln. The latter Court said:

"The award given by the ICC sole arbitrator (...) had to be declared as enforceable according to paragraph 1044 of the Rules on Civil Procedure, combined with Articles IV, V and VII of the New York Convention on the Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 (*Bundesgesetzblatt*, II, p. 122 ff.(1961), abbreviated as UN Convention) and Article I (2) (a) of the European Convention on International Commercial Arbitration of 21 April 1961 (*Bundesgesetzblatt*, II, p. 426 (1964)) and also paragraph 1027 (2) of the Rules on Civil Procedure.

True, the requesting party cannot rely on an arbitration agreement the form of which is valid under Article II (1) and (2) of the UN Convention. Not enough has been done in order to meet the requirement of an agreement in writing set by that provision. The parties did not jointly sign an agreement.

"The parties have also not complied with the simplified written form under Article II (2) of the Convention - an exchange of letters or telegrams that include an arbitration agreement or an arbitral clause." (499)

The Court noted that the arbitration clause was contained in the ECE general conditions to which the requesting party's confirmation of order had referred without annexing them; moreover, there was no written acceptance by the other party. The Court added:

"Also the 'Terms of Reference' signed by the parties on 5 and 7 June 1990 did not provide an agreement in writing within the meaning of Article II (2) of the UN Convention. In fact, the respective documents were neither jointly signed by the parties nor exchanged between them in correspondence. The requesting party has only supplied some documents on which

\* The original text is taken from 39 *Recht der internationalen Wirtschaft*, p. 499 ff. (1993)

there is only one signature apart from that of the arbitrator – on one copy the requesting party's and on the other copy the party against whom enforcement is sought. There was no exchange of these documents between the parties: each party sent the copy that it had signed to the arbitrator, who kept the documents.

"However, Article II of the New York Convention does not provide for an exclusive regulation, as it appears from Article VII (1) – the so-called clause of the most favourable treatment. Under this provision, the Convention does not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of foreign arbitral awards that the Contracting States had concluded and any party may avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where the award is sought to be relied upon." (499-500)

The Court referred to Article I (2) (a) of the European Convention and to paragraph 1027 (2) of the Rules on Civil Procedure and concluded that there was an arbitration agreement that had to be regarded as valid. The Court added:

"Leave to enforce the award is not prevented by any obstacle to recognition under Article V of the UN Convention or paragraph 1044 (2) of the Rules on Civil Procedure.

"The requesting party – which under Article V of the UN Convention is under the duty of allegation and proof – invokes to no avail the infringement of public policy or a supposed infringement of its right to due process." (501)

The Court noted that, under the circumstances, the fact that the arbitration proceeding was conducted in English – as provided for in the "Terms of Reference" – did not affect either public policy or due process. The same applied to the way in which the arbitrator had administered the taking of evidence. The Court remarked that "neither Article V of the UN Convention nor Article 103 (1) of the Basic law give protection against the arbitration tribunal's decision not to comply, in full or in part, for reasons of procedure or substance, with requests made by the interested parties that evidence should be taken" (501).

Another reference to the Convention was made by the Court when it noted that it was not necessary to show that the award had become binding under Danish law: "Under Article V (1) (e) of the United Nations Convention the party against whom enforcement is sought had the responsibility to prove an obstacle to enforcement on this regard" (502).



## Aus den Gründen:

„Der Schiedsspruch des Einzelschiedsrichters der IHK ... 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 122ff.; abgekürzt: UNÜ) i. V. mit Art. I 2 lit. a des Europäischen Übereinkommens über die Internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit vom 21. 4. 1961 (BGBl. 1964 II, 426) und § 1027 Abs. 2 ZPO für vollstreckbar zu erklären.

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.

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. II 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. Darüber hinaus 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.

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.

Art. 1 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.

Die auf die nicht näher vorgelegene Bestellung der Antragsgegnerin ergangene Auftragsbestätigung der Antragstellerin vom 1. 8. 1985 stellte als sog. modifizierte Auftragsbestätigung gemäß § 190 Abs. 2 BGB eine Ablehnung des von der Antragsgegnerin ausgehenden Antrags in Verbindung mit einem neuen Angebot dar. Dieses lautete dahin, daß in den abzuschließenden Werklieferungvertrag 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 abändernden 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 Vertragsan-



gebots 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.

Soweit die Antragsgegnerin ... 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 unterzeichnet hat, 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 der 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 wesentlich, 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 Beweiszwecken, 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.

Unschädlich ist, daß die ECE 188 der Auftragsbestätigung der Antragstellerin nicht beigelegt waren. Da die Parteien Vollkaufleute sind, galten für sie gemäß § 24 AGBG die Einbeziehungserfordernisse des § 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.

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 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 zustandegekommen sein.

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

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.

Zwar hat die Antragsgegnerin vor der Unterzeichnung der 'Terms' gegen die Durchführung des Schiedsverfahrens protestiert und die Ansicht geäußert, daß ein Schiedsvertrag zwischen den Partein nicht zustandegekommen sei. Unter diesen Umständen kann die in Ziff. 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.

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.

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

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.

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.

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 IHK 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 bewegen 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 IHK 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.

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.

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 mittellen 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.

Für die Zeit danach hat die Antragstellerin keine vor Ablauf der Garantzeit – die der Schiedsrichter nach dem für die Vertragsdurchführung anwendbaren dänischen Recht mit einem Jahr, gerechnet ab der Übergabe der Maschine, zugrunde gelegt 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 S., wovon 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 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 beweis erheblich 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 dänischem Kaufrecht das Risiko für die Unmöglichkeit, die Etikettiervorrichtung anzupassen, vom Käufer, also von der Antragsgegnerin, zu tragen sei.

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.

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.

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 lit. e UNÜ wäre es Sache der Antragsgegnerin gewesen, diesbezügliche Hinderungsgründe darzutun."