

der Preamble dieser Verordnung nicht nur Artikel 75, sondern auch der Vertrag in seiner Gesamtheit in Bezug genommen wird, läßt erkennen, daß die Harmonisierung bestimmter einzelstaatlicher Vorschriften, die durch diese Verordnung in einander von der genannten Entscheidung erfaßten Bereiche sich hergestellt werden soll, zu den in Artikel 3 des Vertrages niedergelegten Zielsetzungen der Gemeinschaft gehört. Im Rahmen dieser Harmonisierung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften verfolgt die Verordnung eine Reihe von Zielsetzungen, die miteinander in Zusammenhang stehen und die den sozialen Schutz des Fahrers, die Sicherheit des Straßenverkehrs und die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen zwischen den Verkehrsunternehmen betreffen.

4. Eine solche Harmonisierung erfordert die Aufstellung „gemeinsamer Regeln“ im Sinne von Artikel 75 Absatz 1 Buchstabe a) des Vertrages und stellt ein wesentliches Element der gemeinsamen Verkehrspolitik dar, deren Einführung dem Gebot des Artikels 3 Buchstabe e) des Vertrages entspricht und die zu den Grundlagen der Gemeinschaft gehört. Nach Artikel 74 des Vertrages verfolgen die Mitgliedstaaten die Ziele des Vertrages auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs im Rahmen einer solchen Politik. Der Vertrag beauftragt den Rat mit der Einführung dieser Politik und verleiht ihm zu diesem Zweck eine weitreichende Regelungsbefugnis zum Erlaß angemessener gemeinsamer Regeln. Gemäß Artikel 75 Absatz 1 Buchstabe c) des Vertrages hat der Rat zur Durchführung des Artikels 74 unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Verkehrs außer den unter den Buchstaben a) und b) genannten Regeln und Bedingungen „alle sonstigen zweckdienlichen Vorschriften“ zu erlassen. Aus Absatz 2 dieses Artikels ist zu entnehmen, daß diese Regelungsbefugnis dem Rat auch nach Ablauf der Übergangszeit zukommt. Artikel 79 Absatz 2 des Vertrages bestätigt darüber hinaus, daß es sich dabei um eine allgemeine Befugnis handelt, die namentlich im Hinblick auf die Einseitig-

gung der Diskriminierungen auf dem Gebiet des Verkehrs, die den Wettbewerb beeinträchtigen, erteilt worden ist.

5. Die Verordnung Nr. 543/69, die in erster Linie den in Abschnitt III der Entscheidung vom 13. Mai 1965 behandelten sozialen Bereich betrifft, stellt lediglich eine teilweise Verwirklichung des Artikels 74 des Vertrages und der genannten Entscheidung dar, welche die Harmonisierung der einzelstaatlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des Steuerrechts und bei Eingriffen der Mitgliedstaaten ebenso wie bei den Sozialvorschriften vorsieht. Unter diesen Voraussetzungen und in Anbetracht des Ausmaßes seiner Befugnisse zur Einführung einer gemeinsamen Verkehrspolitik hat der Rat dadurch, daß er Sachgebiete geregelt hat, welche die Sozialpolitik und die Sicherheit im Straßenverkehr, soweit beide miteinander zusammenhängen, gleichzeitig betreffen, seine Zuständigkeiten nicht überschritten.

6. Außerdem können gemeinsame Bestimmungen, die außer für den sozialen Schutz des Fahrers auch für eine Erhöhung der Sicherheit im Straßenverkehr sorgen, nur zur Beseitigung der Unterschiede, welche die Wettbewerbsbedingungen auf dem Gebiet des Verkehrs erheblich zu verfälschen geeignet sind, beitragen und sich so als im Sinne von Artikel 75 Absatz 1 Buchstabe c) des Vertrages „zweckdienlich für die Einführung einer gemeinsamen Verkehrspolitik erweisen. Darüber hinaus entspricht ein System der Sicherheit im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr, das, weil es gemeinsamen Regeln unterworfen ist, zur Wahrung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Gebiet des Verkehrs beiträgt, nicht nur den Zielsetzungen dieser Politik, sondern auch den Geboten des Gemeinsamen Marktes, wie sie in Artikel 3 Buchstabe f) niedergelegt sind.

7. Es ist daher festzustellen, daß die Prüfung der gestellten Frage nichts ergeben hat, was die Gültigkeit der Verordnung Nr. 543/69 beeinträchtigen könnte.“

Wirtschaftsrecht

Formerfordernis der Vollmacht zum Abschluß eines deutsch-italienischen Kaufvertrages mit Schiedsabrede

Anwendbares Recht

(Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 2. 11. 67 - 14 O 167/67)

Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft italienischen Rechts, exportiert unter anderem Fruchtkonserven. Die Beklagte, eine Hamburger Importfirma, hat die Klägerin wegen Nichtlieferung von Ware vor einem Hamburger Schiedsgericht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen. Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Schiedsgerichtsvereinbarung.

Die italienische Maklerfirma L. Piacenza hat die Kontrakte über Lieferung von Konserven ausgestellt. Die Verträge führen als Verkäuferin die Klägerin, als Käuferin die Beklagte auf. Die Kontrakte schließen mit dem Satz: „Zu den Geschäftsbedingungen des Waren-Vereins der Hamburger Börse - V. Tribunale Arbitrale Amichevole dell'Unione Commercianti della Borsa di Amburgo“. Die Beklagte forderte die Klägerin zur Lieferung auf. Diese erwiderte, sie wisse von diesen Verträgen nichts und werde, da sie mit der Beklagten keine Verträge abgeschlossen habe, nicht erfüllen. Es ist unstreitig, daß lediglich die Beklagte die ihr von I. übersandten Kontrakt-Duplikate unterzeichnet hat. Die Beklagte hat das Schiedsgericht mit der Behauptung angeheft, mit der Klägerin sei durch Vollmacht der Firma I. eine rechtswirksame

Vereinbarung zustande gekommen. Die Firma I. sei von der Klägerin bevollmächtigt gewesen, sowohl den Hauptvertrag als auch die Schiedsgerichtsabrede zu treffen. Das Schiedsgericht hat der Schiedsgerichtsklage der Beklagten im wesentlichen stattgegeben. Die Klägerin begehrt vor dem staatlichen Gericht Aufhebung des Schiedsspruchs. Das Landgericht¹ hatte der Klage stattgegeben. Das OLG Hamburg hat die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

„Die Anfechtungsklage ist nicht begründet. Die Klägerin stützt die Aufhebungsklage auf § 1041 Nr. 1 ZPO, wonach ein Schiedsspruch der Anfechtung unterliegt, wenn dem Schiedsspruch ein gültiger Schiedsvertrag nicht zugrunde liegt. Entgegen der Ansicht des Landgerichts¹ ist nicht davon auszugehen, daß es für den Schiedsspruch vom 12. Mai 1976 an einem gültigen Schiedsvertrag fehlt.

I.

Die hier fragliche Schiedsgerichtsvereinbarung ist nicht bereits unwirksam, weil die Schiedsgerichtsklausel gemäß internationalen Übereinkommens schriftlich hätte vereinbart werden müssen.

Die Schiedsgerichtsvereinbarung befindet sich in § 30 der Bedingungen des Waren-Vereins der Hamburger Börse

¹ LG Hamburg, 16.3.1977, RIW/AWD 1978 S. 214 ff.

e. V. und in italienischer Sprache auch auf den Schlußnoten vom 5. Juni 1974 der Firma I. Der Hinweis auf die Geltung der Geschäftsbedingungen befindet sich in Maschinenschrift am Ende der Schlußnoten der Firma I. Das Landgericht ist deshalb davon ausgegangen, daß die Schiedsgerichtsvereinbarung schriftlich geschlossen wäre. Das trifft nur im Ergebnis zu, wenn man die Schlußnoten vom 5. Juni 1974 nach deutschem Recht würdigt. Wie unten noch näher darzulegen ist, handelt es sich bei den „Kaufverträgen“ um Schlußnoten im Sinne des § 94 HGB. Die Schlußnote ist allerdings nur Beweismittel für den Abschluß und Inhalt des vermittelten Geschäfts. Die vorbehaltlose Annahme einer Schlußnote durch eine Partei bedeutet allerdings deren Zustimmung zur Verbindlichkeit des Abschlusses mit dem in der Schlußnote angegebenen Inhalt (vgl. z.B. Baumbach-Albers, § 94 Anm. 2 B). Ob die in internationalen Verträgen vorgesehene Schriftform durch eine Schiedsgerichtsklausel in einer Schlußnote eingehalten ist, muß dagegen anhand des jeweiligen Übereinkommens geprüft werden.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist im vorliegenden Fall das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 nicht anwendbar, wengleich es in der Bundesrepublik Deutschland seit 28. September 1961, für Italien seit dem 1. Mai 1969 (vgl. Baumbach-Albers, Einleitung IV 3 D a vor § 1) in Kraft ist. Da es im vorliegenden Fall um einen dem deutschen Recht unterstehenden Schiedsspruch geht, der auch im Inland gefällt worden ist, kommt seine Anwendung nicht in Betracht. Das UN-Übereinkommen regelt daher auch nicht die Gültigkeit des dem Schiedsspruch zugrunde liegenden Schiedsvertrages (vgl. Stein-Jonas-Schlösser, Anhang zu § 1044 C).

Die Anwendung des Genfer-Protokolls über die Schiedsklauseln im Handelsverkehr vom 24. September 1923 (RGBl. 1925 II S. 47) entfällt, da Italien nicht Vertragsstaat ist (Baumbach-Albers, Einleitung IV 3 D b vor § 1).

Das Europäische Übereinkommen über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961 (BGBl. 1964 II S. 425; vgl. Baumbach-Albers, Einleitung IV 3 D c vor § 1), in der Bundesrepublik Deutschland seit dem 25. Januar 1965 (BGBl. 1965 II S. 107), in Italien seit dem 1. November 1970 (Baumbach-Albers, Einleitung IV 3 D c vor § 1) in Kraft, ist ebenfalls nicht anzuwenden. Nach dem Wortlaut dieses Übereinkommens liegt allerdings entgegen der Ansicht des Landgerichts keine wirksame Schiedsgerichtsvereinbarung vor. Art. 1 Abs. 2a des E.Ü. definiert, daß eine Schiedsvereinbarung im Sinne des Absatz 1a vorliegt, wenn der eine Schiedsklausel enthaltende Vertrag schriftlich geschlossen ist. Die Schriftform ist auch dann zu wahren, wenn der Vertrag in Briefen, Telegrammen oder Fernschreiben, die die Parteien gewechselt haben, enthalten ist. Die WVB, die die Schiedsklausel enthalten, erscheinen erstmalig in den Schlußnoten der Maklerfirma I. Dies genügt dem Erfordernis der Schriftform nicht (Schlösser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit Bd. 1 1975 Rn. 343; HansOLG in WM 1969 S. 709 ff., 711), da sie nur eine nachträgliche Protokollierung des Vertragsinhalts durch einen Dritten darstellen. Sie können allerdings dann ausreichend im Sinne des Formerfordernisses sein, wenn beide Parteien sie unterzeichnet haben. Zu der Unterschrift der Klägerin ist es im vorliegenden Fall jedoch nicht gekommen. Die Schriftform nach dem E.Ü. ist auch nicht gemäß Art. 1 Abs. 2a 2. Alternative entbehrlich. Nach dieser 2. Alternative ist eine Vereinbarung, die in der nach diesen Rechtsordnungen zulässigen Form geschlossen ist, eine Schiedsvereinbarung im Sinne des Art. 1 Abs. 2a. Während nach deutschem Recht bei einem Schiedsvertrag unter Kaufleuten gemäß

§ 1027 Abs. 2 die Schriftform entbehrlich ist, ist sie in Art. 1007 Abs. 1 Cod. proc. civ. zwingend vorgeschrieben.

Artikel 1 Abs. 2a des E.Ü. ist jedoch keine zwingende Formvorschrift, bei deren Verletzung der Schiedsgerichtsvertrag stets unwirksam wäre. Zweck des E.Ü. ist es, die Anerkennung von Schiedsvereinbarungen über das bis zu seinem Inkrafttreten mögliche Maß hinaus zu erleichtern (Schlösser, a. a. O. Rn. 345). Damit unvereinbar wäre seine Interpretation dahingehend, daß alle nicht seiner Formvorschrift entsprechenden Schiedsverträge unwirksam seien, obwohl ihnen – ohne Anwendung des E.Ü. – die Wirksamkeit nicht zu versagen wäre.

Richtiger Auffassung nach unterfallen Schiedsvereinbarungen, die den Formbedürfnissen des Art. 1 Abs. 2 Nr. 2a E.Ü. nicht genügen, auch nicht seinem Anwendungsbereich. Zwar enthält das E.Ü. keinen ausdrücklichen Vorbehalt des günstigeren Landesrechts. Jedoch ist nicht anzunehmen, daß dieses in Formfragen hat ausgeschlossen werden sollen (Stein-Jonas-Schlösser, Anhang zu § 1044 A IV Art. 1 Anm. II 3). Die Anerkennung der Formgültigkeit durch autonomen Einfluß staatlichen Rechts bleibt damit unberührt (Reithmann, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 1972 Rn. 692).

II.

Die Frage, ob zwischen den Parteien eine wirksame Schiedsgerichtsvereinbarung zustande gekommen ist, ist nach deutschem Recht zu beantworten. Es kann deshalb auch offen bleiben, ob eine Vereinbarung eines Schiedsgerichts in einer Schlußnote der nach italienischem Recht gemäß Art. 807 Abs. 1 Cod. proc. civ. vorgesehenen Schriftform für Schiedsgerichtsvereinbarungen entspricht oder nicht.

1. Auf die Wirksamkeit des Schiedsvertrages ist allerdings nicht etwa schon deshalb deutsches Recht anzuwenden, weil es sich um einen prozeßrechtlichen Vertrag handelt. Die Bestimmung der Rechtsnatur des Schiedsgerichtsvertrages richtet sich – wie auch sonst bei der Klärung der Rechtsbegriffe – nach der lex fori, also zwar nach deutschem Recht (vgl. z. B. BGH Bd. 57 S. 72²). Nach herrschender Meinung (BGH Bd. 40 S. 320 ff., 322³; Baumbach-Albers, § 1025 Anm. 1) ist der Schiedsvertrag aber ein privatrechtlicher Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen, dessen Zustandekommen folglich nicht nach der lex fori, sondern den materiellrechtlichen Regeln des deutschen Internationalen Privatrechts zu bestimmen ist. Soweit der Schiedsvertrag im Schrifttum als reiner Prozeßvertrag verstanden wird, werden im übrigen bei der Prüfung des Zustandekommens ebenfalls die für das materielle Recht entwickelten Grundsätze angewendet, so daß sich insoweit zur herrschenden Meinung kein Unterschied ergibt (K. Schmidt, MDR 1972 S. 989 ff., 991).

2. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Parteien die Anwendung deutschen Rechts ausdrücklich vereinbart hätten. Zwar ist in den Schlußnoten die Anwendung der WVB vorgesehen, deren § 2 bestimmt, daß auf das Vertragsverhältnis deutsches Recht anzuwenden ist. Es ist aber gerade streitig, ob die Klägerin sich an den zum Zustandekommen des Vertrages notwendigen Willenserklärungen beteiligt hat. § 2 WVB kann daher erst Anwendung finden, wenn feststeht, daß die Parteien einen Vertrag geschlossen haben.

Die Parteien haben sich auch zu keinem späteren Zeitpunkt – nach evtl. Abschluß des Hauptvertrages – auf die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung geeinigt. Insbesondere hat die Klägerin sich auch im Schiedsge-

² BGH, 22. 9. 1971, AWD 1971 S. 589.

³ BGH, 20. 11. 1963, BB 1964 S. 61.

richtsverfahren nicht auf die Anwendung deutschen Rechts eingelassen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Schiedsgericht hat die Klägerin die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts erhoben und ausdrücklich erklärt, sie wolle sich nur insoweit einlassen, als es um die Frage gehe, ob das Schiedsgericht zuständig sei. Angesichts dieser Erklärung ist für ein stillschweigendes Einverständnis der Klägerin mit der Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung, insbesondere der deutschen, kein Raum.

3. Läßt sich weder eine ausdrückliche, noch stillschweigende Einigung über das anwendbare Recht feststellen, ist anerkanntermaßen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung der mutmaßlich gewollte Wille der Parteien (hypothetischer Parteiwille) zu ermitteln und, wenn ein solcher nicht feststellbar ist, an den Erfüllungsort als dem Schuldstatut anzuknüpfen (BGH Bd. 7 S. 231 ff., 234⁴, Bd. 9 S. 221 ff., 223; Bd. 17 S. 89 ff., S. 92⁵; Bd. 57 S. 72 ff., 75⁶). Das gilt auch im vorliegenden Fall, soweit es um die Frage des Zustandekommens des Vertrages und der Schiedsgerichtsvereinbarung geht.

Entgegen einer verbreiteten Ansicht in der Literatur, die teilweise das Wohnsitzrecht des Erklärenden anwendet, teilweise auf die Voraussetzungen beider Rechtsordnungen abstellt (vgl. Staudinger-Firsching vor Art. 12 Rz. 155; Kegel, IPR § 17 V 1 = S. 275; Reithmann, a. a. O. Rz. 75 ff.) hält die Rechtsprechung daran fest, daß das sogenannte Wirkungsstatut, d. h. die Rechtsordnung, nach der sich die Rechtswirkungen eines bestimmten Rechtsgeschäfts richten, grundsätzlich auch über die Geschäftsvoraussetzungen entscheidet, also darüber, ob ein gültiges Geschäft vorliegt (vgl. insbesondere BGH Bd. 57 S. 77⁷). Diese zutreffende Auffassung findet ihre Stütze in Art. 11 EGBGB. Dort ist geregelt, daß sich die Form eines Rechtsgeschäfts eine der Voraussetzung für sein Zustandekommen, grundsätzlich nach dem Recht, das das Rechtsverhältnis beherrscht, richtet. Der BGH hat diesen Grundsatz bisher nur für den Fall eingeschränkt (BGH Bd. 57 S. 77⁷), daß streitig ist, ob ein bestimmtes Verhalten einer Person (insbesondere das Schweigen) überhaupt rechtsgeschäftliche Bedeutung hat. In diesem Fall sei auf das Wohnsitzrecht dessen Rücksicht zu nehmen, dessen Verhalten rechtsgeschäftliche Bedeutung beigemessen werden soll. Ist nach dem Wohnsitzrecht das Verhalten rechtlich nicht relevant, dann müsse dies Beachtung finden, da man einer Partei nicht als Willenserklärung anrechnen könne, was nach ihrem Heimatrecht nicht als Willenserklärung zu qualifizieren sei. Ein Schweigen auf Geschäftsbedingungen mit einem vorgesehenen Erfüllungsort in der Bundesrepublik Deutschland könne deshalb über die Anwendung des Rechts des Erfüllungsortes nicht zur Anwendung deutschen Rechts auf den Hauptvertrag führen.

Geht man demgemäß für das Zustandekommen des Vertrages von dem sogenannten hypothetischen Parteiwillen für das Vertragsstatut aus, führt dies im vorliegenden Fall zur Anwendung deutschen Rechts auf den Vertrag. Die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens bedeutet, daß danach zu fragen ist, was die Parteien bei vernünftiger und billiger Berücksichtigung aller Umstände über das anwendbare Recht bestimmt hätten, wenn sie sich der Notwendigkeit einer solchen Bestimmung bewußt gewesen wären (RG Bd. 74 S. 173 ff.; BGH Bd. 9 S. 221 ff., 223; Bd. 17 S. 89⁵; Bd. 19 S. 110⁸). Maßgebend sind allerdings nicht nur die subjektiven Vorstellungen der Parteien, sondern es sind die Interessen der Beteiligten auf objektiver Grundlage abzuwägen, um zu ermitteln, ob der Schwer-

punkt des Vertragsverhältnisses objektiv auf eine bestimmte Rechtsordnung für das ganze Vertragsverhältnis hinweist. Zu suchen ist demnach nach Anknüpfungspunkten zu den in Betracht kommenden Rechtsordnungen. Diese können sich ergeben aus dem Hauptvertrag der Parteien sowie dem Schiedsvertrag.

Keinen Anhaltspunkt bietet im vorliegenden Fall für die Anwendung italienischen Rechts die Tatsache, daß die Sachleistungspflicht der Klägerin gegenüber der Geldzahlungspflicht der Beklagten die verwickeltere ist und leicht Anlaß zu Rechtsstreitigkeiten gibt. Dies rechtfertigt nach der Rechtsprechung des BGH nicht die Anwendung des Heimatrechts des Verkäufers (Betrieb, 1958 S. 162 und NJW 1960 S. 1720⁷; BGH 57 S. 76⁷). Im vorliegenden Fall ist auch der Abschlußort nicht von Gewicht. Da es sich um einen Distanzkauf handelt, ist ein Abschlußort nicht feststellbar. Denn entgegen der Ansicht des Landgerichts sollte der Vertrag nicht durch eine Vollmacht der Firma I. zustande gebracht werden. Als Makler war die Firma I. lediglich Bote der Willenserklärungen der Vertragsschließenden (vgl. Baumbach-Duden, § 93 Anm. 2 B). Ein gewisser Hinweis auf italienisches Recht ist allerdings der Ort, von dem der Makler seine Tätigkeit ausübt (vgl. RG LZ 1909 Spalte 424; Reithmann, S. 46).

Von erheblicherem Gewicht ist es aber regelmäßig, wenn die Parteien Gerichtsstandsklauseln, Schiedsgerichtsklauseln oder sogar das anzuwendende Recht vorgesehen haben, wie es hier der Makler in der Schlußnote mit der Formulierung „zu den Geschäftsbedingungen des Waren-Vereins der Hamburger Börse e. V.“ und dem Hinweis auf das Schiedsgericht des Waren-Vereins getan hat. So ist anerkannt, daß die Vereinbarung eines ständigen Schiedsgerichts als Hinweis darauf gewertet werden kann, daß das am Sitz des Schiedsgerichts geltende Recht angewendet werden soll (BGH I.P.R. Rspr. 1958/59 Nr. 254; HansÖLG I.P.R. Rspr. 1958/59 Nr. 43; Mezger in AWD 1964 S. 201 ff., 203). Im vorliegenden Fall ist dieser Hinweis auf deutsches Recht indessen – für sich betrachtet – deshalb nur von begrenzter Aussagekraft, weil die Klägerin gerade in Abrede nimmt, Willenserklärung zum Abschluß des Vertrages abgegeben zu haben. Auch von ihrem Standpunkt aus ist indessen nach den Umständen des Falles in ergänzender Vertragsauslegung von der Anwendung deutschen Rechts auszugehen. Wäre es zum Abschluß des Vertrages gekommen, hätten die Parteien nämlich nach Überzeugung des Senats die Verträge so, wie die Firma I. sie unter Zugrundelegung der WVB formuliert hat, abgeschlossen. Soweit der Vorstand der Klägerin im Mai 1974 unstreitig wegen des Verkaufs weiterer Konserven angesprochen worden ist, handelte es sich um die Frage nach einem weiteren Exportgeschäft nach Deutschland zu den WVB. Insoweit ist auch unstreitig, daß die Klägerin auf der Basis der WVB wiederholt Pfirsiche exportiert hat und sie in einem Fall sogar als Klägerin vor dem Schiedsgericht des Waren-Vereins in Hamburg Klage erhoben hat. Für die Klägerin bestand deshalb kein Grund, weshalb sie sich bei einem Vertragsschluß gegen die WVB mit der Vereinbarung deutschen Rechts und eines deutschen Schiedsgerichts hätte wenden sollen. Die Frage des Zustandekommens des Hauptvertrages ist nach allem nach deutschem Recht zu beurteilen.

4. Für die Frage, ob ein wirksamer Schiedsgerichtsvertrag geschlossen worden ist, ist das Recht des Hauptvertrages maßgebend. Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, daß für die Wirksamkeit des Schiedsgerichtsvertrages nicht in jedem Fall das Recht des Hauptvertrages maßgebend sein muß und es Fälle geben kann, in denen diese Frage unter Umständen – insbesondere bei zeitlichem Auseinanderfal-

⁴ BGH, 30. 9. 1952, BB 1952 S. 867.

⁵ BGH, 30. 3. 1955, BB 1955 S. 398.

⁶ BGH, 22. 11. 1955, BB 1956 S. 93.

⁷ BGH, 9. 6. 1960, AWD 1960 S. 183.

len der Vereinbarungen – unterschiedlich behandelt werden müssen. Nach der zutreffenden Ansicht des Bundesgerichtshofs (BGH 40 S. 320 ff., 322³; Bd. 51 S. 255⁴) entspricht es aber im allgemeinen dem Parteiwillen und dem beiderseitigen Interesse, daß für den Schiedsgerichtsvertrag wie für den Hauptvertrag dasselbe Recht gelten soll. Auch bei der Frage, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen worden ist oder nicht, hat der BGH (Bd. 59 S. 23 ff., 27⁵) darauf hingewiesen, daß es dann, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung vor dem Prozeß als Teil eines materiellrechtlichen Vertrages getroffen wird, sachgerecht erscheint, die Frage, ob eine solche Vereinbarung zustande gekommen ist, nach dem allgemeinen Vertragsrecht der Rechtsordnung zu beurteilen, nach der sich auch das zugehörige, den Inhalt des gesamten Vertrages bildende materielle Rechtsverhältnis der Parteien richtet. Dies sei vor allem dann bedeutsam, wenn die für das materielle Rechtsverhältnis maßgebliche ausländische Rechtsordnung hinsichtlich der widerspruchsfreien Entgegennahme von Auftragsbestätigungen und allgemeinen Geschäftsbedingungen strengere Anforderungen stellt als das deutsche Recht. Im vorliegenden Fall sind Haupt- und Schiedsvertrag in der Weise miteinander verbunden, daß die Schiedsklausel Bestandteil der WVB ist, die ihrerseits Konditionen des Hauptvertrages darstellen. Die Wirksamkeit der Schiedsklausel hängt mithin davon ab, ob die WVB und die italienisch gefaßte Schiedsklausel auf den Schlußnoten Inhalt des Hauptvertrages geworden sind. Dies spricht für die Annahme eines einheitlichen Statuts über das Zustandekommen von Haupt- und Schiedsvertrag.

Im übrigen würde man selbst, wenn man Schiedsgerichtsvereinbarung und Hauptvertrag gesondert betrachten würde, im vorliegenden Fall aus den gleichen oben behandelten Gesichtspunkten wie für den Hauptvertrag bei einer hypothetischen Vertragsauslegung zur Anwendung deutschen Rechts gelangen.

5. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist der Schiedsgerichtsvertrag nicht schon deshalb unwirksam, weil die Vollmacht zum Abschluß eines Schiedsgerichtsvertrages der Form des italienischen Rechts und damit dem Formzwang unterliegt. Denn der Vertrag sollte nicht durch eine der Firma I. erteilte Vollmacht zustande kommen. Ob die Ansicht des Landgerichts zutrifft, eine Vollmacht der Firma I. hätte der Schriftform bedürft, kann deshalb offen bleiben.

Obwohl bereits in den Entscheidungsgründen des Schiedsgerichtsurteils (S. 7) von einer Vollmacht der Klägerin an die Firma I. gesprochen wird, der Beklagten 1000 Kartons Pfirsichkuchen zu verkaufen, geht es bei dem vom Schiedsgericht festgestellten Sachverhalt nicht um eine Vollmacht zum Abschluß der hier fraglichen Verträge.

Die Firma I., die sich mit der Vermittlung von Handelsgeschäften zwischen italienischen Exporteuren und ausländischen, vor allem deutschen Importeuren befaßt, ist Handelsmakler gemäß § 93 Abs. 1 HGB. Die Tätigkeit eines Handelsmaklers ist zum Unterschied zu der eines Handelsvertreters dadurch gekennzeichnet, daß er als solcher Geschäfte, die Gegenstand des Handelsverkehrs sind, nur vermittelt, dagegen niemals im Namen eines Auftraggebers abschließt. Charakteristisch ist, daß er gegenüber beiden Partnern des vermittelten Geschäfts verpflichtet ist. Demgegenüber beschränkt sich die Tätigkeit des Handelsvertreters (§§ 84 ff. HGB) nicht nur auf die Vermittlung, sondern auch auf den Abschluß der Geschäfte, die zum Handelsgewerbe seines Geschäftsherrn gehö-

ren, und nimmt daher einseitig dessen Interessen wahr. Dafür, daß die Firma I. ständig damit betraut gewesen wäre, für die Klägerin Geschäfte zu vermitteln und abzuschließen, ist nichts vorgetragen, so daß eine Vollmacht der Klägerin nicht etwa aus diesem Grunde in Betracht zu ziehen wäre.

Zwar kann auch einem Handelsmakler Abschlußvollmacht erteilt werden, ohne daß sich seine Rechte und Pflichten gemäß §§ 93 ff. HGB dadurch ändern (Schlegelberger-Schröder, § 93 Rn. 10). Da dieses aber nicht typisch für den Handelsmakler ist, liegt ein solcher Sachverhalt nur ausnahmsweise vor.

Die von der Firma I. entfaltete Tätigkeit entsprach der Art nach der regelmäßigen Vermittlungstätigkeit eines Handelsmaklers... Hierzu gehört insbesondere (vgl. Schlegelberger-Schröder, § 93 Rn. 6):

a)... b)...

c) Zustellung der Schlußnoten an die Vertragsparteien zur Unterschrift, – in den nach Abschluß eines Geschäfts auszustellenden Schlußnoten hat der Handelsmakler die vereinbarten Bedingungen niederzulegen. Dabei kommt der Schlußnote weder die Eigenschaft eines Formerfordernisses noch einer sonstigen Vertragsvoraussetzung zu. – Die beiden Kontrakte... sind ihrem Inhalt und der äußeren Aufmachung nach Schlußnoten im Sinne des § 94 HGB. Zur Wirksamkeit des Vertrages bedurfte es nicht erst der noch ausstehenden Unterschrift der Klägerin. Vielmehr drückt sich in der Aufforderung der Klägerin, die „Kontrakte“ – Schlußnoten zu übersenden, das Einverständnis zum Abschluß der in allen Einzelheiten besprochenen Kaufverträge aus. In dieser Erklärung liegt die Annahme des von der Beklagten ausgegangenen Angebots...

III.

Wendet man demgemäß deutsches Recht an, konnten die Parteien gemäß § 1027 Abs. 2 ZPO den Schiedsgerichtsvertrag formlos abschließen.

Das haben die Parteien auch nach dem vom Schiedsgericht festgestellten Sachverhalt getan:... [wird ausgeführt].

Nach dem vom Schiedsgericht zugrunde gelegten Sachverhalt sind die WVB und damit auch die Schiedsgerichtsvereinbarung Vertragsinhalt geworden. Zwar haben zwischen den Parteien und der Firma I. keine Gespräche über die Schiedsklausel stattgefunden. Das allein ist aber nicht entscheidend. Vielmehr kommt es auf folgende Umstände an, die zusammenwirkend ergeben, daß die WVB Inhalt der Verträge geworden sind: Die Firma I. pflegt den von ihr vermittelten Verträgen zwischen italienischen Lieferfirmen und deutschen Importeuren stets die WVB zugrunde zu legen. Beide Parteien haben bereits mit der Firma I. in geschäftlichem Kontakt gestanden, so daß ihnen die Gepflogenheiten der Firma I. bekannt gewesen sind. Die WVB sind der Klägerin wohlvertraut, was sich daraus ergibt, daß sie bei Verträgen mit deutschen Geschäftspartnern ebenfalls stets zu WVB abschließt und in anderer Sache sogar selbst das Schiedsgericht des Waren-Vereins angerufen hat. Darüber hinaus entspricht es ständiger Praxis der Makler, bei Verkaufsgesprächen routinemäßig verwendete Klauseln nicht zu erwähnen. Soll eine Klausel nicht Vertragsbestandteil werden, so muß sie bei den Verhandlungen ausdrücklich ausgeschlossen werden (Straatmann-Ulmer, Schiedsgerichts-Praxis, 1975 B I Nr. 4), was hier nicht geschehen ist.

V.

Die Klägerin greift den vom Schiedsgericht zugrunde gelegten Sachverhalt an, weil das Schiedsgericht die Aussagen des Zeugen M. für glaubwürdig gehalten hat. Die Klägerin ist jedoch den Beweis für die Tatsachen, aus denen

8 BGH, 19. 12. 1968, BB 1969 S. 295.

9 BGH, 17. 5. 1972, BB 1972 S. 764 mit Anm. Tröckner.

sich ergibt, daß dem Schiedsspruch kein wirksamer Schiedsvertrag zugrunde liegt, schuldig geblieben...

Die Klägerin ist für das Fehlen eines wirksamen Schiedsvertrages als klagebegründende Tatsache im Sinne des § 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO beweispflichtig (Stein-Jonas-Schlösser, § 1041 Anm. 1 3, Thomas-Putzo, § 1041 Anm. 4, Wierczarek, § 1041 B III). Dies bedeutet auch keine unzulässige Umkehr der Beweislast. Zwar hätte die Beklagte im Schiedsgerichtsverfahren zu beweisen, daß wirksame Schiedsverträge zustande gekommen waren. Die Aufhebungsklage gemäß § 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist ihrer Art nach aber vergleichbar mit einer Restitutionsklage, bei der anerkanntermaßen der Kläger beweispflichtig für das Vorliegen eines Wieder-
aufnahmegrundes ist.

Das Vorliegen des Aufhebungsgrundes, auf den sich die Klägerin beruft, ist auch nicht von Amts wegen zu prüfen. Zwar wird im Fall des § 1042 ZPO vertreten, daß das Gericht die Aufhebungsgründe nach § 1041 ZPO von Amts wegen zu prüfen hat (Baumbach-Albers, § 1042 Anm. B). Es erscheint widersprüchlich, die Prüfung der Aufhebungsgründe je nachdem, ob sie anläßlich einer Aufhebungsklage der einen Partei oder eines Antrages auf Vollstreckbarerklärung der anderen Partei erfolgt, in dem einen Fall der Partei -, in dem anderen der Amtsmaxime zu unterstellen. Richtiger Ansicht nach kommt eine Prüfung von Amts wegen aber nur in den Fällen des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 (Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung) und Nr. 4 (Versagung des rechtlichen Gehörs) in Betracht (vgl. Stein-Jonas-Schlösser, § 1042 Anm. II 2, Zöller-Scherübel, § 1041 Anm. 1 Nr. 2 und § 1042 Anm. 2; Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 10. Aufl. 1960 Kap. 25 C 1). Etwas anderes könnte sich auch dann nicht ergeben, wenn die Frage, ob dem schiedsgerichtlichen Verfahren eine wirksame Schiedsgerichtsvereinbarung zugrunde gelegen hat, wie die nach einer allgemeinen Prozeßvoraussetzung behandelt würde. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen prüft das Gericht stets von Amts wegen. Bei der Amtsprüfung findet jedoch keine amtliche Untersuchung statt, sondern das Gericht weist auf Bedenken hin und fordert die Parteien auf, diese Bedenken durch Nachweis zur Gewißheit zu machen oder zu entkräften (vgl. Baumbach-Hartmann, § 128 Anm. 3 H).

Das Gericht ist auch nicht befugt, die in der Schiedsgerichtsakte befindlichen Protokolle über die Vernehmung der Zeugen - zu Beweiszwecken heranzuziehen.

Gegen ihre Verwendung als Zeugenbeweis streicht die Klägerin, daß Gegenstand der Protokolle keine Aussagen der Zeugen vor dem Prozeßgericht sind. §§ 523, 355 ZPO schreiben die unmittelbare Beweiserhebung vor. Dies erklärt sich unter anderem aus dem Fragerecht von Gericht und Parteien (§§ 396 Abs. 1, 397 ZPO), das andernfalls vereitelt würde.

Auch als Urkundsbeweis sind die Protokolle nicht zu verwerten. Zwar ist anerkannt, daß Niederschriften über Zeugenvernehmungen aus einem anderen Verfahren im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden können (BGH Bd. 7 S. 116 ff., 121; BGH VersR 1974 S. 1030; Baumbach-Hartmann, § 286 Anm. 4 B; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 286 Anm. III 4). Mit ihrem Antrag auf Vernehmung des Zeugen M. vor dem Oberlandesgericht hat die Klägerin aber zum Ausdruck gebracht, daß sie gerade die Verwertung der Aussage des Zeugen M. vor dem Landgericht als Urkundsbeweis ablehnt. An dessen erneuter Vernehmung hat die Klägerin besonders deshalb Interesse, weil die bisherige Aussage gemäß den Protokollen in der Schiedsgerichtsakte vollständig der Einlassung der Beklagten entspricht."

Anmerkung:

Das hier abgedruckte Urteil des OLG Hamburg vom 22. 9. 1978 hat das im RIW/AWD 1978 S. 124 auszugsweise veröffentlichte, aber wenig beachtete¹ Urteil des LG Hamburg vom 16. 3. 1977 abgeändert und die Aufhebungsklage gegen den zwischen den Parteien ergangenen Schieds-

¹ Vgl. über die berechtigte Kritik an kollisionsrechtlichen Gedankengängen des Urteils, insbesondere der Verwechslung von kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Interessen in dem instruktiven Aufsatz von Kluske, Bemerkungen zum Statut der Vollmacht, RIW/AWD 1978 S. 642-650, insbesondere S. 649 Fn. 116. Auf diesen Teil des LG-Urteils (übrigens auch ein obiter dictum) brauchen wir deshalb hier nicht einzugehen.

spruch abgewiesen. Ob das zu Recht geschehen ist, kann ohne genaue Kenntnis der Akten und insbesondere der Zeugenaussagen, die in dem Urteil des OLG erwähnt sind, nicht abschließend beurteilt werden. Wir werden aber zeigen, daß der Teil des Urteils, in dem das OLG außer den festgestellten Umständen eine Vermutung oder Beweislastregel herangezogen hat, zu erheblichen Bedenken Anlaß gibt.

Sowohl das LG als auch das OLG haben ihre Entscheidungen auf ausführliche (aber, wie wir glauben, weitgehend für die Entscheidung des Rechtsstreits überflüssige) Darlegungen zu wichtigen Rechtsfragen gestützt, die im Schrifttum und in der Rechtsprechung noch wenig geklärt sind.

Das LG war mit dem Schiedsgericht, dessen Spruch es aufgehoben hat, davon ausgegangen, daß das streitige Fruchtkonservenimportgeschäft zwischen dem italienischen Verkäufer und dem deutschen Käufer, wenn überhaupt, auf Seiten des Verkäufers durch einen Vertreter desselben in der Person einer italienischen Maklerfirma abgeschlossen worden sei. Die deutsche Importfirma betrieb sich sowohl vor dem LG als auch vor dem OLG auf deren Schreiben - vom OLG als Schlußnote qualifiziert -, in welchem der Verkauf zu den Bedingungen des Warenvereins der Hamburger Börse e. V. bestätigt und die Schiedsklausel sogar noch einmal in italienischer Sprache gesondert wiederholt worden war². Der italienische Verkäufer hat in allen Instanzen geleugnet, diesem Makler eine Vollmacht zum Abschluß des Geschäfts und des damit verbundenen Schiedsvertrages gegeben zu haben. Das LG hat sich also allein der Frage gewidmet, welchem Recht die Bevollmächtigung zum Abschluß eines Schiedsvertrages unterliege und, wenn dieses das italienische Recht sein sollte, welches die Vorschriften desselben insbesondere in bezug auf die Form der Vollmacht seien.

Ohne neue Beweisaufnahme hat das OLG geglaubt, einen völlig anderen Entstehungsvorgang für das streitige Geschäft annehmen zu sollen, in welchem kein Vertreter sondern der Makler lediglich als Vermittler und Bote auftritt. Das OLG hat also jedes Eingehen auf die Argumentation des LG zum Vollmachtstatut vermieden. Diese Argumentation ist aber sehr instruktiv, und wir werden uns ihr zunächst unter I zuwenden und dann unter II der ausführlichen Begründung des OLG zu den von seinem Standpunkt aus allein wichtigen vier Fragen, nämlich: 1. Welches ist das auf den Abschluß des Schiedsvertrages anwendbare Recht? 2. Welches ist das auf den Hauptvertrag (Kauf-Verkauf) anwendbare Recht? 3. Wenn dieses Recht das deutsche ist, wie ist ein solcher Abschluß bei Zwischenschaltung eines Maklers zu denken? 4. Wer trägt im Aufhebungsprozeß die Beweislast für das Zustandekommensein bzw. Nichtzustandekommensein des Schiedsvertrages? Die erste der erwähnten Fragen hatte schon das LG beschäftigt. Die diesbezüglichen Ausführungen des OLG sind zum Teil nur verständlich als Kritik an den Thesen der ersten Instanz.

I.

a) LG und OLG sind sich mit Recht darüber einig, daß die Frage nach dem anwendbaren Recht sich auf drei Ebenen stellt: der des Hauptvertrags, d. h. der Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Parteien als Käufer und Verkäufer, der des Schiedsvertrags, der äußerlich ein Anhang oder eine Klausel des Kaufvertrags, kollisionsrechtlich davon gesondert zu betrachten und auch sonst weitgehend

² Es waren zwei Schreiben, jedes betr. eine Lieferung von Pfirsichkonserven, wie sich aus dem Urteil des LG ergibt. Der Sache nach handelte es sich um einen einzigen Vertrag.

von dessen Schicksal unabhängig ist³, und schließlich auf der Ebene der angeblichen Vollmacht, deren Statut nach durchaus herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht mit dem des Geschäfts des Bevollmächtigten identisch ist. Beide Gerichte setzen bei der Prüfung des Schiedsvertrags an, aber aus verschiedenen Gründen. Das LG tut es, weil es an Art. 1392 des italienischen Codice civile denkt, der die Vollmacht der Form des vom Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtsgeschäfts unterwirft. Deshalb legt das LG Wert darauf, festzustellen, ob italienisches Recht auf den Schiedsvertrag anwendbar und, wenn ja, dann der Schiedsvertrag an eine Form gebunden ist. Das OLG beginnt mit der Prüfung des auf den Schiedsvertrag anwendbaren Rechts, weil von seinem Standpunkt aus internationalprivatrechtlich überhaupt nur diese Frage erheblich ist, während die Frage nach dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht sich nur als Vorfrage stellt, weil man nämlich daraus Rückschlüsse auf das auf den Schiedsvertrag anwendbare Recht ziehen kann.

b) Das LG hatte aber noch einen anderen Grund, die Frage nach dem Statut des Schiedsvertrags an den Anfang seiner Erörterungen zu stellen, obwohl dieser Grund nicht klar zum Ausdruck kommt: die Verknüpfung der international-privatrechtlichen Problematik des Falls durch das Schiedsgericht. Da wir den Inhalt des Schiedsspruchs nur aus den Darlegungen von LG und OLG kennen, können wir nur so viel sagen, daß das Schiedsgericht Hauptvertrag, Schiedsvertrag und Vollmacht zum Abschluß desselben kurzerhand nach deutschem Recht beurteilt hat. Das war ein gefährlicher Irrtum, der, wie man sieht, seinen Spruch beinahe vernichtbar gemacht hätte. Das Beispiel zeigt, wie illusorisch die vielfach geäußerte Meinung ist, in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit könnten Schiedsrichter oder Parteien ohne das internationale Privatrecht auskommen. Dem setzt das LG mit Recht entgegen, daß die Vollmacht und insbesondere deren Form nach anderen Regeln angeknüpft werden als das Geschäft, das aufgrund der Vollmacht vom Bevollmächtigten abgeschlossen wird. Letzteres untersteht, wenn es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag handelt, der Parteiautonomie (s. u. unter II 2), wenn es sich um einen Schiedsvertrag handelt, oft demselben Recht, manchmal aber auch einem anderen (s. u. II 1), aber die Vollmacht selbst untersteht dem Vollmachtstatut und ihre Form nach Art. 11 EGBGB ebenfalls diesem oder, nach Wahl des Vollmachtgebers, dem Recht des Erteilungsorts.

c) Leider hat sich das LG bei Erörterung dieser Fragen auf eine interessante, aber völlig unnötige Polemik eingelassen und zwar gegen eine angeblich dem Schutz des Dritten hier wäre das der deutsche Käufer, zu günstige herrschende Lehre. Diese Polemik war unnötig, weil in dem zu

entscheidenden Fall der Sitz des angeblichen Vertreters, der bei Handelsgeschäften und überhaupt im Geschäftsverkehr nach der Rechtsprechung maßgeblich ist⁴, in Italien war und weil er auch, wenn überhaupt, von seinem italienischen Auftraggeber dort seine Vollmacht erhalten hat. Die Anwendung italienischen Rechts, auf die das Landgericht hinauswollte, war also kaum zu bestreiten. Es gibt freilich Autoren, aber ihre Meinung ist keineswegs herrschend, die auch bei dem hier unterstellten Tatbestand die Anwendung des deutschen Vollmachtsrechts befürworten. Dazu gehört aus dem neuesten Schrifttum insbesondere ein so bedeutender Autor wie Firsching, der in seinem Grundriß und in seiner Darstellung des internationalen Vertragsrechts im Rahmen des größten BGB-Kommentars zu Gunsten des Dritten neben dem Vollmachtstatut und dem Recht des Orts der Erteilung der Vollmacht das Geschäftsstatut berücksichtigen will⁵. Das hat aber in Art. 11 EGBGB keine Stütze und ist auch höchst bedenklich, weil eben das Geschäftsstatut von dem Willen beider Parteien, darunter also des Vertreters selbst, abhängt.

d) In einem Falle wie dem vom LG entschiedenen, kommt eine Anwendung deutschen Rechts auf die Form der Vollmacht überhaupt nur in Frage, wenn man entgegen der nun schon gefestigten Rechtsprechung nicht auf die ständige Niederlassung des Vertreters abstellt, sondern auf den Ort, wo er handelt, was die Rechtsprechung tatsächlich bei Vertretern ohne ständige Niederlassung tut⁶, und wenn man außerdem, was diese Rechtsprechung jedenfalls bisher nicht getan hat, die Handlung in dem Lande lokalisiert, wo die Erklärung des Vertreters dem Empfänger zugeht oder in dem Lande, wo sie dem Empfänger zugehen soll, d. h. wo er seine Niederlassung hat⁷. Letzteres scheint

³ Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung bei Klinke, RIW/AWD 1978 S. 446-447, dessen Deutung derselben aber nicht immer überzeugt. Für das Zustandekommen (zum Unterschied vom Aamalf und der Geltungsbereich) der 8. Zivilsenat in einem viel kritisierten Urteil vom 30. 7. 1964 (JZ 1965 S. 702; in französischer Übersetzung mit Anm. Mezger in Rev. crit. 1966 S. 58) sogar bei einer Verwaltungshandlung über ein deutsches Grundstück freilich nur beiläufig das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit von Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem, das mit dem Recht des Orts der angeblichen Erteilung der Vollmacht zusammenfiel, herangezogen. Ob dieses Urteil insoweit noch heute Bedeutung hat, wird in dem jüngsten Urteil des BGH zur Frage des Vollmachtstatuts, vom 16. 4. 1975 („August 14“) BGHZ 64 S. 184 = NJW 1975 S. 1220 = RIW 1975 S. 425, ausdrücklich offen gelassen (vgl. auch Anm. Mezger zu der französischen Übersetzung, Rev. crit. 1977 S. 72).

⁴ In seiner neuesten Äußerung in: Staudinger, BGB, 10./11. Aufl. 1977, RdNr. 251 vor Art. 12 EGBGB, verweist er auf seine früheren (1970) in RdNr. 73-84 zu Art. 11. Vgl. auch Firsching, Einführung in das internationale Privatrecht, 1974, S. 194. Diese These ist aber nicht zu verwechseln mit der Lehre von Müller-Frensefeld, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 236, der überhaupt, um der mit der Aufspaltung notwendig verbundenen Komplikation zu entgehen, Bevollmächtigung und Vertretergeschäft als eine Einheit dem Statut des letzteren unterstellen will. Firsching billigt dagegen im wesentlichen die freilich nicht immer klare Rechtsprechung des BGH, die er in den RdNr. 225-232 (S. 311-315) darstellt.

⁵ Wie Ferid, Internationales Privatrecht, 1975, unter 3-131, S. 136, sagt, kann dafür eine hinreichend sichere Rechtsprechung nicht angeführt werden. Immerhin gibt jetzt das „August 14“-Urteil des BGH (Fn. 5) dafür eine Stütze, wenn auch dort die Frage letztlich dahingestellt geblieben ist, weil der Vertreter, ein schweizerischer Rechtsanwalt, eben in der Schweiz eine Niederlassung hatte und es gleichgültig war, ob schweizerisches oder deutsches Recht zum Zuge kam.

⁶ Das hier besprochene Urteil des LG Hamburg scheint das erste zu sein, das bei dem von ihm unterstellten Sachverhalt meint: „Wirkungsort bzw. Gebrauchsort ist Hamburg, da sich hier das Schiedsgericht konstituiert und nach seiner Rechtsordnung entscheiden soll.“ Das LG vertritt dabei, daß der Schiedsvertrag nicht mit dem Schiedsgericht und auch zu einem Zeitpunkt geschlossen wird, wo noch keine Partei das Schiedsgericht anrufen will. Außerdem sollte der Makler, selbst wenn er Bevollmächtigter war, sicher nicht die italienische Lieferfirma vor dem Schiedsgericht vertreten. Die in Fn. 4 erwähnte Haager Konvention vom 14. 3. 1978 sagt dagegen ausdrücklich in ihrem Art. 13, daß bei Distanzgeschäften des Vertreters dieser als am Ort seiner Niederlassung bzw. seines gewöhnlichen Aufenthaltes handelnd angesehen wird. Dafür hat sich in Deutschland insbesondere Ferid (Fn. 7) klar ausgesprochen.

³ Vgl. die nunmehr gebildete Rechtsprechung über die Unanwendbarkeit der Auslegungsvorsätze des § 129 BGB auf das Verhalten von Hauptvertrag und Schiedsvertrag: BGH, 3. 5. und 22. 9. 1977, BGHZ 68 S. 356 = NJW 1977 S. 1397 = BB 1977 S. 911 = ZfP 1978 (91) S. 470 mit Anm. Leopold und BGH, 22. 9. 1977, BGHZ 69 S. 260 = NJW 1978 S. 212 = BB 1978 S. 19, damit steht nicht in Widerspruch, daß bei der Abtretung eines Rechts aus einem Vertrag regelmäßig auch die Rechte und Pflichten aus einem damit verbundenen Schiedsvertrag übergehen (BGH, 2. 3. 1978, BGHZ 71 S. 162, NJW 1978 S. 1585 = BB 1978 S. 927, BGH, 14. 12. 1978, BB 1979 S. 289).

⁴ Die „Überwindung“ des internationalen Privatrechts in der und durch die Schiedsgerichtsbarkeit ist nur im Bereich der Herrschaft der Parteilichkeit oder internationaler Übereinkommen, die diese Überwindung gestatten, vielleicht auch aufgrund echten internationalen Gewohnheitsrechts möglich. Was die Parteiautonomie auf dem Gebiet des Vollmachtstatuts anlangt, so beschränkt sie sehr richtig die Haager Konvention betr. das auf Vermittlungsverträge und die Vertretung anwendbare Recht vom 14. 3. 1978 (französischer Text: Revue critique de droit international privé [Rev. crit.] 1977 S. 639) in ihrem Art. 14 auf den Fall einer von Vertretern (persönlich) oder dem Dritten schriftlich vorgeschlagenen und ausdrücklich angenommenen Vereinbarung über das auf Begründung und Umfang der Vertretungsmacht anwendbare Recht.

allerdings dem geltenden schweizerischen Recht zu entsprechen⁹.

e) Während Firsching die aus seiner These folgende weitgehende Berücksichtigung des Drittkontrahenten ganz richtig findet, halten andere Autoren, die vom LG zitiert werden und mit ihnen das LG Hamburg in dem hier besprochenen Urteil die herrschende Lehre und Rechtsprechung für zu „drittenfreundlich“, d.h. für zu wenig bedacht auf die Interessen des angeblichen Vollmachtgebers. Sie wollen die Rechtsordnung mit heranziehen, die das Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem Bevollmächtigten beherrscht oder die am Wohnsitz bzw. der geschäftlichen Niederlassung des angeblichen Vollmachtgebers gilt¹⁰. Das LG hat sicher das Verdienst, an Hand eines konkreten Beispiels auf die Probleme der herrschenden Lehre hingewiesen zu haben. Es ist aber bedauerlich, daß der konkrete Fall dazu nicht geeignet war, weil gerade vom Boden der herrschenden Lehre aus das vom LG angestrebte Ergebnis, die Anwendung italienischen Rechts, auf der Hand lag.

f) Die Lage wäre freilich anders und schwieriger gewesen, und möglicherweise hat das LG an diese Konstellation gedacht, wenn der Makler und angebliche Vertreter nicht nur Briefe von Italien nach Deutschland geschickt, sondern zum Vertragsabschluß den Käufer in Hamburg besucht hätte. Dann wäre vielleicht trotz seiner ständigen Niederlassung in Italien wegen des Zusammenfallens des Orts seiner Handlung und des Orts der Niederlassung des Geschäftsgenossen die Vollmacht einschließlich ihrer Form nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB doch deutschem Recht unterworfen gewesen¹¹.

g) Die vom LG aufgeworfenen Fragen sind von großer Bedeutung gerade auch für die Schiedsgerichtsbarkeit, weil es sich beim Vertretungsstatut einerseits um eine nicht der Parteiwillkür überlassene Regelung handelt, stehen doch Interessen Dritter auf dem Spiel, andererseits von der richtigen Beurteilung nicht nur die Richtigkeit des Schiedsspruchs abhängen kann, sondern wie das LG-Urteil zeigt, die Wirksamkeit des Schiedsvertrags und damit des Schiedsspruchs. Wie soll sich ein Schiedsgericht verhalten, wenn die Vertretung im internationalen Privatrecht der verschiedenen Länder verschieden konzipiert, qualifiziert und internationalprivatrechtlich angeknüpft wird? Der deutsche Schiedsrichter findet nicht einmal in der verhältnismäßig reichen deutschen Rechtsprechung für alle Fälle sichere Lösungen, geschweige denn der französische und belgische, in deren Ländern die Rechtsprechung spärlich ist. Deshalb ist eine Rechtsvereinheitlichung dringend zu wünschen und zu hoffen, daß das Haager Übereinkommen vom 10. 3. 1978 betr. das auf Vermittlungsverträge und Vertretung anwendbare Recht bald von den wichtigsten Staaten ratifiziert wird. Obwohl es gerade

⁹ Das ergibt sich aus der Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. 7. 1974, BGE 100 II S. 209, in der die 1. Zivilabteilung schweizerisches Recht auf eine Vollmacht anwendet, die durch einen Brief aus Algerien an eine schweizerische Bank erteilt war und von der der Bevollmächtigte dieser Bank gegenüber Gebrauch gemacht hatte, ohne daß das Gericht darauf abstellt, ob er dazu in der Schweiz war; s. dazu die Bemerkungen von Fischer, SJBR 1976 (XXXII) S. 337-341 und Rev. crit. 1977 S. 69-72.

¹⁰ Das LG zitiert Kegel, Luther und Festsf., vgl. auch die Übersicht bei Klünke, RIW/AWD 1978 S. 647-648, der selbst zu diesen Autoren gehört, indem er das Haiko der Vertretung bei Gelegenheitsvertretern und solchen ohne feste Niederlassung der Partei anläßt und will, die das Handeln des Vertreters in einem fremden Rechtskreis veranlaßt hat.

¹¹ So war es in dem „August 14“-Fall (Fn. 5). In Fällen dieser Art gilt auch nach Art. 11 der Haager Konvention (Fn. 4) das Recht des Handlungsorts ebenso wie in den Fällen, in denen der Vertreter keine berufliche Niederlassung hat oder der Vertreter in dem Lande tätig wird, wo der Vertretene seine berufliche Niederlassung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sonst gilt, von ganz spezifischen Ausnahmen abgesehen, das Recht der beruflichen Niederlassung des Vertreters.

die Frage des auf die Form anwendbaren Rechts aus seinem Geltungsbereich ausklammert (Art. 2), wird es doch auch die Lösung der Frage des Formstatuts beeinflussen, nämlich überall da, wo das Formstatut ausschließlich oder alternativ dem Wirkungsstatut unterstellt wird, d.h. der Rechtsordnung, die auf die Wirkungen der Vollmacht anwendbar ist. Dieses Wirkungsstatut wird in Kap. III Art. 11-15 ganz im Sinne der deutschen herrschenden Rechtsprechung geregelt¹².

II.

1. Es ist begreiflich, daß das OLG nach der Feststellung, das Zustandekommen des bestrittenen Schiedsvertrags ergebe sich aus den tatsächlichen Feststellungen des Schiedsgerichts und den Zeugenaussagen ganz unabhängig von der nach seiner Ansicht vorliegenden Vertreterqualität des Maklers, keine Lust verspürt hat, in die vom LG so ausführlich behandelten Probleme betreffend das auf die Form der Vollmacht anwendbare Recht einzugehen, sondern sich auf das für den Schiedsvertrag und seine Eingehung maßgebliche Recht beschränkt hat.

a) Dabei ist das OLG auf die Frage gestoßen, die vom LG aufgeworfen und bejaht worden war, ob sich nicht etwa, unabhängig vom sonst anwendbaren Recht, die Form des Schiedsvertrags in einem Geschäft zwischen einer deutschen und einer italienischen Partei nach einem der beiden internationalen Übereinkommen richten müsse, die auf dem Gebiet der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zwischen Deutschland und Italien in Kraft sind. Es sind dies die New Yorker Konvention von 1958¹³ und die Genfer sog. Europäische Konvention von 1961¹⁴.

b) Nach Art. 2 der Konvention von 1958 erkennt jeder Vertragsstaat „eine schriftliche Vereinbarung“ an, „durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis... bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen, einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen...“ Abs. 2 desselben Artikels fügt hinzu: „Unter einer schriftlichen Vereinbarung ist eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben.“ Das LG hatte angenommen, daraus folge die Notwendigkeit der Schriftform für einen zwischen einer deutschen und einer italienischen Firma abgeschlossenen Schiedsvertrag. Es hatte ferner entschieden, daß im vorliegenden Falle die Schriftform gewahrt sei. Das OLG ist in beiden Punkten der entgegengesetzten Ansicht. Wer hat recht? Was zunächst den Sinn des Art. 2 Abs. 1 angeht, so ist die Auslegung des LG mit dem Wortlaut vereinbar. Sie hat sogar für sich, daß die entgegengesetzte Ansicht die Freizügigkeit der Schiedssprüche innerhalb der Staaten, die der Konvention von 1958 beigetreten sind, beeinträchtigt. Wenn man nämlich mit dem OLG und der durchaus herrschenden Lehre und Rechtsprechung annimmt¹⁴, durch Art. 2 Abs. 1 werde

^{11a} Zu diesem bereits in Fn. 4 erwähnte Übereinkommen vgl. die während der Drucklegung erschienene Arbeit von Müller-Freusel, Der Haager Konventionsentwurf über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht, RabelsZ 43 (1979) S. 80, insbesondere Abschnitt V S. 105-111.

¹² Auch UN-Übereinkommen genannt. Diese Konvention vom 10. 6. 1958 wurde in Deutschland im BGBl. 1961 II S. 122 veröffentlicht und ist seit dem 28. 9. 1961 für die Bundesrepublik in Kraft. Für Italien ist sie es erst seit dem 1. 5. 1969.

¹³ Die Konvention vom 21. 4. 1961 wurde in Deutschland im BGBl. 1964 II S. 427 veröffentlicht und ist seit dem 25. 1. 1965 für die Bundesrepublik in Kraft, für Italien ist sie es erst seit dem 1. 11. 1970.

¹⁴ OLG Düsseldorf, 8. 11. 1971, AWD 1972 S. 478; Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. 1, 1975, S. 336-338 Rdnrn. 344, 348; Firsching (Fn. 6), Rdnr. 170 zu Art. 11 EGBGB; Glosner, Das Schiedsgericht in Deutschland, 1978, S. 138.

kein Vertragsstaat gehindert, formlose oder an eine weniger strenge Form gebundene Schiedsvereinbarungen anzuerkennen, die dann freilich nicht auf Anerkennung in einem anderen Vertragsstaat aufgrund der Konvention rechnen könnten und ebensowenig die daraufhin ergangenen Schiedssprüche, dann ermuntert man geradezu Schiedsgerichtsverfahren, von denen von vornherein gewiß ist, daß sie nicht im Lande des etwa verurteilten Beklagten vollstreckt werden können, obwohl dieses Land der Konvention beigetreten ist. So wird es wohl dem vom OLG aufrechterhaltenen Schiedsspruch gegen den italienischen Fruchtkonservenfabrikanten ergehen. Man versteht also, daß das LG eine von der herrschenden Lehre abweichende These gebilligt hat. Befremdlich ist nur, daß es von der herrschenden Meinung keine Notiz genommen, seine eigene Lösung für die einzig mögliche gehalten hat. Nach Aufgabe und System der Konvention von 1958 ist die vom OLG befolgte herrschende Auslegung trotz der erwähnten Bedenken zu billigen.

c) Berechtig ist auch die Skepsis des OLG in bezug auf die Wahrung der Schriftform im Sinne von Art. 2 Abs. 2 des Übereinkommens¹⁵. Allerdings muß hier eine Einschränkung gemacht werden. Das vom OLG als Schlusnote im Sinn von § 94 HGB gewürdigte Schreiben des Maklers war vom deutschen Käufer unterschrieben, es fehlte die zur Wahrung der Schriftform im Sinne der Konvention erforderliche Unterschrift der anderen Partei. Aber das gilt nur, wenn nicht auch der Makler, der ja angeblich (aus der Sicht des LG) Vertreter des Verkäufers war, seine Unterschrift unter das Schreiben gesetzt hat. Daß er das getan hat, ist anzunehmen, obwohl darüber weder das LG noch das OLG Aufschluß geben. Dann aber war die Schriftform gewahrt und die Wirksamkeit nur davon abhängig, ob der Makler tatsächlich als Vertreter gehandelt hat und die dazu nötige Vollmacht hatte.

d) Wie das OLG richtig sagt, wird die Rechtslage nicht durch das Übereinkommen von 1961 nicht anders, es enthält anders als das von 1958 Bestimmungen über das schiedsgerichtliche Verfahren, die für die von der Konvention geregelten Streitigkeiten die entsprechenden nationalen Vorschriften verdrängen. Sie stehen in den Art. 2-8 und sagen nichts über die Form des Schiedsvertrags. Von ihr ist dagegen in Art. 1 die Rede, der den Anwendungsbereich der Konvention festlegt, und zwar steht in dessen Abs. 2 Unterabs. a), daß die Konvention nur unter der Voraussetzung auf Schiedsverträge und schiedsgerichtliche Verfahren Anwendung findet, daß die Verträge der Formvorschrift des Art. 2 Abs. 2 der Konvention von 1958 entsprechen, mit der Maßgabe, daß im Verhältnis zwischen Staaten, die eine solche Form nicht vorschreiben, die Wahrung derjenigen Form genügen soll, die den Rechten der beiden Länder genügt. Tut der Schiedsvertrag weder der Schriftform im Sinne der Konvention von 1958 genüge noch auch der den beiden interessierten Staaten gemein-

samen milderen Form, dann kann das Übereinkommen von 1961 keine Anwendung finden. Aber deshalb ist der Schiedsvertrag nicht unwirksam, jedenfalls wenn man nicht der Meinung des LG folgt, wonach Art. 2 der Konvention von 1958, soweit er in seinem Abs. 2 die Formen des Schiedsvertrags regelt, eine das nationale Recht verdrängende Vorschrift für alle Schiedsverträge sei, die zwischen Firmen abgeschlossen werden, die in je einem Vertragsstaat ihren Sitz haben¹⁶.

e) Da nach dem OLG die beiden internationalen Übereinkommen aus dem Spiel bleiben, hätte es dahingestellt sein lassen können, ob die streitige Schiedsvereinbarung der Schriftform des Art. 2 Abs. 2 der Konvention von 1958 genügt und ob das italienische Recht eine solche Schriftform von sich aus vorschreibt, zumal das OLG im weiteren Verlauf seiner Untersuchung zu dem Ergebnis kommt, es sei nicht italienisches sondern deutsches Recht anwendbar (s. u. unter f). Das OLG ist aber doch darauf eingegangen und hat, wie bereits gesagt (s. o. unter d), gegen das LG festgestellt, daß die Schriftform der Konvention von 1958 nicht gewahrt ist. Das trifft sicher zu, wenn der Makler kein Vertreter war. Wie stellt es mit dem italienischen Recht? Das OLG zitiert Art. 807 Abs. 1 Codice di Procedura civile. Ob gerade diese Vorschrift einschlägig ist, mag bezweifelt werden. Sie bezieht sich wohl nur auf die Unterwerfung von Italienern unter ein italienisches Schiedsgericht, ganz abgesehen davon, daß überhaupt besser auf Art. 808 Abs. 1 Satz 2 verwiesen worden wäre, weil Art. 807 nur den Schiedsvertrag über eine bereits entstandene Streitigkeit (compromesso) betrifft, während Art. 808 den Schiedsvertrag über künftige Streitigkeiten (clausola compromissoria) regelt. Der wahre Sitz der Materie im italienischen Recht dürfte der Art. 2 des Codice di Procedura civile sein, der solche Schiedsverträge, die eine italienische Firma einem deutschen Schiedsgericht unterwerfen, grundsätzlich verbietet, so daß nach italienischem Recht eine solche Schiedsklausel überhaupt nur aufgrund der Konvention von 1958 wirksam sein kann¹⁷. Für Italien hat also diese Bestimmung der Konvention tatsächlich eine das Inlandsrecht verdrängende Wirkung. Die italienische Partei hat nicht den besagten Art. 2, sondern Art. 1341 Abs. 2 Codice civile zitiert, der für Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht nur die Schriftform, sondern die verschärfte Schriftform (specifica approvazione) fordert, und zwar auch für Handelsgeschäfte unter Kaufleuten. Aber das ist eine materiellrechtliche Vorschrift, die auch vom italienischen Standpunkt aus nur Anwendung findet, wenn die Schiedsklausel selbst italienischem Recht untersteht¹⁸.

f) Da die Form des Schiedsvertrags im italienischen Recht also jedenfalls anders geregelt ist als in § 1027 ZPO, mußte schon aus diesem Grunde das OLG die vom LG letztlich offengelassene Frage nach dem auf den Schiedsvertrag anwendbaren Recht beantworten. Wie das LG stellt sich das

15 Die Schriftform im Sinne von Art. II der Konvention von 1958 wird in den verschiedenen Vertragsstaaten verschieden aufgefaßt. Für Deutschland vgl. Baumhach/Schaub, Schiedsgerichtsbarkeit, 1960, Kap. 23 VII B. S. 282-283; Schloßer (Fn. 14), S. 335-336 (Bd. 34) und S. 330-332 (Bd. 34) 347-351, aus der Rechtsprechung: BGH, 12. 2. 1976, RIW/AWD 1976 S. 449 unter IV. Gerade in Italien ist die Rechtsprechung strenger. Sie läßt Verweisungen auf andere Verträge, die Schiedsklauseln enthalten oder gar vorgedruckte Formulare nicht genügen, woran trotz aller Kritik aus Doktrin und Praxis festgehalten wird, wie jüngst auf dem 6. internationalen Kongreß für Schiedsgerichtswesen in Mexiko im März 1978 der Präsident einer der zuständigen Kammern am Kassationshof, Mirabelli, in seinem Landesbericht (zusammen mit Becchia und Zucconi/Galli/Fonacra) unter II 2 (S. 9 Abs. 6 des auf dem Kongreß verteilten Textes, der demnachst im Druck erscheinen soll) betont hat. Das neueste höchstrichterliche Urteil in diesem Sinne ist Cass., 22. 4. 1976, Nr. 1439, Foro It. 1976 I S. 1495. Eine vom LG zitierte weitere Entscheidung vom 25. 5. 1976 Nr. 1877 wird in dem erwähnten Bericht als überstreng abgelehnt (in deutscher Übersetzung RIW/AWD 1976 S. 619 mit Anm. Schneider).

16 Vgl. BGH, 25. 5. 1976, WM 1976 S. 1050 = AWW 1976 S. 417; französische Übersetzung Rev. crit. 1971 S. 88 mit Anm. Mezeur ibid. S. 37-61, insbesondere S. 55-61.

17 OLG München, 4. 4. 1974, RIW/AWD 1975 S. 425, hat zwar geglaubt, eine Gerichtsstandsklausel zu Gunsten eines deutschen Gerichts sei auch nach italienischem Recht wirksam, sofern die italienische Partei dadurch nicht das Recht verlästigt gehe, in Italien zu klagen, sondern nur in Kauf nehme, auch in Deutschland verklagt werden zu können. Aber diese Auslegung, die mit dem Wortlaut vereinbar wäre, entspricht nicht der ständigen Rechtsprechung Italiens, vgl. Cass. 13. 12. 1971, Nr. 3820, Foro It. 1972 I S. 616, 22. 4. 1976, Nr. 1439, Foro It. 1976 I S. 1495.

18 Die Rechtsprechung ist konstant seit dem Urteil des Kassationshofs vom 2. 5. 1960, Nr. 9968, Foro It. 1960 I S. 736. Nach dem in Fn. 15 zitierten Bericht von Mirabelli und anderen findet darüber hinaus Art. 1341 Abs. 2 keine Anwendung, wenn eine ausdrückliche unverständliche Verweisung (relatio perfecta) auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegt. Nur gerade für Schiedsverträge soll jedenfalls eine spezifische Erwähnung (menzione specifica) nötig sein (auch für Gerichtsstandsklauseln!).

OLG auf den Boden der trotz aller theoretischen Angriffe herrschenden und richtigen Rechtsprechung, wonach jedenfalls internationalprivatrechtlich der Schiedsvertrag nicht prozedurrechtlich sondern privatrechtlich einzuordnen ist¹⁹. Das deutsche Recht kommt demnach nicht als *lex fori* zur Anwendung, sondern wenn und weil nach den für schuldrechtliche Verträge geltenden Kollisionsnormen, insbesondere dem Prinzip der Parteiautonomie, deutsches materielles Recht anwendbar ist. Aber entgegen dem LG betont das OLG, daß im Zweifel anzunehmen sei, die Parteien hätten den Schiedsvertrag dem Recht des Hauptvertrags unterstellen wollen²⁰. Die Bekräftigung dieser beiden immer wieder in Frage gestellten Thesen verdient hervorgehoben zu werden²¹. Das OLG kommt damit zu der weiteren kollisionsrechtlichen Frage, nämlich der nach dem Recht, das auf den streitigen Kaufvertrag anwendbar ist.

2. a) Da nicht die Wirksamkeit sondern schon das Zustandekommen des Kaufvertrags und damit erst recht des darauf bezüglichen Schiedsvertrags zwischen den Parteien streitig war, mußte sich das OLG mit der Meinung auseinandersetzen, die für ein besonderes, vom eigentlichen Vertragsstatut verschiedenes Statut des Zustandekommens eines Vertrages eintritt, insbesondere die Herrschaft des Parteiwillens mit der Begründung ablehnt, es sei ja gerade zu ermitteln, ob überhaupt ein gemeinsamer

Wille angenommen werden könne, was nicht nur eine Tatsache sondern auch in einem ganz erheblichen Maße eine Rechtsfrage sei. Das OLG stellt fest, der BGH habe nur in Grenzfällen eine Berücksichtigung des Rechts des Wohnsitzes oder Sitzes einer Partei in diesem Zusammenhang gebilligt, nämlich insbesondere, wenn besagte Partei sich passiv verhalten hat und dagegen geschützt werden muß, daß ihr Schweigen als Zustimmung aufgrund einer Rechtsordnung gewertet wird, mit deren Anwendung sie nicht zu rechnen brauchte²². Im übrigen will auch das OLG die Begründung des Vertragsverhältnisses nach demselben Recht beurteilen wie die Wirkungen. Das war in unserem Falle um so angebrachter, als nach den tatsächlichen Feststellungen des OLG Willenserklärungen der italienischen Verkäuferfirma vorlagen, die sich nur nicht unmittelbar auf die Schiedsklausel bezogen.

b) Das Wirkungsstatut eines schuldrechtlichen Vertrages und einer Schiedsvereinbarung bestimmt sich in erster Linie nach dem Parteiwillen. In dem vom italienischen Makler übersandten und vom deutschen Importeur gebilligten Dokument, das sich selbst als Vertrag bezeichnet und vom OLG als Schlußnote qualifiziert wird und die nach den Feststellungen des OLG unter Zuhilfenahme der weiter unten zu besprechenden Beweislastverteilung, die das OLG vornimmt) auch dem erklärten Willen des italienischen Verkäufers entsprach, soweit darin Ware und Preis präzisiert waren, stehen Bezugnahme auf die Geschäftsbedingungen des Warenvereins der Hamburger Börse und Unterwerfung unter das Hamburger Schiedsgericht, also Klauseln, die auch nach Ansicht des OLG genügen, um die Anwendung des deutschen Rechts als mindestens stillschweigend vereinbart zu rechtfertigen. Es wäre wohl nicht einmal nach dem Haager Übereinkommen vom 15. 6. 1955 betr. das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anwendbare Recht anders, obwohl dessen Art. 2 Abs. 2 eine Rechtswahlklausel verlangt, die keinen Zweifel erlaubt²³. Das OLG erwähnt dieses Übereinkommen nicht; es ist in Deutschland auch nicht in Kraft. Ein Wort dazu wäre aber vielleicht doch nützlich gewesen, denn es gilt in Italien²⁴.

c) Trotz dieser Hinweise auf das deutsche Recht sagt das OLG unter II 2 seines Urteils: „Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Parteien die Anwendung deutschen Rechts ausdrücklich vereinbart hätten. Zwar ist... die Anwendung der VWB vorgesehen, deren § 2 bestimmt, daß auf das Vertragsverhältnis deutsches Recht anzuwenden ist. Es ist aber gerade streitig, ob die Klägerin

19 Die deutschen Autoren behandeln meist diese sehr umstrittene Frage gemeinsam für Gerichts- und Schiedsvereinbarungen und neigen überwiegend der prozessualen These zu, so etwa Korschbar, FamRZ 1973 S. 416; Volkammer, NJW 1974 S. 196. Ich habe die vertragliche Einordnung in meinem Beitrag zur Wengler-Festschrift, Bd. II, 1973, Die Beurteilung der Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Vertragsstatut und die des Vertrags nach dem Recht des angeblich gewählten Gerichts, S. 541-571, insbesondere S. 342-358, verteidigt. Firsching (Fn. 6) RdNr. 183-185 vor Art. 12 EGBGB, tritt nach Darlegung der Rechtsprechung für die prozessuale Einordnung ein, aber nur in Bezug auf Gerichtsstandsklauseln, während er in Rdnr. 622, S. 712 f. für den Schiedsvertrag die materielle These des BGH überzeugend findet.

20 Diese seit BGH, 28. 11. 1963, BGHZ 40 S. 329 = AWD 1964 S. 61 herrschende Lehre wird vom LG Hamburg in der hier zu besprechenden Entscheidung abgelehnt. Das ist immerhin verständlich und zwar auch vom Boden der materielle Einordnung, einmal die Konvention von 1958 (Fn. 14) Art. 4 Abs. 1 unter 2 in Ermangelung einer Rechtswahl für den Schiedsvertrag das Recht des Landes beruht, in dem der Schiedspruch ergangen ist, worauf man abzielen kann, daß, solange das Schiedsverfahren noch nicht begonnen hat, das Recht des Landes anwendbar ist, in dem der Spruch nach dem Willen der Parteien ergangen soll. Das ist z. B. auch die Ansicht von Firsching (Fn. 6), RdNr. 622 vor Art. 12 EGBGB. Dieses Recht sollte aber erst zum Zuge kommen, wenn ernstlich bezweifelt werden muß, daß die Anwendung des Rechts des Hauptvertrags dem wirklichen oder vermutlichen Parteiwillen entspricht. Andererseits ist als Recht des Hauptvertrags oft das Recht des Orts anzusehen, wo das Schiedsverfahren stattfindet soll, wenn nämlich dieser Ort von den Parteien bezeichnet wird, ist das ein starkes Indiz für die Rechtswahl, wie das OLG in dem hier besprochenen Urteil hervorhebt.

21 Leider schweigt das OLG sein Bekenntnis mit dem Hinweis ab, es komme schließlich auf die Qualifikation nicht an, „weil auch, soweit über Schiedsvertrag als reiner Prozedurvertrag verstanden wird, bei der Prüfung des Zustandekommens ebenfalls die für das materielle Recht entwickelten Grundsätze angewandt werden“. Das ist richtig, liegt aber neben der Sache: Auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts kommt es gerade darauf an, zu wissen, aus welcher Rechtsordnung besagte Grundsätze des materiellen Rechts entnommen werden sollen. Das hat das LG Hamburg in einer früheren Entscheidung, vom 27. 5. 1974, AWD 1974 S. 403, insbesondere S. 405 unter II c, sehr gut herausgestellt, wo es um die Anerkennung eines französischen Urteils aufgrund einer angeblichen Gerichtsstandsklausel ging, die in einem deutschem materiellem Recht unterstellten Vertrag eingefügt war (*lex fori* war also in diesem Falle französisches Recht, das Vertragsstatut deutsches Recht). Das Problem sieht auch das Bundesoberstgericht und spricht sich zugunsten der materielle rechtlichen Anknüpfung für das Zustandekommen einer Gerichtsstandsklausel aus, BBJ, 29. 6. 1973, BB 1979 S. 683, freilich nur beiküfig und unter Berufung auf BGH, 17. 5. 1972, BGHZ 59 S. 23 = NJW 1972 S. 1622 mit Anm. Geimer = AWD 1972 S. 359 mit Anm. von Hoffmann, AWD 1972 S. 416 = BB 1973 S. 746 mit Anm. Trinkner, eine Entscheidung, die wegen ihres Bekenntnisses zur Vertragskonzeption einerseits und der damit kaum zu vereinbarenden Anwendung allein der deutschen *lex fori* auf die Form der Klausel die Kritik der erwähnten Kommentatoren verdient hat.

22 Diese Einschätzung der Rechtsprechung zur kollisionsrechtlichen Beurteilung der sog. „vorkonventionalen Vertrags Elemente“ (ein von Fersd in seinem Vortrag „Zum Abschluß von Auslandsverträgen“, 1954, geprägter Terminus) ist u. E. realistischer als die Behauptung von Klimke, RIW/AWD 1978 S. 648 Text zu Fn. 102, rechtsgeschäftliche Erklärungen und Willensmängel würden zunehmend nicht mehr nach dem Geschäftsstatut, sondern auch nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Betroffenen entschieden. Dem ist nicht so: Vgl. Mezger, Festschrift für Wengler (Fn. 19), insbesondere S. 364-367, Auseinandersetzung mit dem BGH-Urteil vom 22. 9. 1971 (Küchenmöbelfall) BGHZ 57 S. 72 = NJW 1972 S. 391 = AWD 1971 S. 589, und seitdem die ausführliche Anmerkung von Liske zu OLG Nürnberg, 11. 10. 1973 (von Klimke, RIW/AWD 1978 S. 648 Fn. 102, irrtümlich als vom OLG München stammend zitiert), AWD 1974 S. 405, insbesondere S. 407-408, ferner die Anmerkung von Buchmüller, NJW 1977 S. 501, zu dem wohl letzten Urteil des BGH, in dem die Frage gestreift wird: BGH, 7. 7. 1976, NJW 1976 S. 2075 = RIW/AWD 1976 S. 534. Sehr richtig gegen eine unnötige Ausdehnung dieses Sonderstatuts auch Firsching (Fn. 6), RdNr. 157 vor Art. 12 EGBGB, nach ausführlicher Darstellung der Rechtsprechung in Rdnr. 155, und ausländischer Regelungsversuche in Rdnr. 156. Zu weitgehend m. E.: Kegel, Internationales Privatrecht, 1977, S. 275.

23 Der (amtliche) französische Text ist bei Firsching (Fn. 6) RdNr. 42 a vor Art. 12 EGBGB, abgedruckt, eine deutsche Übersetzung in der Textsammlung von Jayme/Haasemann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 1978, Nr. 22, S. 21.

24 Dieses Übereinkommen gilt jetzt zwischen Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Italien, Niger, Norwegen, Schweden und Schweiz.

sich an den zum Zustandekommen des Vertrags notwendigen Willenserklärungen beteiligt hat. § 2 WVB kann daher erst Anwendung finden, wenn feststeht, daß die Parteien einen Vertrag geschlossen haben.“ Hier stockt der Leser. Diese Bemerkung verkehrt die vorherige Bejahung der Anwendung des Wirkungsstatuts in ihr Gegenteil. Die Anwendung des Wirkungsstatuts bedeutet gerade, daß man den Vertrag als zustandegekommen fingiert, und zwar einschließlich der darin etwa enthaltenen Rechtswahlklausel²⁵. Die Methode des OLG besteht in Wahrheit in der Anwendung eines besonderen Statuts für das Zustandekommen des Vertrags, das aber nicht in der Heranziehung des Rechts des Wohnsitzes oder Sitzes einer der Parteien oder beider Parteien besteht, sondern auf dem vermutlichen Parteiwillen aufbaut. In dem Text des Urteils kommt der Widerspruch nicht so klar heraus, weil die Ausführungen unter II 2 vor der Würdigung der Zeugenaussagen und der Feststellungen der tatsächlichen Umstände des Geschäftsabschlusses stehen. Aber diese Feststellungen mußten bei Erlaß des Urteils, ja schon bei seiner Beratung bekannt sein. Aus ihnen konnte sich nur ergeben, daß die Zuflucht zu einem besonderen Statut des Zustandekommens nicht geboten war. Wäre freilich in dem streitigen Vertrag keine Rechtswahlklausel enthalten gewesen, dann hätte auf den hypothetischen Parteiwillen nach der herrschenden deutschen Rechtsprechung zurückgegriffen werden müssen. So wie die Dinge liegen, folgt das OLG nicht der herrschenden Lehre von der Anwendung des Wirkungs- oder Vertragsstatuts, sondern dem Vorschlag, den von Hoffmann anläßlich der Entscheidung des BGH vom 22. 9. 1971 (Küchenmöbelfall) gemacht und so formuliert hat²⁶: „Wenn nicht beide Parteien den Anschein eines gemeinsamen Willens zur Rechtswahl gesetzt haben, muß die Gültigkeit der Rechtswahlklausel und auch der materielle Konsens bezüglich der außerdem mit ihr zusammenhängenden Vertragsbedingungen nach dem objektiv bestimmten Schwerpunktrecht beurteilt werden. Ist nach diesem Recht die Wahlklausel gültig, so hat das gewählte Recht insoweit nur für die Beurteilung des Vertragsinhalts Bedeutung.“ Das Urteil des OLG ist im E die erste veröffentlichte Entscheidung, die dieser Methode folgt²⁷, freilich ohne den erwähnten Aufsatz zu zitieren.

d) Es ist ein glücklicher Zufall, daß der hypothetische Parteiwille, der sich aus dem früheren Geschäftsgebaren der italienischen Partei herauslesen läßt, mit dem im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen übereinstimmt. So völlig überzeugend sind die Darlegungen des OLG zu diesem Punkte nicht, wenn man weiß, daß Italien, wie gesagt, die Haager Konvention von 1955 ratifiziert hat und nach dieser, mangels einer ausdrücklichen oder mindestens zweifelsfreien vertraglichen Bestimmung das Recht des Schuldners der charakteristischen Leistung, nämlich das Recht des Landes, wo der Verkäufer seinen Sitz hat, maßgeblich ist (Art. 3 Abs. 1). Man vergegenwärtige sich die Situation, die sich ergeben hätte, wenn aufgrund des hypothetischen Parteiwillens das Zustandekommen des Vertrags nach italienischem Recht hätte beurteilt werden müssen. Wie weit wäre dann dessen Geltungsbereich nach der Theorie des OLG gegangen, und wie wäre er gegen den des deutschen Rechts abzugrenzen gewesen? Und was würde aus dem vom OLG mit Recht herangezogenen Argument aus Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EGBGB: Die Form, wesentliches Element des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts, wird in erster Linie von der Rechtsordnung bestimmt, die das Rechtsverhältnis beherrschen würde, das den Gegenstand dieses Rechtsgeschäfts bilden würde, wenn es zustandegekommen sein sollte? Diese Fragen sind keine peremptorischen Einwendungen gegen den Vorschlag von von Hoffmann. Sie sollten aber darauf aufmerksam machen, daß die schon nicht ganz einfache internationalprivatrechtliche Beurteilung des Vertragsabschlusses durch die neue Lehre noch mehr kompliziert wird.

2) Noch ein anderer Punkt in dem hier behandelten Abschnitt des OLG-Urteils fällt auf: die entschiedene Weigerung im vorletzten Absatz des Urteils unter II 3 die Tatsache zu berücksichtigen, daß die Sachleistungspflicht der italienischen Firma die charakteristische Leistung war. Das entspricht der in Deutschland herrschenden Rechtsprechung²⁸. Es kann hier auf diese Frage nicht näher eingegangen und nur darauf hingewiesen werden, daß der Entwurf für eine europäische Konvention über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht²⁹ sich ebenso wie die bereits erwähnte Haager Konvention von 1955 über das auf internationale Kaufverträge anwendbare Recht im entgegengesetzten Sinne ausgesprochen hat. Wenn im vorliegenden Fall die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu einem sachgerechten Ergebnis zu führen scheint, so liegt das daran, daß, wie bereits erwähnt, die Frage nach dem in Ermangelung einer Rechtswahl anzuwendenden Recht hier kaum gestellt werden durfte, weil eben eine Rechtswahl vorlag. Abstrahiert man davon und von allen Elementen der Schlußnote, die auf deutsches Recht hinweisen einschließlich des Schiedsvertrags, unterstellt man also einen nackten Hauptvertrag als das einzige, worüber eine Einigung bestand, dann verlieren die vom OLG angeführten Indizien aus früherem Verhalten ihr Gewicht; man kann ebenso gut a contrario schließen wie per analogiam!

3. Das Zustandekommen sowohl des Schiedsvertrags als auch des Hauptvertrags ist demnach nach deutschem Recht zu beurteilen, wenigstens wenn der Abschluß un-

25 Vgl. das Haager Übereinkommen vom 15. 6. 1955 (Fn. 24), Art. 2 Abs. 2: „Die Voraussetzungen für eine übereinstimmende Willenserklärung der Parteien über das als anwendbar erklärte Recht richten sich nach diesem Recht.“ Ebenso der Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (1979) Art. 3 Abs. 4: „Existenz und Wirksamkeit der Einigung über die Wahl des anwendbaren Rechts richten sich nach den Vorschriften der Art. 8 und 9.“ Art. 8 Abs. 1: „Existenz und Wirksamkeit eines Vertrags oder einer Bestimmung desselben richten sich nach dem Recht, das anwendbar wäre, wenn der Vertrag oder die Bestimmung wirksam wären.“ Abs. 2 bringt dann die vorzüglich und richtig formulierte Einschränkung: „Jedoch, um darzutun, daß sie nicht einverstanden war, kann sich eine Partei auf das Recht ihres gewöhnlichen Aufenthalts berufen, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß es nicht vermünftig war, die Wirkung ihres Verhaltens nach dem in Abs. 1 für anwendbar erklärten Rechts zu beurteilen.“

26 Von Hoffmann, Vertragsannahme durch Schweigen, BabelfZ 36 (1972) S. 510, insbesondere S. 521; vgl. Mezger (Fn. 19), S. 566 Z. 39.

27 Ansatz zu einer Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens, d. h. der vor-konsensualen Beziehungen der Parteien, zur Ermittlung des Rechts, nach welchem das Zustandekommen einer Vereinbarung über das anwendbare Recht oder über eine für dessen Bestimmung erhebliche Gerichtsstands- oder Schiedsklausel zu beurteilen ist, finden sich in BGH, 9. 12. 1964, BGHZ 43 S. 21 = NJW 1965 S. 437 = AWD 1965 S. 30, und in BGH, 25. 5. 1970, WM 1970 S. 1050 = AWD 1970, S. 417 (französische Übersetzung Rev. crit. 1971 S. 84, dazu Mezger, Du consentement en matière d'electio iuris, Rev. crit. 1971 S. 37, insbes. S. 41-47). Der 8. Zivilsenat des BGH hat in seinem Urteil vom 22. 9. 1971 (Fn. 22) diese Methode nicht befolgt. Dagegen hat der 1. Zivilsenat seit seinem Urteil vom 11. 7. 1973, NJW 1973 S. 2154 = AWD 1973 S. 631, einen ähnlichen, aber rein negativen Gedanken dahin formuliert, daß der Grundsatz, niemand brauche sein Verhalten gegen sich gelten lassen, wenn er nach seinem Wohnsitzrecht mit Rechtsfolgen desselben nicht zu rechnen braucht, dann keine Anwendung findet, wenn der Ausländer nach den Umständen des Einzelfalls nicht darauf vertrauen könne, daß sein Verhalten nach den Regeln dieses Rechts beurteilt wird.

28 Die Ablehnung der Lehre von der Maßgeblichkeit des Rechts des Schuldners der charakteristischen Leistung ist in dem erwähnten BGH-Urteil vom 22. 9. 1971, Küchenmöbelfall (Fn. 22) bekräftigt worden und seitdem in BGH, 19. 9. 1973, AWD 1973 S. 630, trotz der dort erwähnten Verbreitung der Gegenansicht im Schrifttum.

29 Vgl. Art. 4 des Vorentwurfs eines EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht in der Fassung von 1972, abgedruckt bei Firsching (Fn. 6) RdNr. 140 vor Art. 12 EGBGB. Die revidierte Fassung von 1979, die nur vertragliche Schuldverhältnisse betrifft (Fn. 25), ist noch nicht veröffentlicht; sie ändert den Art. 4 nicht.

mittelbar und nicht durch den italienischen Makler als Vertreter zustande gekommen ist. Nur in diesem letzten Falle würde sich das Statut der Vertretung bzw. der Vollmacht storend einschleichen. Aufgrund der tatsächlichen Feststellungen, die das OLG aus den vor dem Schiedsgericht gemachten Zeugenaussagen entnimmt, meint das OLG, der Vertrag sei unmittelbar zwischen den Parteien zustande gekommen, der Makler habe höchstens die Rolle eines Boten gespielt, die Parteien hätten sich über die wesentlichen Bedingungen des Kaufs, wenn auch nicht gerade über die Schiedsklausel, ausdrücklich geeinigt; die Nebenbestimmungen einschließlich der nach § 1027 Abs. 2 ZPO formfreien Schiedsklausel waren in den Geschäftsbedingungen des Warenvereins enthalten, die von dem Makler, wie der Verkäufer wußte, bei solchen Geschäften mit Deutschland stets zugrundegelegt worden sind. Die diesbezüglichen Ausführungen des OLG sind ein wertvoller Beitrag zum Recht der Import-Export-Geschäfte unter Mitwirkung von Maklern.

Aber dabei fließt eine rechtliche Überlegung ein, die anfechtbar ist, nämlich betreffend die Stellung des Handelsmaklers nach § 93 ff. HGB. Daraus, daß der Abschluß des streitigen Geschäfts nach deutschem internationalem Privatrecht gemäß deutschem materiellem Recht zu beurteilen ist, folgt nicht, was das OLG als selbstverständlich zu unterstellen scheint, daß der italienische Makler, der dabei im Interesse einer italienischen Firma mitwirkte, die Stellung eines deutschen Handelsmaklers habe. Die Situation wäre ja wohl auch für das OLG ganz anders, wenn etwa nach italienischem Recht oder Handelsbrauch ein berufsmäßiger Makler oder, noch genauer, eine Firma in der Stellung der hier als Makler bezeichneten Person im Zweifel als Vertreter handelt. Es scheint, daß keine Partei diese Frage aufgeworfen hat, und zwar wohl deshalb nicht, weil der „mediatore“ der Art. 1754–1765 des italienischen Codice civile ziemlich genau die Stellung des deutschen Maklers hat. Aber die bloße Bezugnahme auf die deutschen Vorschriften ist in diesem Zusammenhang nicht überzeugend.

4. Wir kommen damit zu dem u. E. bedenkllichsten Teil des OLG-Urteils, bei dessen Kritik es nicht nur um die einer vielleicht angreifbaren Begründung für eine im Ergebnis richtige Entscheidung geht, sondern um deren Richtigkeit selbst.

a) Das OLG geht von einem anderen Sachverhalt aus als das LG, stützt sich aber dabei auf die Feststellungen des Schiedsgerichts, dessen Spruch gerade mit der Begründung angefochten wird, ein Schiedsvertrag sei gar nicht zustande gekommen, jedenfalls kein wirksamer. Die Feststellungen des Schiedsgerichts sollten auf Antrag der italienischen Partei durch eine neue Vernehmung eines der beiden Zeugen, die schon vom Schiedsgericht gehört worden waren, ergänzt und bestätigt bzw. widerlegt werden. Nach Ansicht der italienischen Partei hatte dieser entscheidende Zeuge, ein Herr der Maklerfirma, vor dem Schiedsgericht die Unwahrheit gesagt. Sie hat dann aber den Vorschub für die Kosten der Vernehmung nicht eingezahlt, und so beruht das OLG-Urteil allein auf den Aussagen, die vor dem Schiedsgericht gemacht und dort protokolliert worden sind sowie auf den sonstigen Feststellungen des Schiedsgerichts.

b) Daß im Aufhebungsprozeß das staatliche Gericht die festgestellten Tatumstände anders qualifizieren darf und gegebenenfalls muß, als es das Schiedsgericht tat, ist selbstverständlich, auch daß es die vom Schiedsgericht gemachten Feststellungen, soweit sie überhaupt für den Aufhebungsprozeß erheblich sind, zugrundelegt, sofern sie nicht bestritten werden und kein Verdacht besteht, daß dadurch Rechtssätze verletzt oder umgangen werden, de-

ren Beobachtung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. § 1041 Nr. 2 ZPO)³⁰. Darf sich aber das Gericht auch auf die bestrittenen Feststellungen verlassen, solange sie nicht vom Kläger im Aufhebungsprozeß widerlegt worden sind? Wie steht es insbesondere mit dem Zustandekommen des Schiedsvertrags selbst, der dem ganzen schiedsgerichtlichen Verfahren zugrundeliegt? Das OLG beruft sich auf die Kommentare zur ZPO, die bei § 1041 die Beweislast für die dort erwähnten Aufhebungsgründe ganz allgemein als anspruchsbegründende Tatsachen dem Kläger zuschieben.

c) Aber für den Aufhebungsgrund unter § 1041 Nr. 1 ZPO kann das unmöglich richtig sein. Der Schiedsspruch ist nichts ohne einen ihn autorisierenden und legitimierenden Schiedsvertrag, der höchstens durch Genehmigung nachträglich ersetzbar ist. Wie bei jedem Rechtsgeschäft hat die Partei, die sein Bestehen, genauer sein Zustandekommensein behauptet, diese Behauptung im Streitfalle zu beweisen. Nichtigkeitsgründe wie Formmangel oder Tatsachen, die den Vorwurf der Rechts- oder Sittenwidrigkeit begründen, erst recht Willensmängel sind dann wieder von der anderen Partei zu beweisen. Die vom OLG vorgenommene Verteilung der Beweislast könnte dazu führen, daß ein Dokument, das sich als Schiedsspruch aus gibt und die Verurteilung des Beklagten ausspricht (der etwa dem Schiedsverfahren, da sich nicht betroffen fühlend, ferngeblieben ist), eine Beweislastumkehr bewirkt, die der eines Schuldanspruchs gleichkommt, obwohl die verurteilte Partei, sich wie dem Schiedsverfahren unterworfen, mit der Sache überhaupt nichts zu tun hat. Dieser Extremfall setzt nicht einmal voraus, daß eine unlautere oder gar strafbare Konversation zwischen dem angeblichen Gläubiger und dem Schiedsrichter vorgelegen haben muß; das Verfahren kann die Frucht einer Verwechslung, eines Irrtums des Klägers über die Person seines Vertragsgegners sein, was bei Handelsgesellschaften mit gleichen oder ganz ähnlichen abgekürzten Bezeichnungen durchaus vorkommen kann, zumal wenn der Schiedsvertrag gemäß § 1027 Abs. 2 ZPO mündlich geschlossen wurde, nämlich zwischen dem Gläubiger und einem Dritten. In einem solchen Falle ist das Mißverständnis überhaupt nur aufzuklären, wenn man dem Gläubiger aufgibt darzulegen und zu beweisen, mit welcher physischen Person oder bei welcher Gelegenheit das Geschäft abgeschlossen worden ist. In unserem Fall stand, soweit das aus dem Urteil ersichtlich ist, Angebot oder Einverständnis der italienischen Partei, die fraglichen Fruchtkonserven zu liefern, allein durch das Zeugnis eines der Angestellten oder Mitinhaber der beteiligten italienischen Maklerfirma fest. Was das OLG über die Verwertbarkeit dieses Zeugnisses im Aufhebungsprozeß sagt, daß es nämlich nur als Urkundenbeweis dienen könne und auch das nur in sehr engen Grenzen, hätte gerade zu dem Schluß führen müssen, die deutsche Partei zu veranlassen, die neue Vernehmung dieses Zeugen zu beantragen und zu bevorschussen.

d) Der Vergleich mit der Restitutionsklage hinkt: Das Urteil eines staatlichen Gerichts hat als Staatsakt die Vermutung der Rechtmäßigkeit und der Ordnungsmäßigkeit für sich. Das gilt nicht für einen Schiedsspruch, solange bezweifelt wird, daß seine Grundlage, der Schiedsvertrag, zur Existenz gekommen ist. Erst wenn das Nichtvorliegen des Aufhebungsgrundes nach Art. 1041 Nr. 1 dargetan ist, wozu, wie gesagt, nur der Beweis des Zustandekommens einer Schiedsvereinbarung, nicht etwa auch der Beweis von deren voller Gültigkeit notwendig ist, freilich aber auch der Nachweis, daß sich der Schiedsvertrag auf das

30 Busambark/Schwab (Fn. 15), Kap. 22 C II S. 183; Thomas/Putzo, ZPO, 1978, § 1041 Anm. 2. Vgl. Mezger, Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bei Beurteilung ausländischer Schiedsverträge, ZPO 1970 S. 368.

streitige Rechtsverhältnis bezieht, geht die Beweislast auf den Kläger über.

e) Daß die Form eines Schiedsspruchs gewählt und gewahrt ist, darf nur dazu führen, daß gegebenenfalls diese Form als leerer Trug im Wege des Aufhebungsprozesses oder im Vollstreckungsverfahren nach den §§ 1042-1042 d ZPO entlarvt werden muß und die daraus folgende Nichtigkeit nicht anders als eben im Wege des Prozesses geltend gemacht werden kann, so daß die Möglichkeit der Geltendmachung überhaupt nach § 1043 ZPO verwirkt werden kann. Das ist eine Regelung, die an der Ununterscheidbarkeit auf den ersten Blick echter von Pseudoschiedssprüchen liegt, aber deren Tragweite nicht unnötig überanstrengt werden sollte, indem man eine Beweislastregel darin sieht. Das, was unserer Ansicht nach der Beklagte beweisen muß, ist nicht mehr und nicht weniger als das, was der BGH in den bekannten, gerade wegen angeblich zu großer Laxheit gegenüber dem Erfordernis eines wirksamen Schiedsvertrags vielfach angefeindeten Entscheidungen zu § 1044 ZPO als Minimum definiert hat, dessen Abwesenheit den Extremfall setzen würde, bei dessen Vorliegen auch ein ausländischer sog. Schiedsspruch nicht anerkannt werden dürfte, was immer das an sich auf den Schiedsspruch anwendbare Recht dazu sagen möge³¹.

In dem vorliegenden Fall läßt sich das Ergebnis, zu dem das OLG kommt, nur dann rechtfertigen, wenn die Aussagen vor dem Schiedsgericht und insbesondere die des Hauptzeugen, der sie dann vor dem LG eidlich bekräftigt hat, geeignet waren, das Gericht zu überzeugen. Im Prinzip muß das möglich sein, weil damit nicht der angefochtene Schiedsspruch als solcher Quelle der Feststellung des staatlichen Gerichts ist, sondern eine Urkunde, nämlich das Protokoll der eidlichen Aussage mit der darin enthaltenen Mitteilung. War es so, dann konnte die italienische Partei aufgefordert werden, den Gegenbeweis zu führen.

Dr. Ernst MEZGER, Avocat à la Cour, Paris

Vollstreckbarerklärung eines belgischen Schiedsspruchs in der Bundesrepublik Deutschland

(Landgericht Hamburg, Beschluß vom 24.4.1979 - 5 0 112/79)

Leitsätze:

1. Für die Vollstreckbarerklärung eines belgischen Schiedsspruchs, der vom staatlichen belgischen Gericht bestätigt worden ist, ist das Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1927, subsidiär das deutsch-belgische Abkommen von 1958 maßgebend. Das EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen von 1968 sowie das UN-Übereinkommen von 1958 über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche finden keine Anwendung.

2. Sicherheitsleistung durch den Vollstreckungsgläubiger ist nicht erforderlich.

Sachverhalt:

Die Antragstellerin, eine niederländische Handelsgesellschaft, hat gegen die Antragsgegnerin, eine Hamburger Handelsfirma,

am 13.3.1978 vor einem Schiedsgericht in Antwerpen einen Schiedsspruch erwirkt, durch den die Antragsgegnerin u. a. zur Zahlung von 243.890 US-Dollar verurteilt worden ist. Hiergegen ist von der Antragsgegnerin Berufung eingelegt worden. In der Berufungsinstanz hat die Arbitrage-Kammer für Kaffee in Antwerpen mit Urteil vom 21.6.1978 die Berufung verworfen. Dieser Spruch ist vom Gericht I. Instanz in Antwerpen für vollstreckbar erklärt worden. Die Antragstellerin begehrt die Vollstreckbarerklärung des rechtskräftig gewordenen Schiedsspruches für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Das Landgericht Hamburg hat dem Antrag stattgegeben.

Aus den Gründen:

„1. Eine Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches auf Grund des EG-Übereinkommens vom 27. September 1968 (Brüssel) ist nicht möglich. Nach Art. 1 Nr. 4 ist die Schiedsgerichtsbarkeit dem Anwendungsbereich des Übereinkommens entzogen. Das gilt nicht nur für den Schiedsspruch selbst, sondern auch für Entscheidungen der staatlichen Gerichte über die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches (vgl. Bülow/Böckstiegl, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 1977, 606-29).

II. 1. Das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (New York) kommt ebenfalls nicht zur Anwendung, da Belgien nicht Vertragsstaat dieses Übereinkommens ist.

2. Das Europäische Übereinkommen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961 bleibt ohnehin außer Betracht, da es sich nicht auf die Vollstreckung von Schiedssprüchen bezieht.

III. Als Rechtsgrundlage für den Antrag auf Vollstreckbarerklärung kommen somit nur das Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26. September 1927 sowie das deutsch-belgische Abkommen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Juni 1958 in Betracht. Wegen der subsidiären Geltung des deutsch-belgischen Abkommens gegenüber anderen Übereinkommen und auch dem autonomen Recht (vgl. Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung II, 1971, S. 323f. zu Art. 16) sind deshalb in erster Linie die Voraussetzungen des Genfer Abkommens (GA) zu prüfen.

IV. 1. Die formellen Voraussetzungen des Art. 4 GA für eine Vollstreckbarerklärung des belgischen Schiedsspruches sind erfüllt. Die Antragstellerin hat eine beglaubigte Abschrift des Schiedsspruches der Arbitrage-Kammer für Kaffee in Antwerpen in französischer und flämischer Sprache vorgelegt (Art. 4 Nr. 1). Sie hat ferner eine beglaubigte deutsche Übersetzung der Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches durch das Gericht I. Instanz in Antwerpen vom 31. Oktober 1978 - nebst Fotokopien des flämischen Originals des Beschlusses - vorgelegt. Aus diesem Beschluß ergibt sich, daß der Schiedsspruch nach belgischem Recht rechtskräftig ist (Art. 4 Nr. 2 GA).

2. Anerkennungshindernisse im Sinne der Art. 1 und 2 GA sind nicht ersichtlich. Die in Art. 1 II a-d und Art. 2 II a-c aufgezählten Anerkennungserfordernisse sind erfüllt, wie sich aus dem Beschluß vom 31. Oktober 1978 ergibt.

3. Die Durchführung der Vollstreckung erfolgt gemäß Art. 1 I nach den Verfahrensvorschriften des Vollstreckungsstaates, d. h. hier nach deutschem Recht, sofern nicht der Fall des Art. 2 II GA eingreift, d. h., daß im Schiedsspruch nicht über alle dem Schiedsgericht unterbreiteten Fragen entschieden worden ist.

Die Voraussetzungen von § 1044 II Nr. 1-4 ZPO, die sich mit denen von Art. 1 II c, Art. 2 I a-c GA decken, sind erfüllt.