

weiteren Ausnahmen sind in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung).

Die Begründung, mit der der BGH trotz dieses an sich klaren Gesetzeswortlautes zur Umstellung im Verhältnis 1 : 1 gelangt, erscheint etwas konstruiert. Der BGH bezieht sich auf die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes für die britische Zone und die Rechtsprechung des Reichsgerichtes, wonach Schadenersatzansprüche von einem Währungswechsel grundsätzlich nicht beeinträchtigt sein sollen. Die dogmatische Begründung lautet, daß es sich um Geldwertansprüche und nicht um Geldsummenansprüche handele, weil nämlich der Schadenersatzanspruch nur dann seine Funktion entfalten könne, wenn er eine Höhe erreicht, die im Zeitpunkt der Leistung als dem Ausgleichszweck angemessen zu erachten ist.

Die Entscheidung des BGH zu dieser Frage erscheint als berichtigende Gesetzesauslegung. Der Gesetzgeber des Staatsvertrages hatte die Einbeziehung dieser Ansprüche in die Umstellung 1 : 1 wohl schlicht übersehen.

Im Ergebnis ist die Entscheidung aber auch in diesem Teil richtig. Die Funktion des § 338 Abs. 2 ZGB, nämlich die Sicherstellung eines „angemessenen Ausgleiches“ wäre konterkariert, wenn sich ein deliktischer Schädiger bzw. dessen Versicherung durch verzögerte Auszahlung wirtschaftlich gesehen erheblich entlasten könnte und dem Geschädigten nur noch die Hälfte des Betrages zur Verfügung stehen würde, der nach § 338 Abs. 3 ZGB als angemessener Ausgleich zu zahlen war.

Rechtsanwalt Dr. Dirk Plagemann,
Dresden

Schiedsvereinbarung kraft Handelsbrauchs – Materielle und formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen internationaler Schiedsvereinbarungen – Meistbegünstigungsklausel – Branchenschiedsgerichte – AGBG §§ 2, 24; HGB § 346; ZPO § 1027

BGH, Urt. v. 3. 12. 1992 – III ZR 30/91
Zur Geltung einer Schiedsabrede kraft Handelsbrauchs.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Telegramm vom 1. 5. 1987 teilte die Firma R der Beklagten mit, sie benötige 3000 Dutzend Werblue-Schaffelle; sie wies in diesem Zusammenhang auf „unseren Contract C 3132“ hin. Mit Schreiben vom 8. 5. 1987 bestätigte die Beklagte, die aufgrund des Telegramms da-

von ausging, die Firma R sei ihr Vertragspartner, dieser den Verkauf von 3000 Dutzend Werblue-Schaffellen. In dem Schreiben, in dem sie die Contract-Nummer mit 7297 angab, heißt es u. a.: „Bemerkungen Basis: International Hide & Skin Contract No. 2 Arbitration and Appeal H.“.

Schon am 7. 5. 1987 richtete die Firma R eine „Contract Note“ mit der Nummer „C 3132“ an die Klägerin, in der es heißt, sie habe an demselben Tag „als Vertreterin W. Sch. KG“ 3000 Dutzend Werblue-Schaffelle an sie verkauft; die Klägerin bestätigte den Erhalt dieses Vertrages und erkannte die in ihm genannten Bedingungen an. Ebenfalls am 7. 5. 1987 übersandte die Firma R die Contract Note Nr. C 3132 der Beklagten KG. Diese erhielt dieses Schreiben am 14. 5. 1987 und sandte am 20. 5. 1987 an R ein Telegramm, in dem sie den Erhalt des Vertrages bestätigte und bat „Bitte ändern Sie unseren Contract 7297 entsprechend“. Diese Bitte war ersichtlich auf die Person des Käufers gerichtet.

Am 22. 6. 1987 stellte die Beklagte der Klägerin unter Bezugnahme auf den Contract 7297 vom 8. 5. 1987 eine Rechnung über 161.000 US Dollar aus. Die Klägerin entrichtete den Kaufpreis am 13. 7. 1987.

Nachdem die Klägerin die Wandlung des Kaufvertrages erklärt hat, verlangt sie mit der vorliegenden Klage den Kaufpreis zurück. Die Beklagte hat die Einrede des Schiedsvertrages erhoben.

Das Landgericht hat die Schiedseinrede der Beklagten als durchgreifend erachtet und dementsprechend die Klage als unzulässig abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren unter dem Gesichtspunkt der Schiedseinrede weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung: Die Klage sei zulässig, da zwischen den Parteien eine Schiedsvereinbarung nicht zustande gekommen sei. Der Kaufvertrag zwischen den Parteien sei von der Klägerin und der Firma R als Vertreterin der beklagten KG geschlossen worden; dieses Vorgehen der Firma R als ihr Vertreter habe die beklagte KG gebilligt. Die

Klägerin habe bei Vertragsschluß von dem eine Schiedsklausel enthaltenen Schreiben der beklagten KG keine Kenntnis gehabt. Der Zugang des Schreibens der beklagten KG bei der Firma R sei unerheblich, da R Vertreterin der beklagten KG und nicht der Klägerin gewesen sei. Die Klägerin habe auch nicht nachträglich einer Einbeziehung der Schiedsklausel in den Vertrag zugestimmt. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

II.

1. Ohne Erfolg bekämpft die Revision allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, die Firma R sei nicht als Vertreter der Klägerin, sondern der beklagten KG tätig geworden.

Die strichterliche Auslegung von Vereinbarungen wie auch von Urkunden individuellen Inhalts unterliegt der Nachprüfung im Revisionsrechtszug nur insoweit, als gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer acht gelassen ist (Senatsurt. v. 6. 7. 1989 – III ZR 35/88, WM 1989, 1743, 1744).

Aus den Schreiben der Firma R läßt sich ohne Rechtsfehler entnehmen, daß sie nicht als Vertreter der Klägerin von der beklagten KG Felle kaufen wollte. Daran ändert sich auch nichts durch den Vortrag der Beklagten, R sei von der Klägerin generell bevollmächtigt gewesen, für sie Felle einzukaufen. Das schließt nicht aus, daß R im konkreten Fall eine andere Vertragsgestaltung wollte und entsprechende Erklärungen abgegeben hat.

2. Ebenfalls ohne Erfolg beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt, die Firma R habe den Vertrag Nr. 7297 an die Klägerin weitergegeben und letztere habe diesen Vertrag akzeptiert. Das Berufungsgericht führt ausdrücklich aus, die Klägerin bestreite, den Vertrag Nr. 7297 erhalten zu haben, und dafür, daß sie bei Unterzeichnung des Vertrages Nr. 3132 Kenntnis von dem eine Schiedsklausel enthaltenden Schreiben gehabt habe, sei „kein Beweis angetreten oder sonst ersichtlich“. Dies wird von der Revision nicht mit zulässigen Rügen angegriffen. Insbesondere macht die Revision nicht geltend, die Beklagte hätte für ihre Behauptung, die Klägerin habe den Vertrag mit der Schiedsklausel erhalten, Beweis angetreten.

3. Der Revision kann jedoch der Erfolg nicht versagt bleiben, soweit sie rügt,

das Berufungsgericht habe ihren Vortrag übergegangen, im internationalen Handel mit Fellen gelte die Schiedsklausel des „International Hide & Skin Contract No. 2“ als Handelsbrauch (§ 346 HGB), so daß sie auch ohne ausdrückliche Abrede als vereinbart gelte. Dies hat die Beklagte sowohl in der Klageerwidlung als auch in ihrer Berufungserwidlung ausdrücklich vorgetragen und unter Beweis gestellt. Die Klägerin ist auf diesen Vortrag jedenfalls schriftsätzlich nicht eingegangen. Das Berufungsgericht hat sich damit nicht auseinandergesetzt.

Handelsbrauch ist die Verkehrs- und Gewerksitte des Handels und dient vor allem der Auslegung von Willenserklärungen sowie der Deutung von anderweitigen Handlungen und Unterlassungen der Kaufleute. Er kann auch herangezogen werden, um Vertragslücken zu schließen oder bestehende Verpflichtungen zu ergänzen, und hat dann in gewisser Weise normativen Charakter (BGH, Urt. v. 28. 3. 1969 – I ZR 33/67, DB 1969, 1010).

Handelsbrauch kann zu einer stillschweigenden Schiedsvereinbarung führen, sofern es sich um branchentypische Geschäfte handelt und die Beteiligten regelmäßig in dem betreffenden Geschäftskreis tätig werden (Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl., Kap. 5 Rdn. 15; Schütze/Tscherning/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl., Rdn. 87). Mangels besonderer Umstände erfolgt dann die Einbeziehung auch, wenn ein entsprechender ausdrücklicher Hinweis fehlt (Schwab, aaO; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, § 2 Rdn. 59). Die Formvorschrift des § 1027 ZPO steht dem nicht entgegen, weil § 1027 Abs. 1 ZPO eingreift. Dasselbe gilt für das UNÜbereinkommen (Art. II), weil es die Berufung auf einen formlos geschlossenen Schiedsvertrag nach innerstaatlichem Recht zuläßt (Schwab, aaO, Kap. 44 Rdn. 12).

Da es vorliegen eines Handelsbrauchs, die Annahme begründet, daß zwischen den Parteien auch ohne ausdrückliche Erklärung eine Schiedsvereinbarung zustande gekommen ist, war die diesbezügliche Behauptung der Beklagten erheblich. Das Berufungsgericht durfte sie nicht übergehen; es hat damit gegen § 286 ZPO verstoßen. Der Umstand, daß die Klägerin die Behauptung der Beklagten bestritten hat, rechtfertigte das Übergehen nicht; denn die Beklagte hatte Beweis angetreten, und zwar in der Klageerwidlung durch Antrag auf Einholung eines Sachverständigen-gutachtens und in der Berufungserwidlung durch Benennung des Hamburger Schiedsgerichts für Häute und Felle und

des International Council of Hides, Skins & Leather Traders' Associations. Dieser letzte Beweisantritt mag unvollständig sein, da die Beklagten keine natürliche Person benannt und keine genaue Anschrift angegeben haben; dies hätte dem Gericht aber allenfalls Anlaß geboten, ihnen die Vervollständigung ihres Antrages unter Fristsetzung aufzugeben (§ 356 ZPO).

4. Die von der Beklagten erhobene Schiedseinrede ist auch nicht deshalb unerheblich, weil der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag wegen Einigungsmangels vollständig unwirksam wäre. Ein solcher Einigungsmangel liegt nicht vor.

Ein versteckter Einigungsmangel im Sinne des § 155 BGB ist nur gegeben, wenn die Erklärungen der Parteien sich ihrem Inhalt nach nicht decken; es genügt nicht, daß die Parteien Verschiedenes (innerlich) gewollt haben (BGH, Urt. v. 31. 5. 1961 – VIII ZR 28/60, NJW 1961, 1668 und v. 9. 7. 1973 – II ZR 45/72, WM 1973, 1114; BGZ 58, 235). Wenn der von der Beklagten behauptete Handelsbrauch besteht, ist aufgrund dieses Handelsbrauchs der von den Parteien geschlossene Vertrag mit einer Schiedsabrede zustande gekommen, auch wenn zumindest die Erklärung der Klägerin keine ausdrückliche Schiedsklausel enthält. Denn die Klägerin hat eine Schiedsabrede nicht ausdrücklich ausgeschlossen; deshalb ist – bei Bestehen eines dahingehenden Handelsbrauchs – ihre Erklärung so auszulegen, daß sie eine stillschweigende Schiedsabrede einschließt. Aus demselben Grund kommt es nicht darauf an, ob die Erklärung der beklagten KG der Klägerin mit der ausdrücklichen Schiedsklausel zugegangen ist oder nicht.

III.

Das Berufungsurteil kann daher mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Eine abschließende Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage ist dem Senat nicht möglich, weil nunmehr Beweis zu erheben ist über die Behauptung der Beklagten, es bestehe ein internationaler Handelsbrauch, nach dem bei Kaufverträgen über Felle stets eine Schiedsklausel entsprechend dem International Hide & Skin Contract No. 2 vereinbart werde.

Anmerkung:

Die Entscheidung des BGH betrifft einen wichtigen Aspekt der Dogmatik der internationalen¹ Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Es geht um die Frage, ob sich die Parteien internationaler Wirt-

schaftsverträge in jedem Einzelfall, ausdrücklich oder konkludent, auf die Streiterledigung durch ein Schiedsgericht einigen müssen, oder ob unter bestimmten, im Folgenden näher zu untersuchenden Voraussetzungen, der Abschluß einer Schiedsvereinbarung (in der Diktion des Revisionsvortrags) „auch ohne ausdrückliche Abrede als vereinbart gilt“. Diese Problematik ist insbesondere im Hinblick auf die im internationalen Handel in zunehmendem Maß anzutreffenden Vertragsabschlüsse mittels Telex, Telegramm oder anderer, jüngst immer mehr Verbreitung findender Mittel der Elektronischen Datenfernkommunikation („*electronic data interchange*“, „EDI“²) von besonderer Bedeutung. Hier wird der eigentliche Vertragstext aus Zeit- und Kostengründen auf ein Minimum beschränkt oder gar durch den kurzen Verweis auf ein separates Dokument (Mustervertrag, Branchenstatut, AGB etc.) ersetzt, so daß sich häufig Probleme bei der Prüfung der Wirksamkeit der darin enthaltenen Schiedsvereinbarungen stellen³.

Indem der BGH von der Möglichkeit einer „Schiedsvereinbarung kraft Handelsbrauchs“ ausgeht, rührt er zugleich an den Grundfesten der Schiedsgerichtsbarkeit, nämlich an deren konsensuellem Charakter. Gleich ob man den Schiedsvertrag als privatrechtlichen, prozessrechtlichen oder gemischt privat-prozessrechtlichen Vertrag qualifiziert⁴, die Parteien müssen sich jedenfalls auf die Entscheidung durch ein Schiedsgericht einigen und weder die Schiedsgerichtsordnung eines Verbandes, noch die eines Börsenstatuts oder Warenvereins können *per se* den Abschluß eines Schiedsvertrages ersetzen⁵. Dennoch verlangt

¹ Aus der Sachverhaltsdarstellung des Gerichts wird nicht ganz deutlich, ob es sich um einen Vertrag mit internationalem Bezug handelte; der Verweis auf einen internationalen Stapelwarenmustervertrag, die Zahlung in US\$ sowie die Prüfung des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche durch den BGH deutet aber auf ein internationales Geschäft hin; allg. zu den Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Internationalität von Schiedsvereinbarungen und Schiedsverfahren Berger, RIW 1989, 850 f.

² Vgl. dazu die „Uniform rules of conduct for interchange of trade data by teletransmission (UNCITD)“ der Internationalen Handelskammer (ICC) vom Januar 1988, ICC Publ. Nr. 452; allg. zur Einordnung von Schiedsvereinbarungen im Rahmen elektronischer Datenfernübertragung Berger, International Economic Arbitration, 1993, S. 137 ff.

³ Vgl. allg. Böckstiegel, Abschluß von Schiedsverträgen durch konkludentes Handeln oder Stillschweigen, FS BGlöw, 1991, S. 1 ff.

⁴ Die h. M. in Deutschland geht von einem Prozessvertrag aus, Henn, Schiedsverfahrensrecht, 2. Aufl. 1991, S. 6 ff.

⁵ Vgl. Glöckner/Bredow/Bühler, Das Schiedsgericht in der Praxis, 3. Aufl. 1990, Rdn. 61.

der BGH in dieser Entscheidung, die Klägerin, welche sich an die in Streit befindliche Schiedsvereinbarung nicht gebunden fühlt, müsse darlegen, daß sie die Schiedsabrede „ausdrücklich ausgeschlossen“ hat und scheint damit die Frage nach einer Einigung der Parteien als Ausprägung des konsensualen Charakters der Schiedsgerichtsbarkeit und Grundvoraussetzung jedes Schiedsverfahrens in sein Gegenteil zu verkehren. Letztendlich ist jedoch dem Lösungsansatz des BGH in vollem Umfang zuzustimmen.

Um die Bedeutung und Tragweite dieses Problems und der vom BGH in der vorliegenden Entscheidung angeführten Argumente würdigen zu können, ist zwischen der materiellen (1) und formellen (2) Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu unterscheiden. Zudem ist in jedem dieser Bereiche zunächst das anwendbare Recht zu bestimmen.

1. Die materielle Wirksamkeit internationaler Schiedsvereinbarungen bestimmt sich nach den in Art. V Abs. 1 (a) des New Yorker Übereinkommens vom 10. 6. 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche enthaltenen Kollisionsnorm. Danach ist entsprechend dem das gesamte Recht der Schiedsgerichtsbarkeit beherrschenden Primat der Parteiautonomie primär das von den Parteien vereinbarte, hilfsweise das Recht des Sitzes des Schiedsverfahrens anzuwenden. Mangels Parteivereinbarung ist hier davon auszugehen, daß das deutsche Recht als Recht des (zukünftigen) Sitzes des Schiedsgerichts Anwendung findet. Notwendig ist also, daß sich die Parteien auf die *essentialia* einer Schiedsvereinbarung, nämlich die Festlegung eines bestimmten Rechtsverhältnisses sowie die Abbedingung der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte durch Vereinbarung eines Schiedsgerichts, geeinigt haben (§§ 130, 145 ff BGB). Probleme bestehen hier in zweierlei Hinsicht. Zum einen war die Schiedsvereinbarung im Vertrag Nr. 7297 nicht enthalten, vielmehr wurde dort nur auf den Mustervertrag *International Hide & Skin Contract No. 2*⁹ verwiesen, wobei die darin enthaltene Schiedsvereinbarung (und die Möglichkeit des in Warenschiedssachen häufigen Berufungsschiedsgerichts) besonders hervorgehoben wurde. Derartige Musterverträge stellen AGB dar, so daß ihre Einbeziehung in den Vertrag der Einbeziehungs- und Angemessenheitskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegt. Ob es sich bei den Einbeziehungsbedingungen des § 2 AGBG um materielle oder nur formelle

Kriterien handelt, kann hier allerdings dahinstehen, da die Vorschrift des § 2 AGB-Gesetz nach § 24 Nr. 1 AGBG für Kaufleute im Rahmen eines Handelsgeschäfts (§§ 343 f HGB) nicht gilt. Hier genügt vielmehr jede auch stillschweigende Willensübereinstimmung der am Vertragsschluß beteiligten Parteien⁷. Gerade diese letzte Voraussetzung war jedoch im vorliegenden Fall nicht gegeben. Das den Verweis auf den Mustervertrag und damit auch das Angebot zum Abschluß einer Schiedsvereinbarung enthaltende Schreiben vom 8. Mai 1987 mit der Contract Nummer 7297 war nämlich nicht zwischen den Vertragsparteien – der beklagten KG und der klagenden Käuferin – ausgetauscht worden, sondern war, nach den insoweit unangreifbaren Feststellungen der Berufungsinstanz, von der Beklagten an die Firma R als ihre Vertreterin in den Vertragsverhandlungen mit der Klägerin geschickt worden. Die am Tag zuvor von der Firma R an die Klägerin gesandte Contract Note No. C 3132 enthielt offensichtlich keinen Hinweis auf den von der Beklagten dem Kauf zugrundegelegten Mustervertrag und der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung. Die Klägerin hatte also zu keinem Zeitpunkt Kenntnis von dem Angebot der Beklagten auf Abschluß einer Schiedsvereinbarung entsprechend dem *International Hide & Skin Contract No. 2*⁸. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Schiedsvereinbarung wurde daher nicht abgeschlossen.

Hier hätte jedoch nach der zutreffenden Ansicht des BGH die Prüfung der Berufungsinstanz im Hinblick auf die Branchenüblichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit gerade im Bereich des Stapelwarenhandels nicht stehen bleiben dürfen. Nach ganz h. M. werden nämlich im Fall der Branchenüblichkeit AGB auch dann in das Angebot des Verwenders miteinbezogen, wenn ein ausdrücklicher Hinweis fehlt, vorausgesetzt, der Vertragspartner ist branchenkundig, es handelt sich um ein branchentypisches Geschäft und die betreffende Klausel ist ebenfalls typisch für die entsprechende Branche⁹. Dieser Grundsatz ist Ausprägung der besonderen Eigenverantwortung der am Wirtschaftsverkehr Beteiligten und entspricht zugleich dem Bedürfnis der Wirtschaftspraxis nach möglichst kurzen Vertragstexten. Branchentypik ist jedoch noch nicht mit dem vom BGH geprüften Handelsbrauch gleichzusetzen, auch wenn sie Voraussetzung für die Entwicklung eines branchenspezifischen Handelsbrauchs ist. Dennoch war der vom Gericht gewählte Ansatz richtig. Hier

hatte nämlich nicht der AGB-Verwender – die beklagte KG – das Angebot abgegeben. Vielmehr war das Angebot von der Klägerin ausgegangen und von der Firma R als Empfangs-Vertreterin der Beklagten entgegengenommen worden. In diesen Fällen kann man daran zweifeln, ob hierin auch ein stillschweigendes Einverständnis mit der Einbeziehung der AGB des anderen Vertragsteils gesehen werden kann¹⁰. Dies kann hier jedoch dahingestellt bleiben, wenn insoweit von einem Handelsbrauch nach § 346 HGB auszugehen ist. Nach h. M. kann eine in AGB enthaltene Schiedsvereinbarung im kaufmännischen Verkehr auch kraft Handelsbrauchs zustandekommen¹¹. Der Rekurs auf eine Geltung kraft Handelsbrauchs führt zu einer entscheidenden Veränderung der Prüfungsperspektive, welche die besondere Bedeutung der vorliegenden Entscheidung begründet. Es geht nunmehr nicht mehr um die Frage einer *rechtsgeschäftlichen* Einbeziehung des gesamten Klauselwerks in den Vertrag und damit verbunden um die Suche nach einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Einigung der Parteien auf den Abschluß der in den AGB enthaltenen Schiedsvereinbarung. Der Handelsbrauch bezieht sich auch nicht auf die Einbeziehung der einzelnen Klausel in den Vertrag. Die Herausbildung eines solchen, auf eine selektive Einbeziehung einzelner AGB-Klauseln ausgerichteten Handelsbrauchs ließe sich auch kaum nachweisen¹². Kraft seiner normativen Wirkung gilt der auf die Existenz einer Schiedsvereinbarung bezogene Handelsbrauch vielmehr ohne ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme oder Vereinbarung; eine Kenntnis des Handelsbrauchs durch die Parteien ist ebensowenig erforderlich wie ein Wille zur Unterwerfung¹³. Mit

⁷ Vgl. Berger, *Internationale Wirtschaftsachiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 115 f.

⁸ Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 4. Aufl. 1990, Kap. 5, Rdn. 14.

⁹ BGHZ 1, 83, 86, 12, 136, 141; 17, 1, 3; OLG Hamburg, RIW 1987, 149; OLG Hamm, WM 1984, 1600; Wolf/Horn/Lindacher, *AGB-Gesetz*, 2. Aufl. 1989, § 2, Rdn. 64; Lüme/Branden/Hansen, *AGB-Gesetz*, 7. Aufl. 1993, § 2, Rdn. 83; MünchKommV KOz, § 2 AGBG, 3. Aufl. 1993, Rdn. 22.

¹⁰ Vgl. Lüme/Branden/Hansen, aaO (Fn. 8), § 2, Rdn. 84.

¹¹ Lüme/Branden/Hansen, aaO; Glosener/Bradov/Bühler, aaO (Fn. 5), Rdn. 92; Schiesser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl. 1989, Rdn. 391; Schütze/Tschering/Walz, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2. Aufl. 1991, Rdn. 87; MünchKommV KOz, aaO (Fn. 8), Rdn. 22.

¹² Vgl. afig. Basedow, *Handelsbräuche und AGB-Gesetz*, ZHR 150 (1988), S. 489, 488.

¹³ Heymann/Horn, *HGB*, 1990, Bd. 4, § 346, Rdn. 5; enger für den Fall der Einbeziehung von AGB Staudinger/Schiesser, *BGB*, 12. Aufl. 1983, § 2 AGBG, Rdn. 81 ff.

seiner Teilnahme am typischen Geschäftsverkehr der betreffenden Branche gehört der Kaufmann automatisch zum Adressatenkreis dieses branchenspezifischen¹³ Handelsbrauchs. Die für den kaufmännischen Geschäftsverkehr typische, gesteigerte Selbstverantwortlichkeit der beteiligten Kreise führt also zu einer Umdeutung der parteiautonom Grundfrage der Schiedsgerichtsbarkeit bei branchentypischen Geschäften: nicht der Abschluß, sondern der Ausschluß der Schiedsvereinbarung erfordert eine Erklärung der betreffenden Partei, die den Handelsbrauch nicht gegen sich gelten lassen will. Sie muß darlegen und beweisen, daß sie seine Geltung ausdrücklich ausgeschlossen hat. Hierin liegt aber nur scheinbar ein Widerspruch zum konsensualen Charakter der Schiedsgerichtsbarkeit, denn der Schiedsvereinbarung liegt trotz ihrer Gründung auf einen Handelsbrauch doch ein rechtsgeschäftlicher Akt zugrunde, nämlich der Abschluß des Geschäfts in der betreffenden Branche, mit dem sich die Parteien erst in den Anwendungsbereich des Handelsbrauchs begeben.

Die empirische Frage nach der Existenz eines entsprechenden Handelsbrauchs konnte der BGH nicht abschließend entscheiden und hat die Sache daher zur weiteren Sachaufklärung an die Unterinstanz zurückverwiesen. Im Hinblick auf die im internationalen Stapelwarenhandel übliche Streit-schlichtung durch Branchenschiedsgerichte – bei denen sich häufig Elemente der echten Schiedsgerichtsbarkeit mit solchen des Schiedsgutachtens („Qualitätsarbitrage“) mischen¹⁴ – ist abzusehen, daß die für die Existenz eines Handelsbrauchs notwendige tatsächliche, über einen gewissen Zeitraum ablaufende Übung von der Berufungsinstanz, gegebenenfalls nach Einholung eines Sachverständigengutachtens der Handelskammer oder des Branchenverbandes, ebenso bejaht werden wird wie die allgemeine Anerkennung, Billigung und freiwillige Befolgung dieser Übung durch die Angehörigen des Verkehrskreises¹⁵. Da der BGH gegen die inhaltliche Angemessenheit der Schiedsvereinbarung keine Bedenken hatte, sind die materiellen Voraussetzungen für den Abschluß einer Schiedsvereinbarung damit trotz fehlender ausdrücklicher oder stillschweigender Einigung der Parteien gegeben.

2. Bei der Prüfung der formellen Wirksamkeit internationaler Schiedsvereinbarungen ist stets das Nebeneinander von autonomen nationalen Recht und

internationalem Einheitsrecht zu beachten. Nach § 1027 Abs. 2 ZPO bedarf der Schiedsvertrag zwischen Vollkaufleuten im Zusammenhang mit einem Geschäft, das für beide Seiten ein Handelsgeschäft (§§ 343 f HGB) ist, keiner besonderen Form. Damit ist eine Schiedsvereinbarung, die materiell kraft Handelsbrauchs zur Entstehung gelangt, nach deutschem autonomem Recht auch formell wirksam¹⁶. In Schiedsfällen mit internationalem Bezug ist allerdings stets die Formvorschrift des Art. 2 der New Yorker Konvention zu beachten, die in ihrem Anwendungsbereich das nationale Recht grundsätzlich verdrängt. Gerade für die Phase der Anerkennung von Schiedsvereinbarungen vor nationalen Gerichten ist aber die Bestimmung des genauen Anwendungsbereichs dieser Formvorschrift umstritten¹⁷. Der BGH hat sich zutreffend auf diesen Streit nicht eingelassen. Nach der Meistbegünstigungsklausel („*more favorable rights provision*“) des Art. VII Abs. 1 der Konvention kann sich eine Partei auch auf das ihr günstigere nationale Recht berufen. Dies gilt auch für die Phase der Anerkennung von Schiedsvereinbarungen vor nationalen Gerichten¹⁸, so daß auch gegen die formelle Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung kraft Handelsbrauchs keine Bedenken bestehen.

3. Die vorliegende Entscheidung des BGH ist insofern von besonderer Bedeutung, als mit der Anerkennung einer durch § 346 HGB mediatisierten, gesetzlichen Geltung der Schiedsvereinbarung ein wichtiger Schritt in Richtung auf die höchstrichterliche Anerkennung der Schiedsgerichtsbarkeit als *echte*¹⁹ Rechtsprechung vollzogen wird. Von der häufig beklagten traditionellen Zurückhaltung und Skepsis nationaler Gerichte gegenüber ihren Konkurrenten in den Schiedsgerichtsgremien ist hier nichts mehr zu spüren. Dies wird noch deutlicher bei einem Blick auf die Prorogationsregelung des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (EuGVÜ)²⁰. Die Neufassung des Art. 17 Abs. 1 EuGVÜ von 1978 läßt auch solche Zuständigkeitsvereinbarungen zu, die den internationalen Handelsbräuchen entsprechen, „die den Parteien bekannt sind oder die als ihnen bekannt angesehen werden müssen“²¹. Der Begriff der Handelsbräuche wird hier allerdings nicht im technischen Sinn des deutschen Rechts verstanden, vielmehr entscheidet allein die Branchenüblichkeit, also die faktische Gebräuchlichkeit ohne bestimmte Anforderungen an Vorkommenshäufigkeit und Form²². Dennoch führt die Bezugnahme auf die inter-

nationalen Handelsbräuche auch hier, ähnlich wie in der Entscheidung des BGH, zu einer Liberalisierung der ebenfalls von Art. 17 EuGVÜ erfaßten, materiellen Willenseinigung²³. Interessanterweise wurde während der Verhandlungen des UNCITRAL Modellgesetzes über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1986²⁴ die Einfügung einer gleichlautenden Formvorschrift für Schiedsvereinbarungen mit der Begründung abgelehnt, das EuGVÜ betreffe nur die Wahl zwischen mehreren staatlichen Gerichten, während das Modellgesetz den Ausschluß der Zuständigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit zugunsten einer parteiautonom verein-

¹³ Vgl. zur Unterscheidung zwischen allgemeinem und branchenspezifischem Handelsbrauch Schlegelberg/Hefemann, HGB, 5. Aufl. 1976, § 346, Rdn. 33 f.

¹⁴ Vgl. alg. Zenske, Die Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Handel mit Baumwolle, Kaffee, Getreide und Zucker, Diss. Frankfurt, 1975; Schiedsspruch des Schiedsgerichts bei der Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf v. 9. 6. 1978, KTS 1978, 120, 122; vgl. zur Anwendbarkeit von echter Schiedsgerichtsbarkeit und Qualitätsarbitrage auch Berger, aaO (Fn. 6), S. 57 ff.; sollte die Berufungsinstanz allerdings zu dem Schluß gelangen, daß es sich um eine reine Qualitätsarbitrage mit Schiedsgutachtencharakter handelt, so wäre der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten nicht versperrt und die Vereinbarung hätte lediglich im Rahmen der Beweiswürdigung Bedeutung.

¹⁵ Vgl. zu diesen Voraussetzungen RGZ 75, 41; 118, 140; BGH, NJW 1952, 257; WM 1984, 1002; LM § 346 (8) HGB Nr. 8; Heymann/Horn, aaO (Fn. 12), Rdn. 22 f.

¹⁶ OLG Hamm, IPRspr. 1980, Nr. 182; LG Köln, BB 1988, 1139; Schiedsspruch des Schiedsgerichts bei der Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf v. 9. 6. 1978, KTS 1978, 120 ff.; Glöckgen, Internationale Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor deutschen Gerichten, 1991, S. 189.

¹⁷ Vgl. Schlosser, aaO (Fn. 10), Rdn. 76 ff.

¹⁸ Berger, aaO (Fn. 6), S. 100.

¹⁹ Vgl. aus rechtstheoretischer Sicht Ramm, ZRP 1989, 136, 138: „Der Begriff der Rechtsprechung deckt die ganze Fülle der Streitentscheidung ab: Nicht nur die staatliche Gerichtsbarkeit und Zwangsvollstreckung, sondern auch die Schiedsgerichtsbarkeit auf allen Ebenen, der innerstaatlichen, der außerstaatlichen und der zwischenstaatlichen.“

²⁰ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27. 9. 1968 i. d. F. v. 25. 10. 1982, BGBl. 1972 II 773, 1983 II 802.

²¹ Nach der Neufassung durch das Lugano-Abkommen vom 16. 9. 1988, AmtsBl. Nr. L 319, S. 9 sind solche Vereinbarungen zulässig, die geschlossen werden im internationalen Handel in einer Form, die einem Handelsbrauch entspricht, den die Parteien kennen oder kennen mußten und den die Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmäßig beachten.“

²² Kropffolter, Europäisches Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 1993, Art. 17, Rdn. 41.

²³ Kropffolter, aaO (Fn. 22), Rdn. 21 a. E.

²⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration vom 21. 5. 1985, UN Dok. GA A/40/17, Annex 1, 1985; vgl. alg. Zenske/Haus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (deutsch/englisch), Das UNCITRAL Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1990.

barten Schiedsinstanz betreffe und daher strengere Vorschriften erforderlich mache²⁵. Hier spiegelt sich die restriktive Ansicht wider, wonach sich die Vereinbarung eines Schiedsgerichts immer noch als „Ausnahme zur Zuständigkeit der staatlichen Gerichte“²⁶ darstellt und daher auch stets einer besonderen ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien bedarf, die sich damit ihres verfassungsrechtlich verbürgten Rechts auf staatlichen Rechtsschutz begeben. Eine Arbeitsgruppe des damaligen Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit hat sich dagegen bei der Ausarbeitung eines am Modellgesetz orientierten Entwurfs des UNCITRAL Modellgesetzes zur Übernahme in das deutsche Recht für eine schiedsfreundliche Lösung und damit für die Übernahme der EuGVÜ-Formel auch für die Beurteilung von Schiedsvereinbarungen entschieden²⁷. Auch insoweit erweist sich also die Fortschrittlichkeit der vorliegenden Entscheidung des BGH.

Es bleibt allerdings festzuhalten, daß die Bedeutung der Entscheidung auf die Geltung einer *branchenspezifischen* Schiedsgerichtsbarkeit beschränkt ist. Angesichts der Tatsache, daß heute mehr als 90 % der internationalen Wirtschaftsverträge eine Schiedsvereinbarung enthalten²⁸ und die Streiterledigung durch internationale Schiedsgerichte für die meisten Unternehmen damit zur „selbstverständlichen Realität des juristischen Alltags“²⁹ geworden ist, liegt es zwar nahe, der Schiedsgerichtsbarkeit als „wirtschaftstypische“ Streitlichungsmethode branchenübergreifend die Qualität eines Handelsbrauchs zuzusprechen³⁰. Die Gefahr einer generellen Verdrängung der staatlichen Gerichte durch internationale Schiedsgerichte und der damit möglicherweise verbundenen Verwässerung des Parteiwillens liegt darin aber nicht begründet. Eine wirksame Schiedsvereinbarung setzt neben der Individualisierung des betreffenden Rechtsverhältnisses stets die Individualisierung des zuständigen Schiedsgerichts voraus, so daß die Schiedsvereinbarung kraft Handelsbrauchs nur dort ihren Platz hat, wo durch Branchensitten, Musterverträge oder -statuten oder durch den Verweis auf ein sonstiges Regelwerk das Schiedsgericht ausreichend konkretisiert wird.

Die durch die Entscheidung des BGH bewirkte wichtige positive Signalwirkung für die schiedsfreundliche Einstellung der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt zu einer Zeit, in der intensiv über die Reform des deutschen Schiedsrechts und seine Anglei-

chung an internationale Standards nachgedacht wird³¹. Neben der Verabschiedung eines modernen, den Bedürfnissen der internationalen Wirtschaftspraxis angepaßten Schiedsrechts können schiedsfreundliche Entscheidungen des höchsten deutschen Gerichts, das in Schiedssachen noch nicht die Reputation etwa des englischen Court of Appeal oder des schweizerischen Bundesgerichts hat, mit dazu beitragen, Deutschland als Sitzland internationaler Schiedsverfahren wieder attraktiv zu machen.

Wiss. Ass. Dr. Klaus Peter Berger, LL.M.,
Universität zu Köln

²⁵ Vgl. die Stellungnahme des französischen Delegierten bei den Verhandlungen des Modellgesetzes in UN Dok. A/CN.9/SR.311, Para. 26.

²⁶ In diesem Sinn Werner, *Jurisdiction of Arbitration in Case of Assignment of an Arbitration Clause*, *Journal of International Arbitration*, Nr. 2 1991, S. 13, 17.

²⁷ Text abgedruckt bei Berger, aaO (Fn. 6), S. 661, 665.

²⁸ Van den Berg/van Gelsen/Schäfers, *Arbitrage-Recht*, 1988, S. 134.

²⁹ Glosner/Bredow/Bühner, aaO (Fn. 5), Vorwort, S. 5; anders noch „Abgrenzung Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Wunsch- und Wirklichkeit“, FS Oppenhoff, 1989, S. 147, 150 ff.

³⁰ Vgl. etwa Kisselbach, *Revue de l'Arbitrage* 1987, S. 497. Haben wir hier nicht einen neuen internationalen Handelsbrauch vor uns, nach dem die Schiedsgerichtsbarkeit die gleichsam klassische Methode der Streitschlichtung und die Schiedsvereinbarung daher eine typische Klausel in jedem internationalen Wirtschaftsvertrag geworden ist?; vgl. auch Reynold, *Revue de l'Arbitrage* 1989, S. 400 f.; Berger, aaO (Fn. 6), S. 111 ff.

³¹ Zur bevorstehenden Übernahme des UNCITRAL Modellgesetzes in das 10. Buch der ZPO Berger, *International Economic Arbitration in Germany: A New Era*, *Arbitration International* 1992, S. 101 ff.

Qualifizierung einer Gebrauchsüberlassung als Eigenkapitalersatz bei Aufrechterhaltung nach Eintritt der Krise – Überlassungsunwürdigkeit – kein Anspruch auf laufendes Nutzungsentgelt für eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung – Konkursöffnung – GmbHG § 32 a; HGB § 172 a

BGH, Urt. v. 14.6.1993 – II ZR 252/92

1. Ist die Gesellschaft überschuldet, kommt es für die Frage, ob eine Gebrauchsüberlassung durch den Gesellschafter kapitalersetzend wirkt, nicht darauf an, ob ein außenstehender Dritter der Gesellschaft das Wirtschaftsgut ebenfalls überlassen hätte.

2. Das laufende Nutzungsentgelt für eine kapitalersetzend wirkende Gebrauchsüberlassung kann der Gesellschafter auch nach Eröffnung des Konkursverfahrens nicht fordern.

Sachverhalt:

Der Kläger ist Zwangsverwalter eines im Eigentum der Geschwister F stehenden,

mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks. Dieses Grundstück war den jetzigen Eigentümern im Jahr 1974 von deren Mutter, Frau F, geschenkt worden. In Ausübung eines für sie und ihren Ehemann bestellten lebenslänglichen Nießbrauchsrechts vermietete Frau F durch verschiedene zwischen 1977 und 1984, jeweils auf unbestimmte Zeit geschlossene, Mietverträge Wohnungen in dem genannten Haus an die A-GmbH & Co. KG, die dort ihre Geschäftstätigkeit ausübte. Der Gesamtmietzins betrug monatlich 14.560,87 DM. Frau F ist Kommandistin der A-GmbH & Co. KG und Gesellschafterin von deren Komplementär-GmbH, während ihr Ehemann Geschäftsführer der letztgenannten Gesellschaft ist.

Das vermietete Anwesen sollte im Sommer 1990 an einen Dritten veräußert werden. In diesem Zusammenhang verzichteten die Eltern der Eigentümer auf den Nießbrauch und ließen das eingetragene Nießbrauchsrecht am 26.7.1990 im Grundbuch löschen. Der notariell beurkundete Kaufvertrag wurde jedoch nicht vollzogen. Ungeachtet der Löschung des Nießbrauchsrechts zahlte die A-GmbH & Co. KG bis einschließlich September 1990 weiterhin die Miete an Frau F; im Oktober 1990 wurden die Mietzinszahlungen eingestellt. Im Dezember 1990 wurde nach vorheriger Sequestration das Konkursverfahren über das Vermögen beider Gesellschaften eröffnet und der Beklagte zum Konkursverwalter bestellt. Er hat das Grundstück in Besitz genommen und sich mit dem Kläger über die Aufhebung der Mietverträge zum 31.3.1991 geeinigt. Mit der Klage hat der Kläger die ausstehende Miete für den Monat März 1991 geltend gemacht. Der Beklagte hat sich zur Abwehr dieses Begehrens u. a. darauf berufen, die mietweise Überlassung der als Büros genutzten Wohnungen stelle eine kapitalersetzende Gebrauchsüberlassung dar.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgt er sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob die Gemeinschuldnerin, wie der Beklagte unter Vorlage der entsprechenden Bilanz behauptet hat, bereits am 31.12.1988 überschuldet