

IWRZ

Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

3/2016



HERAUSGEBER:

Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht
im Deutschen Anwaltverein

SCHRIFTLLEITUNG:

RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, RAin Dr. Malaika Ahlers,
RA Thomas Krümmel, Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer

AUS DEM INHALT

- Editorial** 97 | **THOMAS PFEIFFER**
30 Jahre Kodifikation im Internationalen Vertragsrecht
- Wirtschaftsrecht** 120 | **EuGH:** Haftung für masseverkürzende Zahlungen – Reichweite des Insolvenzstatus (ANTJE LUKE)
125 | **BGH:** Kein wirksamer Vorab-Ausschluss des Vertragshändler-Ausgleichsanspruchs im EWR (HEIKO FRANKE | BENEDIKT ROHRBEN)
- Gesellschaftsrecht** 106 | **GEORG MAIER-REIMER | MYRIAM SCHILLING**
Information und Haftung beim Unternehmenskauf
127 | **LG KÖLN:** Voraussetzungen für eine Beschlussfassung nach § 147 Abs. 1 AktG (JÖRGEN TIELMANN)
- Schiedsgerichtsbarkeit** 99 | **INGEBORG SCHWENZER | FLORENCE JAEGER**
Das CISG im Schiedsverfahren
- Internationales Zivilverfahrensrecht** 133 | **BGH:** Internationale Zuständigkeit in Vertragsverletzungsstreitigkeiten (TANJA V. PFITZNER)
- Umwelt- und Energiewirtschaftsrecht** 114 | **DÖRTE FOUQUET | JAN OLE VOB**
Investitionsschutz für erneuerbare Energien in Europa
- Ausländisches Recht** 134 | **Cour de cassation:** Einseitige Gerichtsstandsvereinbarungen unter der EuGVVO erstmals rechtmäßig (HANNES WAIS | TOBIAS RAPP)

Seiten 97–144 | 1. Jahrgang | 15. Juni 2016

BEITRÄGE

Ingeborg Schwenzer | Florence Jaeger*

Das CISG im Schiedsverfahren

Die Tücken des anwendbaren materiellen Rechts im Schiedsverfahren

Für die Streitbeilegung im internationalen Handelsverkehr spielen das CISG (Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf von 1980) und das Schiedsverfahren eine bedeutsame Rolle. Zentral ist daher zu diskutieren, ob das CISG einerseits als Sachrecht und andererseits auch auf die Schiedsklausel angewendet werden kann. Während die Anwendung des CISG als Sachrecht allgemein anerkannt und relativ unproblematisch ist, muss in Bezug auf die Anwendbarkeit auf die Schiedsklausel noch klarer zwischen prozessrechtlichen und vertragsrechtlichen Aspekten unterschieden werden. Für vertragsrechtliche Fragestellungen vermag das CISG durchaus geeignetere Lösungen als unvereinheitlichtes nationales Recht bereithalten.

I. Einleitung

Auf den ersten Blick mag es verwundern, was CISG und schiedsrichterliches Verfahren miteinander verbindet. Das CISG stellt materielles Recht dar, während das Schiedsverfahren dem Prozessrecht zuzuordnen ist. Gemeinsam ist beiden jedoch, dass sie in den letzten 20 bis 30 Jahren signifikant zur Erleichterung des internationalen Handels durch Harmonisierung und Vereinheitlichung des anwendbaren Rechts beigetragen haben.¹ Die Vorhersehbarkeit, die eines der wichtigsten Erfordernisse im internationalen Handel darstellt, konnte damit für die Parteien erheblich gesteigert werden.

Das CISG gilt heute in 85 Staaten, neun der zehn wichtigsten Handelsnationen sind Mitgliedstaaten.² Es deckt damit potenziell mehr als 80 % des Welthandels ab.³ Dieser weltweite Erfolg wird dadurch unterstrichen, dass es in den letzten 20 Jahren auf internationaler wie auch auf nationaler Ebene praktisch kein Rechtssetzungs- oder Reformprojekt gegeben hätte, das nicht das CISG zum Ausgangspunkt der Überlegungen genommen hat.⁴ Aus jüngster Zeit seien hier nur genannt die Reform des spanischen Handelsgesetzbuchs, des argentinischen und ungarischen sowie des koreanischen und japanischen Zivilgesetzbuchs. Will man den Begriff der *lex mercatoria*⁵ bemühen, so stellt das CISG insoweit zweifellos dessen vertragsrechtlichen Kernbereich dar.⁶

Eine vergleichbare weltweite Erfolgsgeschichte stellt die Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit dar.⁷ Die New York Convention (NYC) gilt in 156 Ländern⁸ und das UNCITRAL Model Law wurde in 72 Ländern mit insgesamt 102 Jurisdiktionen umgesetzt.⁹ In den letzten 20 Jahren hat sich die Zahl der Schiedsverfahren mehr als verdreifacht. Es darf heute davon ausgegangen werden, dass ca. 60 % aller internationalen Verträge eine Schiedsklausel enthalten, wobei die Wahrscheinlichkeit einer solchen mit Zunahme des Vertrags-

volumens steigt.¹⁰ Dies führt dazu, dass bedeutendere internationale Vertragsstreitigkeiten praktisch nicht mehr vor nationa-

* Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer ist Professorin für Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Basel und Dekanin der Swiss International Law School, Schweiz. MLaw Florence Jaeger ist wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin an der Universität Basel, Schweiz und Gastforscherin an der Columbia Law School, USA.

¹ Vgl. *Waincymer*, *The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure*, in: B. Andersen/Schroeter, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries*, FS Kritzer, 2008, S. 582, 583 f.; zu weiteren Gemeinsamkeiten *Fogt*, *The Interaction and Distinction Between Sales and Arbitration Regimes - the CISG and Agreements or Binding Practice to Arbitrate*, (2015) 26 *Am. Rev. Int. Arb.* 365, 385 ff.

² Zum aktuellen Stand der Mitgliedstaaten s. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, zuletzt besucht am 27.5.2016.

³ *Schmidt-Ahrendts*, *CISG and Arbitration*, *Belgrade L. Rev.* 3 (2011), 211, 220.

⁴ Vgl. dazu die deutsche Schuldrechtsreform; das niederländische *Wetboek*; das Kaufrecht der skandinavischen Länder und der OHADA-Staaten; die ehemaligen sozialistischen Staaten wie auch die Folgestaaten der ehemaligen Sowjetunion, Jugoslawien und Tschechoslowakei. Das CISG hat auch in Asien das Vertragsrecht von Japan und Südkorea stark beeinflusst, am meisten jedoch das neue chinesische Vertragsrecht; eine Ausnahme dazu bildet die Türkei. Gleicher Trend erkennbar bei internationalen Rechtsregeln: den UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (PICC) und die Principles of European Contract Law (PECL). Weitere Nachweise in *Schwenzer*, in: *Schwenzer, Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6. Aufl. 2013, Art. 35 Rdnr. 4; *Schwenzer/Hachem*, *The CISG - A Story of Worldwide Success*, in: Kleinemann, *CISG Part II Conference*, 2009, S. 119, 123 ff.

⁵ Zu den kritischen Stimmen *Berger*, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999, S. 32 f., zur *lex mercatoria* allgemein s. auch *Blackaby/Partasides et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Aufl. 2015, Rdnr. 3.167 ff.

⁶ *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz*, *CISG & Arbitration*, in: *Büchler/Müller-Chen*, *Private Law - national - global - comparative*; FS *Schwenzer*, 2011, S. 1366, 1359; *Flecke-Giammarco/Grimm*, *CISG and Arbitration Agreements: A Janus-faced Practice and How to Cope with It*, (2015) 25 *J. Arb. Stud.* 33, 47. Hauptsächlich wird das *lex mercatoria* in den PICC und PECL gesehen, s. *Schwenzer/Hachem/Kee*, *Global Sales and Contract Law*, 2012, Rdnr. 3.73; *Blackaby/Partasides et al.* (o. Fußn. 5), Rdnr. 3.167 ff., insb. Rdnr. 3.183 ff.; PICC und PECL basieren stark auf dem CISG, s. *Schwenzer*, *Uniform Sales Law - Brazil Joining the CISG Family*, in: *Schwenzer/Pereira/Tripodi*, *A CISG e o Brasil*, 2015, S. 21, 22.

⁷ *Schwenzer/Marti Whitebread*, *Legal Answers to Globalization*, in: *Schwenzer et al.*, *Current Issues in the CISG and Arbitration*, 2014, S. 1, 2 ff.

⁸ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 1958), zum aktuellen Stand s. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, zuletzt besucht am 27.5.2016.

⁹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), mit den Änderungen von 2006, zum aktuellen Stand s. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html, zuletzt besucht am 27.5.2016.

¹⁰ *Vogenaer*, *Civil Justice Systems in Europe*, 2008, Fragen 49.1 und 51.1, abrufbar unter: <https://www3.law.ox.ac.uk/themes/iecl/pdfs/Oxford%20Civil%20Justice%20Survey%20-%20Summary%20of%20Results,%20Final.pdf>, zuletzt besucht am 27.5.2016; *Schwenzer/Kee*, *International Sales Law - The Actual Practice*, (2011) 29 *Penn St. Int'l. Rev.* 425, 446 f.; *Schwenzer/Marti Whitebread* (o. Fußn. 7), S. 1, 2.

len Gerichten ausgetragen werden.¹¹ Bemerkenswert ist dabei, dass bei einer gewissen Stagnation der hängigen Fälle bei traditionellen Schiedsinstitutionen in westlichen Staaten die Zahl der schiedsgerichtlichen Verfahren in Asien geradezu explodiert¹² und neue Schiedsinstitutionen vor allem in Lateinamerika, Afrika und den arabischen Ländern wie Pilze aus dem Boden schießen.

In der schiedsrichterlichen Praxis erfreut sich das CISG großer Beliebtheit.¹³ Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass auf Grund der internationalen Besetzung von Schiedsgerichten Schiedsrichter regelmäßig über eine umfangreiche praktische rechtsvergleichende Erfahrung verfügen und darin versiert sind, auf Grund historisch gewachsener Rechtstraditionen bestehende Unterschiede zu überbrücken.¹⁴ Das CISG als gelungener Kompromiss insbesondere zwischen kontinentaleuropäischer und anglo-amerikanischer Rechtskultur bietet sich hierzu in besonderem Maße an.¹⁵

Die Literatur zur Anwendung des CISG durch Schiedsgerichte ist kaum mehr überschaubar. Neben theoretischen Fragen, wie z. B. der Anwendung und Auslegung des CISG durch Schiedsgerichte, existieren eine Reihe von rechtstatsächlichen Untersuchungen, die die zahlenmäßige Anwendung des CISG im Schiedsverfahren beleuchten. So wurde festgestellt, dass ca. 25% aller zum CISG veröffentlichten Entscheide von Schiedsgerichten gefällt wurden.¹⁶ Bedenkt man, wie wenig schiedsrichterliche Urteile überhaupt veröffentlicht werden, kann davon ausgegangen werden, dass die ganz überwiegende Mehrzahl, der sich mit CISG befassenden Verfahren, vor Schiedsgerichten und nicht vor nationalen Gerichten ausgetragen werden.

Im Folgenden sollen aus der Fülle möglicher Diskussionspunkte zwei Fragen herausgegriffen werden: 1. Wann kommt das CISG in einem schiedsrichterlichen Verfahren als Sachrecht zur Anwendung? 2. Kann das CISG auch auf Schiedsklauseln angewandt werden?

II. CISG als Sachrecht

1. Allgemeines

Nach Art. 1 Abs. 1 CISG findet das CISG Anwendung, wenn die Parteien ihren Sitz in verschiedenen Vertragsstaaten haben oder das anwendbare internationale Privatrecht zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führt. Das CISG bestimmt damit seinen Anwendungsbereich autonom. Auf Grund völkerrechtlicher Verpflichtung sind staatliche Gerichte hieran gebunden.¹⁷ Schiedsgerichte, als durch Parteivereinbarung eingesetzte Streitbeilegungsinstanzen, unterliegen hingegen keiner derartigen völkerrechtlichen Verpflichtung.¹⁸ Da Schiedsgerichte keine *lex fori* im Sinne staatlicher Gerichte besitzen, müssen sie auch keine bestimmten internationalprivatrechtlichen Regeln anwenden.¹⁹ Vielmehr bestimmt das am Sitz des Schiedsgerichts geltende Schiedsrecht, wie das Schiedsgericht zum anwendbaren Sachrecht gelangt.²⁰ Subsidiär gelangen darüber hinaus die von den Parteien gewählten Schiedsregeln zur Anwendung.²¹

Die jüngsten Entwicklungen im Schiedsrecht weisen bezüglich des anwendbaren Rechts bemerkenswerte Konvergenz auf. Primär entscheidet das Schiedsgericht die Streitigkeit nach

dem von den Parteien gewählten Recht.²² Eine solche Rechtswahl wird heute als unmittelbare Wahl des Sachrechts des bezeichneten Staats unter Ausschluss der Regeln des internationalen Privatrechts verstanden.²³ Bei Fehlen einer Rechtswahl verweisen nach wie vor einige Schiedsrechte das Schiedsgericht auf das internationale Privatrecht.²⁴ Nach modernerer Auffassung soll das Schiedsgericht jedoch grundsätzlich unmittelbar das Recht anwenden, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt.²⁵ Dieser Ansatz spiegelt sich auch in den wichtigsten Schiedsordnungen wider.²⁶ Dabei ist inzwischen international auch überwiegend anerkannt, dass außer dem Recht eines Staats auch Rechtsregeln, d. h. *soft law*, angewandt werden können.²⁷

- 11 Dies wiederum bedingt, dass verschiedene Staaten versuchen, ihre nationale Gerichtsbarkeit für internationale Streitigkeiten wieder attraktiver zu gestalten, indem sie auf internationale Streitigkeiten spezialisierte Gerichte schaffen, vgl. insbes. *Singapore International Commercial Court*; für Deutschland vgl. *LG Mannheim, Kammern für Handelssachen*, Verhandlung in englischer Sprache möglich.
- 12 Vgl. dazu die Statistiken von *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)* auf <http://cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=40&l=en>, zuletzt besucht am 27.5.2016; ebenfalls zeigen die Statistiken aus dem Jahresbericht 2014 des *Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)* eine Zunahme von 36% zum vergangenen Jahr, unter: http://www.hkiac.net/images/stories/hkiac/2014_Annual_Report.pdf, S. 11, zuletzt besucht am 27.5.2016.
- 13 S. dazu *Kröll*, *Arbitration and the CISG*, in: Schwenger/Atamer/Butler, *Current Issues in the CISG and Arbitration*, 2014, S. 59, 61 f., der anhand von Fallstudien eine regelrechte Pro-CISG-Einstellung der Schiedsrichter feststellen konnte – in 57% der untersuchten Fälle war das CISG das vom Tribunal gewählte Recht. Ebenso in *Mistelis*, *CISG and Arbitration*, in: Janssen/Olaf, *CISG Methodology*, 2009, S. 373, 388.
- 14 So auch *Schmidt-Ahrendts*, *Belgrade L. Rev.* 3 (2011), 211, 220; *Kröll* (o. Fußn. 13), S. 59, 69.
- 15 Schwenger (o. Fußn. 6), S. 21, 36 f.
- 16 *Schmidt-Ahrendts*, *Belgrade L. Rev.* 3 (2011), 211, 213; *Kröll* (o. Fußn. 13), S. 59, 61.
- 17 *Piltz*, *Internationales Kaufrecht*, 2. Aufl. 2008, § 2 Rdnr. 6; *Kröll* (o. Fußn. 13), S. 59, 62 ff.; *Mourre*, *Application of the Vienna International Sales Convention in Arbitration*, *ICC ICArb. Bull.* 17 (2006), 43.
- 18 *Mayer*, *L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé*, in: Loussouarn, *L'internationalisation du droit*, 1994, S. 275, 287; so auch *Schmidt-Ahrendts*, *Belgrade L. Rev.* 3 (2011), 211, 214.
- 19 *Kröll* (o. Fußn. 13), S. 59, 64; vgl. auch *Mourre*, *ICC ICArb. Bull.* 17 (2006), 43, 46, insbes. 44 zur Rechtswahl der Parteien, welche auf der Parteiautonomie gründet und somit die Anwendung einer kollisionsrechtlichen Regelung von Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG ausschließt.
- 20 *Kröll* (o. Fußn. 13), S. 59, 64; *Blackaby/Partasides et al.* (o. Fußn. 5), Rdnr. 3.213 ff.; *Born*, *International Commercial Arbitration*, 2. Aufl. 2014, S. 525 ff. m. w. Nw.
- 21 *Blackaby/Partasides et al.* (o. Fußn. 5), Rdnr. 3.50 ff.; vgl. dazu konkrete Bsp. § 23 DIS-Schiedsordnung 98; Art. 17 Abs. 1 ICC Rules; Art. 22.3 LCIA Rules; Art. 28 Abs. 1 AAA Rules; Art. 35 Abs. 1 HKIAC Rules; Art. 24 Abs. 1 SCC Rules; Art. 24 Abs. 2 Vienna Rules und Art. 33 Swiss Rules; s. auch Art. 35 UNCITRAL Arbitration Rules.
- 22 Deutschland: § 1051 Abs. 1 Satz 1 ZPO; Schweiz: Art. 187 Abs. 1 IPRG; Vereinigtes Königreich: *English Arbitration Act 1996*, s. 46 Abs. 1 lit. a.
- 23 So § 1051 Abs. 1 Satz 2 deutsche ZPO; *English Arbitration Act 1996*, s. 46 Abs. 2.
- 24 *English Arbitration Act 1996*, s. 46 Abs. 3; s. auch in Art. 28 Abs. 2 UNCITRAL Model Law.
- 25 Deutschland: § 1051 Abs. 1 ZPO; Schweiz: Art. 187 Abs. 1 IPRG.
- 26 Art. 33 Abs. 1 Swiss Rules; §§ 23.1, 23.2 DIS-Schiedsordnung 98; Art. 21 Abs. 1 ICC, stellt nicht auf den „engsten Zusammenhang“ ab, sondern auf diejenigen Rechtsregeln, die das Schiedsgericht „für geeignet erachtet“.
- 27 *English Arbitration Act 1996*, s. 46 Abs. 1 lit. b; § 1051 deutsche ZPO spricht von „Rechtsvorschriften“; *Münch*, in: Krüger/Rauscher, *MüKoZPO*, 4. Aufl. 2013, § 1051 Rdnr. 14; ausdrücklich auch in Einleitung 1.18 und Art. 3 der Haager Prinzipien über die Rechtswahl in internationalen kommerziellen Verträgen; Schiedsklauseln sind jedoch nach Art. 1 Abs. 3 lit. b von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen; weiterführend *Saumier*, (2014) 40 *Brook. J. Int'l L.* 1, 18 ff.; *Vischer/Huber/Oser*, *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 114 ff.

2. Rechtswahl der Parteien

In der überwiegenden Mehrzahl der Rechtsordnungen ist heute die Möglichkeit der Rechtswahl jedenfalls für Schiedsverfahren anerkannt.²⁸ Die im Jahre 2015 verabschiedeten Haager Prinzipien über die Rechtswahl in internationalen kommerziellen Verträgen unterstreichen dieses Prinzip und werden ihm in Zukunft noch vermehrt Bedeutung verschaffen. In der Praxis wird in ca. 70 % aller internationalen Verträge von dieser Möglichkeit der Rechtswahl Gebrauch gemacht.²⁹

In der Regel wählen die Parteien dabei schlicht das Recht eines bestimmten Staats ohne nähere Spezifizierungen, wie z. B. mit der Klausel: „Dieser Vertrag untersteht Schweizer Recht.“ In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob damit ausschließlich das schweizerische Obligationenrecht als nicht vereinheitlichtes nationales Recht oder auch das CISG von den Parteien gewählt wurde, ist doch die Schweiz Vertragsstaat des CISG.

Staatliche Gerichte haben sich wiederholt mit der Frage beschäftigt, ob die Wahl des Rechts eines Vertragsstaats eine Abwahl des CISG im Sinne des Art. 6 CISG darstellt. Dabei besteht mittlerweile Konsens, dass allein die Wahl des Rechts eines Vertragsstaats noch nicht als Ausschluss des CISG zu werten ist,³⁰ dass vielmehr weitere Spezifizierungen erforderlich sind, wie z. B. „das Recht des Staats X unter Ausschluss des CISG“, „das schweizerische Obligationenrecht“ oder „Anwendung von Art. 184 ff. schweizerisches Obligationenrecht“.³¹

Nun kann diese Rechtsprechung zu Art. 6 CISG nicht unmittelbar auf das schiedsrichterliche Verfahren übertragen werden. Denn sie hängt mit der Verpflichtung der staatlichen Gerichte zusammen, das CISG anzuwenden, wenn seine Voraussetzungen nach Art. 1 Abs. 1 CISG erfüllt sind. Ein staatliches Gericht muss sodann in einem zweiten Schritt prüfen, ob ein wirksames opting-out nach Art. 6 CISG zustande kam. Da – wie bereits erwähnt – das Schiedsgericht nicht an Art. 1 Abs. 1 CISG gebunden ist, ist es nicht aufgerufen, seine Abwahl festzustellen, sondern die Anwendbarkeit des CISG positiv zu begründen.³² Dies erfolgt mittels Auslegung der von den Parteien vereinbarten Rechtswahlklausel. Fraglich mag nun sein, ob sich diese Auslegung nach dem unvereinheitlichten nationalen Recht oder ihrerseits nach Art. 8 CISG richtet.³³ Trotz durchaus bestehender Unterschiede zwischen nationalen Auslegungsprinzipien und Art. 8 CISG dürften diese jedenfalls bei der Auslegung von Rechtswahlklauseln in internationalen Verhältnissen in der Praxis nicht zu wesentlich unterschiedlichen Ergebnissen führen.³⁴ Denn schlussendlich ist immer zu fragen, was vernünftige Parteien mit einer bestimmten Klausel gewollt haben.³⁵ Dabei können durchaus die im Rahmen des Art. 6 CISG entwickelten Prinzipien entsprechend angewandt werden.³⁶

Wählen die Parteien das Recht eines Vertragsstaats, so muss zunächst betont werden, dass das CISG integraler Bestandteil dieses Rechts ist, und zwar genau dasjenige Recht darstellt, welches auf internationale Verträge Anwendung findet.³⁷ Darüber hinaus stellt das CISG moderne auf den internationalen Rechtsverkehr abgestimmte Rechtsregeln bereit.³⁸ Demgegenüber sind viele nationale Rechtsordnungen nicht nur veraltet,

sondern auch ausschließlich auf nationale Sachverhalte zugeschnitten. Zudem enthalten sie – im Gegensatz zum CISG – nicht immer für beide Vertragsparteien ausgewogene Lösungen.³⁹ Schließlich macht es für vernünftige Parteien durchaus Sinn, trotz Nichtabwahl des CISG ein nationales Recht zu wählen. Denn das CISG regelt bekanntlich nicht alle mit einem Kaufvertrag zusammenhängenden Fragen, sodass insoweit auf ein subsidiär anwendbares Recht zurückgegriffen werden muss.⁴⁰

Im Rahmen einer Rechtswahl können die Parteien das CISG auch für Sachverhalte vereinbaren, wo es nach seinem eigenen Anwendungsbereich eigentlich nicht gelten würde (opting-in).⁴¹ Es gilt dann nicht als Teil eines nationalen Rechts; wie oben jedoch dargelegt, steht es Schiedsgerichten regelmäßig frei, nicht nur von den Parteien vereinbartes nationales Recht, sondern auch Rechtsregeln, als welche sich das CISG in einem solchen Fall darstellt, anzuwenden.⁴² Dies mag sich insbesondere für Rahmenverträge sowie für Verträge empfehlen, in denen die Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen die kaufvertraglichen Pflichten der Parteien überwiegt und das CISG deshalb nach Art. 3 Abs. 2 CISG grundsätzlich nicht anwendbar wäre.

3. Mangels Rechtswahl anwendbares Recht

Wie oben dargestellt, finden sich in den verschiedenen Schiedsrechten nach wie vor unterschiedliche Ansatzpunkte.⁴³ Soweit das Schiedsgericht gehalten ist, das anwendbare Recht nach den Regeln des internationalen Privatrechts zu bestimm-

28 S. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, 4. Aufl. 2013, S. 167 f.

29 Vogenauer (o. Fußn. 10), Fragen 15 ff., abrufbar unter: <https://www3.law.ox.ac.uk/themes/iecl/pdfs/Oxford%20Civil%20Justice%20Survey%20-%20Summary%20of%20Results,%20Final.pdf>, zuletzt besucht am 27.5.2016; vgl. weiter Schwenzer/Hachem/Kee (o. Fußn. 6), Rdnr. 5.21 ff.

30 CISG Advisory Council, Opinion No. 16, Rapporteur Spagnolo, Exclusion of the CISG under Article 6, Anm. 4.2; Waincymer (o. Fußn. 1), S. 582, 595.

31 S. auch Born (o. Fußn. 28), S. 167; Mourre, ICC ICarb. Bull. 17 (2006), 43, 44 f.

32 Schwenzer/Hachem, in: Schwenzer, Schlechtriem & Schwenzer: *Commentary on the Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4. Aufl. 2016, Art. 6 Rdnr. 13.

33 Für eine Anwendung von Art. 8 CISG, Rs. „Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabate USA Inc, Sabate S.A.“, 9th Cir., 5.5.2003, CISG-online 767; OLG Stuttgart, 15.5.2006, CISG-online 1414; OLG Düsseldorf, 30.1.2004, CISG-online 821; CISG Advisory Council, Opinion No. 16 (o. Fußn. 31), Anm. 3.6 ff.; Schmidt-Kessel, in: Schlechtriem/Schwenzer Kommentar, Art. 8 Rdnr. 5; kritisch Waincymer (o. Fußn. 1), S. 582, 586 f.

34 So im Vergleich mit §§ 133, 157 BGB auch BGH, U. v. 25.3.2015 – VIII ZR 125/14, CISG-online 2588, Erw. II.2.a).

35 Für eine rechtsvergleichende Übersicht, s. Schwenzer/Hachem/Kee (o. Fußn. 6), Rdnr. 26.10 ff., woraus ersichtlich wird, dass eine Vielzahl von Rechtsordnungen den Maßstab einer „vernünftigen Person in den Schuhen des Erklärungsempfängers“ bei der Auslegung anlegen, außerdem ist ein Trend bei einigen Civil law-Rechtssystemen in dieselbe Richtung auszumachen, dazu insbes. Rdnr. 26.12.

36 Vgl. zu den allgemeinen Prinzipien Schwenzer/Hachem (o. Fußn. 32), Art. 6 Rdnr. 12 ff.; CISG Advisory Council, Opinion No. 16 (o. Fußn. 30), Anm. 3.1 ff.

37 Piltz (o. Fußn. 17), § 2 Rdnr. 6; vgl. Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer Kommentar, Art. 6 Rdnr. 7 m. w. Nw.

38 Waincymer (o. Fußn. 1), S. 282, 283 f.

39 Waincymer (o. Fußn. 1), S. 282, 284 f.

40 S. auch Waincymer (o. Fußn. 1), S. 282, 298.

41 Mourre, ICC ICarb. Bull. 17 (2006), 43, 46.

42 Mourre, ICC ICarb. Bull. 17 (2006), 43, 46.

43 Art. 17 Abs. 3 ICC Arbitration Rules; Art. 28 UNCITRAL Model Law; Art. 33 UNCITRAL Arbitration Rules.

men,⁴⁴ kommt es darauf an, ob diese auf das Recht eines Vertragsstaats verweisen. Ist dies der Fall, wird man auch hier ohne Weiteres zur Anwendung des CISG gelangen.

Wo das anwendbare Schiedsrecht das Schiedsgericht zur Bestimmung des anwendbaren Sachrechts auf den engsten rechtlichen Zusammenhang oder auf das geeignete Recht verweist,⁴⁵ wird man ebenfalls sehr häufig zur Anwendung des CISG gelangen.⁴⁶ Dies gilt zunächst für Fälle, in denen beide Parteien ihren Sitz in Vertragsstaaten des CISG haben.⁴⁷ Weitergehend wurde das CISG auch auf Verträge zwischen Parteien aus Nichtvertragsstaaten angewandt, indem Schiedsgerichte das CISG als internationalen Handelsbrauch⁴⁸ oder als Teil der *lex mercatoria*⁴⁹ betrachtet haben. Eingedenk der Tatsache, dass – wie oben ausgeführt – das CISG im Rahmen der meisten modernen Gesetzesrevisionen als Modell erachtet wurde,⁵⁰ erscheint eine derartige Auffassung als durchaus gerechtfertigt.

III. CISG als auf die Schiedsabrede anwendbares Recht

1. Generelle Überlegungen

Nur wenige Schiedsrechte enthalten eine explizite Regelung dazu, welches Recht auf die Schiedsklausel Anwendung findet.⁵¹ Einigkeit besteht insoweit, dass jedenfalls ein von den Parteien für die Schiedsklausel explizit vereinbartes Recht maßgeblich ist.⁵² Darüber hinaus stellen bei Fehlen einer Rechtswahl einzelne Schiedsrechte ausschließlich auf das Recht am Sitz des Schiedsgerichts ab,⁵³ andere erklären im Sinne des Günstigkeitsprinzips die *lex causae* wie auch das Recht am Schiedsort alternativ für anwendbar.⁵⁴

Auch in der Literatur herrscht heute Einigkeit darüber, dass die Parteien das auf die Schiedsklausel anwendbare Recht wählen können.⁵⁵ Die revidierten Schiedsregeln des *Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)* schlagen den Parteien eine solche Rechtswahl im Rahmen ihrer Modell-Klausel sogar vor.⁵⁶ Freilich wird in der Praxis nur selten eine derartige Rechtswahl vorgenommen,⁵⁷ auch wenn – wie oben dargelegt – die Rechtswahl in Bezug auf das auf den Vertrag anwendbare materielle Recht gängige Praxis ist. Nur in Einzelfällen wird die Auslegung einer solchen materiellen Rechtswahlklausel dazu führen, dass sie nach dem Willen der Parteien auch auf die im Vertrag enthaltene Schiedsabrede angewandt werden soll.

Gänzliche Uneinigkeit besteht in der Frage, welches Recht auf die Schiedsabrede Anwendung findet, wenn eine Rechtswahl der Parteien in Bezug auf die Schiedsabrede nicht vorliegt. Ein Autor meinte, in der internationalen Praxis nicht weniger als neun verschiedene Theorien zur Beantwortung dieser Frage auszumachen.⁵⁸ Auch wenn diese Zahl etwas hochgegriffen zu sein scheint, so sind jedenfalls drei Theorien deutlich voneinander zu unterscheiden.

In der schiedsrechtlichen Literatur wird überwiegend primär von der Anwendbarkeit des Rechts am Schiedsort ausgegangen.⁵⁹ Begründet wird dies mit dem sog. Autonomiegrundsatz⁶⁰ oder Trennungsprinzip⁶¹, der *doctrine of separability*.⁶² Danach sind die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und die

des Hauptvertrags unabhängig voneinander zu beurteilen; die Unwirksamkeit des Hauptvertrags lässt die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung grundsätzlich unberührt.⁶³ Gleichmaßen führt die Beendigung des Hauptvertrags nicht notwendigerweise zum Wegfall der Schiedsvereinbarung.⁶⁴ Diese *doctrine of separability* ist heute allgemein in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit anerkannt.⁶⁵ Auch das CISG geht grundsätzlich von der *doctrine of separability* aus, indem es in Art. 81 Abs. 1 CISG ausdrücklich bestimmt, dass die Vertragsaufhebung Streitbeilegungsklauseln nicht berührt.⁶⁶

44 English Arbitration Act 1996, s. 4 Abs. 5 und Art. 28 Abs. 2 UNCITRAL Model Law.

45 Born (o. Fußn. 20), S. 517 f.

46 Auch internationale Konventionen können berücksichtigt werden, so bspw. Art. 4 der Rom I-Verordnung.

47 Differenziert dazu Kröll (o. Fußn. 13), S. 59, 64; auch in der Rechtsprechung vertreten, ICC case 8962 (1997); ICC case 7331(1994); ICC case 7531 (1994); ICC case 7844 (1994), zitiert in: *Mourre*, ICC ICarb. Bull. 17 (2006), 43, 47.

48 Vgl. *Mourre*, ICC ICarb. Bull. 17 (2006), 43, 49 m. w. Nw., auch mit Verweis auf ICC Case No. 8501 (1996).

49 So etwa *Mourre*, ICC ICarb. Bull. 17 (2006), 43, 49 f., der bemerkt, dass Schiedsrichter der großen Anzahl an Vertragsstaaten große Bedeutung zuzuschreiben scheinen, aber kritisch zu den Auswirkungen der Anwendung des CISG als *lex mercatoria* stehen; ICC case 6281 (1989), in: Arnaldez/Derains/Hascher, Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995, 1997, S. 409: 'universelle' Bedeutung des CISG.

50 S. (o. Fußn. 4).

51 Wie z. B. die ‚alternative Anknüpfung‘ im schweizerischen Recht bspw. nach Art. 178 Abs. 2 IPRG; s. mangels Rechtswahl in Österreich: § 35 Abs. 2 IPRG, wobei auf das Recht der Partei abgestellt wird, welche die ‚charakteristische Leistung‘ erbringt; dazu Czernich, Österreich: Das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht, SchiedsVZ 2015, 181, 185.

52 Czernich, SchiedsVZ 2015, 181, 183 (Österreich: § 35 Abs.1 IPRG); Rs. „Tamil Nadu Electricity Board v. St-CMS Electric Co. Pvt. Ltd.“ [2007] EWHC 1713 (Comm); Rs. „Braes of Doune Wind Farm (Scotland) Ltd. v. Alfred McAlpine Business Services Ltd.“ [2008] EWHC 426 (TCC).

53 Turkish International Arbitration Act, Art. 4; Swedish Arbitration Act 1999, S. 48.

54 So bspw. Art. 178 Abs. 2 schweizerisches IPRG.

55 Born (o. Fußn. 20), S. 471 ff. m. w. Nw., insb. S. 559.

56 Als Option wird folgender Wortlaut vorgeschlagen: „The law of this arbitration clause shall be ...“.

57 Berger, Re-Examining the Arbitration Agreement, in: van den Berg, International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series Vol. 13, 2007, S. 301, 302.

58 Blessing, The Law Applicable to the Arbitration Agreement, in: van den Berg, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series Vol. 9, 1999, S. 168, 169 f.

59 Berger (o. Fußn. 57), S. 301, 320 m. w. Nw.

60 Deutschland: Münch, in: MüKoZPO, § 1040 Rdnr. 8 ff.; Schweiz: Gränicher, in: Honsell et al., Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Aufl. 2013, Art. 178 Rdnr. 89 ff.

61 Österreich: Czernich, SchiedsVZ 2015, 181, 182.

62 Born, (2014) 26 SaclJ 814, 818.

63 Gränicher, in: Basler Kommentar IPRG, Art. 178 Rdnr. 90 f.; zum österreichischen Recht Czernich, SchiedsVZ 2015, 181, 182 m. w. Nw.; Collins et al., Dicey, Morris and Collins on Conflict of Laws, 14. Aufl. Bd. 2 2012, Rdnr. 16-008.

64 Vgl. Gränicher, in: Basler Kommentar IPRG, Art. 178 Rdnr. 84 f.

65 S. § 1040 Abs. 1 deutsche ZPO; Art. 178 Abs. 3 schweizerisches IPRG; English Arbitration Act 1996, s. 7; Art. 16 Abs. 1 First Schedule Singapore International Arbitration Act (CAP. 143A, rev 2002); Art. 16 Abs. 1 UNCITRAL Model Law; zur allgemeinen Anerkennung Gränicher, in: Basler Kommentar IPRG, Art. 178 Rdnr. 89; als eigenständige Vereinbarung auch in Art. II der New York Convention.

66 Walker, Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement, (2005-2006) 25 J. L. & Comm. 153, 163; s. dazu auch den Entscheid vom *International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*, 13.6.2000, CISG-online 1083, Erw. 3.1.

Gerade in der Rechtsprechung finden sich jedoch viele Beispiele dafür, dass – teilweise ohne nähere Begründung – das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht, die *lex causae*, auch auf die Schiedsvereinbarung angewandt wurde.⁶⁷ Englische Gerichte tendierten traditionsgemäß zu diesem Ergebnis jedenfalls dann, wenn für den Hauptvertrag eine ausdrückliche Rechtswahl getroffen wurde.⁶⁸ Die doctrine of separability soll nur dann zur Anwendung des Rechts des Schiedsorts führen, wenn nach der *lex causae* die Schiedsvereinbarung unwirksam wäre.⁶⁹

Unabhängig davon, welcher der beiden Auffassungen man den Vorzug gibt, muss sorgfältig zwischen der prozessrechtlichen und der vertragsrechtlichen Dimension einer Schiedsvereinbarung unterschieden werden. Der *lex causae*-Ansatz passt überhaupt nur für die vertragsrechtliche Dimension einer Schiedsabrede, während die prozessrechtliche Dimension allein schon wegen Art. V Abs. 1 lit. a New York Convention nach dem Sitzrecht zu beurteilen ist. Andererseits versäumt es der Ansatz, der alleine auf das Sitzrecht abstellt, bei diesem zwischen dem (prozessrechtlichen) Schiedsrecht und der möglichen Anwendung des Vertragsrechts am Sitz des Schiedsgerichts für die vertragsrechtliche Dimension der Schiedsvereinbarung zu unterscheiden.⁷⁰

Diese unbedingt vorzunehmende Unterscheidung kommt besonders deutlich im Schweizer Recht zum Ausdruck. Während Art. 178 Abs. 1 IPRG eine materielle Formvorschrift für die Schiedsvereinbarung aufstellt, enthält Art. 178 Abs. 2 IPRG lediglich eine kollisionsrechtliche Regelung für die übrigen Fragen der Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung. Daraus erhellt, dass für Letztere eine materielle Vertragsrechtsordnung bestimmt werden muss. Die meisten anderen nationalen Schiedsrechte, wie auch bspw. § 1031 deutsche ZPO, enthalten lediglich materielle Formvorschriften, ohne sich bezüglich des anwendbaren Rechts für weitere Gültigkeitsfragen zu äußern. Regelungen zum anwendbaren Recht für die Auslegung der Schiedsvereinbarung sowie zu den Rechtsfolgen bei Verletzung einer Schiedsabrede finden sich – soweit ersichtlich – in keinem Schiedsrecht.

All diese Schwierigkeiten vermeidet der sog. a-nationale Ansatz, der namentlich von französischen Gerichten, aber auch darüberhinausgehend teilweise in der internationalen Literatur vertreten wird.⁷¹ Danach soll – außer den zwingenden Regeln des (französischen) Rechts – nicht ein bestimmtes nationales Recht zur Anwendung kommen. Vielmehr soll die Schiedsvereinbarung ausschließlich nach dem Parteiwillen sowie den allgemeinen Prinzipien und Bräuchen im internationalen Handelsverkehr beurteilt werden.⁷² Auch wenn ein solcher transnationaler Ansatz den Charme besitzt, Unwägbarkeiten kollisionsrechtlicher Anknüpfung zu vermeiden,⁷³ wird er doch weithin als unnötige Übertreibung transnationalen Denkens abgelehnt.⁷⁴ Außerdem entspreche dieser Ansatz nicht mehr dem zu vermuteten Parteiwillen.⁷⁵ Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die Frage diskutiert werden, ob und für welche Bereiche der Schiedsvereinbarung das CISG angewandt werden kann.

2. Prinzipielle Anwendbarkeit des CISG auf Schiedsvereinbarungen

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass das CISG generell nicht auf Schiedsvereinbarungen angewandt

werden könne.⁷⁶ Neben der doctrine of separability wird insofern vor allem argumentiert, dass Schiedsvereinbarungen nicht in den Anwendungsbereich des CISG fallen, da Schiedsvereinbarungen prozessrechtlicher und nicht kaufrechtlicher Natur seien.⁷⁷ Wie oben jedoch ausgeführt, gilt es zwischen den prozessrechtlichen und den vertragsrechtlichen Komponenten einer Schiedsvereinbarung zu unterscheiden. Die einzige Frage, die sich im Hinblick auf die vertragsrechtliche Dimension stellt, ist, ob unvereinlichtes oder vereinlichtes Vertragsrecht angewandt wird. Dass das CISG selbst seine Anwendbarkeit auf Streitbeilegungsklauseln nicht für ausgeschlossen hält, ergibt sich bereits aus Art. 19 Abs. 3 CISG (Streitbeilegungsklausel als wesentliche Abweichung von der Offerte) und Art. 81 Abs. 1 CISG (Fortbestand der Streitbeilegungsklausel trotz Aufhebung des Hauptvertrags).⁷⁸ Allein aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen kann abgeleitet werden, dass das CISG Schiedsvereinbarungen anderen vertraglichen Bestimmungen gleichstellt.⁷⁹

67 Rs. „Motorola Credit Corp. v. Uzan“, 2 d Cir, 22.10.2004, 388 F.3d 39, 51; Motorola folgend Rs. „FR 8 Singapore Pty. Ltd. v. Albacore Maritime Inc.“, S.D.N.Y., 13.10.2010, 754 F.Supp.2d 628, 636; Rs. „Sphere Drake Ins. Ltd. v. Clarendon Nat'l Ins. Co.“, 2 d Cir, 28.8.2001, 263 F.3d 26, 32, Fußn. 3; vgl. zur umfassenden Darstellung internationaler Rechtsprechung, Born (o. Fußn. 20), S. 580 ff.

68 Rs. „Arsanovia Ltd. v. Cruz City 1 Mauritius Holdings“ [2012] EWHC 3702 (Comm), Erw. 21; Rs., Karl Leibinger, Franz Leibinger v. Stryker Trauma GmbH“ [2005] 690 (Comm), S. 8; Rs. „Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) v. Ferrell International Ltd.“, [2002] 1 All ER (Comm) 627, Erw. 32; Rs. „Sumitomo Heavy Industries v. Oil and Natural Gas Commission“ [1994] 1 Lloyd's Rep. 45; Rs. „Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.“ [1993] Adj.L.R. 01/21, Erw. 67 (House of Lords); zum Anreiz einer klaren Regel, s. Born (o. Fußn. 20), S. 590. Anders hingegen neuere Entscheide [2007] EWCA Civ 1282, Erw. 22 ff.; Rs. „Shashoua v. Sharma“ [2009] EWHC 957 (Comm), Erw. 29 ff., wonach das auf die Schiedsklausel anwendbare Recht nur selten vom Recht am Schiedsort abweicht. S. dazu auch Collins et al. (o. Fußn. 63), Rdnr. 16-017 f.

69 S. den Leitentscheid „Sulamérica Cia Nacional de Seguros S.A. v. Enesa Engenharia S.A.“ [2012] EWCA Civ 638; Rs. „Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Endustrisi A.S. v. VSC Steel Company Ltd.“ [2013] EWHC 4071 (Comm), Erw. 99 ff.; Rs. „XL Insurance Ltd. v. Owens Corning“ [2001] 1 All E.R., S. 530. Zur uneinheitlichen englischen Rechtsprechung, s. Pearson, (2013) 29 Arb. Int'l 115, 124 f., von ihr treffend als „hidden pro-validation approach“ bezeichnet; s. weiterführend Born, (o. Fußn. 20), S. 575.

70 Mit einer ähnlichen Tendenz Kröll (o. Fußn. 13), S. 59, 82 f.

71 Cass (1re Ch. civ.), „Municipalité de Khoms El Mergeb v. société Dalico“, 20.12.1993, 1993 Rev. Arb. 116, 117; Cass (1re Ch. civ.), „Renault v. société V 2000 (Jaguar France)“, 21.5.1997, 1997 Rev. Arb. 537. Vgl. Gaillard/Savigne, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, 1999, S. 435 ff., 525.

72 Für eine Übersicht s. Berger (o. Fußn. 57), S. 301, 380 ff.

73 Berger (o. Fußn. 57), S. 301, 310.

74 Bernardini, Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause, in: van den Berg, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series Vol. 9, 1999, S. 197, 202; Berger (o. Fußn. 57), S. 301, 310; im Detail Fogt, (2015) 26 Am. Rev. Int. Arb. 365, 369 ff. mit weiteren überzeugenden Argumenten gegen diesen Ansatz.

75 Bernardini (o. Fußn. 74), S. 197, 202.

76 S. für weitere Nachweise Kröll (o. Fußn. 13), S. 59, 82 ff.

77 Kröll, Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application, (2005) 25 J. L. & Comm. 39, 45 f. m. w. Nw.; ders. (o. Fußn. 13), S. 59, 81 f.; BGER, 4C.100/2000, 11.7.2000, CISG-online 627, Erw. 3.

78 Perales Viscasillas/Ramos Muñoz (o. Fußn. 6), S. 1366, 1355; Walker, (2005-2006) 25 J. L. & Comm. 153, 163; Koch, The CISG as the Law Applicable to Arbitration Agreement?, in: B. Andersen/Schroeter, Sharing International Commercial Law across National Boundaries, FS Kritzer, 2008, S. 267, 280 f.; Schroeter, in: Schwenzer, Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2016, vor Art. 14-24 Rdnr. 10.

79 So wohl auch Perales Viscasillas/Ramos Muñoz (o. Fußn. 6), S. 1355, 1366.

3. Formelle Gültigkeit

Nach wie vor unterstellen die meisten Schiedsrechte Schiedsvereinbarungen einem Formerfordernis. Lediglich einzelne Staaten wie z. B. Frankreich,⁸⁰ Schweden,⁸¹ Neuseeland⁸² und einige kanadische Provinzen⁸³ verzichten heute auf Formerfordernisse für Schiedsklauseln. Auch die New York Convention enthält in Art. II Abs. 1 und 2 ein Schriftformerfordernis.

Demgegenüber geht das CISG in Art. 11 von der grundsätzlichen Formfreiheit aus. Einzelne Autoren vertreten deshalb die Auffassung, dass die im CISG niedergelegte Formfreiheit jedwedes Schriftformerfordernis für Schiedsvereinbarungen überspiele.⁸⁴ Diese Auffassung vermag indessen nicht zu überzeugen.⁸⁵

Die Formvorschriften betreffen gerade die prozessrechtliche Dimension der Schiedsklausel und finden sich dementsprechend in allen Schiedsrechten, die noch nicht bewusst zur Formfreiheit übergegangen sind.⁸⁶

Aber auch die Auslegung des CISG ergibt, dass dessen Art. 11 CISG nicht auf Schiedsvereinbarungen angewandt werden will. Das Prinzip der Formfreiheit war seit den Anfängen der Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Kaufrechts umstritten.⁸⁷ Dabei ging es immer nur um Einwände der ehemaligen sozialistischen Staaten und von Ländern, die im nationalen Recht ein indirektes, an den Wert der Transaktion anknüpfendes Formerfordernis kennen.⁸⁸ Formerfordernisse für Schiedsvereinbarungen waren nie Gegenstand der Diskussionen um die Formfreiheit.⁸⁹

Die Möglichkeit, nach Art. 96 CISG einen Vorbehalt zum Ausschluss der Formfreiheit zu erklären, bestätigt diesen Ausgangspunkt. Von ihr haben praktisch nur Staaten Gebrauch gemacht, die ihre Außenhandelsverträge einer Kontrolle unterwerfen woll(t)en.⁹⁰ Wäre es die Absicht gewesen, Schiedsvereinbarungen der Formfreiheit von Art. 11 CISG zu unterstellen, hätten praktisch alle Vertragsstaaten diesen Vorbehalt einlegen müssen.⁹¹

Auch das Argument, das CISG gehe als *lex specialis* den nationalen Schiedsrechten vor,⁹² trifft nicht zu. Das Gegenteil ist der Fall. Auch aus Art. 90 CISG ergibt sich, dass das CISG jedenfalls der New York Convention weichen muss. Schließlich kann auch aus der Meistbegünstigungsklausel des Art. VII Abs. 1 New York Convention kein anderes Ergebnis abgeleitet werden, da es insoweit um das Verhältnis der New York Convention zu anderen Regelungen, die spezifisch die Anerkennung und Durchsetzung betreffen, nicht aber zu kaufrechtlichen oder allgemein vertragsrechtlichen Regelungen geht.⁹³

Insgesamt ist deshalb davon auszugehen, dass zwingende Formerfordernisse der *lex arbitri* auf jeden Fall anzuwenden sind.⁹⁴ Ob das CISG das materielle Vertragsrecht am Sitz des Schiedsgerichts oder die *lex causae* darstellt, ist wie bei jedem anderen anwendbaren Vertragsrecht irrelevant.

4. Materielle Gültigkeit

Im Gegensatz zur formellen Gültigkeit, die sich regelmäßig nach dem anwendbaren Schiedsrecht richtet, kann das CISG

durchaus auf Fragen der materiellen Gültigkeit Anwendung finden, jedenfalls soweit es um Fragen der Willensübereinstimmung geht (Art. 14 ff. CISG).⁹⁵ Wie bereits betont, ist hier lediglich die vertragsrechtliche Dimension von Bedeutung.

Unproblematisch ist die Anwendung des CISG, wenn man auch insoweit auf das den Hauptvertrag regelnde Recht abstellt. Unzählige Gerichte haben diesen Ansatz gewählt, ohne andere Anknüpfungsmerkmale überhaupt zu diskutieren.⁹⁶ Die ganz überwiegende Literatur stimmt dieser Auffassung zu.⁹⁷

Nicht ganz so offensichtlich ist die Anwendung des CISG, wenn man auch für die vertragsrechtliche Dimension der Schiedsklausel auf das Recht am Schiedsort abstellt. Hier

⁸⁰ Art. 1507 Code de procédure civile (CPC).

⁸¹ Das Schiedsrecht von Schweden (1999) enthält sich jedweder Formvorschrift für die Schiedsvereinbarung.

⁸² New Zealand Arbitration Act 1996, Schedule 1, s. 7 Abs. 1.

⁸³ Alberta: Alberta Arbitration Act 1991, Art. 5 Abs. 1; Ontario: Ontario Arbitration Act 1991, Art. 5 Abs. 3.

⁸⁴ Walker, (2005-2006) 25 J. L. & Comm. 153, 163; Perales Viscasillas/Ramos Muñoz (o. Fußn. 6), S. 1355, 1366; Schluchter, Die Gültigkeit von Kaufverträgen unter dem UN-Kaufrecht, S. 91.

⁸⁵ Gl. M. Piltz (o. Fußn. 17), § 3 Rndr. 119; Kröll (o. Fußn. 13), S. 59, 83; Koch (o. Fußn. 78), S. 267, 276 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu das UNCITRAL Model Law, welches zwei Optionen für Art. 7 vorsieht, sodass bewusst beide Möglichkeiten reflektiert sind.

⁸⁷ Rabel, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 1935, 1, 55 f.

⁸⁸ Dölle/Reinhart, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, 1976, Art. 15 Rdnr. 14 ff.; solche Regelungen finden sich bspw. in USA: § 2-201 Abs. 1 UCC; Frankreich: Art. 1341 Code civile. Vgl. auch Schwenger/Hachem/Kee (o. Fußn. 7), Rdnr. 22.09 ff.

⁸⁹ Vgl. Schwenger/Tebel, Das Wort ist nicht genug – Schieds-, Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln unter dem CISG, in: Mankowski/Wurmnest, FS Magnus, 2014, S. 319, 328, in Fußn. 51 mit Ausführungen zu den unterschiedlichen Positionen der Delegierten während der Erarbeitung des CISG.

⁹⁰ Die Vertragsstaaten, die ursprünglich eine Art. 96 CISG Deklaration abgegeben haben: Argentinien, Armenien, Chile, China (zurückgezogen), Estland (zurückgezogen), Lettland (zurückgezogen), Litauen (zurückgezogen), Paraguay, Russische Föderation, Ukraine, Ungarn, Weißrussland.

⁹¹ So Piltz (o. Fußn. 17), § 2 Rdnr. 130.

⁹² Perales Viscasillas/Ramos Muñoz (o. Fußn. 6), S. 1355, 1370.

⁹³ Vgl. Schroeter, UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verhältnis und Wechselwirkungen, 2005, § 14 Rdnr. 45; Rauscher, Zuständigkeitsfragen zwischen CISG und Brüssel I, in: Lorenz et al., FS Heldrich, 2005, S. 933, 950.

⁹⁴ Für eine umfassende Übersicht s. Schwenger/Tebel (o. Fußn. 89), S. 319, 329.

⁹⁵ Rs. „Filanto S. p. A. v. Chilewich Int'l Corp.“, S. D. N. Y., 14.4.1992, CISG-online 45, 789 F.Supp. 1229; LG Hamburg, 19.6.1997, CISG-online 283; Tribunal Supremo (Spanien), 17.2.1998, CISG-online 1333; Tribunal Supremo (Spanien), 17.2.1998, CISG-online 1335; Koch (o. Fußn. 78), S. 267, 282.

⁹⁶ Rechtbank Arnhem, 17.1.2007, CISG-online 1476; Rs. Filanto S. p. A. v. Chilewich International Corp., S. D. N. Y., 14.4.1992, CISG-online 45; Rechtsprechung zu Gerichtsstandsklauseln: Cass (1re Ch. civ.), 16.7.1998, CISG-online 344; CA Paris, 13.12.1995, CISG-online 312; Rs. „Solea LLC v. Hershey Canada Inc.“, D. Del., 9.5.2008, CISG-online 1769; Rs. „Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabate USA Inc., Sabate S. A.“, 9th Cir., 5.5.2003, CISG-online 767; Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19.11.1996, CISG-online 323, Erw. 4.4. ff.; OLG Oldenburg, 20.12.2007, CISG-online 1644; OLG Köln, 24.5.2006, CISG-online 1232; OLG Braunschweig, 28.10.1999, CISG-online 510; LG Landshut, 12.6.2008, CISG-online 1703, Erw. 31 ff.; LG Gießen, 17.12.2002, CISG-online 766 (obiter); vgl. auch Rs. „Chateau Des Charmes Wines Ltd. v. Sabate, USA Inc. et al.“, Superior Court of Justice Ontario, 28.10.2005, CISG-online 1139, Erw. 13; offengelassen von OLG Düsseldorf, 30.1.2004, CISG-online 821.

⁹⁷ Anwendung des CISG auf Streitbelegungsklauseln: Magnus, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Wiener Kaufrecht (CISG), 2005, Vorbem. zu Art. 14 ff. Rdnr. 8; Schwenger/Hachem, (o. Fußn. 32), Art. 4 Rdnr. 11; Schroeter, (o. Fußn. 78), vor Art. 14-24 Rdnr. 18, 19, ebenso bei Gerichtsstandsklauseln: Schroeter (o. Fußn. 93), § 15 Rdnr. 24; a. A. Kröll, (2005) 25 J. L. & Comm. 39, 44 ff.; so wohl auch Rauscher (o. Fußn. 93), S. 933, 949 f.

stellt sich die Frage, ob das unvereinlichte Recht oder – soweit sich der Schiedsort in einem Vertragsstaat befindet – das CISG anzuwenden ist. Befürworter der Anwendung unvereinlichteten Rechts weisen vor allem auf die Parallele zu Schiedsvereinbarungen, die außerhalb eines Vertrags geschlossen werden, hin.⁹⁸ Für diese käme immer nur das unvereinlichte und nie das CISG zur Anwendung. In eine ähnliche Richtung weist jüngst ein dictum in einer Entscheidung des BGH zu einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 EuGVVO.⁹⁹

Jedenfalls für Schiedsgerichte scheint diese Argumentation nicht überzeugend. Wie oben ausgeführt, wenden Schiedsgerichte das CISG als Sachrecht nicht auf Grund völkerrechtlicher Verpflichtung an, wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind, sondern sie stellen mangels expliziter Rechtswahl grundsätzlich auf das Recht des engsten Zusammenhangs ab. Diese Regel gilt nicht nur für die Auswahl zwischen verschiedenen nationalen Rechten, sondern sie muss jedenfalls entsprechend auch dann angewandt werden, wenn es bei der Bestimmung des auf die Schiedsklausel anwendbaren Rechts um die Frage der Anwendung unvereinlichteten oder vereinlichteten Rechts ein und derselben Rechtsordnung geht. Regelmäßig wird vereinlichtetes Vertragsrecht eine nähere Beziehung zu einem internationalen Sachverhalt, der seinerseits dem CISG unterliegt, besitzen als nicht vereinlichtetes Vertragsrecht und deshalb vorzuziehen sein.

Und selbst wenn man dem primär französischen Ansatz folgt, dass Schiedsvereinbarungen keinem nationalen Recht, sondern einem wie auch immer gearteten transnationalen Recht zu unterwerfen sind, drängt sich das CISG als einzige transnationale Vertragsregelung geradezu auf.

5. Auslegung

Materielle Gültigkeit und Auslegung einer Vereinbarung hängen eng miteinander zusammen. Die Frage, worüber sich die Parteien geeinigt haben, kann nicht getrennt und anders behandelt werden als die Frage, ob sich die Parteien überhaupt geeinigt haben. Dies gilt allgemein, aber vor allem im Hinblick auf die Frage, auf welche Tatsachen für die Auslegung von Parteiverhalten zurückgegriffen werden kann. So kennen viele anglo-amerikanische Rechtsordnungen die sog. parol evidence rule,¹⁰⁰ wonach grundsätzlich nicht auf mündliche Nebenabreden für die Auslegung eines schriftlichen Vertrags zurückgegriffen werden kann.¹⁰¹ Das CISG hingegen lässt in Art. 8 Abs. 3 CISG explizit einen Rückgriff auf Verhandlungen zwischen den Parteien, Gepflogenheiten, Gebräuche und späteres Verhalten zu. Die anglo-amerikanische parol evidence rule ist damit im Bereich des CISG nicht anwendbar.¹⁰² Friktionen wären vorprogrammiert, wenn man materielles Abschlussrecht und Auslegungsprinzipien nicht derselben Rechtsordnung unterwirft. Im Ergebnis gilt auch hier, dass das CISG gerade für den internationalen Verkehr angemessenere Lösungen bereithält als viele nationale Vertragsrechte.¹⁰³

Eine andere Situation mag vorliegen, wenn das anwendbare Schiedsrecht besondere Auslegungsregeln nur und exklusiv für Schiedsvereinbarungen bereithält.¹⁰⁴ Derartige Regelungen gehen, wie auch bereits für Formvorschriften oben dis-

kutiert, allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen als *lex specialis* vor.¹⁰⁵

6. Rechtsbehelfe bei Verletzung der Schiedsabrede

Als letztes sei die Frage möglicher Rechtsbehelfe bei Verletzung einer Schiedsvereinbarung diskutiert. Kann eine Partei Schadensersatz verlangen, wenn die andere Partei unter Verletzung der Schiedsvereinbarung ein staatliches Gericht anruft? Kann dies unter Umständen ein Recht zur Aufhebung des gesamten Vertrags nach sich ziehen? Wiederum geben die Schiedsrechte auf diese Frage keine Antwort.

Schiedsvereinbarungen wie auch Gerichtsstandsvereinbarungen stellen nicht nur prozessrechtliche Vereinbarungen dar, sondern begründen auch vertragliche Verpflichtungen,¹⁰⁶ deren Verletzung zu vertraglichen Rechtsbehelfen führt. Dem entsprechend muss auch hier in nationalen Vertragsrechten nach einer Lösung gesucht werden. Wiederum stehen das Recht am Schiedsort und das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht zur Verfügung. Ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz hat jüngst einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Schiedsabrede auf schweizerisches Obligationenrecht gestützt.¹⁰⁷ Das *schweizerische Bundesgericht* hat diesen Entscheid geschützt.¹⁰⁸

Ausgangspunkt der Überlegungen sollten die berechtigten Erwartungen der Parteien sein. Es würde auf Unverständnis stoßen, wenn eine Verletzung der Pflichten aus dem Hauptvertrag mit anderen Rechtsfolgen belegt würde, als eine solche der Schiedsvereinbarung.¹⁰⁹ Im Ergebnis ist daher eine Kongruenz zum Hauptvertrag anzustreben, sei es dass man unmittelbar auf die *lex causae* abstellt oder diese jedenfalls bei Anwendung des Sitzrechts im Hinblick auf die Wahl zwischen vereinlichtetem und nicht vereinlichtetem Vertragsrecht berücksichtigt.¹¹⁰

98 Kröll, (2005) 25 J. L. & Comm. 39, 45.

99 BGH, U. v. 25.3.2015 – VIII ZR 125/14, CISG-online 2588, Erw. 23.

100 Bspw. USA: § 2-202 UCC; Singapur: Evidence Act 1997, s. 101; Indian: Evidence Act 1997, s. 99. Bloß noch als widerlegbare Vermutung in England und Wales, vgl. Schwenzer/Hachem/Kee (o. Fußn. 6), Rdnr. 26.47.

101 CISG Advisory Council, Opinion No. 3, Rapporteur Hyland, Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG, Anm. 1.2.3; Schwenzer/Hachem/Kee (o. Fußn. 6), Rdnr. 26.45 ff.

102 Mit einer umfangreichen Übersicht zu Rechtsprechung und Lehre, Schmidt-Kessel, in: Schlechtriem/Schwenzer Kommentar, Art. 8 Rdnr. 32, in Fußn. 183. Zu den Gründen, weshalb die parol evidence rule nicht ins CISG aufgenommen wurde, s. CISG Advisory Council, Opinion No. 3 (o. Fußn. 101), Anm. 2.4. m. w. Nw.: Komplexität, vielen Rechtsordnungen unbekannt und generell stark kritisiert.

103 Vgl. Schmidt-Ahrendts, Belgrade L. Rev. 3 (2011), 211, 220.

104 So kennt bspw. das englische Recht das „liberal construction principle according to the ordinary understanding of businessmen“, s. dazu Collins et al. (o. Fußn. 63), Rdnr. 16-016.

105 Rs. „Premium Nafta Products Ltd. (20th) Defendant et al. v. Fili Shipping Company Ltd. et al.“ [2007] EWCA Civ 20, Erw. 17 f.

106 Vgl. auch Tan, 47 Va. J. Int'l Law (2006-2007), 545, 602.

107 Gabriel, in: Arroyo, Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, 2013, S. 1473, 1475: Anwendung von Art. 97 schweizerisches OR zur Anerkennung des Schadensersatzes.

108 BGER, U. v. 11.2.2010 – 4A_444/2009.

109 So befürwortet auch Schmidt-Ahrendts, Belgrade L. Rev. 3 (2011), 211, 219, die Anwendung von Art. 74 CISG bei einer Verletzung der Schiedsabrede.

110 Für eine Anwendung des CISG: Schmidt-Ahrendts, Belgrade L. Rev. 3 (2011), 211, 219; a. A. Koch (o. Fußn. 78), S. 267, 285; Perales Viscasillas/Ramos Muñoz (o. Fußn. 6), S. 1355, 1346.

IV. Schlussbetrachtung

CISG und internationale Schiedsgerichtsbarkeit haben international in den letzten Jahrzehnten jeweils Erfolgsgeschichte geschrieben. Wie kaum ein anderes Instrument erleichtern und befördern beide den internationalen Handel, indem sie zu mehr Vorhersehbarkeit führen und damit Transaktionskosten senken.

In großem Umfang wenden heute Schiedsgerichte das CISG als materielles Recht auf internationale Kaufverträge an. Obwohl Schiedsgerichte nicht völkerrechtlich bei Vorliegen von dessen Voraussetzungen zur Anwendung verpflichtet sind, bietet sich dieses in vielen Fällen als gewähltes Recht oder auf Grund engsten Zusammenhangs an.

Auch für die Schiedsabrede kommt dem CISG eine große Bedeutung zu. Zwar unterliegen Schiedsvereinbarungen den jeweils aus dem anwendbaren Schiedsrecht folgenden Formbestimmungen; die Formfreiheit des CISG gilt insoweit nicht. Eine wichtige Rolle spielt das CISG jedoch bei der materiellen Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen, ihrer Auslegung sowie zur Bestimmung der Rechtsbehelfe bei Verletzung einer Schiedsvereinbarung.

V. Summary

Both the CISG and as well as arbitration are an international story of success. Hardly any other legal framework promotes the international trade as effectively. This increases legal predictability and simultaneously reduces transaction costs.

Arbitrators apply the CISG on a regular basis as substantive law to international sales contracts. Although

the arbitral tribunals are not obliged to apply the CISG on the basis of public international law, the CISG is applied due to the parties' choice of law or alternatively as suitable law with the closest connection to the dispute.

Further, the CISG plays an important role as the applicable law to the arbitration agreement. Regarding the formal validity, arbitration agreements are governed by the applicable law of the seat; the freedom of form principle of the CISG is thus not applicable. However, the CISG is applicable to all questions of the substantive validity of an arbitration agreement, its interpretation, as well as the remedies available upon a breach of the agreement.



Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M. (Berkeley)



MLaw Florence Jaeger

Dr. Dr. h. c. Georg Maier-Reimer | Myriam Schilling*

Information und Haftung beim Unternehmenskauf

Nutzen und Risiken des Datenraums

Bei größeren Unternehmenskäufen stellt der Käufer die wichtigen Informationen über das Unternehmen meist in einem Datenraum zusammen. Der Beitrag behandelt die damit verbundenen Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Daten im Datenraum verantwortlich ist, ob umgekehrt der Käufer alle im Datenraum verfügbaren Informationen gegen sich gelten lassen muss und ob darüber hinausgehende Offenlegungspflichten vertraglich ausgeschlossen oder beschränkt werden können.

I. Einleitung

Ein Unternehmenskauf kann sich in unterschiedlicher Gestalt vollziehen, entweder dadurch, dass Anteile an dem Unterneh-

mensträger¹ oder in der Form, dass das Unternehmen selbst, d. h. eine wirtschaftliche Funktionseinheit mit ihren Aktiven und Passiven oder jedenfalls wesentlichen Teilen davon, unmittelbar erworben wird. Ist Gegenstand eines Kaufs ein größeres Unternehmen – und bei grenzüberschreitenden Transaktionen dieser Art wird dies die Regel sein –, so entspricht es der Übung, dass nicht nur die Vertragsbeziehungen in mehr oder weniger ausführlichen Vertragswerken geregelt werden, sondern dem Vertragsabschluss eine umfassende Information des Erwerbers durch den Veräußerer oder seinen Berater (wie insbesondere eine Investmentbank) zur Verfügung gestellt

* Die Autoren sind Rechtsanwälte und Partner der Sozietät Oppenhoff & Partner Rechtsanwälte Steuerberater mbB in Köln.

¹ Darüber unter II. 2.