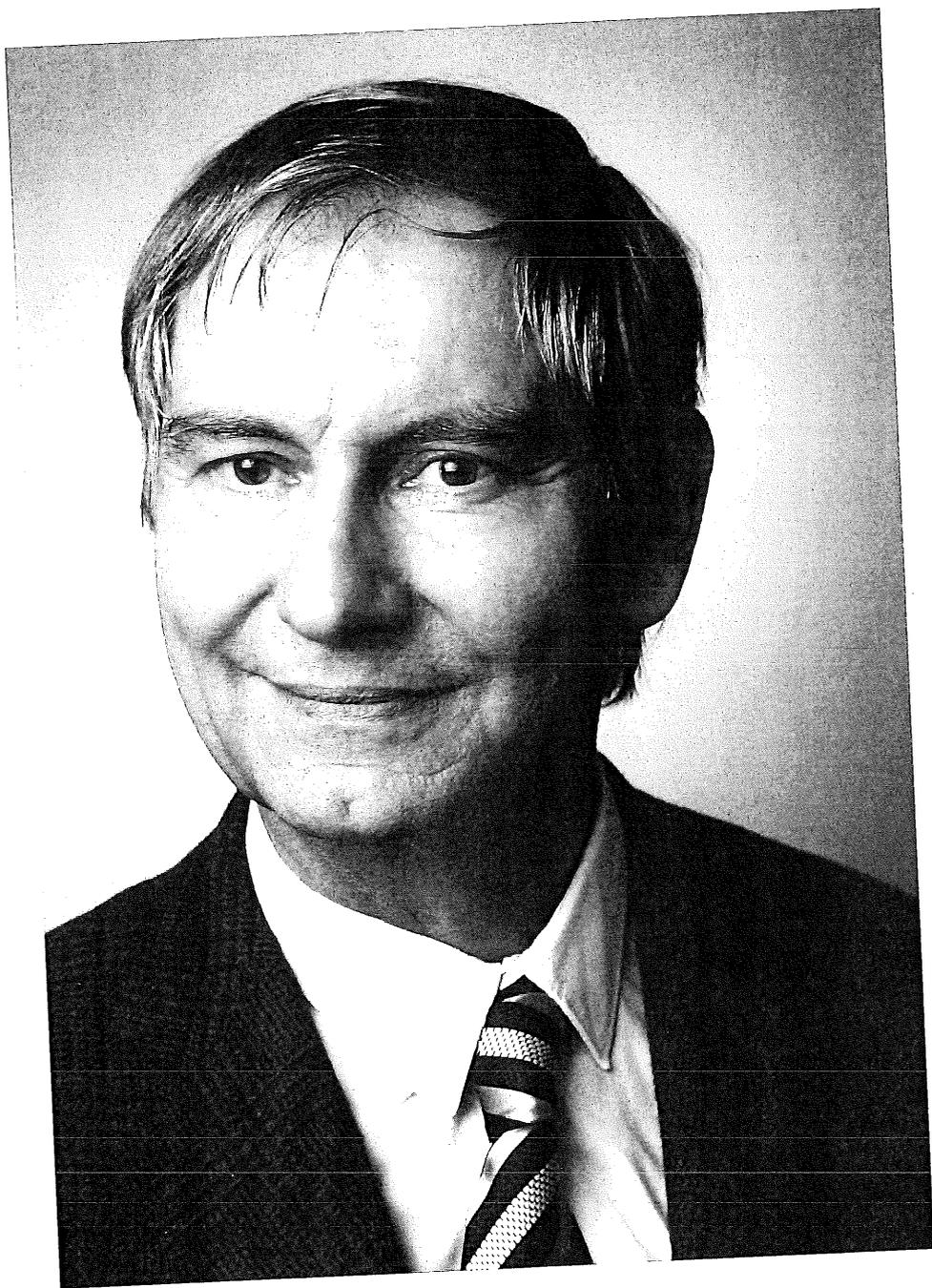


**Festschrift
für
Ulrich Magnus**

zum 70. Geburtstag



Abdullah Kayman

Festschrift für Ulrich Magnus

zum 70. Geburtstag

herausgegeben von
Peter Mankowski
Wolfgang Wurmnest

*Hamburgische
Wissenschaftliche
Stiftung* | | | | S

s|e|l|p
sellier european law publishers

Das Wort ist nicht genug – Schieds-, Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln unter dem CISG

Ingeborg Schwenzer und David Tebel

I. Einleitung

Jüngst schrieb ein bekannter Schiedsrichter, das Erfordernis einer schriftlichen Schiedsvereinbarung sei nach wie vor das größte Hindernis auf dem Weg zur Anerkennung und Durchsetzung eines ausländischen Schiedsspruchs.¹ Um dieses Hindernis zu überwinden, wurden in Rechtsprechung und Literatur eine Vielzahl an Ansätzen vorgeschlagen, einer kreativer als der andere.² Eine der jüngeren Ideen ist es, alle internationalen und nationalen Formerfordernisse in Bezug auf Streitbeilegungsklauseln unter Rückgriff auf ein dem Jubilar in besonderem Maße am Herzen liegendes Rechtsgebiet zu überwinden: Es wurde vorgeschlagen, das in Art. 11 CISG – wie in den meisten nationalen Rechtsordnungen³ – enthaltene Prinzip der Formfreiheit auf Streitbeilegungsklauseln anzuwenden.⁴ Nachfolgend werden die Au-

¹ Wolfgang Kühn, Aktuelle Fragen zur Anwendung der New Yorker Konvention von 1958 im Hinblick auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche – Eine Betrachtung der deutschen Rechtsprechung, *SchiedsVZ* 2009, 53, 55.

² Vgl. z.B. *Zambia Steel v. James Clark*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 225, 226 ff. CA, wo das Gericht entschied, dass die mündliche Einigung unter Bezugnahme auf ein schriftliches Dokument eine schriftliche Einigung darstellt; diese Wertung findet sich mittlerweile auch in s. 5(3) English Arbitration Act 1996: „Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing“; oder *Sphere Drake Insurance PLC v. Marine Towing, Inc., et al.*, U.S. Ct. App. (5th Cir.), 23.3.1994, 16 F.3d 666, wo das Gericht das Komma in Art. II Abs. 2 NYC schlicht ignorierte und zu dem Ergebnis kam, dass sich das Unterschriftenfordernis dieser Vorschrift allein auf Schiedsverträge, nicht aber auf Schiedsklauseln beziehe; eine entsprechende textliche Unklarheit sieht auch C. Ryan Reetz, Recent developments concerning the “writing” requirement in international commercial arbitration: a perspective from the United States, 5 *Spain Arbitration Review* 2009, 29, 34. Vgl. auch Richard Hill, Note – 16 January 1995 – Supreme Court, 14 *ASA-Bulletin* (1996), 488, 492, der das Unterschriftenfordernis der NYC umgehen möchte, indem er annimmt, dass der Austausch eines einzigen Dokuments ohne die Unterschriften der Parteien dann einen „exchange of letters“ im Sinne von Art. II Abs. 2 NYC darstellt, wenn eine Partei das Dokument modifiziert und so ein neues Dokument schaffe, zustimmend Christoph Reithmann/Dieter Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 7. Auflage, Otto Schmidt (2010), Rn. 6680; sowie die häufig vertretene methodisch fragwürdige und wohl allein ergebnisorientierte Auslegung der 1958 New York Convention mittels des 27 Jahre später erarbeiteten 1985 UNCITRAL Model Law on Arbitration, vgl. nur Reithmann/Martiny, Rn. 6680.

³ Vgl. Ingeborg Schwenzer/Pascal Hachem/Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press (2012), Rn. 22.1.

⁴ Insbesondere Robert Koch, The CISG as the Law Applicable to Arbitration Agreements, in Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), *Sharing International Commercial Law across*

toren die Rechtsfragen diskutieren, die dieser Ansatz aufwirft, und die dabei entstehenden Normkonflikte unter Berücksichtigung der Formerfordernisse einerseits und der Ziele des CISG andererseits auflösen.

II. Internationale und nationale Formerfordernisse

Neben teilweise existenten Formerfordernissen für Verträge im Allgemeinen und für Kaufverträge im Speziellen werden häufig Schieds-, Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln Formerfordernissen unterworfen. Vergleichbar ist die Rechtslage bei der privatrechtlichen Verpflichtung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die häufig durch Schriftformerfordernisse für das handelnde Organ begrenzt wird.

1. Schiedsklauseln

Lediglich einzelne Staaten wie Frankreich,⁵ Schweden,⁶ Neuseeland⁷ sowie die kanadischen Provinzen Alberta⁸ und Ontario⁹ stellen keine Formerfordernisse mehr für Schiedsklauseln auf.¹⁰ Die meisten nationalen Schiedsrechte enthalten heutzutage (noch) ein „Schriftlichkeits-“ oder „Schriftformerfordernis“, das häufig mit weiteren Anforderungen wie „Unter-

National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Wildy, Simmons & Hill Publishing (2008), 267-286; *Pilar Perales Viscasillas/David Ramos Muñoz*, CISG & Arbitration, in *Andrea Büchler/Markus Müller-Chen*, Private Law – national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Stämpfli (2011), 1355-1373; *Jeffrey Waincymer*, The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure, in *Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter* (Hrsg.), Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Wildy, Simmons & Hill Publishing (2008), 582, 599; *Janet Walker*, Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement, 25 *Journal of Law and Commerce* 2005-2006, 153-164.

⁵ Art. 1507 französischer Code de procédure civile (CPC).

⁶ *Gary Born*, International Commercial Arbitration, Kluwer (2009), 614.

⁷ S. 7(1) Schedule 1 of the New Zealand Arbitration Act 1996.

⁸ Art. 5(1) Alberta Arbitration Act 1991.

⁹ Art. 5(3) Ontario Arbitration Act 1991.

¹⁰ Vgl. auch die frühere Version von § 1027 Abs. 2 ZPO für Verträge zwischen Kaufleuten; s. 5(3) English Arbitration Act 1996, nach dem ein mündlicher Abschluss unter Bezugnahme auf ein schriftliches Dokument als schriftliche Einigung gilt; s. 81(1)(b) English Arbitration Act 1996, nach dem mündliche Schiedsklauseln nach common law gültig sein können, das heißt ohne den spezifischen Schutz des Arbitration Act. Ebenso gab es nach niederländischem Recht bis 1986 die Möglichkeit eine Schiedsabrede mündlich zu schließen, vgl. *Toby Landau*, The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement – When “Written” Means “Oral”, in *Albert Jan van den Berg* (Hrsg.), International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series, 2002 London Volume 11, Kluwer Law International (2003), 19, 56. Entsprechendes gilt für belgisches Recht vor 1972, vgl. *Jean-François Poudret/Sébastien Besson*,

schrift“ oder „Austausch schriftlicher Kommunikation“ verbunden wird.¹¹ Beispielsweise fordert § 1031 Abs. 1 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO):

„Die Schiedsvereinbarung muss entweder in einem von den Parteien unterzeichneten Dokument oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Fernkopien, Telegrammen oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen, enthalten sein.“

Weniger strikt ist das Formerfordernis in Art. 178 Abs. 1 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG):¹²

„Die Schiedsvereinbarung hat schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht.“

Der gleiche Ansatz fand sich im 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in dessen Art. 7. 2006 wurde diese Vorschrift jedoch überarbeitet und die genannte Position abgemildert. Art. 7 UNCITRAL Model Law 2006 bietet nunmehr zwei Optionen. Die erste Option erhält das Schriftformerfordernis in Art. 7 Abs. 2 aufrecht, jedoch mit einem erweiterten Verständnis des Schriftlichkeitsbegriffs.¹³ Die zweite Option hingegen hat das Schriftformerfordernis abgeschafft.

Ein jedenfalls auf den ersten Blick recht strenges Schriftformerfordernis enthält Art. II Abs. 1 und 2 New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche 1958 (New York Convention – NYC).¹⁴

(1): „Each Contracting State shall recognize an agreement in writing ...“

(2): „The term ‘agreement in writing’ shall include an arbitration clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.“

Bei näherer Betrachtung jedoch, so wurde überzeugend argumentiert, stellt sich heraus, dass Art. II Abs. 2 NYC lediglich einen Maximal- nicht jedoch einen Minimalstandard enthält.¹⁵

Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, Thomson Sweet & Maxwell u. a. (2007), Rn. 191.

¹¹ *Born* (Fn. 6), 580.

¹² Wobei § 1031 Abs. 2 ZPO liberaler als Art. 178 Abs. 1 IPRG ausdrücklich die Berufung auf die Verkehrssitte zulässt.

¹³ Bemerkenswerterweise enthält die 2006er Version dieser Vorschrift kein Unterschriftenfordernis mehr.

¹⁴ Sehr ähnlich: Art. I Abs. 2 lit. a) Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit 1961; Art. 1 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration 1975.

¹⁵ *Gerold Herrmann*, Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? – The 1998 Freshfields Lecture, (1999) 15 *Arb. Int.*, 211, 217; Departmental Advisory Committee on Arbitration Law (DAC), Report on Arbitration Bill 1996, February 1996, Rn. 34; *Walker* (oben Fn. 4), 163 f.; a. A. *Chloe Y Fishing Co., Inc., et al. v. Odyssey Re (London) Limited, et al.*, 26.4.2000, S.D.

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls bedeutsam, dass sich die New York Convention an ihre Mitgliedsstaaten und nicht etwa direkt an die Parteien einer Schiedsabrede richtet. Mithin fordert die New York Convention nicht, dass Schiedsklauseln unterzeichnet werden oder in einem Briefwechsel enthalten sind, sondern setzt lediglich das maximal zulässige Schriftformerfordernis der Schiedsrechte ihrer Mitgliedsstaaten fest.

Dieses Verständnis, dass die Merkmale in Art. II Abs. 2 NYC nicht abschließend sind, wurde auch von UNCITRAL selbst in einer Empfehlung zur Auslegung des Formerfordernisses der New York Convention übernommen.¹⁶ Weiterhin wird dort empfohlen, die Meistbegünstigungsklausel in Art. VII Abs. 1 NYC auch in Bezug auf die Gültigkeit von Schiedsabreden anzuwenden.¹⁷ In Kombination führen diese beiden Empfehlungen dazu, dass die New York Convention von ihren Mitgliedstaaten verlangt, alle Schiedsabreden anzuerkennen und durchzusetzen, die den jeweiligen nationalen Schiedsrechten entsprechen, die jedoch wiederum keine strengere als die in Art. II Abs. 2 NYC definierte Form fordern dürfen. Demnach gilt eine Schiedsabrede als formgültig, selbst wenn sie nicht unter den strengen Schriftlichkeitsbegriff des Art. II Abs. 2 NYC fällt, aber nach dem – in aller Regel weniger strengen – Schiedsrecht des Staates, dessen Gericht die Wirksamkeit der Schiedsabrede beurteilt, formwirksam ist.¹⁸

2. Gerichtsstandsklauseln

In der Regel müssen Gerichtsstandsklauseln im internationalen Kontext „schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung“ abgeschlossen werden, es sei denn, dass Gepflogenheiten oder Gebräuche einen weniger strengen Standard aufstellen. Diese Anforderungen

Cal., 109 F.Supp.2d 1236, mit berechtigter Kritik von *Landau* (oben Fn. 10), 68; *Albert Jan van den Berg*, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law (1994), 178 ff.; *Albert Jan van den Berg*, *The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas*, (1996) ASA Special Series No. 9, 25, 44 f. (wenn auch mit erheblichen Zweifeln); *Gerhard Wagner*, *Prozessverträge – Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck (1998), 386; vgl. auch *BGer*, 5.11.1985, 111 Ib 253, 254 f. (allerdings unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. VII NYC, auf den sich die Parteien jedoch nicht beriefen).

¹⁶ 2006 Recommendation regarding the interpretation of Article II(2) and Article VII(1) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its 39th session.

¹⁷ Zweifelnd: *Landau* (oben Fn. 10), 73. Vgl. auch Art. I Abs. 1 lit. a Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit 1961 wonach „Schiedsvereinbarung“ ... im Verhältnis zwischen Staaten, die in ihrem Recht für Schiedsvereinbarungen nicht die Schriftform fordern, jede Vereinbarung, die in den nach diesen Rechtsordnungen zulässigen Formen geschlossen ist.“

¹⁸ *Emmanuel Gaillard/John F. Savage*, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law (1999), Rn. 614; *Margaret L. Moses*, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press (2008), 24; a.A. *Poudret/Besson* (oben Fn. 10), Rn. 74.

finden sich unter anderem in Art. 23 Abs. 1 der Brüssel I Verordnung¹⁹ und in Art. 23 Abs. 1 des Lugano Übereinkommens.²⁰ Ähnlich verlangt auch § 38 Abs. 2 der deutschen ZPO, dass die Vereinbarung „schriftlich abgeschlossen oder, falls sie mündlich getroffen wird, schriftlich bestätigt“ wird. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des schweizerischen IPRG setzt voraus, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung „schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht“ geschlossen wird. Schließlich besagt die 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements²¹ in ihrem Art. 3 lit. c), dass eine Gerichtsstandsvereinbarung „concluded or documented – i) in writing; or ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference“ sein muss.

3. Rechtswahlklauseln

Obwohl für Rechtswahlklauseln selten direkte Schriftformerfordernisse existieren, müssen sie häufig „ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben.“²² Weitere Anforderungen können durch das gekorene Recht aufgestellt werden²³ oder teilweise alternativ, wenn die Parteien sich bei Abschluss der Vereinbarung im gleichen Staat aufhielten, durch das Recht des Staates, in dem die Vereinbarung geschlossen wurde,²⁴ oder, wenn die Parteien sich zu diesem Zeitpunkt nicht im gleichen Staat aufhielten, durch die Rechte der Staaten, in denen sich die Parteien bei Abschluss aufhielten oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.²⁵

4. Verpflichtung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Stellvertretung

Häufig werden Schriftformerfordernisse für Handlungen von Organen aufgestellt, die die juristische Person des öffentlichen Rechts, für die das Organ handelt, vertraglich binden

¹⁹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; vgl. auch die Neufassung Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung). Der Inhalt von Art. 23 Abs. 1 wurde dabei nicht verändert, vgl. Art. 25 Abs. 1 der Neufassung.

²⁰ 1988 Lugano Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

²¹ Dieses Übereinkommen wurde bisher von der Europäischen Union sowie von den Vereinigten Staaten von Amerika unterzeichnet und von Mexiko ratifiziert, ist jedoch noch nicht in Kraft getreten.

²² Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I); Art. 116 Abs. 2 Satz 1 schweizerisches IPRG.

²³ Art. 11 Abs. 1, 2 Rom I Verordnung; Art. 116 Abs. 2 Satz 2 schweizerisches IPRG.

²⁴ Art. 11 Abs. 1 Rom I Verordnung.

²⁵ Art. 11 Abs. 2 Rom I Verordnung.

sollen.²⁶ Ebenso ist es in den meisten Stellvertretungsrechten möglich, die Vertretungsmacht des Vertreters in formeller Hinsicht dahin zu beschränken, dass eine wirksame Verpflichtung des Geschäftsherren nur eintritt, wenn eine gewisse Form, in der Regel Schriftform, eingehalten wurde.²⁷

III. Der Grundsatz der Formfreiheit nach dem CISG

Um zu beurteilen, ob der Grundsatz der Formfreiheit nach dem CISG die genannten Form-erfordernisse ausschließt, müssen der Regelungsbereich des CISG, Sinn und Zweck des Grundsatzes der Formfreiheit und die Spezialnormen zum Verhältnis des CISG zu anderen internationalen Vereinbarungen auf globaler oder regionaler Ebene berücksichtigt werden.

1. Regelungsbereich – Art. 4 CISG

Gemäß Art. 4 Satz 1 CISG regelt das CISG „ausschließlich den Abschluss des Kaufvertrages und die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers“.

Aus dieser Vorschrift schließen manche Autoren, dass weder der Abschluss einer Schiedsabrede, noch die aus ihr erwachsenden Rechte und Pflichten der Parteien vom CISG geregelt werden.²⁸ Als Begründung wird angeführt, dass eine Schiedsabrede kein Kaufvertrag im Sinne des Art. 4 Satz 1 CISG sei. Stattdessen unterwerfen die Verfechter dieser Ansicht alle Fragen im Zusammenhang mit der Schiedsvereinbarung dem subsidiär anwendbaren nationalen Recht des Forumstaates. Teilweise wird das gleiche Ergebnis unter Berufung auf das Prinzip der Autonomie der Schiedsabrede erreicht.²⁹

Entsprechend befürworten einige Autoren in Bezug auf Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln die Anwendung der *lex fori* statt der *lex causae*.³⁰

²⁶ Z.B. die deutschen Gemeindeordnungen: § 54 Abs. 1, 2 Baden-Württemberg; § 38 Abs. 2 Bayern; § 67 Abs. 2-5 Brandenburg; § 71 Abs. 2 Hessen; § 38 Abs. 6 Mecklenburg-Vorpommern; § 63 Abs. 2-4 Niedersachsen; § 64 Nordrhein-Westfalen; § 49 Rheinland-Pfalz; § 62 Saarland; § 60 Sachsen; § 70 Sachsen-Anhalt; § 51 Abs. 2-4 Schleswig-Holstein; § 31 Abs. 2 Thüringen; § 23 Allgemeines Zuständigkeitsgesetz Berlin; § 46 Abs. 2 Stadtverfassung Bremerhaven; die Folgen des Nichteinhaltens dieser Formvorschriften ist umstritten, vgl. *Ingo Ludwig/Jérôme Lange*, Die Kompetenz der Länder zum Erlass kommunalrechtlicher Formvorschriften für Verpflichtungserklärungen, NVwZ 1999, 136-140. Vgl. auch § 7 Abs. 1 UNCITRAL Model Law on Public Procurement, Official Records of the General Assembly, 66th Session, Supplement No. 17 (A/66/17), annex I.

²⁷ Vgl. Schweiz: *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli (2012), Rn. 42.10; Deutschland: Münchener Kommentar zum BGB/*Jürgen Basedow*, hrsg. von *Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker*, 6. Auflage, München (2012), § 305b BGB, Rn. 14.

²⁸ *Koch* (oben Fn. 4), 285; vgl. auch *Stefan Kröll*, Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application, 25 Journal of Law & Commerce (2005-06), 39, 45 (unter Bezugnahme auf Artt. 1-3 CISG).

²⁹ *Kröll* (oben Fn. 28), 44 f.; a. A. *Perales Viscasillas* (oben Fn. 4), 1368 f.

³⁰ Gerichtsstand: *Frank Vischer/Lucius Huber/David Oser*, Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, Stämpfli (2000), Rn. 1188; Rechtswahl: *Vischer/Huber/Oser*, Rn. 158.

Diese Ansätze überzeugen nicht.³¹ Zum einen ist das CISG nicht nur geeignet, Streitbeilegungsklauseln grundsätzlich sachgerecht zu regeln, vielmehr ist eine solche Anwendung des CISG sogar intendiert. Dies ergibt sich aus der ausdrücklichen Erwähnung dieser Klauseln in Art. 19 Abs. 3 CISG, sowie dem dieser Vorschrift zugrunde liegenden Zweck.³² Gemäß dieser Vorschrift stellt die Ergänzung der Offerte um eine Streitbeilegungsklausel eine wesentliche Änderung eines Angebots dar. Eine derartige Ergänzung als wesentliche Änderung zu qualifizieren setzt jedoch voraus, dass die Streitbeilegungsklausel als Teil des Kaufvertrags angesehen und damit vom Regelungsbereich des CISG erfasst wird. Fiele eine solche Klausel nicht in den Regelungsbereich des CISG, würde ihre Hinzufügung keine Änderung des ursprünglichen Angebots darstellen, sondern vielmehr eine Annahme des Angebots zum Abschluss des Kaufvertrags in Verbindung mit dem zusätzlichen Angebot eine Streitbeilegungsvereinbarung zu treffen. Mithin belegt die Erwähnung von Streitbeilegungsklauseln in Art. 19 Abs. 3 CISG, dass diese in den Regelungsbereich des CISG fallen.³³

³¹ Das CISG auf Fragen des Vertragsschluss von Streitbeilegungsklauseln wenden auch an: *Ulrich Magnus*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Wiener Kaufrecht (CISG), Beck (2005), Vorbem. zu Art. 14 ff. CISG, Rn. 8; *Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ingeborg Schwenzer/Pascal Hachem*, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3. Auflage, Oxford University Press (2010), Art. 4, Rn. 11; *Slechtriem/Schwenzer/Ulrich G. Schroeter*, Intro to Arts. 14–24, Rn. 16 f.; *Schiedsabreden: Rechtbank Arnhem*, 17.1.2007, CISG-online 1476; *Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp.*, U.S. Dist. Ct. (S.D. N. Y.), 14.4.1992, CISG-online 45; *Gerichtsstandsklauseln: Ulrich G. Schroeter*, UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verhältnis und Wechselwirkungen, Sellier (2005), § 15, Rn. 24; *Cour de Cassation*, 16.7.1998, CISG-online 344; *Cour d'appel Paris*, 13.12.1995, CISG-online 312; *Solea LLC v. Hershey Canada Inc.*, U.S. Dist. Ct. (D. Del.), 9.5.2008, CISG-online 1769; *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabate USA Inc., Sabate S.A.*, U.S. Ct. App. (9th Cir.), 5.5.2003, CISG-online 767; *Gerechthof 's-Hertogenbosch*, 19.11.1996, CISG-online 323, unter 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, unter 31 ff.; *LG Gießen*, 17.12.2002, CISG-online 766 (obiter); vgl. auch *Chateau Des Charmes Wines Ltd. v. Sabate, USA Inc. et al.*, Superior Court of Justice Ontario, 28.10.2005, CISG-online 1139, unter 13; offengelassen von *OLG Düsseldorf*, 30.1.2004, CISG-online 821. A. A. *Kröll* (oben Fn. 28), 44 f.; wohl auch *Cámara Nacional en lo Comercial*, 14.10.1993, 45626/1993, UNILEX (Begründung nicht veröffentlicht); *Thomas Rauscher*, Zuständigkeitsfragen zwischen CISG und Brüssel I, in *Stephan Lorenz/Alexander Trunk/Horst Eidenmüller/Christiane Wendehorst/Johannes Adolff*, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 933, 949 f.

³² *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz* (oben Fn. 4), 1366; *Anne-Kathrin Schluchter*, Die Gültigkeit von Kaufverträgen unter dem UN-Kaufrecht, Nomos (1996), 93.

³³ Dieses Ergebnis wird nicht dadurch beeinflusst, dass während der Ausarbeitung des CISG ein Vorschlag von Mexiko, Panama und Peru, einen Artikel zur Streitbeilegung aufzunehmen (A/CONF.97/L.19, Official Records, 174), als „outside the competence of the Conference“ abgelehnt wurde, vgl. Official Records, 228. Der vorgeschlagene Artikel war allein mit Fragen der Zuständigkeit und des Schiedsverfahrens selbst befasst. Vertragliche Fragen wurden weder in dem vorgeschlagenen Artikel noch in der diesbezüglichen Diskussion angesprochen.

Einige Autoren stützen sich in dieser Hinsicht auch auf Art. 81 Abs. 1 CISG, wonach die Aufhebung des Vertrags Streitbeilegungsklauseln nicht berührt.³⁴

Zum anderen regeln Spezialvorschriften bezüglich Schieds-, Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln üblicherweise einzig formelle Erfordernisse. Dies trifft insbesondere auf die Vorschriften der *lex arbitri* zu, die grundsätzlich keine Regelungen zum Vertragsschluss als solchen enthält. Wäre die *lex fori* maßgeblich für die materielle Wirksamkeit von Streitbeilegungsklauseln, müsste deshalb auf das allgemeine Vertragsrecht zurückgegriffen werden. Ein solches Vorgehen stünde jedoch im Widerspruch zu der völkervertragsrechtlichen Pflicht, das CISG innerhalb seines autonom zu bestimmenden Regelungsbereichs vorrangig zur Anwendung zu bringen.

Darüber hinaus ist weitgehend anerkannt, die *lex causae* auf Fragen der materiellen Wirksamkeit von Streitbeilegungsklauseln anzuwenden.³⁵ Diesem Ansatz folgen auch Artt. 3 Abs. 5, 10 Rom I Verordnung und Art. 116 Abs. 2 Satz 2 schweizerisches IPRG³⁶ mit Blick auf Rechtswahlklauseln sowie Stimmen in Rechtsprechung und Literatur mit Blick auf Gerichtsstandsklauseln.³⁷ In der Konsequenz ist die materielle Wirksamkeit von Streitbeilegungsklauseln vom Regelungsbereich des CISG erfasst.

Schließlich lässt sich nicht argumentieren, die hier untersuchten Klauseln seien prozessualer Natur,³⁸ das CISG regle jedoch nur materielle Aspekte.³⁹ Mittlerweile ist anerkannt, dass das CISG seinen Regelungsbereich autonom bestimmt, unabhängig davon, ob gewisse Aspekte vom nationalen Recht als prozessual oder materielle eingeeordnet werden.⁴⁰ Im Übrigen wurde überzeugend herausgearbeitet, dass die strikte Trennung zwischen prozessualen und materielle Aspekten grundsätzlich „outdated“ ist.⁴¹

³⁴ *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz* (oben Fn. 4), 1366; *Walker* (oben Fn. 4), 163; *Schluchter* (oben Fn. 32), 91.

³⁵ Für Schiedsabreden: *BGH*, 3.5.2011, NJW-RR 2011, 1350, 1353; *BGH*, 20.1.1986, NJW 1986, 1438, 1439; a. A. *Reinhold Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Otto Schmidt (2009), Rn. 3789 (*lex arbitri*, jedoch subsidiär *lex causae*).

³⁶ Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht/*Marc Amstutz/Nedim Peter Vogt/Markus Wang*, Hrsg. von *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn (2007), Art. 116, Rn. 33; a. A. *Vischer/Huber/Oser* (oben Fn. 30), Rn. 157 f.

³⁷ *BGH*, 18.3.1997, NJW 1997, 2885, 2886; *BaslerKomIPRG/Pascal Grolimund* (oben Fn. 36), Art. 5, Rn. 39; a. A. *Geimer* (oben Fn. 35), Rn. 1677.

³⁸ Vgl. zur umstrittenen Frage der Rechtsnatur von Schiedsabreden: *Wagner* (oben Fn. 15), 578 ff. (prozessual); *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz* (oben Fn. 4), 1366 (materielle); *Vischer/Huber/Oser* (oben Fn. 30), Rn. 1354 (gemischt).

³⁹ Vgl. für diese Argumentation *Zapato Hermanos S.A. v. Hearthside Baking, Inc.*, 19.11.2002, U.S. Ct. App. (7th Cir.), CISG-online 684: “The Convention is about contracts, not about procedure”; zustimmend: *Harry M. Flechtner/Joseph Lookofsky*, *Viva Zapata! American Procedure and CISG Substance in a U.S. Circuit Court of Appeal*, 7 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2003), 93, 97. Konkret in Bezug auf Streitbeilegungsklauseln siehe *Münch-KommBGB/Westermann* (oben Fn. 27), Art. 4 CISG, Rn. 7.

⁴⁰ Vgl. z.B. Art. 11 Satz 2 CISG. Vgl. weiter *Bruno Zeller*, *Interpretation of Article 74 – Zapato Hermanos v. Hearthside Baking – Where Next?*, *Nordic Journal of Commercial Law* 2004, 1, 7.

⁴¹ CISG-Advisory Council Opinion No. 6 (Rapporteur *John Y. Gotanda*), Comment 5.2.

Die Anwendung des CISG in den untersuchten Fällen ist nicht auf Fragen des Vertragsschlusses nach Artt. 14-24 CISG beschränkt, sondern erfasst auch die Auslegung⁴² von Streitbeilegungsklauseln sowie ihren Bruch und daraus folgende Rechtsbehelfe.⁴³

2. Sinn und Zweck der Formfreiheit – Art. 11 CISG

Der Ausschluss des nationalen Rechts durch das CISG in Bezug auf Abschluss, Auslegung und Bruch von Schieds-, Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln erstreckt sich jedoch nicht notwendigerweise auf internationale oder nationale Normen, die spezifische Formerfordernisse für diese Klauseln aufstellen.⁴⁴ Ob dies der Fall ist, wird wiederum autonom vom CISG bestimmt, insbesondere von dessen Art. 11. Dabei ist besonderes Augenmerk auf das Zustandekommen und den sich daraus ergebenden Sinn und Zweck dieser Vorschrift zu legen.

Der Grundsatz der Formfreiheit war seit den Anfängen der Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Kaufrechts in den 1930ern Gegenstand von Diskussionen.⁴⁵ Über die gesamte Ausarbeitung von EKG,⁴⁶ EAG⁴⁷ und CISG hinweg wurde diesem Grundsatz erbitterter Widerstand entgegen gebracht.⁴⁸ Dieser Widerstand ging von zwei Gruppen von Rechtssystemen aus: Zum einen von den sogenannten ehemaligen sozialistischen Staaten, die ein direktes Formerfordernis zur Kontrolle von internationalen Transaktionen aufstellten,⁴⁹ zum anderen von Rechtssystemen in der Tradition des französischen Rechts und des common law, die ein indirektes, an den Wert der Transaktion anknüpfendes Formerfordernis kennen.⁵⁰ Im Gegensatz dazu wurden Formerfordernisse für die hier untersuchten Klauseln –

⁴² *Rechtbank Arnhem*, 17.1.2007, CISG-online 1476; *OLG Stuttgart*, 15.5.2006, CISG-online 1414; *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabate USA Inc., Sabate S.A.*, U.S. Ct. App. (9th Cir.), 5.5.2003, CISG-online 767; *Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp.*, U.S. Dist. Ct. (S.D. N. Y.), 14.4.1992, CISG-online 45; *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem/Martin Schmidt-Kessel* (oben Fn. 31), Art. 8, Rn. 5.

⁴³ *Nils Schmidt-Ahrendts*, CISG and Arbitration, *Belgrade Law Review* 2011, 211, 218 f. Zu Schadenersatz bei Bruch einer Schiedsabrede, siehe *Olivier Luc Mosimann*, *Anti-suit Injunctions in International Commercial Arbitration*, Eleven (2010), 127 ff.; *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz* (oben Fn. 4), 1366.

⁴⁴ Vgl. zu dieser Differenzierung *Wagner* (oben Fn. 15), 350 f.; *Rauscher* (oben Fn. 31), 950; für Gerichtsstandsklauseln auch *Vischer/Huber/Oser* (oben Fn. 30), Rn. 1183. Diese Unterscheidung wird ignoriert von *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz* (oben Fn. 4), 1369.

⁴⁵ *Ernst Rabel*, *Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, *RabelsZ* 9 (1935), 1, 55 f.

⁴⁶ *Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17.7.1973*, *BGBI.* I, S. 856.

⁴⁷ *Einheitliches Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen vom 17.7.1973*, *BGBI.* I, S. 868.

⁴⁸ Vgl. die Nachweise bei *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (oben Fn. 31), Art. 11, Rn. 1; *Hans Dölle/Gert Reinhart*, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, München: Beck (1976), Art. 15 EKG, Rn. 29; *Ulrich Huber*, *Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, *RabelsZ* 43 (1976), 411, 434.

⁴⁹ Vgl. *Dölle/Reinhart* (oben Fn. 48), Art. 15 EKG, Rn. 14 ff.

⁵⁰ Ein Vertrag mit einem Transaktionswert oberhalb einer gewissen Grenze kann in diesen Rechtsordnungen nicht durch Zeugenaussagen, und mithin nur schriftlich bewiesen werden. In common law

soweit ersichtlich – innerhalb der 50 Jahre währenden Diskussion um den Grundsatz der Formfreiheit kein einziges Mal erwähnt, und das, obwohl sie in den meisten Rechtssystemen existierten und weiterhin existieren. Dies spricht klar dafür, dass nie beabsichtigt wurde, dass Art. 11 CISG Streitbeilegungsklauseln erfasst. Im Gegenteil, während der gesamten Verhandlungen bei Erarbeitung des CISG waren die Delegierten peinlich besorgt, „undesirable effect[s] of impinging upon national rules on jurisdiction“ zu vermeiden.⁵¹

Die Möglichkeit, nach Art. 96 CISG einen Vorbehalt zum Ausschluss der Formfreiheit nach Art. 11 CISG zu erklären, bestätigt diesen Ausgangspunkt. Teilweise wird argumentiert, dass, wäre es beabsichtigt gewesen, die Formfreiheit auf Streitbeilegungsklauseln zu erstrecken, fast alle Mitgliedsstaaten einen Vorbehalt nach Art. 96 CISG hätten erklären müssen,⁵² um ihre diesbezüglichen Formerfordernisse aufrechtzuerhalten.⁵³ Die Entwicklung hat hingegen gezeigt, dass lediglich osteuropäische ehemals sozialistische Staaten, China und einige lateinamerikanische Staaten von dem Vorbehalt des Art. 96 CISG Gebrauch gemacht haben.⁵⁴ Es bestehen allerdings gewisse Zweifel, ob ein solcher Vorbehalt gestützt auf Formerfordernisse für Streitbeilegungsklauseln überhaupt zulässig wäre, da Art. 96 CISG erfordert, dass das nationale Recht des Vorbehaltsstaats alle und nicht nur gewisse Kaufverträge dem Formerfordernis unterwirft.⁵⁵ Während der Ausarbeitung dieses Artikels wurde ein von den Niederlanden eingebrachter Vorschlag, Teilvorbehalte in Bezug auf gewisse Vertragskategorien zu ermöglichen, mit 11 zu 16 Stimmen abgelehnt.⁵⁶ Jedoch unterstreicht die Tatsache, dass während der ausführlichen Diskussionen über diesen Vorschlag keine der hier untersuchten Klauseln auch nur erwähnt wurde, dass die Delegierten nicht die Absicht hatten, die Formfreiheit auf Streitbeilegungsklauseln zu erstrecken: Angesichts der Bedeutung, die die entsprechenden Formerfordernisse in den meisten Rechtsordnungen hatten, ist anzunehmen, dass die Möglichkeit, diese Formerfordernisse durch einen Vorbehalt nach Art. 96 CISG zu wahren, andernfalls wenigstens angesprochen worden wäre. Dies bestätigt, dass es nie Sinn und Zweck des Grundsatzes der Formfreiheit nach Art. 11 CISG war, internationale und nationale Formerfordernisse für Streitbeilegungsklauseln oder Ähnliches zu beeinträchtigen.⁵⁷

Es wird weiterhin argumentiert, dass der *lex specialis* Grundsatz für die Frage der formellen Wirksamkeit von Streitbeilegungsklauseln für einen Vorrang von Art. 11 CISG vor den Formerfordernissen der *lex fori* spreche.⁵⁸ Das Gegenteil trifft jedoch zu: Das spezifische Charakteristikum einer Streitbeilegungsklausel ist ihre Auswirkung auf die Beilegung eines

Systemen geht diese Regel auf das 1677 Statute of Frauds zurück. Siehe für USA § 2-201(1) UCC, für Frankreich Art. 1341 Cc. Vgl. auch *Schwenzer/Hachem/Kee* (oben Fn. 3), Rn. 22.09 ff.

⁵¹ Wie von dem indischen Delegierten *Kuchibhotla* gesagt, Official Records, 369, Rn. 33; ähnlich auch der argentinische Delegierte *Boggiano*, Official Records, 369, Rn. 31; vgl. *Schroeter* (oben Fn. 31), § 6, Rn. 32, Fn. 61. Siehe auch die Diskussionen über den in Fn. 33 erwähnten niederländischen Vorschlag, Official Records, 228.

⁵² Für diese Möglichkeit *Burghard Piltz*, Internationales Kaufrecht, 2. Auflage, Beck (2008), Rn. 2-130.

⁵³ *Schroeter* (oben Fn. 31), § 6, Rn. 32.

⁵⁴ Argentinien, Armenien, Chile, China (zurückgezogen), Estland (zurückgezogen), Lettland (zurückgezogen), Litauen, Paraguay, Russische Föderation, Ukraine, Ungarn, Weißrussland.

⁵⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Hachem* (oben Fn. 31), Art. 96, Rn. 2.

⁵⁶ Vgl. Official Records, 271 ff.

⁵⁷ A. A. *Koch* (oben Fn. 4), 281 (wenn auch zögernd).

⁵⁸ *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz* (oben Fn. 4), 1370 (in Bezug auf Schiedsabreden).

Streits zwischen den Parteien.⁵⁹ Dies ändert sich nicht dadurch, dass die Klausel Teil eines internationalen Kaufvertrags wird. Somit regeln die mit der Form von Streitbelegungsklauseln befassten Vorschriften der *lex fori* spezifischer die Frage der formellen Wirksamkeit dieser Klauseln in internationalen Kaufverträgen als die Vorschriften über internationale Kaufverträge im Allgemeinen.⁶⁰

Die Intention der Konventionsgeber sowie der Vorrang der Formerfordernisse der *lex fori* belegen mithin hinreichend, dass der Grundsatz der Formfreiheit nach Art. 11 CISG Streitbelegungsklauseln in internationalen Kaufverträgen nicht erfasst.⁶¹

Wenngleich die Diskussion sich auf Schieds-, Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln konzentriert, greifen diese Erwägungen in gleichem Maße auch für Formerfordernisse im Rahmen der Verpflichtung juristischer Personen des öffentlichen Rechts und der allgemeinen Stellvertretung. Formerfordernisse für die Verpflichtung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, die strenger sind als für vergleichbare Verpflichtungen privater Personen, knüpfen an die Vertragspartei als solche und nicht an den Kaufvertrag an. Deshalb liegen sie außerhalb des Regelungsbereichs des CISG und werden nicht von Art. 11 CISG berührt.⁶² Dieses Ergebnis wird auch von dem Gedanken gestützt, dass derartige Formerfordernisse

⁵⁹ Für Schiedsabreden: *Bernhard Berger/Franz Kellerhals*, *International Arbitration in Switzerland*, 2. Auflage, Sweet&Maxwell (2010), Rn. 296.

⁶⁰ Vgl. *Schroeter* (oben Fn. 31), § 14, Rn. 45; *Rauscher* (oben Fn. 31), 950.

⁶¹ Vgl. *Staudinger/Magnus* (oben Fn. 31), Art. 90 CISG, Rn. 11; *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Hachem* (oben Fn. 31), Art. 90, Rn. 9; für Schiedsabreden: *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (oben Fn. 31), Art. 11, Rn. 8; *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (oben Fn. 31), Intro to Arts. 14-24, Rn. 18 f.; *MünchKommBGB/Westermann* (oben Fn. 27), Art. 11 CISG, Rn. 4; *OLG Stuttgart*, 15.5.2006, CISG-online 1414; *Schmidt-Ahrendts* (oben Fn. 43), 216; vgl. auch *Koch* (oben Fn. 4), 285 (gestützt auf Art. 4 CISG); für Gerichtsstandsklauseln: *Cour d'appel Paris*, 13.12.1995, CISG-online 312; *Gerechthof's-Hertogenbosch*, 19.11.1996, CISG-online 323, unter 4.5.; *KG Zug*, 11.12.2003, CISG-online 958; *Audiencia Provincial de Navarra*, 27.12.2007, CISG-online 1798; *OLG Oldenburg*, 20.12.2007, CISG-online 1644; *OLG Köln*, 24.5.2006, CISG-online 1232; *OLG Köln*, 21.12.2005, CISG-online 1201; *OLG Düsseldorf*, 30.1.2004, CISG-online 821; *LG Landshut*, 12.6.2008, CISG-online 1703, unter 31 ff.; *LG Gießen*, 17.12.2002, CISG-online 766 (obiter). A. A. für Schiedsabreden *Piltz* (oben Fn. 52), Rn. 2-130; *Walker* (oben Fn. 4), 163; *Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas/Perales Viscasillas*, UN-Convention on the International Sales of Goods (CISG), Beck (2011), Art. 11, Rn. 13; *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz* (oben Fn. 4), 1366; *Waincymer* (oben Fn. 4), 588; *MünchKommBGB/Westermann* (oben Fn. 27), Art. 4 CISG, Rn. 7; *Tribunal Supremo*, 17.2.1998, CISG-online 1333, unter 9; *Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp.*, U.S. Dist. Ct. (S.D. N. Y.), 14.4.1992, CISG-online 45; für Gerichtsstandsklauseln *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Perales Viscasillas* (oben Fn. 61), Art. 11, Rn. 12, Fn. 29; *Solea LLC v. Hershey Canada Inc.*, U.S. Dist. Ct. (D. Del.), 9.5.2008, CISG-online 1769; *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabate USA Inc.*, *Sabate S.A.*, U.S. Ct. App. (9th Cir.), 5.5.2003, CISG-online 767 (beide nehmen Bezug auf Artt. 11, 29 Abs. 1 CISG); vgl. auch *Chateau Des Charmes Wines Ltd. v. Sabate, USA Inc. et al.*, Superior Court of Justice Ontario, 28.10.2005, CISG-online 1139, unter 13.

⁶² A. A. *Schluchter* (oben Fn. 32), 93 ff.; *Huber* (oben Fn. 38), 435; *Jacob Ziegel*, *The Scope of the Convention: Reaching Out to Article One and Beyond*, 25 *Journal of Law & Commerce* 2005-2006, 59, 62 (unklar).

aus der Perspektive des CISG eng mit Stellvertretungsfragen verbunden sind, die eindeutig nicht vom CISG geregelt werden.⁶³

3. Zusammenspiel mit anderen internationalen Instrumenten – Art. 90 CISG

Nach Art. 90 CISG geht das CISG „bereits geschlossenen oder in Zukunft zu schließenden völkerrechtlichen Übereinkünften, die Bestimmungen über in diesem Übereinkommen geregelte Gegenstände enthalten, nicht vor“. Dabei ist es unerheblich, ob das entsprechende internationale Instrument materiell-, prozess- oder konfliktrechtliche Regelungen beinhaltet. Nach allgemeiner Auffassung stellen jedenfalls das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche 1958, das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit 1961, die Inter-American Convention on International Commercial Arbitration 1975, das Rom Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht 1980 und das Lugano Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen 1988/2007 völkerrechtliche Übereinkünfte im Sinne dieser Vorschrift dar, die dem CISG vorgehen. Mithin gelangen die Formvorschriften dieser Übereinkünfte stets zur Anwendung.⁶⁴

Umstritten ist, ob Art. 90 CISG auch im Verhältnis des CISG zu sekundären Rechtssetzungsakten der Europäischen Union, insbesondere Verordnungen und Richtlinien, greift.⁶⁵ Von besonderem Interesse mit Blick auf Formerfordernisse sind die Rom I Verordnung bezüglich Rechtswahlklauseln und die Brüssel I Verordnung bezüglich Gerichtsstandsklauseln. Obgleich beide Verordnungen Nachfolger von internationalen Übereinkünften sind, die ihrerzeit in den Anwendungsbereich von Art. 90 CISG fielen, ist heute zumindest zweifelhaft, ob diese Verordnungen dem CISG vorgehen. Die Anwendung von nationalen Formerfordernissen kann jedenfalls nicht auf Art. 90 CISG gestützt werden.

IV. Die Meistbegünstigungsklausel

In Bezug auf Schiedsabreden wurde kürzlich argumentiert, dass sich die Anwendbarkeit von Art. 11 CISG aus der sog. Meistbegünstigungsklausel ergebe.⁶⁶ Diese Klausel ist in Art. VII Abs. 1 NYC enthalten, nach dem sich jede Partei zur Anerkennung und Durchsetzung eines

⁶³ John O. Honnold/Harry M. Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4. Auflage, Wolters Kluwer (2009), Art. 11, Rn. 127; a. A. Schluchter (oben Fn. 32), 93 ff.

⁶⁴ Dies wird sogar von Unterstützern der Ansicht, dass Art. 11 CISG auf Streitbeilegungsklauseln Anwendung findet, zugegeben: Walker (oben Fn. 4), 163: „admittedly“; Waincymer (oben Fn. 4), 588; Piltz (oben Fn. 52), Rn. 2-130; MünchKommBGB/Westermann (oben Fn. 27), Art. 4 CISG, Rn. 7.

⁶⁵ Vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Slechtriem/Schwenzer/Hachem (oben Fn. 31), Art. 90, Rn. 4 ff.; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Johnny Herre (oben Fn. 61), Art. 90, Rn. 8.

⁶⁶ Walker (oben Fn. 4), 164; Perales Viscasillas/Ramos Muñoz (oben Fn. 4), 1372. Ähnlich schlägt Herrmann (oben Fn. 15), 216 vor, „to allow an oral arbitration clause if the applicable law does not impose any form requirement on the main contract“, ohne jedoch auf Art. VII Abs. 1 NYC Bezug zu nehmen.

Schiedspruchs entweder auf die Vorschriften der New York Convention oder auf jede andere völkerrechtliche Übereinkunft oder sogar das nationale Recht des Durchsetzungsstaates berufen kann, je nachdem, welches für sie günstiger ist. Es scheint die Auffassung der diesen Weg vorschlagenden Autoren zu sein, dass Art. VII Abs. 1 NYC die Anwendung des CISG auf Fragen der formellen Wirksamkeit von Schiedsklauseln gestattet. Es wird sich jedoch zeigen, dass Art. VII Abs. 1 NYC im rechten Licht betrachtet diesen Weg nicht eröffnet.

Art. VII Abs. 1 NYC behandelt zwei Aspekte: Der erste Halbsatz regelt das Verhältnis zwischen der New York Convention und anderen völkerrechtlichen Übereinkünften zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen.⁶⁷ Der zweite Halbsatz erlaubt es der Partei, die den Schiedspruch durchsetzt, sich auf das günstigste Übereinkommen oder Gesetz zu berufen. Beide Halbsätze betreffen allein Übereinkünfte oder Gesetze, die spezifisch die Anerkennung und Durchsetzung von Schiedssprüchen regeln.⁶⁸ Sie betreffen hingegen nicht kaufrechtliche oder allgemeine vertragliche Regelungen. Ob demnach das auf den Hauptvertrag der Parteien anwendbare Recht Formfreiheit gewährt, ist für die formelle Wirksamkeit der Schiedsklausel ohne Bedeutung.⁶⁹ Dasselbe gilt für die Frage, ob das allgemeine Vertragsrecht des Durchsetzungsstaats Formfreiheit gewährt.

Soll beispielsweise ein in der Schweiz erlassener Schiedspruch, der sich auf eine mündlich geschlossene Schiedsabrede stützt, in Frankreich durchgesetzt werden, wo Art. 1507 CPC den mündlichen Abschluss von Schiedsabreden gestattet, erlaubt Art. VII Abs. 1 NYC der durchsetzenden Partei sich auf französisches Schiedsrecht zu berufen. Damit ist die Schiedsabrede wirksam, obgleich sie nicht den engen Schriftlichkeitsbegriff des Art. II Abs. 2 NYC erfüllt.⁷⁰ Will die Partei den Schiedspruch jedoch in Deutschland durchsetzen, wo § 1031 Abs. 1 ZPO verlangt, dass Schiedsabreden schriftlich geschlossen werden, so ist es unerheblich, dass das deutsche allgemeine Vertragsrecht Formfreiheit gewährt. Mithin würde die Durchsetzung des Schiedspruchs verweigert. Dieses Ergebnis ändert sich nicht, wenn

⁶⁷ Diesbezüglich ist Art. X Abs. 7 Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit 1961 vergleichbar.

⁶⁸ Vgl. *van den Berg* (oben Fn. 15, 1994), 81, 118 f.; *van den Berg* (oben Fn. 15, 1996), 44 f. („this solution will only work if the forum has its own rules for referral to international arbitration and enforcement of foreign arbitral awards“); unklar *Karl Heinz Schwab/Gerhard Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage, Beck (2005), Kapitel 44, Rn. 12, die sowohl auf Vertragsrecht als auch auf § 1031 Abs. 1 ZPO Bezug nehmen.

⁶⁹ Nach Art. 9 Abs. 6 des spanischen Ley de Arbitraje ist eine Schiedsabrede im internationalen Kontext wirksam, wenn sie entweder dem von den Parteien als auf sie anwendbar gewählten Rechtsregeln, spanischem Recht oder aber den auf den Streitgegenstand anwendbaren Rechtsregeln entspricht. Wenngleich nicht vollkommen eindeutig, so erscheint es doch als umfasse diese Vorschrift gerade auch die Form der Schiedsabrede. Diese Vorschrift stellt allerdings – soweit ersichtlich – einen Einzelfall dar und sollte dies auch bleiben. Im Gegensatz dazu ist eine Schiedsabrede nach Art. 178 Abs. 2 schweizerisches IPRG zwar ebenfalls wirksam, wenn sie entweder der *lex causae* oder dem Schweizer Recht entspricht. Jedoch ist diese Vorschrift ausdrücklich („im Übrigen“) auf die materielle Wirksamkeit beschränkt.

⁷⁰ Umstritten, aber hier ohne Bedeutung, ist die Folgefrage, ob die Berufung auf ein günstigeres Formerfordernis nach Art. VII Abs. 1 NYC das Schutzregime der New York Convention in toto ausschließt (vgl. *van den Berg* (oben Fn. 15, 1994), 85 ff., oder lediglich eine Ausnahme vom Formerfordernis nach Art. II Abs. 2 NYC darstellt (vgl. *Gaillard/Savage* (oben Fn. 18), Rn. 271.

auf den Hauptvertrag das CISG anwendbar ist oder das CISG Teil des nationalen Rechts des Durchsetzungsstaats ist.

Das CISG regelt nicht die Anerkennung und Durchsetzung von Schiedssprüchen.⁷¹ Somit sieht Art. VII Abs. 1 NYC einen Rückgriff auf das CISG nicht vor und Art. 11 CISG kann nicht das günstigste Recht für die formelle Wirksamkeit der Schiedsklausel sein.

Dieses Ergebnis wird auch durch den zwingenden Charakter der Formerfordernisse der *lex arbitri* bestätigt.⁷² Die Parteien können diese Erfordernisse nicht ausschließen, indem sie ein liberaleres Recht als auf die Schiedsvereinbarung anwendbar vereinbaren. Wenn die Parteien jedoch das CISG nicht als das Recht wählen können, das die formelle Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung regelt, sollte das CISG *a maiore ad minus* auch nicht auf diese Frage angewendet werden, nur weil es *lex causae* ist.

Für Rechtswahlklauseln enthalten Artt. 3 Abs. 5, 11 Rom I Verordnung auf den ersten Blick ebenfalls eine Meistbegünstigungsklausel. Diese erfasst jedoch gerade nicht das Erfordernis der ausdrücklichen oder unmissverständlichen Einigung aus Art. 3 Abs. 1 Rom I Verordnung.⁷³ Im Hinblick auf Gerichtsstandsklauseln und die Verpflichtung juristischer Personen des öffentlichen Rechts sind keine Meistbegünstigungsklauseln ersichtlich.

V. Fazit

Es wird argumentiert, dass sich das Recht zumindest im B2B-Bereich grundsätzlich in Richtung Formfreiheit entwickelt.⁷⁴ Dies wird besonders vehement für Schiedsklauseln vorgebracht.⁷⁵ Teilweise wird festgestellt, dass Kaufleute regelrecht „puzzled“ von der Tatsache

⁷¹ *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer/Hachem* (oben Fn. 31), Art. 90, Rn. 11; *Staudinger/Magnus* (oben Fn. 31), Art. 90 CISG, Rn. 11; Münchener Kommentar BGB/*Peter Huber* (oben Fn. 27), Art. 90 CISG, Rn. 5; *Schroeter* (oben Fn. 31), § 9, Rn. 85 f.

⁷² *Poudret/Besson* (oben Fn. 10), Rn. 294; *Wagner* (oben Fn. 15), 376; *Geimer* (oben Fn. 35), Rn. 3795; *Berger/Kellerhals* (oben Fn. 59), Rn. 393; anders Art. 9 Abs. 6 des spanischen Ley de Arbitraje, der es den Parteien gestattet, das die Wirksamkeit der Schiedsabrede regelnde Recht zu wählen.

⁷³ *Staudinger/Magnus* (oben Fn. 31), Art. 3 Rom I, Rn. 66.

⁷⁴ *Schwenzer/Hachem/Kee* (oben Fn. 3), Rn. 22.7; *Walker* (oben Fn. 4), 155; *Landau* (oben Fn. 10), 48 und 58 (für Gerichtsstandsklauseln).

⁷⁵ *Perales Viscasillas/Ramos Muñoz* (oben Fn. 4), 1367; *Walker* (oben Fn. 4), 165; *Neil Kaplan*, Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? (Sixth Goff Lecture), (1996) 12 *Arb. Int.*, 28, 44; *Gerold Herrmann*, The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts, in *Albert Jan van den Berg* (Hrsg.), *International Arbitration in a Changing World*, ICCA Congress Series, 1993 Bahrain Volume 6, Kluwer Law International (1994), 41, 45; *Herrmann* (oben Fn. 15), 215 f.; *Landau* (oben Fn. 10), 41 ff.; *Alain Redfern/Martin Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet&Maxwell (2004), Rn. 2.13. Vgl. auch die Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards (Miami Draft) von *Albert Jan van den Berg* (verfügbar unter <http://www.newyorkconvention.org/draft-convention>), die kein Schriftformerfordernis mehr enthält. Siehe hingegen *Berger/Kellerhals* (oben Fn. 59), Rn. 413a; Art. 1021 des niederländischen Schiedsrechtsentwurfs, nach dem beabsichtigt ist, das Formerfordernis von einem Beweis- in ein Gültigkeitserfordernis zu ändern, vgl. *Albert Jan van den Berg*, *Toelichting op voorstel tot wijziging van de arbitragewet* (verfüg-

sind, dass sie einen Kaufvertrag unabhängig von seinem Wert mündlich schließen können, aber die dazugehörige Schiedsabrede schriftlich niederlegen müssen.⁷⁶ Wenngleich diese Beobachtung zutreffen mag, muss doch betont werden, dass die Überwindung von unangemessen strengen Formerfordernissen durch die Abschaffung, Anpassung oder Auslegung eben dieser Formerfordernisse zu erfolgen hat und nicht durch ihre Umgehung per unzulässigen Rückgriff auf das CISG oder andere Vertragsrechte.

Das Gesagte gilt ebenso für Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln, obwohl hier die Notwendigkeit die Formerfordernisse herabzusetzen geringer sein dürfte, da sie bereits liberaler sind als diejenigen in Bezug auf Schiedsabreden. Entsprechend müssen, wenn ein entsprechender Anpassungsbedarf gesehen wird, auch die Anforderungen an die vertragliche Verpflichtung juristischer Personen des öffentlichen Rechts selbst herabgesetzt werden. In all diesen Fällen ist das CISG nicht das adäquate Instrument um das gewünschte Ergebnis zu erreichen. Kurz gesagt: Der Zweck heiligt nicht die Mittel.

bar unter <http://www.arbitragewet.nl/downloads/ToelichtingDec2006.pdf>), 13; *Vesna Lazic*, Arbitration Law Reform in the Netherlands: Formal and Substantive Validity of an Arbitration Agreement, 11.1 EJCL 2007, 1, 7 (verfügbar unter <http://www.ejcl.org/111/art111-16.pdf>).

⁷⁶ *Walker* (oben Fn. 4), 155; *Koch* (oben Fn. 4), 276; vgl. auch *Landau* (oben Fn. 10), 46 f. („defeating legitimate commercial expectations“); *Kaplan* (oben Fn. 75), 29 („absurd result“); *Herrmann* (oben Fn. 75), 44 f.