

OLG Stuttgart Beschluß vom 30.7.2010, 1 Sch 3/10**Leitsätze**

Es wurde kein Rechtsmittel zum BGH eingelegt.

Tenor

I. Der am 18.2.2010 in Stuttgart ergangene, im Rubrum durch Berichtigungsbeschluss vom 8.4.2010 berichtigte Schiedsspruch des Einzelschiedsrichters der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) Dr. ... - DIS-SV-B-890/08 - mit dem Wortlaut

„1. Die Schiedsbeklagte wird verurteilt, an die Schiedsklägerin EUR 1 Mio sowie Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszins pro Jahr auf 500.000.-EUR seit dem 2. Januar 2009 und auf weitere 500.000.-EUR seit dem 2. Juli 2009 zu zahlen.

2. Die Schiedsbeklagte wird zudem verurteilt, an die Schiedsklägerin weitere 6.500.-EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5% pro Jahr ab Zustellung des Schiedsspruchs zu zahlen.

wird - unter Zurückweisung des Antrags der Antragsgegnerin, den Schiedsspruch aufzuheben -

für vollstreckbar erklärt.

II. Der Antrag der Antragstellerin, den Schiedsspruch insoweit aufzuheben, als darin die Schiedsklage abgewiesen wurde, wird

zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin 1/3, die Antragsgegnerin 2/3.

IV. Der Beschluss ist vorläufig vollstreckbar.

Streitwert: 1.500.000.-EUR

Gründe**A.**

- 1 Die Parteien streiten über die Vollstreckbarerklärung bzw. Aufhebung eines Schiedsspruchs, den der Einzelschiedsrichter Dr. ... als Schiedsrichter der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) am 18.2.2010 in Stuttgart erlassen hat. Durch den Schiedsspruch wurde die Antragsgegnerin zur Zahlung von 1 Mio EUR an die Antragstellerin nebst Zinsen verurteilt; der weitergehende Antrag, gerichtet auf die Verurteilung zur Zahlung weiterer 500.000.-EUR, wurde abgewiesen. Die Antragstellerin beantragt, den Schiedsspruch im Umfang der Verurteilung für vollstreckbar zu erklären, während die Antragsgegnerin die Zurückweisung des Antrags und die Aufhebung des Schiedsspruchs im Umfang der Verurteilung begehrt. Die Antragstellerin wiederum möchte den Schiedsspruch insoweit aufgehoben und die Sache an den Schiedsrichter zurückverwiesen wissen, als ihr Antrag abgewiesen wurde. Beide Parteien machen im Wesentlichen geltend, der Schiedsrichter habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem er Beweisangebote übergangen bzw. notwendige Hinweise nicht erteilt habe.

I.

- 2
 1. Die Antragsgegnerin hatte als Generalunternehmerin die Errichtung einer Produktions- und Abfüllanlage für die „P ... B...T...“ in St. Petersburg übernommen. Als Kaufpreis waren 40,7 Mio EUR vereinbart, von denen 8 Mio EUR durch Wechsel beglichen werden sollten. Am 17.3.2004 wurde vereinbart, dass Auftraggeberin nicht - wie zunächst vorgesehen - die Fa. W...T..., sondern die Fa. V... Ltd., ein zypriotisches Unternehmen, sein sollte.
- 3 Die Antragstellerin sollte als Subunternehmerin der Antragsgegnerin die Herstellung der Abfüllanlage übernehmen.
- 4 Nach einem Gespräch vom 22.1.2004 bestätigte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26.1.2004 (Bl. 110 d.A.) den Auftrag für eine Vergütung von 10 Mio EUR („Vorab-Bestellung“, vgl. Bl. 112 d.A.). Die

Vergütung sollte durch eine Anzahlung von 2 Mio EUR und fünf weitere Zahlungen von vier Mal 1,5 Mio und einmal 500.000.-EUR entrichtet werden. Der Rest von 1,5 Mio EUR sollte über eine „Promissory note“ der Fa. W...T... Inc.c/o ausgeglichen werden und zwar unter Ausschluss jeglichen Rückgriffs auf die Antragsgegnerin.

- 5 Am 16.4.2004 unterzeichneten die Parteien einen schriftlichen Werkvertrag (K 5-1 Anlagenband), der in § 3 eine Vergütung von 10 Mio EUR vorsieht. § 4 regelt die Zahlungsmodalitäten in Anlehnung an das Schreiben vom 26.1.2004. Demnach waren 2 Mio EUR als Anzahlung zu entrichten, weitere 6 Mio EUR sollten aus einem Akkreditiv in 4 Raten zu je 1,5 Mio gezahlt werden. Weitere 500.000.-EUR waren teils durch Verrechnung mit einem anderen Auftrag, teils durch Zahlung nach Abnahme zu begleichen.
- 6 In § 4.1 Ziff.7 ist bezüglich des Restbetrags von 1,5 Mio EUR bestimmt:
- 7 „Über 1.500.000.-EUR erhält der Unternehmer nach Stellung einer Zahlungsanforderung mit Erfüllungswirkung („an Erfüllung statt“) in Bezug auf die Werkvergütung in Höhe von 1.500.000.-EUR ein „Promissory note“ des Kunden. Eine Haftung des Bestellers ist ausgeschlossen. Der Besteller wird mit der Übergabe von den vertraglichen Zahlungsansprüchen in Höhe von 1.500.000.-EUR frei. Kann ein „Promissory note“ des Kunden trotz Fristsetzung an ihn nicht durch den Besteller übergeben werden, vermindert sich die vereinbarte Werkvergütung um 1.500.000.-EUR. Dem Unternehmer ist das Risiko des „Promissory note“ und das damit eventuell verbundene Verlustrisiko bekannt.“
- 8 Am 11.5.2004 wurde der Vertrag in Ziff.16 um eine Schiedsklausel ergänzt (K 0-1 Anlagenband). Mit Schreiben der Antragstellerin vom 2.6.2004 (Bl. 113 d.A.) wurden die die Zahlung betreffenden Seiten 8 und 9 des Vertrags auf Wunsch der Antragstellerin hinsichtlich der Zahlungstermine geändert (Spätesttermine). Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 8.6.2004 (Bl. 120 d.A.), dem ein Telefonat vom 4.6.2004 der Parteien vorangegangen war, wurden die Raten teilweise modifiziert (ohne Änderung der Regelung in § 4.1.Nr.7). Mit Schreiben vom 25.6.2004 übersandte die Antragsgegnerin schließlich die Austauschseiten 8 und 9 des Vertrags mit den Zahlungsbedingungen unterzeichnet an die Antragstellerin zurück. Sie entsprechen inhaltlich - was Zahlung der letzten Rate betrifft - dem Vertrag vom 16.4.2004 (Bl. 123/124 d.A.).
- 9 2. Im Rahmen der Vertragsdurchführung erhielt die Antragstellerin insgesamt Zahlungen in Höhe von 8,5 Mio EUR. Im September 2005 forderte sie die Antragsgegnerin auf, ihr bis 30.9.2005 Wechsel in Höhe der ausstehenden 1,5 Mio EUR zu übergeben „rechtsverbindlich unterschrieben von der I...“. Im Januar 2006 indossierte die Antragsgegnerin einen am 15.10.2005 von V... unterzeichneten Wechsel über 500.000.-EUR auf die Antragstellerin, den diese knapp drei Wochen später zurückgab, weil er nicht vom „Endkunden“ stamme und daher nicht vertragskonform sei. Nachdem der Wechsel von der Antragsgegnerin wieder an die Antragstellerin zurück gegeben worden war, legte diese ihn im Juni 2008 bei der P... Bank zur Zahlung vor, wo er aber nicht eingelöst wurde.
- 10 Weitere Wechsel wurden nicht übergeben, auch nicht von V... an die Antragsgegnerin. Somit hat die Antragstellerin als Werklohn insgesamt 8,5 Mio EUR erhalten.
- 11 3. Die Antragstellerin hat die ausstehenden 1,5 Mio EUR im Wege der Schiedsklage geltend gemacht (Bl. 211 ff.d.A.). Der Schiedsrichter Dr. ... hat am 26.5.2009 mündlich verhandelt (Protokoll Bl. 125 ff.d.A.) und den Parteien Schriftsatzfristen bis 21.8.2009 (für die Antragstellerin zur Replik) und 20.11.2009 (für die Antragsgegnerin zur Duplik) gesetzt. Erörtert wurde unter anderem, ob es sich bei der Zahlungsklausel in § 4.1 Nr.7 des Werkvertrags um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Antragsgegnerin handele und ob insoweit rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit bestünden. Streitig war ferner, wer als „Kunde“ im Sinne der Zahlungsklausel anzusehen war (V... oder I...).
- 12 Nachdem die Antragsgegnerin die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens bzw. die Zuständigkeit des

Schiedsgerichts gerügt hatte, erließ der Schiedsrichter am 15.6.2009 einen positiven Zwischenbescheid über seine Zuständigkeit, der durch die Antragsgegnerin vor dem Oberlandesgericht Stuttgart angefochten wurde. Der Senat hat den Antrag auf Feststellung der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts mit Beschluss vom 10.9.2009 zurückgewiesen (1 SchH 1/09).

- 13 Mit Schriftsatz vom 20.11.2009 (Bl. 133 ff.d.A.) trug die Antragsgegnerin ergänzend zum Zustandekommen der Zahlungsklausel in § 4.1.Nr.7 vor; sie behauptete unter Benennung mehrerer Zeugen, diese Klausel sei zwischen den Parteien - wie auch mit weiteren Lieferanten - individuell ausgehandelt worden (Bl. 140 ff.d.A.).
- 14 Mit Verfügung vom 3.12.2009 (Bl. 166 ff.d.A.) gab der Schiedsrichter den Hinweis, dass die Frage, ob die Zahlungsbedingungen ausgehandelt wurden und durch wen die „Promissory notes“ zu stellen seien, nur dann näher aufzuklären sei, wenn die jeweils beweisbelastete Partei dazu substantiiert vortrage. Insoweit genüge bei einem Bestreiten der Gegenseite die „schlichte Behauptung des betreffenden Umstandes nicht“ (Bl. 168 d.A.).
- 15 Am 14.12.2009 nahm die Antragstellerin schriftsätzlich Stellung (Bl. 312 ff.d.A.). In der Schiedsverhandlung vom 16.12.2009 (Bl. 171 ff.d.A.) wurden die streitigen Fragen nochmals ausführlich erörtert. Der Schiedsrichter schloss die Verhandlung mit dem Hinweis, dass er auf der Grundlage des Ergebnisses der Verhandlung eine Entscheidung in der Sache oder über das weitere Verfahren treffen werde, nachdem die Parteivertreter auf Nachfrage erklärt hatten, dass keine Punkte mehr offen seien.
- 16 Mit Schriftsatz vom 23.12.2009 (Bl. 174 ff.d.A.) nahm die Antragsgegnerin nochmals zur Frage des „Aushandels“ Stellung und vertrat die Ansicht, dass die Unterlassung einer Beweisaufnahme als Verfahrensfehler anzusehen sei. Sie habe konkret genug behauptet und unter Beweis gestellt, dass über die fragliche Zahlungsregelung im Rahmen der Vertragsverhandlungen und „mannigfaltiger Gespräche“ mit den Mitarbeitern Schw... und Z... mehrfach diskutiert worden sei. Es überspanne die Anforderungen, konkreten Vortrag zu Tag und Stunde der Gespräche zu verlangen. Es verletze die Regeln des fairen Verfahrens, diese Überlegung erst in der mündlichen Verhandlung zu artikulieren.

II.

- 17 Am 18.2.2010 erging der Schiedsspruch (Bl. 4 ff.d.A.), dessen Vollstreckbarerklärung die Antragstellerin beantragt. Die Antragsgegnerin wurde verurteilt, an die Antragstellerin 1 Mio EUR zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszins aus 500.000.-EUR seit 2.1.2009 und aus weiteren 500.000.-EUR seit 2.7.2009. Ferner wurde die Antragsgegnerin verurteilt, weitere 6.500.-EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 % p.a. ab Zustellung des Schiedsspruchs zu zahlen. In Höhe weiterer 500.000.-EUR wurde die Schiedsklage abgewiesen.
- 18 1. Der Schiedsrichter hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, in Höhe von 1 Mio EUR bestehe der Werklohnanspruch fort, weil die Zahlungsklausel in § 4.1 Nr.7, die ein Erlöschen des Anspruchs auch dann vorsehe, wenn Wechsel nicht übergeben werden könnten, gemäß § 307 BGB unwirksam sei.
- 19 Es handele sich hierbei um AGB, die von der Antragsgegnerin gestellt worden seien. Dafür streite der Beweis des ersten Anscheins, den die Antragsgegnerin nicht erschüttert habe. Für das Vorliegen einer vorformulierten Klausel spreche zum einen der Umstand, dass die Antragstellerin an keiner Stelle namentlich erwähnt, sondern sie mit „Unternehmer“ angesprochen werde, während die Antragsgegnerin mit ihrer Firmenbezeichnung (ZIE... L... (Ortsname) GmbH) aufgeführt sei. Zum anderen lasse die Fußzeile der Austauschseiten darauf schließen, dass es noch mehrere gleichlautende Verträge mit Unterteilnehmern gebe. Den Anscheinsbeweis habe die Antragsgegnerin nicht entkräftet, sondern durch den eigenen Vortrag bestätigt. So habe sie die mit anderen Subunternehmern vereinbarten Zahlungsbedingungen vorgelegt, die jeweils Klauseln enthielten, die derjenigen in § 4.1 entsprächen. Die

Regelung sei auch nicht ausgehandelt worden. Die Antragsgegnerin habe nicht bewiesen, dass sie die Klausel in ihrem Kerngehalt ernsthaft zur Disposition gestellt habe. Insoweit habe sie nicht mehr vorgetragen als die abstrakten Voraussetzungen einer individuellen Vereinbarung. Details oder Belege sei sie schuldig geblieben, so dass mangels substantiierten Vortrags eine Vernehmung der angebotenen Zeugen nicht statthaft sei, zumal der Schriftsatz vom 23.12.2009 verspätet eingereicht worden sei. Rechtlich seien die Ausführungen nicht überzeugend, soweit ein Aushandeln bereits mit der Begründung angenommen werde, die Antragstellerin habe die Austauschseiten paraphiert und damit ihr Einverständnis erklärt. Dies genüge auch im kaufmännischen Verkehr nicht, um von einem Aushandeln ausgehen zu können.

- 20 Als AGB sei die fragliche Klausel aber unwirksam, weil sie das Ausfallrisiko des Generalunternehmers einseitig auf den Subunternehmer verlagere, obwohl dieses außerhalb seiner Einflussosphäre liege. Zudem erlösche der Anspruch gegebenenfalls auch dann, wenn der Generalunternehmer den Wechsel nach Ablauf der Frist für den Kunden noch erhalte, was möglich sei, weil der schuldrechtliche Anspruch nicht abgetreten sei.
- 21 2. In Höhe von 500.000.-EUR sei der Vergütungsanspruch aber erloschen, weil die Antragstellerin einen Wechsel der Fa. V... erhalten habe, der als vertragskonforme Leistung an Erfüllung statt anzusehen sei. Die entsprechende Regelung des § 4.1. des Vertrags sei wirksam, weil lediglich das Durchsetzungsrisiko auf die Antragstellerin verlagert werde. Der von V... gegebene Wechsel sei erfüllungstauglich. Der Begriff des „Kunden“, auf den es ankomme, sei im Vertrag nicht definiert. Dort sei nur klargestellt, dass „Endkunde“ die Fa. I...B... sei. Diese begriffliche Differenzierung spreche dagegen, I...B... auch als „Kunden“ anzusehen, weil die Unterscheidung bewusst erfolgt sei. Dafür spreche auch das Schreiben vom 18.6.2004 (Anlage B 8 der Schiedsakte), wo die Antragstellerin die Übergabe von Wechseln des „Endkunden“ statt des „Kunden“ verlangt habe, was zeige, dass sie selbst darin einen Unterschied erkannt habe. Auch das Schreiben vom 2.6.2005 stehe nicht entgegen. Die entsprechende Anlage K 43 (der Schiedsakte), die verspätet vorgelegt worden sei und zurückgewiesen werde, belege nicht, dass die Parteien davon ausgegangen seien, dass I...B... die Wechsel ausstellen solle. Vielmehr könne die dortige Formulierung nahe liegender Weise auch so verstanden werden, dass I...B... die Zahlungsweise von V... beeinflussen könne. Die Antragstellerin habe nicht substantiiert vorgetragen, dass die Parteien Abweichendes besprochen hätten, so dass auch insoweit keine Beweisaufnahme erforderlich sei.
- 22 3. Der Schiedsspruch wurde am 8.4.2010 hinsichtlich der Bezeichnung der Antragsgegnerin berichtigt (Bl. 192 ff.d.A.).

III.

- 23 Mit Schriftsatz vom 1.3.2010, eingegangen beim Oberlandesgericht Stuttgart am 2.3.2010 hat die Antragstellerin die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs beantragt. Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 24.3.2010, eingegangen am selben Tag, beantragt, den Antrag unter Aufhebung des Schiedsspruchs zurückzuweisen. Die Antragstellerin wiederum hat mit Schriftsatz vom 21.4.2010, eingegangen am 26.4.2010, beantragt, den Aufhebungsantrag abzuweisen. Sie hat ihrerseits beantragt, den Schiedsspruch insoweit aufzuheben, als die Schiedsklage abgewiesen wurde. Die Antragsgegnerin schließlich beantragt, diesen Antrag als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise ihn als unbegründet zurückzuweisen (Schriftsatz vom 19.7.2010).
- 24 1. Die Antragsgegnerin macht geltend, der Schiedsspruch sei unter Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangen, weil der Schiedsrichter den Standpunkt vertreten habe, die Antragsgegnerin habe ihrer Darlegungslast hinsichtlich des Vorliegens einer individuellen Vereinbarung nicht genügt und er insoweit auch die angebotenen Zeugen nicht vernommen habe. Hätte der Schiedsrichter die Zeugen vernommen, so hätte seine Entscheidung anders ausfallen können.

- 25 Die Auffassung, die Antragsgegnerin habe nicht substantiiert zu den Verhandlungen der fraglichen Klausel vorgetragen, sei falsch und ignoriere den Vortrag. Die Antragsgegnerin habe dargelegt, wie sich der Vertrag in seinem Inhalt entwickelt habe. So hätten verschiedene Gespräche vor und nach Vertragsschluss am 16.4.2004 stattgefunden, die am 25.6.2004 in eine weitere Vertragsänderung gemündet hätten, indem die Seiten 8 und 9 aus dem ursprünglichen Vertragstext herausgenommen und zwei neue Seiten eingefügt worden seien. Vorangegangen seien die Schreiben vom 2.6.2004 und vom 8.6.2004, welches sich auf ein Gespräch vom 4.6.2004 beziehe.
- 26 Dies alles sei im Schiedsverfahren im Schriftsatz vom 20.11.2009 ausdrücklich vorgetragen worden unter Benennung der Zeugen Gu..., Geh..., Schw... und Z..., die alle zum Gang der Vertragsverhandlungen aus eigener Kenntnis hätten Angaben machen können.
- 27 Soweit der Schiedsrichter in der Verhandlung vom 16.12.2009 die Auffassung vertreten habe, dass eine Beweisaufnahme im Hinblick auf die fehlende Substantiierung des Vortrags nicht zu erfolgen habe, sei dem umgehend schriftsätzlich widersprochen worden mit dem Hinweis, dass in der Übergehung der Beweisantritte ein schwerer Verfahrensfehler liege, der das rechtliche Gehör verletze, zumal der Schiedsrichter an den Sachvortrag Anforderungen stelle, mit denen eine verständige Partei nicht rechnen müsse. Der völlig unbestimmte Hinweis in der Verfügung vom 3.12.2009 lasse nicht erkennen, wo konkret der Schiedsrichter die Defizite im Vortrag gesehen habe. Die Zurückweisung des Vorbringens vom 23.12.2009 verletze den Anspruch auf rechtliches Gehör.
- 28 2. Die Antragstellerin, die den Schiedsspruch im Umfang der Verurteilung verteidigt, ist ihrerseits der Auffassung, der Schiedsrichter habe durch die Teilabweisung der Klage ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sie habe bereits schriftsätzlich zur Begründung, dass nur Wechsel von I...B... erfüllungstauglich gewesen seien, auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 2.6.2005 verwiesen, wo ausgeführt sei, dass sich der Endkunde, I..., Puschkin, gegebenenfalls entscheide, die 7. Rate nicht in Form von Promissory notes zu leisten, sondern durch Zahlung bei kundenseitiger Endabnahme der Gesamtanlage. Dieses Schreiben habe der Schiedsrichter - überraschend und ohne jeden Hinweis - in abwegiger Interpretation dahingehend ausgelegt, dass der Hinweis auch bedeuten könne, dass I...B... als Endkunde die Entscheidung über die Art der Zahlung von V... beeinflussen könne, ohne selbst die Zahlung vorzunehmen. Mit einer so fern liegenden Auslegung habe niemand rechnen müssen, so dass ein Hinweis geboten gewesen wäre. Dann hätte die Antragstellerin näher dargelegt, dass die beabsichtigte Interpretation nicht zutreffe.
- 29 3. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze mitsamt den Anlagen verwiesen. Die Parteien haben die Akten des schiedsgerichtlichen Verfahren in Fotokopie vorgelegt.

B.

- 30 Der Schiedsspruch ist auf Antrag der Antragstellerin gemäß §§ 1060, 1062 Abs.1 Nr.4 ZPO für vollstreckbar zu erklären, weil Aufhebungsgründe i.S. des § 1059 Abs.2 ZPO nicht gegeben sind. Dementsprechend hat der Aufhebungsantrag der Antragsgegnerin keinen Erfolg. Dies gilt aber auch für den Aufhebungsantrag der Antragstellerin. Auch insoweit liegen die Voraussetzungen des § 1059 Abs.2 ZPO nicht vor.

I.

31 **Vollstreckbarerklärung**

- 32 Der Schiedsspruch des Schiedsrichters Dr. ... vom 18.2.2010 ist gemäß § 1060 Abs.1 ZPO für vollstreckbar zu erklären, weil keine Aufhebungsgründe (§ 1059 Abs.2 ZPO) gegeben sind.

- 33 1. Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Stuttgart folgt aus § 1062 Abs.1 Nr.4 ZPO, da die Parteien

als Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens Stuttgart bestimmt haben.

- 34 2. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist durch den Beschluss des Senats vom 10.9.2009 (1 SchH 1/09) rechtskräftig festgestellt.
- 35 3. Aufhebungsgründe i.S. der §§ 1060 Abs.2, 1059 Abs.2 ZPO, die zur Ablehnung der Vollstreckbarerklärung und zur Aufhebung des Schiedsspruchs führten, liegen nicht vor. Insbesondere hat der Schiedsrichter den Anspruch der Antragsgegnerin auf rechtliches Gehör nicht verletzt (§ 1059 Abs.2 Nr.1 b, Nr.2 b ZPO). Er hat weder erheblichen Sachvortrag noch zu berücksichtigende Beweisanträge übergangen und alle gebotenen Hinweise erteilt.
- 36 a) Im Rahmen des Verfahrens auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruch können gemäß § 1060 Abs.2 ZPO zur Begründung eines Aufhebungsantrags nur die in § 1059 Abs.2 ZPO bezeichneten Gründe geltend gemacht werden. Eine darüber hinausgehende inhaltliche Überprüfung des Schiedsspruchs ist den staatlichen Gerichten dagegen versagt (sog. Verbot der „Revision au fond“, vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 28. Auflage, RN 74 zu § 1059, allgemeine Meinung). Dementsprechend kann der Schiedsspruch vom 18.2.2010 inhaltlich nur auf Verstöße gegen das rechtliche Gehör und den ordre public im Übrigen überprüft werden (§ 1060 Abs.1 i.V.m. § 1059 Abs.2 Nr.1 b, Nr.2 b ZPO).
- 37 b) Derartige Verstöße liegen nicht vor.
- 38 aa) Die Antragsgegnerin macht geltend, der Schiedsrichter habe entgegen § 26 DIS-Schiedsordnung und Art. 103 GG) ihren schriftsätzlichen Vortrag zur behaupteten individuellen Aushandlung der Zahlungsklausel (§ 4.1 Nr.7) nicht berücksichtigt und verfahrenswidrig den angebotenen Zeugenbeweis nicht erhoben. Er habe die Anforderungen an die Substantiierung in einer Weise überspannt, mit der sie nicht habe rechnen müssen. Die benannten Zeugen hätten bestätigt, dass die Klausel nicht als allgemeine Geschäftsbedingung von der Antragsgegnerin gestellt wurde, sondern von beiden Parteien ausgehandelt worden sei (§ 305 Abs.1 Satz 3 BGB). Damit aber wäre die Klage abzuweisen gewesen, weil die Wechsel nicht innerhalb der dem Kunden gesetzten Frist vorgelegt worden seien und die Forderung somit nach der vertraglichen Regelung erloschen sei.
- 39 Zumindest hätte der Schiedsrichter einen deutlichen Hinweis erteilen müssen, damit der Vortrag hätte substantiiert werden können. Der in der Verfügung vom 3.12.2009 enthaltene allgemeine Hinweis, dass eine Beweisaufnahme nur erfolge, wenn die jeweils die Darlegungslast tragende Partei substantiiert vortrage, habe nicht erkennen lassen, in welcher Hinsicht der Schiedsrichter den Vortrag für ergänzungsbedürftig gehalten habe.
- 40 bb) Der Schiedsrichter hat den Anspruch der Antragsgegnerin auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Er war weder zu weitergehenden Hinweisen verpflichtet, noch waren die benannten Zeugen zu vernehmen.
- 41 (1) Die Erwägungen des Schiedsrichters zum Anscheinsbeweis, der dafür spreche, dass § 4.1.Nr.7 des Werkvertrags von der Antragsgegnerin für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von ihr in den Vertrag eingeführt worden sei und die Annahme, dass die Antragsgegnerin diesen Anschein nicht entkräftet habe (Schiedsspruch S. 18/19, Bl. 21/22 d.A.), sind der inhaltlichen Überprüfung entzogen (Verbot der Revision au fond). Die Rechtsauffassung ist in der Sache vertretbar und jedenfalls nicht willkürlich. Der Schiedsrichter hat einleuchtend als maßgeblich darauf abgestellt, dass die Bezeichnung der Parteien als „Unternehmer“ auf der einen und „ZIE... L... (Ortsname) GmbH“ auf der anderen Seite für eine vorformulierte Klausel spricht.
- 42 (2) Auch die weitere Annahme, die Antragsgegnerin habe nicht substantiiert dargelegt und nicht bewiesen, dass § 4.1 Ziff.7 i.S. des § 305 Abs.1 Satz 3 BGB individuell ausgehandelt wurde (Schiedsspruch S.19 ff., Bl. 22 ff.d.A.), ist ebenfalls sachlich vertretbar. Sie verletzt die Antragsgegnerin auch nicht in ihrem

Anspruch auf rechtliches Gehör.

- 43 Die Beweislast für den Ausnahmetatbestand des § 305 Abs.1 Satz 3 BGB lag - wie der Schiedsrichter zutreffend angenommen hat - auf Seiten der Antragsgegnerin als Verwenderin der Formalklausel. Sie war daher gehalten, die Tatsachen schlüssig vorzutragen, aus denen sich ein „Aushandeln“ ergeben konnte, während eine Beweisaufnahme nur nach entsprechendem - bestrittenem - Vortrag in Betracht zu ziehen war.
- 44 Wie der Schiedsrichter zutreffend ausgeführt hat, setzte ein „Aushandeln“ grundsätzlich voraus, dass die Antragsgegnerin die fragliche Klausel inhaltlich zur Disposition gestellt hatte und gegebenenfalls bereit war, der Antragstellerin insoweit Gestaltungsfreiheit einräumen. Der Schiedsrichter hat auch zutreffend erkannt, dass im kaufmännischen Verkehr unter Umständen geringere Voraussetzungen bestehen konnten, dass aber in jedem Fall inhaltliche Gespräche über die Klausel erforderlich waren.
- 45 (3) Die Antragstellerin hatte nach diesen Maßstäben die tatsächlichen Voraussetzungen eines „Aushandelns“ nicht schlüssig dargelegt. Insoweit hat der Schiedsrichter die Anforderungen an die Darlegung keineswegs überspannt.
- 46 Die Antragstellerin hatte in ihrem Schriftsatz vom 20.11.2009 (Bl. 140 d.A.) nur die allgemeine Behauptung aufgestellt, die Zahlungsbedingungen seien allesamt sowohl mit der Antragsgegnerin als auch mit weiteren Lieferanten individuell ausgehandelt worden. Sie hat zur Konkretisierung ihres Vortrags auf den Inhalt anderer Subunternehmerverträge verwiesen und die Auffassung vertreten, der Umstand, dass diese anders formuliert seien als die fragliche Klausel, zeige, dass die Parteien über den Inhalt der Bestimmung gesprochen und eine zahlenmäßige Bezifferung vereinbart hätten.
- 47 Aus diesem Vorbringen ergab sich gerade nicht, dass die maßgeblichen Modalitäten der Erfüllung ausgehandelt wurden. Das Vorbringen sprach eher für das Gegenteil.
- 48 Erkennbare Unterschiede zu den vorgelegten Klauseln in den anderen Verträgen bestehen zwar im Hinblick auf die jeweilige Höhe der Schlussrate. Darauf kommt es aber für die Beurteilung nicht entscheidend an. Maßgeblich ist vielmehr, ob auch derjenige Teil der Regelung, wonach die Übergabe von „Promissory notes“ an Erfüllung statt erfolgen und der Anspruch gegebenenfalls bereits dann erlöschen sollte, wenn entsprechende „Promissory notes“ trotz Fristsetzung nicht übergeben würden, zwischen den Parteien ausgehandelt worden war. In diesem Punkt stimmen die Verträge aber wortgleich überein, was eher gegen als für ein „Aushandeln“ der Klausel spricht. Jedenfalls konnte daraus nichts im Sinne der Antragsgegnerin hergeleitet werden.
- 49 Weitere konkrete Tatsachen hat die Antragsgegnerin nicht vorgebracht. Insbesondere hat sie nicht dargelegt, dass, wann, zwischen wem und mit welchem Inhalt die Klausel Gegenstand von Gesprächen war.
- 50 Auch der nachfolgende Schriftsatz vom 23.12.2009 (Bl. 174 ff.d.A.) enthält keinen weitergehenden schlüssigen Sachvortrag. Die Antragsgegnerin hat im Wesentlichen auf den vorangegangene Schriftsatz Bezug genommen. Ergänzend hat sie lediglich behauptet, es hätten „mannigfaltige weitere Gespräche“ mit den Mitarbeitern Schw... und Z... stattgefunden und es überspanne die Substantiierungsanforderungen, konkreten Vortrag zu Tag und Stunde zu verlangen.
- 51 Dies war als Sachvortrag ebenfalls bei weitem nicht ausreichend, um die Voraussetzungen des § 305 Abs.1 Satz 3 ZPO schlüssig darzutun. Die Behauptung, es hätten „mannigfaltige Gespräche“ stattgefunden, enthält einen Tatsachenkern nur insoweit, als es um die Durchführung der Gespräche selbst geht. Inhaltlich führte die Behauptung aber nicht weiter, weil für die Anwendung des § 305 Abs.1 Satz 3 BGB nicht genügte, dass Gespräche stattgefunden hatten. Ob - was maßgeblich war - bei den

Gesprächen die fragliche Klausel auch inhaltlich erörtert wurde und mit welchem Inhalt, hatte die Antragsgegnerin weiterhin nicht vorgetragen. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb der Antragsgegnerin entsprechender Vortrag unmöglich oder unzumutbar gewesen sein könnte, vorausgesetzt, dass tatsächlich über den Klauselinhalt verhandelt wurde.

- 52 (4) Bei der gegebenen Sachlage waren auch die benannten Zeugen nicht zu vernehmen. Die Zeugenvernehmung ist - als Mittel der Beweisaufnahme - erst dann zulässig und erforderlich, wenn erhebliche Behauptungen bestritten wurden. Dagegen ist eine Ermittlung von weiteren, nicht vorgetragenen Tatsachen nicht Aufgabe der Zeugen, sondern der Parteien (sog. Ausforschungsbeweis).
- 53 Daher war im vorliegenden Fall eine Vernehmung der Zeugen, die allenfalls dazu dienen konnte, näheres über den - nicht vorgetragenen - Inhalt der behaupteten Gespräche zu erfahren, nicht zulässig.
- 54 cc) Schließlich hat der Schiedsrichter auch das rechtliche Gehör nicht dadurch verletzt, dass er der Antragsgegnerin keine weiteren Hinweise erteilt hat.
- 55 (1) Die Verletzung von Hinweispflichten (§ 24.2 DIS-Schiedsordnung, § 139 Abs.1 und 2 ZPO) kann zwar - je nach Einzelfall - eine Gehörsverletzung bedeuten und gegebenenfalls gegen den ordre public i.S. des § 1059 Abs.2 Nr. 2 b ZPO verstoßen, wenn der betroffenen Partei dadurch Sachvortrag abgeschnitten wird. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gibt dagegen keinen Anspruch darauf, vorab die Rechtsauffassung des Gerichts kennen zu lernen (BGHZ 31, 43; BGH NJW 1990, 3210; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage, Kap.15, RN 3).
- 56 Eine Gehörsverletzung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Richter ohne vorherigen Hinweis von einer bereits geäußerten oder sonst erkenntlich gemachten Rechtsauffassung abweicht und die Parteien im Vertrauen auf diese Auffassung davon abgesehen haben, weiter vorzutragen.
- 57 (2) So liegt der Fall aber nicht. Der Schiedsrichter hat offenbar bereits in der mündlichen Verhandlung vom 26.5.2009 den Hinweis erteilt, dass es sich bei § 4.1 Ziff.7 möglicherweise um AGB handle. Anders ist nicht zu erklären, dass die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 20.11.2009 (Bl. 133 ff.d.A.) zur Frage des Aushandelns ergänzend vorgetragen hat. Damit war aber klar, dass insoweit schlüssiger Vortrag erforderlich war. In der Verfügung vom 3.12.2009 (Bl. 166 d.A.) hat der Schiedsrichter den ergänzenden Hinweis erteilt, dass eine Aufklärung nur erfolge, wenn die die Darlegungslast tragende Partei substantiiert vortrage.
- 58 Damit war klaggestellt, dass der Schiedsrichter den bisherigen Vortrag als nicht ausreichend ansah und weiteres Vorbringen für erforderlich hielt. Es lag für die anwaltlich vertretene Antragsgegnerin auf der Hand, dass mit weiterem Vortrag solcher zum Ablauf und Inhalt der Gespräche gemeint war, so dass es einer weiteren Konkretisierung des Hinweises nicht bedurfte.
- 59 In der mündlichen Verhandlung vom 16.12.2009 wurde ausweislich des Protokolls ausführlich über die Frage diskutiert, ob die Parteien relevante Bestimmungen des Vertrags ausgehandelt hatten (Bl. 172 d.A.). Der Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 23.12.2009 (Bl. 174 ff.d.A.) zeigt, dass der Schiedsrichter deutlich gemacht hat, dass er das Vorbringen weiterhin nicht für ausreichend erachtete. Dennoch hat die Antragsgegnerin weiterhin zum Inhalt der Gespräche nichts vorgetragen, sondern nur auf ein Gespräch vom 22.1.2004 verwiesen, ohne dessen Inhalt zu erläutern.
- 60 In Anbetracht dieser Hinweise ist der Vorwurf nicht berechtigt, durch die Verfahrensweise gegen das rechtliche Gehör verstoßen zu haben, zumal die Antragsgegnerin auch im vorliegenden Verfahren nicht aufgezeigt hat, welchen Vortrag sie bei einem weitergehenden Hinweis gehalten hätte. Sie hat weiterhin nicht dargelegt, wie die Klausel inhaltlich erörtert worden sein soll, so dass die Voraussetzungen des § 305 Abs.1 Satz 3 BGB immer noch nicht schlüssig dargetan sind.

61 Im Ergebnis steht damit fest, dass keine Aufhebungsgründe vorliegen, die eine Ablehnung der Vollstreckbarerklärung unter Aufhebung des Schiedsspruchs rechtfertigen, soweit der Schiedsspruch zum Nachteil der Antragsgegnerin ergangen ist.

II.

62 **Antrag der Antragstellerin auf Aufhebung im Umfang der Abweisung der Schiedsklage**

63 Der Antrag der Antragstellerin, den Schiedsspruch insoweit aufzuheben, als die Schiedsklage abgewiesen wurde, ist zwar zulässig, erweist sich aber in der Sache als nicht begründet. Aufhebungsgründe i.S. des § 1059 ZPO liegen nicht vor. Insbesondere hat der Schiedsrichter nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

64 1. Der Antrag ist in entsprechender Anwendung der §§ 260, 263 ZPO als nachträgliche Antragshäufung zulässig, weil insbesondere zur Vermeidung eines weiteren Verfahrens sachdienlich. Er wurde auch innerhalb der Frist des § 1059 Abs.3 ZPO eingereicht.

65 2. Der Antrag ist aber in der Sache unbegründet.

66 a) Der Schiedsrichter hat die Klage in Höhe von 500.000.-EUR abgewiesen, weil die Forderung der Antragstellerin durch die Übergabe des - nicht eingelösten - Wechsels von V... an Erfüllung statt erloschen sei. Er hat die entsprechende Regelung des § 4.1. Nr.7 insoweit für rechtswirksam gehalten, insbesondere keinen Verstoß gegen § 307 BGB gesehen. V... sei auch im Sinne der Regelung als „Kunde“ anzusehen, wie der Schriftverkehr zwischen Januar 2004 und Januar 2005 zeige, wo deutlich zwischen „Endkunden“ einerseits und „Kunden“ andererseits unterschieden werde. Das Schreiben der Antragsgegnerin vom 2.6.2005 (K 43 im Schiedsverfahren) hat er als verspätet zurückgewiesen, weil es nach Ablauf der in der Verfügung vom 3.12.2009 (Bl. 166 ff.d.A.) gesetzten Frist eingereicht wurde, aber dennoch zur Sache ausgeführt, dass dieses Schreiben keine andere Auslegung erfordere, weil es auch so interpretiert werden könne, dass der dort genannte „Endkunde“ I...B... die Zahlung nicht selbst vorzunehmen gedenke, sondern entsprechenden Einfluss auf die Zahlungsweise von V... nehmen könne. Zu abweichenden Vereinbarungen sei nicht substantiiert vorgetragen worden.

67 b) Der Schiedsrichter hat weder das rechtliche Gehör der Antragstellerin verletzt, noch sonst gegen den ordre public verstoßen (§ 1059 Abs.2 Nr.1 b, Abs.2 Nr. 2 b ZPO).

68 aa) Die Anwendung des materiellen Rechts, zu der auch die Vertragsauslegung gehört, unterliegt wegen des Verbots der Revision au fond grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle durch die staatlichen Gerichte. Ein Überprüfung kann allenfalls insoweit erfolgen, als die Rechtsanwendung willkürlich ist.

69 Dies ist nicht der Fall.

70 (1) Die Frage, ob die Klausel des § 4.1 Nr.7 in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil aufgespalten werden kann oder ob sie mit Blick auf das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion insgesamt unwirksam ist, ist eine Frage der materiellen Rechts. Dass der Schiedsrichter die Klausel für teilbar gehalten hat, ist jedenfalls vertretbar.

71 (2) Gleiches gilt für die Vertragsauslegung mit Blick auf den Begriff des „Kunden“.

72 Der Schiedsrichter hat die vorgelegten Schreiben der Parteien zur Interpretation des unklaren und auslegungsbedürftigen Begriffs herangezogen und auf die Unterscheidung zwischen „Endkunde“ einerseits und „Kunde“ andererseits abgestellt, was gut nachvollziehbar ist. Soweit er das Schreiben vom 2.6.2005 (K 43) ausgelegt hat, mag die Interpretation zwar als nicht zwingend erscheinen. Sie steht aber in der Zusammenschau mit den sonstigen Schreiben und ist ebenfalls zumindest vertretbar und

keinesfalls willkürlich.

- 73 bb) Der Schiedsrichter hat nicht gegen das rechtliche Gehör der Antragstellerin verstoßen und zwar weder durch die „Zurückweisung“ der Anlage K 43 noch dadurch, dass er die beabsichtigte Auslegung derselben den Parteien nicht vorab mitgeteilt hat.
- 74 (1) Der Schiedsrichter durfte die Anlage K 43 (Schreiben vom 2.6.2005) zurückweisen. Er hatte in seiner Verfügung vom 3.12.2009 (Bl. 166 ff.d.A.) unter II.2. darauf hingewiesen, dass die Parteien hinreichend Gelegenheit zum Vorbringen i.S. des § 31 DIS-Schiedsordnung gehabt hätten und eventuelles weiteres Vorbringen nach Ablauf des 14.12.2009 nicht mehr berücksichtigt werde. Damit hatte die Antragstellerin genügend Zeit, die Anlage K 43, aus der sie ohnehin schon schriftsätzlich zitiert hatte (vgl. die Schriftsätze vom 22.5.2009, Bl. 258 d.A und vom 21.8.2009, Bl. 297 d.A.), vorzulegen, zumal der Urkunde selbst kaum eigenständige Bedeutung mehr zukommen konnte, nachdem die maßgeblichen Textpassagen unstrittig waren.
- 75 Außerdem hat der Schiedsrichter aus der „Zurückweisung“ der Urkunde keine Konsequenzen gezogen, sondern - wie die Entscheidungsgründe belegen - den Inhalt zur Kenntnis genommen und ihn bei der Entscheidung berücksichtigt.
- 76 bb) Der Schiedsrichter war auch nicht verpflichtet, zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Hinweise zur beabsichtigten Auslegung zu erteilen.
- 77 (1) Eine Verletzung richterlicher Hinweispflichten kann zwar - wie ausgeführt - je nach Einzelfall einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör bedeuten, soweit der betroffenen Partei die Möglichkeit genommen wird, Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen (Schwab/Walter, aaO, Kap.15, RN3). Allerdings ist das Schiedsgericht grundsätzlich nicht verpflichtet, den Parteien die jeweilige Rechtsansicht in jeder einzelnen Frage vorab mitzuteilen und sie zur Äußerung darüber aufzufordern (BGHZ 31, 43 = NJW 1959, 2213; BGH NJW 1990, 3210).
- 78 (2) Im vorliegenden Fall musste der Schiedsrichter auf die von ihm favorisierte Auslegung der Textpassage aus K 43 im Schiedsverfahren nicht hinweisen. Er hatte sich vor der Entscheidung dazu weder in der einen noch in der anderen Richtung geäußert und auch sonst nicht den Eindruck erweckt, dass er den fraglichen Passus zu Gunsten der Antragsgegnerin zu würdigen beabsichtigte. Das Schreiben war lediglich eines von mehreren Argumenten, die zu berücksichtigen waren, ohne dass eine Partei damit rechnen konnte, dass es in ihrem Sinne interpretiert werden würde. Daher konnte die Antragstellerin auch nicht darauf vertrauen, dass der Schiedsrichter ihrer Ansicht folgen würde und hatte auch ohne Hinweis Veranlassung, umfassend vorzutragen und alle rechtlichen Argumente vorzubringen. Soweit der Schiedsrichter - eher floskelhaft - ausgeführt hat, dass zu abweichenden Vereinbarungen nicht substantiiert vorgetragen worden sei (Schiedsspruch S. 30 unter 6.), bezieht sich dies nicht im Sinne einer Vorhaltung auf die Interpretation der Anlage K 43, sondern ganz allgemein auf die Problematik des Kundenbegriffs.
- 79 3. Im Ergebnis hat daher auch der Aufhebungsantrag der Antragstellerin keinen Erfolg, so dass er zurückzuweisen ist.

III.

- 80 Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs.1 ZPO. Der Beschluss ist gemäß § 1064 Abs.2 ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Der Streitwert bemisst sich nach dem Interesse der Parteien an der Vollstreckbarerklärung bzw. der Aufhebung des Schiedsspruchs. Er beträgt dementsprechend insgesamt 1,5 Mio EUR, wobei der Aufhebungsantrag der Antragstellerin mit 500.000.-EUR zu bemessen ist, weil er darauf abzielt, die Voraussetzungen für eine Fortsetzung des Schiedsverfahrens und eine Verurteilung der Antragsgegnerin in der genannten Höhe zu schaffen.