



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZB 49/16

vom

16. März 2017

in dem Verfahren

auf Vollstreckbarerklärung eines inländischen Schiedsspruchs

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 242 D

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben wegen widersprüchlichen Verhaltens kann gegeben sein, wenn sich eine Partei im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs auf das Fehlen der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands beruft, nachdem sie in einem Parallelprozess einer anderen Partei vor den ordentlichen Gerichten die Schiedseinrede erhoben und damit erreicht hat, dass die Klage zurückgenommen wurde.

BGH, Beschluss vom 16. März 2017 - I ZB 49/16 - OLG München

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. März 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts München - 34. Zivilsenat - vom 25. April 2016 wird auf Kosten des Antragstellers zurückgewiesen.

Gegenstandswert: 5.937,50.

Gründe:

1 A. Der Antragsteller ist der Bruder der Antragsgegnerin. Der Vater der Parteien ist am 25. Mai 2010 verstorben. Er hat mit notariellem Testament vom 8. April 2004 die Antragsgegnerin zur Alleinerbin bestimmt. Seine Ehefrau, die Mutter der Parteien, hat er mit einem Vermächtnis bedacht und den Antragsteller zum Ersatzvermächtnisnehmer bestimmt. Das Testament enthält folgende Anordnung:

Über alle Streitigkeiten über dieses Testament und aus diesem Testament und darüber hinaus über die Erbfolge nach mir, über evtl. Pflichtteilsrechte und -ansprüche und über alle Fragen der Behandlung meines Nachlasses soll ausschließlich ein Schiedsgericht nach den Regeln des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs deutscher Notare entscheiden, dessen Statut ich als offene Schrift überreiche.

2 Die Mutter der Parteien machte gegen die Antragsgegnerin zunächst vor den ordentlichen Gerichten im Wege der Stufenklage ihren Pflichtteilsanspruch geltend. Das Landgericht gab dem in der ersten Stufe erhobenen Auskunftsantrag durch Teilurteil statt. In zweiter Instanz nahm die Mutter der Parteien ihren Auskunftsantrag zurück, nachdem das Berufungsgericht sie darauf hingewiesen

hatte, dass es die von der Antragsgegnerin erhobene Schiedseinrede - anders als das Landgericht - für durchgreifend erachte.

3

Der Antragsteller machte gegen die Antragsgegnerin daraufhin mit seiner beim Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare erhobenen Schiedsklage einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von 5.937,50 € nebst Zinsen geltend.

4

Nachdem die Antragsgegnerin erklärt hatte, dass sie die Kosten für das Schiedsverfahren und einen Rechtsanwalt nicht aufbringen könne, und der Antragsteller eine Übernahme dieser Kosten abgelehnt hatte, setzte das Schiedsgericht der Antragsgegnerin eine Frist bis zum 23. Juni 2014 für den Nachweis, dass sie beim staatlichen Gericht die Feststellung der Undurchführbarkeit des Schiedsverfahrens beantragt habe. Die Antragsgegnerin stellte beim Berufungsgericht einen entsprechenden Antrag. Auf Anfrage des Schiedsgerichts wies das Berufungsgericht mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 darauf hin, dass in dem beendeten Berufungsverfahren eine Entscheidung über den Antrag auf Undurchführbarkeit des Schiedsverfahrens nicht veranlasst sei. Daraufhin ordnete das Schiedsgericht die Fortsetzung des Schiedsverfahrens an. Zugleich bestimmte es einen Gütetermin und für den Fall des Nichterscheinens einer Partei oder der Erfolglosigkeit der Güteverhandlung einen Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 27. Januar 2015. In diesem Termin war die Antragsgegnerin nicht anwesend.

5

Das Schiedsgericht verurteilte die Antragsgegnerin durch Schiedsspruch vom 27. Januar 2015 antragsgemäß zur Zahlung von 5.937,50 € nebst Zinsen. Zur Begründung führte es aus, dass auf der Grundlage des unstreitigen Vorbringens des Antragstellers ein Pflichtteilsanspruch in der geltend gemachten Höhe bestehe und von der Antragsgegnerin als testamentarischer Alleinerbin zu erfüllen sei. Die Entscheidung enthielt den Hinweis, dass gegen diesen

Schiedsspruch innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung (Notfrist) schriftlich oder per Telefax Einspruch bei der Geschäftsstelle des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare eingelegt werden könne. Den mit Telefax vom 5. März 2015 eingelegten Einspruch der Antragsgegnerin verwarf das Schiedsgericht unter gleichzeitiger Zurückweisung des vorsorglich gestellten Wiedereinsetzungsgesuchs mit Beschluss vom 8. Juli 2015 wegen Verfristung als unzulässig.

6 Der Antragsteller hat beantragt, den Schiedsspruch für vollstreckbar zu erklären. Die Antragsgegnerin ist dem entgegengetreten. Sie hat beantragt, den Antrag auf Vollstreckbarerklärung abzulehnen und den Schiedsspruch aufzuheben.

7 Das Oberlandesgericht hat den Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs abgelehnt und den Schiedsspruch aufgehoben (OLG München, Beschluss vom 25. April 2016 - 34 Sch 12/15, ZEV 2016, 334). Es hat angenommen, es liege ein Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a ZPO (Fehlen der Schiedsfähigkeit) vor, weil der gesetzliche Pflichtteilsanspruch nicht durch einseitige Verfügung von Todes wegen dem Schiedsverfahren unterstellt werden könne. Zudem bestehe der Aufhebungsgrund nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b ZPO (Verstoß gegen den innerstaatlichen verfahrensrechtlichen ordre public), weil das Schiedsgericht die Bestimmung des § 1048 Abs. 3 ZPO über die Entscheidung bei Säumnis einer Partei nicht beachtet und dadurch den Anspruch der Antragsgegnerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt habe.

8 Dagegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Rechtsbeschwerde, mit der er seinen Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches weiterverfolgt. Die Antragsgegnerin beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

- 9 B. Die Rechtsbeschwerde ist von Gesetzes wegen statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 1065 Abs. 1 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 4 Fall 2 ZPO) und auch sonst zulässig (§ 574 Abs. 2, § 575 ZPO). Sie ist aber nicht begründet. Das Oberlandesgericht hat den Antrag auf Vollstreckbarerklärung unter Aufhebung des Schiedsspruchs mit Recht abgelehnt. Nach § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist der Antrag auf Vollstreckbarerklärung unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 ZPO bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Die Rechtsbeschwerde macht zwar zutreffend geltend, dass die Antragsgegnerin sich - entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts - nicht mit Erfolg auf den Aufhebungsgrund des Fehlens der Schiedsfähigkeit (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a ZPO) berufen kann (dazu B I). Das Oberlandesgericht hat jedoch ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Aufhebungsgrund des Verstoßes gegen den innerstaatlichen verfahrensrechtlichen ordre public (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b ZPO) vorliegt (dazu B II).
- 10 I. Die Rechtsbeschwerde macht mit Recht geltend, dass die Antragsgegnerin sich nicht mit Erfolg auf den Aufhebungsgrund des Fehlens der Schiedsfähigkeit (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a ZPO) berufen kann. Das Oberlandesgericht hat zwar zutreffend angenommen, dass ein Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a ZPO vorliegt, weil der Gegenstand des Streits nicht durch einseitige Verfügung von Todes wegen dem Schiedsverfahren unterstellt werden kann (dazu B I 1). Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts ist es der Antragsgegnerin jedoch nach Treu und Glauben verwehrt, sich im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs auf das Fehlen der Schiedsfähigkeit zu berufen (dazu B I 2).
- 11 1. Das Oberlandesgericht hat zutreffend angenommen, dass ein Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a ZPO vorliegt, weil der Gegenstand des Streits - der von dem Antragsteller gegenüber der Antragsgegnerin erhobene

Pflichtteilsanspruch - nicht durch einseitige Verfügung von Todes wegen dem Schiedsverfahren unterstellt werden kann.

- 12 a) Nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a ZPO kann ein Schiedsspruch aufgehoben werden, wenn das Gericht feststellt, dass der Gegenstand des Streits nach deutschem Recht nicht schiedsfähig ist. Über einen nach deutschem Recht nicht schiedsfähigen Anspruch kann nur ein staatliches Gericht und nicht ein kraft privatautonomer Entscheidung bestimmtes Schiedsgericht entscheiden. Der Aufhebungsgrund der Schiedsunfähigkeit berührt öffentliche Belange und ist daher bei der Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs von Amts wegen zu berücksichtigen. Er ist *lex specialis* im Verhältnis zum Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ZPO und geht diesem daher in seinem Anwendungsbereich vor (Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, BT-Drucks. 13/5274, S. 59; MünchKomm.ZPO/Münch, 4. Aufl. § 1059 Rn. 11; BeckOK ZPO/Wilske/Markert, 23. Edition, Stand: 01.12.2016, § 1059 Rn. 57; Saenger/Saenger, ZPO, 7. Aufl. § 1059 Rn. 22; Voit in Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. § 1059 Rn. 24; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Kap. 25 Rn. 2296).
- 13 b) Die Streitparteien können einen Streit über einen Pflichtteilsanspruch allerdings durch ein Schiedsgericht entscheiden lassen.
- 14 aa) Nach § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann grundsätzlich jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein.
- 15 bb) Der Begriff des vermögensrechtlichen Anspruches ist weit zu verstehen und erfasst sowohl Ansprüche, die sich aus Vermögensrechten ableiten, als auch solche, die auf eine vermögenswerte Leistung abzielen (Saenger/Saenger aaO § 1030 Rn. 2; Lange, ZZP 128 [2015] 407, 409). Zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen im Sinne von § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO zählen

auch Pflichtteilsansprüche (§ 2303 BGB), mit denen eine gesetzliche Mindestteilhabe der Angehörigen des Erblassers am Nachlass gewährleistet wird (Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsverfahren - Gestaltungsmöglichkeiten, 2014, S. 52; Haas, ZEV 2007, 49, 53 mit Fn. 46).

16 cc) Schiedsvereinbarung ist nach § 1029 Abs. 1 ZPO eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Eine Schiedsvereinbarung kann nach § 1029 Abs. 2 ZPO in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden.

17 dd) Danach können Pflichtteilsansprüche grundsätzlich Gegenstand einer zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten getroffenen Schiedsvereinbarung sein (Staudinger/Otte, BGB, Neubearbeitung 2017, Vorbemerkung zu §§ 1937-1941 Rn. 8a; Grötzsch in Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl., Kap. XIV Rn. 35).

18 ee) Vorliegend soll die Befugnis des Schiedsgerichts für die Entscheidung über den zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin bestehenden Streit über den Pflichtteilsanspruch jedoch nicht kraft einvernehmlicher Vereinbarung der Streitparteien, sondern durch letztwillige Anordnung des Erblassers begründet werden, der mit Verfügung von Todes wegen bestimmt hat, dass über alle Streitigkeiten über Pflichtteilsansprüche ausschließlich ein Schiedsgericht entscheiden soll.

19 c) Ein Erblasser kann durch letztwillige Verfügung aber nicht wirksam anordnen, dass ein Streit über einen Pflichtteilsanspruch durch ein Schiedsgericht zu entscheiden ist.

20 aa) Nach § 1066 ZPO gelten für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, die Vorschriften des 10. Buchs der Zivilprozessordnung (§§ 1025 bis 1065 ZPO) entsprechend. Dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass eine Streitigkeit nur dann durch letztwillige Verfügung der Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterworfen werden kann, wenn dies gesetzlich statthaft ist.

21 bb) Mit der Formulierung „in gesetzlich statthafter Weise“ nimmt § 1066 ZPO jedenfalls auf die für die Testamentserrichtung geltenden Formanforderungen Bezug. Danach ist die Bestimmung des § 1031 ZPO über die Formerfordernisse einer Schiedsvereinbarung auf die Anordnung eines Schiedsgerichts durch letztwillige Verfügung nicht anwendbar. Die für eine testamentarische Schiedsklausel geltenden Formanforderungen richten sich vielmehr nach den Vorschriften des materiellen Rechts, also nach §§ 2231 bis 2252 BGB (MünchKomm.ZPO/Münch aaO § 1066 Rn. 5; Voit in Musielak/Voit aaO § 1066 Rn. 2; Kössinger in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. § 15 Rn. 331; Grötzsch in Groll aaO Kap. XIV Rn. 31; Lange, ZZP 128 [2015], 407, 410).

22 cc) Darüber hinaus wird ein Schiedsgericht nur dann im Sinne von § 1066 ZPO „in gesetzlich statthafter Weise“ durch letztwillige Verfügung angeordnet, wenn diese Anordnung in der Verfügungsmacht des Erblassers liegt.

23 (1) Die dem Erblasser eingeräumte Befugnis, in eine letztwillige Verfügung eine Schiedsklausel aufzunehmen, ist Ausfluss der Testierfreiheit. Sie ist in ihrer Reichweite durch die dem Erblasser nach den Vorschriften des materiellen Rechts zustehenden Anordnungs Kompetenzen beschränkt (Schiffer, ZERB 2014, 292, 294; Lange, ZZP 128 [2015] 407, 410). Damit ist kraft letztwilliger Anordnung grundsätzlich nur schiedsfähig, was innerhalb der Verfügungsmacht des Erblassers liegt (OLG Karlsruhe, ZEV 2009, 466, 467; Schlosser in

Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. § 1066 Rn. 6; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 75. Aufl., § 1066 Rn. 2; Staudinger/Otte aaO Vorbermerkung zu §§ 1937-1941 Rn. 8; ders., Notar und Rechtsgestaltung, Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats, 1998, S. 241, 246; BeckOK BGB/Müller-Christmann, 41. Edition, Stand: 01.08.2016, § 1937 Rn. 9; Kössinger in Nieder/Kössinger aaO § 15 Rn. 330; Schiffer/Schürmann, Hereditäre - Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht 4 [2014] S. 39, 48; Storz, SchiedsVZ 2010, 200, 202; Werner, ZEV 2011, 506, 507).

24 (2) Die Gegenansicht, nach der die Anordnungscompetenz des Erblassers auf der prozessrechtlichen Vorschrift des § 1066 ZPO beruht und der Erblasser bei der Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten aus Anlass des Erbfalls und im Zusammenhang mit der Regelung des Nachlasses keinen über § 1030 ZPO hinausgehenden Beschränkungen unterworfen ist (vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 31. Aufl. § 1066 Rn. 18; ders., Festschrift Schlosser, 2005, S. 197, 202; Haas, ZEV 2007, 49, 52), vermag nicht zu überzeugen. Die Vorschrift des § 1066 ZPO begründet keine Verfügungsmacht des Erblassers, Streitigkeiten über den Nachlass einem Schiedsgericht zuzuweisen, sondern setzt eine solche Anordnungscompetenz voraus (OLG Karlsruhe, ZEV 2009, 466, 467; Voit in Musielak/Voit aaO, § 1066 Rn. 2; Schlosser in Stein/Jonas aaO § 1066 Rn. 1; MünchKomm.BGB/Leipold aaO § 1937 Rn. 29; BeckOK BGB/Müller-Christmann aaO § 1937 Rn. 9; Haas, ZEV 2007, 49, 50; Lange, ZJP 128 [2015] 403, 416 f.; Crezelius, Festschrift Westermann, 2008, S. 161, 162; Storz, SchiedsVZ 2010, 200, 202; Wendt, ErbR 2014, 400, 402).

25 (3) Eine entsprechende Anwendung der für vereinbarte Schiedsgerichte geltenden Vorschrift des § 1030 ZPO über die Schiedsfähigkeit auf durch letztwillige Verfügung angeordnete Schiedsgerichte und damit eine Gleichstellung der Entscheidungskompetenz dieser Schiedsgerichte mit derjenigen staatlicher Gerichte kann auch nicht mit der vom Gesetzgeber bei der Reform des

Schiedsverfahrensrechts grundsätzlich vorausgesetzten Gleichwertigkeit von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit begründet werden (vgl. Werner, ZEV 2011, 506, 507 f.; Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 2007, S. 60). Die Vorschriften über die Unterwerfung einer Streitsache unter die Entscheidungsbefugnis eines Schiedsgerichts gehen grundsätzlich von der einvernehmlichen Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit aus; dagegen entzieht die in einer letztwilligen Verfügung enthaltene Schiedsklausel dem Betroffenen einseitig den durch staatliche Gerichte gewährleisteten Rechtsschutz (Münch-Komm.BGB/Leipold aaO § 1937 Rn. 34; BeckOK BGB/Tegelkamp, Stand: 01.12.2016, § 1937 Rn. 32; Walz/Bandel, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, 2006, Kap. 8 § 24 Rn. 17; Lange, ZZP 128 [2015], 403, 412 f.; Storz, SchiedsVZ 2010, 200, 202; Schulz, MDR 2000, 314, 315).

26 dd) Da die Testierfreiheit des Erblassers durch die gesetzliche Anordnung der grundsätzlichen Unentziehbarkeit des Pflichtteils beschränkt ist, ist dem Erblasser - wie das Oberlandesgericht zutreffend angenommen hat - jede Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten bei der Verfolgung und Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs verwehrt. Ein Erblasser, der dem Pflichtteilsberechtigten durch letztwillige Verfügung den Weg zu den staatlichen Gerichten versperrt und ihm ein Schiedsgericht aufzwingt, überschreitet die ihm durch das materielle Recht gezogenen Grenzen seiner Verfügungsfreiheit.

27 (1) Sind im Fall der durch Verfügung von Todes wegen angeordneten Schiedsgerichtsbarkeit nur Streitigkeiten über Ansprüche schiedsfähig, auf deren Bestehen und Umfang der Erblasser kraft seiner Testierfreiheit Einfluss nehmen kann, kann der Pflichtteilsanspruch, der ebenso wie die Testierfreiheit zu den von der Erbrechtsgarantie gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG erfassten Rechten zählt (BVerfGE 112, 332, 348), nicht zu den schiedsfähigen Ansprüchen gezählt werden. Vielmehr wird die Testierfreiheit des Erblassers durch den Pflichtteilsanspruch, der einem Angehörigen, der

nicht als Erbe am Nachlass teilhat, eine Mindestteilhabe an diesem sichert, beschränkt. In diesem Umfang ist dem Erblasser die Verfügungsfreiheit über sein Vermögen entzogen (Palandt/Weidlich, BGB, 76. Aufl. § 1937 Rn. 5). Streitigkeiten, die ihre Grundlage in zwingendem Pflichtteilsrecht haben, können daher nicht kraft testamentarischer Schiedsanordnung der alleinigen Jurisdiktionsbefugnis eines Schiedsgerichts unterworfen werden (BayObLG, BayObLGZ 1956, 186, 189; OLG Frankfurt aM, ZEV 2012, 665, 668; LG Heidelberg, ZEV 2014, 310 f.; Palandt/Weidlich aaO § 1937 Rn. 9) und sind demnach nicht schiedsfähig im Sinne von § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a ZPO (Staudinger/Otte aaO Vorbemerkung zu §§ 1937 - 1941 Rn. 8a; ders., Notar und Rechtsgestaltung aaO S. 241, 251; BeckOK BGB/G. Müller aaO § 2317 BGB Rn. 12a; BeckOK BGB/Müller-Christmann aaO § 1937 Rn. 9; MünchKomm.BGB/Leipold aaO § 1937 Rn. 34; Kössinger in Nieder/Kössinger aaO § 15 Rn. 330; Fröhler in Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl. Kap. 3 Rn. 394; Lange, Erbrecht, 2011, Kap. 7 § 31 Rn. 59; ders. ZIP 128 [2015] S. 407, 423; Wendt, ErbR 2014, 400, 402; Schiffer/Schürmann aaO S. 39, 49 f.; Voit in Musielak/Voit aaO § 1066 Rn. 3; Saenger/Saenger aaO § 1030 Rn. 8; BeckOK ZPO/Wolf/Eslami aaO § 1066 Rn. 4; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann aaO § 1066 Rn. 2; Schiffer, BB Beilage 1995 [5], 2, 5; Schulze, MDR 2000, 314, 316; aA Zöller/Geimer aaO § 1066 Rn. 18; ders., Festschrift Schlosser, 2005, S. 197, 199 und 206 f.; Schütze in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. § 1066 Rn. 7; Grunsky, Festschrift Westermann, 2008, S. 255, 260; Werner, ZEV 2011, 506, 508; Pawlytta, ZEV 2003, 89; Schmitz, RNotZ 2003, 591, 611; Dawirs aaO S. 52; Harder aaO S. 112 f.).

28

(2) Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass der Erblasser insoweit Einfluss auf den unabdingbaren Pflichtteilsanspruch nehmen könne, als dieser Anspruch erst infolge des Ausschlusses eines Pflichtteilsberechtigten von der gesetzlichen Erbfolge entstehe. Die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs ist nicht Ausfluss der dem Erblasser im Rahmen der Testierfrei-

heit zustehenden Verfügungsmacht, sondern zwingende gesetzliche Folge seiner Entscheidung, einen Pflichtteilsberechtigten durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge auszuschließen (§ 2303 BGB). Auch aus dem Umstand, dass ein Schiedsgericht aufgrund einer entsprechenden Anordnung des Erblassers etwa im Wege der Testamentsauslegung darüber entscheiden kann, wer vom Erblasser zum Erben bestimmt worden ist, kann nicht hergeleitet werden, dass ein Schiedsgericht deshalb auch über der Verfügungsbefugnis des Erblassers entzogene Pflichtteilsansprüche entscheiden kann (Grunsky aaO S. 255, 261; Schiffer, ZErB 2014, 292, 294; ders. AnwZert ErbR 9/2009, Anm. 2; aA Crezelius aaO S. 161, 172; Schlosser in Stein/Jonas aaO § 1066 Rn. 3; Pawlytta, ZEV 2003, 89, 92 f.; Zöller/Geimer, aaO § 1066 Rn. 18).

29 (3) Die Schiedsfähigkeit von Ansprüchen, die aus zwingendem Pflichtteilsrecht herrühren, kann nicht mit Hinweis darauf begründet werden, dass sich im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben können und eine kraft letztwilliger Verfügung getroffene Schiedsanordnung eine Aufspaltung von Nachlassstreitigkeiten auf unterschiedliche Rechtswege nach sich ziehen kann, etwa wenn sich Überschneidungen zwischen den Ansprüchen des Erben und (ergänzenden) Pflichtteilsansprüchen ergeben (vgl. Voit in Musielak/Voit aaO § 1066 Rn. 3; Haas, ZEV 2007, 49, 51). Derartige Abgrenzungsschwierigkeiten sind Folge der Entscheidung des Erblassers, bestimmte Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zuzuweisen; ihnen kann durch eine möglichst präzise Bestimmung der von einer Schiedsklausel erfassten Streitgegenstände begegnet werden (vgl. Lange, ZIP 128 [2015] 407, 413; aA Grötzsch in Groll aaO Kap. XIV Rn. 45; Pawlytta, ZEV 2003, 89, 92).

30 (4) Es bedarf keiner Entscheidung, ob diese Grundsätze uneingeschränkt Geltung beanspruchen, wenn einem Pflichtteilsberechtigten zugleich ein (den Pflichtteil übersteigender) Erbteil zugewandt worden ist (vgl. hierzu Voit in Musielak/Voit aaO § 1066 Rn. 3; BeckOK BGB/G. Müller aaO § 2317

Rn. 12a; ders. aaO § 2306 Rn. 14; Grötzsch in Groll aaO Kap. XIV Rn. 36; Haas ZEV 2007, 49, 51) oder der Pflichtteilsberechtigte - wie hier - zugleich als Ersatzvermächtnisnehmer bedacht worden ist (vgl. zu Streitigkeiten zwischen Erben und Vermächtnisnehmern Schlosser in Stein/Jonas aaO § 1066 Rn. 3; MünchKomm.ZPO/Münch aaO § 1066 Rn. 4 mit Fn. 10; Schütze in Wieczorek/Schütze aaO § 1066 Rn. 7; Wegmann, ZEV 2003, 20, 21; MünchKomm.BGB/Leipold aaO § 1937 Rn. 33; Staudinger/Otte aaO Vorbemerkung zu §§ 1937-1941 Rn. 8) und Gegenstand eines Schiedsverfahrens Ansprüche aus beiden Rechtspositionen sind. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts steht vorliegend allein der Pflichtteilsanspruch des Antragstellers im Streit.

31 d) Das Oberlandesgericht hat zutreffend angenommen, dass die mangelnde Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a ZPO unabhängig davon zu berücksichtigen ist, ob sich dies im konkreten Fall zugunsten oder zulasten derjenigen Partei auswirkt, die nach der Schutzrichtung der missachteten Formvorschriften oder der die Verfügungsmacht des Erblassers beschränkenden materiell-rechtlichen Regelungen durch die Vereinbarung oder Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit einen Rechtsnachteil erleiden kann (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2011 - III ZR 16/11, SchiedsVZ 2011, 227 f.). Die von Amts wegen zu berücksichtigenden Aufhebungsgründe stehen grundsätzlich weder zur Parteidisposition noch kann wirksam auf ihre Geltendmachung verzichtet werden (Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, BT-Drucks. 13/5274, S. 59; Saenger/Saenger aaO § 1059 Rn. 21). Auch eine Präklusion des Aufhebungsgrundes nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a ZPO gemäß § 1060 Abs. 2 Satz 3 ZPO kommt nicht in Betracht (Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 24 Rn. 31).

32 2. Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts ist es der Antragsgegnerin aber nach Treu und Glauben verwehrt, sich im Verfahren auf Vollstreck-

barerklärung des Schiedsspruchs auf das Fehlen der Schiedsfähigkeit zu berufen.

33 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Partei nach Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs nicht die Unwirksamkeit einer Schiedsabrede geltend machen, wenn sie sich zuvor in einem vor den staatlichen Gerichten geführten Prozess auf die Schiedsabrede berufen und dadurch die Abweisung der Klage oder deren Rücknahme durch den Kläger erreicht hat, im anschließend vom Kläger eingeleiteten Schiedsverfahren bei der Konstituierung des Schiedsgerichts mitgewirkt und sich auf das Schiedsverfahren eingelassen hat und erst im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs geltend macht, dass die Schiedsabrede unwirksam sei (BGH, Urteil vom 2. April 1987 - III ZR 76/86, NJW-RR 1987, 1194, 1195; Beschluss vom 30. April 2009 - III ZB 91/07, SchiedsVZ 2009, 287, 288). Entsprechendes gilt, wenn der Beklagte zunächst im Schiedsverfahren geltend macht, dass nicht das Schiedsgericht, sondern das staatliche Gericht zur Entscheidung über den Streitgegenstand berufen sei und in dem sodann eingeleiteten Verfahren vor den ordentlichen Gerichten die Schiedseinrede erhebt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 1968 - VII ZR 80/67, BGHZ 50, 191, 195 bis 197). Von diesen Grundsätzen ist auch das Oberlandesgericht ausgegangen.

34 b) Die Antragsgegnerin hat sich nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts in dem parallel geführten Verfahren, in dem ihre Mutter gegen sie einen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht hat, in dieser Weise widersprüchlich verhalten. Sie hat in dem von ihrer Mutter zunächst vor den ordentlichen Gerichten eingeleiteten Verfahren über den Pflichtteilsanspruch die Schiedseinrede (§ 1032 Abs. 1 ZPO) erhoben und damit erreicht, dass ihre Mutter ihre Klage im zweiten Rechtszug zurückgenommen hat, nachdem sich das Berufungsge-

richt der Auffassung der Antragsgegnerin angeschlossen hatte, dass die Schiedsordnung des Erblassers den Pflichtteilsanspruch erfasst. Im daraufhin von ihrer Mutter eingeleiteten Schiedsverfahren hat die Antragsgegnerin keine Einwände gegen die Durchführung des Schiedsverfahrens vor dem Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare und die Bestellung des Schiedsrichters erhoben. Sie hat sich erst nachdem das Schiedsgericht durch Versäumnisentscheidung zu ihrem Nachteil erkannt und den Einspruch gegen diese Entscheidung verworfen hat, im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches auf die Schiedsunfähigkeit des Pflichtteilsanspruchs berufen. Dieses widersprüchliche Verhalten muss sich die Antragsgegnerin - anders als das Oberlandesgericht angenommen hat - auch im Verhältnis zum Antragsteller entgegenhalten lassen.

- 35 Zwar kann darin, dass sich eine Partei im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches auf die fehlende Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes beruft, nicht schon deshalb ein widersprüchliches Verhalten gesehen werden, weil sie sich zuvor in einem anderen, von einem Dritten gegen sie geführten Rechtsstreit vor den ordentlichen Gerichten über vergleichbare Ansprüche mit Erfolg auf eine Schiedseinrede berufen hat (MünchKomm.ZPO/Münch aaO § 1032 Rn. 10). Im Streitfall besteht aber die Besonderheit, dass sich die Antragsgegnerin in dem von ihrer Mutter gegen sie angestregten Verfahren vor den ordentlichen Gerichten auf dieselbe Schiedsordnung berufen hatte, auf die sie sich nunmehr auch in dem von ihrem Bruder eingeleiteten Verfahren der Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches beruft. Der Antragsteller musste unter diesen Umständen damit rechnen, dass die Antragsgegnerin die Schiedseinrede wie bereits in dem von ihrer Mutter gegen sie angestregten Verfahren erhebt, wenn er seinen Pflichtteilsanspruch gleichfalls bei den ordentlichen Gerichten geltend macht (vgl. hierzu OLG Frankfurt, Urteil vom 6. Februar 2009 - 24 U 183/08, juris Rn. 8).

36 Die Antragsgegnerin hat zudem auch im vorliegenden Verfahren keine Einwände gegen die Durchführung des Schiedsverfahrens vor dem Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare und die Bestellung des Schiedsrichters erhoben. Sie hat sich auch im vorliegenden Verfahren erst, nachdem das Schiedsgericht durch Versäumnisentscheidung zu ihrem Nachteil erkannt und den Einspruch gegen diese Entscheidung verworfen hat, im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches auf die Schiedsunfähigkeit des Pflichtteilsanspruchs berufen. Sie kann mit diesem Einwand daher nach Treu und Glauben auch im Verhältnis zum Antragsteller nicht gehört werden.

37 c) Für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kommt es - anders als das Oberlandesgericht angenommen hat - nicht darauf an, dass vor den ordentlichen Gerichten bisher noch keine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Zulässigkeit einer vor den staatlichen Gerichten erhobenen Klage über den vom Antragsteller erhobenen Pflichtteilsanspruch und den Erfolg der Schiedseinrede ergangen ist (vgl. Schlosser in Stein/Jonas aaO § 1032 Rn. 33). Es kommt auch nicht darauf an, wie wahrscheinlich es ist, dass die staatlichen Gerichte bei einer Befassung mit der Sache annehmen, der Gegenstand einer solchen Klage sei nicht schiedsfähig.

38 Hat eine Partei vor dem staatlichen Gericht mit Erfolg geltend gemacht, nicht das staatliche Gericht, sondern ein Schiedsgericht sei zur Entscheidung über den Rechtsstreit berufen, läuft die spätere Geltendmachung der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens auf den Versuch hinaus, dem Gegner in jedem der möglichen Verfahrenswege den Rechtsschutz abzuschneiden und ihn damit praktisch rechtlos zu stellen. Es ist dem Gegner nicht zuzumuten, sich (bei insoweit unveränderter Sachlage) abwechselnd auf die eine oder andere Verfahrensart verweisen zu lassen (BGHZ 50, 191, 196; BGH, NJW-RR 1987, 1194; SchiedsVZ 2009, 287, 288; OLG Frankfurt, Beschluss vom 4. April 2011

- 26 SchH 1/11, BB 2012, 81; Schlosser in Stein/Jonas aaO § 1032 Rn. 33; Schütze in Wieczorek/Schütze aaO § 1032 Rn. 29; Saenger/Saenger aaO § 1032 Rn. 8; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Aufl. § 242 Rn. 49; Münch-Komm.BGB/Schubert aaO § 242 Rn. 346; Böttcher/Hohloch in Erman, BGB, 14. Aufl., § 242 Rn. 199a; Staudinger/Olzen/Looschelders aaO § 242 Rn. 1122; vgl. ferner OLG Frankfurt, Urteil vom 6. Februar 2009 - 24 U 183/08, juris Rn. 8).

39 Das Interesse des Verfahrensgegners, nicht einerseits mit Rücksicht auf die Erhebung der Schiedseinrede und andererseits mit Rücksicht auf die Geltendmachung der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens von einem auf den anderen Verfahrensweg verwiesen zu werden, ohne eine Sachentscheidung erreicht zu haben, ist auch dann schützenswert, wenn er aus prozessualen Gründen nicht gehindert ist, seinen Anspruch letztlich doch noch mit Erfolg vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Ist die gegensätzliche Einlassung des von ihm in Anspruch Genommenen in beiden Verfahren nicht ausnahmsweise durch sachliche Gründe gerechtfertigt (vgl. hierzu BGHZ 50, 191, 197), muss er sich durch ein solches Verhalten nicht zu Prozesshandlungen veranlasst sehen, die sich im Nachhinein als sinnlos herausstellen und lediglich Zeitverlust und Kosten verursachen (BGH, NJW-RR 1987, 1194).

40 Diese Grundsätze gelten im vorliegenden Fall entsprechend, weil der Antragsteller im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin sich in dem von ihrer Mutter gegen sie angestregten Verfahren vor den ordentlichen Gerichten auf die Schiedsanordnung berufen hatte, damit rechnen musste, dass die Antragsgegnerin auch in einem von ihm gegen sie angestregten Verfahren vor den ordentlichen Gerichten die Schiedseinrede erheben würde (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1194).

41 d) Der Berücksichtigung des vom Antragsteller erhobenen Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung steht nicht entgegen, dass der Aufhebungs-

grund nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst a ZPO von Amts wegen zu beachten und im Regelfall der Parteidisposition entzogen ist. Vorliegend ist der Gegenstand des Schiedsverfahrens nicht schlechthin schiedsunfähig, weil der Pflichtteilsanspruch kraft Parteivereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden kann (vgl. Staudinger/Otte aaO Vorbemerkung zu §§ 1937-1941 Rn. 8a, vgl. ferner OLG Frankfurt, ZEV 2012, 665, 668; Storz, SchiedsVZ 2010, 200, 203).

42 II. Das Oberlandesgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Schiedsspruch gegen den innerstaatlichen verfahrensrechtlichen ordre public verstößt, weil im schiedsrichterlichen Verfahren die Bestimmung des § 1048 Abs. 3 ZPO nicht beachtet und dadurch der Anspruch der Antragsgegnerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt worden ist. Der Senat sieht insoweit gemäß § 577 Abs. 6 Satz 3 ZPO von einer Begründung seiner Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ab, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen.

43 C. Danach ist die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts auf Kosten des Antragstellers (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

Büscher

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Vorinstanz:

OLG München, Entscheidung vom 25.04.2016 - 34 Sch 12/15 -