



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

I ZB 21/18

vom

8. November 2018

in dem Verfahren

auf Feststellung der Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 1032 Abs. 2, § 1066

- a) Es ist zulässig, wenn sich ein Kläger im Hinblick auf eine Schiedsvereinbarung zunächst an ein Schiedsgericht wendet, jedoch vor dessen Konstituierung wegen an der Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestehender Zweifel das staatliche Gericht mit dem Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO anruft.
- b) Eine in einem Testament angeordnete Schiedsklausel ist unwirksam, soweit ein Testamentsvollstrecker als Einzelschiedsrichter auch über Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker entscheiden soll.

BGH, Beschluss vom 8. November 2018 - I ZB 21/18 - OLG Frankfurt am Main

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. November 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler sowie die Richterinnen Dr. Schwonke und Dr. Schmaltz

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 26. Zivilsenat - vom 21. März 2018 wird auf Kosten des Antragsgegners zurückgewiesen.

Gegenstandswert: 5.000 €

Gründe:

- 1 I. Die Antragstellerin ist aufgrund notariell beurkundeten Testaments vom 24. Mai 2002 Alleinerbin ihres verstorbenen Ehemannes (nachfolgend: Erblasser). Im Testament ordnete der Erblasser Testamentsvollstreckung an. Als Testamentsvollstrecker setzte er den Antragsgegner ein.
- 2 Das Testament enthält unter der Bezeichnung "Schiedsklausel" folgende Regelung:
  16. Streitigkeiten der Erben, Ersatzerben, Vermächtnisnehmer, Ersatz-Vermächtnisnehmer untereinander oder mit dem Testamentsvollstrecker, welche sich bei der Durchführung dieses Testaments ergeben, sind unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte durch einen Schiedsrichter als Einzelrichter zu entscheiden. Tatsachen kann er auch ohne Schiedsverfahren durch ein Schiedsgutachten feststellen. Soweit keine zwingenden Gesetze entgegenstehen, entscheiden Schiedsrichter und Schiedsgutachter prozess- und materiell-rechtlich nach freiem Ermessen.
  17. Schiedsrichter und Schiedsgutachter sind die jeweiligen Testamentsvollstrecker für die Dauer ihres Amtes.

3           Der Antragsgegner nahm das Amt des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Amtsgericht Schöneberg an, das ihm am 28. August 2014 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilte. Er übt das Amt des Testamentsvollstreckers seitdem aus.

4           Mit Schreiben vom 21. Juli 2017 forderte die Antragstellerin den Antragsgegner in seiner Eigenschaft als vom Erblasser berufenen Schiedsrichter auf, über seine Ablehnung als Schiedsrichter wegen der Besorgnis der Befangenheit zu entscheiden. In dem Schreiben erklärte die Antragstellerin zugleich die Anrufung des Schiedsgerichts zwecks Entscheidung über eine von ihr gegen den Testamentsvollstrecker erhobene Klage auf Rechnungslegung. In der Folgezeit änderte die Antragstellerin diese Klage in Schreiben an den Antragsgegner mehrfach, zuletzt am 13. November 2017.

5           Unter dem 9. August 2017 wies der Antragsgegner die Antragstellerin darauf hin, dass er niemals erklärt habe, das Schiedsrichteramt in einer Auseinandersetzung mit ihr ausüben zu wollen.

6           Die Antragstellerin ist der Ansicht, der Antragsgegner habe mit Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers konkludent auch das ihm vom Erblasser angetragene Amt des Schiedsrichters angenommen, von dem er trotz Aufforderung nicht zurückgetreten sei.

7           Mit ihren Hauptanträgen hat die Antragstellerin vor dem Oberlandesgericht die Feststellung der Beendigung des Schiedsrichteramtes des Antragsgegners und die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters durch das Oberlandesgericht beantragt. Hilfsweise hat die Antragstellerin die Feststellung beantragt,

dass die in dem Testament vom 24. Mai 2002 enthaltene Schiedsklausel, wonach Streitigkeiten zwischen Erben und dem Testamentsvollstrecker unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte durch einen Schiedsrichter als Einzelrichter zu entscheiden sind, unwirksam ist.

8 Nach der Begründung dieses Hilfsantrags hat die Antragstellerin damit die Feststellung einer Unwirksamkeit der testamentarischen Schiedsordnung beantragt, soweit diese die Entscheidungsbefugnis eines Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker begründet.

9 Das Oberlandesgericht hat die Hauptanträge der Antragstellerin als unzulässig verworfen und ihrem Hilfsantrag in folgender Fassung stattgegeben:

Es wird festgestellt, dass das von der Antragstellerin eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren in Bezug auf die mit Schriftsatz der Antragstellerin an den Antragsgegner vom 13. November 2017 geänderte Klage unzulässig ist.

10 Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners.

11 II. Das Oberlandesgericht hat angenommen, der als Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens auszulegende Hilfsantrag sei gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO statthaft und zulässig. Für den Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO genüge ein auf eine konkrete Streitigkeit bezogenes rechtlich schützenswertes Interesse, die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Schiedsverfahrens feststellen zu lassen. Der Antragsgegner habe sich nicht zur Frage der Zulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens oder eines Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten erklärt. Deshalb sei die Antragstellerin auf die Feststellung der Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens angewiesen, um auszuschließen, dass der Antragsgegner sich im Fall der Anrufung eines ordentlichen Gerichts erfolgreich auf die Einrede einer testamentarischen Schiedsordnung gemäß § 1066 ZPO in Verbindung mit § 1032 Abs. 2 ZPO berufen könne. Der Hilfsantrag sei auch begründet, weil die Antragstellerin mit der geänderten Klage gegen den Antragsgegner Ansprüche geltend mache, für die eine testamentarische Schiedsordnung des Erblassers die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts nicht wirksam begründen könne, da sich die Ansprüche auf Verpflichtungen des Antragsgegners als Testamentsvollstrecker bezögen. Die testamentarische Schiedsordnung könne auch nicht teilweise für

von § 2220 BGB nicht erfasste, weniger bedeutsame Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers aufrechterhalten bleiben.

12 III. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 1065 Abs. 1 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO) und auch sonst zulässig. Im Ergebnis ist sie jedoch unbegründet.

13 1. Der Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO ist entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde statthaft und zulässig.

14 a) Nach § 1032 Abs. 2 ZPO kann beim Oberlandesgericht bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden. Der Zulässigkeit dieses Antrags steht im Streitfall nicht entgegen, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 21. Juli 2017 das testamentarisch eingesetzte Schiedsgericht zwecks Entscheidung über die zuletzt mit Schreiben vom 13. November 2017 geänderte Klage angerufen hat.

15 b) Beiden Parteien eines möglichen Schiedsverfahrens gestattet § 1032 Abs. 2 ZPO die schnelle Klärung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens durch das staatliche Gericht. Das für diesen Antrag erforderliche Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich regelmäßig bereits aus der möglichen Parteistellung in dem schiedsrichterlichen Verfahren. Dabei stehen positive und negative Feststellungsklage für beide Parteien zur Wahl.

16 c) Unzulässig ist der Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO allerdings dann, wenn er auf einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, widersprüchlichen Verhalten des Antragstellers beruht (BGH, Beschluss vom 16. März 2017 - I ZB 49/16, SchiedsVZ 2018, 37 Rn. 32 bis 36 mwN). Das ist im Streitfall entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde indes nicht der Fall.

17           aa) Ein widersprüchliches Verhalten liegt regelmäßig vor, wenn eine Partei in dem Verfahren vor dem staatlichen Gericht geltend macht, nicht das staatliche, sondern das Schiedsgericht sei zuständig, sich später im schiedsrichterlichen Verfahren jedoch darauf beruft, es sei doch das staatliche Gericht zuständig. Ein solches gegensätzliches Verhalten einer Partei läuft auf den Versuch hinaus, dem Gegner in jeder der beiden Verfahrensarten den Rechtsschutz abzuschneiden und ihn damit praktisch rechtlos zu stellen (BGH, Beschluss vom 30. April 2009 - III ZB 91/07, SchiedsVZ 2009, 287 Rn. 9). Dasselbe gilt im umgekehrten Fall, wenn der Beklagte im Schiedsverfahren die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts geltend macht und später vor dem staatlichen Gericht die Schiedseinrede erhebt (BGH, Urteil vom 20. Mai 1968 - VII ZR 80/67, BGHZ 50, 191, 196 f. [juris Rn. 25]). Treuwidrig handelt auch, wer arglistig selbst das Schiedsgericht angerufen hat und sich auf die Ungültigkeit des Schiedsverfahrens beruft, nachdem ein Schiedsspruch zu seinen Ungunsten ergangen ist, oder wer als Kläger vor dem staatlichen Gericht nach Erfolglosigkeit der verspäteten Schiedseinrede des Beklagten gegen eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aus demselben Vertrag die Schiedsgerichtsvereinbarung geltend macht (vgl. RG, HRR 1931, 1489; OLG München, MDR 1981, 766; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 7 Rn. 4).

18           bb) Der Streitfall liegt anders als diese Fallgruppen. Der Antragstellerin geht es nicht um die Vereitelung effektiven Rechtsschutzes, sondern darum, ihre Klage auf dem richtigen Weg zu verfolgen. Sie will entsprechend dem Zweck des § 1032 Abs. 2 ZPO als klagende Partei in dem möglichen Schiedsverfahren die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens geklärt wissen. Dafür ist es unerheblich, ob sie ihren Antrag positiv (Feststellung der Zuständigkeit) oder negativ (Feststellung der Unzuständigkeit) formuliert. Es stellt ein prozessual zulässiges und im Einklang mit dem Ziel zügiger Verfahrensführung stehendes Verhalten dar, wenn ein Kläger sich im Hinblick auf eine Schiedsvereinbarung zunächst an ein Schiedsgericht wendet, jedoch vor dessen Konstitu-

ierung wegen an der Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestehender Zweifel das staatliche Gericht mit dem Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO anruft. Ein widersprüchliches Verhalten liegt darin nicht. In der Anrufung des Schiedsgerichts kann kein Verzicht darauf erkannt werden, vor dem staatlichen Gericht die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts geltend zu machen, so dass dem Kläger in dem möglichen Schiedsverfahren nur noch ein Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit des Schiedsverfahrens bliebe.

19 c) Anders als die Rechtsbeschwerde ausführt, kann die Antragstellerin nicht darauf verwiesen werden, gegen den Antragsgegner eine Klage vor einem ordentlichen Gericht zu erheben, so dass dieses im Fall der Erhebung einer Schiedseinrede durch den Antragsgegner gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO zu prüfen hätte, ob die Schiedsvereinbarung wirksam und durchführbar ist. Es stand der Antragstellerin vielmehr frei, entsprechend dem Wortlaut des Testaments zunächst das Schiedsgericht anzurufen, dessen Zuständigkeit aber einer Prüfung durch das staatliche Gericht gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO zu unterziehen.

20 2. Die Beurteilung des Oberlandesgerichts, das von der Antragstellerin eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren sei in Bezug auf die mit Schriftsatz der Antragstellerin an den Antragsgegner vom 13. November 2017 geänderte Klage unzulässig, hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

21 a) Nach § 1066 ZPO gelten für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das schiedsrichterliche Verfahren entsprechend. Ein Schiedsgericht ist nur dann in gesetzlich statthafter Weise errichtet, wenn diese Anordnung in der Verfügungsmacht des Erblassers liegt (BGH, SchiedsVZ 2018, 37 Rn. 20, 22; Beschluss vom 17. Mai 2017 - IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109 Rn. 12). Die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis des Erblassers findet ihre Grenze unter anderem

in § 2220 BGB, wonach der Erblasser nicht das Recht hat, den Testamentsvollstrecker von den ihm nach den §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB obliegenden Verpflichtungen zu befreien. Hierbei handelt es sich um die grundlegenden Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses (§ 2215 BGB), zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB), zur Auskunft und zur Rechnungslegung (§ 2218 BGB) sowie zur Haftung (§ 2219 BGB). Daraus folgt weiter, dass auch Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers in einer letztwilligen Verfügung nicht einseitig durch den Erblassers unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht zugewiesen werden können (BGHZ 215, 109 Rn. 11, 13).

22           b) In Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht fehlerfrei ausgeführt, die im Testament des Erblassers vom 24. Mai 2002 enthaltene Schiedsklausel sei in Bezug auf die mit ihr pauschal angeordnete Zuständigkeit eines Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker offensichtlich wirkungslos, weil die Anordnung auch die in den §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB geregelten grundlegenden Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers betreffe.

23           c) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, die testamentarische Schiedsanordnung hätte jedenfalls in Bezug auf von § 2220 BGB nicht erfasste, weniger bedeutsame Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker teilweise aufrechterhalten werden können, so dass das Berufungsgericht für jeden einzelnen mit der geänderten Schiedsklage geltend gemachten Antrag hätte prüfen müssen, ob sein Gegenstand von der materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers erfasst sei.

24           Die testamentarische Schiedsanordnung kann in Bezug auf Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker auch nicht teilweise für von § 2220 BGB nicht erfasste, weniger bedeutsame Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers aufrechterhalten werden. Es kann dahinstehen, ob - wie

das Oberlandesgericht angenommen hat - dieses Ergebnis sich unter Berücksichtigung der in Nr. 18 Satz 2 des Testaments enthaltenen salvatorischen Klausel und einer möglicherweise in Betracht kommenden, entsprechenden Anwendung von § 2085 BGB im Hinblick auf Sinn und Zweck der die gesamte Tätigkeit des Testamentsvollstreckers erfassenden Schiedsordnung ergibt, die einer zwischen den ordentlichen Gerichten einerseits und einem Schiedsgericht andererseits gespaltenen Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker entgegenstehen könnte. Jedenfalls steht jeglicher Anwendung der testamentarischen Schiedsordnung in Bezug auf Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker im Streitfall zwingend entgegen, dass nach Nr. 17 des Testaments der Testamentsvollstrecker selbst als Einzelschiedsrichter berufen ist.

25 Ein Schiedsverfahren über Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker kommt schon aus elementaren Grundsätzen des Verfahrensrechts nicht in Betracht, wenn der Testamentsvollstrecker darüber selbst als Einzelschiedsrichter entscheiden soll. Der Grundsatz, dass niemand in eigener Sache Richter sein kann, gehört zu den Grundprinzipien des Rechtsstaats; insoweit ist es Wesen jeder richterlichen Tätigkeit, dass sie von einem nichtbeteiligten Dritten in sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird (vgl. nur BVerfGE 3, 377, 381 [juris Rn. 14]; 67, 65, 68 [juris Rn. 10]). Das Verbot des Richtens in eigener Sache, das im gerichtlichen Verfahren Ausschlussgrund für die Ausübung des Richteramts ist (§ 41 Nr. 1 ZPO), gilt auch für das schiedsrichterliche Verfahren (BGH, Beschluss vom 28. März 2012 - III ZB 63/10, BGHZ 193, 38 Rn. 6; Beschluss vom 11. Oktober 2017 - I ZB 12/17, SchiedsVZ 2018, 271 Rn. 16; MünchKomm.ZPO/Münch aaO § 1066 Rn. 7).

26           Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts im Rahmen der eigenen materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers, also insbesondere unter Beachtung von § 2220 BGB und ohne Erfassung der Entlassung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB, erwogen werden könnte, kommen dafür von vornherein allein Schiedsvereinbarungen in Betracht, bei denen nicht der Testamentsvollstrecker zum Schiedsrichter berufen ist (vgl. BGHZ 215, 109 Rn. 1, 12 f.; Schiedsgericht für Erbstreitigkeiten e.V.). Danach kommt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde eine Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers als Einzelschiedsrichter auch nicht hinsichtlich des Antrags 5 zur Schiedsklage in Betracht, mit dem die Herausgabe eines Hausschlüssels und einer Security-Card an die Antragstellerin begehrt wird, auch wenn diese Herausgabe von der materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers umfasst sein mochte.

27           d) Soweit der Testamentsvollstrecker in Streitigkeiten der Erben, Ersatz-erben, Vermächtnisnehmer und Ersatz-Vermächtnisnehmer untereinander nicht selbst Partei ist, kann er als Einzelschiedsrichter tätig werden, so dass die Schiedsklausel in Nr. 16 des Testaments in diesem Umfang wirksam ist.

28 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Schmaltz

Vorinstanz:

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 21.03.2018 - 26 SchH 4/17 -