BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 177/96

Verkündet am:
6. November 1997
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 317

Zur Frage der Wirksamkeit einer vor Gericht getroffenen Parteivereinbarung, dem Gericht die Entscheidung über einen Vergütungsanspruch nach billigem Ermessen zu überlassen, wenn die Parteien ursprünglich die Leistungsbestimmung durch ein Schiedsgericht im Zusammenhang mit einer Schiedsvereinbarung vorgesehen hatten, die Anrufung des Schiedsgerichts jedoch wegen Mängel des Schiedsvertrages gescheitert ist.

BGH, Urt. v. 6. November 1997 - III ZR 177/96 - OLG Brandenburg
LG Potsdam

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne, die Richter Dr. Dressler, Streck, Schlick und die Richterin Ambrosius

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 21. Mai 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin über den Anspruch des Klägers aus § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages vom 23. September 1992 entschieden worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Tatbestand

Der Kläger war seit dem 1. August 1991 Intendant des von der beklagten Stadt betriebenen H.-O.-Theaters einschließlich der organisatorisch dazu gehörenden Brandenburgischen Philharmonie. In § 6 des von den Parteien am 23. September 1992 unterzeichneten und eine Laufzeit bis zum 31. Juli 1997 festlegenden Intendantenvertrages war niedergelegt, daß die Höhe des von der Beklagten im Bewirtschaftungsplan für das Theater anzusetzenden Sachkostenanteils "die Erfüllung dieses Vertrages ermöglichen muß". Bezüglich der Gehälter war vorgesehen, den Jahresetat der Tarifentwicklung anzupassen, wobei Kürzungen im Stellenplan nicht ausgeschlossen wurden. In § 6 Abs. 2 des Vertrages heißt es weiter:

> "Hinsichtlich der Anhebung des Sachkostenanteils des Etats wird die Stadt P. die Erhöhung der allgemeinen Kosten nach Begründung durch den Intendanten angemessen berücksichtigen. Sollte die Stadt P. die Steigerungsrate trotz Begründung durch den Intendanten nicht einhalten können - kann der Intendant auf der anderen Seite dartun, daß er unter diesen Umständen das Haus nicht weiterführen kann -, so stellt dies für den Intendanten einen gesonderten Grund zur Vertragskündigung dar. In der Frage der Vergütung des Intendanten wird für diesen Fall das Schiedsgericht des Deutschen Bühnenvereins angerufen, falls keine einvernehmliche Regelung zustande kommt."

Nach § 13 des Vertrages, ergänzt durch eine Schiedsvereinbarung vom 4. März 1993, sollte über Rechtsstreitigkeiten aus dem Vertrag das Bühnenschiedsgericht unter Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs entscheiden.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Im Laufe des Jahres 1993 ergaben sich daraus, daß die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten eine Umstrukturierung des Theaters in zwei selbständige Gesellschaften und eine erhebliche Kürzung der Haushaltsmittel beschloß - verbunden mit dem Auftrag an den Kläger, ein Konzept für einen weitgehenden Personalabbau zu erarbeiten -, Differenzen zwischen den Parteien. Mit Anwaltsschreiben vom 9. Juli 1993 kündigte der Kläger den Intendantenvertrag zum 31. Dezember 1993, unter anderem gestützt auf § 6, und verlangte von der Beklagten zugleich die Erfüllung ihrer vertraglichen Zahlungsverpflichtungen bis zum festgelegten Vertragsende. Die Beklagte nahm die Kündigung mit der Maßgabe hin, daß sie den Kläger ab 1. Oktober 1993 freistellte und das Gehalt des Klägers bis zum 31. Dezember 1993 weiterzahlte, weitergehende Ansprüche des Klägers jedoch ablehnte.

Der Kläger reichte im November 1993 eine Klage beim Bühnenschiedsgericht B. ein, verfolgte diese jedoch nicht weiter, nachdem das Bühnenschiedsgericht erhebliche Einwände gegen die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung der Parteien angeführt und die Beklagte die Bitte des Klägers, die Schiedsvereinbarung rechtswirksam zu erneuern, mit Schreiben vom 18. Februar 1994 abgelehnt hatte.

Mit der im März 1994 beim Landgericht eingereichten Klage hat der Kläger zunächst einen auf § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages gestützten Antrag angekündigt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine nach billigem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Vergütung für die Zeit vom 1. Januar 1994 bis

zum 30. Juni 1996 zu zahlen. Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens hat er sein - im Rahmen eines umformulierten Antrags weitergehende Ansprüche bis einschließlich 31. Juli 1997 umfassendes - Klagebegehren in erster Linie auf einen Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB wegen außerordentlicher Kündigung des Intendantenvertrages gestützt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht haben die Parteien erklärt, man sei einvernehmlich der Meinung und gewillt, daß das Schiedsgericht nicht angegangen werde; insofern werde die Schiedsvereinbarung aufgehoben. Landgericht und Oberlandesgericht haben die - vom Kläger in der Berufungsinstanz mit dem ursprünglich angekündigten Klageantrag als Hilfsantrag weiterverfolgte - Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hat der Senat mit Beschluß vom 26. Juni 1997 angenommen, soweit über den Anspruch des Klägers aus § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages vom 23. September 1992 entschieden worden ist; im übrigen ist die Revision nicht angenommen worden.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt in dem Umfang, in dem sie vom Senat angenommen worden ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

1. Das Berufungsgericht zieht in Betracht, daß dem Kläger unabhängig von den Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB ein vertragliches "Sonderkündigungsrecht" in entsprechender Anwendung des § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages zugestanden haben könnte. Zwar greife die Vertragsklausel ihrem Wortlaut nach unmittelbar nicht ein. Wenn aber dem Kläger bereits für den Fall, daß von ihm für unabdingbar angesehene Etaterhöhungen für das Theater von der Beklagten nicht gewährt werden konnten, ein besonderes Kündigungsrecht habe zustehen sollen, müsse im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Klausel so interpretiert werden, daß ein solches Kündigungsrecht erst recht dann gegeben sein sollte, wenn - was die Parteien offenbar nicht für möglich gehalten und folglich nicht bedacht hätten - trotz Steigerung der allgemeinen Kosten wegen der ungünstigen finanziellen Lage der Beklagten die dem Theater zur Verfügung zu stellenden Mittel beträchtlich vermindert werden mußten. Das ist im rechtlichen Ansatz nicht zu beanstanden und kann im Revisionsverfahren in dem Sinne zugrunde gelegt werden, daß der Anspruch des Klägers auf Zahlung einer nach billigem Ermessen zu bestimmenden (weiteren) Vergütung auf der Grundlage des § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages nicht etwa, wie die Revisionserwiderung meint, als von vornherein unschlüssig anzusehen ist. Die Frage der Schlüssigkeit läßt sich hier nicht davon trennen, wie § 6 Abs. 2 im einzelnen (gegebenenfalls ergänzend) auszulegen ist; an näheren tatrichterlichen Festsellungen dazu fehlt es aber bisher. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch kann nach dem im Revisi-

onsverfahren gegebenen Sachstand auch nicht ohne weiteres mit der - von der Revisionserwiderung aufgegriffenen - Erwägung des Landgerichts im erstinstanzlichen Urteil verneint werden, es sei zweifelhaft, ob aus der maßgeblichen Vertragsbestimmung weitere, über die für die Auslauffrist zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen hinausgehende Ansprüche hergeleitet werden könnten, weil ein Dienstvertragsverhältnis nach dem gesetzlichen Modell durch Kündigung oder Aufhebung des Vertrages ohne oder mit Ablauf einer bestimmten Frist grundsätzlich ende; damit verbunden sei eben auch, daß die Hauptpflichten der Parteien - Dienstleistung und Vergütung - entfielen. Hierbei wird verkannt, daß der Kläger mit der Erklärung der Kündigung des Intendantenvertrages zum 31. Dezember 1993 zugleich Vergütungsansprüche bis zum ursprünglich vorgesehenen Vertragsende angemeldet und unbeschadet dessen aufrechterhalten hat, daß die Beklagte die Kündigung nach Maßgabe ihres Schreibens vom 20. Oktober 1993 (Freistellung des Klägers ab 1. Oktober 1993, Fortzahlung des Gehalts bis zum 31. Dezember 1993) hinnahm. Im übrigen schließt die in § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages getroffene Regelung - auf den ersten Blick - nicht aus, daß der zur Kündigung Berechtigte das Dienstverhältnis vorzeitig beenden, seine Vergütung jedoch für einen über den Zeitpunkt der kündigungsbedingten Beendigung des Dienstverhältnisses hinausgehenden Zeitraum verlangen kann (insoweit im Ansatz vergleichbar der bei einer außerordentlichen Kündigung gegebenen Situation, §§ 626 Abs. 1, 628 Abs. 2 BGB).

2. Auch unter dem Gesichtspunkt, ob der Kläger von seinem - im Revisionsverfahren zu unterstellenden - Sonderkündi-

gungsrecht "ordnungsgemäß Gebrauch gemacht" hat, was das Berufungsgericht offenläßt, sind nach dem bisherigen Sachstand durchgreifende Bedenken nicht gegeben. Für eine Auslegung des § 6 Abs. 2 dahin, daß das darin dem Intendanten eingeräumte Kündigungsrecht innerhalb der für eine außerordentliche Kündigung nach dem Gesetz (§ 626 Abs. 2 BGB) vorgeschriebenen Zwei-Wochen-Frist ab Kenntniserlangung vom Kündigungsgrund erfolgen mußte, sind Anhaltspunkte nicht ersichtlich und auch von der Beklagten nicht geltend gemacht worden. Für eine gegenteilige Auslegung spricht, daß die Bestimmung des § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages ersichtlich von dem Willen getragen wird, in erster Linie eine einvernehmliche Regelung anzustreben und zu erreichen. Das legt nahe, daß der Intendant, selbst wenn er die Möglichkeit einer Kündigung aus dem besonderen Grund des § 6 Abs. 2 des Vertrages sah, nicht gezwungen sein sollte, statt weiter zu verhandeln unverzüglich die Kündigung auszusprechen. Ebensowenig ist es für die Kündigungserklärung vor dem Hintergrund des § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages schädlich, daß der Kläger nicht fristlos, sondern unter Einhaltung einer von ihm selbst gewählten Frist bis zum 31. Dezember 1993 gekündigt hat; selbst eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB kann, ohne diesen Charakter zu verlieren, mit einer Frist erklärt werden, wenn für den Gekündigten klar erkennbar ist, daß sie aus wichtigem Grund ausgesprochen wird (BGH, Urteil vom 21. April 1975 - II ZR 2/73 - WM 1975, 761, 762).

II.

Das Berufungsgericht sieht gleichwohl keine Möglichkeit, wie vom Kläger verlangt, nach billigem Ermessen über die Frage der Vergütung nach § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages zu entscheiden. Es führt aus: Durch § 6 Abs. 2 sei die Festlegung der dem Kläger für den Fall der Ausübung des Sonderkündigungsrechts zustehenden Vergütung dem Bühnenschiedsgericht als einem "Dritten" übertragen worden. An dessen Stelle könne das Gericht nach dem Gesetz (§ 319 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BGB) nur treten, wenn das Bühnenschiedsgericht die Bestimmung nicht vornehmen könne oder wolle oder die ihm übertragene Bestimmung verzögert habe. Davon, daß dies geschehen sei, könne aber nicht ausgegangen werden. Daß das Bühnenschiedsgericht tatsächlich Bedenken gegen seine Befassung mit der Sache angemeldet habe, könne noch nicht als Verweigerung der Entscheidung angesehen werden, weil sich die Bedenken lediglich auf die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung - also die Ersetzung des Weges zu den Zivilgerichten durch den Weg zum Schiedsgericht - bezogen hätten, nicht aber auf die davon zu trennende Befassung mit der Bestimmung der Vergütung von Leistungen gemäß § 6 des Intendantenvertrages. Die einverständliche Aufhebung der Schiedsvereinbarung ändere - da sie die Bestimmung der Vergütung durch das Bühnenschiedsgericht als Dritten nicht berühre - nichts daran, daß zunächst eine Bestimmung durch das Bühnenschiedsgericht zu erfolgen habe. Sollten die Parteien bei der Aufhebung der Schiedsvereinbarung davon ausgegangen sein, daß nunmehr auch eine dem Kläger eventuell nach § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages zustehende

Vergütung durch das Gericht festgesetzt werden solle - wofür allerdings Anzeichen nicht ersichtlich seien -, so sei ihre Vereinbarung insoweit ins Leere gegangen; denn die Gerichte seien innerhalb der Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes zur Streitentscheidung berufen, könnten jedoch nicht als "Dritte" im Sinne des § 317 Abs. 1 BGB durch Privatleute in Anspruch genommen werden. Im übrigen sei die Beklagte dem Kläger schuldrechtlich verpflichtet, die Voraussetzungen für die Anrufung des Bühnenschiedsgerichts durch Abschluß einer von diesem akzeptierten Vereinbarung herbeizuführen, so daß der Kläger die Schaffung der Voraussetzungen für die Festsetzung einer ihm eventuell zustehenden Vergütung in der Hand habe.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Im rechtlichen Ansatz zutreffend sieht das Berufungsgericht in der Vereinbarung zu § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages, daß wegen der Frage der Vergütung in dem angesprochenen Fall das Schiedsgericht des Deutschen Bühnenvereins angerufen werde, eine - von dem Schiedsvertrag zwischen den Parteien als solchem zu unterscheidende - (materiellrechtliche) Vereinbarung dahin, daß das Bühnenschiedsgericht im Streitfall (auch) eine Leistungsbestimmung im Sinne der §§ 315 ff BGB treffen sollte. Eine solche Leistungsbestimmung war, falls der Intendant sich auf ein Kündigungsrecht nach § 6 Abs. 2 des Vertrages berief, unentbehrlich, denn § 6 Abs. 2 enthält zur "Frage" der Vergütung keine konkreten Entscheidungsmaßstäbe. Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten

überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist. Ein solches Leistungsbestimmungsrecht dem Bühnenschiedsgericht - zugleich in seiner Eigenschaft als Schiedsgericht gemäß §§ 1025 ff ZPO - zu übertragen, war rechtlich ohne weiteres möglich.

2. Soweit das Berufungsgericht jedoch weiter meint, die Parteien hätten nach dem "Ausfall" des Bühnenschiedsgerichts als Schiedsgericht im Sinne der §§ 1025 ff ZPO das materielle Leistungsbestimmungsrecht nicht auf das staatliche Gericht übertragen, beruht dies auf Rechtsirrtum. Das Gericht ist zur Entscheidung der Frage der Vergütung des Intendanten - spätestens - aufgrund der Einigung der Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, daß "das Schiedsgericht nicht angegangen werde", berufen.

a) Es kann offenbleiben, in welchem Umfang im allgemeinen die tatrichterliche Auslegung einer vor Gericht getroffenen Parteivereinbarung der Art, wie sie hier am 25. Januar 1995 zu Protokoll des Landgerichts erfolgt ist, der revisionsrichterlichen Überprüfung unterliegt. Selbst wenn die Vereinbarung, was die Frage einer Übertragung eines Leistungsbestimmungsrechts auf das staatliche Gericht angeht, nur begrenzt - auf Rechtsfehler - überprüfbar sein sollte, wäre die Auslegung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten mit der Aufhebung der Schiedsvereinbarung nicht zugleich gewollt, daß eine eventuelle Vergütung des Klägers nach § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages durch das Gericht festgesetzt werden solle, für das Revisionsgericht nicht bindend; denn sie ist rechtsfehlerhaft. Die bloße Bemerkung im Berufungsurteil, da-

für, daß die Parteien bei der Aufhebung der Schiedsvereinbarung davon ausgegangen seien, auch eine dem Kläger eventuell nach § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages zustehende Vergütung solle nunmehr durch das Gericht festgestellt werden, seien "Anzeichen nicht ersichtlich", ist im vorliegenden Zusammenhang für eine sachgerechte Auslegung unzureichend.

aa) Wie die Revision mit Recht rügt, hat das Berufungsgericht schon das Parteivorbringen hierzu und den Grundsatz unbeachtet gelassen, daß bei der Vertragsauslegung ein übereinstimmender Wille der Parteien jeder anderweitigen Interpretation vorgeht (vgl. etwa BGH, Urteil vom 20. Januar 1994 - VII ZR 174/92 - BGHR BGB § 133 Wille 12). Ergibt sich aus dem Vorbringen der Parteien im Prozeß, daß sie eine Erklärung in einem bestimmten Sinn verstanden haben, so hat der Richter dementsprechend von dem gemeinsamen Verständnis der Parteien auszugehen (Soergel/Hefermehl BGB 12. Aufl. § 133 Rn. 17, 35; Soergel/Wolf aaO § 157 Rn. 16).

Im Streitfall kann dem Parteivortrag eine dem Verständnis des Berufungsgerichts entgegenstehende übereinstimmende Interpretation zwar nicht ausdrücklich unmittelbar bezogen auf die Übereinkunft zu Protokoll vom 25. Januar 1995 entnommen werden. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Vereinbarung vom 25. Januar 1995 auf dem - nach dem Sachstand, von dem das Revisionsgericht auszugehen hat, eindeutig übereinstimmenden - Vorverständnis der Parteien beruhte, daß nachdem eine Schiedsvereinbarung nicht wirksam zustande gekommen war, nunmehr die Frage einer Vergütung des Klägers durch das staatliche Gericht geklärt werden sollte: Der Kläger hatte

nämlich zuvor mehrfach vorgetragen, die Regelung in § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages sei "nach dem Nichtzustandekommen der Schiedsvereinbarung" dahin auszulegen, daß das angerufene Gericht abschließend über den Vergütungsanspruch entscheiden solle, wobei die Bestimmung der Vergütung nach billigem Ermessen zu erfolgen habe. Die Beklagte, die ihrerseits schon in der Vorkorrespondenz im Zusammenhang mit der Ablehnung des Abschlusses einer neuen rechtswirksamen Schiedsvereinbarung erklärt hatte, falls der Kläger auf seinen Zahlungsansprüchen beharre, "sollte dies im Wege der ordentlichen Gerichtsbarkeit geklärt werden" (Schreiben vom 18. Februar 1994), nahm dieses Vorbringen des Klägers im Prozeß - abgesehen von der Rüge, statt des ordentlichen Gerichts sei das Arbeitsgericht zuständig - durchgehend unwidersprochen hin. Entgegen der Revisionserwiderung ergibt sich nichts anderes daraus, daß die Beklagte im Berufungsverfahren die Auffassung des Landgerichts im erstinstanzlichen Urteil verteidigte, die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages lägen nicht vor; dem vom Kläger in seiner Berufungsbegründung noch einmal wiederholten Standpunkt, nachdem das Schiedsgericht nicht angerufen werden könne, sei die Vorschrift dahin auszulegen, daß nunmehr das ordentliche Gericht von den Parteien ausersehen sei, die geschuldete Leistung gemäß § 317 BGB zu bestimmen, ist die Beklagte damit nicht entgegengetreten. Gemäß § 138 Abs. 3 ZPO sind Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht. Es bestehen keine Bedenken, diese Regelung auch dann heranzuziehen, wenn es, wie hier, darum geht, in welchem Sinne die

Parteien bestimmte von ihnen abgegebene vertragliche Erklärungen selbst verstanden haben.

Hatten aber die Parteien übereinstimmend die Vorstellung, § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages sei, nachdem eine Anrufung des Bühnenschiedsgerichts als Schiedsgericht nicht mehr in Betracht kam, dahin auszulegen, daß das angerufene Gericht abschließend über den Vergütungsanspruch entscheiden solle, so drängt sich auf, daß sie mit ihren Erklärungen zu Protokoll des Landgerichts vom 25. Januar 1995 nicht nur den eigentlichen Schiedsvertrag, sondern auch die in § 6 Abs. 2 vorgesehene Leistungsbestimmung durch das Schiedsgericht des Deutschen Bühnenvereins als gegenstandslos angesehen und sich auf eine Leistungsbestimmung durch das - bereits angerufene - Gericht geeinigt haben.

bb) Der Wortlaut des Protokolls vom 25. Januar 1995, daß "das Schiedsgericht nicht angegangen" werden solle, bestätigt diese Sicht. Diese Formulierung läßt - jedenfalls nach ihrer nächstliegenden Bedeutung - darauf schließen, daß das Schiedsgericht des Bühnenvereins im Rahmen des Streits der Parteien überhaupt keine entscheidende Funktion mehr haben sollte; der Zusatz im Protokoll, "insofern" werde "die Schiedsvereinbarung" aufgehoben, kann nach dem gesamten Zusammenhang nicht etwa als eine Eingrenzung in dem Sinne verstanden werden, daß nur die eigentliche Schiedsvereinbarung, nicht aber die Übertragung der Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen, auf das Schiedsgericht des Bühnenvereins aufgehoben werde.

cc) Dieses Verständnis entspricht auch am ehesten den Interessen beider Parteien während des bereits fortgeschrittenen Prozesses. Zwar waren die Bedenken des Bühnenschiedsgerichts, mit der Sache befaßt zu werden, unmittelbar nur gegen die Wirksamkeit der eigentlichen Schiedsvereinbarung gerichtet. Diese Bedenken schlossen, wie das Berufungsgericht im Ansatz richtig sieht, an sich nicht ohne weiteres aus, daß das Bühnenschiedsgericht bzw. ein von ihm zu benennendes Mitglied desselben wenigstens mit einer Leistungsbestimmung im Sinne des § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages hätte betraut werden können und dazu auch bereit und in der Lage gewesen wäre. Nachdem die Möglichkeit einer abschließenden Streitentscheidung durch ein nicht staatliches Gericht entfallen war, sprach aber unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten alles dafür, es dem staatlichen Gericht auch zu überlassen, im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 die Frage der Vergütung im Sinne einer Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu regeln; andernfalls hätte die Notwendigkeit bestanden, erst außergerichtlich eine Leistungsbestimmung durch eine außenstehende Institution einzuholen, um gegebenenfalls anschließend vor dem staatlichen Gericht um die Billigkeit dieser Leistungsbestimmung und die Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs weiter zu streiten (vgl. § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dem staatlichen Gericht die Regelung der Vergütungsfrage im Rahmen des § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages zu überlassen, bedeutete im übrigen keineswegs, daß damit zwangsläufig auf den besonderen Sachverstand der Mitglieder des Bühnenschiedsgerichts auf diesem Gebiet verzichtet wurde, denn dem staatlichen Gericht ist unbenommen, sich im Prozeß sachverständiger Hilfe von dieser Seite zu bedienen.

b) Da nach allem die Auslegung der Vereinbarung vom 25. Januar 1995 durch das Berufungsgericht nicht bindet und es insoweit weiterer Feststellungen nicht bedarf, kann der Senat die Auslegung selbst vornehmen. Sie geht im Anschluß an die vorstehenden Ausführungen dahin, daß die Parteien mit der Übereinkunft, daß "das Schiedsgericht nicht angegangen werde", dem staatlichen Gericht auch die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen im Rahmen des § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages anstelle des ursprünglich vorgesehenen Schiedsgerichts des Deutschen Bühnenvereins überlassen haben.

2. Diese Vereinbarung ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht im Hinblick auf den Grundsatz unwirksam, daß ein staatliches Gericht an sich im Rahmen seiner Zuständigkeit nicht als "Dritter" im Sinne von § 317 BGB zur Bestimmung der Leistung benannt werden kann, weil der gesetzliche Aufgabenbereich des Gerichts nicht der Parteidisposition unterliegt (BGH, Urteile vom 5. Januar 1955 - VI ZR 256/53 - LM BGB § 317 Nr. 3, vom 14. Oktober 1977 - I ZR 119/76 - WM 1978, 64 und vom 3. Februar 1995 - V ZR 222/93 - NJW 1995, 1360).

Dieser Grundsatz gilt nicht ausnahmslos. So kann nach der ständigen Rechtsprechung des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs eine Anpassungsklausel im Erbbaurechtsvertrag vorsehen, daß die Festsetzung des Erbbauzinses, soweit darüber keine Einigkeit erzielt wird, entsprechend den §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Urteil erfolgen soll (BGHZ 71,

276, 284; Urteile vom 21. Dezember 1977 - V ZR 179/75 - WM 1978, 228 und vom 3. Februar 1995 aaO).

Auch sieht das Gesetz - unabhängig von einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien - vor, daß die Bestimmung der Leistung nach Maßgabe des § 317 BGB durch Urteil erfolgt, wenn der Dritte, dem die Parteien die Bestimmung der Leistung überlassen haben, die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert (§ 319 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dabei ist "Verzögerung" nicht mit Verzug gleichzusetzen; ausreichend ist vielmehr, daß die Handlung nicht innerhalb objektiv angemessener Zeit vorgenommen wird (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1989 - VII ZR 75/89 - NJW 1990, 1231, 1232). Die Verzögerung braucht auch nicht unbedingt ihren Ursprung in dem Verantwortungsbereich des ursprünglich für die Leistungsbestimmung zuständigen Dritten zu haben. Es kann auch eine Verzögerung ausreichen, die ein Vertragsteil dadurch herbeiführt, daß er etwa entgegen einer vertraglichen Absprache einen Schiedsgutachter nicht benennt und es so durch sein vertragswidriges Verhalten dazu kommt, daß der Schiedsgutachter überhaupt nicht tätig wird. Bei einer solchen Lage ist eine entsprechende Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BGB geboten; der säumige Teil kann sich nicht mehr mit Erfolg auf die Schiedsgutachterklausel - und ihre Wirkungen - berufen, was im übrigen auch treuwidrig wäre (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1989 aaO). Ob im Streitfall eine ähnliche Würdigung im Hinblick darauf in Betracht zu ziehen wäre, daß die Beklagte durch ihre Weigerung, die vom Bühnenschiedsgericht beanstandete Schiedsvereinbarung durch einen Neuabschluß der-

selben zu "heilen", den Kläger praktisch dazu gezwungen hat, das staatliche Gericht anzurufen, kann letztlich dahinstehen.

Es geht hier nicht entscheidend darum, ob und in welchem Umfang in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB gegen den Willen des jeweiligen Beklagten eine gerichtliche Leistungsbestimmung in Betracht kommt, sondern darum, ob die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits in ihrer besonderen Situation - als sie das Bemühen, eine Entscheidung ihres Streits durch das Bühnenschiedsgericht herbeizuführen, insgesamt als gescheitert angesehen haben und auch ansehen durften - während des schon laufenden Prozesses vereinbaren konnten, nunmehr solle das staatliche Gericht insgesamt entscheiden. Der Senat bejaht diese Frage. Der Grundsatz, daß der gesetzliche Aufgabenbereich des Gerichts nicht der Parteidisposition unterliegt und deshalb das Gericht grundsätzlich nicht "Dritter" im Sinne des § 317 BGB sein kann, ist in seinem Kern nicht berührt, wenn, wie hier, die Vertragspartner zunächst im Zusammenhang mit einer von ihnen zweifelsohne als wirksam angesehenen Schiedsvereinbarung eine Leistungsbestimmung durch einen Dritten (eben durch das anzurufende Schiedsgericht) vorgesehen haben, die Leistungsbestimmung nach diesem Verfahren jedoch scheitert, weil das schiedsgerichtliche Verfahren infolge eines formalen Fehlers der Schiedsvereinbarung nicht stattfinden kann. Soweit demgegenüber das Berufungsgericht auf die Möglichkeit verweist, daß die Parteien das Bühnenschiedsgericht nach dessen "Ausfall" als Schiedsgericht im eigentlichen Sinne immer noch als "Dritten" zur Leistungsbestimmung im Sinne des § 317 Abs. 1 BGB anrufen könnten und

der Kläger die Beklagte auf das Ingangsetzen eines solchen Verfahrens in Anspruch nehmen könnte (was aber möglicherweise eine weitere streitige Auseinandersetzung erforderte), erscheint dies - insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs der Parteien auf einen effektiven Rechtsschutz - unzumutbar.

III.

Mithin kann die Entscheidung des Berufungsgerichts, soweit es den Anspruch des Klägers aus § 6 Abs. 2 des Intendantenvertrages abgewiesen hat, keinen Bestand haben und muß aufgehoben werden. Es bedarf einer neuen umfassenden tatrichterlichen Würdigung zum Grunde des Anspruchs und, soweit das Berufungsgericht das Vorliegen der Voraussetzungen eines solchen Anspruchs bejahen sollte, einer Festlegung der Dauer und Höhe der etwaigen Vergütung des Klägers nach billigem Ermessen. Hierbei hat der Tatrichter bei entsprechendem Parteivorbringen auch die üblichen Gebräuche im Bühnenwesen zu beach-

ten, und er kann unter Umständen gehalten sein, sich insoweit auch sachverständiger Hilfe, etwa durch das Bühnenschiedsgericht, zu bedienen.

Rinne Dressler Streck

Schlick Ambrosius