

BUNDESGERICHTSHOF

III ZR 218/86

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Dr. Ing. habil. Johannes P. [REDACTED],
S. [REDACTED]straße [REDACTED], H. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Dr. Ing. P. [REDACTED] GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Dipl.-Ing. Karl-Fritz
M. [REDACTED], W. [REDACTED]straße 21-23, H. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

WIII

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Kröner,
Boujong, Dr. Engelhardt und Dr. Halstenberg

am 17. September 1987

gemäß § 554 b Abs. 1 ZPO

beschlossen:

Die Revision des Klägers gegen
das Urteil des 9. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Celle vom
8. Oktober 1986 - 9 U 163/84 - wird
nicht angenommen.

Der Kläger trägt die Kosten des
Revisionsverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Streitwert: 1.053.924 DM.

G r ü n d e :

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 554 b ZPO). Die Revision hat auch im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg (BVerfGE 54, 277).

1. Ohne Erfolg beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht die Behauptung des Klägers, der Schiedsvertrag sei am 5. November 1973 aufgehoben worden, gemäß § 527 ZPO als verspätet zurückgewiesen hat.

a) Für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der §§ 527 und 528 ZPO kommt es nicht - wie die Revision meint - darauf an, ob "der Sachvortrag als solcher bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Prozeßstoffes war und in zweiter Instanz nur das Beweismittel neu angeboten wurde". § 527 und § 528 beziehen sich vielmehr auf verschiedene Prozeßsituationen.

§ 528 ZPO betrifft die Behandlung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die im ersten Rechtszug nicht rechtzeitig vorgebracht worden sind und nunmehr im zweiten vorgebracht werden. § 527 ZPO betrifft Angriffs- und Verteidigungsmittel, die nicht innerhalb der Berufungsbe gründungsfrist oder einer nach § 520 Abs. 2 ZPO zur Erwi derung gesetzten Frist vorgebracht worden sind. Bringt der Berufungskläger Angriffs- oder Verteidigungsmittel i. S. dieser Bestimmungen erstmals im zweiten Rechtszug und nach Ablauf der Berufungsbe gründungsfrist vor, so sind auf sie sowohl § 527 als auch § 528 anzuwenden. Nur wenn die Voraus setzungen beider Vorschriften vorliegen, sind sie zu berück sichtigen.



Die Behauptung, der Schiedsvertrag sei am 5. November 1973 aufgehoben worden, ist - entgegen dem Vortrag der Revision - im ersten Rechtszug noch nicht aufgestellt worden. Es trifft nicht zu, daß der Kläger sich bereits in seinem Schriftsatz vom 22. Mai 1984 auf die Aufhebung des Schiedsvertrages berufen hat. In diesem Schriftsatz hat er zwar auf den Inhalt des als Anlage K 2 vorgelegten Kündigungsschreibens vom 21. November 1983 Bezug genommen, jedoch nur dafür, daß er mit diesem Schreiben den Schiedsvertrag gekündigt habe; nur "hinsichtlich der Begründung der Kündigung" hat er "insbesondere auf Ziff. 3" der Kündigung verwiesen.

b) Auch die Annahme des Berufungsgerichts, durch die Zulassung des verspäteten Vorbringens wäre die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden, hält rechtlicher Nachprüfung stand. Die mit der Verspätung verbundene Verzögerung des Rechtsstreits zu beurteilen, unterliegt der freien Überzeugung des Gerichts (BGHZ 76, 133, 135).

Die Erledigung des Rechtsstreit wird auch dann verzögert, wenn der vom Berufungskläger verspätet benannte Zeuge zwar vernommen werden könnte, seine Vernehmung aber bei einer dem Berufungskläger günstigen Aussage die Vernehmung nicht präsenter Gegenzeugen erforderlich machen würde; denn es ist kein Unterschied, ob ein Beweisantrag schon für sich allein zur Verzögerung führt oder ob erst im Hinblick auf die sich aus seiner Zulassung ergebende Notwendigkeit weiterer Beweisordnungen eine Verzögerung eintritt (BGHZ 83, 310, 312).

Keine Verzögerung des Rechtsstreit tritt allerdings ein, wenn "die Verspätung des Parteivorbringens durch zumutbare Maßnahmen des Gerichts ausgeglichen werden" kann (BGHZ 75, 138, 143; 76, 133, 136 f.; 76, 173, 178). Insbesondere darf die erst in der Berufungsbegründung beantragte Vernehmung eines Zeugen nicht mit der Begründung abgelehnt werden, sie würde die Erledigung des Rechtsstreits deshalb verzögern, weil das Gericht seine Sitzungstage so auslastete, daß die Ladung eines Zeugen gemäß § 272 b ZPO zum ersten Termin allgemein nicht erwogen werden könne; ein Gericht hält sich nicht im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens, wenn es die Sitzungstage allgemein so belastet und die Zeit für die Verhandlung der einzelnen Sache so eng bemißt, daß es damit die Vernehmung eines Zeugen von vornherein unmöglich macht, und alsdann mit dieser Verfahrensweise die Nichtzulassung des Beweismittels begründet (BGH Urteil vom 16. Mai 1974 - II ZR 36/73 - NJW 1974, 1512).

So liegt der vorliegende Fall aber nicht. Der Kläger hatte am 10. August 1984 Berufung eingelegt und diese - nach Fristverlängerung - am 29. November 1984 begründet. Verhandlungstermin war zunächst auf den 22. Mai 1985 und dann auf den 27. November 1985 bestimmt worden. Nach Vertagung war am 25. Februar 1986 neuer Verhandlungstermin auf den 17. September 1986 bestimmt worden. Mit Schriftsatz vom 18. August 1986 hatte der Kläger die neue Behauptung zunächst ohne Beweisantritt aufgestellt und mit Schriftsatz vom 26. August 1986 Beweis angetreten. Unter diesen Umstän-

den stellt es keinen Verfahrensverstoß dar, wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, im Hinblick auf die Unmöglichkeit, die benannten Zeugen und etwaige Gegenzeugen in dem bereits Monate zuvor bestimmten Termin zu vernehmen, werde durch die Zulassung dieses Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits verzögert.

Eine genügende Entschuldigung dafür, daß Behauptung und Beweisantritt nicht schon in der Berufungsbegründung vorgebracht worden sind, ist nicht erkennbar und wird von der Revision auch nicht geltend gemacht.

2. Ebensowenig ist es aus Rechtsgründen zu beanstanden, daß das Berufungsgericht ein Recht des Klägers, die Schiedsvereinbarung wegen Verarmung zu kündigen, verneint hat.

Eine Partei kann einen Schiedsvertrag aus wichtigem Grunde insbesondere dann kündigen, wenn sie wegen einer nach Vertragsschluß eingetretenen Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse die erforderlichen Kostenvorschüsse für das Schiedsgerichtsverfahren nicht mehr aufbringen kann (BGHZ 41, 104, 107 f.; 51, 79, 82; 55, 344, 350); das gleiche gilt, wenn sie schon bei Vertragsschluß dazu außerstande war, aber erwarten konnte, aus der Durchführung des Hauptvertrages Einnahmen zu erzielen, und bei Vertragsschluß noch ungewiß war, ob es überhaupt zu einem Streit und zur Forderung eines Gebührenvorschusses durch das Schiedsgericht gekommen wäre (BGHZ 77, 65). Insbesondere kann eine Vertragspartei den Schiedsvertrag wegen ihrer inzwischen eingetretenen Armut auch dann kündigen, wenn die

Gegenpartei sich zwar bereit erklärt hat, die Kosten der Schiedsrichter zu tragen, es aber ablehnt, auch die Kosten eines Rechtsanwalts für die Vertretung der verarmten Partei im Schiedsverfahren vorzuschießen, und wenn es dieser unter den gegebenen besonderen Umständen nicht zuzumuten ist, sich ohne Hilfe eines Rechtsanwalts auf das schiedsgerichtliche Verfahren einzulassen (BGHZ 51, 79).

Das Berufungsgericht geht von diesen Grundsätzen aus und verneint ein Kündigungsrecht des Klägers deshalb, weil die Beklagte Vorschüsse für die Kosten des Schiedsgerichts geleistet habe, nach ihren Äußerungen auch bereit sei, dem Kläger erforderliche Vorschüsse für eine anwaltliche Vertretung im Schiedsgerichtsverfahren vorzustrecken, der Kläger sie hierzu aber nicht aufgefordert habe. Dies läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

Keine Partei eines Schiedsverfahrens ist - ohne ausdrückliche Vereinbarung - verpflichtet, der anderen die Mittel für die erforderlichen Kostenvorschüsse vorzustrecken (vgl. BGHZ 55, 344, 348 ff.). Eine Kündigung des Schiedsvertrages wegen Verarmung setzt aber - in Ermangelung einer anderweitigen Vereinbarung - voraus, daß der Kündigende der Gegenpartei Gelegenheit gegeben hat, auch ohne eine dahingehende Verpflichtung die gesamten Kosten des Schiedsverfahrens vorzuschießen (BGHZ 55, 344, 353; vgl. auch BGHZ 41, 104, 109). Unstreitig hat der Kläger bisher kein solches Ansinnen an die Beklagte gestellt. Die Beklagte kann grundsätzlich eine solche Aufforderung allerdings ablehnen und wird daran möglicherweise auch nicht durch die Erhebung der

Schiedseinrede im vorliegenden Verfahren gehindert (BGHZ 55, 344, 351 f.). Der daraus sich ergebenden Möglichkeit, daß der Kläger nach rechtskräftiger Abweisung der vorliegenden Klage keine Vorschüsse von der Beklagten erhält und dann den Schiedsvertrag kündigen muß, hätte er indes vorbeugen können, wenn er alsbald nach dem Hinweis in dem Beschluß des Berufungsgerichts vom 19. November 1985, durch den ihm mit derselben Begründung Prozeßkostenhilfe versagt worden ist, die Beklagte zur Zahlung entsprechender Vorschüsse aufgefordert hätte.

Krohn

Kröner

Boujong

Engelhardt

Halstenberg