

17

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB § 242 Gl, D; ZPO §§ 274 Abs. 2 Nr. 3, 1025

Hat der Beklagte im Schiedsgerichtsverfahren geltend gemacht, nicht das Schiedsgericht, sondern das ordentliche Gericht sei zuständig, so verstößt es in der Regel gegen Treu und Glauben (widersprüchliches Verhalten), wenn er später im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht die Einrede des Schiedsvertrages erhebt.

BGH, Urt. v. 20. Mai 1968 - VII ZR 80/67 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 80/67

URTEIL

Verkündet am

20. Mai 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Fratelli D [REDACTED], società a responsabilità
limitata, vertreten durch ihren Geschäftsführer Aldo D [REDACTED]
[REDACTED], Via L [REDACTED], R [REDACTED]/Italien,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma R [REDACTED] GmbH, D [REDACTED],
B [REDACTED] Allee [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer
Bergassessor Dr. h.c. Karl K [REDACTED] und Hans-Heinz P [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 23. März 1967 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts in Hamburg, Kammer 10 für Handels-sachen, vom 28. Oktober 1966 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1959 und 1960 schlossen die Parteien Frachtverträge über die Verschiffung von insgesamt 350.000 to Erz von Marungo nach Europa. Die Verträge enthielten eine Schiedsgerichtsklausel. Mit Schreiben vom 16. Januar 1961 "annullierte" die Beklagte die Verträge mit sofortiger Wirkung.

Im April 1962 erhob die Klägerin vor dem Schiedsgericht in Hamburg Klage auf Zahlung von 4.686,000 DM Fautfracht (§ 580 HGB) nebst Zinsen. Die Beklagte machte u.a. geltend, das Schiedsgericht sei nicht zuständig, da die Schiedsabrede nicht mehr bestehe und da auch uner-



laubte Handlungen mit Gegenstand des Streits der Parteien seien, die von der Schiedsabrede nicht erfaßt würden.

Am 9. Dezember 1963 forderte das Schiedsgericht von der Klägerin 67.220 DM Kostenvorschuß. Die Klägerin erklärte, sie könne einen so hohen Vorschuß nicht aufbringen, sondern allenfalls 10.000 DM. Am 4. März 1965 schrieb das Schiedsgericht den Parteien, es könne dem Wunsch der Klägerin, das Schiedsverfahren nach Zahlung eines Teilvorschusses durchzuführen, nicht entsprechen. Seitdem ist in dem Schiedsverfahren nichts mehr geschehen.

Am 23. Juni 1965 hat die Klägerin die gegenwärtige Klage, zunächst auf Zahlung eines Teilbetrages von 500.000 DM nebst Zinsen erhoben. Sie hat zugleich um Bewilligung des Armenrechts wegen der weiteren Gerichtskosten und für die restlichen 4.186.000 DM gebeten.

Die Beklagte hat die Einrede des Schiedsvertrages erhoben.

Das Landgericht hat der Klägerin das Armenrecht versagt. Darauf hat diese die Klage auf 100.000 DM nebst Zinsen ermäßigt.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil die Einrede des Schiedsvertrages verworfen. Das Oberlandesgericht hat sie für begründet erachtet und daher die Klage als unzulässig abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Zwischenurteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat den Schiedsvertrag der Parteien nach deutschem Recht beurteilt. Dem hat keine der Parteien widersprochen. Beide haben damit unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß sie den Schiedsvertrag nach deutschem Recht gewürdigt wissen wollen (vgl. BGHZ 40, 320, 321 ff).

II.

Das Berufungsgericht hält die Kündigung des Schiedsvertrages, welche die Klägerin wegen ihrer behaupteten Armut am 23. Juni 1965 durch die Klageerhebung im ordentlichen Prozeß konkludent ausgesprochen hat, nicht für gerechtfertigt. Alles, was es dazu ausgeführt hat, kann auf sich beruhen; denn die Revision hat aus einem Grunde Erfolg, den das Berufungsgericht übersehen hat.

Die Beklagte hatte, wie die Revision zutreffend geltend macht, im Schiedsgerichtsverfahren wiederholt ausgeführt (vgl. ihre Schriftsätze vom 27. Juni 1962 S. 1-2 und 20. Juli 1963 S. 10), der Schiedsvertrag bestehe nicht mehr, das Schiedsgericht sei nicht zuständig, der Rechtsstreit gehöre somit vor das ordentliche Gericht. Im gegenwärtigen Prozeß hat sie dagegen (Klagebeantwortung vom 6. August 1965 S. 1-2) die Einrede des Schiedsvertrages erhoben und ihren im Schiedsgerichtsverfahren früher vertretenen Standpunkt fallen gelassen. Die Klägerin hat in ihrer Erwiderung (Schriftsatz vom 8. November 1965 Bl. 1 a) alsbald geltend gemacht, der

Schiedseinwand der Beklagten sei arglistig, weil die Beklagte bisher stets im gesamten Schiedsgerichtsverfahren sich auf den Standpunkt gestellt habe, die Schiedsabrede sei nachträglich weggefallen; ihr jetziger gegenteiliger Standpunkt stelle somit ein venire contra factum proprium dar und verstoße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Diesen Standpunkt hat die Klägerin bis zum Schluß der Berufungsinstanz vertreten (vgl. ihren Schriftsatz vom 7. September 1966 S. 2). Sie vertritt ihn mit entsprechender Rüge auch in der Revisionsinstanz (S. 14 - 15 der Revisionsbegründung).

Die Rüge ist begründet.

1.) Soweit ersichtlich, ist in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung bisher noch nicht über den Fall entschieden worden, daß (wie hier) der Beklagte zunächst im Schiedsgerichtsverfahren die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts geltend gemacht hatte und dann anschließend im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht die Einrede des Schiedsvertrages erhoben hat.

Dagegen hat sich das Reichsgericht bereits mehrfach mit Fällen zu befassen gehabt, in denen zunächst vor dem ordentlichen Gericht geklagt worden war, der Beklagte dort die Einrede des Schiedsvertrages erhoben hatte, dann ein Schiedsverfahren durchgeführt wurde und der Beklagte im anschließenden Verfahren über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs geltend machte, das Schiedsgericht sei zur Entscheidung des Streits nicht zuständig gewesen, dieser hätte vor die ordentlichen Gerichte gehört.

a) Um einen solchen Fall ging es in der Entscheidung RGZ 40, 401, 403 (ebenso in der unveröffentlichten Ent-

scheidung RG VII 160/01 vom 25. Juni 1901 = Nachschlagewerk des Reichsgerichts § 1041 ZPO Nr. 6]. Dort war die Klage vom ordentlichen Gericht abgewiesen worden, nachdem die Beklagte die Einrede des Schiedsvertrages erhoben hatte. Das Reichsgericht hat unter anderem ausgeführt: Die Beklagte könne mit der Einrede der Unzulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens im Prozesse vor dem ordentlichen Gericht nicht mehr gehört werden. Da sie sich im Vorprozeß selbst auf den Schiedsvertrag berufen und mit Hilfe dieser Einrede eine Abweisung der Klage erreicht, demnächst bei der Konstituierung des Schiedsgerichts mitgewirkt und sich auf das Verfahren vor ihm eingeklassen habe, handele sie arglistig, wenn sie, nachdem das Schiedsgericht zu ihren Ungunsten entschieden habe, die Vollstreckung des Schiedsspruchs damit abwehren wolle, daß sie die Unzulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens einwende. Dieses Verhalten verletze die Rücksicht auf Treu und Glauben im Rechtsverkehr, welche der Kläger nach dem Auftreten der Beklagten im Vorprozeß und im schiedsgerichtlichen Verfahren von der Beklagten fordern dürfe. Sie könne deswegen mit der Einrede nicht mehr gehört werden.

b) Einen ähnlichen Fall betrifft das Urteil des Reichsgerichts JW 1913, 655¹⁸. Dort hatten die Beklagten ebenfalls zunächst vor dem ordentlichen Gericht die Einrede des Schiedsvertrages erhoben und den Kläger dadurch zur Rücknahme der Klage veranlaßt. Sie waren aber später, nach Durchführung des Schiedsverfahrens, im Rechtsstreit um die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs, mit dem Einwand hervorgetreten, das Schiedsgericht sei nicht zuständig gewesen.

Das Reichsgericht hat hierzu unter anderem ausgeführt: Es sei arglistig, wenn die Beklagten, nachdem sie der gerichtlichen Klage die Einrede des Schiedsvertrages entgegengesetzt hätten und der Kläger sich dem gefügt habe, dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs die Einrede entgegensetzten, das schiedsgerichtliche Verfahren, auf das sie selbst den Kläger verwiesen hätten, sei unzulässig gewesen.

c) Im Schrifttum vertritt Wieczorek ZPO § 104¹, D I A 7, noch über das Reichsgericht hinausgehend, allgemein die Auffassung, daß der Beklagte, der sich im ordentlichen Verfahren auf die Schiedseinrede bezogen habe, sich regelmäßig nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Schiedsklausel berufen könne, wenn nunmehr das Schiedsverfahren in Gang gebracht worden sei.

2.) Auch für den hier zu entscheidenden umgekehrten Fall, daß das Schiedsverfahren dem Verfahren vor dem ordentlichen Gericht nicht nachfolgt, sondern vorausgegangen ist, tritt der Senat dieser Auffassung bei.

a) Dabei verkennt er nicht, worauf die Revisionsbeklagte in der Revisionsverhandlung hingewiesen hat, daß die vom Reichsgericht behandelten Fälle von dem hier zu entscheidenden abweichen. Dort hatte die Berufung der Beklagten auf die Unzuständigkeit des ordentlichen Gerichts "Folgen gehabt", wie die Revisionsbeklagte es ausdrückt. Im einen Fall war die Klage vor dem ordentlichen Gericht infolge der Einrede des Schiedsvertrages abgewiesen worden; im anderen hatte der Kläger die Klage vor dem ordentlichen Gericht auf Grund der erhobenen Einrede des Schiedsvertrages zurückgenommen.

b) Vorliegend läßt sich auf Grund des bisher vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts nicht mit Sicherheit sagen, daß das Vorbringen des Schiedsbeklagten über die angebliche Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Entschließung der Klägerin mitursächlich gewesen ist, vom Schiedsverfahren Abstand zu nehmen und das ordentliche Gericht anzurufen.

Dafür könnte zwar sprechen, daß die Klägerin im ordentlichen Prozeß alsbald, nachdem die Beklagte die Einrede des Schiedsvertrages erhoben hatte, dem sofort entgegengesetzt hat, die Beklagte handele arglistig, wenn sie diese Einrede erhebe, nachdem sie im Schiedsverfahren den gegenteiligen Standpunkt vertreten habe. Der Tatrichter hat hierzu aber nichts festgestellt.

c) Es kommt jedoch nicht darauf an, ob das Verhalten der Beklagten im Schiedsverfahren ursächlich dafür war, daß die Klägerin später das ordentliche Gericht angerufen hat.

Für die Beurteilung des Verhaltens der Beklagten bei Erhebung der Einrede des Schiedsvertrages im ordentlichen Prozeß ist die Frage der Ursächlichkeit ihres früheren Verhaltens für die Entschließung der Klägerin ohne Bedeutung. Im einen wie im anderen Fall verstößt die Beklagte gegen Treu und Glauben, weil sie sich durch die Erhebung der Einrede des Schiedsvertrages mit ihrem früheren Verhalten in unlösbaren Widerspruch setzt. (vgl. Staudinger-Weber 11. Aufl. § 242 D 35 - 47 mit Nachweisen; vgl. auch Urteil des Senats VII ZR 246/56 vom 7. November 1957). Dieses widersprüchliche Verhalten der Beklagten, als welches sich die Erhebung der Einrede des Schieds-

vertrages im gegenwärtigen Rechtsstreit darstellt, verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Hat ein Beklagter im Schiedsgerichtsverfahren geltend gemacht, nicht das Schiedsgericht, sondern das ordentliche Gericht sei zuständig, so ist es ihm in der Regel verwehrt, sich später im Prozeß vor dem ordentlichen Gericht darauf zu berufen, es sei doch das Schiedsgericht zuständig. Ein solches gegensätzliches Verhalten des Beklagten läuft auf den Versuch hinaus, dem Kläger in jeder der beiden Verfahrensarten den Rechtsschutz abzuschneiden und ihn damit praktisch rechtlos zu stellen. Es ist dem Kläger nicht zumutbar, sich durch eine solche widersprüchliche Verteidigung des Beklagten abwechselnd von einem Rechtsweg in den anderen verweisen zu lassen. Vielmehr muß sich der Beklagte grundsätzlich, nachdem er im Schiedsgerichtsverfahren einmal den Standpunkt eingenommen hat, das Schiedsgericht sei nicht zuständig, der Streit gehöre vor das ordentliche Gericht, an dieser Auffassung auch später im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht festhalten lassen.

d) Allerdings kann es Ausnahmefälle geben, in denen etwas anderes gilt. Das kann in Betracht kommen, wenn beachtliche Gründe die gegensätzliche Einlassung des Beklagten in beiden Verfahrensarten verständlich und gerechtfertigt erscheinen lassen. Solche Gründe hat aber die Beklagte hier nicht geltend gemacht.

3.) Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Weiterer tatrichterlicher Aufklärung bedarf es nicht. Der Zwischenstreit ist entscheidungsreif. Das Urteil des Landgerichts ist wiederherzustellen (§ 565 Abs. 3 Nr. 2 ZPO). Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91, 97 ZPO.

Heimann-Trosien

Bundesrichter Erbel
ist beurlaubt und
verhindert zu unter-
schreiben.

Meyer

Heimann-Trosien

Vogt

Finke