

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2211 098

ZPO § 1025

Zur Frage, ob das Schiedsgericht ein gerichtliches Urteil nachprüfen kann und ob dies von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

ZPO §§ 1042, 1042 a, 1042 c, 767

Das Gericht kann Einwendungen nach § 767 ZPO auch im Widerspruchsverfahren und auch schon bei der Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs berücksichtigen.

BGH, Urteil vom 6. April 1961 - VII ZR 7/60 - OLG Schleswig
LG Kiel

12. April 1961

Verkündet
am 6. April 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Friedrich S. [REDACTED] in R. [REDACTED] bei K. [REDACTED],
D. [REDACTED]straße [REDACTED],

Antragstellers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Fuhrunternehmer Detlef R. [REDACTED] in K. [REDACTED],
H. [REDACTED]straße [REDACTED]

Antragsgegner, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 6. April 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer,
Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Antragstellers gegen das
Urteil des 3. Zivilsenats des Schleswig-Holstei-
nischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom
29. Oktober 1959 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Kosten der Revi-
sion zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Zwischen den Parteien bestand ein Pachtvertrag, nach dem der Antragsgegner berechtigt war, aus einer dem Antragsteller gehörenden Kiesgrube Kies und Sand zu gewinnen. Der Antragsteller kündigte den Vertrag zum 30. Juni 1953. Im März 1953 beantragte er beim Amtsgericht Kiel, dem Antragsgegner durch einstweilige Verfügung den vertragswidrigen Abbau zu untersagen und ihm zu gebieten, nur bis zu 1 Meter über dem Wasserspiegel abzubauen. Diesen Antrag wies das Amtsgericht durch Urteil vom 10. April 1953 zurück; der Antragsteller legte Berufung ein. Vor der Berufungskammer des Landgerichts schlossen die Parteien am 26. Juni 1953 einen Vergleich; hierin erkannte der Antragsgegner das Erlöschen des Pachtvertrags zum 15. September 1953 an und verpflichtete sich, die Kiesgrube bis zu diesem Tage herauszugeben; ferner einigten sich die Parteien dahin, daß der vor der Berufungskammer schwebende Rechtsstreit durch den Berichtserstatter der Kammer als Schiedsrichter entschieden werden sollte. Dieser erließ am 2. Juli 1953 folgenden Schiedsspruch:

- I. Die Berufung gegen das am 10. April 1953 verkündete Urteil des Amtsgerichts in Kiel wird zurückgewiesen.
- II. Der Beklagte hat bis zum 15. September 1953:
 - 1)
 - 2)
 - 3) das jetzt in der Südostecke (Richtung Tannen) des Pachtgeländes abgebaute und das in Zukunft abzubauen Gut in einer Höhe von 1 1/2 m über den Grundwasserspiegel aufzuschütten und durch Walzen oder in anderer Weise zu verfestigen.
- III.
- IV."



Im April 1958 beantragte der Antragsteller u.a., den Schiedsspruch zu Ziffer II 3) für vollstreckbar zu erklären.

Der Antragsgegner bat um Zurückweisung dieses Antrags. Er behauptet, er habe die ihm im Schiedsspruch auferlegten Verpflichtungen erfüllt, insbesondere vor Verlassen der Kiesgrube im September 1953 das Gelände bis zur Höhe von 1 1/2 m über dem Grundwasserspiegel aufgefüllt und es planiert. Der Antragsteller habe bei der Rückgabe der Kiesgrube und auch nachher bis zum Jahre 1958 nichts beanstandet.

Das Landgericht hat den Antrag, den Schiedsspruch für vollstreckbar zu erklären, nach mündlicher Verhandlung durch Urteil zurückgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Antragstellers zurückgewiesen.

In der Revisionsinstanz wiederholt er seinen im zweiten Rechtszug gestellten Antrag.

Der Antragsgegner bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Schiedsrichter hat im Schiedsspruch die Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Kiel zurückgewiesen. Nach der im Schrifttum allgemein vertretenen Auffassung

ist es unzulässig, daß ein Schiedsgericht das Urteil eines staatlichen Gerichts nachprüft (Hellwig-Oertmann, System des deutschen Zivilprozeßrechts Band 2 S. 109; Stein-Jonas-Schönke ZPO § 1025 Anm. II 1 c; Wieczorek ZPO § 1025 Anm. B II a 2; Baumbach/Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 62). Es wäre auch zu erwägen, einen Mangel solcher Art von Amts wegen als Aufhebungsgrund zu berücksichtigen (vgl. hierzu Stein-Jonas-Schönke aaO § 1042 Anm. II 2; Baumbach/Schwab aaO S. 202).

Indessen braucht dieser Frage nicht weiter nachgegangen zu werden. Der Antragsteller beantragt nicht, die Entscheidung des Schiedsrichters über die Zurückweisung der Berufung gegen das amtsgerichtliche Urteil für vollstreckbar zu erklären. Sein Antrag beschränkt sich vielmehr auf die dem Antragsgegner in Nr. II 3 des Schiedsspruchs auferlegte Verpflichtung, das abgebaute Material in einer Höhe von 1 1/2 m über dem Grundwasserspiegel aufzuschütten und zu befestigen. Hierbei handelt es sich um die Entscheidung über einen selbständigen Anspruch, die neben der Entscheidung über die Berufung ausgesprochen worden ist; beide Entscheidungen sind im Schiedsspruch nicht nur äußerlich voneinander getrennt, sondern auch sachlich selbständig, da der Anspruch, das Material bis zu 1 1/2 m über dem Grundwasserspiegel aufzuschütten, im Verfahren über die einstweilige Verfügung nicht geltend gemacht worden war.

Die oben erwähnten Bedenken gegen das Verfahren des Schiedsgerichts beziehen sich nur auf den Teil des Schiedsspruchs, der sich mit der Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts befaßt, aber nicht auf die in Nr. II 3 des Schiedsspruchs enthaltene Entscheidung. Betrifft aber

ein Aufhebungsgrund nur einen Teil des Schiedsspruchs, so hindert das nicht, einen anderen Teil für vollstreckbar zu erklären, sofern dieser wie hier in der Weise selbständig ist, daß er Gegenstand eines Teilurteils im Sinne des § 301 ZPO sein könnte (u.a. RGZ 46, 419, 421 f; 119, 29, 33).

II.

Danach hängt die Entscheidung nur davon ab, ob der vom Antragsgegner erhobene Einwand der Erfüllung Erfolg hat.

1.) Dieser Einwand ist als nach dem Schiedsspruch entstandene Einwendung in dem Verfahren über die Vollstreckbarerklärung zulässig.

Der in einem Schiedsspruch verurteilte Schuldner braucht sich mit solchen Einwendungen nicht auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) verweisen zu lassen. Das ist allgemein anerkannt (vgl. u.a. BGH V ZR 126/55 vom 6. Februar 1957 = LM Nr. 4 zu § 1042 ZPO; VII ZR 191/59 vom 16. Februar 1961, zur Veröffentlichung bestimmt).

Angezweifelt könnte höchstens werden, ob Einwendungen wie die der nachträglichen Erfüllung erst auf Widerspruch des Schuldners (§ 1042 c ZPO) oder auch schon zu berücksichtigen sind, falls der Schuldner sie bei seiner Anhörung über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung (§ 1042 a Abs. 1 Satz 1 ZPO) vorbringt (vgl. hierzu Niepel, NJW 1961, 593). Hierin ist der Senat der Auffassung, daß das Gericht Einwendungen der genannten Art auch schon in diesem früheren Stadium des Verfahrens jedenfalls berücksichtigen kann und nicht etwa zunächst den Schiedsspruch für vollstreckbar erklären muß. Wäre es anders, so würde vielfach, da der Schuldner doch Widerspruch einlegen wird, das Verfahren nur unnötig verzögert werden. Die Ansicht des

Senats stimmt mit der herrschenden Lehre überein (Stein/Jonas/Schönke § 1042 Anm. VII 2; Wieczorek § 1042 a Anm. B II b III; Baumbach/Schwab S. 205). Gegenteiliges ist auch, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung nicht gesagt worden und insbesondere entgegen der Ansicht Niepels (aaO) nicht der Entscheidung RGZ 148, 270 zu entnehmen.

Ob das Gericht, wenn der Schuldner bei seiner Anhörung eine nachträglich entstandene materielle Einwendung geltend macht, diese in jedem Falle berücksichtigen muß (so wohl Wieczorek aaO), ist hier nicht zu entscheiden.

2) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Antragsteller die Leistungen des Antragsgegners als Erfüllung angenommen habe (§ 363 BGB) und deshalb beweisen müsse, daß dieser nicht ordnungsgemäß erfüllt, d.h. das Gelände nicht 1,50 m über dem Grundwasserspiegel aufgeschüttet und befestigt habe.

Es stellt fest, daß der Antragsgegner bei Räumung der Kiesgrube im September 1953 Aufschüttungs- und Planierungsarbeiten geleistet und daß der Antragsteller anschließend die Kiesgrube selbst weiter ausgebeutet hat. Der Antragsteller habe, so führt das Berufungsgericht an, also ohne große Mühe feststellen können, ob der Antragsgegner seine Pflichten aus dem Schiedsspruch erfüllt habe. Der Antragsteller habe auch damals Messungen vorgenommen, um festzustellen, ob der Antragsgegner das abgebaute Gut in Höhe von 1,50 m über dem Grundwasserspiegel aufgeschüttet habe. Er habe aber die Aufschüttungsarbeiten des Antragsgegners nicht beanstandet und weit über 4 Jahre geschwiegen; erst im April 1958 habe er behauptet, der Antragsgegner sei seinen Verpflichtungen aus dem Schiedsspruch nicht nachgekommen.

3) Die Revision wendet sich ohne Erfolg dagegen, daß das Berufungsgericht in dem von ihm festgestellten Verhalten des Antragstellers eine Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB sieht.

a) Sie vermißt eine Feststellung, daß der Antragsgegner eine Leistung als Erfüllung angeboten habe.

Wenn das Berufungsgericht sich auch hierzu nicht ausdrücklich äußert, so ist doch seinem Urteil zu entnehmen, daß es in der Ausführung der Arbeiten durch den Antragsgegner und der anschließenden Räumung der Kiesgrube ein Angebot der von ihm nach dem Schiedsspruch geschuldeten Leistung sieht. Es ist auch rechtlich unbedenklich, hierin ein Angebot als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB zu erblicken. Einer ausdrücklichen Erklärung, daß zur Erfüllung geleistet werde, bedarf es im allgemeinen nicht (RGRK BGB § 363 Anm. 2).

b) Auch die Annahme als Erfüllung braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, wie die Revision zugibt. Vielmehr ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, ob in dem gesamten Verhalten des Gläubigers bei und nach Hinnahme der Leistung eine Annahme als Erfüllung gesehen werden kann (vgl. RGZ 109, 295 f; 110, 404, 409); sie kann auch schon aus einem längeren Schweigen auf die Leistung gefolgert werden (RGZ 86, 210, 214).

Unter Beachtung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht das Verhalten des Antragstellers dahin gewürdigt, daß es eine Annahme als Erfüllung darstelle. Dieser Würdigung kann aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Was die Revision dagegen anführt, greift nicht durch.

Sie meint, der Antragsteller sei zu einer Prüfung nicht verpflichtet gewesen; wenn er z.B. keine Lust gehabt habe, sich zunächst um die Arbeiten des Antragsgegners zu kümmern, so habe er gleichwohl zu irgend einem beliebigen späteren Zeitpunkt sich auf seine Ansprüche

aus dem Schiedsspruch besinnen dürfen. Auch sei es sein gutes Recht gewesen, mit einer Mahnung an den Antragsgegner zu warten, wenn ihm die Erfüllung des Schiedsspruchs durch diesen im Augenblick lästig gewesen sei.

Diesen Ausführungen kann nicht zugestimmt werden. Sie lassen die Frage ganz außer Acht, wie denn das Verhalten des Antragstellers vom Antragsgegner aufgefaßt werden mußte. Dieser hatte das Gelände aufgeschüttet und eingeebnet - und zwar mit dem Ziel, es entsprechend dem Schiedsspruch bis 1,50 m über dem Grundwasserspiegel zu erhöhen (S. 8 BU) - und es dann dem Antragsteller wieder überlassen; dieser, der die Kiesgrube anschließend selbst ausbeutete und ihren Zustand, wie das Landgericht sagt, täglich vor Augen hatte, hat gleichwohl über 4 Jahre lang nichts an den Arbeiten des Antragsgegners beanstandet. Schon hieraus durfte das Berufungsgericht folgern, der Antragsteller habe durch sein Verhalten gegenüber dem Antragsgegner zum Ausdruck gebracht, daß er dessen Verpflichtung, die Grube aufzufüllen und einzuebnen, als im wesentlichen erfüllt betrachte.

Bei dieser Sachlage kommt es nicht noch darauf an, ob auch die Messungen, durch die der Antragsteller die Aufschüttung durch den Antragsgegner nachgeprüft hat, diesem bekannt geworden sind oder nicht.

4) Wie das Berufungsgericht in tatsächlicher Würdigung feststellt, hat der Antragsteller nicht bewiesen, daß der Antragsgegner das Gelände nicht 1 1/2 m über dem Grundwasserspiegel aufgeschüttet und verfestigt hat.

Die Revision greift diese Würdigung mit Verfahrensrügen an. Sie sind unbegründet.

a) Der Umstand, daß die Messungen im Ortstermin vom 29. Juni 1959 an den beiden gemessenen Stellen eine Tiefe von 1,22 m und 1,27 m bis zum Grundwasserspiegel ergaben, ist vom Berufungsgericht berücksichtigt worden. Es legt in rechtlich nicht zu beanstandender Würdigung, bei der es die Bekundung des von ihm vernommenen Sachverständigen verwertet, dar, daß aus dem Stand des Grundwasserspiegels im Jahre 1959 nicht gefolgert werden kann, wie hoch die Aufschüttung im September 1953 über dem Grundwasserspiegel gelegen hat.

b) Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht die Erklärung des Antragsgegners in diesem Ortstermin, er habe die Grube bis zum Grundwasserspiegel ausgeschürft, übersehen hätte. Im übrigen hat der Antragsgegner im Schriftsatz vom 14. Juli 1959 diese Angabe dahin eingeschränkt, daß er nicht an allen Stellen des von ihm ausgebeuteten Geländes bis zum Grundwasserspiegel abgebaut habe.

c) Die Revision macht geltend, die Beweisaufnahme habe ergeben, daß der Antragsgegner nur 70 bis 80 cm aufgeschüttet habe; das Berufungsgericht habe dieses Beweisergebnis außer Acht gelassen.

aa) Das Protokoll über den Ortstermin vom 29. Juni 1959 führt die oben unter a) erwähnten Messungen, nach denen die Aufschüttung eine Höhe von 1,22 m und 1,27 m über dem Grundwasserspiegel erreicht, an und bemerkt dann:

"Bei den beiden letzten Messungen wurde aus der Bodenbeschaffenheit entnommen, daß der aufgeschüttete Boden 72 bzw. 78 cm Durchmesser hat".

Auch hier spricht nichts dafür, daß das Berufungsgericht diese Angabe im Protokoll und die Ausführungen, die

der Antragsgegner dazu in seinen Schriftsätzen gemacht hat, übersehen hätte. Aus ihnen ergibt sich nichts Siceres dafür, daß die Aufschüttung, die der Antragsgegner im Jahre 1953 vorgenommen hat, nicht die Höhe von 1,50 m über dem Grundwasserspiegel erreichte.

Ein sicherer Schluß in dieser Richtung kann schon deshalb nicht gezogen werden, weil nicht feststeht, daß der Antragsgegner überall bis zum Grundwasserspiegel geschürft hat (vgl. oben unter b).

Auch "aus der Bodenbeschaffenheit" ergibt sich nicht sicher, wie hoch der Antragsgegner im Jahre 1953 aufgeschüttet hat. Jedenfalls hat der Sachverständige, der bei dem Ortstermin, in dem die Messungen vorgenommen wurden, zugegen war und vernommen wurde, bekundet, aus dem heutigen Zustand des Geländes könne nicht geschlossen werden, in welcher Höhe im Jahre 1953 über dem Grundwasserspiegel aufgeschüttet worden sei.

Zu berücksichtigen ist schließlich noch, daß die aufgeschüttete Erde sich in der Zeit zwischen 1953 und 1959 weiter gesetzt haben kann (BU. S. 9 unten).

bb) Die Aussage des Zeugen Röschmann hat das Berufungsgericht gewürdigt. Es sieht sich nicht in der Lage, aus seiner Bekundung im Hinblick auf die übrigen Ergebnisse der Beweisaufnahme zu schließen, daß der Beweis für eine Aufschüttung von weniger als 1,50 m über dem Grundwasserspiegel erbracht sei. Diese Würdigung bindet das Revisionsgericht.

III.

Da das angefochtene Urteil auch sonst keinen den Antragsteller beschwerenden Rechtsfehler enthält, ist die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Dr. Vogt

Finke