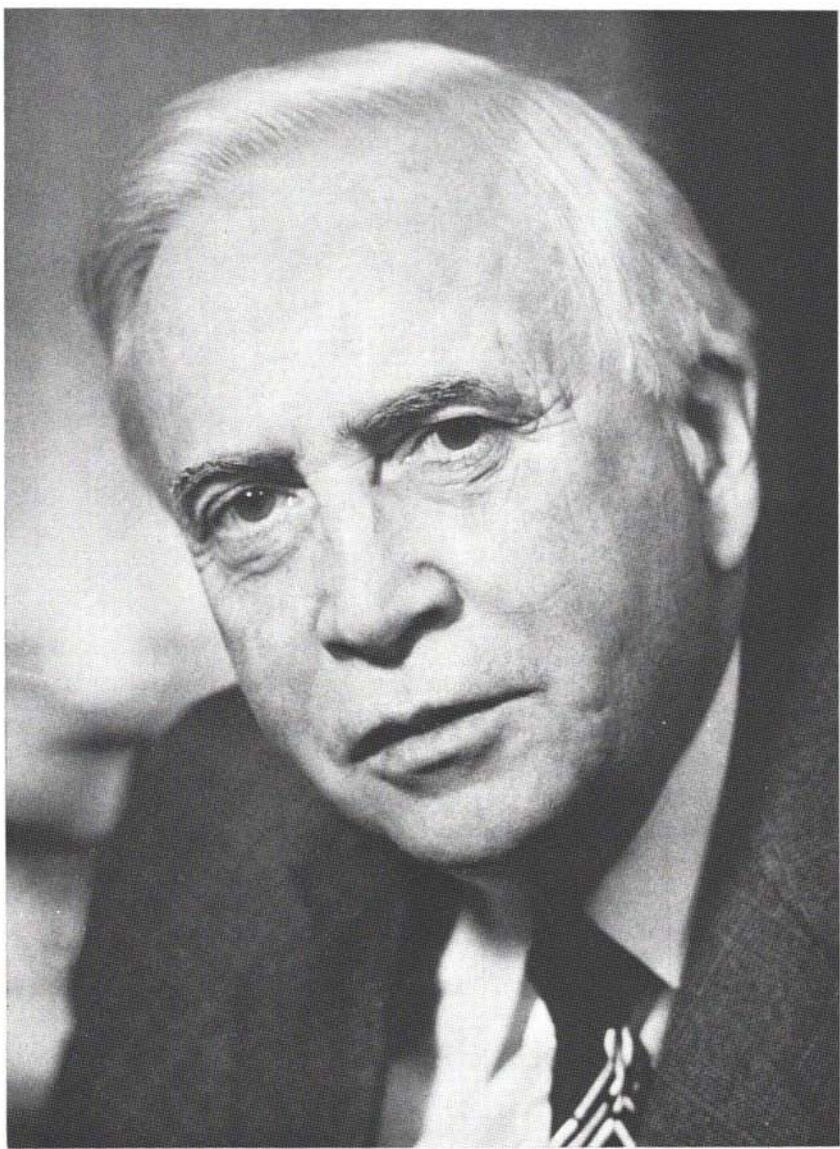


Festschrift für
Friedrich Weber
zum 70. Geburtstag



Frühling Zoran

FESTSCHRIFT FÜR FRIEDRICH WEBER
ZUM 70. GEBURTSTAG

am 19. Mai 1975

Herausgegeben

von

Erhard Bökemann, Wolfram Henckel, Günther Jahr



1975

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Gedruckt mit Unterstützung des Kultusministeriums Baden-Württemberg

ISBN 3 11 004629 6



Copyright 1975 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung J. Gutten-
tag, Verlagsbuchhandlung Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., Berlin 30. Alle Rechte,
insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten.
Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Ver-
fahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer
Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Printed in Germany. Satz und Druck
Saladruk, Berlin

Bindarbeiten: Lüderitz & Bauer, Berlin

Inhalt

Friedrich Weber zum 70. Geburtstag	VII
Verzeichnis der Schriften FRIEDRICH WEBERS	IX
JOHANNES BÄRMANN, Mainz: Schiedsfähigkeit	1
GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, Köln: Wert und Unwert der Prorogationsnovelle — Ein Beitrag zur Metho- dik der Prozeßreform	23
FRITZ BAUR, Tübingen: „Steckengebliebene“ Insolvenzverfahren	41
AUGUST MARIA BERGES, Köln: Sozialplan trotz Insolvenz?	57
KARL AUGUST BETTERMANN, Hamburg: Die Interventionsklage als zivile Negatoria	87
ERHARD BÖKELMANN, Bochum: Zum Prozeßvergleich mit Widerrufsvorbehalt	101
RUDOLF BRUNS, Marburg: Verfahren und Verfahrensrechtssatz	113
ERWIN DEUTSCH, Göttingen: System und Aufbau der Schadenshaftung im Deliktsrecht	125
HILMAR FENGE, Heidelberg: Juristische Methodenlehre und Prozeßrechtswissenschaft	135
HANS FRIEDHELM GAUL, Bonn: Negative Rechtskraftwirkung und konkursmäßige Zweittitulierung	155
WALTER GERHARDT, Bonn: Aspekte zur Wechselwirkung zwischen Konkursrecht und Wirt- schaftsleben	181
WALTHER HABSCHEID, Würzburg/Genf: Prozessuale Probleme hinsichtlich der „Geltendmachung von Gläubi- gerrechten“ durch den Konkursverwalter beim Konkurs einer Aktien- gesellschaft (§ 93 Abs. 5 AktG)	197
LUDWIG HÄSEMAYER, Heidelberg: Die sogenannte „Prozeßaufrechnung“ — eine dogmatische Fehl- akzentuierung	215
WOLFRAM HENCKEL, Göttingen: Vom Wert und Unwert juristischer Konstruktionen im Konkursrecht	237
ULRICH HUBER, Bonn: Right of Stoppage in Transitu und deutsches Konkursrecht	253
GÜNTHER JAHR, Saarbrücken: Fremdzurechnung bei Verwaltergeschäften	275

OTHMAR JAUERNIG, Heidelberg: Ist die Rechtsmacht des Konkursverwalters durch den Konkurszweck begrenzt?	307
GERHARD LÜKE, Saarbrücken: Zur Erledigung der Hauptsache	323
PETER RAISCH, Bonn: Sind die Rechtsfolgen der Rückabwicklung nach dem Abzahlungs- gesetz für den Käufer günstiger als die Rücktrittsregelung des BGB? ..	337
BRUNO RIMMELSPACHER, München: Notizen zur Rechtswegabgrenzung	357
ROLF SERICK, Heidelberg: Südafrikanischer final-Vermerk und deutsche Vollstreckungsklage ..	383
PETER SCHLOSSER, Augsburg: Konkurs- und konkursähnliche Verfahren im geltenden Europarecht ..	395
KARL HEINZ SCHWAB, Erlangen-Nürnberg: Die Entscheidung über prozeßhindernde Einreden	413
HERMANN WEITNAUER, Heidelberg: Die unverzichtbare Handlungsfreiheit	429
ALBRECHT ZEUNER, Hamburg: Zur Teilanfechtung eines über präjudizielles Rechtsverhältnis und abhängige Rechtsfolge ergangenen Urteils	441

Friedrich Weber zum 70. Geburtstag

Friedrich Weber aus Anlaß seines 70. Geburtstages am 19. Mai 1975 zu ehren und ihm vielfältig geschuldeten Dank abzustatten, verbindet Freunde, Kollegen und Schüler zu dieser Festschrift. Sie gilt dem durch reiche praktische Erfahrung geprägten Wissenschaftler, der sich mit seinem Werke in die Reihe der Meister des Insolvenzrechts gestellt hat, dem selbstlosen Diener seiner Universität und dem leidenschaftlichen akademischen Lehrer.

Seiner aufrechten politischen Haltung ist es zu danken, daß Friedrich Webers Werk aus langer Erfahrung im Richteramt gespeist wurde. Nach dem Studium in Erlangen und München und der während des Vorbereitungsdienstes und erster Berufstätigkeit im Bayerischen Justizdienst entstandenen rechtstheoretischen Dissertation wollte er sich bei Otto Eger in Gießen für Römisches Recht und Bürgerliches Recht habilitieren. Jedoch gab er diesen, dem Sohn des Altphilologen, der noch heute die alten Sprachen liebt und pflegt, kongenialen Plan alsbald wieder auf, weil er nicht bereit war, die nach 1933 geforderten politischen Konzessionen zu machen. So kehrte er 1934 in den Bayerischen Justizdienst zurück, um als Vollstreckungs- und Konkursrichter, später als Landgerichtsrat in einer Zivilkammer, zu wirken. Aus der Erfahrung des Vollstreckungsrichters entstand in dieser Zeit die von Hans Otto de Boor und Eduard Bötticher angeregte Monographie „Sachaufklärung und Offenbarungseid in der Zwangsvollstreckung“ (1939), die nicht nur die wissenschaftliche Wendung zum geltenden Recht brachte, sondern auch das für die weitere Arbeit charakteristische, auf die Bedürfnisse der Praxis bezogene rechtspolitische Anliegen aufleuchten ließ. Ihre verdiente Würdigung fand diese Arbeit, als sie die Gießener Fakultät, in der Friedrich Weber seit 1940 den Lehrstuhl Erich Bleys vertrat, 1941 als Habilitationsschrift anerkannte. Nur kurz dauerte freilich zunächst seine Lehrtätigkeit. 1942 auf ein Extraordinariat für Zivilprozeßrecht und Bürgerliches Recht nach Heidelberg berufen, wurde er 1943 zum Wehrdienst eingezogen.

Aus der Kriegsgefangenschaft entlassen gehörte Friedrich Weber seit dem Tage der Wiedereröffnung der kleinen Heidelberger Juristenfakultät an, die er gemeinsam mit Gustav Radbruch, Walter Jellinek und Eduard Wahl zu prägen suchte. Seine wissenschaftlichen und rechtspolitischen Pläne stellte er selbstlos zurück, um sich dem äußeren und geistigen Wiederaufbau der Heidelberger Universität zu widmen, der er trotz ehrenvoller Rufe auf angesehene prozeßrechtliche Lehrstühle (Würzburg, Marburg, Erlangen, München) treu blieb. Drei-

mal war er bis 1960 Dekan, ein weiteres Jahr Vertreter der ordentlichen Professoren im Senat. Niemals versagte er seinen erfahrenen auf praktische Verwirklichung bedachten Rat, auch wenn er selbst nicht in der Verantwortung eines Amtes stand. Seinem Verständnis für die Sorgen der Studenten und seinem Bemühen ist es zu danken, daß der Plan, juristische Arbeitsgemeinschaften für Studienanfänger einzuführen, erstmals in Heidelberg verwirklicht werden konnte. Der 1945 gegründeten neuartigen Wohngemeinschaft des Collegium Academicum diente er 20 Jahre lang als Senatsbeauftragter, Mitglied und Vorsitzender des Kuratoriums. Als geschäftsführender Direktor des Juristischen Seminars hat er seit dem Tode Walter Jellineks (1955) bis zu seiner Emeritierung seinen Kollegen und Schülern die Grundlage ihrer wissenschaftlichen Arbeit erhalten und geschaffen und eine der größten juristischen Bibliotheken der Bundesrepublik vorbildlich betreut.

Seine wissenschaftliche Arbeit galt seit 1954 ganz dem Insolvenzrecht. Eingeleitet durch den grundlegenden Aufsatz „Zur Problematik der Prozeßführung des Konkursverwalters“, der in der Durchleuchtung der Struktur des Konkurses weit über den Streit um die Amtstheorie hinausgriff, wurde diese Schaffensperiode gekrönt durch den Abschluß des zweiten Bandes des Jaeger'schen Kommentars, einer bewundernswerten Arbeit, die uns auf weite Strecken ein völlig neues Werk geschenkt hat. Wer die „Werkstatt“ Friedrich Webers kennt, weiß auch von den zahlreichen Entwürfen, die er immer wieder überarbeitete, bis seine Gedanken die seinem selbstkritischen Urteil und seinem feinen Sprachempfinden genügende Fassung gefunden hatten; er weiß auch, daß Friedrich Weber keine Gehilfen suchte, sondern selbständige Gesprächspartner. Jeden Satz, den er schrieb, hat er selbst gedacht, geprüft und gewogen, alles Zitierte selbst gelesen. Den abhängigen, unselbständigen Mitarbeiter hat man in seinem Umkreis nicht gefunden. Seinen Schülern ließ er freien Lauf und leitete sie unauffällig durch sein Vorbild disziplinierten, auf die Bedürfnisse der Praxis gerichteten Denkens.

Als Student von Wilhelm Kisch, Reinhard Frank und Karl Rothenbücher gefesselt, sah er als akademischer Lehrer seine wichtigste Aufgabe in den Vorlesungen und Übungen. Jede Stunde Jahr um Jahr von neuem gründlich vorbereitet, suchte er nicht nur die tiefere Einsicht, sondern auch die bessere Form der Darstellung, um den wechselnden Studentengenerationen den Zugang zum Zivilrecht und Verfahrensrecht zu eröffnen. Sein altphilologisch geschulter Vortrag war täglich ein Meisterwerk der Sprachkunst, sein Gedankenreichtum ist noch heute den von ihm so geliebten Meisterwerken der Musik gleich, an-

regend, fesselnd, überraschend und diszipliniert zugleich. Mit dem Dank verbinden Autoren und Herausgeber den Wunsch, daß seine wissenschaftlichen Pläne und rechtspolitischen Anliegen fruchtbare Erfüllung finden mögen.

Erhard Bökelmann

Wolfram Henckel

Günther Jahr

Verzeichnis der Schriften von Friedrich Weber

Monographien

1. Untersuchungen zum gräko-ägyptischen Obligationenrecht (Modalitäten der Leistung im Rechte der Papyri), Münchner Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, Heft 15, München C. H. Beck, 1932.
2. Sachaufklärung und Offenbarungseid in der Zwangsvollstreckung, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Bürgerliche Rechtspflege Nr. 2, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1939.

Kommentar

Bearbeitung der §§ 71—236 c im Zweiten Band der 8. Auflage von *Jaeger*, Kommentar zur Konkursordnung, Walter de Gruyter u. Co., Berlin (1973):

1. Lieferung (§§ 71—101), 1958,
2. Lieferung (§§ 102—125), 1959,
3. Lieferung (§§ 126—148), 1961,
4. Lieferung (§§ 149—206), 1964,
5. Lieferung (§§ 207—213), 1970,
6. Lieferung (§§ 214—236 c), 1972.

Aufsätze

1. Zur Problematik der Prozeßführung des Konkursverwalters, KTS 1955 S. 102—111.
2. Zur persönlichen Verantwortlichkeit des Konkursverwalters, Festschrift für Friedrich Lent, 1957 S. 301—324.
3. Fragen der Gestaltung des Konkursverfahrens in rechtspolitischer und rechtsvergleichender Sicht, KTS 1959 S. 80—88.
4. Zur Methodik des Prozeßrechts, Studium generale Bd. 13 (1960) S. 183—193.
5. Der Verwalterwechsel während der Ausschlußfrist des § 41 KO — zugleich ein Beitrag zum Institut der Ablaufshemmung —, KTS 1961 S. 49—61.
6. Zur Zulässigkeit eines Vergleichsverfahrens über das deutsche Vermögen eines ausländischen Schuldners — zugleich ein Beitrag zum Wirkungsbereich der § 237, 238 KO — KTS 1965 S. 95 — 140.
7. Die Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaft, KTS 1970 S. 73—89.

Urteilsanmerkungen

1. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 29. 6. 1961 (5 AZR 143/60), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1962 Nr. 1 zu § 146 KO.
2. Zum Urteil des Bundesgerichtshofs v. 29. 5. 1961 (VII ZR 46/60) JZ 1963 S. 222—225.
3. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 25. 1. 1963 (5 AZR 178/62), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1963 Nr. 2 zu § 146 KO.
4. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 24. 1. 1964 (5 AZR 258/63), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1964 Nr. 1 zu § 30 KO.
5. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 26. 5. 1964 (3 AZR 402/63), Arbeitsrechtl. Praxis (AP), 1965 Nr. 1 zu § 59 KO.
6. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 10. 3. 1966 (5 AZR 498/65), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1966 Nr. 2 zu § 59 KO.
7. Zum Urteil des Bundesgerichtshofs v. 19. 12. 1966 (VIII ZR 110/64) ZZP Bd. 80 (1967) S. 471—482.
8. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 12. 1. 1967 (5 AZR 269/66), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1967 Nr. 3 zu § 61 KO.
9. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 23. 5. 1967 (5 AZR 449/66), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1967 Nr. 3 zu § 59 KO.
10. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 5. 7. 1967 (4 AZR 338/66), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1968 Nr. 5 zu § 61 KO.
11. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 29. 7. 1967 (3 AZR 55/66), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1968 Nr. 1 zu § 29 KO.
12. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 4. 7. 1969 (3 AZR 212/68), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1970 Nr. 6 zu § 61 KO.
13. Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 16. 3. 1972 (3 AZR 191/71), Arbeitsrechtl. Praxis (AP) 1973 Nr. 9 zu § 61 KO.

Rezensionen

1. Max Kaser, Restituere als Prozeßgegenstand (1932), in Deutsche LitZtg. 1933 Sp. 1431—1434.
2. Wilhelm Felgentraeger, Antikes Lösungsrecht (1933), in Gnomon Bd. 11 (1935) S. 53—56.
3. Siro Solazzi, L'Estinzione della obligatione (1931), in Krit. Vierteljahresschrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. XXVII S. 93—109.
4. Friedrich Lent, Zivilprozeßrecht (1948), Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, Eduard Kern, Gerichtsverfassungsrecht (Studienbücher), in SJZ 1949 S. 590 f.
5. Leo Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 4. und 5. Aufl. (1949, 1951) in ZZP Bd. 64 (1951) S. 390—397.

6. Lehrbücher und Grundrisse des Zivilprozeßrechts (Besprechung der Werke von *Schönke, Lent, Rosenberg, Nikisch, Bruns, Bernhardt, de Boor, Hanswerner Müller*), in JZ 1953 S. 254—256.
7. Eduard Kern, Rechtsfälle aus dem Zivilprozeß (1953), Herbert Schneider, Verfahrensrechtsfälle (1952), Ulrich Hoche, Bürgerl. Recht und Verfahrensrecht (1952) in JZ 1953 S. 583.
8. Leo Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 6. Aufl. (1954) in ZZP Bd. 68 (1955) S. 111—114.
9. Mentzel-Kuhn, Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl. (1962) in BB 1962 S. 1207 f.

Geburtstagsadressen

1. Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag JZ 1969 S. 801.
2. Ein Grußwort zum 70. Geburtstag von Ministerialrat a. D. Dr. Alois Böhle-Stamschräder KTS 1974 S. 65.

Nachrufe

1. Otto Eger, SavZtschr. Rom. Abteilung Bd. 67 (1950) S. 623—627 sowie in der „Neuen Deutschen Biographie“.
2. Karl Geiler in Ruperto-Carola Bd. 5 (1953) S. 21 f.
3. Wolfgang Siebert in Ruperto-Carola Bd. 27 (1960) S. 59 f.
4. Friedrich Lent in memoriam, KTS 1960 S. 119.

Schiedsfähigkeit

JOHANNES BÄRMANN

Die Untersuchung des Begriffes „Schiedsfähigkeit“ soll unter zwei Aspekten erfolgen: unter dem Gesichtspunkt der *objektiven* und unter dem der *subjektiven* Schiedsfähigkeit. Dabei ist zunächst ohne weitere Präzisierung zu sagen, daß objektive Schiedsfähigkeit bezeichnen soll, was Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein kann, die subjektive Schiedsfähigkeit dagegen, wer schiedsrichterliche Tätigkeit ausüben kann.

Ausgangspunkt dieser Betrachtung ist die Interpretation des § 1025 Abs. 1 ZPO, wonach eine Schiedsgerichtsvereinbarung „zur Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit insoweit rechtliche Wirkung hat, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen“.

A. Objektive Schiedsfähigkeit

1.

Grundlage der Schiedsgerichtsvereinbarung nach § 1025 ZPO sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen¹, die zumindest auf den Ausschluß der ordentlichen Gerichtsbarkeit gerichtet sind². Seiner Rechtsnatur nach ist die Schiedsvereinbarung ein Prozeßvertrag mit materiellrechtlicher Grundlage³ oder wie es vom BGH⁴ formuliert wird, ein materiellrechtlicher Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen. Unabhängig von den verschiedenen Auffassungen über die

¹ Daß nach Handelsbrauch stillschweigend ein Schiedsvertrag angenommen werden kann, auch ohne schriftliche Niederlegung in Satzungen und Marktordnungen, wurde schon 1951 vom OLG Schleswig (RDL 1951, 258) bejaht. Nach RG (JW 1927, 706) soll dies selbst dort gelten, wo die betroffene Partei keine Kenntnis vom Handelsbrauch hatte. Nach zutreffender Ansicht von *Baumbach-Schwab*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. (S. 70) geht diese Auffassung allerdings zu weit; allgemein zu Fragen der Schiedsvereinbarung durch AGB: *Baumbach-Schwab*, S. 70.

² *Rosenberg-Schwab*, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl. § 174 II; *Baumbach-Schwab*, S. 54; *Schönke-Schröder-Niese*, Zivilprozeßrecht, 8. Aufl., § 99 III (insbes. Nr. 3); beachte aber die nach § 1048 ZPO zulässigen außervertraglichen Schiedsklauseln (letztwillige Verfügung oder andere, nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügung) für die §§ 1025 ZPO entsprechend gelten. Zur Frage der dogmatischen Einordnung der Schiedsgerichtsbarkeit vgl. *Stein-Jonas-Schlösser*, vor § 1025 ZPO Anm. I 5; über den möglichen weiteren Inhalt des Schiedsvertrages und zu unerheblichen Unterschieden in der Terminologie vgl. *Baumbach-Schwab* S. 54.

Rechtsnatur kommen doch alle unterschiedlichen Meinungen zumindest zu einer entsprechenden Anwendbarkeit von Vertragsregeln des BGB⁵. Demzufolge sind die den Schiedsvertrag tragenden Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen, wenn es um den Geltungsbereich der Schiedsvereinbarungen geht⁶. Ob die Schiedsklausel beispielsweise auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung erfassen soll, die sich neben etwaigen Vertragsverletzungsansprüchen ergeben⁷, ist durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln.

2.

Der Schiedsvertrag erfordert, daß die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich abzuschließen. Vergleich in diesem Sinne ist sowohl der des Prozeßrechts als auch der des materiellen Rechts⁸. Aus dieser doppelten Grundlage ergibt sich, daß das ihm zugrundeliegende materielle Rechtsverhältnis seiner Natur nach der Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegen muß, dieselben in bezug auf den Streitgegenstand Verfügungsbefugt und weiterhin auch subjektiv zum Vergleich berechtigt sein müssen⁹.

a) Der Vergleich ist nach § 779 BGB ein abhängig von der konkreten Vereinbarung meist¹⁰ gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag, durch den Verpflichtungen und Forderungen begründet werden. Seinem Wesen nach ist er regelmäßig eine Verfügung über das zugrundeliegende Rechtsverhältnis, ohne dabei allerdings seine nur obligatorische Wirkung zu verlieren¹¹.

⁵ Ausführlich zum Streitstand um die Rechtsnatur *Baumbach-Schwab*, S. 55; *Rosenberg-Schwab*, § 174 II (insbes. S. 962 FN. 1); vgl. auch *Zeiss*, Zivilprozeßrecht, § 94 II 1, der die Bedeutung des Theorienstreites u. a. bei der Frage des anwendbaren Rechtes bei Verträgen mit Auslandsbeziehungen sieht; *Stein-Jonas Schlosser*, 19. Aufl., § 1025 ZPO Anm. I 1; ausführlicher Überblick über den gesamten Streitstand bei *Stein-Jonas-Schlosser*, § 1025 Anm. I m. w. NW.

⁶ BGHZ 40, 320 (322).

⁷ Vgl. *Baumbach-Schwab*, S. 54; *Rosenberg-Schwab*, § 174 II; *Wieczorek*, § 1025 B I a; *Stein-Jonas-Schlosser*, § 1025 II 1 e; vgl. RGZ 88, 182, 183.

⁸ Vgl. *Stein-Jonas-Schlosser*, a. a. O.

⁹ BGH MDR 1965, 198, grdstl., RGZ 159, 254, 256, *Habscheid*, KTS 55, 33, 36 (wenn die unerlaubte Handlung sich tatbestandlich mit einer Vertragsverletzung deckt); a. A. *Wieczorek*, § 1025 Anm. B I b 4, der eine konkrete Abrede fordert.

¹⁰ *Baumbach-Schwab*, S. 63.

¹¹ *Rosenberg-Schwab*, § 174 III 1; *Schönke-Schröder-Niese*, § 99 III 1 a; *Baumbach-Schwab*, S. 63; vgl. auch die abweichende Unterteilung bei *Stein-Jonas-Schlosser*, § 1025 ZPO Anm. III 1 a.

¹² *Soergel-Mormann*, § 779 BGB Rdn. 3.

¹³ Vgl. *Fikentscher*, Schuldrecht, 3. Aufl., § 40 III 3.

Lediglich in Einzelvereinbarungen können sich die Parteien zu Verfügungen über Gegenstände verpflichten und damit, soweit für die Verfügung Willenserklärungen und die für den Vergleich gewählte Form genügen, die Aufnahme der Vereinbarung über dingliche Rechtsänderungen in den Vergleich erreichen¹². Damit kann auch im schiedsgerichtlichen Verfahren die Verpflichtung zur Änderung der dinglichen Rechtslage ausgesprochen werden.

Ob man wie *Schlosser*¹³ aus „praktischen Gründen so weit gehen sollte, den Parteien selbst die Übertragung sachenrechtlicher Gestaltungsbefugnisse auf das Schiedsgericht zuzugestehen, sogar in Fällen, in denen die Gestaltung durch bloße Parteieinigung nicht zu erreichen ist, erscheint äußerst fraglich. Hauptsächlich der Gesichtspunkt, daß das Schiedsgericht die staatliche Urteilstätigkeit nur ersetzen soll, in seiner Entscheidung auch im Rahmen des § 1041 ZPO nachprüfbar und damit aufhebbar bleiben muß, spricht gegen diese Auffassung. Eine durch das Schiedsgericht, durch Schiedsspruch herbeigeführte Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache würde, bei Vorliegen der Voraussetzungen eines der Aufhebungsgründe nach § 1041 ZPO, durch die rechtsgestaltende Aufhebungsklage nicht rückwirkend beseitigt werden können und insoweit das Rechtsinstitut der Aufhebungsklage unterlaufen. Das BayObLG¹⁴ hat demzufolge auch entschieden, daß durch einen Vergleich keineswegs ein nicht bestehendes Erbrecht mit dinglicher Wirkung begründet werden kann.

b) Materiellrechtlich nicht geregelt ist, welche Rechtsverhältnisse in der Weise der Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegen, daß sie durch Vergleich geregelt werden können. Das BGB enthält keine positiven Vorschriften darüber, was objektiv einem Vergleich unterliegen kann. Eine Abgrenzung ist daher nur negativ möglich, d. h. Vergleiche sind dann nicht zulässig, wenn der Dispositionsbefugnis der Parteien zwingende Rechtssätze entgegenstehen. Dabei ist davon auszugehen, daß alle die Verfügungsbefugnis der Parteien ausschließenden Rechtsnormen gleichzeitig eine Schiedsgerichtsabrede über den gleichen Gegenstand unwirksam machen.

Schiedssprüche und damit Schiedsverfahren sind z. B. über Bestehen oder Gültigkeit der Ehe, über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (§ 312 BGB), über den gesetzlichen Unterhaltsanspruch der Verwandten für die Zukunft (§ 1614 BGB, anders bei geschiedenen Ehe-

¹² *Soergel-Mormann*, § 779 BGB Rdn. 3.

¹³ *Stein-Jonas-Schlosser*, § 1025 Anm. II 1 a.

¹⁴ BayObLG 1966, 236 m. umfangreichen weiteren Nachweisen.

leuten, § 72 EheG), bei Ansprüchen aus dem gemeinschaftlichen Testament nach dem Tod des Erstverstorbenen¹⁵, über Ansprüche auf Nichtigerklärung von Hauptversammlungsbeschlüssen von Aktiengesellschaften¹⁶ ausgeschlossen und in jedem Falle unwirksam¹⁷.

Weiterhin ist ein Vergleich dann unwirksam, wenn er selbst gegen § 138 BGB verstößt¹⁸. Zu beachten ist grundsätzlich, daß ein Vergleich über alle genannten Fälle dann wieder zulässig wird, wenn zwischen den Parteien Streit über Nichtigkeit oder Gültigkeit des zugrundeliegenden Vertrages selbst besteht¹⁹. Beispielsweise ist ein Vergleich und damit auch ein Schiedsvertrag über Ansprüche aus einer formlosen unbestrittenen Bürgschaft oder Schenkung unzulässig, zulässig dagegen dort, wo die Rechtsnatur des Geschäfts selbst streitig ist²⁰. Es wird weiterhin angenommen, daß ein Vergleich wirksam ist, wenn er den Streit der Parteien über die Wirksamkeit des Ausgangsverhältnisses, zum Beispiel ob es sittenwidrig oder wucherisch ist, beilegt²¹. Allerdings nimmt der BGH²² an, daß ein solcher Vergleich nichtig sei, wenn nunmehr auch die vergleichsweise festgelegten Leistungen verbots- oder sittenwidrig sind oder in auffälligem Mißverhältnis zueinander stehen²³.

c) Im Prozeßrecht fehlt den Parteien die Vergleichsbefugnis dort, wo sie keine Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand haben. So namentlich im Eheverfahren, in Kindschaftssachen und im Entmündigungsverfahren. Diese Ausnahmen vom Dispositionsgrundsatz des Zivilprozesses bestehen, um zu verhindern, daß die Parteien durch bestimmtes prozessuales Verhalten die ihnen entzogene Verfügungsmacht über das materielle Recht wiedererlangen können²⁴.

d) Die Parteien selbst müssen geschäftsfähig oder wirksam vertreten sein und die Befugnis haben, über den Gegenstand des Vergleichs zu verfügen²⁵.

¹⁵ RG Gruch. 50, 391.

¹⁶ BGH MDR 1954, 614.

¹⁷ Siehe dazu *Baumbach-Schwab*, Kapitel 3 II a.

¹⁸ *Palandt-Thomas*, § 779 BGB Anm. 2 c aa.

¹⁹ *Baumbach-Schwab*, S. 64.

²⁰ Vgl. dazu *Baumbach-Schwab*, S. 64; *Berges*, KTS 60, 97.

²¹ Vgl. *Breetzke* NJW 69, 1408; *Palandt-Thomas*, § 779 Anm. 2 c.

²² BGH BB 66, 1323; NJW 64, 1787.

²³ Ausführlich mit weiteren Beispielen *Wieczorek*, § 1025 G I, II.

²⁴ *Rosenberg-Schwab*, § 174 II 1 a, ders. § 79 III.

²⁵ Vgl. *Baumbach-Schwab*, S. 66 f.; *Rosenberg-Schwab*, § 174 III b.

Die vertragliche Vollmacht richtet sich ganz nach BGB (§§ 164 ff.), so daß eine Prozeßvollmacht nach § 81 ZPO zwar zum Abschluß des Prozeßvergleichs, nicht aber des Schiedsvertrages ausreicht²⁶.

3.

§ 1025 ZPO setzt weiterhin voraus, daß es sich um die Entscheidung einer „Rechtsstreitigkeit“ handeln muß. Dabei wird angenommen, daß es sich um eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ im Sinne der Prozeßgesetze (§ 3 GVG, § 3 EGZPO) handeln muß²⁷.

a) Grundsätzlich ist damit davon auszugehen, daß in Fällen, in denen die ordentlichen Gerichte auch nicht durch Vereinbarung zuständig werden können, eine Schiedsgerichtsvereinbarung nicht möglich ist. Demzufolge sind der Schiedsgerichtsbarkeit nach § 1025 ZPO nicht zugänglich:

aa) sämtliche Streitigkeiten, für die Gerichte anderer Gerichtsbarkeiten als der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuständig wären, es sei denn, daß die Anwendung dieser Vorschriften vereinbart wird und die Vereinbarung selbst zulässig ist. Unter diesen Voraussetzungen können Schiedsverträge auch in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten geschlossen werden²⁸, wobei dem Wesen der Gleichordnung der Schiedsvertragsparteien entsprechend eine Beschränkung auf Beziehungen koordinationsrechtlicher Art zu beachten ist²⁹;

bb) Streitigkeiten, für deren Entscheidung die Finanz- oder Sozialgerichte zuständig sind;

cc) Streitigkeiten aus dem Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit sind besonderen Vorschriften (§§ 101 ff. ArbGG) unterworfen;

dd) Strafsachen;

ee) Mietaufhebungssachen (§ 7 Abs. 2 MSchG) und

ff) Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit es sich nicht um sog. echte Streitsachen handelt³⁰.

²⁶ Nachträgliche Genehmigung ersetzt die fehlende Vollmacht; für den Vormund beachte § 1822 Nr. 12 BGB und im speziellen Fall auch §§ 1714, 1643 Abs. 1 BGB; für Prokuristen § 49 und für Handlungsbevollmächtigte § 54, für Handelsvertreter § 55 HGB, für Konkursverwalter § 133 Nr. 2 KO, Prozeßbevollmächtigte §§ 81, 83 ZPO; auch die Geschäftsfähigkeit und die Vertretungsbefugnis bei Gesellschaften ist zu beachten; zu weiteren Beispielen vgl. auch *Stein-Jonas-Schlosser*, § 1025 ZPO Anm. III 1 b.

²⁷ *Baumbach-Schwab*, S. 55; s. a. *Kessler*, Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsverfahren, S. 15.

²⁸ Vgl. BVerfG NJW 1959, 1985.

²⁹ Vgl. BVerfG NJW 1959, 1985; *Wieczorek*, § 1025 A I c.

³⁰ BGHZ 6, 248; *Wieczorek*, § 1025 A I b.

Die ursprünglich grundsätzlich angenommene Unzulässigkeit von Schiedsklauseln in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wurde in einem Pachtrechtsfall nach der Reichspachtenschutzordnung aufgegeben. Der Bundesgerichtshof entschied³¹, daß in Pachtrechtsstreitigkeiten die Vereinbarung schiedsrichterlicher Entscheidung zulässig sei und die Vorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem nicht entgegenstünden. Es wurde ferner entschieden, daß die den Gerichten der streitigen Gerichtsbarkeit im Schiedsgerichtsverfahren obliegenden Aufgaben hier den Landwirtschaftsgerichten zustünden, wobei die Vorschriften des 10. Buches der ZPO entsprechend anzuwenden wären. *Baumbach-Schwab*³² wie *Baur*³³, *Keidel*³⁴, *Habscheid*³⁵ zogen daraus die Konsequenz, daß in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn es sich um sogenannte echte Streitsachen handelt, Schiedsgerichtsverfahren zulässig seien. *Habscheid*³⁶ hat sich sehr eingehend mit dem Problem beschäftigt, wobei er gleich zu Anfang auf die fast vergessene Abhandlung von *de Boor*³⁷ verweist. Es kann heute als herrschende Meinung angesehen werden, daß soweit den Parteien eine Vergleichsmöglichkeit über den Streitgegenstand bzw. über ein Rechtsverhältnis gegeben ist, ihnen also eine partei-autonome Verfügungsbefugnis zusteht, auch eine Schiedsklausel zulässig ist³⁸.

Im besonderen in Wohnungseigentumsangelegenheiten ist die Schiedsklausel allgemein für zulässig erachtet worden³⁹.

b) Mit dem Begriff „Rechtsstreitigkeit“ im schiedsrichterlichen Verfahren wird nicht notwendig verbunden, daß ein streitiger Anspruch zugrundeliegen muß⁴⁰. Nach Ansicht von *Baumbach-Schwab* genügt vielmehr eine im Extremfall „frivole und grundlose“ Verfolgung

³¹ BGHZ 6, 248 ff.

³² *Baumbach-Schwab*, S. 55 f.

³³ *Baur*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Band I § 1 II.

³⁴ *Keidel*, FGG, 6. Aufl., § 12 Anm. 13.

³⁵ *Habscheid* ZZP 66, 188 ff. und JZ 1954, 698 ff.

³⁶ *Habscheid* ZZP 66, 1953, S. 188 ff.

³⁷ *De Boor*, Judizium I, S. 262 ff.

³⁸ *Keidel-Winkler* haben in der neuesten, 10. Ausgabe ihrer freiwilligen Gerichtsbarkeit 1972, § 1 Rdnr. 5 S. 111 f., ausdrücklich diesen Standpunkt wiederholt; siehe auch die Ausführungen zum Vergleich in Angelegenheiten der FG in Vorbemerkung 22 zu §§ 8–18; siehe dazu auch *Bärmann*, FGG und Notarrecht, § 18 III S. 132 ff.; *Janssen*, FGG, § 2 Anm. 3, S. 35, der allerdings grundsätzlich noch auf dem alten Standpunkt des RG 133, 132 beharren möchte!

³⁹ *Palandt-Degenhart*, § 43 WEG Anm. 2; *Bärmann*, WEG, 2. Aufl., § 43 Rdnr. 51.

⁴⁰ *Baumbach-Schwab*, S. 56.

eines Anspruchs im Zivilprozeß, wenn nur der Streit zu einer Entscheidung des ordentlichen Gerichts — abstrakt betrachtet — führen könnte⁴¹: Dies gelte selbst dann, wenn der Anspruch außergerichtlich anerkannt und Leistung versprochen sei⁴², weil sich im Hauptverfahren immer noch beispielsweise die Unwirksamkeit der Anerkennung herausstellen könnte. Es erscheint konsequent, daß der Streit um die Beantwortung einer rein theoretischen Rechtsfrage oder zur bloßen Feststellung von Tatsachen für die Vereinbarung eines Schiedsgerichtsverfahrens noch nicht genügt.

Dieses Ergebnis entspricht der gängigen Abgrenzung zwischen Schiedsgerichts- und Schiedsgerichtsgutachtertätigkeit⁴³, wonach es darauf ankommt, ob der oder die in Anspruch genommenen Dritten nur ein Element der Entscheidung begutachten oder anstelle des ordentlichen Gerichts endgültig entscheiden sollen⁴⁴. Wird allerdings eine Schiedsgerichtsvereinbarung mit unzulässigem Inhalt vereinbart, so entscheidet das Schiedsgericht zwar auch über seine sachliche Zuständigkeit und damit über die Rechtswirksamkeit des Schiedsvertrages, seine Entscheidung ist wegen fehlender Kompetenz-Kompetenz aber nur vorläufig. Die endgültige Entscheidung trifft im Rahmen des § 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO das ordentliche Gericht⁴⁵.

Fraglich bleibt, ob aus der Tatsache des Fehlens einer dem § 17 GVG entsprechenden Regelung im 10. Buch der ZPO gleichzeitig den Parteien die Möglichkeit genommen ist, dem Schiedsgericht durch ausdrückliche Vereinbarung im Schiedsvertrag die Kompetenz-Kompetenz einzuräumen, oder aber zu vereinbaren, weder eine Aufhebungsklage nach § 1041 ZPO, noch eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Schiedsvertrages zu erheben, noch im Verfahren über die Vollstreckungserklärung nach § 1042 ZPO Aufhebungsgründe vorzutragen. Man wird solche Parteivereinbarungen als

⁴¹ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 II 1 a; *Baumbach-Schwab*, S. 56; vgl. auch *Wieczorek*, § 1025 Anm. G III.

⁴² Vgl. *Dresden JW* 1926, 2113; *Förster-Kann*, § 1025 Anm. 2.

⁴³ *Baumbach-Schwab*, S. 51; *Rosenberg-Schwab*, § 173 III 1 mit umfangreichen weiteren Nachweisen; BGHZ 48, 29, 30; BGH WM 1971, 39, 40; RGZ 152, 201, 204; 153, 193, 195; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 II 3; *Wieczorek*, § 1025 C II b; *Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann*, § 1025 Anm. 3; ausführliche Darstellung des gesamten Problemkreises der Abgrenzung zwischen schiedsrichterlicher und schiedsgutachterlicher Tätigkeit bei *Stein-Jonas-Schlosser*, vor § 1025 Anm. II 3.

⁴⁴ Vgl. *Rosenberg-Schwab*, § 173 III 2, als Folge der Einstufung als schiedsgutachterliche Tätigkeit zeigt sich, daß keine prozeßhindernde Einrede entgegengesetzt werden kann, und die beweispflichtige Partei beweisfällig wird, wenn sie rechts-erhebliche Tatsachen, deren Feststellung den Schiedsgutachtern übertragen ist, nicht durch Vorlage des Schiedsgutachtens nachweisen kann.

⁴⁵ *Baumbach-Schwab*, S. 128.

grundsätzlichen Verstoß gegen Sinn und Zweck der Schiedsgerichtsbarkeit ablehnen müssen. Anderenfalls könnten Schiedsvereinbarungen nicht mehr überprüft und Schiedssprüche von staatlichen Gerichten nicht mehr korrigiert werden. Der Gesetzgeber hat die Schiedsgerichtsbarkeit bewußt nur in bestimmten Grenzen zugelassen und deren Einhaltung durch die Überprüfungsmöglichkeit staatlicher Gerichte vorgesehen. Eine Verhinderung dieses Gesetzeszweckes wäre ein Verstoß gegen das im Gesetz zum Ausdruck gekommene öffentliche Interesse, wonach Schiedsverfahren ohne rechtliche Grundlage verhindert werden sollen⁴⁶.

c) Ein Schiedsvertrag ist auch dann zulässig, wenn er sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die sich künftig daraus ergebenden Rechtsstreitigkeiten bezieht (§ 1026 ZPO)⁴⁷. Nur das Rechtsverhältnis als solches muß konkret bestimmt sein, nicht dagegen der konkrete Streitfall. Fraglich ist daher, ob eine Schiedsvereinbarung über ein künftiges Rechtsverhältnis zulässig ist. Da maßgebliches Kriterium für die Vergleichsfähigkeit selbst das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien ist⁴⁸, kann kein zulässiger Schiedsvertrag beispielsweise mit Bezug auf „alle künftigen“ Rechtsverhältnisse abgeschlossen werden⁴⁹. Das Gesetz will in § 1025 ZPO verhindern, daß durch einen Schiedsvertrag unübersehbare Bindungen eingegangen werden⁵⁰. Nach der Rechtsprechung ist eine Vereinbarung über Rechtsstreitigkeiten dann bestimmt genug, wenn sie einen begrenzten Kreis von Geschäften betrifft. So wurden beispielsweise als bestimmt genug angesehen: „die sich aus der Erbauseinandersetzung ergebenden Rechtsbeziehungen“⁵¹, alle Klagen aus dem bestimmten Gesellschaftsverhältnis, alle Streitigkeiten der Mitglieder eines Vereins mit diesem oder untereinander aus der Mitgliedschaft⁵², Streitigkeiten aus dem gemeinsamen Betrieb von Kommissionsgeschäften⁵³; als ungenügend erscheinen: alle Streitigkeiten aus der Geschäftsverbindung schlechthin⁵⁴, alle Streitigkeiten aus irgendwelchen Kaufverträgen, „aus dem

⁴⁶ *Rosenberg-Schwab*, § 174 VI 3.

⁴⁷ Diese Vorschrift ist § 40 I ZPO nachgebildet, wo die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung an dieselbe Voraussetzung geknüpft wird.

⁴⁸ *Palandt-Thomas*, § 779 BGB Anm. 2 b.

⁴⁹ Vgl. *Rosenberg*, S. 963; *Habscheid* KTS 65, 1.

⁵⁰ Vgl. *Rosenberg-Schwab*, § 174 III 2.

⁵¹ RGZ 100, 79.

⁵² *Förster-Kann*, § 1026 Anm. 1.

⁵³ RG Warn 08, 568.

⁵⁴ RG Warn 1908, 568; RGZ 85, 180; 36, 421.

von den Parteien künftig an der Börse zu schließenden Geschäften“⁵⁵, aus der Berufstätigkeit der Mitglieder an der Börse⁵⁶.

4.

Es muß sich weiterhin um die Vereinbarung der „Entscheidung“ über eine Rechtsstreitigkeit handeln.

Durch die Vereinbarung im Schiedsvertrag trifft das Schiedsgericht im Endergebnis den sonst durch das ordentliche Gericht zu treffenden Spruch, d. h. die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit. Jede Entscheidung, die durch Urteil eines Staatsgerichts erfolgen kann, steht dem Schiedsgericht nach Maßgabe des Schiedsvertrages zu⁵⁷. Darunter fallen die Verurteilung zu einer Leistung, die Feststellung⁵⁸ oder die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses, wie beispielsweise Auflösung einer OHG, die rechtlichen Auseinandersetzungen unter den Gesellschaftern⁵⁹ oder unter Miterben⁶⁰ und die Verpflichtung zur Rechtsgestaltung kraft der Schiedsklausel selbst in Fällen, in denen das Gesetz sie für den staatlichen Richter nicht vorsieht, beispielsweise bei Fragen der Neuordnung eines Gesellschafterverhältnisses bei einer OHG⁶¹. Dem Schiedsgericht kann demzufolge die Entscheidung über die Höhe eines Schadens übertragen werden⁶², wobei nicht die gesamte Entscheidung, sondern nur der eines Teilurteils fähige Teil übertragen zu werden braucht⁶³. Zulässig ist auch die Entscheidung nur über den Grund eines Anspruchs.

Diesen aufgezeigten Grundsätzen scheinbar entgegen steht die Entscheidung des BGH⁶⁴, wonach eine Kostenentscheidung des Schiedsgerichts selbst dann zulässig sein soll, wenn die zugrundeliegende Schiedsvereinbarung unwirksam ist. Wie schon *Habscheid*⁶⁵ zutreffend aufzeigt, folgt diese Entscheidung allein daraus, daß bezüglich der vom Schiedsgericht zu treffenden Kostenentscheidung eine nachträgliche, gesonderte Vereinbarung vorlag.

Unzulässig dagegen sind, entsprechend der grundlegenden Unterscheidung zwischen Schiedsgutachtertätigkeit und Schiedsgerichtstätig-

⁵⁵ Hamm OLG 15, 123.

⁵⁶ Celle OLG 33, 138.

⁵⁷ *Rosenberg-Schwab*, § 174 VI 1 a.

⁵⁸ RGZ 99, 129; 100, 118, 121.

⁵⁹ RGZ 71, 254; 147, 22.

⁶⁰ BGH ZZP 73, 118.

⁶¹ RGZ 147, 24.

⁶² *Baumbach-Schwab*, S. 56.

⁶³ *Baumbach-Lauterbach*, § 1025 Anm. 2.

⁶⁴ BGH NJW 1973, 191, dazu *Habscheid* KTS 1973, 235.

⁶⁵ *Habscheid* KTS 73, 235.

keit, Entscheidungen durch das Schiedsgericht über reine Tatfragen⁶⁶.

Unzulässig ist weiterhin der Erlaß von Zahlungsbefehlen, Arresten und einstweiligen Verfügungen⁶⁷.

Die Übertragung der Entscheidung auf das Schiedsgericht schließt die Übertragung aller notwendigen Vorentscheidungen ein⁶⁸. Demzufolge enthält beispielsweise die Entscheidung über den rückständigen Unterhalt für einen Monat — ohne Rechtskraftwirkung allerdings — gleichzeitig die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des zugrundeliegenden Unterhaltsanspruchs.

Ob dagegen die Entscheidung über die Aufrechnung oder hilfsweise Aufrechnung mit einer Forderung, die nicht der Schiedsgerichtsvereinbarung unterliegt, zulässig ist, ist umstritten⁶⁹ und wird vom BGH⁷⁰ im umgekehrten Fall mit Hinweisen auf die materiellrechtliche Wirkung der Aufrechnung bejaht⁷¹.

Das OLG Hamburg⁷² hält die Entscheidung auch über Gegenansprüche, die im Wege der Widerklage aus demselben Rechtsverhältnis geltend gemacht werden, für zulässig, soweit das Schiedsgericht auch für den Widerklageanspruch zuständig ist. Abweichend ist die Auffassung von *Habscheid*, daß es sich bei Klage und Widerklage um zwei verschiedene Streitgegenstände handle; diese Form des Trennungsdenkens geht wohl zu weit.

5.

Die Schiedsvereinbarung wird darüber hinaus unwirksam, wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit beim Abschluß eines Schiedsvertrages ausnutzt. Dies liegt nach der Auffassung von *Baumbach-Schwab*⁷³ insbesondere dann vor, wenn sich der schwächere Vertragsteil in erkennbarer Weise gebeugt hat und dies durch ausdrückliche oder konkludente Handlung in Erscheinung getreten ist⁷⁴. Hinzuweisen bleibt in dem Zusammenhang auf aktuelle Probleme der Satzungsschiedsgerichtsbarkeit von Verbänden und Ver-

⁶⁶ Vgl. dazu oben Nachweise in FN 43.

⁶⁷ *Rosenberg-Schwab*, § 174 VI 1 a.

⁶⁸ *Baumbach-Lauterbach*, § 1025 2 A; *Baumbach-Schwab*, S. 57.

⁶⁹ Vgl. *Rosenberg-Schwab*, § 174 VI 1 a; *Stein-Jonas-Schlosser*, § 1025 ZPO Anm. V 1.

⁷⁰ BGHZ 23, 17, 23.

⁷¹ Üblicherweise hat die Schiedsvereinbarung nur prozeßrechtliche Wirkung, sachlichrechtliche nur dann, wenn zugleich eine Einschränkung der Aufrechnungsbefugnis gegeben ist.

⁷² OLG Hamburg MDR 1965, 54; *Habscheid* KTS 1970, S. 141.

⁷³ *Baumbach-Schwab*, S. 66.

⁷⁴ Vgl. dazu auch *Preis* DB 1972, 1726.

einen⁷⁵, in deren Rahmen die Gültigkeit von Schiedsverträgen regelmäßig auch an § 1025 Abs. 2 ZPO zu messen ist⁷⁶. In gleicher Weise relevant wird eine derartige Überprüfung bei der Vereinbarung von Schiedsverträgen durch AGB⁷⁷.

6. Einzelfallgestaltungen ausgewählter Vorschriften

a) Mietrecht

Hier hat der § 1025 a ZPO, eingefügt durch Art. II Ziff. 3 des dritten Mietänderungsgesetzes vom 21. 7. 1967, eine Sonderregelung getroffen.

Außer den Rechtsstreitigkeiten über den Bestand eines Verhältnisses sind danach alle anderen Streitigkeiten aus Mietverhältnissen einem Schiedsgericht zu unterstellen: So etwa Fragen der Unterhaltungspflichten, der Erhaltungspflichten, der Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten, selbst des arglistigen Verschweigens von Mängeln, der Abnutzung durch vertragsmäßigen oder vertragswidrigen Gebrauch, Fehler der Mietsache, Art und Weise des Gebrauchs, z. B. für geschäftliche Zwecke, Gefährdung durch Vernachlässigung, fehlende Mängelanzeige, unzulässige Veränderungen der Mietsache; selbst Fragen der wesentlichen Bestandteile der Mietsache oder der zugesicherten Eigenschaften und des ordnungsmäßigen Zustandes können einem Schiedsgericht unterstellt werden. Klagen auf Erfüllung, auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung eines Miet- oder Untermietvertrages über Wohnraum sind durch eine Schiedsvereinbarung dann erfaßbar, wenn die Parteien das zugrundeliegende Mietverhältnis als bestehend voraussetzen⁷⁸. Dagegen sind Fragen der Kündigung und Räumung, der etwaigen gesetzlichen Verlängerung eines Mietverhältnisses und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für einen Mietvertrag der Schiedsvereinbarung verschlossen, da nicht nur Vereinbarungen über den Bestand des Mietverhältnisses, sondern auch solche über Fragen der Räumung der Mieträume oder Fort-

⁷⁵ Vgl. zu diesem Problemkreis *Harm-Peter Westermann*, Zur Legitimität der Verbandsgerichtsbarkeit, JZ 1972, 537 ff.; Fritz *Nickelisch*, Schiedsgerichtsklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbandssatzungen und allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1972, 1285 ff.; *Lorenz* AcP 157, 268 ff.; *Habscheid* NJW 1962, 5 ff.; *Bernd Preis*, Schiedsverträge innerhalb von sozialen Gewaltverhältnissen, Betrieb 1972, 1723 ff.

⁷⁶ So *Preis*, Betrieb 1972, 1723 ff.; vgl. auch ähnliche Probleme für Schiedsvereinbarungen zwischen Vereins- und Nichtmitgliedern, bezüglich der Unterwerfung von Lizenzspielern unter die Schiedsgerichtsbarkeit usw.

⁷⁷ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Schiedsvereinbarung durch AGB vgl. *Baumbach-Schwab*, S. 70.

⁷⁸ *Stein-Jonas-Schlosser*, § 1025 a ZPO Anm. II.

setzung des Mietverhältnisses den mit § 1025 a ZPO bezweckten Schutz des Mieters vor sozial nicht geringfügiger Beendigung des Mietverhältnisses betreffen.

b) Familienrecht

Es kann hier nicht schlechthin von einer absoluten Unwirksamkeit von Schiedsgerichtsklauseln in Ehe- und Kindschaftssachen gesprochen werden. Sind auch, wie schon gesagt, die Bestimmungen über Geltung und Aufhebung der Ehe zwingend und der Gestaltung durch die Parteien entzogen und gilt dies auch für die Wirkungen der Ehe im allgemeinen (§§ 1353—1362 BGB), so können doch Zweifel hinsichtlich der Stellung der Frau und ihrer Arbeitspflicht nach § 1356 BGB, sowie ihrer eigenen Erwerbstätigkeit, hinsichtlich der Gestaltung der Schlüsselgewalt, der Einzelheiten der Verpflichtungen der Ehegatten untereinander nach § 1360 BGB (Familienunterhalt, allerdings nicht betreffend den Bestand der Verpflichtungen), ferner bezüglich der Auslegung des § 1361 BGB über Zuvielleistung, der Bestimmung des „billigen Unterhalts“ bei Getrenntleben der Ehegatten nach § 1361 BGB, der Hausratsverteilung nach § 1361 BGB bestehen. Vor allem aber in Fragen des ehelichen Güterrechts wird grundsätzlich die Zulässigkeit einer Schiedsklausel etwa im Rahmen eines Ehevertrages der Ehegatten als zulässig angesehen werden können. Nicht zuletzt muß dies von den schwierigen Fragen der Ausgleichung des Zugewinns nach Beendigung der Ehe auch in anderen Fällen als durch Tod eines Ehegatten im Sinne der §§ 1372 ff. BGB gelten. Ein Ehevertrag im Sinne der §§ 1408 ff. BGB könnte gleichfalls schiedsfähig sein, sowohl hinsichtlich der Einzelgestaltung der Rechte der Ehegatten wie auch einer etwaigen Auseinandersetzung. Auch für eine fortgesetzte Gütergemeinschaft im Sinne §§ 1483 ff. BGB wird eine Schiedsklausel unter den Beteiligten vereinbart werden können. Zwar kann nach § 1614 Abs. 1 für die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden und ein Schiedsvertrag ist demzufolge nicht möglich⁷⁹, das schließt aber nicht aus, daß die Beteiligten für einen bestrittenen Unterhaltsanspruch aus der Vergangenheit eine Schiedsklausel „ad hoc“ vereinbaren.

Einer Schiedsklausel entzogen sind sicherlich die Fragen der elterlichen Gewalt über eheliche Kinder. Ob die Eltern durch Schiedsklausel die Entscheidung über Meinungsverschiedenheiten im Sinne des § 1627 Abs. 2 BGB einem Schiedsgericht übertragen können, sozusagen anstelle des Vormundschaftsgerichts, erscheint höchst zweifel-

⁷⁹ Palandt-Diederichsen, § 1614 Anm. 2.

haft, desgleichen die Regelung der Fragen der religiösen Kindererziehung im Sinne des Gesetzes vom 15. Juli 1921⁸⁰.

Dagegen wird die Regelung des Verkehrs mit den Kindern nach § 1634 BGB anstelle des Vormundschaftsgerichts einem Schiedsgericht überlassen werden können. Auch kann bei der Zuweisung eines Vermögens an ein Kind die Verwaltung desselben zwar dem Vater oder den Eltern überlassen werden, aber die Einschaltung eines Schiedsgerichts zur Regelung von Streitfragen kann vereinbart werden⁸¹.

Ist der Unterhalt für die Zukunft nach § 1614 BGB auch unverzichtbar, so gilt das jedoch nicht für den Unterhalt unter geschiedenen Ehegatten für die Unterhaltspflicht der Ehegatten für die Zeit nach der Scheidung der Ehe (EheG § 72). Hier ist eine Schiedsklausel möglich. Das gleiche gilt für Abfindungsverträge mit nichtehelichen Kindern nach § 1615 e BGB. Aber auch der Zugewinnausgleich im Sinne der §§ 1372 ff. BGB kann schiedsfähig sein. Die Auseinandersetzung über Ehewohnung und Hausrat nach der Scheidung ist durch die sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 21. 10. 1944 dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterstellt. Dies schließt jedoch nicht aus, daß die einschlägigen Fragen von den Beteiligten, auch unter Beiziehung Dritter, Eigentumsberechtigter z. B., einem Schiedsverfahren unterstellt werden.

c) *Erbrecht*

§ 1048 ZPO bestimmt die entsprechende Anwendung der Vorschriften des 10. Buches der ZPO auf Schiedsgerichte, „die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügungen angeordnet werden“. „Statthaft“ sind solche Anordnungen immer, soweit sie nicht zwingende Vorschriften verletzen. Grundsätzlich veranlaßt § 1048 ZPO zur Bejahung der Zulässigkeit⁸². Letztwillige Verfügungen sind Privatrechtsgeschäfte. Die Frage ist jedoch, ob einem durch eine letztwillige Verfügung eingesetzten Schiedsgericht die Entscheidung über die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung und über die Adressaten einer Zuwendung überlassen werden kann⁸³. Wie *Baumbach-Schwab*⁸⁴ mit Recht ausführen, beschränkt § 1937 BGB den Inhalt einer letztwilligen Verfügung nicht auf die Bestimmung des Erben, sondern

⁸⁰ Vgl. *Palandt-Diederichsen*, Anhang zu § 1631.

⁸¹ *Palandt-Diederichsen*, § 1626 Anm. 4 c, § 1638 Abs. 1, § 1639 BGB.

⁸² *Hellwig*, § 266 I; RGZ 100, 77; *Baumbach-Lauterbach*, § 1048 Anm. 2.

⁸³ § 2065 BGB; siehe *Palandt-Keidel*, Anm. 2 mit Schrifttum; zum Ganzen siehe auch *Baumbach-Schwab*, S. 224; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1048 I 3; *van Cleef*, Letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 1914; aus der Judikatur außer dem Fall einer erstmaligen Entscheidung RGZ 100, 76 noch RGZ 133, 128; 153, 270; 170, 383.

⁸⁴ *Baumbach-Schwab*, a. a. O.

führt noch eine Reihe anderer Bestimmungen auf, wie § 1777 BGB über die Benennung eines Vormundes oder § 2197 BGB über die Nennung eines Testamentsvollstreckers. Nicht entscheiden kann das Schiedsgericht über die Wirksamkeit der Einsetzung des Schiedsgerichts selbst, es hat also keine Kompetenz-Kompetenz. Wohl aber soll es entscheiden können über die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung, vor allem aber über die Streitigkeiten, die im Gefolge der Erbfolge entstehen⁸⁵. Auch ein Testamentsvollstrecker kann durch die letztwillige Verfügung zum Schiedsrichter eingesetzt werden, jedoch kann das Schiedsgericht selbst nicht einen Testamentsvollstrecker einsetzen. Es kann aber über die Wirksamkeit der Einsetzung des Testamentsvollstreckers als Frage der Auslegung des wahren Willens des Erblassers entscheiden, über die Reichweite seiner Befugnisse, nicht jedoch über seine Entlassung und auch nicht über die Befugnis der Erben hierzu⁸⁶. Die Interpretation des § 1937 BGB läßt ohne Zweifel die Anordnung von Schiedsgerichten durch letztwillige Verfügungen zu⁸⁷. Bei Zuwendungen unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 2074 BGB) kann eine Schiedsklausel angeordnet werden, wenn unter den Erben Streit über Auslegung und Gültigkeit einzelner Bestimmungen besteht⁸⁸.

*Palandt-Thomas*⁸⁹ will auch einen Vergleich über die Gültigkeit und die Auslegung eines Testaments zulassen, wenngleich durch einen Vergleich nicht mit dinglicher Wirkung ein an sich nicht bestehendes Erbrecht begründet werden kann⁹⁰. Der Erblasser selbst kann ein solches Schiedsgericht zur Feststellung der Gültigkeit seines eigenen Testaments nicht einsetzen⁹¹. Dem Testamentsvollstrecker kann die Auslegung des Testaments über die Gültigkeit der Anordnung des Testamentsvollstreckeramtes selbst nicht überlassen werden, auch nicht als Schiedsrichter⁹².

⁸⁵ RGZ 133, 128.

⁸⁶ RGZ 133, 128; zur Stellung des Testamentsvollstreckers als Schiedsrichter siehe RGZ 100, 76 ff.

⁸⁷ Siehe dazu insbesondere *Kohler* DNotZ 62, 125.

⁸⁸ *Kohler* DNotZ 62, 125; *Palandt-Keidel*, § 2074 Anm. 2 a; *Erman-Henze*, Anm. 3 zu 2074.

⁸⁹ *Palandt-Thomas*, § 779 BGB Anm. 2 b.

⁹⁰ Nach BayObLG 66, 236; ebenda Anm. 1 a.

⁹¹ *Palandt-Keidel*, § 2065 Anm. 2 am Ende, meint sogar, „daß bei einem nach Ansicht des Erblassers erschöpfenden Testament für den dennoch möglichen Fall entstehender Streitigkeiten über Gültigkeit, Anfechtbarkeit und Auslegung des Testaments die — sonst dem Richter obliegende — Entscheidung einem Schiedsrichter (ZPO § 1048, dazu *Kohler* DNotZ 62, 125) und sogar dem Testamentsvollstrecker selbst übertragen werden kann (RGZ 100, 78).

⁹² BGHZ 41, 23; *Palandt-Keidel*, a. a. O.; siehe auch noch *Palandt-Keidel*, § 2084 Anm. 4 f.

Schiedsgerichtsklauseln werden abgelehnt bei Ansprüchen aus gemeinschaftlichem Testament nach dem Tod des Erstverstorbenen⁹³. Es wäre aber durchaus denkbar, daß eine solche Klausel in einem gemeinschaftlichen Testament für die Frage der Klärung von Ansprüchen des Überlebenden zulässig wäre.

Da über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nicht durch Vertrag, damit auch nicht durch Vergleich Bestimmung getroffen werden kann (§ 312 Abs. 1 BGB), ist auch eine einschlägige Schiedsklausel nicht möglich, ebenso nicht über Pflichtteil und Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten. Allerdings ist § 312 Abs. 2 BGB zu beachten betreffend einen Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen. Hierfür scheint eine Schiedsklausel zulässig zu sein. Bejaht wird die Gültigkeit eines Schiedsvertrages für die Regelung der Auseinandersetzung unter Ausschluß des Rechtsweges. Allerdings soll, was befremdet, § 2048 2, 3 BGB (die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen eines Dritten) nicht entsprechend anwendbar sein⁹⁴. Unstreitig kann der Erblasser selbst ein Schiedsgericht zur Erbauseinandersetzung anordnen⁹⁵.

d) Gesellschaftsrecht

Eine Vereinbarung eines Schiedsgerichtes mit der Übertragung der zwingend zugewiesenen Befugnisse der Gesellschafterversammlung auf dieses Schiedsgericht wird als nichtig angesehen⁹⁶. Desgleichen kann einem Schiedsgericht nicht die Frage der Nichtigkeitserklärung von Hauptversammlungsbeschlüssen wie auch entsprechend der Anfechtbarkeit überlassen werden⁹⁷. Hat eine offene Handelsgesellschaft einen Schiedsvertrag vereinbart, so ergreift diese Vereinbarung ohne weiteres die Gesellschafter⁹⁸.

e) Kartellrecht

Schon in der Entscheidung des BGH vom 20. 5. 1966⁹⁹ ist ausgesprochen, daß ein Schiedsspruch wegen Verletzung des „ordre

⁹³ RG Gruch. 50, 391; *Baumbach-Schwab*, S. 64.

⁹⁴ BGH NJW 59, 1493; a. M. RGRK Kregel, Vorbemerkung vor § 1937; *Palandt-Keidel*, § 2042 Anm. 1 a.

⁹⁵ Siehe dazu wiederum *Kohler DNotZ* 62, 125.

⁹⁶ Anders BGHZ 43, 261.

⁹⁷ BGH MDR 1951, 647.

⁹⁸ *Rosenberg*, § 166 II 3 c; *Grimm-Rochlitz*, S. 34; OLG Hamburg Hans RGZ 1928, 453; a. M. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 VI 1; *Weipert* im RGR-Komm. zum HGB, § 128 Anm. 8 mit weiteren Hinweisen; *Baumbach-Schwab*, S. 81.

⁹⁹ BGH KTS 1966, 168; siehe ferner BGHZ 46, 365 und BGH NJW 1967, 1178 und LM Nr. 3/4/5 zu § 20 GWB m. Anm. *Löscher*; vor allem *Habscheid* KTS 1970, S. 6 u. S. 142 zu dieser Frage.

public“ unwirksam sei, wenn er gegen zwingende Vorschriften des deutschen Kartellrechts (§§ 20, 21 GWB) verstoße. Der BGH hat auch trotz Kritik an dieser Meinung festgehalten und sogar die Ungültigkeit wegen Verstoßes gegen kartellrechtliche Normen des EWG-Vertrages einbezogen (Art. 87 EWGV und Verordnung Nr. 17 Art. 9).

f) Börsenrecht

In Fragen des Börsenrechts hat das OLG Hamm¹⁰⁰ als ungenügend eine Schiedsklausel angesehen, nach der ein Schiedsgericht entscheiden sollte über alle „aus den von den Parteien künftig an der Börse zu schließenden Geschäften“¹⁰¹.

§ 28 Börsengesetz schränkt die Börsenschiedsgerichtsbarkeit auf schon entstandene Streitfälle und über Termingeschäfte ein. Dafür ist wieder Voraussetzung, daß beide Vertragsparteien börsentermingeschäftsfähig sind. Nach § 1 Abs. 3 BörsenG unterliegen Börsenschiedsgerichte der Staatsaufsicht. Sie sind nicht identisch mit sachverständigen Kommissionen zur Feststellung von Tatsachen (Lieferbarkeit von Wertpapieren oder Waren, Vorhandensein der vereinbarten Qualität oder mangelhafte Erfüllung im Sinne von § 459 BGB u. a.) oder zur Leistungsbestimmung im Sinne von §§ 317–319 BGB¹⁰². Im Rahmen der bankrechtlichen Dienstleistungsgeschäfte können sich besondere Fragen insbesondere im Emissionsrecht und in dem damit im Zusammenhang stehenden Konsortialrecht ergeben¹⁰³. Danach wäre auch bei Emissionskonsortien das Wettbewerbsrecht des § 102 GWB als Bereichsausnahme für die Kreditwirtschaft zu beachten. Dem Grundsatz nach werden zwar bei Emissionskonsortien Schiedsgerichtsklauseln wirksam sein, ihr Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht (Art. 20 f. GWB bzw. 85 ff. EWGV) ist über § 102 GWB hinaus zu beachten und kann unter Umständen eine Schiedsklausel unwirksam machen.

¹⁰⁰ OLG 15, 125.

¹⁰¹ Siehe auch *Baumbach-Schwab*, S. 58; ähnlich Celle OLG 33, 138; *Baumbach-Schwab*, a. a. O., betr. eine Klausel zur Entscheidung über „aus der Berufstätigkeit der Mitglieder an der Börse entstehende Streitigkeiten“.

¹⁰² Siehe auch *Schönle*, Bank- und Börsenrecht, 1971, § 43 II 3 Abs. 3 und § 2 II 3; *Bremer*, Heinz, Grundzüge des deutschen und ausländischen Börsenrechts, 1969, 74 f.; zum Börsentermingeschäft siehe den Überblick bei *Schönle*, § 47.

¹⁰³ Zum internationalen Emissionsrecht siehe Norbert *Horn*, Das Recht der internationalen Anleihen, Athenäum 1972. Zum Konsortialgeschäft in weiterem Zusammenhang Wernhard *Möschel*, Das Konsortialgeschäft der Kreditinstitute im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Emissionskonsortien als marktherrschende Unternehmen, in: ZHR 136 (1972), 273–306.

g) *Arbeitsgerichtliches Schiedsverfahren*

Eine besondere Regelung hat das arbeitsgerichtliche Schiedsverfahren durch die §§ 101—110 ArbGG. Durch § 101 Abs. 3 ArbGG ist für die dem Verfahren nach §§ 101 ff. ArbGG geregelten arbeitsgerichtlichen Schiedsverfahren das 10. Buch der ZPO (§§ 1025 ff.) für anwendbar erklärt. Die Regelung des § 101 ArbGG unterscheidet zwischen der „Gesamtschiedsklausel“ (Abs. 1) und der Einzelschiedsklausel (Abs. 2, Satz 1 u. 2). Bei der Gesamtschiedsklausel nach Abs. 1 geht es um Streitigkeiten aus Tarifverträgen oder um solche über Bestehen oder Nichtbestehen von Tarifverträgen. Wie *Baumbach-Schwab* ausführen, fallen darunter nicht Streitigkeiten aus unerlaubter Handlung oder GoA, z. B. bei einem Arbeitskampf, da nach § 4 ArbGG die Arbeitsgerichtsbarkeit nur in den Fällen des § 2 I Nr. 1 bis 3 und nach Maßgabe der §§ 101—110 ArbGG ausgeschlossen werden darf¹⁰⁴. Bei den für das arbeitsgerichtliche Schiedsverfahren zugelassenen Streitigkeiten handelt es sich in erster Linie um die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Tarifvertrages wie Verpflichtungen aus dem Tarifvertrag, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Friedenspflicht, aber auch um solche aus dem sogenannten normativen Teil, nämlich Streitigkeiten über das Bestehen oder die Auslegung einer einzigen Tarifnorm¹⁰⁵. Schwierig wird die Frage der Abgrenzung im Falle der Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung¹⁰⁶. Parteien eines einschlägigen Schiedsverfahrens sind ausschließlich Tarifvertragsparteien im Sinne des § 2 des Tarifvertragsgesetzes vom 9. 4. 1949.

Die sogenannte Einzelschiedsklausel des § 101 Abs. 2, Satz 1 u. 2 ArbGG läßt als Parteien wiederum nur Tarifvertragsparteien zu; dabei muß es sich um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis handeln, wobei der persönliche Geltungsbereich des Tarifvertrags überwiegend Bühnenkünstler, Filmschaffende, Artisten oder Kapitäne und Besatzungsmitglieder im Sinne der §§ 2 u. 3 des Seemannsgesetzes umfaßt¹⁰⁷.

h) *Sozialrecht*

Die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder hat in ihrer Satzung eine Schiedsklausel vorgesehen. Der BGH¹⁰⁸ hat zwar zunächst diese Satzung als unter das öffentliche Recht fallend für un-

¹⁰⁴ *Baumbach-Schwab*, S. 300 m. w. Hinweisen; *Stein-Jonas-Schlosser*, § 1025 VIII 2 a.

¹⁰⁵ *Dietz-Nikisch*, § 101 III 1; *Baumbach-Schwab*, a. a. O.

¹⁰⁶ Dazu besonders *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 VIII 2 a ZPO.

¹⁰⁷ *Stein-Jonas-Schlosser*, § 1025 ZPO Anm. VIII 2 b.

¹⁰⁸ BGH KTS 67, 39 ff.

wirksam erklärt, was in dieser Allgemeinheit wohl von vornherein nicht für richtig gehalten werden kann. Er hat dann dennoch den aufgrund dieser Klausel gefaßten Schiedsspruch nicht für ungültig erklärt. Interessant ist, daß er dabei davon ausging, daß es sich bei dem Versicherungsverhältnis zwischen Anstalt und Versicherten um einen zivilrechtlichen Versicherungsvertrag handele¹⁰⁹, aus dessen Abschluß sich der Wille der Parteien zum Schiedsvertrag ergäbe. Die mangelnde Form sei nach § 1027 Abs. 1 Satz 2 ZPO geheilt. Im ganzen zeigt sich hier ein etwas krampfhaftes und doch dogmatisch unbegründetes Bemühen, der allgemeinen Zulässigkeit der Schiedsgerichtsklausel bei Beteiligung von öffentlichrechtlichen Anstalten oder Körperschaften auszuweichen — und das obgleich die Verwaltungsgerichtsordnung selbst (§§ 168 Abs. 1 Nr. 5 und 187 Abs. 1 VwGO) öffentlichrechtliche Schiedsgerichte zuläßt¹¹⁰.

Es ist *Habscheid*¹¹¹ Recht zu geben, wenn er hierin eine Strapazierung der Unterstellung des Parteiwillens sieht und vielmehr meint, daß richtigerweise auf den Vertrauensgrundsatz und das daraus entwickelte Verbot des *venire contra factum proprium* abzustellen ist.

B. Subjektive Schiedsfähigkeit

Es handelt sich hier um die Frage, wer als Schiedsrichter verpflichtet werden kann. Nicht behandelt werden soll, was die Neutralität der Schiedsrichterstellung von ihm verlangt. Der Schiedsrichtervertrag selbst wird als Dienstvertrag angesehen¹¹², wenn das Schiedsrichteramt gegen Entgelt ausgeübt werden soll, sonst als Auftrag¹¹³. Schiedsrichter kann jeder nicht geschäftsunfähige Dritte sein. *Baumbach-Lauterbach*¹¹⁴ wollen nur natürliche Personen Schiedsrichter sein lassen¹¹⁵ unter Hinweis darauf, daß bei Ernennung einer juristischen

¹⁰⁹ Dazu kritisch *Rupp* JZ 1967, 605.

¹¹⁰ Siehe auch *Baumbach-Lauterbach*, Grundzüge 4 vor § 1025 ZPO.

¹¹¹ *Habscheid* KTS 1970, S. 140.

¹¹² *Palandt-Putzo*, Einführung vor § 611 Anm. 2, allerdings bestritten und auch als Vertrag besonderer Art bezeichnet; siehe auch *Palandt-Heinrichs*, § 305 Anm. 5 a und § 627 Anm. 1 unter Hinweis auf *Thomas-Putzo*, ZPO 1970, Bem. 3 vor § 1025. Wird der Schiedsrichter durch das staatliche Gericht ernannt im Sinne des § 1029 Abs. 2 ZPO, so wird damit nicht das Bestehen eines gültigen Schiedsvertrages für alle Verfahren bindend festgestellt (BGH v. 27. 2. 1969 NJW 1969, 978 u. KTS 1970, 24); *Habscheid* KTS 1970, S. 5 f., der diese Entscheidung mit Recht kritisiert.

¹¹³ *Stein-Jonas-Schlosser*, vor § 1025 ZPO III 1.

¹¹⁴ *Baumbach-Lauterbach*, § 1025 Anm. 5 C.

¹¹⁵ Verweis auf *Stein-Jonas*, § 1032 Anm. I 1.

Person in der Regel ihr gesetzlicher Vertreter als berufen anzusehen ist. Im Ergebnis stimmt das überein mit der Ansicht von *Baumbach-Schwab*¹¹⁶, wenngleich dort Zweifel daran bestehen, wer bei juristischen Personen dann heranzuziehen ist¹¹⁷. Wenn das OLG Bamberg¹¹⁸ Behörden allgemein die Fähigkeit, als Schiedsrichter bestellt zu werden, aberkennen will, mit der Begründung, daß sie öffentlichrechtliche Befugnisse ausüben, die jeder Privateinwirkung entzogen sind¹¹⁹, so sieht *Baumbach-Schwab* die glückliche Lösung doch auch nur darin, daß in einem solchen Fall der Chef der Behörde oder, wer sonst nach dem Parteiwillen zu ermitteln ist, privat tätig werden soll¹²⁰. Schiedsrichter kann nie sein, wer in eigener Sache entscheiden müßte¹²¹, auch wenn er diese Partei gesetzlich allein oder kollektiv zu vertreten hat¹²². In solchem Fall ist zwar die Bestellung zum Schiedsrichter nichtig, nicht aber die Schiedsklausel¹²³. Nach dem RG¹²⁴ können damit auch Vorstandsmitglieder einer Gesellschaft oder eines Vereins nicht Schiedsrichter sein bei einer Streitigkeit zwischen der Gesellschaft oder dem Verein und einem Mitglied oder Gesellschaftern. Allerdings will das Reichsgericht¹²⁵ davon eine Ausnahme bei „weitverzweigten Vereinen“ zulassen¹²⁶. *Habscheid* hat sich ausführlich mit der jüngeren Rechtsprechung zu dieser Frage der Inkompatibilität des Schiedsrichteramtes beschäftigt¹²⁷. Es geht zunächst um die sogenannte subsidiäre Schiedsrichterernennung, in der das OLG Hamburg¹²⁸ sich zustimmend, der BGH dagegen¹²⁹ ablehnend entschieden hat. Dies soll nach BGH sowohl für den Fall gelten, daß von Anfang an der von einer Partei bereits ernannte Schiedsrichter allein entscheiden soll wie für den Fall, in dem zunächst das Recht der Schiedsrichterernen-

¹¹⁶ *Baumbach-Schwab*, S. 59.

¹¹⁷ Verweis auf RG JW 1905, 54.

¹¹⁸ OLG Bamberg NJW 1950, 917.

¹¹⁹ *Baumbach-Schwab*, S. 59.

¹²⁰ Für Schiedsgutachten siehe ebenda und BGH NJW 1955, 665; *Habscheid* MDR 1954, 392 und KTS 1955, 132; *Wieczorek*, § 1025 C II a 4; *Rosenberg-Schwab*, § 175 I 1.

¹²¹ BayObLG JW 1929, 1667.

¹²² *Baumbach-Lauterbach*, § 1025 Anm. 5 D; *Rosenberg-Schwab*, § 175 2; *Habscheid* NJW 62, 6; RG JW 32, 2876.

¹²³ Zu Fällen, in denen Nichtigkeit vorliegen kann, vgl. *Baumbach-Schwab*, S. 61.

¹²⁴ RGZ 93, 288.

¹²⁵ RGZ 113, 321.

¹²⁶ *Baumbach-Lauterbach*, a. a. O., mit berechtigten Bedenken.

¹²⁷ *Habscheid* KTS 1970, 1 ff. u. 132; 135; KTS 1971, S. 134 ff.

¹²⁸ OLG Hamburg MDR 1969, 491.

¹²⁹ BGH BB 1970, 1504 f. mit ausführlichen Hinweisen auf den Streitstand; NJW 1971, 139; KTS 1971, 104.

nung nach Eintritt bestimmter Umstände auf eine Partei übergeht. Die Begründung des BGH ist überzeugend, denn die alleinige Schiedsrichterernennung durch eine Partei verstößt gegen elementare Grundsätze überparteilicher Rechtspflege und damit gegen § 134 BGB¹³⁰. Nach der wohl richtigen, von *Habscheid* vertretenen Meinung kann auch eine ausdrückliche Erklärung der Parteien, keine Bedenken gegen die Zusammensetzung und Zuständigkeit dieses Schiedsgerichts zu haben, den Verstoß gegen das Gebot der Überparteilichkeit nicht heilen. Auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter kann nicht verzichtet werden.

Die Frage der Inkompatibilität ist objektiv zu entscheiden und daher unverzichtbar. Der BGH geht mit Recht soweit, in diesem Falle das Zustandekommen eines gültigen Schiedsvertrages, nicht nur der Schiedsrichterbestellung abzulehnen¹³¹, somit kann auch eine Erklärung der Parteien, sich mit der einseitigen, inkompatiblen Lösung einverstanden zu erklären, den Schiedsvertrag nicht wirksam machen und vor allem nicht zur Annahme eines neuen wirksamen Schiedsvertrages führen¹³².

Unverständlich erscheint die Entscheidung des BGH¹³³, daß ein Mitglied des Vorstandes der Anwaltskammer Schiedsrichter im Streit zwischen Anwalt und Erben eines anderen Anwalts sein könne. In diesem Falle scheint der Grad der Inkompatibilität doch der gleiche zu sein wie im Falle des Auftretens eines Beamten als Schiedsrichter bei einer Streitigkeit zwischen der von ihm gesetzlich vertretenen Stelle des Fiskus und Privaten¹³⁴.

Zu Schiedsrichtern können zwar Minderjährige bestellt werden, aber sie sind ablehnbar (§ 1032 Abs. 3 ZPO). Die Ablehnung eines Schiedsrichters kann im übrigen aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen erfolgen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen im Sinne des § 41 ZPO (§ 1032 Abs. 1 ZPO)¹³⁵. Darüber hinaus kann eine Ablehnung auch noch bei ungebührlicher Verzögerung seiner Pflichten und für Minderjährige, Taube, Stumme und

¹³⁰ Näheres siehe *Habscheid* KTS 1971, S. 135.

¹³¹ BGHZ 51, 255; zustimmend *Kornblum* ZZZ 82, 480; ablehnend *Bülow* NJW 70, 585; *Baumbach-Lauterbach*, § 1025 Anm. 5 D.

¹³² Anders Hamburg MDR 69, 1019; dazu *Habscheid* KTS 71, 135; *Heiseke* MDR 71, 355 und K. *Schmidt* MDR 72, 989.

¹³³ BGH NJW 73, 98; dazu *Habscheid* KTS 73, 233.

¹³⁴ BayObLG JW 29, 1667; natürlich können Beamte im übrigen Schiedsrichter sein.

¹³⁵ *Kornblum*, S. 70; BGH ZZZ 65, 217; *Baumbach-Schwab*, S. 113; *Heimann* Trosien, Ehrengabe für B. Heusinger, S. 278; a. A. *Rosenberg-Schwab*, § 175 II 3.

Personen, die infolge Richterspruchs die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht besitzen, erfolgen¹³⁶.

C.

Der gegebene Überblick über die wachsende Ausdehnung der Zulässigkeit des Schiedsgerichtsverfahrens im Sinne der §§ 1025 ff. ZPO aber auch anderer einschlägiger Bestimmungen, insbesondere des arbeitsrechtlichen Schiedsgerichtsverfahrens, der Zulässigkeit in echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Fällen des Verwaltungsrechts, zeigt ein offenbar unaufhaltsames Vordringen der privaten Schiedsgerichtsbarkeit in Bereiche der von der staatlichen Gerichtsbarkeit beanspruchten Rechtsprechung¹³⁷. Die private Schiedsgerichtsbarkeit ist zu einer besonderen Schiedsgerichtsbarkeit geworden, deren Anerkennung sich der Staat nicht mehr entziehen kann. Allerdings stehen dabei grundsätzliche Sicherungen im Vordergrund, wie die eben behandelten Fragen den Inkompatibilität der Schiedsrichter, ihre Neutralität, ihre Unabhängigkeit, daneben aber weitere Fragen wie die des rechtlichen Gehörs¹³⁸.

Außerdem sind andere unverzichtbare Prinzipien des Prozesses und der Gerichtsverfassung vom Schiedsgericht zu achten; hierauf kann nicht näher eingegangen werden. Unter diesen Voraussetzungen allerdings kann schon aus allgemeinen Erwägungen und über die gesetzliche Regelung in §§ 1042 ff. ZPO in bezug auf Anerkennung und Vollstreckung durch die staatlichen Gerichte hinaus eine Verpflichtung des Staates zur Leihe seiner Zwangsmittel verlangt werden. Wir haben es vergleichsweise mit einer Entwicklung zu tun, wie sie die mittelalterliche, ecclesiastische Rechtsprechung mit der Figur des *bracchium saeculare* entwickelt hatte. Diese Idee der prinzipiellen Verpflichtung der staatlichen Gerichtsbarkeit, die Schiedssprüche einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit unter den Voraussetzungen der Einhaltung grundgesetzlicher und prozeßrechtlicher Grundsätze anzuer-

¹³⁶ Es wird auf die Kommentierung zu §§ 1032 und 41 ZPO verwiesen, sowie auf *Baumbach-Schwab*, S. 111 ff.; für das arbeitsgerichtliche Schiedsverfahren ebenda, S. 309 ff.

¹³⁷ Vgl. den Fall des Versuchs der Errichtung einer „European Arbitrage Association Deutschland GmbH KG“ geschildert bei *Kronstein*, *Private Gerichtsbarkeit in Deutschland?*, in ZRP 1970, 10 ff.

¹³⁸ Siehe dazu *Baumbach-Schwab*, Kapitel 14 B, 41 C, 22 E, 42 C II, 25 C IV, 42 B, 28 D II, 41 C I, 32 C III; sowie die zitierten Artikel von *Habscheid* und die Kommentierungen zu § 128 ZPO, z. B. *Baumbach-Lauterbach*, Grundzüge vor § 128, Bem. 3 C 4.

kennen und zu vollstrecken, kann im besonderen für die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit Folgen haben, sozusagen im Rahmen eines Völker-Handelsrechtes. In erster Linie aber muß dieser Zustand dazu führen, die Gründe der Ablehnbarkeit der Vollstreckung, insbesondere den *ordre public*, in einer von Monopolansprüchen staatlicher Gerichtsbarkeit absehenden Art und Weise zu interpretieren. Soweit das deutsche Recht in Betracht kommt, ist hier allerdings wenig zu befürchten; doch könnten Entwicklungen des Gemeinschaftsrechtes die Frage wichtig werden lassen.

Wert und Unwert der Prorogationsnovelle

Ein Beitrag zur Methodik der Prozeßreform

GOTTFRIED BAUMGÄRTEL

I. Problemstellung

Der grundlegende Beitrag von Friedrich Weber zur „Methodik des Prozeßrechts“¹ regt dazu an, der Frage nachzugehen, ob für die Reform des Prozeßrechts wissenschaftliche Methoden entwickelt werden können. Im Hinblick auf die sich stufenweise entwickelnde sog. „große Justizreform“ wäre es für die Gesetzgebungsorgane von großem praktischen Wert, wenn eine wissenschaftliche Methode für dieses gesetzgeberische Vorhaben gefunden würde². Die folgende Untersuchung hat nicht das Ziel, eine solche Methode im einzelnen zu entwickeln, da dazu der Gesamtkomplex der Justizreform erfaßt werden müßte, ein Unternehmen, das den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde. Es soll vielmehr an dem Beispiel einer nicht vollständig geglückten Teilreform gezeigt werden, welche Nachteile entstehen, wenn eine Novelle nicht mit wissenschaftlichen Methoden vorbereitet wird. Aus diesem Lehrbeispiel können die Gesetzgebungsorgane für die künftigen Teilreformen des Prozeßrechts praktische Konsequenzen ziehen.

Es stellt sich auch hier³ zunächst die Frage, ob der Gegenstand unserer Untersuchung, die Reform des Prozeßrechts, überhaupt einer wissenschaftlichen Methode zugänglich ist oder ob Umfang und Art der Vorbereitung einer Gesetzesreform nicht mehr oder weniger eine Frage der Zweckmäßigkeit ist. Ergibt sich die Notwendigkeit einer Novellierung auch aus den sichtbaren Schwächen eines Gesetzes, so ist eine Gesetzesänderung doch erst möglich, wenn die Mängel und ihre Ursachen im einzelnen feststehen. Bisher wurde diese wichtige Vorfrage in Kommissionen aufgrund der Erfahrungen einzelner Praktiker und mit Hilfe kleiner Erhebungen geklärt. Ein solches Informationsmaterial ist freilich als Grundlage für eine Gesetzesänderung sehr vage. Für ein so bedeutungsvolles gesetzgeberisches Unternehmen wie die Justizreform bedarf es eines möglichst exakten Informations-

¹ Studium Generale 1960, S. 13 ff.

² Vgl. Bender, Justizreform wohin? SchlHolstAnz. 1974, S. 65 ff.; zur „Gesetzgebungslehre“ im allgemeinen Peter Noll, Gesetzgebungslehre, 1973.

³ Vgl. Weber, a. a. O.

materials, das mit wissenschaftlichen Methoden erarbeitet ist. Diese Möglichkeit gibt die Rechtstatsachenforschung, die durch den Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen (EDV)⁴ dem Gesetzgeber eine wertvolle Entscheidungshilfe bietet⁵. Damit ist die am Anfang gestellte Frage beantwortet: das für die Gesetzgebung notwendige Informationsmaterial sollte mit wissenschaftlichen Methoden erarbeitet werden. Es besteht sonst zu leicht die Gefahr, daß „blind“ reformiert wird. In der Regel bieten sich aufgrund des vorliegenden Informationsmaterials mehrere Möglichkeiten an, die aufgedeckten Mängel eines Gesetzes zu beheben. Vor einer endgültigen Entscheidung sollten die zu erwartenden Auswirkungen der einzelnen Änderungen prognostiziert werden. Auch hierfür stehen wissenschaftliche Methoden wie z. B. ein Testlauf mit simuliertem Material zur Verfügung.

Natürlich wird man nicht für jedes Gesetzgebungsvorhaben eine zeit- und kostenaufwendige Rechtstatsachenforschung durchführen können. Entscheidend hierfür ist wohl die Bedeutung der geplanten Novellierung. Die Dringlichkeit einer Reform sollte freilich nicht ein Grund sein, von einer Rechtstatsachenuntersuchung abzusehen. Es könnte sich sonst bald die Notwendigkeit einer Korrektur der Reform ergeben. Es kann auch nicht eingewandt werden, daß wir mit der Rechtstatsachenforschung erst am Anfang stehen. Sie ist im Bereich der Justizreform beinahe 100 Jahre alt⁶. Die von uns entwickelte Methode, die EDV zur Gewinnung von Sozialdaten zur besseren Vorbereitung der Justizgesetze einzusetzen, hat als ein erster Versuch naturgemäß Schwächen⁷; diese werden aber in absehbarer Zeit überwunden sein.

Mit solchen Argumenten läßt sich auch nicht das Unterlassen einer Rechtstatsachenuntersuchung bei der Prorogationsnovelle rechtfertigen⁸. Diese soll als Beispiel dafür dienen, welche negativen Auswirkungen ein methodisch falsch vorbereitetes Gesetz haben kann.

⁴ *Baumgärtel-Mes*, Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (erste Instanz) — Modell einer Gesetzesvorbereitung mittels elektronischer Datenverarbeitungsanlagen, Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 31, 2. Aufl. 1972; *Baumgärtel-Hobmann*, Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (zweite Instanz), Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 33, 1972.

⁵ *Baumgärtel*, Die Möglichkeiten zur Verwendung von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen zur besseren Vorbereitung von Gesetzen, dargestellt an einer Rechtstatsachenforschung zur Prozeßreform, DSWR 1974, S. 362 ff.

⁶ Vgl. *Baumgärtel*, ZZP Bd. 86 (1973), S. 164 ff.

⁷ *Baumgärtel*, a. a. O. (Fußnote 6) S. 175.

⁸ So aber *Herbst* in seinem Diskussionsbeitrag zu den Referaten von *Bender* und *Baumgärtel* zur „Rechtstatsachenforschung im Zivilprozeß“ auf der Richterakademie in Trier am 10. 9. 1974.

II. Vor- und Nachteile der radikalen Prorogationseinschränkung

Das erklärte Ziel der Novelle ist es, den Schuldner prozessual vor dem wirtschaftlich stärkeren Gläubiger zu schützen, der über eine Gerichtsstandsvereinbarung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formularverträgen am Gericht des Gläubigersitzes häufig gegen den Schuldner ein Versäumnisurteil erreichte, das als ungerecht empfunden wurde⁹. Dem Ziel der Novelle ist uneingeschränkt zuzustimmen. Dieses soziale Anliegen hat den Gesetzgeber¹⁰ und die Literatur¹¹ schon seit langem beschäftigt. Wegen ihres berechtigten sozialen Kerns ist die Novelle bisher auch überwiegend positiv beurteilt worden¹². *Löwe* bezeichnet sie sogar als die bedeutendste zivilprozessuale Maßnahme auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes¹³.

Es ist freilich fraglich, ob das grundsätzliche Verbot der Prorogation für Nicht-Vollkaufleute¹⁴ notwendig war, um diesen Schuldnerschutz zu erzielen. Es gibt zu denken, daß die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zu dem ersten vom Freistaat Bayern im Bundesrat eingebrachten Gesetzesentwurf von einer „partiellen Entmündigung“ des Staatsbürgers sprach¹⁵. Sie konnte sich aber schließlich dem berechtigten sozialen Anliegen, das mit dem Entwurf verbunden war, nicht verschließen, da ihr kein Gegenmodell zur Verfügung stand. Ist der prozessuale Schuldnerschutz durch die Novelle auch erreicht, so lassen die jetzt schon sichtbar werdenden Auswirkungen doch Zweifel

⁹ Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 7/268 S. 4.

¹⁰ Vgl. § 29 Abs. 2 des ZPO-Entwurfs 1931.

¹¹ Vgl. u. a. *Rosenberg*, ZZP 57 (1933), S. 206 ff.; *Heilberg*, ZZP 57, 448 ff.; *Schiedermair*, Vereinbarungen im Zivilprozeß, 1935, S. 87 ff.; *Gradhandt*, Die Zuständigkeitsvereinbarung, Diss. Rostock 1936, S. 71 ff.; *Bruniecki*, JW 1938, S. 1790 f.; *Schmidt*, MDR 1949, S. 159; *Vervessos*, Die Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit durch den Parteiwillen, Diss. München, 1961, S. 83 ff.; zur *Megede*, ZRP 1969, S. 200 f.; *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957, S. 220 Fußn. 219.

¹² Vgl. u. a. *Diederichsen*, BB 1974, S. 377 ff.; *Herbst*, Rpfleger 1974, S. 246 ff.; *Klunzinger*, JR 1974, S. 271 ff.; *Löwe*, NJW 1974, S. 473 ff.; *Vollkommer*, Rpfleger 1974, S. 129 ff., RdA 1974, S. 206 ff.; *Zöller-Vollkommer*, ZPO 11. Aufl. 1974, Beilage; kritisch *Eickelau*, Creditreform 1974, 31 f.; *Brangsch*, AnwBl. 1974, S. 198; *Scholz*, BB 1974, S. 570; *Unruh*, NJW 1974, S. 1111.

¹³ A. a. O. S. 473.

¹⁴ Vgl. *Diederichsen*, a. a. O. S. 378.

¹⁵ BT-Drucks. VI/1167 S. 7; kritisch zu dem ersten Gesetzesentwurf *Blentge*, BB 1970, S. 733 ff., 1317 ff.; *Creutzig*, ZRP 1971, S. 257 ff.; *Meier*, ZRP 1970, S. 168; *Wacke*, ZRP 1970, S. 245; vgl. auch *Grunsky*, BB 1971, S. 1113 ff. und *Trinkner*, BB 1972, S. 1114 ff., 1973, S. 354 und 1412 f.; zustimmend u. a. *Löwe*, BB 1970, 1185 ff., NJW 1970, S. 2236 ff.; ZRP 1970, S. 97 ff., 275; 1972, S. 127 f.

aufkommen, ob die Gesetzesänderung ein ausgewogenes Verhältnis von Schuldnerschutz und Gläubigernot schafft und dem Verbraucher materiell nützt. Die negativen Auswirkungen der Novelle sind kurz skizziert folgende:

1. Die Prorogation zwischen Vollkaufleuten

a) Der nach § 331 Abs. 1 S. 2 ZPO erforderliche Nachweis der Vollkaufmannseigenschaft bereitet erhebliche praktische Schwierigkeiten. Ist der Kaufmann im Handelsregister eingetragen, so ist ein Registerauszug vorzulegen. Die Schwerfälligkeit dieses Verfahrens könnte dadurch erleichtert werden, daß die Industrie- und Handelskammern Bescheinigungen über die Registereintragung ausstellen¹⁶. Soweit der Kaufmann aber nicht im Handelsregister eingetragen ist, wird der Nachweis der Vollkaufmannseigenschaft wegen der Schwierigkeit der Abgrenzung zum Minderkaufmann schwer zu erbringen sein. Diese Beweisschwierigkeiten werden den Gläubiger in vielen Fällen dazu zwingen, von einer vorhandenen Gerichtsstandsvereinbarung keinen Gebrauch zu machen und den risikoloser Weg der Klage am Schuldnersitz zu beschreiten.

Der dadurch entstehende Wegfall der Konzentration der Prozesse am Gläubigersitz — man kann von einer Dezentralisierung sprechen — hat Auswirkungen, die unten im Zusammenhang darzulegen sind.

b) Die gleichen Beweisschwierigkeiten ergeben sich im Mahnverfahren, wenn man der Auffassung von *Vollkommer*¹⁷ folgt, daß der Gläubiger dem Rechtspfleger die Vollkaufmannseigenschaft vor Erlass des Zahlungsbefehls urkundlich belegen muß. Es ist zu wünschen, daß sich diese Auffassung, die zwangsläufig zu einer Dezentralisierung des Mahnverfahrens führen muß, in der Praxis nicht durchsetzt. Das Mahnverfahren würde sonst in seiner Funktion als ein beschleunigtes Massenverfahren erheblich gestört. Die Dezentralisierung des Mahnverfahrens im kaufmännischen Bereich würde es im Verhältnis von Groß- und Einzelhandel nicht mehr ermöglichen, die Zahlungswilligkeit und -fähigkeit der einzelnen Firmen unter Eigenkontrolle der Wirtschaft zu halten. Dadurch würde der Selbstbereinigungsprozeß der Wirtschaft erheblich gestört.

¹⁶ Darauf wurde in der Diskussion auf der Richterakademie (Fußn. 8) hingewiesen.

¹⁷ Rpfleger 1974, S. 249 ff.; dagegen *Herbst*, Rpfleger 1974, S. 246 ff.; *Unruh*, a. a. O.; *Baumgärtel*, BB 1974, S. 1173 ff.

2. Das Verbot der Prorogation für Nicht-Vollkaufleute

a) Auf den ersten Blick erscheint es verwunderlich, daß nur der Vollkaufmann, nicht aber der Minderkaufmann für „gerichtsstandsmündig“ angesehen wird¹⁸. Für den Minderkaufmann mit einem erheblichen Umsatz und mit einer großen Zahl von Arbeitnehmern mag dies befremdlich erscheinen, für die vielen „kleinen“ Minderkaufleute ist allerdings das gleiche Schutzinteresse anzuerkennen wie für den Nichtkaufmann. Da zwischen den beiden Gruppen von Minderkaufleuten keine klare Grenze gezogen werden kann, ist der Novelle insoweit zuzustimmen.

b) Da die Novelle das Ziel verfolgt, den wirtschaftlich Schwächeren prozessual vor dem wirtschaftlich Mächtigen zu schützen, hätte sie konsequenterweise die Prorogation *zugunsten* des wirtschaftlich Schwächeren zulassen müssen. Hat beispielsweise ein Handwerker in Hamburg Forderungen gegen einen Großbauunternehmer in Frankfurt, so wäre es zum Schutze des Handwerkers angebracht, eine Prorogation für Hamburg zuzulassen. Das gleiche gilt für die zahlreichen Gerichtsstandsvereinbarungen in den AVB, in denen zugunsten des Versicherungsnehmers das für seinen Wohnsitz zuständige Gericht vereinbart war¹⁹.

Das sicher häufige Interesse des Schuldners, den Prozeß — zur Erhaltung seines Renommées — nicht an seinem Wohnsitzgericht durchzuführen, ist durch § 38 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO und durch die Möglichkeit, nach §§ 696 a und 700 a ZPO auf die Verweisung zu verzichten, gewahrt.

c) Das grundsätzliche Prorogationsverbot für Nicht-Vollkaufleute sowie die Verweisungsvorschriften der §§ 696 a und 700 a ZPO führen dazu, daß die Konzentration der Prozesse am Firmensitz in Zukunft entfällt. Dies hat mehrere Auswirkungen:

ca) Die Konzentration am Firmensitz hatte bisher die Rechtsprechung für bestimmte Spezialgebiete wie das Wettbewerbs- und das Speditionsrecht auf einige OLG-Bezirke beschränkt. In Zukunft wird sich die Rechtsprechung auf diesen Gebieten zersplittern und zu mehr Divergenzen und damit auch zu einer höheren Belastung des BGH führen. Bei Wettbewerbsverstößen kann freilich u. U. über § 32 ZPO die — erwünschte — Konzentration erhalten bleiben.

¹⁸ So Eickelau, a. a. O. S. 32 unter V.

¹⁹ § 8 Abs. 2 AKB; § 10 Abs. 2 AVB Haftpflicht; § 19 AVB Unfall; § 13 AVB Rechtsschutz; § 11 Abs. 2 AVB Seuchen-BU; § 10 Abs. 2 AVB Betriebsschließung.

cb) Mit dem Wegfall der Konzentration entfällt auch die Möglichkeit der richterlichen Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Gericht des Firmensitzes²⁰. Die aus der Ortsnähe resultierende bessere Kenntnis der Firmenverhältnisse garantiert eine sachgerechte Beurteilung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Gericht. In Zukunft werden sich zahlreiche Gerichte mit einer umstrittenen Allgemeinen Geschäftsbedingung beschäftigen müssen. Dies wird zu divergierenden Entscheidungen und damit zu Verwirrungen führen, die für den Verbraucher ebenso nachteilig sind wie für den Handel. Bis zur Reform des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wäre die Erhaltung einer konzentrierten Kontrolle von großem Wert gewesen. Die Herauslösung der Prorogation aus dem Reformpaket der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erscheint unter diesem Aspekt nicht verständlich. — Der Einwand von *Löwe*²¹, daß die konzentrierte richterliche Kontrolle am Firmensitz dem Schuldner im Säumnisfalle keinen prozessualen Schutz bietet, überzeugt nicht. Kannte der Richter das unlautere Geschäftsgebaren der klägerischen Firma, so konnte er nach altem Recht durch Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung verneinen. Die Klägerin mußte dann gem. § 276 ZPO die Verweisung an das Gericht des Schuldnerwohnsitzes beantragen. Es darf in dieser Frage freilich nicht übersehen werden, daß bei einer Kontrollkonzentration an einem kleinen Gericht die Gefahr der Befangenheit des Richters, der in einem kleinen Ort mit dem Firmeninhaber unter Umständen persönlich bekannt ist, nicht von der Hand zu weisen ist.

cc) Gravierend ist die Verteuerung der Schuldenbeitreibung, die mit dem Wegfall der Zentralisierung der Verfahren am Firmensitz entsteht²². Dies soll an dem Beispiel des Streitverfahrens aufgezeigt werden, das nach einem Widerspruch des Schuldners gegen einen Zahlungsbefehl immer — mit Ausnahme des Verzichts des Schuldners — am Schuldnerwohnsitz durchgeführt werden muß. War es nach bisherigem Recht bei einer Prorogation zugunsten des Gläubigers Sache des Schuldners, zur Durchführung des Prozesses am Firmensitz unter Umständen zwei Anwälte zu bestellen — im amtsgerichtlichen Verfahren einen Prozeßbevollmächtigten am eigenen Wohnsitz, der einen Unterbevollmächtigten am Prozeßgericht auftreten ließ, und im landgerichtlichen Verfahren einen Korrespondenzanwalt und einen Prozeßbevollmächtigten —, so dreht sich jetzt das Verhältnis um. Für

²⁰ Ott, NJW 1973, 300 f.

²¹ NJW 1974, 474.

²² Unruh, a. a. O.; Eickelau, a. a. O.; Baumgärtel, ZZZ 87, S. 137 Fußn. 75.

den als Regel gedachten Fall, daß der Schuldner mit der Einlegung des Widerspruchs auch beabsichtigt, den Prozeß streitig zu führen, er also den Widerspruch nicht nur einlegt, um die Zwangsvollstreckung hinauszuzögern, ist diese Umkehr der Last, einen Anwalt für das Verfahren am Distanzgericht zu finden, sozial gesehen richtig²³. Es ist jedoch unklar und vor der Novellierung auch nicht geklärt worden, wie groß die Zahl der „echten“ Widersprüche ist, die den prozessualen Schutz, den die Novelle dem Schuldner gewährt, „verdienen“. Die im Bundestag vorgetragenen Zahlen²⁴, wonach am Distanzgericht nach eingelegtem Widerspruch nur 20 % streitig verhandelt und der Rest von 80 % durch Versäumnisurteil entschieden worden sind, geben keinen Aufschluß über die hier gestellte Frage. Ob die oben dargelegte, mit großen Kosten für den Gläubiger verbundene Umkehr der Last, sich am Distanzgericht anwaltlich vertreten zu lassen, gerechtfertigt ist, ließe sich nur entscheiden, wenn man wüßte, wie hoch die Erfolgsquote der Widersprüche am Wohnsitzgericht des Schuldners ist. Nur wenn die Erfolgsquote anstiege, wäre die Verlegung des Verfahrens an den Schuldnerwohnsitz gerechtfertigt. Blicke sie dagegen gleich niedrig, weil, wie man vermuten kann, ein großer Teil der Widersprüche nur eingelegt wird, um die Zwangsvollstreckung hinauszuzögern, so würde die als soziale Maßnahme gedachte Verlegung des Streitverfahrens an den Schuldnerwohnsitz von dem gleichen Schuldner teuer bezahlt werden. Die Zahl der Fälle, in denen der Gläubiger zur Durchführung des Prozesses nach eingelegtem Widerspruch zwei Anwälte einsetzen muß, wird ungleich viel größer sein als die Zahl der „echten“ Widersprüche. Nicht nur die Schuldenbeitreibung wird zum Nachteil aller Schuldner teurer^{24a}, sondern auch das Prozeßkostenrisiko wird für den Gläubiger erheblich größer. Wen diese Verteuerung der Schuldenbeitreibung schließlich trifft, den Schuldner oder den Gläubiger, ist allgemeinwirtschaftlich gesehen, nicht entscheidend. Bekommt der Gläubiger seine Mehrkosten nicht erstattet, so wird sich diese Verteuerung des Rechtsschutzes in der Preiskalkulation niederschlagen. Betroffen ist letzten Endes der Verbraucher, der gerade geschützt werden sollte²⁵.

cd) Die Aufhebung der Konzentration des Streitverfahrens am Firmensitz trifft besonders hart solche Firmen, die regelmäßig eine

²³ Vgl. die Ausführungen des Abgeordneten Dr. *Schöffberger*, BT-Prot. der 70. Sitzung v. 12. 12. 1973, S. 4315 (B).

²⁴ A. a. O. (Fußn. 23) S. 4315 f.

^{24a} Im amtsgerichtlichen Verfahren betragen die Mehrkosten bei Bestellung eines Unterbevollmächtigten im Falle des Versäumnisurteils bis $\frac{9}{10}$ Gebühren und im Falle der Durchführung des Streitverfahrens eine $\frac{10}{10}$ Gebühr.

²⁵ Vgl. auch *Dittmann*, Handelsblatt v. 9. 4. 1974.

große Zahl von kleinen Außenständen eintreiben müssen. Für sie ist die durch das Gesetz geschaffene Dezentralisierung unter Umständen existenzgefährdend. Für ein Streitverfahren mit niedrigem Streitwert werden sie am entfernten Gericht nur schwer einen Anwalt finden, der das Mandat zu den gesetzlichen Gebühren übernimmt²⁶, da diese nicht einmal die Bürokosten decken. Soweit auch Inkassobüros die Schuldeneintreibung nicht übernehmen können, wird der Gläubiger in einem solchen Fall gezwungen, selbst zum Gerichtsort zu reisen oder auf die Eintreibung zu verzichten. Schuldner, die diese Situation erkennen, werden naturgemäß leicht zum Widerspruch angereizt werden. Es wird solchen Firmen daher nichts anderes übrig bleiben, als auf Kreditverkäufe zu verzichten. Diese Benachteiligung der Kleingläubiger kommt m. E. einer „Rechtswegsperre“²⁷ nahe. Jedenfalls sind die Interessen dieser wichtigen Gläubigergruppe in der Novelle nicht berücksichtigt. Das gleiche Problem entsteht für die Beitreibung von kleinen Beiträgen aus Dauerschuldverhältnissen wie Versicherungsverträgen. Abgesehen davon, daß § 48 VVG einen besonderen gesetzlichen Gerichtsstand am Vertretersitz schafft, wird den Großgläubigern eine Dezentralisierung der Schuldenbeitreibung organisatorisch leichter fallen als den Kleingläubigern. Die Verwaltungsmehrkosten der Umorganisation sind, falls eine Dezentralisierung nicht bereits vorhanden ist, freilich beachtlich²⁸. Auch diese Mehrkosten können infolge einer notwendig werdenden Beitragserhöhung auf den Verbraucher zurückschlagen.

ce) Die nachteilige Dezentralisierung des Mahnverfahrens würde bei Versicherungsverträgen noch gesteigert, wenn man im Hinblick auf Art. 3 des Änderungsgesetzes mit *Diederichsen*²⁹ und dem *AG Köln*³⁰ der Auffassung wäre, daß sich die „Altverträge“ nicht auf den gem. § 38 Abs. 3 Ziff. 2 b ZPO zulässigen Inhalt zurückführen ließen. Dies würde die Versicherer zwingen, für die bestehenden Verträge zusätzliche Gerichtsstandsvereinbarungen zu treffen. Dies wird praktisch kaum realisierbar sein. Im Interesse der Erhaltung der Konzen-

²⁶ *Eickelau*, a. a. O. S. 32 unter IV.

²⁷ Dazu *Baumgärtel*, VersR 1973, S. 687 f. m. Nachw. N. 63 u. 69; ZRP 1974, S. 230; *Bokelmann*, ZRP 1973, S. 164 ff. *Löwe* bezeichnet dagegen die Gerichtsstandsvereinbarung als Rechtsschutzsperre für den „kleinen Mann“, RuG 1972, S. 258 ff.

²⁸ Für 800 bis 1000 Mahnverfahren im Monat wird bei einer Dezentralisierung eine zusätzliche Bürokraft erforderlich.

²⁹ BB 1974, S. 383; a. A. *Herbst*, a. a. O. S. 248 zu Fußn. 16; *Löwe*, NJW 1974, S. 478; *Vollkommer*, Rpfleger 1974, S. 135 unter VI 2.

³⁰ Rpfleger 1974, S. 270.