

72. Findet, wenn der Dritte, der vertragsmäßig einen Schiedsrichter ernennen soll, vor der Ernennung wegfällt, § 1029 oder § 1033 BPO. entsprechende Anwendung?

VII. Zivilsenat. Urk. v. 9. Oktober 1923 i. S. C. L.-AG. (Rl.) w. N. R.-AG. (Bekl.). VII 771/22.

I. Landgericht I Berlin. — II. Kammergericht daselbst.

Die Parteien sind in Streit geraten über einen zwischen ihnen abgeschlossenen Patentlizenzvertrag. Die Klägerin wünscht die Feststellung, daß die Beklagte nicht berechtigt ist, von der Klägerin eine Erhöhung der vertraglich festgesetzten Abgabe zu verlangen. Die Beklagte hat die Einrede des Schiedsvertrags erhoben und stützt sie auf

§ 14 des Vertrags, wo es heißt: „Für alle Streitigkeiten, die aus diesem Vertrage zwischen den Beteiligten, entstehen, unterwerfen sie sich unter Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs der Entscheidung eines Schiedsgerichts, welches in Berlin seinen Sitz hat. Das Schiedsgericht besteht aus je einem von den Ältesten der Kaufmannschaft zu Berlin und von der Handelskammer zu Berlin zu ernennenden Schiedsrichter und aus einem, von den Schiedsrichtern zu ernennenden Obmann. . . Im übrigen gelten für das schiedsgerichtliche Verfahren die Vorschriften des 10. Buchs der deutschen Zivilprozessordnung. Diese Vorschriften gelten auch für den Fall, daß die Ernennung der Schiedsrichter oder des Obmanns von den oben genannten Amtsstellen abgelehnt wird“. Im Jahre 1919 hat sich die Korporation der Ältesten der Kaufmannschaft mit der Handelskammer vereinigt, die erstere ist erloschen. Die Klägerin hält deshalb den Schiedsvertrag wegen Wegfalls der einen zur Ernennung eines Schiedsrichters bestimmten Stelle für unwirksam. Das Landgericht verwarf die Einrede des Schiedsvertrags, das Kammergericht gab ihr dagegen statt und wies die Klage ab.

Auf Revision der Klägerin wurde das landgerichtliche Urteil wiederhergestellt.

#### Gründe:

Der Berufungsrichter hat die Frage, was rechtens ist, wenn der Dritte weggefallen ist, der vertragsgemäß einen Schiedsrichter ernennen soll, dahin beantwortet, daß § 1033 BPD. hier keine Anwendung finden könne. Entsprechende Anwendung dieser Gesetzesvorschrift sei nur dann berechtigt, wenn gerade die Bestimmung des Schiedsrichters durch diesen Dritten für die Parteien nach dem Schiedsvertrage von wesentlicher Bedeutung gewesen sei. Wie der Fall rechtlich zu beurteilen ist, wenn diese letztere Voraussetzung für entsprechende Anwendung des § 1033 nicht gegeben ist, ob insbesondere dann § 1029 BPD. entsprechend anzuwenden sei, hat das Berufungsgericht unentschieden gelassen. Es hat sich vielmehr darauf beschränkt, den Schiedsvertrag dahin auszulegen, daß es, weil sowohl die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft, als auch die Berliner Handelskammer die gleichen Interessententkreise vertreten hätten, für die Parteien nicht von wesentlicher Bedeutung hätte sein können, ob die Wahl der Schiedsrichter durch die eine oder die andere Vertretung erfolgen würde. Es sei deshalb dem Vertrage der Parteiville zu entnehmen, daß beim Wegfall einer dieser Vertretungen beide Schiedsrichter von der anderen Vertretung, also von der Berliner Handelskammer, ernannt werden sollten.

Diese Vertragsauslegung steht aber im offensichtlichen Widerspruch zu dem eindeutigen und klaren Wortlaut des Vertrags. Auch die Parteien waren sich damals bewußt, daß die Ältesten der Kaufmannschaft und die Handelskammer die gleichen Interessententkreise vertraten.

Wenn sie trotzdem vereinbarten, daß nicht eine dieser Vertretungen beide Schiedsrichter, sondern jede von ihnen je einen Schiedsrichter bestimmen sollte, so haben sie damit klar zu erkennen gegeben, daß es ihnen wesentlich darauf ankam, daß die Schiedsrichter von verschiedenen Persönlichkeiten ernannt werden sollten. Der Vorberrichter muß denn auch selbst zugeben, daß die Berufung eines Dritten zur Auswahl des Schiedsrichters dem Dritten eine Art höchstpersönlichen Rechtes verleiht, das niemals auf den Rechtsnachfolger übergehen kann.

Die Vertragsauslegung ist aber nicht nur deshalb rechtlich zu beanstanden, weil sie dem klaren Wortlaut widerspricht, sondern sie ist auch offenbar durch die unrichtige Rechtsauffassung beeinflusst, daß § 1033 ZPO. grundsätzlich auf den gegebenen Fall keine entsprechende Anwendung finden könne. Das Gesetz regelt den Fall, daß ein zur Ernennung eines Schiedsrichters berufener Dritter weggefallen ist, nicht ausdrücklich. Soweit ersichtlich, hat auch das Reichsgericht die Rechtsfrage noch nicht entschieden. In RGZ. Bd. 97 S. 158 ist sie angeregt worden, aber unentschieden gelassen. Das Oberlandesgericht Hamburg ist (OLG. Bd. 13 S. 247) der Auffassung, daß beim Wegfall des Dritten der Schiedsvertrag in entsprechender Anwendung des § 1033 unwirksam wird; das Oberlandesgericht Breslau hält (OLG. Bd. 17 S. 212) den § 1029 ZPO. für entsprechend anwendbar. Stein, Anm. I zu § 1028 ZPO., ist der Meinung, § 1029 ZPO. finde nach dem Vorbilde von § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB. entsprechende Anwendung, es sei denn, daß gerade die Person des Dritten den Schiedsrichter ernennen sollte. Hellwig, Syst. II S. 111 hält dagegen den § 1033 ZPO. für entsprechend anwendbar und den Schiedsvertrag bedingungslos für unwirksam. Der erkennende Senat tritt der Ansicht bei, daß § 1033 ZPO. entsprechend anzuwenden ist; der Schiedsvertrag wird also, sofern nichts anderes für diesen Fall vereinbart ist, mit dem Wegfall des zur Ernennung des Schiedsrichters berufenen Dritten unwirksam.

§ 1029 kann nicht entsprechend angewendet werden, weil er zur Voraussetzung hat, daß beiden Parteien die Ernennung von Schiedsrichtern zusteht. Diese Voraussetzung ist aber nicht gegeben, wenn ausdrücklich vereinbart ist, daß nicht die Parteien, sondern ein oder mehrere Dritte die Schiedsrichter ernennen sollen. Damit haben die Parteien zu erkennen gegeben, daß sie die Bestimmung des § 1029 ZPO. ausschließen wollen. Die Anwendung des § 1029 würde auch schon an der Undurchführbarkeit des dort geregelten Verfahrens scheitern müssen. Die Aufforderung, den Schiedsrichter zu bezeichnen, kann nicht an den nicht mehr vorhandenen Dritten gerichtet werden, aber auch nicht an eine der Parteien selbst, da diese vertraglich zur Ernennung eines Schiedsrichters nicht befugt sind, also auch nicht säumig werden können.

Im vorliegenden Falle würde es außerdem sehr fraglich sein, ob die Beklagte aufforderungs- und antragsberechtigt ist, denn nach dem Vertrage wäre der von der noch bestehenden Handelskammer zu ernennende Schiedsrichter nicht ein von der Beklagten oder für sie allein ernannter Schiedsrichter, sondern nur einer der für beide Parteien zu ernennenden Schiedsrichter. Der Vertrag lautet nämlich nicht etwa dahin, daß die Handelskammer den Schiedsrichter für die Beklagte und die Ältesten der Kaufmannschaft denjenigen für die Klägerin bestimmen sollten. Wenn Stein den § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB. entsprechend anwenden will, so erscheint das verfehlt. Dort handelt es sich um eine materiellrechtliche Vorschrift über die Bestimmung einer Leistung durch einen Dritten, deren Anwendung auf das prozessrechtliche Verfahren schon an sich erheblichen Bedenken begegnet. Wenn man aber den § 319 heranziehen wollte, so käme eher der Absatz 2 in Betracht; denn die Auswahl der Person des Schiedsrichters steht im freien Belieben des Dritten und für diesen Fall erklärt der Absatz 2 des § 319 den Vertrag für unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann. Die entsprechende Anwendung des § 319 BGB. würde also zu demselben Ergebnis führen, wie die entsprechende Anwendung des § 1033 ZPO.

Es bleibt also nichts anderes übrig, als den § 1033 ZPO. entsprechend anzuwenden. Haben die Parteien im Schiedsvertrag für den Fall, daß der berufene Dritte wegfällt, anderweit Vorsee getroffen, — was hier nicht geschehen ist, nur für den Fall der Ablehnung der Ernennung sollen die Vorschriften der Zivilprozessordnung gelten —, so bleibt es bei dieser Vereinbarung. Andernfalls wird der Schiedsvertrag unwirksam und die entsprechende Anwendung des § 1033 ist um so mehr berechtigt, als es letzten Endes auf dasselbe herauskommt, ob der bereits ernannte Schiedsrichter wegfällt, oder ob der Schiedsrichter nicht ernannt werden kann, weil der zu seiner Ernennung berufene Dritte weggefallen ist.

Nach Lage der Sache ist also die Ernennung des einen Schiedsrichters durch die Ältesten der Kaufmannschaft und damit die Ausführung des Schiedsvertrags unmöglich geworden. Das hat zur Folge, daß der Schiedsvertrag außer Kraft tritt. Demgemäß erweist sich die Einrede des Schiedsvertrags als ungerechtfertigt.