

16. 1. Wird durch die Heilung eines Formmangels nach § 1027 Abs. 1 Satz 2 ZPO. der ursprünglich unwirksam geschlossene Schiedsvertrag rückwirkend wirksam oder kommt erst durch die Einlassung auf die schiedsrichterliche Verhandlung der Schiedsvertrag zustande?

2. Kann in der Revisionsinstanz berücksichtigt werden, daß entgegen der Feststellung der Vorinstanz ein für das schiedsrichterliche Verfahren vorgehener zweiter Rechtsgang beschritten worden ist?

3. Ist es schlechthin ausgeschlossen, verfahrenrechtliche Aufhebungsgründe aus § 1041 Abs. 1 ZPO. gegen einen Schiedsspruch geltend zu machen, wenn dieser im Schiedsverfahren durch eine Art Rechtsmittel angefochten werden kann?

4. Deckt das den Schiedsrichtern durch § 1034 Abs. 2 ZPO. eingeräumte Ermessen ein Verfahren, das dem Grundgedanken des § 551 Nr. 3 ZPO. widerspricht?

**5. Zur Abgrenzung zwischen den Fällen der Rrn. 1 und 2 von § 1041 Abs. 1 ZPO.**

VII. Zivilsenat. Ur. v. 3. Januar 1939 i. S. R. (Wekl.) w. G. (Rl.).  
VII 121/38.

I. Landgericht Siegen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Klägerin hat ihren Erbhof nebst zugehöriger Gastwirtschaft durch schriftlichen Pachtvertrag vom 20. Juli 1936 an den Beklagten verpachtet. In § 11 des Pachtvertrages war bestimmt, daß alle Streitigkeiten, die aus diesem Vertrage entstehen sollten, durch das Pachtchiedsgericht der Kreisbauernschaft D. entschieden werden und daß sich beide Parteien dem Spruche des genannten Schiedsgerichts unterwerfen sollten. Die Klägerin hat dieses Schiedsgericht angerufen. Sie beehrte die Auflösung des Pachtvertrages mit sofortiger Wirkung, die „Anerkennung“ von Geldforderungen in bestimmter Höhe und für den Fall, daß der Pächter das Pachtgut nicht sofort verlasse, die Zahlung eines weiteren Betrages. Der Beklagte lehnte in der mündlichen Verhandlung vor dem Schiedsgericht den Obmann des Schiedsgerichts, den Bauer R.-R., ab, weil dieser in derselben Sache bereits vorher als Sachverständiger für die Gegenseite tätig gewesen sei. Der Obmann erkannte den Ablehnungsgrund an und trat zurück. An seine Stelle trat im Einvernehmen mit der Kreisbauernschaft der Bauer J. S. Bei den Verhandlungen des Schiedsgerichts ist aber R.-R. weiter anwesend gewesen. Der Beklagte hat sich vor dem Schiedsgericht in dessen neuer Besetzung auf die Verhandlung zur Hauptsache eingelassen (§ 1027 Abs. 1 Satz 2 ZPO.). Das Schiedsgericht hat mit Spruch vom 18. September 1937 „den bestehenden Pachtvertrag mit sofortiger Wirkung gekündigt“ und ausgesprochen, daß der Pächter „die geforderten Beträge zu zahlen“ habe.

Die Klägerin hat beantragt, den Schiedspruch für vollstreckbar zu erklären. Der Beklagte hat u. a. eingewendet, der abgelehnte Obmann habe bei dem Verfahren vor dem Schiedsgericht, insbesondere bei der Beratung der Schiedsrichter und bei der Abfassung des Schiedspruchs in einer die Entscheidung beeinflussenden Weise mitgewirkt. Er hat beantragt, den Antrag abzulehnen und den

Schiedspruch aufzuheben. Das Landgericht hat diesem Antrage des Beklagten entsprochen. Es hat angenommen, daß sich der abgelehnte Obmann an den Beratungen des Schiedsgerichts in einer Weise beteiligt habe, die einen Einfluß auf die Entscheidung nicht ausgeschlossen erscheinen lasse. Das Berufungsgericht hat den Schiedspruch für vollstreckbar erklärt. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Gründe:

Zu der Frage, ob und in welchem Zeitpunkt ein wirksamer Schiedsvertrag zustande gekommen ist und ob er inhaltlich die Pacht-schiedsgerichtsordnung vom 15. November 1933 umfaßt, hat das Berufungsgericht erwogen: Ein wirksamer Schiedsvertrag habe zwar durch die Schiedsklausel des Pachtvertrages nicht zustande kommen können (§ 1027 Abs. 1 Satz 1 B.P.O.); aber dieser Formmangel sei gemäß Satz 2 a. a. O. dadurch geheilt, daß sich der Beklagte vorbehaltlos auf die Verhandlung zur Hauptsache vor dem Schiedsgericht eingelassen habe. Mit dieser Einlassung erst, nicht schon durch die im Pachtvertrag enthaltene Schiedsgerichtsklausel, sei der Schiedsvertrag zustande gekommen. Wenn das Berufungsgericht damit sagen wollte, nun erst, in der mündlichen Verhandlung, sei ein Schiedsvertrag neu geschlossen worden, so würde es das Wesen der „Heilung“ des Formmangels verkennen; denn dieses besteht darin, daß der wegen Formmangels ursprünglich unwirksame Schiedsvertrag nunmehr so anzusehen ist, als sei er von Anfang an gültig geschlossen gewesen. Das Berufungsgericht würde sich auch durch eine dem entgegenstehende Auffassung mit sich selbst in Widerspruch setzen; denn es geht selbst davon aus, daß „nach dem Schiedsvertrage“ (womit nur der schriftliche Vertrag vom 20. Juli 1936 gemeint sein kann, nicht etwa ein in der mündlichen Verhandlung vor dem Schiedsgericht durch Einlassung zur Hauptsache stillschweigend zustande gekommener Schiedsvertrag) nicht „ein“ Schiedsgericht, sondern „das Schiedsgericht der Kreisbauernschaft in D.“, also ein ständiges Schiedsgericht, vereinbart sei. Diese Erwägung würde auf die bloße Einlassung zur Hauptsache vor dem Schiedsgericht als Vertragsabschluß nicht passen; auf ihr beruht aber gerade die Folgerung des Berufungsrichters, der Beklagte habe sich derjenigen „Ordnung“ unterworfen, nach welcher das Schiedsgerichtsverfahren

vor dieser Art von Schiedsgericht ein für allemal zu laufen hatte. Aus der Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache hätte eine solche Untertwerfung mangels anderweitiger Anhaltspunkte nicht gefolgert werden können. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob der Vorderrichter wirklich von solcher rechtsirrigen Auffassung ausgegangen ist; denn im Ergebnis ist ihm beizutreten. Wenn durch die Heilung des Formmangels kein neuer Schiedsvertrag zustande gekommen, sondern vielmehr der in der Schiedsklausel des Pachtvertrags enthaltene, bis dahin unwirksame Schiedsvertrag mit rückwirkender Kraft wirksam geworden ist, dann war „das Schiedsgericht der Kreisbauernschaft in D.“ vereinbart, also ein unabhängig von dem Schiedsvertrage der Parteien bestehendes Schiedsgericht, und dann mußten die Parteien damit rechnen, daß für ein solches „ständiges“ Schiedsgericht, wie der Berufungsrichter es nennt, eine eigene Verfahrensordnung bestand oder ohne Mitwirkung der Parteien aufgestellt werden konnte mit der Wirkung, daß die Parteien daran gebunden sein würden. Ob diese Verfahrensordnung, wenn sie bestand, den Parteien schon bei Abschluß der im Pachtvertrag enthaltenen Schiedsklausel bekannt war, ist dann insoweit gleichgültig. Der Berufungsrichter nimmt also im Ergebnis mit Recht an, daß durch die Vereinbarung des Schiedsgerichts der Kreisbauernschaft in D. auch die für dieses Schiedsgericht aufgestellte Verfahrensordnung für die Parteien bindend geworden ist.

Nun führt der Vorderrichter weiter aus: Wenn so die vorerwähnte Schiedsgerichtsordnung als Ganzes als vereinbart anzusehen sei, so habe der Beklagte die Möglichkeit gehabt, gegen den Schiedspruch des Schiedsgerichts Berufung beim Oberschiedsgericht nach Maßgabe des § 29 der genannten Schiedsgerichtsordnung einzulegen. An dieser Stelle der Schiedsgerichtsordnung und in § 30 daselbst ist, wie trotz der im einzelnen unklaren Ausdrucksweise keinem Zweifel unterliegen kann, ein zweiter Rechtszug vorgesehen. Daraus entnimmt der Vorderrichter, der Beklagte habe sich durch das Nichtanrufen der höheren Schiedsinstanz der Möglichkeit begeben, Mängel des Schiedsverfahrens (erster Instanz, wie zu ergänzen ist) im Verfahren über die Vollstreckbarkeit oder Aufhebung des Schiedspruchs noch geltend zu machen. Er könne deshalb nicht mehr damit gehört werden, daß der Schiedspruch auf einem unzulässigen Verfahren, z. B. auf falscher Befehung des Schiedsgerichts oder „falscher Form

der Gerichtsberatung" beruhe. Der Vorderrichter läßt deshalb die in dieser Hinsicht vom Beklagten auf Grund des § 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. erhobenen Beanstandungen des Schiedspruchs ungeprüft, darunter insbesondere die Rüge, im Verfahren, das zum Schiedspruch geführt habe, insbesondere bei der Beratung und Abfassung des Schiedspruchs habe der von ihm abgelehnte Obmann mitgewirkt, obwohl dieser seine Ablehnung selbst als begründet anerkannt habe und als Schiedsrichter zurückgetreten sei, so daß für ihn ein Ersatzmann habe tätig werden müssen.

Rechtliche Bedenken bestehen gegen die Auffassung des Vorderrichters, daß eine Partei, welcher die Möglichkeit der Anrufung einer höheren Schiedsinstanz zustehe, ganz allgemein durch das Unterlassen dieser Anrufung sich des Rechts begeben, Mängel des bisherigen Schiedsverfahrens im Wege der §§ 1041, 1042 Abs. 2 ZPO. geltend zu machen (vgl. dazu u. a. RGUrt. v. 20. Mai 1910 VII 447/09 in Seuff-Arch. Bd. 66 S. 166 [168] Nr. 84 und OLG. Dresden ebenda Bd. 65 S. 302 Nr. 135). Indessen braucht hierauf nicht eingegangen zu werden. Denn der Ausgangspunkt des Berufungsrichters ist unrichtig.

Dem Senat lagen die Akten des Oberschiedsgerichts der Hauptabteilung I der Landesbauernschaft B. vor; sie sind zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgerichte gemacht worden. Aus ihnen ergibt sich, daß der Beklagte am 20. Mai 1938, also vor der Verkündung des Urteils des Oberlandesgerichts vom 22. Juni 1938, Berufung an das genannte Oberschiedsgericht eingelegt hat. Diese Berufung ist durch Entscheidung des Oberschiedsgerichts vom 4. Oktober 1938 als unzulässig verworfen worden; aus der Begründung ist ersichtlich, daß das Oberschiedsgericht Versäumung der Berufungsfrist angenommen und diese Versäumung für nicht entschuldigt erachtet hat. Eine sachliche Prüfung hat nicht stattgefunden. Vor Eintritt in die Verhandlung hatten die Vertreter der Parteien eine Erklärung unterzeichnet, worin sie sich mit der Zusammensetzung des Oberschiedsgerichts einverstanden und bereit erklärten, sich dem Spruch des Oberschiedsgerichts „in sachlicher und kostenrechtlicher Hinsicht“ zu unterwerfen, und worin sie bekamen, darauf hingewiesen worden zu sein, daß der Spruch des Oberschiedsgerichts nach der von ihnen als rechtsgültig anerkannten Pacht-schiedsgerichtsordnung vom 15. November 1933 mit keinem Rechtsmittel angefochten werden könne.

Diese Feststellungen aus den Akten des bezeichneten Oberschiedsgerichts zu treffen, war das Revisionsgericht, hierzu vom Beklagten angeregt, befugt. Denn das schiedsgerichtliche Verfahren kann, wenn es einmal zum Gegenstand der in §§ 1041ffg. ZPO. vorgesehenen Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte gemacht worden ist, der Nachprüfung nicht nur bruchstückweise unterliegen; diese muß sich vielmehr zwangsläufig auf das Verfahren in seiner Gesamtheit, gegebenenfalls also auch auf einen zweiten Rechtsgang erstrecken; dies gilt auch dann, wenn das Berufungsgericht — wie es anscheinend hier der Fall war — von dem zweiten Rechtsgange jenes Verfahrens keine Kenntnis erlangt hat. Denn andernfalls könnte die Vollstreckbarerklärung eines Schiedspruchs unter Umständen ebenso ins Leere gehen und jeden Sinnes entbehren wie eine Aufhebung des Schiedspruchs. Daß ein zweiter Rechtsgang stattgefunden hat, ist ebensowenig wie etwa die Anordnung der Nachlassverwaltung (vgl. hierzu das Urteil des erkennenden Senats vom 28. Januar 1938 VII 44/37, abgedruckt JW. 1938 S. 1025 Nr. 24 — S. 1027 zu I —) lediglich als eine nachträglich eingetretene Tatsache anzusehen, deren Berücksichtigung in der Revisionsinstanz etwa ausgeschlossen wäre. Dieses „Berufungs“-Verfahren ist vielmehr ein verfahrensrechtlicher Vorgang, ein Teil des zur Nachprüfung gestellten schiedsrichterlichen Verfahrens, der vom Revisionsgerichte nicht bloß beachtet werden darf, sondern beachtet werden muß.

Danach entfällt die Erwägung, auf der das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts in Bemängelung des Verfahrens vor dem Schiedsgerichte beruht. Denn der Beklagte hat es nicht, wie der Berufungsrichter meinte und wie er seiner Entscheidung zugrunde legte, unterlassen, den in der Schiedsgerichtsordnung vorgesehenen zweiten Rechtsgang zu beschreiten. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes könnte also nur dann aufrechterhalten werden, wenn auch die Berücksichtigung der vorermähnten Feststellungen über den zweiten Rechtsgang des schiedsrichterlichen Verfahrens zu keinem anderen Ergebnis zu führen vermöchte. Das ist aber nicht der Fall. Es wäre insbesondere verfehlt, die Anrufung des Oberschiedsgerichts etwa um deswillen so zu behandeln, als hätte sie nicht stattgefunden, weil sie von dem Oberschiedsgericht als unentschuldig verspätet angesehen worden ist. Ob diese Beurteilung des Oberschiedsgerichts zutreffend ist oder nicht, ob sie die ordentlichen Gerichte bindet, darauf

kommt es nicht an. Entscheidend ist vielmehr, daß eine sachliche Nachprüfung des Schiedspruchs vom 18. September 1937 durch das Oberschiedsgericht überhaupt nicht stattgefunden hat. Nach wie vor ist es also der Schiedspruch vom 18. September 1937 allein, um dessen Vollstreckbarerklärung oder Aufhebung es sich handelt, und dieser Schiedspruch beruht, wie zu unterstellen ist, auf einem unzulässigen Verfahren (§ 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.). Bei dieser Rechtslage kann weder von einem wirklichen, noch von einem zu vermutenden Verzicht des Beklagten auf die Rüge dieses Verfahrensfehlers gesprochen werden. Was die Frage betrifft, ob die Behauptungen des Beklagten, als zutreffend unterstellt, geeignet sind, die Annahme eines Verfahrensverstößes im Sinne des § 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. zu begründen, so kann die bejahende Antwort nicht zweifelhaft sein. Wenn sich diese Behauptungen als richtig erweisen sollten, dann würde die Verletzung eines wesentlichen Grundsatzes jeder geordneten Rechtspflege überhaupt vorliegen, der völlig unabhängig ist von der Freiheit der Gestaltung des Verfahrens durch das Ermessen der Schiedsrichter (§ 1034 Abs. 2 ZPO.). Über diesen Grundsatz könnte sich das Ermessen der Schiedsrichter niemals hinwegsetzen. Seine Verletzung besteht darin, daß ein Richter, der wegen Befangenheit abgelehnt worden ist, doch an der Entscheidung mitwirkte, obwohl er selbst durch freiwilliges Ausscheiden aus dem Schiedsgericht die Ablehnung als begründet anerkannt hat (vgl. § 551 Nr. 3 ZPO.). Es wird also darauf ankommen, ob und inwieweit sich die Behauptungen des Beklagten über diesen Verfahrensmangel als zutreffend erweisen.

Was die Ausführungen des Berufungsgerichts zu § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. betrifft, so unterliegen sie im allgemeinen keinen rechtlichen Bedenken. Die Revision hat dagegen auch keine Angriffe erhoben. Unrichtig ist es nur, wenn das Berufungsgericht, auf den vorerwähnten behaupteten Verfahrensverstöß zurückkommend, einen Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung um deswillen verneinen will, weil dem Schiedsgericht nach § 1034 Abs. 2 ZPO. die Gestaltung seines Verfahrens nach freiem Ermessen ausdrücklich zugestanden habe. Dies ist nach dem, was vorher über den Verfahrensverstöß (§ 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.) gesagt worden ist, unrichtig. Ein Verstoß im Sinne des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. könnte vielmehr lediglich aus dem Grunde verneint werden, weil er

im entscheidenden Teil des Schiedspruchs selbst liegen oder weil sich doch der Schiedspruch auf einem in seinen Grundlagen sittenwidrigen (vgl. die Ausführungen des erkennenden Senats in RWB. Bd. 144 S. 104) oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößenden Verfahren dergestalt aufbauen muß, daß um deswillen die Anerkennung eines solchen Spruchs den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung widersprechen würde. Gewiß ist nicht zu verkennen, daß ein Verstoß von der hier behaupteten und in dieser Instanz zu unterstellenden Art angrenzt an Verstöße, bei denen nicht mehr bloß das Verfahren, sondern gerade die Entscheidungsfindung selbst (vgl. dazu *Gaupp-Stein-Jonas* ZPD. 15. Aufl. Bem. III Seite 6 vor Nr. 2 zu § 1041) berührt wird, so daß ein solcher Schiedspruch dann auch inhaltlich auf einem Verfahren beruhen würde, das gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes (hier §§ 42 bis 48, 551 Nr. 3 ZPD.) verstößt. Doch kann diese Abgrenzung auf sich beruhen, weil jedenfalls die Vorschrift des § 1041 Abs. 1 Nr. 1 anwendbar ist, wenn sich die Behauptungen des Beklagten als richtig erweisen.