

Dr. Sebastian D. Müller\*

## Zulässigkeit der Aufrechnung im Vollstreckbarerklärungsverfahren von Schiedssprüchen

### Abstract

Bevor aus einem Schiedsspruch vollstreckt werden kann, muss dieser – anders als ein gerichtliches Urteil – von einem Oberlandesgericht (*OLG*) in einem eigenständigen sog. Vollstreckbarerklärungsverfahren für vollstreckbar erklärt werden. In der Praxis bietet das Vollstreckbarerklärungsverfahren für die Parteien oftmals die letzte Möglichkeit, die Vollstreckung aus dem Schiedsspruch zu verhindern. Der Bundesgerichtshof (*BGH*) bestätigt im vorliegend kommentierten Beschluss vom 30.9.2010 seine ständige Rechtsprechung, dass im Vollstreckbarerklärungsverfahren über die im Gesetz genannten Aufhebungsgründe hinaus auch Gegenansprüche gegen den in der Schiedsklage titulierten Anspruch geltend gemacht werden können, die an sich in den Anwendungsbereich der Vollstreckungsabwehrklage fallen. Der Beschluss betrifft eine im Schiedsverfahrensrecht regelmäßig wiederkehrende Problemstellung und hat erhebliche Auswirkungen auf prozesstaktische Fragen.

---

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt im Frankfurter Büro der Kanzlei King & Spalding LLP.

## I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

In dem Beschluss vom 30.9.2010 hatte der *BGH* im Rahmen einer Rechtsbeschwerde über die Vollstreckbarerklärung eines in London ergangenen Schiedsspruchs durch das Kammergericht Berlin (*KG*) zu befinden.<sup>1</sup>

Beschwerdeführerin in dem Beschwerdeverfahren war die im Schiedsverfahren (und anschließenden Vollstreckbarerklärungsverfahren) unterlegene Schiedsbeklagte. Diese war im Schiedsverfahren verurteilt worden, an die Schiedsklägerin (der späteren Beschwerdegegnerin) eine offene Rechnung über eine Zuckerlieferung zu bezahlen, die diese unter einem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag (Zuckerlieferungsvertrag) erbracht hatte. Die Beschwerdeführerin hatte die Zahlung der Rechnung verweigert, nachdem sie gegenüber der Beschwerdegegnerin mit den, den Rechnungsbetrag übersteigenden, streitigen Schadensersatzanforderungen aus drei weiteren mit der Beschwerdegegnerin geschlossenen Verträgen aufgerechnet hatte. Daraufhin hatte die Beschwerdegegnerin das im Zuckerlieferungsvertrag vereinbarte Schiedsverfahren vor dem Rat der „Refined Sugar Association of London“ (*RSA*) eingeleitet.

Das daraufhin konstituierte Schiedsgericht (*RSA-Schiedsgericht*) hatte der Schiedsklage vollumfänglich stattgegeben, ohne die von der Beschwerdeführerin zur Aufrechnung gestellten und zudem zum Gegenstand einer Widerklage gemachten Schadensersatzforderungen zu berücksichtigen. Nach Ansicht des Schiedsgerichts unterlagen die zur Aufrechnung gestellten Forderungen ihren eigenen Schiedsklauseln, unter denen das *RSA-Schiedsgericht* nicht zur Entscheidung befugt sei.<sup>2</sup>

In dem Vollstreckbarerklärungsverfahren vor dem *KG*, das sich dem Schiedsverfahren anschloss, erklärte die Beschwerdeführerin erneut die Aufrechnung mit der streitigen Schadensersatzforderung. Die von der Beschwerdegegnerin hiergegen erhobene Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit hielt die Beschwerdeführerin für unbegründet, da ihrer Ansicht nach lediglich einer der Verträge eine Schiedsvereinbarung enthalte, die anderen zwei Verträge hingegen keine Schiedsklauseln vorsehen würden. Die zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche aus diesen zwei Verträgen seien daher nicht schiedsgebunden, so dass das *KG* hierüber entscheiden könne.

Das *KG* erklärte jedoch den Schiedsspruch für vollstreckbar, ohne die Aufrechnung zu berücksichtigen.<sup>3</sup> Nach Ansicht des *KG* sei die Geltendmachung derartiger Einwendungen im Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht mit dem Wesen, Zweck und Ziel des Vollstreckbarerklärungsverfahrens vereinbar, das auf eine beschleunigte Erledigung gerichtet sei.<sup>4</sup> Das *KG* hielt sich zudem nach Inkrafttreten des Schiedsver-

1 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330 ff.; gekürzt auch in NJW-RR 2011, 213 ff.

2 Vgl. *BGH* SchiedsVZ 2010, 330.

3 *KG Berlin*, Beschluss vom 18.1.2010, Az.: 20 Sch 9/09 (unveröffentlicht); die wesentlichen Gründe sind in dem Beschluss des *BGH* vom 30.9.2010 (SchiedsVZ 2010, 330 f.) und in der Urteilsanmerkung von *Spetzler* SchiedsVZ 2011, 287 wiedergegeben.

4 Vgl. *BGH* SchiedsVZ 2010, 330 f.

fahrens-Neuregelungsgesetzes vom 22.12.1997 für funktional unzuständig, über die streitigen Gegenforderungen der Beschwerdeführerin als Eingangsinstanz im Vollstreckbarerklärungsverfahren zu entscheiden.<sup>5</sup> Auch habe die Aufrechnungslage bereits im Schiedsverfahren bestanden, so dass die Beschwerdeführerin mit der Aufrechnung im Vollstreckbarerklärungsverfahren nach § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sei.<sup>6</sup> Jedenfalls scheitere eine Berücksichtigung aber an der vom Schiedsgericht festgestellten Schiedsgebundenheit der Gegenansprüche. An diese Feststellung des Schiedsgerichts sei das *KG* gebunden, da ihm unter den gesetzlichen Aufhebungsgründen keine Überprüfung des Schiedsspruchs in der Sache erlaubt sei.<sup>7</sup>

## II. Entscheidung des BGH vom 30.9.2010

Gegen die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs durch das *KG* erhob die Beschwerdeführerin Rechtsbeschwerde zum III. Zivilsenat des *BGH*, der die Rechtsbeschwerde „zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ zuließ.<sup>8</sup> In seinem Beschluss vom 30.9.2010 hob der *BGH* den Vollstreckbarerklärungsbeschluss des *KG* auf und verwies die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurück an das *KG*.<sup>9</sup>

Der *BGH* widersprach zunächst der Auffassung des *KG*, dass die Berücksichtigung von sachlich-rechtlichen Einwendungen im Vollstreckbarerklärungsverfahren generell ausgeschlossen sei.<sup>10</sup> Sachlich-rechtliche Einwendungen könnten vielmehr auch nach Inkrafttreten des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes im Vollstreckbarerklärungsverfahren – im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des *BGH*<sup>11</sup> – zusätzlich zu den gesetzlich vorgesehenen Aufhebungsgründen geltend gemacht werden.<sup>12</sup> Für gegen die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs erhobene Einwendungen seien die Oberlandesgerichte zudem, entgegen der Auffassung des *KG*, auch funktional zuständig.<sup>13</sup>

Voraussetzung für die Berücksichtigung sei aber zum einen, dass die Gründe, auf denen die Einwendungen beruhen, entsprechend § 767 Abs. 2 ZPO nach Abschluss

5 *Ebd.*, S. 330 f.; *Spetzler* SchiedsVZ 2011, 287.

6 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330 f.; *Spetzler* (Fn. 5), S. 287.

7 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330 f.

8 § 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO.

9 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330. Die daraufhin ergangene erneute Entscheidung des *KG Berlin* ist veröffentlicht in *SchiedsVZ* 2011, 285 mit Anm. *Spetzler*.

10 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330 (331).

11 Vgl. etwa *BGH* NJW 1957, 793; 1961, 1067 (1068); 1990, 3210 (3211); NJW-RR 1997, 1289; zuletzt: *SchiedsVZ* 2010, 275.

12 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330 (331).

13 Der *BGH* begründete dies damit, dass Vollstreckungstitel bei der Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs nicht der Schiedsspruch selbst, sondern der Beschluss des *OLG* sei, durch den der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt wird. Entsprechend sei das *OLG* das Gericht, das den Vollstreckungstitel geschaffen habe, und damit auch „Prozessgericht des ersten Rechtszugs“ i. S. d. § 767 ZPO, *SchiedsVZ* 2010, 230 (231).

des Schiedsverfahrens entstanden seien.<sup>14</sup> Im Falle einer Aufrechnung dürfe die Aufrechnungslage daher nicht bereits während des Schiedsverfahrens bestanden haben.<sup>15</sup> Etwas anderes soll allerdings dann gelten, wenn, wie im vorliegenden Fall, das Schiedsgericht über eine bereits während des Schiedsverfahrens zur Aufrechnung gestellte Forderung – zu Recht oder zu Unrecht – nicht befunden habe, z. B. weil es sich für unzuständig gehalten habe.<sup>16</sup> In diesem Fall könne der Schuldner erneut die Aufrechnung vor den ordentlichen Gerichten erklären, auch wenn die Aufrechnungslage bereits im Schiedsverfahren bestanden habe.<sup>17</sup>

Die zur Aufrechnung gestellte Forderung dürfe zum anderen selbst keiner Schiedsvereinbarung unterliegen.<sup>18</sup> Berufe sich eine Partei demnach vor dem staatlichen Gericht zu Recht darauf, dass eine zur Aufrechnung gestellte Forderung ihrerseits einer Schiedsabrede unterliege, dürfe die Aufrechnung nicht berücksichtigt werden. Ob dies der Fall sei, müsse das staatliche Gericht aber in eigener Zuständigkeit prüfen. Insofern sei das *KG* nicht an die Auffassung des Schiedsgerichts gebunden gewesen, sondern hätte die angebliche Schiedsbefangenheit der Forderungen – und damit seine Zuständigkeit – selbst prüfen müssen.<sup>19</sup> Diese Prüfung müsse das *KG* nach der Zurückweisung nachholen und – sofern es seine Zuständigkeit bejahe – über die Forderungen entscheiden.<sup>20</sup>

### III. Erläuterung der Grundproblematik

Es kommt in der Praxis regelmäßig vor, dass eine Partei in einem Prozess unterliegt, der titulierte Anspruch aber durch ein nach Abschluss des Verfahrens eingetretenes Ereignis, etwa durch Erfüllung<sup>21</sup> (z. B. Bezahlung oder Aufrechnung mit einem Gegenanspruch), untergegangen ist. Mit dem Urteil ist der Kläger aber weiterhin im Besitz eines Vollstreckungstitels, aus dem er auch noch nach Untergang des darin titulierten Anspruchs vollstrecken kann.<sup>22</sup>

14 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330, 331; ständige Rspr., vgl. *BGH* NJW 1961, 1067 (1068); NJW-RR 1997, 1289.

15 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330 (331); so bereits *BGH* NJW 1965, 1138 (1139).

16 Gleiches soll im Anschluss an *BGH* NJW 1965, 1138 (1139) gelten, wenn zwar keine Aufrechnung erfolgt sei, aber feststehe, dass das Schiedsgericht über die Gegenforderung bei erfolgter Aufrechnung nicht entschieden hätte.

17 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330 (331).

18 *Ebd.*, S. 332.

19 *Ebd.*, S. 332.

20 *Ebd.*, S. 332; Das *KG Berlin* hat in seiner erneuten Entscheidung die Schiedsbefangenheit der geltend gemachten Schadensersatzansprüche nach entsprechender Prüfung bejaht und entsprechend die Aufrechnung weiterhin unberücksichtigt gelassen, *SchiedsVZ* 2011, 285, 286 mit Anm. *Spetzler*.

21 Vgl. *K. Schmidt* in *MünchKomm ZPO* 3. Aufl. 2007, § 767 Rn. 60.

22 Die Zwangsvollstreckung ist ein formalisiertes Verfahren, in dem nicht geprüft wird, ob die titulierte Forderung weiterhin Bestand hat, vgl. *Lackmann* in *Musielak ZPO* 9. Aufl. 2012, § 767 Rn. 1.

Will der Beklagte die Vollstreckung aus dem Titel verhindern, muss er vor dem Prozessgericht „des ersten Rechtszugs“, d. h. dem Gericht, das den Vollstreckungstitel geschaffen hat,<sup>23</sup> Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO erheben und die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil für unzulässig erklären lassen.<sup>24</sup> Das Gericht darf im Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage dabei nur Einwendungen berücksichtigen, die der Beklagte nicht bereits im eigentlichen Prozess hätte geltend machen können; mit diesen ist der Beklagte nach § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert. Geht die titulierte Forderung durch Aufrechnung unter, kommt es nach ständiger Rechtsprechung des *BGH* für die Frage der Präklusion nicht auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung, sondern auf den Zeitpunkt an, in dem die Aufrechnungslage zum ersten Mal bestand: Hätte die Aufrechnung bereits im Prozess erklärt werden können, ist der vormalige Beklagte mit der Forderung auch dann präkludiert, wenn er die Aufrechnung tatsächlich erst nach Abschluss des Prozesses erklärt hat.<sup>25</sup>

Die Beschwerdeführerin befand sich in dem dem Beschluss des *BGH* zugrunde liegenden Fall in einer ähnlichen Situation. Zwar hatte sie im Schiedsverfahren die Aufrechnung mit den streitigen Gegenforderungen erklärt. Das *RSA-Schiedsgericht* durfte hierüber aber nicht entscheiden, da die Parteien keine entsprechenden Schiedsklauseln vereinbart hatten. Es ist eines der Grundprinzipien des Schiedsverfahrensrechts, dass nur das zwischen den Parteien für die jeweilige Streitigkeit konkret vereinbarte Schiedsgericht zur Entscheidung berufen ist.<sup>26</sup> Die Schiedsvereinbarung wird in der Regel – wie auch im vorliegenden Fall – durch eine im Vertrag enthaltene Schiedsklausel getroffen.<sup>27</sup> Selbst wenn für die zur Aufrechnung gestellten Forderungen ebenfalls ein Schiedsgericht zur Entscheidung berufen ist, können diese Forderungen nicht ohne die entsprechende Zustimmung der Parteien in

23 *BGH* NJW 1980, 188 (198).

24 Die Vollstreckungsabwehrklage richtet sich lediglich gegen die Vollstreckbarkeit des Titels, nicht gegen den titulierten Anspruch selbst, *Herget* in Zöllner ZPO 29. Aufl. 2012, § 767 Rn. 5; zum Tenor s. *Lackmann* in Musielak ZPO 9. Aufl. 2012, § 767 Rn. 44.

25 Ständige Rechtsprechung des *BGH*: vgl. NJW 1957, 986; NJW 1961, 1067 (1068); NJW 1980, 2527 (2528); insgesamt sehr str., da die Forderung dogmatisch erst durch Ausübung des Gestaltungsrechts erlischt, d. h. mit der Aufrechnungserklärung. Vgl. zum Meinungsstand: *K. Schmidt* in MünchKomm ZPO 3. Aufl. 2007, § 767 Rn. 80 f.

26 Vgl. *BGH* NJW-RR 2008, 556; ohne Zustimmung der Parteien darf ein Schiedsgericht ansonsten eine Aufrechnung nur dann berücksichtigen, wenn die Forderung rechtskräftig festgestellt wurde oder zwischen den Parteien unstrittig ist, vgl. *Geimer* Zöllner ZPO 29. Aufl. 2012, § 1029 Rn. 86.

27 Der Begriff der „Schiedsvereinbarung“ ist in § 1029 ZPO legaldefiniert. Üblicherweise vereinbaren die Parteien in einer Schiedsklausel nicht die Zuständigkeit bestimmter Schiedsrichter, sondern verweisen in ihrer Schiedsklausel auf die Schiedsregeln von sog. Schiedsinstitutionen (z. B. die der Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (*DIS*) oder der International Chamber of Commerce, Paris (*ICC*)), nach denen das Schiedsgericht dann gebildet wird. Diese Schiedsinstitutionen stellen auch entsprechende Musterschiedsvereinbarungen zur Verfügung.

einem laufenden Schiedsverfahren geltend gemacht werden.<sup>28</sup> Es kam daher zu der in der Praxis nicht seltenen Situation, dass die Beschwerdeführerin – trotz möglicherweise berechtigter Aufrechnung – im Schiedsspruch zur vollen Leistung verurteilt wurde.

Die Beschwerdeführerin hat daher die Aufrechnung nochmals im Vollstreckbarerklärungsverfahren erklärt, um zumindest die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs zu verhindern. Ein Schiedsverfahren wird zwar in aller Regel in nur einer Instanz entschieden,<sup>29</sup> im Gegensatz zu einem Urteil kann aus dem Schiedsspruch aber erst nach entsprechender Vollstreckbarerklärung durch ein OLG vollstreckt werden.<sup>30</sup> Im Vollstreckbarerklärungsverfahren können allerdings nur die in § 1059 Abs. 2 ZPO<sup>31</sup> bzw. in Art. V des Übereinkommens vom 10. 6. 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ oder New Yorker Übereinkommen)<sup>32</sup> enthaltenen Aufhebungsgründe gegen die Vollstreckbarerklärung geltend gemacht werden. Die dort jeweils genannten Aufhebungsgründe, die sich inhaltlich nahezu entsprechen,<sup>33</sup> erlauben dem OLG nur die Prüfung, ob die wesentlichen essentialia eines Schiedsverfahrens eingehalten wurden,<sup>34</sup> keinesfalls aber, ob der Schiedsspruch in der Sache richtig entschieden wurde (sog. Verbot der *révision au fond*).<sup>35</sup> Ebenfalls ist in den Aufhebungsgründen nicht vorgesehen, dass die im Schiedsverfahren unterlegene Partei bereits im Vollstreckbarerklärungsverfah-

28 Allerdings sehen die neuen Regelungen der ICC vom 1. Januar 2012 in bestimmten Situationen die Möglichkeit der Bündelung von Klagen aus mehreren Verträgen in einem Verfahren (Art. 6 ICC-SchO) und der Verbindung von Schiedsverfahren (Art. 7 ICC-SchO) vor; Voraussetzung ist aber (u. a.), dass alle Verträge eine ICC-Schiedsklausel vorsehen.

29 Eine Berufung oder Revision ist nicht vorgesehen. Dennoch hat der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftig gerichtlichen (und damit quasi letztinstanzlichen) Urteils (§ 1055 ZPO).

30 Der Staat behält sich damit eine Minimalkontrolle vor, bevor er sein hoheitliches Zwangsvollstreckungsverfahren zur Verfügung stellt, *Kreindler/Schäfer/Wolff* Schiedsgerichtsbarkeit 2006, Rn. 1066. Vgl. zur Zuständigkeit § 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO und §§ 1063 ff. ZPO zum weiteren Verfahren.

31 Bei inländischen Schiedssprüchen, vgl. § 1060 ZPO.

32 Bei ausländischen Schiedssprüchen, vgl. § 1061 ZPO. Dem UNÜ sind derzeit 146 Staaten beigetreten, d. h. nahezu alle Staaten der Welt haben sich dazu verpflichtet, in anderen Staaten ergangene Schiedssprüche im Inland nach den gleichen Grundsätzen anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären. Entsprechend beliebt ist die Schiedsgerichtsbarkeit in internationalen Streitigkeiten.

33 § 1059 Abs. 2 ZPO beruht auf Art. 34 UNCITRAL ModelG, der wiederum die Aufhebungsgründe nach Art. V UNÜ wörtlich übernommen hat, so dass sich hier keine wesentlichen Abweichungen ergeben, vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 13/5274, S. 58; *Kreindler/Schäfer/Wolff* Schiedsgerichtsbarkeit 2006, Rn. 1133.

34 Hierzu gehört u. a. etwa, dass überhaupt eine Schiedsvereinbarung vorlag und das Schiedsgericht sich an die darin enthaltenen Vorgaben gehalten hat, dass die Verfahrensgarantien der Parteien beachtet wurden und dass die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs nicht gegen die öffentliche Ordnung (*ordre public*) verstoßen würde; vgl. im Einzelnen *Geimer* in Zöllner ZPO 29. Aufl. 2012, § 1059 Rn. 24.

35 *BGH* SchiedsVZ 2008, 40 (42); *Geimer* in Zöllner ZPO 29. Aufl. 2012, § 1060 Rn. 24.

ren mit eigenen Forderungen gegen den Schiedsspruch aufrechnen kann.<sup>36</sup> Dies ist nach der Gesetzessystematik der Vollstreckungsabwehrklage vorbehalten.

Eine strikte Aufteilung in Vollstreckbarerklärungsverfahren und Vollstreckungsabwehrklage würde im Ergebnis allerdings dazu führen, dass eine Partei, der ggf. berechnete und nach § 767 Abs. 2 ZPO berücksichtigungsfähige Einwendungen gegen den materiell-rechtlichen Anspruch in der Schiedsklage zur Verfügung stehen, zunächst die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs durch das OLG hinnehmen müsste, nur um dann mit einer separaten Vollstreckungsabwehrklage, wiederum vor dem OLG, diese wieder zu beseitigen. Aus Gründen der Verfahrenseffizienz lässt es der BGH daher in ständiger Rechtsprechung zu, dass eine Partei bereits im Vollstreckbarerklärungsverfahren ihre sachlich-rechtlichen Einwendungen vorbringen kann.<sup>37</sup> Dringt der Schiedsbeklagte mit seinen Einwendungen im Vollstreckbarerklärungsverfahren durch, wird der Antrag auf Vollstreckbarerklärung zurückgewiesen.<sup>38</sup>

Das KG ist in seinem Beschluss vom 18.1.2010 von dieser ständigen Rechtsprechung des BGH abgewichen, indem es Einwendungen im Vollstreckbarerklärungsverfahren für generell nicht berücksichtigungsfähig erklärt hat. Das KG hat sich damit der Auffassung des BayObLG<sup>39</sup> und des OLG Stuttgart<sup>40</sup> angeschlossen, die nach Inkrafttreten des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes vom 22.12.1997 und der darin erfolgten Zuständigkeitskonzentration für Schiedsfragen bei den Oberlandesgerichten<sup>41</sup> die Fortgeltung dieser ständigen Rechtsprechung angezweifelt hatten.<sup>42</sup>

#### IV. Die Weichenstellungen im Beschluss des BGH

Der BGH hat mit seinem Beschluss vom 30.9.2010 nicht nur seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, sondern zudem einige offene Fragen geklärt, die unter dem Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz vom 22.12.1997 entstanden waren. Die wesentlichen Weichenstellungen in dem Beschluss werden im diesem Abschnitt dargestellt.

36 Vgl. Schwab/Walter Schiedsgerichtsbarkeit 7. Aufl. 2005, Kap. 27 Rn. 12.

37 BGH NJW 1957, 793; 1961, 1067 (1068); 1990, 3210 (3211); NJW-RR 1997, 1289; SchiedsVZ 2008, 40 (43); zuletzt: SchiedsVZ 2010, 275.

38 Der (inländische) Schiedsspruch wird aber nicht aufgehoben, Kreindler/Schäfer/Wolff Schiedsgerichtsbarkeit 2006, Rn. 1114.

39 BayObLG NJW-RR 2001, 1363 ff.

40 OLG Stuttgart OIGR 2001, 50 ff.

41 Die Oberlandesgerichte sind jetzt für alle gerichtlichen Unterstützungshandlungen (mit Ausnahme der in § 1050 ZPO geregelten Fälle) zuständig. Die durch die Konzentration beim OLG entfallende Tatsacheninstanz im Vergleich zu einer erstinstanzlichen Zuständigkeit der Amts- oder Landgerichte wird u. a. mit der Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens mit einem erstinstanzlichen Gerichtsverfahren begründet, vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 13/5274, S. 63; s. zum Instanzenweg Borris/Schmidt SchiedsVZ 2004, 273 (274).

42 Vgl. BayObLG NJW-RR 2001, 1363 ff.; OLG Stuttgart OIGR 2001, 50 ff.



## 1. OLG auch für Vollstreckungsabwehrklage erstinstanzlich zuständig

Der *BGH* hat in seinem Beschluss vom 30.9.2010 nun erstmals bestätigt,<sup>43</sup> dass die durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz vom 22.12.1997 eingeführte erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte nicht nur für das Vollstreckbarerklärungsverfahren eines Schiedsspruchs, sondern gleichermaßen für eine gegen die Vollstreckbarerklärung gerichtete Vollstreckungsabwehrklage gilt. Der *BGH* widersprach damit der Auffassung des *BayObLG*<sup>44</sup> und eines Teils der Literatur,<sup>45</sup> die die Zuständigkeit für die Vollstreckungsabwehrklage auch nach Inkrafttreten des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes weiterhin bei den Amts- und Landgerichten sahen. Da das *OLG* daher sowohl für das Vollstreckbarerklärungsverfahren von Schiedssprüchen als auch für hiergegen gerichtete Vollstreckungsabwehrklagen Eingangsinstanz ist, kommt es für die Parteien nach Ansicht des *BGH* zu keiner Verkürzung des Instanzenwegs, wenn das *OLG* sachlich-rechtliche Einwendungen bereits im Vollstreckbarerklärungsverfahren berücksichtigt.

## 2. Keine Aufrechnung bei Schiedsgebundenheit von Ansprüchen

Der *BGH* hat in seinem Beschluss vom 30.9.2010 im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>46</sup> nochmals hervorgehoben, dass die Oberlandesgerichte Forderungen im Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht berücksichtigen dürfen, wenn diese selbst wiederum einer Schiedsvereinbarung unterliegen.<sup>47</sup> Damit hebt der *BGH* die Bedeutung der Rechtsfolge einer Schiedsbindung von materiell-rechtlichen Ansprüchen hervor. Da die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit aber nicht von Amts wegen berücksichtigt wird, muss der Schiedskläger im Vollstreckbarerklärungsverfahren sich aktiv auf die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit berufen (§ 1032 Abs. 1 ZPO).<sup>48</sup> Ist die Einrede begründet, entspricht dies spiegelverkehrt der Situation im Schiedsverfahren, wenn das Schiedsgericht eine zur Aufrechnung gestellte Forderung wegen Fehlens einer entsprechenden Schiedsvereinbarung nicht berücksichtigen darf.

43 So zuvor bereits: *OLG Hamm* NJW-RR 2001, 1362; *OLG München* BeckRS 2007, 19 037.

44 *BayObLG* NJW-RR 2001, 1363 f.

45 *Voit* in Musielak ZPO 9. Aufl. 2012, § 1060 Rn. 13; *Münch* in MünchKomm ZPO 3. Aufl. 2008, § 1060 Rn. 38; *Borris/Schmidt* SchiedsVZ 2004, 273 (279).

46 Ständige Rechtsprechung, vgl. *BGH* NJW 1987, 651 (652); NJW-RR 1996, 508; SchiedsVZ 2010, 275; entsprechendes gilt, wenn für eine geltend gemachte Forderung eine ausländische Gerichtsbarkeit vereinbart wurde, *BGH* NJW 1973, 421 f.; 1993, 2753 (2755). Im vorliegenden Fall hat das *KG* wegen der Zuständigkeit eines anderen Schiedsgerichtes über die Gegenforderungen der Beschwerdeführerin auch nach Zurückweisung durch den *BGH* nicht entschieden, vgl. *KG Berlin* SchiedsVZ 2011, 285 (286).

47 Entsprechendes gilt, wenn für eine geltend gemachte Forderung eine ausländische Gerichtsbarkeit vereinbart wurde, *BGH* NJW 1973, 421 f.; 1993, 2753 (2755).

48 Erhebt der Beklagte die Einrede nicht, darf das *OLG* über die Forderung auch dann entscheiden, wenn eine Schiedsvereinbarung vorliegt, vgl. *Kreindler/Schäfer/Wolff* Schiedsgerichtsbarkeit 2006, Rn. 195.



### 3. Reichweite des Verbots der *révision au fond*

Wie oben dargestellt, darf das *OLG* im Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht prüfen, ob der Schiedsspruch in der Sache richtig entschieden wurde (sog. Verbot der „*révision au fond*“).<sup>49</sup> Im vorliegenden Fall ordnete das *KG* die Feststellung des Schiedsgerichts, dass die zur Aufrechnung gestellten Forderungen ihrerseits schiedsgebunden seien, als eine derartige „Entscheidung in der Sache“ ein und sah sich entsprechend daran gehindert, seine Zuständigkeit nochmals selbst zu prüfen. Der *BGH* hat in dem Beschluss vom 30.9.2010 hingegen klargestellt, dass die Feststellung eines Schiedsgerichts über die Schiedsgebundenheit einer Forderung keine inhaltliche Entscheidung darstelle, die der Überprüfung des staatlichen Gerichts aufgrund des Verbots der „*révision au fond*“ entzogen wäre. Der *BGH* hat daher die Sache zur erneuten Prüfung an das *KG* zurückgewiesen.

### 4. Präklusion

Bei strenger analoger Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO in der Auslegung des *BGH* dürften Forderung im Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht berücksichtigt werden, wenn die Aufrechnungslage bereits während des Schiedsverfahrens bestand.<sup>50</sup> Dies führt aber zu unbilligen Ergebnissen, wenn das Schiedsgericht sich – wie im vorliegenden Fall – wegen (angeblicher) Unzuständigkeit weigert, die zur Aufrechnung gestellten Forderungen zu berücksichtigen. Der *BGH* hat in dem Beschluss vom 30.9.2010 den Zeitpunkt der Präklusion von zur Aufrechnung gestellten Forderungen daher dahingehend präzisiert, dass eine Aufrechnung auch dann erneut im Vollstreckbarerklärungsverfahren geltend gemacht werden kann, wenn die Aufrechnungslage zwar bereits während des Schiedsverfahrens bestand, das Schiedsgericht sich aber (zu Recht oder zu Unrecht) für unzuständig erklärt hat, hierüber zu entscheiden.<sup>51</sup>

## V. Kommentar

Der Entscheidung des *BGH*, entsprechend der bisherigen Rechtsprechung auch weiterhin die Geltendmachung von Einwendungen unmittelbar im Vollstreckbarerklärungsverfahren zuzulassen, wirkt zwar auf den ersten Blick in sich konsistent; sie zieht aber im Einzelnen komplexe und kaum lösbare Folgefragen nach sich und ist daher im Ergebnis abzulehnen.

Da nach Ansicht des *BGH* die Oberlandesgerichte auch für gegen Vollstreckbarerklärungsbeschlüsse von Schiedssprüchen erhobene Vollstreckungsabwehrklagen erstinstanzlich zuständig sind, kommt es bei einer Berücksichtigung von Einwen-

49 *BGH* SchiedsVZ 2008, 40 (42); *Geimer* in *Zöller* ZPO 29. Aufl. 2012, § 1060 Rn. 24.

50 Das *KG* hatte aus diesem Grund die Aufrechnung als präkludiert angesehen, s. oben.

51 *BGH* SchiedsVZ 2010, 330 (332).

dungen im Vollstreckbarerklärungsverfahren zwar zu keiner Rechtswegverkürzung im Vergleich zur Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage. Eine Verkürzung des Instanzenzuges ergibt sich aber im Vergleich zur Geltendmachung der Ansprüche im herkömmlichen Klageverfahren: Dort wären, je nach Streitwert, nämlich die Amts- oder Landgerichte erstinstanzlich zuständig über die streitigen Ansprüche zu entscheiden. Zusätzlich würde den Parteien mit der Berufung eine zweite Tatsacheninstanz<sup>52</sup> und ggf. die Revision zum *BGH* als Rechtsmittelinstanz offen stehen. Dieser Instanzenzug, der bei erstinstanzlicher Zuständigkeit der Amts- und Landgerichte auch bei einem aufgrund einer Vollstreckungsabwehrklage ergehenden Urteil gilt,<sup>53</sup> wird um mindestens eine Instanz verkürzt, wenn man das *OLG* als Eingangsinstanz für die Vollstreckungsabwehrklage ansieht.<sup>54</sup>

Haben Vertragsparteien keine Schiedsklausel vereinbart, muss aber unterstellt werden, dass diese eine Entscheidung der zwischen ihnen entstandenen Streitigkeit in einem Gerichtsverfahren mit drei Instanzen wollten. Als Folge der vom *BGH* angenommenen erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberlandesgerichte für gegen Vollstreckbarerklärungsbeschlüsse von Schiedssprüchen erhobene Vollstreckungsabwehrklagen hat es im Ergebnis aber nun der vormalige Schiedsbeklagte in der Hand, durch die Geltendmachung seiner Forderung im Vollstreckbarerklärungsverfahren oder im Wege der Vollstreckungsabwehrklage (anstatt in einem herkömmlichen Gerichtsverfahren) den Instanzenzug zu verkürzen. Der Schiedskläger hat hingegen keine Möglichkeit, auf die Wahl des Schiedsbeklagten Einfluss zu nehmen; man kann ihm auch nicht vorwerfen, sich – etwa durch die Vereinbarung einer Schiedsklausel – auf ein derart verkürztes Verfahren eingelassen zu haben.<sup>55</sup> Es ist zweifelhaft, ob dies mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in Einklang zu bringen ist.

Es erscheint auch nach der Gesetzeslage nicht zwingend, das *OLG* als Eingangsinstanz für gegen Vollstreckbarerklärungsbeschlüsse von Schiedssprüchen erhobene Vollstreckungsabwehrklagen anzusehen. Das *OLG* hat zwar den Vollstreckungstitel geschaffen, § 767 ZPO sieht aber dem Wortlaut nach die Zurückweisung an das

---

52 Je nach Eingangsinstanz zum *LG* oder *OLG*.

53 Vgl. *K. Schmidt* in MünchKomm ZPO 3. Aufl. 2007, § 767 Rn. 99.

54 Der *BGH* hat in dem Beschluss vom 30.9.2010 offen gelassen, welche Rechtsmittel gegen das „erstinstanzlich“ aufgrund einer Vollstreckungsabwehrklage ergehende Urteil eines Oberlandesgerichts offen stehen sollen. Dies ist im Einzelnen unklar: § 511 ZPO sieht vor, dass gegen erstinstanzliche Urteile die Berufung stattfindet, wofür der *BGH* als einzig in Frage kommendes Rechtsmittelgericht aber nicht zuständig ist, § 133 GVG. Insofern käme wohl nur die (analoge) Anwendung der Revisionsvorschriften in Betracht, die aber nach § 542 ZPO nur gegen in der Berufungsinstanz erlassene Endurteile statthaft ist. Der (analogen) Anwendung von § 1065 ZPO (Rechtsmittel gegen Vollstreckbarerklärung) steht entgegen, dass das *OLG* über die Vollstreckungsabwehrklage durch Urteil und nicht durch Beschluss entscheidet. Im Ergebnis wird man wohl eine Rechtsmittelinstanz zum *BGH* zulassen müssen, um den Instanzenweg nicht noch weiter einzuschränken.

55 Die vom vormaligen Schiedskläger geltend gemachten Forderungen werden oftmals gerade in keinem Bezug zur der schiedsgebundenen Forderung stehen, weshalb sie auch nicht im Schiedsverfahren berücksichtigt wurden.

„Prozessgericht des ersten Rechtszugs“ vor. Dies wäre im übertragenen Sinne das Schiedsgericht, das in der Gesetzesbegründung auch mit einer „ersten Instanz“ gleichgesetzt wird.<sup>56</sup> Da dieses aber als zuständiges Gericht für die Vollstreckungsabwehrklage ausscheidet, wäre es sicherlich vertretbar, an dessen Stelle die Amts- und Landgerichte als fiktive „erstinstanzliche“ Gerichte für zuständig anzusehen,<sup>57</sup> zumal das *OLG* wegen der im Vollstreckbarerklärungsverfahren ohnehin nur eingeschränkten Prüfungsbefugnis auch keine größere Sachnähe zu der Streitigkeit aufweist als diese.<sup>58</sup> In diesem Fall bliebe auch der in der ZPO vorgesehene Instanzenzug erhalten.

Hätte der *BGH* anstelle der Oberlandesgerichte die Amts- oder Landgerichte als die für die Vollstreckungsabwehrklage zuständige Eingangsinstanz angesehen, hätte er konsequenterweise dem *BayObLG*,<sup>59</sup> dem *OLG Stuttgart*<sup>60</sup> und dem *KG*<sup>61</sup> folgen und wegen funktionaler Unzuständigkeit der Oberlandesgerichte eine Geltendmachung von Einwendungen im Vollstreckbarerklärungsverfahren künftig für unzulässig erklären müssen. Dies hätte zugleich eine Aufgabe der bisherigen ständigen Rechtsprechung bedeutet, was im Sinne einer zügigen Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen aber zu begrüßen gewesen wäre.

## VI. Auswirkungen auf die Prozesstaktik

Die Möglichkeit, weiterhin sachlich-rechtliche Einwendungen bereits im Vollstreckbarerklärungsverfahren zu erheben, hat praktischen Einfluss auf die Prozesstaktik.

Für den Schiedskläger kann es im Einzelfall ggf. günstiger sein, dem Einbezug von zur Aufrechnung gestellten streitigen Forderungen, die keiner Schiedsvereinbarung unterliegen, in das laufende Schiedsverfahren zuzustimmen.<sup>62</sup> Diese wären zwar ohne seine Zustimmung nicht vom Schiedsgericht, wohl aber (bei entsprechender Aufrechnungserklärung) vom *OLG* im Vollstreckbarerklärungsverfahren zu berücksichtigen.<sup>63</sup> Der Schiedsbeklagte muss umgekehrt berücksichtigen, dass er Gegenforderungen, die keiner Schiedsvereinbarung unterliegen, ggf. bereits im Schiedsver-

---

56 Vgl. BT-Drucks. 13/5274, S. 63.

57 So auch Voit in Musielak ZPO 9. Aufl. 2012, § 1060 Rn. 13; zur Frage der örtlichen Zuständigkeit der Amts- und Landgerichte s. Borris/Schmidt SchiedsVZ 2004, 273 (279).

58 Vgl. Borris/Schmidt SchiedsVZ 2004, 273 (279).

59 *BayObLG* NJW-RR 2001, 1363 ff.

60 *OLG Stuttgart* OIGR 2001, 50 ff.

61 *KG Berlin*, Beschluss vom 18.1.2010, Az.: 20 Sch 9/09 (unveröffentlicht).

62 Bei einem englischsprachigen Schiedsverfahren wäre etwa denkbar, dass der Kläger ein Interesse daran hat, über die nicht schiedsgebundenen Forderungen ebenfalls auf englisch vor dem Schiedsgericht, anstatt auf deutsch vor dem *OLG* zu verhandeln.

63 Sind die Forderungen hingegen ihrerseits schiedsgebunden, kann der Schiedskläger im späteren Verfahren im Falle einer Aufrechnung die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit erklären, § 1032 Abs. 1 ZPO.

fahren geltend machen muss, um mit diesen nicht im anschließenden Vollstreckbarerklärungsverfahren nach § 767 Abs. 2 ZPO analog präkludiert zu sein.<sup>64</sup> Bereits bei der Vertragsgestaltung müssen sich beide Parteien überlegen, ob sie einer möglichen Aufrechnung im Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht durch vertraglich vereinbarte Aufrechnungsverbote oder entsprechende Gerichtsstandsklauseln vorbeugen möchten.<sup>65</sup>

Im Vollstreckbarerklärungsverfahren stellt sich für den Schiedsbeklagten zudem die Frage, ob er seine sachlich-rechtlichen Einwendungen bereits dort zwingend vorbringen muss, um mit diesen später nicht in einer Vollstreckungsabwehrklage präkludiert zu sein. Der *BGH* hat diese Frage noch nicht entschieden,<sup>66</sup> in der Literatur ist die Präklusionswirkung umstritten.<sup>67</sup> Bis die Frage höchstrichterlich entschieden ist, wird man wohl aus anwaltlicher Vorsicht heraus seinen Mandanten wegen der ansonsten drohenden Präklusion stets zu einer Geltendmachung von Gegenforderungen im Vollstreckbarerklärungsverfahren raten müssen.

---

64 Eine Präklusion dürfte aber nur dann drohen, wenn die Gegenseite im Vorfeld ihre Zustimmung zum Einbezug der Forderungen in das Schiedsverfahren signalisiert hat; ansonsten kann wohl unterstellt werden, dass das Schiedsgericht die streitigen Gegenforderungen auch bei entsprechender Aufrechnung nicht berücksichtigt hätte, so dass eine Präklusion ausscheidet, vgl. *BGH* NJW 1965, 1138 (1139).

65 Bei Vereinbarung eines ausländischen Gerichts scheidet eine Aufrechnung im Vollstreckbarerklärungsverfahren aus, vgl. *BGH* SchiedsVZ 2010, 275. Von der Auslegung im Einzelfall dürfte hingegen abhängen, ob eine gewöhnliche Gerichtsstandsvereinbarung nach § 38 ZPO, durch die Parteien lediglich die örtliche Zuständigkeit regeln, ebenfalls zu einem Aufrechnungsverbot führt. Wohl ablehnend *BGH* NJW 1973, 421 (422), („Bequemlichkeitsinteressen“).

66 Offengelassen in *BGH* NJW 1963, 538 (539); jedenfalls die Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage parallel zu einem laufenden Vollstreckbarerklärungsverfahren dürfte aber wegen fehlendem Rechtsschutzbedürfnis unzulässig sein, *Voit* in Musielak ZPO 9. Aufl. 2012, § 1060 Rn. 13; vgl. *BGH* NJW 1963, 538 (539); a. A. RGZ 148, 270 (276).

67 Präklusion bejahend: *Geimer* in Zöller ZPO 29. Aufl. 2012, § 1060 Rn. 9; *Spetzler* SchiedsVZ 2011, 287, 288; ablehnend: *Voit* in Musielak ZPO 9. Aufl. 2012, § 1060 Rn. 13; *Münch* in MünchKomm ZPO 3. Aufl. 2008, § 1060 Rn. 35; differenzierend: *Schwab/Walter* Schiedsgerichtsbarkeit 7. Aufl. 2005, Kap. 27 Rn. 14.