

- Ausfertigung -



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 Sch 2/14

Verkündet am 10.10.2014

Beschluss

In der Schiedsgerichtssache

[...]

Antragstellerin

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [...]

gegen

[...]

Antragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [...]

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 12.09.2014 durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Schnelle als Vorsitzender und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Marx und Richterin am Landgericht Keil für Recht erkannt:

1.

Der in dem Schiedsverfahren zwischen den Parteien durch das Schiedsgericht, bestehend aus dem Schiedsrichter RiOLG a.D. Dr. F. als Vorsitzender und den Schiedsrichtern VRiOLG W. und Rechtsanwalt Dr. G., am 17.12.2013 erlassene, der Antragsgegnerin am 20.12.2013 zugegangene Schluss-Schiedsspruch, durch den die Antragsgegnerin über den Teil-Schiedsspruch vom 26.07.2012 hinaus zur Zahlung weiterer 181.363,47 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf einen Teilbetrag von 143.551,05 € vom 18.12.2008 bis zum 26.07.2012, auf einen weiteren Teilbetrag von 131.878,19 € vom 23.12.2009 bis zum 26.07.2012, auf einen weiteren Teilbetrag von 126.081,29 € vom 28.12.2010 bis zum 26.07.2012 und auf einen weiteren Teilbetrag von 181.363,47 € seit dem 27.07.2012 verurteilt worden ist,

wird für vollstreckbar erklärt.

2.

Der Beschluss ist vorläufig vollstreckbar.

3.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

4.

Der Streitwert wird auf 181.363,47 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin, eine Ein-Schiffs-Gesellschaft, begehrt die Vollstreckbarkeitserklärung des im Tenor näher bezeichneten Schluss-Schiedsspruchs vom 17.12.2013. Die Parteien streiten um die Frage, ob das Schiedsgericht wegen der Teilnahme des Vorsitzenden Richters am Landgericht und späteren Vorsitzenden am Oberlandesgericht W. nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen ist und ob die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs dem ordre public widerspricht.

Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin, die als persönlich haftende Gesellschafterin an der Antragstellerin beteiligt und die zugleich ihre Vertragsreederin ist, auf Ersatz für in den Jahren 2005 bis 2007 an Befrachtungsmakler („O.“ und „B.“) geleistete Zahlungen in Höhe von insgesamt 710.745,57 € in Anspruch genommen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Antragsgegnerin sei verpflichtet gewesen, an diese Makler übertragene Aufgaben selbst zu erledigen.

Grundlage für das Schiedsverfahren ist die „Vereinbarung über die Durchführung eines Schiedsverfahrens“ vom 16./17.12.2010 (§ 22), die auf die im Gesellschaftsvertrag vom 15.09.1995 und im Vertragsreedervertrag vereinbarte Schiedsklauseln Bezug nimmt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Schiedsgericht am 22.02.2012 haben die anwaltlich vertretenen Parteien sich auf Bremen als Ort des Schiedsgerichts verständigt.

Mit dem den Teilkomplex „O.“ betreffenden Teil-Schiedsspruch vom 26.07.2012 hat das Schiedsgericht die Antragsgegnerin verurteilt, an die Antragstellerin 185.463,53 € zzgl. Zinsen zu zahlen und die Klage in Höhe von 43.438,76 € abgewiesen. Auf Antrag der Antragstellerin hat der Senat mit Beschluss vom 25.06.2013 (Az. Sch 1/13) diesen Teil-Schiedsspruch ohne mündliche Verhandlung für vollstreckbar erklärt. Mit dem den Komplex „B.“ betreffenden Schluss-Schiedsspruch vom 17.12.2013 hat das Schiedsgericht nach mündlicher Verhandlung vom 31.07.2013 die Antragsgegnerin verurteilt, an die Antragstellerin über den Teil-Schiedsspruch vom 26.07.2012 hinaus weitere 181.363,47 € zzgl. Zinsen zu zahlen. Die weitergehende Schiedsklage hat es abgewiesen und die Kosten zu 37 % der Antragstellerin und zu 63 % der Antragsgegnerin auferlegt. Zur Begründung hat das Schiedsgericht ausgeführt, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin wegen des Komplexes B. gemäß §§ 280 BGB, 161, 116 HGB zum Schadensersatz verpflichtet sei. Der Schaden belaufe sich auf insgesamt 401.510,53 €. Die Verjährungseinrede der Antragsgegnerin greife nicht durch. Eine Vorteilsausgleichung, auf die die Antragsgegnerin sich u.a. berufen hatte, finde unter Wertungsgesichtspunkten bereits dem Grunde nach nicht statt, wie näher ausgeführt ist. Der Schadenersatzanspruch, der nicht verjährt sei, sei durch die von der Antragsgegnerin hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einer Gegenforderung von 220.147,06 € erloschen, so dass sich eine restliche Forderung der Antragstellerin in Höhe von 181.363,47 € ergebe.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass Aufhebungsgründe i.S.d. § 1059 Abs. 2 ZPO nicht vorlägen, weshalb die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem. § 1063 Abs. 2 ZPO nicht geboten sei.

Das Schiedsgericht habe in einer zwischen den Parteien einvernehmlich abgestimmten Besetzung entschieden. Die gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 DRiG erforderliche Nebentätigkeitsgenehmigung für den beisitzenden Schiedsrichter VRiOLG W. sei am 13.01.2011 erteilt worden. Nachdem VRiOLG W. mit Schreiben der Antragstellerin vom 28.12.2010 benannt worden sei, und auch die Antragsgegnerin „ihren“ Schiedsrichter benannt habe, habe sich VRiOLG W. mit dem damaligen Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin Rechtsanwalt Dr. S. in Verbindung gesetzt und gefragt, ob die Antragsgegnerin mit seinem Tätigwerden einverstanden sei, anderenfalls er sich zurückziehen werde. Rechtsanwalt Dr. S. habe sich ausdrücklich einverstanden erklärt. Darüber hinaus hätten die Bevollmächtigten beider Parteien vor Beginn der mündlichen Verhandlung auf die ausdrückliche Frage des Vorsitzenden Dr. F. bestätigt, mit der Besetzung des Schiedsgerichts einverstanden zu sein. Darüber hinaus habe – unstreitig - die Antragsgegnerin sowohl am 20.02.2012 als auch am 31.07.2013 vor dem mit VRiOLG W. besetzten Schiedsgericht ausführlich verhandelt, ohne sich auf einen Ausschluss zu berufen, und damit das nun angemäße Recht verwirkt. Schließlich habe die Antragsgegnerin immerhin den Teil-Schiedsspruch vom 26.07.2012 nach dessen Vollstreckbarerklärung vom 25.06.2013 erfüllt. Selbst wenn im Übrigen ein Tätigwerden von VRiOLG W. nicht mit § 40 DRiG vereinbar gewesen sein sollte, hätte dies allenfalls die Nichtigkeit des zwischen den Parteien einerseits und VRiOLG W. andererseits geschlossenen Schiedsvertrages zur Folge. Die Wirksamkeit des Schiedsspruches bleibe davon unberührt.

Ihren Anspruch auf rechtliches Gehör habe das Schiedsgericht entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin wegen der Versagung der Vorteilsanrechnung nicht verletzt. Die Beschwerden der Antragsgegnerin beträfen lediglich die angeblich fehlerhafte Rechtsanwendung des Schiedsgerichts, welches nach intensiver Anhörung der Parteien und Auseinandersetzung mit sämtlichen von der Antragsgegnerin vorgebrachten Argumenten zu der Überzeugung gelangt sei, dass die Antragsgegnerin ihre Pflichten verletzt habe und der Vorteilsausgleich unter Berücksichtigung des Ergebnisses (Einsparen der geschätzten Hälfte des eigenen Aufwandes bei ungekürzter Vergütung bei gleichzeitig mangelnder Transparenz) aus Wertungsgründen nicht in

Betracht komme. Auch die Ausführungen der Antragsgegnerin zum angeblichen Verstoß gegen den materiell-rechtlichen ordre public und zu einer ermächtigungslosen Billigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts lägen neben der Sache, wie näher begründet wird.

Die Antragstellerin beantragt,

den am 17.12.2013 im Tenor näher bezeichneten Schluss-Schiedsspruch für vollstreckbar zu erklären..

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung des Schluss-Schiedsspruchs vom 17.12.2013 unter Aufhebung desselben zurückzuweisen.

Die im vorliegenden Verfahren nunmehr anderweitig anwaltlich vertretene Antragsgegnerin macht geltend, der Schiedsspruch sei von einem nicht ordnungsgemäß konstituierten Schiedsgericht erlassen worden, weil mit VRiOLG W. ein gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 DRiG gesetzlich ausgeschlossener Schiedsrichter teilgenommen habe. Dieser sei ausschließlich durch die Antragstellerin beauftragt worden. In dem zwischen Rechtsanwalt S. und Herrn W. am 18.01.2011 geführten Telefonat sei inhaltlich ausschließlich die Frage besprochen worden, ob die Parteien oder die Schiedsrichter berechtigt seien, den Obmann des zukünftigen Schiedsgerichts zu bestimmen. Ob dem VRiOLG W. ggf. eine Nebentätigkeitsgenehmigung für die Übernahme des Schiedsrichteramtes erteilt worden sei, sei ohne Belang, weil eine solche jedenfalls unter Verletzung des § 40 Abs. 1 S. 1 DRiG und damit zu Unrecht erteilt worden wäre. Die von der Antragstellerin jetzt vorgelegte Genehmigung beziehe sich zudem nur auf ein „einvernehmliches“ Verfahren, um das es sich nicht gehandelt habe. Der vormalige Prozessbevollmächtigte der Antragsgegnerin könne sich nicht erinnern, in der mündlichen Verhandlung vom Vorsitzenden gefragt worden zu sein, ob Einverständnis mit der Besetzung des Schiedsgerichts bestehe. Die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 20.02.2012 gebe dies auch nicht her. Von einer konkludenten gemeinsamen Beauftragung könne auch nicht die Rede sein. § 40 DRiG stelle ein Verbotsgesetz iSd § 134 BGB dar, weshalb der Verstoß gegen die Vorschrift die Nichtigkeit der Bestellung des Richters zum Schiedsrichter sowie auch die Nichtigkeit des Schiedsrichtervertrages zur Folge habe. Eine Heilung der fehlenden gemeinsamen Beauftragung komme auch nicht durch rügelose Verhandlung in Betracht, weil § 40

Abs. 1 S. 1 DRiG der Parteiendisposition entzogen sei. Der Antragsgegnerin sei die fehlerhafte Besetzung zudem nicht bekannt gewesen. Die fehlerhafte Besetzung habe sich auf den Schiedsspruch auch ausgewirkt.

Der Schiedsspruch sei außerdem unter Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (§ 1042 Abs. 1 ZPO) zustande gekommen, weil das Schiedsgericht die Vorteilsanrechnung unter Übergehung von der Antragsgegnerin unter Beweis gestellten Vortrages unter Wertungsgesichtspunkten bereits dem Grunde nach versagt habe, nachdem es mit Beschluss vom 26.07.2012 zu substantiiertem Vortrag aufgefordert habe. Eine dem materiell-rechtlichen ordre public entsprechende Abwägung habe das Schiedsgericht nicht vorgenommen. Weiter habe das Schiedsgericht bei der Feststellung der Schadenshöhe entgegen § 1051 Abs. 3 ZPO ohne Ermächtigung der Parteien eine reine Billigkeitsentscheidung getroffen. Schließlich habe das Schiedsgericht den Verjährungseinwand der Antragsgegnerin missachtet und dadurch gegen den materiell-rechtlichen ordre public i.S.d § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO verstoßen.

II.

Die Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung liegen vor.

Nach unwidersprochenem Vortrag der Antragstellerin haben sich die Parteien im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 22.02.2012 als Ort des Schiedsgerichts, § 1062 ZPO auf Bremen verständigt.

Die von der Antragsgegnerin eingewendeten Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 ZPO bestehen nicht.

1. Die Antragsgegnerin rügt, dass der Schiedsspruch von einem nicht ordnungsgemäß konstituierten Schiedsgericht erlassen worden sei. Das Schiedsgericht sei mit drei Richtern besetzt gewesen, darunter war auch VROLG W.. Dieser habe nicht über eine entsprechende Nebentätigkeitsgenehmigung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG verfügt. Darüber hinaus sei dessen Beauftragung ausschließlich durch die Antragstellerin und damit nicht einvernehmlich erfolgt.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin liegt ein Aufhebungsgrund nicht etwa deswegen vor, weil ein gesetzlich ausgeschlossener Richter an dem Schiedsverfahren

ren teilgenommen hätte (§ 1059 Abs. 1 Nr. 1 d ZPO). Die Teilnahme eines Schiedsrichters, der über keine oder keine gültige Nebentätigkeitsgenehmigung verfügt, kann nicht mit Erfolg eingewendet werden.

a)

Die Frage, welche Auswirkungen eine fehlende Nebentätigkeitsgenehmigung nach § 40 DRiG hat, kann offenbleiben. Denn eine Nebentätigkeitsgenehmigung wurde durch die Antragstellerin vorgelegt. Sie wurde unter dem 13.01.2011 durch das Oberlandesgericht X. erteilt.

Die mit Schriftsatz vom 4. September 2014 vorgebrachte Einwendung, dass es sich inhaltlich bei dem Schreiben der Behörde nicht um eine Genehmigung handele, trägt nicht. Denn nach der Erklärung vom 13.01.2013 sollte VROLG W. die Vergütungshöhe der Behörde nach Beendigung seiner Tätigkeit mitteilen. Dieses Begehren der Genehmigungsbehörde basiert auf der Verordnung über die Nebentätigkeit der [...] Beamtinnen und Beamten, wonach für Vergütungen für Nebentätigkeit unter bestimmten Umständen eine Ablieferungspflicht besteht. Der Hinweis auf die mitzuteilende Vergütung ergibt aber nur Sinn, wenn die Behörde die Nebentätigkeit als Schiedsrichter selbst genehmigt. Eine solche Genehmigung war in dem Schreiben zumindest konkludent mit enthalten.

b)

Auch wenn die Genehmigung fehlerhaft erteilt sein sollte, führt dies nicht zu einer fehlerhaften Bildung des Schiedsgerichts.

Zwar darf nach § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG eine Nebentätigkeit einem Schiedsrichter nur genehmigt werden, wenn die Parteien des Schiedsvertrags ihn gemeinsam beauftragen oder wenn er von einer unbeteiligten Stelle benannt ist. Diese „gemeinsame“ Beauftragung ist zwischen den Parteien streitig. Diese Frage kann aber im Ergebnis offen bleiben.

aa) Die Antragsgegnerin beruft sich für ihre gegenteilige Meinung – gestützt auf die Behauptung einer lediglich einseitigen Beauftragung des Schiedsrichters W. durch die Antragstellerin - auf einen Verstoß gegen § 134 BGB iVm § 40 DRiG und meint der

Schiedsrichtervertrag sei gemäß § 134 nichtig und es fehle demnach an einer ordnungsgemäßen Bildung des Schiedsgerichts iSd. § 1059 Abs. 2 Nr. 1 d ZPO.

Mit dieser Argumentation stützt sie sich allerdings auf Teile in Rechtsprechung und Literatur, die in der von § 40 Absatz Abs. 1 Satz 1 DRiG vorausgesetzten „gemeinsamen Beauftragung“ nicht eine lediglich formale Verfahrensbestimmung erblicken, sondern ein Verbotsgesetz. Nur wenn der bestellte Schiedsrichter das Vertrauen beider Parteien genösse, sei sichergestellt, dass er von allen Beteiligten als unparteiischer Dritter wahrgenommen werde. Darauf stelle die Norm des § 40 DRiG ab. Diese Vorschrift sei als flankierende Bestimmung zu § 39 DRiG zu verstehen. Gemäß § 39 DRiG hätten sich Berufsrichter innerhalb und außerhalb ihres Amtes so zu verhalten, dass das Vertrauen in ihre Unabhängigkeit nicht gefährdet werde. Das Vertrauen in die Unabhängigkeit würde aber gefährdet, wenn Berufsrichter außerhalb ihres Amtes eine Schiedsrichtertätigkeit ausübten, in der sie nicht als unparteiische Dritte, sondern als Vertrauensleute einer einzelnen Partei erschienen (KG, Beschl. v. 6.5.2002 – 23 Sch 1/02, BeckRS 2010, 04433; BGH, Urt. v. 11.2.1971 – VII ZR 73/69, NJW 1971, 755 offengelassen für einen Schiedsspruch; vgl. divergierend dazu Münch, der den Schiedsrichtervertrag für nichtig, aber nicht das schiedsrichterliche Verfahren für fehlerhaft hält: Münchener Kommentar, ZPO, vor § 1034 Rn. 28).

bb) Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Die Antragsgegnerin übersieht zunächst, dass zwischen dem Schiedsspruch und der Bildung des Schiedsgerichts zu unterscheiden ist. Die Wirksamkeit eines Schiedsspruchs setzt nicht voraus, dass die Parteien sich über die Modalitäten der Schiedsrichterbestellung verständigen (vgl. zur Schiedsvereinbarung, BGH, Urt. v. 18.6.2014 – III ZR 89/13, BeckRS 2014, 14706 Tz. 10). Allein das Fehlen oder aber auch die fehlerhafte Erteilung einer Nebentätigkeitsgenehmigung kann nicht die Unwirksamkeit des Schiedsrichtervertrages bewirken, weil es nicht zu Lasten der Schiedsparteien gehen darf, dass ein Schiedsrichter nicht die erforderliche Genehmigung für seine Tätigkeit hat oder gar eine solche trotz Vorliegens nicht hätte erhalten dürfen (Stein/Jonas-Schlosser, ZPO, 21. Aufl., § 1032 aF Rn. 1; Musielak/Voit, ZPO, 11. Aufl., § 1059, Rn. 16; OLG Stuttgart, Beschl. v. 16.07.2002 – 1 Sch 8/02, BeckRS 2002, 17801; OLG Hamburg, Beschl. v. 8.9.2009 – 13 Sch 5/09).

Nach der Entstehungsgeschichte enthielt der Rothenburger Entwurf zum DRiG zunächst keine Vorschrift über die Beschränkungen des Richters bei schiedsrichterli-

cher, schiedsgutachterlicher und bei einer Schlichtertätigkeit. Erstmals der Referentenentwurf von August 1955 sah eine Beschränkung insoweit vor, dass die Genehmigung nur erteilt werden sollte, wenn die Parteien den Richter gemeinsam beauftragten. Die Regierungsvorlagen von 1957 und 1958 erweiterten diese Vorschrift dahin, dass eine Schlichtertätigkeit dem Richter überhaupt verboten sein sollte. Der Bundestag hat das Verbot der Schlichtertätigkeit nicht übernommen, sondern die Schlichtertätigkeit der schiedsrichterlichen Tätigkeit gleichgestellt. Außerdem hat der Bundestag in Absatz 1 den besonderen Versagungsgrund des Satzes 2 aufgenommen, der in der Regierungsvorlage nicht enthalten war (Schmidt-Räntsch, Deutsches Richterrecht, 6. Aufl., § 40 Rn. 1).

Bedenken, die gegen eine zu weite Ausdehnung der Schiedsgerichtsbarkeit bestehen könnten, haben den Gesetzgeber letztlich nicht veranlasst, dem Richter eine schiedsrichterliche Nebentätigkeit schlechthin zu verbieten (BGH, NJW 1964, 593, 594; Schmidt-Räntsch aaO § 40 Rn. 14). Fehlt die Nebentätigkeitsgenehmigung, darf der Richter nicht an dem Verfahren mitwirken. Geschieht dies dennoch, liegt ein Dienstvergehen vor. Die Vorschrift dient aber in erster Linie dem Schutz der Funktionsfähigkeit der staatlichen Rechtspflege und besteht nicht im Interesse einer funktionierenden Schiedsgerichtsbarkeit. Die staatliche Rechtspflege ist durch unabhängige (Art. 97 Abs. 1 GG), unparteiische Richter sicherzustellen. Nebentätigkeiten dürfen nicht zu einer Gefährdung ihrer Unabhängigkeit und Neutralität führen. Im Schiedsverfahren hingegen ist die Unparteilichkeit der dort bestellten Richter nicht durch Tätigkeit in der staatlichen Rechtspflege von vornherein in Frage gestellt und von dem Vorliegen einer Nebentätigkeitsgenehmigung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG abhängig. Für das Interesse der Parteien, das darauf gerichtet ist, im Einzelfall einen kompetenten und unbefangenen Schiedsrichter zu benennen, ist die Erteilung einer solchen Genehmigung nicht relevant (OLG Hamburg, Beschl. v. 8.9.2009 – 13 Sch 5/09).

Bei dieser Auslegung führt der lediglich einseitige Verstoß des Richters gegen die dienstrechtliche Vorschrift des § 40 DRiG im Fall eines Tätigwerdens als Schiedsrichters auch nicht zu einer Nichtigkeit nach § 134 BGB. Die Vorschrift des § 134 BGB ordnet für ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nicht ausnahmslos Nichtigkeit an. Während festgestellte Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ohne weiteres zu dessen Nichtigkeit führt (§ 138 BGB), macht § 134 BGB diese Rechtsfolge davon abhängig, dass sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. § 134 BGB kann deshalb nicht ohne Rückgriff auf das verletzte Verbot angewendet werden.

Ordnet diese Regelung selbst eine Rechtsfolge an, ist sie maßgeblich; fehlt - wie bei § 40 DRiG - eine verbotseigene Rechtsfolgenregelung, so sind Sinn und Zweck des verletzten Verbots entscheidend (st. Rspr., BGH, NJW 1996, 926; BGHZ 110, 230, 240; BGHZ 93, 264, 267). Dies erfordert eine normbezogene Abwägung, ob es mit dem Sinn und Zweck des Verbots vereinbar oder unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen bzw. bestehen zu lassen (vgl. BGHZ 115, 123, 125).

Diese Prüfung ergibt, dass in Fällen, in denen - wie hier - eine fehlerhaft erteilte Genehmigung vorliegen mag, allein mit einem Verstoß gegen § 40 Abs. 1 DRiG kein Verbot missachtet ist, dessen Verletzung zur Unwirksamkeit führt. Für die nach § 134 BGB gebotene Abwägung ist wesentlich, ob sich das betreffende Verbot an alle Beteiligten des Geschäfts richtet, das verhindert werden soll, oder ob das Verbot nur eine Partei bindet. Sind beide Teile Adressaten des Verbots, kann regelmäßig angenommen werden, das verbotswidrige Geschäft solle keine Wirkungen entfalten. Richtet sich das Verbot dagegen nur gegen eine Partei, ist regelmäßig der gegenteilige Schluss berechtigt. Diese unterschiedliche Bewertung kommt bereits in den „Motiven zu dem Entwurf eines BGB“ zum Ausdruck (Bd. I, S. 210), entspricht seit dem Beschluss der Vereinigten Zivilsenate des RG vom 17. 3. 1905 (RGZ 60, 273, 276 f.) der Rechtsprechung des BGB - gegen Stimmen in der Literatur (vgl. z.B. Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 9, 23 m.w. Nachw.) -, und ist seiner ständigen Rechtsprechung zugrunde gelegt worden (vgl. BGHZ 118, 142, 145). Die Unterscheidung führt dazu, dass in den Fällen, in denen das betreffende Verbot allein den einen Teil trifft, die in § 134 BGB vorgesehene Rechtsfolge nur in Betracht kommt, wenn dem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der gleichwohl die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert (BGH NJW 2000, 1186, 1187).

Auf dieses Erfordernis kommt es auch im vorliegenden Fall entscheidend an. Die Vorschrift des § 40 DRiG richtet sich einseitig an den staatlichen Richter. Der bloße Verstoß gegen § 40 DRiG als nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Sinn und Zweck dienstrechtliche Vorschrift erfordert nicht die Unwirksamkeit des Schiedsspruchs.

c) Auf die Frage einer rügelosen Einlassung wie auf die Frage einer Pflicht zur Antragstellung auf Ablehnung des in Rede stehenden Richters nach § 1032 ZPO kommt es daher nicht mehr an.

2. Auch eine Verletzung rechtlichen Gehörs aufgrund Missachtung erheblichen und unter Beweis gestellten Sachvortrags kann im Streitfall nicht einen Ablehnungsgrund begründen (§§ 1042 Abs. 1, 1059 Abs. 2 Nr. 1 d ZPO).

Die Antragsgegnerin wendet ein, das Schiedsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da es den Einwand des Vorteilsausgleichs nicht berücksichtigt habe.

Die Antragsgegnerin verkennt den Prüfungsumfang des Senats. Für eine Überprüfung des Schiedsspruchs auf sachlich oder materiell-rechtliche Fehler ist im Verfahren nach §§ 1062-1064 ZPO kein Raum (vgl. OLG Naumburg, NJOZ, 2010, 2127, 2129; BayObLG, NJOZ 2003, 2871 = DB 2003, 2545; Zöller/Geimer, § 1060 Rdnr. 24 m. w. Nachw.). Ebenso wenig bietet die Überprüfung des staatlichen Gerichts unter dem Gesichtspunkt der Verletzung rechtlichen Gehörs Schutz dagegen, dass das Schiedsgericht Beweisanträge der Parteien gemäß § 1042 Abs. 4 Satz 2 ZPO unberücksichtigt gelassen hat. Die Beurteilung der Entscheidungsrelevanz der unter Beweis gestellten Behauptungen obliegt damit dem Schiedsgericht; eine Fehlentscheidung des Schiedsgerichts ist wegen des Verbots einer révision au fond kein Aufhebungsgrund (Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl., § 1059 Rn. 40, § 1042 Rn. 11a; BGH SchiedsVZ 2008, 40, 42 Rn. 18; BGH NJW 1992, 2299).

Das Schiedsgericht hat sich im Streitfall sehr wohl mit dieser Einwendung beschäftigt und begründet auf Seiten 10-12 ausführlich, weswegen ein Vorteilsausgleich nicht vorgenommen wurde. Eine weitere Beweisaufnahme hat es nicht für erforderlich erachtet. Dies stand in seinem Ermessen, § 1042 Abs. 4 ZPO.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin genügt es, wenn das Schiedsgericht in seiner Begründung eine kurze Zusammenfassung der den Schiedsspruch tragenden Erwägungen gibt. Daher braucht sich das Schiedsgericht in seiner Begründung nicht mit jedem Punkt des Parteivorbringens zu befassen (Zöller aaO § 1042 Rn. 11a, 12).

3. Auch kann eine von der Antragsgegnerin behauptete Billigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts ohne ausdrückliche Ermächtigung keinen Aufhebungsgrund begründen (§§ 1051 Abs. 3, 1059 Abs. 2 Nr. 1 d ZPO)

a) Die Antragsgegnerin macht geltend, dass das Schiedsgericht die Pflichtverletzung in dem Umstand gesehen habe, dass die Antragsgegnerin keinen Verzicht hinsichtlich des von ihr unverdienten Teils ihres Vergütungsanspruchs nach § 13 des Gesellschaftsvertrags ausgeübt habe. Vielmehr habe sich diese die ungeminderte Vergütung auszahlen lassen. Inkonsequent habe das Schiedsgericht hingegen nicht nur einen Schadensersatzanspruch in Höhe des unverdienten Anteils der Bereederungsgebühr zugesprochen, sondern sei nach § 287 ZPO vorgegangen (Seite 10 des Schiedsspruchs). Eine Ermächtigung des Schiedsgerichts zu einer Billigkeitsentscheidung nach § 1051 Abs. 3 ZPO durch die Parteien liege jedoch nicht vor.

b) Auch insoweit besteht kein Aufhebungsgrund. Das Gericht hat sich im Rahmen des nach § 287 ZPO zulässigen Ermessens bewegt und gerade keine Billigkeitsentscheidung getroffen.

Eine Billigkeitsentscheidung ohne Ermächtigung durch die Parteien (§ 1051 Abs. 3 ZPO) - anstatt der gebotenen Rechtsentscheidung - würde zwar grundsätzlich bei bewusstem und willkürlichem Überschreiten der Ermächtigungsgrundlage den Schiedsspruch aufhebbar machen (OLG München, Beschl.v.22.6.2005, 34 Sch 10/05 = SchiedsVZ 2005, 308; vgl. Zöller/Geimer § 1051 Rn. 7 m. w. N.).

Das Schiedsgericht hat hinsichtlich der Schadenshöhe unter Bezugnahme auf § 287 ZPO Schätzungen vorgenommen. Dabei hat es das Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PricewaterhouseCoopers einbezogen und im Ergebnis entgegen 60% geforderter noch 50 % der an B. aufgrund des Commercial Management Agreement in den Jahren 2005 bis 2007 gezahlter Kommissionen zugesprochen.

Dahingestellt bleiben kann, ob sich die Schätzung noch im Rahmen des vom Schiedsgericht herangezogenen § 287 ZPO gehalten hat. Denn es liegt damit keine Billigkeitsentscheidung (§ 1051 Abs. 3 ZPO) vor, die sich dadurch auszeichnet, dass das Schiedsgericht gänzlich davon Abstand nimmt, Erwägungen zum positiven Recht anzustellen (vgl. Schlosser in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1051 Rn. 9 m. w. N.). Vorliegend hat das Schiedsgericht die Schadenshöhe aufgrund von Anhaltspunkten ermittelt und sich dabei auf eine Norm der ZPO gestützt. Ob die vorhandene Tatsachengrundlage einem staatlichen Gericht für die Anwendung von § 287 ZPO hätte genügen dürfen, bedarf keiner Klärung. Das Schiedsgericht selbst hat sich auch mit den Grundlagen für eine Schätzung auseinandergesetzt und bei der Bestimmung des Schadens ein Ermessen ausgeübt. Dies genügt. Denn ob die herangezogenen

Grundlagen ausreichen und das Ergebnis auch materiell richtig ist, kann im Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht überprüft werden (vgl. OLG München, Beschl. v. 14.3.2011 – 34 Sch 8/10, BeckRS 2011, 05904).

4. Ferner hat das Schiedsgericht auch die Vorschriften der Verjährung nicht verkannt und damit keinen Verstoß gegen den ordre public begangen (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO)

a) Nach Auffassung der Antragsgegnerin habe das Schiedsgericht den Einwand der Verjährung verkannt und damit gegen den ordre public verstoßen.

Das Schiedsgericht nahm die dreijährige Verjährung nach § 199 BGB an. Diese Frist begann nach den Gründen mit dem 31.12.2008, da unstreitig die Antragstellerin erst im Jahr 2008 (18.08.2008) die der Pflichtverletzung zugrundeliegenden Verträge übermittelt und damit erst eine hinreichende Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen auf Seiten der Antragstellerin vorgelegen habe.

Die Antragsgegnerin führt dagegen an, dass der Schaden der Antragstellerin bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Commercial Management Agreement und des Master Agreement zu Lasten der Antragstellerin vorgelegen habe, da sich bereits daraus eine vorhersehbare und neben die Bereederungsvergütung tretende Zahlungsverpflichtung ergeben habe. Das Schiedsgericht habe für die ausreichende Kenntnis anspruchsbegründender Tatsachen irrtümlich auf die Übergabe der Verträge 2008 abgestellt. Der Antragstellerin sei bekannt gewesen, dass die Antragsgegnerin bereits in ihrem Geschäftsbericht 2003/2004 über das Profit-Sharing auf der Grundlage des Commercial Management Agreement Auskunft erteilt hatte.

Der im Jahr 2005 erlassene Mahnbescheid habe keine verjährungsunterbrechende Wirkung entfaltet, da die Antragstellerin mangels Gesellschaftsbeschluss nicht dessen Erlass wirksam beantragen habe können (vgl. § 46 Abs. 1 Nr. 8 GmbHG).

b) Nach der Rechtsprechung des BGH stellt nicht jeder Widerspruch der Entscheidung des Schiedsgerichts zu zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts einen Verstoß gegen den ordre public dar (so ausdrücklich BGH, Beschl. v. 30.10.2008 – III ZB 17/08, NJW 2009, 1215 Rn. 5; auch schon OLG Saarbrücken, OLG-Report 2007, 426, OLG Karlsruhe, OLG-Report 2002, 94). Vielmehr muss es sich um eine nicht abdingbare Norm handeln, die Ausdruck einer für die Rechtsordnung grundlegenden Wertentscheidung des Gesetzgebers ist. Zu diesem Bereich gehören nach der Rechtsprechung des Senats die Vorschriften über die Verjährung, die ein im Interesse des

Schuldners unverzichtbares Rechtsinstitut sind (OLG Bremen, Beschl. v. 30.9.1999 – 2 Sch 4/99, BB 2000, Beilage 12, S. 18, 21).

Gemäß § 199 BGB beginnt die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs und der Kenntnis darum. Bei Schadensersatzansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährung nach § 199 BGB zwar mit der Entstehung des Schadens, aber vorbehaltlich der Nr. 2 Hs.1 (Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 199 Rn. 15). Hierzu genügt es, dass die Verschlechterung sich wenigstens dem Grunde nach verwirklicht hat, mag ihre Höhe auch noch nicht beziffert werden können; in diesem Falle ist gegebenenfalls eine Feststellungsklage zu erheben. Ist dagegen noch offen, ob pflichtwidriges, ein Risiko begründendes Verhalten zu einem Schaden führt, ist ein Ersatzanspruch noch nicht entstanden, so dass eine Verjährungsfrist nicht in Lauf gesetzt wird. Es handelt sich dann erst um eine bloße Gefährdung einer Rechtsposition (BGH NJW 1993, 648).

c) Daran gemessen ist der Antragsgegnerin auch in diesem Punkt nicht zu folgen. Das Schiedsgericht hat die Schadensersatz begründende Pflichtverletzung in dem mangelnden Verzicht der nicht verdienten Vergütung angenommen und gerade nicht allein in dem Abschluss des Agreement. So führt das Schiedsgericht an, dass die Schieds-beklagte gemäß §§ 9, 14 des Gesellschaftsvertrags trotz der Beauftragung einer Dritten weiterhin Schuldnerin für die Erfüllung der vereinbarten Aufgaben blieb, sie habe die hierfür anfallenden Kosten nicht der Schiedsklägerin auferlegen dürfen, sondern habe ihre Erfüllungsaufgaben selbst zu bezahlen.

Die Kenntnis, dass die Kosten tatsächlich der Antragstellerin aufgebürdet wurden, bestand erst im Laufe des Jahres 2008. Mit den unangegriffenen Feststellungen des Schiedsgerichts hat die Schiedsbeklagte es vorerst unterlassen, die Gesellschafter von der Vergütungspflicht gegenüber B. zu unterrichten. Erstmals in der Beiratssitzung vom 29.06.2006 wurde der Komplex B. angesprochen und um Vorlage der entsprechenden Verträge gebeten. Erst nachdem der Komplex auch Thema auf der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 28.02.2008 gewesen war, übersandte die Schiedsbeklagte erstmalig mit Schreiben vom 18.03.2008 Kopien des Master Agreement und des Commercial Management Agreement an den Beirat. Die an B. Tankers gezahlten Kommissionen erwähnte die Schiedsbeklagte in den Quartals- und Geschäftsberichten 2005 bis 2007 in der eigens dafür vorgesehenen Rubrik „Kom-

missionen“ nicht, sondern nur das Profit-Sharing. Sie erweckte damit den Eindruck, das Profit-Sharing die einzige an B. gezahlte Vergütung gewesen sei.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin lässt sich dem Geschäftsbericht 2003/2004 lediglich entnehmen, dass die Schwesterschiffe MT Donaustern und MT Isarstern im Rahmen eines einjährigen „Commercial Management Agreements“ in die Befrachtung durch die B. Tankers AB gegeben wurden; das Agreement ist dort aber nicht näher spezifiziert und auch nicht dessen Inhalt ausgeführt.

Die für § 199 BGB ausreichende Kenntnis des Anspruchs dürfte wohl frühestens mit dem Vorliegen der Vertragsunterlagen des Agreement gegeben gewesen sein, was unstreitig erst im Jahr 2008 erfolgt ist, wenn nicht erst mit dem später vorliegenden Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Denn erst damit wurde deutlich, dass die Antragsgegnerin ihre Provision in voller Höhe geltend gemacht hat und gleichwohl die Kosten der Erfüllungsgehilfen ebenfalls auf ihre Anweisung durch die Antragstellerin begleichen ließ. Erst zu diesem Zeitpunkt wäre es der Antragstellerin möglich gewesen, eine substantiierte Stufen- oder Feststellungsklage zu erheben. Damit wäre der Anspruch zum Zeitpunkt der Klagerhebung im Jahr 2011 bei dreijähriger Verjährung nach § 199 BGB noch nicht verjährt gewesen.

Auf die Frage der Erforderlichkeit eines Gesellschaftsbeschluss für den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids kam und kommt es daher nicht an.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 1064 Abs. 2 ZPO.

gez. Dr. Schnelle

gez. Dr. Marx

gez. Keil