

BGB). Angesichts des Alters des erst zweijährigen Kindes der Anzunehmenden ist eine Anhörung des Kindes (§ 193 FamFG) entbehrlich. Die Annehmende selbst hat keine eigenen Kinder, sodass auch in dieser Hinsicht Loyalitätskonflikten nicht entstehen können.

47 Dass für die Adoption im Hinblick auf die Steuerbelastung bei etwaigen Schenkungen oder einem Erbe auch wirtschaftliche Gründe eine Rolle spielen mögen, ist – wie bereits ausgeführt – unschädlich, wenn – wie hier – davon auszugehen ist, dass bereits ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist. Im Übrigen geht der Senat nach den Gesamtumständen und den Angaben der Annehmenden und der Anzunehmenden davon aus, dass ein etwaiges finanzielles Motiv allenfalls erwünschte Nebenfolge der begehrten Annahme ist und nicht im Vordergrund des Adoptionswunsches steht.

48 dd) Auch die formellen Voraussetzungen für eine Volljährigenadoption liegen vor. Es liegt ein notariell beurkundeter Antrag der Annehmenden und der Anzunehmenden auf Durchführung der Adoption vor (§ 1768 Abs. 1 BGB), der beim Familiengericht eingegangen ist.

49 d) Gemäß § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB gelten für die Annahme Volljähriger die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger sinngemäß. Gemäß § 1757 BGB erhält das Kind als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden.

50 Entsprechend dem Antrag der Annehmenden und der Anzunehmenden erhält die Anzunehmende mit der Adoption den Familiennamen der Annehmenden „(...)“.

51 e) Entsprechend dem Antrag der beiden Antragsteller folgt hier die Wirkung des Annahmeverhältnisses aus § 1770 BGB.

(...)

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

15. Unwirksamkeit einer in einem Testament angeordneten Schiedsklausel

BGH, Beschluss vom 8.11.2018, I ZB 21/18 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.3.2018, 26 SchH 4/17)

LEITSÄTZE:

BGB §§ 2215, 2216, 2218, 2219, 2220
ZPO § 1032 Abs. 2, § 1066

- 1. Es ist zulässig, wenn sich ein Kläger im Hinblick auf eine Schiedsvereinbarung zunächst an ein Schiedsgericht wendet, jedoch vor dessen Konstituierung wegen an der Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestehender Zweifel das staatliche Gericht mit dem Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO anruft.**
- 2. Eine in einem Testament angeordnete Schiedsklausel ist unwirksam, soweit ein Testamentsvollstrecker**

als Einzelschiedsrichter auch über Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker entscheiden soll.

SACHVERHALT:

1 I. Die Antragstellerin ist aufgrund notariell beurkundeten Testaments vom 24.5.2002 Alleinerbin ihres verstorbenen Ehemannes (nachfolgend: Erblasser). Im Testament ordnete der Erblasser Testamentsvollstreckung an. Als Testamentsvollstrecker setzte er den Antragsgegner ein.

2 Das Testament enthält unter der Bezeichnung „Schiedsklausel“ folgende Regelung:

„16. Streitigkeiten der Erben, Ersatzerben, Vermächtnisnehmer, Ersatzvermächtnisnehmer untereinander oder mit dem Testamentsvollstrecker, welche sich bei der Durchführung dieses Testaments ergeben, sind unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte durch einen Schiedsrichter als Einzelrichter zu entscheiden. Tatsachen kann er auch ohne Schiedsverfahren durch ein Schiedsgutachten feststellen. Soweit keine zwingenden Gesetze entgegenstehen, entscheiden Schiedsrichter und Schiedsgutachter prozess- und materielrechtlich nach freiem Ermessen.

17. Schiedsrichter und Schiedsgutachter sind die jeweiligen Testamentsvollstrecker für die Dauer ihres Amtes.“

3 Der Antragsgegner nahm das Amt des Testamentsvollstreckers gegenüber dem AG Schöneberg an, das ihm am 28.8.2014 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilte. Er übt das Amt des Testamentsvollstreckers seitdem aus.

4 Mit Schreiben vom 21.7.2017 forderte die Antragstellerin den Antragsgegner in seiner Eigenschaft als vom Erblasser berufenen Schiedsrichter auf, über seine Ablehnung als Schiedsrichter wegen der Besorgnis der Befangenheit zu entscheiden. In dem Schreiben erklärte die Antragstellerin zugleich die Anrufung des Schiedsgerichts zwecks Entscheidung über eine von ihr gegen den Testamentsvollstrecker erhobene Klage auf Rechnungslegung. In der Folgezeit änderte die Antragstellerin diese Klage in Schreiben an den Antragsgegner mehrfach, zuletzt am 13.11.2017.

5 Unter dem 9.8.2017 wies der Antragsgegner die Antragstellerin darauf hin, dass er niemals erklärt habe, das Schiedsrichteramt in einer Auseinandersetzung mit ihr ausüben zu wollen.

6 Die Antragstellerin ist der Ansicht, der Antragsgegner habe mit Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers konkludent auch das ihm vom Erblasser angetragene Amt des Schiedsrichters angenommen, von dem er trotz Aufforderung nicht zurückgetreten sei.

7 Mit ihren Hauptanträgen hat die Antragstellerin vor dem OLG die Feststellung der Beendigung des Schiedsrichteramtes des Antragsgegners und die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters durch das OLG beantragt. Hilfsweise hat die Antragstellerin die Feststellung beantragt, dass die in dem Testament vom 24.5.2002 enthaltene Schiedsklausel, wonach Streitigkeiten zwischen Erben und dem Testamentsvollstrecker unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte durch einen Schiedsrichter als Einzelrichter zu entscheiden sind, unwirksam ist.

8 Nach der Begründung dieses Hilfsantrags hat die Antragstellerin damit die Feststellung einer Unwirksamkeit der testamentarischen Schiedsanordnung beantragt, soweit diese die Entscheidungsbefugnis eines Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker begründet.

9 Das OLG hat die Hauptanträge der Antragstellerin als unzulässig verworfen und ihrem Hilfsantrag in folgender Fassung stattgegeben:

„Es wird festgestellt, dass das von der Antragstellerin eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren in Bezug auf die mit Schriftsatz der Antragstellerin an den Antragsgegner vom 13.11.2017 geänderte Klage unzulässig ist.“

10 Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners.

11 II. Das OLG hat angenommen, der als Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens auszulegende Hilfsantrag sei gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO statthaft und zulässig. Für den Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO genüge ein auf eine konkrete Streitigkeit bezogenes rechtlich schützenswertes Interesse, die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Schiedsverfahrens feststellen zu lassen. Der Antragsgegner habe sich nicht zur Frage der Zulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens oder eines Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten erklärt. Deshalb sei die Antragstellerin auf die Feststellung der Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens angewiesen, um auszuschließen, dass der Antragsgegner sich im Fall der Anrufung eines ordentlichen Gerichts erfolgreich auf die Einrede einer testamentarischen Schiedsordnung gemäß § 1066 ZPO i. V. m. § 1032 Abs. 2 ZPO berufen könne. Der Hilfsantrag sei auch begründet, weil die Antragstellerin mit der geänderten Klage gegen den Antragsgegner Ansprüche geltend mache, für die eine testamentarische Schiedsordnung des Erblassers die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts nicht wirksam begründen könne, da sich die Ansprüche auf Verpflichtungen des Antragsgegners als Testamentsvollstrecker bezögen. Die testamentarische Schiedsordnung könne auch nicht teilweise für von § 2220 BGB nicht erfasste, weniger bedeutsame Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers aufrechterhalten bleiben.

AUS DEN GRÜNDEN:

12 III. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 1065 Abs. 1 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO) und auch sonst zulässig. Im Ergebnis ist sie jedoch unbegründet.

13 1. Der Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO ist entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde statthaft und zulässig.

14 a) Nach § 1032 Abs. 2 ZPO kann beim OLG bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden. Der Zulässigkeit dieses Antrags steht im Streitfall nicht entgegen, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 21.7.2017 das testamentarisch eingesetzte Schiedsgericht zwecks Entscheidung über die zuletzt mit Schreiben vom 13.11.2017 geänderte Klage angerufen hat.

15 b) Beiden Parteien eines möglichen Schiedsverfahrens gestattet § 1032 Abs. 2 ZPO die schnelle Klärung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens durch das staatliche Gericht. Das für diesen Antrag erforderliche Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich regelmäßig bereits aus der möglichen Parteistellung in dem schiedsrichterlichen Verfahren. Dabei stehen positive und negative Feststellungsklage für beide Parteien zur Wahl.

16 c) Unzulässig ist der Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO allerdings dann, wenn er auf einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, widersprüchlichen Verhalten des Antragstellers beruht (BGH, Beschluss vom 16.3.2017, I ZB 49/16, SchiedsVZ 2018, 37 Rdnr. 32 bis 36 m. w. N.). Das ist im Streitfall entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde indes nicht der Fall.

17 aa) Ein widersprüchliches Verhalten liegt regelmäßig vor, wenn eine Partei in dem Verfahren vor dem staatlichen Gericht geltend macht, nicht das staatliche, sondern das Schiedsgericht sei zuständig, sich später im schiedsrichterlichen Verfahren jedoch darauf beruft, es sei doch das staatliche Gericht zuständig. Ein solches gegensätzliches Verhalten einer Partei läuft auf den Versuch hinaus, dem Gegner in jeder der beiden

Verfahrensarten den Rechtsschutz abzuschneiden und ihn damit praktisch rechtlos zu stellen (BGH, Beschluss vom 30.4.2009, III ZB 91/07, SchiedsVZ 2009, 287 Rdnr. 9). Dasselbe gilt im umgekehrten Fall, wenn der Beklagte im Schiedsverfahren die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts geltend macht und später vor dem staatlichen Gericht die Schiedseinrede erhebt (BGH, Urteil vom 20.5.1968, VII ZR 80/67, BGHZ 50, 191, 196 f., juris Rdnr. 25). Treuwidrig handelt auch, wer arglistig selbst das Schiedsgericht angerufen hat und sich auf die Ungültigkeit des Schiedsverfahrens beruft, nachdem ein Schiedsspruch zu seinen Ungunsten ergangen ist, oder wer als Kläger vor dem staatlichen Gericht nach Erfolglosigkeit der verspäteten Schiedseinrede des Beklagten gegen eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aus demselben Vertrag die Schiedsgerichtsvereinbarung geltend macht (vgl. RG, HRR 1931, 1489; OLG München, MDR 1981, 766; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 7 Rdnr. 4).

18 bb) Der Streitfall liegt anders als diese Fallgruppen. Der Antragstellerin geht es nicht um die Vereitelung effektiven Rechtsschutzes, sondern darum, ihre Klage auf dem richtigen Weg zu verfolgen. Sie will entsprechend dem Zweck des § 1032 Abs. 2 ZPO als klagende Partei in dem möglichen Schiedsverfahren die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens geklärt wissen. Dafür ist es unerheblich, ob sie ihren Antrag positiv (Feststellung der Zuständigkeit) oder negativ (Feststellung der Unzuständigkeit) formuliert. Es stellt ein prozessual zulässiges und im Einklang mit dem Ziel zügiger Verfahrensführung stehendes Verhalten dar, wenn ein Kläger sich im Hinblick auf eine Schiedsvereinbarung zunächst an ein Schiedsgericht wendet, jedoch vor dessen Konstituierung wegen an der Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestehender Zweifel das staatliche Gericht mit dem Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO anruft. Ein widersprüchliches Verhalten liegt darin nicht. In der Anrufung des Schiedsgerichts kann kein Verzicht darauf erkannt werden, vor dem staatlichen Gericht die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts geltend zu machen, sodass dem Kläger in dem möglichen Schiedsverfahren nur noch ein Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit des Schiedsverfahrens bliebe.

19 c) Anders als die Rechtsbeschwerde ausführt, kann die Antragstellerin nicht darauf verwiesen werden, gegen den Antragsgegner eine Klage vor einem ordentlichen Gericht zu erheben, sodass dieses im Fall der Erhebung einer Schiedseinrede durch den Antragsgegner gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO zu prüfen hätte, ob die Schiedsvereinbarung wirksam und durchführbar ist. Es stand der Antragstellerin vielmehr frei, entsprechend dem Wortlaut des Testaments zunächst das Schiedsgericht anzurufen, dessen Zuständigkeit aber einer Prüfung durch das staatliche Gericht gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO zu unterziehen.

20 2. Die Beurteilung des OLG, das von der Antragstellerin eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren sei in Bezug auf die mit Schriftsatz der Antragstellerin an den Antragsgegner vom 13.11.2017 geänderte Klage unzulässig, hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

21 a) Nach § 1066 ZPO gelten für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht

auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, die Vorschriften der ZPO über das schiedsrichterliche Verfahren entsprechend. Ein Schiedsgericht ist nur dann in gesetzlich statthafter Weise errichtet, wenn diese Anordnung in der Verfügungsmacht des Erblassers liegt (BGH, SchiedsVZ 2018, 37 Rdnr. 20, 22; Beschluss vom 17.5.2017, IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109 Rdnr. 12). Die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis des Erblassers findet ihre Grenze unter anderem in § 2220 BGB, wonach der Erblasser nicht das Recht hat, den Testamentsvollstrecker von den ihm nach den §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB obliegenden Verpflichtungen zu befreien. Hierbei handelt es sich um die grundlegenden Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses (§ 2215 BGB), zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB), zur Auskunft und zur Rechnungslegung (§ 2218 BGB) sowie zur Haftung (§ 2219 BGB). Daraus folgt weiter, dass auch Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers in einer letztwilligen Verfügung nicht einseitig durch den Erblasser unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht zugewiesen werden können (BGHZ 215, 109 Rdnr. 11, 13).

22 b) In Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht fehlerfrei ausgeführt, die im Testament des Erblassers vom 24.5.2002 enthaltene Schiedsklausel sei in Bezug auf die mit ihr pauschal angeordnete Zuständigkeit eines Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstreckers offensichtlich wirkungslos, weil die Anordnung auch die in den §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB geregelten grundlegenden Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers betreffe.

23 c) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, die testamentarische Schiedsanordnung hätte jedenfalls in Bezug auf von § 2220 BGB nicht erfasste, weniger bedeutsame Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker teilweise aufrechterhalten werden können, sodass das Berufungsgericht für jeden einzelnen mit der geänderten Schiedsklage geltend gemachten Antrag hätte prüfen müssen, ob sein Gegenstand von der materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers erfasst sei.

24 Die testamentarische Schiedsanordnung kann in Bezug auf Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker auch nicht teilweise für von § 2220 BGB nicht erfasste, weniger bedeutsame Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers aufrechterhalten werden. Es kann dahinstehen, ob – wie das OLG angenommen hat – dieses Ergebnis sich unter Berücksichtigung der in Nr. 18 Satz 2 des Testaments enthaltenen salvatorischen Klausel und einer möglicherweise in Betracht kommenden, entsprechenden Anwendung von § 2085 BGB im Hinblick auf Sinn und Zweck der die gesamte Tätigkeit des Testamentsvollstreckers erfassenden Schiedsanordnung ergibt, die einer zwischen den ordentlichen Gerichten einerseits und einem Schiedsgericht andererseits gespaltenen Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker entgegenstehen könnte. Jedenfalls steht jeglicher Anwendung der testamentarischen Schiedsanordnung in Bezug auf Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker im Streitfall zwingend entgegen,

dass nach Nr. 17 des Testaments der Testamentsvollstrecker selbst als Einzelschiedsrichter berufen ist.

25 Ein Schiedsverfahren über Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker kommt schon aus elementaren Grundsätzen des Verfahrensrechts nicht in Betracht, wenn der Testamentsvollstrecker darüber selbst als Einzelschiedsrichter entscheiden soll. Der Grundsatz, dass niemand in eigener Sache Richter sein kann, gehört zu den Grundprinzipien des Rechtsstaats; insoweit ist es Wesen jeder richterlichen Tätigkeit, dass sie von einem nichtbeteiligten Dritten in sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird (vgl. nur BVerfGE 3, 377, 381, juris Rdnr. 14; 67, 65, 68, juris Rdnr. 10). Das Verbot des Richtens in eigener Sache, das im gerichtlichen Verfahren Ausschlussgrund für die Ausübung des Richteramts ist (§ 41 Nr. 1 ZPO), gilt auch für das schiedsrichterliche Verfahren (BGH, Beschluss vom 28.3.2012, III ZB 63/10, BGHZ 193, 38 Rdnr. 6; Beschluss vom 11.10.2017, I ZB 12/17, SchiedsVZ 2018, 271 Rdnr. 16; MünchKommZPO/Münch, § 1066 Rdnr. 7).

26 Soweit nach der Rechtsprechung des BGH die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts im Rahmen der eigenen materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers, also insbesondere unter Beachtung von § 2220 BGB und ohne Erfassung der Entlassung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB, erwogen werden könnte, kommen dafür von vornherein allein Schiedsvereinbarungen in Betracht, bei denen nicht der Testamentsvollstrecker zum Schiedsrichter berufen ist (vgl. BGHZ 215, 109 Rdnr. 1, 12 f.; Schiedsgericht für Erbstreitigkeiten e. V.). Danach kommt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde eine Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers als Einzelschiedsrichter auch nicht hinsichtlich des Antrags 5 zur Schiedsklage in Betracht, mit dem die Herausgabe eines Hausschlüssels und einer Security-Card an die Antragstellerin begehrt wird, auch wenn diese Herausgabe von der materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers umfasst sein mochte.

27 d) Soweit der Testamentsvollstrecker in Streitigkeiten der Erben, Ersatzerben, Vermächtnisnehmer und Ersatz-Vermächtnisnehmer untereinander nicht selbst Partei ist, kann er als Einzelschiedsrichter tätig werden, sodass die Schiedsklausel in Nr. 16 des Testaments in diesem Umfang wirksam ist.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

Betrachtet man nur die tragenden Aussagen der amtlichen Leitsätze, ist der Beschluss des BGH keine Besprechung wert. Es erscheint selbstverständlich, dass das staatliche Gericht zur Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO angerufen werden kann, denn genau dies sagt die Norm ja aus. Ebenso ist es selbstverständlich, dass ein Testamentsvollstrecker nicht als Schiedsrichter über Streitigkeiten zwischen Nachlassbeteiligten und ihm selbst entscheiden kann und darf. Es erscheint erstaunlich, dass der BGH für solche Banalitäten bemüht werden musste.

Betrachtet man jedoch das Verfahren, das zu diesem Beschluss geführt hat, kommen einem Zweifel an dessen Richtigkeit. Mit dem Hauptantrag zum OLG Frankfurt a. M. hat die Antragstellerin unter anderem die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters für den Testamentsvollstrecker beantragt. Der Testamentsvollstrecker hatte zuvor schriftlich mitgeteilt, dass er niemals erklärt habe, das Schiedsrichteramt ausüben zu wollen.

Statt wie begehrt den ungeeigneten Schiedsrichter zu ersetzen, steht am Ende nun eine Entscheidung, die das Schiedsverfahren für unzulässig erklärt, weil der Schiedsrichter ungeeignet ist. Wie konnte das passieren, wo doch die §§ 1034 ff. ZPO, die auch über § 1066 ZPO für Schiedsverfügungen entsprechend gelten, die Ablehnung und Ersetzung eines Schiedsrichters bei Fortsetzung des Schiedsverfahrens vorsehen?

Nur im Hilfsantrag hatte die Antragstellerin begehrt, die Schiedsklausel für unwirksam zu erklären. Das OLG Frankfurt a. M. verwarf den Hauptantrag wegen offensichtlicher Wirkungslosigkeit der Schiedsklausel als unzulässig und erklärte zum Hilfsantrag folgerichtig das eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren für unzulässig. Gegen diese Entscheidung über den Hilfsantrag richtete sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners (= Testamentsvollstrecker und eingesetztter Schiedsrichter).

Das OLG Frankfurt a. M. hat die Unzulässigkeit des eingeleiteten schiedsrichterlichen Verfahrens zutreffend damit begründet, dass Streitgegenstände, die Regelungen der §§ 2220, 2227 BGB betreffen, nicht der Verfügungsmacht des Erblassers unterliegen und deshalb nicht „in gesetzlich zulässiger Weise“ einseitig durch den Erblasser der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden können.¹ Zu § 2227 BGB hatte der 4. Senat des BGH die Unwirksamkeit einer solchen Schiedsverfügung auch bereits mit überzeugender Begründung festgestellt.² Zum BGH kam der jetzige Streit nur deshalb, weil der Beschwerdeführer eine Aufrechterhaltung der Schiedsklausel für andere Streitgegenstände, die isoliert gesehen schiedsfähig waren, beehrte. Anders als das OLG, das dieses Begehren ablehnte, weil eine gespaltene Zuständigkeit zwischen Schiedsgericht und staatlichem Gericht nicht dem Sinn und Zweck der Anordnungen des Erblassers entspreche,³ zeigte sich der BGH für eine solche eingeschränkte Wirksamkeit offen,⁴ erklärte aber die Schiedsklausel für die Streitigkeiten des Beschwerdeverfahrens für unwirksam, weil der Testamentsvollstrecker nicht Schiedsrichter in eigener Sache sein könne.

Leider verliert der BGH kein Wort darüber, warum dies nicht – wie bei staatlichen Gerichten auch – über die gesetzlich vorgesehene Auswechslung der Entscheidungsperson,

sondern über die Unwirksamkeit der Schiedsklausel gelöst wird. Der 1. Senat erliegt hier leider wieder der Versuchung, statt einer genauen Betrachtung des Gesetzes lieber einen stark klingenden Tenor zu formulieren.⁵ Nicht zum ersten Mal bemüht er die Voraussetzung des § 1066 ZPO, nämlich die Anordnung „in gesetzlich statthafter Weise“ um alles, was nicht seinem Rechtsverständnis entspricht, zu einer unwirksamen Schiedsverfügung zu erklären. Dabei ignoriert er, dass die Rechtsfolge der Vorschrift, „gelten die Vorschriften dieses Buches entsprechend“, auf rund vierzig Paragraphen verweist, die passende Regelungen für rechtswidrige Aspekte enthalten. Gegen diese Art der Auslegung spricht im vorliegenden Fall:

- a) Die Benennung eines Schiedsrichters durch den Erblasser ist kein (notwendiger) Teil der Anordnung des Schiedsgerichts. Der Erblasser kann Schiedsgerichtsbarkeit anordnen, ohne einen Schiedsrichter festzulegen oder die Zahl der Schiedsrichter zu bestimmen. Die Regelungen zur Konstituierung ergeben sich dann aus den §§ 1034 ff. BGB.
- b) Diese Regeln enthalten auch Vorschriften, wie bei einer nicht akzeptablen Besetzung des Schiedsgerichts zu verfahren ist, insbesondere für Benachteiligungen einer Partei bei dessen Zusammensetzung (§ 1034 Abs. 2 ZPO), die Gründe für die Ablehnung eines Schiedsrichters und das Ablehnungsverfahren (§ 1036 Abs. 2, § 1037 ZPO) sowie zur Beendigung des Schiedsrichteramtes, wenn der Schiedsrichter aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, seine Aufgaben zu erfüllen (§ 1038 Abs. 1 ZPO). Der Testamentsvollstrecker ist hier aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage, die Aufgabe als Schiedsrichter zu erfüllen, d. h. die Vorschrift regelt genau das Problem, die Lösung ist die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters gemäß § 1039 ZPO.
- c) Mit dem Schiedsverfahrensgesetz wurde § 1025 Abs. 2 ZPO a. F., der die Unwirksamkeit prozessualer Regelungen anordnete, ausdrücklich nicht aufrechterhalten. Die Einordnung der Schlechtbesetzung als Unwirksamkeitsgrund ist auch insoweit contra legem.

Der 1. Senat begründet zwar ausführlich, warum der Testamentsvollstrecker nicht Schiedsrichter sein kann, erläutert aber an keiner Stelle seine Entscheidung für die Rechtsfolge „Unwirksamkeit der Schiedsverfügung“. Vielleicht ist die Schwere des Fehlers der Grund, der „elementare Grundsätze des Verfahrensrechts“ verletzt, die zu den „Grundprinzipien des Rechtsstaats“ gehören.⁶ Denkbar wäre es auch, das notarielle Testament so auszulegen, dass der Erblasser kein Schiedsverfahren mit einem anderen Schiedsrichter als dem jeweils aktuellen Testamentsvollstrecker wollte. All dies ist dem BGH jedoch keine Erwägung wert. Er ignoriert damit einschlägige Kommentierungen zur Unwirksamkeit der

1 Dies wird vom BGH in Rdnr. 22 für §§ 2215 f., 2218 f. BGB hier ausdrücklich bestätigt.

2 BGH, Beschluss vom 17.5.2017, IV ZB 25/16, MittBayNot 2018, 345 mit Anm. *Bandel*.

3 Begründung in der Entscheidung des BGH insoweit leider nicht abgedruckt, vgl. aber Rdnr. 24 der besprochenen Entscheidung.

4 Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.

5 So leider schon bei seiner Entscheidung zum Pflichtteilsrecht, dem der 1. Senat im Kontext von § 1066 ZPO die Schiedsfähigkeit abspricht, anstatt die fehlende Verfügungsbefugnis des Erblassers als Grund dafür zu erkennen, dass der Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser nicht der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden kann, vgl. BGH, Beschluss vom 16.3.2017, I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 347 Rdnr. 27 ff. mit Anm. *Bandel*.

6 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

Schiedsvereinbarung wegen nachteiliger prozessualer Regelungen, insbesondere Fehler bei der Besetzung des Schiedsgerichts.⁷ Dafür ist kein Grund erkennbar. Zum Schutz der von einer solchen Anordnung betroffenen Partei ist diese Abkehr vom Gesetz nicht notwendig. Denn sollte es in einem solchen Fall tatsächlich zu einem Verfahren oder gar einer Entscheidung kommen, hält diese dem ordre public nicht stand und ist gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2b ZPO von Amts wegen aufzuheben.⁸

Was bedeutet die Entscheidung für die Praxis? Die Einsetzung des Testamentsvollstreckers als Schiedsrichter sollte unterbleiben. Gedacht war sie ohnehin zur Verstärkung seiner Stellung. Ein Testamentsvollstrecker mit starker Stellung (Dauervollstreckung, umfassende Befugnisse) wird bei Nachlassstreitigkeiten meist auch Partei sein und ist deshalb als Schiedsrichter zwingend ausgeschlossen. Seine Einsetzung gefährdet die Wirksamkeit des Schiedsverfahrens. Ob diese nach der Entscheidung des BGH noch gerettet werden kann, wenn man für solche Fälle einen Ersatzschiedsrichter benennt, ist fraglich.

Wegen der Entscheidung der Vorinstanz sollte in einer Schiedsverfügung klargestellt werden, dass diese nur für solche Streitigkeiten gilt, für die Schiedsgerichtbarkeit letztwillig verfügt werden kann, insbesondere also nicht für Pflichtteilsstreitigkeiten und für Rechtsnormen, die nicht der Verfügungsbefugnis des Erblassers unterliegen, zum Beispiel die in § 2220 BGB genannten Normen und Streitigkeiten gemäß § 2227 BGB.

Ob die Anordnung eines Schiedsverfahrens für eventuelle Erbstreitigkeiten überhaupt zweckmäßig ist, sollte stets kritisch hinterfragt werden.⁹

- 7 MünchKomm-ZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, § 1034 Rdnr. 12, § 1036 Rdnr. 11; Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 1034 Rdnr. 5; Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 1034 Rdnr. 13.
- 8 MünchKomm-ZPO/Münch, § 1036 Rdnr. 9.
- 9 Pro und Contra bei Walz/Bandel, Das ADR-Formularbuch, 2. Aufl. 2017, Kap. 25 Rdnr. 2-6.

16. Sittenwidrigkeit einer an die Besuchspflicht geknüpften bedingten Erbeinsetzung

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 5.2.2019, 20 W 98/18

BGB §§ 134, 138, § 2065 Abs. 1, § 2200
GG Art. 14 Abs. 1 Satz 1

LEITSATZ:

Eine an die Besuchspflicht geknüpfte bedingte Erbeinsetzung der Enkel ist sittenwidrig und damit nichtig, da der Erblasser erbrechtliche Vermögensvorteile als Druckmittel für zu Lebzeiten durchzuführende Besuche seiner Enkelkinder einsetzt. Jedoch können die Enkel unter Berücksichtigung des hypothetischen Willens des Erblassers auch ohne Erfüllung der Besuchspflicht Miterben sein. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerdeführer, die Enkel des Erblassers (nachfolgend nur: die Enkelkinder), wenden sich mit ihrer (...) Beschwerde (...) gegen den Beschluss des Nachlassgerichts (...).

2 Mit diesem Beschluss hat das Nachlassgericht auf den (...) Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 das Vorliegen der Voraussetzungen zu dessen Erteilung für festgestellt erachtet. Danach sollen durch den Erbschein die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben des Erblassers zu je 1/2 ausgewiesen werden.

3 Bei der Beteiligten zu 1 handelt es sich um die letzte Ehefrau des Erblassers. Der Beteiligte zu 2 ist ein Sohn des Erblassers aus früherer Ehe. Bei den beschwerdeführenden Enkelkindern handelt es sich um die Kinder des weiteren Sohnes des Erblassers aus dieser früheren Ehe, B.

4 Dem Erbscheinsantrag liegt das von dem Erblasser handschriftlich geschriebene und von ihm und der Beteiligten zu 1 unterschriebene Testament vom 20.9.2014 zugrunde (...). Dieses hat auszugsweise folgenden Inhalt:

„(...) Sollte ich C vor meiner Frau versterben, bekommen meine Frau 25 % meines gesamten Geldvermögen und kümmert sich um Bestattung und Pflege der Grabstätte. Die Kosten hierfür werden von dem vorhandenen Geld verwendet. 25 % des verbleibenden Geldvermögens bekommt mein Sohn D.

Die restlichen 50 % des dann noch vorhandenen Geldes, bekommen, zu gleichen Teilen meine Enkel F u. E, aber nur dann, wenn sie mich regelmäßig d. h. mindestens 6-mal im Jahr besuchen.

Wenn das der Fall ist, muss das Nachlassgericht bis zu ihrem 21. Lebensjahr das Geld auf einem Sperrkonto verwahren.

Sollte das nicht der Fall sein d. h. mich keiner besuchen, werden die restlichen 50 % des Geldes zwischen meiner Frau G und meinem Sohn D aufgeteilt.

Mein Sohn B seine Frau H dürfen über den Erbnachlass nicht verfügen, und auch nach dem jetzigen Stand der Dinge nich zu meiner Beerdigung kommen (...).“

5 Das Nachlassgericht hat – in Übereinstimmung mit der Ansicht der Beteiligten zu 1 und entgegen der Ansicht der Beschwerde – seine angefochtene Entscheidung tragend darauf gestützt, dass der Erblasser seinen Willen eindeutig an die Bedingung geknüpft habe, dass seine Enkelkinder ihn jährlich sechsmal besuchen. Dies begründe inhaltlich keine Bedenken, es sei vielmehr ein legitimes Interesse des Erblassers gewesen, seine Enkelkinder regelmäßig zu sehen; dass dies ersichtlich von dem Willen des Vaters der Enkelkinder abhing, unterliege keinen Bedenken. Der Wille des Erblassers sei nicht erfüllt worden. Zwar sei weder das Kalenderjahr beendet gewesen noch habe zwischen der Testamentserrichtung und dem Tod des Erblassers ein Jahr gelegen. Gleichwohl müsse das Testament so ausgelegt werden, dass die vom Erblasser genannte Bedingung nicht eingetreten sei. Es sei nämlich davon auszugehen, dass es sich bei den zur Bedingung gemachten Besuchen um solche in regelmäßiger