

Festschrift für
Siegfried H. Elsing
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Prof. Dr. Dirk Olzen

Prof. Dr. Otto Sandrock

Wann sind Schiedsvereinbarungen und sogar Schiedsordnungen ebenso beurkundungsbedürftig wie das Grundgeschäft?

Alexander Loos

I. Das Problem

Die vertragsrechtliche Beratung verwendet zunehmend Schiedsvereinbarungen. Geschieht dies in beurkundungspflichtigen Verträgen, fragt sich, ob die Schiedsvereinbarung¹ selbst und darüber hinaus auch die Schiedsordnung, auf die sie verweist, der Beurkundungspflicht unterliegen. Die ohnehin von den Parteien oft als Strapaze empfundene notarielle Beurkundung wäre um ein weiteres abschreckendes Merkmal reicher. Gerade der Jubilar, dem dieser Beitrag gewidmet ist, hat sich in Deutschland für eine breite Akzeptanz von Schiedsvereinbarungen eingesetzt und würde wohl abschreckende Formalien weitest möglich reduzieren wollen.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nun in einem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des BGH vorgesehenen Beschluss vom 24.7.2014² betont, dass weder die Vereinbarung einer Schiedsklausel noch die Schiedsordnung, auf die sie Bezug nimmt, der Beurkundungspflicht unterliegt. Dies soll auch dann gelten, wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft selbst beurkundungsbedürftig ist.³ Damit hat er einen lange währenden Meinungsstreit innerhalb der rechtlichen Fachliteratur vorerst beendet. Auch die Vorinstanz, das OLG München,⁴ war hinsichtlich der Beurkundungsbedürftigkeit von Schiedsvereinbarungen, die sich auf ihrerseits beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte beziehen, noch anderer Ansicht als der BGH und hatte damit weitere Stellungnahmen zu diesem Thema ausgelöst.⁵ Der vorliegende Beitrag nimmt die aktuelle Entscheidung des BGH zum Anlass, die Unsicherheiten in diesem Bereich darzustellen, ihre vorläufige Beseitigung durch den Beschluss vom 24.7.2014 zu überdenken und auf Implikationen für die Kautelar-Praxis hinzuweisen.

1 Nach der Legaldefinition in § 1029 Abs. 2 ZPO werden Schiedsvereinbarungen in Form einer selbstständigen Vereinbarung als Schiedsabrede und solche in Form einer Klausel in einem Vertrag als Schiedsklausel bezeichnet.

2 BGH, Beschluss vom 24.7.2014, III ZB 83/13, BeckRS 2014, 16618.

3 BGH, Beschluss vom 24.7.2014, III ZB 83/13, BeckRS 2014, 16618, Rn. 16.

4 OLG München, Beschluss vom 10.9.2013, 34 SchH 10/13, SchiedsVZ 2013, 287, 291.

5 *Faulhaber*, jurisPR-HaGesR 12/2013 Anm. 6; *Giessen*, GWR 2013, 464; *Heskamp*, DNotZ 2014, 206; *Kindler*, NZG 2014, 961; *Wachter*, EWiR 2014, 267; *Weyer*, IBR 2013, 785.

II. Wann bedürfen Schiedsklauseln der notariellen Beurkundung?

Das Gesetz fordert für Schiedsvereinbarungen keine notarielle Form (vgl. § 1031 ZPO), sondern allenfalls Privatschriftlichkeit, die sich in verschiedenen Varianten erfüllen lässt (§ 1031 Abs. 1 ZPO).⁶ Für den gewerblichen Verkehr sieht das Gesetz Lockerungen vor (§ 1031 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO).

Ist ein Verbraucher an der Schiedsvereinbarung beteiligt, sind die Formerfordernisse verschärft (§ 1031 Abs. 5 ZPO): Es gilt ein formales Trennungsgebot.⁷ Die Urkunde oder deren digitale Verkörperung darf keinerlei andere Regelungen enthalten (§ 1031 Abs. 5 S. 3 HS. 1 ZPO).⁸ Dies soll nicht gelten, wenn die Schiedsklausel ohnehin notariell beurkundet wird (§ 1031 Abs. 5 S. 3 HS. 2 ZPO).⁹

Das 10. Buch der ZPO, das alle wesentlichen gesetzlichen Regelungen zur verfahrensrechtlichen Bindungswirkung von Schiedsklauseln enthält, schreibt keine öffentliche Beurkundung für Schiedsklauseln vor – eine Beurkundungspflicht kann sich deshalb allenfalls derivativ aus der Beurkundungspflichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts ergeben.

1. Der Meinungsstand vor der Entscheidung des BGH von 2014

Nach überwiegender Meinung des Schrifttums sind Schiedsklauseln für sich genommen nicht beurkundungspflichtig.¹⁰ Meist wird dies damit begründet, die Schiedsvereinbarung stehe und falle „unabhängig vom Rest des Vertrages“ und könne schon deshalb nicht von der Beurkundungspflichtigkeit des Vertrages mit umfasst sein.

In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof bereits 1977 – also vor Inkrafttreten des heutigen 10. Buches der ZPO – entschieden.¹¹ Wollten die Parteien dem Schiedsgericht auch die Entscheidung über die Wirksamkeit des Hauptvertrages übertragen, seien die Wirksamkeit des Hauptvertrages und die des Schiedsvertrages jeweils gesondert zu beurteilen. Der Mangel einer für den Hauptvertrag

6 Kindler, NZG 2014, 961, 962.

7 Heskamp, RNotZ 2012, 415, 418 f.; Broichmann/Matthäus, SchiedsVZ 2008, 274.

8 Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 72. Aufl. 2014, § 1031, Rn. 9.

9 Einerseits, weil der Notar verpflichtet ist, die Parteien des beurkundeten Geschäfts auf die Schiedsklausel hinzuweisen, andererseits weil der Gesetzgeber keine weitere, getrennte notarielle Urkunde erforderlich machen wollte (vgl. BGH, Urteil vom 1.3.2007, III ZR 164/06, SchiedsVZ 2007, 163).

10 Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 72. Aufl. 2014, § 1031, Rn. 10; Lachmann, SchiedsVZ 2003, 28, 33; Lachmann/Lachmann, BB 2000, 1633, 1635 f.; Voit, in: Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 1031, Rn. 10; Reichold, in: Thomas/Putzo, 35. Aufl. 2014, § 1031, Rn. 3; Heidbrink, GmbHR 2010, 848, 850; Broichmann/Matthäus, SchiedsVZ 2008, 274, 276 ff.

11 Urteil vom 22.9.1977, III ZR 144/76, BGHZ 69, 260, 263 = NJW 1978, 212, 212.

vorgeschriebenen Form könne dann den Schiedsvertrag nicht erfassen, weil die im Schiedsvertrag gewollte Streiterledigung wegen des sonst übereinstimmenden Formmangels von Hauptvertrag und Schiedsvertrag unmöglich werde.¹²

Ein Teil des Schrifttums versteht diese höchstrichterliche Rechtsprechung dennoch nicht als grundsätzliche Entscheidung zu Gunsten der gesonderten Beurteilung von Schiedsvereinbarungen (sog. „Trennungsprinzip“), sondern als strikte Ausrichtung am Parteiwillen im Einzelfall und empfiehlt daher vorsorglich die Beurkundung einer jeden Schiedsvereinbarung, die mit beurkundungspflichtigen Geschäften in Verbindung steht.¹³ Jedenfalls strahle die Beurkundungspflicht des Hauptgeschäftes auf die Schiedsvereinbarung aus und mache sie ebenfalls beurkundungspflichtig, wenn Hauptvertrag und Schiedsvereinbarung nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig seien, dass sie miteinander „stehen oder fallen“ sollen.¹⁴

Durch diese Lesart der Rechtsprechung des BGH in der Zeit seit 1977 blieb unsicher, wann die Voraussetzungen für diese sog. „Einheitslösung“ vorliegen, insbesondere, ob sie überhaupt vorliegen können, wenn das vereinbarte Schiedsgericht auch über die Wirksamkeit des Hauptvertrages entscheiden soll. Mit diesem unbefriedigenden Zustand fand sich die seinerzeit herrschende Meinung ab. Sie referierte zwar korrekt den Inhalt der Entscheidung.¹⁵ Ein Teil des Schrifttums ignorierte aber,¹⁶ dass der BGH die Formerfordernisse für Schiedsvereinbarungen ausschließlich nach den Anforderungen der deutschen Zivilprozessordnung, nicht nach den Bestimmungen für die Form des Hauptgeschäftes beurteilt hatte.¹⁷ Nur vereinzelt finden sich Hinweise darauf, dass Schiedsvereinbarungen hinsichtlich ihrer Formerfordernisse eigenständig zu beurteilen seien, wenn sich dies aus dem Parteiwillen ergebe.¹⁸ Einige Autoren gingen sogar über die Aussage des BGH hinaus, indem sie eine Beurkundungspflicht für Schiedsabreden grund-

12 BGH, Urteil vom 22.9.1977, III ZR 144/76, BGHZ 69, 260, 264 = NJW 1978, 212, 213.

13 *Schmitz*, RNotZ 2003, 591, 603; *Wolfsteiner*, ZNotP, Beilage zu 3/2000, 2, 5; *Schumacher*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311b Abs. 1, Rn. 196; *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 418 f.

14 BGH, Urteil vom 19.3.1971, V ZR 143/69, MDR 1971, 468, Rn. 15; BGH, Urteil vom 6.12.1979, VII ZR 313/78, NJW 1980, 829, 830; BGH, Urteil vom 14.4.1986, II ZR 155/85, NJW 1986, 2642, 2643; BGH, Urteil vom 24.9.1987, VII ZR 306/86, NJW 1988, 132; BGH, Urteil vom 27.6.2001, VIII ZR 329/99, NJW 2002, 142, 143; für § 311b BGB statt vieler: *Grüneberg*, in: Palandt, 73. Aufl. 2014, § 311b, Rn. 32; für § 15 GmbHG statt vieler: *Reichert/Weller*, in: MüKo-GmbHG, 1. Aufl. 2010, § 15, Rn. 106.

15 *Lachmann*, SchiedsVZ 2003, 28, 33; *Hilgard/Haubner*, BB 2014, 970, 971; *Böttcher/Fischer*, NZG 2011, 601, 603.

16 *Böttcher/Fischer*, NZG 2011, 601, 603.

17 BGH, Urteil vom 22.9.1977, III ZR 144/76, BGHZ 69, 260, 263 = NJW 1978, 212, 212.

18 *Voit*, in: Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 1031, Rn. 10; *Böttcher/Fischer*, NZG 2011, 601, 603.

sätzlich verneinten.¹⁹ Diese extreme Ablehnung jedweder Beurkundungspflicht sollte sich aus § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO ergeben, demzufolge eine Schiedsklausel „als von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängig“ zu behandeln ist. Dies müsse auch dann gelten, wenn der Hauptvertrag beurkundungspflichtig sei.²⁰ Auch regle § 1031 ZPO als „*lex specialis*“ die Formerfordernisse für wirksame Schiedsvereinbarungen abschließend, sodass für einen Formzwang, abgeleitet aus den für den Vertrag bestehenden Formvorschriften, kein Raum bleibe.²¹

Vertragsrechtliche Praktiker sehen das prinzipiell anders: Für sie sind die Sicherheit des Rechtsverkehrs und die eindeutige Gültigkeit der getroffenen Regelungen höherrangig, als die praktikable Durchsetzung einer Schiedsvereinbarung zum Zwecke der Streiterledigung. Kein Wunder, dass die Mehrheit unter diesen Umständen für Transaktionen – insbesondere in Diskussionsbeiträgen der Notare – eine Pflicht zur öffentlichen Beurkundung von Schiedsvereinbarungen vorsorglich bejahte, wenn diese Form für den (Haupt-)Vertrag gilt.²² Maßgeblich solle jeweils die Form des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts sein. Dies ergebe sich aus dem „beurkundungsrechtlichen Vollständigkeitsgrundsatz“ und daraus, dass (Haupt-)Vertrag und Schiedsvereinbarung nach denselben Formvorschriften zustande kommen müssten, wenn nach dem Willen auch nur einer Partei beide als untrennbare Einheit anzusehen seien. Dies wiederum sei in aller Regel zu vermuten,²³ denn die Schiedsvereinbarung diene den Parteien zur Befriedung, um den Bestand des Vertrages trotz Entstehens einer Streitigkeit zu retten.²⁴ Man verstehe das Argument des BGH in dessen Urteil von 1977²⁵ falsch, wenn man daraus folgere, die Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichtes für die Wirksamkeit des (Haupt-)Vertrages begründe stets eine getrennte Beurteilung der Schiedsklausel. Maßgeblich sei allein der Verknüpfungswille der Parteien.²⁶ Zudem trage das Urteil nach dem Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz nicht mehr.²⁷ Die Warnfunktion der notariellen Beurkundung sei unter der damals geltenden Rechtslage durch das materielle Schriftformerfordernis und ein formales Trennungsgebot hinsichtlich der Verkörperung der Schiedsvereinbarung hinrei-

19 Hilgard/Haubner, BB 2014, 970, 972 f.; Lachmann/Lachmann, BB 2000, 1633, 1635; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 72. Aufl. 2014, § 1031, Rn. 10; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl. 2014, § 1031, Rn. 3.

20 Lachmann/Lachmann, BB 2000, 1633, 1635; so auch: Hilgard/Haubner, BB 2014, 970, 971; ausführlich: Heidbrink, GmbHR 2010, 848, 850; zur Selbstständigkeit von Hauptvertrag und Schiedsvereinbarung: Geimer, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 1040, Rn. 3.

21 Hilgard/Haubner, BB 2014, 970, 973 f., 975; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, 5. Kapitel, Rn. 2; Heidbrink, GmbHR 2010, 848, 850.

22 Schmitz, RNotZ 2003, 591, 603; Wolfsteiner, ZNotP, Beilage zu 3/2000, 2, 5; Schumacher, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311b Abs. 1, Rn. 196.

23 Kindler, NZG 2014, 961, 965; Schmitz, RNotZ 2003, 591, 603; Schumacher, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311b Abs. 1, Rn. 196; Heskamp, RNotZ 2012, 415, 418 f.

24 Schmitz, RNotZ 2003, 591, 603.

25 BGH, Urteil vom 22.9.1977, III ZR 144/76, BGHZ 69, 260, 263 = NJW 1978, 212.

26 Schumacher, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311b Abs. 1, Rn. 196.

27 Siehe zum Folgenden Kindler, NZG 2014, 961, 963.

chend gewahrt worden. Eine separate Urkunde sei jedenfalls im gewerblichen Verkehr nun nicht mehr erforderlich, sodass die damit einhergehende Warnfunktion weggefallen und das Ergebnis des BGH von 1977 nicht mehr zu halten sei.

Auch aus dem „Trennungsprinzip“ nach § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO ergebe sich nicht zwingend, dass die Schiedsvereinbarung hinsichtlich ihrer Form selbstständig zu beurteilen sei – vielmehr gelte das „Trennungsprinzip“ nur für die Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichtes i. S. d. § 1040 Abs. 1 Satz 1 ZPO.²⁸ Ob die Schiedsvereinbarung im Einzelfall ebenso zu beurkunden sei, wie der Hauptvertrag, lasse sich aus dieser Bestimmung nicht ableiten.²⁹ Ohnehin sei in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Kern der Kompetenz-Kompetenz oft verkannt worden. Ihre Wurzel sei der Parteiwille als Grundlage für die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes; die Frage der Formerfordernisse für eine gültige Schiedsvereinbarung stelle sich erst in einem zweiten Schritt nach „allgemeinen Regeln“.³⁰

Schließlich sei § 1031 ZPO auch keine speziellere Norm gegenüber den für den Hauptvertrag geltenden Formerfordernissen. Vielmehr sei die Schiedsvereinbarung doppelunktional zu betrachten.³¹ Eine prozessuale Vereinbarung könne zugleich den Charakter einer beurkundungsbedürftigen Nebenabrede im Sinne einer materiellen Formvorschrift haben,³² sodass die materiellen Formvorschriften gleichberechtigt neben der prozessualen Formvorschrift stünden.³³ Vorsorglich sei stets davon auszugehen, dass die Formerfordernisse für Grundstücksgeschäfte und für Verpflichtungen oder Verfügungen über GmbH-Anteile auch für die zum Vertrag gehörenden Schiedsvereinbarungen gelten.³⁴

Auch solche Vertragsrechtler, die vorsorglich die notarielle Beurkundungspflichtigkeit des Hauptvertrages auf die darin enthaltene Schiedsklausel erstrecken wollten, räumten freilich ein, dass jene Fälle anders zu behandeln seien, in denen die Schiedsklausel „*ex post*“ zustande kommt; die nachträglich vereinbarte Schiedsklausel sei stets auch ohne die für den Hauptvertrag erforderliche Form gültig, wenn die Voraussetzungen des § 1031 ZPO eingehalten würden.³⁵

28 Kindler, NZG 2014, 961, 963 f.

29 Schmitz, RNotZ 2003, 591, 602; Heidbrink, GmbHR 2010, 848, 850.

30 Schmitz, RNotZ 2003, 591, 602.

31 Kindler, NZG 2014, 961, 963 bezeichnet die Schiedsvereinbarung als „doppelwertige Nebenabrede“.

32 Kindler, NZG 2014, 961, 963. In diese Richtung auch Giessen, GWR 2013, 464, 464, der „zwischen der prozessualen und der materiell-rechtlichen Ebene“ trennt.

33 Kindler, NZG 2014, 961, 963.

34 Schumacher, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311b Abs. 1, Rn. 196.

35 Schmitz, RNotZ 2003, 591, 603; Geimer, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 1031, Rn. 47.

2. Stellungnahme unter Berücksichtigung der aktuellen Entscheidung des BGH

Bereits die Entscheidung des BGH aus 1977 enthielt drei Aussagen, an denen keiner der Kritiker und Interpretatoren der Entscheidung vorbeikommt:

- Ob für die Schiedsklausel die Formerfordernisse des Hauptvertrages gelten, richtet sich nach dem Parteiwillen und
- der Parteiwille für eine formenrechtlich getrennt zu beurteilende Schiedsklausel ergibt sich bereits daraus, dass das Schiedsgericht auch über die Wirksamkeit des (Haupt-)Vertrages entscheiden soll und
- die Bestimmungen des deutschen Zivilprozessrechtes über die Formerfordernisse für Schiedsklauseln sind „*leges speciales*“ gegenüber den Formerfordernissen des bürgerlichen oder des Gesellschaftsrechtes für den (Haupt-)Vertrag.

In seiner aktuellen Entscheidung greift der BGH diese Punkte erneut auf. Der letztgenannte Aspekt wird durch die Feststellung bestätigt, dass eine Schiedsvereinbarung zu ihrer Wirksamkeit lediglich der Einhaltung der in § 1031 ZPO geregelten Schriftform bedürfe. Daran ändere sich auch dann nichts, wenn sich die Schiedsvereinbarung auf ein Rechtsgeschäft bezieht, das seinerseits beurkundungsbedürftig ist.³⁶ Zur weiteren Begründung zitiert der BGH wörtlich die wesentlichen Passagen seiner Entscheidung von 1977.³⁷ Dadurch betont er wiederum die Maßgeblichkeit des Parteiwillens. Die oben herausgestellten drei Aussagen führen dazu, dass die Formbedürftigkeit des zugrundeliegenden Geschäftes für Schiedsvereinbarungen nicht maßgeblich ist. Darüber hinaus führt das Gericht eine weitere Begründung an, die sich durch die Gesetzesänderung infolge des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz ergibt: So teilt der BGH die Ansicht, dass die Einführung des § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Selbstständigkeit der Schiedsvereinbarung betont und diese Eigenständigkeit auch den Unterschied zu einer beurkundungsbedürftigen Nebenabrede markiert.³⁸ Die selbstständige Bewertung der Schiedsvereinbarung in formaler Hinsicht führt damit zu der vom Gesetzgeber mit dem Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz beabsichtigten Erleichterung des Abschlusses von Schiedsvereinbarungen.³⁹ Mit den drei bereits aus dem Urteil von 1977 stammenden Argumenten, sowie dem neu hinzugefügten Aspekt betont der BGH die Selbstständigkeit der Schiedsvereinbarung als prozessuale Abrede – sie teilt nicht das Schicksal des Hauptvertrages, ist also auch wirksam wenn der Hauptvertrag unwirksam wäre. Der BGH stellt in der zitierten Passage des Urteils von 1977 darauf ab, dass die Schiedsklausel „*in diesem Sinn* keinen Bestandteil des Hauptvertrages dar[stellt]“.⁴⁰ Damit trifft er noch keine Aussage dazu, ob die Schiedsvereinbarung zugleich als materiell

36 BGH, Beschluss vom 24.7.2014, III ZB 83/13, BeckRS 2014, 16618 Rn. 14 und 16.

37 BGH, Beschluss vom 24.7.2014, III ZB 83/13, BeckRS 2014, 16618 Rn. 17.

38 BGH, Beschluss vom 24.7.2014, III ZB 83/13, BeckRS 2014, 16618, Rn. 18.

39 Siehe zu dieser Erwägung BT-Drs. 13/5274, 36 rechte Spalte.

40 BGH, Beschluss vom 24.7.2014, III ZB 83/13, BeckRS 2014, 16618, Rn. 17.

formbedürftiges Rechtsgeschäft und damit doppelfunktional zu betrachten sei. Wenn ja, hätte dies zur Folge, dass der Wille auch nur einer Partei, den Hauptvertrag mit der Schiedsvereinbarung zu verknüpfen, diesen nach materiellen Maßstäben unwirksam sein ließe, wenn die Schiedsvereinbarung nicht mit beurkundet worden wäre. Aus (davon getrennter) prozessualer Sicht wäre die Schiedsabrede selbst aber wirksam. Das Schiedsgericht wäre somit zuständig, könnte aber nur die Unwirksamkeit des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts wegen Formmangels feststellen.

Der BGH hat durch seinen neuen Beschluss zwar Unsicherheiten zur Form einer wirksamen Schiedsvereinbarung geklärt. Die Beurkundung der Schiedsvereinbarung ist dafür nicht erforderlich. Doch besteht (weiterhin) Unsicherheit darüber, ob dann, wenn die Schiedsvereinbarung von einer Partei als so wesentlich für den Hauptvertrag anzusehen ist, dass dieser mit ihr stehen und fallen soll, die Wirksamkeit des Hauptvertrages von der Beurkundung auch der Schiedsvereinbarung als Nebenabrede abhängt.

Eine vollständig getrennte Beurteilung der Bindungswirkung einer Schiedsvereinbarung ist dann erforderlich, wenn nicht nur die Parteien des Hauptvertrages gebunden sein sollen, sondern auch deren gewillkürte Rechtsnachfolger: Ist in einer GmbH-Satzung bestimmt, dass Gesellschafterstreitigkeiten ausschließlich durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen, so kann dies für neu hinzutretende Gesellschafter derselben GmbH nur verbindlich sein, wenn sie entweder der Regelung zustimmen oder sie in der (öffentlich einsehbar) Satzung der GmbH vorfinden. Diese Wirkung gegenüber neu hinzutretenden Vertragsbeteiligten erfordert in jedem Fall, dass die Schiedsklausel zu dem Regelwerk des Gesellschaftsvertrages gehört, der in das Handelsregister eingetragen ist.⁴¹ Dies ist unabdingbare Voraussetzung dafür, die Bindung an die Schiedsklausel auf weitere, zuvor unbeteiligte neue Gesellschafter zu erstrecken. Ob die Vereinbarung ansonsten wirksam ist, mag sich dann nach anderen, z. B. inhaltlichen Anforderungen richten.

III. Wann bedürfen Schiedsgerichtsordnungen der notariellen Beurkundung?

Die bisherigen Veröffentlichungen, die bereits die Beurkundungsbedürftigkeit der Schiedsklausel selbst ablehnen, gehen verständlicherweise nicht weiter auf die Beurkundungsbedürftigkeit einer etwa in Bezug genommenen Schiedsordnung

⁴¹ Umgekehrt nehmen Zusatzvereinbarungen zwischen den Gesellschaftern, die außerhalb der Gesellschaftssatzung entstehen, an der Geltungs- und Bestandskraft des Gesellschaftsvertrags im Innenverhältnis der Gesellschafter nicht teil und erstrecken sich nicht ohne Weiteres auf künftige Gesellschafter; dazu: BGH NJW-RR 1993, 607, 607 f.; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 3, Rn. 49; Seibt, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Aufl. 2014, § 2, Rn. 11 f.; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 3 GmbHG, Rn. 85.

ein.⁴² Einige Autoren, die die Beurkundungspflicht der Schiedsklausel im Grundsatz ablehnen, empfehlen aber die Beurkundung der Schiedsordnung, wenn die Parteien ohnehin bereits die Schiedsklausel freiwillig beurkundet haben.⁴³

1. Der Meinungsstand vor der Entscheidung des BGH von 2014

Die Befürworter einer Beurkundungspflicht von Schiedsklauseln in Anlehnung an den Hauptvertrag neigen überwiegend dazu, auch eine vereinbarte Schiedsordnung insgesamt als beurkundungsbedürftig anzusehen.⁴⁴ Dies soll sich aus dem Grundsatz ergeben, dass der Hauptvertrag, der die Einbeziehung einer in einem anderen Vertrag enthaltene Schiedsklausel durch bloße Verweisung vorsieht, der Form entsprechen müsse, die für wirksame Schiedsvereinbarungen vorausgesetzt ist (§ 1031 Abs. 3 ZPO). Die Bezugnahme auf eine Schiedsklausel und damit auch auf die in der Schiedsklausel wiederum in Bezug genommene Schiedsordnung, seien inhaltlich ebenso zu sehen wie die unmittelbare Aufnahme der Schiedsklausel in den Hauptvertrag, wenn darin auf eine Schiedsordnung verwiesen werde. Wenn aber die Schiedsvereinbarung unter den entsprechenden Umständen der notariellen Form bedürfen soll, so erfordere das „beurkundungsrechtliche Vollständigkeitsprinzip“, dass sich die Beurkundungspflicht für den Hauptvertrag auch auf referenzierte Regeln oder Regelsammlungen erstrecke. Einigten die Parteien sich auf eine Schiedsordnung, so werde diese integrierter Bestandteil des „Haupt“-Vertrages.⁴⁵

Für Verbraucherverträge ermögliche die notarielle Beurkundung sogar die Kombination der Schiedsklausel mit anderen Vereinbarungen, die sonst, bei schwächerer Form, nicht zulässig sei (§ 1031 Abs. 5 ZPO). Folglich habe der Gesetzgeber die Betreuungsfunktion des Notars (§ 17 BeurkG) für wesentlich gehalten. Diese Betreuung entfalle, wenn nicht die gesamte Urkunde, sondern nur der Hauptvertrag notariell beurkundet werde. Dies führe zu einer Herunterstufung der ggf. nicht beurkundungsbedürftigen Schiedsklausel auf eine Ebene geringerer Bedeutung, die gerade in späteren Streitfällen oft bereut werde. Deshalb könne eine wirksame Verweisung des beurkundungsbedürftigen Hauptvertrages auf eine Schiedsklausel nur dann vorliegen, wenn die in der Schiedsklausel in Bezug genommene Schiedsordnung mit in die notariell beurkundete Dokumentation einbezogen werde.⁴⁶

Andere Autoren betrachten die Beurkundung auch der Schiedsordnung als den „einzig sicheren Weg“, denn es sei unklar, inwieweit die Bestimmung des schiedsgerichtlichen Verfahrens einer dritten Person, nämlich einer Schiedsge-

42 Vgl. *Broichmann/Matthäus*, SchiedsVZ 2008, 274 mit zahlreichen Nachweisen, dort in Rn. 5.

43 *Lachmann/Lachmann*, BB 2000, 1633, 1636; *Hilgard/Haubner*, BB 2014, 970, 972.

44 *Wolfsteiner*, ZNotP, Beilage zu Heft 3/2000, 2, 5; *Tröder*, MittRhK 2000, 379, 380 f.; *Schmitz*, RNotZ 2003, 591, 603 f.

45 *Tröder*, MittRhNotK 2000, 379, 380 f.; *Schmitz*, RNotZ 2003, 591, 603.

46 *Tröder*, MittRhNotK 2000, 379, 381.

richtsinstitution, nach dem Rechtsgedanken des § 317 BGB überlassen werden könne. Da nur die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aktuelle Fassung der Schiedsordnung mitbeurkundet werden könne, sei nur ein Verweis auf eine solche möglich aber auch erforderlich. Geboten sei dies deshalb, da auch zu § 317 BGB anerkannt sei, dass jedenfalls der im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bekannte Vertragsinhalt zu beurkunden ist.⁴⁷ Zudem führe die Beurkundung den Parteien besonders illustrativ die Grundzüge der gewollten Verfahrensordnung vor Augen. Damit sei wesentliche Aufklärung geleistet, die sich durch bloße Aktualisierungen dieser Schiedsordnung nicht erheblich ändern werde.⁴⁸ Nach *Kindler* ist eine Verweisung auf eine Schiedsordnung ohnehin nur in den seltensten Fällen als dynamische Verweisung anzusehen.⁴⁹ Hätten die Parteien nicht ausdrücklich eine dynamische Verweisung vereinbart, so würde, wenn die Vereinbarung im Interesse der Parteien als dynamisch ausgelegt werde,⁵⁰ der Stellenwert des aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgenden Justizgewährungsanspruchs verkannt.⁵¹ Verzichtete eine Partei auf die ihr daraus zustehenden Rechte mittels einer Schiedsvereinbarung, so werde sie dies vernünftigerweise aber nur hinsichtlich einer zuverlässig einschätzbaren Schiedsordnung tun und das Verfahren nicht der weitgehend beliebigen Disposition einer Schiedsgerichtsinstitution überlassen; dies komme einem prozessualen Sprung ins Dunkle gleich.⁵² Verweise auf eine Schiedsordnung seien damit im Zweifel nicht als dynamische zu verstehen;⁵³ selbst bei ausdrücklich dynamischer Verweisung sei aber die zum Zeitpunkt der Vereinbarung geltende Fassung beurkundungsbedürftig.⁵⁴

Die herrschende Meinung lehnt eine Beurkundungspflicht für Schiedsordnungen prinzipiell ab. Nach ihrem Verständnis erfordert das „beurkundungsrechtliche Vollständigkeitsprinzip“ nicht, dass die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung von der Wirksamkeit des Hauptvertrages abhängt (Trennungsprinzip).⁵⁵ Zwar sei vorstellbar, dass Parteien in besonderen Fällen den Bestand des Hauptvertrages von der Einigung auf eine bestimmte Verfahrensordnung für den Streitfall abhängig machen möchten; dann sei die Verfahrensordnung ebenso notariell zu beurkunden, wie der Hauptvertrag.⁵⁶ In den Fällen der „dynamisch“ gemeinten Verweisung, also immer dann, wenn die Parteien in ihrer Schiedsklausel

47 *Kindler*, NZG 2014, 961, 965.

48 *Schmitz*, RNotZ 2003, 591, 603.

49 Vgl. auch *Wolfsteiner*, ZNotP, Beilage zu Heft 3/2000, 2, 5, der die Möglichkeit einer dynamischen Verweisung für fragwürdig hält.

50 So legt auch das OLG München, Beschluss vom 10.9.2013, 34 SchH 10/13, SchiedsVZ 2013, 287, 291 die Vereinbarung aus.

51 *Kindler*, NZG 2014, 961, 966.

52 So *Kindler*, NZG 2014, 961, 966.

53 *Kindler*, NZG 2014, 961, 966.

54 *Kindler*, NZG 2014, 961, 965.

55 *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 850; *Broichmann/Matthäus*, SchiedsVZ 2008, 274, 277; *Hilgard/Haubner*, BB 2014, 970, 973.

56 *Böttcher/Fischer*, NZG 2011, 601, 603.

auf eine Schiedsordnung Bezug nehmen, die sodann in der Fassung gelten soll, die bei Einleitung des Schiedsverfahrens in Kraft ist, sei der Hauptvertrag von der Schiedsklausel getrennt zu sehen und diese von dem ggf. überholten Inhalt der inzwischen aktualisierten Schiedsordnung entkoppelt. Deshalb genüge die Einbeziehung der verweisenden Schiedsklausel in den Vertrag vollauf.⁵⁷

Aus den Belehrungspflichten des Notars (§ 17 BeurkG) ergebe sich nichts anderes.⁵⁸ Es genüge der Hinweis des Notars, dass der Rechtsweg zum gesetzlichen Richter ausgeschlossen werde. Weiterer Aufklärung bedürfe es nicht.⁵⁹ Ohnehin könne der Notar nur über den wesentlichen Inhalt der Schiedsgerichtsordnung belehren, ohne deren facettenreiche Wirkungen für einen künftigen Schiedsstreit zu erfassen.⁶⁰ Nicht einmal in den Fällen freiwilliger notarieller Beurkundung einer Schiedsklausel sieht die herrschende Meinung einen Ansatz, auch die in Bezug genommene Schiedsordnung mitbeurkunden zu lassen.⁶¹ Die getrennte Beurteilung von Schiedsklauseln gegenüber dem Hauptvertrag sei gesetzlich festgelegt (§ 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Daneben gebe es außer der in § 1031 ZPO vorgegebenen Textform keinerlei formale Anforderungen für die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen und damit kein „beurkundungsrechtliches Vollständigkeitsprinzip“, das etwa vorschreibe, alle Elemente einer Vereinbarung in ein und derselben Urkunde enthalten sein zu lassen.⁶² *Borris* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass Schiedsordnungen schon durch ihre Zugänglichkeit auf Webseiten, Internetportalen und Broschüren der sie herausgebenden Schiedsinstitution „quasi-amtliche“ Veröffentlichungen darstellen, auf die der Verweis in einer Urkunde stets genügen müsse, um hinreichend konkrete Inhalte festzulegen.⁶³

Weitgehend einig sind sich diejenigen Autoren, die – mit der herrschenden Meinung – Bezugnahmen auf institutionelle Schiedsordnungen als „dynamische Verweisungen“ verstehen. Selbst wenn sie zum Teil eine weitreichende Beurkundungspflicht für Schiedsklauseln befürworten, soll dies für Schiedsordnungen, auf die verwiesen wird, in solchen Fällen nicht gelten.⁶⁴

Dogmatisch ist die dynamische Verweisung auf eine Schiedsordnung wegen ihrer Abänderbarkeit durch die Schiedsinstitution als Bestimmungsrecht nach

57 *Böttcher/Fischer*, NZG 2011, 601, 603.

58 *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 850; *Böttcher/Fischer*, NZG 2011, 601, 604; *Broichmann/Matthäus*, SchiedsVZ 2008, 274, 277; *Hilgard/Haubner*, BB 2014, 970, 974.

59 *Böttcher/Fischer*, NZG 2011, 601, 604; *Broichmann/Matthäus*, SchiedsVZ 2008, 274, 277; *Hilgard/Haubner*, BB 2014, 970, 973; vgl. auch die Überlegungen des Gesetzgebers zu § 1031 Abs. 5 S. 3 HS. 2: BT-Drs. 13/5274, S. 37, rechte Spalte.

60 *Broichmann/Matthäus*, SchiedsVZ 2008, 274, 278; *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 850; *Hilgard/Haubner*, BB 2014, 970, 973.

61 *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 850.

62 *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 850.

63 *Borris*, SchiedsVZ 2009, 299, 310.

64 *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577, 593; *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 427; *Böttcher/Fischer*, NGZ 2011, 601, 604.

dem Rechtsgedanken des § 317 BGB zu sehen. Mit der Überarbeitung ihrer Schiedsordnung üben die Schiedsinstitutionen dieses ihnen zuvor zugestandene Recht aus und machen die aktualisierten Regelungen für die Parteien, die auf die Vorgängerfassung verwiesen haben, verbindlich.⁶⁵

Auch das OLG München hat – obwohl es die Schiedsklausel selbst als beurkundungsbedürftig angesehen hat – in seinem Beschluss vom 10.9.2013⁶⁶ für „dynamische Verweisungen“ auf Schiedsordnungen eine Beurkundungspflicht abgelehnt, zumal selbst die Bestimmung von *essentialia negotii* eines Vertrages durch Dritte ohne Weiteres zulässig sei, jedenfalls wenn der Vertrag dieses Bestimmungsrecht vorsehe.⁶⁷ Nur wenn feststehe, dass weder die Schiedsklausel noch der Hauptvertrag ohne den in einer Momentaufnahme ermittelten Inhalt der in Bezug genommenen Schiedsordnung geschlossen worden wäre, soll die Beurkundungspflicht für die Schiedsordnung gegeben sein. Sei hingegen eine „dynamische Verweisung“ auf eine Schiedsordnung gewollt, sei der Schiedsinstitution überlassen, die wechselseitigen Verfahrenspflichten der Parteien entsprechend § 317 BGB zu ändern.⁶⁸

2. Stellungnahme unter Berücksichtigung der aktuellen Entscheidung des BGH

Eine gesetzliche Formvorschrift für Schiedsordnungen als solche gibt es nicht. Die in der ZPO vorgeschriebene Form gilt nur für Schiedsvereinbarungen. Auch die vom Gesetz gestattete Bezugnahme eines Vertrages auf Schiedsklauseln (§ 1031 Abs. 3 ZPO) lässt keinen Schluss dahingehend zu, dass Schiedsordnungen als untrennbarer Bestandteil solcher Bezugnahmen anzusehen sind. Deshalb ist im Gesetz auch nur die „Schiedsvereinbarung“ und nicht etwa eine durch sie in Bezug genommene Schiedsordnung genannt.

Der einzige dogmatische Ansatz für eine Beurkundungspflicht von Schiedsordnungen kann deshalb wiederum nur der „beurkundungsrechtliche Vollständigkeitsgrundsatz“ sein. Steht eine Schiedsordnung im Zusammenhang mit einem beurkundungspflichtigen Vertrag, so ist sie dann ebenfalls beurkundungspflichtig, wenn der Vertrag mit der Einbeziehung der Schiedsordnung „stehen und fallen“ soll.⁶⁹ Zwar ist nicht gänzlich ausgeschlossen, dass eine Partei einen bestimmten Regelungsinhalt einer Schiedsordnung unbedingt in ihren Vertrag einbeziehen möchte. Dann mag sie die Schiedsordnung in ihrem sodann gegebenen

65 Heskamp, RNotZ 2012, 415, 427; Hauschild/Böttcher, DNotZ 2012, 577, 593; Böttcher/Fischer, NGZ 2011, 601, 604.

66 OLG München, SchiedsVZ 2013, 287, 291.

67 OLG München, SchiedsVZ 2013, 287, 291.

68 OLG München, SchiedsVZ 2013, 287, 291.

69 Auch Kindler, NZG 2014, 961, 964 gesteht ein, dass die entscheidende Frage für die Beurkundungsbedürftigkeit einer Schiedsvereinbarung und -ordnung sei, inwieweit die Parteien den Hauptvertrag von deren Bestehen abhängig machen wollten.

Inhalt ausdrücklich „festschreiben“ und mit der Form dokumentieren, die sie für den Hauptvertrag wählt oder nach dem Gesetz einhalten muss.

Doch bei den in der Praxis nahezu ausschließlich gewollten dynamischen Verweisungen macht die Beurkundung der Schiedsordnung wenig Sinn, denn die Parteien können keine Regelung in ihren Vertrag zwingend einbeziehen wollen, deren Inhalt sie noch nicht kennen.

Für die Annahme der typischerweise gewollten dynamischen Verweisung spricht, dass Schiedsklauseln möglichst zu einer abschließenden Streiterledigung mit vollstreckbarem Inhalt führen sollen. Das wird in vielen Fällen nur möglich sein, wenn sie aufgrund einer dynamisch fortgeschriebenen Schiedsordnung ergeben, die jeweils den sich ändernden Anforderungen des Gerichts oder der Gerichtspraxis angepasst werden. Die Parteien müssen deshalb stets daran interessiert sein, ihrem möglichen künftigen Schiedsverfahren die neuesten, „anfechtungsfestesten“ Regeln zugrunde zu legen. Aus diesem Grund ist im Zweifel von einem Willen der Parteien zu einer dynamischen Verweisung auszugehen. Dann aber bedarf es keiner Beurkundung dessen, was ohnehin unter Änderungsvorbehalt steht.

Auch die Sonderregelung für Verbraucherverträge, in denen Schiedsklauseln nur dann gelten sollen, wenn sie nicht mit anderen Vereinbarungen kombiniert sind, führt zu keiner Beurkundungsbedürftigkeit im geschäftlichen Verkehr. Auch dort, wo der Gesetzgeber für Verbraucher besondere Anforderungen aufgestellt hat (vgl. § 1031 Abs. 5 ZPO), bestimmt er keine Beurkundungspflicht. Dass eine ggf. erfolgte notarielle Beurkundung einer Schiedsklausel die Sonderanforderungen des Verbraucherschutzes ersetzt (§ 1031 Abs. 5 letzter Hs. ZPO), lässt nicht automatisch den „Umkehrschluss“ zu, in allen anderen Fällen sei die Form des Hauptvertrages einzuhalten.⁷⁰

Der BGH nimmt in seiner aktuellen Entscheidung hinsichtlich der Beurkundungsbedürftigkeit von Schiedsordnungen seinen Ausgangspunkt bei der Beurkundungsbedürftigkeit von Schiedsvereinbarungen. Damit stellt er eine Akzessorietät her – die Schiedsordnung teilt in formaler Hinsicht das Schicksal der Schiedsvereinbarung. Da diese im Regelfall keiner notariellen Form bedarf, gilt dies in der Folge auch für die Schiedsordnung. Gleichsam zum zuvor im Rahmen der Beurkundungsbedürftigkeit von Schiedsvereinbarungen Gesagten, muss auch hinsichtlich der Schiedsordnungen die Frage gestellt werden, ob diese doppel-funktional zu betrachten sind. Unter dieser Annahme wäre es möglich, dass ein Schiedsgericht unter der vereinbarten Schiedsordnung tätig wird, der Vertrag aber gleichwohl materiell unwirksam ist, weil die Schiedsordnung als wesentlicher Aspekt des Vertrages nicht mitbeurkundet wurde.

⁷⁰ So auch ausdrücklich BGH, Beschluss vom 24.7.2014, III ZB 83/13, BeckRS 2014, 16618, Rn. 19.

IV. Fazit

Eine Beurkundungspflicht für Schiedsvereinbarungen lässt sich nur in jenen seltenen Fällen aus der Formbedürftigkeit des Hauptvertrages begründen, in denen eine dauernde Wirkung für und gegen die gegebenenfalls wechselnden Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft eintreten soll und deshalb die Formalien der jeweiligen Gesellschaftssatzung einzuhalten sind. In allen anderen Fällen lässt sich weder aus dem „beurkundungsrechtlichen Vollständigkeitsgebot“ noch aus den Bestimmungen des 10. Buches der ZPO irgendein Formzwang für Schiedsklauseln in Anlehnung an die Formerfordernisse des Hauptvertrages ableiten. Bereits mit der alten und nunmehr aktualisierten Rechtsprechung des BGH müssten die Parteien ausdrücklich ein Junktum zwischen Schiedsklausel und Hauptvertrag vorausgesetzt haben, um die formalen Anforderungen des Hauptvertrages zwingend auch auf die Schiedsklausel zu erstrecken. Das ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Schiedsklausel ausdrücklich die Kompetenz des Schiedsgerichtes bestimmt, auch über die Wirksamkeit des Hauptvertrages zu entscheiden.

Die Beurkundungspflicht für ganze Schiedsordnungen wäre nicht nur unpraktisch, sondern ignoriert, dass Verweisungen auf Schiedsordnungen (zum Wohle der Parteien) in aller Regel dynamisch zu verstehen sind. Anderenfalls würden die Schiedsordnungen nicht mit gesetzlichen Neuerungen Schritt halten können. Diese Tendenz und die Tatsache, dass Formvorschriften für die Einbeziehung von Schiedsordnungen in Parteivereinbarungen nicht bestehen, zeigen deutlich, dass eine Beurkundungspflicht für Schiedsordnungen auch *de lege ferenda* lediglich eine weitere wenig wünschenswerte Belastung der Rechtspraxis wäre.