

Gebrauch gemacht werden soll. Für (potentielle) Kläger, also Abnehmer von kartellbefangenen Produkten, eröffnet sich eine neue- und ernsthaft in Erwägung zu ziehende Möglichkeit, im Rahmen eines Follow-on-Prozesses gegen die Kartellanten vorzugehen. Nach wie vor gibt es also Handlungsbedarf des Gesetzgebers, der gefordert ist, eine Regelung im Hinblick auf die Frage der Einsicht in Kronzeugenanträge zu schaffen. Dies gilt einmal mehr vor dem Grundgedanken einer einheitlichen Rechtsordnung.¹²³ Erste Vorschläge für mögliche gesetzliche Regelungen bestehen bereits.¹²⁴ Aber selbst dann, wenn eine oder mehrere der oben aufgezeigten Voraussetzungen nicht erfüllt sein sollten, bestehen zusätzliche Möglichkeiten, an die begehrten Informationen zu gelangen. Hierzu zählt beispielsweise die Erlangung von beweisrelevanten Informationen durch ein US-Discovery-Verfahren, die in einen deutschen Zivilprozess als Beweis eingeführt werden könnten.¹²⁵ Darüber hinaus gibt es die Möglichkeit der Anfechtung von kartellbefangenen Verträgen, die stets rechtzeitig in Erwägung zu ziehen ist.¹²⁶

Dr. Jens Steger ist Rechtsanwalt in der internationalen Sozietät Kaye Scholer LLP am Standort Frankfurt a.M. Er ist spezialisiert auf das deutsche und europäische Kartellrecht. Er vertritt und berät Mandanten in allen kartellrechtlichen Belangen, insbesondere zivilprozessualen Follow-on-Schadenersatzklagen vor deutschen und europäischen Gerichten sowie Missbrauchsverfahren und Kartellbußgeldverfahren vor dem Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission. Zudem berät er bei der Aufsetzung maßgeschneiderter Compliance-Systeme.



123 Genauso für eine einheitl. europ. Regelung *Schnelle/Kollmann*, CCZ 2012, 155, 157.
 124 Vgl. z. B. *Kersting*, JZ 2012, 42, 45 f.
 125 *Jungermann*, WuW 2014, 4 ff.
 126 *Dreher*, in: FS Canenbley, 2012, S. 167 ff.; *Weigel*, FAZ vom 24.3.2010, 21; *ders.* *Juve Rechtsmarkt* 03/09, S. 66.

Dr. Mark C. Hilgard, RA, und Nadine Haubner, LL.M. (London), RA in

Beurkundungsbedürftigkeit von Schiedsordnungen?

In der Praxis findet sich häufig der Fall, dass die Parteien eine Schiedsklausel in einen Vertrag aufnehmen, der aufgrund grundstücksrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Vorschriften der notariellen Beurkundung bedarf. Sofern diese Schiedsklausel auf eine Schiedsordnung (wie etwa die DIS-SchiedsO) verweist, stellt sich die Frage, ob nicht auch diese Schiedsordnung – genau wie der Vertrag – notariell beurkundet werden muss, und ob das Fehlen einer Beurkundung die Unwirksamkeit der Schiedsklausel nach sich zieht. Der Beitrag gibt einen Überblick über den aktuellen Meinungsstand und belegt, dass weder die Schiedsklausel noch eine in Bezug genommene Schiedsordnung notariell beurkundet werden müssen.

I. Einleitung

Die Schiedsgerichtsbarkeit stellt im unternehmerischen Rechtsverkehr, insbesondere aufgrund der Vertraulichkeit des Verfahrens, eine interessante Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit dar. Demzufolge beinhalten Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts häufig Schiedsvereinbarungen. Die Schiedsvereinbarungen können gemäß § 1029 Abs. 2 ZPO in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden. In der Praxis finden sich in Verträgen häufig Schiedsklauseln, die auf eine institutionelle Schiedsordnung (beispielsweise der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. – DIS-SchiedsO) Bezug nehmen. So empfiehlt etwa die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) Parteien folgende Schiedsklausel:

DIS-Musterschiedsvereinbarung

„Alle Streitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit diesem Vertrag oder über seine Gültigkeit ergeben, werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges endgültig entschieden.“

Sofern ein Vertrag der notariellen Beurkundung bedarf, etwa, weil er eine Verpflichtung zur Übertragung eines GmbH-Anteils oder zur Übertragung eines Grundstücks beinhaltet, stellt sich die Frage, ob auch die in diesem Vertrag in Bezug genommene Schiedsordnung notariell beurkundet werden muss. Bislang gibt es noch keine höchstgerichtliche Entscheidung hierzu. Es existiert einzig eine Entscheidung des BGH zur Frage der Formbedürftigkeit einer Schiedsvereinbarung bei notarieller Beurkundung des Hauptvertrages. Diese Entscheidung stammt allerdings aus dem Jahr 1977 und erging daher noch vor Inkrafttreten der Schiedsverfahrensnovelle.

II. Formanforderungen

1. Allgemeine Anforderungen an die Form von Schiedsvereinbarungen

§ 1031 ZPO regelt die formellen Anforderungen an eine Schiedsvereinbarung. Die Vorschrift findet gem. § 1025 Abs. 1 ZPO zwingend Anwendung, wenn der Ort des Schiedsverfahrens in Deutschland liegt. Nach § 1031 Abs. 1 ZPO muss die Schiedsvereinbarung in einem von den Parteien unterzeichneten Dokument oder in zwischen

den Parteien gewechselten Dokumenten, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen, enthalten sein. § 1031 Abs. 2 ZPO ermöglicht das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung durch das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Nach § 1031 Abs. 3 ZPO kann eine Schiedsvereinbarung auch durch Bezugnahme auf AGB vereinbart werden, sofern das verweisende Dokument den Formerfordernissen nach Abs. 1 oder 2 genügt und die Bezugnahme die Schiedsklausel zum Vertragsbestandteil macht. § 1031 Abs. 4 ZPO beinhaltet eine Sonderregelung für den Seehandel. Verschärfte Formanforderungen finden sich in § 1031 Abs. 5 ZPO, der Anwendung findet, wenn ein Verbraucher an der Schiedsvereinbarung beteiligt ist. In einem solchen Fall müssen Schiedsvereinbarungen in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein, wobei die schriftliche Form auch durch die elektronische Form nach § 126a BGB ersetzt werden kann. Maßgeblich ist bei Verbraucherbeteiligung das in § 1031 Abs. 5 S. 3 ZPO statuierte Trennungsgebot, wonach die Urkunde oder das elektronische Dokument keine anderen Vereinbarungen enthalten darf als solche, die sich auf das schiedsrichterliche Verfahren beziehen. Nach § 1031 Abs. 5 S. 3 a.E. ZPO gilt dieses Gebot allerdings nicht im Falle einer notariellen Beurkundung. Somit finden sich in § 1031 Abs. 1–4 ZPO formale Anforderungen an Schiedsvereinbarungen im Handelsverkehr, während § 1031 Abs. 5 ZPO die formalen Anforderungen an eine Schiedsvereinbarung bei Verbraucherbeteiligung statuiert.

2. Besondere Formanforderungen des materiellen Rechts

§ 1031 ZPO ist die einzige Formvorschrift, die in den Regelungen für das schiedsrichterliche Verfahren im 10. Buch der ZPO enthalten ist. Danach bedürfen Schiedsvereinbarungen für ihre Wirksamkeit keiner notariellen Beurkundung. Allerdings kann sich eine Schiedsvereinbarung in Form einer Klausel in einem Vertrag befinden, für den aufgrund materiell-rechtlicher Vorschriften das Erfordernis einer notariellen Beurkundung aller relevanten Vertragsbestimmungen besteht. Solche strengeren Formerfordernisse können sich vor allem aus gesellschaftsrechtlichen oder grundstücksrechtlichen Vorschriften ergeben. So bedarf nach § 15 Abs. 4 GmbHG eine Vereinbarung der notariellen Form, durch die die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird. Nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Vertrag, durch den sich eine Partei verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, notariell zu beurkunden.

III. Notarielle Beurkundung von Schiedsordnungen

In diesem Zusammenhang wird vereinzelt die Frage aufgeworfen, ob solche erhöhten Formerfordernisse des materiellen Rechts auch auf die Schiedsvereinbarung durchschlagen mit der Folge, dass auch diese notariell beurkundet werden muss. Bejaht man diese Frage, dann knüpft sich daran weiter die Frage an, ob auch die Schiedsordnung, auf die in der (als formbedürftig angesehenen) Schiedsvereinbarung Bezug genommen wurde, der notariellen Beurkundung bedarf. So wäre etwa bei Verwendung der eingangs zitierten Musterklausel der DIS zu diskutieren, ob – etwa bei einem Grundstückskaufvertrag – nicht nur diese Klausel, sondern eben auch die Regeln der DIS-SchiedsO zu beurkunden sind. Diese Frage wurde bislang höchstrichterlich nicht

entschieden, wird aber nach den Erfahrungen der Verfasser zunehmend in Schiedsverfahren aufgeworfen.

1. Wann stellt sich die Problematik überhaupt?

Grundsätzlich stellt sich die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit von Schiedsordnungen, sobald eine Schiedsbeklagte wegen angeblich fehlender Beurkundung der Schiedsordnung die Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts nach § 1040 Abs. 2 ZPO erhebt. Dann muss das Schiedsgericht gemäß § 1040 Abs. 1 ZPO über seine Zuständigkeit und in diesem Zusammenhang über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden.¹

2. Meinungsstand

a) Grundsätzlich keine Beurkundungspflicht

Eine Beurkundungspflicht, die sich auch auf die in Bezug genommene Schiedsordnung erstreckt, ist zu verneinen, wenn schon die Schiedsklausel, die auf die Schiedsordnung Bezug nimmt, nicht beurkundungspflichtig ist. In einem solchen Fall kann erst Recht keine Pflicht zur Beurkundung der in Bezug genommenen Schiedsordnung bestehen. Die herrschende Meinung verneint eine Beurkundungspflicht einer Schiedsklausel, selbst wenn der Hauptvertrag der notariellen Beurkundung bedarf.² Die Auffassung beruht auf der einzigen Entscheidung, die der BGH bislang zur Frage der Formbedürftigkeit einer Schiedsvereinbarung bei notarieller Beurkundung des Hauptvertrages erlassen hat.³ In dem vom BGH entschiedenen Fall hatten die Parteien zunächst einen „Kaufanwärter-Vertrag“ notariell beurkundet, in dem sie sich zum Abschluss eines Kaufvertrages über eine Wohnung verpflichteten. Im Anschluss hatten sie in einer gesonderten Urkunde eine Schiedsvereinbarung getroffen, die allerdings nicht notariell beurkundet wurde. In dem Rechtsstreit vertrat der Kläger die Auffassung, dass die Schiedsvereinbarung mangels notarieller Beurkundung nichtig sei. In seiner Urteilsbegründung führte der BGH aus, dass die Einhaltung der schiedsrechtlichen Formvorschrift des § 1027 Abs. 1 ZPO a.F. genüge, also keine notarielle Beurkundung der Schiedsvereinbarung notwendig sei, sofern die Parteien dem Schiedsgericht auch die Entscheidung über die Wirksamkeit des Hauptvertrages übertragen hätten. In diesem Falle nämlich sei die Schiedsvereinbarung selbständig und kein Bestandteil des Hauptvertrages mit der Folge, dass die Schiedsvereinbarung nicht zusätzlich auch eventuelle Formerfordernisse des Hauptvertrages wahren müsse. Diese Selbständigkeit der Schiedsvereinbarung, also ihre Unabhängigkeit vom Hauptvertrag, hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schiedsverfahrensnovelle in § 1040 Abs. 1 S. 2 ZPO statuiert. Danach ist eine Schiedsklausel bei der Entscheidung des Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit und in diesem Zusammenhang bei der Frage nach der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung „als eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung zu behandeln“. Dies

¹ Angemerkt sei an dieser Stelle, dass das Schiedsgericht nicht die Letzt-Kompetenz hat, sondern die Parteien nach § 1040 Abs. 3 ZPO die Möglichkeit haben, innerhalb eines Monats nach Mitteilung des Entscheids durch das Schiedsgericht eine Entscheidung durch das staatliche Gericht herbeizuführen.

² Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl. 2013, § 1031, Rn. 10; Gehrlein, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 311b, Rn. 26; Geimer, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 1031, Rn. 47; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008, Kap. 5, Rn. 363; Lachmann, SchiedsVZ 2003, 28, 33; Münch, in: Münch-KommZPO, 3. Aufl. 2008, § 1031, Rn. 12; Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 262; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl. 2013, § 1031, Rn. 3; Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1031, Rn. 13; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 5, Rn. 2; Trittmann/Hanefeld, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (eds.), Arbitration in Germany, 2007, § 1031, Rn. 8.

³ BGHZ 69, 260f.

führt dazu, dass Schiedsvereinbarung und Hauptvertrag als selbständige Verträge zu betrachten sind, selbst wenn sich die Schiedsvereinbarung in Form einer Schiedsklausel in dem Hauptvertrag befindet.⁴ Andernfalls würde der Wille der Parteien, dem zufolge ein Schiedsgericht über die Wirksamkeit des Hauptvertrages entscheiden soll, schon immer dann leerlaufen, wenn dem Hauptvertrag ein Formmangel anhaftet.⁵ Folglich soll eine Schiedsvereinbarung nicht einer für den Hauptvertrag geltenden strengeren Formvorschrift genügen müssen.⁶ Erforderlich, aber auch ausreichend sei lediglich, dass die Schiedsvereinbarung der Formvorschrift des § 1031 ZPO genüge.⁷ Die Schiedsvereinbarung sei darüber hinaus auch deshalb nicht beurkundungsbedürftig, weil § 1031 ZPO keine Beurkundungspflicht anordne und es sich hierbei um eine abschließende Sonderregelung handele.⁸

Innerhalb der herrschenden Meinung wird zum Teil erwogen, dass eine institutionelle Verfahrensordnung mitbeurkundet werden müsse, wenn sich die Parteien trotz nicht bestehender Beurkundungspflicht („freiwillig“) zu einer Beurkundung der Schiedsvereinbarung entschließen und diese Bezug auf eine Schiedsordnung nimmt.⁹ In einem solchen Fall soll sich die Beurkundungspflicht aus dem beurkundungsrechtlichen Vollständigkeitsgrundsatz ergeben.¹⁰

Nach einer weiteren Variante der herrschenden Meinung soll eine Schiedsvereinbarung zwar nicht beurkundungsbedürftig sein; anders soll es sich aber dann verhalten, wenn die Schiedsvereinbarung nicht rechtlich selbständig neben den übrigen Vereinbarungen eines notariell beurkundeten Vertrages existieren soll.¹¹

b) Beurkundungspflicht

Nach einer Mindermeinung ist schon eine Schiedsvereinbarung, die sich auf einen beurkundungspflichtigen Hauptvertrag bezieht, beurkundungspflichtig. Teilweise wird in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des BGH, der zufolge § 1027 ZPO a.F. lex specialis zu § 313 BGB a.F. und § 15 GmbHG ist, nach der Änderung der Formvorschriften in § 1031 ZPO im Rahmen der Schiedsverfahrensnovelle in Frage gestellt.¹²

Zum Teil wird aber auch, ausgehend von dem Schutzzweck des § 313 BGB a.F., der eine extensive Auslegung der Vorschrift erfordere, argumentiert, aufgrund der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts seien alle Bestimmungen beurkundungsbedürftig, die nach dem Willen einer Partei mit dem Rechtsgeschäft „stehen oder fallen“ sollen.¹³ Folglich seien alle Regelungen beurkundungsbedürftig, die nach dem Parteiwillen *essentialia* des Rechtsgeschäfts darstellen. Dies sei bei einer Schiedsvereinbarung als *essentialia* des Hauptvertrages sowie den Regelungen des Schiedsverfahrensrechts als *essentialia* der Schiedsgerichtsabrede der Fall.¹⁴ Darüber hinaus ergebe sich auch aus der Belehrungspflicht des Notars nach § 17 Abs. 1 BeurkG eine Beurkundungspflicht des gesamten Inhalts der Urkunde, und damit eben auch der in Bezug genommenen Schiedsordnung.¹⁵

Auch nach einer weiteren Variante der Mindermeinung soll eine Schiedsvereinbarung als essentieller Bestandteil des Hauptvertrages im Regelfall beurkundungsbedürftig sein.¹⁶ Hinsichtlich der Beurkundungspflicht von Schiedsordnungen differenziert diese Auffassung danach, ob die Parteien selbst Verfahrensbestimmungen treffen oder auf eine institutionelle Schiedsordnung Bezug nehmen. Eine Beurkundungspflicht sei unter Zugrundelegung des § 1042 Abs. 3 ZPO gegeben, wenn die Parteien das Verfahren selbst regeln und die Verfahrensbestimmungen nach ihrem Willen wesentlich mit der

grundsätzlichen Entscheidung für die Schiedsgerichtsbarkeit verknüpft sind.¹⁷

Eine andere Variante der Mindermeinung stellt ebenfalls maßgeblich auf den Verknüpfungswillen der Parteien ab, ohne dabei aber eine Unterscheidung zwischen einer institutionellen Schiedsordnung und eigenen Verfahrensregeln vorzunehmen.¹⁸ Nach dieser Auffassung soll es entscheidend darauf ankommen, ob die Parteien den Abschluss des Hauptvertrages davon abhängig machen, dass eine bestimmte Verfahrensordnung Anwendung findet. In einem solchen Fall erstrecke sich die Beurkundungspflicht auch auf die Schiedsordnung. Etwas anderes gelte nur, wenn es den Parteien lediglich auf die Durchführung eines Schiedsverfahrens ankomme, nicht aber auf die Anwendung einer bestimmten Verfahrensordnung.¹⁹

Mitunter wird auch vertreten, eine bloße Bezugnahme auf eine Schiedsordnung reiche aufgrund deren nichtamtlichen Charakters nicht aus.²⁰ Schiedsordnungen fehle es an einem amtlichen bzw. halbamtlichen Charakter. Das wird damit begründet, dass sie zwar mitunter in Fachpublikationen, nicht aber in einem Amtsblatt veröffentlicht würden, so wie es etwa bei der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) oder DIN-Normen der Fall sei.²¹ Insofern genüge eine untechnische Bezugnahme auf eine Schiedsordnung nicht;²² erforderlich sei vielmehr eine Beurkundung der Schiedsordnung oder eine förmliche Verweisung nach § 13a Abs. 1 BeurkG.²³

3. Stellungnahme

a) Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag

Die herrschende Meinung ist vorzugswürdig. Maßgeblich ist die vom Gesetzgeber in § 1040 Abs. 1 S. 2 ZPO statuierte Selbständigkeit und Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung von dem Hauptvertrag. Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift ist eine Schiedsvereinbarung somit unabhängig von dem Hauptvertrag und damit auch von Beurkundungserfordernissen, die für den Hauptvertrag bestehen mögen. Folglich bemisst sich die Formwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung einzig nach § 1031 ZPO. Da diese Vorschrift keine notarielle

4 Geimer, in: Zöller (Fn. 2), § 1040, Rn. 3.

5 S. auch BGHZ 69, 260, 264.

6 Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, Kompendium für die Praxis, 2006, Rn. 144; Schlosser, in: Stein/Jonas (Fn. 2), § 1031, Rn. 13; Geimer, in: Zöller (Fn. 2), § 1040, Rn. 3.

7 Geimer, in: Zöller (Fn. 2), § 1031, Rn. 47.

8 Lüttmann/Breyer, ZP 119 (2006), 475, 476 f.; Schwab/Walter (Fn. 2), Kap. 5, Rn. 2.

9 So noch Lachmann, BB 2000, 1633, 1636, der die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit im Rahmen von Schiedsvereinbarungen mit Verbraucherbeteiligung diskutiert; wohl aber nicht mehr ders., SchiedsVZ 2003, 28, 33.

10 Lachmann, BB 2000, 1633, 1636.

11 Geimer, in: Zöller (Fn. 2), § 1031, Rn. 48; vgl. auch Raeschke-Kessler/Berger (Fn. 2), Rn. 264.

12 Wolfsteiner, Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH), notar info 1999, 115, 120.

13 Tröder, MittRhNotK 2000, 379, 381.

14 Tröder, MittRhNotK 2000, 379, 381. Im Ergebnis auch Heskamp. Dieser bejaht eine Beurkundungsbedürftigkeit der Schiedsordnung, wenn diese mit der Schiedsvereinbarung verknüpft ist. Das soll dann der Fall sein, wenn die Beteiligten den Abschluss der Schiedsvereinbarung von der gleichzeitigen Vereinbarung bestimmter Verfahrensregeln abhängig machen, vgl. Heskamp, RNotZ 2012, 415, 426.

15 Vgl. Tröder, MittRhNotK 2000, 379, 381.

16 Schmitz, DNotZ 2003, 591, 603, dem zufolge allerdings einzig die Form des § 1031 ZPO gelten soll, sofern die Parteien nach Entstehen einer Streitigkeit eine Schiedsvereinbarung in einen bereits beurkundeten Vertrag aufnehmen wollen, vgl. ebenda.

17 Schmitz, DNotZ 2003, 591, 603 f.

18 DNotl-Rep. 2008, 188.

19 DNotl-Rep. 2008, 188.

20 Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 9, Rn. 40.

21 DNotl-Rep. 2008, 188, 189.

22 Armbrüster/Preuß/Renner (Fn. 20), § 9, Rn. 40.

23 DNotl-Rep. 2008, 188, 189; Winkler, Beurkundungsgesetz, 17. Aufl. 2013, § 9, Rn. 79.

Beurkundung der Schiedsordnung verlangt, kann eine fehlende Beurkundung auch keinen Formmangel darstellen.

b) Keine Beurkundungspflicht aufgrund des beurkundungsrechtlichen Vollständigkeitsgrundsatzes

Soweit innerhalb der herrschenden Meinung vertreten wird, eine Beurkundungspflicht der in Bezug genommenen Schiedsordnung bestehe jedenfalls bei freiwilliger (Mit-)Beurkundung der Schiedsvereinbarung, überzeugt dies nicht. Diese Auffassung kann letztlich nur mit dem beurkundungsrechtlichen Vollständigkeitsgrundsatz begründet werden. Der Vollständigkeitsgrundsatz gilt nach ständiger Rechtsprechung etwa bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG. Ihm zufolge muss eine notarielle Urkunde das gesamte Verpflichtungsgeschäft sowie diejenigen Nebenabreden enthalten, die nach dem Willen der Parteien Teil des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts sein sollen; demgegenüber müssen solche Nebenabreden nicht in der Urkunde enthalten sein, die nach dem Willen der Parteien unabhängig von dem beurkundungspflichtigen Verpflichtungsgeschäft sein sollen.²⁴ Vergleichbares gilt bei Grundstücksgeschäften. Hier sollen nur solche Nebenabreden dem Formerfordernis des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterfallen, von denen das Grundstücksgeschäft nach dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen oder angedeuteten Willen abhängt.²⁵ In Bezug auf eine Schiedsvereinbarung bedeutet dies, dass diese beurkundungsbedürftig ist, wenn das Grundstücksgeschäft von ihr abhängt. Sofern man allerdings mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zutreffend davon ausgeht, dass sich die Form einer Schiedsvereinbarung nur nach § 1031 ZPO richtet, verbleibt für eine Anwendung dieses Grundsatzes kein Raum.²⁶

c) Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts über die Wirksamkeit des Hauptvertrags

Auch die Variante der herrschenden Meinung, nach der eine Schiedsvereinbarung als beurkundungsbedürftig angesehen wird, wenn sie nicht selbständig neben den übrigen Vereinbarungen eines notariell beurkundeten Vertrages existieren soll, überzeugt nicht. Eine Schiedsvereinbarung soll dann selbständig und damit nicht Bestandteil des Hauptvertrages sein, wenn die Parteien dem Schiedsgericht auch die Entscheidung über die Wirksamkeit des Hauptvertrages übertragen haben.²⁷ Eine entsprechende Regelung, der zufolge die Entscheidungsbefugnis über die Wirksamkeit des Hauptvertrages bei dem Schiedsgericht liegt, sehen viele Schiedsklauseln vor.²⁸ Dies ist beispielsweise bei der eingangs zitierten Musterschiedsklausel der DIS der Fall, die in Gesellschaftsverträgen häufig Anwendung findet.²⁹ Selbst wenn dies in einer Schiedsvereinbarung nicht ausdrücklich geregelt sein sollte, wird es in der Regel dem Parteiwillen entsprechen, dass das Schiedsgericht auch über die Wirksamkeit des Hauptvertrages entscheiden soll.³⁰

Darüber hinaus wird man auch immer dann, wenn die Parteien vereinbart haben, dass der restliche Vertrag wirksam bleiben soll, wenn eine Bestimmung unwirksam ist, davon ausgehen müssen, dass die Schiedsklausel rechtlich selbständig ist. Andernfalls würde eine Unwirksamkeit der Schiedsklausel die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages nach sich ziehen.

Des Weiteren wäre bei Annahme einer untrennbaren Verbindung der Schiedsklausel mit dem Hauptvertrag eine dynamische Verweisung auf die jeweils geltende Fassung der institutionellen Schiedsordnung nicht möglich. Zwar wird in Anbetracht dieser Problematik eine

Hilfskonstruktion angeboten; diese überzeugt allerdings nicht. So wird mitunter angeführt, eine dynamische Verweisung sei als ein der Schiedsinstitution eingeräumtes Leistungsbestimmungsrecht i. S. d. § 317 BGB einzuordnen.³¹ Dieses übe die Schiedsinstitution konkludent mit Erlass der neuen Fassung ihrer Schiedsordnung aus, wodurch diese auch zwischen den Parteien gelten würde.³² Es erscheint wenig plausibel, auf der einen Seite die Notwendigkeit einer Beurkundung der Schiedsordnung und damit eine umfassende Belehrung der Parteien über deren Inhalt zu fordern, wenn es dann zu einem späteren Zeitpunkt ausreichen soll, dass die Schiedsinstitution einseitig die Verfahrensordnung abändert. Zum Teil wird hiergegen vorgebracht, es sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass in einer notariellen Urkunde ein Leistungsbestimmungsrecht durch einen Dritten angeordnet sein könne; die tatsächliche Leistungsbestimmung durch den Dritten bedürfe sodann nicht mehr der notariellen Beurkundung.³³ Dies ist grundsätzlich auch zutreffend. So hat der BGH hinsichtlich des Kaufs noch zu begründenden Wohnungseigentums entschieden, dass Bestimmungen zur Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses einem der Vertragspartner oder einem Dritten nach §§ 315 ff. BGB überlassen werden können.³⁴ Maßgebend sei dann, dass die Vereinbarung des Bestimmungsrechts ordnungsgemäß beurkundet worden ist, so dass die Warn- und Schutzfunktion der Beurkundung gewahrt sei.³⁵ Eine Übertragung dieser Grundsätze auf eine dynamische Verweisung in einer Schiedsvereinbarung erfordert dann aber, dass die dynamische Verweisung und das Bestimmungsrecht der Schiedsinstitution explizit in die Schiedsvereinbarung aufgenommen wurden, was zum gegenwärtigen Zeitpunkt – zumindest bei einer institutionellen Schiedsvereinbarung – eher unüblich ist.

d) Sinn der Schiedsverfahrensnovelle

Die Argumente der Mindermeinung überzeugen nicht. Soweit *Wolfsteiner*³⁶ seine Auffassung darauf stützt, dass die Rechtsprechung des BGH, der zufolge § 1027 ZPO a. F. lex specialis zu § 313 BGB a. F. und § 15 GmbHG sei, nach der Änderung der Formvorschriften in § 1031

24 BGH, 27.6.2001 – VIII ZR 329/99, NJW 2002, 142, 143; vgl. auch *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 15, Rn. 89; *Verse*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, § 15, Rn. 64.

25 RGZ 51, 179; RGZ 145, 247; BGH, 16.9.1988 – V ZR 77/87, NJW-RR 1989, 198; *Schumacher*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 311b, Rn. 196.

26 So auch *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 850. Selbst wenn man den beurkundungsrechtlichen Vollständigkeitsgrundsatz bei der Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts für anwendbar hielte, würde dies keine Beurkundungsbedürftigkeit der Schiedsordnung nach sich ziehen, wenn es an einer Verknüpfung zwischen dem die Schiedsklausel enthaltenden Hauptvertrag und der Schiedsordnung fehlt. Das wäre immer dann der Fall, wenn sich die Parteien für eine dynamische Verweisung entschieden haben; es ihnen also nur auf die Einbeziehung der institutionellen Schiedsordnung in der jeweils gültigen Fassung ankam, vgl. *Böttcher/Fischer*, NZG 2011, 601, 603; DNotI-Report, 2008, 188, 189.

27 *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 850 m. w. N.; vgl. auch BGH, 22.9.1977 – III ZR 144/76, BGHZ 69, 260, 263 f., BB 1978, 19.

28 So auch *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 850.

29 *Gregoritzka*, in: Saenger/Aderhold, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 5, Rn. 675. Auch die ergänzenden Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (DIS-ER-GeS), welche in Gesellschaftsverträgen immer öfter anzutreffen sind, sehen dies vor. Zu Schiedsklauseln und Gesellschafterstreitigkeiten vgl. etwa *Kraayvanger/Hilgard*, Arbitrability of Shareholders' Disputes under German Law, The International Litigation Quarterly, ABA, Section of Litigation, Herbst 2009, Vol. 26, Issue 1, 9 ff. und *Kraayvanger/Hilgard*, The Globe, newsletter of the Illinois State Bar Association's Section on International and Immigration Law, Vol. 47, No. 5, 5 ff.

30 *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 850; *Lüttmann/Breyer*, ZRP 119 (2006), 475, 477.

31 *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 427.

32 *Heskamp*, RNotZ 2012, 415, 427.

33 *Borries*, SchiedsVZ 2009, 299, 310 unter Verweis auf BGH, 8.11.1985 – V ZR 113/84, BB 1986, 621, NJW 1986, 845, der allerdings ein Beurkundungserfordernis für Schiedsordnungen ablehnt.

34 BGH, 8.11.1985 – V ZR 113/84, BB 1986, 621, NJW 1986, 845.

35 BGH, 8.11.1985 – V ZR 113/84, BB 1986, 621, NJW 1986, 845.

36 *Wolfsteiner*, Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH), notar info 1999, 115, 120.

ZPO im Rahmen der Schiedsverfahrensnovelle keine Gültigkeit mehr haben könne, ist dies unzutreffend. Sinn der Schiedsverfahrensnovelle war es, Deutschland durch ein dem UNCITRAL-Modellgesetz nachgebildetes Schiedsverfahrensrecht als Schiedsverfahrensort auch für internationale Schiedsverfahren attraktiver zu machen.³⁷ Durch die Neuregelung des § 1027 a.F. BGB in § 1031 ZPO wurde das Trennungsgebot nur noch bei Verbraucherbeteiligung beibehalten. Hierdurch sollten Schiedsverfahren ohne Verbraucherbeteiligung erleichtert werden.³⁸ Würde man in den Fällen eines beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts die Beurkundung der Schiedsvereinbarung fordern, missachtete man die gesetzgeberische Intention einer Verfahrenserleichterung.³⁹

e) Anwendbarkeit der Entscheidung des BGH auch auf Schiedsvereinbarungen im unternehmerischen Verkehr

Auch ändert hieran nichts, dass die Entscheidung des BGH zu § 1027 Abs. 1 ZPO a.F. erging, also in einem Fall, in dem die Vertragsparteien keine Vollkaufleute waren. Wenn schon in einem solchen Fall das Beurkundungserfordernis nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht die Schiedsvereinbarung erfasst, kann bei Beteiligung von Kaufleuten nichts anderes gelten, da diese grundsätzlich weniger schutzbedürftig sind. Dies wird auch daran deutlich, dass der Gesetzgeber das in § 1027 ZPO a.F. normierte Trennungsgebot in § 1031 ZPO nur noch für den Fall einer Verbraucherbeteiligung beibehalten hat. Darüber hinaus macht gerade die Manifestation des Grundsatzes der Selbständigkeit der Schiedsvereinbarung in § 1040 Abs. 1 S. 2 ZPO deutlich, dass die herrschende Meinung durch die Novellierung des Schiedsverfahrensrechts nicht überholt ist. Insofern überzeugt es auch nicht, wenn mitunter vorgebracht wird, dass die Entscheidung des BGH nicht auf Schiedsklauseln in beurkundungspflichtigen Hauptverträgen übertragbar sei, weil sich die Schiedsvereinbarung in dem Fall in einer gesonderten Urkunde befand. Der BGH hat deutlich gemacht, dass kein Grund dafür ersichtlich ist, „Schiedsverträge zur Regelung von Streitigkeiten aus beurkundungsbedürftigen Hauptverträgen anders als sonstige Schiedsverträge zu behandeln“.⁴⁰ Damit ist aber auch kein Grund ersichtlich, Schiedsvereinbarungen hinsichtlich beurkundungsbedürftiger Hauptgeschäfte anders zu behandeln, wenn sie sich nicht in einer gesonderten Urkunde befinden, sondern in derselben Urkunde,⁴¹ zumal sie dann auch regelmäßig mitbeurkundet worden sein dürften.

f) Regelungsinhalt des § 17 BeurkG

Sofern vorgebracht wird, die Beurkundungspflicht einer Schiedsordnung ergebe sich aus § 17 BeurkG, überzeugt auch dies nicht. Die Vorschrift regelt die Belehrungspflicht des Notars und begründet gerade keine Beurkundungspflicht.⁴² Darüber hinaus ist ein Notar nicht verpflichtet, die rechtliche Tragweite aller beurkundeter Klauseln zu erläutern, da dies in der Praxis unmöglich ist und den Parteien den Blick für das Wesentliche nimmt.⁴³ Vielmehr muss ein Notar nur hinsichtlich des erstrebten rechtlichen Erfolgs und der mit diesem verbundenen unmittelbaren Rechtswirkungen belehren.⁴⁴ Abgesehen davon, dass sich ein Notar schwer täte, die rechtliche Tragweite wirklich jeder einzelnen Verfahrensbestimmung darzulegen, erstreben die Parteien durch eine Schiedsvereinbarung einen Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit und eine Unterwerfung der Streitsache unter die Schiedsgerichtsbarkeit.⁴⁵ Es genügt demnach, wenn der Notar über die

Tatsache aufklärt, dass anstelle des staatlichen Richters ein Schiedsgericht zur Streitentscheidung berufen ist; er muss demgegenüber nicht über den Verfahrensgang vor dem Schiedsgericht belehren.⁴⁶ Zu berücksichtigen ist außerdem, dass der Erfolg, mithin der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit, auch im Falle einer unwirksamen Verfahrensvereinbarung erzielt würde, da in einem solchen Fall die gesetzlichen Verfahrensvorschriften Anwendung fänden.⁴⁷

g) Nichtamtlicher Charakter von Schiedsordnungen

Auch das Argument, eine Beurkundungspflicht von Schiedsordnungen ergebe sich aus deren nichtamtlichen Charakter, überzeugt nicht. Mitunter wird diesbezüglich vorgebracht, Schiedsordnungen langjährig etablierter Schiedsinstitutionen unterschieden sich aufgrund ihrer öffentlichen Zugänglichkeit nicht von einem Gesetz oder einem halbamtlichen Regelwerk wie der VOB, für die anerkannt ist, dass es keiner Beurkundung bedarf, *sondern vielmehr ein Verweis ausreichend ist*.⁴⁸ Zwar ist dem dahingehend zuzustimmen, dass eine Schiedsordnung üblicherweise auf der Homepage der jeweiligen Schiedsinstitution abrufbar und auch in zahlreichen Publikationen abgedruckt ist; tatsächlich wird man aber einen amtlichen bzw. halbamtlichen Charakter von Schiedsordnungen ablehnen müssen. Bei einer institutionellen Schiedsordnung handelt es sich nicht um eine hoheitlich gesetzte Rechtsnorm, deren Geltung dementsprechend auch nicht unabhängig davon ist, ob die Parteien sie vereinbart haben; vielmehr entspricht es gerade der Natur der Schiedsgerichtsbarkeit, dass die Parteien selbst über das anzuwendende Verfahrensrecht bestimmen und demgemäß eine Schiedsordnung nur dann Geltung beanspruchen kann, wenn die Parteien dies so vereinbart haben.⁴⁹ Allerdings setzt die Ansicht voraus, dass die Schiedsordnung beurkundungsbedürftig ist. Nur wenn es den Parteien auf die Anwendung einer bestimmten bestehenden Verfahrensordnung ankommt, soll eine Beurkundungspflicht der Schiedsordnung gegeben sein.⁵⁰ Lediglich wenn dies bejaht werden kann, die Schiedsvereinbarung also eine statische und nicht eine dynamische Verweisung auf eine Schiedsordnung enthält, stellt sich demnach nach dieser Auffassung überhaupt die *Frage der Art der Beurkundung* und in diesem Rahmen der Qualifizierung als amtliche bzw. halbamtliche Norm.

IV. Fazit

1. Für die Frage der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung kommt es aufgrund der Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung von dem Hauptvertrag gemäß § 1040 Abs. 1 S. 2 ZPO nicht auf die Einhal-

37 Vgl. BT-Drs. 13/5274, 23.

38 Vgl. BT-Drs. 13/5274, 36. Zu Schiedsklauseln und Verbraucherverträgen vgl. auch *Kraayvanger/Hilgard*, *Setback for the Use of Arbitration Against Consumers: the ECJ rules that Article 6 of Directive 93/13 is a Rule of Public Policy*, IBA – Arbitration Newsletter September 2010, 45 ff.

39 So auch *Broichmann/Matthäus*, *SchiedsVZ* 2008, 274, 277.

40 BGH, 22.9.1977 – III ZR 144/76, BGHZ 69, 260, 265, BB 1978, 19.

41 So auch *Lachmann* (Fn. 2), Kap. 5, Rn. 362.

42 *Heidbrink*, *GmbHR* 2010, 848, 850 m. w. N.

43 *Winkler*, *Beurkundungsgesetz* (Fn. 23), § 17, Rn. 227.

44 *Winkler*, *Beurkundungsgesetz* (Fn. 23), § 17, Rn. 224.

45 *Broichmann/Matthäus*, *SchiedsVZ* 2008, 274, 278.

46 Vgl. *Böttcher/Fischer*, *NZG* 2011, 601, 604.

47 *Broichmann/Matthäus*, *SchiedsVZ* 2008, 274, 278.

48 *Borries*, *SchiedsVZ* 2009, 299, 310.

49 *Spohnheimer*, *Gestaltungsfreiheit bei antizipiertem Legalanerkennnis des Schiedsspruchs*, 2010, S. 104 f.

50 DNotl-Report, 2008, 188, 189.

- tung des Beurkundungserfordernisses (etwa nach §§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB, 15 Abs. 4 GmbHG) an. Für die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung ist einzig entscheidend, dass die Formvorschrift des § 1031 ZPO erfüllt ist. Weitergehende Formvorschriften sind nicht zu berücksichtigen. Für die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung spielt es auch keine Rolle, ob eine in Bezug genommene Schiedsordnung beurkundet wurde oder nicht. Eine Schiedsvereinbarung ist auch ohne Beurkundung der Schiedsordnung wirksam.
- Die Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung von dem Hauptvertrag hat allerdings zur Folge, dass die Wirksamkeit des Hauptvertrages in einem zweiten Schritt zu prüfen ist und in diesem Zusammenhang auch der Vollständigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen ist.⁵¹ In diesem Zusammenhang kann die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit der Schiedsvereinbarung und gegebenenfalls der Schiedsordnung erneut eine Rolle spielen.
 - Trotz eines beurkundungspflichtigen Hauptvertrags besteht demnach weder eine Beurkundungspflicht für die Schiedsvereinbarung, noch für eine in der Schiedsvereinbarung in Bezug genommene Schiedsordnung. Dies gilt auch, wenn die Parteien sich für eine freiwillige Mitbeurkundung der Schiedsvereinbarung entschieden haben. Insofern bestehen für eine „vorsorgliche“ Beurkundung der Schiedsordnung, wie sie vereinzelt erwogen wird, keine überzeugenden Argumente.⁵²

V. Zusammenfassung

- Schiedsvereinbarung und Hauptvertrag sind voneinander unabhängig. Dies gilt gemäß § 1040 Abs. 1 S. 2 ZPO auch, wenn die Schiedsvereinbarung in Form einer Schiedsklausel Bestandteil des Hauptvertrages ist.

- Eine Schiedsvereinbarung bedarf auch bei einem beurkundungspflichtigen Hauptvertrag keiner notariellen Beurkundung. Für sie gilt ausschließlich das Formerfordernis des § 1031 ZPO. Formerfordernisse, die sich aus materiell-rechtlichen Vorschriften (wie beispielsweise aus §§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB, 15 Abs. 4 GmbHG) ergeben, gelten für sie demgegenüber nicht.
- Nichts anderes gilt für eine in Bezug genommene Schiedsordnung. Auch sie bedarf keiner notariellen Beurkundung, selbst wenn eine Schiedsvereinbarung „vorsorglich“ mitbeurkundet wurde.

Dr. Mark C. Hilgard, Rechtsanwalt und Partner der internationalen Wirtschaftskanzlei Mayer Brown LLP in Frankfurt am Main, ist Leiter der Abteilung Litigation and Arbitration bei Mayer Brown in Deutschland. Er ist sowohl als Parteivertreter als auch als Schiedsrichter tätig. Schwerpunkte seiner schiedsrichterlichen Tätigkeit sind M&A-Transaktionen, Anlagenbau und vertragsrechtliche Auseinandersetzungen, etwa im Energiesektor.



Nadine Haubner, LL.M. (London), ist Rechtsanwältin im Frankfurter Büro der Mayer Brown LLP und Mitglied der Praxisgruppe Litigation and Arbitration. Sie berät Mandanten in nationalen und internationalen Gerichts- und Schiedsverfahren. Schwerpunkte ihrer Tätigkeit liegen im Bereich gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten und Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen, Vertragsstreitigkeiten sowie im Anlagenbau.



⁵¹ Vgl. hierzu *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 851.

⁵² So beispielsweise *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 854 f.; *Broichmann/Matthäus* raten demgegenüber zu einer Einbeziehung der Schiedsvereinbarung in die Beurkundung des Hauptvertrages, vgl. *Broichmann/Matthäus*, *SchiedsVZ* 2008, 274, 279.

OLG Frankfurt: Anlageberatung – Wissenszurechnung eines Treuhänders – Fehlerhaftigkeit eines Prospekts

OLG Frankfurt, Urteil vom 17.1.2014 – 23 U 23/13

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2014-449-6](#)

unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHE LEITSÄTZE

- Über ein Ermittlungsverfahren, das einen Hauptvertragspartner betrifft und das sich auf die Zuverlässigkeit und Seriosität des Partners auswirkt, muss aufgeklärt werden.
- Der Gläubiger muss sich die Kenntnis eines Vertreters gemäß § 199 I BGB nur dann zurechnen lassen, wenn er diesen mit der Durchsetzung seiner Ansprüche beauftragt hat.

BGB §§ 195, 199 Abs. 1, 280

SACHVERHALT

Die Parteien streiten um einen Schadensersatzanspruch wegen einer Anlageberatung. Der Kläger zeichnete am 16.12.2002 einen Anteil in Höhe

von 45000 Euro zuzüglich 5% Agio an dem X-Fonds, der von der Beklagten konzipiert und vertrieben wurde.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das LG die Beklagte verurteilt, an den Kläger 14027,12 Euro zuzüglich Zinsen zu zahlen und festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Kläger von einer weiteren Inanspruchnahme durch das Finanzamt in Form von Nachzahlungszinsen freizustellen, soweit diese im Zusammenhang mit der durch den Kläger gezeichneten Beteiligung an dem Fonds stehen, Zug um Zug gegen Abgabe eines Angebots gegenüber der Beklagten auf Abtretung aller Rechte des Klägers an dem Fonds. Hinsichtlich eines Betrages von 9444 Euro erfolgte die Verurteilung der Beklagten zudem Zug um Zug gegen Abgabe eines Angebots des Klägers gegenüber der Beklagten auf Abtretung bestandskräftiger Rückzahlungsansprüche auf Nachzahlungszinsen und gegen Abgabe eines Angebots des Klägers gegenüber der Beklagten, diese über etwaige Rückerstattungen durch das Wohnstättenfinanzamt zu informieren. Weiter hat das LG festgestellt, dass die Be-