

KILIAN W. SENDLMEIER

Schiedsbindung von Gruppenunternehmen

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
202*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 202

herausgegeben von

Rolf Stürner



Kilian W. Sendlmeier

Schiedsbindung von Gruppenunternehmen

Der Freiwilligkeitsgrundsatz bei
der Schiedsbindung Dritter

Mohr Siebeck

Kilian W. Sendlmeier, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaften in Münster, Rio de Janeiro und Köln; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für internationales und ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln; 2018 Erste Juristische Prüfung; 2021 Visiting Scholar an der University of California, Berkeley School of Law; 2023 Promotion (Köln); Referendariat am Landgericht Köln.
orcid.org/0009-0000-4811-0944

Zugl.: Köln, Univ., Diss 2023

ISBN 978-3-16-163486-4 / eISBN 978-3-16-163487-1

DOI 10.1628/978-3-16-163487-1

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. www.mohrsiebeck.com

© Kilian W. Sendlmeier.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Beltz Grafische Betriebe in Bad Langensalza auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Dieses Buch ist zugleich meine im Herbst 2022 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln eingereichte Dissertationsschrift. Die mündliche Prüfung fand Anfang Oktober 2023 statt. Literatur und Rechtsprechung konnten teilweise noch bis November 2023 berücksichtigt werden.

Die Arbeit ist größtenteils während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für internationales und ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln entstanden, die mich persönlich wie fachlich sehr geprägt hat. Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heinz-Peter Mansel danke ich daher nicht nur für die exzellente Betreuung meiner Dissertation sehr herzlich, sondern auch für die ausgesprochen lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl, die mir zahlreiche interessante Einblicke in verschiedene Bereiche des Rechts und des wissenschaftlichen Arbeitens neben der Arbeit an meiner Promotion erlaubte. Nicht zuletzt bin ich Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heinz-Peter Mansel ausgesprochen dankbar für die allzeit konstruktiven Anregungen zu meiner Dissertation und die gleichzeitig gewährte große Freiheit bei der Gestaltung meiner Promotionszeit.

Herrn Professor Dr. Klaus Peter Berger, LL.M. danke ich sehr für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die interessanten weitergehenden Hinweise zum Schiedsrecht. Der Studienstiftung des deutschen Volkes bin ich zu großem Dank verpflichtet, da sie durch ihr Promotionsstipendium und ihre anregenden Seminare nicht unwesentlich zu dem Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Ebenso bedanke ich mich bei Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Ein unschätzbar wichtiger Abschnitt meiner Promotionszeit fand 2021 an der University of California, Berkeley School of Law statt. Die hohe Diskussionsbereitschaft in und außerhalb von Veranstaltungen vor Ort haben zum tieferen Verständnis des Schiedsrechts aus internationaler Perspektive beigetragen. Besonders danken möchte ich Herrn Professor Richard Buxbaum, der mich in Berkeley herzlich willkommen hieß und sich die Zeit für bereichernde Diskussionen nahm. Zudem danke ich der Dr. Wilhelm-Westhaus-Stiftung für die Förderung meines Forschungsaufenthalts durch einen großzügigen Reisekostenzuschuss.

Im Sommer 2022 durfte ich meine Dissertation auf der Doktorandentagung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit an der Bucerius Law School in Hamburg vorstellen. Hier möchte ich allen Teilnehmern der Tagung und insbesondere den Veranstaltern, Herrn Professor Dr. Stefan Kröll, LL.M. und

Herrn Professor Dr. Karsten Thorn, LL.M., für die hilfreichen Hinweise kurz vor Fertigstellung meiner Dissertationsschrift herzlich danken.

Zudem danke ich der Studienstiftung *ius vivum*, dem Förderverein des CENTRAL e.V. an der Universität zu Köln sowie der Karl-Heinz Böckstiegel Foundation für die Gewährung großzügiger Druckkostenzuschüsse zur Veröffentlichung dieser Arbeit.

Ein ganz persönlicher Dank gilt außerdem allen Freunden und Kollegen während meiner Zeit am Institut für internationales und ausländisches Privatrecht für die durchweg angenehme Atmosphäre. Insbesondere gaben mir Herr Prof. Dr. Lukas Rademacher, M.Jur. und Herr Dr. Alexander Kronenberg, LL.B. stets die Möglichkeit, juristische Fragen mit einem offenen Ohr für meine gedanklichen Ansätze zu diskutieren.

Von ganzem Herzen danke ich schließlich meinen Eltern, Una Röhr-Sendlmeier und Walter Sendlmeier, die mir jeden erdenklichen Rückhalt geben und es mir durch ihre stete Förderung und liebevolle Unterstützung ermöglicht haben, diese Dissertation zu schreiben. Nicht zuletzt haben sie auch die mühevollen Aufgabe des sprachlichen Korrekturlesens auf sich genommen. Ihnen ist die Arbeit in tiefer Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
1. Teil: Einleitung und Untersuchungsgegenstand	1
<i>A. Verantwortungs- und Haftungsverteilung in Unternehmensgruppen</i>	2
<i>B. Die Freiwilligkeit der Schiedsbindung</i>	4
<i>C. Drittbindungsansätze in ausländischen Rechtsordnungen</i>	7
<i>D. Gang der Darstellung</i>	10
2. Teil: Grundlagen	15
<i>A. Begrifflichkeiten</i>	15
<i>B. Schiedsrechtliche Grundlagen</i>	23
<i>C. Rechtliche Grundlagen von Unternehmensgruppen</i>	72
3. Teil: Subjektiv-rechtliche Schiedsbindung	81
<i>A. Interpretierende Auslegung</i>	86
<i>B. Stellvertretungskonstellationen im Kontext von Unternehmensgruppen</i>	105
<i>C. Ergänzende Auslegung</i>	139
<i>D. Formfragen bei einer subjektiv-rechtlichen Drittbindung im Schiedsrecht</i>	155
<i>E. Zwischenergebnis zu den subjektiv-rechtlichen Bindungsansätzen</i>	166

4. Teil: <i>Group of companies doctrine</i>	171
A. <i>Subjektive Interpretationsvariante: Konsens aus Kontext</i>	172
B. <i>Objektive Interpretationsvariante: Bindung ohne Konsens</i>	176
C. <i>Unvereinbarkeit mit dem deutschen Recht</i>	179
D. <i>Zwischenergebnis</i>	182
5. Teil: Objektiv-rechtliche Schiedsbindung	185
A. <i>Schiedsbindung bei der Zession</i>	187
B. <i>Schiedsbindung beim materiellen Vertrag zugunsten Dritter</i>	196
C. <i>Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte</i>	204
D. <i>Schiedsbindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht</i>	223
E. <i>Schiedsbindung der Gesellschafter bei einer Haftung nach § 128 HGB</i>	236
F. <i>Schiedsbindung Dritter bei Organhaftung in der Aktiengesellschaft</i>	246
G. <i>Schiedsbindung in Durchgriffsfällen</i>	255
H. <i>Zusammenfassung und Schlussfolgerungen</i>	271
6. Teil: Verfassungsrechtliche Überprüfung unfreiwilliger Schiedsbindungen Dritter	279
A. <i>Gleichwertigkeitsthese</i>	281
B. <i>Betroffene Justizgrundrechte</i>	290
C. <i>Zusammenfassung zu den verfassungsrechtlichen Aspekten einer unfreiwilligen Schiedsbindung</i>	312
7. Teil: Ergebnisse und Ausblick	315
A. <i>Zusammenfassungen der einzelnen Teile im Überblick</i>	315
B. <i>Zentrale Ergebnisse</i>	323
C. <i>Ausblick</i>	324
Literaturverzeichnis	327
Stichwortverzeichnis	341

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
1. Teil: Einleitung und Untersuchungsgegenstand	1
<i>A. Verantwortungs- und Haftungsverteilung in Unternehmensgruppen</i>	2
<i>B. Die Freiwilligkeit der Schiedsbindung</i>	4
<i>C. Drittbindungsansätze in ausländischen Rechtsordnungen</i>	7
<i>D. Gang der Darstellung</i>	10
2. Teil: Grundlagen	15
<i>A. Begrifflichkeiten</i>	15
I. Objektive und subjektive Reichweite, objektiv-rechtliche und subjektiv-rechtliche Schiedsbindung und Abgrenzung zur Schiedsfähigkeit	15
II. Schiedsvereinbarung, Schiedsvertrag, Schiedsklausel, Schiedsabrede	18
III. Dritter und Nichtunterzeichner	21
IV. Konzern und Unternehmensgruppe	22
<i>B. Schiedsrechtliche Grundlagen</i>	23
I. Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung von einem etwaigen Hauptvertrag	23
1. Zweck und Folgen dieser rechtlichen Trennung	24
2. Schiedsvereinbarung als Modalität der Forderung	26
II. Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung	28
III. Anwendbare Rechte in Schiedssachen	32
1. Überblick	33
a) Das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht	38
b) Das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht	38

c) Das allgemeine Schiedsverfahrensstatut	45
d) Die anwendbaren Verfahrensregeln	46
2. Das auf die Frage der Dritterstreckung anwendbare Recht	46
a) Keine Anwendung des Schiedsvereinbarungsstatuts	51
b) Keine Anwendung des Hauptvertragsstatuts	56
c) Zwischenergebnis: Anwendung der <i>lex causae</i> auf die Frage der Dritterstreckung der Schiedsbindung	61
IV. Zentrale Wirkungen der Schiedsvereinbarung und Verhältnis zu staatlichem Rechtsschutz	62
1. Das Verhältnis der Schiedsgerichtsbarkeit zu staatlichen Gerichten	63
2. Legitimation durch Freiwilligkeit: Verzicht auf staatliche Justizgewähr	69
C. <i>Rechtliche Grundlagen von Unternehmensgruppen</i>	72
I. Grundlegende gesetzliche Regelungen des Konzernrechts	73
II. Ausnahmsweise Durchgriffshaftung in Unternehmensgruppen	75
III. Zwischenergebnis zu den Grundlagen von Unternehmensgruppen	78
3. Teil: Subjektiv-rechtliche Schiedsbindung	81
A. <i>Interpretierende Auslegung</i>	86
I. Auslegung von Schiedsvereinbarungen hinsichtlich ihrer subjektiven Reichweite in Konstellationen mit mehreren Unternehmen	88
1. Schiedsvereinbarung mit mehreren Parteien	90
2. Klarstellende Funktion der Schiedsvereinbarung	92
3. Materielle Durchgriffsfälle im Wege der Auslegung von der Schiedsvereinbarung erfasst	94
4. Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter	95
5. Schiedsbindung der Geschäftsführung im Falle einer Haftung bei <i>culpa in contrahendo</i>	99
II. Pauschale Zustimmung zur Schiedsbindung durch Beitritt in eine Gesellschaft	101
III. Zwischenergebnis zur Bindung nach interpretierender Auslegung	103
B. <i>Stellvertretungskonstellationen im Kontext von Unternehmensgruppen</i>	105
I. Schiedsbindung eines gruppenzugehörigen Unternehmens als Vertretener	106
1. Das Offenkundigkeitsprinzip	107
a) Geschäft für den, den es angeht	109
b) Unternehmensbezogenes Geschäft	110
c) Zwischenergebnis	112
2. Vollmacht speziell zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen	113

3. Vertretungsmacht aus Unternehmens- und Rahmenverträgen . . .	114
4. Genehmigung einer Schiedsvereinbarung, die ohne Vertretungsmacht abgeschlossen wurde	115
5. Vertretung im Wege der Rechtsscheinsvollmachten	116
a) Rechtsscheinsvollmachten als subjektiv- rechtliche Bindungsmechanismen	117
b) Rechtsscheinsvollmacht zur Schiedsbindung bei Unternehmensgruppen	125
aa) Typische Fallgruppen	129
bb) Zwischenergebnis	133
c) Praktische Probleme der Beweisbarkeit	133
d) Zwischenergebnis zu den Rechtsscheinsvollmachten	134
6. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung von Gruppenunternehmen als Vertretene	135
II. Schiedsbindung des Vertreters	137
III. Zwischenergebnis zu den Stellvertretungsansätzen	138
C. <i>Ergänzende Auslegung</i>	139
I. Grundlagen der ergänzenden Auslegung und Einordnung als subjektiv-rechtlicher Bindungsansatz	141
II. Bedenken gegen eine Schiedsbindung im Wege der ergänzenden Auslegung	145
1. Allgemeine Bedenken gegen eine Drittbindung im Wege der ergänzenden Auslegung	145
2. Anwendung im Schiedsrecht	150
3. Besonderheiten der Gruppensituation	153
III. Zwischenergebnis zur ergänzenden Auslegung	154
D. <i>Formfragen bei einer subjektiv-rechtlichen Drittbindung im Schiedsrecht</i>	155
I. Grundlagen der Formvorschriften aus § 1031 ZPO	155
II. Formerleichterungen des § 1031 ZPO	157
III. Formfragen zur Drittbindung in Gruppensituationen	161
IV. Zwischenergebnis zu den Formfragen	165
E. <i>Zwischenergebnis zu den subjektiv-rechtlichen Bindungsansätzen</i>	166
I. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	166
II. Zwischenfazit	168
4. Teil: <i>Group of companies doctrine</i>	171
A. <i>Subjektive Interpretationsvariante: Konsens aus Kontext</i>	172
B. <i>Objektive Interpretationsvariante: Bindung ohne Konsens</i>	176
C. <i>Unvereinbarkeit mit dem deutschen Recht</i>	179

<i>D. Zwischenergebnis</i>	182
5. Teil: Objektiv-rechtliche Schiedsbindung	185
<i>A. Schiedsbindung bei der Zession</i>	187
I. Erstreckung auf den Zessionar unabhängig von seinem Willen	189
II. Kein Wahlrecht des Schuldners	193
III. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung bei der Zession	195
<i>B. Schiedsbindung beim materiellen Vertrag zugunsten Dritter</i>	196
I. Bindung des Begünstigten an die Schiedsvereinbarung ohne seine Zustimmung	197
II. Bindung des Begünstigten in Gruppensituationen	202
III. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung beim materiellen Vertrag zugunsten Dritter	203
<i>C. Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte</i>	204
I. Schiedsbindung des Dritten ohne seinen Willen	205
II. Bindung auch der Hauptparteien ohne ihren Willen?	207
1. Rechtsnatur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte	207
a) Ergänzende Vertragsauslegung als Grundlage der Schutzwirkung für den Dritten	208
b) Mangelnde Feststellung eines Parteiwillens in der Rechtsprechung	210
c) Willensunabhängige Schutzwirkung für den Dritten nach objektiven Wertungsgesichtspunkten	212
d) Zwischenergebnis	216
2. Trotz willensunabhängiger materieller Haftung keine willensunabhängige Schiedsbindung der Hauptpartei	217
III. Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte in Konstellationen mit Gruppenunternehmen	218
1. Leistungsnähe des Dritten	218
2. Gläubigerinteresse/Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem	219
3. Erkennbarkeit für den Schuldner	220
4. Schutzbedürftigkeit des Dritten	221
5. Zwischenergebnis	221
IV. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	222
<i>D. Schiedsbindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht</i>	223
I. Gesetzliche materielle Haftung des Vertreters nach § 179 BGB	224
II. Schiedsbindung des Vertreters bei materieller Erfüllungshaftung nach § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB	225
1. Mögliche Konstellationen	226
2. Schiedsbindung des Vertreters ohne seine Zustimmung	228

3. Einschränkungen zum Schutz des Vertreters	234
III. Zwischenergebnis	235
<i>E. Schiedsbindung der Gesellschafter bei einer Haftung nach § 128 HGB</i>	236
I. Materielle Haftung nach § 128 HGB	236
II. Bindung des nach § 128 HGB haftenden Gesellschafters an eine Schiedsvereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschaft	239
III. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung über § 128 HGB	246
<i>F. Schiedsbindung Dritter bei Organhaftung in der Aktiengesellschaft</i>	246
I. Schiedsbindung im Falle der Vorstandshaftung	247
1. Schiedsrechtlicher Drittbindungswille von Vorstand und Gesellschaft im Falle von § 93 Abs. 5 AktG	248
2. Schiedsbindung des externen Gläubigers ohne seinen Willen	249
3. Keine Schiedsbindung zwischen Vorstand und Gläubiger bei Schiedsvereinbarung zwischen Gesellschaft und Gläubiger	251
II. Schiedsbindung bei der Haftung von Aktionären, Angestellten und Aufsichtsratsmitgliedern	252
1. Schiedsbindung bei Haftung nach § 117 Abs. 5 AktG	252
2. Schiedsbindung bei Haftung nach § 62 Abs. 2 S. 1 AktG	253
III. Zwischenergebnis	255
<i>G. Schiedsbindung in Durchgriffsfällen</i>	255
I. Schiedsbindung beim materiell-rechtlichen Haftungsdurchgriff	257
1. Schiedsbindung beim Durchgriff wegen Vermögensvermischung	259
2. Keine Schiedsbindung beim Durchgriff wegen Unterkapitalisierung	264
3. Zwischenergebnis	267
II. Sonderfälle der Durchgriffshaftung ohne Schiedsbindung	268
1. Kein Schiedsdurchgriff bei Strohmanngesellschaften	268
2. Kein Schiedsdurchgriff auf einen GmbH-Geschäftsführer kraft seiner Organstellung	270
3. Zwischenergebnis	271
<i>H. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen</i>	271
I. Zusammenfassung zu den untersuchten objektiv- rechtlichen Bindungsmechanismen	271
II. Schlussfolgerungen: Voraussetzungen für eine objektiv- rechtliche Bindung	274
1. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt	274
2. Hinreichende inhaltliche Nähe zwischen dem materiell- rechtlichen Drittanspruch und der ursprünglichen Schiedsvereinbarung	275
3. Interessenabwägung zugunsten der Drittbindung	276

6. Teil: Verfassungsrechtliche Überprüfung unfreiwilliger Schiedsbindungen Dritter	279
<i>A. Gleichwertigkeitsthese</i>	281
I. Rechtliches Gehör und staatliche Kontrolle	282
II. Anforderungen an ein Schiedsverfahren	285
III. Zwischenergebnis	289
<i>B. Betroffene Justizgrundrechte</i>	290
I. Kein Eingriff in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bei unfreiwilliger Schiedsbindung	291
II. Anspruch auf staatliche Justizgewähr	294
1. Kein Eingriff in Art. 19 Abs. 4 GG	294
2. Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch	296
a) Eingriff bei einer Einrichtungsgarantie	296
b) Intensität des Eingriffs bei unfreiwilliger Schiedsbindung ...	298
3. Rechtfertigung des Eingriffs in den Justizgewährungsanspruch	299
a) Legitimer Zweck und Eignung zur Zweckerreichung	300
b) Erforderlichkeit und Angemessenheit	301
aa) Entlastung der Justiz	301
bb) Potenzielle Vor- und Nachteile eines Schiedsverfahrens	303
cc) Vermeidung widersprechender Entscheidungen und Erhöhung der Rechtssicherheit	304
dd) Privatautonomie einer der ursprünglichen Schiedsvertragsparteien als kollidierendes Verfassungsgut	307
(1) Schützenswerte Privatautonomie bei dem jeweiligen Bindungsansatz	307
(2) Zu berücksichtigende Aspekte bei der Abwägungsentscheidung	309
ee) Zwischenergebnis	312
<i>C. Zusammenfassung zu den verfassungsrechtlichen Aspekten einer unfreiwilligen Schiedsbindung</i>	312
7. Teil: Ergebnisse und Ausblick	315
<i>A. Zusammenfassungen der einzelnen Teile im Überblick</i>	315
I. Zusammenfassung des 1. Teils	315
II. Zusammenfassung des 2. Teils	316
III. Zusammenfassung des 3. Teils	317
IV. Zusammenfassung des 4. Teils	319
V. Zusammenfassung des 5. Teils	320
VI. Zusammenfassung des 6. Teils	322

<i>B. Zentrale Ergebnisse</i>	323
<i>C. Ausblick</i>	324
Literaturverzeichnis	327
Stichwortverzeichnis	341

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
a.M.	am Main
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
arb.	arbitration
Art.	Artikel
ASA	Swiss Arbitration Association
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	bilateral arbitration treaty
BB Beilage	Betriebs-Berater, Beilage
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckOGK	beck-online.Grosskommentar
BeckRS	Beck'sche Rechtssache
Begr.	Begründer
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
Brüssel-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht

BVwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes
bzw.	beziehungsweise
Cal.	California
c. i. c.	culpa in contrahendo
Cir.	circuit
Co.	company
Comm	commercial
Corp.	corporation
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
ebd.	ebenda
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EG-UnthVO	Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
et al.	et alia
EU	Europäische Union
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Übereinkommen von Brüssel von 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung)
EuZVR	Europäisches Zivilverfahrensrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWHC	High Court of England and Wales
f.	folgende
F.	Federal
ff.	fort folgende
FHZivR	Fundheft für Zivilrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
HUntProt	Haager Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht durch die Europäische Gemeinschaft
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i. Br.	im Breisgau
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
i. E.	im Ergebnis
Inc.	incorporated
InsO	Insolvenzordnung
int.	international / internationales / internationale/r
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht der Schweiz
i. V. m.	in Verbindung mit
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KOM	Kommission der Europäischen Union
LCIA	London Court of International Arbitration
lit.	littera
LLC	Limited Liability Company
Ltd.	Limited
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. N.	mit Nachweisen
M&A	Mergers and Acquisition
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
No.	Numero
Nr.	Nummer
NYÜ	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o. Fn.	oben Fußnote
OGH	Oberster Gerichtshof Österreichs
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht

PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften und Angehörige Freier Berufe
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdTW	Recht der Transportwirtschaft
RG	Reichsgericht
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I-VO“)
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II-VO“)
Rom III-VO	Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates über zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts („Rom III-VO“)
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite / Satz
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
S.C.M.R.	Supreme Court Monthly Review
SE	Societas Europaea
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem / und andere
UK	United Kingdom
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
UmwG	Umwandlungsgesetz
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
unstr.	unstreitig
Urt.	Urteil
U.S. / US / U.S.	United States
USA	United States of America
v.	vom / von / versus
Var.	Variante
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WL	Westlaw
W.L.R.	Weekly Law Report
WM	Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
w. N.	weitere Nachweise

YCA	Yearbook Commercial Arbitration
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPG	Zivilprozessgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht

1. Teil

Einleitung und Untersuchungsgegenstand

Das teilweise als eines der heikelsten Themen der Schiedsgerichtsbarkeit bezeichnete Feld der Drittbindung im Schiedsrecht¹ bzw. die Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf Dritte ist noch in vielen Facetten nicht umfassend erforscht und Gegenstand anhaltender Diskussion.² Zu dieser Debatte möchte diese Arbeit beitragen und dabei bestimmte Bereiche vertiefen. Es wird untersucht, in welchen Konstellationen mit Beteiligung von Unternehmensgruppen und unter welchen

¹ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1517; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 185; *Di Pietro*, in: *Mistelis/Brekoulakis* (Hrsg.), Arbitrability, 2009, S. 85, 87; *Pika*, Third-Party Effects of Arbitral Awards, 2019, S. 18.

² Siehe aus der jüngeren Literatur etwa *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1531 ff.; *Geimer*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer u.a.* (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 15, 42 f. und vor allem Rn. 63–75; *Gottwald*, in: *Schütze* (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 131 ff.; *Habersack*, in: *Schütze* (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 163 ff.; *Hindermann*, *Bucerius Law Journal* 2020, 48, 49 ff.; *Kröll*, in: *Bosman* (Hrsg.), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, 2020, Bd. 114, S. 16; *Pika*, Third-Party Effects of Arbitral Awards, 2019, S. 2 ff.; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 98 ff.; *Schütze*, in: *Gebauer/Schütze* (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 34; *Voit*, in: *Musielak/Voit* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 8; *Landbrecht*, in: *Wilhelmi/Stürner* (Hrsg.), Post-M&A-Schiedsverfahren, 2019, S. 242 ff.; *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 49 ff.; vgl. auch *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 132 ff.; einige Fragen werden schon lange diskutiert: siehe etwa *Berger*, *International Arbitration Law Review* 1998, 121, 123; *Böckstiegel*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 1; *Jacusiel*, *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 1930, 1143; *Kleinschmidt*, *SchiedsVZ* 2006, 142; zur kollisionsrechtlichen Betrachtung der subjektiven Schiedsfähigkeit *Wächter*, Die Schiedsvereinbarung bei Auslandsberührung, 2020, S. 313 ff.; zu der schiedsrechtlichen Drittwirkung bei Beschlussmängelstreitigkeiten *Zimmermann*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften, 2020, S. 157, ähnlich auch *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 2017, S. 54 ff., 269 ff. und speziell im deutsch-italienischen Rechtsvergleich *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 107 f. und 184 ff. Aus der jüngeren Rechtsprechung etwa: BG 4A_473/2016 v. 16.2.2017, Anm. *Gottlieb*, *Jusletter* 2018, 1, 11 f.; BGH, Beschluss v. 6.4.2017, I ZB 23/16, *SchiedsVZ* 2017, 194, m. Anm. *Bryant*, *SchiedsVZ* 2017, 196, 196 f.; *U.S Supreme Court GE Energy Power Conversion France SAS, Corp. v. Outokumpu Stainless USA, LLC et al.*, 590 U. S. (June 1, 2020) und BG 4A_646/2018 v. 17.4.2019; zu beiden letztgenannten Anm. *Sendlmeier*, *IPRax* 2021, 381, 381 ff.

rechtlichen Voraussetzungen weitere Parteien an Schiedsverträge gebunden sein können, die nicht die originären Parteien der Schiedsvereinbarung sind.

A. Verantwortungs- und Haftungsverteilung in Unternehmensgruppen

Insbesondere im Kontext von Unternehmensgruppen spielen schiedsrechtliche Drittbindungsüberlegungen eine wichtige Rolle.³ Denn Unternehmensgruppen agieren typischerweise in demselben wirtschaftlichen Bereich, in dem auch Schiedsvereinbarungen regelmäßig verwendet werden: im internationalen, professionellen, arbeitsteiligen Geschäftsverkehr.⁴ Gleichzeitig spricht das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip aber grundsätzlich gegen eine Drittbindung innerhalb einer Unternehmensgruppe.⁵ Die Aufteilung in Unternehmensgruppen soll gerade dazu führen, dass die Handlungsleitung bei einer nicht selbst haftenden Gesellschaft liegt, während Ausführung und Haftung bei einer untergeordneten Gesellschaft liegen.⁶ Dadurch werden Risiken diversifiziert,⁷ was Un-

³ *Böckstiegel*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 2; *Hamann/Lennarz*, SchiedsVZ 2006, 289, 290; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 182 ff.; *Meier*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 55; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 93 ff.; für *post-M&A* Streitigkeiten *Landbrecht*, in: *Wilhelmi/Stürmer* (Hrsg.), Post-M&A-Schiedsverfahren, 2019, S. 242.

⁴ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 2018, § 185 Rn. 1.

⁵ Siehe etwa *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1534 mit Nachweisen aus der internationalen (Schieds-)Rechtsprechung; zum Trennungsprinzip etwa *Drygalal/Staakel/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 177; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 924; zum Trennungsprinzip im Konzern nach deutschem AktG *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften, 1997, S. 107 ff.

⁶ *Drygalal/Staakel/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 621; *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.44; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 183; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 924. Das gilt für den faktischen Konzern (und vergleichbare Konstellationen), da der Vertragskonzern durch die Ausgleichsansprüche aus § 302 AktG gerade nicht zur Aufteilung der Haftung taugt, so auch *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 36. Siehe zur Steuerung und Leitung im Konzern schon *Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, S. 40 ff.

⁷ *König*, AcP 2017, 611, 622; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 924; vgl. auch *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.35. Insbesondere ist zu beachten, dass Kapitalgesellschaften bis sechs Millionen Euro Bilanzsumme (§ 267 Abs. 1 HGB) nicht der Prüfpflicht von § 316 Abs. 1 HGB unterfallen, so dass auch ein etwaiger Nachteilsausgleich bei solchen beherrschten Unternehmen im faktischen Konzern nicht gemäß § 312 Abs. 1 AktG dokumentiert wird. Das kann dazu führen, dass über für Gläubiger der beherrschten Unternehmen nachteilige Maßnahmen keine Rechenschaft auf Seiten des herrschenden Unternehmens abgelegt wird und sich die herrschen-

ternehmensgruppen eine stärkere Markt- und letztlich Verhandlungsmacht bei Verträgen gegenüber kleineren Verhandlungspartnern gibt, denen diese Möglichkeit nicht offen steht.⁸

Bei Beteiligung von Unternehmensgruppen kann etwa die Konstellation auftreten, dass die Obergesellschaft von einem Konflikt mit einem externen Unternehmen auf materiell-rechtlicher Ebene betroffen ist, aber nur das Subunternehmen bzw. die Tochtergesellschaft eine Schiedsvereinbarung mit diesem Dritten hat. Ebenso kann es sein, dass von einem Streit ein Tochterunternehmen betroffen ist, aber nur die Muttergesellschaft eine Schiedsvereinbarung eingegangen ist. In diesen und ähnlichen Konstellationen stellt sich die Frage, ob auch andere Unternehmen derselben Gruppe einer Schiedsbindung unterliegen, auch wenn sie eine Schiedsvereinbarung nicht selbst unterzeichnet haben.⁹ Denn Schiedsvereinbarungen sind Verträge und binden als solche grundsätzlich nur die Unterzeichner.¹⁰

Wegen dieses Spannungsverhältnisses zwischen wirtschaftlich einheitlicher Steuerung und gleichzeitiger Verantwortungsverteilung auf unterschiedliche, juristisch selbstständige Gesellschaften wurde im Bereich des Schiedsrechts vielfältig auf den Problembereich der Drittbindung bei der Beteiligung von Unterneh-

den Unternehmen so größere Vorteile auf Kosten anderer Akteure sichern können, siehe zu dieser Problematik etwa *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 48, 50.

⁸ Vgl. *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 198, der von einer besonderen „Verhandlungsmacht der Gruppe“ ausgeht, die etwa von der Obergesellschaft gezielt genutzt werden kann. Allgemein zum Ungleichgewicht und etwaigen Missbrauchsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Marktteilnehmern *König*, AcP 2017, 611, 622 f. Vgl. zum Vorteil bei der Rechtswahl durch größere Verhandlungsmacht *Schnyder/Grolimund*, in: Schwenger/Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem, 2003, S. 401. *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 84 hingegen scheint in Situationen mit Unternehmensgruppen meistens von einem Kräftegleichgewicht auszugehen. Das verkennt jedoch, dass bei größeren Projekten auch die allermeisten Verträge mit kleineren Zulieferern und Subunternehmern Schiedsklauseln enthalten.

⁹ Vgl. z. B. *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 118 ff.; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 184; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 183; *Sachs/Niedermaier*, in: Ebkel/Olzen/Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 475; siehe auch ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131 f. Im angelsächsischen Sprachgebrauch wird in diesem Zusammenhang von der Bindung von sogenannten „non-signatories“ – also von Nichtunterzeichnern – gesprochen. Zu diesem Begriff noch unten im 2. Teil unter A. III.

¹⁰ Statt vieler *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 4.

mensgruppen eingegangen,¹¹ wobei eine Reihe von Fragen ungeklärt ist. So ist weiter zu erforschen, in welchen rechtlichen Konstellationen eine Drittbindung an Schiedsvereinbarungen begründet werden kann. Zur Beantwortung muss untersucht werden, wann eine Durchbrechung juristischer Verantwortungs- und Haftungsverteilung auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist und wie sich die Durchbrechung speziell im Schiedsrecht auswirkt. Diese Arbeit erforscht daher Drittbindungsmechanismen im Schiedsrecht, wie sie besonders – aber nicht ausschließlich – in Situation unter Beteiligung von Unternehmensgruppen relevant werden.

B. Die Freiwilligkeit der Schiedsbindung

Die Schiedsgerichtsbarkeit stützt sich auf die Privatautonomie der Parteien.¹² Denn die Schiedsgerichtsbarkeit als private und grundsätzlich freiwillige Gerichtsbarkeit beruht im Grundsatz auf der Zustimmung der beteiligten Parteien.¹³ Das hat zur Folge, dass bei der Schiedsbindung Dritter eine Zustimmung aller Parteien gesondert untersucht werden muss. Tatsächlicher Konsens liegt dabei

¹¹ Etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001; *Berger*, Internationale Wirtschafts-schiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 206 ff.; *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.35 und 2.51; *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, S. 129 ff.; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 118; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011; *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 185; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 183 ff.; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 93 ff.; siehe auch die Nachweise in Fn. 2.

¹² Zu diesem Grundsatz und seiner Wichtigkeit für die Schiedsgerichtsbarkeit siehe etwa *Berger*, RIW 1994, 12, 14.

¹³ Siehe etwa *Butler/Herbert*, New Zealand Universities Law Review 2014, 186, 191; *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 120; *ders.*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 51; *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195; *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 169 ff.; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 113; für die Sportschiedsgerichtsbarkeit *Heermann*, SchiedsVZ 2014, 66, 70; *Pfeiffer*, SchiedsVZ 2014, 161, 164; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 172; BGH, Urteil v. 9.3.1978, III ZR 78/76, NJW 1978, 1744, 1745. Beachte, dass der Fall des § 1066 ZPO nicht unmittelbar auf Vereinbarung beruht (dazu etwa *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 242), im Rahmen dieser Arbeit aber nicht näher untersucht wird (zu den verfassungsrechtlichen Implikationen von § 1066 ZPO siehe auch jüngst *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 8).

vor, wenn zwei oder mehrere Willen übereinstimmen. Liegt eine Zustimmung hinsichtlich der Drittbeteiligung allseitig tatsächlich vor, ergeben sich daher keine Legitimationsprobleme.¹⁴ Die prozessuale Ausgestaltung mit mehreren Parteien kann dann freilich immer noch zu mitunter erheblichen Schwierigkeiten führen.¹⁵ Auf diese prozessualen Schwierigkeiten wird in der vorliegenden Arbeit allerdings nicht eingegangen. Zentrales Thema ist die Legitimation der Schiedsbindung Dritter und damit die Kognitionsbefugnis eines Schiedsgerichts in subjektiver Hinsicht.

Kann die freiwillige Zustimmung einer potenziellen Schiedspartei – insbesondere des Dritten – nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ergeben sich die problematischen und hier vorrangig zu untersuchenden Situationen. Dabei ist grundsätzlich danach zu unterscheiden, welche Bindungsmechanismen eine Zustimmung bzw. Freiwilligkeit der zu bindenden Partei fingieren, auch wenn sie tatsächlich nicht vorliegt, und welche auf eine Zustimmung von vorne herein verzichten.¹⁶ Beide Ansätze können ähnliche Folgeprobleme nach sich ziehen, unterscheiden sich in der technischen und dogmatischen Herangehensweise aber mitunter erheblich.¹⁷ Hier versucht die vorliegende Arbeit, eine klare Trennlinie zu ziehen und die jeweiligen (Folge-)Probleme im Zusammenhang mit der fehlenden Freiwilligkeit einer Bindung zu erörtern.

Sowohl bei einer Bindung aufgrund eines geschaffenen Rechtsscheins als auch bei einer Bindung aufgrund der Auslegung von Vereinbarungen werden Äußerungen oder Verhalten im Geschäftsverkehr betrachtet, von denen auf den Bin-

¹⁴ Siehe zu dem Verhältnis von staatlicher und Schiedsgerichtsbarkeit noch unten im 2. Teil unter B. IV.

¹⁵ Geimer, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 42 ff. und schon *ders.*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 77 ff.; Hamann/Lennarz, *SchiedsVZ* 2006, 289, 290; Massuras, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 21; Münch, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 49; Wagner, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, S. 20 ff., 41 ff.; zu Problemen beim Abschluss mehrseitiger Schiedsvereinbarungen Schlüter, *Schiedsbindung von Organmitgliedern*, 2017, S. 270 ff.; siehe auch Berger, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 207 ff.; zu den besonderen prozessualen Voraussetzungen bei Mehrparteienkonstellationen etwa Meier, *Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten*, 2007, S. 86 ff.; zu den vielfältigen Verfahrensfragen in solchen Situationen ebd. S. 159 ff.

¹⁶ Kröll, *IPRax* 2016, 43, 46 f.; Sendlmeier, *IPRax* 2021, 381, 386 ff.; siehe auch noch im 2. Teil unter B. IV. 2. und im 3. Teil am Anfang.

¹⁷ Siehe dazu im Einzelnen noch ausführlich im 3. Teil und 5. Teil.

dungswillen der Parteien geschlossen wird.¹⁸ Dieser bildet dann die Grundlage für die Schiedsvereinbarung. Demgegenüber stehen Fälle, in denen eine Schiedsbindung unter Umständen dadurch begründet wird, dass unabhängig von einem tatsächlichen oder fingierten Konsens der Parteien Billigkeitsüberlegungen oder der Schutz vor rechtsmissbräuchlichem Verhalten für eine solche Bindung sprechen.¹⁹ Neben Haftungsnormen des Gesellschafts- und Aktienrechts ist hier etwa die Durchgriffshaftung zu nennen.²⁰ Doch auch die Bindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, des Zessionars und eine schiedsrechtliche Annexbindung bei materiellen Verträgen zugunsten und zum Schutze Dritter können sich im Wesentlichen auf objektive Gründe stützen.

Bei Bindungsmechanismen, die von vorne herein nicht auf den übereinstimmenden Willen der potenziellen Schiedsparteien abzielen (objektiv-rechtliche Bindungsmechanismen), aber auch bei denen, die die Freiwilligkeit bzw. den Willen zu einer Schiedsbindung nur fingieren, ist zu bedenken, dass das Grundprinzip des faktischen Konsenses aufgegeben wird. Bei all diesen Schiedsbindungsansätzen darf auch eine detaillierte verfassungsrechtliche Überprüfung nicht unberücksichtigt bleiben, da wichtige verfassungsrechtliche Güter wie der allgemeine Justizgewährungsanspruch und der Grundsatz der Privatautonomie betroffen sein können.²¹

Eine zentrale Frage der Arbeit ist daher neben den zivilrechtlichen Aspekten der Drittbindung, ob konsensunabhängige Bindungsansätze per se gegen den

¹⁸ *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 119; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 35; *Kröll*, IPRax 2016, 43, 46 f. hingegen sieht Bindungsmodelle über Rechtsscheinerwägungen als Mechanismen zum Schutz von Treu und Glauben unabhängig von einem (fiktiven/unterstellten) Willen der Parteien. Siehe allgemein zur Auslegung *Ellenberger*, in: Grüneberg (Hrsg.), Grüneberg, 2023, § 133 Rn. 1 und § 157 Rn. 1 f.; zum Zusammenspiel der beiden Normen ebd. § 133 Rn. 2; siehe zu den subjektiv-rechtlichen Ansätzen und ihrer Abgrenzung auch noch ausführlich im 3. Teil am Anfang und unter A. und C. jeweils zu Beginn.

¹⁹ Zum Rechtsmissbrauch, der zum Durchgriff führt etwa *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 196; siehe für ähnliche Kategorien *Kröll*, IPRax 2016, 43, 46 f.

²⁰ Zu diesen Bindungsansätzen im internationalen Schiedsrecht *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 1.115 und 2.51; *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1545 ff. und ferner zu dem Bindungsansatz nach *estoppel*, der auch als eine Form des Durchgriffs verstanden werden kann, ebd. S. 1585 ff.; *Kröll*, IPRax 2016, 43, 46 f.; kritisch *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 116 ff.

²¹ Grundlegend *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 119 ff.; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 15; zur verfassungsmäßigen Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit allgemein knapp *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiecezorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 10; ausführlicher zu den Problemen bei unfreiwilliger Schiedsbindung auch *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 2017, S. 142 ff.; *Wächter*, Die Schiedseinrede bei Auslandsberührung, 2020, S. 93 ff.; zur Privatautonomie im Schiedsrecht neben staatlichem Justizwesen *Gater*, in: Wilhelm/Stürner (Hrsg.), Post-M&A-Schiedsverfahren, 2019, S. 65 ff.

verfassungsrechtlich garantierten allgemeinen Justizgewährungsanspruch (Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) verstoßen.²² Zur Vertiefung und Überprüfung dieser These wird untersucht, ob andere grundrechtlich geschützte Werte eine Einschränkung dieses Grundrechts rechtfertigen können, so dass eine objektiv-rechtliche Bindung in Ausnahmefällen verfassungsrechtlich möglich ist. Es wird auch der Überlegung nachgegangen, ob und wann es sachgerecht ist, bei Unternehmensgruppen mit aufgeteiltem Haftungsrisiko und verteilten juristischen Verantwortungsträgern den Schutz durch staatliche Gerichte einzuschränken.

C. Drittbindungsansätze in ausländischen Rechtsordnungen

Auch im internationalen und ausländischen Recht wird die Drittbindungsfrage häufig im Kontext von Unternehmensgruppen diskutiert. Dabei verfolgen auch andere Rechtsordnungen unterschiedliche Drittbindungsansätze für das Schiedsrecht.²³ Noch weitergehend wird sogar die Diskussion geführt, ob über sogenannte *bilateral arbitration treaties* (BATs) für Unternehmen der Vertragsstaaten die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit als Grundmodell der grenzüberschreitenden Streitbeilegung festgelegt werden kann, ohne dass die Unternehmen im Einzelfall zustimmen müssten.²⁴ Mit diesem noch weitgehend unpopulären Ansatz wird sich die vorliegende Arbeit nicht näher befassen. Der Fokus liegt vielmehr auf den Drittbindungsmechanismen innerhalb einzelner Rechtsordnungen. Bei diesen werden neben den durchweg anerkannten Bindungsmechanismen wie der Auslegung der relevanten Verträge auch umstritte-

²² So Geimer, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 163; siehe auch Schlosser, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, Vorb. § 1025 Rn. 7, 10 unter Verweis auf den insoweit inhaltsgleichen Art. 6 EMRK.

²³ Böckstiegel, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 3; Sandroek, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 96 ff.; siehe für Drittbindungsansätze aus Perspektive des deutschen Rechts mit teilweise ebenfalls internationalen Vergleichen bspw. Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 128; Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008; Massuras, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 185 ff.; Busse, SchiedsVZ 2005, 118, 118 ff.; aus der internationalen Literatur statt vieler Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.42–2.62.

²⁴ Siehe dazu Butler/Herbert, New Zealand Universities Law Review 2014, 186. Solche BATs würden einen völkerrechtlichen Vertrag darstellen und würden die Streitschlichtung für internationale Handelsverträge von den staatlichen Gerichten ganz zu privaten Schiedsgerichten verlagern, sofern die Unternehmen nicht explizit die Schiedsgerichte ausschließen, siehe ebd. 191. Das derzeit geltende Regel-Ausnahme-Verhältnis würde damit umgekehrt, siehe dazu noch unten im 2. Teil unter B. IV. 1.

neren Ansätze wie die Durchgriffshaftung,²⁵ die Einmischungsthese²⁶ und die *group of companies doctrine*²⁷ vertreten.

Zur *group of companies doctrine* gab es eine kontroverse Diskussion, nachdem der Fall *Dow Chemicals* diese *doctrine* für das internationale Schiedsrecht in den frühen Achtzigerjahren erstmals einführte.²⁸ Diese *doctrine* nimmt primär wegen der wirtschaftlichen Einheit einer Unternehmensgruppe eine Schiedsbindung an.²⁹ Auch wenn diese Lehre im französischen Schiedsrecht begründet wurde und teilweise Anwendung findet,³⁰ stößt sie im deutschen Recht auf erhebliche Bedenken.³¹ Insbesondere werden Verstöße gegen das Recht auf den gesetzlichen

²⁵ Zum Durchgriff nach US-Recht etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 167 ff.; *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften, 1997, S. 146 ff.; zu neueren Entwicklungen auch *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 386 ff.; für eine Einordnung des Durchgriffsbegriffs in der schweizerischen Rechtsprechung *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 105 f.

²⁶ Dazu ausführlich mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 168 ff.; sehr restriktiv zu einem solchen Ansatz *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79; aus der aktuelleren internationalen Rechtsprechung etwa BG, Urteil v. 17.4.2019, BGE 145 III 199. Beachte aber, dass auch der Missbrauchsgedanke in der schweizerischen Schiedsrechtsprechung eine wichtige Rolle spielt, wenn es um die Bindung von konzernangehörigen Gesellschaften geht, siehe *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 104 m. N.

²⁷ ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136 f.; zur Auseinandersetzung mit der *doctrine* etwa *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.43 ff.; *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, Rn. 5.01 ff.; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 72; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408 ff.; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 188; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 97 f.

²⁸ ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136 f.; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 97; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 44.

²⁹ ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136; dazu differenziert *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.43 ff.; *Stürner*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – EGBGB, 1.8.2023, Art. 6 EGBGB Rn. 321; siehe auch noch unten im 4. Teil.

³⁰ *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.45.

³¹ *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 188; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 410 f.; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 118; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 509 ff.; vgl. auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungs-

Richter und die Nichtbeachtung juristischer Selbstständigkeit von Gruppenunternehmen vorgebracht.³² Vor diesem Hintergrund befasst sich die vorliegende Arbeit auch mit diesem Bindungsansatz noch einmal kurz.³³ Denn einige der vorgebrachten Einwände können im Grundsatz bei allen objektiv-rechtlichen Bindungsansätzen und auch bei zu weitgehender Auslegung erhoben werden.³⁴

Aber auch Ansätze besonders im *common law* Rechtskreis – hier allen voran im Schiedsrecht der USA – stellen auf eine Schiedsbindung über allgemeine Prinzipien außerhalb des Vertragsrechts ab.³⁵ Zu nennen sind Bindungsmechanismen über *estoppel*³⁶ und das Rechtsinstitut des *piercing the corporate veil*.³⁷ Letzterer Ansatz entspricht am ehesten dem deutschen Durchgriffsgedanken, der auch im deutschen Schiedsrecht Anhänger hat.³⁸ Im Einzelnen werden hier verschiedene Ansätze vertreten.³⁹ Die genauen Voraussetzungen und die dogmatische Grund-

gesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 52. Auch im englischen Recht wird die *doctrine* abgelehnt, *Böckstiegel*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 3. Für „erhebliche Bedenken“ nicht nur nach deutschem Recht, *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 98 f. m. w. N.

³² *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 410 f.; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 118 f.

³³ Siehe unten im 4. Teil.

³⁴ Siehe *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 388.

³⁵ Siehe für einen Überblick auch *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1531 ff.; vgl. auch *Böckstiegel*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 3; zu England und den USA auch *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 99 ff. Davon zu unterscheiden ist eine gerichtlich oder gesetzlich angeordnete Schiedspflicht, die kraft staatlicher Hoheitsgewalt und damit ebenfalls ohne Zustimmung der Parteien begründet wird, siehe dazu *Butler/Herbert*, New Zealand Universities Law Review 2014, 186, 193. Eine solche Schiedspflicht, die in manchen Rechtsordnungen besteht, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

³⁶ Siehe zuletzt die wichtige Entscheidung des *U.S. Supreme Court GE Energy Power Conversion France SAS, Corp. v. Outokumpu Stainless USA, LLC et al.*, 590 U. S. (June 1, 2020); dazu auch *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 381 ff.; frühere Entscheidungen zu einer Schiedsbindung über dieses Rechtsinstitut etwa *Aggarao v. MOL Ship Mgmt. Co.*, 675 F. 3d 355, 375 (4th Cir. 2012) und *Sourcing Unlimited, Inc. v. Asimco Int'l, Inc.*, 526 F. 3d 38, 48 (1st Cir. 2008); für einen Überblick über dieses Rechtsinstitut im internationalen Schiedsrecht *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1585 ff.

³⁷ Zum *veil piercing* *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1545 ff. m. w. N. auch aus der Rechtsprechung; zur Einordnung beider Bindungsmethoden ähnlich wie hier auch *Kröll*, IPRax 2016, 43, 46 f.

³⁸ *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmannesellschaften, 1997, S. 126 ff. und 214 ff.; *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 196; *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 293 ff.; weitere Nachweise unten im 5. Teil unter G.; einordnend *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79; ablehnend hingegen *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117.

³⁹ Zum Schiedsdurchgriff nach deutschem Recht etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe,

lage im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit sind allerdings nicht abschließend geklärt.⁴⁰ In jedem Fall kann nicht einfach von einer materiellen Haftung auf eine prozessuale Bindung an eine Schiedsvereinbarung geschlossen werden.⁴¹

Das Bestehen einiger konsensunabhängiger Drittbindungsansätze wie der Durchgriffshaftung, der Bindung nach Billigkeitsgesichtspunkten (*estoppel, venire contra factum proprium*) oder der *group of companies doctrine* im internationalen Schiedsrecht deutet darauf hin, dass neben den konsensbasierten Ansätzen ein Bedürfnis nach objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen besteht. Wegen der großen Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit im für die deutsche Wirtschaft besonders wichtigen internationalen Handel befasst sich die vorliegende Arbeit daher mit der Frage, ob und wie nach deutschem Recht eine Schiedsbindung im Einzelfall ohne tatsächlichen Konsens aller beteiligten Parteien entstehen kann.

D. Gang der Darstellung

Zur systematischen Bearbeitung der aufgeworfenen Fragen werden im Folgenden im 2. Teil dieser Arbeit zunächst Grundlagen erläutert. Neben rechtlichen Grundlagen des Schiedsrechts werden hier einige der zentralen Begrifflichkeiten vorab geklärt, um die folgende Analyse und Diskussion verständlicher zu machen. Bei der Darstellung der rechtlichen Grundprinzipien der Schiedsgerichtsbarkeit liegt der Fokus auf der Privatautonomie und der Bedeutung der Schiedsvereinbarung als Fundament der Schiedsgerichtsbarkeit. Es wird aber auch das anwendbare Recht in Schiedssachen – insbesondere für die Frage der Drittbindung – erörtert.

Abschließend werden in diesem 2. Teil die Grundzüge von Unternehmensgruppen beschrieben, um einen gesellschaftsrechtlichen Ausgangspunkt für die weitere Arbeit zu etablieren und den Untersuchungsgegenstand einzugrenzen. Dabei wird die juristische Trennung der einzelnen Gesellschaften in Unternehmensgruppen erklärt und die daraus folgende Haftungsverteilung verdeutlicht. Anschließend wird die Durchgriffshaftung auf materiell-rechtlicher Ebene als Ausnahme von dem Trennungsprinzip erläutert.

2001, S. 178 ff. und 189 f. m. w. N.; für das internationale bzw. besonders das US-amerikanische Schiedsrecht *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1545 ff. m. w. N.; *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 166 ff.; zum materiellen Durchgriff nach deutschem Recht ausführlich *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 217, insbesondere S. 221 ff.

⁴⁰ Siehe etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 166 ff. und vor allem S. 179 ff.; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117; vgl. auch *Kröll*, IPRax 2016, 43, 46 f.

⁴¹ *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117.

Im 3. Teil werden die konsensbasierten Bindungsmechanismen untersucht. Diese bilden – unabhängig von gruppenspezifischen Überlegungen – den Ausgangspunkt für eine Schiedsbindung. Vorherrschend ist die Ansicht, dass ein Bindungswille der Schiedsparteien existieren und dieser nach Möglichkeit auch in den Vertragsdokumenten erkennbar sein muss.⁴² Die maßgebliche Methode ist daher die Auslegung der materiellen Hauptverträge mit Schiedsklauseln oder der Schiedsabrede, die getrennt abgeschlossen wurde.⁴³ Daneben wird noch untersucht, ob die Auslegung interner Verträge einer Unternehmensgruppe zu einer schiedsrechtlichen Drittberechtigung führen kann.⁴⁴

Zusätzlich zu den verschiedenen Anwendungsfällen der Auslegung kommt auch eine Bindung nach Stellvertretungs- und Rechtsscheinsgrundsätzen in Betracht.⁴⁵ Diese werden ebenso untersucht wie die Frage nach einer Schiedsbindung im Wege der ergänzenden Auslegung.⁴⁶ Im 3. Teil dieser Arbeit wird somit gleichermaßen auf tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen wie fingierten Konsens eingegangen. Dabei wird vor allem der Graubereich zwischen Interpretation und Fiktion einer kritischen Würdigung speziell für das Schiedsrecht unterzogen. Denn bei einem Mangel an Anhaltspunkten für den tatsächlichen Bindungswillen muss es kritisch gesehen werden, wenn Schiedsrichter im Wege der Auslegung eine Bindung an Schiedsgerichte und damit eine Unzuständigkeit staatlicher Gerichte⁴⁷ annehmen.⁴⁸

Im Anschluss an die subjektiv-rechtlichen Bindungsansätze des 3. Teils wird sodann im 4. Teil die *group of companies doctrine* untersucht. Zum einen ist dieser Ansatz bereits national und international vielfach beschrieben und kritisiert worden. Zum anderen ist die Interpretation dieses Ansatzes nicht einheitlich: Nach einem Verständnis handelt es sich um eine Fiktion eines Konsenses, der aus dem Kontext der Gruppenstruktur gelesen wird und die Bindung einer weiteren Ge-

⁴² Siehe etwa *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 113 f. und 121.

⁴³ Siehe zu der Terminologie noch unten 2. Teil A. II. Unabhängig von der formalen Gestaltung ist eine Schiedsvereinbarung als rechtlich getrennte Vereinbarung zu beurteilen, statt vieler *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 432 ff., siehe dazu auch noch unten im 2. Teil unter B. I.

⁴⁴ Siehe zu diesem Ansatz unten im 3. Teil unter A. I. 4. und II.

⁴⁵ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1537 ff.; zu dem ähnlichen Fall der stillschweigenden Vertretung *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 411. Siehe zu diesem Ansatz unten im 3. Teil unter B.

⁴⁶ Siehe zur ergänzenden Auslegung unten im 3. Teil unter C.

⁴⁷ *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 114; BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1398.

⁴⁸ Vgl. *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 35, der einräumt, dass mitunter nur ein vermuteter Wille vorliegt, der aber in diesen Fällen eben ausreichen soll.

sellschaft begründet.⁴⁹ Nach anderem Verständnis handelt es sich hingegen um eine konsensunabhängige Bindung, die aus objektiven Umständen (insbesondere der Konzernzugehörigkeit) und Billigkeitsüberlegungen ihre Wirkung entfaltet.⁵⁰ Wegen dieser Ambivalenz eignet sich die *group of companies doctrine* als Übergang von den subjektiv-rechtlichen zu den objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen.

Im 5. Teil dieser Arbeit werden sodann Bindungsmechanismen untersucht, die bereits vom Ansatz nicht auf einen Konsens der Parteien abstellen, gleichwohl aber eine Schiedsbindung begründen könnten. Als erstes wird dazu die konsensunabhängige Bindung des Zessionars bei der Abtretung untersucht.⁵¹ Diese Bindung ist heute kaum noch umstritten. Es besteht lediglich vereinzelt Streit darüber, wie die Bindung dogmatisch zu begründen ist. Sodann wird im 2. Kapitel des 5. Teils die konsensunabhängige Schiedsbindung des Begünstigten beim Vertrag zugunsten Dritter diskutiert,⁵² da teilweise ähnliche Argumente wie bei der Schiedsbindung des Zessionars anzuführen sind.

⁴⁹ *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, S. 129; differenziert *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.43 ff., die letztlich den Parteiwillen als primären Bindungsgrund erachten, für den die Zugehörigkeit zur Unternehmensgruppe ein Indiz sein kann. Freilich wird damit indirekt auf den konkreten Bindungswillen bzw. die Freiwilligkeit verzichtet. Unklar bleibt auch, ob und wie ein allseitiger Parteiwille der Gruppengesellschaften rechtlich wirksam in die Abrede einfließen soll, wenn nur Teile der Unternehmensgruppe am Vertragsschluss beteiligt waren und die Stellvertretungsvoraussetzungen nicht vorliegen. *Kröll*, IPRax 2016, 43, 47 hält die willensgetragene Interpretation für herrschend und scheint sich dem anzuschließen, betont aber gleichzeitig den strittigen Charakter. Nicht ganz eindeutig, letztlich aber auf einen Rechtsschein abstellend *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 277. Siehe zu dieser Interpretationsvariante unten im 4. Teil unter A.

⁵⁰ *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 72; entscheidendes Indiz für die Bindung wegen des objektiven Umstands der Gruppenzugehörigkeit ist der Begriff der faktischen Wirtschaftseinheit („one and same economic reality“), ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136. *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408 ff. versteht die *doctrine* einerseits als den Versuch einer konkludenten Stellvertretung im Konzernkontext, was letztlich eine Bindung über den Parteiwillen zur Folge haben müsste, ebd. S. 408. Für eine wirksame Stellvertretungskonstellation fehle es aber an verschiedenen Voraussetzungen, ebd. S. 407, 411. Andererseits erfolge die Bindung der Parteien „nicht aufgrund ihres Parteiwillens, sondern durch objektive Anordnung“, „allein wegen ihrer Zugehörigkeit zum Konzern“, ebd. S. 410. Insgesamt wird die *doctrine* von *Mansel* also den objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen zugeordnet. Ebenfalls für eine objektiv-rechtliche Einordnung *Stürner*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – EGBGB, 1.8.2023, Art. 6 EGBGB Rn. 321; etwas unklar, aber wohl ebenfalls von der Konzernzugehörigkeit als primäres Bindungsmerkmal bei diesem Ansatz ausgehend *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 188. Siehe zu dieser Interpretationsvariante unten im 4. Teil unter B.

⁵¹ Siehe unten im 5. Teil unter A.

⁵² Siehe unten im 5. Teil unter B.

Im Anschluss wird in einem eigenen Kapitel auf die Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte eingegangen.⁵³ Hinsichtlich der Bindung des schutzwürdigen Dritten lassen sich unter Umständen einige der Argumente aus der Diskussion zum Vertrag zugunsten Dritter übertragen. Getrennt davon ist auch eine konsensunabhängige Bindung der Hauptparteien beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu untersuchen. Denn anders als beim Vertrag zugunsten Dritter ist hier schon umstritten, ob die drittschützende Wirkung auf dem Willen der Hauptparteien beruht. Daher könnte sich unter Umständen auch eine konsensunabhängige Schiedsbindung der Hauptparteien ergeben.

Sodann wird die Bindung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht im 4. Kapitel des 5. Teils diskutiert.⁵⁴ Hierbei handelt es sich um einen Fall der konsensunabhängigen Drittbindung, da der Vertreter aus Sicht des eigentlich angestrebten Vertragsverhältnisses zwischen dem Geschäftsherrn und dessen Partner ein Dritter ist, der ohne seine Zustimmung einer materiellen Haftung und Schiedsbindung unterliegen könnte. Fraglich ist hier also, ob und in welchen Fällen ein Vertreter ohne Vertretungsmacht über § 179 Abs. 1 BGB auch ohne seinen Willen an eine Schiedsvereinbarung gebunden werden kann, die eigentlich zwischen den Hauptparteien wirken sollte. Solche Situationen können gerade auch unter Beteiligung von Unternehmensgruppen vorkommen, so dass sich die vorliegende Arbeit ausführlicher mit dieser Frage auseinandersetzt.

Im 5. Kapitel des 5. Teils wird eine Schiedsbindung über § 128 HGB diskutiert.⁵⁵ Die zentrale Frage ist hierbei, ob der persönlich haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft als Annex zu seiner materiellen Haftung auch einer Schiedsbindung unterliegt, wenn der Gläubiger eine Schiedsvereinbarung mit der Gesellschaft abgeschlossen hat. Das 6. Kapitel geht auf Drittbindungen in verschiedenen Fällen der Organhaftung im Aktienrecht ein.⁵⁶ Hierzu werden neben der Vorstandshaftung nach § 93 AktG auch die Haftung von Aktionären und Angestellten nach § 62 AktG und § 117 AktG untersucht. Es stellt sich jeweils die Frage, ob ein Gläubiger der Gesellschaft, der gesetzlich dadurch privilegiert wird, dass er ausnahmsweise die Ausgleichsansprüche der Gesellschaft aus dem Innenverhältnis selbst geltend machen kann, sich im Gegenzug auch eine innergesellschaftliche Schiedsvereinbarung entgegenhalten lassen muss.

Als letzte Kategorie der zu untersuchenden objektiv-rechtlichen Bindungsansätze wird im 7. Kapitel des 5. Teils der Fokus auf die Durchgriffshaftung gelegt.⁵⁷ Dazu werden anerkannte Fallgruppen des Haftungsdurchgriffs darauf untersucht, ob auf prozessualer Ebene auch eine Schiedsbindung ohne Zustimmung des Haftungsschuldners folgt. Die zentrale Frage ist, ob und wie eine Übertragung der Grundsätze einer materiellen Durchgriffshaftung in das Schiedsrecht

⁵³ Siehe unten im 5. Teil unter C.

⁵⁴ Siehe unten im 5. Teil unter D.

⁵⁵ Siehe unten im 5. Teil unter E.

⁵⁶ Siehe unten im 5. Teil unter F.

⁵⁷ Siehe unten im 5. Teil unter G.

dogmatisch begründet werden kann und welche Voraussetzungen dafür vorliegen müssen. Während der Schutz einer schwächeren Partei vor unbilligem Verhalten unter Umständen für einen Durchgriff auf materiell-rechtlicher Ebene sprechen kann, folgt daraus noch nicht automatisch, dass die resultierenden Ansprüche auch im Wege der Schiedsgerichtsbarkeit durchgesetzt werden müssen. Dazu bedarf es vielmehr einer eigenständigen Begründung, die mit diesem Kapitel erforscht wird.

Um den 5. Teil abzuschließen, wird in einem letzten Kapitel dieses Teils neben einer Zusammenfassung der objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen⁵⁸ auch der Versuch einer Systematisierung derselben unternommen.⁵⁹ Es wird herausgestellt, unter welchen verallgemeinerbaren Voraussetzungen eine Schiedsbindung ausnahmsweise auch ohne die Zustimmung einer Partei entstehen kann. Da hierbei auch stets die verfassungsrechtliche Dimension zu berücksichtigen ist, befasst sich der 6. Teil im Anschluss ausführlicher damit, welche verfassungsrechtlichen Probleme bei einer konsensunabhängigen Schiedsbindung auftreten und wie diese zu lösen sein könnten.⁶⁰

Die verfassungsrechtlichen Bedenken werden teilweise in der Diskussion um eine Drittbindung im Schiedsrecht nicht hinreichend differenziert berücksichtigt.⁶¹ Daher erfolgt im 6. Teil zunächst eine kurze Analyse der Gleichwertigkeitsthese in Bezug auf staatliche Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichte,⁶² bevor die im Einzelnen durch eine unfreiwillige Schiedsbindung betroffenen Verfassungsgüter untersucht werden.⁶³ Es stellt sich die wichtige Frage, ob und wie eine unfreiwillige Schiedsbindung im Einzelfall verfassungsmäßig gerechtfertigt sein kann. Im abschließenden 7. Teil werden die Ergebnisse der vorangegangenen Analysen resümiert und die zentralen Erkenntnisse zusammengefasst.⁶⁴ Zuletzt wird ein kurzer Ausblick auf mögliche Entwicklungen der Drittbindungsproblematik im Schiedsrecht gegeben.

⁵⁸ Siehe unten im 5. Teil unter H. I.

⁵⁹ Siehe unten im 5. Teil unter H. II.

⁶⁰ Siehe unten im 6. Teil.

⁶¹ Keine vertiefte verfassungsrechtliche Diskussion etwa bei *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001; auch nicht bei *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 22 ff.; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 185 ff.

⁶² Siehe unten im 6. Teil unter A.

⁶³ Siehe unten im 6. Teil unter B.

⁶⁴ Siehe unten im 6. Teil unter H. II.

2. Teil

Grundlagen

A. Begrifflichkeiten

Im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gibt es eine sehr große Anzahl von Begriffen und Fachtermini, die mitunter nicht einheitlich und teilweise auch widersprüchlich gebraucht werden.¹ Im Folgenden sollen einige für die vorliegende Untersuchung wesentliche Begriffe festgelegt werden.

I. Objektive und subjektive Reichweite, objektiv-rechtliche und subjektiv-rechtliche Schiedsbindung und Abgrenzung zur Schiedsfähigkeit

Von der subjektiven Reichweite, die im Zentrum des Untersuchungsgegenstands steht, ist die objektive Reichweite einer Schiedsvereinbarung zu unterscheiden.² Bei der objektiven Reichweite geht es darum, welche Streitigkeiten inhaltlich von einer konkreten Schiedsvereinbarung umfasst sind.³ Die subjektive Reichweite hingegen regelt, wer von der Verpflichtung umfasst ist, den jeweiligen Streit über ein Schiedsgericht zu lösen.⁴

¹ *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 109. Erweitert wird die terminologische Vielfalt durch die teilweise Verwendung von englischen schiedsrechtlichen Begriffen auch in deutscher Literatur.

² Siehe zu dieser wichtigen Unterscheidung auch *Landbrecht*, in: *Wilhelmi/Stürner* (Hrsg.), *Post-M&A-Schiedsverfahren*, 2019, S. 239; *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann* (Hrsg.), *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 408 f.; *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 125; *Mohs*, *Drittwirkung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen*, 2006, S. 3 f.; im internationalen Schiedsrecht *Pika*, *Third-Party Effects of Arbitral Awards*, 2019, S. 17.

³ *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann* (Hrsg.), *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 408; zu den Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit eingehend *Geimer*, in: *Schlosser* (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, 1994, Bd. 7, S. 151 ff.; *Gross*, *SchiedsVZ* 2006, 194, 195; für die Unterscheidung auf kollisionsrechtlicher Ebene siehe etwa *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 32; *Berger*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 121; zur konkreten Frage der Erfassung vorvertraglicher Streitigkeiten *Landbrecht*, in: *Wilhelmi/Stürner* (Hrsg.), *Post-M&A-Schiedsverfahren*, 2019, S. 239.

⁴ *Landbrecht*, in: *Wilhelmi/Stürner* (Hrsg.), *Post-M&A-Schiedsverfahren*, 2019, S. 242;

Diese Fragen können sich aber auch überschneiden, wenn die potenziellen Parteien über verschiedene Verträge wirtschaftlich und rechtlich verbunden sind.⁵ Das kann etwa bei Beschlussmängelstreitigkeiten⁶ oder in verschiedenen Konstellationen der Rechtsnachfolge der Fall sein, wenn die materielle Position (etwa Übergang des Rechts) eng mit der Parteistellung (etwa als Nachfolger) verbunden ist. Umgekehrt ist aber der Grundsatz zu beachten, dass aus einer materiell-rechtlichen Haftung nicht ohne Weiteres auf eine subjektive Schiedsbindung geschlossen werden kann.⁷ Die schiedsrechtliche Bindung ist von der materiellen Haftung grundsätzlich getrennt zu betrachten.

Die Unterscheidung zwischen der subjektiven Reichweite gegenüber der objektiven Reichweite einer Schiedsvereinbarung ist strikt davon zu trennen, ob die subjektive Reichweite, also die Bindung der betroffenen Parteien, objektiv-rechtlich oder subjektiv-rechtlich erreicht wird. Eine subjektiv-rechtliche Bindung stellt dabei den Grundsatz der Schiedsgerichtsbarkeit dar und soll bezeichnen, dass als Grund für eine Bindung in dem jeweiligen Fall nach dem Konsens der Parteien gefragt wird.⁸ Der Konsens als Anknüpfungspunkt dieser Bindungsan-

Mansel, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408; vgl. auch *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 219.

⁵ *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195; *Mohs*, Drittwirkung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen, 2006, S. 4; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 28; vgl. zu dem Fall der Aufrechnung von zwei Ansprüchen, die nicht demselben Forum unterliegen, *Karrer*, in: Greiner/Berger/Güngerich (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, 2005, S. 49 ff.; zu der allgemein mitunter schweren Abgrenzung von materiellen gegenüber prozessualen Fragen *Mistelis*, American Review of International Arbitration 2006, 155, 158; vgl. auch den bekannten Fall High Court of Justice Queens Bench Division Commercial Court, Judgement v. 4.2.2004, [2004] EWHC 121 (Comm), 2004 WL 229138, 1, in dem es für die Ansprüche der Töchter (objektive Reichweite) letztlich auf die Schiedsbindung (subjektive Reichweite) ankam, siehe bei *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 99 f. Siehe für eine weitere Konstellation, in der objektive und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung zusammenhängen, auch noch unten im 3. Teil unter A. I. 3.

⁶ Vgl. *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 219; *Schmidt*, ZHR 1998, 265, 269 f., 285 f.

⁷ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 193; *Landbrecht*, in: Wilhelmi/Stürner (Hrsg.), Post-M&A-Schiedsverfahren, 2019, S. 242. Unklar oder gar widersprüchlich scheint hingegen die Ansicht von *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195, der die weite Auslegung der objektiven Reichweite mit der grundsätzlich restriktiven subjektiven Reichweite vermischt und sowohl über die Trennung zwischen materieller und prozessualer Ebene als auch über die Unterscheidung verschiedener Rechtspersönlichkeiten im Wege der Auslegung dann hinweggehen will, sofern ein „untrennbarer Zusammenhang“ besteht. Der genaue Maßstab für diese Untrennbarkeit bleibt unklar. Gleichzeitig solle für jede einzelne Person und für jedes Vertragsverhältnis gesondert festgestellt werden, ob sie von der Schiedsvereinbarung erfasst werden. Zu der Trennung zwischen materieller Haftung (Hauptvertrag) und prozessualer Bindung (Schiedsvertrag) unten noch ausführlicher in diesem Teil unter B. I.

⁸ *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007,

sätze kann fingiert oder tatsächlich sein.⁹ Objektiv-rechtliche Bindung soll hingegen bezeichnen, dass die Bindung aufgrund von Maßstäben erfolgt, die nicht im Konsens der Parteien begründet sind.¹⁰ Hier kommen allgemeine Billigkeitsüberlegungen oder in einzelnen gesetzlichen Rechtsinstituten verankerte Wertungen wie etwa bei der Bindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht in Betracht.¹¹ Teilweise wird die objektiv-rechtliche Bindung Dritter auch objektiver Dritteinbezug genannt, womit aber nicht die objektive Reichweite gemeint ist.¹²

Die Unterscheidung zwischen objektiv-rechtlicher und subjektiv-rechtlicher Bindung soll als zentrales Unterscheidungsmerkmal für die Systematisierung dieser Arbeit dienen. Die Unterscheidung dieser beiden Kategorien von Bindungsmechanismen muss nicht zuletzt wegen der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit (Privatautonomie und staatliche Justizgewähr) danach verlaufen, ob an einen Parteiwillen angeknüpft wird oder nicht.¹³ Während objektiv-rechtliche Bindungsmechanismen also schon dogmatisch auf den Konsens und damit auf die Freiwilligkeit der gebundenen Partei verzichten, wird an dieses Merkmal bei den subjektiv-rechtlichen Ansätzen angeknüpft, um eine Schiedsbindung zu begründen. Sofern der Parteiwille aber zu weitgehend interpretiert wird, können sich auch hier Probleme mit dem Freiwilligkeitserfordernis ergeben – insbesondere kann auch bei einem subjektiv-rechtlichen Ansatz faktisch ein Zwang vorliegen.¹⁴

S. 135 verwendet dafür schlicht die Bezeichnung „privatautonom“ und stellt diesen Begriff den „objektivrechtlichen“ Regelungen gegenüber. Der Konsens als Bindungsgrund wird bereits in dem Begriff der Schiedsvereinbarung (§ 1029 Abs. 1 ZPO) deutlich und ist von Fällen wie dem des § 1066 ZPO zu unterscheiden, der ausdrücklich auf eine Vereinbarung verzichtet, siehe auch *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 242; ferner *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 8.

⁹ Siehe allgemein zu gesetzlich fingierten Willenserklärungen etwa *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 12.

¹⁰ Zu der Verwendung in diesem Sinne auch *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 135.

¹¹ Siehe dazu noch unten die verschiedenen Bindungsansätze im 5. Teil.

¹² *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 410 f.

¹³ Siehe zur Problematik der Freiwilligkeit in diesem Kontext auch noch unten in diesem Teil unter B. IV. 2.; zu potenziellen verfassungsrechtlichen Problemen ebenfalls dort und im 6. Teil.

¹⁴ Siehe auch *Sandrock*, SchiedsVZ 2005, 1, 4; *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 389 f.; ähnlich vor allem für das internationale und angelsächsische Schiedsrecht *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, S. 129 ff.; siehe exemplarisch für einen faktischen Schiedszwang trotz unstreitig abgeschlossener Schiedsvereinbarung BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 41, 43 und 2680 Rn. 48; siehe zu der Problematik von Konsens und Freiwilligkeit auch noch unten in diesem Teil unter B. IV. 2. und zu Beginn des 3. Teils sowie dort unter A.; zum Formproblem der Vollständigkeit einer Urkunde hinsichtlich des Parteiwillens bei schiedsrechtlicher Drittbindung *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 413.

Von den unterschiedlichen Reichweite- und Bindungsbegriffen ist zuletzt noch der Begriff der Schiedsfähigkeit zu trennen. Sie unterscheidet sich wiederum nach subjektiver und objektiver Schiedsfähigkeit: Die objektive Schiedsfähigkeit ist die Fähigkeit eines Sachverhalts, Gegenstand eines Schiedsverfahrens zu sein.¹⁵ Sie ist insbesondere nicht mit der soeben erörterten objektiven Reichweite zu verwechseln. Denn während die objektive Reichweite bestimmt, ob eine konkrete Schiedsvereinbarung den in Frage stehenden Streit in sachlicher Hinsicht umfasst, beschreibt die objektive Schiedsfähigkeit von der Streitfrage her, ob diese fähig ist, Gegenstand eines Schiedsverfahrens zu sein. Die subjektive Schiedsfähigkeit hingegen befasst sich mit den gebundenen Personen. Hier ist danach zu fragen, ob diese Personen die Fähigkeiten besitzen, die Schiedsvereinbarung zu schließen.¹⁶ Das ist der Fall, wenn sie berechtigt sind, über den Schiedsverfahrensgegenstand zu verfügen.¹⁷ Vor allem Rechts- und Geschäftsfähigkeit müssen vorliegen.¹⁸

II. Schiedsvereinbarung, Schiedsvertrag, Schiedsklausel, Schiedsabrede

Schiedsvereinbarung stellt den Oberbegriff dar, der die Begriffe Schiedsabrede und Schiedsklausel umfasst.¹⁹ Schiedsabrede und Schiedsvertrag werden grundsätzlich synonym gebraucht.²⁰ Der Begriff des Schiedsvertrags wird vom Gesetz nicht verwendet und auch hier nach Möglichkeit ausgespart, wenn die Gefahr von Missverständnissen im Hinblick auf einen etwaigen materiellen (Haupt-)Vertrag besteht.²¹ Ist nur von einem Vertrag die Rede, ist daher ein materieller Haupt-

¹⁵ Zimmermann, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften, 2020, S. 134; zur weiten objektiven Schiedsfähigkeit im deutschen Schiedsrecht etwa Berger, International Arbitration Law Review 1998, 121, 123 f.

¹⁶ Wächter, Die Schiedseinrede bei Auslandsberührung, 2020, S. 64; Zimmermann, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften, 2020, S. 135.

¹⁷ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 278.

¹⁸ Geimer, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 19.

¹⁹ So statt vieler etwa Martens, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 42; ebenso Saenger, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 2; Schmidt, ZHR 1998, 265, 271 f.; Schütze, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 110; BGH, Urteil v. 13.1.2005, III ZR 265/03, SchiedsVZ 2005, 95, 97.

²⁰ Martens, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 42, der diesen Details gleichzeitig keine größere Bedeutung beimisst und für seine Zwecke sämtliche Begriffe vertretbar als „inhaltsgleich“ behandelt; für die synonyme Verwendung auch Schütze, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 110; BGH, Urteil v. 13.1.2005, III ZR 265/03, SchiedsVZ 2005, 95, 97.

²¹ So auch die Gesetzesbegründung, siehe BT-Drs. 13/5274, S. 33; ebenso Saenger, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 2; Schütze, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 2. Gleich-

vertrag gemeint. Der umständliche Begriff des Schiedsgerichtsrechtsgeschäfts²² ist kaum noch gebräuchlich und soll auch hier keine Beachtung finden.

Früher wurde der Begriff der Schiedsvereinbarung nicht als Oberbegriff verwendet, sondern darunter eine Vereinbarung verstanden, über bereits entstandene Streitigkeiten per Schiedsgericht zu entscheiden.²³ Demgegenüber sollte eine Schiedsklausel eine Schiedsvereinbarung über eine künftige Streitigkeit sein.²⁴ Unterschieden werden beide Begriffe noch von Schiedsverfahrensvereinbarungen, welche die Modalitäten wie die Schiedsrichterbestellung oder die Beweiserhebung eines vereinbarten Schiedsverfahrens genauer regeln (vgl. § 1042 Abs. 3 ZPO).²⁵ Verfahrensvereinbarungen spielen für den Untersuchungsgegenstand aber keine Rolle.

Die teilweise verwendete Unterscheidung zwischen Schiedsklausel und Schiedsvertrag in zeitlicher Hinsicht entspricht allerdings nicht der aktuellen Gesetzeslage und gilt nach deutschem Verständnis als überholt.²⁶ In § 1029 Abs. 2 ZPO wird eine andere Begriffsbestimmung eingeführt, der auch hier gefolgt wird.²⁷ Danach ist eine Schiedsklausel eine Schiedsvereinbarung, die als Klausel in einem materiellen Hauptvertrag²⁸ enthalten ist (vgl. § 1029 Abs. 2 Var. 2 ZPO).

wohl wird der Begriff des Schiedsvertrags in dieser Arbeit vereinzelt als Oberbegriff und damit synonym zum Begriff der Schiedsvereinbarung verwendet, wenn keine Verwechslungsgefahr mit einem materiellen Hauptvertrag besteht, die Unterscheidung irrelevant ist oder sprachliche Zusammensetzungen stilistisch nur mit dem Begriff des Schiedsvertrags passen (etwa Schiedsvertragsparteien oder schiedsvertraglich).

²² *Sareika*, ZZP 1977, 285, 299.

²³ *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 92; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 105; *Sareika*, ZZP 1977, 285, 299.

²⁴ *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 92; *Sareika*, ZZP 1977, 285, 299; siehe dazu auch *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 2, der diese veraltete Terminologie jedoch nicht mehr verwendet.

²⁵ *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u. a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 11; *Sareika*, ZZP 1977, 285, 299; *Zimmermann*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften, 2020, S. 136.

²⁶ *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 42; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 48; etwas unklare Verwendung bei *Wächter*, Die Schiedseinrede bei Auslandsberührung, 2020, S. 214 und 241.

²⁷ So auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 45; *Zimmermann*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften, 2020, S. 134.

²⁸ Beachte, dass eine Schiedsvereinbarung auch im Hinblick auf ein nichtvertragliches materielles Rechtsverhältnis geschlossen werden kann. Denn Gegenstand einer Schiedsvereinbarung kann ausweislich § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO jeder vermögensrechtliche Anspruch sein und gemäß § 1029 Abs. 1 ZPO darf das zu regelnde Rechtsverhältnis explizit auch nichtvertraglicher Art sein. Da aber der vertragliche Anwendungsbereich für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit der mit Abstand häufigste Fall ist, wird im Folgenden davon ausgegangen, dass es einen Hauptvertrag gibt, auf den sich die Schiedsvereinbarung bezieht.

Demgegenüber ist eine Schiedsabrede eine selbstständige Vereinbarung, also ein gegenüber dem materiellen Hauptvertrag formal eigenständiges Schriftstück (vgl. § 1029 Abs. 2 Var. 1 ZPO).²⁹

Teilweise hängt diese formale Unterscheidung aber auch mit dem Zeitpunkt des jeweiligen Abschlusses zusammen. Denn während Schiedsklauseln formal als Bestandteil des materiellen Hauptvertrags in aller Regel für Streitigkeiten in der Zukunft abgeschlossen werden, ist bei einem nachträglichen Abschluss einer Schiedsabrede meist ein neues Vertragsdokument nötig. Strittige Fragen der Drittbindung kommen faktisch nur im Nachhinein bei einer bereits getroffenen Schiedsklausel vor. Denn im Zeitpunkt des Abschlusses einer Schiedsabrede können die Parteien den Dritteinbezug noch explizit regeln, um Unklarheiten zu beseitigen. Im Kontext der vorliegenden Arbeit wird es daher ganz überwiegend um Schiedsklauseln gehen. Dennoch kommt es vor, dass allgemeinere Aussagen getroffen werden, wozu der Oberbegriff der Schiedsvereinbarung benutzt wird.

Auf die Unterscheidung zwischen einer Schiedsklausel und einer Schiedsabrede kann es teilweise im Rahmen der Auslegung und anderen Bindungsansätzen ankommen. Hier ist nämlich mitunter danach zu fragen, welche äußeren Umstände für die Interpretation der Schiedsvereinbarung relevant sind. Ob die Vereinbarung dann eine Klausel des Hauptvertrags ist oder eine eigenständige Abrede, kann sich daher im Einzelfall auf den Umfang der Bindung auswirken. Bei all diesen Unterscheidungen ist aber zu bedenken, dass die Schiedsvereinbarung und der Hauptvertrag im Ausgangspunkt auch dann als rechtlich selbstständige Verträge beurteilt werden, wenn sie im selben Dokument verfasst werden (Situation der Schiedsklausel).³⁰

Es ist also festzuhalten: Schiedsvereinbarung stellt den Oberbegriff für Schiedsabrede und Schiedsklausel dar. Schiedsabrede und Schiedsvertrag werden synonym verwendet, wobei der Begriff des Schiedsvertrags nach Möglichkeit vermieden wird. Schiedsabreden sind eigenständige Schriftstücke, die regeln, welche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten geklärt werden. Sie können sich auf gegenwärtige und künftige Streitigkeiten beziehen. Schiedsklauseln legen ebenfalls die Zuständigkeit von Schiedsgerichten für bestimmte Streitigkeiten fest, sind formal aber in die materiellen Hauptverträge integriert und daher fast immer auf eine zukünftige Streitigkeit gerichtet.

²⁹ Ebenso BGH, Urteil v. 13.1.2005, III ZR 265/03, SchiedsVZ 2005, 95, 97.

³⁰ *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 48; zur sogenannten *separability doctrine* noch ausführlich in diesem Teil unter B. I.

III. Dritter und Nichtunterzeichner

Ein weiteres Begriffspaar stellen Dritter und Nichtunterzeichner dar. Der teilweise verwendete Begriff Nichtunterzeichner kommt von dem englischsprachigen Begriff des *non-signatory*.³¹ Er beschreibt in der Sache oftmals dasselbe wie der Begriff des Dritten, wie er hier verwendet wird. Bei dem Begriff des Nichtunterzeichners wird zwar deutlicher, dass die in Rede stehende Partei nicht formal Partei einer Schiedsvereinbarung geworden ist. Gleichzeitig verengt der Begriff die Problematik scheinbar auf die formale Voraussetzung der Unterschrift.³² Die Formfragen sind aber vielmehr eine Folge- oder Unterfrage der weiter zu fassenden Problematik, wann Dritte an die Schiedsvereinbarungen anderer Parteien gebunden werden.

Daher wird hier *Dritter* als leitender Terminus verwendet. Ein Dritter ist dabei jeder, der nicht ursprünglich Partei einer Schiedsvereinbarung geworden ist und dessen Bindung an ebenjene Schiedsvereinbarung zur Diskussion steht. Es muss mithin nicht zwingend eine Dreipersonenkonstellation vorliegen, um von einem Dritten im Sinne dieser Arbeit zu sprechen. Im Kontext von Unternehmensgruppen ist es häufig die Muttergesellschaft, bei der sich die Frage stellt, ob sie als Dritte an die Schiedsvereinbarung zwischen Tochtergesellschaft und gruppenexternem Unternehmen gebunden werden kann. Ebenso kann aber auch ein Stellvertreter Dritter sein, wenn anstelle oder zusätzlich zu den eigentlichen Vertragsparteien seine Bindung zur Diskussion steht. Wer also Dritter in der jeweiligen Situation ist, hängt immer vom Einzelfall ab.

Teilweise wird der Begriff des Dritten im gesellschaftsrechtlichen Kontext auch verwendet, um eine außerhalb der Gesellschaft stehende Partei zu bezeichnen.³³ Das ist für die Zuordnung der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen auch nachvollziehbar, bedarf aber einer kontextabhängigen Abgrenzung zum Dritten aus schiedsrechtlicher Perspektive. Sofern es daher in der jeweiligen Situation eindeutig ist, dass nicht die Stellung als Dritter im Hinblick auf die ursprüngliche Schiedsabrede gemeint ist, wird hier der Begriff des Dritten auch für eine gesellschaftsunabhängige Person genutzt. Primär bezeichnet der Begriff des Dritten aber die Person, die an dem ursprünglichen Abschluss der Schiedsvereinbarung nicht beteiligt war.

³¹ *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 93.

³² Siehe auch *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 132.

³³ *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 189.

IV. Konzern und Unternehmensgruppe

Im allgemeinen Sprachgebrauch, teilweise aber auch in der Fachliteratur werden Unternehmensgruppen als Konzern bezeichnet.³⁴ Allerdings ist der Begriff der Unternehmensgruppe weiter und umfasst auch Verbindungen von Unternehmen, die nicht unter die enge Definition des Konzerns nach deutschem Aktienrecht (§ 18 AktG) fallen.³⁵ Zu nennen sind hier insbesondere verschiedene *Holding*-Strukturen, Vertragsketten und *joint ventures*,³⁶ wie sie besonders häufig bei Großprojekten und im Anlagenbau auftreten.³⁷ Der Begriff der Unternehmensgruppe wird aber auch in der Fachliteratur nicht einheitlich und durchgehend verwendet.³⁸ Für eine präzise Abgrenzung zum Konzern im Sinne des deutschen

³⁴ Sandrock, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 93 etwa verwendet durchgehend den Konzernbegriff, meint aber ersichtlich nicht ausschließlich Konzerne im Sinne des deutschen Aktienrechts; einheitliche Verwendung für viele Unternehmensgruppen auch Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 7. Synonyme oder uneinheitliche Verwendung im kartellrechtlichen Kontext etwa bei Laufenberg, Kartellrechtliche Konzernhaftung, 2018, S. 112; Moser, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen, 2017, S. 90; ähnlich König, AcP 2017, 611, 612, differenzierend hingegen ebd. 614.

³⁵ Für die Verwendung von Unternehmensgruppe als weiter gefassten Begriff im Gegensatz zum Begriff des Konzerns nach deutschem Verständnis Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 153 f.; zur *Dow Chemicals* Entscheidung ebenso Jürschik, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 45; für ein anderes Beispiel einer Unternehmensgruppe, die nicht unbedingt dem deutschen Konzernverständnis unterfallen würde Zado, Privatisierung der Justiz, 2013, S. 126.

³⁶ Vgl. Gottwald, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 135; Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 153 f. *Joint ventures* von zwei oder mehr wirtschaftlich und juristisch selbstständigen Unternehmen zeichnen sich durch drei wesentliche Merkmale aus, die in aller Regel in einem *Joint-venture*-Vertrag festgehalten werden: Ein gemeinsames (wirtschaftliches) Interesse bzw. Ziel, Gewinn- und Verlustverteilung und gemeinsame Kontrolle; vgl. Windbichler, Gesellschaftsrecht, 2019, § 1 Rn. 4. Die beiden letzteren Voraussetzungen sind häufig entsprechend der jeweiligen Kapitalbeteiligung geregelt, sofern ein eigenes *Joint-venture*-Unternehmen besteht.

³⁷ Vgl. Hoffmann, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 131 f.; Kleinschmidt, SchiedsVZ 2006, 142, 142.

³⁸ Ohne nähere Differenzierung etwa Mansel, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 411; Pfisterer, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 4. Retzbach, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 214 verwendet den Begriff der Unternehmensgruppe bei der Analyse ausländischer Rechtsprechung, ansonsten aber nicht; ähnlich Wohltmann, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, S. 151. Müller/Keilmann, SchiedsVZ 2007, 113, 117 gebrauchen den Gruppenbegriff nur im Kontext der *group of companies doctrine* und diskutieren die *doctrine* unter dem Begriff der Konzernhaftung.

Rechts ist der Begriff jedoch gut geeignet. Unternehmensgruppe (teilweise auch nur Gruppe) stellt damit den Oberbegriff dar. Die jeweilige genauere Bezeichnung (Konzern, Gesellschaft etc.) wird nach Möglichkeit verwendet. Unternehmen soll demgegenüber ein Oberbegriff für einzelne Gesellschaften sein, ohne ihren genauen Typ zu definieren. Es können also gleichermaßen Personen- wie Kapitalgesellschaften gemeint sein.³⁹ Natürliche Personen sollen hingegen nicht von diesem Begriff umfasst sein, auch wenn sie nach der Rechtsprechung zum deutschen Konzernrecht unter diesen Begriff subsumiert werden.⁴⁰

B. Schiedsrechtliche Grundlagen

Im Folgenden wird zunächst auf die nötigen Grundlagen des Schiedsrechts eingegangen, um die Diskussion im 3. und 4. Teil besser einordnen zu können. Der Ausgangspunkt eines Schiedsverfahrens ist immer (der Streit um) eine Schiedsvereinbarung. Mit ihr befasst sich dieses Kapitel.

I. Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung von einem etwaigen Hauptvertrag

Schiedsvereinbarungen sind als vom Hauptvertrag rechtlich eigenständige Verträge zu behandeln.⁴¹ Das gilt gemäß § 1040 Abs. 1 S. 2 ZPO auch dann, wenn die Schiedsvereinbarung im Kontext eines anderen Vertrags abgeschlossen wurde und als Schiedsklauseln in einen solchen Hauptvertrag integriert ist.⁴² Die rechtliche Trennung der beiden Vereinbarungen (Hauptvertrag und Schiedsvereinba-

³⁹ So auch dem Regierungsentwurf zu § 15 AktG folgend *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 10; siehe auch *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 931. Zum Unternehmensbegriff im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG siehe *Timmerbeill/Jakob*, Grundriss des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, S. 17 f.

⁴⁰ BGH, Urteil v. 13.10.1977, II ZR 123/76, NJW 1978, 104; BGH, Urteil v. 29.3.1993, II ZR 265/91, NJW 1993, 1200, 1202; siehe auch etwa bei *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 11.

⁴¹ *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 1; *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 46; BGH, Beschluss v. 9.8.2016, I ZB 1/15, SchiedsVZ 2017, 103, 105; BGH, Beschluss v. 27.11.2008, III ZB 59/07, BeckRS 2008, 26011, Rn. 5; ebenso bereits BGH, Urteil v. 25.10.1962, II ZR 188/61, NJW 1963, 203, 205; vgl. auch schon früh zur rechtlichen Unabhängigkeit von prozessualen Klauseln in Hauptverträgen *Kohler*, in: Gruchot (Hrsg.), Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts, 1887, Bd. 31, S. 481; für das internationale Schiedsrecht *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.103; *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 376.

⁴² *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 47; siehe zu der Möglichkeit solcher Schiedsvereinbarungen schon oben in diesem Teil unter A. II.

rung) wird auch als (schiedsrechtliches) Trennungsprinzip⁴³ oder Autonomie der Schiedsvereinbarung⁴⁴ und im englischsprachigen Rechtsdiskurs als *separability* oder *severability doctrine*⁴⁵ bezeichnet. Im deutschen Schiedsrecht geht die rechtliche Unabhängigkeit der Verträge bereits auf die 1890er Jahre zurück,⁴⁶ auch wenn sie erst 1970 als Grundsatz explizit anerkannt wurde.⁴⁷

1. Zweck und Folgen dieser rechtlichen Trennung

Eine wesentliche Folge dieser Trennung ist, dass bei einem Defekt des Hauptvertrags die Schiedsvereinbarung nicht in ihrer Wirksamkeit beeinflusst wird.⁴⁸ Dadurch wird garantiert, dass gerade Streitigkeiten über die Wirksamkeit des Hauptvertrags auch vor einem Schiedsgericht geklärt werden können.⁴⁹ Bei Fragen der Wirksamkeit und des Abschlusses der beiden Verträge zeigt sich besonders deutlich der Zusammenhang zwischen der Schiedsvereinbarung und der Zuständigkeit von privaten Schiedsgerichten.⁵⁰ Dabei wird dem Schiedsgericht sowohl in Deutschland als auch international ganz herrschend grundsätzlich eine Kompetenz-Kompetenz zugesprochen (siehe § 1040 Abs. 1 S. 1 ZPO).⁵¹

⁴³ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 532.

⁴⁴ Geimer, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 1.

⁴⁵ *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.101; *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 376; *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Urteil v. 3.11.2010, [2010] UKSC 46.

⁴⁶ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 388; siehe schon RG, Urteil v. 30.4.1890, Rr. 87/90 I., Juristische Wochenschrift 1890, 203.

⁴⁷ BGH, Urteil v. 27.2.1970, VII ZR 68/68, NJW 1970, 1046, 1047; siehe auch *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 388 f.

⁴⁸ *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.101; *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 46–47; *Wolf*, Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 107 f.

⁴⁹ *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.102; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 91.

⁵⁰ Deutlich wird der Zusammenhang etwa in BGH, Urteil v. 27.2.1970, VII ZR 68/68, NJW 1970, 1046, 1047, da ein Schiedsgericht nur über die Wirksamkeit des Hauptvertrags entscheiden kann, wenn die Schiedsvereinbarung als unabhängige Vereinbarung auch eine Nichtigkeit des Hauptvertrags überleben würde; vgl. auch § 1040 Abs. 1 ZPO. Zum internationalen Schiedsrecht repräsentativ *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.113; *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 377.

⁵¹ Das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz entstammt der deutschen Rechtsprechung, BGH v. 3.3.1955, II ZR 323/53, FHZivR 4 Nr. 8393, 1955 und BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1398, und beschreibt, dass das Schiedsgericht grundsätzlich befugt ist, selbst über die Zuständigkeit zu entscheiden, siehe schon *Berger*, International Arbitration Law Review 1998, 121, 122, der die Einschränkung durch die Schiedsrechtsre-

Wenn der Hauptvertrag sogar nichtig ist, treffen unterschiedliche Schiedsordnungen unterschiedlich strikte Abgrenzungen zwischen der Schiedsvereinbarung und dem Hauptvertrag.⁵² Ist man mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit allerdings konsequent, darf die Nichtigkeit des Hauptvertrags keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Schiedsklausel haben. So findet im deutschen Schiedsrecht auch § 139 BGB zwischen Hauptvertrag und Schiedsklausel keine Anwendung.⁵³ Und der BGH hat in Fällen der arglistigen Täuschung oder Drohung hinsichtlich des Hauptvertrags keine andere Wertung herangezogen und die Schiedsvereinbarung nur dann für nichtig erachtet, wenn die Täuschung gerade auch für die Schiedsvereinbarung ursächlich war.⁵⁴ In dieser Hinsicht ähnelt das schiedsrechtliche Trennungsprinzip dem sachenrechtlichen.⁵⁵

form in Deutschland hervorhebt; siehe auch *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1141; differenziert zur Kompetenz-Kompetenz *Wolf*, Die institutionelle Handelschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 106 ff., der zwischen fünf verschiedenen Fällen unterscheidet. Jede Schiedsvereinbarung enthält daher im Grunde eine zweite Schiedsvereinbarung, nach der für die Frage der Wirksamkeit der eigentlichen Schiedsabrede ebenfalls das Schiedsgericht zuständig ist, BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1400; ebenso BGH, Urteil v. 13.1.2005, III ZR 265/03, SchiedsVZ 2005, 95, 97. Es bedarf also keines staatlichen Gerichts, das zunächst die Zuständigkeit an ein Schiedsgericht verweist. Die Klage kann direkt bei dem Schiedsgericht erhoben werden, welches dann in der Regel als Erstes prüft, ob es für den Streit zuständig ist, ob also insbesondere eine wirksame Schiedsvereinbarung die Parteien an ein Schiedsverfahren vor diesem Schiedsgericht bindet; vgl. auch Art. 23 Abs. 1 UNCITRAL Rules. Beachte aber, dass seit der Neuregelung des Schiedsgesetzes die Letztentscheidung über die Zuständigkeit nach § 1040 Abs. 3 S. 2 ZPO bei staatlichen Gerichten liegt und insofern die schiedsgerichtliche Zuständigkeitsentscheidung die staatlichen Gerichte nicht bindet, BGH, Urteil v. 13.1.2005, III ZR 265/03, SchiedsVZ 2005, 95, 97.

⁵² *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.110; zu dem Sonderfall, dass das ursprüngliche Bestehen des Hauptvertrags (und mithin auch einer Schiedsvereinbarung) streitig ist, ebd. Rn. 2.111.

⁵³ *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 1; *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 46; zur Reichweite der Kompetenz im Hinblick auf Zuständigkeitsfragen des Schiedsgerichts bei strittiger Wirksamkeit der Verträge BGH, Urteil v. 27.2.1970, VII ZR 68/68, NJW 1970, 1046, 1047; daran anknüpfend speziell für § 139 BGB BGH, Beschluss v. 23.5.1991, III ZR 144/90, BeckRS 1991, 31064171, Rn. 1; BGH, Beschluss v. 27.11.2008, III ZB 59/07, BeckRS 2008, 26011, Rn. 5.

⁵⁴ BGH, Beschluss v. 23.5.1991, III ZR 144/90, BeckRS 1991, 31064171, Rn. 1; BGH, Beschluss v. 27.11.2008, III ZB 59/07, BeckRS 2008, 26011, Rn. 5. Allerdings muss für alle Fälle – und nicht nur für die oftmals als besonders kritikwürdigen Fälle der Drohung und Täuschung – gelten, dass ein Nichtigkeitsgrund auf der Ebene der Schiedsvereinbarung auch zu deren Nichtigkeit führt, vgl. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 46. Dabei handelt es sich aber weniger um eine Ausnahme vom Trennungsprinzip (so etwa falsch bei *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 390), als vielmehr um eine konsequente Einhaltung desselben, da gerade differenziert wird, auf welcher Ebene der Defekt für den Abschluss des jeweiligen Vertrags ursächlich geworden ist.

⁵⁵ Siehe dazu etwa *Grigoleit*, AcP 1999, 379, 404 f., der zwar der Annahme der herrschen-

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist vor allem die grundsätzliche Trennung der beiden Verträge wichtig. Sie ist fast allgemein anerkannt⁵⁶ und wurde auch in vielen Schiedsverfahrensgesetzen übernommen.⁵⁷ Bei der Untersuchung möglicher Schiedsbindungen ist daher immer zwischen einer Dritterstreckung auf materiell-rechtlicher Seite und einer Dritterstreckung auf prozessualer (schiedsrechtlicher) Seite zu unterscheiden. Es ist zentraler Bestandteil dieser Arbeit, für die untersuchten Bindungsmechanismen jeweils zu entscheiden, welche rechtlichen Wertungen es gerade rechtfertigen, im Falle materieller Dritthaftung auch schiedsrechtlich eine Drittbindung anzunehmen.

2. Schiedsvereinbarung als Modalität der Forderung

Trotz der formalen juristischen Trennung ist zu beachten, dass Hauptanspruch und Schiedsvereinbarung inhaltlich eine enge Wechselbeziehung führen.⁵⁸ Denn eine justiziable Rechtsbeziehung zwischen den Parteien ist Voraussetzung für eine Schiedsvereinbarung.⁵⁹ So muss zumindest eine potenzielle, künftige Rechtsbeziehung bestehen, damit eine Schiedsvereinbarung existieren kann.⁶⁰ Zudem kann die Schiedsvereinbarung wesentlichen Einfluss auf den Hauptvertrag haben: Prozessual wirkende Modifikationen – etwa hinsichtlich der Durchsetzbarkeit – können Eigenschaften des Hauptanspruchs sein und bilden mit diesem eine Sinneinheit.⁶¹

den Meinung einer „grundsätzliche[n] Fehleridentität“ zustimmt, damit aber eindeutig eine Fehleridentität, die *in der Regel* vorliegt, meint und selbst auch konsequent darauf abstellt, auf welcher Ebene der Irrtum kausal geworden ist. Siehe zu diesem Aspekt knapp, aber präzise auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2023, § 123 Rn. 18; *Armbrüster*, in: Sacker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 123 Rn. 25.

⁵⁶ Zumindest in Europa und den USA, aber auch in Südamerika, Afrika und Asien ganz überwiegend, siehe *Born*, *International Commercial Arbitration*, 2021, S. 377.

⁵⁷ Etwa von Art. 16 Abs. 1 UNCITRAL Rules und Art. 23 Abs. 2 LCIA Rules; aber auch in der Rechtsprechung der USA, Frankreichs und Chinas wird die Trennung anerkannt, während andere Länder den Grundsatz der Trennung zwischen Schieds- und Hauptvertrag oftmals gesetzlich festgeschrieben haben, siehe zum Ganzen *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, Rn. 2.104.

⁵⁸ *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 96; vgl. auch *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1031 Rn. 19; vgl. ferner *Berger*, *RIW* 1994, 12, 16, der ebenfalls auf die enge Beziehung von materiellem und Verfahrensrecht hinweist.

⁵⁹ Siehe auch *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 107; zur Relevanz dieses Zusammenhangs für die Abtretung auch noch unten im 5. Teil unter A.

⁶⁰ *Martens*, *Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte*, 2005, S. 47.

⁶¹ Siehe schon *Jacusi*, *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 1930, 1143; *Berger*, *RIW* 1994, 12, 16; *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 96; *Wagner*, *Prozeßverträge*, 1998, S. 307; ferner im Kontext des Vertrags

So hat eine Forderung immer nur in dem Umfang einen wirtschaftlichen Wert, wie dessen Realisierung möglich und zu erwarten ist.⁶² Anders als bei einem unmittelbar aus dem Markt gebildeten Wert eines Gegenstands beeinflussen damit weitere rechtliche Faktoren eine Forderung. Dabei hängt die Realisierbarkeit und damit der Wert einer Forderung auch zentral von ihrer Durchsetzbarkeit ab. Umstände und Abreden wie eine Schiedsvereinbarung, die die Durchsetzbarkeit beeinflussen, sind damit inhaltlich als Bestandteil einer Forderung anzusehen. Außerdem kann die Entscheidung eines Schiedsgerichts einem anderen Recht folgen, als es staatliche Gerichte zugrunde legen.⁶³ Somit kann eine Schiedsvereinbarung nicht nur für die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs, sondern sogar für dessen Bestehen von Bedeutung sein.⁶⁴

Diese mehrfache Beeinflussung führt zu einer Verbindung des materiellen Anspruchs mit prozessualen Nebenabreden, die nicht unbeachtet bleiben kann. So ist wegen dieser inhaltlichen Wechselwirkung eine Schiedsvereinbarung trotz der juristischen Trennung als eine Eigenschaft oder Modalität des Hauptanspruchs anzusehen.⁶⁵ Richtigerweise ist die Schiedsvereinbarung damit als „Hilfsgeschäft

zugunsten Dritter *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1031 Rn. 19; ebenso etwa BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371. *Pfeiffer*, SchiedsVZ 2017, 135, 136 geht davon aus, dass ein Anspruch nicht nur aus einem Recht besteht und nennt als weiteres Teilrecht explizit das Recht zur Geltendmachung und Durchsetzung in einem Verfahren. Der OGH spricht insofern im Anschluss an die Literatur von einer „untrennbaren Verbindung“, siehe OGH, Beschluss v. 20.4.2022, 4 Ob 36/21d, 1, 18. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 83 hingegen sieht die Schiedsvereinbarung nicht als Eigenschaft der Forderung an, weil sie die materielle Forderung nicht verändere; dem folgend auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 105.

⁶² Zu einem ökonomischen Ansatz auch *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 307 f.

⁶³ *Voit*, JZ 1997, 120, 122; dazu noch unten in diesem Kapitel unter III. Natürlich steht es den Parteien aber in aller Regel frei, das anwendbare Recht für den Hauptvertrag zu wählen.

⁶⁴ Vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 103; siehe auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 51: „Die Schiedsbindung prägt [das] Wesen [der Forderung], sie gehört zum Inhalt des Rechts“. Auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 106 f. gesteht ein, dass Klagbarkeit und Durchsetzbarkeit Teile der Forderung sind und dass die Schiedsvereinbarung die „Durchsetzung des zedierten Anspruchs“ präge.

⁶⁵ *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 96; bereits *Jacusiel*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143; ähnlich *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 159: „Eine Schiedsvereinbarung ist aber Teil des bestehenden Rechts [gemeint ist der materielle Hauptanspruch].“ Aus der Rechtsprechung etwa BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371; OGH, Beschluss v. 20.4.2022, 4 Ob 36/21d, 1, 18; im Kontext von § 401 ebenso *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 521; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 8; siehe auch *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 134. Selbst *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf

(Annex)“ einzuordnen, welches den Hauptanspruch absichert.⁶⁶ Diese Ambivalenz der Schiedsvereinbarung ist deshalb gerechtfertigt, da die juristische Trennung primär das Ziel verfolgt, die Schiedsvereinbarung zu erhalten.⁶⁷ Die juristische Trennung schließt damit nicht die faktisch bestehende inhaltliche Wechselbeziehung zwischen den beiden Ebenen aus.

II. Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung

Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung ist seit langem Gegenstand einer regen Diskussion.⁶⁸ Seitdem sich die Rechtsprechung aber auch der Ansicht zumindest deutlich genähert hat, dass es sich um einen Prozessvertrag handelt,⁶⁹ ist die Brisanz des Streits wesentlich entschärft. Hier sollen daher nur in aller Kürze die Grundlinien des Streits wiedergegeben sowie gezeigt werden, dass die Diskussion für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand nicht entscheidend ist.⁷⁰ Im Aus-

Dritte, 2005, S. 61 betont die inhaltliche Abhängigkeit. Gegen eine Einordnung als Eigenschaft oder Modalität *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 508 f. unter Verweis auf die vielfältigen Auswirkungen einer Schiedsvereinbarung. Die Vielfältigkeit spricht nach der hier vertretenen Auffassung jedoch gerade eher für eine Einordnung der Schiedsvereinbarung als Modalität des materiellen Anspruchs.

⁶⁶ BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371; ebenso *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 275.

⁶⁷ Statt vieler *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.102; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 91; *Mistelis*, American Review of International Arbitration 2006, 155, 159.

⁶⁸ Ausführlich *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 11 ff.; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 15 mit Nachweisen auch zur älteren Rechtsprechung; *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 48; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 4.

⁶⁹ BGH, Urteil v. 3.12.1986, IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651, 652; früher ordnete der BGH die Schiedsvereinbarung jedoch als materiell-rechtlichen Vertrag über „prozessrechtliche Beziehungen“ ein, so etwa BGH, Urteil v. 28.11.1963, VII ZR 112/62, NJW 1964, 591, 592 und in Anknüpfung an das Reichsgericht BGH, Urteil v. 30.1.1957, V ZR 80/55, NJW 1957, 589, 590. Es ist dabei davon auszugehen, dass der BGH von einer materiell-rechtlichen Rechtsnatur ausging (vgl. *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 579) und nicht die heute teilweise verwendete Bezeichnung als Vertrag mit „doppelfunktioneller“ Natur (dazu noch unten in Fn. 89 des 2. Teils) meinte; a. A. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 266. Heute geht auch der OGH von einem Prozessvertrag nach deutschem und österreichischem Recht aus, siehe OGH, Beschluss v. 30.3.2009, 7 Ob 266/08f, 2009, 1, 13.

⁷⁰ *Wiegand*, *SchiedsVZ* 2003, 52, 58 hielt die Debatte um die Rechtsnatur sogar schon insgesamt für „unangemessen aufgebläht“. A. A. *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 11. Für die anwendbaren Rechtsvorschriften und die kollisionsrechtliche Einordnung, die wesentliche Konsequenzen haben kann, kann die Rechtsnatur allerdings entscheidend sein,

gangspunkt steht die Ansicht, dass die Schiedsvereinbarung ein materieller Vertrag mit prozessrechtlichen Wirkungen⁷¹ ist, der Ansicht gegenüber, dass sie ein Prozessvertrag⁷² ist.⁷³

Für die Einordnung als materieller Vertrag wird angeführt, dass eine Schiedsvereinbarung lediglich zwei schuldrechtliche Verpflichtungen enthalte: einerseits die Pflicht, kein staatliches Gericht anzurufen, und andererseits die Pflicht, beim Schiedsverfahren mitzuwirken.⁷⁴ Erst das Prozessrecht eines Landes schreibe die prozessualen Wirkungen fest.⁷⁵ So ist zu beachten, dass ein Schiedsverfahren vom Beginn bis zum Ende auch überhaupt nicht mit staatlichen Gerichtsprozessen in Berührung kommen muss.⁷⁶ Vielmehr kann ein Schiedsverfahren von dem Abschluss der privaten Schiedsvereinbarung bis zum unter Umständen freiwilligen Befolgen des Schiedsurteils vollständig ohne Überschneidungen mit dem staatlichen System auskommen.⁷⁷

vgl. *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 473 und 480; siehe für die Einordnung innerhalb des deutschen Rechtskreises *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 48; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 6; siehe hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Einordnung *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 17 und abweichend *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 7. *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 37 halten die Auswirkungen des Streits insgesamt für „begrenzt“ und nicht einmal die kollisionsrechtliche Einordnung für von der Rechtsnatur abhängig.

⁷¹ So insbesondere die ältere Rechtsprechung, siehe etwa BGH, Urteil v. 30.1.1957, V ZR 80/55, NJW 1957, 589, 590; BGH, Urteil v. 28.11.1963, VII ZR 112/62, NJW 1964, 591, 592. Davon geht vereinzelt auch die neuere Rechtsprechung noch aus, wenn sie auf kollisionsrechtlicher Ebene die Schiedsvereinbarung als materiellen Vertrag einstuft, siehe BGH, Urteil v. 8.6.2010, XI ZR 349/08, SchiedsVZ 2011, 46, 48. Sogar nur für einen materiellen Vertrag, der prozessrechtliche Wirkung erst erhalte, wenn die Einrede erhoben werde, *Lorenz*, AcP 1958/1959, 265, 280.

⁷² *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 1 und 15; *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 2020, § 51 Rn. 2; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 46 ff.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 37; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 580 ff.; *Zimmermann*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften, 2020, S. 135; BGH, Urteil v. 3.12.1986, IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651, 652; ebenso das Schweizerische Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung, siehe BG, Urteil v. 17.3.1975, BGE 101 II 168, 170.

⁷³ Differenziert etwa *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 480. *Wiegand*, SchiedsVZ 2003, 52, 58 hält die Entscheidung bewusst offen und stellt lediglich fest, dass „materiellrechtliche und prozessuale Elemente“ enthalten sind.

⁷⁴ *Lorenz*, AcP 1958/1959, 265, 280; a. A. *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 16, der diese Pflicht als ausschließlich prozessuale sieht; ebenso dagegen *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 580, der aufzeigt, dass gerade nicht klar sei, worin die materiell-rechtliche Pflicht bestehe.

⁷⁵ *Lorenz*, AcP 1958/1959, 265, 280.

⁷⁶ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1342; *Mistelis*, American Review of International Arbitration 2006, 155, 181.

⁷⁷ Vgl. die Rate von vollständig befolgten Schiedssprüchen, die daher keine Gerichtsun-

Dieses Argument verkennt aber, dass die prozessuale Wirkungsweise bzw. das Wirkungsziel bereits in der Schiedsvereinbarung selbst festgeschrieben ist. Nationales Schiedsverfahrensrecht setzt die Wirkung dann im Zweifel um bzw. durch und gibt dem Schiedsverfahren dadurch die entscheidende Wirkung. Denn für ein Schiedsverfahren (im Gegensatz zu anderen Streitschlichtungsverfahren) ist die Möglichkeit der staatlichen Durchsetzung ohne gleichzeitige Überprüfungsmöglichkeit gerade prägend.⁷⁸ Begreift man die Durchsetzung bzw. Vollstreckung als Teil des Zivilprozesses,⁷⁹ so liegt bereits in der Durchsetzungsmöglichkeit des Schiedsverfahrens ein prozessuales Element. Aus dieser Sicht ist es dann unerheblich, ob ein konkretes Schiedsverfahren ganz im Privaten nur auf gegenseitigem Einvernehmen der Parteien von Anfang bis Ende durchgeführt wird. Dadurch, dass die Schiedsvereinbarung die Einigung auf einen im Zweifel durchsetzbaren Prozess zum Gegenstand hat, ist sie nicht rein materiell-rechtlich.

Mangels hinreichender Vorschriften insbesondere zum Schiedsvertragschluss in der ZPO ist jedoch der Rückgriff auf die materiellen Regeln des allgemeinen Teils des BGB nötig. Dieser Rückgriff wiederum könnte für eine materielle Natur der Schiedsvereinbarung sprechen. Allerdings ist der Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen des BGB auch in anderen Rechtsgebieten bekannt, ohne dass dadurch die Rechtsnatur des jeweiligen Rechtsinstituts geändert würde.⁸⁰ Etwa beim öffentlich-rechtlichen Vertrag finden die Vorschriften des BGB auf Vertragsschluss und dessen Wirksamkeit Anwendung,⁸¹ ohne dass diese Anwendung der BGB-Normen gegen eine Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag spricht (siehe § 59 Abs. 1 und § 62 S. 2 BVwVfG).⁸² Daher kann auch aus der notwendigen (entsprechenden) Anwendung der Vorschriften des BGB nicht

terstützung in Anspruch nehmen, bei *Drahozal*, in: Brekoulakis/Lew/Mistelis (Hrsg.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, 2016, S. 453, Rn. 32.15.

⁷⁸ *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 58, 61, 65 ff. und § 1029 Rn. 11.

⁷⁹ So ganz herrschend, siehe etwa *Rosenberg/Schwabl/Gottwald, Zivilprozessrecht*, 2018, § 1 Rn. 5; *Lüke, Zivilprozessrecht II*, 2021, § 1 Rn. 2; *Musielak/Voit, Grundkurs ZPO*, 2022, Rn. 1102. Etwas unklar hingegen *Pohlmann*, die einerseits schreibt, der Prozess ende mit dem Urteil eines Gerichts, *Pohlmann, Zivilprozessrecht*, 2022, Rn. 5, und andererseits das Vollstreckungsverfahren explizit mit in den Zivilprozess einbezieht, ebd. Rn. 9. Für das Prozessverständnis im IZVR etwa *Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2021, § 1 Rn. 10.

⁸⁰ *Wagner, Prozeßverträge*, 1998, S. 580; vgl. auch *Martens, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte*, 2005, S. 48, der in Fn. 115 zwar auf die Abgrenzung zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Vertrag verweist, allerdings die Parallele in der Anwendung der Vorschriften des BGB nicht erwähnt.

⁸¹ *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 18; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2014, § 1029 Rn. 6.

⁸² Siehe zu der Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag bzw. den Parallelen und zu der Anwendung der Vorschriften des BGB auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag etwa *Siegel*, in: Sachs/Schmitz/Stelkens (Hrsg.), *VwVfG*, § 54 Rn. 12, 17, 18, 29 f.

ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass es sich bei einer Schiedsvereinbarung um einen materiell-rechtlichen Vertrag handelt.

Für die Einordnung der Schiedsvereinbarung als Prozessvertrag wird angeführt, dass der am Ende eines Schiedsverfahrens ergehende Schiedsspruch als Rechtsprechungsakt einzustufen sei⁸³ und die materielle Rechtslage nicht unmittelbar gestalte.⁸⁴ Ein staatliches Gericht, das auf Schiedseinrede die Klage abweist, erlässt zudem ein Prozessurteil.⁸⁵ Auch sei für den Charakter eines Vertrags letztlich die Wirkung entscheidend⁸⁶ und die ist bei einer Schiedsvereinbarung unbestritten die Bindung an einen eigenen Prozess vor einem privaten Gericht.⁸⁷ Auch die Regelung verschiedener Aspekte der Schiedsvereinbarung in der ZPO (etwa § 1031 ZPO für die Form) sprechen für eine prozessrechtliche Einordnung. Dagegen lässt sich zwar einwenden, dass die Regelungen nur deshalb in der ZPO Erwähnung finden, weil sämtliche Schiedsrechtsnormen einheitlich geregelt werden sollten. Wenn aber eine explizite Regelung als eigener materieller Vertragstyp im BGB gewollt gewesen wäre, hätte das bei späteren Reformen des Schiedsrechts und des BGB berücksichtigt werden können.

Die vorgebrachten Argumente und Meinungen für eine prozessrechtliche Einordnung überwiegen damit deutlich,⁸⁸ wobei aber die materiell-rechtlichen Aspekte nicht ganz ausgeblendet werden dürfen.⁸⁹ Denn unabhängig von dem Streit über die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung ist heute beinahe unbestritten, dass grundsätzlich die materiell-rechtlichen Regelungen des allgemeinen Vertragsrechts des BGB auf Schiedsvereinbarungen (entsprechende) Anwendung finden.⁹⁰ So werden auch im Verlauf dieser Arbeit die Prinzipien des allgemeinen

⁸³ *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 582.

⁸⁴ *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 15.

⁸⁵ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 3.

⁸⁶ *Dies.*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 37.

⁸⁷ *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 5; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 581 f.

⁸⁸ Zumindest seitdem auch der BGH von einem Prozessvertrag ausgeht, siehe BGH, Urteil v. 3.12.1986, IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651, 652; ähnliche Einschätzung wie hier auch *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 2020, § 51 Rn. 2.

⁸⁹ Siehe auch *Berger*, RIW 1994, 12, 14 dort in Fn. 18; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 266; etwa *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 480 halten daher fest, dass die Schiedsvereinbarung kein reiner Prozessvertrag sei; siehe für eine Einordnung als Vertrag mit doppelfunktioneller Natur auch *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 5 m. w. N. Gegen eine rein prozessuale Einordnung spreche, dass die Willenserklärungen zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung nicht im Prozess abgegeben werden. Gegen die Orientierung der Rechtsnatur am Abschlusstatbestand aber überzeugend *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 580.

⁹⁰ *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 173; *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 2020, § 51 Rn. 2 sogar „unstr.“; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 43 mit kurzer Darstellung, ob die Normen ent-

Zivilrechts – insbesondere des Vertragsrechts im BGB – als Grundlage für schiedsrechtliche Bindungsmechanismen untersucht, ohne dass an diesem Vorgehen grundsätzliche Zweifel bestehen.⁹¹ Insbesondere für den Abschluss und die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung ist die Bedeutung der allgemeinen materiell-rechtlichen Prinzipien des bürgerlichen Rechts anerkannt.⁹² Eng verwandt mit Abschluss und Wirksamkeit ist bei einem Vertrag auch immer die Frage nach der Reichweite in subjektiver Hinsicht. Nach überwiegend allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien ist daher zu beantworten, wer aus welchen Gründen an eine Schiedsvereinbarung gebunden ist.

III. Anwendbare Rechte in Schiedssachen

Im Schiedsrecht kann eine Vielzahl an Rechten relevant werden, was zu einer etwas unübersichtlichen Lage führen kann.⁹³ Gleichzeitig kann das Recht, welches im konkreten Fall Anwendung findet, mitunter erhebliche Auswirkungen auf das weitere Schiedsverfahren haben.⁹⁴ Die Bindung Dritter als zentraler Forschungsgegenstand der vorliegenden Arbeit wird hier allerdings nach deutschem

sprechend oder per ungeschriebener Verweisung in der ZPO angewandt werden; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1420; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 1, § 1029 Rn. 6; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 37; *Stürmer/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 475; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 3; für die Anwendung der allgemeinen Vorschriften auch *Zimmermann*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften, 2020, S. 135. *Wiegand*, SchiedsVZ 2003, 52, 58 hält eine Schiedsvereinbarung für eine im Kern „schuldrechtliche Verpflichtung“ und ist daher für eine Behandlung nach schuldrechtlichen Prinzipien; ähnlich *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 15. Schon früh für die Anwendung der allgemeinen Regeln des BGB *Lorenz*, AcP 1958/1959, 265, 284. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 51 sieht das Meinungsbild zwar nicht so eindeutig, hält aber letztlich zumindest für die Fragen der Rechtsnachfolge schon wegen der Lücke in der ZPO die Anwendung materiell-rechtlicher Vorschriften des BGB für notwendig, siehe ebd. S. 55.

⁹¹ Grundsätzlich ähnliche Herangehensweise *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 43 ff. und 195 ff.; *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 273 ff. und 289 ff.; eine Ausnahme stellt hier *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 52 ff. dar.

⁹² Siehe die Nachweise in Fn. 90 dieses Teils.

⁹³ Siehe für einen Überblick auch *Mistelis*, American Review of International Arbitration 2006, 155, 157; vgl. auch *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 92.

⁹⁴ So hält *Kröll*, IPRax 2016, 43, 48 bezeichnend fest, dass eine „zutreffende Behandlung internationaler Schiedsverfahren gute IPR-Kenntnisse voraussetzt“.

Recht untersucht.⁹⁵ Dazu werden auch Vergleiche zu ausländischen Rechtsordnungen⁹⁶ gezogen und deren Schiedsrecht punktuell betrachtet. Doch die hier behandelten Drittbindungsansätze werden stets aus der Perspektive des deutschen Sachrechts beurteilt. Zur besseren Einordnung soll im Folgenden ein Überblick gegeben werden, welche verschiedenen Rechte ein Schiedsverfahren beeinflussen können. Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob sich eine Drittbindung nach dem Schiedsvereinbarungsstatut, dem Hauptvertragsstatut oder nach der *lex causae* richtet.

1. Überblick

Im Schiedsrecht ist zunächst zu unterscheiden, welche Rechte auf den Hauptvertrag und welche auf die Schiedsvereinbarung anwendbar sind.⁹⁷ Das ergibt sich schon aus der bereits erläuterten rechtlichen Trennung der beiden Verträge.⁹⁸ Zusätzlich ist eine Unterscheidung zwischen dem allgemeinen Schiedsverfahrensrecht und den prozessualen Regeln zu treffen, die das Schiedsverfahren leiten.⁹⁹

⁹⁵ Ähnlich vom Grundansatz *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 24.

⁹⁶ Vor allem das schweizerische und das amerikanische internationale Schiedsrecht.

⁹⁷ *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 339; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 1; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 29; siehe zu möglichen Verzahnungen zwischen einer materiellen Haftung und der prozessualen Bindung trotz grundsätzlicher Trennung auch *Gebauer*, in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 97 ff.

⁹⁸ *Mistelis*, American Review of International Arbitration 2006, 155, 159; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 45; siehe dazu auch schon oben in diesem Teil unter B. I.

⁹⁹ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1042 Rn. 79; teilweise wird das Schiedsverfahrensrecht auch als „Recht, dem das Schiedsverfahren unterliegt“, *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1421 oder als Schiedsverfahrensstatut, *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 29, bezeichnet, wobei *Münch* an dieser Stelle nicht zwischen den prozessualen Regeln und dem allgemeinen Schiedsverfahrensrecht unterscheidet. Siehe zu einer ähnlichen begrifflichen Vielfalt im englischen Sprachraum *Mistelis*, American Review of International Arbitration 2006, 155, 158. Unklar ist bei *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 15, ob „Verfahrensstatut“ das allgemeine Schiedsverfahrensrecht oder die prozessualen Regeln meint. Eine ähnliche terminologische Unklarheit findet sich auch bei *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 479 und *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 29. *Voit* etwa schreibt einerseits von „Schiedsverfahrensrecht“ und meint damit wohl die nationalen schiedsrechtlichen Rahmenregeln wie im zehnten Buch der ZPO, schreibt andererseits im selben Absatz vom „Verfahrensrecht“ und meint damit die prozessualen Regeln. *Stürner/Wendelstein* schreiben vom „auf das Schiedsverfahren anwendbare[n] Recht“ und meinen

Ebenfalls ist die Identifizierung und Unterscheidung von dem Recht des Schieds-ortes¹⁰⁰ (vgl. § 1025 Abs. 1 ZPO) und der *lex fori* eines angerufenen staatlichen

wohl die Regeln des zehnten Buchs der ZPO, verweisen aber undifferenziert auf den genannten Absatz bei *Voit*. Durch die unklare terminologische Abgrenzung wird teilweise der Anschein erweckt, es handele sich um dieselbe Sache, zumindest führt es aber zu erheblicher Verwechslungsgefahr. Denn das allgemeine Schiedsverfahrensrecht bildet den allgemeinen schiedsrechtlichen Rahmen. Am Beispiel Deutschlands wären das die Vorschriften des zehnten Buchs der ZPO, die aber gerade nicht mit den prozessualen Regeln für das Verfahren identisch sein müssen, wie auch § 1043 Abs. 3 ZPO zeigt. Für größere begriffliche Klarheit werden im Folgenden für nationale schiedsrechtliche Rahmenregeln wie das zehnte Buch der ZPO und entsprechende Äquivalente in anderen Rechtsordnungen die Begriffe (allgemeines) Schiedsverfahrensrecht oder Schiedsverfahrensstatut verwendet. Die auf das Verfahren anwendbaren prozessualen Regeln werden nur als solche bezeichnet. Vergleichbar ist die hier getroffene Unterscheidung mit der im englischen Sprachraum zwischen *internal lex arbitri* für die anwendbaren prozessualen Regeln und *external lex arbitri* für das allgemeine Schiedsverfahrensrecht (auch als *regulatory framework* bezeichnet), wie sie *Mistelis*, American Review of International Arbitration 2006, 155, 156 vornimmt. Allerdings soll nach *Mistelis* der Begriff der *internal lex arbitri* neben typischen prozessualen Regeln auch die Kollisionsnormen zur Bestimmung des auf den Hauptvertrag anwendbaren Rechts umfassen, ebd. 165. Die Frage nach den richtigen Kollisionsnormen würde sich nach hiesiger Einordnung aber eher nach der *lex loci arbitri* richten, sofern ein Schiedsgericht darüber zu entscheiden hat. Daher sind die Begriffe der *internal lex arbitri* und der anwendbaren prozessualen Regeln nicht zwingend deckungsgleich. Für die Unterscheidung wiederum zwischen dem Recht der Schiedsvereinbarung und allgemeinem Schiedsverfahrensrecht siehe *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 46.

¹⁰⁰ Vorliegend wird *Sitz des Schiedsgerichts*, *Sitz/Ort des Schiedsverfahrens* und *Schiedsort* synonym gebraucht, was im englischen Sprachgebrauch dem *seat of the tribunal* entspricht. Siehe zu der uneinheitlichen und teils unklaren Verwendung der genannten Begriffe und weiterer *Berger*, RIW 1993, 8, der sich für die Verwendung von „Sitz des Schiedsverfahrens“ ausspricht, ebd. 11. Dieser Sitz kann eine rechtliche Fiktion sein, ebd. 10. Davon ist der Begriff *place of arbitration* zu unterscheiden, der in der Regel den tatsächlichen physischen Aufenthaltsort der Verhandlungen meint (siehe etwa *Schulz/Niedermaier*, SchiedsVZ 2009, 196, 200). Der tatsächliche Aufenthaltsort spielt allerdings eine eher untergeordnete Rolle für die rechtlichen Entscheidungen (siehe *Berger*, RIW 1993, 8, 10), da er häufig aus logistischen Gründen gewählt wird oder in Zeiten von *online arbitration* ganz entfällt bzw. vielfach simultan an mehreren Orten vorliegen kann.

Das Recht des Schiedsorts wird auch als *lex loci arbitrii* bezeichnet, siehe etwa bei *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 2020, § 51 Rn. 2. Verbreitet ist ebenso die Schreibweise *lex loci arbitri*, welche auch hier verwendet wird. Nicht zu verwechseln ist *lex loci arbitri* aber mit dem im englischen Sprachgebrauch üblichen Begriff *lex arbitri*, da mit letzterem je nach Kontext die prozessualen Regeln oder das allgemeine Schiedsverfahrensrecht gemeint sind, siehe *Mistelis*, American Review of International Arbitration 2006, 155, 164. Gleichwohl kann die *lex loci arbitri* das allgemeine Schiedsverfahrensrecht (das in etwa dem Begriff der *external lex arbitri* entspricht, ebd. 169) sein. Etwa § 1025 Abs. 1 ZPO schreibt diese Parallelität vor; siehe zu der Bedeutung des Schiedsorts/Sitzes des Schiedsverfahrens insbesondere für die Bestimmung der anwendbaren Normen im Einzelfall *Berger*, RIW 1993, 8. *Ahrens*, Die subjektive Reichweite

Gerichts von Bedeutung.¹⁰¹ Die ersten vier Rechte können von den Parteien grundsätzlich ausdrücklich oder konkludent und unabhängig voneinander ge-

internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 15 verwendet zudem den Begriff der „*lex fori* des Schiedsverfahrensrechts“ (Hervorhebung im Original) und *Schütze*, *SchiedsVZ* 2014, 274, 275 bezeichnet das Recht am Sitz des Schiedsgerichts direkt nur als „*lex fori*“, was beides wegen möglicher Verwechslung mit der *lex fori* eines angerufenen staatlichen Gerichts aber vermieden werden sollte; das Schiedsgericht hat keine *lex fori*, *Berger*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 122. Aber auch der Supreme Court von Pakistan hat die *lex loci arbitri* ohne Zusatz als *lex fori* bezeichnet, siehe *Hitachi Ltd. v. Rupal Polyester*, [1998] S.C.M.R. 1618, June 10, 1998, 10, zitiert nach *Mistelis*, *American Review of International Arbitration* 2006, 155, 173. Für eine Unterscheidung zwischen *lex fori* und dem Recht am Ort des Schiedsverfahrens auch *Jürschik*, *Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen*, 2011, S. 14; ebenso eine klare Trennung bei *König*, *SchiedsVZ* 2012, 129, 132.

¹⁰¹ Siehe zu verschiedenen anwendbaren Rechten auch *Mistelis*, *American Review of International Arbitration* 2006, 155, 157; *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2021, Rn. 1420; insofern nur zu einem Ausschnitt *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 15. Auf die potenziell anwendbaren Rechte für Fragen im Zusammenhang mit dem Schiedsurteil – etwa auf die Frage nach der Aufhebung und Anerkennung desselben – wird hier nicht eingegangen, da sie für die Frage nach der Drittbindung an eine Schiedsvereinbarung keine unmittelbare Rolle spielen. Zu beachten ist aber, dass nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) ZPO (so *Schütze*, in: *Gebauer/Schütze* (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1059 Rn. 34 unter Verweis auf OLG Freiburg i. Br., Urteil v. 24.7.1947, U 181/46, *Süddeutsche Juristen Zeitung* 1949, 125, wobei es in diesem Fall nicht um eine Aufhebung eines Schiedsspruchs, sondern um ein Verfahren vergleichbar zum heutigen § 1032 ZPO ging; vgl. auch *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1059 Rn. 15) und wohl ebenso nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) Hs. 1 Var. 3 ZPO (ebd. Rn. 19) sowie nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO (noch zum *ordre public* nach altem Recht BGH, Urteil v. 26.6.1969, VII ZR 32/67, NJW 1969, 2093, 2094; BGH, Urteil v. 9.3.1978, III ZR 78/76, NJW 1978, 1744, 1745; zum neuen Recht OLG München, Beschluss v. 29.1.2007, 34 Sch 23/06, NJW 2007, 2129, 2130; siehe auch *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1059 Rn. 19 m. w. N. aus der Rechtsprechung und ebd. Rn. 38 und 45) die Aufhebung eines Schiedsurteils möglich ist, wenn eine Partei im Ausgangspunkt nicht rechtmäßig an die Schiedsvereinbarung des jeweiligen Verfahrens gebunden wurde. Teilweise wird lit. c) des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO dabei als Unterfall von lit. a) angesehen, siehe *Schütze*, in: *Gebauer/Schütze* (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1059 Rn. 53. Über einen solchen Aufhebungsantrag hinsichtlich des Schiedsurteils entscheidet allein das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsverfahrens, also nach der *lex loci arbitri* bzw. *lex fori*, die in diesem Fall identisch sind. *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 34 will für größere Einheitlichkeit die über § 1059 ZPO vorgesehene Kontrolle direkt am Anfang bei der Wirksamkeitskontrolle einer Schiedsvereinbarung i. S. v. § 1029 ZPO vornehmen. Unter anderem aus diesem Grund vertritt er auch eine Anwendung

wählt werden.¹⁰² Durch die Wahl des Schiedsortes (§ 1043 Abs. 1 S. 1 ZPO)¹⁰³ und durch die Entscheidung, in welchem Land ein staatliches Gericht mit dem Verfahren befasst sein soll (vgl. etwa die Fälle der §§ 1032 Abs. 2, 1033, 1050 oder 1062 ZPO), können die Parteien zudem auch Einfluss darauf nehmen, was die *lex fori* und was die *lex loci arbitri* sein soll.¹⁰⁴

der *lex loci arbitri* auf Fragen des Zustandekommens und der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen, sofern die Parteien keine Rechtswahl diesbezüglich getroffen haben (dazu noch sogleich). Potenzielle Mängel der ursprünglichen Bindung können aber auch im Rahmen der Vollstreckung eines Schiedsurteils in einem anderen Staat problematisiert werden (vgl. für das deutsche Recht § 1061 ZPO), so dass ein ausländisches staatliches Gericht nach seiner *lex fori* ähnliche Erwägungen wie die soeben im Rahmen von § 1059 ZPO erläuterten anstellen könnte. In diesen Fällen spielt neben den genannten Rechten also noch das Recht des Vollstreckungsortes für die Fragen der Drittbindung eine indirekte Rolle. *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 339 unterscheidet anders als hier vor allem nach den Rechten für Hauptvertrag, Schiedsvereinbarung, Schiedsrichtervertrag und Schiedsverfahrensrecht. Siehe für verschiedene Konstellationen, in denen die Frage nach dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht relevant werden kann, ebd. S. 92.

¹⁰² Zur Privatautonomie bei der Wahl des materiellen Sachrechts *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1051 Rn. 14; für das Recht der Schiedsvereinbarung etwa *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1421; für die bestimmende Privatautonomie bei beidem *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 478; für die grundsätzliche Rechtswahlmöglichkeit hinsichtlich des allgemeinen Schiedsverfahrensrechts etwa *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 340; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 2023, § 1025 Rn. 3; zum Bedürfnis der grundsätzlich weiten Wahlmöglichkeiten im internationalen Schiedsrecht *Berger*, RIW 1994, 12, 14. Im Einzelnen sind hinsichtlich des jeweils anzuwendenden Rechts einige Fragen umstritten, siehe *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1051 Rn. 8 f.; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 30; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 2023, § 1051 Rn. 1 f.

¹⁰³ Siehe etwa auch Art. 20 Abs. 1 UNCITRAL Model Law, an dem sich wie das deutsche Schiedsrecht auch viele andere staatliche Schiedsordnungen orientiert haben; siehe dazu eingehend *Berger*, *International Arbitration Law Review* 1998, 121 ff.

¹⁰⁴ Siehe zur *lex loci arbitri* und den Möglichkeiten der Rechtswahl durch die Parteien auch *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 2023, § 1025 Rn. 3. Beachte, dass der Schiedsort von den Parteien auch fiktiv an einem anderen Ort festgelegt werden kann als an dem, an dem die Verhandlungen tatsächlich stattfinden, siehe dazu auch *Schütze*, *SchiedsVZ* 2014, 274, 275; vgl. auch Art. 20 Abs. 2 UNCITRAL Model Law. Daher können im Einzelfall *lex loci arbitri*, das allgemeine Schiedsverfahrensstatut und die prozessualen Regeln für das Verfahren voneinander abweichen, wobei das allgemeine Schiedsverfahrensrecht häufig der *lex loci arbitri* entspricht (dazu noch unten unter c) in diesem Unterabschnitt), siehe auch o. Fn. 99 f. dieses Teils. Nicht behandelt wird hier das Recht, das auf den Schiedsrichtervertrag anwendbar sein kann (dazu knapp *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 161 oder *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 2023, § 1029 Rn. 28 und § 1035 Rn. 21), da dieser Vertrag zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern keinen direkten Einfluss auf die Schiedsvereinbarung und den Hauptvertrag hat.

Für das anzuwendende materielle Recht des zugrundeliegenden Streits (oftmals als Hauptvertragsstatut bezeichnet¹⁰⁵) ist die Möglichkeit der Rechtswahl in der Kollisionsnorm § 1051 Abs. 1 S. 1 ZPO festgeschrieben.¹⁰⁶ Die Wahlmöglichkeit des Schiedsvereinbarungsstatuts findet in § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) ZPO Erwähnung.¹⁰⁷ Wegen der grundsätzlich weiten Privatautonomie in der Schiedsgerichtsbarkeit und abseits einer zwingenden Regelung wie § 1025 Abs. 1 ZPO¹⁰⁸ kann das allgemeine Schiedsverfahrensstatut ebenfalls von den Parteien gewählt werden.¹⁰⁹ Für Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland ist das allgemeine Schiedsverfahrensrecht wegen § 1025 Abs. 1 ZPO aber das zehnte Buch der ZPO.¹¹⁰ Die privatautonome Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der prozessualen Verfahrensregeln ist explizit in § 1042 Abs. 3 ZPO festgehalten.¹¹¹ Haben die Par-

¹⁰⁵ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 29; siehe zum Begriff des Hauptvertrags auch oben Fn. 28 dieses Teils.

¹⁰⁶ Siehe etwa auch *ders.*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1051 Rn. 1; *Saenger*, in: *ders.* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1051 Rn. 1.

¹⁰⁷ Die Rechtswahl hinsichtlich der Schiedsvereinbarung ist allgemein anerkannt, siehe etwa *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1421; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 43 Rn. 6, die die Rechtswahlmöglichkeit direkt aus dem NYÜ ableiten; ähnlich *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 132; *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 478, die die Rechtswahl abstrakt aus der Privatautonomie im Schiedsrecht herleiten; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 28; vgl. auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 47.

¹⁰⁸ Siehe zu § 1025 ZPO schon *Berger*, International Arbitration Law Review 1998, 121.

¹⁰⁹ Etwa *Mistelis*, American Review of International Arbitration 2006, 155, 160 betont diese Wahlmöglichkeit. Für Schiedsgerichte mit Sitz in Deutschland gilt grundsätzlich das Territorialitätsprinzip gemäß § 1025 Abs. 1 ZPO, siehe etwa *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 110. Jedoch wird § 1025 Abs. 1 ZPO nicht für eine zwingende Vorschrift gehalten, siehe etwa *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1025 Rn. 3, so dass die Parteien auch bei einem Sitz in Deutschland das allgemeine Schiedsverfahrensrecht wählen können. In jedem Fall aber kann der Sitz von den Parteien zum einen auch fiktiv bestimmt werden, siehe etwa *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 275, und zum anderen schreibt nicht jede Rechtsordnung ein solches Territorialitätsprinzip vor. Daher besteht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich auch hinsichtlich des allgemeinen Schiedsverfahrensrechts eine Rechtswahlmöglichkeit.

¹¹⁰ Siehe dazu auch noch sogleich in diesem Teil unter B. III. 1. c).

¹¹¹ Siehe auch *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 2022, Rn. 856; *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 479; zur Rechtswahlmöglichkeit hinsichtlich der prozessualen Normen auch *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 345; zu den Wahlmöglichkeiten der Parteien insgesamt etwa *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1042 Rn. 76. Beachte, dass die Parteien gemäß § 1042 Abs. 3 ZPO hier kein nationales Recht wählen müssen, sondern auch eigene Verfahrensregeln kreieren können oder die Verfahrensregeln von Schiedsinstitutionen wählen können, siehe etwa *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 2020, § 1051 Rn. 2.

teien aber jeweils weder ausdrücklich noch konkludent eine Wahl getroffen, wird auf unterschiedlichem Weg das anwendbare Recht ermittelt.

a) Das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht

§ 1051 Abs. 2 ZPO schreibt für das auf den Hauptvertrag anwendbare Sachrecht in Abwesenheit einer Rechtswahl durch die Parteien das Sachrecht vor, welches die engste Verbindung mit dem Gegenstand des Verfahrens aufweist.¹¹² Die Parteien haben zudem die besondere Möglichkeit, das Schiedsgericht den Streit in materieller Hinsicht allein nach Billigkeit entscheiden zu lassen (§ 1051 Abs. 3 ZPO). Die Entscheidung allein nach Billigkeitsmaßstäben stößt gelegentlich auf Kritik und kann in der Tat zu unvorhersehbaren Ergebnissen führen.¹¹³

b) Das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht

Hinsichtlich der Schiedsvereinbarung muss nach verschiedenen Rechten unterschieden werden. Abzutrennen ist hier vor allem das Recht für Zustandekommen und Wirksamkeit von den Rechten für die Wirkungen der Schiedsvereinbarungen und für weitere Fragen wie die Form oder Stellvertretung.¹¹⁴ Die folgenden Überlegungen gehen maßgeblich auf das anwendbare Recht für Zustandekommen und Wirksamkeit ein. Dabei stellt sich die grundsätzliche Frage, welches Recht anwendbar sein soll, wenn eine Parteivereinbarung weder ausdrücklich noch konkludent getroffen wurde.¹¹⁵ Im Folgenden wird also nicht nach den

¹¹² Siehe auch *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1051 Rn. 19.

¹¹³ Kritisch etwa *Hesselbarth*, *Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz*, 2005, S. 165; allgemein zu Entscheidungen nach Billigkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit *Berger*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 391 ff., der Entscheidungen nach Billigkeit oder transnationalen Rechtsgrundsätzen insgesamt vorsichtig positiv gegenübersteht, siehe ebd. S. 403; zu der Möglichkeit von Billigkeitsentscheidungen in der speziellen Konstellation eines letztwilligen Schiedsgerichts siehe *Dawirs*, *Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten*, 2014, S. 179 ff.; den Wert von Billigkeitsentscheidungen gerade im interkulturellen Kontext positiv bewertend *Stauder*, *SchiedsVZ* 2014, 287, 293.

¹¹⁴ *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 27 ff.; Überblick auch bei *Schütze*, *SchiedsVZ* 2014, 274, 275; *Stürner/Wendelstein*, *IPRax* 2014, 473, 480; vgl. auch *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 32 und 35; *Epping*, *Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts*, 1999, S. 39; für die gesonderte Anknüpfung der Stellvertretung etwa *Busse*, *SchiedsVZ* 2005, 118, 122; zur Frage, ob auch die Drittbinding einer gesonderten Anknüpfung unterliegt noch unten in diesem Teil unter B. III. 2.

¹¹⁵ Siehe hierzu ausführlich *König*, *SchiedsVZ* 2012, 129, 129 f. Zu dieser umstrittenen Frage auch *Berger*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 226 ff.; *Pika*, *IPRax* 2021, 508, 510 f.; aus der neueren internationalen Schiedsrechtssprechung zu dieser Frage siehe insbesondere die mit knapper Mehrheit ergangene Entscheidung *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb*, Urteil v. 9.10.2020, [2020] UKSC 38 (zusam-

möglichen Konstellationen mit konkludenter Rechtswahl gefragt,¹¹⁶ sondern aufgezeigt, wie das anzuwendende Recht objektiv ermittelt werden kann. Auch bei der Frage nach dem objektiv passendsten Recht können und sollten gleichfalls die Parteiinteressen eine wichtige Rolle spielen.¹¹⁷

Denkbar wäre zunächst, dass die entscheidenden (Schieds-)Gerichte ein Sachrecht – wie auch nach § 1042 Abs. 4 S. 1 ZPO die Verfahrensregeln – nach freiem Ermessen selbst wählen (etwa das Sachrecht der *lex fori* oder *lex loci arbitri*).¹¹⁸

menfassend dort in Rn. 170), wonach das Recht mit der engsten Verbindung zur Schiedsvereinbarung gelten soll. Beachte, dass eine konkludente Parteivereinbarung oftmals in einer anderweitigen Rechtswahl (insbesondere für den Hauptvertrag) gesehen wird, siehe für verschiedene Möglichkeiten *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 36 oder *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 478 f., wobei letztere dieser Ansicht ablehnend gegenüberstehen. Insbesondere wird von dem Recht des Hauptvertrags auf die Schiedsvereinbarung geschlossen, was aber schon wegen des schiedsrechtlichen Trennungsprinzips (dazu oben unter I.) in diesem Kapitel) nicht unproblematisch ist; dazu auch *Pika*, IPRax 2021, 508, 511, der die Trennung für den Aspekt einer Rechtswahl jedoch nicht für hinderlich erachtet. Zu diesem Ansatz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit siehe *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb*, Urteil v. 9.10.2020, [2020] UKSC 38, Rn. 43 ff.

¹¹⁶ Insbesondere die wohl häufige Möglichkeit, von einer Rechtswahl hinsichtlich des Hauptvertrags auf eine Rechtswahl auch hinsichtlich der Schiedsvereinbarung zu schließen, ist damit hier nicht relevant. Siehe für eine systematische „Anknüpfungsleiter“ in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb*, Urteil v. 9.10.2020, [2020] UKSC 38, Rn. 170, wobei neben der Rechtswahl in Bezug auf den Hauptvertrag insbesondere das Recht am Sitz des Schiedsgerichts und die größtmögliche Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu beachten seien.

¹¹⁷ Es ist aber klar zu unterscheiden, dass die bloß allgemeine Erfahrung nicht zu einer Rechtswahl – auch nicht zu einer konkludenten – der Parteien führt, dagegen auch *Pika*, IPRax 2021, 508, 511; ganz ähnlich auch schon *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 478 und 480. Denn ein allgemeiner Erfahrungssatz, über den auch oftmals noch Streit besteht (siehe ebd. 478), ist ohne konkrete Anhaltspunkte für den Parteiwillen im Einzelfall eine objektive Festlegung des Rechts. Wird also anders als anhand von konkreten Indizien für den tatsächlichen Willen der Parteien von allgemeiner Erfahrung oder Häufigkeit auf eine Rechtswahl geschlossen, wird das Recht objektiv festgelegt und ggf. ein Parteiwille bloß unterstellt, so *Elsing*, in: Genzow/Grunewald/Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, 2010, S. 119, der von einer „Fiktion“ spricht; vgl. ebenso bei ergänzender Auslegung im Kontext des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, *Zemmer*, NJW 2009, 1030, 1034. Problematisch ist daher auch die abstrakte Aussage, das Recht etwa des Schiedsorts sei von den Parteien im Zweifel auch für die Schiedsvereinbarung „gewählt worden“, etwa *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 28 m. w. N. für diese verbreitete Annahme. *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 35 etwa hält demgegenüber fest, dass für eine Rechtswahl in Bezug auf die Schiedsvereinbarung zusätzlich zu der Rechtswahl bezüglich des Hauptvertrags konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall zu fordern sind und – im Kontext der Wahl prozessualer Verfahrensregeln – dass ein bloß „mutmaßlicher Parteiwille niemals“ ausreichen kann, ebd. § 1042 Rn. 79. Gleiches muss auch für andere Rechtswahlen gelten.

¹¹⁸ *Berger*, International Arbitration Law Review 1998, 121, 123. Das Ermessen würde

Alternativ wird das anwendbare Sachrecht, und so macht es die überwiegend vertretene Ansicht, über Kollisionsrecht bzw. internationale Verträge ermittelt.¹¹⁹ Das wird teilweise auf die (überholte) Einordnung der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung als materiell-rechtlicher Vertrag zurückgeführt.¹²⁰ Allerdings soll sich auch bei einer prozessrechtlichen Einordnung keine direkte Anwendung etwa des Sachrechts der *lex fori* ergeben.¹²¹ Insofern wird hier der herrschenden Ansicht gefolgt, dass das anzuwendende Sachrecht – unabhängig von der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung – über Kollisionsrecht bzw. völkerrechtliche Verträge zu ermitteln ist.

Sodann muss entschieden werden, welches Kollisionsrecht anzuwenden ist.¹²² Ein staatliches Gericht wendet das Kollisionsrecht der *lex fori* an.¹²³ Ein Schiedsgericht kann parallel dazu über das an seinem Sitz geltende Kollisionsrecht vorgehen.¹²⁴ Im nächsten Schritt ist zu entscheiden, welche konkrete Kollisionsnorm das Sachrecht bestimmt. Teilweise wird vertreten, dass das internationale Pri-

sich allerdings sowohl an einem potenziellen Parteiwillen als auch an Kriterien wie der engsten Verbindung zum Streitgegenstand (§ 1051 Abs. 2 ZPO), der größten zu erwartenden Durchsetzbarkeit des zu erlassenden Schiedsspruchs oder einer normativen Stütze wie in § 1025 Abs. 1 i. V. m. § 1043 ZPO zu orientieren haben. Zu kritischen Stimmen zu weitgehenden Ermessensentscheidungen der Schiedsgerichte siehe *ders.*, RIW 1994, 12, 14.

¹¹⁹ *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 175; *König*, *SchiedsVZ* 2012, 129, 129 f.; *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 46; *Stürner/Wendelstein*, *IPRax* 2014, 473, 480; für eine Anwendung von § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) ZPO auch zur Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts etwa *Geimer*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer u.a.* (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 109 f.; *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 31, 37.

¹²⁰ Etwa *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 175; zu dieser Schlussfolgerung auch *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 23; vgl. auch BGH, Urteil v. 8.6.2010, XI ZR 349/08, *SchiedsVZ* 2011, 46, 48; a. A. *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2005, Kapitel 7 Rn. 37, die die Rechtsnatur als nicht für die kollisionsrechtliche Frage relevant erachten; ebenso *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 34. Siehe zu der Rechtsnatur auch bereits oben in diesem Teil unter B. II.

¹²¹ *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 42.

¹²² *Ders.*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 47.

¹²³ *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2021, Rn. 1420; so auch BGH, Urteil v. 8.6.2010, XI ZR 349/08, *SchiedsVZ* 2011, 46, 48; siehe ferner *Sachs/Niedermaier*, in: *Ebke/Olzen/Sandrock* (Hrsg.), *Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag*, 2015, S. 480.

¹²⁴ *Hausmann*, in: *Reithmann/Martiny* (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht*, 2022, Rn. 7.290; *König*, *SchiedsVZ* 2012, 129, 132; *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 31.

vatrecht für Verträge Anwendung finden müsse.¹²⁵ Dazu käme aus deutscher Sicht grundsätzlich die Rom I-VO zur Anwendung, die aber ausweislich ihres Art. 1 Abs. 2 lit. e) nicht für Schiedsvereinbarungen gilt.¹²⁶ Daher wird auf die Rom I-VO analog abgestellt¹²⁷ oder es sollen die aufgehobenen Art. 27 ff. des EGBGB für diese Zwecke aufleben, da eine Lücke bestehe.¹²⁸

Da die Art. 27 ff. EGBGB explizit aufgehoben sind und daher für künftige Fälle nicht mehr existieren,¹²⁹ ist ein Rückgriff auf diese Normen nicht sinnvoll. Denn der Gesetzgeber ging gerade davon aus, dass künftig die Rom I-VO für alle Fälle Anwendung finden soll, in denen vorher die Art. 27 ff. EGBGB angewendet wurden.¹³⁰ Hat er dabei eine Lücke übersehen oder bewusst offengelassen, sollte der Anknüpfungspunkt zur Schließung dieser Lücke gleichwohl künftig das neue Recht sein. Doch auch die analoge Anwendung der Rom I-VO ist nicht überzeugend und abzulehnen.¹³¹ Denn die Gesetzesmaterialien machen deutlich, dass auch eine indirekte Anwendung der Rom I-VO für die Schiedsvereinbarung nicht gewollt war.¹³²

¹²⁵ BGH, Urteil v. 8.6.2010, XI ZR 349/08, SchiedsVZ 2011, 46, 48; w. N. dazu bei *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 29, der selbst aber keine Anwendung der Rom I-VO für notwendig hält, ebd. Rn. 31; für die Anwendung des IPR für Verträge auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 23 und 42 m. w. N.; *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 480. Doch auch nach der Einordnung der Schiedsvereinbarung als Prozessvertrag sollen die Kollisionsregeln des Vertragsrechts Anwendung finden, siehe *Epping*, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 1999, S. 44 f.

¹²⁶ Siehe etwa *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 23; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1421; *Stürner/Wendelstein*, IPRax, 2014 473, 480; BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, 153; hierzu (und weitergehend) auch *Sachs/Niedermaier*, in: Ebke/Olzen/Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 475 ff.

¹²⁷ *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 275; dazu auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 69 ff. Der BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, 153 überträgt den „Rechtsgedanken“ aus Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO.

¹²⁸ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1420; siehe zu der Entwicklung von EGBGB zu Rom I-VO auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 60 f. und 68; für Altfälle wendet auch der BGH noch Art. 27 ff. EGBGB an, siehe BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 233 f.; noch offen zu dieser Frage *Sachs/Niedermaier*, in: Ebke/Olzen/Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 487, freilich vor der Entscheidung des BGH.

¹²⁹ *Elsing*, in: Genzow/Grunewald/Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, 2010, S. 116; ganz ähnlich *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 475.

¹³⁰ Vgl. *König*, SchiedsVZ 2012, 129, 131.

¹³¹ *Ders.*, SchiedsVZ 2012, 129, 131; *Magnus*, IPRax 2016, 521, 530.

¹³² Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) 650 endg., S. 5; für dieselbe Interpretation *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 475; siehe auch *König*,

Da es also keine explizite Kollisionsnorm für diese Frage gibt,¹³³ könnte das jeweils anwendbare Recht nach der engsten Verbindung zur Schiedsvereinbarung ermittelt werden.¹³⁴ In der Regel wird so eine unselbstständige Anknüpfung an das Statut des Hauptvertrags¹³⁵ oder die Anwendung des Sachrechts der *lex loci arbitri*¹³⁶ oder des Schiedsverfahrensrechts¹³⁷ gefordert.¹³⁸ Wegen der Eigen-

SchiedsVZ 2012, 129, 131; a. A. *Magnus*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2021, Art. 1 Rom I VO Rn. 73; vgl. zur Anwendung der Art. 27 Abs. 1 EGBGB und Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO für die Rechtswahl (allerdings im Kontext von AGB im kaufmännischen Geschäftsverkehr) *Pfeiffer*, in: Genzow/Grunewald/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz*, 2010, S. 564 f.

¹³³ *König*, SchiedsVZ 2012, 129, 129 f.; *Sachs/Niedermaier*, in: Ebke/Olzen/Sandrock (Hrsg.), *Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag*, 2015, S. 487; *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 475.

¹³⁴ So insbesondere für das internationale Schiedsrecht aus britischer Perspektive in *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb*, Urteil v. 9.10.2020, [2020] UKSC 38, Rn. 118 ff., 170; vgl. auch BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 233 f. Damit entstünde auch ein Einklang mit der deutschen Regelung für das anwendbare Sachrecht, § 1051 Abs. 2 ZPO.

¹³⁵ *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 480; so ohne nähere Begründung auch BGH, Urteil v. 8.6.2010, XI ZR 349/08, SchiedsVZ 2011, 46, 48; BGH, Beschluss v. 8.11.2018, I ZB 24/18, SchiedsVZ 2019, 355, 356.

¹³⁶ *Epping*, *Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts*, 1999, S. 46 f.; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 17; *König*, SchiedsVZ 2012, 129, 132; *Magnus*, IPRax 2016, 521, 530; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 32 und 36 f.; *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 23 und 98; siehe auch BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 233 f.

¹³⁷ *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 2023, § 1029 Rn. 28 erreicht dieses Ergebnis einerseits über eine Zweifelsregel, die aber – wie dargelegt – eine problematische Unterstellung einer tatsächlichen Rechtswahl ist (siehe o. Fn. 117 dieses Teils), oder alternativ über die Anwendung von Art. V Abs. 1 lit. a) NYÜ, also über den Umweg des Rechts an dem Ort, an dem das Schiedsurteil ergehen soll. Dieser zweite Weg stößt aber auf Bedenken (dazu noch sogleich). Ohne Begründung auch für das Schiedsverfahrensrecht BGH, Urteil v. 23.4.1998, III ZR 194–96, NJW 1998, 2452. Zu beachten ist, dass das Schiedsverfahrensrecht für Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland wegen § 1025 Abs. 1 ZPO fast immer mit der *lex loci arbitri* identisch ist, vgl. auch *Mistelis*, *American Review of International Arbitration* 2006, 155, 169. Wenn aber ein ausländisches staatliches Gericht bei einer fiktiven deutschen Schiedsortswahl das Schiedsverfahrensrecht zu bestimmen hat, kann es sein, dass es zwar als fiktiven Schiedsort Deutschland (und damit grundsätzlich als *lex loci arbitri* deutsches Recht) anerkennt, gleichwohl dieses Gericht § 1025 Abs. 1 ZPO etwa wegen zwingender Regeln der eigenen *lex fori* nicht anwendet, sondern das eigene nationale Schiedsrecht (ein Äquivalent zum zehnten Buch der ZPO). Dann wäre die *lex loci arbitri* deutsches Recht, während das allgemeine Schiedsverfahrensrecht der *lex fori* entstammte. Diese Konstellation scheint aber unwahrscheinlich, da sie eine Norm in der ausländischen Rechtsordnung voraussetzen würde, die trotz wirksamer Wahl des Schiedsorts (Sitz) die Anwendbarkeit des allgemeinen Schiedsverfahrensrechts dieses Schiedsorts zugunsten des Schiedsverfahrensrechts der eigenen *lex fori* ausschließen müsste. Daher ist für die allermeisten Fälle anzunehmen, dass die *lex loci arbitri* mit dem allgemeinen Schiedsverfahrensrecht identisch ist. Siehe

ständigkeit¹³⁹ und prozessrechtlichen Einordnung der Schiedsvereinbarung¹⁴⁰ scheint es konsequent, für Zustandekommen und Wirksamkeit auf das Sachrecht der *lex fori*¹⁴¹ bzw. der *lex loci arbitri*¹⁴² abzustellen.¹⁴³ Mangels Regelungen in der ZPO würde im Falle einer deutschen *lex fori* bzw. *lex loci arbitri* auf die (vertragsrechtlichen) Regelungen des BGB abgestellt.¹⁴⁴

Für die Anwendung des Sachrechts am Sitz des Schiedsgerichts spricht zudem die Orientierung an den Normen § 1025 Abs. 1 i. V. m. § 1043 Abs. 1 ZPO und die Parallelität zu dem Ergebnis bei Anwendung von Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO.¹⁴⁵ Allerdings hilft die Anwendung des Schiedsrechts nicht unmittelbar weiter, wenn der Schiedsort (noch) nicht bestimmt wurde.¹⁴⁶ Außerdem ist das UN-Übereinkommen, auf das sich dieser Vorschlag stützt,¹⁴⁷ von seiner Konstruktion für die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen und nicht für die Beurteilung von Schiedsvereinbarungen vorgesehen.¹⁴⁸ Zuletzt muss der Schieds-

ferner zu dem Themenkomplex aus Schiedsortsrecht, allgemeinem Schiedsverfahrensrecht und den anwendbaren prozessualen Regeln eingehend aus internationaler Perspektive ebd.

¹³⁸ Siehe zu den verschiedenen Möglichkeiten aus Perspektive des internationalen Schiedsrechts etwa *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb*, Urteil v. 9.10.2020, [2020] UKSC 38, dort insbesondere Rn. 170 für einen Überblick; siehe auch *Sachs/Niedermaier*, in: Ebke/Olzen/Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 487 f.

¹³⁹ Siehe dazu oben in diesem Teil unter B. I.

¹⁴⁰ Siehe oben in diesem Teil unter B. II.; siehe auch *Pika*, IPRax 2021, 508, 511.

¹⁴¹ So *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 7 und *ders.*, *SchiedsVZ* 2014, 274, 275.

¹⁴² Dazu *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 107; *König*, *SchiedsVZ* 2012, 129, 130; auch *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 78. Diese (wohl herrschende) Ansicht verweist auf Art. V Abs. 1 lit. a) NYÜ für eine Anwendung des Schiedsrechts.

¹⁴³ Für die *lex loci arbitri* auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 32, allerdings „unabhängig vom Streit zur Rechtsnatur“, ebd. Rn. 34; *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 23 ebenfalls unabhängig von der Rechtsnatur.

¹⁴⁴ *Ders.*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 40; siehe auch oben in diesem Teil unter B. II.

¹⁴⁵ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 37.

¹⁴⁶ *Epping*, *Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts*, 1999, S. 47; *König*, *SchiedsVZ* 2012, 129, 132; *Magnus*, IPRax 2016, 521, 530; ferner *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 37.

¹⁴⁷ Siehe etwa *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 107; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht*, 2022, Rn. 7.266; explizit für eine Anwendung von Art. V 1 NYÜ BGH, Urteil v. 26.11.2020, I ZR 245/19, *SchiedsVZ* 2021, 97; dazu *Pika*, IPRax 2021, 508, 508 f.

¹⁴⁸ *Magnus*, IPRax 2016, 521, 530; vgl. *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a.

spruch (*award*), auf den Art. V Abs. 1 lit. a) NYÜ abstellt, nicht immer am Schiedsort ergehen.¹⁴⁹

In der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird jedoch der Sitz des Schiedsgerichts auch der Ort sein, an dem der Schiedsspruch ergeht. Zudem ist die Wertung aus Art. V Abs. 1 lit. a) NYÜ trotz der grundsätzlichen Verortung dieser Norm im Bereich der Anerkennung und Durchsetzung von Schiedssprüchen mittlerweile nach verbreiteter Auffassung bereits im Einredestadium zu berücksichtigen.¹⁵⁰ Außerdem kann in den Fällen, in denen der Schiedsort (noch) nicht bestimmt wurde, diese Wahl unter Umständen abgewartet werden oder der Schiedsort seinerseits objektiv bestimmt werden.

Jedoch wird teilweise auch vorgebracht, dass abseits einer Rechtswahl der Parteien die Beurteilung des Zustandekommens der Schiedsvereinbarung nach dem Hauptvertragsstatut stringenter sei.¹⁵¹ Vor allem werde so vermieden, dass die Parteien ihre Streitigkeiten aus dem Hauptvertrag entgegen ihren Willen nur deshalb vor staatlichen Gerichten austragen müssen, weil zwei unterschiedliche Statute andere Wirksamkeitsbestimmungen für die Verträge aufstellen.¹⁵² Jedoch kann freilich auch bei Anwendung eines objektiv ermittelten¹⁵³ Hauptvertragsstatuts auf die Schiedsvereinbarung deren Wirksamkeit entfallen, so dass die Parteien vor staatlichen Gerichten prozessieren müssen. Insgesamt sprechen da-

(Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 109, der die Vorschriften aber trotzdem heranziehen will; vgl. auch *König*, SchiedsVZ 2012, 129, 132.

¹⁴⁹ Siehe aus der britischen Rechtsprechung House of Lords, Judgement v. 24.7.1991, [1991] 3 W.L.R. 297; dazu kritisch *Berger*, RIW 1993, 8, 10 f., der insoweit von „Unvorsichtigkeit“ des Schiedsrichters spricht. Trotzdem soll der Schiedsspruch natürlich gemäß vieler Schiedsordnungen und Verfahrensregeln am Ort/Sitz des Verfahrens ergehen, vgl. Art. 16 Abs. 4 UNCITRAL Arbitration Rules. Präziser drückt es etwa *Martiny*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. Art. 1 Rom I-VO Rn. 92 aus, der von dem Recht des Staates, „in dem der Schiedsspruch ergehen soll“, spricht und subsidiär über das autonome Kollisionsrecht der *lex fori* anknüpfen will; ähnlich *Magnus*, IPRax 2016, 521, 530, der vom „tatsächlichen oder beabsichtigten“ Schiedsort spricht und subsidiär an die engste Verbindung anknüpfen will.

¹⁵⁰ Dazu etwa *Pika*, IPRax 2021, 508, 509 f. m. w. N.

¹⁵¹ *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 478 f. m. w. N.; *Magnus*, IPRax 2016, 521, 531 will subsidiär zu dem Ort, an dem der Schiedsspruch ergehen soll, an das Recht der Streitsache anknüpfen; für die Anknüpfung an das Hauptvertragsstatut auch BGH, Beschluss v. 8.11.2018, I ZB 24/18, SchiedsVZ 2019, 355, 356; zudem früher auch die Rechtsprechung unter Anwendung des EGBGB, siehe etwa BGH, Urteil v. 8.6.2010, XI ZR 349/08, SchiedsVZ 2011, 46, 48 oder OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 24.10.2006, 26 Sch 6/06, SchiedsVZ 2007, 217; a. A. etwa *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 82 ff.; *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb*, Urteil v. 9.10.2020, [2020] UKSC 38, Rn. 170, wonach abseits jeglicher anderer Anhaltspunkte (insbesondere keine Rechtswahl bezüglich Hauptvertrag oder Schiedsvereinbarung) die *lex loci arbitri* Anwendung finden soll, wenn die Parteien den Sitz bereits festgelegt haben.

¹⁵² *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 479.

¹⁵³ Gemäß § 1051 Abs. 2 ZPO etwa nach der engsten Verbindung zum Verfahrensgegenstand.

her – abseits einer (konkludenten) Rechtswahl¹⁵⁴ – die besseren Argumente für eine Anknüpfung an das Recht am Sitz des Schiedsgerichts. Für die Zwecke dieser Untersuchung soll aber ohnehin unterstellt werden, dass sowohl über die *lex loci arbitri* als auch über das Statut des Hauptvertrags deutsches Recht anzuwenden ist.

c) *Das allgemeine Schiedsverfahrensstatut*

Wenn der Ort des Schiedsverfahrens in Deutschland liegt, findet gemäß § 1025 Abs. 1 ZPO nach dem Territorialitätsprinzip das deutsche Schiedsverfahrensrecht¹⁵⁵ Anwendung.¹⁵⁶ In diesen Fällen entstammt das Schiedsverfahrensrecht also der *lex loci arbitri*.¹⁵⁷ Das Schiedsverfahrensrecht der *lex loci arbitri* enthält oftmals auch zwingende prozessuale Verfahrensregeln, von denen die Parteien nicht abweichen können.¹⁵⁸ Es ist aber zu beachten, dass die prozessualen Verfahrensregeln nicht mit dem allgemeinen Schiedsverfahrensrecht gleichzusetzen sind, sondern nur ein Teil davon darstellen.¹⁵⁹

Etwa kann mangels Parteivereinbarung das allgemeine Schiedsverfahrensrecht über den Ort des Schiedsverfahrens festgestellt werden, wobei die Parteien gleichzeitig explizit die Verfahrensregeln einer Schiedsinstitution wählen oder eigene Verfahrensregeln konstruieren können (vgl. § 1042 Abs. 3 ZPO).¹⁶⁰ Die zwingenden Normen des allgemeinen Schiedsverfahrensrechts gehen jedoch solchen gewählten Verfahrensregeln vor. Nicht zwingende Normen des allgemeinen Schiedsverfahrensrechts (meist das Recht am Sitz des Schiedsgerichts) werden

¹⁵⁴ Nach allgemeiner Meinung geht bei einer auch konkludenten Rechtswahl diese immer einer objektiven Anknüpfung vor, siehe dazu m. w. N. etwa *Stürner/Wendelstein*, IPRax 2014, 473, 478.

¹⁵⁵ Mithin das zehnte Buch der ZPO.

¹⁵⁶ Siehe auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 29; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1025 Rn. 3 hingegen hält eine abweichende Parteivereinbarung für möglich, siehe auch o. Fn. 109 dieses Teils.

¹⁵⁷ Abseits einer expliziten Rechtswahl gehe „modernes Schiedsrecht [wie die] Schiedspraxis“ (Übersetzung durch den Verfasser) aber auch von der Geltung des Rechts am Schiedsort für das allgemeine Schiedsverfahrensrecht aus, *Mistelis*, *American Review of International Arbitration* 2006, 155, 161.

¹⁵⁸ *Berger*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 340 f.; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 29.

¹⁵⁹ Siehe dazu auch oben in Fn. 99, 104, 109 f. dieses Teils.

¹⁶⁰ Zur Wahlmöglichkeit prozessualer Regelwerke von privaten Schiedsinstitutionen siehe auch *Lüke*, *Zivilprozessrecht I*, 2020, § 1051 Rn. 2; siehe zu der Wahl prozessualer Regelwerke von Schiedsinstitutionen für die Frage nach Konsolidierungen von Schiedsverfahren *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 146. Für eine internationale Perspektive etwa *Mistelis*, *American Review of International Arbitration* 2006, 155, 171.

hingegen von den gewählten Verfahrensregeln verdrängt, wenn sie diesen widersprechen.¹⁶¹

d) Die anwendbaren Verfahrensregeln

Nach § 1042 Abs. 4 S. 1 ZPO entscheidet das Schiedsgericht über die anwendbaren prozessualen Verfahrensregeln, wenn und soweit die Parteien sie nicht bestimmt haben und auch das zehnte Buch der ZPO keine solchen Regeln enthält. Oftmals liegt es nahe, auch die fakultativen prozessualen Regeln der *lex loci arbitri* auf das Verfahren anzuwenden, insbesondere wenn diese Regeln mit dem Verfahren am engsten verbunden sind.¹⁶² Das ist aber nicht zwingend, da der Schiedsort aus rein praktischen Gründen gewählt sein kann.¹⁶³

Insgesamt ergibt sich daher folgende Hierarchie: Es gilt zunächst immer die Rechtswahl der Parteien; wird dadurch ein ganzes Regime an Regeln gewählt, gilt es grundsätzlich in seiner Gesamtheit; sofern und soweit die gewählten prozessualen Verfahrensregeln zwingenden Vorschriften des allgemeinen Schiedsverfahrensrechts widersprechen, gilt in den widersprechenden oder offenen Punkten vor dem Schiedsgericht die *lex loci arbitri* als allgemeines Schiedsverfahrensstatut.¹⁶⁴

2. Das auf die Frage der Dritterstreckung anwendbare Recht

Die Frage der subjektiven Reichweite der Schiedsvereinbarung – insbesondere hinsichtlich der Drittbindung – ist in keiner Kollisionsnorm ausdrücklich geregelt und Gegenstand anhaltender Diskussion.¹⁶⁵ Hier soll nicht dem teilweise

¹⁶¹ Insbesondere müssen die gewählten oder konstruierten prozessualen Regeln rechtsstaatliche Mindeststandards garantieren (vgl. § 1042 Abs. 1 ZPO), siehe *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1042 Rn. 76.

¹⁶² Für das Verhältnis von *lex loci arbitri* und gewählten Prozessordnungen vgl. auch *Berger*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 345.

¹⁶³ Siehe etwa *House of Lords, Judgement v. 3.3.1970*, [1970] 2 W.L.R. 728.

¹⁶⁴ Zu dem Unterschied zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten in diesem Punkt weiterführend auch *Mistelis*, *American Review of International Arbitration* 2006, 155, 157 f.

¹⁶⁵ *Born*, *International Commercial Arbitration*, 2021, S. 1523 und *ders.*, *International Commercial Arbitration*, 2021, S. 1607; siehe auch *Hausmann*, in: *Staudinger (Begr.) (Hrsg.)*, *Staudinger BGB*, 2021, *Internationales Vertragsrecht* 2 Rn. 523; *Kröll*, *IPRax* 2016, 43, 46; *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 23. Nach *Gebauer*, in: *Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.)*, *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 101 sei die subjektive Reichweite von Prozessverträgen in nationalen Rechtsordnungen nicht geregelt, wobei unklar ist, ob er damit gleichzeitig eine Aussage zur Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung treffen möchte. Vgl. auch *BGH, Urteil v. 8.5.2014*, III ZR 371/12, *SchiedsVZ* 2014, 151, 152 f.

vertretenen Ansatz nachgegangen werden, nach dem sich die Frage der Drittbindung ohne Anknüpfung an nationales Recht nach allgemeinen Prinzipien des internationalen Rechts oder einer *lex mercatoria* richten soll.¹⁶⁶ Dieser Ansatz ist nicht nur im Grundsatz zu unbestimmt, es ist auch unklar, ob eine solche *lex mercatoria* als eigenes Recht überhaupt existiert bzw. was sie umfassen würde.¹⁶⁷ Außer in den Fällen, in denen die Parteien explizit eine allgemeine und weitreichende Entscheidung nach reinen Billigkeitsmaßstäben gerade auch im Hinblick auf die Wirksamkeit und Reichweite der Schiedsvereinbarung vereinbart haben, wird ein solcher Ansatz selten den Parteiinteressen gerecht werden können.¹⁶⁸ Daher wird hier der traditionelle Ansatz verfolgt, nachdem sich die Frage der Drittbindung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach einem nationalen Recht richtet.¹⁶⁹

Im Wesentlichen kommen dann drei mögliche Statute in Betracht, um die Drittwirkung zu beurteilen. Sie könnte sich insbesondere nach dem Statut der

¹⁶⁶ Siehe dazu etwa *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 118; *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1608; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 120; *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 7; kritisch auch *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 98; *Wolf*, RabelsZ 1993, 643, 644; allgemein zur Auslegung von Schiedsvereinbarungen nach internationalen Grundsätzen ohne Anknüpfung an nationales Recht *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 153, die diesen Ansatz letztlich ebenfalls ablehnt, siehe ebd. S. 155; gegen eine *lex mercatoria* allgemein etwa *Breitenstein*, in: *Berger* (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, S. 134 f.

¹⁶⁷ *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 119 und zu einem Versuch der Aufzählung möglicher Rechtssätze ebd. S. 382; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 122; besonders wegen der Unklarheit und dem fehlenden praktischen Nutzen dagegen *Breitenstein*, in: *Berger* (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, S. 134 f.

¹⁶⁸ Für einen Überblick zu einer Entscheidung allein nach Billigkeitsmaßstäben siehe auch *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 391 ff.

¹⁶⁹ Grundsätzlich ebenfalls den Ansatz über die Anknüpfung an ein nationales Recht präferierend *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1610. Insofern überzeugt auch seine aufgeteilte Ansicht nicht, nach der Bindungsmechanismen, die auf einem objektiv-rechtlichen Ausgleich (etwa gesetzlich verankerten Billigkeitsüberlegungen) beruhen, doch an übergeordnete internationale Prinzipien angeknüpft werden sollen, siehe ebd. S. 1614 f. Denn diese Aufteilung stützt *Born* darauf, dass sich im Kollisionsrecht ohnehin kaum Normen für Anknüpfungen nach Billigkeit finden ließen (ebd. S. 1615), verkennt dabei aber, dass Billigkeitsmaßstäbe oft als Teil typischer Rechtsgebiete wie dem Vertrags- oder Deliktsrecht (etwa § 242 BGB oder § 826 BGB; ebenso *estoppel* als Teil des Vertragsrechts, vgl. *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 386 f.) normiert sind und so auch auf Kollisionsebene eingeordnet werden könnten. Für eine Anwendung nationalen Rechts auch *Breitenstein*, in: *Berger* (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, S. 111 ff.

Schiedsvereinbarung¹⁷⁰ oder dem Statut des Hauptvertrags richten.¹⁷¹ Die Frage der prozessualen Drittbindung könnte sich aber auch nach dem Recht des jeweiligen materiell-rechtlichen Haftungsgrunds im Verhältnis zum Dritten¹⁷² richten, so dass sich verschiedene Sonderanknüpfungen ergäben.¹⁷³ Zu beachten ist, dass das Statut der materiellen Drittwirkung natürlich auch mit dem Hauptver-

¹⁷⁰ So *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 107 ohne Begründung; *Nagell/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 2020, Rn. 18.76; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 39 zumindest für manche Fälle des Dritteinbezugs und ohne Begründung; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 44 Rn. 24; zumindest für die (Einzel-)Rechtsnachfolge *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 120 f.; OLG Düsseldorf, Urteil v. 17.11.1995, 17 U 103/95, BeckRS 1995, 12478, Rn. 1, 12 allerdings ebenfalls ohne Begründung; für Bindung des Einzelrechtsnachfolgers nach Abtretung von Patentinhaber auch BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, der aber gleichzeitig feststellt, dass die Frage nach dem auf die Drittbindung anwendbaren Recht insgesamt umstritten und noch wenig diskutiert sei. Abseits des konkreten Falls ließ der BGH die Frage nach dem für die Drittwirkung relevanten Recht in dieser Entscheidung offen, siehe auch *Kröll*, IPRax 2016, 43, 46. Im Jahr 2018 entschied der BGH dann aber ausdrücklich und allgemein, dass sich die Frage nach der Drittwirkung nach dem Schiedsvereinbarungsstatut zu richten habe, siehe BGH, Beschluss v. 8.11.2018, I ZB 24/18, SchiedsVZ 2019, 355, 356.

¹⁷¹ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 32. Im Jahr 2017 tendierte *Gottwald* schon zur Anwendung des Schiedsvereinbarungsstatuts, hielt die Anwendung des Hauptvertragsstatuts aber für die herrschende Meinung und kam letztlich zu keinem klaren Ergebnis, wenn er anschließend schrieb, „Die Bindung Dritter kann aber auch [...] aufgrund des materiellen Rechts eintreten. Welches Recht dies ist, ist wiederum streitig: das auf die Gerichtsstands- bzw. Schiedsvereinbarung anwendbare Recht oder das auf den Hauptvertrag bzw. das Verhältnis des Dritten zur Hauptpartei bestimmende Recht.“, siehe *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 132. Siehe zu der Problematik des auf die Drittbindung anwendbaren Rechts und möglichen Auswirkungen auch *Kröll*, IPRax 2016, 43, 46.

¹⁷² Differenziert hierzu *Gebauer*, in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 97 ff. Das die materielle Drittwirkung bestimmende Recht wird auch als *lex causae* der Dritthaftung (siehe im Kontext der Durchgriffshaftung *Bernstein*, in: Bernstein/Drobnig/Kötz (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, 1981, S. 57), materielles Drittwirkungsstatut (so *Gebauer*, in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 97) oder als das das Verhältnis des Dritten zu einer der Hauptparteien bestimmende Recht (*Kröll*, IPRax 2016, 43, 46) bezeichnet. Siehe etwa für eine mögliche Übertragung der materiellen Maßstäbe bei der *Zession Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 99 ff. und 155 sowie *Gebauer*, in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 104 f.; für einen Gleichlauf der prozessualen und materiellen Bindung beim Vertrag zugunsten Dritter *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 131 ff. und 156. Vgl. für die Möglichkeiten einer Drittbindung an Gerichtsstandsvereinbarungen entsprechend materieller Rechtsinstitute im deutschen Recht auch *Weller*, IPRax 2013, 501, 505.

¹⁷³ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 32. Für eine differenzierte Anknüpfung auch *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1607, wobei er den Großteil der mög-

tragsstatut identisch sein kann.¹⁷⁴ Beispiele für gesonderte Anknüpfungen sind die Bindung des Vertreters nach dem Vertretungsstatut¹⁷⁵ oder die Bindung von Organen bzw. Gesellschaftern einer Gesellschaft nach dem Gesellschaftsstatut.¹⁷⁶

lichen Drittbindungsansätze letztlich über das Schiedsvereinbarungsstatut anknüpfen will, sofern sie einen Bezug zum Vertragsrecht haben, während Bindungsmechanismen nach allgemeineren Billigkeitsüberlegungen international frei (also ohne Statut) anzuknüpfen seien, ebd. S. 1615, siehe dazu kritisch auch oben Fn. 169 dieses Teils. Zu den verschiedenen möglichen Ansätzen in der internationalen Schiedsrechtsprechung *ders.*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1611 ff. Für eine gesonderte Anknüpfung grundsätzlich auch *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 97; siehe für eine Analyse sowohl der Fälle, in denen es sinnvoll erscheint, die verfahrensrechtliche Drittbindung von der materiell-rechtlichen Drittbindung abhängig zu machen, als auch zu gegenteiligen Fällen ebd. S. 102 f.; ohne Entscheidung, aber die verschiedenen Optionen auch erwähnend *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 133; für eine differenzierte Anknüpfung auch *Hausmann*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2021, Internationales Vertragsrecht 2 Rn. 523; *ders.*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2022, Rn. 8.401; siehe auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 182, wobei etwa in der von ihm untersuchten Konstellation des Vertrags zugunsten Dritter sich die Drittwirkung aus dem Hauptvertrag selbst ergibt (anders hingegen die Situation beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, wo wegen einer außervertraglichen Qualifikation über das Deliktsstatut das anwendbare Recht ermittelt werden soll, ebd. S. 177; ebenso für die außervertragliche Qualifikation des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte *Dutta*, IPRax 2009, 293, 294 f.). Daher läuft die dort vorgeschlagene Sonderanknüpfung in diesem Fall auf eine Anknüpfung an das Hauptvertragsstatut hinaus. Ebenfalls für eine grundsätzliche Sonderanknüpfung *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 274; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 28; speziell für das anwendbare Recht bei der Aufrechnung siehe *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1042 Rn. 95.

¹⁷⁴ Siehe für den Vertrag zugunsten Dritter *ders.*, SchiedsVZ 2014, 274, 276.

¹⁷⁵ Für die gesonderte Anknüpfung von Stellvertretungsfragen etwa *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 122; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2022, Rn. 7.304; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 414; a. A. *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1614, der zwar grundsätzlich eine Differenzierung verschiedener Statute für unterschiedliche Bindungsmechanismen vornimmt, aber Stellvertretungsfragen auch nach dem Schiedsvereinbarungsstatut entscheiden will; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 20, der die *Rechtsfolgen* bei einer unwirksamen Vollmacht an das Schiedsvereinbarungsstatut anknüpfen will; hingegen will *ders.*, IPRax 2006, 233, 235 den *Abschluss* einer Vollmacht über das gesonderte Vollmachtsstatut anknüpfen, was aber wie eine künstliche Aufspaltung wirkt.

¹⁷⁶ *Hausmann*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2021, Internationales Vertragsrecht 2 Rn. 523; für die Anknüpfung organschaftlicher Vertretung an das Gesellschaftsstatut *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 414; siehe für die Abhängigkeit der prozessualen Drittbindung von der materiellen Haftung im Falle von § 128 HGB etwa *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Neben-

Teilweise wird diskutiert, ob in materiellen Dritthaftungsfällen eine kollisionsrechtliche Anknüpfung der prozessualen Bindung an das Statut der *lex causae* automatisch zu einer prozessualen Annexbindung des Dritten führe, da es in den allermeisten Rechtsordnungen keine eigenen prozessualen Drittbindungsnormen gebe.¹⁷⁷ Wegen dieses Mangels an schiedsrechtlichen Drittwirkungsnormen¹⁷⁸ scheint eine Auseinandersetzung mit der Frage, welches Recht auf die Frage der schiedsrechtlichen Drittbindung Anwendung finden soll, in der Tat praktisch wenig ertragreich. Diese Annahme ist jedoch ein Zirkelschluss. Denn erst wenn das auf die prozessuale Drittwirkung anwendbare Recht bestimmt ist, ist zu erkennen, ob darin tatsächlich spezifische Regeln für die prozessuale Drittwirkung existieren.

Sofern auf die Frage der prozessualen Drittwirkung die *lex causae* anzuwenden ist,¹⁷⁹ automatisch wegen der (behaupteten) materiellen Dritthaftung eine prozessuale Drittbindung anzunehmen, macht mithin zwei Schritte auf einmal.¹⁸⁰ Denn sofern eine Rechtsordnung eigene Regeln für die Drittwirkung von Prozessverträgen kennt oder einführt,¹⁸¹ müssen diese angewendet werden,¹⁸² anstatt die prozessuale Drittwirkung unmittelbar der materiellen Drittwirkung folgen zu lassen.¹⁸³ Ob und wann eine solche Übertragung in die prozessuale Ebene aus der materiellen Haftung möglich ist, gilt es nämlich in einem gesonderten Schritt zu überprüfen, was Kern dieser Arbeit ist. Somit führt die Anwendung der *lex causae* – ebenso wie die Anwendung des Haupt- oder Schiedsvereinbarungsstatuts – auf die Frage der prozessualen Drittbindung zwar in den allermeisten Fällen mangels expliziter schiedsrechtlicher Drittbindungsnormen zu der Frage, ob und wie die Regeln materiell-rechtlicher Dritthaftung im Einzelfall auch für die prozessuale Drittbindung herangezogen werden können. Die Anwendung der *lex*

gesetzen, 2022, § 1029 Rn. 51. Für eine Anwendung des Gesellschaftsstatuts auch im Falle einer Durchgriffshaftung *Schütze*, *SchiedsVZ* 2014, 274, 277. Allerdings ist fraglich, ob in den Fällen, in denen sich ein Durchgriff auf deliktische Normen stützt, nicht eher das Deliktstatut Anwendung finden müsste.

¹⁷⁷ *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 101; vgl. auch *Born*, *International Commercial Arbitration*, 2021, S. 1607.

¹⁷⁸ *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 101; *Niklas*, *Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen*, 2008, S. 5 ff.

¹⁷⁹ Dazu noch sogleich unter a) und b).

¹⁸⁰ Vgl. auch *Schmidt*, *Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht*, 1993, S. 11 f. und 145, die für die Durchgriffshaftung eine klare Trennung zwischen materiell-rechtlicher und kollisionsrechtlicher Ebene anmahnt.

¹⁸¹ Diese könnten etwa vorsehen, dass im Falle einer Zession oder einer materiellen Drittbindung nach § 128 HGB auch prozessual eine Drittbindung eintritt (siehe zu Schiedsbindungen in diesen beiden Beispielen noch unten im 5. Teil unter A. und E.) oder aber, dass eine solche Annexbindung gerade ausgeschlossen sein soll.

¹⁸² So auch *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 101.

¹⁸³ Das spricht freilich nicht gegen die Anwendung der *lex causae* auf die Frage der prozessualen Drittbindung.

causae führt aber nicht dazu, dass die prozessuale Drittbindung automatisch als Folge materieller Dritthaftung entsteht, nur weil eigene Regeln für die schiedsrechtliche Drittbindung fehlen.¹⁸⁴

Somit ist es sinnvoll, abstrakt die kollisionsrechtliche Entscheidung zu treffen, welches Statut auf die prozessuale Drittbindung anzuwenden ist. Dabei sind unter anderem die Interessen der betroffenen Parteien zu berücksichtigen und in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.¹⁸⁵ Ist das auf die Frage der Drittwirkung anwendbare Recht im Einzelfall als das deutsche Recht ermittelt, kann entsprechend dem Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit danach die Möglichkeit einer schiedsrechtlichen Drittbindung nach diesem Recht beurteilt werden. Bei Fehlen ausdrücklicher prozessualer Dritterstreckungsvorschriften, ist hierbei zu klären, ob und wie die Mechanismen einer materiellen Dritthaftung auf die schiedsrechtliche Drittbindung übertragen werden können.

a) Keine Anwendung des Schiedsvereinbarungsstatuts

Für die Frage der kollisionsrechtlichen Anknüpfung der prozessualen Drittbindung soll im Ausgangspunkt die Trennung zwischen Haupt- und Schiedsvertrag beachtet werden,¹⁸⁶ da auf die beiden Verträge auch grundsätzlich unterschiedliche Rechte Anwendung finden.¹⁸⁷ Bei der Suche nach dem für die schiedsrechtliche Drittbindung anwendbaren Recht scheint es erst einmal naheliegend, die Frage der schiedsrechtlichen Drittbindung an das Schiedsvereinbarungsstatut anzuknüpfen,¹⁸⁸ insbesondere da die Bindung an einen Vertrag mit dessen Zu-

¹⁸⁴ So ist es aber bei *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 101 formuliert: „Die Verweisung auf die *lex causae* [Hervorhebung im Original] könnte [...] also nur bedeuten, einer sich aus ihr ergebenden materiellen Drittwirkung auch eine prozessuale Drittwirkung [...] folgen zu lassen.“ Das meint er so aber wohl nicht. Denn letztlich differenziert auch *Gebauer*, ebd. S. 102 f., wenn er für einige Konstellationen bei Anknüpfung an die *lex causae* eine prozessuale Bindung nicht als unmittelbare Folge einer materiellen Drittwirkung ansieht; vgl. für eine ähnliche Problematik bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts hinsichtlich des Hauptvertrags *Berger*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 353 f.

¹⁸⁵ *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 174.

¹⁸⁶ Siehe oben in diesem Teil unter B. I.; siehe auch *ders.*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 121.

¹⁸⁷ Siehe dazu in diesem Teil unter B. III. 1. a) und b).

¹⁸⁸ *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 132; dies sei der „traditional approach“, *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 7; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 96; ebenso i. E. auch *ders.*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 463, 465. Zumindest für die Reichweitenerstreckung durch Auslegung auch *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 46. Für die grundsätzliche Anknüpfung der subjektiven Reichweite an das Schiedsvereinbarungsstatut auch *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*,

standekommen und Wirksamkeit eng zusammenhängt.¹⁸⁹ Ebenso ließe sich aber auch eine Beurteilung nach der *lex loci arbitri* oder *lex fori* vertreten.¹⁹⁰ Für eine Anknüpfung an das Schiedsvereinbarungsstatut spricht, dass die Bindung der Hauptparteien die unmittelbare Folge einer wirksamen Schiedsvereinbarung ist, um deren Reichweite es bei der Frage der subjektiven Bindung letztlich geht.¹⁹¹ Allerdings ist die Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf Dritte gerade eine andere Frage als die ursprüngliche Wirksamkeit zwischen den Hauptparteien und von dieser zu trennen.¹⁹²

Gegen die Anwendbarkeit des Schiedsvereinbarungsstatuts wird vorgebracht, dass die Hauptparteien dem Dritten nicht das Recht „zu seinen Lasten“ vorgeben können sollen, welches seine Rechtsbeziehung maßgeblich gestalte.¹⁹³ Es stellt sich aber die Frage, ob dieses Schutzbedürftigkeitsargument im Schiedsrecht überzeugend ist. Denn die ursprünglichen Schiedsparteien können das Recht für fast alle relevanten Bereiche neben dem Schiedsvereinbarungsstatut – vor allem das allgemeine Schiedsverfahrens-, das Schiedsort- und das Hauptvertragsstatut – wählen.¹⁹⁴ Daher wird eine Vielzahl an Aspekten bereits festgelegt sein, bevor

2010, S. 407, was freilich nicht zwingend die spezielle Frage der Drittbindung umfassen muss. Ebenfalls *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1441; aus der nationalen Rechtsprechung (jedoch noch unter Zugrundelegung der Art. 27 ff. EGBGB) siehe BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 233; aus der neueren internationalen Schiedsrechtssprechung auch *Lifestyle Equities CV v. Hornby Street (MCR) Ltd.*, Urteil v. 28.1.2022, [2022] WLUK 314, wonach für den Fall der Abtretung das auf die Drittbindung anwendbare Recht das Recht der Schiedsvereinbarung ist; siehe ferner die Nachweise in Fn. 170 dieses Teils.

¹⁸⁹ Siehe *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1530 und vor allem S. 1613 f.; siehe für weitere Nachweise bei *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 120.

¹⁹⁰ Siehe auch *Nagell/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 2020, Rn. 18.76; siehe zur Anknüpfung bei der Durchgriffshaftung *Schmidt*, Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht, 1993, S. 95 f.; siehe zur Bedeutung der *lex loci arbitri* und zur *lex fori* für die Schiedsvereinbarung und das allgemeine Schiedsvereinbarungsstatut oben in diesem Teil unter B. III. 1. b) und c).

¹⁹¹ Vgl. *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1530, der letztlich aber für eine Anknüpfung an das Recht der jeweiligen *lex causae* und hilfsweise an das Schiedsvereinbarungsstatut ist, ebd. S. 1607. Vgl. für die Einordnung unter die Überschrift „Wirkungen der Schiedsvereinbarungen“ *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2022, Rn. 7.431, der allerdings daraus nicht die Konsequenz zieht, die Frage nach der Drittwirkung dem Wirkungsstatut zu unterstellen, sondern wie hier (sogleich) annimmt, dass es auf das Recht ankommt, welches zwischen der ursprünglichen Schiedsvertragspartei und der Person anwendbar ist, deren Bindung in Frage steht.

¹⁹² Siehe zu diesem Aspekt auch *Sachs/Niedermaier*, in: Ebke/Olzen/Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 481.

¹⁹³ *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2022, Rn. 7.431; *Niedermaier/Weiler*, SchiedsVZ 2023, 238, 240; siehe auch BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, 153, der dieses Argument im konkreten Fall aber nicht für überzeugend hält.

¹⁹⁴ Siehe zu den verschiedenen Rechtswahlmöglichkeiten oben in diesem Teil unter B. III. 1.

ein Dritter in Kontakt mit dem entsprechenden Schiedsverfahren käme. Es ist bei einer Drittbindung auch unabhängig vom Schiedsrecht geradezu wesensgemäß, dass einige Aspekte wie das anwendbare Recht aus der Sicht des Dritten ohne sein Zutun vorgegeben sind. Das Schutzbedürftigkeitsargument kann also zumindest nicht alleine gegen ein bestimmtes Kollisionsrecht sprechen, sondern allenfalls gegen eine Drittbindung ganz allgemein.

Gegen das Schutzbedürftigkeitsargument des Dritten muss zudem eingewandt werden, dass der Dritte in den meisten Situationen, in denen seine Bindung diskutiert wird,¹⁹⁵ eng mit dem Hauptrechtsverhältnis verbunden ist, in dem die Schiedsvereinbarung abgeschlossen wurde, um deren subjektive Reichweite es geht.¹⁹⁶ Er ist also kein gänzlich Unbeteiligter oder schutzloser Dritter und hat oftmals die Möglichkeit, sich zu informieren.¹⁹⁷ Die bloße Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts an sich ist auch nicht zwingend als Nachteil zu sehen. Erst wenn dadurch tatsächliche rechtliche Nachteile entstehen, wie etwa eine unfreiwillige Bindung oder der Verlust von materiellen Rechten, kann dadurch ein Nachteil entstehen. Die Problematik ist dann aber besser auf der sachrechtlichen Ebene zu entscheiden und spricht abstrakt nicht für oder gegen die Anwendbarkeit eines bestimmten Statuts.¹⁹⁸

Für die Anwendbarkeit des Schiedsvereinbarungsstatuts wird weiter angeführt, dass das Interesse der ursprünglichen Parteien schützenswert sei, durch die Anwendung eines weiteren Rechts und die dadurch unter Umständen folgende Drittbeteiligung nicht in ihrer Ausführung der ursprünglichen Schiedsvereinbarung gestört zu werden.¹⁹⁹ Es handelt sich gewissermaßen um das umgekehrte Drittschutzargument. Das überzeugt indes ebenfalls nicht. Denn zum einen muss erneut die bloße Anwendung eines „unvorhergesehenen“ Rechts nicht zwingend zu einem Nachteil oder zu einer Veränderung der ursprünglichen Abläufe führen. Und zum anderen haben die ursprünglichen Parteien meistens die rechtliche Beziehung zu dem Dritten in dem streitigen Kontext maßgeblich mitgestaltet oder können das zumindest.

Hat eine der ursprünglichen Parteien etwa bewusst einen Stellvertreter einschalten wollen und die andere Partei mit diesem (vermeintlichen) Stellvertreter interagiert, war beiden ursprünglichen Parteien bekannt, dass die Stellvertretungskonstellation bzw. das Stellvertretungsstatut zu zusätzlichen Regeln führen könnte.²⁰⁰ Zudem ist es im internationalen Geschäftsverkehr multinationaler

¹⁹⁵ Siehe zu verschiedenen Bindungsansätzen noch unten im 5. Teil.

¹⁹⁶ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1530.

¹⁹⁷ Ganz ähnlich auch BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, 153; vgl. auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 127.

¹⁹⁸ Der BGH hält so auch fest, dass es auf die Schutzbedürftigkeit nur ankommt, wenn die auf Sachrechtsebene zu beurteilende Drittbindung ohne den Willen des Dritten geschehen soll, siehe BGH, Beschluss v. 8.11.2018, I ZB 24/18, SchiedsVZ 2019, 355, 356.

¹⁹⁹ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1614.

²⁰⁰ Vgl. zur potenziellen Anwendbarkeit des Stellvertretungsstatuts auch *Hanotiau*, Com-

Unternehmen generell wenig überraschend, wenn mehrere Statute auf Teilaspekte desselben Streits Anwendung finden, zumal für manche Drittbeteiligungsfragen wie etwa die Unternehmensnachfolge oder den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte weitestgehend unstrittig zusätzliche Statute Anwendung finden sollen.²⁰¹

Der Schutz der ursprünglichen Schiedsparteien vor unvorhergesehener Rechtsanwendung spricht also nicht pauschal für die Anwendung des Schiedsvereinbarungsstatuts auf die Frage der Drittbinding. Vielmehr kommt es für das anwendbare Recht auf das jeweils in Frage stehende Drittbindinginstrument an, insbesondere darauf, ob es mit der Schiedsvereinbarung eng verbunden ist. Daher kann sich eine Drittbinding, die sich im Wege der Auslegung der ursprünglichen Schiedsvereinbarung ergeben würde, ohne Probleme nach dem Schiedsvereinbarungsstatut richten.²⁰² Das spricht aber nicht für eine generelle Anknüpfung an das Schiedsvereinbarungsstatut zum Schutze der ursprünglichen Parteien, wenn die Binding aus speziellen rechtlichen Gründen folgt.

Gegen die Anwendbarkeit des Schiedsvereinbarungsstatuts spricht zudem in praktischer Hinsicht die nicht ganz eindeutige Rechtslage im Hinblick darauf, welches das Schiedsvereinbarungsstatut ist.²⁰³ Da der Streit um das objektiv anwendbare Recht für die Schiedsvereinbarung nicht abschließend geklärt ist, kann es hier zu Unklarheiten kommen, wenn das Drittbindingstatut an das Schiedsvereinbarungsstatut anknüpfen soll. Das wird zwar herrschend angenommen,²⁰⁴ so dass eine gewisse Einheitlichkeit durch eine Anknüpfung der Drittbindingfrage an das Schiedsvereinbarungsstatut erreicht würde.²⁰⁵ Endgültige Rechtssicherheit würde dieser Ansatz – gerade im internationalen Rechtsverkehr – aber

plex Arbitrations, 2020, S. 8. Anders ist es allerdings etwa bei der Zession, wo der Schuldner als eine der ursprünglichen Schiedsparteien sehr wohl ein schutzwürdiges Interesse daran hat zu erfahren, welche Rechtsordnung die Binding an ein Verfahren mit einem ihm im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch völlig unbekanntem Dritten bestimmt, siehe *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 126 und 128.

²⁰¹ Vgl. zur Unternehmensnachfolge *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1614; zu verschiedenen potenziell anwendbaren Rechten beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte *Castendiek*, IPRax 2022, 449, 453; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 177; für die Anwendung des Deliktstatuts *Dutta*, IPRax 2009, 293, 294 f.

²⁰² Vgl. auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 183; siehe zu einem solchen Ansatz auch noch unten im 3. Teil unter A.

²⁰³ Siehe dazu oben in diesem Teil unter B. III. 1. b); so auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 121.

²⁰⁴ Zu dieser Ansicht siehe oben in diesem Teil unter B. III. 1. b).

²⁰⁵ Zur Vorhersehbarkeit bei Anwendbarkeit des Schiedsrechts auf die Schiedsvereinbarung *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 120; vgl. für eine Anknüpfung an das Schiedsvereinbarungsstatut bei der Rechtsnachfolge auch *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 120 f.

nicht zwingend bringen. Zudem könnte eine größere Einheitlichkeit ebenso durch eine Anknüpfung an das Statut des Hauptvertrags erreicht werden.²⁰⁶

Am überzeugendsten spricht jedoch gegen eine Anknüpfung der Drittbindung an das Schiedsvereinbarungsstatut, dass eine prozessuale Drittbindung nach dem Schiedsvereinbarungsstatut die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass entgegen dem übereinstimmenden Willen der ursprünglichen Parteien die materielle Wirkung von der prozessualen getrennt würde.²⁰⁷ Denn bei Anwendung unterschiedlicher Statute auf die materielle und prozessuale Drittwirkung ist ein Gleichlauf der jeweiligen Drittwirkung nicht unbedingt wahrscheinlich.

Insbesondere bei einer schiedsrechtlichen Drittbindung als Annex zu einer objektiven Dritthaftung²⁰⁸ ist im Rahmen der Zulässigkeit zumindest die Möglichkeit einer solchen materiellen Haftung zu prüfen. Erfolgt diese Schlüssigkeitsprüfung anhand des Schiedsvereinbarungsstatuts, können sich leicht widersprüchliche Ergebnisse zu einer Prüfung der tatsächlichen Dritthaftung ergeben, die im Rahmen der Sachentscheidung über die *lex causae* zu erfolgen hat. Dasselbe Gericht könnte damit aufgrund gleicher Faktenlage nur wegen der Anwendung unterschiedlichen Rechts in Zuständigkeit und Begründetheit zu widersprechenden Ergebnissen kommen.

Zudem erhöht sich durch die Anknüpfung an das Schiedsvereinbarungsstatut die Wahrscheinlichkeit von abweichenden Entscheidungen zwischen staatlichen und Schiedsgerichten. So kann bei getrennten Statuten etwa die Situation eintreten, dass zwar Fragen zur Wirksamkeit eines materiellen Vertrags zugunsten Dritter zwischen den Hauptparteien vor einem Schiedsgericht verhandelt werden müssen. Wendet dieses Gericht für Fragen des Hauptvertrags grundsätzlich das Hauptvertragsstatut an und für die Frage der Drittwirkung das Schiedsvereinbarungsstatut, kann es zu dem Ergebnis kommen, dass das Recht des Hauptvertrags eine Drittwirkung annimmt, das Recht der Schiedsvereinbarung aber kein

²⁰⁶ Vgl. für die Zession auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 121; siehe für die zu erreichende Einheitlichkeit bei einer Anknüpfung an das Zessionsgrundstatut ebd. S. 125 oder *Leible/Müller*, IPRax 2012, 491, 497, die mangels Schuldnerschutz aber auch abzulehnen ist, siehe dazu *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 126; vgl. auch *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1614. Die insgesamt vorzugswürdige Anknüpfung an das Hauptvertragsstatut bei der Zession (also das Forderungsstatut) garantiert die größte Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts, siehe *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 126.

²⁰⁷ *Ders.*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 122; siehe zu der damit zusammenhängenden Gefahr getrennter Gerichtswege OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313; für einheitliche Entscheidungen vor demselben Gericht grundsätzlich auch *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 95; für den Fall der Durchgriffshaftung auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 194.

²⁰⁸ Siehe dazu noch ausführlich unten im 5. Teil.

solches Rechtsinstitut kennt und mithin erst recht keine schiedsrechtliche Drittbindung aus diesem Grund besteht.

Dann würde der Dritte hinsichtlich der von dem Schiedsgericht der Hauptparteien bereits festgestellten materiellen Drittwirkung vor einem staatlichen Gericht prozessieren müssen, welches seinerseits die materielle Drittwirkung unter Umständen verneint.²⁰⁹ Dem Anspruchsinhaber würde sein Recht in diesem Fall durch die widersprüchlichen Entscheidungen effektiv verwehrt und gleichzeitig dem Willen der Parteien widersprochen. Die Privatautonomie und die Rechtssicherheit sprechen somit entscheidend gegen eine Anknüpfung der Drittbindung an das Schiedsvereinbarungsstatut. Aus diesen Gründen ist bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene eine Einheitlichkeit anzustreben.

b) Keine Anwendung des Hauptvertragsstatuts

Zunächst scheint die Lösung in einer Anknüpfung an das Hauptvertragsstatut zu liegen, wenn dadurch die einheitliche Beurteilung der prozessualen und materiell-rechtlichen Bindung nach demselben Recht möglich wird.²¹⁰ Da aber auch materiell nicht alle Haftungs- oder Bindungsfragen an das Hauptvertragsstatut angeknüpft werden müssen, wäre eine Anknüpfung an das Hauptvertragsstatut nur scheinbar eine einheitliche Lösung.²¹¹ Etwa für die Haftung des Vertreters

²⁰⁹ Eingehend zu der „Verdopplung“ des Abtretungsstatuts als ähnliche Konstellation zu der hier gebildeten *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 123 f.; unabhängig von der Frage des anwendbaren Rechts für ein einheitliches Verfahren hinsichtlich desselben Streits vor demselben Gericht auch *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 95.

²¹⁰ Siehe für einige Fälle, in denen eine einheitliche Anknüpfung an das Hauptvertragsstatut zu sinnvollen Ergebnissen führt, *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 102 ff. Auch die konkludente Genehmigung einer vollmachtlos abgeschlossenen Schiedsvereinbarung durch die Ausführung des Hauptvertrags durch den Vertretenen soll nach dem Hauptvertragsstatut zu beurteilen sein, siehe *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 417. Für die Drittbindung nach dem Hauptvertragsstatut bei der Zession zudem *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 126; für die Bindung bei einer Haftung innerhalb der Vertragskette ebd. S. 176 f. Der EuGH hält eine Drittbindung innerhalb der Vertragskette zumindest für Gerichtsstandsvereinbarungen hingegen nicht für möglich, siehe EuGH, Urteil v. 7.2.2013, Rs. C-543/10, IPRax 2013, 552, 554; dazu kritisch *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 104. *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 96 geht davon aus, dass sich Schiedsvereinbarungsstatut und Hauptvertragsstatut ohnehin meist deckten, was für ihn aber für eine Anwendung des Schiedsvereinbarungsstatuts spricht, siehe oben in Fn. 188 dieses Teils.

²¹¹ In den Fällen, in denen das Hauptvertragsstatut mit dem materiellen Dritthaftungsstatut allerdings übereinstimmt (so etwa bei manchen Ansprüchen in einer Vertragskette; siehe für eine einheitlich vertragliche Qualifizierung des Direktanspruchs in der Vertragskette gestützt auf den Schutz des Äquivalenzinteresses *Gebauer*, IPRax 2001, 471, 474; siehe zur Verbindung von Direktanspruch und Hauptvertrag auch *Micha*, *Der Direktanspruch im*

ohne Vertretungsmacht oder die Organhaftung sind die Handlungen der haftenden Dritten und die maßgeblichen Rechte (Stellvertretungsrecht, Gesellschaftsrecht) in der Regel andere als das Recht, welches auf den Hauptvertrag Anwendung findet.²¹² Wenn also unterschiedliche Rechtsordnungen auf die materielle Haftung der Hauptparteien und des Dritten anzuwenden sind, sollte konsequenterweise auch auf der prozessrechtlichen Ebene zwischen diesen Rechten differenziert werden.

Gerade im gesellschaftsrechtlichen Kontext muss der Haftende nicht an dem Hauptvertrag unmittelbar mitgewirkt haben, sondern kann als Person gänzlich im Hintergrund geblieben sein. Grundlage einer Haftung kann aber eine akzesorische Haftungsnorm des Gesellschaftsrechts wie § 128 HGB sein.²¹³ Die Haftung nach § 128 HGB wird materiell herrschend an das Gesellschaftsstatut²¹⁴

europäischen Internationalen Privatrecht, 2010, S. 164; für einer Schiedsbindung beim Direktanspruch *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 44 Rn. 24, die diese Bindung allerdings in Verbindung mit ihrer Ansicht nennen, dass sich die Drittwirkung nach dem Schiedsvereinbarungsstatut richte), ist durch die Anwendung des Hauptvertragsstatuts die allseitige Vorhersehbarkeit in der Regel gewährleistet, vgl. *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 177.

²¹² Siehe für die getrennte Anknüpfung ausführlich *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 54 ff.; ebenso *Bernstein*, in: Bernstein/Drobnig/Kötz (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, 1981, S. 57; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 122; *Sachs/Niedermayer*, in: Ebke/Olzen/Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 480, 489.

²¹³ So die zustimmungswürdige und sehr herrschende Meinung, siehe etwa *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 51; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 203; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 35; vgl. für eine mögliche Drittbinding an Gerichtsstandsvereinbarungen, wenn das anwendbare nationale Recht ein „Substitutionsverhältnis“ mit drei Beteiligten vorsieht wie beim Konnossement, EuGH, Urteil v. 19.6.1984, Rs. 71/83, IPRax 1985, 152; daran anknüpfend EuGH, Urteil v. 7.2.2013, Rs. C-543/10, IPRax 2013, 552, 554.

²¹⁴ Dieses ist wiederum vor allem wegen der Niederlassungsfreiheit in der EU nach der Gründungstheorie zu bestimmen, EuGH, Urteil v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, NJW 2002, 3614, 3617; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 238 ff.; *Schmidt*, Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht, 1993, S. 165; vgl. auch *Hausmann*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, Art. 4 EGBGB Rn. 231 ff.; vgl. auch *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2017, Vorb. zu §§ 80–88 Rn. 422 ff.; kritisch zur allgemeinen Geltung der Gründungstheorie *Kindler*, NJW 2003, 1073, 1076 ff.; schon früh differenziert und gegen die reine Sitztheorie *Sandrock*, RabelsZ 1978, 227, 258; kritisch und zu historischen Hintergründen *Weller*, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG, 2022, Einleitung Rn. 354 ff.; für einen knappen Überblick etwa *Thorn/Hoffmann*, Internationales Privatrecht, 2007, § 7 Rn. 23; für die Sitztheorie im Zusammenhang mit der subjektiven Schiedsfähigkeit von Unternehmen etwa *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 19; zu dem ganzen Komplex ausführ-

angeknüpft und unterscheidet sich damit auch auf kollisionsrechtlicher Ebene von der Haftung der Hauptpartei, die sich aus dem Vertrag ergibt und daher über das Hauptvertragsstatut angeknüpft wird.²¹⁵ Der zentrale Bindungspunkt für Gesellschafter und Gläubiger ist bei einer solchen Gesellschafterhaftung die Gesellschaft als Institution bzw. juristisches Konstrukt.²¹⁶ Auf eine Handlung des Gesellschafters im Kontext des Hauptvertragschlusses kommt es hingegen für eine materielle Haftung in diesen Fällen nicht an.²¹⁷

Wenn spezielle Normen des Gesellschaftsrechts die materielle Haftung begründen und die Gesellschaft das Vehikel für die materiellen Geschäfte ist, sollten auch die Voraussetzungen für eine prozessuale Bindung nach dem Recht der Gesellschaft bestimmt werden.²¹⁸ Das Gesellschaftsstatut ist spezieller und für die gesellschaftsrechtlichen Konstellationen in der Regel auch differenzierter, als es das Recht des Hauptvertrags oder der Schiedsvereinbarung ist.²¹⁹ Es enthält mitunter konkrete Regeln zur Drittbindung, die auch für eine prozessuale Bindung

lich *Kindler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 112 ff.

²¹⁵ *Ders.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 614; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 234; *Sachs/Niedermaier*, in: Ebke/Olzen/Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 482.

²¹⁶ Nach ganz herrschender Meinung werden alle gesellschaftsrechtlichen Fragen einheitlich nach dem Gesellschaftsstatut entschieden, *Anliker*, Die internationale Zuständigkeit bei gesellschaftlichen Streitigkeiten im Rechtsrahmen des europäischen Binnenmarktes, 2018, S. 62; *Kindler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 6; BGH, Beschluss v. 30.3.2000, VII ZR 370/98, IPRax 2000, 423, 424; für die a. A., die nach Innen- und Außenverhältnis differenzieren will, siehe schon *Sandrock*, RabelsZ 1978, 227, 254; siehe zu der Diskussion um die Einheitslehre auch *Schmidt*, Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht, 1993, S. 92 ff.

²¹⁷ Siehe zu dem Grundsatz, dass der Gesellschafter, der für die Gesellschaft handelt, weder sich selbst noch die anderen Gesellschafter in Vertretung bindet, etwa *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 6 Rn. 43 und § 14 Rn. 27 sowie § 14 Rn. 46; ebenso *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 186.

²¹⁸ Zu diesem Ansatz auch *Sachs/Niedermaier*, in: Ebke/Olzen/Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 481, 489; *Niedermaier/Weiler*, SchiedsVZ 2023, 238, 240; vgl. ferner *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1614; im Ergebnis ebenso wie hier *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 234.

²¹⁹ So richtet sich etwa auch die Durchgriffshaftung als eine persönliche Haftung der Gesellschafter gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. f Rom I-VO nicht nach dem Vertragsstatut, sondern nach dem Gesellschaftsstatut, *Kindler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 619. Innereuropäisch kann für die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte der Deliktgerichtsstand anwendbar sein, ebd. Rn. 631, was aber keinen Einfluss auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts für die schiedsrechtliche Drittbindung hat. Vgl. auch *Niedermaier/Weiler*, SchiedsVZ 2023, 238, 240.

herangezogen werden könnten.²²⁰ Das Hauptvertragsstatut und das Schiedsvereinbarungsstatut bestimmen zwar die Rechtsbeziehung – insbesondere das Zustandekommen des Haupt- und Schiedsvertrags – zwischen den ursprünglichen Parteien (der Gesellschaft und dem Gläubiger), aber gerade nicht die besonderen Bedingungen für das Hinzuziehen des Dritten (des Gesellschafters).²²¹

Entscheidend spricht die größere Einheitlichkeit der anwendbaren Rechte für die Anknüpfung an das Statut, dem auch die jeweilige Drittbindung in materieller Hinsicht unterliegt. Wie soeben dargelegt wurde, unterliegen die materiellen Haftungen von Hauptvertragsparteien und Dritten mitunter unterschiedlichen Rechten.²²² Richtet sich die Schiedsbindung für alle Parteien nach dem Hauptvertragsstatut, wäre damit in vielen Fällen nicht der erwünschte Gleichlauf zwischen der materiellen Haftung und prozessualen Bindung in Bezug auf den Dritten erreicht.²²³ Vielmehr führt eine Anknüpfung der Haftung des Dritten an das Hauptvertragsstatut zu der gleichen Problematik, wie sie bei der Anknüpfung an das Schiedsvereinbarungsstatut bereits dargestellt wurde.²²⁴

Die gewünschte Einheitlichkeit zwischen prozessualer Bindung einer Person in einem bestimmten Forum und der Anerkennung der materiellen Haftung durch das Gericht in diesem Forum kann hingegen deutlich leichter über die Anknüpfung der prozessualen Bindung an das Recht erreicht werden, nach dem sich der materielle Dritthaftungstatbestand richtet (die *lex causae* der Dritthaftung).²²⁵ So besteht – neben der Anwendung praktisch kaum existierender spe-

²²⁰ Im deutschen Recht gibt es insbesondere etwa die spezielle Haftungsnorm des § 128 HGB. Auch die materielle Durchgriffshaftung richtet sich nach dem Gesellschaftsstatut, siehe *Kindler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 618.

²²¹ Gleiches gilt für die Vertretung: Das Schiedsvereinbarungsstatut und das Hauptvertragsstatut bestimmen eben nicht die spezielle Konstellation des Vertragsabschlusses unter Zuhilfenahme eines Vertreters, bei der es maßgeblich auf die Wirksamkeit und korrekte Ausübung der Vollmacht ankommt.

²²² Sind die Hauptparteien aus dem Vertrag gebunden, wird der Dritte etwa in den Fällen von § 328 BGB und § 128 HGB aus Gesetz gebunden; siehe zu einer Auswirkung dieser materiell-rechtlichen Haftungen auf die schiedsrechtliche Bindung ergänzend noch unten im 5. Teil unter B. und E.

²²³ Siehe zu diesem Gedanken für die materiell-rechtliche Ebene *Kindler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 614; vgl. auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 235.

²²⁴ *Ders.*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 237; siehe zu dem Auseinanderfallen von materieller Haftung und prozessualer Bindung bei einer Anknüpfung an das Schiedsvereinbarungsstatut oben in diesem Teil unter B. III. 2. a); vgl. für Gerichtsstandsvereinbarungen auch *Weller*, IPRax 2013, 501, 504 f.

²²⁵ *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 101; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2022, Rn. 7.431; OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313; für Gerichtsstandsvereinbarungen auch *Gebauer*, IPRax 2001, 471, 474; zu der erstrebenswerten Einheitlichkeit im gesellschaftsrechtlichen Kontext auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkun-

zieller schiedsrechtlicher Drittbindungsnormen – für solche Fälle die Möglichkeit, den materiell-rechtlichen Dritthaftungsgrund auch für eine prozessuale Drittbindung heranzuziehen, sofern dafür die besseren Gründe sprechen.²²⁶

Eine größere Vorhersehbarkeit, die aus einer einheitlichen Anknüpfung resultieren würde, entspricht zum einen dem objektiven Bedürfnis nach größerer Rechtssicherheit. Zum anderen ist größere Vorhersehbarkeit aber auch subjektiv für die jeweils betroffenen Parteien erstrebenswert.²²⁷ Dieses subjektive Bedürfnis nach Vorhersehbarkeit ist im gesellschaftsrechtlichen Kontext auf beiden Seiten (sowohl auf Seiten der Gesellschaftsgläubiger als auch auf Seiten der Gesellschafter) besonders ausgeprägt,²²⁸ da hier eine Vielzahl potenzieller Beteiligter in Betracht kommt.²²⁹ Für die prozessuale Drittbindung bei speziell gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen, allen voran bei einer Haftung nach § 128 HGB und einer Durchgriffshaftung,²³⁰ spricht viel für eine Anknüpfung an das Gesellschafts-

gen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 233 ff.; vgl. für eine Anknüpfung der Drittbindung bei Gerichtsstandsvereinbarungen an das Statut der *lex causae Weller*, IPRax 2013, 501, 505.

²²⁶ Gebauer, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 101 ff. Siehe zu den Möglichkeiten im Einzelfall, den materiell-rechtlichen Dritthaftungstatbestand auch auf die schiedsrechtliche Drittbindung zu erstrecken, unten im 5. Teil dieser Arbeit.

²²⁷ Auch der EuGH stellt in seinen Entscheidungen zu Gerichtsstandsvereinbarungen mit potenziellen Drittwirkungen auf die Vorhersehbarkeit ab, siehe EuGH, Urteil v. 17.6.1992, C-26/91, I, 18; zur Vorhersehbarkeit bei einer Anknüpfung an das Statut, aus dem sich der materielle Anspruch des Dritten in der Vertragskette ergibt auch Retzbach, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 176; zur Vorhersehbarkeit bei Gesellschafterhaftungen ebd. S. 235.

²²⁸ Für eine einheitliche materielle Bindung siehe Retzbach, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 224.

²²⁹ Vgl. ders., Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 223 f.

²³⁰ Bei der Anknüpfung des Durchgriffs ist eine Vielzahl an Rechten denkbar, siehe Schmidt, Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht, 1993, S. 67 f. Herrschend wird die Durchgriffshaftung aber an das Gesellschaftsstatut angeknüpft, Kindler, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 618, was insbesondere bei einer analogen Anwendung des § 128 HGB oder einer kontextspezifischen Anwendung des § 242 BGB Sinn ergibt (dazu noch unten im 5. Teil unter G. I. 1.). Gegen eine Anwendung des Gesellschaftsstatuts etwa Schmidt, Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht, 1993, S. 141 f., die nach der jeweiligen Interessenlage der Beteiligten im Einzelfall anknüpfen will, was freilich nach der hier vertretenen Auffassung, die eine Vorhersehbarkeit und Einheitlichkeit auch als Interessen der Beteiligten hervorhebt, ebenfalls zu einer Anwendung des Gesellschaftsstatuts führen kann, vgl. für dieses Ergebnis in den Fallgruppen der Unterkapitalisierung, Vermischung und Beherrschung auch ebd. S. 154–158. Beachte, dass das Gesellschaftsstatut im Konzernkontext dasjenige der Tochtergesellschaft ist, wenn auf die dahinterstehende Mutter zugegriffen werden soll, ebd. S. 105 m. w. N., da die Tochter den Vertrag mit dem Gläubiger abgeschlossen hat. Ansonsten unterscheidet sich die Konzernsituation von der Durchgriffssituation beim Einzelunternehmen nicht, ebd. S. 108.

statut als *lex causae*, da es die vorhersehbarste Lösung ist.²³¹ Welches Recht im Einzelfall auf die materielle Haftung anzuwenden ist, soll hier jedoch nicht diskutiert werden.²³²

*c) Zwischenergebnis: Anwendung der lex causae
auf die Frage der Dritterstreckung der Schiedsbindung*

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die schiedsrechtliche Drittbindung nach dem Recht zu beurteilen ist, nach welchem sich auch jeweils die materielle Haftung eines Dritten richtet (*lex causae*). Dieses Recht kann im Einzelfall mit dem Schiedsvereinbarungsstatut oder dem Hauptvertragsstatut identisch sein – muss es aber nicht. Wie gezeigt werden konnte, lässt sich in den meisten Fällen am ehesten über die Anknüpfung an das materielle Drittwirkungsstatut ein Gleichlauf der materiellen Haftung und der prozessualen Bindung erreichen. Dadurch lassen sich widersprüchliche Entscheidungen und unklare Zuständigkeiten vermeiden. Insbesondere eine abstrakte Anknüpfung an das Schiedsvereinbarungsstatut oder das Hauptvertragsstatut kann die nötige Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit nicht garantieren. Für die weitere Untersuchung soll also von einer deutschen *lex causae* der Dritthaftung ausgegangen werden, so dass auch die schiedsrechtliche Drittbindung nach deutschem Recht beurteilt wird.

Dabei kommt es nicht auf das tatsächliche Vorliegen oder Nichtvorliegen einer materiellen Dritthaftung an, um daraus die Kompetenz eines Schiedsgerichts auch gegenüber dem Dritten zu begründen. Denn das könnte zu dem unsinnigen Ergebnis führen, dass gerade *wegen* des Fehlens eines materiellen Drittanspruchs bei einer Klage am zwischen den Hauptparteien derogierten Forum das nationale Gericht dort über diesen Anspruch entscheiden muss (also zuständig ist).²³³ Das angerufene Gericht würde nämlich zur Bestimmung der eigenen Zuständigkeit das auf die materielle Drittwirkung anwendbare Recht heranziehen und dabei zu keiner materiellen Drittwirkung und entsprechend zu keiner Schiedsbindung kommen. Es müsste dann entsprechend die eigene Zuständigkeit annehmen, da der geltend gemachte materielle Anspruch nicht besteht.

²³¹ *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 234.

²³² Siehe für einen Überblick etwa *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2022, Rn. 7.431; ferner *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 224 ff., der letztlich das Gründungsstatut für gesellschaftsrechtliche Fälle favorisiert, siehe ebd. S. 240. *Bernstein*, in: Bernstein/Drobnig/Kötz (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, 1981, S. 57 hingegen hält die Prüfung der Rechtsordnung für einzelne Ansprüche für einfacher als die Prüfung des Gesellschaftsstatuts. Siehe ferner zu dem Gedanken hinsichtlich der einheitlichen Anknüpfung materiell-rechtlicher Haftung *Kindler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 614; vgl. zu dieser Thematik auch *Schmidt*, Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht, 1993, S. 150.

²³³ *Gebauer*, in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 103.

Um dieses Ergebnis zu vermeiden, muss die schlüssige Behauptung eines materiellen Drittanspruchs genügen, um die Kompetenz des Schiedsgerichts zu begründen,²³⁴ wenn nach diesem Recht für den spezifischen Drittanspruch im Einzelfall auch von einer schiedsrechtlichen Drittbindung auszugehen ist.²³⁵ Das angerufene Gericht prüft also jeweils, ob bei unterstelltem Drittanspruch nach dem Recht dieses materiellen Anspruchs eine prozessuale Drittbindung in Betracht kommt. Ist das zu bejahen, wird die Zuständigkeit des jeweiligen Schiedsgerichts angenommen.

IV. Zentrale Wirkungen der Schiedsvereinbarung und Verhältnis zu staatlichem Rechtsschutz

Eine wirksame Schiedsvereinbarung führt dazu, dass für die in ihr bestimmten Streitigkeiten die Zuständigkeit zwischen den Parteien weg von den staatlichen Gerichten zu einem privaten Schiedsgericht verlagert wird.²³⁶ Oft ist auch von einem Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit die Rede.²³⁷ Die Parteien sind also an das Schiedsverfahren gebunden und können ihr Verfahren nicht mehr vor staatlichen Gerichten durchführen.²³⁸ Wegen des Ausschlusses der staatlichen Gerichte bestehen im Bereich der Schiedsbindung viele Streitigkeiten; insbesondere eine schiedsrechtliche Drittbindung ist deshalb Gegenstand vehementer Diskussionen sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur.²³⁹ Im Fol-

²³⁴ Ders., in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 103; kritisch hingegen BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 235.

²³⁵ Wann eine schiedsrechtliche Drittbindung besteht, wird im 3. und 5. Teil dieser Arbeit untersucht.

²³⁶ Geimer, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 93.

²³⁷ Etwa Berger, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 107; Colberg, Der Schutz der Schiedsvereinbarung, 2019, S. 34; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, 2014, S. 20; Jobst, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 7; Klement, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 76; Kölbl, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, 2004, S. 84; siehe ferner auch Köckert, Die Beteiligung Dritter im internationalen Zivilverfahrensrecht, 2010, S. 261.

²³⁸ Beachte, dass gleichwohl bei einer Klage vor dem derogierten staatlichen Gericht die Unzuständigkeit nicht von Amts wegen erklärt wird, sondern es der Einrede durch eine der Parteien gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO bedarf.

²³⁹ Aus der Literatur etwa Brach, Die Verfassung als Grundlage und Grenze der Schiedsgerichtsbarkeit, 2013, S. 220; Geimer, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 119; Müller/Keilmann, SchiedsVZ 2007, 113, 113; vgl. auch Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 109 und Jürschik, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 151. Aus der Rechtsprechung etwa BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399; BGH, Urteil v. 3.4.2000, II ZR 373/98, NJW 2000, 1713.

genden wird überblicksartig erörtert, in welchem Verhältnis staatliche Gerichtsbarkeit und private Schiedsgerichtsbarkeit stehen. Anschließend wird darauf eingegangen, wie der Ausschluss der staatlichen Justizgewähr grundsätzlich gerechtfertigt wird und welche Folgen sich für die Untersuchung der verschiedenen Schiedsbindungsansätze ergeben.

1. Das Verhältnis der Schiedsgerichtsbarkeit zu staatlichen Gerichten

Rechtsprechung ist eine zentrale Aufgabe des Staates, die sich aus dem Gewaltmonopol ergibt und durch die der Staat seine Ordnungs- und Befriedungsfunktion erfüllt.²⁴⁰ Ohne dabei Staatsgewalt innezuhaben oder auszuüben, können auch private Einrichtungen und Personen Streite schlichten.²⁴¹ Wegen der Verbindlichkeit (§ 1055 ZPO) und prinzipiellen Endgültigkeit der Entscheidungen (eingeschränkte Kontrolle über § 1059 und § 1060 Abs. 2 ZPO²⁴²) von Handelschiedsgerichten als neutrale Entscheidungsinstanz nach der ZPO wird diese Form der Streitbeilegung mitunter auch als Rechtsprechung bezeichnet,²⁴³ ohne

²⁴⁰ Statt vieler *Brosius-Gersdorf*, in: Arnauld/Röhl/Wittreck u.a. (Hrsg.), Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Düsseldorf vom 1. bis 4. Oktober 2014, 2015, S. 176; *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 44; *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 28 f.; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 2022, Rn. 3.

²⁴¹ *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 3–4; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 11; *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 173. Wichtig ist für private Streitschlichtung, dass für die Durchsetzung, also potenziellen Zwang, letztlich immer die staatlichen Stellen zuständig bleiben. Schiedsgerichte existieren daher im System bzw. im Kontext von staatlicher Gerichtsbarkeit. So ist es allein das Erkenntnisverfahren, welches auf Schiedsgerichte verlagert werden kann. An vielen Stellen bedarf es gerade der Kooperation mit und der Unterstützung durch staatliche Gerichte, damit ein Schiedsverfahren und sein Ergebnis effektiv durchgesetzt werden kann (siehe etwa §§ 1032 Abs. 2, 1033, 1034 Abs. 2 S. 1, 1035 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4, 1050 und 1060 ff. ZPO). Etwas unklar *Habscheid*, JZ 1998, 445, 446, der erklärt, die Schiedsgerichte würden „staatliche Gerichtsbarkeit“ von den Parteien „übertragen“ bekommen. Siehe für verschiedene historische Beispiele von Schiedsgerichten neben den klassischen staatlichen Gerichten *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 1.

²⁴² Zu dem eingeschränkten Umfang der staatlichen Kontrolle kritisch, *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 29.

²⁴³ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 49, der diese Einordnung primär auf die Gleichstellung von Schiedsspruch und Gerichtsurteil stützt; *Berger*, RIW 1994, 12, 16; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 4; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 16; vgl. auch *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 1 Rn. 1; ausdrücklich ferner BGH, Urteil v. 13.1.2005, III ZR 265/03, SchiedsVZ 2005, 95, 97; zu verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsprechung auch BVerfG, Urteil v. 8.2.2001, 2 BvF 1/00, BVerfGE 103, 2001, Rn. 51. Sofern als ein notwendiges Element für Rechtsprechung eine

dass diesem Schlichtungsmechanismus damit hoheitliche Befugnisse zugeschrieben würden.²⁴⁴ Ob bei dieser Zuordnung ein formaler,²⁴⁵ ein materieller,²⁴⁶ ein funktionaler²⁴⁷ Rechtsprechungs-begriff oder eine Kombination mehrerer Begriffe zugrunde gelegt wird,²⁴⁸ kann hier dahinstehen.

In den meisten Fällen führen Streitbeilegung durch staatliche Gerichte und durch private Institutionen eine konfliktfreie Koexistenz,²⁴⁹ wobei staatliche Stellen die Schiedsgerichte vielfach unterstützen.²⁵⁰ Es ergeben sich aber auch Spannungsfelder und Streit über die jeweilige Kompetenz.²⁵¹ Die Grenzen privater Gerichtsbarkeit finden sich dabei grundsätzlich in den einzelnen Grundrechten.²⁵² Verteilt über das Grundgesetz besteht eine Vielzahl von Regelungen, die sich mit Rechtsprechung, Gerichten und Richtern befassen und dabei staatliche Gerichtsbarkeit und Richter meinen.²⁵³ Aus diesen Vorschriften und ihrer Befassung mit staatlichen Gerichten folgt jedoch nicht, dass private Streitbeilegung bzw. Gerichtsbarkeit unzulässig wäre.²⁵⁴ Im Gegenteil war private Gerichtsbar-

Entscheidung allein nach Maßstab des geltenden Rechts verlangt wird (so *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 10), soll hier der Sonderfall ausgeklemmert werden, dass gemäß § 1051 Abs. 3 S. 1 ZPO Schiedsgerichte bei ausdrücklicher Ermächtigung nach Billigkeit entscheiden können.

²⁴⁴ Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG ist staatlichen Gerichten vorbehalten, *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 28; siehe auch *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 3.

²⁴⁵ Dazu etwa *Badura*, Staatsrecht, 2018, S. 858; gegen ein formales Verständnis von Rechtsprechung *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 6.

²⁴⁶ Dafür *ders.*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 7; *Saenger*, in: *ders.* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, Vorb. zu §§ 1025–1066 Rn. 6; siehe ergänzend auch *Badura*, Staatsrecht, 2018, S. 859; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 30 und 41 sowie eingehend S. 54 ff.

²⁴⁷ Siehe etwa *Brosius-Gersdorf*, in: Arnauld/Röhl/Wittreck u.a. (Hrsg.), Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Düsseldorf vom 1. bis 4. Oktober 2014, 2015, S. 188.

²⁴⁸ Zu der Vielzahl an Rechtsprechungs-begriffen auch *Zöllner*, ZZZ 1970, 365, 381 m. w. N.

²⁴⁹ *Steiner*, SchiedsVZ 2013, 15, 15; siehe zu dem Wettbewerb zwischen privater und staatlicher Streitbeilegung auch *Grohmann*, Internationalisierung der Handelsgerichtsbarkeit, 2022, 8 ff.

²⁵⁰ Siehe etwa §§ 1032 Abs. 2, 1033, 1034 Abs. 2, 1035 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4, 1037 Abs. 3 S. 1, 1038 Abs. 1 S. 2, 1041 Abs. 2, 1050 ZPO; für einen guten Überblick auch *Berger*, International Arbitration Law Review 1998, 121, 124; siehe auch *Kindt*, IPRax 2023, 243, 248.

²⁵¹ Etwa *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 29; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 2018, § 185 Rn. 1; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 5; zu möglichen Spannungsfeldern siehe auch *Smid*, DZWIR 1996, 52, 58; *Wolf*, RabelsZ 1993, 643, 644; *Zöllner*, ZZZ 1970, 365, 379 ff.

²⁵² *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 28.

²⁵³ BVerfG, Beschluss v. 16.7.1969, 2 BvL 2/69, BVerfGE 27, 1969, Rn. 28.

²⁵⁴ Explizit für die Schiedsgerichtsbarkeit so auch *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 3 f.; *Schul-*

keit weit vor der Entstehung des Grundgesetzes anerkannt²⁵⁵ und sollte von den Vorschriften des Grundgesetzes auch nicht verboten werden.²⁵⁶

So folgt aus dem im Grundgesetz konkretisierten Gewaltmonopol des Staates auch kein umfassendes Rechtsprechungsmonopol.²⁵⁷ Denn der Einzelne hat zwar einen Anspruch gegen den Staat, dass der Staat im Zweifel für Rechtsfrieden sorgt,²⁵⁸ welcher im Justizgewährungsanspruch in Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG festgehalten ist.²⁵⁹ Doch auf diesen Anspruch oder einen Teil davon²⁶⁰

ze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2018, Art. 92 Rn. 50; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczeorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 11 spricht von einer zulässigen „Teilprivatisierung der Justiz“; siehe jüngst auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 m. w. N.; für Art. 92 ff. siehe *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 28. Auch *Zöllner*, ZZZ 1970, 365, 380 und *Baur*, JZ 1965, 163, 164 zeigen verschiedene Ausnahmen zur staatlichen Gerichtsbarkeit auf, wobei *Baur* meint, dass diese letztlich unzulässig geduldet würden und nicht existieren sollten. *Zöllner*, ZZZ 1970, 365, 379 hielt diese Sichtweise *Baur*s schon damals für eine Extremposition.

²⁵⁵ Siehe für verschiedene historische Beispiele von Schiedsgerichten neben staatlichen Gerichten *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 1 und 4.

²⁵⁶ Allgemeine Meinung, siehe etwa *Baur*, JZ 1965, 163, 164; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczeorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 10; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 1 Rn. 1; so auch (zwar noch unter Geltung des alten Schiedsrechts) BAG, Urteil v. 23.8.1963, 1 AZR 469/62, NJW 1964, 268, 269.

²⁵⁷ *Bauwens*, Religiöse Paralleljustiz, 2016, S. 113; *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 148; *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421; *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 59; *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 3; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1373; vgl. auch *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 1 Rn. 1. Die Ansicht von *Baur*, der ein generelles Rechtsprechungsmonopol des Staates annimmt, wird zu Recht bereits von *Zöllner*, ZZZ 1970, 365, 379 abgelehnt. Auch die bei *Baur*, JZ 1965, 163, 164 insoweit zumindest missverständlich zitierte Rechtsprechung des BVerfG verbietet nicht generell andere Gerichtsbarkeiten neben der unmittelbar staatlichen, sondern stellt lediglich anhand von Art. 92 GG Voraussetzungen auf, die eingehalten werden müssen, wenn ein Gericht hoheitliche Aufgaben wie die Ahndung von Berufspflichtverletzungen übernimmt, BVerfG, Beschluss v. 24.11.1964, 2 BvL 19/63, NJW 1965, 343, 344; gegen ein allgemeines Rechtsprechungsmonopol auch schon BVerfG, Beschluss v. 16.7.1969, 2 BvL 2/69, BVerfGE 27, 1969, Rn. 28; BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1754. Sprachlich präziser von einem „Justizmonopol“ des Staates ausgehend, *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 2022, Rn. 3.

²⁵⁸ BVerfG, Beschluss v. 25.2.1987, 1 BvR 1086/85, NJW 1987, 1929; OLG Hamburg, Urteil v. 2.5.2019, 3 U 182/17, RdTW 2019, 343, 350; siehe auch *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 3 f.

²⁵⁹ *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 171; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 2022, Rn. 4; vgl. auch BGH, Urteil v. 7.6.2016, KZR 6/15, NJW 2016, 2266, 2271 Rn. 52.

²⁶⁰ *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2698 weist hier zurecht darauf hin, dass ein Minimum an Verfahrensgarantien immer verbleibt und diese auch über staatliche Gerichte stets zu über-

kann der Einzelne – gerade im Zivilrecht – auch wirksam verzichten²⁶¹ und seine Belange gewaltfrei selbst regeln bzw. einen privaten Dritten als Schlichter beauftragen.²⁶² Im Gegensatz zu einem Rechtsprechungsmonopol, welches private Gerichte verbietet, wird daher sogar überwiegend ein verfassungsrechtlicher Schutz von privater Streitbeilegung angenommen,²⁶³ der meist auf die Privatautonomie gestützt wird.²⁶⁴

prüfen sind. Daher wird nie ganz auf den Justizgewährungsanspruch verzichtet. In diese Richtung auch *Kahlert*, *SchiedsVZ* 2023, 2, 4, der davon ausgeht, dass der Justizgewährungsanspruch bestehen bleibt und nur die Klagbarkeit vor staatlichen Gerichten ausgeschlossen wird. Darin soll aber gleichfalls ein Grundrechtsverzicht liegen, ebd. 6.

²⁶¹ BGH, Urteil v. 7.6.2016, KZR 6/15, NJW 2016, 2266, 2271 Rn. 52; BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679; *Epping*, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 1999, S. 62; *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 73; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 15; *Sachs*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2017, S. 139 ff.; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 10; siehe auch *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 160 mit Hinweisen zu Art. 6 EMRK; vgl. zur allgemeinen Möglichkeit eines solchen Verzichts (allerdings im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 54 ff.; siehe zur verfassungsrechtlichen Dimension einer Schiedsbindung auch noch unten im 6. Teil.

²⁶² *Baur*, JZ 1965, 163, 165; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 15; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 2022, Rn. 854; ähnlich auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 6 mit Beispielen für die Streiterledigung von Privaten ohne staatliche Gerichte.

²⁶³ So die wohl herrschende Meinung, siehe etwa *Rehm*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009, S. 73 m. w. N.; vgl. auch *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 15; dagegen etwa *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, 1994, Bd. 7, S. 118 (m. w. N. für die damals schon herrschende Meinung).

²⁶⁴ *Bauwens*, Religiöse Paralleljustiz, 2016, S. 115; *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 171 und 173 f.; *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 33; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 5; *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2005, Kapitel 1 Rn. 1; *Zöllner*, ZZZ 1970, 365, 381; vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 43 und *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 160; vgl. weiter *Baur*, JZ 1965, 163, 165, der von dem grundsätzlichen Monopol des Staates nur beschränkte Ausnahmen für private Gerichte machen will, sowie *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2021, Art. 92 Rn. 29; vgl. *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 2022, Rn. 856; vgl. jüngst BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679; a. A. *Rehm*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009, S. 135, der das Rechtsstaatsprinzip als Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit ansieht; anders auch *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, 1994, Bd. 7, S. 148 f.

Ein Grundrechtsverzicht kann der Einzelne jedoch nur gegenüber dem Staat wirksam erklären.²⁶⁵ Mit einer Schiedsvereinbarung werden mithin pro Vertragspartei immer zwei Dinge erklärt: Die privatrechtliche Verpflichtung gegenüber der anderen Partei zum Schiedsverfahren und der zulässige konkludente Verzicht auf die staatlichen Gerichte jeder Partei gegenüber dem Staat für dieses Rechtsverhältnis. Dieses verfassungsrechtlich gebotene Verständnis der Schiedsvereinbarung findet einfachgesetzlich eine Anknüpfung in § 1032 ZPO.²⁶⁶ Trotz dieses grundsätzlich zulässigen Verzichts auf staatliche Gerichte bleibt die staatliche Rechtsprechung der Normalfall und die verfassungsrechtlich geschützte Ausgangsoption, von der durch eine Schiedsvereinbarung nur in zulässiger Weise abgewichen wird.²⁶⁷

Wenn von einem Rechtsprechungsmonopol die Rede ist, ist also die Ausübung von hoheitlichen Befugnissen durch den Staat gemeint, die nicht auf private Akteure übertragen werden kann.²⁶⁸ Ein Konflikt zwischen privater und staatlicher Rechtsprechung entsteht erst dann, wenn durch die Übertragung auf private Institutionen Bereiche der Justiz betroffen sind, die so eng mit dem Gewaltmonopol verbunden sind, dass kaum eine oder keine private Ausführung denkbar ist. Dazu gehört insbesondere die Strafjustiz²⁶⁹ und das Zwangsvollstreckungsrecht.²⁷⁰ Entsprechend bezieht sich ein Teil der Kritik an „privater Justiz“ auf solche mit strafendem Charakter.²⁷¹ Abseits dieser Bereiche können aber weite Teile gerade im zivilrechtlichen Erkenntnisverfahren im Einzelfall ins Private verlagert werden, ohne dass von einem grundsätzlichen Konflikt auszugehen ist.²⁷²

Denn im liberalen Rechtsstaat kommt der Justizgewalt des Staates im Bereich des Zivilrechts vor allem eine Art Servicefunktion zu.²⁷³ Wenn und soweit die Teilnehmer des Zivilrechtsverkehrs diesen Bereich für sich besser selbst organisieren können, ist ihnen das gestützt auf einen Subsidiaritätsgedanken und die Privatautonomie zu erlauben.²⁷⁴ Die weit vor Entstehung des Grundgesetzes an-

²⁶⁵ *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 176.

²⁶⁶ Siehe *ders.*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 169, 176.

²⁶⁷ Etwa *Butler/Herbert*, *New Zealand Universities Law Review* 2014, 186, 191; siehe im Ergebnis auch *Plavec*, *Auslegung von Schiedsvereinbarungen*, 2021, S. 160 und 176; *Wannagat*, *BB* 2022, 2697, 2698; a. A. für den internationalen Handelsverkehr *Gaillard*, *Revue de l'arbitrage* 2007, 697, 703.

²⁶⁸ Vgl. auch *Kahlert*, *SchiedsVZ* 2023, 2, 3.

²⁶⁹ *Baur*, *JZ* 1965, 163, 164.

²⁷⁰ *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, 1994, Bd. 7, S. 194; siehe auch *Zado*, *Privatisierung der Justiz*, 2013, S. 25.

²⁷¹ *Baur*, *JZ* 1965, 163, 164; *Zöllner*, *ZZP* 1970, 365, 379; vgl. *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz*, 2018, Art. 92 Rn. 45.

²⁷² *Kahlert*, *SchiedsVZ* 2023, 2, 3 f.; vgl. auch *Klement*, *Rechtskraft des Schiedsspruchs*, 2018, S. 76; *Wolf*, *RabelsZ* 1993, 643, 655.

²⁷³ Vgl. *Hoffmann-Riem*, *JZ* 1999, 421 ff.; ähnlich auch *Kahlert*, *SchiedsVZ* 2023, 2, 4; *Zado*, *Privatisierung der Justiz*, 2013, S. 69.

²⁷⁴ Vgl. *Jobst*, *Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie*

erkannte Handelsschiedsgerichtsbarkeit²⁷⁵ wird schon lange als Beispiel für die legitime Verlagerung einer ansonsten vom Staat zu erfüllenden Aufgabe ins Private angeführt.²⁷⁶ Der Rechtsschutz durch Schiedsgerichte gilt als gleichwertige Alternative der Streitschlichtung zum staatlichen Verfahren.²⁷⁷

Doch auch bei anerkannter und verfassungsrechtlich geschützter privater Zivilrechtsprechung muss darauf geachtet werden, dass der Kernbereich staatlicher Justizhoheit auch im Zivilrecht nicht ausgehöhlt wird.²⁷⁸ Eine Erosion der Rechtsstaatlichkeit im Bereich der zivilrechtlichen Rechtsprechung ist aber nicht schon deshalb anzunehmen, weil die Schiedsgerichtsbarkeit zunehmend populärer geworden ist. Die Frage, ob und ab welchem Ausmaß eine private Schiedsgerichtsbarkeit droht, die staatliche Zivilrechtspflege zu entkernen, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und kann im Rahmen dieser Arbeit auch nicht beantwortet werden.²⁷⁹ Dazu bedürfte es vor allem belastbarer empirischer Befunde.²⁸⁰ Festzuhalten ist aber, dass ausweislich des gesetzgeberischen Willens, das Schiedsrecht in Deutschland gefördert werden soll;²⁸¹ die Entlastung

und Verfahrensgarantien, 2020, S. 15. Einige Sonderfälle mit entgegenstehenden wesentlichen öffentlichen Interessen (etwa im Bereich des Familienrechts) sind für die klassischen Fälle der Handelsschiedsgerichtsbarkeit in aller Regel nicht relevant und werden hier ausgeblendet. Auch innerhalb der Handelsschiedsgerichtsbarkeit gilt, dass ein Streit nur dann nicht von Schiedsgerichten entschieden werden soll, wenn der Staat besonders schutzwürdige Rechtsgüter in seinem ausschließlichen Einflussbereich regeln will, siehe BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1754.

²⁷⁵ Siehe für historische Beispiele *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 1.

²⁷⁶ *Baur*, JZ 1965, 163, 164.

²⁷⁷ *Berger*, in: ders. (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, S. 56; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 97; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 22 und 25; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 160, jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁷⁸ *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 29 sieht etwa einen „Rückzug des Staates aus Kernbereichen der Rechtspflege“ durch die schiedsrechtlichen Vorschriften der ZPO; *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2698; *Zöllner*, ZZZP 1970, 365, 384.

²⁷⁹ Zu der Frage, ob einer solchen Gefahr durch stärkere Veröffentlichungen der Schiedsentscheidungen begegnet werden kann, siehe *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 10 m. w. N.

²⁸⁰ Ebenso *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 166; siehe zu empirischen Daten zu der Verbreitung der Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Handelsverkehr etwa *Dražozal*, in: Brekoulakis/Lew/Mistelis (Hrsg.), The Evolution and Future of International Arbitration, 2016, S. 456, die aber kein umfassendes Bild zeichnen. Für einen sehr guten Überblick zur Verbreitung der Schiedsgerichtsbarkeit auch *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 161 ff., allerdings ohne Verweis auf repräsentative Erhebungen, sondern überwiegend unter Berufung auf Schätzungen oder branchen- oder regional-spezifische Befragungen und daher zu Recht selbst kritisch. Zu einem älteren Überblick siehe etwa *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 111 mit Nachweisen; vgl. auch *ders.*, RIW 1994, 12.

²⁸¹ *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 160. Beachte aber, dass gleich-

staatlicher Justiz ist gerade gewollt.²⁸² Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher mit der ganz herrschenden Auffassung davon ausgegangen, dass das bestehende Schiedsverfahrensrecht in seinen Grundfesten nicht im Widerspruch zu der Verfassung steht.²⁸³

2. Legitimation durch Freiwilligkeit: Verzicht auf staatliche Justizgewähr

Wie dargelegt wurde, bestehen gegen die Schiedsgerichtsbarkeit in ihrer derzeitigen Ausgestaltung trotz vielfältiger Berührungspunkte mit grundrechtlich relevanten Aspekten des Rechtsstaats – insbesondere der Rechtsprechung – keine durchgreifenden Bedenken. Dennoch ist die Legitimationsgrundlage der Schiedsgerichtsbarkeit an dieser Stelle noch einmal hervorzuheben: Wesentlicher Grundsatz der privaten Schiedsgerichtsbarkeit ist die Freiwilligkeit und damit die Privatautonomie der Parteien.²⁸⁴ Das ergibt sich schon aus der Natur der Schiedsvereinbarung als Vertrag, der die Grundlage eines Schiedsverfahrens darstellt.²⁸⁵ Als Vertrag entfaltet die Schiedsvereinbarung dabei grundsätzlich auch nur inter partes Wirkung.²⁸⁶ Es werden im Ausgangspunkt nur die Parteien gebunden, die sich freiwillig für eine Bindung entschieden haben. Nur in Ausnahmefällen kann eine solche Schiedsvereinbarung auf Dritte ohne deren Zustimmung erweitert werden.

zeitig auch spezielle staatliche Handelsgerichte gefördert werden sollen, um nicht zu viele Fälle des internationalen Wirtschaftsverkehrs ausländischen und Schiedsgerichten zu überlassen, siehe Gesetzentwurf Drucksache 17/2163 vom 16.6.2010, 2; dazu auch *Grohmann*, Internationalisierung der Handelsgerichtsbarkeit, 2022, S. 6.

²⁸² BT-Drs. 13/5274, S. 28, 35; siehe auch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 7; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 8; *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 1999, V (Vorwort).

²⁸³ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 ff.; *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 174; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 15; *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 76; grundsätzlich kritisch nur *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 230 ff.; siehe zu dieser Frage auch noch unten im 6. Teil unter A.

²⁸⁴ Jüngst auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 ff.; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 15; *Kahlert*, *SchiedsVZ* 2023, 2, 7; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1441; vgl. auch *Kleinschmidt*, *SchiedsVZ* 2006, 142. Beachte, dass der gesetzlich geregelte Ausnahmefall des § 1066 ZPO auf diese Freiwilligkeit einer gebundenen Partei gerade verzichtet, aber eben eine eng begrenzte Ausnahme nach den dort geregelten Voraussetzungen ist, vgl. auch *Habersack*, *SchiedsVZ* 2003, 241, 242. Mit dem gesetzlichen Sonderfall des § 1066 ZPO befasst sich die Untersuchung dieser Arbeit nicht, siehe dazu aber auch knapp *Kahlert*, *SchiedsVZ* 2023, 2, 8.

²⁸⁵ *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 172.

²⁸⁶ Siehe etwa *Gross*, *SchiedsVZ* 2006, 194, 196.

Die Besonderheit einer Schiedsvereinbarung gegenüber vielen anderen privatrechtlichen Verträgen ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht wie dargelegt, dass durch die Schiedsvereinbarung der grundrechtlich gewährte staatliche Rechtsweg beschränkt wird. Über die Einschränkung der allgemeinen Vertragsautonomie hinausgehend ist bei einer unfreiwilligen Drittbindung im Schiedsrecht also speziell der grundrechtliche Bereich der Justizgewähr berührt.²⁸⁷ Wie auf andere Grundrechte auch kann aber auf staatliche Justizgewähr – wenn auch nicht vollständig – verzichtet werden.²⁸⁸ Ein solcher Verzicht liegt in einer wirksamen Schiedsvereinbarung. So wichtig im Grundsatz also die Freiwilligkeit des Verzichts auf das Erkenntnisverfahren vor einem staatlichen Gericht ist, so problematisch ist damit jeder Fall der unfreiwilligen (Dritt-)Bindung im Schiedsrecht.

Hinsichtlich der Freiwilligkeit ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese ein graduelles Konzept ist.²⁸⁹ So kann auch bei einem dogmatisch konsensualen Bindungsansatz die Freiwilligkeit im Einzelfall zu verneinen sein, obwohl ein Vertrag durchaus bewusst von beiden Seiten eingegangen wurde. Das ist der Fall, wenn die äußeren Umstände einen so stark drängenden Charakter haben, dass die Entscheidung zum Vertragsschluss nicht mehr von der Person selbst ausgeht, sondern letztlich fremdbestimmt ist.²⁹⁰ Da aber (fast) immer auch äußere Faktoren zu einer Entscheidungsfindung und Willensbildung des Einzelnen führen, entsteht hier zwangsläufig ein Graubereich, in dem es für die Feststellung von Freiwilligkeit auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.²⁹¹

²⁸⁷ Zu der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Schiedsbindung Dritter noch unten ausführlich im 6. Teil; zu dem Verhältnis von Privatautonomie und dem Justizgewährungsanspruch eben dort unter B.

²⁸⁸ *Brach*, Die Verfassung als Grundlage und Grenze der Schiedsgerichtsbarkeit, 2013, S. 235; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 15; *Sachs*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2017, S. 139 ff.; siehe auch *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 3 f.

²⁸⁹ Vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 41; dazu vertiefend mit einem eher liberalen Ansatz *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 6 f. und mit einem eher restriktiven Ansatz *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2699.

²⁹⁰ Zur Frage, wann bei einem eigenhändigen Abschluss der Schiedsvereinbarung wegen wirtschaftlicher bzw. beruflicher Zwänge trotzdem keine Freiwilligkeit vorliegt, haben BGH und BVerfG zuletzt unterschiedliche Maßstäbe angelegt: So war für den BGH trotz Alternativlosigkeit die Unterwerfung unter den CAS noch eine freiwillige Entscheidung, siehe BGH, Urteil v. 7.6.2016, KZR 6/15, NJW 2016, 2266, 2271 Rn. 53–56 (kritisch zu diesem Aspekt etwa *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426, 427 f.), während das BVerfG auch hier von einem Schiedszwang ausging, siehe BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 41, 43. An dieser vordergründig konsensualen Konstellation zeigt sich, dass auch bei dogmatisch subjektiv-rechtlichen Bindungsansätzen in den Grenzbereichen die Freiwilligkeit problematisch ist und einer kritischen Untersuchung bedarf; siehe auch *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426, 428 f.

²⁹¹ Siehe auch *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2699; liberal hinsichtlich der Annahme von Freiwilligkeit etwa *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 6 f.

Aus den vorangegangenen Überlegungen ergeben sich für die weitere Untersuchung folgende Schlussfolgerungen: Erstens stellt das Freiwilligkeitserfordernis zwar im Ausgangspunkt die verfassungsrechtliche Grundlage für eine Schiedsbindung dar, gleichwohl kann die tatsächliche Freiwilligkeit wegen ihrer Unbestimmtheit nicht das systematisierende Element für die Bindungsansätze aus zivilrechtlicher Perspektive sein. Zur Systematisierung dieser Ansätze ist vielmehr nach dem Anknüpfungspunkt des jeweiligen Bindungsansatzes zu unterscheiden:²⁹² Es gibt Bindungsansätze, die an einen rechtsgeschäftlichen Willen bzw. Konsens der potenziellen Schiedsparteien – oder dessen Anschein – anknüpfen (subjektiv-rechtliche Ansätze), und Bindungsansätze, die bereits dogmatisch nicht auf den Willen der potenziellen Schiedsparteien, sondern objektive Maßstäbe abstellen (objektiv-rechtliche Ansätze).

Zweitens muss sich jeder Schiedsbindungsansatz an dem verfassungsrechtlichen Freiwilligkeitserfordernis messen lassen. Dabei kann sich das Problem mangelnder Freiwilligkeit in jeder der beiden Kategorien ergeben. Wegen der grundrechtlichen Dimension der Schiedsgerichtsbarkeit als private Gerichtsbarkeit im Generellen und der konkreten Frage nach dem privatautonomen Verzicht auf die staatlichen Gerichte bei einer Bindung dritter Parteien an eine Schiedsabrede im Besonderen kann eine belastbare Erforschung von schiedsrechtlichen Drittbindungsmethoden nicht ohne eine fundierte Analyse der verfassungsrechtlichen Probleme auskommen.

Weder kann unter dem bloßen Hinweis auf einzelne Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte eine objektiv-rechtliche Schiedsbindung pauschal abgelehnt werden, noch kann eine solche Schiedsbindung ohne ausführliche Auseinandersetzung mit den jeweils betroffenen Verfassungsgütern allein auf zivilrechtlicher Ebene begründet werden. Dieselben verfassungsrechtlichen Aspekte gilt es auch bei subjektiv-rechtlichen Ansätzen im Graubereich der Freiwilligkeit zu bedenken. Wegen der privatautonomen Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit ist hierbei stets zu beachten, dass anders als hinsichtlich der objektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen²⁹³ die subjektive Reichweite nicht extensiv ausgelegt werden kann.²⁹⁴ So ist nach der Prüfung der einzelnen zivilrechtlichen Bindungsmechanismen immer die Frage zu stellen, ob sie jeweils verfassungsrechtlich zulässig sind.

²⁹² Siehe auch schon oben im 1. Teil unter B. und im 2. Teil unter A. I.; siehe zu den Details der einzelnen Bindungsansätze noch unten im 3. und 5. Teil.

²⁹³ Siehe dazu oben in diesem Teil unter A. I.

²⁹⁴ *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408 f.; ebenso *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 77.

C. Rechtliche Grundlagen von Unternehmensgruppen

Sowohl für Bindungsmechanismen gestützt auf allgemeine zivilrechtliche als auch für solche gestützt auf spezifisch gesellschaftsrechtliche Prinzipien ist der praktische Anwendungsfall häufig einer mit Beteiligung von mindestens einem Gruppenunternehmen.²⁹⁵ Das liegt daran, dass der professionalisierte Wirtschaftsverkehr ab einem bestimmten Handelsvolumen meistens arbeitsteilig organisiert ist und sich diese Teilung juristisch organisatorisch in der Aufteilung in verschiedenen Unternehmen niederschlägt.²⁹⁶ Gleichzeitig ist in diesem Bereich die Verwendung von Schiedsvereinbarungen sehr verbreitet, wenn nicht sogar die Regel.²⁹⁷

Wie oben bereits erläutert,²⁹⁸ bezieht sich für die Zwecke dieser Arbeit der Begriff der Unternehmensgruppe auf verschiedene Konstellationen, in denen juristisch selbstständige Unternehmen wirtschaftlich miteinander verbunden oder voneinander abhängig sind.²⁹⁹ Abhängigkeiten und Verbindungen können sich in erster Linie über Beteiligungen durch den Erwerb von Anteilen oder die Gründung von Tochtergesellschaften ergeben.³⁰⁰ Aber auch Verbindungen ohne Beteiligungen rein auf schuldvertraglicher Basis kommen in Betracht. Zudem sind Mischformen von Unternehmensgruppen mit verschiedenen Typen an Stiftungen, Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften möglich.³⁰¹ So ist eine unüberschaubare Zahl an Konstellationen denkbar, in denen Unternehmen als Gruppen organisiert sein können.

Gleichzeitig ist nur ein kleiner Teil der möglichen Konstellationen geregelt. Daher untersucht die vorliegende Arbeit keine spezifischen Gesellschafts- oder Konzerntypen, sondern stellt vielmehr die allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten in den Vordergrund, mehrere Personen an Schiedsvereinbarungen zu binden. Darüber hinaus werden aber vereinzelt gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundlagen erörtert, denen eine schiedsrechtliche Bindung unter Umständen auf prozessualer Seite folgt.³⁰² Solche spezielleren Haftungsgrundlagen können sich

²⁹⁵ *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 923.

²⁹⁶ *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 95 f.; vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 924.

²⁹⁷ Etwa *Schmidt*, Der Betrieb 1989, 2315; siehe auch schon oben im 1. Teil unter A.

²⁹⁸ Siehe dazu oben im 2. Teil unter A. IV.

²⁹⁹ Siehe auch *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 1; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 923; zur juristischen Selbstständigkeit (Trennungsprinzip) *Drygalal/Staakel/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 177; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 5.

³⁰⁰ *Ders.*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 1; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 924.

³⁰¹ Siehe exemplarisch etwa die komplexen Strukturen der *Schwarz-Gruppe* oder der beiden *Aldi-Unternehmensgruppen*, wobei letztere vom Bundeskartellamt wiederum gemeinsam als faktischer Gleichordnungskonzern im Sinne von § 18 Abs. 2 AktG angesehen werden, siehe *Bundeskartellamt*, B2–359/07 (2.7.2008), S. 23, dort ausdrücklich in Fn. 20. Als weitere deutsche Beispiele können die vielen Tochterunternehmen des *Volkswagenkonzerns* oder der *Siemens AG* dienen.

³⁰² Dazu noch unten im 5. Teil E., F. und G.

insbesondere aus dem Konzernrecht ergeben, welches überwiegend im Aktienrecht normiert ist. Diese Normen werden zur besseren Einordnung der weiteren Diskussion im Folgenden kurz erörtert.

I. Grundlegende gesetzliche Regelungen des Konzernrechts

Konzernrechtliche Normen finden sich insbesondere in den §§ 15–22 AktG und §§ 291–328 AktG. Abgesehen von den §§ 15–18 AktG sind sie jeweils spezifisch für die Aktiengesellschaft (AG) oder die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) als beherrschtes Unternehmen.³⁰³ Weitere konzernrechtliche Normen finden sich verteilt über diverse Gesetze.³⁰⁴ Zudem sind viele Regelungen im Bereich des Konzernrechts Richterrecht³⁰⁵ und etwa für das Konzernrecht der Personengesellschaften nur vereinzelt existent.³⁰⁶ Die §§ 15–19 AktG enthalten allgemeine Definitionsnormen vor allem zu verschiedenen Stufen der Abhängigkeit.³⁰⁷ Sie beziehen sich, abgesehen von § 19 AktG, auf das gesamte Gesellschaftsrecht und reichen damit weiter als das Konzernrecht allein im aktienrechtlichen Sinne.

Streng nach dem Gesetzeswortlaut ist nur der Verbund mit der höchsten Abhängigkeit³⁰⁸ unter einheitlicher Leitung (§ 18 AktG) ein Konzern. Im juristischen Sprachgebrauch werden aber auch die anderen Formen als Konzerne bezeichnet.³⁰⁹ Ob im Einzelfall eine Verbindung nach § 16 AktG³¹⁰ oder eine Abhängigkeit im Sinne von § 18 AktG vorliegt, ist für die zentrale Forschungsfrage dieser Arbeit (die Bindung Dritter in Situationen mit Unternehmensgruppen) nicht relevant. Ebenso kommt es grundsätzlich nicht darauf an, wie weit die Weisungsmacht (siehe insbesondere § 308 AktG) generell reicht. Jedoch kann es im Einzelfall auf diese Reichweite ankommen, um von einer Stellvertretung oder einer gemeinsamen Verpflichtung bei Vertragsschluss auszugehen.³¹¹

Weitere aktienrechtliche Normen des Konzernrechts sollen materiell-rechtlich dazu führen, dass Gläubiger abhängiger Unternehmen geschützt werden, indem die Haftungsmasse dieser Unternehmen erhalten bleibt. So werden existenzgefährdende Einflussnahmen durch das herrschende Unternehmen verboten (§ 308 Abs. 2 S. 2 a. E. AktG, § 309 Abs. 1 AktG, gesichert durch § 309 Abs. 2 AktG)³¹²

³⁰³ Saenger, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 929.

³⁰⁴ Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 5.

³⁰⁵ Siehe Saenger, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 929.

³⁰⁶ Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 6.

³⁰⁷ Ders., Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 7; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 929.

³⁰⁸ Zur Abhängigkeit etwa Drygal/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 633.

³⁰⁹ Zum Konzernbegriff dies., Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 637; Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 7; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 923 und ausführlich Rn. 940.

³¹⁰ Dazu etwa Saenger, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 938.

³¹¹ Siehe zu solchen Konstellationen noch unten im 3. Teil unter A. I. 1. sowie B. I. 2. und 4.

³¹² Siehe zur Innen- und Außenhaftung beim existenzgefährdenden Eingriff auch Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 30, 35; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 971. Beachte,

und es existieren neben Rücklagepflichten (§ 300 AktG) auch eine Obergrenze für abzuführende Gewinne (§ 301 AktG) und ein interner Ausgleichsanspruch (§ 302 AktG; für den faktischen Konzern sogar strenger, siehe § 311 Abs. 1, gesichert durch § 317 Abs. 1 AktG).³¹³ Im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung finden sich ähnliche Vorschriften.³¹⁴ Eine analoge Anwendung etwa von § 311 AktG findet nicht statt.³¹⁵ Daneben stehen spezielle Haftungsnormen, die die Organe einer juristischen Person im Innenverhältnis haften lassen. Hier sind etwa § 93 Abs. 2 S. 1 AktG oder § 43 Abs. 2 GmbHG für die Haftung des Vorstands oder § 117 AktG für die Haftung einzelner Mitglieder zu nennen.

Die genannten Regelungen stellen im Ausgangspunkt also auf die Innenhaftung der gesetzlichen Konzernvarianten ab.³¹⁶ Bloß indirekt führen sie zu einem Schutz etwaiger Gläubiger der beherrschten Gesellschaft.³¹⁷ Für direkte Ansprüche der Gläubiger auch gegen herrschende Unternehmen müssen spezielle Gründe hinzutreten. Hier gilt grundsätzlich, dass keine eigene „Konzernhaftung“ existiert.³¹⁸ Stattdessen haften die einzelnen Unternehmen eines Konzerns jeweils nach dem Außenhaftungsmodell ihrer jeweiligen Gesellschafts- oder Körperschaftsform selbstständig und getrennt.³¹⁹ Eine Ausnahme bildet hier gewissermaßen nur § 117 Abs. 5 AktG, nachdem auch die Gläubiger einer Gesellschaft den Schaden der Gesellschaft geltend machen können. Dabei handelt es sich aber nicht um einen eigenen Anspruch der Gläubiger. Sie machen vielmehr den Anspruch der Gesellschaft geltend.³²⁰

dass gemäß § 311 AktG für den faktischen Konzern sogar generell nachteilige Maßnahmen nur mit einem Ausgleich durch das herrschende Unternehmen angeordnet werden dürfen, dazu auch ebd. Rn. 947 f.

³¹³ Zu diesen Sicherungsnormen siehe etwa *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 35; eingehender *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 973 ff.; zu den § 311 ff. ausführlich *Drygalal/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 652 ff.

³¹⁴ Siehe dazu *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 977 ff.; insbesondere die §§ 30, 31 GmbHG und auch die Treuepflicht aus § 13 GmbHG (jeweils teilweise in Verbindung mit aktienrechtlichen Vorschriften) spielen hier eine wichtige Rolle.

³¹⁵ *Ders.*, Gesellschaftsrecht, 2020, Rn. 958 ff.

³¹⁶ Ergänzend zur internen Ausgleichspflicht nach § 302 Abs. 1 AktG analog bei qualifizierter Nachteilszufügung etwa *Habersack*, in: Emmerich/Habersack/Schürnbrand (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2022, § 317 Rn. 23.

³¹⁷ *Drygalal/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 692.

³¹⁸ Dazu *dies.*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 177; etwas missverständlich *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 962.

³¹⁹ *Ders.*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 924; *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 423; *Timmerbeill/Jakob*, Grundriss des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, Rn. 11; für die GmbH etwa ergibt sich das aus § 13 Abs. 2 GmbHG.

³²⁰ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 203.

II. Ausnahmsweise Durchgriffshaftung in Unternehmensgruppen

Allerdings gibt es auch Ausnahmen, in denen eine Haftung der hinter einer Gesellschaft stehenden Gesellschafter oder herrschenden Unternehmen zum Schutze der Gläubiger in Betracht kommt. Dieser Ansatz entspricht im Kern dem Durchgriffsgedanken,³²¹ wonach das Trennungsprinzip zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bei juristischen Personen durchbrochen wird, sofern es ausnahmsweise³²² interessenmäßig geboten ist.³²³ Gesetzlich geregelt ist diese Durchbrechung der rechtlichen Trennung hingegen nicht.³²⁴ Es werden im Schrifttum im Wesentlichen zwei Meinungen vertreten: die Missbrauchslehre und die Normanwendungslehre.³²⁵ Nach der Missbrauchslehre muss die Haftungsbeschränkung der jeweiligen Gesellschaftsform missbräuchlich³²⁶ für sachfremde Zwecke ausgenutzt werden.³²⁷ Nach der Normanwendungslehre kommt es im Einzelfall darauf an, ob durch die Verwendung der Gesellschaft im Einzelfall der Zweck einer Norm umgangen wird.³²⁸

Die Rechtsprechung geht demgegenüber weniger dogmatisch vor und setzte sich vor allem früher über die Trennung von Gesellschaft und Gesellschafter

³²¹ Teilweise wird auch von einer Direkthaftung gesprochen, siehe etwa *Altmeyen*, ZIP 2002, 1553, 1557.

³²² *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2011, § 6 Rn. 423.

³²³ *Koch*, *Gesellschaftsrecht*, 2023, § 35 Rn. 25; siehe zu Ansprüchen der Gläubiger *Habersack*, in: Emmerich/Habersack/Schürnbrand (Hrsg.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 2022, § 317 Rn. 24 ff.; vertiefend zu einem horizontalen Durchgriff *Winter*, *Horizontale Haftung im Konzern*, 2005, S. 197 ff.

³²⁴ Zur dogmatischen Grundlage auch *Drygal/Staakel/Szalai*, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 2012, S. 178.

³²⁵ Für einen Überblick zu den Meinungen *Koch*, *Gesellschaftsrecht*, 2023, § 35 Rn. 27; eingehend *Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 2002, S. 221 ff.; zu den Strömungen in den 1960er Jahren *Rehbinder*, *Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht*, 1969, S. 94 ff. Neben diesen beiden Ansätzen vertritt *Altmeyen*, ZIP 2002, 1553, 1557 ff. gestützt auf die Gedanken der §§ 30, 31, 43 Abs. 3 GmbHG im Falle einer Vermögensvermischung bei der GmbH – als aus seiner Sicht einzigen Fall der Durchgriffshaftung – eine Außenhaftung mit Beweislastumkehr hinsichtlich des Gläubigerschadens, so dass der schädigende Gesellschafter diesen zu beziffern hat. Grundsätzlich ist aber auch § 43 GmbHG eine Innenhaftungsnorm, siehe *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2011, § 6 Rn. 155. Zur Innenhaftung in der GmbH ausführlich *Drygal/Staakel/Szalai*, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 2012, S. 210 ff.

³²⁶ Hier besteht wiederum Streit, ob es ein absichtliches oder rein objektiv zweckwidriges Verwenden sein muss, siehe *Koch*, *Gesellschaftsrecht*, 2023, § 35 Rn. 27; für die subjektiven Ansichten grundlegend *Serick*, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, 1955, S. 28 f., 52, 203 ff.; für die objektive Ansicht vereinzelt der BGH, etwa BGH, Urteil v. 29.3.1993, II ZR 265/91, NJW 1993, 1200, 1203.

³²⁷ *Frank*, *Der Durchgriff im Schiedsvertrag*, 2000, S. 36.

³²⁸ Dazu grundlegend *Müller-Freienfels*, AcP 1957, 522, 537; siehe auch *Frank*, *Der Durchgriff im Schiedsvertrag*, 2000, S. 37; *Rehbinder*, *Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht*, 1969, S. 90 ff.

hinweg, wenn es die wirtschaftlichen Umstände geboten haben.³²⁹ Gleichzeitig betont sie aber, dass eine solche Praxis nur die Ausnahme sein könne und restriktiv anzuwenden sei.³³⁰ Wichtigste Fallgruppe³³¹ für eine Durchgriffshaftung ist die Vermögensvermischung³³² (vgl. §§ 30 f. GmbHG), für die sich auch bereits in der Gesetzesbegründung zu § 35 Abs. 3 S. 2 GmbHG ein Anhaltspunkt finden lässt.³³³ Für einen derartigen Durchgriff ist allerdings eine weitgehende Vermischung der Vermögen notwendig und nicht bloß die unklare Zuordnung einzelner Gegenstände.³³⁴

Daneben soll nach umstrittener Ansicht in der Fallgruppe der Unterkapitalisierung ein Durchgriff möglich sein.³³⁵ Nach der Rechtsprechung kommt in dieser Fallgruppe aber wegen bloß objektiver Unterkapitalisierung kein Durchgriff in Betracht.³³⁶ Für eine Haftung müsste also ein relevantes subjektives Element hinzukommen. Möglich scheint hier allenfalls eine Haftung wegen Missbrauchs über § 826 BGB oder auch über § 823 Abs. 2 BGB, sofern ein Schutzgesetz betroffen ist.³³⁷ Von einer allgemeinen, etablierten Fallgruppe kann hier indes

³²⁹ Etwa BGH, Urteil v. 8.7.1970, VIII ZR 28/69, NJW 1970, 2015, 2016; kritisch dazu Müller-Freienfels, AcP 1957, 522, 536; zu möglichen dogmatischen Grundlagen etwa Winter, Horizontale Haftung im Konzern, 2005, S. 208 f.

³³⁰ Siehe bereits BGH, Urteil v. 30.1.1956, II ZR 168/54, NJW 1956, 785, 786; BGH, Urteil v. 8.7.1970, VIII ZR 28/69, NJW 1970, 2015, 2016; BGH, Urteil v. 5.11.1981, VIII ZR 230/79, NJW 1981, 522, 525.

³³¹ Siehe zu den Fallgruppen auch Drygal/Staakel/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 179 ff.

³³² Dies., Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 179; dazu auch knapp Schmitz-Herscheidt/Coenen, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 424.

³³³ Dazu auch Altmeyen, ZIP 2002, 1553, 1557 f., der in diesen Fällen ebenfalls eine Haftung der Gesellschafter annimmt. Grundsätzlich ermöglichen die §§ 30 ff. GmbHG aber keine Außenhaftung, siehe etwa Schmitz-Herscheidt/Coenen, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 155.

³³⁴ Dies., in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 424. Siehe zu weiteren Einzelheiten dieser Haftung, sofern sie für eine folgende Schiedsbindung nötig sind, noch unten im 5. Teil unter G.

³³⁵ Siehe etwa Frank, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 38; gegen einen Durchgriff in diesem Fall etwa Altmeyen, ZIP 2002, 1553, 1557; Schmitz-Herscheidt/Coenen, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 425; BGH, Urteil v. 4.5.1977, VIII ZR 298/75, NJW 1977, 1449; für einen knappen Überblick Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 35 Rn. 29.

³³⁶ BGH, Urteil v. 4.5.1977, VIII ZR 298/75, NJW 1977, 1449; BGH, Urteil v. 28.4.2008, II ZR 264/06, NJW 2008, 2437.

³³⁷ Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 35 Rn. 29; für die grundsätzliche Möglichkeit einer Außenhaftung nach Deliktsrecht (für die GmbH) etwa Drygal/Staakel/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 227 ff.; knapp auch Schmitz-Herscheidt/Coenen, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 155 und (für die AG) Dewald, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 594, 596.

nicht die Rede sein, so dass jeweils im Einzelfall beurteilt werden muss, ob die Voraussetzungen für eine Haftung nach § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB vorliegen.

Eine deliktische Missbrauchshaftung kann zudem beim existenzvernichtenden Eingriff existieren.³³⁸ Diese Haftung löste die ursprünglich für den qualifiziert faktischen Konzern konzipierte Haftung aus § 302 AktG analog ab.³³⁹ Damit sollten Fälle erfasst werden, in denen der Einfluss des herrschenden Unternehmens zum Nachteil des beherrschten nicht durch separierbare Einzelmaßnahmen erfolgt, sondern durch eine weitreichende Gesamtbeeinflussung, und entsprechend auch nicht im Wege des Einzelausgleichs korrigiert werden kann.³⁴⁰ Daher sollten Gläubiger des beherrschten Unternehmens auch gegenüber dem herrschenden Unternehmen ihre Ansprüche über eine entsprechende Anwendung des § 302 AktG geltend machen können.³⁴¹

Nach neuer Rechtsprechung wird eine solche Haftung nun ebenfalls auf § 826 BGB gestützt und es handelt sich nicht mehr um eine Außenhaftung.³⁴² Daher

³³⁸ Dazu ausführlich *Drygal/Staakel/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 184 ff. Ursprünglich war auch diese Haftung als Durchgriffshaftung über eine teleologische Restriktion des § 13 Abs. 2 GmbHG konzipiert, siehe den Überblick bei *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 35 Rn. 30 f. und § 38 Rn. 63 f.; vgl. auch *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 427 ff.; zu einem Missbrauchsgedanken beim Durchgriff schon *Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, S. 100 f.

³³⁹ BGH, Urteil v. 17.9.2001, II ZR 178/99, NJW 2001, 3622, 3623, wo die Haftung auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB gestützt wird. Beachte, dass die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs heute für alle Gesellschaftsformen gilt, siehe etwa *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 35 Rn. 31; *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 429. Zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern noch BGH, Urteil v. 29.3.1993, II ZR 265/91, NJW 1993, 1200; siehe zur Entwicklung auch *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 962 f., der sie als primäre „GmbH-Problematik“ bezeichnet. Teilweise wird vertreten, dass die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern für Konzernsituationen mit Aktiengesellschaften weiter bestehen solle, siehe etwa *Habersack*, in: Emmerich/Habersack/Schürnbrand (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2022, § 317 Rn. 5a; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 965.

³⁴⁰ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack/Schürnbrand (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2022, § 317 Rn. 5a; vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 138; vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 7.9.2011, 1 BvR 1460/10, ZIP 2011, 2094, 2096, wonach die §§ 311 ff. AktG nur dann einen hinreichenden Schutz bieten, wenn der Einzelausgleich noch möglich ist; siehe auch *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 961.

³⁴¹ Siehe zu diesem alten Ansatz der Rechtsprechung auch *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 243 f.; für Ansprüche gegen Konzernmuttergesellschaften eingehend siehe ferner *König*, AcP 2017, 611.

³⁴² BGH, Urteil v. 16.7.2007, II ZR 3/04, NJW 2007, 2689; bestätigt etwa durch BGH, Urteil v. 21.2.2013, IX ZR 52/10, NJW-RR 2013, 1321, 1323 Rn. 20; siehe zu der Entwicklung auch *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 64, der jedoch kritisch anmerkt, dass gerade wegen des deliktsrechtlichen Charakters auch eine Außenhaftung nach diesem Modell möglich scheint. Für eine reine Innenhaftung sei eine Lösung über gesellschaftsrechtliche Treue-

kann in diesem Fall nicht mehr von einem Durchgriff gesprochen werden.³⁴³ Zudem ist für eine solche Haftung die extreme Folge der Insolvenz der Gesellschaft nötig.³⁴⁴ Im Folgenden soll daher mit der derzeitigen Rechtsprechung angenommen werden, dass eine Durchgriffsaußenhaftung nur im Falle der Vermögensvermischung und unter Umständen bei missbräuchlicher Unterkapitalisierung – jeweils gestützt auf § 826 BGB – möglich ist und gleichermaßen in Gruppensituationen wie bei einzelnen Unternehmen vorkommen kann.³⁴⁵

III. Zwischenergebnis zu den Grundlagen von Unternehmensgruppen

Festzuhalten bleibt damit, dass sich alle hier unter dem Begriff der Unternehmensgruppen zusammengefassten Konstellationen dadurch auszeichnen, dass sie die rechtliche Trennung der einzelnen Unternehmen wahren, aber wirtschaftlich mehr oder weniger stark koordiniert vorgehen. Damit haftet im Ausgangspunkt jedes dieser Unternehmen nur für die eigenen Verbindlichkeiten. Intern gibt es jedoch gerade im Konzernrecht im aktienrechtlichen Sinne Pflichten zum Ausgleich und zur Bildung von Rücklagen. Diese dienen dem Schutz der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger.³⁴⁶ Nach außen bleibt es aber auch in diesen Fällen grundsätzlich bei einer eigenständigen Haftung der getrennten Gesellschaften gegenüber ihren Gläubigern.

Eine tatsächliche Dritthaftung auch im Außenverhältnis gibt es in den Fällen der sogenannten Durchgriffshaftung. Diese seit jeher umstrittene Haftungsform setzt sich unter bestimmten Bedingungen über die juristische Trennung der Vermögen verschiedener Gesellschaften oder von Gesellschaft und Gesellschafter hinweg. Gleichzeitig unterlag sie einem steten Wandel. Anfangs noch auf eine entsprechende Anwendung konzernrechtlicher Normen gestützt, ist der dogmatisch überzeugendere Weg heute einer des Deliktsrechts über §§ 823, 826 BGB. Für eine Außenhaftung ist hier nach heute herrschender Meinung vor allem die Fallgruppe der Vermögensvermischung zu nennen. Daneben kann eine Außen-

pflichten passender. Zu der Entwicklung auch *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 243 f.; *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 427 f.

³⁴³ *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 35 Rn. 30; BGH, Urteil v. 16.7.2007, II ZR 3/04, NJW 2007, 2689.

³⁴⁴ *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 35 Rn. 31.

³⁴⁵ *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 429. Die Rechtsprechung hält explizit offen, ob und wann eine Haftung über § 826 BGB für Fälle der Unterkapitalisierung in Betracht kommt, siehe BGH, Urteil v. 28.4.2008, II ZR 264/06, NJW 2008, 2437. Damit scheint eine solche Haftung durchaus möglich, wenngleich sie wohl für extreme Fälle und eindeutigen Missbrauch relevant werden dürfte, wenn man die restriktive Linie der Rechtsprechung beachtet.

³⁴⁶ Und zwar sowohl in einem beherrschten wie auch mitunter im herrschenden Unternehmen, siehe *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2023, Rn. 927.

haftung in Ausnahmefällen auch bei einer qualifizierten Unterkapitalisierung oder unter Umständen – insbesondere wegen der deliktsrechtlichen Grundlage – weiterhin im Falle eines existenzvernichtenden Eingriffs diskutiert werden.

3. Teil

Subjektiv-rechtliche Schiedsbindung

Der Grundgedanke eines Vertrags ist, dass übereinstimmende, freie Willen von Parteien zu diesem geführt haben.¹ In diesem Fall ist mit Blick auf die Privatautonomie gesichert, dass die Parteien eine freiwillige Entscheidung getroffen haben, an die sie auch künftig gebunden werden können.² Zunächst werden im Folgenden daher die Bindungsansätze untersucht, die nach der Zustimmung der Parteien fragen, um darüber eine Bindung an die Schiedsvereinbarung und somit an ein Schiedsgericht zu rechtfertigen. Wenn allseitig ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille festgestellt werden kann, bestehen hinsichtlich des Freiwilligkeitserfordernisses auch bei einem Dritteinbezug vordergründig keine Probleme.³ In diesem Teil werden daher Bindungsmechanismen untersucht, die auf konsensualer Basis – bzw. deren Anschein – zu einer Schiedsbindung führen.

Zur Feststellung eines Bindungswillens bedarf es im Rechtsverkehr äußerlicher Merkmale, anhand derer auf den tatsächlichen Willen geschlossen werden kann.⁴ Entsprechend teilt sich das Recht der Willenserklärung in die Sphären des

¹ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1979, S. 24; zur Anwendbarkeit des allgemeinen Vertragsrechts auf Schiedsvereinbarungen etwa *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 18; vgl. auch oben im 2. Teil unter B. II.

² Für die grundsätzlich künftige Unveränderlichkeit von Willenserklärungen siehe etwa *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 5; vgl. auch *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 170 mit Hinweisen zur Rechtsprechung des BVerfG. Unberücksichtigt soll an diesem Punkt bleiben, dass die innere Willensbildung natürlich von einer Vielzahl an Faktoren abhängt und insbesondere äußeren Einflüssen oder gar Zwängen zugänglich ist, vgl. etwa *Pfeiffer*, SchiedsVZ 2014, 161, 164; ferner *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426, 428; siehe zu diesem Aspekt oben im 2. Teil unter B. IV. 2. und unten im 6. Teil unter A. II.

³ *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 104 weist darauf hin, dass nach seiner Definition in diesen Fällen schon gar keine Bindung eines Dritten vorliegt, sondern einer (weiteren) Schiedsvertragspartei. Das weicht freilich nur begrifflich von dem hier zugrunde gelegten Verständnis ab, siehe oben im 2. Teil unter A. III. Vgl. auch *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119.

⁴ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 9. Insofern geht es primär um empfangsbedürftige Willenserklärungen, siehe *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 6. Der Rückgriff auf unerklärt Gewolltes ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen grundsätzlich ausgeschlossen, wie es in § 116 BGB erkennbar wird, siehe ebd. Rn. 7. Insofern wirkt es auf den ersten Blick etwas widersprüchlich, dass der übereinstim-

inneren tatsächlichen Willens und der äußeren Erkennbarkeit.⁵ Diese Zweiteilung wird auch in der primären Methode der Willenserforschung – der Auslegung – deutlich:⁶ Die bestimmenden §§ 133, 157 BGB erklären den „wirklichen Willen“ (§ 133 BGB) zum Grund einer Bindung,⁷ dessen Äußerung aber so interpretiert werden muss (§ 133 BGB),⁸ wie es im Verkehr angemessen ist (§ 157 BGB).⁹ Man könnte also sagen, dass § 133 BGB als *Grund* für eine Bindung den Willen der Parteien benennt, während §§ 133, 157 BGB gemeinsam festhalten, dass die *Methode* der Bindung eine objektive Beurteilung von Äußerungen im Rechtsverkehr ist.

mende Wille dem Wortlaut vorgeht, selbst wenn dieser Wille im Wortlaut nicht festgehalten ist (siehe etwa BGH, Urteil v. 6.12.2017, VIII ZR 219/16, NJW-RR 2018, 822, 824 Rn. 29), und dass Erklärungen auch nach dem beidseitig subjektiv gewollten Wortsinn verstanden werden müssen, selbst wenn dieser Sinn von dem objektiven allgemeinen Sprachgebrauch abweicht (etwa BGH, Urteil v. 15.10.2014, XII ZR 111/12, BeckRS 2014, 21522, 1, 48), vgl. zu diesen Grundsätzen auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 9. Jedoch beschreibt § 116 BGB die Situation, dass der Empfänger den tatsächlichen Willen des Absenders nicht kennt und entsprechend auch nicht teilt, während sich aus § 133 BGB die zwei beschriebenen Grundsätze ergeben (BGH, Urteil v. 15.10.2014, XII ZR 111/12, BeckRS 2014, 21522, 1, 48), sofern die Parteien übereinstimmend einen vom objektiv Erklärten abweichenden Willen haben.

⁵ Statt vieler *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 3; für Willenserklärungen allgemein *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 9; für die Feststellung, dass die §§ 133, 157 BGB gleichermaßen für Verträge gelten, *ders.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 19; ebenso differenziert *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 168; siehe zu dem Verhältnis von innerem Willen und äußerer Erkennbarkeit auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 9 f.

⁶ Die Auslegung setze sich aus mehreren „Komponenten“ bzw. „Schritten“ zusammen, so *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 17; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 7; zu diesem Dualismus für die Auslegung der Schiedsvereinbarung eingehend *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 119.

⁷ Ähnlich auch *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 3; nach *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 19 stelle § 133 BGB „mit dem wirklichen Willen ein subjektives Kriterium in den Vordergrund“.

⁸ Wegen des Erfordernisses der Interpretation enthält § 133 BGB auch vom Wortlaut bereits eine Empfängerperspektive, da die Interpretation natürlich von einer anderen Person als dem Sender vorgenommen wird, und legt damit den Grundstein für die interaktive oder mehrseitige Komponente für eine wirksame Willenserklärung. Ähnlich auch *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 12, der aber im Wortlaut eher die rein subjektive Perspektive des Senders erkennt.

⁹ Vgl. zu diesem Dualismus auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 7 ff.

In der Rechtspraxis führt dieser duale Ansatz natürlicherweise zu einem Überwiegen der externen Komponente, da rechtlich nur das verwertbar ist, was in irgendeiner Form *äußerlich* erkennbar wird,¹⁰ auch wenn die Legitimation einer Bindung im subjektiven Willen als *inneres* Merkmal liegt.¹¹ Daher trifft das deutsche Recht für die Rechtsanwendung eine Entscheidung zugunsten des berechtigten Vertrauens im Rechtsverkehr gegenüber dem tatsächlichen inneren Willen:¹² Wer in zurechenbarer Weise den Anschein erweckt, gebunden sein zu wollen, muss sich vom Rechtsverkehr so behandeln lassen, als hätte er tatsächlich Bindungswillen gehabt.¹³ Da der Absender einer Erklärung in der Regel selbst entscheiden kann, Verhaltensweisen im Rechtsverkehr vorzunehmen, und der Rechtsverkehr auf äußerlich erkennbare Signale zur Ermittlung eines Willens angewiesen ist, ist diese Wertung nachvollziehbar.¹⁴ Über das Merkmal der Zurechenbarkeit und das Recht der Willensmängel¹⁵ besteht wiederum ein Korrek-

¹⁰ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 9; zur Unterteilung in empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 6, wobei bei Letzteren der wahre Wille in die Auslegung mit einfließen kann, während bei Ersteren die objektiven Umstände entscheiden; vgl. auch *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, 170 f.

¹¹ *Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972, S. 38; dem folgend *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 7. Nach *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 6 muss der „Sinn“ des „rechtsgeschäftliche[n] [...] Text[s]“ ermittelt werden, was die Dualität zwischen äußerer Erkennbarkeit und innerer Absicht ebenfalls widerspiegelt. Die Auslegung zielt aber letztlich immer auf die Ermittlung des Willens, siehe *ders.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 61.

¹² *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 3, der aber gleichzeitig nicht eindeutig von einer Entscheidung zugunsten der Erklärungs- oder der Willentheorie ausgeht, siehe *ders.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 21. Das Überwiegen der äußeren Umstände wird vor allem bei den Fällen der empfangsbedürftigen Willenserklärung relevant, *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 10, die bei den meisten Rechtsgeschäften und auch bei der Schiedsvereinbarung nötig sind. Anders entscheidet etwa die schweizerische Rechtsordnung, die den wirklichen Willen zur Maxime der Auslegung erklärt, siehe *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 121 f., wobei das in der Praxis häufig nicht ausreicht und auf den Eindruck im Rechtsverkehr zurückgegriffen werden muss.

¹³ *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 7 und *ders.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 23.

¹⁴ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 14. Das Prinzip des Vertrauensschutzes ist neben dem Grundsatz der Privatautonomie eines der zentralen Grundsätze des Vertragsrechts, siehe etwa *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 3, was der Grund für diese Wertung ist.

¹⁵ Letztlich geht es um Handlungs- und Erklärungswillen mit den jeweils eigenen Pro-

tiv, da bei unverschuldeter Äußerung unter Umständen keine Bindung oder Haftung entsteht.¹⁶

Trotz der grundsätzlichen Verankerung im subjektiven Willen der Parteien¹⁷ ist es nach deutschem Vertragsrecht im Streitfall also nicht entscheidend, ob die Erklärungen auch den tatsächlichen Willen der Parteien ausdrücken, sondern was ein objektiver Empfänger in der Position des tatsächlichen Empfängers als Wille des Erklärenden verstehen musste,¹⁸ sofern der wirkliche Wille nicht allseitig feststeht.¹⁹ Die subjektiv-rechtliche Kategorie der Bindungsansätze in dieser Arbeit (3. Teil) bezieht sich daher nicht nur auf solche Bindungsansätze, die auf dem tatsächlichen Willen der Parteien beruhen, sondern auch und insbesondere auf diejenigen Bindungsansätze, bei denen berechtigter- und schützenswerterweise auf einen Parteiwillen vertraut wird, selbst wenn dieser Wille nicht existiert und daher eine Fiktion ist. Da bei diesen Ansätzen das Vertrauen auf den Parteiwillen geschützt wird und nicht etwa eine faire Behandlung bzw. ein Ausgleich untragbarer Härte nach objektiven Maßstäben erreicht wird, sind die in diesem dritten Teil untersuchten subjektiv-rechtlichen Fallgruppen von den objektiv-rechtlichen (5. Teil) abzugrenzen.²⁰

Innerhalb des dritten Teils werden zunächst Konstellationen untersucht, in denen über die interpretierende Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ein Schieds-drittbindungswille festgestellt werden kann bzw. von einem solchen auszugehen

blemen, auf die hier aber nicht näher einzugehen ist; vgl. auch *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 20 ff.; *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 9.

¹⁶ *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 4.

¹⁷ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 61; für die Schiedsgerichtsbarkeit haben auch Rechtsprechung und Literatur in Österreich früh die Bedeutung der Parteiwillen hervorgehoben, siehe *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 115 ff. mit Einordnung der historischen Entwicklung in Österreich.

¹⁸ *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, Vorb. § 116 Rn. 6 f.; *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 14; zu dem normativen Aspekt der Auslegung insgesamt auch *ders.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 6; *Ellenberger*, in: Grüneberg (Hrsg.), Grüneberg, 2023, § 133 Rn. 1, 7, 9; *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, 170 f. Ergänzend sollen weitere Aspekte – ähnlich der Gesetzesauslegung – wie die Systematik der vertraglichen Regelungen herangezogen werden können, siehe *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 124.

¹⁹ *Mansel*, in: Stürmer (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 10. Sofern der wirkliche Wille allseitig feststeht, kommt es indes auch nicht zum Streit.

²⁰ Siehe dazu in diesem Teil unter A.; siehe auch schon oben im 1. Teil unter B. und im 2. Teil unter B. IV. 2.

ist.²¹ Hier muss sich in den jeweiligen Vertrags- bzw. Rechtsverhältnissen hinreichend der Wille aller Parteien widerspiegeln, dass sie an ein Schiedsverfahren gebunden sein wollen.²² Andernfalls kann eine Schiedsbindung nicht überzeugend auf einen Konsens der Parteien gestützt werden.

Im zweiten Kapitel dieses Teils werden sodann schwerpunktmäßig Konstellationen untersucht, in denen aufgrund von Stellvertretungsansätzen eine Bindung an eine Schiedsvereinbarung in Betracht kommt.²³ Neben dem Offenkundigkeitsprinzip,²⁴ ausdrücklich und konkludent erteilten Vollmachten²⁵ und der Genehmigung einer ohne Vollmacht abgeschlossenen Schiedsvereinbarung²⁶ erfolgt eine ausführliche Untersuchung von Rechtsscheinsvollmachten im Schiedsrecht.²⁷ Wie auch bei der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB muss eine solche Rechtsscheinsbindung tatsächlich nicht gewollt sein, kann gleichwohl aber gerechtfertigt sein, weil sie im Rechtsverkehr als gewollte Bindung verstanden werden konnte.

Im dritten Kapitel dieses Teils wird noch einen Schritt weitergehend der Bindungsansatz der ergänzenden Vertragsauslegung für das Schiedsrecht untersucht und kritisch hinterfragt.²⁸ Bei dieser Herangehensweise entfernt sich der Rechtsanwender bei der Feststellung einer Schiedsbindung bereits konzepttheoretisch von einem tatsächlichen Willen der Parteien. Denn eine ergänzende Auslegung erlaubt es gerade bei erkannter Nichtregelung eines Sachverhalts, den Vertrag so zu erweitern, dass er eine Regelung für den ursprünglich unregelmäßigten Bereich enthält. Es ist zu untersuchen, ob dieser Ansatz zu einer Schiedsbindung führen kann. Zum Schluss wird in diesem Teil in gebotener Kürze noch auf die Formanforderungen bei einer schiedsrechtlichen Drittbindung eingegangen.²⁹

²¹ Für die Auslegung der Schiedsvereinbarung nach §§ 133, 157 BGB als Ausgangspunkt einer Schiedsbindung *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 97. Teilweise wird die interpretierende Auslegung auch als „einfache“ Auslegung bezeichnet, etwa bei *Busche*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 133 Rn. 6.

²² Vgl. auch *Plavec*, *Auslegung von Schiedsvereinbarungen*, 2021, S. 118.

²³ Siehe unten in diesem Teil unter B.

²⁴ Siehe unten in diesem Teil unter B. I. 1.

²⁵ Siehe unten in diesem Teil unter B. I. 2. und 3.

²⁶ Siehe unten in diesem Teil unter B. I. 4.

²⁷ Siehe unten in diesem Teil unter B. I. 5.

²⁸ Siehe unten in diesem Teil unter C.

²⁹ Siehe unten in diesem Teil unter D.

A. Interpretierende Auslegung

Als Vertrag ist eine Schiedsvereinbarung der Auslegung zugänglich.³⁰ Bei der interpretierenden Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ist stets danach zu fragen, ob der Wille der jeweiligen Parteien erkennbar wird, an die konkrete Schiedsvereinbarung gebunden zu sein.³¹ Wegen der Verankerung der Schiedsgerichtsbarkeit in der Privatautonomie und der Verbindung zum staatlichen Justizgewährungsanspruch ist zur Ermittlung der subjektiven Reichweite einer Schiedsvereinbarung die Auslegung hinsichtlich der subjektiven Reichweite restriktiv vorzunehmen.³² Andernfalls besteht die Gefahr einer verbotenen Schiedsvereinbarung zulasten Dritter.³³

³⁰ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erreichung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 47; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 1 und 118; *Kleinschmidt*, SchiedsVZ 2006, 142, 146.

³¹ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1529; *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 114; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 13 (zum Umfang in objektiver Hinsicht hingegen *ders.*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 97); BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399; für die Auslegung als Instrument zur Ermittlung des Umfangs der Schiedsvereinbarung auch OGH, Beschluss v. 30.3.2009, 7 Ob 266/08f, 2009, S. 13; grundsätzlich zur Bestimmung der subjektiven Reichweite und damit der persönlichen Bindungswirkung eines Vertrags im Wege der Auslegung, *Mansel*, in: *Stürner* (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2023, § 133 Rn. 10.

³² Statt vieler *Saenger*, in: *ders.* (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 2023, Vorb. zu §§ 1025–1066 Rn. 7. Demgegenüber hat wegen der grundsätzlichen Schiedsfreundlichkeit die Auslegung der objektiven Reichweite eher extensiv zu erfolgen, siehe *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann* (Hrsg.), *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 408 f.; ebenso *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 125; *Geimer*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer u.a.* (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 77; zu dem Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Reichweite siehe auch schon oben im 2. Teil unter A. I.; zu der Begründung für die restriktive Auslegung der subjektiven Reichweite siehe oben im 2. Teil unter B. IV. 2. Als Ausnahme zu der restriktiven subjektiven Reichweite kann es gesehen werden, wenn Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen insofern weit ausgelegt werden sollen, dass sie auch ausgeschiedene Gesellschafter noch umfassen, siehe *ders.*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer u.a.* (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 74. Auch im ausländischen Recht findet sich eine restriktive Herangehensweise in dieser Frage, siehe etwa *Corte Suprema di Cassazione v. 19.5.2009*, No. 179, 11529, *Yearbook Commercial Arbitration XXXIV*, 2009, 649, 651; dazu *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 60.

³³ Siehe zum Verbot der Schiedsvereinbarung zulasten Dritter etwa *Geimer*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer u.a.* (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 39; *Schütze*, *SchiedsVZ* 2014, 274, 276; vgl. auch *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2021, Rn. 1441; aus der internationalen Rechtsprechung etwa OGH, Beschluss v. 20.4.2021, 4 Ob 43/21h, 2009, S. 23 m. w. N.; allgemein zum Verbot von drittbelastenden Verträgen *Martens*, *AcP* 1977, 113, 139; es gilt grundsätzlich auch im Prozessrecht, siehe *Gebauer*, *IPRax* 2001,

Der Grundsatz der restriktiven Auslegung hinsichtlich der subjektiven Reichweite verlangt, dass zunächst nur diejenigen Personen Parteien einer Schiedsvereinbarung werden, die ihren Willen dazu ausdrücklich geäußert haben.³⁴ Der Bindungswille wird oftmals mit einer Unterschrift belegt.³⁵ Insbesondere im Unternehmenskontext kann allerdings auch die Bindung von Parteien möglich werden, die selbst keine Unterzeichner der jeweiligen Schiedsvereinbarung sind.³⁶ Die dazu auszulegenden Willenserklärungen können sich in Situationen mit Unternehmensgruppen aus einer Vielzahl an Verhaltensweisen und Rechtsverhältnissen ergeben, so dass Schiedsvereinbarungen grundsätzlich auch konkludent entstehen können. Gleichzeitig ist aber auch in Gruppenkonstellationen die subjektive Reichweite von Schiedsbindungen restriktiv zu handhaben, da der Hauptzweck der rechtlichen Trennung der einzelnen Unternehmen durch eine zu großzügige Bindung weiterer Gesellschaften zunichte gemacht würde³⁷ und daher in der Regel gerade nicht dem Willen der Unternehmen entspricht.³⁸

Der Ausgangspunkt für die Untersuchung der Schiedsbindung einer Partei ist die Auslegung der Schiedsvereinbarung selbst. Innerhalb dieses Kapitels wird

471, 471; *Geimer*, NJW 1985, 533; *Heiss*, IPRax 2005, 497, 497; EuGH, Urteil v. 7.2.2013, Rs. C-543/10, IPRax 2013, 552, 554.

³⁴ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1522; *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 6, wobei er auch ausdrücklich auf die Möglichkeit der konkludenten Zustimmung hinweist; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 95; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 113 f.; *Sandrock*, in: *Baums/Hopt/Horn* (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 462. Teilweise wird auch von einer Bindung allein der an der Schiedsvereinbarung „Beteiligten“ gesprochen, siehe *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 243; vgl. auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 51, 53.

³⁵ Siehe zu dem Zusammenhang zwischen Form und Freiwilligkeit auch *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 386 ff.; vgl. zu dem Zusammenhang zwischen Form und Zuständigkeitsbegründung auch *Schütze*, in: *Gebauer/Schütze* (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1031 Rn. 40. Formerfordernisse stehen einer Auslegung grundsätzlich aber nicht im Wege, *Busche*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker* u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 133 Rn. 36. Zur Form auch noch unten in diesem Teil unter D.

³⁶ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1522; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; vgl. *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 242; für verschiedene Konstellationen *Sandrock*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 95.

³⁷ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1534; etwas unklar *Sandrock*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 95; vgl. auch *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann* (Hrsg.), *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 408. Auch die *Queen's Bench* hob im für das englische Schiedsrecht wegweisenden Fall *Peterson Farms* die rechtliche Trennung der Gesellschaften als Gruppenzweck hervor, *High Court of Justice Queens Bench Division Commercial Court*, *Judgement v. 4.2.2004*, [2004] EWHC 121 (Comm), 2004 WL 229138, 1; siehe dazu auch *Sandrock*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 100.

³⁸ Vgl. *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 10.

daher in einem ersten Abschnitt³⁹ zunächst die Schiedsvereinbarung zwischen den ursprünglichen Parteien in exemplarischen Konstellationen im Kontext von Unternehmensgruppen untersucht und nach den gebundenen Parteien gefragt. Neben der unter dem Freiwilligkeitsaspekt unproblematischsten Lösung, dass diese Schiedsvereinbarung von vorne herein von mehr als zwei Parteien ausdrücklich abgeschlossen wurde,⁴⁰ wird auch die Möglichkeit einer hinsichtlich der Drittbinding lediglich deklaratorischen Schiedsvereinbarung dargestellt.⁴¹

Zudem geht ein Abschnitt (I. 3.) auf die Möglichkeit ein, dass per Auslegung ermittelt wird, ob die Schiedsvereinbarung zwischen den ursprünglichen Parteien auch Fälle der materiellen Durchgriffshaftung erfassen sollte und somit auch eine schiedsrechtliche Bindung des Dritten gewollt war.⁴² Sodann wird die Konstellation einer Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter besprochen⁴³ und der spezielle Fall der Geschäftsführerhaftung beleuchtet.⁴⁴ Im anschließenden Unterkapitel wird der Frage nachgegangen, ob und unter welchen Umständen in dem Beitritt zu einer Gesellschaft eine Zustimmung zu den Schiedsvereinbarungen der Gesellschaft gesehen werden kann.⁴⁵

I. Auslegung von Schiedsvereinbarungen hinsichtlich ihrer subjektiven Reichweite in Konstellationen mit mehreren Unternehmen

Schiedsvereinbarungen können als eigenständige Verträge oder als Klauseln in anderen Verträgen bestehen.⁴⁶ Als Hauptverträge, die eine Schiedsvereinbarung als Klausel enthalten können, kommen neben zweiseitigen schuldrechtlichen Verträgen vor allem auch Unternehmensverträge von Gesellschaften⁴⁷ oder Rahmenverträge bei größeren Projekten und langfristigen Geschäftsbeziehungen in Betracht.⁴⁸ Da Schiedsklausel und Hauptvertrag unabhängig von der Art des Hauptvertrags unterschiedliche Verträge sind,⁴⁹ spielen die Hauptverträge bei der Auslegung der Schiedsvereinbarung zunächst keine Rolle. Die Interpretation hat vielmehr bei der Schiedsvereinbarung selbst anzusetzen. Erst in einem zweiten

³⁹ In diesem Teil unter A. I.

⁴⁰ In diesem Teil unter A. I. 1.

⁴¹ In diesem Teil unter A. I. 2.

⁴² In diesem Teil unter A. I. 3.

⁴³ In diesem Teil unter A. I. 4.

⁴⁴ In diesem Teil unter A. I. 5.

⁴⁵ In diesem Teil unter A. II.

⁴⁶ Siehe dazu bereits oben im 2. Teil unter A. II.

⁴⁷ Siehe zu weitreichenden Unternehmensverträgen im Sinne von §§ 291 f. AktG Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 38 Rn. 29.

⁴⁸ Siehe etwa Hanotiau, Complex Arbitrations, 2020, S. 6; vgl. auch Sandrock, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 95.

⁴⁹ Siehe dazu bereits oben im 2. Teil unter B. I.

Schritt können die Hauptverträge und andere begleitende Umstände ergänzend herangezogen werden.⁵⁰

Gerade in Fällen mit Beteiligung von Unternehmensgruppen stellt sich die Frage, welche anderen Gruppenunternehmen an eine Schiedsvereinbarung gebunden sind, die ein gruppenzugehöriges Unternehmen mit einem gruppenexternen Unternehmen abgeschlossen hat. Dabei kann sich entweder das gruppenexterne Unternehmen auf eine etwaige Schiedsbindung auch des weiteren Gruppenunternehmens berufen oder aber das weitere Gruppenunternehmen verlangt eine Schiedsbindung des gruppenexternen Unternehmens im Verhältnis zu sich.⁵¹ Es ist zu beachten, dass in diesen Konstellationen nicht das gruppenexterne Unternehmen der Dritte ist, sondern dasjenige weitere Gruppenunternehmen, das originär keine Schiedsvereinbarung mit dem gruppenexternen Unternehmen abgeschlossen hat.⁵²

Keinen Unterschied sollte es hinsichtlich der Freiwilligkeit im Ausgangspunkt machen, ob ein Dritter seine Bindung an die Schiedsabrede verlangt oder eine der ursprünglichen Schiedsparteien den Dritten an die Schiedsvereinbarung gegen seinen Willen binden will.⁵³ Denn eine solche Unterscheidung kann schon zu unklaren Abgrenzungen und unvorhersehbaren Entscheidungen je nach gewählter Formulierung führen.⁵⁴ Allerdings ließe sich argumentieren, dass sich der Dritte bei zwei anderen Parteien „einmischt“, die grundsätzlich schiedswillig sind, während eine der ursprünglichen Schiedsparteien den Dritten als zunächst gänzlich „schiedsfremde“ Partei verpflichten würde. Doch hinsichtlich der Freiwilligkeit spielt es keine Rolle, ob die jeweilige Partei zu *einem* Schiedsverfahren

⁵⁰ Bei der Auslegung der Schiedsvereinbarung spielen neben dem Wortlaut der Vereinbarung selbst auch die Begleitumstände eine Rolle, siehe *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 123. Daher können auch aus dem weiteren Vertragskonstrukt mitunter Rückschlüsse gezogen werden und sind nicht per se unzulässig.

⁵¹ Siehe für die Möglichkeit der Inanspruchnahme in beide Richtungen auch *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1522 und 1529; siehe auch *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 95.

⁵² Siehe auch schon oben im 2. Teil unter A. III.

⁵³ So auch *Geimer*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 78; *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 470. Einige Gerichte etwa in den USA treffen aber eine Unterscheidung hinsichtlich der Bindung je nachdem, ob von dem Dritten die Initiative ausgeht oder nicht: etwa *Bel-Ray Co. v. Shemrite (Pty) Ltd.*, 181 F. 3d 435 (3d Cir. 1999); *Nitro Distribution Inc. v. Aldicor Inc.*, 453 F. 3d 995 (8th Cir. 2006); *Merill Lynch Investment Managers v. Optibase, Ltd.*, 337 F. 3d 125 (2nd Cir. 2003). Dabei soll der Dritte nicht an die Schiedsabrede gegen seinen Willen gebunden werden können, während er umgekehrt leichter von der Schiedsabrede profitieren können soll, wenn er das wünscht. Allerdings wird auch in den Entscheidungen nicht festgehalten, der Dritte könne einfach in die Schiedsabrede der ursprünglichen Parteien „hineindrängen“. Für eine Übersicht zu diesen Fällen siehe *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 14; siehe ergänzend ebd. S. 66.

⁵⁴ Siehe etwa die aufgeführten Fälle bei *ders.*, Complex Arbitrations, 2020, S. 66 f.

grundsätzlich zugestimmt hat, sondern nur, dass sie dem *konkreten* Schiedsverfahren mit den konkreten Parteien zugestimmt hat. Diesbezüglich unterscheiden sich ein Dritter und eine ursprüngliche Schiedspartei in ihrem Verhältnis zueinander nicht, wenn sie zu einem Schiedsverfahren miteinander verpflichtet werden sollen. Anders ist es nur, wenn die Schiedsvereinbarung zwischen den ursprünglichen Parteien nach der Wahl einer dritten Partei deren Beitritt ermöglicht.⁵⁵

1. Schiedsvereinbarung mit mehreren Parteien

Ergibt die Auslegung der Schiedsvereinbarung nach §§ 133, 157 BGB,⁵⁶ dass auch andere Unternehmen (etwa derselben Gruppe) Vertragsparteien der Schiedsvereinbarung sind, entsteht eine direkte Bindung zwischen dem gruppenexternen Unternehmen und der gruppenzugehörigen Partei.⁵⁷ Bei der Auslegung ist nach den allgemeinen Prinzipien unter Beachtung der gebotenen Zurückhaltung in Bezug auf die subjektive Reichweitere Streckung vorzugehen.⁵⁸ Nicht eindeutig und daher kritisch zu sehen ist es hingegen, wenn das Auslegungsergebnis in

⁵⁵ Also eine Situation der Schiedsvereinbarung zugunsten eines Dritten vorliegt, siehe dazu noch unten in diesem Teil unter A. I. 4.; siehe für einen Fall mit einer solchen Schiedsabrede etwa OLG Düsseldorf, Urteil v. 19.5.2006, I-17 U 162/05, SchiedsVZ 2006, 331, 332 f.

⁵⁶ Für die Auslegung der Schiedsvereinbarung als Ausgangspunkt einer Schiedsbindung *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 97, wobei er sich trotz der allgemeinen Anwendbarkeit dort nur mit der objektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen auseinandersetzt.

⁵⁷ *Meier*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 53 f.; vgl. *Schwabl/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 29; zur gewollten Bindung auch von Subunternehmern siehe *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 52; für das internationale Schiedsrecht siehe etwa *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 471.

⁵⁸ Zur Geltung der allgemeinen Vertragsgrundsätze hinsichtlich der Schiedsvereinbarung etwa *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 51 f. Der Grundsatz der restriktiven Auslegung in subjektiver Hinsicht ist nicht zu verwechseln mit dem *favor validitatis* Prinzip, nach dem in Zweifelsfällen eine Schiedsvereinbarung so auszulegen ist, dass sie wirksam ist, siehe *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 156. Teilweise wird als *favor validitatis* hinsichtlich des Mindestinhalts einer Schiedsvereinbarung allerdings der Grundsatz gesehen, im Zweifel eine Unterwerfung unter ein Schiedsgericht anzunehmen, siehe ebd. S. 158. *Gaillard*, *Revue de l'arbitrage* 2007, 697, 703 etwa geht im internationalen Handel von der Schiedsgerichtsbarkeit als „*mode normal*“ aus. Das ist (aus deutscher Sicht) wegen der Privatautonomie und dem Justizgewährungsanspruch indes kritisch zu sehen, siehe schon oben im 2. Teil unter B. IV. 2. und in diesem Teil knapp zu Beginn von A. Anders als teilweise dargestellt (etwa *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 159) stellt die Rechtsprechung auch die Schiedsgerichtsbarkeit nicht „ausdrücklich“ als Regelfall dar, sondern hält vielmehr fest, dass sie ausnahmsweise vereinbart werden müsse BGH, Urteil v. 25.1.2007, VII ZR 105/06, SchiedsVZ 2007, 273, 275 Rz. 20. Gleichwohl kann nach der nicht ganz eindeutigen Rechtsprechung auch nicht vorschnell davon ausgegangen werden, dass die Parteien kein Schiedsgericht vereinbaren wollten, so dass ein „Wille, Schiedsvereinbarungen auszuschließen [...] in der Klausel zum Ausdruck kommen“ müsse, BGH, Urteil v. 25.1.2007, VII ZR 105/06, SchiedsVZ 2007, 273, 275.

Bezug auf die subjektive Schiedsbindung davon abhängen soll, ob die Parteien „die Schiedsvereinbarung veranlasst haben und ob sie für ihr Handeln persönlich in Anspruch genommen werden können.“⁵⁹ Denn das Kriterium der Veranlassung bleibt sehr undifferenziert⁶⁰ und stellt keinen sinnvollen Maßstab für die interpretierende Auslegung der Schiedsvereinbarung dar.

Eine speziellere Situation der Auslegung kann sich in Vertragsketten bzw. bei mehrstufigen Vertragsverhältnissen ergeben, wenn die verschiedenen Vertragsverhältnisse aufeinander Bezug nehmen.⁶¹ Wenn ein Besteller mit seinem Hauptunternehmer einen Vertrag abschließt, der eine Schiedsklausel enthält, und der Hauptunternehmer mit einem Subunternehmer einen weiteren Vertrag schließt, der auf den Hauptvertrag Bezug nimmt, stellt sich die Frage, ob wegen dieser Bezugnahme die Schiedsvereinbarung des Hauptvertrags auch zwischen dem Hauptunternehmer und dem Subunternehmer gilt.⁶²

Teilweise wird hier für eine Bindung danach unterschieden, ob explizit auf die Schiedsvereinbarung des Hauptvertrags oder auf den Hauptvertrag in Gänze Bezug genommen wird.⁶³ Nach der Dogmatik des deutschen Rechts kann sich jedoch in keinem der beiden Fälle ein Drittbindungsautomatismus ergeben.⁶⁴ Vielmehr müsste der Vertrag bzw. die konkrete Bezugnahme zwischen Haupt- und Subunternehmer nach §§ 133, 157 BGB so auszulegen sein, dass eine Schiedsbindung zwischen ihnen auf gleiche Weise wie zwischen Besteller und Hauptun-

⁵⁹ Gross, SchiedsVZ 2006, 194, 195 unter Berufung auf die zu Recht weitgehend abgelehnte Entscheidung des OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198; dagegen etwa Busse, SchiedsVZ 2005, 118, 119.

⁶⁰ Vgl. OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198.

⁶¹ Siehe für Fälle zur Erweiterung von Schiedsvereinbarungen in Vertragsketten im internationalen Schiedsrecht Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 481; zu der zweiten Kategorie etwa Meier, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 58 f.

⁶² Siehe zu dieser Situation etwa bei Hanotiau, Complex Arbitrations, 2020, S. 62; Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 52; ähnliche Fälle mit einer *incorporation by reference* im internationalen Schiedsrecht in Seehandelsachen auch bei Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 479; ähnliche Konstellationen zudem bei Hoffmann, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 132 und Kleinschmidt, SchiedsVZ 2006, 142, 142 und 146, wobei Letzterer einer Bindung in solchen Fällen ablehnend gegenübersteht.

⁶³ Corte Suprema di Cassazione v. 19.5.2009, No. 179, 11529, Yearbook Commercial Arbitration XXXIV, 2009, 649, 651 f.; ganz ähnlich im englischen Schiedsrecht, siehe Hanotiau, Complex Arbitrations, 2020, S. 63; anders hingegen im Schiedsrecht Hongkongs, ebd. S. 65.

⁶⁴ Vgl. für ähnliche Situation bei der Drittwiderklage Kleinschmidt, SchiedsVZ 2006, 142, 146. Retzbach, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 133 lehnt zudem überzeugend eine schiedsrechtliche Bindung des Herstellers in einer Vertragskette ab, wenn deliktische Ansprüche oder solche des Produkthaftungsrechts greifen.

ternehmer gewollt war.⁶⁵ Letztlich wäre in der Bezugnahme dann eine eigene Schiedsvereinbarung zwischen Haupt- und Subunternehmer zu sehen.⁶⁶

Ergibt die interpretierende Auslegung, dass sich mehr als zwei Parteien über dieselbe Schiedsvereinbarung zu einem Schiedsverfahren oder zu mehreren Schiedsverfahren verpflichten, stellt die Drittbindung unter dem Aspekt der Freiwilligkeit dogmatisch kein Problem dar.⁶⁷ Es stellt sich aber eine Reihe prozessualer Fragen, wie Mehrparteienverfahren oder mehrere Schiedsverfahren unter Umständen vor demselben Schiedsgericht durchzuführen wären. Besonders im Kontext der Schiedsrichterbestellung muss hier die Benachteiligung einer Partei ausgeschlossen werden.⁶⁸ Die verstärkte Einbindung von Schiedsinstitutionen oder konkrete Vorschriften in manchen Verfahrensordnungen können hier eine Lösung sein.⁶⁹ Da aber die prozessualen Aspekte von Mehrparteienverfahren nicht Thema dieser Arbeit sind, ist auf sie nicht weiter einzugehen.⁷⁰

2. Klarstellende Funktion der Schiedsvereinbarung

Des Weiteren kommt eine hinsichtlich einer Drittbindung im Gruppenkontext bloß klarstellende Funktion der Schiedsvereinbarung in Betracht. Etwa wenn

⁶⁵ Liegt nach entsprechender Auslegung keine Übereinstimmung vor, führt das zu einem Dissens (§ 155 BGB) und entsprechend zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung, *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 52 f. In der Volksrepublik China etwa wird sogar eine ausdrückliche Zustimmung der dritten Partei verlangt, siehe *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 63; siehe zu formellen Aspekten bei einer Schiedsvereinbarung durch Bezugnahme nach § 1031 Abs. 3 ZPO noch unten in diesem Teil unter D. II.

⁶⁶ So entscheiden es auch teilweise internationale Gerichte etwa in der Volksrepublik China und Hongkong, siehe *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 64; zu etwaigen (Form-)Problemen bei einem solchen Einbezug im internationalen Rechtsvergleich insbesondere ebd. S. 58 ff.

⁶⁷ *Meier*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 58 f. Ob hingegen tatsächlich Freiwilligkeit vorliegt, ist ein davon zu unterscheidendes Problem, siehe dazu bereits oben im 2. Teil unter B. IV. 2. und noch unten im 6. Teil unter A. II.

⁶⁸ *Berger*, RIW 1993, 702 mit einem eigenen Vorschlag dazu auf S. 705 ff.; siehe auch *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 135; *Kleinschmidt*, SchiedsVZ 2006, 142, 144; vgl. auch *Wolf*, Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 170.

⁶⁹ Bei den insoweit ähnlichen Problemen, die bei einer Konsolidierung von Schiedsverfahren auftauchen, können ebenfalls die Verfahrensordnungen von Schiedsinstitutionen weiterhelfen, siehe *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 146; zu Mechanismen der ICC-Schiedsordnung siehe *Kleinschmidt*, SchiedsVZ 2006, 142, 147.

⁷⁰ Siehe detailliert dazu, aber teilweise überholt, *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 262–296, 316–339, 341–526; aktueller etwa *Meier*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 86–128, 159–174, 175–219; siehe auch *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 135.

sich die Parteien nicht sicher sind, ob nach dem anwendbaren Recht⁷¹ eine etwaige Drittbindung gesetzlich eintritt, können sie die gewünschte Drittbindung in der Schiedsvereinbarung gesondert zum Ausdruck bringen. Hierbei ist aber zu beachten, dass die Bindung einer weiteren Partei nicht auf dieser Abrede beruhen kann, sondern bloß eintritt, wenn sie vom Gesetz so vorgesehen ist oder eben der Dritte zustimmt. Andernfalls würde es sich um einen unwirksamen Vertrag zu lasten Dritter handeln.⁷² Umgekehrt kann eine gesetzliche Drittbindung in der Regel auch durch explizite Parteivereinbarung ausgeschlossen werden.⁷³

Wenn sich die Hauptparteien beispielsweise nicht sicher sind, ob nach dem auf die Schiedsbindung anwendbaren Recht ein nachfolgendes Unternehmen auch von der Wirkung einer Schiedsvereinbarung erfasst wird, könnten sie einen dahingehenden Willen explizit in die Schiedsklausel aufnehmen. Auch wenn sich nach einigen Rechtsordnungen (so auch nach der deutschen⁷⁴) eine Bindung der Rechtsnachfolger aus dem objektiven Recht ergibt, wird dann zur Verdeutlichung dieser drittbindende Effekt auch in der Schiedsvereinbarung festgehalten.⁷⁵ Zusätzlich führt eine solche Schiedsvereinbarung dazu, dass sich dogmatisch keine Probleme hinsichtlich der Freiwilligkeit der beiden ursprünglichen Parteien ergeben, sie sich mithin unabhängig von einer gesetzlichen Bindung dem Schiedsgericht unterwerfen wollen.⁷⁶

⁷¹ Siehe dazu oben im 2. Teil unter B. III. 2.

⁷² Zur Unzulässigkeit einer Schiedsvereinbarung zu lasten Dritter siehe oben Fn. 33 dieses Teils.

⁷³ Vgl. BGH, Urteil v. 18.12.1975, III ZR 103/73, NJW 1976, 852; für den Ausschluss der grundsätzlichen Bindung des Insolvenzverwalters siehe *Münch.*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 50.

⁷⁴ *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119 hält die Bindung des Rechtsnachfolgers für etabliert, legt sich aber nicht fest, ob sie ohne seinen Willen zustande kommt. Für eine gesetzliche Bindung auch *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1442; zur Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge, bei der die Schiedsbindung aus dem Gesetz folgt, auch *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 35 und *ders.*, SchiedsVZ 2014, 274, 276; wohl auch *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 67 f.; nach ständiger Rechtsprechung ist der Zessionar an eine Schiedsabrede aus dem Gedanken des § 401 BGB also nach Gesetz gebunden, siehe BGH, Urteil v. 18.12.1975, III ZR 103/73, NJW 1976, 852, BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1398, BGH, Urteil v. 20.3.1980, III ZR 151/79, NJW 1980, 2022, 2023, BGH, Urteil v. 12.11.1990, II ZR 249/89, NJW-RR 1991, 423, 424; OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198.

⁷⁵ *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 115 hingegen gehen ohne Weiteres von einem Drittbindungswillen der Parteien auch bei der Abtretung aus, was ohne konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall aber zu einem unterstellten Willen würde. Da die Bindung überzeugenderweise jedoch aus dem Gesetz folgt, bedarf es richtigerweise keines Drittbindungswillens der Parteien.

⁷⁶ Das hilft jedoch freilich nicht über eine Zustimmung des gebundenen Dritten hinweg. Sofern ein gänzlich objektiv-rechtlicher Bindungsgrund aus allgemein wertenden Rechts-

3. Materielle Durchgriffsfälle im Wege der Auslegung von der Schiedsvereinbarung erfasst

In Konstellationen mit Beteiligung von mehreren Unternehmen an größeren Projekten kommt es besonders häufig vor, dass über einen gesellschaftsrechtlichen Durchgriff auf die Muttergesellschaften und andere handlungsleitende Akteure für die materiell-rechtliche Ebene diskutiert wird. Als Folge wird auch im Schiedsrecht die Durchgriffssituation wiederholt diskutiert.⁷⁷ Dabei wird teilweise vertreten, dass im Wege der Auslegung einer Schiedsvereinbarung ermittelt werden soll, ob die ursprünglichen Parteien der Schiedsvereinbarung auch die Fälle der materiellen Durchgriffshaftung vor einem Schiedsgericht klären wollten, respektive die Schiedsvereinbarung diese Fälle umfassen sollte.⁷⁸ Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen eine Gesellschaft selbst keine Rechtspersönlichkeit hat und folglich im Wege der Auslegung ermittelt wird, dass als Partei einer Schiedsvereinbarung nur die dahinterstehende (Haupt-)Gesellschaft in Betracht kommt.⁷⁹

Geht man der Frage nach, ob die Schiedsvereinbarung auch Fälle der materiellen Durchgriffshaftung erfassen soll, legt man die Vereinbarung zunächst hinsichtlich ihrer objektiven Reichweite aus. Gleichzeitig stellt sich aber zwangsläufig auch die Frage nach der subjektiven Reichweite. Denn der Durchgriffshaftung ist es wesenseigen, dass sie einen Dritten betrifft. Wenn also die Auslegung ergibt, dass die Schiedsvereinbarung den materiellen Haftungstatbestand der Durchgriffshaftung umfassen soll (objektive Reichweite), wird damit simultan der Wille der Hauptparteien festgestellt, die Schiedsvereinbarung auf einen Dritten zu erstrecken. Die Fragen der objektiven und subjektiven Reichweite der Schiedsvereinbarung sind hier also verbunden.⁸⁰

Über eine etwaige Zustimmung des Dritten oder die Bindungswirkung ihm gegenüber ist damit freilich noch keine Aussage getroffen. Bei der Frage nach einer etwaigen Bindungswirkung gegenüber Dritten ist daher dogmatisch strikt zu trennen, ob in materiell-rechtlichen Durchgriffsfällen *im Wege der Auslegung* die Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung auf einen Dritten zu erstrecken ist (subjektiv-rechtliche Schiedsbindung, die den Willen aller Parteien voraussetzt) oder ob eine Schiedsbindung des Durchgriffsschuldners der materiellen Haftung *als Annex folgt* (objektiv-rechtliche Schiedsbindung ohne den Willen mindestens eines Beteiligten).⁸¹

grundsätzen besteht, bedarf es aber einer Zustimmung des Dritten nicht, siehe zu solchen Fallgruppen noch unten im 4. Teil unter B. und im 5. Teil.

⁷⁷ Siehe noch ausführlich unten im 5. Teil unter G.

⁷⁸ Siehe auch Gross, SchiedsVZ 2006, 194, 195; Schütze, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 47 nimmt nur in Ausnahmefällen im Wege der Auslegung eine schiedsrechtliche Bindung in Fällen der materiellen Durchgriffshaftung an, ebenso schon ders., SchiedsVZ 2014, 274, 277.

⁷⁹ Hanotiau, Complex Arbitrations, 2020, S. 9.

⁸⁰ Siehe auch oben im 2. Teil unter A. I.

⁸¹ Siehe zur objektiv-rechtlichen Schiedsbindung in Durchgriffsfällen noch unten im 5. Teil unter G.

In der Praxis wird eine schiedsrechtliche Drittbindung in Durchgriffsfällen im Wege der Auslegung der Schiedsvereinbarung nur in den seltensten Fällen anzunehmen sein.⁸² Selbst wenn die Auslegung der Schiedsvereinbarung ergibt, dass die objektive Reichweite auch Durchgriffsfälle umfassen soll, scheint die für eine Drittbindung nötige Zustimmung des Durchgriffsschuldners aus zwei Gründen sehr unwahrscheinlich: Zum einen ist der genaue Durchgriffsschuldner bei Abschluss der Schiedsvereinbarung nicht zwingend absehbar⁸³ und zum anderen will der Durchgriffsschuldner seine Haftung in aller Regel vermeiden. Er wird eine Bindung also nicht wollen und erklären.

Nur wegen der weiten Formulierung einer Schiedsvereinbarung in sachlicher Hinsicht kann daher nicht von einer Mehrparteienschiedsvereinbarung ausgegangen werden.⁸⁴ Und erst recht kann allein der Wille der ursprünglichen Parteien hinsichtlich des Einbezugs eines etwaigen Durchgriffsschuldners keine Drittbindung erzeugen, da es sich um einen unzulässigen Vertrag zugunsten Dritter handeln würde. Richtigerweise ist eine Schiedsbindung in Fällen der materiellen Durchgriffshaftung daher in den meisten Fällen nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen also objektiv-rechtlichen Maßstäben möglich.⁸⁵

4. Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter

Als nächste Möglichkeit kommt in Betracht, dass eine Schiedsvereinbarung zugunsten eines Dritten abgeschlossen wird.⁸⁶ Erneut soll dieser Grundsatz speziell

⁸² So im Ergebnis auch *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 47 nimmt nur in Ausnahmefällen im Wege der Auslegung eine schiedsrechtliche Bindung in Fällen der materiellen Durchgriffshaftung an; siehe auch schon *ders.*, SchiedsVZ 2014, 274, 277.

⁸³ Anders mag es natürlich sein, wenn es sich um eine *Ad-hoc*-Schiedsvereinbarung handelt.

⁸⁴ Auf den sachlichen Umfang für die Frage der persönlichen Reichweite aber abstellend *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195.

⁸⁵ Im Ergebnis ganz ähnlich *ders.*, SchiedsVZ 2006, 194, 195; siehe für eine ähnliche Analyse für verschiedene Fälle der Gesellschafterhaftung *Wiegand*, SchiedsVZ 2003, 52, 57 f.; zu einer objektiv-rechtlichen Schiedsbindung in Fällen der Durchgriffshaftung noch unten im 5. Teil unter G.

⁸⁶ *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u. a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 39, § 1031 Rn. 18; *ders.*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 76; *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 6; *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 465; *ders.*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 94; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 40; wohl auch zu diesem Fall *ders.*, SchiedsVZ 2014, 274, 276; OLG Hamburg, Beschluss v. 12.8.2019, 6 Sch 2/19, RdTW 2020, 224, 225 Rn. 24. Als eine Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter ist die Schiedsvereinbarung auch im Fall vor dem OLG Düsseldorf, Urteil v. 19.5.2006, I-17 U 162/05, SchiedsVZ 2006, 331, 332 letztlich zu bewerten. Gegen die Möglichkeit einer Schieds-

für die Beteiligung von mehreren Unternehmen untersucht werden, da in komplexen Vertragsstrukturen und Unternehmensgruppen mehrere Rechtsverhältnisse in Betracht kommen, die eine Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter enthalten können. Denn als eine solche Schiedsvereinbarung kann insbesondere auch ein gruppeninterner Vertrag fungieren.⁸⁷ So könnte ein Gesellschaftsvertrag einer Unternehmensgruppe vorsehen, dass zugunsten eines klagenden Dritten ein schiedsrechtliches Vorgehen gegen verschiedene Gruppengesellschaften gestattet wird. Ähnlich kann es in einer Kette von Verträgen oder bei *joint ventures* vorkommen, dass die ursprünglichen Schiedsparteien weiteren Geschäftspartnern die Möglichkeit einräumen wollen, sich im Streitfall ebenfalls auf die von den ursprünglichen Parteien abgeschlossene Schiedsvereinbarung zu berufen.⁸⁸ Jedes Rechts- oder Vertragsverhältnis muss dabei eigenständig auf eine Schiedsbindung geprüft werden.⁸⁹ In Betracht kommen insbesondere die folgenden Konstellationen.

vereinbarung zugunsten Dritter wendet sich *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 118 f., jedoch mit dem nicht überzeugenden Argument, dass dadurch schiedsvertragliche Pflicht und Berechtigung getrennt würden. Das ist indes abzulehnen, da gemäß § 328 Abs. 2 BGB im Falle der Geltendmachung des Forderungsrechts durch den Begünstigten auch die von den Hauptparteien vorgesehenen Einschränkungen greifen. Es handelt sich nicht um eine unmittelbare Rechtspflicht zulasten des Dritten. Von der hier beschriebenen Situation zu unterscheiden ist die Konstellation, in der eine Schiedsvereinbarung in einem materiell-rechtlichen Vertrag zugunsten Dritter enthalten ist, die dann unter Umständen objektiv-rechtlich eine Drittwirkung entfaltet (dazu noch unten im 5. Teil unter B.), siehe auch *ders.*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 119. Teilweise gegen eine Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 72. Der Fall einer Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter ist davon zu trennen, ob in einem materiellen Vertrag zugunsten Dritter die Begünstigung unter der Bedingung einer Schiedsbindung steht, siehe zu diesem zweiten Fall unten im 5. Teil unter B.

⁸⁷ Dies setzt einen Vertragskonzern im Sinne von §§ 291 ff. AktG voraus. Alternativ können auch die faktischen Beziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft untersucht werden, sofern diese Beziehungen Aufschluss über einen möglichen Bindungswillen geben können.

⁸⁸ *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; vgl. auch *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 131 f.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1444; ähnliche Konstellationen des internationalen Schiedsrechts, in denen teilweise über das Prinzip des *estoppel* eine Schiedsbindung angenommen wurde, bei *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 483. Sandrock selbst betont, dass im Ausgangspunkt ohne Zustimmung der betroffenen Parteien auch in solchen komplexen Vertragsstrukturen keine Schiedsbindung entstehen kann. Für die grundsätzliche Möglichkeit, aus verschiedenen Vertragskomplexen eine Schiedsbindung herzuleiten, siehe auch *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 29.

⁸⁹ *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 81, der sich allerdings nicht explizit auf den Vertrag zugunsten Dritter, sondern auf die Situation mit Rahmenverträgen bezieht.

Zunächst kann die Situation bestehen, dass sich eine Gruppengesellschaft mit einer weiteren Partei einigt, dass die Schiedsvereinbarung zwischen ihnen auch zugunsten eines Dritten (etwa einer weiteren Gruppengesellschaft) für bestimmte materiell-rechtliche Ansprüche gelten soll.⁹⁰ Ob die ursprüngliche Schiedsvereinbarung im Einzelfall eine solche zugunsten Dritter ist, ist im Wege der (restriktiven) Auslegung nach den allgemeinen Grundsätzen zu ermitteln. Initiiert der Dritte später ein Schiedsverfahren entsprechend der Schiedsvereinbarung und macht dabei einen der umfassten materiellen Ansprüche geltend, stimmt er dadurch der Schiedsvereinbarung zu seinen Gunsten konkludent zu, sodass die Drittbindung dadurch allseitig willentlich zustande kommt.⁹¹ Ein Problem mit dem Freiwilligkeitserfordernis besteht dann dogmatisch nicht.

Ähnlich verhält es sich in der folgenden Konstellation: In dem Fall, dass ein Subunternehmer mit einem Hauptunternehmer eine Schiedsvereinbarung hat und der Hauptunternehmer eine (identische) Schiedsvereinbarung mit dem Auftraggeber, soll per Auslegung ermittelt werden können, ob auch der Auftraggeber und der Subunternehmer gegenseitig an ein Schiedsverfahren gebunden wä-

⁹⁰ Siehe für eine ganz ähnliche Situation der Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter *ders.*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 76; *Meier*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 74; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 229. Beachte, dass umgekehrt verbundene Unternehmen mitunter gerade andere Gruppenunternehmen von einer Haftung frei- und entsprechend aus Verfahren heraushalten wollen, siehe *Kleinschmidt*, SchiedsVZ 2006, 142, 143.

⁹¹ Siehe *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 73; so auch etwa OLG Düsseldorf, Urteil v. 19.5.2006, I-17 U 162/05, SchiedsVZ 2006, 331, 332 f. Zu der grundsätzlichen Möglichkeit einer Schiedsvereinbarung (bzw. der Zustimmung dazu) durch Klageerhebung und -erwidern etwa *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 104; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczeorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 46; vgl. auch *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; BGH, Beschluss v. 3.3.2016, I ZB 2/15, SchiedsVZ 2016, 328, 330; dagegen (wohl vor allem wegen des Formerfordernisses) *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 48. Beachte ergänzend, dass auch in dem rügelosen Einlassen bei gleichzeitiger Mitwirkung am Schiedsverfahren eine konkludente Zustimmung zu der Zuständigkeit des Schiedsgerichts gesehen wird, *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 92; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 20; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczeorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 46 und § 1031 Rn. 40; a. A. *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 121. Beachte, dass nach teilweise vertretenen und umstrittenen Meinung selbst eine Präklusionswirkung gegenüber einem Dritten zu dessen Bindung führen kann, wenn der Dritte gänzlich passiv bleibt, siehe Hanseatisches OLG Bremen v. 10.11.2005, 2 Sch 2/2005, unter II. 1.; diese Entscheidung zu Recht ablehnend *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 119 f. Zu der grundlegenden Frage, dass nicht nur Äußerungen, sondern auch Verhaltensweisen auszulegen sind, in denen dann konkludente Erklärung gesehen werden können, *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 38.

ren.⁹² Nur vereinzelt wird in solchen Konstellationen stattdessen die Annahme getroffen, dass im Zweifel alle Parteien eine stets einheitliche Streitbeilegung gewollt hätten.⁹³ Eine solche Annahme würde streng genommen dazu führen, dass wegen der Schiedsvereinbarungen zwischen den unmittelbaren materiell-rechtlichen Vertragspartnern auch Schiedsvereinbarungen zwischen in materieller Hinsicht nicht unmittelbaren Vertragspartnern zustande kämen. Davon kann allerdings nicht ohne Weiteres oder gar allgemein ausgegangen werden, ohne den Parteien einen Willen zu unterstellen.⁹⁴

Stattdessen kommt in diesen Konstellationen mit Sub- und Hauptunternehmern ebenfalls die Lösung über eine Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter in Betracht. Danach würden Schiedsvereinbarungen einer Vertragskette dahingehend ausgelegt, dass sie als Verträge zugunsten Dritter ein Eintrittsrecht des jeweils Dritten vorsehen.⁹⁵ Dann könne sich eine Partei auch auf die Schiedsvereinbarungen der anderen Vertragsverhältnisse berufen und somit ein Schiedsverfahren unter eigener Beteiligung auch gegen Personen innerhalb der Kette erwirken, zu denen ansonsten keine direkte vertragliche Beziehung besteht. Nicht nur in Regressfällen kann diese Übertragung der Schiedsverfahrensoption von den Parteien gewünscht sein.⁹⁶

Allerdings wird man sich in diesen Konstellationen immer fragen müssen, warum bei einem allseitigen Konsens nicht eine Anpassung oder eine Erweiterung der ursprünglichen Schiedsvereinbarungen vorgenommen und damit die Drittwirkung explizit festgehalten wurde. Wurde die Erweiterung oder Anpassung nicht gewählt, spricht das bei juristisch oftmals gut beratenen großen Unternehmen dafür, dass keine erweiterte Bindung gewollt war. Unter Berücksichtigung dieser Argumentation kommt man über die interpretierende Auslegung schwerlich zu einer Bindung im Wege einer Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter, auch wenn es im Einzelfall als zweifellos effizienteste Lösung erscheinen mag. Das kann indes nicht ausreichen, um bei den Parteien von einem Drittbindungswillen auszugehen.⁹⁷

⁹² Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 238; vgl. auch Kleinschmidt, SchiedsVZ 2006, 142, 146.

⁹³ So etwa für Fälle mit Aufrechnung Karrer, in: Greiner/Berger/Günther (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, 2005, S. 51, 54; dagegen etwa Kleinschmidt, SchiedsVZ 2006, 142, 146.

⁹⁴ Im Ergebnis ebenso Kleinschmidt, SchiedsVZ 2006, 142, 146; Meier, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 49 f.

⁹⁵ Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 238. Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, in der eine Schiedsvereinbarung in einem materiell-rechtlichen Vertrag zugunsten Dritter enthalten ist, die dann unter Umständen objektiv-rechtlich eine Drittwirkung entfaltet, siehe dazu unten im 5. Teil unter B.

⁹⁶ Kleinschmidt, SchiedsVZ 2006, 142, 142; vgl. auch Meier, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 73 f.

⁹⁷ Effizienzüberlegungen und selbst die Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen hätten hier hinter der Privatautonomie der Parteien zurückzutreten, Kleinschmidt, SchiedsVZ 2006, 142, 146.

Auch kann ein Drittbindungswille aller Parteien nicht bloß deshalb angenommen werden, weil Schiedsvereinbarungen in Vertragsketten zwischen mehreren Gliedern der Kette bestehen oder identische Schiedsvereinbarungen zwischen unterschiedlichen Unternehmen eines Netzwerks an Unternehmen vorliegen. Gerade wenn die Glieder einer Kette oder Mitglieder eines *joint ventures* mitunter nicht von den anderen Verträgen oder Parteien wissen, scheidet die Konstruktion eines Vertrags zugunsten Dritter oftmals schon aufgrund der Unbekanntheit des Dritten aus. Denn ein Vertrag zugunsten unbekannter Dritter dürfte wegen der hohen Haftungsrisiken und unvorhersehbaren prozessualen Konstellationen in den wenigsten Fällen angenommen werden können.⁹⁸

Es bedarf also für eine Bindung im Wege des Vertrags zugunsten Dritter handfester Anhaltspunkte für den Willen aller Beteiligten. Das ist zwar nicht ausgeschlossen, stellt aber praktisch umso höhere Hürden auf, je sporadischer der geschäftliche Kontakt zwischen den unterschiedlichen Parteien ist. Ergibt sich demgegenüber aus einem bestimmten Vertragsverhältnis eindeutig eine Drittbegünstigungsabsicht, kann freilich eine Schiedsvereinbarung zugunsten eines Dritten angenommen werden und stellt dann unter dem Aspekt der Freiwilligkeit kein Problem dar.

5. Schiedsbindung der Geschäftsführung im Falle einer Haftung bei culpa in contrahendo

Zuletzt ist noch zu untersuchen, ob eine Schiedsbindung in Betracht kommt, wenn der Vorstand bzw. die Geschäftsführung einer Gesellschaft nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* (*c. i. c.*) haftet. Denkbar sind hier zwei Konstellationen. In der ersten schließt der Vorstand für die Gesellschaft einen materiellen Vertrag mit einem Dritten wirksam für die Gesellschaft ab. Bei den parallel verlaufenden Verhandlungen zu einer Schiedsvereinbarung für diesen materiellen Vertrag kommt es wegen Verschuldens des Vorstands zu keinem Schiedsvertragsschluss. Isoliert in Bezug auf die Schiedsvereinbarung könnte der Vorstand dem Dritten mithin aus *culpa in contrahendo* haften.⁹⁹ In dieser Konstellation kann jedoch von vornherein keine Schiedsbindung des Vorstands zustandekommen, da die Haftung bei der *c. i. c.* auf das negative Interesse be-

⁹⁸ Vgl. Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 73, der auch davon ausgeht, dass die einseitige Einräumung einer Klagemöglichkeit vor einem Schiedsgericht nur selten dem Willen der Parteien entspreche.

⁹⁹ Ein konkludenter Vertragsabschluss durch den Vorstand als natürliche Person für sich selbst kommt nicht in Betracht, da er gerade in seiner Eigenschaft als Vorstand handelt. Eine Haftung und Bindung des Vorstands über § 179 BGB kommt zudem in der Regel nicht in Betracht, weil der ordnungsgemäß bestellte Geschäftsführer eine Vollmacht zum Abschluss aller Geschäfte der Gesellschaft besitzt. Siehe zu einer Schiedsbindung über § 179 BGB noch unten im 5. Teil unter D.

schränkt ist und nur einen Schadensersatz, nicht aber eine Schiedsbindung zur Folge haben kann.¹⁰⁰

In der zweiten Konstellation hat der Vorstand bereits für die Gesellschaft eine wirksame und in objektiver Hinsicht umfassende Schiedsvereinbarung mit einem Dritten abgeschlossen. Anschließend entsteht im Verhandlungsprozess eines von der Schiedsvereinbarung erfassten materiellen Vertrags eine Haftung des Vorstands aus *c. i. c.*¹⁰¹ Hier stellt sich die Frage, ob der Vorstand im Streit über diesen materiellen Anspruch aus *c. i. c.* auch an die Schiedsvereinbarung gebunden werden kann, die er für die Gesellschaft zwischen ihr und dem Dritten abgeschlossen hat.

Da die in Frage stehenden Schiedsparteien (Vorstand und Dritter) selbst die Verhandlungspartner der Schiedsvereinbarung (zwischen Gesellschaft und Drittem) waren,¹⁰² kann sich aus den Äußerungen des Vorstands bei den Verhandlungen ergeben, dass neben der Gesellschaft auch er selbst an die Schiedsvereinbarung gebunden sein sollte. Die Schiedsvereinbarung bzw. die Erklärungen des Vorstands bei den Verhandlungen dazu sind daher hinsichtlich eines etwaigen persönlichen Schiedsbindungswillens des Vorstands auszulegen.

Sofern die Auslegung ergibt, dass die Schiedsvereinbarung auch Ansprüche der *c. i. c.* gegen den Vorstand umfassen soll, ist darin eine Zustimmung des Vorstands zu einer Schiedsbindung für diesen Fall zu sehen. Sofern sich eine solche Aussage aber nicht finden lässt, ist davon auszugehen, dass eine solche persönliche Bindung nicht gewollt war. Dabei ist erneut von einer restriktiven Auslegung auszugehen. Zudem besteht in dieser Situation keine Möglichkeit, eine Schiedsbindung des Vorstands auf eine objektive Vertragsergänzung zu stützen.¹⁰³ Für den tatsächlichen Willen der potenziellen Schiedsparteien müssen mithin hinreichend konkrete Anhaltspunkte vorliegen. Dabei ist zu unterstellen, dass ihre Interessen in dem Vertrag abschließend ihren Ausdruck gefunden haben.¹⁰⁴ Die Schiedsvereinbarung ist also im Wege der Auslegung nicht dahinge-

¹⁰⁰ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 2021, S. 46 Rn. 100; *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 140.

¹⁰¹ Beachte aber, dass die Geschäftsführerhaftung aus *c. i. c.* äußerst selten in Betracht kommt, da die Haftungsbeschränkung der juristischen Person (etwa § 13 Abs. 2 GmbHG) nicht umgangen werden darf, siehe etwa *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 142.

¹⁰² Mangels tatsächlicher Willensbildung einer juristischen Person muss der Vorstand als natürliche Person für die Gesellschaft Willenserklärungen abgeben.

¹⁰³ Siehe dazu noch unten in diesem Teil unter C. II.

¹⁰⁴ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 48; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 413; siehe auch BGH, Urteil v. 14.10.1999, III ZR 203/98, NJW 2000, 207, 208; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 2; siehe zur ergänzenden Auslegung noch unten in diesem Teil unter C.

hend zu erweitern, dass der Vorstand ihr für Fälle einer eigenen materiellen Haftung aus *c. i. c.* ebenfalls persönlich unterworfen wird.¹⁰⁵

II. Pauschale Zustimmung zur Schiedsbindung durch Beitritt in eine Gesellschaft

Denkbar ist zudem eine weitere Konstellation, bei der unter vordergründiger Wahrung des Freiwilligkeitserfordernisses eine schiedsrechtliche Drittbindung entstehen könnte. Bei der im Folgenden beschriebenen Situation wird allerdings nicht die Schiedsvereinbarung selbst ausgelegt, sondern aus dem Beitritt eines Gesellschafters¹⁰⁶ zu einer Gesellschaft, auf eine etwaige Schiedsbindungsabsicht geschlossen.¹⁰⁷ Unterliegt ein Gesellschafter gesetzlichen materiellen Haftungen (etwa §§ 128, 161 HGB) und hat die entsprechende Gesellschaft eine Schiedsvereinbarung mit Gläubigern geschlossen, könnte der Beitritt eines Gesellschafters zu der Gesellschaft so ausgelegt werden, dass er für die Fälle der persönlichen Haftung auch einer persönlichen Schiedsbindung zustimmt.¹⁰⁸ Der Gesellschaftervertrag mit dem eintretenden Gesellschafter müsste dann dahingehend auszulegen sein, dass der neue Gesellschafter einwilligt, auch in prozessualer Hinsicht an Verpflichtungen der Gesellschaft gebunden zu sein.¹⁰⁹ Die Zustimmung

¹⁰⁵ Siehe insbesondere zu einem (ebenfalls abzulehnenden) objektiv-rechtlichen Bindungsansatz für einen GmbH-Geschäftsführer noch unten im 5. Teil unter G. II. 2. Hierbei besteht bereits dogmatisch ein anderer Ansatz, da von vorne herein auf einen Konsens verzichtet wird. Mangels einer Vereinbarung mit dem Dritten kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die jeweiligen Interessen in einer solchen bereits hinreichend ihren Ausgleich gefunden haben.

¹⁰⁶ Beachte, dass der Gesellschafter seinerseits ein Unternehmen sein kann.

¹⁰⁷ Siehe etwa *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 153, der den Ansatz verfolgt, über dieses Konstrukt eine Schiedsbindung des persönlich haftenden Gesellschafters anzunehmen; für diesen Ansatz eines vermuteten Willens schon *Schmidt*, Der Betrieb 1989, 2315, III. 2. b). Vgl. auch den vereinzelt vertretenen Ansatz im amerikanischen Recht, dass die Obergesellschaft ihre Angestellten und Vertreter automatisch schiedsrechtlich mitverpflichtet, siehe dazu die Darstellung bei *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 13.

¹⁰⁸ *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 115; vgl. auch den insoweit ähnlichen ägyptischen Fall bei *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 61. Siehe zu einer Bindung ohne Zustimmung im Falle der Haftung über § 128 HGB noch unten im 5. Teil unter E.

¹⁰⁹ Siehe zu dem vordergründig ähnlich gelagerten Fall der innergesellschaftlichen Streitigkeiten, die von einer Schiedsvereinbarung im Gesellschaftsvertrag umfasst sein könnten, *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 242 f., der aber nicht der herrschenden Meinung folgt und solche Schiedsvereinbarungen nicht auf vertragliche Basis stellt, sondern nach § 1066 ZPO einordnet. Ähnlich war es auch im ICC Tribunal, Final award v. 28.7.2000, Award No. 9797, ASA Bulletin 2000, 514, unter C., in dem ein Intergesellschaftsvertrag so ausgelegt wurde, dass eine Partei des weltweiten „Netzwerks“ aufgrund dieses Kooperationsvertrags die anderen mitverpflichten konnte, siehe dazu auch *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 10. Die Abgrenzung zur Stellvertretung im Einzelfall ist schwierig und je nach anwendbarer Rechtsordnung und den damit einhergehenden unterschiedlichen Voraussetzungen schwer möglich, vgl. ebd. S. 13.

des Gläubigers wiederum läge in einer Klageerhebung gegen den Gesellschafter vor einem Schiedsgericht.¹¹⁰ Eine parallele Konstellation ist denkbar mit den Unternehmen einer Unternehmensgruppe.

Die hier beschriebene Konstellation des Eintritts in eine Gesellschaft unterscheidet sich dahingehend von einer Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter, dass hier keine konkrete Schiedsvereinbarung zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft besteht, auf die sich der Gläubiger beziehen kann. Stattdessen wäre es eine pauschale Einwilligung des Gesellschafters, die Verpflichtungen der Gesellschaft auch in prozessualer Hinsicht persönlich zu erfüllen. Auch ist die Situation dieser globalen Einwilligung von einer umfassenden Vollmacht zugunsten der Gesellschaft zu unterscheiden,¹¹¹ da es bei der Einwilligung nicht um die selbstständige Verpflichtung des Gesellschafters gegenüber Gläubigern durch die Gesellschaft geht, sondern gerade um das Eintreten des Gesellschafters für die auch prozessualen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

In diesem Aspekt der weitreichenden Einwilligung liegt zugleich das Problem: Von einer derart weitreichenden Zustimmung beim Eintritt in eine Gesellschaft bzw. durch Abschluss des Gesellschafter- oder Konzernvertrags kann nicht einfach ausgegangen werden. Stattdessen müsste der Gesellschafter seine pauschale Zustimmung beim Beitritt klar zu erkennen geben oder die Bindung wäre leicht wegen mangelnden Geschäftswillens anfechtbar.¹¹² Zwar hat der Gläubiger der Gesellschaft in der Regel ein Interesse daran, entgegen der gesetzlichen grundsätzlichen Trennung einen einheitlichen Prozess gegen Gesellschafter und Gesellschaft zu führen.¹¹³ Doch der Gesellschafter wird kaum ein Interesse an einer solch weitreichenden Einwilligung zu einer zusätzlichen prozessualen Bindung haben, zumal ihm auch die Möglichkeit offensteht, im Einzelnen mit den Gläubigern eine Schiedsvereinbarung (im Zweifel mit identischem Wortlaut zu der Schiedsvereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschaft) abzuschließen.

¹¹⁰ Siehe zu einer Zustimmung durch Klageerhebung schon oben in diesem Teil unter A. I. 4. bei Fn. 91; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 115 hingegen sehen in dem Abschluss eines materiellen Vertrags mit einer Personenhandelsgesellschaft die Einwilligung in eine schiedsrechtliche Bindung auch gegenüber den Gesellschaftern. Das missachtet allerdings zum einen die Trennung von materiellem Vertrag und der Schiedsvereinbarung, sofern weder ein konkreter Anhaltspunkt für diesen speziellen prozessualen Bindungswillen noch ein besonderer objektiver Bindungsgrund vorliegt, und zum anderen handelt es sich bei der Argumentation für einen solchen Willen um einen Zirkelschluss: Denn wenn die Gesellschafter angeblich deshalb der Schiedsbindung konkludent zustimmen, weil sie richtigerweise von deren Vorliegen nach den gesetzlichen Regelungen ausgehen, bedarf es der Zustimmung für eine Bindung nicht.

¹¹¹ Siehe dazu noch sogleich in diesem Teil unter B. I. 3., wo es um die Konstellation geht, dass ein Unternehmen einer Gruppe die pauschale Vollmacht besitzt, andere Unternehmen derselben Gruppe auch beim Abschluss von prozessual wirkenden Verträgen zu vertreten.

¹¹² Siehe allgemein zum Mangel im Geschäftswillen mit der Folge der Anfechtbarkeit etwa *Armbrüster*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, Vorb. § 116 Rn. 28.

¹¹³ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 35.

Ebenso kann nur wegen einer bewussten persönlichen materiellen Haftung des Gesellschafters nicht die Annahme folgen, der haftende Gesellschafter wolle auch in den Fällen auf die staatlichen Gerichte verzichten, in denen seine Gesellschaft eine Schiedsvereinbarung eingegangen ist.

Wegen der potenziellen prozesstaktischen Nachteile einer einheitlichen Schiedsbindung kann auch nicht von einem Interesse der Gesellschaft an einer pauschalen persönlichen prozessualen Bindung ihrer Gesellschafter ausgegangen werden. Zwar kann es auch im Interesse der Gesellschaft sein, dass ihre Gesellschafter einheitlich vor einem Schiedsgericht mit Gläubigern prozessieren. Das muss allerdings längst nicht immer zu tatsächlichen Vorteilen führen. Hier ist daher erneut auf den Grundsatz der restriktiven Auslegung im Hinblick auf eine subjektive Schiedsbindung hinzuweisen.¹¹⁴ Zusammenfassend kann im Wege der Auslegung eines Gesellschafter- oder Konzernvertrags nicht von einem weitgehenden Einbezug des Gesellschafters oder Gruppenunternehmens ausgegangen werden, solange ein solcher Einbezug nicht eindeutig zu erkennen ist. Ob davon unabhängig eine Schiedsbindung eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines ebenfalls materiell-rechtlich haftenden anderen Gruppenunternehmens aus objektiv-rechtlichen Gründen besteht, wird noch im Folgenden zu untersuchen sein.¹¹⁵

III. Zwischenergebnis zur Bindung nach interpretierender Auslegung

Für eine Bindung an ein Schiedsverfahren im Kontext von Unternehmensgruppen ist zunächst immer von dem Parteiwillen auszugehen. Der Parteiwille ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.¹¹⁶ Dabei ist zunächst die Auslegung der Schiedsvereinbarung selbst vorzunehmen. Sie kann ergeben, dass mehr als nur zwei Parteien sich einem Schiedsgericht unterwerfen wollten. Eine Schiedsvereinbarung mit mehr als zwei Parteien ist somit ohne Weiteres möglich. Daneben bestehen weitere Möglichkeiten, um in speziellen Konstellationen zu einer wilensgetragenen Schiedsbindung Dritter zu gelangen.

Eine bloß klarstellende Schiedsvereinbarung zur Bindung Dritter begegnet keinen Bedenken hinsichtlich des Freiwilligkeitserfordernisses.¹¹⁷ Zu beachten ist aber, dass die Bindung des Dritten durch Auslegung in diesen Fällen eine Doppelung darstellt, da die Bindung auch aufgrund des Gesetzes eintritt. Solche objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen werden im 5. Teil dieser Arbeit noch genauer untersucht. Auch eine Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter ist grundsätzlich ohne Weiteres möglich, muss aber hinreichend eindeutig sein.¹¹⁸ Selbst bei

¹¹⁴ Siehe dazu oben zu Beginn dieses Teils.

¹¹⁵ Siehe zu einer objektiv-rechtlichen Schiedsbindung im Falle einer Haftung nach § 128 HGB noch unten im 5. Teil unter E.

¹¹⁶ Gross, SchiedsVZ 2006, 194, 195.

¹¹⁷ Siehe oben in diesem Teil unter A. I. 2.

¹¹⁸ Siehe oben in diesem Teil unter A. I. 4.

der Auslegung von identischen Schiedsverträgen zwischen verschiedenen Parteien in demselben Vertragskomplex oder derselben Unternehmensgruppe kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass ein allgemeiner bzw. wechselseitiger Schiedsbindungswille vorliegt. Sofern sich aber hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür finden lassen, ist ein solcher Schiedsbindungswille zugunsten weiterer Parteien denkbar.¹¹⁹

Hingegen kann kein Schiedsvertrag zulasten eines Dritten abgeschlossen werden. Daher kann auch eine Schiedsvereinbarung, die in objektiver Hinsicht die Fälle einer materiellen Durchgriffshaftung umfassen soll, nicht dazu führen, dass sie einen Dritten ohne seinen Willen bindet. Erklärt der Durchgriffsschuldner hingegen seinen schiedsrechtlichen Bindungswillen, entsteht auch zwischen ihm und dem Durchgriffsgläubiger eine Schiedsvereinbarung. Ähnlich ist es bei einer Bindung des Vorstands einer Gesellschaft an eine Schiedsvereinbarung, die er originär für die Gesellschaft abgeschlossen hat.¹²⁰ Eine Schiedsbindung über die *c. i. c.* wegen Verschuldens beim Schiedsvertragsschluss kommt wegen der Rechtsfolge der *c. i. c.* (Schadensersatz) nicht in Betracht. Jedoch kann die Auslegung der Erklärungen zwischen Vorstand und Drittem ergeben, dass der Vorstand auch persönlich an die Schiedsvereinbarung gebunden sein sollte und nicht nur die Gesellschaft, für die die Schiedsvereinbarung formal abgeschlossen wurde. Für ein solches Auslegungsergebnis bedarf es aber erneut hinreichend konkreter Anhaltspunkte.

International wird zudem diskutiert, ob durch den Beitritt eines persönlich haftenden Gesellschafters zu einer Gesellschaft auch seine Bereitschaft erklärt wird, an etwaige Schiedsvereinbarungen der Gesellschaft mit ihren Gläubigern gebunden zu sein.¹²¹ Davon ist jedoch ohne konkrete Anhaltspunkte nicht auszugehen. Die Untersuchung der Interessen der beteiligten Gesellschafter oder Unternehmen hat ergeben, dass es kaum Situationen gibt, in denen ein Bedürfnis für eine derart weitreichende Zustimmung besteht. Das gilt umso mehr, als es den einzelnen Beteiligten in den jeweiligen Rechtsverhältnissen jederzeit freisteht, eigene Schiedsvereinbarungen abzuschließen.

Bei einer Auslegung der relevanten Vertragsdokumente (insbesondere der abgeschlossenen Schiedsvereinbarung und möglichen Unternehmensverträgen) über §§ 133, 157 BGB ist stets zu beachten, dass es keine Verkehrssitte im Sinne von § 157 BGB gibt, nach der eine Drittbindung als Regel anzunehmen ist.¹²² Das gilt insbesondere für die dargestellten Konstellationen einer Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter. Abseits klarer Anhaltspunkte für einen Bindungswillen aller betroffenen Parteien ist es daher wenig absehbar, ab welchem Maß an Beweisen ein Gericht zu einer Drittbindung als Auslegungsergebnis in den exem-

¹¹⁹ Vgl. Müller/Keilmann, SchiedsVZ 2007, 113, 119.

¹²⁰ Siehe oben in diesem Teil unter A. I. 5.

¹²¹ Siehe oben in diesem Teil unter A. II.

¹²² Allgemein gegen eine Schiedsbindung nach Verkehrssitte Hesselbarth, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 179 ff.

plarisch dargestellten Fallgestaltungen käme. Gleichzeitig gibt der Auslegungsansatz den entscheidenden Gerichten ein hohes und oftmals notwendiges Maß an Flexibilität. Denn im Wege der Auslegung kann immer nur im konkreten Einzelfall entschieden werden.

Somit ist festzuhalten, dass die interpretierende Auslegung zwar der Ausgangspunkt für eine Schiedsbindung sein muss, sie gleichzeitig aber restriktiv hinsichtlich der subjektiven Reichweite zu erfolgen hat¹²³ und abseits eindeutiger Bindungswillen aller Parteien nur selten zu einer Schiedsbindung führen kann. Andernfalls verliert die interpretierende Auslegung ihren sinnvollen Anwendungsbereich und auch ihre Akzeptanz hinsichtlich der Frage der schiedsrechtlichen Drittbindung, was zu größerer Rechtsunsicherheit in dieser Frage führen würde.

B. Stellvertretungskonstellationen im Kontext von Unternehmensgruppen

Ein weiterer Weg zur Feststellung einer Schiedsbindung kann – wie bei anderen Verträgen auch – die Stellvertretung sein.¹²⁴ Das ist weitgehend anerkannt und die Bindung richtet sich dabei grundsätzlich nach allgemeinem Stellvertretungsrecht.¹²⁵ Die meisten Stellvertretungskonstellationen stellen entsprechend im Hinblick auf die Freiwilligkeit keine dogmatische Besonderheit dar, sofern die Voraussetzungen der Stellvertretung vorliegen¹²⁶ und von einer freien Willensbildung auszugehen ist. Über eine wirksame Vollmacht ist die Zustimmung des Geschäftsherrn zu seiner Bindung gesichert. Die Vollmacht bzw. ihre Erteilung

¹²³ *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408; siehe allgemein zum Gebot der restriktiven Auslegung hinsichtlich der subjektiven Reichweite oben zu Beginn dieses Teils.

¹²⁴ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 54; *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1522; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 123; *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 5 und 9 ff.; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 9; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 94.

¹²⁵ Statt vieler *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1531 f.; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53.

¹²⁶ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 54; ohne konkret den Aspekt der Freiwilligkeit hervorzuheben auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; für Beispiele aus dem internationalen Schiedsrecht auch *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 471.

sind dabei im Wege der Auslegung zu interpretieren.¹²⁷ Insofern sind Stellvertretungskonstellationen keine eigene Kategorie abseits der interpretierenden Auslegung, auf die im vorangegangenen Kapitel eingegangen wurde.

Allerdings stellen Stellvertretungskonstellationen in zweierlei Hinsicht eine Besonderheit dar und werden daher im Folgenden gesondert dargestellt: Zum einen ziehen sie eine weitere Person (den Vertreter) heran, um das Geschäft zwischen zwei anderen Personen abzuschließen. Zum anderen werden im Bereich der Rechtsscheinsvollmachten¹²⁸ mitunter gerade keine Erklärungen des Vertretenen ausgelegt, sondern lediglich die sozialen Umstände gewertet. So wird in stärkerem Maße als bei § 164 Abs. 1 S. 2 BGB¹²⁹ das wirtschaftlich-personelle Umfeld des Vertretenen dahingehend gewertet, dass sich daraus legitimerweise eine Bindung ergeben kann.

I. Schiedsbindung eines gruppenzugehörigen Unternehmens als Vertretener

Als typische Stellvertretungskonstellation im Kontext von Unternehmensgruppen wird diskutiert, dass eine Muttergesellschaft die Vertretungsmacht besitzt, eine Tochtergesellschaft an Schiedsvereinbarungen zu binden.¹³⁰ Etwa wenn sich die Muttergesellschaft gegenüber einem gruppenexternen Unternehmen nicht (nur) selbst schiedsrechtlich verpflichten, sondern (zusätzlich) die Tochtergesellschaft an eine (identische) Schiedsvereinbarung binden will,¹³¹ kommt eine Drittbindung über die Grundsätze der Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB in Betracht.¹³²

¹²⁷ Vgl. *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 13.

¹²⁸ Dazu noch unten in diesem Teil unter B. 5.

¹²⁹ Dazu etwa *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 122.

¹³⁰ Etwa *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 93; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczeorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 46; *ders.*, SchiedsVZ 2014, 274, 276; siehe zu einer ähnlichen Interpretation der *group of companies doctrine* auch *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117; siehe ergänzend zu der teilweise parallel verlaufenden Diskussion um die Bindung einer Tochter- durch die Muttergesellschaft an Gerichtsstandsvereinbarungen im versicherungsvertraglichen Kontext *Rieländer*, EuZW 2020, 664, 668; allgemein zur Vertretungsmacht der Obergesellschaft für eine Tochtergesellschaft Nachweise unten in Fn. 260 dieses Teils.

¹³¹ Bei der Stellvertretung wird nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst nur der Stellvertreter gebunden, wobei auch eine Doppelverpflichtung möglich ist, *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 54; für das internationale Schiedsrecht ebenso *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 9 f.; für die Verpflichtung einer anderen Gruppengesellschaft wie hier auch *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 94 f.; siehe für eine ganz ähnliche Konstellation *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 407.

¹³² Allgemein für die Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB analog etwa *Münch*, in: Rauscher/

Hierbei können einige spezielle Beweis- und Formprobleme aufkommen.¹³³ Zudem kann im Unternehmenskontext der Nachweis eines Stellvertretungswillens des Vertreters mitunter schwer zu erbringen sein, sofern man einen solchen Willen mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur verlangt.¹³⁴ Außerdem darf im Kontext von Unternehmensgruppen nicht vorschnell von einer Vollmachtserteilung der Gruppenunternehmen untereinander ausgegangen werden, da der Hauptzweck der rechtlichen Trennung der einzelnen Unternehmen dadurch zunichte gemacht würde¹³⁵ und daher in der Regel gerade nicht dem Willen der Parteien entspräche.¹³⁶ Der Grundsatz der restriktiven subjektiven Reichweite von Schiedsbindungen muss also auch in Stellvertretungskonstellationen gelten, da andernfalls das Konsenserfordernis obsolet werden würde.

1. Das Offenkundigkeitsprinzip

Ebenfalls wegen der rechtlichen Trennung einzelner Unternehmen in Unternehmensgruppen oder Konzernen und wegen der grundrechtlichen Relevanz einer Schiedsbindung¹³⁷ darf nicht leichtfertig über den Grundsatz der Offenkundig-

Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; siehe kritisch zu einer solchen Anwendung zur Bindung von Gesellschaftern *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 503 ff.

¹³³ Siehe etwa *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 411 ff.; siehe ergänzend zu einer Stellvertretungskonstellation bei Gerichtsstandsvereinbarungen im versicherungsrechtlichen Kontext die kritische Ansicht von *Rieländer*, *EuZW* 2020, 664, 668; zu den Formproblemen allgemein noch unten in diesem Teil unter D.

¹³⁴ Etwa *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, Vorb. § 164 Rn. 36; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 186 jeweils m. w. N.; a. A. etwa *Ellenberger*, in: Grüneberg (Hrsg.), Grüneberg, 2023, § 164 Rn. 1; BGH, Urteil v. 5.10.1961, VII ZR 207/60, NJW 1961, 2251, 2253.

¹³⁵ *Born*, *International Commercial Arbitration*, 2021, S. 1534; etwas unklar *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 95; vgl. auch *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408. Auch die *Queen's Bench* hob im für das englische Schiedsrecht wegweisenden Fall *Peterson Farms* die rechtliche Trennung der Gesellschaften als Gruppenzweck hervor, High Court of Justice Queens Bench Division Commercial Court, Judgement v. 4.2.2004, [2004] EWHC 121 (Comm), 2004 WL 229138, 1, siehe dazu auch bei *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 100.

¹³⁶ Vgl. *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 10. Daher verwundert es auch, wie pauschal manche Autoren von einem Schiedsbindungswillen bzw. dem Vorliegen der Stellvertretungsvoraussetzungen zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung im Unternehmenskontext ausgehen, etwa bereits *Schmidt*, *Der Betrieb* 1989, 2315, III. 2. b); kritisch auch *Massuras*, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 152 f., wobei er letztlich Stellvertretungsansätze trotzdem für naheliegend hält, siehe ebd. S. 167.

¹³⁷ Siehe dazu oben im 2. Teil unter B. IV. und noch unten im 5. Teil.

keit hinweggegangen werden.¹³⁸ Sind die vertretenen Unternehmen als Vertragspartner in der Schiedsvereinbarung oder zumindest in dem Hauptvertrag enthalten, auf den sich die Schiedsvereinbarung eindeutig bezieht, ist das Offenkundigkeitsprinzip gewahrt.¹³⁹ Im Übrigen sind die Verträge nach den normalen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB im Hinblick auf die Offenkundigkeit, sprich die tatsächlichen Vertragspartner, auszulegen.¹⁴⁰ Daher kann eine Stellvertretung grundsätzlich auch konkludent erfolgen.¹⁴¹

Bei dieser Auslegung kann im Kontext von international agierenden Unternehmensgruppen zu beachten sein, dass die Verträge oft von spezialisierten Rechtsanwälten ausgehandelt wurden. Daher wird vertreten, dass im Zweifel nur die Parteien gebunden sein sollten, die in den Verträgen auch explizit bezeichnet sind.¹⁴² Denjenigen, der Abweichungen der eigentlichen Einigung von dem Vertragstext behauptet, treffe zudem nicht nur die Beweislast für diese Abweichungen,¹⁴³ sondern auch dafür, dass die Abweichung Vertragsbestandteil werden

¹³⁸ *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; restriktiv auch *Haas/Oberhammer*, in: *Bitter/Lutter/Priester* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 503 f.; zu der allgemeinen Geltung dieses Grundsatzes auch im Schiedsrecht siehe *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 60; für einen großzügigen Umgang siehe etwa *Sandrock*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 95. Letztlich ist ein allzu lockerer Umgang mit dem Offenkundigkeitserfordernis unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie immer problematisch, da beide Seiten in der Regel ein Interesse daran haben, ihre Vertragspartner zu kennen und Unsicherheiten bei der Stellvertretung als einen klassischen Fall der Drittverpflichtung zu minimieren.

¹³⁹ *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann* (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 412; siehe auch für einen Fall, in dem recht weitgehend angenommen wurde, dass eine Vertretung der übrigen Konzernunternehmen vorlag, *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 10.

¹⁴⁰ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 60; *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann* (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 412; *Schilken*, in: *Staudinger* (Begr.) (Hrsg.), *Staudinger BGB*, 2019, § 164 Rn. 1.

¹⁴¹ *Mansel*, in: *Stürner* (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2023, § 167 Rn. 3; siehe zu dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs, Ausnahmen vom Offenkundigkeitsgrundsatz zu machen, etwa *Schilken*, in: *Staudinger* (Begr.) (Hrsg.), *Staudinger BGB*, 2019, Vorb. § 164 Rn. 35; eine bloße Vermögensverwaltung reicht hier jedoch auf keinen Fall, siehe *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker* u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 164 Rn. 121.

¹⁴² *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann* (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 413; für die allgemeine Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit von Urkunden, *Busche*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker* u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 133 Rn. 36.

¹⁴³ *BGH*, Urteil v. 5.7.2002, V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165; *Busche*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker* u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 133 Rn. 36; *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 10.

sollte.¹⁴⁴ Keine Vermutung zugunsten bestimmter oder gegen bestimmte Parteien soll hingegen bestehen, wenn die Vertragsparteien nach dem Vertragstext schlicht unklar bleiben.¹⁴⁵ Andererseits kann auch im wirtschaftlichen Kontext insbesondere aus der sozialen bzw. unternehmerischen Position einer Person auf eine Vertreterhandlung für einen anderen geschlossen werden.¹⁴⁶

a) *Geschäft für den, den es angeht*

Eine Ausnahme ist hier nach allgemeinem Stellvertretungsrecht zu machen, wenn es sich um ein (verdecktes) Geschäft für den, den es angeht, handelt,¹⁴⁷ welches auch bei sehr häufig auftretenden Geschäften des Handelsverkehrs vorliegen kann.¹⁴⁸ Zwar ist hier grundsätzlich zurückhaltend vorzugehen.¹⁴⁹ Doch gerade bei Importgeschäften kommen massenhaft abgeschlossene Geschäfte häufig vor,¹⁵⁰ die aufgrund ihres internationalen Charakters wiederum sehr häufig mit Schiedsklauseln versehen sind. Daher kann auch die Vereinbarung einer Schiedsklausel in diesem speziellen handelsrechtlichen Bereich unter die Ausnahme von dem Offenkundigkeitserfordernis fallen, wenn es in der betreffenden Branche eine sehr übliche und massenhaft auftretende Vereinbarung ist.¹⁵¹ Für eine unmittelbare Bindung muss es für den Geschäftspartner aber gerade unerheblich sein, ob er mit dem handelnden Unternehmen oder dem dahinterstehenden Unternehmen derselben Gruppen den Vertrag eingeht.¹⁵²

Gegen eine Schiedsbindung in diesen Fällen kann dann auch nicht die grundlegende Bedeutung des staatlichen Justizgewährungsanspruchs angeführt werden,¹⁵³ da es beim Geschäft für den, den es angeht, subjektiv auf die Interessen des

¹⁴⁴ *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 413.

¹⁴⁵ BGH, Urteil v. 5.7.2002, V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165; allgemein zur Auslegung zur Ermittlung der Schiedsparteien bei unklarer Bezeichnung *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195.

¹⁴⁶ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 164 Rn. 1; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 412.

¹⁴⁷ Siehe dazu auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 4 f.

¹⁴⁸ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 145.

¹⁴⁹ *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 5.

¹⁵⁰ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 145.

¹⁵¹ Vgl. auch *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 100.

¹⁵² *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 5; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, Vorb. § 164 Rn. 51; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 141.

¹⁵³ Ähnlich auch *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichts-

Geschäftspartners ankommt¹⁵⁴ und dieser auf die staatliche Justiz wirksam verzichten kann.¹⁵⁵ Daher kann der Geschäftspartner auch hinsichtlich einer Schiedsvereinbarung entscheiden, dass ihm das dahinterstehende Unternehmen ebenso als Vertragspartner recht ist, er mithin auf das Offenkundigkeitserfordernis verzichtet.¹⁵⁶ Werden Schiedsvereinbarung und Hauptvertrag in demselben Dokument abgeschlossen oder eine Schiedsvereinbarung als Klausel oder AGB in den Hauptvertrag integriert, ist es nicht fernliegend, dass ein solcher Verzicht auf die Offenkundigkeit bei lebensnaher Auslegung der Umstände ebenso für die Schiedsvereinbarung gelten soll. Auch bei der schiedsvertraglichen Stellvertretung kann also im Einzelfall von dem Erfordernis der Offenkundigkeit beim Geschäft für den, den es angeht, eine Ausnahme zu machen sein.

b) Unternehmensbezogenes Geschäft

Ähnlich ist es bei unternehmensbezogenen Geschäften.¹⁵⁷ Hier führt die Feststellung eines hinreichend erkennbaren Unternehmensbezugs der handelnden Person zu der Vermutung, dass eine Stellvertretung vorliegt.¹⁵⁸ Für die Auslegung der entsprechenden Handlung sind die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Handelndem und potenziellem Geschäftsherrn und der konkrete Geschäftsbereich, in dem der Handelnde tätig wird, zu beachten.¹⁵⁹ Ohne die Feststellung eines Unternehmensbezugs wird das handelnde Unternehmen unter Berücksichtigung von § 164 Abs. 2 BGB selbst verpflichtet.¹⁶⁰ Notwendig ist damit auch die erkennbare Unterscheidung der verschiedenen juristischen Persönlichkeiten. Besteht hingegen der Schein, dass die handelnde Gesellschaft mit der vertretenen

barkeit, 1998, S. 100, der darauf hinweist, dass im Ausgangspunkt keine höheren Maßstäbe anzulegen sind als bei anderen Verträgen, die einen Dritten binden können.

¹⁵⁴ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 141.

¹⁵⁵ Siehe dazu bereits oben im 2. Teil unter B. IV. und auch noch unten im 6. Teil.

¹⁵⁶ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, Vorb. § 164 Rn. 51.

¹⁵⁷ Siehe auch *ders.*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, Vorb. § 164 Rn. 52. Beachte, dass anders als das Geschäft für den, den es angeht, das unternehmensbezogene Geschäft keine Ausnahme von dem Offenkundigkeitsgrundsatz, sondern nur eine Auslegungsregel darstellt, so präzise trennend etwa *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 3 ff.

¹⁵⁸ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 200; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 164 Rn. 1a; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 134; siehe zu einem solchen Fall mit der streitigen Frage der Schiedsbindung auch *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 22.

¹⁵⁹ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 130; vgl. auch *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 412.

¹⁶⁰ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 164 Rn. 1a; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 130.

identisch ist, kommt ein unternehmensbezogenes Geschäft nicht in Betracht und die handelnde Gesellschaft wird selbst gebunden.¹⁶¹

Beim unternehmensbezogenen Geschäft ist auf der Rechtsfolgenseite sodann anzunehmen, dass die Mitarbeiter für das Unternehmen handeln und dass Mitglieder für ihren Verband handeln.¹⁶² Diese Auslegungsregel für das unternehmensbezogene Geschäft ersetzt jedoch nicht die Analyse der Erklärungen im Einzelfall¹⁶³ und lässt sich nur bedingt auf Unternehmensgruppen übertragen. Zwar sind auch Gesellschafter und Gesellschaft sowie Mitglieder und Verband wie die Unternehmen einer Gruppe rechtlich voneinander zu trennen. Doch Verbände und Gesellschaften sind in der Regel jeweils geschlossene wirtschaftliche Einheiten, während Unternehmen einer Gruppe auch wirtschaftlich viel selbstständiger agieren können. Daher ist durch das unternehmensbezogene Geschäft die Offenkundigkeit in Gruppekonstellationen nicht ohne Weiteres zu umgehen.

Letztlich ist das Auftreten des vermeintlichen Vertreters entscheidend.¹⁶⁴ Es kann etwa dann davon auszugehen sein, dass der Inhaber eines Geschäftsbetriebs Vertragspartner werden soll, wenn im Rahmen seiner Geschäfte eine andere juristisch eigenständige Person wie der Inhaber des Geschäfts auftritt.¹⁶⁵ Eine solche Konstellation ist auch bei Unternehmensgruppen denkbar: Hat die Obergesellschaft eigentlich die Führung bei einem bestimmten Großprojekt inne, kann eine Tochtergesellschaft Externen gegenüber gleichwohl so auftreten, als sei sie der Vertragspartner. Kommt es dem externen Unternehmen nur darauf an, den Vertrag mit dem projektleitenden Unternehmen zu schließen und könnte dieses Unternehmen ihrem Auftreten zufolge auch die Tochtergesellschaft sein, kann auch ohne Offenlegung der Stellvertretung ein Vertrag mit der Obergesellschaft zustande kommen.¹⁶⁶

In jedem Fall müssen bei dem Vertreter aber greifbare Anhaltspunkte für einen Bezug zum Unternehmen des vermeintlich Vertretenen bestehen. Hier kann

¹⁶¹ Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 201.

¹⁶² Für Unternehmen *ders.*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 5; für beide Beispiele *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 121.

¹⁶³ Vgl. *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 3; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 131; BGH, Urteil v. 31.7.2012, X ZR 154/11, NJW 2012, 3368, 10.

¹⁶⁴ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 164 Rn. 2; vgl. BGH, Urteil v. 8.1.2004, VII ZR 12/03, NJW-RR 2004, 1017.

¹⁶⁵ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 132; zum Auftreten einer Hausverwaltung als konkludenter Vertreter für den Immobilieneigentümer BGH, Urteil v. 8.1.2004, VII ZR 12/03, NJW-RR 2004, 1017.

¹⁶⁶ Auch die Unklarheit, welche von mehreren potenziell vertretenen Gesellschaften der Vertragspartner werden soll, steht einer wirksamen Stellvertretung nicht im Wege, *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, Vorb. § 164 Rn. 35.

etwa die wirtschaftliche Haftung bzw. die Bereitstellung von Sicherheiten ein entscheidendes Indiz sein für die Einbindung in denselben Geschäftsbetrieb.¹⁶⁷ Die bloße Zugehörigkeit zur selben Gruppe kann hingegen nicht genügen.¹⁶⁸ Andernfalls würde die Ausnahme des unternehmensbezogenen Geschäfts als Besonderheit des Handelsrechts überspannt werden und im Konflikt mit der grundsätzlich restriktiven subjektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen stehen.¹⁶⁹ Liegt jedoch ein unternehmensbezogenes Geschäft vor, ist als Auslegungsregel davon auszugehen, dass die Offenkundigkeit gewahrt wurde. Zudem kann eine solche Konstellation gleichzeitig zu einem Rechtsscheinstatbestand einer Vertretungsmacht führen.¹⁷⁰

c) Zwischenergebnis

Somit ist zum Offenkundigkeitsgrundsatz Folgendes festzuhalten: Zwar wirkt sich der grundsätzlich restriktive Maßstab für die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen auch auf den Offenkundigkeitsgrundsatz aus, doch im Einzelfall kann gerade im professionellen Wirtschaftsverkehr davon eine Ausnahme gemacht werden. Das führt im Falle von teilweise im (internationalen) Handel als Standard geltenden Schiedsvereinbarungen dazu, dass hier geringere Anforderungen an die Offenkundigkeit zu stellen sind. Beim unternehmensbezogenen Geschäft und beim Geschäft für den, den es angeht, kann eine wirksame Vertretung entstehen, auch wenn keine explizite Stellvertretung vorliegt. Es kommt hier entscheidend auf die jeweilige Wirkung nach außen an.

Pauschale Betrachtungen verbieten sich daher und es bleibt eine Entscheidung im Einzelfall, bei der nicht generell von einer Stellvertretung aufgrund der Gruppenzugehörigkeit auszugehen ist. Außerdem müssen die weiteren Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung vorliegen. Ein wesentliches Merkmal ist dabei die Vertretungsmacht. Hierzu bedarf es einer eigenen detaillierten Untersuchung, welche im Folgenden vorzunehmen ist. Dazu wird auf verschiedene Konstellationen eingegangen, aus denen sich eine Vertretungsmacht zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung ergeben kann.

¹⁶⁷ Schubert, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 133.

¹⁶⁸ Auch hinsichtlich der Offenkundigkeit besteht im deutschen Recht kein der *group of companies doctrine* vergleichbares Rechtsinstitut, dazu noch unten im 4. Teil unter A. Eine Haftung oder Bindung nur *qua* Gruppenmitgliedschaft existiert nicht, Mansel, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 410; siehe auch schon oben im 2. Teil unter C.

¹⁶⁹ Siehe dazu auch *ders.*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 407, 412 f.

¹⁷⁰ *Ders.*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 3; zu einer Stellvertretung mit Rechtsscheinsvollmacht auch noch in diesem Teil unter B. I. 5.; zur Haftung des Vertreters nach § 179 BGB und der Frage, ob daraus eine Schiedsbindung folgen kann, noch unten im 5. Teil unter D.

2. Vollmacht speziell zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen

Eine gültige Vertretungsmacht des handelnden Vertreters muss – speziell im Hinblick auf den Abschluss einer Schiedsvereinbarung¹⁷¹ – hinreichend deutlich vorliegen.¹⁷² Grundsätzlich können Vollmachten aber auch konkludent erteilt werden,¹⁷³ was ebenso für die Vollmacht zur schiedsrechtlichen Verpflichtung gilt. Bei der Erteilung einer Vollmacht zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung stellen verschiedene Rechtsordnungen teilweise unterschiedliche Anforderungen. Nach manchen Rechtsordnungen muss eine Vollmacht explizit zur Bindung an Schiedsvereinbarungen erteilt werden, damit die vertretungsweise abgeschlossene Schiedsvereinbarung wirksam gegenüber dem Vertretenen ist.¹⁷⁴ Getrennte Vollmachten zu fordern, ist vor dem Hintergrund der rechtlichen Trennung von Schieds- und Hauptvertrag konsequent.¹⁷⁵ Doch explizit müssen diese unterschiedlichen Vollmachten nicht zwingend erteilt werden. Je nachdem, welchem Recht die Vollmacht unterliegt, kann aber bereits an dem Erfordernis einer explizit schiedsrechtlichen Vollmacht die Konstruktion einer Schiedsbindung im Wege der Stellvertretung scheitern, wenn eine ausdrückliche Vollmacht zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen nicht vorliegt.

Doch auch in Rechtsordnungen, die eine konkludent erteilte Vertretungsmacht zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen zulassen, ist eine Schiedsbindung auf diesem Weg nicht ohne Weiteres anzunehmen. Etwa wenn aus der Vertretungsmacht für den Hauptvertrag auf die Vertretungsmacht zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen für das Hauptgeschäft geschlossen wird, müssen eindeutige Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Vertretene gerade auch schiedsrechtlich gebunden sein wollte.¹⁷⁶ Abzulehnen ist daher auch der vereinzelt etwa im amerikanischen Recht verfolgte Ansatz, dass eine Obergesellschaft automatisch ihre Vertreter und Angestellten schiedsrechtlich mitverpflichtet, wenn sie geschäftlich auftreten.¹⁷⁷ Im Endeffekt ist der Umfang einer Vollmacht, ob sie

¹⁷¹ *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1535; vgl. auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 37.

¹⁷² *Born*, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1533.

¹⁷³ Statt vieler etwa *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 7; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 13.

¹⁷⁴ *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 414 mit beispielhaftem Verweis auf Art. 1988 f. des belgischen *Code civil*.

¹⁷⁵ *Ders.*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 407, 415; siehe zur rechtlichen Trennung von Haupt- und Schiedsvertrag oben im 2. Teil unter B. II.

¹⁷⁶ Vgl. *ders.*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 407, 416; kritisch zu sehen ist es daher, wenn von einer schiedsrechtlichen Vertretungsmacht ausgegangen wird, sofern es für das Hauptgeschäft „üblich“ ist, dass eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen wird, so bei *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 59.

¹⁷⁷ *Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith*, 7 F. 3d 1110, 1112 (3d Cir. 1993);

also gerade (auch) dazu ermächtigen sollte, Schiedsvereinbarungen für den Geschäftsherrn abzuschließen, durch Auslegung zu ermitteln.¹⁷⁸

3. Vertretungsmacht aus Unternehmens- und Rahmenverträgen

Des Weiteren besteht die Möglichkeit, Unternehmens- oder Rahmenverträge auf eine mögliche Schiedsbindung im Wege der Stellvertretung zu untersuchen.¹⁷⁹ Dabei ist etwa danach zu fragen, ob z. B. ein Beherrschungsvertrag zwischen einer Mutter- und einer Tochtergesellschaft die Vertretungsmacht enthält, dass eine der Gesellschaften eine andere zu Schiedsverfahren mitverpflichten kann.¹⁸⁰ Es läge dann beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung eine Stellvertretungskonstellation vor, bei der sich die Vollmacht für den Abschluss der Schiedsvereinbarung aus dem Konzernvertrag ergäbe.

Diese auf den ersten Blick indirekt wirkende Konstellation stellt im Hinblick auf das Konsenserfordernis kein Problem dar, sofern eine solche Vertretungsmacht angenommen werden kann. Denn aus welchem Vertragswerk sich die Vertretungsmacht ergibt, ist für die Legitimation einer Bindung im Wege einer Stellvertretung nicht erheblich.¹⁸¹ Teilweise wird auch die bereits angesprochene *group of companies doctrine*¹⁸² so interpretiert, dass es den Unternehmen einer Gruppe grundsätzlich gestattet ist, sich gegenseitig zu vertreten. Das ergebe sich aus der

ablehnend hingegen *Westmoreland v. Sadoux*, 299 F. 3d 462 (5th Cir. 2002); *Merill Lynch Investment Managers v. Optibase, Ltd.*, 337 F. 3d 125 (2d Cir. 2003); *Covington v. Aban Offshore Limited*, 650 F. 3d 556 (5th Cir. 2011); siehe insgesamt dazu *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 13.

¹⁷⁸ Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 59.

¹⁷⁹ Siehe etwa in dem Verfahren *Apple Inc. v. BYD Co. Ltd.*, 2016 WL 1212638 (*US District Court for the Northern District of California, March 2, 2016*), zitiert nach *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 12, bei dem sich *Apple Inc.* gegenüber dem Auftragnehmer auf eine Schiedsklausel zwischen sich und einer Tochtergesellschaft des Auftragnehmers berief: Nach dem Gericht wurde aus verschiedenen Haupt- bzw. Rahmenverträgen, die einmal mit einem chinesischen Mutterunternehmen und einmal mit deren Tochter abgeschlossen wurden, zusammengenommen interpretiert, dass die Tochter Vertretungsmacht hatte, um die Mutter an eine Schiedsabrede zu binden, siehe dazu ebd. S. 12; vgl. zu einer solchen Herangehensweise auch Meier, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 57 f.

¹⁸⁰ Vgl. Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 204.

¹⁸¹ Handelt es sich bei einem Vertrag mit Schiedsklausel etwa ersichtlich um den Nachfolgevertrag, der nun aber von der Tochter geschlossen wird, obwohl die Vereinbarung des ursprünglichen wie des Nachfolgevertrags auch Rechte und Pflichten betrifft, über die nur die Mutter entscheiden kann, liegt eine Vollmacht der Tochter zur Verpflichtung der Mutter nahe, auch wenn keine ausdrückliche Stellvertretung vorliegt, siehe *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 12. In solchen Konstellationen sind die Grenzen zwischen tatsächlicher und Anscheinsvollmacht allerdings fließend, was der Rechtssicherheit abträglich ist.

¹⁸² Siehe dazu bereits oben im 1. Teil unter C.; ausführlich zu einer Schiedsbindung nach dieser *doctrine* noch unten im 4. Teil unter A.

faktischen Realität der Einheit in einem Konzern und sei im Interesse der Parteien.¹⁸³ Da diese Interpretation allerdings bereits dogmatisch sehr umstritten ist und sich auch bei einem subjektiv-rechtlichen Verständnis diese *doctrine* technisch nicht nach den gängigen Stellvertretungsvoraussetzungen des deutschen Rechts richtet, wird der *group of companies*-Ansatz noch gesondert behandelt werden.¹⁸⁴

Bei der grundsätzlichen Möglichkeit, in Unternehmensverträge eine explizite Vollmacht zu integrieren, um weitere Unternehmen derselben Gruppe schiedsrechtlich zu verpflichten, ist erneut danach zu fragen, welches Interesse die Gruppenunternehmen an einer so weitreichenden Vollmachtserteilung haben sollten.¹⁸⁵ Denn den prozessual kaum überschaubaren Risiken, die bei einer solchen Vollmacht für die verschiedenen Gruppenunternehmen entstehen, stehen praktisch wenige Vorteile gegenüber. Im Einzelfall mag eine Fremdverpflichtung innerhalb derselben Gruppe durchaus von Vorteil sein,¹⁸⁶ was aber kein Argument für die Annahme einer derart weitreichenden Vollmachtserteilung in einem Unternehmens- bzw. Konzernvertrag ist, wenn dieser ausgelegt wird.

Die Möglichkeit zur Erteilung einer Einzelvollmacht zugunsten eines anderen Gruppenunternehmens bleibt den Unternehmen nämlich jederzeit erhalten, ohne dass sie damit die unüberschaubaren Risiken der pauschalen Vollmacht eingehen würden. Daher muss eine pauschale Vollmacht zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen auch für andere Gruppengesellschaften in den Unternehmens- oder Konzernverträgen ausdrücklich vorgesehen werden.¹⁸⁷ Das wird praktisch kaum vorkommen, so dass dieser Ansatz nach deutschem Recht nicht bzw. sehr selten zu einer Drittbindung in Situationen mit Unternehmensgruppen führen wird.¹⁸⁸

4. Genehmigung einer Schiedsvereinbarung, die ohne Vertretungsmacht abgeschlossen wurde

Möglich ist grundsätzlich auch eine Genehmigung einer Schiedsvereinbarung nach § 177 Abs. 1 BGB durch den Vertretenen, wenn der Stellvertreter keine Voll-

¹⁸³ Siehe zu dieser Interpretation *Busse*, *SchiedsVZ* 2005, 118, 120.

¹⁸⁴ Siehe dazu noch unten im 4. Teil, für eine subjektiv-rechtliche Interpretation dieser *doctrine* dort unter A.

¹⁸⁵ Vgl. auch schon die Beurteilung der Interessen bei der Auslegung von etwaigen Schiedsvereinbarungen zugunsten Dritter innerhalb derselben Unternehmensgruppe oben in diesem Teil unter A. I. 4.

¹⁸⁶ Etwa um Geschäftspartnern (das Gefühl) größere(r) Sicherheit zu geben und die Abschlussbereitschaft von Vertragspartnern zu erhöhen.

¹⁸⁷ Aus der bloßen Zugehörigkeit zu derselben Gruppe ergibt sich eine solche Vollmacht indes nicht, *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 198.

¹⁸⁸ Dem Verfasser sind aus der Rechtsprechung keine Fälle bekannt, in denen Unternehmensgruppen eine derart weitreichende Vollmacht in Unternehmensverträgen vorgesehen haben. Es scheint sich um eine theoretische Bindungsmöglichkeit zu handeln.

macht hatte.¹⁸⁹ Eine solche Genehmigung kann sogar durch schlüssiges Verhalten erfolgen, wobei sich die Frage stellt, ob insbesondere die Erfüllung des Hauptvertrags durch den Vertretenen ein genehmigendes Verhalten darstellt.¹⁹⁰ Das richtet sich wiederum nach der Auslegung des Verhaltens im Einzelfall und setzt voraus, dass der Vertretene im Zeitpunkt der (konkludenten) Genehmigung auch von der schiedsrechtlichen, und nicht nur von der materiell-rechtlichen, Verpflichtung weiß.¹⁹¹

Ob er darüber hinaus auch positive Kenntnis davon haben muss, dass sein Verhalten eine Genehmigung darstellt, ist umstritten.¹⁹² Ohne diesen Streit hier entscheiden zu können, zeigt sich, dass besonders die konkludente Genehmigungslösung vielen Hürden begegnet,¹⁹³ sofern die Schiedsbindung von einer Partei angezweifelt wird. Abgesehen von den Unklarheiten einer konkludenten Genehmigungslösung ist die ausdrückliche Genehmigung aber möglich und führt dann zu einer willensgetragenen Schiedsbindung des Vertreters. Probleme im Hinblick auf das Freiwilligkeitserfordernis ergeben sich bei freier Willensbildung dann nicht. Teilweise wird eine Genehmigung auch ergänzend bzw. hilfsweise zu einer Duldungsvollmacht herangezogen,¹⁹⁴ auf die nun einzugehen ist.

5. Vertretung im Wege der Rechtsscheinsvollmachten

Als Nächstes sollen Konstellationen untersucht werden, in denen aufgrund eines Scheins die (Mit-)Verpflichtung anderer Gesellschaften oder Geschäftspartner in Betracht kommt. Neben einer Stellvertretung mit einer ausdrücklichen oder konkludenten Vollmacht besteht auch im Schiedsrecht nämlich die grundsätzliche Möglichkeit einer Rechtsscheinsvollmacht.¹⁹⁵ Während im deutschen Recht hier

¹⁸⁹ Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 60; Geimer, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 20; Mansel, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 417; Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 466; Schütze, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczeorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 46.

¹⁹⁰ Mansel, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 415 f.

¹⁹¹ Ders., in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 407, 417.

¹⁹² Siehe für die herrschende Meinung, die positive Kenntnis verlangt, etwa BGH, Urteil v. 22.2.2005, XI ZR 41/04, NJW 2005, 1488, 1490; für weitere Nachweise siehe auch Mansel, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 418.

¹⁹³ Vgl. ders., in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 419.

¹⁹⁴ Siehe für Beispiele aus dem internationalen Schiedsrecht etwa Hanotiau, Complex Arbitrations, 2020, S. 15.

¹⁹⁵ Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 59; Busse, SchiedsVZ 2005, 118, 119; Mansel,

die Duldungs- und die Anscheinsvollmacht im Vordergrund stehen, sind in ausländischen Rechtsordnungen ähnliche Institute verbreitet.¹⁹⁶ Als eine Konstellation unter Beteiligung mehrerer Unternehmen ist insbesondere denkbar, dass ein gruppenexternes Unternehmen (A) geltend macht, dass es darauf vertrauen durfte, dass ein mit ihm verhandelndes gruppenzugehöriges Unternehmen (B) ein anderes Gruppenunternehmen (C) verpflichten wollte und konnte.¹⁹⁷ Zu prüfen ist dann, worauf ein solches Vertrauen beruhte und ob es schützenswert ist.

a) *Rechtsscheinsvollmachten als subjektiv-rechtliche Bindungsmechanismen*

Gestützt werden die Rechtsscheinsvollmachten im deutschen Recht oftmals auf §§ 170–173 BGB (analog), da nach überwiegender Meinung in diesen Paragraphen Rechtsscheinstatbestände geregelt sind, die nach § 242 BGB zu erweitern seien.¹⁹⁸ Ähnlich wie bei einer explizit erteilten Vollmacht wirkt es auch bei einer Rechtsscheinsvollmacht auf den schützenswerten Geschäftsverkehr so, als ob der Geschäftsherr dem Vertreter eine Vollmacht zum Abschluss des konkreten Geschäfts erteilt habe.¹⁹⁹ Nach der hier erfolgten Einteilung nach einer Anknüpfung am Parteikonsens oder an objektiven Maßstäben müssen daher auch die Rechtsscheinsvollmachten grundsätzlich als subjektiv-rechtliche Ansätze eingeordnet werden. Denn der Rechtsverkehr bzw. Geschäftspartner als Empfänger geht davon aus, dass die Bindung des Geschäftsherrn von ihm gewollt ist.²⁰⁰

in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 415; Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 466. Die Grenzen von einer konkludenten Vollmacht zu einer Rechtsscheinsvollmacht sind freilich fließend, vgl. Doerner, Die Abstraktheit der Vollmacht, 2017, S. 183.

¹⁹⁶ Zu nennen ist besonders ein *apparent mandate* bzw. *pouvoirs apparents* oder eine *ostensible authority*, Hanotiau, Complex Arbitrations, 2020, S. 15; siehe hierzu auch Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 63; Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 467; vgl. auch Doerner, Die Abstraktheit der Vollmacht, 2017, S. 136. Auch in Rechtsordnungen des Nahen und Fernen Ostens bestehen vergleichbare Institute, Hanotiau, Complex Arbitrations, 2020, S. 17 f.

¹⁹⁷ Mansel, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 415; vgl. für ähnliche Konstellationen Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 470 f.

¹⁹⁸ Canaris, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 63; Schubert, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 170 Rn. 2 und zu verschiedenen dogmatischen Anknüpfungspunkten ebd. § 167 Rn. 97 f., wobei sie letztlich die Anwendung von § 242 BGB bevorzugt.

¹⁹⁹ Schubert, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 95; vergleichbar für das amerikanische Recht Hanotiau, Complex Arbitrations, 2020, S. 16.

²⁰⁰ Vgl. Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 471.

In Bezug auf die Duldungsvollmacht erscheint auch eine Einordnung als subjektiv-rechtlicher Ansatz nicht weiter problematisch: Wenn beim Vertretenen das Wissen um die vollmachtlose Vertretung vorliegt und er sie gleichwohl bewusst geschehen lässt, entspricht sie letztlich seinem Willen, zumindest erscheint sie aber für den Geschäftspartner offen willentlich. Merkmal der Duldungsvollmacht ist nämlich, dass der Vertretene das Verhalten kennt und duldet.²⁰¹ Die Situation entspricht in den meisten Fällen einer konkludent erteilten Vollmacht,²⁰² wobei bloßes Unterlassen (des nötigen Einschreitens) freilich als schwächste Form des konkludenten Handelns gewertet werden muss.²⁰³ Für eine Einordnung als subjektiv-rechtlicher Bindungsmechanismus spricht bei allen Rechtsscheinsvollmachten zudem, dass als Rechtsfolge eine vollwirksame Vollmacht entsteht, die genau wie eine ausdrücklich erteilte Vollmacht zu der Bindung des Geschäftsherrn führt.²⁰⁴

Zwar wird teilweise die Duldungs- ebenso wie die Anscheinsvollmacht als nicht rechtsgeschäftlich angesehen, da es sich bei beiden Varianten der Vollmacht um deklaratorische Erklärungen und nicht um rechtsbegründende handele.²⁰⁵

²⁰¹ *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 70; BGH, Urteil v. 11.5.2011, VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421, 2422 Rn. 15.

²⁰² So auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 8; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 2021, Rn. 100 f.; ebenso *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 8 und 95, sofern man im Anschluss an den BGH ein potenzielles Erklärungs-bewusstsein für ausreichend halte; für zahlreiche Beispiele, in denen statt einer Duldungsvollmacht eine konkludente Vollmacht angenommen werden kann, ebd. Rn. 10; vgl. auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 13 und 29. Siehe zu konkludent erteilten Vollmachten auch schon oben in diesem Teil unter B. I. 2. Einige andere Stimmen in der Literatur werten die Duldungsvollmacht hingegen zusammen mit der Rechtsprechung explizit nicht als konkludente rechtsgeschäftliche Vollmacht, etwa *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 2022, S. 264 Rn. 31; *Lorenz*, JuS 2010, 771, 774; *Weinland*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a. (GesamtHrsg.), juris Praxiskommentar BGB, 15.5.2023, § 173 Rn. 5 f.; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2023, § 50 Rn. 62 und 84.

²⁰³ *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 57; einer Bevollmächtigung durch Nichtstun kritisch gegenüber *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 7.

²⁰⁴ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 44; speziell für die Duldungsvollmacht *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 109.

²⁰⁵ So die ständige Rechtsprechung zur Duldungsvollmacht, siehe etwa BGH, Urteil v. 22.10.1996, XI ZR 249/95, NJW 1997, 312, 314; vgl. auch BGH, Urteil v. 11.5.2011, VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421, 2422 Rn. 15; ebenso *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 63, der die Grundlage der Rechtsscheinsvollmachten in den §§ 171 f. BGB sieht und diese als Vertrauenstatbestände einordnet; siehe für die verschiedenen dogmatischen Begründungen auch *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 97. Das trennende Merkmal zwischen einer konkludenten rechtsgeschäftlichen Vollmacht und einer Duldungsvollmacht aus Rechtsschein soll das Erklärungs-bewusstsein darstellen, siehe ebd. Rn. 108. Das kann freilich zu weiteren Abgrenzungsschwierigkeiten führen wegen des Streits,

Das spiegele sich auch in ihrer nichtrechtsgeschäftlichen Grundlage in den §§ 171 f. BGB wider.²⁰⁶ Die dogmatische Einordnung dieser Paragraphen ist allerdings umstritten²⁰⁷ und die Rechtsprechung stützt die Duldungsvollmacht zudem häufig nicht auf §§ 171 f. BGB.²⁰⁸ Das Argument, die Rechtsscheinsvollmachten seien schon *qua* ihrer nichtrechtsgeschäftlichen Grundlage keine rechtsgeschäftlichen Vollmachten,²⁰⁹ wird damit zumindest relativiert.

Für die Einordnung als subjektiv-rechtlicher Bindungsmechanismus nach der hier zugrunde gelegten Definition²¹⁰ ist die dogmatische Grundlage und die Frage einer rechtsgeschäftlichen Einordnung zudem nicht entscheidend. Wichtig ist letztlich, dass nach der rechtlichen Konstruktion wie bei einer Willenserklärung auf die Sicht des Empfängers abgestellt wird. So wird das Verhalten des Vertretenen bei der Duldungsvollmacht vom Geschäftspartner als Bindungswille ausgelegt, so dass aus Empfängerperspektive von einem Bindungswillen und damit grundsätzlich von Freiwilligkeit auszugehen ist. Das ist insbesondere wegen der

ob ein potenzielles Erklärungsbewusstsein ausreichend ist, wie es die Rechtsprechung vertritt. Gerade nach diesem weiten Maßstab der Rechtsprechung für die Willenserklärung decken sich im Ergebnis die rechtsgeschäftliche konkludente Vollmacht durch Dulden und eine Rechtsscheinsduldungsvollmacht in den meisten Fällen, siehe ebd.

²⁰⁶ Für die Einordnung der Duldungsvollmacht als nicht rechtsgeschäftlicher Bindungstatbestand stützt sich *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 72 darauf, dass die Duldungsvollmacht auf den Geschäftspartner so wirke, als habe der Vertreter eine Innenvollmacht bereits erhalten. Die Mitteilung nach außen wirke daher lediglich deklaratorisch. Das gilt allerdings nicht nur bei der Duldungsvollmacht, sondern bei jeder Außenvollmacht: Der juristische Laie geht nicht von der Wirksamkeit erst bei Zugang ihm gegenüber aus, sondern denkt sich fast immer als Empfänger (insbesondere von schriftlichen Vollmachten), dass die Vollmacht bereits mit Ausstellung wirksam geworden ist. (Dem juristischen Laien ist die Konstruktion einer Außenvollmacht grundsätzlich kaum geläufig und wird sogar im juristischen Diskurs trotz ihrer ausdrücklichen Regelung in § 167 Abs. 1 Var. 2 BGB vereinzelt abgelehnt, siehe *Doerner*, Die Abstraktheit der Vollmacht, 2017, S. 128 ff.) Bei der ausdrücklichen Vollmacht zweifelt *Canaris* die rechtsgeschäftliche Qualität aufgrund der Empfängerperspektive indes nicht an. Sie spricht daher auch bei einer Duldungsvollmacht nicht gegen die Einordnung als rechtsgeschäftliche Vollmacht. Dass die Duldungsvollmacht wie beschrieben häufig auch deckungsgleich mit einer konkludenten Vollmacht ist (und als eigenes Konstrukt dann von dieser verdrängt werden müsste, siehe auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 29a; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 95 und 107 f.) bzw. die Abgrenzung im Einzelfall kaum möglich ist (vgl. auch *Doerner*, Die Abstraktheit der Vollmacht, 2017, S. 183 f. und *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 97), spricht zudem für eine Einordnung als rechtsgeschäftliche Vollmacht in den allermeisten Fällen.

²⁰⁷ Für eine Einordnung als Vertrauenstatbestand *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 63; zur rechtsgeschäftlichen Einordnung dieser Normen *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 31.

²⁰⁸ Siehe etwa BGH, Urteil v. 22.10.1996, XI ZR 249/95, NJW 1997, 312, 314; BGH, Urteil v. 11.5.2011, VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421, 2422 Rn. 15.

²⁰⁹ *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 63.

²¹⁰ Siehe oben zu Beginn dieses Teils unter im 2. Teil unter A. I.

Nähe zu der konkludent erteilten Vollmacht – und sogar einer oftmaligen Überschneidung mit ihr – auch hier der Fall.

Anders könnte es bei der Anscheinsvollmacht sein:²¹¹ Denn auch bei völliger Unkenntnis des Vertretenen von der Scheinvertretungshandlung im konkreten Fall kann über dieses Handeln des Scheinvertreters eine Bindung des vermeintlich Vertretenen entstehen.²¹² Das Handeln des Vertreters ist kein unmittelbarer Ausfluss des Willens des Vertretenen,²¹³ sondern ein objektives Element,²¹⁴ das für die Bindung zentral ist. Die Bindung des Vertretenen wird hier aus dem sozialen bzw. wirtschaftlichen Umfeld des Vertretenen hergeleitet, das einen Scheintatbestand schafft, und nicht aus seinem unmittelbaren Tun, respektive einer Erklärung von ihm.²¹⁵ Ist der Vertretene hinreichend verantwortlich für die Schaffung oder Aufrechterhaltung dieser sozialen Umstände (etwa einer Organisationsstruktur), kann ihm der Missbrauch derselben durch den Vertreter zugerechnet und daher die Bindung auferlegt werden.²¹⁶

²¹¹ Siehe dazu *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 71. Beachte, dass die Anscheinsvollmacht teilweise in Gänze als allgemeines Rechtsinstitut abgelehnt wird, sofern es nicht um den kaufmännischen Rechtsverkehr geht, siehe etwa *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 9; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 100; siehe für eine Übersicht *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 31, der sich der Ablehnung ebenfalls anschließt. Für die hier zu untersuchenden Zwecke spielt das allerdings keine Rolle, da in den untersuchten Konstellationen dieser Arbeit immer Situationen im kaufmännischen Rechtsverkehr vorliegen. Zur weitreichenderen Anerkennung im Handelsrecht siehe auch *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 98.

²¹² Allgemein zur Anscheinsvollmacht *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 55 und 80; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 9; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 31; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 100; konkret zur Schiedsbindung im Wege der Anscheinsvollmacht *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 107, dort in Fn. 55.

²¹³ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 31.

²¹⁴ *Ders.*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 34; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 113.

²¹⁵ Der Rechtsschein sei hier daher wesentlich schwächer, *dies.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 100. Beachte aber, dass im Vorfeld irgendeine Handlung des Vertretenen zur Schaffung dieser äußeren sozialen Umstände geführt haben muss (ebd. Rn. 113): Der Geschäftsherr muss seine Angestellten in der Vergangenheit als Vertreter eingesetzt haben, er muss das Geschäft leiten oder zumindest das Unternehmen gegründet haben und so durch eigene Handlung dazu beigetragen haben, dass der Schein überhaupt entstehen kann. Es wird also an eine in der Regel deutlich vorgelagerte Handlung angeknüpft. Siehe auch noch unten in diesem Teil unter B. I. 5. b) aa).

²¹⁶ Vgl. *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 66.

Sandrock etwa sieht den Bindungsgrund der Anscheinsvollmacht daher in dem Grundsatz des *venire contra factum proprium*.²¹⁷ So handele der scheinbar Vertretene rechtsmissbräuchlich, wenn er sich entgegen dem von ihm nicht verhinderten²¹⁸ Rechtsschein auf das Fehlen der Vollmacht berufe.²¹⁹ Auch die herrschende Meinung geht als dogmatische Grundlage der Anscheinsvollmacht von einem Vertrauens- bzw. Rechtsscheinstatbestand aus.²²⁰ Das könnte – auf den ersten Blick – für eine objektiv-rechtliche Interpretation der Anscheinsvollmacht sprechen. Daher muss genauer untersucht werden, worauf die Bindung bei der Anscheinsvollmacht basiert und wie sie im hier zugrunde gelegten Konzept der subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichen Bindungen einzuordnen ist.

Die Bindung des Vertretenen bei der Anscheinsvollmacht basiert auf seiner Nähe zu dem und der Einwirkungsmöglichkeit auf den Vertreter (oftmals wegen

Eine Bindung im allgemeinen Zivilrecht über diesen Mechanismus ablehnend *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 31, da durch das fahrlässige Nichterfüllen einer bloßen Obliegenheit (Kontrolle der Organisationsstruktur) nur auf das negative Interesse gehaftet werden könne. Die Herleitung dieser Ansicht aus § 179 BGB (ebd.; vgl. im Rahmen der Duldungsvollmacht auch *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 98) überzeugt allerdings nur bedingt, da es dort gerade um die Haftung des Vertreters geht, während über die Anscheinsvollmacht die Haftung einer grundlegend anders gestellten Person entsteht, nämlich des Geschäftsherrn, der die Gesamtsituation in der Regel kontrolliert bzw. den entscheidenden Einfluss auf den Vertreter im Ausgangspunkt hat. Regeln für die Haftung des Vertreters sind daher nicht ohne Weiteres übertragbar. Doch wenn die Grundlage in den §§ 171 f. BGB und in dem Verkehrsschutz als Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben gesehen wird, muss die Rechtsfolge die positive Erfüllung, mithin eine Bindung des Vertretenen, sein, vgl. für Rechtsscheinsvollmachten allgemein ebd. Rn. 94 und 97. Darüber hinaus hält sie eine Erfüllungshaftung bei der Anscheinsvollmacht nur in den Fällen für vertretbar, in denen der Rechtsverkehr davon ausgehen darf, dass der Vertreter aufgrund seiner vom Geschäftsherrn geschaffenen Position Vollmacht hat, was regelmäßig nur im Handelsrecht so sei, ebd. Rn. 100 und 114.

²¹⁷ Siehe Fn. 55 bei *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 107. Etwas allgemeiner sieht auch *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 212 die Grundlage für die Anscheinsvollmacht im Grundsatz von Treu und Glauben; ebenso *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 32. *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 104 hält zudem eine Drittbinding für gerechtfertigt, wenn „die Ablehnung der Drittbinding [...] der Gegenpartei gegenüber unbillig erschiene.“

²¹⁸ *Sandrock* spricht hier allerdings insoweit von dem durch den Geschäftsherrn „gesetzten Rechtsschein“, siehe *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 107, dort in Fn. 55.

²¹⁹ *Ders.*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 107, dort in Fn. 55; in die Richtung auch OLG Köln, Urteil v. 6.12.1972, 16 U 24/71, NJW 1973, 1798, 1799.

²²⁰ *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 212; dabei spielt es keine Rolle, ob man einen solchen in den §§ 171 f. BGB oder in § 242 BGB sieht, siehe dazu oben Fn. 198, 207 und Fn. 217 dieses Teils.

einer gemeinsamen organisatorischen oder wirtschaftlichen Einheit) gestützt.²²¹ Aus diesem objektiven Umstand des Organisationsrisikos ergibt sich die Obliegenheit des Vertretenen, auf das Handeln des Vertreters einzuwirken.²²² Da der Vertretene dem handelnden Vertreter nähersteht und mehr Einfluss auf ihn hat als der Geschäftspartner, der in der Regel keine besondere Beziehung zu dem Vertreter hat, wird das Bindungsrisiko zulasten des Vertretenen verschoben.²²³ Wer das Risiko setzt, ist grundsätzlich für die sich verwirklichende Gefahr verantwortlich.²²⁴

Auf eine Erklärung oder gar den tatsächlichen Willen des Vertretenen kommt es hingegen nicht an. Gleichzeitig ist Teil der Risikozurechnung im weiteren Sinne aber eine persönliche Vorwerfbarkeit, da der Vertretene den Schein schuldhaft nicht verhindert haben muss.²²⁵ Trotz dieses Elements der persönlichen Vorwerfbarkeit handelt es sich bei der Anscheinsvollmacht aber um objektiven Verkehrsschutz.²²⁶ Denn das schuldhafte Setzen des Rechtsscheins ermöglicht lediglich die Zurechnung zu einer verantwortlichen Person (dem Vertretenen) und ist nicht unmittelbar auf eine privatautonome Willensbekundung zurückzuführen. Wegen der objektiven Wertung zum Schutz des Rechtsverkehrs, der sich in dem Vertrauen und Schutz des einzelnen Vertragspartners konkretisiert, ist auf Rechtsfolgenseite eine Erfüllungshaftung und nicht bloß ein Schadensersatzanspruch möglich.²²⁷

²²¹ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 100; zur Zurechnung allgemein siehe *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 40; speziell für Unternehmensgruppen *Fleischer*, ZHR 1999, 461, 473.

²²² *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 527; *Fleischer*, ZHR 1999, 461, 473; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 100; vgl. *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 204.

²²³ *Fleischer*, ZHR 1999, 461, 473; vgl. auch *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 527.

²²⁴ *Ders.*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 527; *Fleischer*, ZHR 1999, 461, 473 f.; vgl. *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 204.

²²⁵ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 40; BGH, Urteil v. 5.3.1998, III ZR 183–96, NJW 1998, 1854, 1855.

²²⁶ *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 527.

²²⁷ *Ders.*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 527. Ausreichendes Vertrauen für eine Erfüllungshaftung komme in der Regel aber nur im Handelsverkehr in Betracht, *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 100. *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 31 geht fälschlich davon aus, dass es für eine Erfüllungshaftung zwingend einer Willensbetätigung bedürfe. Doch nach überwiegender Ansicht kann auch ein Vertrauenstatbestand und § 242 BGB zu einer positiven Bindung führen, siehe etwa *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 242 Rn. 48.

Der Grundfall der subjektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen – die Auslegung einer eigenen Willenserklärung ohne Einschaltung eines Vertreters – scheint demgegenüber auf den ersten Blick weniger an objektiven Zurechnungskriterien orientiert zu sein. Daher könnte die Anscheinsvollmacht im Gegensatz zur Auslegung objektiv-rechtlich einzuordnen sein. Wie oben dargelegt wurde, ist Kern der Auslegung die Ermittlung des Willens des Erklärenden. Ausgangspunkt ist damit die subjektive Erklärung. Die sozialen Rahmenbedingungen des Erklärenden spielen mithin eine deutlich geringere Rolle als bei der Anscheinsvollmacht. Andererseits müssen auch bei der Auslegung von Willenserklärungen objektive Kriterien des gemeinsamen Geschäftsumfelds (ergänzend) herangezogen werden, um den Gehalt einer Erklärung zu ermitteln.

Damit geht es in beiden Fällen (Tätigwerden eines Rechtsscheinsvertreters und direkte Kommunikation über eigene Willenserklärungen der Vertragspartner) jeweils um die Frage, welche Aspekte für das Verständnis des Empfängers berücksichtigt werden können. Die Berücksichtigung der Organisationsstruktur bzw. des Verhältnisses von Vertreter und Vertretenem im Falle der Anscheinsvollmacht ist damit gleichermaßen objektiv wie etwa die Berücksichtigung von bestimmten Begriffsbedeutungen und Gepflogenheiten im gemeinsamen Verkehrskreis von Sender und Empfänger.²²⁸ Letztlich ist es also auch bei der interpretierenden Auslegung so, dass unabhängig davon, ob ein solcher Wille tatsächlich vorliegt, von äußeren Merkmalen wie dem Verhalten des Gebundenen auf dessen Willen geschlossen wird.

Ein insofern vergleichbares Vorgehen kann daher bei der Anscheinsvollmacht nicht zu einer Einordnung als objektiv-rechtlicher Bindungsmechanismus nach der hier zugrunde gelegten Systematik führen. Zudem haben aus Empfängerperspektive die Duldungs- und die Anscheinsvollmacht auch denselben Kern: Bei beiden führt ein Unterlassen des Vertretenen zu der Bindungswirkung. Er unterlässt es, entgegen seiner Obliegenheit,²²⁹ sich über die Handlungen des Scheinvertreters zu informieren und sie zu unterbinden.²³⁰ Dieses mangelnde Tätigwerden wirkt auf Empfängerseite bei beiden Rechtsinstituten so, als wolle der Geschäftsherr sich vertreten lassen und mithin gebunden sein. Die Folge ist daher in beiden Fällen auch das Zustandekommen eines Vertrags. Eine unterschiedliche Einordnung in die Kategorien der subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen wäre hier inkonsequent.

Parallelen zwischen der Anscheinsvollmacht und anderen subjektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen finden sich auch bei der Risikozuweisung. Die Ri-

²²⁸ Siehe oben zu Beginn dieses Teils und unter A.

²²⁹ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 31 weist hier zu Recht darauf hin, dass es sich trotz der Bezeichnung als Sorgfaltspflicht eigentlich um eine Obliegenheit des Geschäftsherrn handelt.

²³⁰ *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 107, dort in Fn. 55; vgl. *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 100.

sikozuweisung ist letztlich zwar ein objektiver Vorgang, doch er findet von der Grundidee ebenso bei der Auslegung einer Willenserklärung und bei der ausdrücklichen rechtsgeschäftlichen Stellvertretung statt. Auch dort wird das Risiko der Übereinstimmung von Erklärtem und Gewolltem letztlich dem Erklärenden zugewiesen: Er ist es, der die Handlung oder Erklärung in die Welt setzt²³¹ und ebenso ist es der Geschäftsherr, der sich eines Vertreters bedient. Im Fall der Anscheinsvollmacht ist er es, der sich der Strukturen bedient, die den zurechenbaren Rechtsschein einer Vertretung erzeugen.²³² Eine Risikozuweisung ist im Rechtsverkehr also immer notwendig und findet gerade auch bei der Auslegung von Willenserklärungen als Ausgangsfall der subjektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen statt. Bei der Anscheinsvollmacht wird dabei lediglich das soziale Umfeld des Vertretenen als ein (zentraler) Abwägungsfaktor miteinbezogen. Das Grundprinzip ist aber dasselbe.

Außerdem kann die dogmatische Grundlage der Anscheinsvollmacht (Rechtsgeschäft oder Vertrauenstatbestand) zwar als ein Argument für oder gegen die Einordnung als subjektiv-rechtlicher Bindungsmechanismus angeführt werden. Die dogmatische Grundlage ist für diese Einordnung jedoch nicht entscheidend. Denn das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts ist für die hier getroffene Unterscheidung zwischen subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen nicht das distinktive Merkmal. Für eine subjektiv-rechtliche Einordnung der Anscheinsvollmacht spricht stattdessen entscheidend die identische Wirkung auf den Empfänger: Auch bei der Anscheinsvollmacht vertraut der Geschäftspartner im Zeitpunkt des Vertragsschlusses darauf, dass der vermeintliche Geschäftsherr hinter dem Vertreter gebunden sein will.²³³ Resultat ist dann die Bindung an eine Vereinbarung, wobei es auf den tatsächlichen Willen nicht ankommt.

Gemäß der hier zugrunde gelegten Trennung²³⁴ muss daher eine Einordnung als subjektiv-rechtliches Bindungsinstrument erfolgen. Der Bindungsgrund ist in dieser Kategorie letztlich immer, dass Teilnehmer des Geschäftsverkehrs das Auftreten einer Person so verstehen dürfen, als wollte diese Person oder ein Vertreter gebunden sein.²³⁵ Das Konsenserfordernis ist damit auch bei der Anscheinsvollmacht im Ausgangspunkt gewahrt, selbst wenn es wegen des stärkeren

²³¹ Siehe oben zu Beginn dieses Teils und unter A.

²³² Die Risikoverteilung findet also im Rahmen des Merkmals der Zurechenbarkeit statt; dazu noch sogleich.

²³³ Siehe *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 115: „billige“. Zur Geschäftsvornahme als maßgeblicher Zeitpunkt siehe auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 38.

²³⁴ Siehe oben im 1. Teil unter B. und im 2. Teil unter B. IV. 2.

²³⁵ Vgl. *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 100; ebenso im schwedischen Schiedsrecht, *Hano-tiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 116; siehe zu den Besonderheiten bei der Anscheinsvollmacht noch sogleich in diesem Teil unter B. I. 5. b).

Einflusses objektivierter Faktoren wie dem sozialen Umfeld des Geschäftsherrn abgeschwächter bzw. eingeschränkter ist²³⁶ als bei der Stellvertretung mit rechtsgeschäftlicher Vollmacht oder der interpretierenden Auslegung von direkten Willenserklärungen zwischen zwei Personen.

b) Rechtsscheinsvollmacht zur Schiedsbindung bei Unternehmensgruppen

Die Voraussetzungen der Rechtsscheinsvollmachten lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: Es muss ein Scheintatbestand vorliegen, auf den vertraut wurde, dieser Tatbestand muss dem Vertretenen zurechenbar sein und der Geschäftspartner muss in seinem Vertrauen schutzwürdig sein.²³⁷ Die Handlung des Geschäftspartners bzw. der Geschäftsabschluss muss zudem kausal auf dem Rechtsschein beruhen.²³⁸ Die Schutzwürdigkeit wird zum Teil auch als Gutgläubigkeit bezeichnet,²³⁹ wobei die Frage der Schutzwürdigkeit letztlich der weitere Begriff ist.²⁴⁰ Im Folgenden liegt der Fokus auf den Fragen, ob und wann sich ein schiedsrechtlicher Scheintatbestand in einer Gruppensituation ergeben kann und wie sich eine solche Situation auf die Voraussetzungen der Zurechenbarkeit²⁴¹ und der Schutzwürdigkeit auswirkt.

Die grundlegende Problematik ist dabei, wie die grundsätzlich restriktiv zu interpretierende subjektive Reichweite von Schiedsbindungen mit den Besonderheiten des Handelsverkehrs in Einklang zu bringen ist. Liegen keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, dass der vermeintlich Vertretene tatsächlich in einem

²³⁶ Siehe zu den verfassungsrechtlichen Konsequenzen noch unten im 6. Teil unter A. II.

²³⁷ *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 9; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 32; vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa BGH, Urteil v. 10.1.2007, VIII ZR 380/04, NJW 2007, 987, 988 Rn. 14. Beachte, dass *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 39 keine weiteren Voraussetzungen verlangt, insbesondere die Voraussetzungen der allgemeinen Stellvertretung nicht für notwendig erachtet. Richtigerweise anders *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 3.

²³⁸ Etwa *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 94; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 43 sieht die Kausalität als Teil der Schutzwürdigkeit an; zu den gesamten Voraussetzungen auch *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 527; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 34 ff.

²³⁹ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 94.

²⁴⁰ Zur Trennung dieser beiden Punkte auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 43. Die Gutgläubigkeit bezieht sich letztlich konkret auf das Vertrauen des Geschäftspartners.

²⁴¹ Zur Zurechenbarkeit *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 416; vgl. für das insofern ähnliche amerikanische Stellvertretungsrecht, welches für das internationale Schiedsrecht auch Bestätigung von französischen Gerichten erhalten hat, *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 16; ähnlich auch das schweizerische und das chinesische Schiedsrecht, siehe ebd. S. 17.

ermächtigungsbefugten Verhältnis zum vermeintlichen Vertreter steht, kann auch im Handelsrecht keine Bindungswirkung zulasten des vermeintlich Vertretenen angenommen werden.²⁴² Zudem sind an den Scheintatbestand im Ausgangspunkt – wie bei der Auslegung der Umstände, aus denen sich eine konkludente Stellvertretung ergeben kann²⁴³ – für eine schiedsrechtliche Bindung strenge Maßstäbe anzulegen.

Erneut kommt es daher darauf an, dass gerade hinsichtlich der Schiedsvereinbarung die Stellvertretungsmacht vorliegt.²⁴⁴ Der Schein einer Vertretungsmacht muss sich demnach auch konkret auf den Abschluss von Schiedsvereinbarungen beziehen.²⁴⁵ Für einen solchen Scheintatbestand – insbesondere bei der Anscheinsvollmacht – wird so in der Regel auch ein wiederholtes Handeln als Vertreter für dieselbe oder vergleichbare Art von Geschäften gefordert.²⁴⁶ Es ist daher unter Berücksichtigung einer restriktiven Auslegung der subjektiven Reich-

²⁴² Restriktiv auch *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 506; vgl. zum internationalen Recht etwa *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 118, der aber auch darauf hinweist, dass gerade das amerikanische Schiedsrecht hier wenig stringent ist; zur Schweizer Schiedspraxis in dieser Frage ebd. S. 105.

²⁴³ Dazu bereits oben in diesem Teil unter A.

²⁴⁴ *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 505 f.; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 416 f.

²⁴⁵ Zur Relevanz des spezifischen Geschäfts siehe auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 37; zudem bereits oben in Fn. 171 dieses Teils.

²⁴⁶ *Ellenberger*, in: Grüneberg (Hrsg.), Grüneberg, 2023, § 172 Rn. 12; *Jürschik*, *Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen*, 2011, S. 211; *Medicus/Petersen*, *Bürgerliches Recht*, 2021, Rn. 99; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 37; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 167 Rn. 112; OLG Köln, Urteil v. 6.12.1972, 16 U 24/71, NJW 1973, 1798, 1799. Beachte bei der Duldungsvollmacht aber, dass die Rechtsprechung vereinzelt ein einmaliges Handeln hat ausreichen lassen, etwa OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 10.5.2006, 9 U 73/05, LSK 2006, 510361, 2006, 2. redaktioneller Leitsatz; siehe auch *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 167 Rn. 107. Ob das wiederholte Handeln für die Duldungsvollmacht nötig ist, ist umstritten; dafür etwa *Hindermann*, *Bucerius Law Journal* 2020, 48, 51; *Jürschik*, *Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen*, 2011, S. 212 f.; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 416, der zusätzlich das Auftreten über längere Zeit verlangt; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 30; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 167 Rn. 107 m. N. Insofern würden sich Duldungs- und Anscheinsvollmachten nicht unterscheiden. Wegen der zusätzlich nötigen Kenntnis des Geschäftsherrn ist es aber gut vertretbar, hinsichtlich der Dauer und Häufigkeit der Wiederholung zumindest Abstriche zu machen. Gegen die Notwendigkeit eines wiederholten Handelns etwa BGH, Urteil v. 10.1.2007, VIII ZR 380/04, NJW 2007, 987, 988 Rn. 19; siehe für weitere Nachweise auch bei *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 37.

weite von Schiedsvereinbarungen²⁴⁷ notwendig, dass der als Vertreter Auftretende bereits vormals eine Schiedsvereinbarung – und nicht etwa nur ein anderes Geschäft – für den potenziellen Geschäftsherrn abgeschlossen hat.²⁴⁸ Es genügt also weder, dass eine Vollmacht für andere Geschäfte als den Abschluss von Schiedsvereinbarungen in der Vergangenheit noch für das aktuelle materiell-rechtliche Geschäft erteilt wurde, welches die Grundlage oder den Rahmen für die Schiedsvereinbarung bildet.²⁴⁹ Bei der Duldungsvollmacht muss der Vertretene zudem Kenntnis von dem konkreten Tätigwerden des Vertreters haben.²⁵⁰

Nun ist zu klären, ob im Rahmen der Rechtscheinsvollmachten andere Anforderungen an den Scheintatbestand zu stellen sind, wenn Konstellationen mit Unternehmensgruppen vorliegen.²⁵¹ Dagegen spricht zunächst die bereits erläuterte grundsätzlich restriktive subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen. Dafür spricht im Gruppenkontext allerdings, dass nach dem erwähnten Risikoprinzip ein Gruppenmitglied auch das Risiko tragen sollte, dass einer etwaigen Geschäftspraxis dieser Gruppe entsprechend andere Geschäftsteilnehmer vertragliche Bindungen legitimerweise erwarten.²⁵² Zum einen ist die Beteiligung an der Gruppe freiwillig und zum anderen kann ein Mitglied dieser Gruppe Einfluss auf eine sich etablierende Geschäftspraxis nehmen und ist daher einem ersten Anschein nach weniger schutzwürdig.

²⁴⁷ *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408.

²⁴⁸ Vgl. *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 35b.

²⁴⁹ So können außergewöhnliche Geschäfte keine „Indizwirkung“ für das im konkreten Fall streitige Geschäft haben, *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 113. Es müsste sich um besonders weitreichende oder zentrale Geschäfte in der Vergangenheit gehandelt haben, um für das konkrete Geschäft eine Vertretungsbefugnis in Bezug auf die Schiedsvereinbarung anzunehmen. Gleichzeitig besteht keine Nachforschungspflicht für den Geschäftspartner, solange es keine besonders aufwendigen oder ungewöhnlichen Geschäfte sind, die durch den Vertreter abgeschlossen werden, *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 43. Im Zweifel ist aber wegen der Natur der Schiedsvereinbarung keine schiedsrechtliche Stellvertretungsbefugnis anzunehmen.

²⁵⁰ BGH, Urteil v. 10.1.2007, VIII ZR 380/04, NJW 2007, 987, 988 Rn. 19; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 416.

²⁵¹ Grundsätzlich für einen solchen Ansatz *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 222; *Fleischer*, ZHR 1999, 461, 473; ihnen folgend *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 198; *Hindermann*, Bucerius Law Journal 2020, 48, 51; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 214.

²⁵² Bei einem Konzern, in dem die Über-Unterordnung klar ist, ebenfalls für eine großzügigere Bindung zumindest der Obergesellschaft *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 198 und 204; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 214.

Diese grundsätzliche Risikoverteilung bedarf aber der Korrektur durch die persönliche Vorwerfbarkeit. Unter Beachtung des Freiwilligkeitskriteriums der Schiedsgerichtsbarkeit wäre es nicht haltbar, dass aufgrund einer reinen Risikobetrachtung ein Gruppenunternehmen durch die bloße Partizipation an der Gruppe einer Schiedsverpflichtung durch andere Gruppenmitglieder ausgesetzt wäre.²⁵³ Eine derart begründete Schiedsverpflichtung ist abseits der Rechtscheinshaftung ebenfalls klar abzulehnen.²⁵⁴ Die bloße Gruppenzugehörigkeit kann daher auch nicht zu einer solch weitreichenden Verpflichtung im Wege der Stellvertretung führen. Stattdessen muss wie bei natürlichen Personen in einem Handelsgewerbe auch im konkreten Fall ein schützenswerter Schein etwa dadurch entstehen, dass ein Unternehmen der Gruppe in demselben Geschäftsbetrieb derart eingebunden wird, bzw. ihm eine solche Stelle eingeräumt wird, dass damit regelmäßig eine Stellvertretung verbunden ist.²⁵⁵

Trotz dieser restriktiven Voraussetzungen sind im Handelsverkehr gerade mit Unternehmensgruppen Konstellationen denkbar, in denen eine schiedsrechtliche Rechtsscheinsvollmacht vorkommen kann. Denn vor allem wegen der Schnelligkeit im Wirtschaftsleben treten geschäftlich agierende Personen häufig für andere auf. Der Handelsverkehr ist daher insgesamt auf einen höheren Vertrauensschutz angewiesen, was sich allgemein auch an § 346 HGB und an der Praxis des kaufmännischen Bestätigungsschreibens sowie konkret im Stellvertretungskontext an §§ 54–56 HGB zeigt.²⁵⁶ Wenn zusätzlich der Abschluss von Schiedsvereinbarungen in einer Branche oder einem Wirtschaftszweig die Regel und nicht die Ausnahme ist,²⁵⁷ sind auch Rechtsscheinstatbestände zugunsten einer schiedsrechtlichen Bindung nicht unwahrscheinlich.

²⁵³ Zumindest für eine Senkung der Anforderungen an einen Scheinstatbestand wegen der Risikoverteilung aber *Fleischer*, ZHR 1999, 461, 473; ebenso *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 198; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 214; vgl. allgemein zur Risikotragung bei den Rechtsscheinsvollmachten bereits in diesem Teil unter B. I. 5. a). Die Abgrenzung zwischen eindeutigen Stellvertretungsvoraussetzungen und pauschaler Bindung verwischt auch bei der im angelsächsischen Rechtskreis verbreitete *alter ego doctrine*, siehe bei *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 471.

²⁵⁴ Siehe oben in diesem Teil unter A. II.; vgl. auch unten im 4. Teil unter B.

²⁵⁵ Siehe zu diesem Erfordernis für eine Rechtsscheinsvollmacht allgemein *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 167 Rn. 100; abseits konkreter Anhaltspunkte besteht keine Vermutung für einen Rechtsschein einer Vollmacht, *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), *Staudinger BGB*, 2019, § 167 Rn. 17.

²⁵⁶ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 167 Rn. 100, die allerdings nur auf § 56 HGB abstellt; vgl. auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2023, § 167 Rn. 9.

²⁵⁷ Siehe zur statistischen Häufigkeit von Schiedsvereinbarungen in Handelsverträgen bestimmter Branchen *Drahozal*, in: Brekoulakis/Lew/Mistelis (Hrsg.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, 2016, S. 456.

Der Grundsatz der restriktiven subjektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen steht in einem Zielkonflikt zum Grundsatz des erhöhten Vertrauensschutzes im Wirtschaftsverkehr, wenn es um Rechtsscheinsvollmachten zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen geht. Wie erwähnt, muss eine Bindung daher jeweils im Einzelfall untersucht werden. Das Handeln einer Unternehmensgruppe im Rechtsverkehr führt daher weder zu grundsätzlichen Bedenken gegen die Anwendung der Anscheinsvollmacht,²⁵⁸ noch kann daraus pauschal eine Anscheinsvollmacht abgeleitet werden. Wohl können aber Fälle unter Beteiligung von Unternehmensgruppen leichter zur Annahme einer Anscheinsvollmacht führen, da die Verkehrsteilnehmer hier oftmals weniger schutzwürdig sind.²⁵⁹ Im Folgenden werden einige Konstellationen genauer betrachtet.

aa) Typische Fallgruppen

Teilweise wird postuliert, dass eine Vertretung im Wege der Rechtsscheinsvollmacht in der Regel nur mit der Obergesellschaft in der Rolle des Vertreters in Betracht komme.²⁶⁰ Eine wichtige Konstellation einer Vertretung im Wege der Rechtsscheinsvollmacht ist hier die Vertragserfüllung durch eine Tochtergesellschaft einer Unternehmensgruppe, ohne dass eine Anweisung einer beherrschenden Obergesellschaft erfolgte.²⁶¹ In dieser Konstellation kann ein Scheintatbestand für eine Rechtsscheinsvollmacht bestehen.²⁶² Wird etwa die Tochtergesellschaft regelmäßig zur Vertragserfüllung für die Obergesellschaft tätig, kann dadurch die Annahme entstehen, die Obergesellschaft habe die Verträge auch als Vertreter für die Tochter abgeschlossen. Denn in der Geschäftspraxis werden die Obergesellschaften oftmals zur Vertretung für die Untergesellschaften berechtigt.²⁶³ Wenn die Tochtergesellschaft ohne explizite Anweisung die Ausführung

²⁵⁸ *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 167 Rn. 9; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 33; *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 1999, Rn. 302 halten die Anwendung der Anscheinsvollmacht im Schiedsrecht insgesamt für „unbedenklich“.

²⁵⁹ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 167 Rn. 100.

²⁶⁰ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 204; siehe zur Frage der Reichweite einer Vertretungsmacht in diesem Kontext auch *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 470.

²⁶¹ Vgl. für eine ganz ähnliche Konstellation *ders.*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 468.

²⁶² *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 199; vgl. auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 164 Rn. 2a. Insofern ist auch die angelsächsische *alter ego doctrine* ähnlich, die ebenfalls eine Vertragsdurchführung oder einen direkten Vorteil der zu bindenden Gesellschaft verlangt, ansonsten aber nach deutschem Verständnis nicht so eindeutigen Voraussetzungen unterliegt, siehe *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 471.

²⁶³ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Er-

eines Vertrags übernimmt²⁶⁴ und das in der Geschäftspraxis einer Unternehmensgruppe regelmäßig vorkommt, kann der Geschäftspartner legitimerweise annehmen, die Obergesellschaft schließe die Verträge mit Vertretungsmacht für die Tochter (mit) ab.²⁶⁵ Ein solcher Eindruck der Vertretung kann zudem verstärkt werden, indem etwa Briefbögen der Obergesellschaft verwendet werden.²⁶⁶

Aber auch die Vertretung anderer Gruppenunternehmen durch eine Tochtergesellschaft kann vorkommen.²⁶⁷ Etwa bei größeren Bauvorhaben ist es üblich, dass eine Reihe von Subunternehmern tätig wird, die mitunter auch als Vertreter auftreten. Gleichzeitig werden in Großprojekten dieser Art zumeist Schiedsvereinbarungen abgeschlossen.²⁶⁸ Daher wäre es auch nicht überraschend oder abwegig anzunehmen, dass ein Unternehmen, welches für ein anderes (derselben Gruppe) regelmäßig die Bestellungen von Baumaterialien in großem Stil und mit nicht unwesentlichem Verhandlungsspielraum vorgenommen hat, gleichzeitig zur Vertretung beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung für dieses andere Unternehmen ermächtigt sein könnte.²⁶⁹

streckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 198; für Beispiele hierzu aus dem internationalen Schiedsrechts siehe auch *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 471.

²⁶⁴ Je nach Konstellation kann eine solche Ausführung auch als „Einmischung“ der Tochtergesellschaft gewertet werden und führt dann insbesondere nach schweizerischem Schiedsrecht zu einem eigenen Bindungsgrund, siehe dazu schon oben im 1. Teil unter C. und dort in der Fn. 26 sowie unten im 4. Teil in der Fn. 11.

²⁶⁵ Im Einzelfall kann hierin freilich auch eine Genehmigung einer Vertretung liegen. Bei einer gewissen Regelmäßigkeit der Durchführung für die Obergesellschaft liegt die Rechtscheinsvollmacht aber unter Umständen näher.

²⁶⁶ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), *Staudinger BGB*, 2019, § 167 Rn. 35.

²⁶⁷ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 198; siehe für Beispiele auch *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 468.

²⁶⁸ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 50; *Drahozal*, in: Brekoulakis/Lew/Mistelis (Hrsg.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, 2016, S. 453, Rn. 32.9; *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 131; vgl. zur Verbreitung der Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt auch *Berger*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 111; *ders.*, *RIW* 1994, 12; *Lansnicker/Schwirtzek*, *NJW* 2001, 1969, 1972; *Meier*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 55; *Ruckteschler/Piroutek*, in: *Wilhelmi/Stürner* (Hrsg.), *Mehrparteienschiedsverfahren*, 2021, S. 70, 72 f.; *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 483; zu einer Schiedsvereinbarung kraft Handelsbrauchs BGH, Urteil v. 3.12.1992, III ZR 30/91, *NJW* 1993, 1798 (allerdings an einem konkreten Fall des internationalen Fellhandels); kritisch zur validen Ermittlung der Verbreitung der Schiedsgerichtsbarkeit *Plavec*, *Auslegung von Schiedsvereinbarungen*, 2021, S. 161.

²⁶⁹ Beachte, dass gerade im Baugewerbe zugunsten des Architekten oder Bauleiters (welche auch Unternehmen sein können) regelmäßig eine Vollmacht für gewöhnliche Geschäfte anzunehmen ist, OLG Köln, Urteil v. 6.12.1972, 16 U 24/71, *NJW* 1973, 1798, 1799. Die

Das gilt zumindest dann, wenn der Geschäftsherr in der Vergangenheit solche durch den Vertreter abgeschlossene Verträge inklusive der enthaltenen Schiedsvereinbarungen akzeptiert hat bzw. dem Vertreter eine dahingehende Vollmacht sogar explizit erteilt hatte.²⁷⁰ Wenn Schiedsklauseln zudem formularmäßig verwendet werden bzw. als Standardklauseln in solchen Verträgen enthalten sind, wird sich der juristische Laie im Geschäftsverkehr keine gesonderten Vorstellungen darüber machen, ob der Vertreter ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr zum Abschluss der Schiedsklausel berechtigt ist. Der Rechtsgedanke aus § 56 HGB spricht hier zusammen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben für die Annahme einer handelsrechtlichen Anscheinsvollmacht auch im Hinblick auf die Schiedsvereinbarung.

Es kann also auch eine Vertretung der Tochter für die Obergesellschaft angenommen werden, wenn seit längerem die Tochter für einen Geschäftsbereich innerhalb der Gruppe zuständig ist, formal aber für die Obergesellschaft die Geschäfte in bestimmten Bereichen aushandelt und eventuell auch ausführt.²⁷¹ Hier kommen ähnliche Situationen in Betracht, wie sie auch im Rahmen der Offenkundigkeit bereits diskutiert wurden.²⁷² In Massengeschäften wie beim Wareneinkauf in großem Stile kann es vorkommen, dass über längere Zeit der Gruppenpraxis entsprechend eine Untergesellschaft die Beschaffung und den Vertragsabschluss für die Obergesellschaft bzw. die ganze Gruppe übernimmt. Daraus können dann im Einzelfall nicht nur gesenkte Anforderungen an die Offenkundigkeit,²⁷³ sondern auch ein Scheintatbestand folgen.²⁷⁴ Ein Automatismus besteht hier indes nicht.

Kaum möglich scheint eine Rechtsscheinsvollmacht jedoch in den Fällen, in denen zwei Gruppengesellschaften an den Verhandlungen eines materiell-rechtlichen Vertrags mit einem weiteren (insbesondere einem externen) Unternehmen beteiligt sind.²⁷⁵ Verhandeln die Obergesellschaft und die Tochtergesellschaft ge-

Grenzen sind hier jedoch restriktiv zu ziehen, siehe dazu auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 35b.

²⁷⁰ Siehe zur Relevanz der Art der abgeschlossenen Vertretergeschäfte auch *ders.*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 37.

²⁷¹ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 198; siehe zu der Relevanz dieses Aspekts auch bei den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 164 Rn. 1. Insofern besteht eine Parallele dieser beiden Rechtsinstitute, vgl. auch oben in diesem Teil vor B. I. 1. bzw. dort bei Fn. 170.

²⁷² Siehe oben in diesem Teil vor B. I. 1.

²⁷³ Die Erklärung für eine andere Partei kann insbesondere wie erwähnt auch konkludent erfolgen, siehe schon oben in diesem Teil unter B. I. am Anfang; zudem *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 164 Rn. 17 und 130.

²⁷⁴ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 198; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 214.

²⁷⁵ Zu diesem Fall aber *Hindermann*, *Bucerius Law Journal* 2020, 48, 50; siehe auch *Lew*

meinsam mit dem Geschäftspartner, wobei die Obergesellschaft formal als Unterzeichnerin auftritt, fällt der Vertrag aber in den Geschäftsbereich der Tochtergesellschaft, könnte man über eine Unterzeichnung durch die Muttergesellschaft für die Tochtergesellschaft mit Rechtsscheinsvollmacht nachdenken.²⁷⁶

Allerdings lässt sich dabei immer fragen, warum in einer solchen Konstellation nicht wenigstens eine explizite Vertretung oder gar eine eigenständige Unterzeichnung durch die Tochtergesellschaft vorgenommen wurde. Sofern die Unternehmensgruppe die Tochter aus wirtschaftlichen Gründen (etwa Haftungserwägungen) explizit formal nicht an dem Vertrag beteiligen wollte, muss eine Stellvertretung an dem Vertretungswillen scheitern.²⁷⁷ Für eine Rechtsscheinsvollmacht ist ein Vertreterwille nicht nötig,²⁷⁸ doch ist für Rechtsscheinservägungen in dieser Konstellation kein Platz.

Das gemeinsame Verhandeln spricht daher sogar gegen eine Bindung der Tochter- durch die Muttergesellschaft. Denn anders als bei der eben beschriebenen Konstellation, in der die Tochtergesellschaft den Vertrag ohne Anweisung der Muttergesellschaft bloß ausführt, bei der Verhandlung aber nicht beteiligt war, wird kaum zu argumentieren sein, die Tochter habe gebunden sein wollen, ihren Bindungswillen bei der gemeinsamen Verhandlung aber nicht zum Ausdruck gebracht. Der Stellvertretungskonstellation bedarf es bei ihrer Anwesenheit nicht. Und falls eine Vertretung der Tochter durch die Mutter trotz der Anwesenheit der Tochter gewollt war, ist zumindest die mangelnde Offenkundigkeit der Vertretung in diesem Fall kaum zu rechtfertigen.²⁷⁹ Daher kann in einer Situation mit gemeinsamer Verhandlung von zwei sich potenziell vertretenden Gruppenunternehmen keine Bindung im Wege der Rechtsscheinsvollmacht angenommen werden.

Mistelis/Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, 2003, Rn. 7–51 mit verschiedenen Nachweisen aus der internationalen Schiedsgerichtspraxis, die jedoch nicht immer so dogmatisch zwischen Stellvertretungsansätzen und anderen „Gruppenbindungen“ unterscheidet. Siehe zur gemeinsamen Bindung wegen gemeinsamer Vertragsverhandlung auch *Meier*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 55.

²⁷⁶ Vgl. zu der insoweit ähnlichen Anwendung der *group of companies doctrine* im internationalen Schiedsrecht *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 464.

²⁷⁷ Die überwiegende Literatur verlangt einen solchen Willen, während ein solches Erfordernis von der Rechtsprechung abgelehnt wird, siehe auch schon Fn. 134 dieses Teils.

²⁷⁸ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 167 Rn. 39, der die weiteren Voraussetzungen der allgemeinen Stellvertretung insgesamt für die Rechtsscheinsvollmachten als nicht einschlägig erachtet, siehe auch schon oben in Fn. 237 dieses Teils.

²⁷⁹ Zwar kann theoretisch auch eine Geschäftspraxis in der Gruppe bestehen, dass unabhängig von der zusätzlichen Anwesenheit der ausführenden Gesellschaften die Obergesellschaft immer als Unterzeichner auftritt, obwohl die Tochtergesellschaft gebunden werden soll. Diese Option scheint aber gleichwohl eher theoretischer Natur und stünde zudem vor nicht unerheblichen Beweisproblemen. Wegen des restriktiven Maßstabs für die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen ist im Zweifel eine solche Situation nicht anzunehmen.

bb) Zwischenergebnis

Die Bindung von Gruppenunternehmen im Wege der Rechtsscheinsvollmacht kann nur in wenigen Fällen angenommen werden. Schon nach den allgemeinen Voraussetzungen kommt hier ohne konkretere Anhaltspunkte eine Stellvertretung nicht in Betracht. Hinzu kommt noch die grundsätzlich zu fordernde restriktive Haltung wegen der (verfassungsrechtlichen) Bedeutung der subjektiven Reichweite einer Schiedsbindung, die in Zweifelsfällen eine Erstreckung der subjektiven Reichweite untersagt.

Konstellationen unter Beteiligung von Unternehmensgruppen sind allerdings solche des Handelsrechts. Daher finden die besonderen Wertungen des Handelsrechts hier Berücksichtigung. Das kann – wie oben in diesem Teil unter B. I. 1. erörtert – zu gesenkten Anforderungen an die Offenkundigkeit und zum Teil auch an den Scheintatbestand führen. Ob das der Fall ist, kommt auf die jeweilige konkrete Situation an; pauschale Annahmen verbieten sich. Eine Schiedsbindung im Wege einer Rechtsscheinsvollmacht scheint indes vor allem in Konstellationen möglich, in denen die häufige Vertretung von anderen Gesellschaften (derselben Gruppe) über längere Zeit für materielle Verträge erfolgte und zusammen mit bzw. in diesen Verträgen auch Schiedsvereinbarungen als „Handelsstandard“ enthalten waren. Dann kann eine Rechtsscheinsvertretung auch im Hinblick auf die Schiedsvereinbarung naheliegen, was vor allem bei massenhaften Importgeschäften und bei großen Bauvorhaben vorkommt. Demgegenüber kann die gemeinsame Verhandlung von Verträgen durch mehrere Gruppengesellschaften entgegen der teilweisen Darstellung kaum als Beispiel für eine Drittbinding im Wege der Rechtsscheinsvollmacht herangezogen werden.

c) Praktische Probleme der Beweisbarkeit

Neben den rechtsdogmatischen Hürden für eine Rechtsscheinsvollmacht im Gruppenkontext besteht auch eine Reihe praktischer Beweisprobleme, auf die noch kurz einzugehen ist. Wie erwähnt muss der vermeintliche Vertreter entweder mehrfach als Vertreter für ein schiedsrechtliches Geschäft aufgetreten sein oder der Vertretene muss zumindest Kenntnis von dem Auftreten des vermeintlichen Vertreters gegenüber Vertragspartnern gehabt haben. Das mehrfache Auftreten als Vertreter für eine andere Gesellschaft mag im Geschäftsverkehr mit Unternehmensgruppen recht häufig vorkommen und kann dank elektronischer Kommunikation heutzutage auch meistens gut nachgewiesen werden. Den Nachweis über die relevante Kenntnis zu erbringen, wird je nach Aufbau der Unternehmen bzw. der Gruppe hingegen zu mitunter komplexen Wissenszurechnungsfragen und mithin langwierigen Verfahren führen.

Gerade für gruppenexterne Unternehmen ist es schwerer einsehbar, ob die scheinbar vertretene Obergesellschaft das Auftreten des vermeintlich Bevollmächtigten geduldet hat oder zumindest ausreichendes Wissen von den Vorgängen hatte, so dass von einer Duldung auszugehen ist. Leichter mag der Nachweis der Obergesellschaft fallen, ob sie eine Tochtergesellschaft für sich hat handeln

lassen. Denn sie ist der Tochtergesellschaft nicht nur organisatorisch verbunden, sondern faktisch mitunter auch übergeordnet. Haben eine Tochtergesellschaft und ein externes Unternehmen eine Schiedsvereinbarung und ist es streitig, ob die Tochter oder die Obergesellschaft gebunden sein sollte, wird es der Obergesellschaft am leichtesten fallen, eine Duldungsvollmacht zwischen der Tochter und sich zu beweisen, aber auch gegen das nötige Wissen zu argumentieren. Dadurch entsteht bereits ein struktureller Nachteil für gruppenexterne Unternehmen, der durch gesenkte Anforderungen an den Offenkundigkeitsgrundsatz noch verstärkt werden kann.

Zwar besteht die Schutzrichtung von Rechtsscheinsvollmachten vom Grundgedanken her zumeist zugunsten des Geschäftspartners; in Konstellationen, in denen eine Vertretung innerhalb einer Gruppe gegenüber einem externen Unternehmen in Betracht kommt, also zugunsten des gruppenexternen Unternehmens. Was bleibt, ist aber die generelle Beweisproblematik bei einer Rechtsscheinsvollmacht. Hier wird eine gut strukturierte Gruppe Informationsvorteile haben, die es über die Regeln der Wissenszurechnung bei juristischen Personen auszugleichen gilt. Diese Thematik ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

d) Zwischenergebnis zu den Rechtsscheinsvollmachten

Rechtsscheinsvollmachten können im Ausgangspunkt eine Schiedsbindung wie die gesetzlich geregelten Vollmachten begründen. Rechtsscheinsvollmachten sind dabei ebenso als subjektiv-rechtliche Bindungsmethoden einzuordnen, da es entscheidend auf die Perspektive des Geschäftspartners ankommt: Auf ihn wirkt es so, als wolle der Geschäftsherr an eine Vereinbarung gebunden sein. Die dogmatische Grundlage von Rechtsscheinsvollmachten spielt hierfür keine Rolle. Damit wahren im Ausgangspunkt auch Rechtsscheinsvollmachten das Freiwilligkeitserfordernis.²⁸⁰ Jedoch sollte eine Schiedsbindung über diesen Ansatz im Einzelfall stets auch verfassungsrechtlich kritisch überprüft werden. Auch wenn eine Bindung über Rechtsscheinsvollmachten aus Sicht des Vertragspartners als willentlich einzuordnen ist, bestehen hier augenscheinlich Abstriche bei der Freiwilligkeit der gebundenen Partei. Das macht eine kritische Prüfung und einen erhöhten Rechtfertigungsaufwand auf verfassungsrechtlicher Ebene notwendig.²⁸¹

In Fällen unter Beteiligung von Unternehmensgruppen können die Anforderungen an den Scheintatbestand gesenkt sein. Jedoch verbietet sich eine pauschale Betrachtung. Weder kann aus der bloßen Gruppenzugehörigkeit eine Rechtsscheinsvollmacht hergeleitet werden, noch kann dieser Umstand gänzlich unberücksichtigt bleiben. Denn die Gruppenunternehmen sind zum einen Teilnehmer des Handelsverkehrs, der in erhöhtem Maße auf Schnelligkeit und besonderen Vertrauensschutz angewiesen ist. Zum anderen tragen sie das Organi-

²⁸⁰ Siehe dazu in diesem Teil unter B. I. 5. a).

²⁸¹ Siehe dazu noch unten im 6. Teil unter A. II.

sationsrisiko der Gruppe, da sie auch viele Vorteile aus dieser Organisation ziehen.²⁸²

Mithin muss im Einzelfall ermittelt werden, wann eine Schiedsbindung im Wege der Anscheinsvollmacht anzunehmen ist. Im Kontext von Unternehmensgruppen finden Rechtsscheinsvollmachten typischerweise dort Anwendung, wo ein organisatorisches Machtgefälle zwischen einer Unternehmensgruppe und einem gruppenexternen Unternehmen besteht. Beispiele sind Massengeschäfte im Importgeschäft mit Zulieferern von Gruppen oder auch größere Bauprojekte, an denen naturgemäß eine Vielzahl an Unternehmen zusammenwirkt. Meistens müssen für die Annahme einer Rechtsscheinsvollmacht Fallgestaltungen vorliegen, die neben der organisatorischen Struktur auf Seiten des Vertretenen eine gewisse Regelmäßigkeit und Routine beinhalten, da sonst kein Scheintatbestand entsteht, auf den legitimerweise vertraut werden kann.²⁸³

Praktische Probleme der Beweisbarkeit ergeben sich zum einen bei der Offenkundigkeit, aber gerade auch, wenn es auf die Wissenszurechnung innerhalb der Unternehmensgruppe ankommt. Der Aspekt der Wissenszurechnung innerhalb der Unternehmensgruppe, der nicht Teil der vorliegenden Untersuchung ist, kann bei Rechtsscheinsvollmachten eine Rolle spielen. Aus den Beweisproblemen ergibt sich eine zusätzliche Hürde für eine Schiedsbindung im Wege der Rechtsscheinsvollmachten neben der rechtlichen Hürde der grundsätzlich restriktiv zu handhabenden subjektiven Reichweite von Schiedsbindungen.²⁸⁴

Alles in allem können die Rechtsscheinsvollmachten selbst in den hier vorrangig untersuchten Konstellationen des Handelsrechts nur ausnahmsweise zu einer Schiedsbindung führen. Auch in den theoretisch möglichen Fällen einer solchen Schiedsbindung begegnet die Anwendung von Rechtsscheinsvollmachten aber einigen Unsicherheiten, so dass losgelöst vom Einzelfall keine abschließende Bindungsentscheidung ergehen kann.

6. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung von Gruppenunternehmen als Vertretene

Bei einer Schiedsbindung über Stellvertretungsgrundsätze sind verschiedene Konstellationen denkbar, die unter Annahme eines Parteikonsenses eine Schiedsbindung erzeugen könnten. Allerdings begegnet eine Stellvertretung zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung für eine andere Partei speziell auf den Ebenen der Offenkundigkeit und der Vollmacht mitunter einigen Hürden.²⁸⁵ Sowohl die von einem Vertreter abgegebene Erklärung als auch eine etwaige Vollmacht zur Bindung des Geschäftsherrn bedürfen mitunter der Auslegung. Hierbei handelt es sich ebenfalls um Auslegungen der Reichweite der Schiedsbindung in subjektiver Hinsicht, die restriktiv zu erfolgen hat.²⁸⁶

²⁸² Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 5. b).

²⁸³ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 5. b) aa).

²⁸⁴ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 5. c).

²⁸⁵ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil vor allem unter B. I. 1., 3. und 5.

²⁸⁶ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. am Anfang.

Bei dem Offenkundigkeitsgrundsatz bestehen gerade im Handelsrecht, mithin auch bei der Beteiligung von Unternehmensgruppen, einige Ausnahmen bzw. erleichterte Auslegungsmaßstäbe. Zu nennen sind vor allem das unternehmensbezogene Geschäft und das Geschäft für den, den es angeht. Jedoch kann auch in solchen Fällen nicht gänzlich auf das Offenkundigkeitsprinzip verzichtet werden. Zwar sind Fallgestaltungen dieser Rechtsinstitute häufiger bei Fällen mit Unternehmensgruppen denkbar, doch das macht die Prüfung im Einzelfall nicht obsolet. Die besondere Situation im Schiedsrecht stellt diesen Erleichterungen zudem einen restriktiven Auslegungsgrundsatz entgegen.²⁸⁷

Ähnlich verhält es sich mit der Vollmacht zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung. Eine solche Vollmacht kann sich aus verschiedenen Rechtsverhältnissen ergeben. Die Vollmacht kann zudem ausdrücklich oder konkludent erklärt werden. Neben einer einzeln erteilten Vollmacht zur schiedsrechtlichen Fremdverpflichtung²⁸⁸ ist auch eine pauschale Vollmachtserteilung – insbesondere in den Unternehmens- bzw. Konzernverträgen – denkbar.²⁸⁹ Darüber hinaus ist es möglich, eine Schiedsvereinbarung, die für einen anderen ohne Vertretungsmacht abgeschlossen wurde, durch den vermeintlich Vertretenen genehmigen zu lassen.²⁹⁰ So ergibt sich eine große Anzahl an möglichen Stellvertretungskonstellationen bei Geschäftsverhältnissen mehrerer Unternehmen, insbesondere wenn sie teilweise in Gruppen organisiert sind und daher zusätzliche interne Verträge abgeschlossen haben, die von den äußeren Geschäftsbeziehungen abweichen.

Wie hier argumentiert wurde, ist dabei die Möglichkeit der pauschalen Vollmachtserteilung über interne Unternehmensverträge zur weitreichenden schiedsrechtlichen Verpflichtung von anderen Unternehmensgruppen eher eine theoretische Möglichkeit, da sie mit hohen Risiken der Unternehmen einhergehen, denen oftmals kaum Vorteile gegenüberstehen.²⁹¹ Ebenso ist nur in seltenen Fällen anzunehmen, dass eine konkludente Genehmigung einer vollmachtlos abgeschlossenen Schiedsvereinbarung vorliegt.²⁹² Kann jedoch eine Vollmacht oder eine Genehmigung festgestellt werden, besteht kein Einwand gegen die schiedsrechtliche Drittverpflichtung im Wege der Stellvertretung.

Eine Besonderheit stellen zudem die Rechtsscheinvollmachten dar.²⁹³ Sie lassen hinsichtlich der Voraussetzung der Vollmacht weitere Regeln zu, unter denen eine Vollmacht auch zur schiedsrechtlichen Verpflichtung denkbar ist. Ähnlich wie bei der Offenkundigkeit sind gerade unter Beteiligung von Unternehmensgruppen einige Fälle denkbar, in denen eine solche Vollmacht angenommen werden kann.²⁹⁴ Grundsätzlich besteht hier ein Zielkonflikt zwischen der restriktiv

²⁸⁷ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 1.

²⁸⁸ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 2.

²⁸⁹ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 3.

²⁹⁰ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 4.

²⁹¹ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 3.

²⁹² Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 4.

²⁹³ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 5.

²⁹⁴ Siehe zu diesen Aspekten in diesem Teil unter B. I. 5. b).

vorzunehmenden Interpretation von Schiedsbindungen und dem gesteigerten Vertrauensschutz im Handelsverkehr. Dieser lässt sich nicht abstrakt und für alle Fälle lösen. Stattdessen sind im Einzelfall die Umstände und verfassungsrechtlichen Anforderungen umfassend zu prüfen, um eine etwaige Schiedsbindung auf diesem Wege zu begründen oder abzulehnen.

II. Schiedsbindung des Vertreters

Als weitere Frage wird diskutiert, ob und wie ein Stellvertreter im Wege der Auslegung an eine Schiedsvereinbarung gebunden werden kann.²⁹⁵ Dabei kommen folgende Konstellationen in Betracht: Wenn der Stellvertreter den Hauptvertrag für seinen Geschäftsherrn nicht nur abschließt, sondern auch ausführt, könnte es dem Stellvertreter zu gestatten sein, sich auf die Schiedsvereinbarung zwischen seinem Geschäftsherrn und dem Geschäftspartner zu berufen, wenn er von dem Geschäftspartner in Anspruch genommen wird.²⁹⁶ Auch hier ist im deutschen Recht nach den allgemeinen Grundsätzen zu verfahren: Hat der Stellvertreter die Schiedsvereinbarung auch im eigenen Namen abgeschlossen, kann sich daraus eine unmittelbare Bindung ergeben. Insoweit kommt es für seine eigene Bindung nicht auf die Stellung als Stellvertreter an.²⁹⁷ Ein eigenständiger Grundsatz, dass der Stellvertreter auch die Schiedsvereinbarung seines Geschäftsherrn geltend machen kann, ist im deutschen Recht hingegen nicht bekannt.²⁹⁸ Eine

²⁹⁵ *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 13 f.

²⁹⁶ *Born*, *International Commercial Arbitration*, 2021, S. 1535; siehe auch den Verweis auf die amerikanische Rechtsprechung im Fall *Arnold v. Arnold Corp.*, 920 F. 2d 1269, 1282 (6th Cir. 1990), in dem argumentiert wurde, die eigentlich Verantwortlichen bzw. Handelnden sollten sich nicht hinter dem Argument der Nichtunterzeichnung verstecken können; zu der Bindung des Vertreters im amerikanischen Schiedsrecht auch *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 13 f.; abgelehnt wurde ein solcher Ansatz trotz Ausführung des Vertrags durch den Vertreter in *Covington v. Aban Offshore Limited*, 650 F. 3d 556 (5th Cir. 2011). Zu beachten ist, dass in diesen Fällen oftmals aus deutscher Perspektive nicht klar zwischen einem rechtsgeschäftlichen Vertreter und einem Organ des jeweiligen Unternehmens unterschieden werden kann, siehe etwa auch die einheitliche Behandlung *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 9 ff.; vgl. zudem OLG Düsseldorf, Urteil v. 19.5.2006, I-17 U 162/05, SchiedsVZ 2006, 331, 332, wo es gerade auf die Differenzierung der Stellung des Dritten ankam, die in der englischsprachigen Literatur aber nicht näher präzisiert wird und stattdessen einheitlich Dritte im Einflussbereich der Hauptpartei diskutiert, siehe *Hanotiau*, *Complex Arbitrations*, 2020, S. 15. Die amerikanische Rechtsordnung (und auch andere *common law* Rechtsordnungen) trennt bei diesen Rechtsinstituten generell nicht so strikt wie die deutsche. Siehe für einen Überblick über verschiedene Vertretungsinstitute im US-Recht *Hay*, *US-Amerikanisches Recht*, 2020, S. 226 ff.

²⁹⁷ Vgl. für die Bindung des geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH *Schütze*, in: *Gebauer/Schütze* (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 35; richtig auch OLG München, Urteil v. 16.1.2019, 7 U 1365/18, BeckRS 2019, 342, 39; noch falsch hingegen OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198, siehe dazu auch oben in diesem Teil unter A. I. 5.

²⁹⁸ *Sandrock*, in: *Baums/Hopt/Horn* (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 467 f.

Abmachung zwischen dem Vertretenen und seinem Geschäftspartner müsste sich im Wege der Auslegung ergeben und wäre dann eine Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter (in dem Fall zugunsten des Stellvertreters).²⁹⁹ Hingegen ist es nicht möglich, pauschal von einem beidseitigen Schutzwillen zwischen Geschäftsherrn und Geschäftspartner zugunsten von Vertretern auszugehen.³⁰⁰

Denkbar ist darüber hinaus eine Bindung des gesetzlichen Vertreters einer Gesellschaft³⁰¹ und des rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertreters an eine Schiedsvereinbarung, die originär zwischen dem Geschäftsherrn (bzw. der Gesellschaft) und dem Geschäftspartner abgeschlossen wurde, wenn eine unternehmensfremde Partei Klage erhebt.³⁰² Im Grundsatz verpflichtet ein Stellvertreter allerdings gerade nicht sich selbst, sondern den Geschäftsherrn bzw. die Gesellschaft, für den bzw. die er auftritt. Für den rechtsgeschäftlichen Stellvertreter wäre jedoch im Falle einer materiellen Haftung nach § 179 BGB auch eine Bindung an eine mit dem beabsichtigten Hauptvertrag verbundene Schiedsvereinbarung denkbar. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Schiedsbindung zustande kommen kann, wird noch an anderer Stelle zu erörtern sein.³⁰³ Denn sofern der Vertreter, wie soeben beschrieben, sich nicht ausdrücklich auch selbst verpflichten wollte, handelt es sich um einen objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismus.³⁰⁴

III. Zwischenergebnis zu den Stellvertretungsansätzen

Stellvertretungskonstellationen können auf vielfältigem Wege zu einer willensgetragenen Schiedsbindung Dritter führen. Sofern dabei hinreichend eindeutig eine Vollmacht erteilt wurde, um eine Gesellschaft bzw. ein Unternehmen zu vertreten, und auch die Voraussetzung der Offenkundigkeit und eventuell zwingende Formanforderungen gewahrt sind, bestehen keine Einwände gegen eine solche Schiedsbindung. Ein Grundsatz, dass auch ein Vertreter an eine in fremdem Namen abgeschlossene Schiedsvereinbarung gebunden werden kann, be-

²⁹⁹ Vgl. als einen ähnlichen Fall OLG Düsseldorf, Urteil v. 19.5.2006, I-17 U 162/05, SchiedsVZ 2006, 331, 332, wobei der Zwischenhändler kein Vertreter im Sinne des deutschen BGB ist; siehe zur Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter bereits oben in diesem Teil unter A. I. 4.

³⁰⁰ Zu der Möglichkeit einer dahingehenden „*presumed intention*“ Born, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1535; vgl. zu einem ähnlichen Vorgehen bei der sogenannten *group of companies doctrine*, bei dem ein vermeintlicher Wille der Unternehmen einer Gruppe angenommen wird, Busse, SchiedsVZ 2005, 118, 120; siehe zu einer Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter bereits oben in diesem Teil unter A. I. 4.

³⁰¹ OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198; dazu kritisch Müller/Keilmann, SchiedsVZ 2007, 113, 116 m. w. N.; ebenfalls ablehnend Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 35.

³⁰² Vgl. Busse, SchiedsVZ 2005, 118, 119.

³⁰³ Siehe dazu unten im 5. Teil unter D.

³⁰⁴ Siehe dazu noch ausführlich unten im 5. Teil unter D. I.

steht im deutschen Recht hingegen nicht. Sofern sich ein Vertreter (auch) selbst verpflichten will, spricht die Bindungserklärung auch im eigenen Namen abgibt, kann er das grundsätzlich tun. Insoweit kommt es dann aber nicht auf seine Stellung als Stellvertreter an.

Bei den möglichen Stellvertretungskonstellationen zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung muss stets auf die Einhaltung der allgemeinen Stellvertretungsvoraussetzungen gepocht werden, damit dogmatisch überzeugend eine willensgetragene Bindung an eine Schiedsvereinbarung entstehen kann. Andernfalls besteht die Gefahr, im Bereich der konkludenten Erklärung vorschnell eine Vollmachtserteilung oder Genehmigung anzunehmen. Dann wäre allerdings gerade die Willensfreiheit der Parteien in Gefahr, was durch die scheinbare Wahrung des Freiwilligkeitserfordernisses schnell verdeckt zu werden droht.³⁰⁵ Wegen des Grundsatzes der restriktiven Interpretation der subjektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen muss in den aufgezeigten Stellvertretungskonstellationen Zurückhaltung und eine verfassungsrechtlich kritische Würdigung der Freiwilligkeit angemahnt werden.

C. Ergänzende Auslegung

Als letzte Bindungsform der subjektiv-rechtlichen Kategorie soll die ergänzende Auslegung untersucht werden. Hier stellt sich die übergeordnete Frage, ob mittels einer ergänzenden Auslegung auch eine subjektive Schiedsbindung erreicht werden kann.³⁰⁶ Die ergänzende Auslegung stellt einen Sonderfall dar, da sie einerseits der rechtsgeschäftlichen Sphäre entstammt, andererseits aber gerade in dem Bereich, in dem keine Willensübereinkunft vorliegt, eine Ergänzung der Vereinbarung vornimmt.³⁰⁷ Zunächst ist daher die Frage zu klären, warum die

³⁰⁵ Vgl. auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 77; siehe ergänzend zu anderen Bindungsmethoden im internationalen Schiedsrecht mit derselben Konsequenz auch *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 389 f.

³⁰⁶ Teilweise wurde zur ergänzenden Auslegung allgemein vertreten, sie sei gar nicht als solche fassbar, da sie zu umstritten und zu vielfältig in ihrer Anwendung sei, *Henckel*, AcP 1960/1961, 106. Da sie aber als anerkanntes Rechtsinstitut des Vertragsrechts besteht, wird sie nach den im Folgenden erörterten Grundsätzen auf ihre Verwendung in der Schiedsgerichtsbarkeit untersucht. Häufig wird in der Literatur die Frage der allgemeinen Anwendbarkeit einer ergänzenden Auslegung im Schiedsrecht (knapp) diskutiert, vgl. *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 124; für eine Anwendung etwa *Schmidt*, in: *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht in der Diskussion* 2009, 2010, S. 120. Für eine generelle (zurückhaltende) Anwendung im Schiedsrecht etwa *Koller*, in: *Lieb-scher/Oberhammer/Rechberger* (Hrsg.), *Schiedsverfahrensrecht*, 2012, Rn. 3/241; *Raeschke-Kessler/Berger*, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 1999, Rn. 301, 308 ff.; *Rieder/Kreindler*, in: *Kreindler/Wolff/Rieder* (Hrsg.), *Commercial Arbitration in Germany*, 2016, Rn. 2.112. Siehe zu möglichen Problemen noch sogleich ausführlicher.

³⁰⁷ *Busche*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u.a.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürger-*

ergänzende Auslegung als subjektiv-rechtlicher Bindungsmechanismus angesehen werden kann. Anschließend ist zu klären, ob bei einer Schiedsbindung im Wege der ergänzenden Auslegung das Freiwilligkeitserfordernis noch eingehalten ist und welchen Bedenken eine solche Schiedsbindung begegnet. In einem dritten Schritt ist zu untersuchen, ob sich eine andere Beurteilung in gruppenspezifischen Konstellationen ergibt.

Findet sich im Wege der bisher genannten Bindungsmechanismen bei den ursprünglichen Vertragsparteien und dem Dritten nicht der Wille, auch den Dritten zu binden, sind für die ergänzende Auslegung folgende zwei Varianten zu unterscheiden. Zum einen kann eine Schiedsvereinbarung ergänzend so ausgelegt werden, dass sie von vorne herein mit mehreren Parteien abgeschlossen wurde. Es geht dann nicht um eine Erstreckung der Berechtigung und Verpflichtung auf einen Dritten, sondern um eine ursprüngliche Verpflichtung und Begünstigung von mehr als zwei Parteien.³⁰⁸ Häufig wird zu fragen sein, warum eine der Parteien im Wege der ergänzenden Auslegung ergänzt wird, während die Bindung von (zwei) anderen Parteien bereits nach interpretierender Auslegung vorliegt. In dieser Konstellation greift zudem der Einwand, dass die ergänzende Auslegung nicht hinsichtlich der ursprünglichen Schiedsparteien angewandt werden kann.³⁰⁹ Diese beiden Aspekte sind besonders vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Freiwilligkeit im Schiedsrecht kritisch zu beleuchten.

Zum anderen kann eine abgeschlossene Schiedsvereinbarung zwischen zwei Parteien dahingehend ergänzend ausgelegt werden, dass sie zugunsten einer dritten Partei abgeschlossen wurde. Es käme also zu einem Vertrag zugunsten Dritter im Wege der ergänzenden Auslegung.³¹⁰ Bei dieser Variante kämen grundsätzlich dieselben Konstellationen in Betracht, wie sie oben in diesem Teil unter A. I. 4.

lichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 28; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 127; dazu sogleich in diesem Teil unter C. I. noch detaillierter.

³⁰⁸ Vgl. auch *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 104.

³⁰⁹ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 124; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 133.

³¹⁰ Vgl. auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 154 f., der Bedenken gegenüber einer Bindung des Dritten beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte äußert, der sich nach (umstrittener) Ansicht auch auf eine ergänzende Auslegung stützen lässt. Allerdings geht Retzbach nicht auf die Konstellation ein, in der ein Bindungswille des Dritten vorliegt und lediglich die ursprüngliche Schiedsvereinbarung (mithin der Wille der ursprünglichen Schiedsvertragsparteien) ergänzend dahingehend ausgelegt wird, dass sich auch der Dritte auf die Schiedsvereinbarung berufen kann. Haben etwa A und B eine Schiedsvereinbarung getroffen, auf die sich C beruft, steht der Bindungswille von C fest und es müsste lediglich die Bindung von A bzw. B auch gegenüber C im Wege der ergänzenden Auslegung erfolgen. Siehe zu den Ursprüngen der Kritik am Vertrag zugunsten Dritter, wenn über die ergänzende Auslegung eine Fiktion in die Vertragsautonomie eingeführt wird, *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 167.

aufgeführt wurden. Da dort aber bereits eine restriktive interpretierende Auslegung zu fordern war, ist fraglich, ob für die ergänzende Auslegung überhaupt Raum bleibt. Die Bedenken, die sich in beiden Varianten einer Schiedsbindung Dritter ergeben, sind im Grunde ähnlich und sollen im Folgenden genauer untersucht werden.

I. Grundlagen der ergänzenden Auslegung und Einordnung als subjektiv-rechtlicher Bindungsansatz

Wie erwähnt, bewegt sich die ergänzende Auslegung stärker zwischen objektiven und subjektiven Faktoren als die interpretierende Auslegung und aus ihr abgeleitete Bindungsmechanismen. Bei der ergänzenden Vertragsauslegung wird nicht nur von objektiven Umständen auf den inneren Willen der Parteien geschlossen,³¹¹ sondern es wird der erkanntermaßen nicht geregelte Bereich (Lücke) so ergänzt, wie es ein hypothetischer Wille der Parteien nach objektiven Maßstäben wohl vorgesehen hätte.³¹² Daher werden zwar einerseits subjektive Anhaltspunkte wie die Interessenlage, andere Bestimmungen des Vertrags³¹³ und der Vertragszweck³¹⁴ zur Füllung der Lücke herangezogen.³¹⁵ Andererseits müssen

³¹¹ Insofern handelt es sich, wie oben in diesem Teil unter A. gesehen, um den Ausgangspunkt aller Rechtsgeschäfte und eine Parallele zum Vorgehen bei der interpretierenden Auslegung. Siehe dazu auch *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 128–129.

³¹² *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 6 und § 157 Rn. 28; *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1169 f.; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 118; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 127 und 130; *Roth*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2022, § 157 Rn. 4; BGH, Urteil v. 22.4.1953, II ZR 143/52, NJW 1953, 937; BGH, Urteil v. 6.7.1989, III ZR 35/88, NJW-RR 1989, 1490, 1491; zum Begriff der Lücke allgemeiner siehe etwa *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 179 ff. und 185 ff.; auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 2.

³¹³ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 49; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 4.

³¹⁴ BGH, Urteil v. 18.12.1954, II ZR 76/54, NJW 1955, 337.

³¹⁵ Etwa *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 127 f.; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 119 sieht in diesen Kriterien jedoch fälschlicherweise objektive Kriterien (allerdings speziell für Drittschutzfälle). Da Vertragszweck und weitere Regelungen desselben Vertrags aber allein von den Parteien gewählt sind, sind sie grundsätzlich subjektiv. Hinsichtlich der Interessenlage ist zu differenzieren: Geht es um die tatsächliche Interessenlage der Parteien, ist dieses Merkmal ebenfalls subjektiv. Geht es hingegen um die objektive Interessenlage von Parteien in einer solchen Situation, wäre das ein objektives Merkmal, *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 28. Tatsächlich kann es aber auf die zweite Lesart nur subsidiär ankommen, da man sich sonst im Bereich der Rechtsnormbildung befände und nicht den konkreten Einzelfall löse, vgl. auch ebd. Rn. 27.

normative Kriterien wie Treu und Glauben, Billigkeit und die Verkehrssitte³¹⁶ stärker als bei der interpretierenden Auslegung berücksichtigt werden,³¹⁷ was auch in § 157 BGB zum Ausdruck kommt.³¹⁸ So bleibt es nicht bei der nachgewiesenen Vereinbarung der Parteien, sondern die auslegende Person muss die Vereinbarung gerade dort ergänzen, wo keine parteiautonome Regelung getroffen wurde.³¹⁹

³¹⁶ Dazu *ders.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 52 ff.; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 4; zur Schiedsvereinbarung kraft Verkehrssitte kritisch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 179 f.

³¹⁷ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 28 qualifiziert die ergänzende Auslegung daher auch als Rechtsfortbildung. Siehe für die Berücksichtigung verschiedener objektiver Kriterien BGH, Urteil v. 18.12.1954, II ZR 76/54, NJW 1955, 337; auch *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 133 ff. Teilweise wird auch vertreten, dass die Ergänzung allein nach objektiv-normativen Kriterien zu erfolgen habe und der hypothetische Wille insoweit keine Beachtung finde, *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 192; *Henckel*, AcP 1960/1961, 106, 121; zumindest für den vorvertraglichen Bereich auch *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1168. Maßstab sei, woran sich die Parteien objektiv halten „müssten“, siehe ebd. 1170. *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 4 hält einerseits fest, dass nicht der Wille der konkreten Parteien entscheidend sei, sondern der von redlichen Parteien in einer solchen Situation. Andererseits stellt er unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des BGH darauf ab, was „die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck“ unter Beachtung ihrer Interessen geregelt hätten (BGH, Urteil v. 14.3.1990, VIII ZR 18/89, NJW-RR 1990, 817, 819). Da Vertreter dieser Auffassung aber stellenweise selbst auf den Parteiwillen abstellen, ist sie in dieser Deutlichkeit zu einseitig formuliert. So fordert etwa auch *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1169, dass sich die Ergänzung an den Wertungen der Parteien zu orientieren habe. Der strikten Auffassung, dass eine ergänzende Auslegung nur nach objektivem Recht erfolge, wird hier nicht gefolgt.

³¹⁸ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 2; *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 184 f.; für objektive Kriterien insgesamt auch *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 119; für einen Überblick der anwendbaren Maßstäbe und Kriterien siehe *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 4; differenzierend nach typischen und atypischen Verträgen stützt *Sandrock*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966, S. 63 Ergänzungen in Fällen mit typischen Verträgen auf eine Rechtsfortbildung, womit er die Unterscheidung zwischen rein subjektiver Vertragswelt und objektiver Ergänzung nach dem Charakter des Vertrags ausrichtet, siehe zur Abgrenzung präzise auch ebd. S. 86 f. und 101 f. Bezüglich des Verhältnisses von dispositivem Recht und ergänzender Auslegung folgt auch *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 45 f. der Unterscheidung zwischen typischen und atypischen Verträgen. Zum Verhältnis von § 157 und § 242 BGB siehe auch *Sandrock*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966, S. 103.

³¹⁹ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 28; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 2.

Die zweite Facette der ergänzenden Auslegung ist demgegenüber eine klar subjektive: Den Parteien wird immer nur im Hinblick auf den nach ihrem Willen gewählten Vertragszweck eine vollständigere Vertragsgestaltung unterstellt und nicht etwa der persönliche Gerechtigkeitsmaßstab des Auslegenden.³²⁰ Ebenso soll keine neue Norm für eine Vielzahl von Fällen konstruiert werden, sondern der konkrete Vertrag der Parteien vervollständigt werden.³²¹ Auch wenn es auf den tatsächlichen Willen bei der Schließung einer Lücke bereits denklogisch nicht ankommen kann,³²² zielt die ergänzende Auslegung als ein Instrument des Vertragsrechts wie auch die interpretierende Auslegung letztlich auf den Parteiwillen bzw. auf das von den Parteien gewünschte Ergebnis ab.³²³ Dass der Parteiwille hypothetisch ermittelt wird, ändert nichts an diesem Befund.³²⁴

Denn auch bei der vorzunehmenden Ergänzung ist auf den tatsächlich vereinbarten Vertragsinhalt Rücksicht zu nehmen und der allgemeine Parteiwille für die Schließung der Lücke positiv zu berücksichtigen.³²⁵ Für eine ergänzende Auslegung ist daher nur dann Raum, wenn im vertraglich beabsichtigten Regelungsbereich – der seinerseits nach dem Parteiwillen zu bestimmen ist³²⁶ – eine Lücke hinsichtlich des regelungsbedürftigen Punktes besteht.³²⁷ Sollte die jeweilige

³²⁰ *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 182; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 133. Zu dieser Gefahr aber noch unten in diesem Teil unter C. II.

³²¹ *Busche*, in: Sacker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 27.

³²² *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1170. Sonst läge bereits keine Lücke vor. Vgl. auch *Busche*, in: Sacker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 28; siehe ausführlich zur Lücke und deren Voraussetzungen etwa ebd. Rn. 38 ff.; *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 179 ff. und 186 f.

³²³ *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 130; etwas unklar *Busche*, in: Sacker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 28, der festhält, dass „Bezugspunkt dieser Vertragsauslegung [...] nicht die subjektiven Vorstellungen der Parteien“ seien. Demgegenüber widersprüchlich ebd. Rn. 37: „Die ergänzende Vertragsauslegung zielt darauf ab, etwaige Lücken eines Vertrages unter Beachtung des rechtserheblichen Wollens der Parteien zu schließen“ und eine Ergänzung nach § 242 BGB käme erst dann in Betracht, „wenn der im Vertrag manifestierte Parteiwille feststeht, da die Leistungspflicht nur darauf aufbauend bestimmt werden kann.“ Ganz ähnlich auch ebd. Rn. 49.

³²⁴ Siehe aber *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1979, § 16 4. a), der den hypothetischen Willen als normatives Kriterium begreift; dem folgend *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 4.

³²⁵ *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 133; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 127; BGH, Urteil v. 22.4.1953, II ZR 143/52, NJW 1953, 937.

³²⁶ *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 186 f.; vgl. auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 2.

³²⁷ *Ders.*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 2; zur Ermittlung eines „Gestaltungsplans“ nach dem Willen der Parteien auch *Busche*, in: Sacker/

Frage gar nicht durch den Vertrag umfasst werden, liegt schon keine Lücke vor. Bereits die Feststellung einer Lücke hat also vom Parteiwillen auszugehen. Im Unterschied zu einer objektiv-rechtlichen Bindung, die aus Wertungsgesichtspunkten willensunabhängig entsteht, bewegt sich die ergänzende Vertragsauslegung damit innerhalb der privatautonomen Gestaltung der persönlichen Beziehungen.³²⁸ Vereinzelt wird die ergänzende Auslegung nicht nur auf § 157 BGB gestützt, sondern auch mit § 133 BGB begründet,³²⁹ was zusätzlich für die subjektiv-rechtliche Einordnung und die Bedeutung des Parteiwillens spricht.

Jedoch kann bei der ergänzenden Auslegung nicht ohne Weiteres auf die Wirkung auf den Empfänger bzw. den Rechtsverkehr abgestellt werden, um eine subjektiv-rechtliche Bindung anzunehmen. Denn die Person, die die Ergänzung vornimmt, geht gerade nicht von einem tatsächlichen Bindungswillen der Parteien aus. Jedoch versucht sie genau wie bei der interpretierenden Auslegung, dem Willen der Parteien bestmöglich zu entsprechen. Bei der ergänzenden Auslegung ist nur das Hypothetische die Besonderheit. Insbesondere kann der Empfänger nicht von einer Bindung gegen den Willen der zu bindenden Partei ausgehen³³⁰ oder wenn berechtigte Zweifel an einem Bindungswillen bestehen,³³¹ son-

Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 1; *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1169, *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 136 und *Roth*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2022, § 157 Rn. 4 sprechen wie die neuere Rechtsprechung insoweit von einem „Regelungsplan“ der Parteien; wie hier *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 1999, Rn. 308; BGH, Urteil v. 22.4.1953, II ZR 143/52, NJW 1953, 937 und BGH, Urteil v. 18.12.1954, II ZR 76/54, NJW 1955, 337 sprechen insoweit von einem „Rahmen“.

³²⁸ *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 119; *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 184; siehe auch bei *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 129 in Fn. 125; vgl. BGH, Urteil v. 22.4.1953, II ZR 143/52, NJW 1953, 937, 938; vgl. auch *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 55; siehe allerdings auch ebd. Rn. 28; siehe zu den verfassungsrechtlichen Aspekten noch unten im 6. Teil.

³²⁹ Siehe bei *ders.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 20, wo das Zusammenspiel aus § 133 und § 157 BGB als „Basis“ beider Auslegungen bezeichnet wird. Beachte aber auch, dass *Busche*, ebd. § 157 Rn. 28 die objektive Komponente anstelle des subjektiven Willens in den Vordergrund stellt und die ergänzende Auslegung dogmatisch letztlich als Rechtsfortbildung einordnet. Gleichzeitig betont er in Rn. 37, 49 und 55 wieder die Wichtigkeit des Parteiwillens als Rahmen und Grundlage der Leistungspflicht. Der BGH, Urteil v. 22.4.1953, II ZR 143/52, NJW 1953, 937 trennt explizit zwischen einer interpretierenden Auslegung nach §§ 133, 157 BGB und einer ergänzenden nur nach § 157 BGB.

³³⁰ *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 131; *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 1999, Rn. 791; BGH, Urteil v. 22.4.1953, II ZR 143/52, NJW 1953, 937.

³³¹ BGH, Urteil v. 6.4.2009, II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1966; zu diesem Urteil (und dem „Vorgänger“-Urteil „Schiedsfähigkeit I“) eingehend *Schmidt*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2009, 2010, S. 101 ff.

dern muss vielmehr einen hypothetischen Willen ermitteln, sofern der ungeregelte Aspekt bedacht worden wäre.³³² Da der entscheidende Orientierungspunkt also trotz der wesentlichen objektiven Komponenten dieses Ansatzes auch aus Sicht der auslegenden Person der Wille der Parteien ist,³³³ ist auch die ergänzende Auslegung als subjektiv-rechtlicher Ansatz einzuordnen.

Somit ist festzuhalten: Die ergänzende Auslegung ist von ihrer Grundstruktur den rechtsgeschäftlichen Bindungsmechanismen zuzuordnen und trotz ihrer stärkeren objektiven Komponenten ein subjektiv-rechtlicher Bindungsansatz. Die starke objektive Prägung kann indes nicht unberücksichtigt bleiben. Gerade wegen der zentralen Bedeutung der Freiwilligkeit im Schiedsrecht ist der Unterschied zwischen einer bloß hypothetisch freiwilligen Unterwerfung und einer irrtumsfreien, willentlichen Unterwerfung genauer zu betrachten.

II. Bedenken gegen eine Schiedsbindung im Wege der ergänzenden Auslegung

1. Allgemeine Bedenken gegen eine Drittbindung im Wege der ergänzenden Auslegung

Im Ausgangspunkt ist der Vertrag kein aktives Medium, das sich an neue Umstände und Besonderheiten anpasst. Vielmehr regelt er bloß das, was die Parteien ursprünglich erkennbar übereinstimmend wollten.³³⁴ Eine Anpassung an neue Gegebenheiten bzw. Abänderung ist damit grundsätzlich nur durch die Parteien und nicht durch Dritte möglich.³³⁵ Daher ist die ergänzende Auslegung auch subsidiär anzuwenden, wenn über die interpretierende Auslegung keine Vereinbarung innerhalb des Regelungsplans festgestellt werden kann.³³⁶ Zudem muss die für eine Ergänzung notwendige Lücke auch nach Anwendung dispositiven Rechts noch bestehen bzw. die Parteien müssen die Schließung von Lücken durch dispositives Recht ausgeschlossen haben, bevor eine Ergänzung in Betracht

³³² Dabei wird zwar auch darauf geschaut, was vernünftige Parteien in dieser Situation vereinbart hätten, siehe *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 127. Doch es geht eben um Parteien in speziell dieser Situation, wie sie tatsächlich vorliegt, und nicht um eine allgemeine objektive Regelung von derartigen Vertragslücken.

³³³ *Dies.*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 128 etwa weist zwar neben dem hypothetischen Willen gleichrangig auf die Verkehrssitte und Treu und Glauben hin, stellt aber klar, dass die „Parteiabsicht“ letztlich immer der Maßstab für die Lückenschließung bleibt; vgl. auch *Busche*, in: Sacker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 49.

³³⁴ *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 182; vgl. auch BGH, Urteil v. 12.1.2001, V ZR 372/99, NJW 2001, 1928 f.

³³⁵ Siehe zu diesem Punkt auch *dies.*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 184 und 187; BGH, Urteil v. 22.4.1953, II ZR 143/52, NJW 1953, 937.

³³⁶ *Busche*, in: Sacker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 26 und 44.

kommt.³³⁷ In Fällen, in denen der Ausschluss dispositiven Rechts nicht sicher festgestellt werden kann, und sofern die Lücke auf diesem Wege geschlossen werden könnte, ist die ergänzende Auslegung daher nicht anzuwenden.³³⁸

Bei der Ergänzung der vertraglichen Regelungen durch entweder ein Schiedsgericht oder ein staatliches Gericht als externe Instanz besteht sodann stärker als bei anderen Bindungsmechanismen die Gefahr, den Parteien unter Missachtung des Freiwilligkeitserfordernisses eine Bindung aufzuerlegen.³³⁹ Bei der Ausfüllung einer Lücke kann es immer vorkommen, dass die auslegende Instanz ihre Wertungen über die anzuwendenden objektiven Kriterien einfließen lässt und damit zu einem nicht von den Parteien gewünschten Ergebnis kommt.³⁴⁰ Bei der Erweiterung der subjektiven Reichweite von Verträgen, mithin bei der Bindung und Berechtigung weiterer Parteien als der ursprünglichen, kann somit die Privatautonomie Dritter berührt sein,³⁴¹ auch wenn sich die Lückenschließung vorrangig an den Interessen der Parteien orientieren soll. Die Einschränkung der Privatautonomie der potenziell gebundenen Parteien durch einen solchen Vertrag stünde einer Bindung im Wege der ergänzenden Auslegung entgegen.³⁴²

Die ergänzende Vertragsauslegung ist zudem dogmatisch nicht nur in den einzelnen Ausgestaltungen umstritten.³⁴³ Mit der Ermittlung eines hypotheti-

³³⁷ *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 183; vgl. auch *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 39 und für das umstrittene Verhältnis von dispositivem Recht zur ergänzenden Auslegung Rn. 45 f.; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 3; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 127 f.

³³⁸ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 55; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 3 f.

³³⁹ Siehe zu diesem Aspekt auch *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 56; *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 389.

³⁴⁰ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 56; vgl. auch *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 389; nach BGH, Urteil v. 22.4.1953, II ZR 143/52, NJW 1953, 937 erfolgt eine „richterliche Schaffung und Schöpfung dessen, was [...] Rechtens sein soll.“; vgl. dazu, dass es gerade nicht auf einen Interessenausgleich nach Ansicht der Richter ankommen soll BGH, Urteil v. 12.1.2001, V ZR 372/99, NJW 2001, 1928; dem folgend *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 10.

³⁴¹ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 55; zur ergänzenden Vertragsauslegung und der Privatautonomie siehe auch *Henckel*, AcP 1960/1961, 106, 113 f.

³⁴² Vgl. *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 139.

³⁴³ Allgemein *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 27; *Henckel*, AcP 1960/1961, 106; zu strittigen Aspekten speziell des Lückenbegriffs *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 39; zur strittigen Unter-

schen Willens geht immer eine gewisse Spekulation einher³⁴⁴ und auch die objektiven Maßstäbe, die bei der Lückenfüllung helfen, sind alles andere als eindeutig festgelegt.³⁴⁵ Das führt zu Unsicherheiten, die in einem grundrechtlich sensiblen Bereich nicht unerhebliche Auswirkungen haben können und nicht leichtfertig übergangen werden können.³⁴⁶ Selbst wenn im Einzelfall davon auszugehen ist, dass die Parteien exakt dieselben relevanten Umstände wie die auslegende Instanz kannten, muss daraus noch nicht der Wille resultieren, dieselbe Regelung zu treffen wie die auslegende Instanz. Da nach dem Konzept der Privatautonomie von einem freien Willensbildungsprozess ausgegangen wird, muss immer auch in Betracht gezogen werden, dass sich die Parteien trotz Kenntnis derselben Umstände anders entschieden hätten.³⁴⁷ Die bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Parteien die hypothetische Vereinbarung getroffen hätten, kann aber nicht für eine freiwillige Bindung ausreichen.³⁴⁸

So wird auch kritisiert, dass die ergänzende Auslegung faktisch nach objektiven Maßstäben entscheidet und nicht nach einem tatsächlichen Parteiwillen.³⁴⁹ Wenn es sich – zumindest in manchen Fällen der ergänzenden Auslegung – dem-

teilung in rechtliche Beurteilung und Tatsachenermittlung bei der ergänzenden Auslegung ebd. Rn. 59. Zudem ist das Verhältnis zu § 242 BGB und zum dispositiven Recht ebenso umstritten wie die Frage nach den erlaubten Mitteln der Ergänzung, siehe *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 127 f. m. w. N.; siehe auch *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 139; für den Einsatz der ergänzenden Auslegung auch im Hinblick auf Schiedsvereinbarungen *Schmidt*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2009, 2010, S. 120.

³⁴⁴ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 48 hält fest, dass „Mutmaßungen [...] zu unterbleiben haben“; siehe auch *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 503 f.

³⁴⁵ So schon für die interpretierende Auslegung *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 3.

³⁴⁶ Siehe auch *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 390.

³⁴⁷ So hält auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 4 fest, dass eine ergänzende Auslegung ausscheidet, wenn mehrere Gestaltungsmöglichkeiten denkbar sind und unklar ist, welche die Parteien gewählt hätten.

³⁴⁸ So muss eine ergänzende Auslegung auch immer unterbleiben, wenn mehrere mögliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen, *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 55; restriktiv für eine Schiedsbindung in solchen Fällen auch *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 503 f.

³⁴⁹ So zumindest für den Fall, dass aus dem Regelungsplan der Parteien keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 193; kritisch auch *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 26 f.; auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 4 hält den hypothetischen Parteiwillen für ein „normatives Kriterium“ (Hervorhebung im Original); siehe für weitere Nachweise auch bei *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 131.

nach aber gar nicht um eine willensgetragene bzw. freiwillige Bindung handelt, ergeben sich eine Reihe wichtiger – zumal grundrechtlich relevanter – Folgeprobleme. Eine Bindung nach objektiven Maßstäben ist zwar grundsätzlich möglich, sollte im Einzelfall aber auch als willensunabhängige Bindung bezeichnet werden, damit eine Auseinandersetzung mit den Folgen stattfinden kann. Denn wenn die ergänzende Auslegung trotz ihrer objektiv-rechtlichen Anwendung im Einzelfall insgesamt als eine privatautonome und willensgetragene Bindungsmethode verstanden wird, werden aufgrund der scheinbaren Wahrung der privaten Willensfreiheit die Probleme einer willensunabhängigen Bindung nicht diskutiert.³⁵⁰ Die Verdeckungsgefahr von Folgeproblemen besteht grundsätzlich auch bei einer Orientierung am hypothetischen Parteiwillen. Etwas anderes gilt nur, wenn ein hypothetischer Wille verlässlich festgestellt werden kann, was aber – wie im vorangegangenen Absatz erläutert – oft nicht der Fall sein wird.

Zudem kann mitunter folgendes Paradox auftreten: Wenn man wegen der restriktiven Anwendung der ergänzenden Auslegung hohe Anforderungen an die Indizien für den hypothetischen Parteiwillen stellt, verschwimmt die Grenze zur konkludenten Erklärung nach interpretierender Auslegung.³⁵¹ Die Unterscheidung kann in schwierigen Fällen kaum trennscharf gelingen. Nun ließe sich argumentieren, dass diese Sicht den ersten Schritt (Scheitern der interpretierenden Auslegung) mit dem zweiten Schritt (Anwendung der ergänzenden Auslegung) vermische. Das ist indes zurückzuweisen. Plausibler ist, dass in Fällen, in denen die ergänzende Auslegung besonders restriktiv angewendet werden muss, etwa weil es um die Frage der subjektiven Reichweite eines Vertrags geht, kein Platz für die ergänzende neben einer interpretierenden Auslegung ist.³⁵² Allenfalls eine rein objektive Ergänzung käme in Betracht, die dann aber nicht mehr auf dem Parteiwillen beruht.

Zuletzt und entscheidend spricht gegen eine allgemeine Drittbindung im Wege der ergänzenden Auslegung der Grundsatz, dass sich die ergänzende Auslegung nicht auf die *essentialia negotii* beziehen kann.³⁵³ Denn die Kernbestandteile eines

³⁵⁰ *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 390.

³⁵¹ Vgl. auch *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 420, der in Bezug auf die Rechtsprechung zur Schriftform und Andeutungstheorie festhält, dass die Parteien ohne Rückgriff auf Umstände außerhalb der Urkunde zu ermitteln sein müssen. Siehe zur Verwendung teilweise ähnlicher Kriterien wie bei der interpretierenden Auslegung auch *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 128 ff. Siehe dazu, dass auch bei der interpretierenden Auslegung objektive Kriterien berücksichtigt werden können, oben zu Beginn dieses Teils und unter A. am Anfang.

³⁵² Restriktiv etwa auch *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 157 Rn. 4. Daher geht auch der Ansatz von *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 22 in diesem Punkt fehl.

³⁵³ Siehe etwa *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 124; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 131 ff. geht ausführlicher auf die

Vertrags dürfen nicht von der subsidiären Ergänzung durch eine andere Instanz abhängen. Gerade die Parteien müssen feststehen, soll ihr Vertrag durch eine externe Institution ergänzt werden. Denn ansonsten stünde die Möglichkeit, auf ihren hypothetischen Willen zurückzugreifen, gar nicht zur Verfügung. Einem ersten Anschein nach ließe sich zwar vertreten, dass bei der Erstreckung eines Vertrags auf Dritte die ursprünglichen Parteien feststehen und damit die *essentialia negotii* bestimmt seien. Jedoch müssen diese *essentialia* für das konkrete Bindungsverhältnis – mithin zwischen dem Dritten und einer ursprünglichen Schiedsvertragspartei – feststehen, wenn der Dritte an die Rechte und Pflichten der Schiedsvereinbarung gebunden werden soll.³⁵⁴ Es kann also allenfalls innerhalb eines anderen Bindungsmechanismus (etwa bei einer Vollmachtserteilung) die ergänzende Auslegung herangezogen werden. Hingegen ist es nicht möglich, den ursprünglichen Vertrag so ergänzend auszulegen, dass dadurch unmittelbar eine Partei hinzugefügt wird.

Möglich scheint daher nur eine ergänzende Auslegung bei einem Vertrag zugunsten Dritter bzw. als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte.³⁵⁵ Denn die Drittbegünstigung kann auch eine Nebenpflicht sein.³⁵⁶ Das spricht dafür, dass sich die Begünstigung auch aus einer ergänzenden Auslegung ergeben kann. Die ursprünglichen Parteien und der Vertragsgegenstand stünden in diesem Fall fest. Dem Dritten stünde dann frei, ob er den Anspruch, der ihm aufgrund einer solchen Ergänzung zugesprochen würde, annähme oder ausschläge. Bei der etwaigen Geltendmachung eines solchen Anspruchs ist zu beachten, dass sie ihrerseits nicht ergänzend ausgelegt werden kann, da das Vollzugsverhältnis von Begünstigtem zum Schuldner kein vertragliches ist.³⁵⁷ Das Deckungsverhältnis

Anwendbarkeit der ergänzenden Auslegung im Schiedsrecht ein, belässt es letztlich aber auch bei einem Hinweis auf die *essentialia negotii*, um eine Schiedsbindung im Wege der ergänzenden Auslegung zu verneinen, siehe ebd. S. 133; gegen eine Schiedsbindung im Wege der ergänzenden Auslegung auch *Koller*, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg.), Schiedsverfahrensrecht, 2012, Rn. 3/241; *Rieder/Kreindler*, in: Kreindler/Wolff/Rieder (Hrsg.), Commercial Arbitration in Germany, 2016, Rn. 2.112; dazu, dass auch die Form in der Regel die *essentialia negotii* umfassen muss, etwa *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.22. Zu Formfragen noch unten in diesem Teil unter D.

³⁵⁴ Daher überzeugt auch der Ansatz von *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 22 nicht, die es für möglich hält, über die ergänzende Auslegung neben der juristischen Person auch deren Geschäftsführer zu binden.

³⁵⁵ Siehe zu der dogmatischen Einordnung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte aber noch unten im 5. Teil unter D.

³⁵⁶ *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 21; zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ebd. Rn. 170.

³⁵⁷ *Ders.*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 30. Zudem ist trotz des mangelnden vertraglichen Charakters einer solchen Geltendmachung davon auszugehen, dass – wie bei einem Vertrag – Merkmale wie die *essentialia negotii* nicht ergänzt werden können. Wenn die Begünstigung verpflichtende Modifikationen enthält, besteht nämlich andernfalls die Gefahr, dass dem

kann indes ergänzend zugunsten eines Dritten ausgelegt werden, ohne dass es zu einem Konflikt mit den *essentialia negotii* käme.

2. Anwendung im Schiedsrecht

Bei Schiedsvereinbarungen kommen Besonderheiten hinzu, die zusätzlich gegen die Anwendung der ergänzenden Auslegung zur Bindung Dritter sprechen. Auf grundrechtlicher Seite kann bei einer solchen Drittbindung neben der Privatautonomie auch die staatliche Justizgewähr betroffen sein.³⁵⁸ Daher ist eine Drittbindung an ein Schiedsgericht im Wege dieser Methode noch restriktiver anzuwenden. Denn falls die ergänzende Auslegung zu einer ungewollten Schiedsbindung führen sollte, steht neben oder statt³⁵⁹ dem allgemeinen Vertrag zulasten Dritter die Versagung von staatlicher Justizgewähr im Raum. Freilich müsste eine grundrechtliche Abwägung bereits erfolgen, wenn eins dieser Grundrechte betroffen wäre. Gleichwohl wäre das weitgehende Vorenthalten der staatlichen Justiz ein besonders weitgehender Eingriff, wie er nicht bei jedem Vertrag zulasten Dritter vorliegt.³⁶⁰

Die objektiven Maßstäbe, nach denen die Vertragsglücke hilfsweise gefüllt wird, wurden bereits allgemein als nicht hinreichend oder gar abschließend definiert kritisiert. Für das Schiedsrecht muss ein weiterer Punkt ergänzt werden. Teilweise wird bei der ergänzenden Auslegung im Schiedsrecht nämlich auch auf den allgemeinen Handelsbrauch abgestellt.³⁶¹ Ein Handelsbrauch ist indes schon insgesamt schwer verlässlich zu ermitteln³⁶² und zudem dürfte es wohl außer in bestimmten Branchen keine generelle Zuständigkeitsverschiebung zugunsten

Begünstigten ohne seinen Willen Verpflichtungen auferlegt werden und mithin faktisch ein Vertrag zulasten Dritter entsteht.

³⁵⁸ Siehe oben im 2. Teil unter B. IV. sowie noch unten im 6. Teil unter B. II.

³⁵⁹ Siehe zu der grundrechtlichen Abgrenzung noch unten im 6. Teil.

³⁶⁰ Es kann auch nicht unter Verweis auf die teilweise bestehende größere Effizienz eines Schiedsverfahrens eine Schiedsbindung als für alle Parteien vorteilhaft angesehen werden (in die Richtung aber etwa BGH, Urteil v. 12.11.1990, II ZR 249/89, NJW-RR 1991, 423, 424 oder OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198, 199), da in der Sperre des staatlichen Gerichtswegs (vgl. § 1032 ZPO) mit den ihm eigenen Garantien rechtlich zunächst immer ein Nachteil zu sehen ist, vgl. auch BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399.

³⁶¹ Siehe etwa *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 322 ff.; dazu kritisch auch *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 503 f.; zur Schiedsvereinbarung durch Handelsbrauch auch *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1031 Rn. 10.

³⁶² Die Anforderungen sind recht hoch. Verlangt wird eine „gleichmäßige[...], einheitliche[...], und freiwillige[...] tatsächliche[...] Übung [...] der eine einheitliche Auffassung sämtlicher beteiligter Kreise an dem betreffenden [...] Geschäftsverkehr zugrundeliegt“, BGH, Urteil v. 30.9.2009, VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135, 1136 Rn. 11; dem folgend *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 133 Rn. 4.

von Schiedsgerichten geben.³⁶³ Außerdem ist fraglich, ob es dogmatisch angebracht ist, die Bindung über einen Handelsbrauch in die ergänzende Auslegung „hineinzulesen“, anstelle die Bindung originär über diesen Brauch – sofern denn ein solcher überhaupt feststellbar wäre – und damit objektiv-rechtlich zu erreichen. Freilich begehnete man bei einer objektiv-rechtlichen Bindung über einen solchen Handelsbrauch unmittelbar den Bedenken einer unfreiwilligen Schiedsbindung. Diese sollten, wie gesehen, aber nicht durch einen scheinbaren und insofern vorgeschobenen Willen verschleiert werden.

Die Bindung aufgrund einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines hypothetischen Bindungswillens der Parteien, wie sie bei der ergänzenden Auslegung mitunter erfolgt,³⁶⁴ kann zudem im Schiedsrecht besonders wenig überzeugen. Nach manchen Stimmen in der Literatur soll eine Drittbindung zwar möglich sein, wenn die betroffenen Parteien mit einer materiellen Haftung „rechnen“ müssen.³⁶⁵ Das ist aber in zweierlei Hinsicht nicht geeignet, eine Schiedsbindung zufriedenstellend zu begründen: Zum einen erklärt ein solcher Ansatz nicht hinreichend die Verbindung zwischen der materiellen Haftung und einer möglichen prozessualen Bindung. So ist die *Wahrscheinlichkeit* einer materiellen Haftung³⁶⁶ kein geeignetes Kriterium, um daraus eine prozessuale Bindung abzuleiten. Denn das notwendige Maß ebenjener Wahrscheinlichkeit ist nicht allgemein bestimmbar und sagt im Einzelfall wenig über die Verbindung zwischen prozessualer und materieller Bindung aus. Eine solche Verbindung hat sich allenfalls nach der Art bzw. dem Grund der materiellen Haftung und nicht nach der Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens zu richten.

Zum anderen wird in nicht nachvollziehbarer Weise das subjektive Merkmal des Drittbindungswillens durch das objektive Merkmal der Wahrscheinlichkeit ersetzt,³⁶⁷ wobei suggeriert wird, dass durch die Kenntnis dieser Wahrscheinlich-

³⁶³ So etwa *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 180; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 135; ebenfalls die Möglichkeit einer Schiedsbindung durch Handelsbrauch nun explizit ausschließend BGH, Beschluss v. 6.4.2017, I ZB 69/16, SchiedsVZ 2017, 323.

³⁶⁴ Siehe oben in diesem Teil unter C. II. 1.; zu diesem Aspekt bei einer Schiedsbindung siehe *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 503 f.

³⁶⁵ *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117.

³⁶⁶ *Dies.*, SchiedsVZ 2007, 113, 117 argumentieren, dass die nur „möglicherweise bestehende materielle Haftung eines Dritten nicht ohne Weiteres eine Bindung des Dritten an eine [...] Schiedsvereinbarung“ begründen könne. Das ist so zu verstehen, dass es auf die Wahrscheinlichkeit des rechtlichen Haftungseintritts ankommt, um auf die Schiedsbindung zu schließen. So soll die Durchgriffshaftung wegen ihrer unklaren Voraussetzungen nicht hinreichend vorhersehbar sein, weshalb in einem solchen Fall auch keine prozessuale Drittbindung anzunehmen sei, siehe ebd. Allerdings muss korrekterweise die gesamte Vorgehensweise verworfen werden und nicht nur ihre Anwendung im Falle der Durchgriffshaftung, die zu einer scheinbar bzw. hypothetisch gewollten Bindung der Parteien führt.

³⁶⁷ *Dies.*, SchiedsVZ 2007, 113, 117.

keit ein nötiges subjektives Element bestehen bleiben würde.³⁶⁸ Es zeigt sich also, dass unter dem Schein des subjektiven Willens der Parteien bei diesem Vorgehen – indes eher untaugliche – objektive Kriterien zu einer Bindung führen sollen. Daran sieht man einerseits erneut, dass bei der ergänzenden Auslegung die Grenze zwischen einer subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichen Bindung verschwimmt. Andererseits wird die Freiwilligkeit zur Fiktion und läuft damit Gefahr, nach Belieben als Argument der auslegenden Instanz eingesetzt zu werden, um eine Bindung nachträglich zu rechtfertigen oder abzulehnen.³⁶⁹

Zuletzt führt die Formanforderung des § 1031 ZPO zu Bedenken gegen eine schiedsrechtliche Drittbindung im Wege der ergänzenden Auslegung.³⁷⁰ Teilweise wird vertreten, dass aus diesem Grund für eine ergänzende Auslegung bei einer Schiedsbindung kein Raum sei.³⁷¹ Das wird etwa darauf gestützt, dass die Schiedsparteien zumindest in der Schiedsvereinbarung angedeutet sein müssen.³⁷² Je nachdem, wie streng man die nötige Andeutung versteht, kann das Vorliegen einer Lücke im Vertrag gerade in Bezug auf die gebundenen Personen der Andeutung der zu bindenden Partei widersprechen. Allerdings gilt diese Ausformung der Andeutungstheorie als überholt. Damit stellt sie keine Schranke der Auslegung dar, sondern ist gesondert bei der Frage nach der Form zu berücksichtigen.³⁷³

³⁶⁸ So soll es zu einer schiedsrechtlichen Bindung kommen können, wenn der Dritte mit einer materiellen Haftung „rechnen“ muss, siehe *dies.*, *SchiedsVZ* 2007, 113, 117. Ob der Dritte mit (dem Eintritt) einer materiellen Haftung aber rechnen musste, ist von seinem Willen zur prozessualen Bindung unabhängig. Vgl. auch *Haas/Oberhammer*, in: *Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 503.

³⁶⁹ Siehe zu diesem Problem im Rahmen der Auslegung und Stellvertretung *dies.*, in: *Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 503 f., die auch von einer bloßen „Fiktion“ ausgehen. Vgl. zur ergänzenden Auslegung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch *Zemer*, *NJW* 2009, 1030, 1034; zu den verfassungsrechtlich problematischen Aspekten einer Willensfiktion im Schiedsrecht *Hesselbarth*, *Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz*, 2005, S. 176.

³⁷⁰ Zu Formfragen bei der Auslegung allgemein siehe auch noch unten in diesem Teil unter D.

³⁷¹ *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 48; vgl. auch *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 419 ff.

³⁷² Zur Andeutungstheorie im Schiedsrecht etwa *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 419 f.; vgl. auch *Münch*, in: *Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 125.

³⁷³ Zur Trennung zwischen Auslegung und Formfragen *Busche*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021, § 157 Rn. 31; *Mansel*, in: *Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2023, § 133 Rn. 5; *Plavec*, *Auslegung von Schiedsvereinbarungen*, 2021, S. 146 und 148; dazu auch noch unten in diesem Teil unter D.

3. Besonderheiten der Gruppensituation

Zunächst scheint die besondere Situation mit einer Unternehmensgruppe geeignet, die Kritikpunkte an der ergänzenden Auslegung zur schiedsrechtlichen Bindung Dritter teilweise aufzuheben. Denn besonders im handelsrechtlichen Wirtschaftsverkehr von international agierenden Unternehmensgruppen finden Schiedsvereinbarungen häufig Anwendung.³⁷⁴ Am ehesten ist hier also von einem Handelsbrauch auszugehen und eine schiedsfreundliche Verkehrssitte anzunehmen. Zudem scheinen die vielen, nicht abschließend bestimmten und teilweise offenen Merkmale, die bei der ergänzenden Auslegung mit einfließen können, Möglichkeiten für eine Berücksichtigung der Gruppensituation zu eröffnen.

Etwa könnte von der Grundannahme, dass die Parteien bei den Vertragsverhandlungen ihre Interessen gleichermaßen verfolgen konnten und die Vereinbarung im Ausgangspunkt bereits einen angemessenen Interessenausgleich widerspiegelt,³⁷⁵ bei einem wesentlichen wirtschaftlichen Ungleichgewicht zugunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei lebensnah abgewichen werden, um ein solches Gleichgewicht tatsächlich herzustellen. Jedoch würde dadurch die subjektive Grenze der Auslegung überschritten und letztlich eine objektive Wertung zu der Bindung führen. Wegen der aufgeführten grundlegenden Bedenken, die besonders gegen eine schiedsrechtliche Drittbindung im Wege der ergänzenden Auslegung sprechen, kann auch eine solche Ungleichgewichtslage nicht zu einer Schiedsbindung im Wege der ergänzenden Auslegung führen.

Das gilt auch für Regressituationen mit Unternehmensgruppen: Wenn eine Gruppengesellschaft eine Schiedsvereinbarung mit einem gruppenexternen Unternehmen abgeschlossen hat und von dem gruppenexternen Unternehmen in Anspruch genommen wird, kann ohne Anhaltspunkte im Vertrag keine Schiedspflicht zwischen der ursprünglich in Anspruch genommenen Gesellschaft und der regresspflichtigen Gesellschaft entstehen. Zwar mag es gute Gründe geben, auch im Regressprozess auf dieselbe Schiedsklausel zu vertrauen oder dasselbe Schiedsgericht entscheiden zu lassen.³⁷⁶ Doch die Festlegung der gebundenen Partei als *essentialia negotii* im Wege der interpretierenden Auslegung kann aus reinen Praktikabilitätsüberlegungen im Regress gegen Gruppenunternehmen oder aus einem wirtschaftlichen Ungleichgewicht nicht ausgehebelt werden.

³⁷⁴ Siehe auch *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 321; dazu auch schon oben im 1. Teil unter A. und C. und im 3. Teil unter A. I. und B. I. 1. und 5.

³⁷⁵ *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 157 Rn. 48; gegen eine solche Annahme für die Vereinbarung von Schiedsvereinbarungen in manchen Situationen *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 85.

³⁷⁶ Vgl. *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 135.

III. Zwischenergebnis zur ergänzenden Auslegung

Die ergänzende Auslegung stellt wegen ihres deutlich stärker objektivierten Maßstabs eine Mischform zwischen einer subjektiv-rechtlichen und einer objektiv-rechtlichen Bindung dar. Es kann nicht davon gesprochen werden, dass ein Empfänger bzw. die auslegende Instanz von einem Bindungswillen der Parteien ausgehe. Im Gegenteil ist es Voraussetzung der Ergänzung, dass gerade keine Regelung der zu ergänzenden Frage vorliegt. Gleichwohl hat sich die Ergänzung wesentlich an den Parteiinteressen zu orientieren. Auch wenn es also ein hypothetischer Wille der Parteien ist, ist es gleichwohl ein Wille der Parteien, der die Bindung rechtfertigt.³⁷⁷

Aus dieser Mischform ergeben sich jedoch allgemeine Bedenken gegen eine Drittbindung, da die Privatautonomie der gebundenen Personen betroffen sein kann, wenn auch objektive Komponenten zu der Bindung führen. Entscheidend gegen eine Drittbindung im Wege der ergänzenden Auslegung spricht vor allem generell, dass die Vertragsparteien als Teil der *essentialia negotii* nicht der Ergänzung durch eine weitere Partei zugänglich sind.³⁷⁸ Die Ergänzung einer (weiteren) Vertragspartei aufgrund dieses rechtsgeschäftlichen Ansatzes ist daher nicht möglich. Die dogmatischen Unklarheiten der ergänzenden Auslegung führt zusammen mit weiteren Aspekten im Schiedsrecht zu durchgreifenden Bedenken gegen eine Bindung an Schiedsvereinbarungen nach diesem Ansatz.

So führt die Ermittlung eines hypothetischen Willens teilweise zu einer Bindung aufgrund von Wahrscheinlichkeitsüberlegungen, was mit einem freien Willen schwer zu vereinbaren ist. Die wesentliche Gefahr ist dabei, dass unter dem Anschein, der Wille der Parteien bzw. die Freiwilligkeit werde beachtet, durch die auslegende Instanz eine Bindung zulasten einer Partei erzeugt wird. Damit werden potenzielle Konflikte mit der Privatautonomie allerdings maskiert, ohne die relevanten (Grund-)Rechte hinreichend zu würdigen.³⁷⁹ Für die Schiedsgerichtsbarkeit kommt hinzu, dass auf grundrechtlicher Seite das wichtige Recht auf Justizgewähr betroffen ist und dass das besondere Formerfordernis aus § 1031 ZPO einer ergänzenden Auslegung wenig Raum lässt.³⁸⁰

Auch das Vorliegen einer Gruppensituation mit wirtschaftlich-systematisch schwächeren Parteien kann diese Bedenken nicht ausräumen. Allenfalls besteht hier verstärkt die Gefahr, dass objektive Wertungen und der Wunsch nach wertungsmäßigem Interessenausgleich in die scheinbar subjektiven Ausprägungen der ergänzenden Auslegung hineingelesen werden. Damit wird aber keine wilensgetragene Schiedsbindung der streitigen Parteien erreicht, sondern ein auf diesem Wege nicht zu erreichender Ausgleich durch die auslegenden Instanzen auferlegt.³⁸¹ Die ergänzende Auslegung kann daher nicht zu einer Bindung an eine Schiedsvereinbarung führen.

³⁷⁷ Siehe zu diesen Aspekten oben in diesem Teil unter C. I. und C. II. 1.

³⁷⁸ Siehe zu diesen Aspekten oben in diesem Teil unter C. I. und C. II. 1.

³⁷⁹ Siehe zu diesen Aspekten oben in diesem Teil unter C. II. 2.

³⁸⁰ Siehe zu diesen Aspekten oben in diesem Teil unter C. II. 2.

³⁸¹ Siehe zu diesen Aspekten oben in diesem Teil unter C. II. 3.

D. Formfragen bei einer subjektiv-rechtlichen Drittbindung im Schiedsrecht

Wegen der Formvorschrift § 1031 ZPO muss eine Schiedsvereinbarung im deutschen Recht grundsätzlich die Schriftform erfüllen.³⁸² Daher besteht im Ausgangspunkt bei jeder Erstreckung der Bindungswirkung einer Schiedsvereinbarung auf Nichtunterzeichner ein Formproblem.³⁸³ Das gilt für Stellvertretungskonstellationen gleichermaßen wie für eine unmittelbare Bindung weiterer Personen als der Unterzeichner.³⁸⁴ Fraglich ist, ob und in welchen Situationen das Formproblem durch die verschiedenen Regelungen in § 1031 ZPO zu lösen ist³⁸⁵ oder ob Ausnahmen von dem Formerfordernis möglich sind. In diesem Kapitel soll überblicksartig untersucht werden, welche Formanforderungen an eine Schiedsbindung Dritter nach deutschem Recht zu stellen sind.

I. Grundlagen der Formvorschriften aus § 1031 ZPO

Wie bereits erläutert wurde, sind Formvorgaben getrennt von dem Schritt der Auslegung zu untersuchen und schränken die Auslegung nicht ein.³⁸⁶ Auch umgekehrt sollte keine Vermischung von Form und materieller Wirkung geschehen. Daher ist abzulehnen, dass bei Einhalten der Form eine Vermutung für die ma-

³⁸² Für einen knappen Überblick siehe schon *Berger*, International Arbitration Law Review 1998, 121, 124; zur gesonderten Anknüpfung der Formfrage siehe etwa *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 275.

³⁸³ *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 1999, Rn. 303; *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 461; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 97; siehe zum Zusammenhang zwischen Form und der Freiwilligkeit der Parteien auch *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.33 ff.; vgl. auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 19.

³⁸⁴ *WolflEslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 7; siehe zum Begriff der Nichtunterzeichner auch schon oben im 2. Teil unter A. III.; ergänzend *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 93.

³⁸⁵ Dafür, allerdings zum alten, aber nur unwesentlich abweichenden Recht, *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 1999, Rn. 303; dagegen *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 203.

³⁸⁶ Etwa *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 36; für das Schiedsrecht *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 38; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 148; aus der Rechtsprechung etwa BGH, Urteil v. 17.2.2000, IX ZR 32/99, NJW 2000, 1569, 1570; siehe im arbeitsrechtlichen Kontext auch *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 169.

terielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung besteht.³⁸⁷ Jedoch ist zu beachten, dass der durch Auslegung ermittelte Wille der Parteien für einen bestimmten Inhalt des Vertrags in einem zweiten Schritt eine Andeutung in dem jeweiligen Schriftstück gefunden haben soll.³⁸⁸ Zwar wird die Andeutungstheorie generell von manchen Stimmen in der Literatur kritisch gesehen, da sie zu unbestimmt sei und zu teilweise widersprüchlichen Ergebnissen führe.³⁸⁹ Sie wird gemeinhin aber als tauglicher Kompromiss verstanden, um das Formerfordernis nicht ganz aufzugeben und gleichzeitig Formalismus zu vermeiden.³⁹⁰ Dabei dürfen jedoch nicht zu strenge Anforderungen an die Andeutung gestellt werden, da gerade der Wirtschaftsverkehr nicht auf Formalismus, sondern Schnelligkeit und Vertrauen fußt.³⁹¹

Gemeinhin wird der Zweck der Formvorschriften des § 1031 ZPO einerseits darin gesehen, dass ein Übereilungsschutz für die einwilligende Partei geschaffen wird³⁹² und andererseits der Beweis einer einvernehmlichen Vereinbarung erleichtert wird.³⁹³ Vor diesem Hintergrund kann eine gemeinsame Beurkundung von

³⁸⁷ Kritisch zu einer solchen Schlussfolgerung auch *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 151 f.; a. A. *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.40.

³⁸⁸ Etwa *Böttcher*, DNotZ 2010, 188, 193; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 419; für den Kontext der Schiedsvereinbarung konkret *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 505; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, 145 f.; aus der ständigen Rechtsprechung bereits BGH, Beschluss v. 9.4.1981, IVa ZB 4/80, NJW 1981, 1737; aus der neueren Rechtsprechung etwa BGH, Urteil v. 17.2.2000, IX ZR 32/99, NJW 2000, 1569, 1570; grundsätzlich gegen eine Andeutungstheorie *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 133 Rn. 36 und 69.

³⁸⁹ Siehe etwa *Brox*, JA 1984, 549, 555; *Häsemeyer*, JuS 1980, 1, 7; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 149; *Singer*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2021, § 133 Rn. 32 f.

³⁹⁰ *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 148.

³⁹¹ Vgl. *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 111; auch der BGH stellt teilweise gar nicht explizit auf die Form oder eine Andeutung ab, siehe etwa BGH, Urteil v. 15.6.1987, II ZR 124/86, NJW 1987, 3193, 3194.

³⁹² *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 505; *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 389 f.; vgl. für denselben Zweck der Form einer Bürgschaftserklärung BGH, Urteil v. 17.2.2000, IX ZR 32/99, NJW 2000, 1569, 1570; allgemein zur Warnfunktion von Formvorschriften *Bernard*, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, 1979, S. 40 ff.

³⁹³ Zu beiden Aspekten etwa *Epping*, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 1999, S. 61 f.; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 149; *Sandrock*, SchiedsVZ 2005, 1, 3; für einen Überblick zum Zweck der Formvorschrift siehe auch *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 151 f.; *Koller*, Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren, 2009, S. 16 ff., der die Warnfunktion für kaum noch relevant hält. *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.24 f. stellt die Beweisfunktion in den Vordergrund („purpose is to prove [...] consent“), die allerdings die

Haupt- und Schiedsvertrag problematisch sein, da nicht garantiert ist, dass die Schiedsvereinbarung getrennt in ihrer Wirkung durchdacht wurde.³⁹⁴ So entschied auch der BGH – allerdings noch zum alten Schiedsrecht –, dass die Schiedsabrede selbst bei Aufnahme in eine notarielle Vereinbarung zum Hauptvertrag einer gesonderten Unterzeichnung durch die Parteien bedürfe.³⁹⁵ Heute gilt aber, dass im Wirtschaftsverkehr auch im Hinblick auf die Bindung an Schiedsvereinbarungen geringere Anforderungen an die Schutzbedürftigkeit der Akteure zu stellen sind.³⁹⁶ Besonders der Übereilungsschutz wird kaum noch als faktischer Zweck des § 1031 ZPO im modernen Wirtschaftsleben angesehen.³⁹⁷ So besteht heute auch eine Reihe von Ausnahmen von dem grundsätzlich allseitigen³⁹⁸ Schriftformerfordernis aus § 1031 Abs. 1 Var. 1 ZPO.³⁹⁹

II. Formerleichterungen des § 1031 ZPO

Zunächst ist zu beachten, dass nach § 1031 Abs. 6 ZPO durch rügeloses Einlassen ein etwaiger Formmangel geheilt wird.⁴⁰⁰ Hierzu gehören die Fälle, in denen auf eine Schiedsklage mit schiedsrechtlicher Widerklage geantwortet wird oder vorbehaltlos die Klage im Schiedsverfahren erwidert wird.⁴⁰¹ In beiden Fällen lässt

Warnfunktion umfassen soll, da der Beweis einer ursprünglichen Zustimmung gleichzeitig die Warnung der Parteien sicherstelle. *Wolff/Eslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 3 sehen im unternehmerischen Geschäftsverkehr auch die Beweisfunktion im Vordergrund.

³⁹⁴ Vgl. auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 13.

³⁹⁵ BGH, Urteil v. 25.10.1962, II ZR 188/61, NJW 1963, 203, 205.

³⁹⁶ *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 107 und 111; vgl. insoweit auch Abs. 2 und 3 von § 1031 ZPO.

³⁹⁷ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 2, wobei *ders.*, ebd. Rn. 10 auch darauf hinweist, dass eine tatsächliche Einigung damit gesichert werden soll (vgl. insoweit auch *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.24 f. und BGH, Urteil v. 3.4.2000, II ZR 373/98, NJW 2000, 1713, dieser jedoch noch zum alten Schiedsrecht und nicht im klassischen handelsrechtlichen Kontext) und zudem die Rechtssicherheit hinsichtlich der Zuständigkeiten zwischen staatlicher und privater Gerichtsbarkeit erhöht werden soll; für die Beweisfunktion ferner *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 149; *Zeiler*, SchiedsVZ 2018, 321, 324.

³⁹⁸ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 1 und 29; BGH, Urteil v. 8.6.2010, XI ZR 349/08, SchiedsVZ 2011, 46, 48 Rn. 27.

³⁹⁹ *Ders.*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 3; für eine Anwendung des liberalen § 1031 ZPO auch im Anerkennungsverfahren *Kröll*, ZZZP 2004, 453, 473 ff.

⁴⁰⁰ Siehe auch *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1031 Rn. 39; *Wolff/Eslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 3 und ausführlicher ebd. Rn. 25; zum alten Schiedsrecht auch schon *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 101.

⁴⁰¹ *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 104, wobei etwas

sich argumentieren, dass jeweils schriftlich von den Parteien zumindest konkludent erklärt wird, einem Schiedsverfahren zuzustimmen. Dabei müsste die fehlende Form explizit gerügt werden, um eine Heilung zu verhindern.⁴⁰² So kann es geschehen, dass bei bloß allgemeiner Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts der Formmangel geheilt wird und eine Schiedspflicht entsteht, ohne dass eine schriftliche Schiedsvereinbarung vorliegt. Die tatsächlichen Formerfordernisse in der Praxis sind dadurch und durch die Formerleichterungen in § 1031 Abs. 1–3 ZPO merklich gesenkt.⁴⁰³ Zur Wahrung der Form reicht letztlich jede gegenseitige Fixierung auch elektronischer oder ähnlicher Art aus.⁴⁰⁴

Keine beidseitige schriftliche Vereinbarung liegt jedoch bei einseitigen Bestätigungen und ähnlichen Vereinbarungsformen vor, wie sie häufig im internationalen Wirtschaftsverkehr vorkommen.⁴⁰⁵ Für die Möglichkeit einer Schiedsvereinbarung durch nur einseitig schriftliche Erklärung und andere Lockerungen des Formerfordernisses besteht im Handelsverkehr zudem ein starkes Bedürfnis.⁴⁰⁶ Daher können einseitig schriftliche Schiedsvereinbarungen auch wirksam sein, wie § 1031 Abs. 2 ZPO klarstellt.⁴⁰⁷ Vor allem das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist hiervon erfasst.⁴⁰⁸ Voraussetzung für den Verzicht auf die schriftliche Erklärung auf einer Seite ist allerdings, dass eine solche Praxis in dem entsprechenden Geschäftszweig üblich ist.⁴⁰⁹ Hierzu nennt § 1031 Abs. 2 ZPO die Verkehrssitte als Maßstab.

unklar ist, ob er darin wirklich eine Form der rügelosen Einlassung sieht oder einen eigenen Fall der besonderen Schiedsübereinkunft.

⁴⁰² *WolffEslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 25.

⁴⁰³ Für die formale Vereinfachung durch die Sonderbestimmungen *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 3.

⁴⁰⁴ *Ders.*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 34; es soll letztlich bloß Mündlichkeit ausgeschlossen werden, ebd. Rn. 2.

⁴⁰⁵ Siehe etwa *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.44.

⁴⁰⁶ *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 105, mit ergänzendem Hinweis zu schweizerischem und niederländischem Recht; *ders.*, RIW 1994, 12, 14; siehe zu diesem Bedürfnis im modernen Wirtschaftsverkehr in verschiedenen Situationen aus internationaler Perspektive auch *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.41 ff., besonders 6.44.

⁴⁰⁷ *WolffEslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 13; siehe auch *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 7 f.

⁴⁰⁸ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 38; *WolffEslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 13; siehe ergänzend für eine verfassungsrechtliche kritische Perspektive zu diesem Punkt *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 179 f. Da § 1031 Abs. 1–3 ZPO ihrem Wortlaut nach aber nicht nur für Kaufleute gelten (siehe *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 21), werden theoretisch auch andere Fälle erfasst.

⁴⁰⁹ *Ders.*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 35; dafür etwa *Berger*, RIW 1994, 12.

Fraglich ist, ob für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung nach den Prinzipien des kaufmännischen Bestätigungsschreibens als Verkehrssitte die recht strengen Maßstäbe eines Handelsbrauchs anzulegen sind.⁴¹⁰ Doch auch von regelmäßiger Anwendung und allgemeiner Kenntnis als Voraussetzungen für einen solchen Handelsbrauch⁴¹¹ kann bei Schiedsvereinbarungen wohl in vielen Fällen des modernen (internationalen) Handels ausgegangen werden.⁴¹² Insbesondere ist von einer solchen Praxis dann auszugehen, wenn bei Massengeschäften auch eine Ausnahme vom Offenkundigkeitserfordernis zu machen ist,⁴¹³ weil Schiedsvereinbarungen in diesen Fällen als Standard gelten können.⁴¹⁴ Gerade im Handelsverkehr sollte schon nach altem Schiedsrecht eine deutlich liberalere Regelung gelten, die durch die Neuregelung nicht aufgehoben werden sollte.⁴¹⁵ Zwar könnte es vereinzelt international zu Vollstreckungsproblemen kommen, doch nach deutschem Recht stellen bloß einseitig schriftliche Schiedsvereinbarungen im Handelsverkehr – insbesondere in kaufmännischen Bestätigungsschreiben – meist keine formale Hürde dar.⁴¹⁶

⁴¹⁰ Dafür *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 106; dagegen *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 35, der Verkehrssitte und Handelsbrauch hier als gleich ansieht; ähnlich auch *WolflEslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 13, die keine wesentliche Unterscheidung treffen, aber eher am Wortlaut und damit bei der Verkehrssitte bleiben.

⁴¹¹ Etwa *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 113; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 35.

⁴¹² *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 50; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 38 hält Schiedsklauseln in kaufmännischen Schriftverkehr für „naturgemäß“ und ein erfahrener Kaufmann müsse auf eine Schiedsvereinbarung „stets gefasst sein“, Rn. 39; gegen eine solch weite Anwendung *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 191 f.

⁴¹³ Vgl. dazu oben in diesem Teil unter B. I. 1.

⁴¹⁴ Siehe allgemein zur Verbreitung der Schiedsgerichtsbarkeit im Handelsverkehr etwa *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 111 und 112 mit zahlreichen Nachweisen; *ders.*, RIW 1994, 12; *Schmidt*, Der Betrieb 1989, 2315; siehe auch schon oben in Fn. 268 dieses Teils.

⁴¹⁵ Vgl. § 1027 Abs. 2 ZPO a. F.; siehe dazu auch *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 106; zu der gleichwohl erfolgten Einschränkung hinsichtlich der Form auch für Kaufleute siehe aber bereits *Habscheid*, JZ 1998, 445, 447 (keine ganz formfreie Schiedsvereinbarung mehr möglich); vgl. zur Fortgeltung von Sonderregeln für den Handelsverkehr auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 2.

⁴¹⁶ Siehe ergänzend auch *ders.*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 4 (mit Hinweisen auf internationale Schiedsrechtssprechung): Im internationalen Schiedsrecht werde vermehrt die Meistbegünstigung angewandt, um „breiteste Anerkennung und Vollziehung zu gestatten“; ähnlich auch *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012,

Nach altem Recht sollte sich auch aus einer ständigen Übung zwischen zwei Parteien eine Schiedsvereinbarung ergeben können, selbst wenn für das konkrete Geschäft im Einzelfall keine Schiedsvereinbarung getroffen wurde.⁴¹⁷ Bereits vor dem Hintergrund des Freiwilligkeitserfordernisses ist eine derart liberale Ansicht hinsichtlich der materiellen Bindung zwar abzulehnen.⁴¹⁸ Ein Konsens kann daher in dieser Situation nicht ohne Weiteres angenommen werden.⁴¹⁹ Zwar ließe sich rein auf die Form bezogen diese Ansicht noch vertreten, da in einer solchen Geschäftsbeziehung die Schiedsgerichtsbarkeit als Norm etabliert gelten kann und Schutz vor Übereilung nicht wirklich geboten ist. Jedoch ist eine vollständig formfreie Schiedsvereinbarung auf Basis einer ständigen Übung heute nicht mehr mit § 1031 Abs. 2 ZPO zu vereinbaren.⁴²⁰

Gemäß § 1031 Abs. 3 ZPO ist jedoch auch die Bezugnahme auf andere Dokumente geeignet, die eine Schiedsklausel enthalten, das Formerfordernis zu wahren.⁴²¹ Dafür muss die Bezugnahme eindeutig genug sein, dass sich daraus ergibt, dass (auch) die Schiedsklausel Teil des Vertrags werden soll.⁴²² Das kann im Einzelnen unklar sein und zu Streit führen.⁴²³ Allerdings ist auch hierin deutlich zu erkennen, dass die strikte Form des § 1031 Abs. 1 ZPO gerade im Handelsrecht eher selten eingehalten wird und wohl nicht die Regel darstellt.⁴²⁴ Wie auch schon an der nicht abschließenden Aufzählung an möglichen Abschluss-

Rn. 6.41 ff., der aufzeigt, dass der internationale Trend – insbesondere im Handelsverkehr – zu einem liberalen Umgang mit dem Formerfordernis geht.

⁴¹⁷ *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 107.

⁴¹⁸ *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.42 weist hingegen in diesem Kontext darauf hin, dass teilweise in einer Schiedsbindung kein Einschnitt in elementare Rechte gesehen wird. Ganz ähnlich weist *Koller*, Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren, 2009, S. 18 darauf hin, dass wegen der hohen Standards in internationalen Schiedsverfahren durch eine Schiedsbindung oftmals kein Einschnitt in den Rechtsschutz gesehen werden kann. Vgl. auch *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 149. Das ist indes vor dem Hintergrund des Justizgewährungsanspruchs abzulehnen, siehe dazu bereits oben im 2. Teil unter B. IV. und noch unten im 6. Teil unter B. II.

⁴¹⁹ Vgl. auch oben in diesem Teil unter A.

⁴²⁰ Bereits *Habscheid*, JZ 1998, 445, 447; ebenso *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 2 und Rn. 35.

⁴²¹ *WolffEslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 14 f.; vgl. zu ähnlichen Tendenzen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit etwa *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 8.16 ff.

⁴²² *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 7 f.; *WolffEslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 14.

⁴²³ Zu der Möglichkeit zusätzlichen Streits wegen Formanforderungen *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.42.

⁴²⁴ *Ders.*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.42; *Steingruber*, ebd. Rn. 6.37 weist zudem darauf hin, dass es teilweise als widersprüchlich empfunden wird, dass Multi-millionendeals wirksam formfrei geschlossen werden können, aber eine Schiedsvereinbarung – trotz beidseitiger Zustimmung – an der Form scheitern kann. Vgl. auch schon *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 111 ff.

formen aus Abs. 1 ist auch hieran zu erkennen, dass „irgendein Nachweis“⁴²⁵ genügen soll.⁴²⁶ Die Formvorschriften des § 1031 ZPO stellen daher keine generellen Ausschlussgründe für eine Schiedsbindung Dritter dar, können diese aber je nach Konstellation verhindern. Somit ist in einem nächsten Schritt genauer zu untersuchen, ob und wie in einigen der untersuchten Gruppensituationen Ausnahmen von dem Schriftformerfordernis möglich sind.

III. Formfragen zur Drittbindung in Gruppensituationen

Bei der Formfrage für die Bindung weiterer Parteien als der ursprünglichen Schiedsvertragsparteien ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es nicht um einen Nebenaspekt des Vertrags, sondern um die zentrale Frage der Parteieigenschaft geht. Die – wie soeben dargestellt – gerade im Handelsverkehr stark gesenkten Anforderungen an die Form und eine Andeutung der jeweiligen Aspekte im Vertrag können mithin nicht in gleicher Weise für die zentrale Frage der Drittbindung bzw. Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf Dritte gelten.⁴²⁷ Denn die Vertragsparteien als Bestandteile der *essentialia negotii* müssen stets eindeutig ermittelbar sein und einer der Formanforderungen des § 1031 ZPO genügen.⁴²⁸ So muss auch in einer Stellvertretungskonstellation oder bei gemeinsamer Vertragsverhandlung grundsätzlich anhand eines verschriftlichten Stellvertretungszusatzes aus der Urkunde kenntlich werden, wer der eigentliche Vertragspartner sein soll.⁴²⁹

⁴²⁵ *Wolff/Eslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, § 1031 Rn. 12; ebenso *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 32 ff.

⁴²⁶ „Strenge Schriftlichkeit“ sei der „Ausnahmefall“, *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 3; siehe auch *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1031 Rn. 8.

⁴²⁷ Insofern ist auch die im internationalen Schrifttum teilweise geforderte Unterscheidung nach dem Grad der Erfahrung im Wirtschaftsverkehr abzulehnen, siehe zu dieser Ansicht *Steingruber*, *Consent in International Arbitration*, 2012, Rn. 6.37.

⁴²⁸ *Plavec*, *Auslegung von Schiedsvereinbarungen*, 2021, S. 151; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 31.

⁴²⁹ *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 420 f. Die Rechtsprechung ist hier vereinzelt großzügiger und lässt auch eine Beteiligung an den Vertragsverhandlungen ausreichen, um von einer Schiedsbindung auszugehen, siehe BGH, Urteil v. 15.6.1987, II ZR 124/86, NJW 1987, 3193, 3194. Wenn bei mehreren Verhandlungspartnern auf Seiten eines Konzerns und durch den Abschluss von verschiedenen Verträgen (*Customer Agreement*, *Commodity Account Agreement*) nicht ganz klar ist, wer Partei der Schiedsvereinbarung auf Konzernseite werden sollte, stellte der BGH bloß darauf ab, wen der Empfänger als „künftigen Vertragspartner“ ansah und nahm damit abseits der Formanforderungen eine Schiedsbindung an, siehe BGH, Urteil v. 15.6.1987, II ZR 124/86, NJW 1987, 3193, 3194; vgl. zu den Formanforderungen für eine Vertretung im gesellschaftsrechtlichen Kontext auch *Wagner*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die*

Abzulehnen ist daher auch die Ansicht, dass die Einbeziehung Dritter in eine Schiedsvereinbarung keiner Form bedürfe, da die Formvorschriften nur für die ursprünglichen Schiedsparteien bestimmt seien.⁴³⁰ Dem ist auch vor dem Schutzzweck der Formvorschriften für eine Schiedsbindung zu widersprechen, da nicht ersichtlich ist, warum ein Dritter grundsätzlich weniger schutzwürdig sein soll.⁴³¹ Zudem ist § 1031 ZPO eine Wirksamkeitsvoraussetzung und nicht nur eine Erleichterung für die Beweisführung im Prozess.⁴³² Aus denselben Gründen muss in den allermeisten Fällen eine Schiedsbindung Dritter im Wege der ergänzenden Auslegung spätestens am Formerfordernis scheitern.⁴³³

Einer einfachen Auslegung (auch konkludent erklärter Willenserklärungen)⁴³⁴ stehen die Formanforderungen des § 1031 ZPO der vorangegangenen Untersuchung jedoch nicht entgegen. Es muss lediglich in jedem Einzelfall eine Andeutung im Vertragstext vorliegen. Dabei können die Anforderungen an die Andeutung im Wirtschaftsverkehr gesenkt sein im Vergleich zu Konstellationen mit nicht unternehmerisch tätigen Akteuren. Insofern kommt es jedoch nicht speziell auf die Gruppenzugehörigkeit an, sondern bloß auf die professionelle Tätigkeit am Markt. Letztere ist freilich stets gegeben, wenn es sich um eine Gesellschaft einer Unternehmensgruppe handelt. Zudem werden in diesen Fällen häufig die soeben unter II. dargestellten Formerleichterungen des § 1031 ZPO Anwendung finden. Gerade für das Vorliegen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens kommt es mitunter entscheidend auf eine Auslegung der konkreten Umstände und Erklärungen an.

Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 39, der darin eine nicht unwesentliche Hürde für eine Bindung der Gesellschafter sieht.

⁴³⁰ Busse, SchiedsVZ 2005, 118, 123; Sandrock, SchiedsVZ 2005, 1, 3; Schlosser, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 84; für einen solchen Verzicht auf die Form bei einer Drittbindung aber etwa BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151; ähnlich für die Abtretung auch *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 120; ebenso BG, Urteil v. 17.4.2019, BGE 145 III 199, unter C.2.4.; ebenso schon die erste Zivilabteilung des BG, Urteil v. 16.10.2003 in der Sache *X Societe Anonyme Libanaise, Y Societe Anonyme Libanaise* und *A v. Z Societe a Responsabilite Limitee Libanaise* (zitiert nach Sandrock, SchiedsVZ 2005, 1, 3). Beide letztgenannten Entscheidungen beziehen sich freilich auf die schweizerische Formvorschrift in Art. 178 Abs. 1 IPRG, wobei sich die Argumentation aber auf § 1031 Abs. 1 ZPO übertragen lässt. Für das internationale Schiedsrecht weist etwa *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 6.34 darauf hin, dass das Formerfordernis gerade in „komplexen Schiedsfällen“ (gemeint sind wohl Schiedsverfahren mit mehreren Beteiligten) nur noch eine geringe Bedeutung hat. Das kann für das deutsche Schiedsrecht mit § 1031 ZPO so pauschal nicht festgestellt werden. Siehe aber auch *Kröll*, IPRax 2016, 43, 47 f.

⁴³¹ *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 389 f.

⁴³² *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 12; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1031 Rn. 29.

⁴³³ Vgl. *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 150; siehe zur ergänzenden Auslegung oben in diesem Teil unter C.

⁴³⁴ Siehe zu dem Komplex der Bindung von mehr als zwei Parteien im Wege der einfachen/interpretierenden Auslegung oben in diesem Teil unter A.

Die Formerleichterung des § 1031 Abs. 3 ZPO kann gerade in Gruppensituationen häufig Anwendung finden. Denn bei einer Mehrzahl von Unternehmen, die sich in einer Gruppe organisieren, wird es besonders häufig vorkommen, dass entsprechende Verweise auf Verträge bzw. Dokumente anderer Gruppenunternehmen vorliegen, die ihrerseits Schiedsvereinbarungen enthalten können. Denkbar ist daher etwa, dass ein Gruppenunternehmen bei einem Vertrag mit einem gruppenexternen Unternehmen einen Verweis auf ein Gruppenstatut oder ähnliches verwendet, welches eine Schiedsvereinbarung enthält, und somit eine „fremde“ Schiedsvereinbarung in den Vertrag mit dem gruppenexternen Unternehmen inkorporiert. Zwischen verschiedenen Unternehmen derselben Gruppe ist ein ähnliches Vorgehen denkbar.⁴³⁵ Die Bindung der Unternehmen würde in diesen Fällen dem Formerfordernis von § 1031 Abs. 3 ZPO genügen. Ähnlich ist es auch, wenn eine Schiedsvereinbarung zwischen zwei Gruppengesellschaften zugunsten einer weiteren Gesellschaft gelten soll⁴³⁶ (etwa für Regressansprüche gegen diese weitere Gesellschaft): Hier würde gemäß § 1031 Abs. 3 ZPO der Verweis auf diese Schiedsvereinbarung dem Formerfordernis genügen, wenn die begünstigte Gesellschaft sich später auf die Schiedsklausel beruft.⁴³⁷

Hinsichtlich der Stellvertretungskonstellationen in Gruppensituationen ist sodann zu differenzieren: Eine ausdrückliche Stellvertretung begegnet erneut keinen wesentlichen Bedenken hinsichtlich der Form.⁴³⁸ Denn bei einer ausdrücklichen, also offenkundigen Stellvertretung ist auch der erforderliche Hinweis in der Urkunde auf den tatsächlichen Vertragspartner in aller Regel gewährt.⁴³⁹ Ist hingegen die Offenkundigkeit nicht gewährt, ergibt sich das Problem, dass auch der richtige Vertragspartner nicht ohne Weiteres erkennbar ist. Fraglich ist aber, ob bei materiellen Ausnahmen vom Offenkundigkeitsprinzip – insbesondere bei einem Geschäft für den, den es angeht, und beim unternehmensbezogenen Geschäft – auch Ausnahmen vom Formerfordernis zu machen sind.

Dafür spricht, dass es formalistisch anmutet, wenn materiell von einer wirkamen Schiedsvereinbarung auszugehen ist, die Wirksamkeit im Zweifel an der

⁴³⁵ Siehe zu solchen Konstellationen mit mehreren Parteien oben in diesem Teil unter A. I. 1.

⁴³⁶ Siehe zur Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter oben in diesem Teil unter A. I. 4.

⁴³⁷ Siehe zu einer solchen Konstellation der Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter auch oben in diesem Teil unter A. I. 4.; siehe zu der anders gelagerten Situation, in der der materiell-rechtliche Hauptvertrag zugunsten eines Dritten geschlossen wird, so dass unter Umständen eine formfreie schiedsrechtliche Annexbindung des begünstigten Dritten folgt, noch unten im 5. Teil unter B.; siehe zu dieser Konstellation, die keine Form voraussetzt, auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 20.

⁴³⁸ Siehe zu Stellvertretungskonstellationen oben in diesem Teil unter B. I. 2. und 3.

⁴³⁹ Siehe etwa *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 420 f.; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 19.

Form scheitern zu lassen. Andererseits handelt es sich – wie erwähnt – um ein gesetzlich vorgeschriebenes Wirksamkeitserfordernis. Daher wird bei keinerlei Andeutung der tatsächlichen Vertragspartner von einer Unwirksamkeit auszugehen sein. Jedoch kann aufgrund eines allgemeinen Erfahrungssatzes eine Andeutung gesondert für die Stellvertretung entbehrlich sein, wenn insgesamt anzunehmen ist, dass die Vereinbarung (auch) für eine andere Person abgeschlossen werden sollte.⁴⁴⁰ Daher kann auch eine Schiedsvereinbarung im Wege der Stellvertretung innerhalb einer Unternehmensgruppe für mehr als ein Unternehmen abgeschlossen werden, wenn – wie auch beim Geschäft für den, den es angeht, oder beim unternehmensbezogenen Geschäft – von einer Stellvertretung auszugehen ist. Dabei kommt es aber auf den jeweiligen Einzelfall an. Einen Automatismus, dass die Formanforderung in solchen Konstellationen entfällt, gibt es nicht.

Jedoch dürfte oftmals beim unternehmensbezogenen Geschäft und auch teilweise beim Geschäft für den, den es angeht, eine Andeutung gegeben sein. Beim unternehmensbezogenen Geschäft wird nicht selten der Bezug zum Unternehmen auch mit dem Vertrag verknüpft sein und nicht nur abstrakt aufgrund der Umstände klar sein. Das kann an verwendetem Briefpapier und Ähnlichem liegen. Wenn man das Erfordernis der Andeutung gerade im Wirtschaftsverkehr mit erfahrenen und gut beratenen Unternehmen oder gar Gruppen von solchen großzügiger versteht, wofür die Systematik des § 1031 ZPO spricht,⁴⁴¹ kann der tatsächliche Vertragspartner unter Wahrung des Andeutungserfordernisses anhand der Verträge ermittelbar sein.⁴⁴²

Schwieriger scheint es beim Geschäft für den, den es angeht.⁴⁴³ Wie oben bereits festgestellt wurde, kommt ein solches Geschäft zwar gerade im grenzüberschreitenden Massenverkehr häufig vor. Daher können entsprechende Rahmenverträge und Folgeaufträge dazu führen, dass sich die nötige Andeutung (im Wege der Verweisung) finden lässt. Geben alle relevanten Dokumente jedoch keinerlei Anhaltspunkte für eine schiedsrechtliche Stellvertretung her, muss eine solche an der Form des § 1031 ZPO scheitern. Zwar wird ein ausdrücklicher Vertretungszusatz wegen der Besonderheiten und der bewussten Formerleichterungen des § 1031 ZPO wohl nicht zu fordern sein,⁴⁴⁴ doch eine Andeutung, für einen anderen zu handeln, muss gleichwohl im Einzelfall erkennbar werden.

⁴⁴⁰ *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 421, wobei er darauf hinweist, dass ein solcher Erfahrungssatz in den meisten Fällen nicht angenommen werden kann; vgl. dazu auch BGH, Urteil v. 22.2.1994, LwZR 4/93, NJW 1994, 1649, 1650.

⁴⁴¹ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1031 Rn. 3.

⁴⁴² Vgl. in diese Richtung auch BGH, Urteil v. 15.6.1987, II ZR 124/86, NJW 1987, 3193, 3194.

⁴⁴³ Siehe oben in diesem Teil unter B. I.

⁴⁴⁴ A. A. (jedoch eher für das allgemeine Stellvertretungsrecht) *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 421.

IV. Zwischenergebnis zu den Formfragen

Bei einer Schiedsbindung weiterer Parteien als der ursprünglichen Vertragsparteien stellt sich eine Reihe von Formproblemen. Zentrale Norm ist dabei § 1031 ZPO. In dieser Norm wird grundsätzlich Schriftform vorgeschrieben, was in den verschiedenen Varianten von § 1031 Abs. 1 ZPO und § 1031 Abs. 2 und 3 ZPO aber stark relativiert wird, so dass letztlich für den Wirtschaftsverkehr ohne Verbraucherbeteiligung nur reine Mündlichkeit ausgeschlossen ist. Trotzdem ist in der wie auch immer gearteten Fixierung einer Einigung zumindest die Andeutung der gebundenen Parteien nötig. Sie sind als zentraler Bestandteil eines Vertrags und insbesondere bei Schiedsvereinbarungen, die zu einem privaten Prozess zwischen nur ebenjenen Parteien führen, von wesentlicher Bedeutung.

Die gelockerten Anforderungen an die formale Bindung werden damit nur begrenzt von typischen Gruppensituationen beeinflusst. Denn sofern es auf unterschiedliche Anforderungen für verschiedene Wirtschaftsteilnehmer ankommt, ist wesentlich auf die Verbraucher- und Unternehmereigenschaft und nicht auf die Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe oder auf das Ausmaß der Geschäftstätigkeit abzustellen. Gleichwohl treten in typischen Gruppenkonstellationen bestimmte Formerleichterungen häufiger auf. Lassen sich die jeweiligen Fälle einer Drittbindung im Wege der interpretierenden Auslegung von Verträgen erreichen, stehen dem meistens auch keine Formprobleme entgegen, sofern nur eine Andeutung vorliegt. Eine ergänzende Auslegung in Bezug auf die Parteieigenschaft scheidet demgegenüber spätestens am Formerfordernis des § 1031 ZPO, da hier gerade keine Erkennbarkeit aus dem Vertrag selbst hinsichtlich der eigentlichen Parteien besteht.

Hinsichtlich etwaiger Drittbindungen im Wege der Stellvertretung ist zu differenzieren. Eine ausdrückliche Stellvertretung begegnet ähnlich wie die interpretierende Auslegung im Grundsatz keinen formalen Bedenken. Sofern der Schiedswille der tatsächlichen Parteien in der Korrespondenz zu dem jeweiligen Vertrag fixiert wurde, ist das Formerfordernis des § 1031 ZPO gewahrt. Die Möglichkeiten der Bezugnahme und einseitiger Bestätigungen entsprechend der Verkehrssitte im Handelsverkehr eröffnen hier eine Vielzahl formwahrender Vertretungswege. Problematisch scheint demgegenüber grundsätzlich eine verdeckte Stellvertretung, wenn also das Merkmal der Offenkundigkeit nicht gewahrt ist. Hier kommt es jeweils auf den Einzelfall an, wie weit die Anforderungen an die Andeutung gesenkt werden können. Tendenziell finden sich in Gruppensituationen in Parallele zu den Ausnahmetatbeständen der Offenkundigkeit aber leichter Konstellationen, in denen die nötige Form noch als gewahrt anzusehen ist.

E. Zwischenergebnis zu den subjektiv-rechtlichen Bindungsansätzen

I. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse

Der Grundsatz der Freiwilligkeit der Schiedsgerichtsbarkeit verlangt, dass im Ausgangspunkt nach dem Willen der Parteien zu forschen ist, wenn sie an eine Schiedsvereinbarung gebunden werden sollen.⁴⁴⁵ Das gilt für die ursprünglichen Parteien gleichermaßen wie für etwaige Dritte. Daher wurden im Vorangegangenen verschiedene Ansätze untersucht, nach denen gestützt auf den Willen der Parteien eine Schiedsbindung in typischen Gruppensituationen erreicht werden kann. Die interpretierende Auslegung lässt sich hier grundsätzlich wie bei anderen Verträgen anwenden. Jedoch ist wegen der besonderen grundrechtlichen Relevanz der Privatautonomie und des Justizgewährungsanspruchs für die Schiedsgerichtsbarkeit⁴⁴⁶ auf eine restriktive Interpretation der subjektiven Reichweite zu verweisen.⁴⁴⁷ Insbesondere pauschale Zustimmungen zu einer weitreichenden Schiedsvereinbarung sind daher auch im gesellschaftsrechtlichen Kontext nicht anzunehmen;⁴⁴⁸ ein Bindungswille muss grundsätzlich hinreichend deutlich erkennbar sein.⁴⁴⁹ Auch muss hier im Einzelfall kritisch hinterfragt werden, inwieweit die tatsächlichen wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse den freien Abschluss einer Schiedsvereinbarung beeinflusst haben und ob entsprechend noch von einer Freiwilligkeit oder nicht von einem Schiedszwang gesprochen werden kann.⁴⁵⁰

Derselbe restriktive Grundsatz gilt zunächst auch für Stellvertretungskonstellationen, über die eine Schiedsbindung erreicht werden kann. Nicht zuletzt wegen dieses restriktiven Grundsatzes begegnet eine Schiedsbindung unter Einschaltung von Stellvertretern einigen Hürden. Die allseitig willentliche und ausdrückliche Stellvertretung bereitet zwar keine Probleme.⁴⁵¹ Als problematisch können sich jedoch das Offenkundigkeitserfordernis und die Vollmachtserteilung in komplexeren Situationen erweisen. Im professionellen Handelsverkehr gibt es gleichsam eine Reihe von Sonderkonstellationen, in denen unter Einhaltung der entsprechenden Voraussetzungen dennoch Stellvertretungen auch für den Abschluss von Schiedsvereinbarungen möglich sind. So sind im hoch pro-

⁴⁴⁵ Siehe oben im 1. Teil unter B., im 2. Teil unter B. IV. 2. und in diesem Teil zu Beginn.

⁴⁴⁶ Siehe hierzu oben im 2. Teil unter B. IV.

⁴⁴⁷ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter A.

⁴⁴⁸ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter A. II.

⁴⁴⁹ Siehe hierzu oben zu Beginn dieses Teils sowie in diesem Teil unter A. am Anfang und für speziellere Konstellationen unter A. I. 1., 3. und 4.

⁴⁵⁰ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679; dazu etwa *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 6 f.; *Kindt*, IPRax 2023, 243, 249; *Thöne*, NJW 2022, 2650; *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2699; dazu auch noch unten im 6. Teil unter A. II.

⁴⁵¹ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter B. I. am Anfang.

fessionalisierten Handelsverkehr mitunter nicht nur leichter Ausnahmen vom Offenkundigkeitserfordernis zu machen,⁴⁵² sondern auch verschiedenartige Vollmachten denkbar.⁴⁵³

Im Bereich der Rechtsscheinsvollmachten ergeben sich sodann allgemeine dogmatische Hürden hinsichtlich der Freiwilligkeit der jeweiligen Bindung, die sich im Schiedsrecht als nicht unwesentlich herausgestellt haben.⁴⁵⁴ So wird bei den Rechtsscheinsvollmachten besonders deutlich, dass manche scheinbar willensgetragenen Bindungsansätze keine Abbilder der tatsächlichen subjektiven Willen der Parteien sind.⁴⁵⁵ Wegen der Wirkung auf den Rechtsverkehr rechtfertigt sich in einigen Fällen der Rechtsscheinsvollmachten gleichwohl eine Bindung der vertretenen Unternehmen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen eingehalten sind. Solche Konstellationen konnten gerade in typischen Fallgruppen im Bereich des Handelsverkehrs und unter Beteiligung von Unternehmensgruppen mehrfach herausgearbeitet werden.⁴⁵⁶ Es kommt jedoch stets auf eine Einzelfallentscheidung an, die jeweils restriktiven Anforderungen unterliegt, so dass diese Bindungen eher Ausnahmecharakter haben.

Bei der ergänzenden Auslegung mit ihren starken objektiven Komponenten gerät die schiedsrechtliche Dogmatik mit dem wesentlichen Element der Freiwilligkeit an ihre Grenzen und überschreite diese, würde eine Schiedsbindung auf diesen Ansatz gestützt. Zwar kann auch die ergänzende Auslegung als subjektiv-rechtlicher Bindungsansatz eingeordnet werden, da auch hier ein Parteiwille der Anknüpfungspunkt bleibt.⁴⁵⁷ Doch der tatsächliche Wille der Parteien tritt hier maximal weit in den Hintergrund, da es gerade um das Schließen von Lücken im Parteikonsens geht. Hinsichtlich der *essentialia negotii* einer (Schieds-)Vereinbarung, zu denen die Parteien zählen, kann hingegen keine Schließung von Lücken durch eine andere Instanz vorgenommen werden. Somit kommt bereits materiell-rechtlich eine Drittbindung im Wege der ergänzenden Auslegung nicht in Betracht, woran auch wirtschaftliche Machtgefälle in Gruppensituationen nichts ändern.⁴⁵⁸

Zusätzlich bestehen bei einer Schiedsbindung Dritter im Wege von subjektiv-rechtlichen Bindungsansätzen formale Bedenken: Während bei einer interpretierenden Auslegung und bei einer ausdrücklichen Stellvertretung die Formanforderung des § 1031 ZPO in der Regel keine wesentliche Hürde für eine Schiedsbindung darstellt, verhindert sie bei einer ergänzenden Auslegung final die Schiedsbindung und erschwert eine Bindung bei nicht offenkundiger Stellver-

⁴⁵² Siehe hierzu oben in diesem Teil unter B. I. 1.

⁴⁵³ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter B. I. 2., 3. und 5.

⁴⁵⁴ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter B. I. 5. a).

⁴⁵⁵ Siehe hierzu grundlegender bereits oben am Anfang dieses Teils und unter A.; zudem unter B. I. 5. a).

⁴⁵⁶ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter B. I. 5. b).

⁴⁵⁷ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter C. I.

⁴⁵⁸ Siehe oben in diesem Teil unter C. II.

treterung.⁴⁵⁹ Zwar sind gerade bei Stellvertretungskonstellationen im professionellen Wirtschaftsverkehr unter erfahrenen Marktteilnehmern häufiger die Ausnahmen und Lockerungen des § 1031 ZPO einschlägig.⁴⁶⁰ Doch die Formanforderungen sorgen zusätzlich dafür, dass die möglichen Drittbindungskonstellationen nur Ausnahmecharakter erhalten.⁴⁶¹

II. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit ist daher festzuhalten: Sofern innerhalb der willensbasierten Bindungsansätze nicht ohne Weiteres der allseitige Konsens für eine Schiedsvereinbarung festgestellt werden kann (insbesondere im Wege der interpretierenden Auslegung der eigenen Erklärungen potenzieller Schiedsvertragsparteien oder im Wege der Stellvertretung), bestehen viele, zum Teil wesentliche Bedenken gegen eine Schiedsbindung weiterer Personen. Zwar wird auch bei dem Grundkonzept einer Bindung durch eigene Willenserklärung einer Partei mitunter ohne einen tatsächlichen Willen der Parteien und mit Abstrichen bei der Freiwilligkeit eine Schiedsbindung erzeugt. Die Rechtfertigung einer Bindung in diesen Fällen liegt in dem Überwiegen der Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs nach der Entscheidung des Gesetzgebers, wie sie besonders in § 157 BGB zum Ausdruck kommt. Dem Rechtsverkehr wird demgegenüber auferlegt, dass er redlich und in vertretbarem Maße den wirklichen Willen erforschen muss.

Daraus folgt einerseits, dass das oftmals postulierte Dogma, eine Schiedsbindung sei ohne den freiwilligen Willen der Parteien nicht möglich, so nicht haltbar ist. Selbst in den Fällen, in denen über einen der untersuchten subjektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen ein Schiedswille angenommen wird, handelt es sich nicht zwingend um eine freiwillige Unterwerfung unter das Schiedsgericht, sondern mitunter um eine eher „fahrlässige“ Unterwerfung oder Fiktion eines Bindungswillens. In der deutschen Rechtsgeschäftslehre ist dabei bereits die verfassungsrechtliche Wertung enthalten, dass dem Schutz des Geschäftsverkehrs in gewissen Bahnen Vorrang gegenüber der Freiheit des Einzelnen eingeräumt wird. Je weniger schutzwürdig der Einzelne gegenüber dem Rechtsverkehr ist, desto leichter können solche Bindungen im Rahmen der gesetzlichen Mechanismen angenommen werden.

Andererseits ist aber zu betonen, dass alle Versuche, eine Schiedsbindung über die hier als subjektiv-rechtlich eingeordneten Bindungsmechanismen zu erreichen, restriktiv anzuwenden sind. Gerade weil der wirkliche Wille oftmals schwer feststellbar ist, sollte immer nur bei hinreichenden Anhaltspunkten von einer Schiedsbindung ausgegangen werden. Die untersuchten Bindungsansätze haben dazu vielschichtig ausgestaltete Voraussetzungen, die in jedem Einzelfall genau

⁴⁵⁹ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter D. III.

⁴⁶⁰ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter D. II. und III.

⁴⁶¹ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter D. III.

und vollständig geprüft werden müssen. In der Praxis, aber auch in der akademischen Diskussion, wird das teilweise übersehen, so dass unter Missachtung einzelner Anforderungen eine bloß scheinbar freiwillige Schiedsbindung entsteht.⁴⁶² In einigen Situationen gelangt man daher zu keiner subjektiv-rechtlichen Schiedsbindung. Teilweise können jedoch andere Bindungsmechanismen einschlägig sein, die im Folgenden untersucht werden.

⁴⁶² Auf die verfassungsrechtlichen Implikationen dahingehend fehlerhafter Entscheidungen wird noch unten im 5. Teil vertiefter einzugehen sein.

4. Teil

Group of companies doctrine

Im Folgenden soll in gebotener Kürze die *group of companies doctrine* analysiert werden. Diese *doctrine* entstammt dem französischen Schiedsrecht und wurde teilweise von der französischen staatlichen Rechtsprechung bestätigt.¹ In der Folge wurde sie von verschiedenen Schieds- und staatlichen Gerichtsentscheidungen diskutiert und stieß auch in der akademischen Diskussion sowohl auf regen Widerspruch wie auch auf vereinzelte Zustimmung.² Bereits die dogmati-

¹ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 139; *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.45; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 36 ff.; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 118; *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 194; *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 463; *ders.*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 97 f. mit zahlreichen Nachweisen der französischen Rechtsprechung und Lehre; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 44. Als grundlegend wird meist die *Dow Chemicals*-Entscheidung angeführt, siehe etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 149 oder *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 195. Die Rechtsprechung von Schiedsgerichten mit Sitz in Frankreich hatte sich jedoch bereits zuvor in diese Richtung entwickelt, siehe etwa ICC Tribunal, Award v. 1975, Award No. 2375, Clunet 103, 1976, 973, 974; vgl. auch den dahingehenden Verweis in ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136; *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 149.

² *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.43 ff.; *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, Rn. 5.01 ff.; zurückhaltend aber im Ergebnis auch dagegen *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 122; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 72; *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 134; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 509 ff.; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 410 f.; *Masuraras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 188; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 118; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 52; *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 1999, Rn. 297 ff.; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 97 f.; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 44; zum Meinungs-

sche Einordnung nach der hier zugrunde gelegten Systematisierung ist kaum eindeutig vorzunehmen.³ Es lassen sich aber zwei wesentliche Ansätze unterscheiden, die auch für diese Arbeit relevant sind: die subjektive, auf Zustimmung der gebundenen Parteien gestützte Variante, und die objektive, auf die Konzernzugehörigkeit abstellende Variante. Diese beiden Ansätze werden im Folgenden kurz diskutiert, bevor die *group of companies doctrine* aus Sicht des deutschen Rechts kritisch beleuchtet wird.

A. Subjektive Interpretationsvariante: Konsens aus Kontext

Nach einem Verständnis stützt sich die *doctrine* auf einen allseitigen Bindungswillen, der aus dem Kontext der Gruppenstruktur gelesen wird und die Bindung einer weiteren Gesellschaft begründet.⁴ In diesem Sinne kann auch die *Dow Chemicals*-Entscheidung eines französischen Schiedsgerichts verstanden werden, die als grundlegend für die *group of companies doctrine* angesehen wird.⁵ So verstanden ist diese *doctrine* nach deutschem Rechtsverständnis als eine Anwendung einer sehr weitgehenden Auslegung in Konzernsituationen einzuordnen.⁶ Dabei werden objektive Anhaltspunkte genutzt, um auf einen Willen der Parteien zu

stand im Ausland auch *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 52 ff.; vgl. auch zum strikt ablehnenden englischen Recht *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.45; zum englischen Recht ebenso *Böckstiegel*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 3.

³ Siehe dazu bereits knapp oben im 1. Teil unter C.

⁴ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 154; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 120; *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, S. 129 und detailliert zur *doctrine* und ihren Voraussetzungen *ders.*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, Rn. 5.01 ff.; differenziert *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.43 ff., die letztlich den Parteiwillen als primären Bindungsgrund erachten, für den die Zugehörigkeit zur Unternehmensgruppe ein Indiz sein kann; ebenso *Sachs/Niedermaier*, in: Ebke/Olzen/Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 484; siehe auch *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 102. *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 118, die gleichzeitig etwas widersprüchlich als Argument gegen die *doctrine* anführen, dass die bloße „Existenz eines Konzerns [...] keine Grundlage“ für eine solche Bindung sein könne. *Kröll*, IPRax 2016, 43, 47 hält die willensgetragene Interpretation für herrschend und scheint sich dem anzuschließen, betont aber gleichzeitig den strittigen Charakter. Nicht ganz eindeutig, letztlich aber wohl auf einen Rechtsschein abstellend *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 277.

⁵ ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 135 ff.; *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 197. Bereits knapp zu der Bedeutung dieser Entscheidung oben in Fn. 1 dieses Teils.

⁶ Vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 157.

schließen.⁷ Der Grund für die Bindung ist aber nach diesem Verständnis der *doctrine* der Parteiwille.⁸

Als solche Anhaltspunkte – teilweise werden sie auch als Voraussetzungen der *doctrine* unabhängig von einem Parteiwillen aufgezählt⁹ – werden die Beteiligung am Vertragsverhältnis ähnlich einem tatsächlichen Vertragspartner und teilweise auch ein zu erwartender Vorteil daraus angeführt.¹⁰ Ein Auftreten als tatsächlicher Vertragspartner kann sich bereits aus der gemeinsamen Teilnahme an Vertragsverhandlungen oder durch die Beteiligung bei der materiellen Vertragserfüllung oder -beendigung ergeben.¹¹ Schließt man aufgrund dieser objektiven

⁷ *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 75 f. und 117 f.; siehe zu demselben Vorgehen bei der Auslegung oben am Anfang des 3. Teils.

⁸ *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 96; *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 199; zum Parteiwillen als Grundlage einer Bindung eingehend auch oben zu Beginn des 3. Teils.

⁹ *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 98, der den Parteiwillen unerwähnt lässt und damit bei gleichen Voraussetzungen ein objektiv-rechtliches Verständnis zugrunde legt; siehe auch ebd. S. 95: „Erstreckung, die allein auf der Zugehörigkeit zum gleichen Konzern beruht“; dem folgend *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 84; vgl. für das Verständnis, das diese Voraussetzungen als Indiz für einen Bindungswillen nimmt, *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, 153 f.; *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 199.

¹⁰ Nach den meisten Autoren genügt bei Zugehörigkeit zu einer Gruppe eine „Beteiligung am Vertragsverhältnis“, um auf einen Bindungswillen zu schließen, siehe statt vieler *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, 153 f.; *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 199. *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 98 hingegen erwähnt den erwartbaren Vorteil – jedoch als objektive Voraussetzung für eine Bindung; dem folgend *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 84; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 44. *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 84 warnt vor dem voreiligen Schluss, ein Konzernunternehmen wegen Beteiligung an der Verhandlung (zu dieser Voraussetzung noch sogleich) vorschnell als Vertragspartner anzusehen und lehnt deshalb eine Haftung nach der *doctrine* ab. Gleichzeitig hält er in Durchgriffsfällen eine Haftung aber vorsichtig für möglich, wenn sich ein Konzernunternehmen derart in das Vertragsverhältnis einmischte, dass es wie ein Vertragspartner wirkt, siehe ebd. Rn. 79. Dabei beruft er sich allerdings auf die schweizerische Rechtsprechung und konkretisiert eine etwaige Grundlage nach deutschem Recht nicht.

¹¹ ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 135 f.; *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 162; *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 102; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 118; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 98; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 84; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze,

Faktoren auf einen Bindungswillen, geht man ähnlich wie bei der Auslegung einer konkludenten Erklärung wegen des Auftretens als tatsächliche Vertragspartei von einem Bindungswillen aus.¹² Dann interpretiert man die *doctrine* subjektiv-rechtlich.

Ein Automatismus kann sich daraus indes weder in einer Gruppensituation noch außerhalb einer solchen ergeben. Denn das würde dem Grundsatz der restriktiven Interpretation der subjektiven Reichweite von Schiedsbindungen widersprechen.¹³ Erst recht nicht ist es überzeugend, dass bei einem subjektiv-rechtlichen Verständnis der *group of companies doctrine* die Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe eines der zentralen Indizien für einen Bindungswillen darstellen soll.¹⁴ Denn der Sinn der juristischen Unabhängigkeit der einzelnen Unternehmen in einer Gruppe ist gerade die Trennung bei vertraglichen Bindungen und entsprechenden Haftungen. Es wäre also widersprüchlich, einer Partei wegen ihrer Konzernzugehörigkeit, die gerade die Trennung in wirtschaftlicher und

2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 44. Insofern besteht eine Parallele zu der schweizerischen Einmischungsthese, siehe *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 388; vgl. auch *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79, der in solchen Konstellationen große Zurückhaltung hinsichtlich einer Schiedsbindung anmahnt; *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 105 stellt hingegen nicht auf die Einmischungsthese als Grundlage im schweizerischen Recht ab, sondern hebt Entscheidungen hervor, die von einem Konsens nur im Falle von Rechtsmissbrauch absehen. Zu der weit gefassten Voraussetzung einer „Beteiligung der Konzerngesellschaft am Vertragsverhältnis“ mit den drei Beispielen (Abschluss, Durchführung, Beendigung) kritisch auch *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 199.

¹² Vgl. ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136: „the arbitration clause [...] should bind the other companies which [...] in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts [...]“ und ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136 f.: „the circumstances and the documents analyzed above show that such application conforms to the mutual intent of the parties.“

¹³ *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 124; vgl. auch *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 464; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 72 und 84 tritt ebenso für eine Bindung grundsätzlich nur für Vertragspartner, Rechtsnachfolger und Begünstigte nach § 328 BGB ein (siehe zu einer Ausnahme für Fälle der Durchgriffshaftung aber ebd. Rn. 79). Ähnlich *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 200, die aber für die Konzernsituation in diesen Fällen wohl eine Ausnahme für möglich hält. Zur restriktiven Interpretation der subjektiven Reichweite allgemein bereits oben im 3. Teil am Anfang.

¹⁴ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 159; siehe dazu auch *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.43 ff.; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 118; vgl. *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 102; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 170 ff.

haftungsrechtlicher Hinsicht bezweckt, einen Willen zur gemeinsamen Haftung bzw. Bindung zu unterstellen.

Im Schrifttum wird so auch festgehalten, dass die *doctrine* eine Bindung auf einen nur vermuteten Bindungswillen des Dritten stützt.¹⁵ Eine tatsächliche Zustimmung müsse für eine Bindung aber auch noch bei den ursprünglichen Schiedsparteien vorliegen.¹⁶ Durch solch weitgehende Relativierungen der Parteiwillen wird die Auseinandersetzung mit den relevanten Folgeproblemen – gerade auch den verfassungsrechtlichen – vermieden.¹⁷ Damit wird das Freiwilligkeitserfordernis jedoch faktisch aufgegeben, weshalb dieselben Bedenken wie bei der ergänzenden Auslegung greifen.¹⁸ Außerdem ist zu bedenken, dass die Vermutung eines Bindungswillens bei Vorliegen einer Konzernsituation kaum zu widerlegen wäre.¹⁹ Zusätzlich müssten bei einem subjektiv-rechtlichen Verständnis der *doctrine* die Formanforderungen mit den bereits erörterten Problemen geprüft werden.²⁰

Auch eine subjektiv-rechtliche Interpretation der *doctrine* als eine eigenständige Stellvertretungskonstellation zur Bindung Dritter im Konzernkontext bleibt im Einzelnen unvollständig und ist nicht überzeugend.²¹ Eine Stellvertretung

¹⁵ Pfisterer, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 200.

¹⁶ Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 162; vgl. Pfisterer, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 212, die bemängelt, dass auf die Zustimmung der anderen Parteien oftmals nicht eingegangen wird. Dabei ist aber zu bedenken, dass in den streitigen Fällen meist eine der Hauptparteien eine Bindung verlangt, worin die nötige Zustimmung zu sehen wäre.

¹⁷ Vgl. auch Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 464: „the basic principle of privity of contract [...] is rather confusingly blurred“. Vielleicht geht Sandrock auch deshalb nicht auf den Parteiwillen ein, um den Konflikt mit dem Freiwilligkeitserfordernis klarer hervorheben zu können.

¹⁸ Siehe dazu schon oben im 3. Teil unter C. I. und II.; siehe zudem konkret im Kontext der *group of companies doctrine* den Hinweis auf die Gefahr des fiktiven Konsenses Jürschik, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 75, die einen solchen – auch unter Berufung auf den *ordre public* – ablehnt, ebd. S. 124; vgl. auch Müller/Keilmann, SchiedsVZ 2007, 113, 118.

¹⁹ Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 158; Pfisterer, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 200.

²⁰ Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 165; Jürschik, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 144 ff.; Schlosser, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 84; siehe dazu bereits oben im 3. Teil unter D.

²¹ Zu den Schwierigkeiten, die *group of companies doctrine* im deutschen Recht im Wege eines Stellvertretungsansatzes umzusetzen, Mansel, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 411 ff.; vgl. auch Müller/Keilmann, SchiedsVZ 2007, 113, 119; ferner Schütze, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 46, der darin aber keinen eigenständigen Ansatz im Sinne einer eigenen *doctrine* sieht; für Hinweise auf fran-

oder vergleichbare Rechtsinstitute werden auch in der *Dow Chemicals*-Entscheidung nicht angeführt und folglich deren Voraussetzungen nicht diskutiert. Liegen jedoch in einem Einzelfall die entsprechenden Stellvertretungsvoraussetzungen vor, bedarf es – zumindest für den konkreten Fall – keiner eigenständigen *doctrine* (nur) für Unternehmensgruppen.²² Die Unternehmensgruppe wäre dann nur ein häufiger Anwendungsfall eines Stellvertretungsansatzes, nicht aber der Grund für die Bindung.

Daher ist festzuhalten, dass eine Interpretation der *group of companies doctrine* als eigenständiger subjektiv-rechtlicher Ansatz zur Bindung Dritter in Gruppensituationen nicht bestehen kann. Möglich scheint allenfalls ein Verständnis der *doctrine* als Bezeichnung für Konstellationen mit Unternehmensgruppen, in denen im Wege der Auslegung eine Drittbindung erreicht werden soll.²³ Dann handelt es sich aber nicht um eine eigenständige *doctrine* im engen Wortsinne.

B. Objektive Interpretationsvariante: Bindung ohne Konsens

Nach anderem Verständnis handelt es sich hingegen um eine konsensunabhängige Bindung, deren Grundlage die objektiven Umstände selbst (insbesondere die Konzernzugehörigkeit) und Billigkeitsüberlegungen sind.²⁴ Auch dieser Ansatz

zösische Rechtsprechung zu diesem Aspekt siehe *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 153 in Fn. 765.

²² Daher werden auch in der Schiedsrechtssprechung teilweise explizit Stellvertretungsansätze herangezogen anstelle der *group of companies doctrine*, vgl. auch *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 99; ähnliche Hinweise bei *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 150, wobei die dort erwähnte Rechtsprechung ergänzend bzw. hilfsweise auf vertragsrechtliche Ansätze abstellt. Beachte, dass wegen des Grundsatzes der Privatautonomie in der Schiedsgerichtsbarkeit vorrangig eine Bindung im Wege einer freiwilligen Willensbetätigung zu suchen ist, ohne eine solche aber um jeden Preis erreichen zu wollen, vgl. auch oben zu Beginn des 3. Teils und im 3. Teil unter E. II.

²³ Auch *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 464 hält stattdessen eine Anwendung der hergebrachten vertragsrechtlichen Instrumente für richtig. Vgl. auch *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 96; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 411 ff.

²⁴ *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 72; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408 ff. versteht die *doctrine* einerseits als den Versuch einer konkludenten Stellvertretung im Konzernkontext, was letztlich eine Bindung über den Parteiwillen zur Folge haben müsste, ebd. S. 408. Für eine wirksame Stellvertretungskonstellation fehle es aber an verschiedenen Voraussetzungen, ebd. S. 411. Andererseits erfolge die Bindung der Parteien „nicht aufgrund ihres Parteiwillens, sondern durch objektive An-

findet einen Anhaltspunkt in der ursprünglichen *Dow Chemicals*-Entscheidung.²⁵ Das entscheidende Indiz für diese Interpretation ist die Formulierung der faktischen wirtschaftlichen Einheit der Unternehmensgruppe.²⁶ Der gegen den Schiedsentscheid angerufene *Cour d'appel de Paris* bestätigte die Entscheidung und nannte als eigenständigen Begründungsstrang die wirtschaftliche Einheit.²⁷ Diese Einheit in der Gruppe führt nach objektiv-rechtlicher Interpretation direkt zur Schiedsbindung der betroffenen Gruppenunternehmen, ohne dass der „Umweg“ über einen vermeintlichen Willen der Parteien nötig wird. Als Voraussetzungen sollen aber ebenfalls die Indizien gelten, die nach der subjektiv-rechtlichen Interpretation auf den Parteiwillen schließen lassen.²⁸

Somit kann die Beteiligung am Hauptvertragsverhältnis – insbesondere bei der Durchführung – gleichermaßen als Voraussetzung für einen objektiv-rechtlichen Ansatz angesehen werden. Ebenfalls einer objektiv-rechtlichen Interpretation entspricht es daher, wenn es gemäß dem Grundsatz *venire contra factum proprium* als widersprüchlich angesehen wird, wenn einerseits eine Beteiligung am Hauptvertrag vorliegt, andererseits aber eine schiedsrechtliche Bindungs-

ordnung“, ebd. S. 410, „allein wegen ihrer Zugehörigkeit zum Konzern“, ebd. Insgesamt wird die *doctrine* von *Mansel* also den objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen zugeordnet. Ebenfalls für eine objektiv-rechtliche Einordnung *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 94 ff.; *Stürmer*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), *BeckOGK – EGBGB*, 1.8.2023, Art. 6 EGBGB Rn. 321; etwas unklar, aber wohl ebenfalls von der Konzernzugehörigkeit als Bindungsgrund bei diesem Ansatz ausgehend *Massuras*, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 188; vgl. ferner die Nachweise aus der französischen Literatur bei *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 158, dort Fn. 792.

²⁵ ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136: „the application of the arbitration clauses to [the parent company] may also be justified [...] by the fact that the concerned contracts containing these clauses concern, in the context of a group of companies, a parent company and certain subsidiaries.“

²⁶ Im Wortlaut: „irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one and the same economic reality [...] of which the arbitral tribunal should take account when it rules on its own jurisdiction [...]“, siehe ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136; dazu differenziert *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, Rn. 2.43 ff.; *Stürmer*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), *BeckOGK – EGBGB*, 1.8.2023, Art. 6 EGBGB Rn. 321; vgl. auch *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 94.

²⁷ *Pfisterer*, *Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis*, 2011, S. 198; *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 151 hingegen sieht hierin keine Bestätigung des objektiv-rechtlichen Ansatzes, sondern bloß eine teilweise fehlinterpretierte Bestätigung der Bindung, die aber auf dem Willen beruhe; vgl. dazu auch *Frank*, *Der Durchgriff im Schiedsvertrag*, 2000, S. 136.

²⁸ *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 98.

freiheit geltend gemacht wird.²⁹ Legt man dieses Billigkeitsprinzip zugrunde, wäre es nicht der Parteiwille, der zu der Bindung führte, sondern ein allgemeiner und objektiv anzuwendender Grundsatz mit einer normativen Anknüpfung im deutschen Recht über § 242 BGB. Die bloße Beteiligung am Hauptvertrag kann für einen solchen Widerspruch indes nicht ausreichen, da auch Vertragsexterne grundsätzlich zur Erfüllung herangezogen werden können, ohne selbst einer Bindung zu unterliegen.³⁰

Einen der *Dow Chemicals*-Entscheidung ähnlichen objektiven Ansatz legte auch bereits ein Tribunal im Jahre 1980 in einem finalen Teil-Schiedsspruch zugrunde: Dort wurde explizit auf eine ausdrückliche Zustimmung der gebundenen Parteien verzichtet, sofern diese Parteien Teile einer Unternehmensgruppe waren, von der nur ein Unternehmen eine wirksame Schiedsabrede abgeschlossen hatte.³¹ Und auch eine Ausprägung der Durchgriffshaftung im schweizerischen Recht stellt auf eine ähnliche Betrachtung der wirtschaftlichen Einheit anstelle der juristischen Trennung ab.³² Eine Abgrenzung zur *group of companies doctrine* ist hier nicht immer eindeutig.³³

Für eine objektiv-rechtliche Interpretation der *doctrine* bzw. der *Dow Chemicals*-Entscheidung spricht, dass die *doctrine* als eigenständiges Rechtsinstitut nicht nötig wäre, wenn das von dem Gericht gewünschte Ergebnis letztlich auf eine Vertragsauslegung oder eine Stellvertretung gestützt werden könnte. Auch die Diskussion im internationalen Schiedsrecht zu diesem Ansatz als eigenständiges Rechtsinstitut aufgrund von Handelsbräuchen³⁴ deutet darauf hin, dass

²⁹ Siehe *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 89; vgl. auch *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 107, der diesen Rechtsgedanken aber in den Kontext einer Anscheinsvollmacht einbettet und damit die Problematik der Drittbindung in der Unternehmensgruppe angeht, diesen Ansatz aber ebenfalls für dogmatisch nicht ganz passend hält.

³⁰ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 162; *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 269; ebenso *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 212; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79.

³¹ *Society of Maritime Arbitrators, Inc.*, New York; Partial Final Award No. 1510, November 28th 1980, VII Yearbook Commercial Arbitration 1982, S. 153; vgl. auch den Hinweis hierauf in ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 137; siehe dazu auch *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 120, der in dieser Entscheidung eine weitgehende Parallele zu der *Dow Chemicals*-Entscheidung sieht. Dem kann indes nur bedingt gefolgt werden, da in der Entscheidung *Society of Maritime Arbitrators* sogar explizit auf einen Willen verzichtet wird.

³² *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung in Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 105.

³³ Siehe *ders.*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 106.

³⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 2 dieses Teils.

hier ein gesonderter Ansatz verfolgt wird, der mit dem Parteiwillen nicht begründet werden kann. Allerdings fehlt es für eine objektiv-rechtliche Interpretation an einer hinreichenden Rechtfertigung, da die bloße Zugehörigkeit zu einem Konzern oder einer Unternehmensgruppe und die Beteiligung am ursprünglichen Vertragsverhältnis nicht ausreichen, um eine willensunabhängige Bindung zu rechtfertigen.³⁵ Zudem würde durch diese Interpretation der *doctrine* auf prozessualer Ebene ebenfalls die juristische Trennung der einzelnen Gesellschaften ungerechtfertigt übergangen.³⁶

Beide Interpretationsvarianten der *doctrine* können damit nicht überzeugen und weisen wesentliche Schwachstellen auf. Unabhängig davon, welche Ausprägung oder Interpretation im Einzelfall herangezogen wird, sollen im Folgenden weitere kritische Aspekte einer solchen *doctrine* aus Perspektive des deutschen Rechts aufgezeigt werden.

C. Unvereinbarkeit mit dem deutschen Recht

Neben den grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken, die für alle objektiv-rechtlichen und auch manche Ausprägungen der subjektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen gelten,³⁷ sind nach deutschem Rechtsverständnis bei der *group of companies doctrine* noch viele weitere Fragen offen. Die *doctrine* stößt daher im deutschen Rechtsdiskurs zu Recht auf erhebliche Bedenken und wird fast einhellig abgelehnt.³⁸ So ist ihre rechtliche Grundlage bereits sehr umstrit-

³⁵ Etwa *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 172; auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 228 wendet sich gegen eine so pauschale Bindung. Nach OLG Braunschweig, Urteil v. 31.10.2012, 2 U 59/11, BeckRS 2014, 11052 verstößt eine solche Bindung sogar gegen den deutschen *ordre public*; a. A. BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, Rz. 26 ff.

³⁶ *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 118.

³⁷ Dazu bereits oben knapp im 2. Teil unter B. IV. und noch unten ausführlicher im 6. Teil.

³⁸ Etwa *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 134; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 509 ff.; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 410 f.; *Masurats*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 188; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 118; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2014, § 1029 Rn. 84 mit Nachweisen der internationalen Judikatur; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 45; vgl. auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 52. Auch im englischen Recht wird die *doctrine* abgelehnt, *Böckstiegel*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 3. Für überwiegend „erhebliche Bedenken“ auch international *Sandrock*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 98 f. m. w. N.

ten:³⁹ Überwiegend werden anstelle eines nationalen Rechts internationale Handelsbräuche und das Bedürfnis im internationalen Handel nach einer Konzernhaftung angeführt.⁴⁰ Daneben soll die *doctrine* auch auf einen Verkehrsschutzgedanken gestützt werden.⁴¹ Diese Grundlage allein führt schon zu Unstimmigkeiten bei den Versuchen einer dogmatischen Einordnung, da die internationalen Handelsbräuche keineswegs eindeutig definiert sind und die *doctrine* weitgehend nicht anerkannt wird.⁴² Für den Verzicht auf eine kollisionsrechtliche Vorprüfung gibt es zudem keinen guten Grund.

Auch eine breitere Akzeptanz in der Praxis könnte diese unklare dogmatische Lage nicht kompensieren und die grundsätzlichen verfassungsmäßigen Beden-

³⁹ Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 159; Busse, SchiedsVZ 2005, 118, 120; Born, International Commercial Arbitration, 2021, S. 1558 ff.; Müller/Keilmann, SchiedsVZ 2007, 113, 117 f.

⁴⁰ ICC Tribunal, Interim award v. 23.9.1982, Award No. 4131, YCA 1984, 131, 136; ausführlich zur *lex mercatoria* als Grundlage der *doctrine* und ihrer Implikationen für eine solche Schiedsbindung nach deutschem Recht Jürschik, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 81–124; die *lex mercatoria* könne grundsätzlich eine taugliche Grundlage sein, siehe ebd. S. 89 f.; Massuras, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 188; Müller/Keilmann, SchiedsVZ 2007, 113, 117 f.; Pfisterer, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 194, 201; vgl. auch Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 160; ferner Sandrock, SchiedsVZ 2005, 1, 6.

⁴¹ Vgl. Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.45 ff.; siehe auch Müller/Keilmann, SchiedsVZ 2007, 113, 119, die im Endeffekt die *doctrine* aber entschieden ablehnen. Siehe zu einer solchen dualen Struktur im schweizerischen Schiedsrecht auch Sandrock, SchiedsVZ 2005, 1, 9 f.

⁴² Berger, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 119; Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, Rn. 2.45; kritisch auch Busse, SchiedsVZ 2005, 118, 120, 122; Jürschik, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 74 f.; Pfisterer, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 214; Schütze, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 45. Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 146 bemängelt ebenfalls die unscharfen Konturen dieses Ansatzes, hält aber fest, dass das auch für andere Ansätze nach nationalem Recht gelte, siehe ebd. S. 163. Möglich scheint auf den ersten Blick unter Umständen eine vergleichbare Anwendung der *group of companies doctrine* nach deutschem Recht, wenn das Schiedsgericht gemäß § 1051 Abs. 3 ZPO allein nach Billigkeitsmaßstäben entscheiden soll, siehe auch Busse, SchiedsVZ 2005, 118, 122, der diesen Ansatz letztlich aber auch verwirft; vgl. auch Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 165; Jürschik, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 96 f. Hierfür müssten es allerdings die Parteien erst ausdrücklich zu einer Entscheidung nach solchen Maßstäben ermächtigt haben. Im Rahmen der subjektiven Reichweite, mit der sich die *doctrine* befasst, geht es jedoch um die Bestimmung der Parteien. Es käme zum Zirkelschluss.

ken gegen eine willensunabhängige Drittbindung bestünden weiter. Die internationale Schiedspraxis hat dahingehend keine rechtsgestaltende Kraft, so dass ein derartiger Bindungsmechanismus einer eigenständigen Fundierung nach deutschem (Verfassungs-)Recht bedürfte.⁴³ Vor allem ist aber zu beachten, dass schon seit einigen Jahren auch international die Anwendung dieser *doctrine* auf dem Rückzug ist und seit jeher in einigen Rechtsordnungen strikt abgelehnt wurde.⁴⁴ Die Festigung und Akzeptanz der *doctrine* als internationales Gewohnheitsrecht oder Handelsbrauch kann außerhalb der Internationalen Handelskammer in Paris nicht festgestellt werden.⁴⁵

Zudem sind die Voraussetzungen für eine Bindung nach der *group of companies doctrine* nicht abschließend geklärt.⁴⁶ Die Fallgruppen des Abschlusses, der Durchführung oder Beendigung eines Vertrags sind zu unbestimmt und vor allem

⁴³ Zu den verfassungsrechtlichen Problemen noch eingehend unten im 5. Teil.

⁴⁴ Ausführlich zur Anwendung bzw. zum Meinungsstand in anderen Rechtsordnungen *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 52 ff.; zur international überwiegenden Ablehnung siehe auch *Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 208 mit weiteren Nachweisen aus der internationalen Literatur; ferner *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 84. Die mangelnde Akzeptanz in vielen Rechtsordnungen führt zudem auf Vollstreckungsseite zu zusätzlicher Unsicherheit, siehe *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 120; ausführlicher zur Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen, die auf dieser Grundlage entschieden wurden, *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 93 ff. und S. 107 ff. Relativierend *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 160, da eine Aufhebung nur am Schiedsort möglich sei und die Versagung der Vollstreckung meist nicht zu erwarten sei. Das scheint indes zu beschwichtigend, da etwa nach deutschem Recht die Aufhebungsgründe des Art. V NYÜ (möglich scheinen je nach Konstellation und jeweiliger Rechtsprechung Abs. 1 lit. a, b, c und Abs. 2 lit. b) über § 1061 Abs. 1 S. 1 ZPO auch bei der Vollstreckung Anwendung finden können und zudem bei einem Schiedsurteil an einem Schiedsort in Deutschland auch die Aufhebung über § 1059 ZPO direkt betrieben werden könnte; vgl. auch *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 94. Beachte aber auch, dass der BGH Urteile, die auf Grundlage der *doctrine* ergangen sind, nicht als *ordre public*-widrig ansieht, siehe BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, Rz. 26 ff.

⁴⁵ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 165; siehe auch *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 84; anders *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 90, die festhält, dass wegen der Bedeutung der internationalen Handelskammer in Paris für den internationalen Handel und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit die Ansicht des Tribunals die internationalen Handelsbräuche wesentlich mitgestalte.

⁴⁶ Etwa *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 121.

zu weit gefasst.⁴⁷ Daraus resultiert eine wesentliche Rechtsunsicherheit⁴⁸ und die *doctrine* ist dann schwer von anderen Bindungsansätzen abzugrenzen. Außerdem verstößt es gegen die Trennung von Haupt- und Schiedsvertrag, wenn ohne Weiteres von der Beteiligung am Hauptvertrag auf eine Bindung an die Schiedsvereinbarung geschlossen wird.⁴⁹ Für eine solche doppelte Bindung bedarf es konkreter Anhaltspunkte entweder für einen Willen der Parteien oder aus dem Gesetz.

Zuletzt würde eine beidseitig anwendbare *group of companies doctrine* ein gruppenexternes Unternehmen benachteiligen, sofern auch Gruppenunternehmen, die nicht selbst ursprüngliche Schiedsvertragspartei sind, unter Berufung auf diese *doctrine* externe Unternehmen binden könnten. Denn anders als bei anderen Bindungsmethoden gibt es nicht zwingend eine korrelierende materielle Haftung.⁵⁰ Das führt dazu, dass über diesen Ansatz vor allem Gruppenunternehmen eine weitere faktische Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen ihrer Vertragspartner erhielten, während Einzelunternehmen dieser Weg nicht offen stünde.⁵¹ Sofern eine weitere Bindungsgrundlage in Form einer solchen *doctrine* interessensmäßig überhaupt nötig erscheint, bestünde ein solches Bedürfnis eher in umgekehrter Richtung, um übermäßige Vorteile einer Konzernierung auszugleichen.

D. Zwischenergebnis

Die *group of companies doctrine* kann sowohl objektiv-rechtlich als auch subjektiv-rechtlich interpretiert werden. Das liegt daran, dass sie in der Praxis des internationalen Schiedsrechts entwickelt wurde, keiner eindeutigen gesetzlichen Grundlage zuzuordnen ist und der Streit um ihre Einordnung andauert. Die

⁴⁷ Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 464; Pfisterer, *Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis*, 2011, S. 213; vgl. konkret für den ebenfalls unklaren Begriff der Unternehmensgruppe auch Ahrens, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 152; ferner bei einer bloß passiven Beteiligung ebd. S. 155.

⁴⁸ Busse, *SchiedsVZ 2005*, 118 ff.; Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 464.

⁴⁹ Pfisterer, *Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis*, 2011, S. 211 f.; Jürschik, *Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen*, 2011, S. 119 ff. hingegen hält eine einheitliche Beurteilung für möglich.

⁵⁰ Ahrens, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 163.

⁵¹ Pfisterer, *Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis*, 2011, S. 213; vgl. auch Ahrens, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 159, der die Gefahr der potenziell sinkenden Popularität der Schiedsgerichtsbarkeit aufgreift.

grundlegenden Entscheidungen enthalten Anhaltspunkte für eine Bindung aus objektiven Praktikabilitäts- und Billigkeitserwägungen, aber mindestens ebenso starke Indizien dafür, dass die Bindung letztlich auf einem sehr weitgehend interpretierten Willen der Parteien beruht. Je nachdem, welche Entscheidung zugrunde gelegt wird, scheinen die subjektiven oder objektiven Bindungsgründe zu überwiegen. Keine der beiden Ansichten überzeugt in Gänze und wirft jeweils erhebliche Probleme auf. Zudem muss entweder der allseitige Bindungswille alleine ausreichen oder aber die objektiven Aspekte unabhängig von einem Willen der Grund für eine Bindung sein.

Eine sehr extensive Auslegung, wie sie bei einem subjektiv-rechtlichen Ansatz nötig wird, steht der grundsätzlich restriktiven Interpretation der subjektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen entgegen. Zudem besteht die Gefahr, dass die objektive Komponente der Konzernzugehörigkeit zusammen mit einer sehr weit verstandenen Beteiligung an Vertragsverhältnissen der Unternehmensgruppe die Unterstellung eines Willens zur Folge hat. Daraus ergäben sich dieselben Probleme wie bei einer objektiv-rechtlichen Bindung, bloß würden sie wegen der vermeintlichen Wahrung der Freiwilligkeit verschleiert. Nach einer solchen subjektiv-rechtlichen Interpretation ergäben sich zudem Probleme mit dem Formerfordernis.

Stellt man hingegen allein auf objektive Umstände ab, bleibt unklar, warum die relevanten Entscheidungen auch den Parteiwillen anführen. Dadurch entsteht eine dogmatisch nicht nachvollziehbare Mischform ohne Legitimation. Denn bloß wegen wirtschaftlicher oder prozessualer Effizienz kann eine schiedsrechtliche Bindung entgegen der juristischen Trennung in Unternehmensgruppen nicht eingeführt werden. Vor allem aber sind hier die notwendigen Voraussetzungen, die unter Umständen eine Ausnahme vom Freiwilligkeitserfordernis rechtfertigen könnten, nicht konkret genug ausgestaltet. Damit überzeugt auch ein objektiv-rechtlicher Ansatz in dieser Weise nicht.

Unabhängig von der Interpretation sprechen weitere grundlegende Kritikpunkte gegen die Anwendung einer *group of companies doctrine* nach deutschem Recht. Das liegt vorrangig an der rechtlichen Grundlage, die sich in der nicht abgrenzbaren *lex mercatoria* finden lassen soll. Außerdem ist die *doctrine* wegen ihrer unklaren Voraussetzungen unpräzise und würde zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Durch die mangelnde internationale Akzeptanz würden diese Unsicherheiten auf Vollstreckungsebene noch verstärkt. Zuletzt können durch die *doctrine* unbillige Benachteiligungen von wirtschaftlich schwächeren Marktteilnehmern entstehen. Auf die grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken, die mit der *doctrine* – wie auch mit vielen anderen Bindungsmechanismen – einhergehen, wird noch unten im 6. Teil dieser Arbeit ausführlicher eingegangen.

5. Teil

Objektiv-rechtliche Schiedsbindung

In einem nächsten Schritt sind nun die Bindungsmechanismen zu untersuchen, die schon dogmatisch nicht nach einem Konsens und damit der Freiwilligkeit der Parteien fragen, sondern aus objektiven Gründen zu einer Schiedsbindung führen. Entgegen dem postulierten Grundsatz, dass eine Schiedsbindung nur auf freiwilliger Basis möglich ist,¹ gibt es einige Bindungsansätze, die zu einer Bindung an Schiedsvereinbarungen führen, ohne an den Konsens der Parteien überhaupt anzuknüpfen.² Die Gründe für eine solche objektiv-rechtliche Bindung sind im Einzelnen vielfältig. Vor allem besteht immer dann ein Bedürfnis für sie, wenn ohne eine Drittbindung kein interessengerechtes oder billiges Ergebnis erzielt werden kann, gleichsam aber die grundsätzlich notwendigen Bindungswillen nicht festgestellt werden können.

Wenn es bereits dogmatisch bei diesen Ansätzen nicht auf die Freiwilligkeit der Parteien ankommt, finden auch die Formvorschriften für Schiedsvereinbarungen keine Anwendung.³ Denn die Bindung einer Person ohne oder gar gegen ihren Willen muss logischerweise auch ohne die Unterschrift der betroffenen Person geschehen. Eine Warnung vor dem Verzicht auf staatliche Justizgewähr erübrigt sich, wenn es nicht in der Entscheidungsfreiheit der gebundenen Person liegt, ob sie gebunden wird. Die Formvorschriften sind eine Schutzeinrichtung, um bei willensgetragener Bindung abzusichern, dass der freie Wille auch tatsächlich vorliegt.⁴ Formvorschriften sind damit nicht der Grund für subjektiv-rechtliche Bindungsansätze, sondern eine Folge aus dem Freiwilligkeitsprinzip. Aus

¹ Siehe dazu und zu der grundsätzlichen Unterteilung in der vorliegenden Arbeit bereits im 1. Teil unter B., im 2. Teil unter B. IV. 2. und im 3. Teil am Anfang sowie im 3. Teil unter E.

² Siehe zu einer „Zwangsschiedsbindung“ im internationalen Schiedsrecht auch *Diallo*, *Le Consentement des Parties à l'Arbitrage International*, 2010, Erster Teil, Kapitel II, Abschnitt 1.

³ *Habersack*, *SchiedsVZ* 2003, 241, 246; *Schütze*, *SchiedsVZ* 2014, 274, 276; für die Zession und den Vertrag zugunsten Dritter *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1031 Rn. 20; für die Rechtsnachfolge ebenso bereits *Schlosser*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 1975, S. 404; vgl. für die Rechtsnachfolge auch *Lachmann*, *SchiedsVZ* 2003, 28, 30, der die Bindung ohne Weiteres annimmt; *Wolf/Eslami*, in: *Vorwerk/Wolf* (Hrsg.), *BeckOK ZPO*, § 1031 Rn. 9.

⁴ Siehe zu der Funktion der Formvorschriften und ihrem Verhältnis zu der Freiwilligkeit schon oben im 3. Teil unter D.; ferner etwa *Sendlmeier*, *IPRax* 2021, 381, 386 ff.; vgl. zudem *Steingruber*, *Consent in International Arbitration*, 2012, Rn. 6.40 ff.

demselben Grund kann auch nicht als Argument für objektiv-rechtliche Bindungsmechanismen angeführt werden, dass sie keinem Formerfordernis unterliegen.⁵ Objektiv-rechtliche Bindungsmechanismen bedürfen stattdessen einer eigenständigen dogmatischen Begründung, die nicht den Zweck verfolgt, gesetzliche Formvorschriften zu umgehen. Formvorschriften müssen vielmehr bei der Diskussion um die dogmatische Begründung von objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen unbeachtet bleiben.

Eine generelle Hürde für objektiv-rechtliche Bindungsmechanismen als Annex zu einer materiellen Haftung liegt zwar darin, dass die Frage der materiellen Haftung erst im Anschluss an die Zuständigkeitsfrage im Detail geklärt werden kann.⁶ Jedoch kann für die Zuständigkeitsfrage (wie auch bei doppelrelevanten Tatsachen) lediglich eine summarische Prüfung vorgenommen werden, während in der materiellen Prüfung die Haftungsfragen dann umfassend zu prüfen sind.⁷ Daher greift dieser Einwand nicht grundsätzlich gegen die zu untersuchenden Drittbindungen durch.

Jedoch kann es sich bei objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen immer nur um Ausnahmen für spezielle Fälle handeln, da die staatliche Gerichtsbarkeit der Normalfall ist, auch wenn in bestimmten Wirtschaftszweigen Schiedsvereinbarungen weit verbreitet sind. International wird sogar eine Diskussion um eine Schiedsgerichtsbarkeit als Standardfall der Streitbeilegung und mithin um eine *opt-out*-Lösung geführt.⁸ Schiedsgerichte stellen *de lege lata* nach deutschem Recht aber immer eine gesondert zu begründende Abweichung von der staatlichen Gerichtsbarkeit dar.⁹

Im Kontext von Unternehmensgruppen besteht zudem das Problem, dass neben dem unfreiwilligen Entzug der staatlichen Gerichtsbarkeit auch die bewusst gewählte juristische Trennung der einzelnen Unternehmen für die Bindung des Dritten durchbrochen wird.¹⁰ Gleichzeitig könnte der konkrete Gruppenkontext unter Umständen als Argument für eine schiedsrechtliche Drittbindung dienen, wenn gerade gruppenspezifische Nachteile und dadurch entstehende un-

⁵ So aber wohl *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 246, zu der Diskussion um eine objektiv-rechtliche Bindung über § 128 HGB, welche er aber letztlich ablehnt.

⁶ Zu diesem generellen Einwand etwa *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117.

⁷ Siehe auch *Gebauer*, in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 106; a. A. *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117.

⁸ Siehe dazu auch schon knapp oben im 1. Teil unter C.

⁹ Überzeugend gegen eine allgemeine *default arbitration* argumentiert etwa *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 173, die zu Recht darauf hinweist, dass eine pauschale Lösung die Parteiautonomie ignorieren, unerfahrene Parteien benachteiligen würde und nach jetzigem Stand sicher nicht als überwiegend gewollt angenommen werden kann, zumal auch im internationalen Handelsverkehr nicht immer Vorteile in der Schiedsgerichtsbarkeit gesehen werden. Dafür etwa *Butler/Herbert*, New Zealand Universities Law Review 2014, 186, 191 f., die grundsätzlich ein nicht gewähltes *opt out* als ausreichende Zustimmung verstehen.

¹⁰ Für die GmbH etwa *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 116.

tragbare Härten vermieden werden.¹¹ Im Folgenden ist nun eine Reihe von objektiv-rechtlichen Bindungsansätzen daraufhin zu untersuchen, ob der materielle Haftungsgrund in der jeweiligen Konstellation hinreichend eng mit einer Schiedsvereinbarung verbunden ist, um die Schiedsbindung auch auf einen materiell betroffenen Dritten zu erstrecken, sofern hierfür ein berechtigtes Interesse besteht.¹²

A. Schiedsbindung bei der Zession

Zuerst wird dazu auf eine schiedsrechtliche Rechtsnachfolge im Wege der Abtretung der hauptvertraglichen Rechte und Pflichten eingegangen. Dabei ist zu beachten, dass bei der Zession nach heute fast allgemeiner Meinung die Schiedsvereinbarung mit auf den Zessionar übergeht, ohne dass es auf eine dahingehende Zustimmung des Zessionars ankäme.¹³ Sofern keine explizite Aufhebung

¹¹ *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 170; vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 7.9.2010, 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10, *Juris*, 2010, S. 34 (unter II. 2. b) aa)); BVerfG, Urteil v. 26.7.2005, 1 BvR 782/94, *Juris*, 2005, S. 135 (unter C. I. 1. a) aa)).

¹² Siehe zu der Verbindung zwischen materieller Haftung und schiedsrechtlicher Bindung bei der Frage nach dem anwendbaren Recht bereits oben im 2. Teil unter B. III. 2.

¹³ Etwa *Busche*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), *Staudinger BGB*, 2022, § 401 Rn. 10; *Busse*, *SchiedsVZ* 2005, 118, 119; *Gebauer*, *IPRax* 2001, 471, 474; *ders.*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *ARS AEQUIET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 104; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 68; *Grüneberg*, in: *ders.* (Hrsg.), *Grüneberg*, 2023, § 398 Rn. 18; *Habersack*, *SchiedsVZ* 2003, 241, 243; *Kröll*, *NJW* 2013, 3135, 3138; *Lachmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 2008, Rn. 521; *Masuraras*, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 118 f.; *Müller/Keilmann*, *SchiedsVZ* 2007, 113, 115; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 51; *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 99; *Schlosser*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 1975, S. 404; *ders.*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2014, § 1029 Rn. 87a f.; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 37; *Stürner*, in: *ders.* (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2021, § 401 Rn. 4; *Wagner*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, S. 15 ff.; *ders.*, *Prozeßverträge*, 1998, S. 312; *Wolf/Eslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), *BeckOK ZPO*, § 1029 Rn. 16; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 2023, § 1029 Rn. 8; BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, *NJW* 1998, 371; BGH, Urteil v. 3.5.2000, XII ZR 42/98, *NJW* 2000, 2346; aus der neueren internationalen Schiedsrechtsprechung etwa *Lifestyle Equities CV v. Hornby Street (MCR) Ltd.*, Urteil v. 28.1.2022, [2022] WLUK 314; a. A. *Martens*, *Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte*, 2005, S. 87, der aber in Fn. 262 auch annimmt, dass eine automatische Bindung dann in Betracht kommt, wenn die einzige mit einer Schiedsvereinbarung verbundene Position übertragen wird. Gegen eine unfreiwillige Bindung auch *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2005, Kapitel 7 Rn. 32, deren Ablehnung sich jedoch primär gegen § 401 BGB richtet, weil dieser Paragraph nicht die Gesamtheit der Rechte und Pflichten des

der Schiedsvereinbarung im Falle der Abtretung erfolgt oder eine nur höchstpersönliche Geltung zwischen den ursprünglichen Parteien (konkludent) vereinbart wurde, verbleibt die Schiedsvereinbarung demnach beim Hauptvertrag und bindet den neuen Gläubiger nach einer Abtretung.¹⁴ Die rechtliche Grundlage für einen solchen Übergang ist jedoch umstritten. Nach verbreiteter Ansicht geschieht diese Übertragung durch eine entsprechende Anwendung der §§ 398 ff. BGB.¹⁵ Ob sich diese Rechtsfolge im Einzelnen aus § 401 BGB,¹⁶ aus

Vertrags übertrage; ähnlich auch *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 67, der § 401 BGB nur für den Übergang von Rechten als tauglich erachtet, nicht aber von einer Schiedsbindung. Die bewusste Nichterfassung des historischen Gesetzgebers scheint hier zwar möglich (siehe dazu ebd. S. 71), zwingend ist diese Schlussfolgerung indes nicht (siehe auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 106). Gegen eine automatische Bindung zwischen Zessionar und Schuldner auch *Baur*, in: Holzhammer/Jelinek/Böhm (Hrsg.), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, 1988, S. 91, der aber vor allem den Schuldner schützen möchte und daher seine Zustimmung verlangt, auf die es nach der hier vertretenen Ansicht (und der ganz herrschenden Meinung) aber ohnehin ankommt, siehe hierzu auch *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 313; gegen eine automatische Bindung auch *Schricker*, in: Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, 1991, S. 105, jedoch nur mit einer Argumentation gegen die analoge Anwendung des § 401 BGB.

¹⁴ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 51; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 37; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 8; so auch schon RG, Urteil v. 8.12.1903, ZR VII 321/03, RGZ (56) 1904, 182, 183; vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 103; vertiefend *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 109 ff.; vgl. auch schon *Baur*, in: Holzhammer/Jelinek/Böhm (Hrsg.), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, 1988, S. 91, der für einen Übergang der Schiedsvereinbarung die Zustimmung des Schuldners verlangt.

¹⁵ *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 243; *Kröll*, SchiedsVZ 2010, 144, 145; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 51; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 99; *Schlösser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 87a f.; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 8; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 312. Aus der Rechtsprechung etwa BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371; BGH, Urteil v. 3.5.2000, XII ZR 42/98, NJW 2000, 2346; BGH, Urteil v. 1.8.2002, III ZB 66/01, NZG 2002, 955. *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 68 hält die genaue dogmatische Grundlage für „Geschmackssache“, auf eine Zustimmung des Zessionars komme es aber in jedem Fall nicht an.

¹⁶ So vor allem die Rechtsprechung, bereits RG, Urteil v. 8.12.1903, ZR VII 321/03, RGZ (56) 1904, 182, 183; weiterhin BGH, Urteil v. 18.12.1975, III ZR 103/73, NJW 1976, 852; BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371; ebenso etwa *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 8; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 521 stellt auf den Grundgedanken des

§ 404 BGB,¹⁷ direkt aus § 398 S. 2 BGB¹⁸ oder aus einer wertenden Gesamtschau des Zwecks dieser Paragraphen¹⁹ ergibt, bedarf hier keiner Entscheidung.²⁰

I. Erstreckung auf den Zessionar unabhängig von seinem Willen

Vereinzelt wird aber auch eine Zustimmung des Zessionars verlangt, welche dann im Wege der Auslegung zu ermitteln wäre.²¹ Überzeugender ist der automatische Übergang kraft Gesetzes, so dass für die Bindung des Zessionars seine Zustimmung nicht nötig ist. Die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung bzw. deren Bindungswirkung kann wesentlichen Einfluss auf die materielle Forderung – insbesondere deren Durchsetzbarkeit – haben.²² Daher ist die Schiedsabrede als

§ 401 BGB ab; die Wertung des § 401 BGB nur als ergänzenden Begründungsstrang akzeptierend *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 136; dagegen schon *Jacusi*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1144; ebenso *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 64 ff.; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 117.

¹⁷ So etwa *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 135 f.; ebenso *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 87a; dagegen *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 73 ff.

¹⁸ So etwa *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 51.

¹⁹ Teilweise auch als Gesamtanalogie bezeichnet, siehe *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 106; auf das dahinterstehende Prinzip abstellend, *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 312.

²⁰ Siehe auch *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczeorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 37.

²¹ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 32, die vor allem § 401 BGB für keine taugliche Grundlage für eine gesetzliche Erstreckung halten. *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 115 stellen auf eine automatische Fortgeltung, aber im Wege eines unterstellten Konsenses ab, was zu demselben Ergebnis führt, dogmatisch hingegen wie bei der ergänzenden Auslegung und der *group of companies doctrine* nicht überzeugen kann, siehe dazu oben im 3. Teil unter C. I. und II. sowie im 4. Teil unter A. und C. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 87 hält eine gesetzliche Bindung des Zessionars ohne seine Zustimmung nicht für möglich; so auch schon *Schrieker*, in: Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, 1991, S. 105.

²² Siehe schon *Jacusi*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143; ebenso etwa BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 83 hingegen sieht die Schiedsvereinbarung nicht als Eigenschaft der Forderung an, weil sie die materielle Forderung nicht verändere; dem folgend auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 105. Jedoch kann bei einer Schiedsbindung etwa das anwendbare Recht ein anderes sein als vor einem staatlichen Gericht und auch die prozessualen Mittel können mitunter erheblich variieren, so dass es für die Sicherung und Verwertbarkeit der Forderung – ja sogar ihr Bestehen – im Endeffekt entscheidend sein kann, ob sie von einer Schiedsvereinbarung erfasst wird oder nicht, vgl. auch *Voit*, JZ 1997, 120, 122. Siehe auch

eine Modifikation des Hauptvertrags anzusehen, in welchen der Neugläubiger umfänglich eintritt.²³ Die Identität der Forderung vor und nach der Abtretung, wie sie in § 398 S. 2 BGB deutlich wird, spricht somit für die Erhaltung der Schiedsbindung auch im Verhältnis zum Zessionar.²⁴ Nach dem Grundgedanken der §§ 398 ff. BGB erfolgt diese Bindung trotz der grundsätzlichen Trennung zwischen Haupt- und Schiedsvertrag.²⁵ Das gilt umso mehr, da diese Trennung gerade die Sicherung der Schiedsvereinbarung bezwecken soll,²⁶ was aber ohne eine Bindung des Zessionars nicht erreicht würde.

schon oben im 2. Teil unter B. I. am Ende. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 69 übersieht diese Punkte. Daher ist es verkürzt und formalistisch zu behaupten, die Schiedsvereinbarung führe „in keinerlei Hinsicht zu einer Modifikation des materiellen Forderungsinhalts“ (ebd. S. 83) und dass die „materiellrechtliche Verpflichtung [...] durch die Schiedsvereinbarung in keiner Weise berührt“ sei, ebd. S. 82. An anderer Stelle geht er aber auch von einem „akzessorische[n] Charakter“ der Schiedsvereinbarung aus, ebd. S. 47.

²³ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 159; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 8; für den Eintritt in die Gläubigerstellung etwa *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 521; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 100. Die Rechtsprechung etwa spricht von einer „Eigenschaft“ im Sinne von § 401 BGB, siehe etwa BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371; ebenso *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 521; siehe auch *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 134; Einordnung als Modifikation und als „Eigenschaft“ auch schon bei *Jacusiell*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143. Auch *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 61 betont die inhaltliche Abhängigkeit, leitet daraus aber keine Bindung des Neugläubigers ab, da die Schiedsvereinbarung keine Eigenschaft sei und bereits deshalb § 401 BGB nicht passe.

²⁴ So auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 51; vgl. auch BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371; ähnlich, aber eher auf den gemeinsamen Grundgedanken der §§ 398 S. 2, 401, 404 BGB abstellend auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 105; *Gebauer*, in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 104; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 119 f.; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 312 f.; dagegen *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 81 ff., der aber eingesteht, dass für diesen Ansatz immerhin ein Anhaltspunkt in § 398 S. 2 BGB zu finden sei, die Schiedsvereinbarung aber keine Eigenschaft der Forderung sei.

²⁵ Im Ergebnis ebenso *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 106, der zwar Bedenken wegen des schiedsrechtlichen Trennungsprinzips hat, diese aber einer Bindung des Zessionars letztlich nicht entgegen stehen sollen. Vgl. auch schon *Jacusiell*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143: „so kann das Recht aus dem Schiedsvertrag nicht ohne den dem Schiedsgerichtsverfahren unterworfenen Anspruch oder getrennt von diesem bestehen.“ Siehe zu dem ambivalenten Charakter der Schiedsvereinbarung auch schon oben im 2. Teil unter B. I. am Ende.

²⁶ Siehe dazu bereits oben im 2. Teil unter B. I.; ebenso *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 108.

Außerdem spricht der Schuldnerschutz für eine solche fortgesetzte Bindung, der vor allem in § 404 BGB Anklang findet.²⁷ Der Schuldner ist ausweislich der gesetzlichen Möglichkeit einer stillen Zession zwar nicht in dem Bestand der Person des Gläubigers schutzwürdig, aber sehr wohl in dem Bestand seiner Schiedsvereinbarung.²⁸ So könnten ohne eine schiedsrechtliche Bindung des Zessionars der Zedent und der Zessionar durch ihre materielle Übertragung dem Schuldner „seine Schiedsabrede“ nehmen.²⁹ Der Schuldner hat aber gerade eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen, um seine Streitigkeiten im Zusammenhang mit der materiellen Rechtsposition über ein Schiedsgericht zu lösen.³⁰ Die Ver-

²⁷ Für den Schuldnerschutz auch *Baur*, in: Holzhammer/Jelinek/Böhm (Hrsg.), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, 1988, S. 91; *Gebauer*, in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 99; ebenfalls primär auf den Schuldnerschutz abstellend *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 134 ff. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 85 gesteht die Notwendigkeit eines Schuldnerschutzes auch ein, hält diesen aber nicht für ausreichend, um eine Schiedsbindung zu rechtfertigen. An seiner Argumentation überzeugt nicht, dass in der Schiedsbindung gegenüber dem Zessionar pauschal ein Nachteil für den Schuldner gesehen wird, siehe ebd. S. 76. Davon kann insbesondere nicht ausgegangen werden, da ein Schiedsverfahren bei Einhaltung entsprechender rechtsstaatlicher Standards als gleichwertige Alternative zum staatlichen Gerichtsverfahren zu sehen ist, siehe dazu auch noch unten im 6. Teil unter A., und der Schuldner dieses Forum selbst gewählt hat. Außerdem überzeugt an *Martens* Ansicht nicht, dass er in den §§ 401, 404 BGB eine Beschränkung des abtretungsrechtlichen Identitätsprinzips sieht, ebd. S. 84. Überzeugender ist es, in diesen Normen eine exemplarische Konkretisierung für Nebenrechte und Einwendungen zu sehen, wofür auch die historische Entwicklung von § 401 BGB spricht, der die Rechte nicht abschließend aufzählen sollte (dazu *Kieninger*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 401 Rn. 2), siehe für diese Schlussfolgerung in Bezug auf § 401 BGB auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 106; allgemein zu dem Schutzgedanken des § 404 BGB auch *Neuner*, JZ 1999, 126, 127.

²⁸ *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 104 f. stellt ebenfalls entscheidend auf den Schuldnerschutz ab; hinsichtlich der vor einem Wechsel nicht geschützten Gläubigerposition etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 102.

²⁹ *Ders.*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 103; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 68; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 51; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 104; *Schlosser*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 1975, S. 404; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 38; *Wagner*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 15 f.; so auch schon RG, Urteil v. 8.12.1903, ZR VII 321/03, RGZ (56) 1904, 182, 183. Ebenso für Gerichtsstandsvereinbarungen etwa *Bork*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 38 Rn. 16.

³⁰ So schon *Jacusiel*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1144, es gehe

nichtung dieser schiedsvertraglichen Rechtsposition durch Einigung zwischen Zedent und Zessionar wäre ein Vertrag zulasten des Schuldners und ist daher abzulehnen.³¹

Der insofern schwachen Position des Schuldners steht zudem die potenziell informierte Position des Zessionars gegenüber: Ihm kann zugemutet werden, dass er sich über etwaige Schiedsvereinbarungen informiert, die mit der abgetretenen Forderung verbunden sind.³² Denn der Zessionar hat – anders als der mitunter hinsichtlich der Abtretung ahnungslose Schuldner – die Möglichkeit, mit dem Zedenten über die Modalitäten der Forderung vor der Abtretung zu sprechen. Der zu bindende Zessionar kann dann die Abtretung auch unterlassen.³³ Daher kann vor dem Hintergrund einer Interessenabwägung und nach dem Rechtsgedanken der §§ 398 S. 2, 404 BGB auf die Zustimmung des Zessionars verzichtet werden und es ist stattdessen ein automatischer Übergang der Bindungswirkung anzunehmen.³⁴ Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Bindung des Rechtsnachfolgers bei der Gerichtsstandsvereinbarung.³⁵

dabei nicht um die Unterwerfung der Personen, sondern des Streitgegenstandes; dem folgend *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 103; siehe ferner *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 104.

³¹ *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 313; siehe auch schon *Jacusiel*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1144, aber ohne expliziten Hinweis auf einen Vertrag zulasten Dritter; im Ergebnis ebenso *Schlosser*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 1975, S. 404; vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 103; a. A. *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 137. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 85 geht auf diesen Punkt nicht weiter ein.

³² *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 99; BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371 (dort im Kontext der Formfreiheit der Drittbindung bei Abtretung); zustimmend *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 113.

³³ Daher wäre es auch dem Schuldner nicht zuzumuten, ein Abtretungsverbot mit dem Zedenten schon im Vorfeld zu vereinbaren oder sich mit ihm darauf zu einigen, dass eine Abtretung nur unter der Bedingung einer neuen Schiedsvereinbarung mit dem Zessionar vorgenommen werden darf, so aber *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 86 f. Denn das würde zum einen Zugeständnisse der beiden ursprünglichen Parteien verlangen und die Umlauffähigkeit von Forderungen erheblich einschränken und zum anderen die Verantwortung zulasten des Schuldners verschieben. Eine solche Obliegenheit ist dem Recht der Abtretung nicht zu entnehmen. Die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung bei Abschluss des Vertrags steht den ursprünglichen Parteien freilich offen, vgl. auch oben bei Fn. 14 dieses Teils.

³⁴ Zu einer Interessenabwägung auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 102 f.; vgl. auch *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 511.

³⁵ Siehe etwa *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 2020, Rn. 1729; *ders.*, in: Geimer/Schütze/Garber u.a. (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2020, Art. 25 EuGVVO

II. Kein Wahlrecht des Schuldners

Zu diskutieren ist jedoch noch, ob dem Schuldner ein aktives Wahlrecht im Falle einer Abtretung zustehen soll,³⁶ da er selbst unter Umständen kein Interesse an einer Schiedsbindung des Zessionars hat.³⁷ Dafür könnte sprechen, dass auch die Rechtsprechung seit jeher eine – wenngleich bei Abschluss der Schiedsvereinbarung vermutete – Zustimmung des Schuldners zu einer Schiedsbindung eines Zessionars verlangt.³⁸ Da diese Zustimmung aber bei Abschluss der ursprünglichen Schiedsvereinbarung vorliegen muss, ist daraus kein Wahlrecht nach einer Abtretung abzuleiten. Ein Wahlrecht des Schuldners könnte jedoch damit begründet sein, dass ein Schiedsverfahren auch mit nicht unwesentlichen Pflichten und unter Umständen Kosten für die Parteien einhergeht.³⁹ Etwa für die Wahl der Schiedsrichter oder auch für etwaige wirtschaftliche Ressourcen kann es entscheidend sein, wer auf der anderen Seite eines Schiedsverfahrens steht.⁴⁰

Zwar kann gegen ein solches Wahlrecht nicht angeführt werden, dass dadurch ein Vertrag zulasten des Zessionars zustande käme. Denn dem Zessionar wird „durch die Bindung an die Schiedsvereinbarung nichts genommen, was er ohne die Zession gehabt hätte.“⁴¹ Ebenso kann gegen ein Wahlrecht des Schuldners

Rn. 200; für die grundsätzliche Gleichbehandlung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 69; *Wiegand*, SchiedsVZ 2003, 52, 58; BGH, Urteil v. 8.7.1981, VIII ZR 256/80, NJW 1981, 2644, 2646; vgl. auch OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313.

³⁶ Vgl. auch *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 86 f.

³⁷ Dazu schon *Jacusi*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1145; *Ols-hausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 137.

³⁸ Siehe RG, Urteil v. 8.12.1903, ZR VII 321/03, RGZ (56) 1904, 182, 183; siehe ergänzend bereits oben Fn. 14 dieses Teils.

³⁹ So wird betont, dass die Schiedsvereinbarung ein „Komplex“ (etwa *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 106) oder „Bündel“ (*Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 119; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 312) aus Rechten und Pflichten sei. Vgl. zu einer möglichen Benachteiligung durch eine Schiedsbindung auch *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 85, der aber übersieht, dass die bloße Aufhebung der Schiedsvereinbarung ohne Mitwirkung des Schuldners an sich ein Vertrag zu seinen Lasten ist. Die Annahme, dass die Schiedsvereinbarung für den Schuldner schon ursprünglich eine unfreiwillige Last war, ist eine Spekulation und kann in der Allgemeinheit schon nicht stimmen, da bei Abschluss der Vereinbarung nicht (unbedingt) klar ist, wer Schuldner und wer Gläubiger sein wird.

⁴⁰ Vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 103, der aber zu Recht relativierend anführt, dass sich das Prozesskostenrisiko zulasten des Schuldners nur im wohl seltenen Falle der Klage durch ihn selbst ergäbe, siehe ebd. S. 104.

⁴¹ *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 113.

nicht angeführt werden, dass dadurch eine unbillige Rechtsunsicherheit für den Zessionar entsteht.⁴² Denn in der Abtretung ist wegen der Möglichkeit der stillschweigenden Zession ihrem Wesen nach bereits eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich des potenziellen Klagegegners angelegt – wenngleich für den Schuldner. Die Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Klageforums im Falle eines Löserechts des Schuldners nach der Abtretung schiene daher für den Zessionar hinnehmbar.⁴³

Jedoch stünde ein solches Wahlrecht der gesetzlichen Wertung der Abtretung entgegen.⁴⁴ Denn den ursprünglichen Parteien muss es zwar freistehen, von Anfang an eine Übertragung der Schiedsbindung auszuschließen⁴⁵ oder aber eine Schiedsvereinbarung zu treffen, die fest mit der jeweiligen Forderung verbunden ist. In dem Bestand einer solchen Schiedsvereinbarung ist der Schuldner dann schützenswert. Die Gesamtkonstruktion der Abtretung sieht jedoch nicht vor, dass der Schuldner durch eine Abtretung seine Möglichkeiten erweitert.⁴⁶ Das Gesetz sieht den Schuldner bei einer Abtretung vielmehr in einer passiven Rolle, in der er zwar schützenswert, aber nicht zu privilegieren ist.

Diese grundsätzliche Wertung ändert sich auch nicht durch das erwähnte Informationsungleichgewicht zwischen Schuldner und Zessionar. Denn der Zessionar kann sich über das Bestehen einer Schiedsvereinbarung zwar informieren, aber es würde für ihn unabsehbar, was eine solche Vereinbarung bedeutet, wenn der Schuldner ein Wahlrecht erhielte. Zudem kann der Zessionar seinerseits ein Interesse an der Fortgeltung einer Schiedsbindung haben und vielleicht nur deshalb die Abtretung im Ergebnis wollen.⁴⁷ Es wäre daher ein übermäßiger und nicht gerechtfertigter Schuldnerschutz, wenn nach der Abtretung ein Wahlrecht

⁴² So aber *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 86; *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 137.

⁴³ Anders *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 86. Denkbar scheint ein Rücktrittsrecht des Schuldners, sofern er hinreichend begründen kann, dass ihn die Person des neuen Gläubigers als Schiedsgegner wesentlich benachteiligt. Die Maßstäbe für eine solche Benachteiligung wären aber kaum einheitlich zu definieren, so dass es letztlich wohl auf ein Wahlrecht des Schuldners hinausliefe. Ein freies Wahlrecht des Schuldners ist aus den sogleich erörterten Gründen jedoch abzulehnen, so dass es bei einer gesetzlichen Bindung von Schuldner und Zessionar auch an die Schiedsvereinbarung bleibt.

⁴⁴ Siehe auch *Jacuisel*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1145.

⁴⁵ Siehe auch oben bei Fn. 14 dieses Teils. Ansonsten wären sie ungerechtfertigt in ihrer Vertragsfreiheit eingeschränkt.

⁴⁶ *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 137; folgend *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 119.

⁴⁷ *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 105; auch *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 118 weist darauf hin, dass die Schiedsvereinbarung ebenso ein Vorteil sein kann.

zugunsten des Schuldners hinsichtlich der Schiedsbindung mit dem neuen Gläubiger entstünde.

Allenfalls käme ein solches Wahlrecht des Schuldners im Einzelfall in Betracht, wenn nachweisbar ein so starkes Ungleichgewicht vorliegt, dass von einer Fremdbestimmung bei Abschluss der Schiedsvereinbarung ausgegangen werden muss.⁴⁸ Dann muss das Recht dem Benachteiligten zu möglichst effektivem Rechtsschutz verhelfen,⁴⁹ der im Einzelfall sowohl im Schiedsverfahren als auch im staatlichen Gerichtsverfahren liegen kann. Die Notwendigkeit eines solchen Ausgleichs betrifft damit zwar primär die ursprüngliche Schiedsbindung, doch in der Abtretungssituation könnte die schwächere Partei durch ein Wahlrecht gestärkt werden. Allerdings kommt eine solche Lösung zum einen nur in wohl sehr seltenen Ausnahmefällen in Betracht und zum anderen ist sehr fraglich, ob in dem Schuldnerschutzgedanken des § 404 BGB i. V. m. dem staatlichen Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG eine hinreichende gesetzliche Grundlage bestünde.

III. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung bei der Zession

Die Fortgeltung der Schiedsvereinbarung zwischen Schuldner und Zessionar erfolgt ohne Zustimmung des Zessionars oder erneute Zustimmung des Schuldners. Die Bindung tritt nur dann nicht ein, wenn der Schuldner und der Zedent bei Abschluss von Haupt- und Schiedsvertrag eine Fortgeltung ausgeschlossen haben. Die Hauptparteien haben damit ein ursprüngliches Wahlrecht, welches mit dem wirksamen Abschluss der Schiedsvereinbarung endet und folglich im Zeitpunkt der Abtretung nicht mehr besteht. Die willensunabhängige Bindung des Zessionars folgt einerseits aus einer Interessenabwägung, bei der der Schuldnerschutz vor der Bindungsfreiheit des Zessionars geht. Andererseits ergibt sich dieses Ergebnis aus dem Wesen der Abtretung und findet hinreichenden Anklang in einer Gesamtschau der §§ 398 S. 2, 401, 404 BGB.

Für Konstellationen mit Unternehmensgruppen ergeben sich keine Besonderheiten hinsichtlich dieses Ergebnisses. Insbesondere ist ein Rücktritts- oder Wahlrecht des Schuldners abzulehnen, wenn er mit der Person des Zessionars nicht einverstanden ist, etwa weil dieser wirtschaftlich überlegen ist. Der Schuldnerschutz würde hier zu weit gehen und findet insofern auch keine Stütze im Gesetz. Insbesondere ist abstrakt nicht feststellbar, dass der Schuldner per se in einer strukturell oder wirtschaftlich schwächeren Position ist, die eines so weit-

⁴⁸ Vgl. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 85 f.; *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 137; ferner BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 41; siehe zu diesem Aspekt auch noch im Detail unten im 6. Teil unter A. II. und B. II. 3.

⁴⁹ So im sportrechtlichen Kontext auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2678 Rn. 36 ff. und 40.

gehenden Schutzes bedürfte. Es kommt damit nicht zu einer Erweiterung der Möglichkeiten des Schuldners nach der Abtretung.

B. Schiedsbindung beim materiellen Vertrag zugunsten Dritter

Als Nächstes ist zu fragen, ob bei einem Hauptvertrag zugunsten Dritter der Dritte als Begünstigter an eine mit dem Hauptvertrag bzw. dem Forderungsrecht verbundene Schiedsvereinbarung gebunden wird. Das wäre zu bejahen, wenn die Schiedsvereinbarung als Annex zum Forderungsrecht mit auf den Begünstigten überginge. Die im Folgenden zu untersuchende Konstellation ist daher grundlegend von der Situation zu unterscheiden, in der eine Schiedsvereinbarung selbst als Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen wird.⁵⁰

Ein Hauptvertrag, der als Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen wird, kann inhaltlich auf eine Vielzahl an Leistungen gerichtet sein. Der Hauptanspruch, den die Hauptparteien vereinbaren und den der Begünstigte geltend machen kann, kann nicht nur auf monetäre Leistungen gerichtet sein, sondern etwa auch auf Auskünfte, Beratungen oder die Übernahme von Risiken.⁵¹ Damit ist der potenzielle Anwendungsbereich dieser Konstellation recht groß und wird gerade im Kontext von Unternehmensgruppen häufig relevant, da hier etwa Garantien und die Übernahme von Risiken für andere Gruppenmitglieder häufig vorkommen.⁵²

Ein solcher Hauptanspruch kann an Bedingungen geknüpft sein oder eben mit einer Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung verbunden werden.⁵³ Daher stellt sich die Frage, wie solche Zusatzvereinbarungen oder Bedingungen auf den Begünstigten als Dritten wirken – insbesondere ob sie ihn verpflichten können. Sie könnten als zwingende Konditionen des Hauptanspruchs eine automatische

⁵⁰ Hierzu oben 3. Teil A. I. 4.; klare Trennung insofern auch bei *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 72; *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 119; *Masswas*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 109; *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 465; OLG Hamburg, Beschluss v. 12.8.2019, 6 Sch 2/19, RdTW 2020, 224, 226 Rn. 24; nicht so klar hingegen bei *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 160 f.; unklar ebenfalls bei *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 276; vgl. ferner zu diesem Aspekt bei Gerichtsstandsvereinbarungen *Mankowski*, VersR 2020, 712, 713.

⁵¹ *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 217.

⁵² Dazu auch noch unten in diesem Teil unter B. II.

⁵³ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 159 f.; zur grundsätzlichen Parallele zwischen Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen etwa *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 107.

Verpflichtung des Dritten herbeiführen oder selbstständig betrachtet als eine Benachteiligung angesehen werden, der gesondert zugestimmt werden muss. Die besseren Argumente sprechen dafür, eine Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung als Bedingung, Modalität oder Eigenschaft der Begünstigung zu verstehen, so dass durch die Annahme der materiellen Begünstigung auch eine Verpflichtung entsteht, die prozessuale Abrede zu beachten.⁵⁴ Teilweise wird eine solche Nebenabrede aber auch gesondert betrachtet und dann als unzulässige Benachteiligung des Dritten angesehen.⁵⁵ Als Folge dieser zweiten Ansicht müsste der Begünstigte einer Schiedsbindung gesondert zustimmen.

I. Bindung des Begünstigten an die Schiedsvereinbarung ohne seine Zustimmung

Schon seit der Zeit des Reichsgerichts wird herrschend angenommen, dass bei einem materiellen Vertrag zugunsten Dritter auch eine damit verbundene Schiedsvereinbarung den Begünstigten ohne eine gesonderte Zustimmung bindet, wenn er den materiellen Vorteil annimmt.⁵⁶ Dabei gilt auch im Prozessrecht,

⁵⁴ *Gebauer*, IPRax 2001, 471; siehe auch schon oben Fn. 22 dieses Teils.

⁵⁵ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 73 f., der aber zwischen Schiedsabrede und Schiedsklausel trennt und nur eine Schiedsabrede für einen materiellen Vertrag zugunsten Dritter als unwirksamen Vertrag zulasten Dritter ansieht. Zu der parallelen Diskussion für Gerichtsstandsvereinbarungen siehe *Gebauer*, IPRax 2001, 471, 472, der in Fn. 8 und 10 unter anderem auf die Ansicht *Geimers* verweist, die eine Bindung des Dritten ablehne. Auch *Geimer* scheint von einem Abweichen seiner Meinung gegenüber der von *Gebauer* auszugehen, siehe *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 2020, Rn. 1728, Fn. 1382, differenziert aber nicht zwischen einer Gerichtsstandsvereinbarung, die – sozusagen als Bedingung – zu einem materiell-rechtlichen Vertrag zugunsten Dritter formuliert wird, und einer rein prozessualen Zuständigkeitsvereinbarung zugunsten eines Dritten, siehe ebd. Rn. 1728; siehe zu der zweiten Konstellation auch schon oben im 3. Teil unter A. I. 4. An anderer Stelle differenziert *Geimer* (*ders.*, NJW 1985, 533, 534 und *ders.*, in: *Geimer/Schütze/Garber u.a.* (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2020, Art. 25 EuGVVO Rn. 205) jedoch ausdrücklich zwischen den beiden Konstellationen und bejaht die Bindung des materiell Begünstigten ohne dessen Zustimmung für den Fall, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung als Bedingung zu der materiellen Begünstigung formuliert ist; ebenso mit differenzierender Betrachtung *Heiss*, IPRax 2005, 497. Zudem tritt *Geimer* auch für eine Bindung an eine Zuständigkeitsvereinbarung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (*Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 2020, Rn. 1730) und des Rechtsnachfolgers (ebd. Rn. 1729 und *ders.*, in: *Geimer/Schütze/Garber u.a.* (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2020, Art. 25 EuGVVO Rn. 200) ohne dessen jeweilige Zustimmung ein.

⁵⁶ Für eine solche Bindung: *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; *Geimer*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 77; *ders.*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1031 Rn. 19; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 54; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 161, der jedoch etwas wider-

dass keine Verträge zulasten Dritter geschlossen werden können, dass also keine (Schieds-)Gerichtspflichtigkeit zulasten eines Dritten nur durch die Abrede von zwei anderen Parteien entstehen kann.⁵⁷ Gleichwohl muss zunächst ein Wille der Hauptparteien vorliegen, neben der materiellen Begünstigung den Dritten schiedsrechtlich binden zu wollen, wenn eine Drittbindung entstehen soll. Ein solcher Wille der Hauptparteien ist durch Auslegung der Schiedsvereinbarung zu ermitteln und im Zweifel anzunehmen, kann aber auch widerlegt werden.⁵⁸

Im Ergebnis sind (prozessual wirkende) Bedingungen oder Belastungen von Dritten möglich, sofern sie mit Begünstigungen einhergehen,⁵⁹ wie sich auch bereits bei der Abtretung gezeigt hat. Da die Schiedsvereinbarung als eine Modifikation und Eigenschaft des Hauptanspruchs gilt, ist ihr Übergang auf den Begünstigten auch bei einem materiellen Vertrag zugunsten Dritter konsequent.⁶⁰ Es

sprüchlich auch von einer „Unterwerfung“ des Dritten durch Annahme des materiellen Vorteils spricht, siehe ebd. S. 160; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 2023, § 1029 Rn. 20; *Sandrock*, in: *Baums/Hopt/Horn* (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 465; *Voit*, in: *Musielak/Voit* (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 2023, § 1029 Rn. 9; *Wolff/Eslami*, in: *Vorwerk/Wolf* (Hrsg.), *BeckOK ZPO*, § 1029 Rn. 16; für eine Bindung aus der neueren Rechtsprechung etwa BGH, Beschluss v. 19.4.2018, I ZB 52/17, BeckRS 2018, 14700, 29; für eine solche Schiedsbindung auch im österreichischen Recht OGH, Beschluss v. 20.4.2021, 4 Ob 43/21h, 2009, 1, 14 ff. (auch mit Verweis auf deutsche Literatur); OGH, Beschluss v. 30.3.2009, 7 Ob 266/08f, 2009, 1, 16 f.; OGH, Beschluss v. 5.8.1999, 1 Ob 79/99w, 1999, 1, 3. Dasselbe gilt für Gerichtsstandsvereinbarungen, siehe etwa *Rieländer*, *EuZW* 2020, 664, 666. A. A. für Auflagen beim Vertrag zugunsten Dritter *Martens*, *AcP* 1977, 113, 142. *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 73 f. überträgt diese Ansicht auf eine Schiedsbindung, so dass eine solche nur mit Zustimmung des Begünstigten anzunehmen sei. Ebenso *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 129 f., der anstelle eines automatischen Übergangs einen bedingten Rechtserwerb (§ 328 Abs. 2 BGB) für den Fall annimmt, dass der Begünstigte formwirksam eine neue Schiedsvereinbarung abschließt, siehe ebd. S. 134 ff.

⁵⁷ *Gebauer*, *IPRax* 2001, 471, 471; *Geimer*, *NJW* 1985, 533, 533; *Heiss*, *IPRax* 2005, 497, 497; *EuGH*, Urteil v. 7.2.2013, Rs. C-543/10, *IPRax* 2013, 552, 554.

⁵⁸ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 160.

⁵⁹ *EuGH*, Urteil v. 7.2.2013, Rs. C-543/10, *IPRax* 2013, 552, 554; es handele sich dabei um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, siehe *Gebauer*, in: *Geimer/Kaassis/Thümmel* (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 104; ebenso *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 160, der richtig anmerkt, dass auch materielle Pflichten wie die allseitige Schutzpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB ebenso für den begünstigten Dritten gelten.

⁶⁰ *Ders.*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 159; *Geimer*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer u.a.* (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1031 Rn. 19; letztlich ebenso *ders.*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 77; siehe auch schon oben Fn. 22 dieses Teils; siehe ferner *Jacusi*, *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 1930, 1143, 1148. Die Differenzierung zwischen Schiedsabrede und Schiedsklausel in diesem Punkt bei *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 73 f. überzeugt nicht.

erfolgt somit eine Gesamtbetrachtung, nach der die Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung an die materiellen Vorteile des Hauptvertrags gekoppelt ist.⁶¹ Demnach erhält der begünstigte Dritte keinen Nachteil durch eine auch für ihn geltende Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung, sondern durch den Hauptvertrag einen Vorteil (das Forderungsrecht), den er einschränkend nur über diesen prozessualen Weg einklagen kann.⁶²

Dagegen könnte zwar sprechen, dass die Übertragung des Rechts auf den Begünstigten ohne seine Zustimmung – und sogar ohne seine Kenntnis – erfolgen kann.⁶³ Dadurch könnte die Gefahr entstehen, dass der Dritte vor einem Schiedsgericht verklagt wird, ohne von einer entsprechenden Vereinbarung vorher erfahren zu haben. Jedoch soll nach der hier vertretenen Auffassung die Schiedsvereinbarung die Schiedsbindung nur für den Fall der Annahme des zugestanden materiellen Rechts erzeugen.⁶⁴ Der Dritte kann mithin nicht vor einem Schiedsgericht verklagt werden, solange er nicht von der Begünstigung weiß und diese nicht akzeptiert. Dem Dritten wird somit keine *unmittelbare* Rechtspflicht auferlegt.⁶⁵

In der Annahme der materiellen Begünstigung oder ihrer Geltendmachung muss gleichwohl keine konkludente Zustimmung zur Schiedsbindung liegen.⁶⁶ Die Bindung folgt stattdessen willensunabhängig aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens und dem Rechtsgedanken des § 328 Abs. 2 BGB.⁶⁷ So ist die

⁶¹ Geimer, NJW 1985, 533, 534; Heiss, IPRax 2005, 497, 497; Mankowski, IPRax 2018, 233, 236; ders., VersR 2020, 712, 714; Mansell/Thorn/Wagner, IPRax 2021, 1, 19; Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 159; Schlosser, IPRax 2020, 519, 520; ferner Rieländer, EuZW 2020, 664, 667. Auch Martens, AcP 1977, 113, 142 f. stellt für Auflagen bei einem Vertrag zugunsten Dritter eine Gesamtbetrachtung an, kommt aber nach dem Rechtsgedanken des § 107 BGB zu dem Ergebnis, dass keine Nachteile mit einem Vorteil verbunden werden können, ohne dass die Zuwendung unwirksam würde; dem folgend Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 73 f.; Martens, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 129 f.

⁶² Gebauer, IPRax 2001, 471, 472 spricht von einer „zulässigen Belastung des Drittanpruchs“ (Hervorhebung im Original) anstelle von einer unzulässigen Belastung des Dritten; Geimer, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 77; zu diesem Gedanken in Bezug auf das durch die Hauptparteien gewählte anwendbare Recht Heiss, IPRax 2005, 497, 497.

⁶³ Siehe Martens, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 118.

⁶⁴ Insofern ist von einem Schwebezustand auszugehen, den der Begünstigte in die eine oder andere Richtung allein entscheiden kann, siehe Martens, AcP 1977, 113, 140.

⁶⁵ So auch ders., AcP 1977, 113, 140; a. A. Martens, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 118 ff.

⁶⁶ Voit, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 9; vgl. auch Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 160 f.

⁶⁷ Münch, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 54; Niklas, Die subjek-

automatische Bindung an Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen gewissermaßen eine prozessual wirkende Ausprägung des in § 328 Abs. 2 BGB enthaltenen Prinzips, dass der Empfänger eines Vorteils diesen nicht nach seiner Wahl ohne die damit einhergehenden Einschränkungen und sogar Pflichten erhalten kann.⁶⁸ Damit wird der Begünstigte auch nicht in seiner Privatautonomie eingeschränkt oder ihm sogar ein Vertrag zulasten Dritter auferlegt. Denn insofern gilt – wie auch bei der Abtretung – dass dem Empfänger durch eine schiedsrechtliche Annexbindung nichts genommen wird, was er ohne den Erwerb des Hauptanspruchs gehabt hätte.⁶⁹

Teilweise wird unter Zugrundelegung des Rechtsgedankens von § 107 BGB jedoch angenommen, ein Vertrag zugunsten Dritter könne generell nicht mit Auflagen verbunden werden, ohne dass der Begünstigte den Auflagen gesondert zustimmt.⁷⁰ Die Möglichkeit der nachträglichen Ausschlagung reiche zum Schutz des Begünstigten nicht aus.⁷¹ Diese Ansicht kann jedoch nicht auf eine Schiedsbindung übertragen werden. Denn die Einordnung der Schiedsbindung als Auflage ist bereits abzulehnen.⁷² Unabhängig vom Charakter der Schiedsbindung ist

tive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 160. Nach *Jacusiel*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1148 kommt es hingegen nicht auf die Widersprüchlichkeit einer einseitigen Vorteilsannahme durch den Begünstigten an. Dass es sich im Ergebnis kaum auswirkt, ob man auf eine konkludente Zustimmung bei Annahme des Hauptanspruchs oder auf eine Annexbindung abstellt, hält auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 76 fest. Dogmatisch sind es hingegen grundlegend andere Ansätze und wegen des Freiwilligkeitsgrundsatzes in der Schiedsgerichtsbarkeit für etwaige Folgeüberlegungen entscheidend.

⁶⁸ *Jacusiel*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1148; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 54; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 160; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1031 Rn. 5; vgl. zu diesem Gedanken im Kontext der Abtretung auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 105.

⁶⁹ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 161; zu diesem Gedanken für die Bindung des Zessionars *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 113.

⁷⁰ *Martens*, AcP 1977, 113, 142; dem folgend *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 73 f.; ebenso *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 129 f.

⁷¹ *Martens*, AcP 1977, 113, 143.

⁷² Wenn die Schiedsvereinbarung richtigerweise als Eigenschaft oder Modalität des Hauptanspruchs eingeordnet wird, kann nicht von einer (gesonderten) Auflage durch sie ausgegangen werden. Der gewährte Hauptanspruch ist untrennbar mit ihr verbunden und wird durch die Schiedsvereinbarung geprägt, siehe dazu schon Fn. 22 dieses Teils. Daher ist die Begünstigung mit der Geltung des Rechte- und Pflichtenkomplexes der Schiedsbindung fest verknüpft, so dass einer Annahme der materiellen Begünstigung die Schiedsbindung willensunabhängig folgt. Das ist von einer bewussten, auf Hauptanspruch und Schiedsbindung gerichtete Annahme zu unterscheiden.

es einem geschäftsfähigen Teilnehmer am Rechtsverkehr aber vor allem zumutbar, gemäß § 333 BGB den Vorteil insgesamt auszuschlagen, sobald ihm die Nachteile bekannt werden.⁷³ Vorher wird er – nach der hier vertretenen Auffassung – ohnehin nicht gebunden.⁷⁴ Zudem gehen § 107 BGB und § 328 BGB von wesentlich unterschiedlichen Situationen aus. Die besondere Schutzbedürftigkeit mangels Geschäftsfähigkeit, auf der § 107 BGB basiert, ist beim Begünstigten im Sinne von § 328 BGB in Fällen mit Geschäftsfähigen – und insbesondere mit juristischen Personen – nicht festzustellen.

Außerdem muss es den Hauptparteien aufgrund ihrer Privatautonomie freistehen, an die Vorteile, die sie einem Dritten gewähren, bestimmte Bedingungen zu knüpfen.⁷⁵ Dem Begünstigten ein selektives Wahlrecht einzuräumen, würde ihn nicht nur grundlos und übermäßig bevorteilen, sondern auch die Hauptvertragsparteien in ihrer Vertragsfreiheit ungerechtfertigt einschränken.⁷⁶ In dieser Hinsicht sind die Hauptparteien schützenswert. Andernfalls würde der Anspruch, der einem anderen gewährt werden soll, die Hauptparteien entgegen ihren Absichten dem Willen des Begünstigten ausliefern. Stattdessen muss dieser Anspruch nach dem Willen der Hauptparteien modifizier- und einschränkbar sein.

Zuletzt spricht ergänzend noch ein Erst-recht-Schluss im Vergleich mit der Zession für eine Schiedsbindung des Begünstigten: Der Begünstigte erhält die Zuwendung – anders als der Zessionar – oftmals ohne eine Gegenleistung, weshalb es besonders gerechtfertigt ist, ihn an das von den Hauptparteien vorgeschriebene Klageforum zu binden.⁷⁷ Da somit zu Recht trotz der grundsätzlichen Trennung von Hauptvertrag und prozessual wirkendem Nebenvertrag eine Gesamtbetrachtung anzustellen ist, kann es auf eine gesonderte Zustimmung des Dritten zur Schiedsvereinbarung nicht ankommen. Stattdessen folgt bei einem

⁷³ *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 133; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 161; *Rieländer*, *EuZW* 2020, 664, 667.

⁷⁴ So für Bedingungen beim Vertrag zugunsten Dritter auch *Martens*, *AcP* 1977, 113, 140.

⁷⁵ Vgl. *Geimer*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 77; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 159, 161. Das ist auch ausdrücklich in § 328 Abs. 2 BGB geregelt. Zwar werden prozessuale Anforderungen wie eine Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung dort nicht erwähnt. Doch § 328 Abs. 2 BGB ist nicht abschließend zu verstehen. Zum Ausdruck soll lediglich kommen, dass die Hauptparteien das, was sie einem Dritten zukommen lassen, auch beschränken und gestalten können.

⁷⁶ Insofern weist auch *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 73 richtig darauf hin, dass ein einseitiges Klagerecht (und wohl auch ein Wahlrecht) des Begünstigten von den Hauptparteien „in der Regel“ nicht gewollt sei. Dabei verkennt er aber, dass eine Übertragung nur der *Schiedsberechtigung* im Wege der Auslegung weder sinnvoll noch nötig ist. Interessengerecht ist vielmehr aus den genannten Gründen die vollständige Bindung ab Annahme der Begünstigung.

⁷⁷ Vgl. zu einer ähnlichen Überlegung hinsichtlich des Unterschieds zwischen § 107 BGB und § 328 BGB *Martens*, *AcP* 1977, 113, 142.

materiellen Vertrag zugunsten Dritter eine schiedsrechtliche Annexbindung, sofern keine Zurückweisung der gesamten Begünstigung erfolgt.

II. Bindung des Begünstigten in Gruppensituationen

In Konstellationen mit Unternehmensgruppen kommt eine prozessuale Bindung als Annex zu einer materiellen Drittbegünstigung verschiedentlich in Betracht.⁷⁸ Im Folgenden wird exemplarisch anhand einer typischen Konstellation im Baugewerbe analysiert, wie unter Beteiligung von Gruppenunternehmen materielle Verträge zugunsten Dritter abgeschlossen werden. In einer solchen Situation kommt dann grundsätzlich auch eine schiedsrechtliche Annexbindung in Betracht. Haben verschiedene Unternehmen einer Unternehmensgruppe im Rahmen eines größeren Bauprojekts materielle Verträge mit Schiedsabreden abgeschlossen, ist es denkbar, dass sich ein gruppenexterner Dritter, der in das Bauprojekt durch weitere Verträge eingebunden ist, auf die Verträge berufen kann.

Im Bereich von großen Bauvorhaben spielt oftmals eine Vielzahl an Gutachten und Auskunftsverträgen eine wichtige Rolle, die einen Vertrag zugunsten Dritter begründen können.⁷⁹ Dabei ist etwa denkbar, dass die Obergesellschaft einer Gruppe als Auftraggeberin mit einem Tochterunternehmen einen Vertrag für einen Teil des Baus abschließen will.⁸⁰ Im Rahmen der Vertragsverhandlungen sind verschiedene Gutachten nötig, etwa zu der Statik oder zu der Finanzierbarkeit des konkreten Vorhabens als Ganzes. Um diese Gutachten zu erstellen, kann ein weiteres Unternehmen beauftragt werden.⁸¹ Gibt der Gutachter nun im Rahmen seiner mit der Mutter vertraglich vereinbarten Gutachtertätigkeit eine auch für das Tochterunternehmen entscheidende Auskunft, kann es sich bei dem Gutachtervertrag um einen Vertrag zugunsten des Tochterunternehmens handeln.

In solchen Fällen kann das Tochterunternehmen berechtigt sein, das Gutachten von dem Gutachter zu fordern. Etwaige Streitigkeiten bei Nichtleistung oder wegen fehlerhafter Begutachtung könnten dann direkt zwischen dem Tochterunternehmen und dem Gutachter geklärt werden – entsprechend dem oben Gesagten über ein zwischen den Hauptvertragsparteien vereinbartes Schiedsgericht. Ähnliche Konstellationen ergeben sich etwa im Bank- und Versicherungsrecht,⁸²

⁷⁸ Siehe auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 205.

⁷⁹ Siehe zum typischen Anwendungsfall des Vertrags zugunsten Dritter bei Auskünften, Gutachten und (Anlage-)Beratungsverträgen auch *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 216; ebenfalls zu einem Beispiel aus dem Baugewerbe etwa *Meier*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 74.

⁸⁰ Ebenso ist denkbar, dass ein externes Unternehmen beauftragt wird.

⁸¹ Beachte, dass dieses Unternehmen entweder gruppenextern oder auch seinerseits ein Tochterunternehmen derselben Gruppe sein kann.

⁸² Zum Versicherungsrecht etwa EuGH, Urteil v. 7.2.2013, Rs. C-543/10, IPRax 2013, 552, 554.

aber auch in vielen anderen Bereichen.⁸³ Typisch ist in diesen Konstellationen jeweils das Zusammentreffen von rechtlich selbstständigen Unternehmen, die an einem größeren Projekt arbeitsteilig mitwirken, und der Verwendung von Schiedsvereinbarungen in den genannten Bereichen des professionellen Wirtschaftsverkehrs.⁸⁴ Insofern kann und soll hier keine abschließende Aufzählung aller denkbaren Konstellationen erfolgen.

III. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung beim materiellen Vertrag zugunsten Dritter

Der Rechtsprechung und auch der herrschenden Meinung in der Literatur ist zuzustimmen: Im Falle eines materiell-rechtlichen Vertrags zugunsten Dritter wird der begünstigte Dritte auch an eine mit diesem Hauptvertrag verbundene Schiedsvereinbarung gebunden. Die Bindung folgt nicht etwa aus einer (konkludenten) gesonderten Zustimmung zur Schiedsvereinbarung, sondern willensunabhängig mit der Annahme der materiell-rechtlichen Zuwendung. Vor einer solchen Annahme wird der Dritte jedoch nicht gebunden, da andernfalls ein verbotener und unwirksamer Vertrag zulasten Dritter entstünde. Das Ergebnis deckt sich freilich in den meisten Fällen mit der Annahme einer konkludenten Zustimmung auch zu der Schiedsvereinbarung, wenn die materiell-rechtliche Begünstigung akzeptiert wird. In dieser zweiten Lösung liegt aber stets die Gefahr einer unterstellten Willenslösung und sie ist, wie gesehen, auch nicht nötig. Das hier gefundene Ergebnis ist in Übereinstimmung mit der Bindung des Zessionars.⁸⁵

Typische Konstellationen mit Gruppenunternehmen können sich theoretisch in vielen Branchen und Wirtschaftszweigen ergeben. Besonders häufig werden sie immer dort diskutiert, wo größere, typischerweise arbeitsteilige Projekte mit einer Materie zusammenhängen, die eine Drittbegünstigung nahelegt. Dazu zählen das Versicherungswesen und das Baugewerbe. Im ersteren ist es üblich, dass Gruppengesellschaften zugunsten anderer Gruppengesellschaften Versicherungen abschließen (häufig die Mütter für die Töchter einer Gruppe). Im zweiten kommt es häufig vor, dass Gutachter Auskünfte zu erteilen haben und Subunternehmer Vorarbeiten zu verrichten haben. Diese Auskünfte und Vorarbeiten werden mitunter von einer Partei desselben Großprojekts in Auftrag gegeben, obwohl sie für ein anderes Unternehmen so entscheidend sind, dass dieses andere Unternehmen die Leistung geltend machen können soll. Zahlreiche weitere Fallkonstellationen sind denkbar, ohne dass es auf eine Darstellung an dieser Stelle ankäme.

⁸³ Zum Sportrecht etwa BGH, Beschluss v. 19.4.2018, I ZB 52/17, BeckRS 2018, 14700, 8; zum Frachtrecht etwa OLG Hamburg, Beschluss v. 12.8.2019, 6 Sch 2/19, RdTW 2020, 224; zu Lizenzverträgen siehe *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 205.

⁸⁴ Vgl. auch oben im 3. Teil unter B. I. 4. b).

⁸⁵ Siehe dazu oben in diesem Teil unter B. III.

C. Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Neben dem Vertrag zugunsten Dritter besteht in einigen Rechtsordnungen auch das Rechtsinstitut eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte. Auch wenn es in Deutschland nicht gesetzlich geregelt ist, wird es oftmals im Kontext des Vertrags zugunsten Dritter erörtert.⁸⁶ Nach dem Schutzkonzept des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte wird der Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen in bestimmten Konstellationen gelockert:⁸⁷ Ein Dritter kann sich auf das Schuldverhältnis beziehen, welches zwischen zwei anderen Personen besteht.⁸⁸ Dabei kann sich der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte grundsätzlich im Zusammenhang mit jedem Schuldverhältnis ergeben und stellt heute ein äußerst vielgestaltiges Rechtsinstitut dar.⁸⁹

Nach deutschem Recht kann der Dritte auf Rechtsfolgenseite – anders als beim Vertrag zugunsten Dritter – grundsätzlich keine Leistung verlangen, sondern lediglich einen Schadensersatzanspruch geltend machen, wenn ihm gegenüber eine Schutzpflicht verletzt wird.⁹⁰ Daher kann eine Schiedsvereinbarung nicht unmittelbar Schutzwirkung für einen Dritten mit der Folge einer Drittbinding entfalten. Jedoch steht die materiell-rechtliche Rechtsfolge des Schadensersatzes einer schiedsrechtlichen Annexbindung nicht entgegen.⁹¹ Denn die objektive Reichweite einer Schiedsbindung kann auch andere als vertragliche Ansprüche umfassen.⁹² Ausweislich § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO ist jeder vermögensrechtliche Anspruch schiedsfähig⁹³ und Schiedsvereinbarungen sind nicht selten umfassend formuliert, so dass sie „alle Streitigkeiten, die sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag [...] ergeben“, umfassen.⁹⁴ Somit kann eine

⁸⁶ *Höhnel/Kühne*, JuS 2012, 1063; *Martiny*, JZ 1996, 19, 20; *Stadler*, in: Stürner (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2023, § 328 Rn. 19 ff.

⁸⁷ Dazu auch *Neuner*, JZ 1999, 126 f.; *Westermann*, AcP 2008, 141, 154.

⁸⁸ *Martiny*, JZ 1996, 19.

⁸⁹ *Ders.*, JZ 1996, 19; *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2022, § 328 Rn. 174.

⁹⁰ *Stadler*, in: Stürner (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2023, § 328 Rn. 19; *Martiny*, JZ 1996, 19, 20; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 162.

⁹¹ *Ders.*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 162.

⁹² *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 89; *Wolff/Eslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), *BeckOK ZPO*, § 1029 Rn. 14; siehe für die Erstreckung auch auf deliktische Ansprüche *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 80.

⁹³ Dazu etwa ausführlich *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1030 Rn. 1 ff.; siehe auch *Wolff/Eslami*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), *BeckOK ZPO*, § 1030 Rn. 4 f.

⁹⁴ Siehe beispielsweise die Musterschiedsklausel bei *Risse*, in: Gebele/Scholz (Hrsg.), *Beck'sches Formularhandbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2022, Anm. 1–9.

schiedsgerichtliche Kognitionsbefugnis ohne Weiteres auch Rechtsverhältnisse mit Schutzrichtung für einen Dritten umfassen, selbst wenn sich ein Schadenserstattungsanspruch des Dritten aus einem deliktischen Ereignis ergibt.⁹⁵

Für die vorliegende Untersuchung sind zwei Fragen entscheidend: Zum einen die Frage, ob der schutzwürdige Dritte wie ein Begünstigter beim Vertrag zugunsten Dritter ohne seinen Willen an eine Schiedsvereinbarung gebunden werden kann. Zum anderen stellt sich die Frage, ob anders als bei der Zession und beim Vertrag zugunsten Dritter auch die Hauptparteien ohne ihren Willen von dem Dritten vor einem Schiedsgericht in Anspruch genommen werden können. Das käme dann in Betracht, wenn die Schutzwirkung zugunsten des Dritten auf objektiv-rechtlicher Basis entstände und diesem materiell-rechtlichen Schutz die Schiedsbindung auch in umgekehrter Richtung, also zulasten der Hauptparteien, als Annex folgen würde.

I. Schiedsbindung des Dritten ohne seinen Willen

Eine Schiedsbindung in Fällen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte wird zum Teil nicht als eine Möglichkeit der Drittbinding diskutiert.⁹⁶ Teilweise wird eine Schiedsbindung bei diesem Rechtsinstitut auch sehr knapp gemeinsam mit dem Vertrag zugunsten Dritter diskutiert und einheitlich entschieden.⁹⁷ In der Tat sprechen auch weitgehend dieselben Argumente für eine Schiedsbindung des schützenswerten Dritten, sofern er Rechte aus dem drittschützenden Verhältnis geltend macht.⁹⁸ Wie auch beim Vertrag zugunsten Dritter können die Rechte des

⁹⁵ Siehe auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 162.

⁹⁶ So etwa keine Erwähnung bei den Fällen der Dritterstreckung bei *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 70 ff.; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 108 ff.; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 54; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1031 Rn. 18. Etwas unklar ist zudem bei *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 465, ob das Konzept der *third party beneficiaries* auch den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte umfasst, aber wohl eher nicht.

⁹⁷ Etwa *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 20; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 70; OLG Hamburg, Beschluss v. 12.8.2019, 6 Sch 2/19, RdTW 2020, 224 und 225 (dort Rn. 24); Differenzierung jedoch bei *Gebauer*, in: Geimer/Kaassis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 105 f.; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 162; dezidierte Argumentation für die Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch in OGH, Beschluss v. 20.4.2022, 4 Ob 36/21d, 1, 18 ff.

⁹⁸ Insofern wird auf die Argumentation oben in diesem Teil unter B. I. mit der Ausnahme verwiesen, dass die Privatautonomie der Hauptparteien (vgl. § 328 Abs. 2 BGB) nicht für eine Bindung des schutzwürdigen Dritten sprechen kann. Denn die Begünstigung beruht nicht auf der Entscheidung der Hauptparteien, wie sogleich unter II. 1. argumentiert wird.

schützenswerten Dritten nicht weiter gehen als die Ansprüche aus dem Hauptverhältnis.⁹⁹ Zudem ist für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anerkannt, dass den Dritten sogar materielle Haftungsbeschränkungen zu seinen Lasten treffen.¹⁰⁰

Die dogmatischen Wertungen sind damit sehr ähnlich wie beim Vertrag zugunsten Dritter, so dass es konsequent und interessengerecht ist, eine Schiedsbindung des materiell Begünstigten auch beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anzunehmen. Außerdem leitet sich der Anspruch des Dritten aus dem Vertrag der Hauptparteien ab.¹⁰¹ Das spricht dafür, dass die Modalitäten des Hauptvertragsverhältnisses – wie die Schiedsvereinbarung – ebenso für den schutzwürdigen Dritten gelten. Eine Aufspaltung der Zuständigkeit zwischen dem Hauptverhältnis und dem schützenden Verhältnis zum Dritten wäre nicht sinnvoll, wenn aus demselben Ereignis Schäden geltend gemacht werden.¹⁰²

Die schiedsrechtliche Bindung erfolgt somit ohne gesonderte Zustimmung des schutzwürdigen Dritten als Annex zum materiellen Vorteil, sofern er sich entscheidet, seinen Schutzanspruch geltend zu machen. Natürlich bleibt es dem

⁹⁹ Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 162. Seine Einordnung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte als eine Form der ergänzenden Auslegung kann indes nicht überzeugen (dazu noch sogleich in diesem Teil unter C. II. 1.), so dass sich daraus kein zusätzliches überzeugendes Argument für die Bindung des Dritten ableiten lässt. Dazu, dass die Rechte des schutzwürdigen Dritten nicht weiter gehen können als die aus dem Hauptvertrag, zudem etwa BGH, Urteil v. 15.6.1971, VI ZR 262/69, NJW 1971, 1931, 1932; so zuletzt auch explizit OGH, Beschluss v. 20.4.2022, 4 Ob 36/21d, 1, 19, um eine Bindung des Dritten an die Schiedsvereinbarung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu begründen.

¹⁰⁰ Hadding, in: Soergel (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2010, Anhang zu § 328 Rn. 21; Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 163; Stadler, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 328 Rn. 30; aus der Rechtsprechung etwa BGH, Urteil v. 15.6.1971, VI ZR 262/69, NJW 1971, 1931, 1932; zur für den Dritten nachteiligen Mitverschuldensregel BGH, Urteil v. 13.2.1975, VI ZR 92/73, NJW 1975, 867, 869; BGH, Urteil v. 10.11.1994, III ZR 50/94, NJW 1995, 392, 393; aus der Rechtsprechung des OGH jüngst OGH, Beschluss v. 20.4.2022, 4 Ob 36/21d, 1, 19.

¹⁰¹ Vgl. Gebauer, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 105; siehe auch OGH, Beschluss v. 20.4.2022, 4 Ob 36/21d, 1, 19 unter Verweis auf die Ausführungen Geimers zum Vertrag zugunsten Dritter, der Anspruch existiere „von Anfang an nur mit der ‚Einschränkung‘, dass er nicht vor staatlichen Gerichten, sondern ‚nur‘ vor dem Schiedsgericht einklagbar ist.“, Geimer, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1031 Rn. 19.

¹⁰² Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 163. Dieses Argument kann nicht in gleicher Weise für die Schiedsbindung beim Vertrag zugunsten Dritter angeführt werden, da hier mehrere Ansprüche bestehen können, die nicht zwingend vor demselben Gericht zu verhandeln sind. Etwa kann sich im Vertragsverhältnis zwischen den ursprünglichen Parteien ein Gewährleistungsanspruch ergeben, während die Drittbegünstigung eine reine Geldzahlung ist.

schutzwürdigen Dritten aber unbenommen, die zusätzliche vertragliche Schutzmöglichkeit nicht wahrzunehmen und sich stattdessen auf die allgemeinen deliktischen Anspruchsgrundlagen oder etwaige Kompensationen im Innenverhältnis zum Gläubiger zu verlassen.¹⁰³ Auch insofern gilt, dass dem schutzwürdigen Dritten nichts genommen wird, was er ohne den mit der Schiedsbindung behafteten vertraglichen Anspruch hätte.¹⁰⁴

II. Bindung auch der Hauptparteien ohne ihren Willen?

Anders als bei einem Vertrag zugunsten Dritter könnten beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch die Hauptparteien unabhängig von ihrem Willen einer Schiedsbindung im Verhältnis zu dem schutzwürdigen Dritten unterworfen werden. Soweit ersichtlich, wird eine solche Schiedsbindung bisher nicht gesondert diskutiert. Für die willensunabhängige Schiedsbindung auch der Hauptvertragsparteien müssten sie zum einen eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben, die von ihrer objektiven Reichweite das für die Drittschutzwirkung relevante Rechtsverhältnis zwischen sich umfasst.

Zum anderen müsste der materielle Anspruch des schutzwürdigen Dritten auf einem objektiv-rechtlichen Interessenausgleich beruhen. Denn entsteht die materielle Drittschutzwirkung unabhängig von dem Willen der Hauptparteien, scheint es konsequent, dass auch die als Annex folgende Schiedsbindung ohne ihren Willen entsteht. Dann käme es unter Umständen – anders als beim Vertrag zugunsten Dritter – für die Schiedsbindung im Verhältnis zum schutzwürdigen Dritten nicht darauf an, dass ein Wille der Hauptvertragsparteien – insbesondere des Schuldners des Dritten – zu dieser schiedsrechtlichen Drittbindung vorlag. Als Folge könnte sich der Dritte im Falle eines materiellen Anspruchs aus Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auf eine Schiedsvereinbarung zwischen den Hauptparteien berufen, wenn es zu einem Prozess gegen die materiell haftende Hauptpartei kommt.

1. Rechtsnatur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte

Es ist also zu klären, ob sich die Schutzwirkung für den Dritten in materieller Hinsicht aus dem Willen der Hauptvertragsparteien oder aus objektiven Wertungskriterien ergibt. Es kommt mithin auf die Rechtsnatur bzw. die Grundlage dieses Schutzrechts an. Dazu besteht seit langem Streit, der auch im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung nicht gelöst wurde, da keine spezifische gesetzliche Regelung für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte durch den Gesetzgeber

¹⁰³ Ders., Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 163; ebenso OGH, Beschluss v. 20.4.2022, 4 Ob 36/21d, 1, 20.

¹⁰⁴ Siehe auch OGH, Beschluss v. 20.4.2022, 4 Ob 36/21d, 1, 19 f.

geschaffen wurde.¹⁰⁵ Die teilweise als „gleichgültig“¹⁰⁶ bezeichnete Differenzierung hinsichtlich der Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ist für die Schiedsbindung von zentraler Bedeutung.¹⁰⁷

a) Ergänzende Vertragsauslegung als Grundlage der Schutzwirkung für den Dritten

Von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur wird die Rechtsgrundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte in einer ergänzenden Vertragsauslegung gesehen.¹⁰⁸ Bei einer ergänzenden Auslegung orientiert an § 157 BGB als Grundlage für den Drittschutz muss ein hypothetischer Wille der Vertragsparteien zu ermitteln sein, dem Dritten eine schützende Wirkung zukommen zu lassen.¹⁰⁹ Für die ergänzende Auslegung als Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für

¹⁰⁵ Zum Teil wird diskutiert, ob durch § 311 Abs. 3 BGB eine spezifische Regelung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte erfolgt ist, siehe *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 2023, § 33 Rn. 6; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 2021, § 64 Rn. 7 „gewisse Anerkennung durch den Gesetzgeber“. Die besseren Argumente sprechen allerdings dagegen, zumal ein Regelungswille des Gesetzgebers in diese Richtung nicht erkennbar geworden ist, BT-Drs. 14/6040, S. 163; siehe auch *Gottwald*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker* u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 171; *Mäsch*, in: *Gsell/Krüger/Lorenz* u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 166; *Stadler*, in: *Stürner* (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 328 Rn. 21; zur Nichtregelung nach altem Recht *Martiny*, JZ 1996, 19, 20.

¹⁰⁶ BGH, Urteil v. 11.1.1977, VI ZR 261/75, NJW 1977, 2073, 2074; siehe auch *Henckel*, AcP 1960/1961, 106, 122; teilweise auch als ein Streit „rein akademischer Natur“ bezeichnet, siehe bei *Zenner*, NJW 2009, 1030, 1030.

¹⁰⁷ Vgl. auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 162 f., der jedoch der Ansicht der Rechtsprechung folgt und die dogmatische Grundlage der ergänzenden Auslegung als ein Argument für die Bindung des Dritten anführt. Siehe zu der Differenzierung zwischen willentlicher und objektiv-normativer Bindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch *Gottwald*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker* u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 171; *Mäsch*, in: *Gsell/Krüger/Lorenz* u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 162 f.

¹⁰⁸ So die ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGH, Urteil v. 15.6.1971, VI ZR 262/69, NJW 1971, 1931, 1932; BGH, Urteil v. 26.6.2001, X ZR 231/99, NJW 2001, 3115, 3116; BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3036; BGH, Urteil v. 10.12.2015, IX ZR 56/15, NZG 2016, 238, 240; BGH, Urteil v. 7.12.2017, VII ZR 204/14, NJW 2018, 1537, 1538 Rn. 16; erläuternd zu dieser Rechtsprechung *Zugehör*, NJW 2000, 1601, 1603; der Rechtsprechung folgend *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1169; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 162; offen *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 2023, § 33 Rn. 6; kritisch zu dieser Rechtsprechung etwa *Martiny*, JZ 1996, 19, 21; *Höhnel/Kühne*, JuS 2012, 1063; ferner zur Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte im arzt haftungsrechtlichen Kontext *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2007, 964.

¹⁰⁹ BGH, Urteil v. 10.12.2015, IX ZR 56/15, NZG 2016, 238, 240; vgl. auch *Dahm*, Die dogmatischen Grundlagen und tatbestandlichen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, 1988, 78 ff.; *ders.*, JZ 1992, 1167, 1169 f.; a. A. *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 192, der bei der ergänzenden Auslegung nicht auf den hypothetischen Willen der Parteien abstellt.

Dritte spricht, dass es um eine Erstreckung der vertraglichen Rechte auf einen Dritten geht. Daher scheint es naheliegend, von einem willensbasierten Schutz auszugehen. Zudem bietet die ergänzende Auslegung flexible Möglichkeiten, im Einzelfall einen Drittschutz anzunehmen, ohne sich mit Problemen der Privatautonomie auseinandersetzen zu müssen.¹¹⁰

Eine drittschützende Wirkung wurde in der Rechtsprechung beispielsweise angenommen, wenn mehrere verbundene Unternehmen einheitlich eine Beratung erhalten, der zugrundeliegende Beratervertrag aber formell nur zwischen dem Berater und einem der Unternehmen abgeschlossen wurde.¹¹¹ Nach der Entscheidung kann bei der Berechnung etwaiger Schäden eines Gruppenunternehmens eine Gesamtbetrachtung der Vermögenslage unter Hinzuziehung des Vermögens eines anderen Unternehmens vorgenommen werden.¹¹² Das weitere Gruppenunternehmen hat somit einen vertraglichen Schadensersatzanspruch erhalten, obwohl es nicht selbst Vertragspartner des Beratungsunternehmens war. In dem angeführten Fall stellte der BGH explizit auf den Willen der Parteien ab, dem Dritten eine schützende Wirkung des Vertrags zukommen zu lassen, und nahm einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte an.¹¹³

Eine eigene Fallgruppe, in der ein Drittschutzwille angenommen wird, ist bei staatlich anerkannter Sachkunde eines Gutachters.¹¹⁴ Sofern der vereinbarte Gutachtauftrag erkennen lässt, dass die Leistung des Schuldners auch für Dritte in wesentlichem Maße relevant ist und sie mit ihr in Berührung kommen, kann das dafür sprechen, dass die Parteien zumindest hypothetisch diesen Dritten gewisse Schutzpflichten hätten zukommen lassen wollen.¹¹⁵ Ambivalenzen müssen hier aber zulasten eines Drittschutzes gehen.¹¹⁶ Daher bedarf es in der Regel weiterer Anhaltspunkte, um von einem Drittschutzwillen auszugehen. So kann neben den genannten Kriterien eine Vielzahl an Indizien für einen hypothetischen Drittbegünstigungswillen sprechen, wie auch die Diskussion um die ergänzende Auslegung bereits gezeigt hat.¹¹⁷

¹¹⁰ Vgl. auch schon oben im 3. Teil unter C. I. und II. 1. sowie unter E. II.

¹¹¹ BGH, Urteil v. 10.12.2015, IX ZR 56/15, NZG 2016, 238, 239; siehe zu Gutachterfällen als praxisrelevantes Beispiel allgemeiner auch *Westermann*, AcP 2008, 141, 154.

¹¹² BGH, Urteil v. 10.12.2015, IX ZR 56/15, NZG 2016, 238, 238 f.

¹¹³ BGH, Urteil v. 10.12.2015, IX ZR 56/15, NZG 2016, 238, 240; ein anderes Beispiel, in dem explizit auf einen rechtsgeschäftlichen Willen abgestellt wird, für den aber keine ausreichenden Anhaltspunkte vorliegen, findet sich in BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3036.

¹¹⁴ BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3036; BGH, Urteil v. 7.12.2017, VII ZR 204/14, NJW 2018, 1537, 1538 Rn. 17.

¹¹⁵ BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3037.

¹¹⁶ BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3037.

¹¹⁷ Oben im 3. Teil unter C. I. und II.

b) Mangelnde Feststellung eines Parteiwillens in der Rechtsprechung

Praktikabilitätserwägungen, die bloße Deklaration als willensgetragener Ansatz oder die Bezeichnung als „Vertrag“ mit Schutzwirkung für einen Dritten können jedoch nicht ausreichen, um die damit einhergehende Ausnahme von dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse hinreichend zu rechtfertigen. Folgt man dem Ansatz der ergänzenden Auslegung, muss stattdessen ein hypothetischer Parteiwille im Einzelfall festgestellt werden. Gerade die Erforschung dieses Willens wird aber in der Rechtsprechung nicht konsequent vorgenommen.¹¹⁸ Stattdessen stellt sie mitunter abstraktere Abwägungen zur Schutzwürdigkeit des Dritten an und subsumiert nicht unter die etablierten Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte.¹¹⁹ Wird jedoch kein (hypothetischer) Drittbegünstigungswille festgestellt,¹²⁰ handelt es sich nicht um eine willensbasierte Begünstigung des Dritten.¹²¹

Manche Beispiele aus der Rechtsprechung stärken daher bei genauer Betrachtung den dogmatischen Ansatz einer objektiv-normativen Erweiterung des personellen Schutzzumfangs des jeweiligen Vertrags anstelle einer subjektiv-willensgetragenen Erweiterung. In einer Entscheidung stellte der BGH fest, dass in den Schutzbereich eines Beratungsvertrags zwischen einer Gesellschaft und einem Berater auch die Gesellschafter einbezogen werden können.¹²² Dabei stellte der BGH jedoch nicht auf den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien (Gesellschaft und Berater) ab, die Dritten (Gesellschafter) ebenfalls zu schützen. Stattdessen war der Vertragsgegenstand, vor bestimmten rechtlichen Gefahren durch Beratung zu schützen, das entscheidende Argument für die Bindung: Der zu schützende Personenkreis wurde so bestimmt, dass der bezweckte Schutz möglichst effektiv erreicht werden konnte.¹²³ Demnach kann der Regelungsgegenstand eines Vertrags bzw. der Vertragszweck als objektives Merkmal das ent-

¹¹⁸ Beispiele der Rechtsprechung, in denen nicht konsequent ein solcher Wille festgestellt wird, sind BGH, Urteil v. 13.2.1975, VI ZR 92/73, NJW 1975, 867, 868 ff.; unklar etwa auch BGH, Urteil v. 2.7.1996, X ZR 104/94, ZIP 1996, 1664, 1666. Zu derselben Einschätzung der Rechtsprechung wie hier auch *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 170 und bereits eingehend *Picker*, in: Beuthin/Fuchs/Roth u. a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 401 ff., 410 ff. sowie *Plötner*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 73.

¹¹⁹ Etwa BGH, Urteil v. 14.11.2006, VI ZR 48/06, NJW 2007, 989, 991; dazu kritisch auch *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2007, 964, 965; zu dieser Entscheidung auch noch unten in diesem Unterabschnitt; zu den Voraussetzungen im Einzelnen noch in diesem Teil unter C. III.

¹²⁰ Siehe zu solchen Fällen auch *Plötner*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 73.

¹²¹ Vgl. auch *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u. a. (Hrsg.), BeckOGK – BGB, 1.10.2022, § 328 Rn. 164.1 f.

¹²² BGH, Urteil v. 2.12.1999, IX ZR 415/98, NJW 2000, 725, 727; *Stadler*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 328 Rn. 36.

¹²³ BGH, Urteil v. 2.12.1999, IX ZR 415/98, NJW 2000, 725, 727.

scheidende Indiz für einen hypothetischen Willen hinsichtlich des subjektiven Schutzzumfangs sein.¹²⁴

Im konkreten Fall sollte die vertraglich vereinbarte Beratung der Gesellschaft Gefahren bei der Kapitalerhöhung abwenden.¹²⁵ Bei Kapitalerhöhungen besteht vor allem die Gefahr doppelter Zahlungen, wenn eine verdeckte Sacheinlage erbracht wird.¹²⁶ Auf diese allgemeine Gefahr muss durch einen Rechtsberater grundsätzlich hingewiesen werden.¹²⁷ Es fragt sich, ob der Zweck, die Gesellschaft vor den Risiken einer verdeckten Sacheinlage zu schützen, nur erreicht werden kann, wenn auch die Gesellschafter vor einer Doppelzahlung gewarnt würden. Denn nur, wenn der Schutz der Gesellschafter eine notwendige Bedingung zum Erreichen des Vertragszwecks (Schutz der Gesellschaft) ist, wird man davon ausgehen können, dass die Vertragsparteien diesen Drittschutz gewollt haben.

Indes ist der Schutz der Gesellschaft nicht von der Doppelerbringung der Einlage abhängig. Dadurch, dass die verdeckte Sacheinlage anfangs erbracht ist, ist sie im Gesellschaftsvermögen vorhanden. Der Schutz vor der doppelten Einlage kommt daher lediglich den Gesellschaftern zugute. Da der Gesellschafterschutz mithin keine notwendige Bedingung für den Gesellschafterschutz ist, welcher aber Vertragsgegenstand war, kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Parteien auch den Gesellschafterschutz gewollt haben oder hätten.

Dass gleichwohl ein Drittschutz (hier der Gesellschafter) sinnvoll bzw. wertungsmäßig wünschenswert ist, kann jedoch in den meisten Fällen nicht überzeugend auf den hypothetischen Willen der Vertragsparteien gestützt werden. Denn die bloße Nützlichkeit des Drittschutzes für den Dritten (hier der Gesellschafter) als eine dem Gläubiger (der Gesellschaft) nahestehende Person kann kein Indiz für den *übereinstimmenden* Willen der Parteien hinsichtlich eines Drittschutzes sein. Dem entgegen steht nämlich die plausiblere Annahme, dass der Schuldner den Kreis der potenziellen Schadensersatzanspruchsberechtigten möglichst klein halten will.¹²⁸ Trotz der gegenläufigen Interessen der Vertrags-

¹²⁴ Siehe auch schon BGH, Urteil v. 20.3.1995, II ZR 205/94, NJW 1995, 1739, 1747; ebenso BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3037; ferner BGH, Urteil v. 14.11.2006, VI ZR 48/06, NJW 2007, 989, 991.

¹²⁵ BGH, Urteil v. 2.12.1999, IX ZR 415/98, NJW 2000, 725.

¹²⁶ *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 14 Rn. 43; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 29 Rn. 24. Seit 2008 hält § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG und seit 2009 § 27 Abs. 3 S. 1 AktG das weitere Bestehen der Einlageverpflichtung für die Gesellschafter der GmbH und die Aktionäre der Aktiengesellschaft auch ausdrücklich fest. Gleichzeitig sind die Folgen bei Verstößen gegen die Einlagevorschriften deutlich milder ausgestaltet worden, *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 14 Rn. 43; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 29 Rn. 24.

¹²⁷ BGH, Urteil v. 2.12.1999, IX ZR 415/98, NJW 2000, 725, 726.

¹²⁸ *Picker*, in: Beuthin/Fuchs/Roth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 402; vgl. auch *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar

parteien hinsichtlich des Drittschutzes hat die Rechtsprechung teilweise aber einen Dritteinbezug angenommen.¹²⁹ Es wird deutlich, dass auch die Rechtsprechung nicht konsequent auf den Willen der Parteien und mithin nicht auf eine Freiwilligkeit hinsichtlich des Drittschutzes abstellt.¹³⁰

Auch im Bereich des Arzthaftungsrechts zeigt sich in der Rechtsprechung, dass es auf einen Willen der Vertragsparteien für den Drittschutz tatsächlich nicht ankommt. Wenn der BGH den Drittschutz eines Behandlungsvertrags hinsichtlich eines Kontrazeptivums auf alle unterhaltsverpflichtete potenzielle Väter eines ungeplant gezeugten Kindes der Patientin erweitert,¹³¹ wird kaum ein hypothetischer Wille des Arztes zu der Haftungserweiterung plausibel anzunehmen sein.¹³² Selbst wenn der Vertragszweck ausdrücklich die wirtschaftlich planbare Familiengestaltung ist, kann nur mit Mühe von einer freiwilligen Haftung des Arztes gegenüber den potenziell Unterhaltsverpflichteten ausgegangen werden.¹³³ Eine solche Erweiterung des personellen Schutzbereichs eines Vertrags ist daher plausibel nur als objektiv-rechtliche Erweiterung der Haftung anzunehmen und nicht als parteiautonome Entscheidung.

c) Willensunabhängige Schutzwirkung für den Dritten nach objektiven Wertungsgesichtspunkten

Im Ergebnis wird der Drittschutz in den meisten Fällen der Rechtsprechung jedoch als interessengerecht wahrgenommen und findet auch entsprechende Zustimmung in der Literatur.¹³⁴ Allerdings soll die Rechtsgrundlage der Schutzwirkung für Dritte keine ergänzende Auslegung sein.¹³⁵ Stattdessen werden vor allem

zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 171; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 114 ist grundsätzlich skeptisch gegenüber der Annahme, im Rahmen der Privatautonomie könne ohne weiteres ein Parteiwille zum Drittschutz angenommen werden.

¹²⁹ BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3036; siehe auch *Ebke*, JZ 1998, 991, 993.

¹³⁰ *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 192; *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 171; *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 164.1; *Plötner*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 73; *Westermann*, AcP 2008, 141, 155.

¹³¹ BGH, Urteil v. 14.11.2006, VI ZR 48/06, NJW 2007, 989, 991; dazu auch *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2007, 964, 967.

¹³² *Westermann*, AcP 2008, 141, 155.

¹³³ Vgl. BGH, Urteil v. 14.11.2006, VI ZR 48/06, NJW 2007, 989, 991, der insofern auch nicht auf die Freiwilligkeit des Arztes abstellt; zur rein wirtschaftlichen Betrachtung der Familienplanung auch *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2007, 964, 967.

¹³⁴ So auch *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 192; *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 162; *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2007, 964 f. m. w. N.; vgl. auch *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 2023, § 33 Rn. 6.

¹³⁵ *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 191; *Canaris*, JZ 1965, 475, 477 f.; *Ebke*, JZ 1998, 991, 993; *Martiny*, JZ 1996, 19, 21; *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (Ge-

eine richterliche Rechtsfortbildung¹³⁶ bzw. Gewohnheitsrecht oder der Grundsatz von Treu und Glauben¹³⁷ – teilweise jeweils gestützt auf die Generalklauseln § 241 Abs. 2 BGB und § 242 BGB¹³⁸ – als Grundlage der Drittschutzwirkung angeführt. Teilweise wird auch eine Analogie zu § 328 BGB diskutiert,¹³⁹ § 311 Abs. 3 BGB herangezogen¹⁴⁰ oder auf das Sozialstaatsprinzip¹⁴¹ abgestellt. Alle diese Ansichten stützen die Schutzwirkung zugunsten des Dritten damit letztlich auf objektive Maßstäbe als Korrektiv der unzureichenden Regelung. Ohne eine finale Entscheidung zwischen diesen Ansichten treffen zu müssen, zeigt sich, dass die Gegenansicht zur Rechtsprechung objektiv-rechtlich fundiert ist und nicht auf einen (hypothetischen) Parteiwillen abstellt.

Im Kern spricht gegen die ergänzende Auslegung als Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, dass der (hypothetische) Wille zum Drittschutz in vielen Fällen nicht verlässlich ermittelt werden kann.¹⁴² Rechtssicherheit kann durch diesen Ansatz kaum geschaffen werden. Die Argumente, die auch schon gegen eine allgemeine Drittbindung im Wege der ergänzenden Auslegung sprachen, finden hier im Grunde ebenso Beachtung.¹⁴³ So ist eine ergänzende Auslegung immer nur dann möglich, wenn im vertraglich beabsichtigten Regelungs-

samtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 165 und 167; *Plötner*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 72 f.; *Schmidt*, AcP 1978, 98, 103; *Stadler*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 328 Rn. 21; explizit offenlassend BGH, Urteil v. 15.6.1971, VI ZR 262/69, NJW 1971, 1931, 1932; unklar BGH, Urteil v. 2.7.1996, X ZR 104/94, ZIP 1996, 1664, 1666.

¹³⁶ *Canaris*, JZ 1965, 475, 478; *Martiny*, JZ 1996, 19, 21; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 145; *Westermann*, AcP 2008, 141, 154; dagegen *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1169.

¹³⁷ *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 167; siehe auch bei *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 158; gegen eine Haftungserweiterung über den Grundsatz von Treu und Glauben *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 2021, § 64 Rn. 7.

¹³⁸ *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 167; zurückhaltend bei der Anwendung von § 242 BGB in diesem Kontext *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 160.

¹³⁹ Dagegen *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 163; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 2021, § 64 Rn. 7.

¹⁴⁰ Siehe *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 2023, § 33 Rn. 6; ähnlich *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 2021, § 64 Rn. 7 „gewisse Anerkennung durch den Gesetzgeber“; dagegen *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 166.

¹⁴¹ *Neuner*, JZ 1999, 126, 127 f.; zumindest ergänzend auch auf dieses Prinzip abstellend *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 167.

¹⁴² Einen erkennbaren Drittschutzwillen für die meisten Drittschutzfälle der Rechtsprechung generell verneinend *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 119; ähnlich auch *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 164.1 f.

¹⁴³ Siehe dazu oben im 3. Teil unter C. II. 1.

bereich tatsächlich eine Lücke hinsichtlich eines Dritteinbezugs besteht.¹⁴⁴ Eine solche Lücke liegt nur vor, wenn die Parteien grundsätzlich eine Regelung zum Drittschutz hätten treffen wollen, das aber schlicht vergessen haben. Im Einzelfall kann es natürlich sein, dass die Parteien unfreiwillig keine konkrete Ausgestaltung eines Drittschutzes vorgenommen haben.¹⁴⁵ Haben sie das aber nicht getan, obwohl sie die Möglichkeit gehabt hätten, spricht das im Ausgangspunkt gegen einen hypothetischen Willen zum Drittschutz.¹⁴⁶

Außerdem ist wegen der in der Regel gegenläufigen Interessen hinsichtlich des Haftungsumfangs zunächst plausibel davon auszugehen, dass kein Drittschutz vereinbart worden wäre.¹⁴⁷ Insbesondere, wenn der Drittschutz nur für eine Partei nützlich, aber nicht für die vertragliche Zweckerreichung beider Parteien notwendig ist, wird man nicht von einem übereinstimmenden hypothetischen Willen zum Drittschutz ausgehen können.¹⁴⁸ Denn im Zweifel wollen die Parteien nur ihre eigenen Interessen durchsetzen und ihre Haftung gerade nicht zugunsten Dritter erweitern.¹⁴⁹ Die Frage, ob und wann ein solcher Drittschutz für das Erreichen des Vertragszwecks wirklich nötig und nicht nur förderlich ist, kann zudem nur selten mit Sicherheit beantwortet werden. Die bloße Möglichkeit, dass die Parteien auch einen Drittschutz gewollt haben könnten, kann daher nicht ausreichen.¹⁵⁰ Andernfalls besteht stets die Gefahr einer Unterstellung.¹⁵¹ Eine

¹⁴⁴ *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1169; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 136 spricht hier – wohl anknüpfend an *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1169 – von einem „Regelungsplan“ der Parteien; siehe dazu auch oben im 2. Teil unter C. I.

¹⁴⁵ *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 191; *Gottwald*, in: Sacker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 171; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 114; *Westermann*, AcP 2008, 141, 153.

¹⁴⁶ Vgl. auch *Ebke*, JZ 1998, 991, 995.

¹⁴⁷ So auch eingehend *Picker*, in: Beuthin/Fuchs/Roth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 402 ff.; *Plömer*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 73.

¹⁴⁸ Zum Vertragszweck als Aspekt bei der Ermittlung eines Drittschutzes BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035; siehe auch schon oben in diesem Teil unter C. II. 1. b).

¹⁴⁹ *Ebke*, JZ 1998, 991, 993; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 130 und S. 140; siehe auch *Picker*, in: Beuthin/Fuchs/Roth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 402 ff.

¹⁵⁰ *Plömer*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 73; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 121.

¹⁵¹ *Ebke*, JZ 1998, 991, 993; *Gottwald*, in: Sacker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 167; *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 164.1 f.; *Larenz*, NJW 1956, 1194 schrieb schon von einer „Fiktion“; ebenso *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 191; *Martiny*, JZ 1996, 19, 21; *Zenner*, NJW 2009, 1030, 1034; mit deutlichen Worten gegen einen „spekulativ[en]“ Willen durch ergänzende Auslegung in diesem Bereich auch *Plömer*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Ex-

solche Unterstellung ist aber zur Wahrung der Privatautonomie zu vermeiden.¹⁵² In den meisten Fällen wird eine ergänzende Auslegung daher nicht zu einem Dritteinbezug führen.¹⁵³

Zudem spricht gegen den Ansatz der Rechtsprechung, dass dadurch einige Fälle nicht erfasst werden, in denen Drittschutz aber interessengerecht erscheint. Wenn der Hauptvertrag etwa nichtig ist, können über eine ergänzende Auslegung dieses Vertrags keine Schutzpflichten für den Dritten entstehen.¹⁵⁴ Ebenso spricht die Erweiterung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte auf den vorvertraglichen Bereich (vgl. § 311 Abs. 2 BGB) für eine objektiv-normative gesetzliche Haftung¹⁵⁵ und nicht für eine auf dem Parteiwillen beruhende subjektive Haftungserweiterung.¹⁵⁶ In diesem Bereich ist es nicht der Wille der Parteien, sondern des Gesetzgebers, der zu einer Haftungserweiterung auch auf Dritte führt.¹⁵⁷

Zuletzt spricht die Nähe zum Deliktsrecht für eine objektiv-rechtliche Einordnung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte.¹⁵⁸ Obwohl der Dritte selbst keinen Vertrag abgeschlossen hat und ihm folglich vertragliche Ansprüche nicht zustehen, soll er Kompensation erhalten, wenn er in einer seiner Rechtspositionen geschädigt wurde.¹⁵⁹ Im allgemeinen Deliktsrecht werden jedoch keine reinen Vermögensschäden ersetzt.¹⁶⁰ Zudem besteht dort insbesondere wegen der Exkulpationsmöglichkeit bzw. dem nachzuweisenden Verschulden eine Schutz-

pertenhaftung, 2003, S. 73; vgl. auch *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 114.

¹⁵² Siehe zum Zusammenhang zwischen der dogmatischen Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und der Privatautonomie *Plötner*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 72 f.; vgl. auch schon oben im 3. Teil unter C. I. und II.

¹⁵³ *Ebke*, JZ 1998, 991, 993; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 144; *Westermann*, AcP 2008, 141, 153.

¹⁵⁴ *Canaris*, JZ 1965, 475, 478; *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 193.

¹⁵⁵ Ausführlich zum Drittschutz im vorvertraglichen Bereich *Dahm*, Die dogmatischen Grundlagen und tatbestandlichen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, 1988, 101 ff.

¹⁵⁶ *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 192; ebenso *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1168 und 1171; ebenso *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 165; *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 176 und 178.

¹⁵⁷ *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 165.

¹⁵⁸ Vgl. *Gebauer*, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO, 2015, S. 105; *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2007, 964, 966.

¹⁵⁹ *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 161; vgl. auch *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 187; *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 166; *Plötner*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 64 und 72.

¹⁶⁰ *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 161.

lücke. Diese gilt es auszugleichen, was aber eine objektive Wertung der Rechtsordnung bzw. der Rechtsanwender in Gestalt der Gerichte und keine parteiautonome Entscheidung ist.¹⁶¹ Der „Umweg“ über einen vermeintlichen Parteiwillen stellt hier vielmehr eine Fiktion dar.

d) Zwischenergebnis

Die Rechtsprechung und Teile der Literatur gehen von einer ergänzenden Auslegung als Grundlage für einen Vertrag zugunsten Dritter aus. Dabei sind die Fälle der Rechtsprechung aber keineswegs einheitlich und konsequent. Teilweise wird explizit auf den Parteiwillen abgestellt, um eine drittschützende Haftungserweiterung zu erreichen (siehe oben unter II. 1. a) in diesem Kapitel). Zum Teil finden sich auch plausible Anhaltspunkte, um zwar nicht von einem Vertrag zugunsten Dritter, aber doch von einem hypothetischen Willen zum Schutz der Dritten auszugehen. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Vertragszweck nicht sinnvoll erreicht werden kann, ohne dass auch der Drittschutz erfolgt.

In manchen Fällen wird allerdings – wie gesehen – nur vordergründig auf einen hypothetischen Parteiwillen abgestellt, der jedoch nicht nachgewiesen wird. In diesen Fällen läuft die ergänzende Auslegung besonders Gefahr, zu einer Unterstellung zu führen und damit im Konflikt mit der Privatautonomie zu stehen. Zuletzt stellt die Rechtsprechung vereinzelt auch gar nicht auf den Parteiwillen ab, sondern stellt allgemeinere Erwägungen an, um zu einer drittschützenden Wirkung zu kommen. Somit stützt auch die Rechtsprechung den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nicht konsequent auf eine ergänzende Auslegung.¹⁶²

Gleichzeitig sprechen auch die besseren dogmatischen und wertungsmäßigen Argumente für einen Drittschutz im Wege einer objektiv-rechtlichen Haftungserweiterung. Neben der allgemeinen Kritik an der ergänzenden Auslegung¹⁶³ sind hier die Nähe zum Deliktsrecht und die Möglichkeit eines umfassenderen Drittschutzes bei einem objektiv-rechtlichen Ansatz zu erwähnen. In den meisten Situationen ist es außerdem naheliegender, dass die Vertragsparteien keine Haftungserweiterung wünschen, sondern im Gegenteil ihre Haftung beschränken wollen. Anstelle einer ergänzenden Auslegung ist daher von einer objektiv-rechtlichen Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte auszugehen.¹⁶⁴

¹⁶¹ So zum Beispiel der Expertenhaftung auch *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 217. Beachte, dass die Expertenhaftung teilweise nicht über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte begründet wird.

¹⁶² Siehe oben in diesem Teil unter C. II. 1. b).

¹⁶³ Siehe dazu schon oben im 3. Teil unter C. II. 1.

¹⁶⁴ *Schmidt*, AcP 1978, 98, 103; *Ebke*, JZ 1998, 991, 993; *Canaris*, JZ 1965, 475, 477 f.; *Martiny*, JZ 1996, 19, 20 spricht insoweit von einer fremdbestimmten „Schließung von Haftungslücken“.

2. Trotz willensunabhängiger materieller Haftung
keine willensunabhängige Schiedsbindung der Hauptpartei

Damit spricht die Rechtsnatur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte dafür, dass eine Schiedsbindung zwischen der materiell haftenden Hauptpartei und dem schutzwürdigen Dritten auch ohne den Willen der haftenden Hauptpartei als Annex zum materiell-rechtlichen Anspruch¹⁶⁵ entsteht. In diesem Punkt unterscheidet sich die Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte von derjenigen beim Vertrag zugunsten Dritter und der Zession. Denn in diesen beiden letztgenannten Fällen entsteht die Schiedsbindung nur einseitig unfreiwillig – nämlich bloß ohne den Willen des Zessionars¹⁶⁶ bzw. des Begünstigten,¹⁶⁷ während die Hauptparteien in diesen Fällen bei Abschluss der Schiedsvereinbarung vor Entstehung der Streitigkeit bzw. bei Abschluss des Hauptvertrags wählen können, ob sich die Schiedsvereinbarung auch auf einen Dritten (Zessionar oder Begünstigten) erstrecken soll.

Jedoch ist der Umstand, dass die materiell-rechtliche Drittschutzwirkung unabhängig vom Willen der Hauptparteien eintritt, nur ein Argument für eine schiedsrechtliche Annexbindung des Schuldners gegenüber dem schutzwürdigen Dritten. Zusätzlich müssten auch die überwiegenden Interessen dafür sprechen, dass sich der schützenswerte Dritte auf eine Schiedsvereinbarung zwischen den Hauptparteien berufen kann. An diesem Punkt wird die unfreiwillige Schiedsbindung der materiell haftenden Hauptpartei gegenüber dem Dritten in den meisten Fällen scheitern. Denn während der Schuldner gegenüber dem Dritten ein schützenswertes Interesse an einem staatlichen Gerichtsverfahren haben kann,¹⁶⁸ ist ein schützenswertes Interesse des Dritten an einem Schiedsverfahren mit der materiell haftenden Hauptpartei kaum zu begründen.

Bei dem Dritten kann nämlich ohne hinreichende Anhaltspunkte nicht abstrakt davon ausgegangen werden, dass er auf eine Schiedsbindung im Verhältnis zu den Hauptparteien vertraut hat. Selbst wenn er von der Schiedsvereinbarung zwischen den Hauptparteien wusste, ist bei ihm kein schützenswertes Interesse erkennbar, das eine Schiedsbindung zulasten der materiell haftenden Hauptpartei rechtfertigt. Viel mehr kommt dem Dritten bereits die materiell-rechtliche Privilegierung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte zugute, so dass eine Schiedsbindung ohne den Willen der ihm gegenüber haftenden Hauptpartei zu weit gehen würde. Wünschen hingegen sowohl der Dritte als auch der Schuldner eine Schiedsbindung auch im Verhältnis zwischen sich, können sie das *ad hoc* ohne Weiteres vereinbaren.

¹⁶⁵ Siehe dazu beim Vertrag zugunsten Dritter oben in diesem Teil unter B. I.

¹⁶⁶ Siehe dazu oben in diesem Teil unter A. I.

¹⁶⁷ Siehe dazu oben in diesem Teil unter B. I.

¹⁶⁸ Ohne gegenteilige Anhaltspunkte ist jeder Partei zunächst der staatliche Rechtsweg zuzugestehen, was verfassungsrechtlich auch über den allgemeinen Justizgewährungsanspruch gesichert ist, siehe dazu auch noch unten im 6. Teil unter B. II.

III. Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte in Konstellationen mit Gruppenunternehmen

Zur Konkretisierung und Beschränkung eines Drittschutzes müssen bestimmte Kriterien erfüllt sein. Im nächsten Schritt sollen die anerkannten Voraussetzungen¹⁶⁹ des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte beispielhaft auf Situationen mit Gruppenunternehmen angewandt werden. Die Voraussetzungen sind: Leistungsnähe des Dritten, Gläubigerinteresse an der Einbeziehung des Dritten, Erkennbarkeit für den Schuldner und der Mangel eines eigenen Anspruchs beim Dritten.¹⁷⁰

Im Ausgangspunkt sind die gesellschaftsrechtlichen Konstellationen oftmals ähnlich zu solchen, in denen ein Vertrag zugunsten Dritter häufig vorkommt.¹⁷¹ Um bei dem Beispiel eines größeren Bauprojekts zu bleiben, ist denkbar, dass eine Obergesellschaft als Auftraggeberin mit einem Drittunternehmen einen Vertrag für einen Teil eines Baus abschließen will. Die von etwaigen Tochterunternehmen erstellten und für den Bau notwendigen Gutachten können im Einzelfall von dem Mutterunternehmen in Auftrag gegeben worden sein, aber auch wesentliche Bedeutung für den beauftragten Dritten haben.¹⁷² Wenn in einer solchen Situation der Dritte kein eigenes vertragliches Forderungsrecht hat und deliktische Ansprüche ebenfalls nicht vorliegen, können ihm unter Umständen gleichwohl – objektiv-rechtlich begründete – Schutzpflichten zugutekommen.

1. Leistungsnähe des Dritten

Damit das Haftungskonzept des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte nicht zu konträr zur Relativität der Schuldverhältnisse steht, soll eine unbegrenzte Ausweitung des schützenswerten Personenkreises verhindert werden.¹⁷³ Daher muss der Dritte typischerweise mit dem Anspruch bzw. der Leistung des Hauptschuldverhältnisses in Berührung kommen.¹⁷⁴ Gerade im Bereich von Unternehmensgruppen, die arbeitsteilig vorgehen, liegt diese Voraussetzung häufig vor. Die

¹⁶⁹ Diese Voraussetzungen sind trotz des Streits um die Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte allgemein anerkannt, siehe nur etwa *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 167.1; *Stadler*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 328 Rn. 23 ff., jeweils m. w. N.

¹⁷⁰ *Westermann*, AcP 2008, 141, 154; *Martiny*, JZ 1996, 19, 21; zur Schutzwürdigkeit mangels eigenen Anspruchs sowie zur Erkennbarkeit und zum Gläubigerinteresse siehe auch *Stadler*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 328 Rn. 25 und BGH, Urteil v. 11.1.1977, VI ZR 261/75, NJW 1977, 2073, 2074.

¹⁷¹ Siehe oben in diesem Teil unter C.

¹⁷² Vgl. insofern oben in diesem Teil unter C. II.

¹⁷³ BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3037.

¹⁷⁴ *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 193; *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1168; *Gottwald*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 328 Rn. 177; *Martiny*, JZ 1996, 19, 21; vgl. auch BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3038 f.

bereits angesprochenen Gutachter- oder Expertenverträge, die eine Schutzwirkung für Dritte entfalten können, sind im Bereich von größeren Bauvorhaben geläufig.¹⁷⁵ Hier kann anstelle eines eigenen Leistungsanspruchs des Dritten auch nur eine Schutzwirkung zu seinen Gunsten in Betracht kommen. Etwa kann ein Subunternehmen einer Gruppe bestimmungsgemäß in einer Leistungsnähe zum Hauptschuldverhältnis stehen, wenn es zwar selbst nicht der forderungsberechtigte Empfänger dieses Gutachtens sein soll, sich aber auf die Auskünfte und darauf beruhende Vorarbeiten verlässt. Letztendlich kommt es jeweils auf den Einzelfall an, so dass hier keine abschließende Fallanalyse vorgenommen werden kann.

2. Gläubigerinteresse/Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem

Um die Drittschutzwirkung einzuschränken, hat die Rechtsprechung schon früh das Kriterium des Gläubigerinteresses entwickelt.¹⁷⁶ Allerdings ist seit einigen Jahren schon eine Abkehr von dem Kriterium des Gläubigerinteresses zu verzeichnen.¹⁷⁷ So hat die Rechtsprechung trotz offensichtlich gegenläufiger Interessen von Gläubiger und Drittem insbesondere in Gutachterfällen gleichwohl die Drittschutzwirkung angenommen.¹⁷⁸ Das Kriterium spielt nach seinem ursprünglichen Verständnis daher keine große Rolle mehr,¹⁷⁹ auch wenn es immer wieder als eine der Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte genannt wird. Gleichwohl dient dieses Kriterium dazu, Situationen mit nicht besonders schützenswerten Dritten auszuschließen.¹⁸⁰

Zur Konkretisierung dieses Kriteriums können Art und Wahrscheinlichkeit sowie das Ausmaß der potenziellen Schäden beim Dritten neben seinem Verhältnis zu den Vertragsparteien eine Rolle spielen.¹⁸¹ Primär soll ein schützenswerter Dritter derart mit dem Gläubiger verbunden sein, dass der Gläubiger ein Interesse hat, den Dritten zu schützen.¹⁸² Ein solches Interesse liegt häufig in Fällen vor, in denen besondere Nähebeziehungen wie klassischerweise zwischen dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber oder bei familiären Beziehungen vorliegen. Das

¹⁷⁵ Siehe dazu auch schon oben in diesem Teil unter C. II.

¹⁷⁶ Zu Beginn forderte die Rechtsprechung sogar, dass der Gläubiger für „Wohl und Wehe“ des Dritten einzustehen habe, dem Teile der Literatur auch recht lange noch folgten, etwa *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1168; siehe zu dem Kriterium auch *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 122.

¹⁷⁷ Dazu ausführlicher *Plötner*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 69.

¹⁷⁸ *Westermann*, AcP 2008, 141, 154.

¹⁷⁹ Siehe auch *Plötner*, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, 2003, S. 48.

¹⁸⁰ *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 161.

¹⁸¹ *Ders.*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 164.

¹⁸² BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3037.

Interesse kann allerdings vielgestaltig sein und zwischen verbundenen Unternehmen ebenso vorliegen. Gerade wenn sich Unternehmen zur Ausführung eines bestimmten Projekts zusammentun, sind sie wegen des gemeinsamen Ziels wirtschaftlich verbunden. Wirtschaftliche Abhängigkeiten können die jeweiligen Beziehungen noch verstärken und leicht die Annahme rechtfertigen, dass ein Mutterunternehmen dem Schutz der Tochterunternehmen positiv gegenübersteht.

3. Erkennbarkeit für den Schuldner

Eine weitere Voraussetzung für einen Drittschutz ist die Erkennbarkeit der Schutzwürdigkeit und der Gläubignähe für den Schuldner.¹⁸³ Der Schuldner muss demnach erkennen können, dass eine besondere Situation vorliegt, die unter Umständen ein erhöhtes Schutzniveau auch gegenüber dem Dritten rechtfertigt. Wie im Bereich der Arzthaftung bereits aufgezeigt wurde,¹⁸⁴ hat der BGH auch dieses Merkmal stark aufgeweicht, wenn der Arzt für die Schäden eines noch gar nicht näher bestimmbar Vaters haften kann.¹⁸⁵ Es kommt daher insbesondere nicht darauf an, ob der Schuldner den Dritten kennt.¹⁸⁶ Trotzdem kann auch über dieses Merkmal im Einzelfall garantiert werden, dass der Drittschutzgedanke nicht zu weit ausgedehnt wird.¹⁸⁷

Bei Gutachtaufträgen ist die Erkennbarkeit gerade in Fällen mit Unternehmensgruppen häufig gegeben. Denn für ein gruppenexternes Schuldnerunternehmen ist es oftmals zumindest erkennbar, dass das beauftragende Mutterunternehmen für das Bauvorhaben sich auch weiterer Subunternehmen bedient. Je größer das Projekt ist, desto eher muss der Schuldner sogar von einer Arbeitsteilung ausgehen, bei der naturgemäß weitere Unternehmen in Berührung mit der Gutachterleistung kommen. Die Erkennbarkeit der Gläubignähe kann sich aus der Gruppenzugehörigkeit, aber auch aus dem potenziellen gemeinsamen Ziel der Fertigstellung des Vorhabens ergeben. Erneut kommt es hier auf den jeweiligen Einzelfall an. Es besteht aber die Grundannahme, dass eine Erkennbarkeit in Gruppenkonstellationen eher anzunehmen ist.

¹⁸³ *Dahm*, JZ 1992, 1167, 1168; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 164; zum Merkmal der Erkennbarkeit in der Rechtsprechung auch *Gottwald*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2022, § 328 Rn. 216.

¹⁸⁴ Siehe dazu oben in diesem Teil unter C. II. 1. b).

¹⁸⁵ *Westermann*, AcP 2008, 141, 156; *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2007, 964, 967.

¹⁸⁶ BGH, Urteil v. 14.11.2006, VI ZR 48/06, NJW 2007, 989, 991; BGH, Urteil v. 20.4.2004, X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3038.

¹⁸⁷ Siehe auch *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 164.

4. Schutzbedürftigkeit des Dritten

Als letzte Voraussetzung wird die Schutzbedürftigkeit des Dritten gefordert.¹⁸⁸ Dabei ist die Schutzbedürftigkeit nicht schon gegeben, wenn das besondere Verhältnis zwischen ihm und dem Gläubiger begründet wurde oder er der Leistung besonders nahesteht. Stattdessen muss der Dritte ansonsten schutzlos gestellt sein; ihm müssen also keine anderen Ansprüche zustehen.¹⁸⁹ Das ist insbesondere der Fall, wenn deliktische Ansprüche an einer der Voraussetzungen scheitern und der Dritte selbst keine eigenen vertraglichen Ansprüche gegen den Schuldner hat.¹⁹⁰

In der exemplarisch bereits angeführten Gruppensituation bei einem größeren Bauvorhaben bestehen typischerweise keine eigenen vertraglichen Ansprüche des Tochterunternehmens als Dritter. Denn das Mutterunternehmen schließt gerade die Verträge mit einem gruppenexternen Unternehmen.¹⁹¹ Zudem scheidet ein deliktischer Anspruch der Tochter gegen das externe Unternehmen bereits daran, dass im wirtschaftlichen Verkehr meistens nur reine Vermögensschäden vorliegen, bei denen das Deliktsrecht gerade keine Kompensation ermöglicht. Zudem kann das begutachtende externe Unternehmen seinerseits auf Erfüllungshilfen für die Gutachterleistung zurückgreifen und sich dann unter Umständen über § 831 BGB exkulpieren. Damit findet ein Schutz des Tochterunternehmens in solchen Konstellationen nicht statt. Die Schutzwürdigkeit des Tochterunternehmens ist daher in diesen Konstellationen häufig gegeben.

5. Zwischenergebnis

Die vier anerkannten Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte werden im Einzelfall gerade von der Rechtsprechung nicht immer strikt eingehalten. Sofern die Rechtsprechung auf die einzelnen Kriterien eingeht, werden sie als Indizien für einen hypothetischen Willen herangezogen, um die Haftung einzuschränken.¹⁹² Dieselben Kriterien können aber auch als objektive Kriterien zur Konkretisierung eines Drittschutzes herangezogen werden. Damit ist für sie auch ein Anwendungsbereich eröffnet, wenn man die Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte richtigerweise objektiv-rechtlich auffasst.¹⁹³

Die Leistungsnähe des Dritten liegt häufig vor, wenn Gruppenunternehmen zur Realisierung größerer Projekte gemeinsam und arbeitsteilig vorgehen. Denn dann kommen oftmals bestimmungsgemäß auch Tochterunternehmen derselben

¹⁸⁸ *Martiny*, JZ 1996, 19, 21.

¹⁸⁹ *Ders.*, JZ 1996, 19, 21.

¹⁹⁰ Siehe auch oben in diesem Teil unter C. II. 1. c) am Ende und unter C. III. am Anfang.

¹⁹¹ Siehe zu dieser Konstellation bereits beim Vertrag zugunsten Dritter oben in diesem Teil unter C. II. und auch in diesem Teil unter C. III. am Anfang.

¹⁹² *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (GesamtHrsg.), BeckOGK – BGB, 1.7.2023, § 328 Rn. 164.1.

¹⁹³ Siehe dazu oben in diesem Teil unter C. II. 1.

Gruppe (als Dritte) in Berührung mit der Leistung, die ein externes Unternehmen (der Schuldner) etwa mit dem Mutterunternehmen (dem Gläubiger) vertraglich vereinbart.¹⁹⁴ Schließt ein Mutterunternehmen einen Vertrag mit einem externen Dienstleister ab, so dass dessen Leistung auch für die weiteren Arbeiten von Untergesellschaften nötig ist, besteht auch das notwendige Gläubigerinteresse.¹⁹⁵ Denn die Obergesellschaft hat ein Interesse daran, dass auch ihre Untergesellschaften die jeweilige Arbeit zur Fertigstellung des Projekts fehlerfrei ausführen können.

Da viele Arbeitsschritte gewöhnlich von Subunternehmen ausgeführt werden, ist eine solche Arbeitsteilung mit dem entsprechenden Interesse des Hauptunternehmens in der Regel für den Schuldner auch erkennbar.¹⁹⁶ Sofern dann im Schadensfall nur das Mutterunternehmen, nicht aber das geschädigte Tochterunternehmen eigene Ansprüche gegen den externen Dienstleister hat, besteht die Möglichkeit des besonderen Schutzes über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte.¹⁹⁷ Somit ist es nicht nur in familiären Konstellationen, wie sie häufig in Rechtsprechung und Lehre vorkommen, sondern auch in Gruppensituationen möglich, dass die Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte vorliegen.

IV. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Wie auch bei der Zession und beim Vertrag zugunsten Dritter geht die Schiedsbindung als Annex zu dem materiellen Anspruch mit auf den schutzwürdigen Dritten über. Entscheidet er sich, den Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte geltend zu machen, hat er auch die Beschränkungen und Modalitäten des Rechtsverhältnisses zu akzeptieren, aus dem sein Anspruch abgeleitet wird. Die Schiedsvereinbarung zwischen den Hauptparteien entfaltet damit ohne Zustimmung des Dritten auch ihm gegenüber Bindungswirkung, sofern der Dritte einen Anspruch des Gläubigers für sich geltend macht.¹⁹⁸

Nach überzeugender Ansicht ist der materielle Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte objektiv-rechtlich einzuordnen. Der Ansatz der Rechtsprechung, den Drittschutz über eine ergänzende Auslegung zu konstruieren,¹⁹⁹ wird von der Rechtsprechung selbst nicht konsequent eingehalten²⁰⁰ und kann auch dogmatisch nicht überzeugen.²⁰¹ Die Konstruktion über eine ergänzende Auslegung

¹⁹⁴ Siehe oben in diesem Teil unter C. III. 1.

¹⁹⁵ Siehe oben in diesem Teil unter C. III. 2.

¹⁹⁶ Siehe oben in diesem Teil unter C. III. 3.

¹⁹⁷ Siehe oben in diesem Teil unter C. III. 4.

¹⁹⁸ Siehe oben in diesem Teil unter C. I.

¹⁹⁹ Siehe oben in diesem Teil unter C. II. 1. a).

²⁰⁰ Siehe oben in diesem Teil unter C. II. 1. b).

²⁰¹ Siehe oben in diesem Teil unter C. II. 1. c).

versagt, wenn – wie es häufig der Fall ist – ein hypothetischer Drittschutzwille bei den Hauptparteien nicht anzunehmen ist. Die gegenüberstehenden Ansichten der Literatur unterscheiden sich in der jeweiligen rechtlichen Anknüpfung. Sie haben aber gemeinsam, dass sie die Haftung objektiv-rechtlich begründen. In diesem Punkt ist ihnen allen zuzustimmen, da es um einen objektiven Interessenausgleich geht.²⁰²

Wegen der richtigerweise objektiv-rechtlichen Grundlage des Drittschutzes entsteht der Anspruch gegen den Schuldner ohne seinen Willen wie bei einem gesetzlichen Anspruch. Jedoch folgt dieser willensunabhängigen materiell-rechtlichen Bindung auf prozessualer Ebene keine Schiedsbindung als Annex, so dass eine Schiedsbindung des Schuldners gegenüber dem schutzwürdigen Dritten nicht ohne seinen Willen eintreten kann.²⁰³ Denn es ist abstrakt kein hinreichendes Interesse des materiell-rechtlich schützenswerten Dritten erkennbar, welches es rechtfertigen würde, ohne den Willen der Hauptparteien auch eine Schiedsbindung im Verhältnis zum Dritten anzunehmen. Die Hauptparteien haben demgegenüber im Verhältnis zum Dritten grundsätzlich ein Recht auf ein staatliches Gerichtsverfahren.

Die Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte können neben den oftmals angeführten familien- oder arbeitsrechtlichen Konstellationen insbesondere in Gruppenkonstellationen vorkommen. Die im modernen Wirtschaftsleben gängige Arbeitsteilung wird häufig über das Zusammenwirken von verschiedenen Unternehmen einer Gruppe realisiert. So entstehen Verflechtungen, die die allgemein anerkannten Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte erfüllen.²⁰⁴ Daher ist die Frage nach einer Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ähnlich praxisrelevant wie bei der Zession oder dem Vertrag zugunsten Dritter.

D. Schiedsbindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

Als Nächstes kommt eine objektiv-rechtliche Schiedsbindung im Falle einer Bindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht in Betracht. Es existiert eine Reihe von Konstellationen, in denen die Bindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht oder die Bindung des Geschäftsherrn an eine Schiedsvereinbarung dikussionswürdig ist. Es kann im Einzelnen umstritten sein, ob der Vertreter ohne Vertretungsmacht als ursprüngliche Partei über § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB an eine Schiedsvereinbarung gebunden wird. Und ebenso kommen Konstellationen in Betracht, in denen die Schiedsvereinbarung zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Geschäftspartner unter Umständen über § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB auf den

²⁰² Siehe oben in diesem Teil unter C. II. 1. c).

²⁰³ Siehe oben in diesem Teil unter C. II. 2.

²⁰⁴ Siehe oben in diesem Teil unter C. III. 5.

Vertreter ohne Vertretungsmacht zu erstrecken ist. Jeweils ist die Frage zu stellen, in welchem Umfang der Vertreter an die Stelle des eigentlichen Geschäftsherrn zu treten hat.

I. Gesetzliche materielle Haftung des Vertreters nach § 179 BGB

Nach der gesetzlichen Konstruktion von § 179 BGB ist eine Berücksichtigung des Vertreterwillens nicht vorgesehen. Stattdessen führen Wertungsgesichtspunkte²⁰⁵ dazu, dass der Vertreter nach der Wahl des Geschäftspartners an Pflichten des von ihm ohne persönliche Bindungsabsicht abgeschlossenen Vertrags gebunden wird.²⁰⁶ Nach der Konzeption des § 179 BGB wird von der privatautonomen vertraglichen Bindung zugunsten einer gesetzlichen Bindung eine Ausnahme gemacht,²⁰⁷ wenn der Vertreter wissentlich oder fahrlässig den Vertrag ohne Vertretungsmacht abgeschlossen hat.²⁰⁸ Doch auch in einer grob fahrlässigen Selbstbindung des Vertreters bei Kenntnis der mangelnden Vertretungsmacht kann keine willentliche Bindung des Vertreters gesehen werden.²⁰⁹ Denn der Vertreter will gerade den Vertretenen und nicht sich selbst binden.

Selbst wenn der Vertreter also positive Kenntnis von der fehlenden Vertretungsmacht hat, führt diese noch nicht zu einem voluntativen Element.²¹⁰ Das widerspräche auch dem allgemeinen Stellvertretungskonzept, nach dem gerade

²⁰⁵ Hier vor allem der Verkehrsschutz, siehe *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 304; dem folgend *Binder*, AcP 2007, 155, 188.

²⁰⁶ *Ellenberger*, in: Grüneberg (Hrsg.), Grüneberg, 2023, § 179 Rn. 2 und Rn. 5; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 74 geht hier von einer gesetzlichen Bindung aus; vgl. zu der Freiwilligkeitsüberlegung im Kontext von § 179 BGB auch BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399; siehe zu dem Zustandekommen eines gesetzlichen Rechtsverhältnisses in Fällen des § 179 BGB allgemein etwa *Leptien*, in: Soergel (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 1999, § 179 Rn. 16; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 179 Rn. 7; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 179 Rn. 2.

²⁰⁷ Zu dem Aspekt des gesetzlichen Anspruchs *Dörner*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, § 179 Rn. 6; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 179 Rn. 7; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 2; vgl. auch *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 8.

²⁰⁸ Siehe zu der Einordnung der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht als willensunabhängige (Vertrauens-)Haftung *Binder*, AcP 2007, 155, 188; *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 172, 429, 502; für eine Garantiehaftung wegen enttäuschten Vertrauens auch *Dörner*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, § 179 Rn. 1; ebenso *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 179 Rn. 4; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 2 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; BGH, Urteil v. 9.11.2004, X ZR 101/03, NJW-RR 2005, 268, 269.

²⁰⁹ So aber fälschlicherweise und etwas widersprüchlich *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 77, wohl um im schiedsrechtlichen Kontext einen Konflikt mit dem Justizgewährungsanspruch zu vermeiden.

²¹⁰ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 2.

verlangt wird, dass der Vertreter das Geschäft „im Namen des Vertretenen“ (§ 164 BGB), also (offenkundig) für jemand anderen abschließen will.²¹¹ Gleichzeitig macht das objektive Element des bewussten Risikos des wissentlich vollmachtlosen Geschäftsabschlusses den Vertreter weniger schutzwürdig.²¹² Diese Wertung findet sich auch in § 179 Abs. 2 BGB wieder.

Beruft sich der Vertreter auf das Handeln in fremdem Namen bei Kenntnis der fehlenden Vertretungsmacht, ist das als treuwidrig zu werten und ihm zu versagen (vgl. § 179 Abs. 1 BGB).²¹³ Darüber hinaus ist der Vertreter bereits weniger schützenswert, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht zumindest hätte kennen müssen (vgl. § 179 Abs. 2 BGB). Auch in diesem Fall ist vielmehr der Geschäftspartner darin schützenswert, dass er auf den Vertragspartner nach Aussage des Vertreters vertraute. Ein angemessener Ausgleich findet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls über § 179 Abs. 2 und 3 BGB abhängig vom Kenntnisstand des Vertreters und des anderen Teils.²¹⁴ Auf ein Verschulden des Vertreters kommt es hingegen nicht an.²¹⁵ Hierin spiegelt sich auch der objektive bzw. gesetzliche Interessenausgleich wider, der gerade unabhängig von dem Willen des Vertreters eintritt.

II. Schiedsbindung des Vertreters bei materieller Erfüllungshaftung nach § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB

Die Konzeption des § 179 BGB sieht mithin eine gesetzliche Haftung bzw. Bindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht zum Schutze des Geschäftspartners vor, demgegenüber die Erklärung abgegeben wird.²¹⁶ Überträgt man diesen Grundsatz auf eine potenzielle Schiedsbindung des Vertreters, könnte der Vertreter bei Abschluss eines materiellen Hauptvertrags mit dazugehöriger Schiedsvereinbarung auch ohne seinen Willen an die Schiedsvereinbarung gebunden werden.²¹⁷

²¹¹ Vgl. auch *ders.*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 5.

²¹² *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 196, der im Falle der Bösgläubigkeit die Bindung des Vertreters bejaht; vgl. auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 75; vgl. zu dem Aspekt der reduzierten Schutzwürdigkeit auch schon RG, Urteil v. 15.5.1903, II 504/02, RGZ 55, 14, 17.

²¹³ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 77.

²¹⁴ *Ders.*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 77 f.; siehe ferner zu Ausnahmen auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 18.

²¹⁵ *Ders.*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 11.

²¹⁶ Siehe auch *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 429 und 452 f.; zu einer gesetzlichen Schiedsbindung in diesen Fällen *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 8.

²¹⁷ So etwa *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 74 ff.; *Voit*, in: Musielak/Voit

1. Mögliche Konstellationen

Wegen des schiedsrechtlichen Trennungsprinzips kann grundsätzlich eine Schiedsvereinbarung getrennt von dem materiell-rechtlichen Hauptvertrag im Wege der Stellvertretung abgeschlossen werden.²¹⁸ So kann sich die Frage der Schiedsbindung über § 179 BGB theoretisch auch unabhängig von einem materiellen Anspruch gegen den Vertreter stellen.²¹⁹ Es kommen mehrere Konstellationen mit einer potenziellen Schiedsbindung des Vertreters in Betracht, die in der Literatur aber meist nicht differenziert werden.²²⁰

Als erste Konstellation ist denkbar, dass der Geschäftsherr den Hauptvertrag selbst abschließt und getrennt davon ein vermeintlicher Vertreter dem Vertragspartner gegenüber auftritt, um eine Schiedsvereinbarung im Namen des Geschäftsherrn abzuschließen. In dieser Konstellation ist gesondert auf die Schiedsvereinbarung das allgemeine Vertragsrecht inklusive des Stellvertretungsrechts anzuwenden.²²¹ Somit könnte der Vertragspartner gemäß § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB theoretisch allein hinsichtlich der Schiedsvereinbarung die Erfüllung von dem Vertreter verlangen. Da das Schiedsverfahren aber gemäß § 1029 Abs. 1 ZPO ein materielles Rechtsverhältnis zwischen den Schiedsparteien zum Gegenstand haben muss, kommt eine Schiedsbindung nicht in Betracht, wenn keine materiell-rechtliche Verurteilung des Vertreters möglich ist.²²²

Etwaige zusätzliche Kosten, die durch das staatliche Verfahren anstelle eines Schiedsverfahrens mit dem Geschäftsherrn entstehen, kann der Geschäftspartner aber von dem Vertreter ohne Vertretungsmacht über § 179 Abs. 1 Var. 2 BGB ersetzt verlangen. Für dieses Schadensersatzverfahren gegen den Vertreter kann der Geschäftspartner wiederum nur dann wählen, ob er vor einem staatlichen oder einem Schiedsgericht klagt, wenn die Schiedsvereinbarung in objektiver Hinsicht entsprechend weit gefasst ist. Die Schiedsvereinbarung ist dazu auszulegen. Sie muss für eine Schiedsbindung des Vertreters in diesem Fall auch die

(Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 8; vgl. für das internationale Schiedsrecht etwa *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 472.

²¹⁸ Siehe auch oben im 2. Teil unter B. I. und im 3. Teil unter B.

²¹⁹ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 79 f.

²²⁰ Eine Differenzierung findet sich aber bei *ders.*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 73 ff.; andeutungsweise auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 53. Keine Differenzierung etwa bei *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 66 f.; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 1029 Rn. 73; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 2023, § 1029 Rn. 8.

²²¹ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 53; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 73 f.

²²² Vgl. *ders.*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 79 f.

sekundären Ansprüche gegen einen Vertreter ohne Vertretungsmacht umfassen, was lebensah kaum anzunehmen sein wird.

Ebenso verhält es sich in der Situation, in welcher der Vertreter beide Verträge abschließt, aber nur für den Hauptvertrag eine wirksame Vollmacht vorliegt. Aufgrund der Vollmacht besteht der Hauptvertrag nur zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Geschäftspartner. Entstehen später Streitigkeiten zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftspartner, müssen diese vor einem staatlichen Gericht entschieden werden. Der Geschäftspartner hat bezüglich der Schiedsvereinbarung mithin kein Wahlrecht zwischen den Varianten des § 179 Abs. 1 BGB. Eine Schiedsbindung des Vertreters ist auch hier nicht möglich, aber erneut kommen etwaige Schadensersatzansprüche gegen ihn wie in der vorangegangenen Konstellation in Betracht.

In der zweiten Kategorie schließt der Vertreter sowohl den Hauptvertrag als auch die Schiedsvereinbarung ohne Vertretungsmacht ab. Das kommt besonders dann vor, wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht einen materiellen Vertrag mit Schiedsklausel abschließt. Richtigerweise ist hier § 179 BGB doppelt anzuwenden und zwar getrennt auf den Haupt- und auf den Schiedsvertrag.²²³ Der Geschäftspartner hat demnach die Wahl, ob er für den jeweiligen Vertrag einzeln Schadensersatz oder Erfüllung verlangt.²²⁴ Somit kann der Geschäftspartner den Vertreter nach seiner Wahl vor einem Schiedsgericht auf Erfüllung des Hauptanspruchs oder auf Schadensersatz verklagen oder vor einem staatlichen Gericht auf Erfüllung oder Schadensersatz.²²⁵ Wählt der Geschäftspartner selbst das staatliche Gericht anstelle eines Schiedsgerichts, ist ihm ein Ersatz etwaiger Schäden, die dadurch entstehen, nicht zuzugestehen.

Die dritte und umstrittenste Kategorie entsteht in der Konstellation, in der der Hauptvertrag von dem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen wird und er parallel dazu eine Schiedsvereinbarung jedoch mit entsprechender Vertretungsmacht abschließt. Denkbar ist eine solche Konstellation, wenn eine Rechtscheinsvollmacht zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen besteht²²⁶ und gleichzeitig eine Vollmacht für das materielle Geschäft überschritten wird oder eine solche Vollmacht nicht (mehr) existiert, etwa weil sie aufgehoben wurde.

²²³ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 73 f.

²²⁴ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 74; allgemein zum Wahlrecht bei § 179 BGB *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 13. Für ein sehr weitgehendes Wahlrecht des Vertrauenden bei § 179 BGB allgemein auch *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 520.

²²⁵ Vgl. *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53.

²²⁶ Siehe zu den restriktiven Voraussetzungen einer solchen schiedsrechtlichen Vollmacht oben im 3. Teil unter B. I. 5.

Zwar wird dann die Schiedsvereinbarung mit Vertretungsmacht für den Geschäftsherrn abgeschlossen, doch mangels materiellen Rechtsverhältnisses zwischen Geschäftspartner und Geschäftsherrn kann sie in diesem Verhältnis keine Wirkung entfalten. Fraglich ist dann, ob der Vertreter für den materiellen Hauptanspruch nach § 179 BGB auch einer Schiedsbindung unterliegt.

Um diese Konstellation soll es in der folgenden Diskussion gehen.²²⁷ Fraglich ist in dieser Situation, ob der Vertreter an die eigentlich wirksam für den Geschäftsherrn – und nicht für sich selbst – abgeschlossene Schiedsvereinbarung gebunden sein kann, wenn er materiellen Ansprüchen aus § 179 BGB wegen des ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Hauptvertrags ausgesetzt ist.²²⁸ Denkbar ist hier, dass die Schiedsvereinbarung „zum materiellen Anspruch gezogen wird“.

Die hier aufgezählten Konstellationen kommen alle zwischen einzelnen Unternehmen und ebenso in Situationen mit Gruppenunternehmen in Betracht. Ein Gruppenunternehmen kann aus verschiedenen Gründen davon ausgehen, dass es andere Unternehmen vertreten dürfe. In Betracht kommt, dass es sich nicht nur für wirtschaftlich leitungsbefugt, sondern auch juristisch für vertretungsbefugt hält. Denkbar ist auch, dass eine bisherige vertretungsrechtliche Praxis bestand, die (noch) nicht für eine Scheinvollmacht ausreicht, aber im Einzelfall zu der subjektiven Annahme einer Vertretungsmacht geführt hat. Hinzu kommen unbemerkte Defekte einer erteilten Vollmacht. Für konkrete Fallkonstellationen kann auf die Abschnitte zur Schiedsbindung des Geschäftsherrn im Wege der Stellvertretung verwiesen werden.²²⁹ Besteht in diesen Fällen tatsächlich keine Vertretungsmacht und erfolgt auch keine Genehmigung, kommt jeweils die Haftung des scheinbar vertretungsberechtigten Unternehmens über § 179 BGB in Betracht.

2. Schiedsbindung des Vertreters ohne seine Zustimmung

Die Rechtsprechung und der wohl überwiegende Teil der Literatur lehnen eine objektiv-rechtliche Schiedsbindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht über § 179 BGB generell ab.²³⁰ Gegen eine solche gesetzliche, willensunabhängige Bin-

²²⁷ Jedoch können viele der folgenden Argumente auch für eine getrennte Anwendung des § 179 BGB auf die Schiedsvereinbarung sprechen, sofern diese bestritten wird. Vorliegend wird jedoch davon ausgegangen, dass § 179 Abs. 1 BGB ohne Weiteres auch auf eine Schiedsvereinbarung angewandt werden kann, wenn der Vertreter diese ohne Vollmacht abgeschlossen hat und aus demselben Grund auch materiell haftet.

²²⁸ Zu der Diskussion für diesen Fall siehe sogleich unter 2.

²²⁹ Siehe oben im 3. Teil unter B. I.

²³⁰ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 67; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 64, jedoch ohne Begründung; siehe auch ebd. Rn. 73, wo eine Bindung des Vertreters nach ausländischem Recht im Wege eines „Zurechnungsdurchgriffs“ für möglich gehalten wird; *Lachmann*, Handbuch für die Schieds-

dung spricht – wie bei allen objektiv-rechtlichen Bindungsansätzen – das Freiwilligkeitserfordernis der Schiedsgerichtsbarkeit.²³¹ Der pauschale Verweis auf den Konflikt mit der Freiwilligkeit und dem Justizgewährungsanspruch²³² kann jedoch nicht überzeugen. So hat auch der BGH in der häufig in diesem Kontext zitierten Entscheidung aus den 1970er Jahren entschieden, dass eine Schiedsbindung über § 179 BGB je nach Einzelfall sehr wohl möglich ist.²³³ Nicht zuletzt deshalb hat eine differenzierte Interessenabwägung²³⁴ anstelle einer pauschalen Ablehnung einer solchen Bindung zu erfolgen.²³⁵ Im Rahmen dieser Interessenabwägung muss beurteilt werden, ob für den konkreten Fall die objektiv-rechtliche Bindung des Vertreters über § 179 BGB gerechtfertigt ist.²³⁶

Gegen eine Bindung des Vertreters wird angeführt, dass das Interesse des Geschäftspartners an einem Schiedsverfahren nicht einseitig schützenswert sei.²³⁷

gerichtspraxis, 2008, Rn. 529; *Leptien*, in: Soergel (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 1999, § 179 Rn. 16; *Leipold*, ZZZP 1978, 479, 480, der aber eine schiedsrechtliche Bindung im Wege der Analogie von § 179 BGB wohl für möglich hält; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 98 f. m. w. N.; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 23; *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 21 f.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 26; grundlegend BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399. Für eine Schiedsbindung des Vertreters im Falle seiner materiellen Haftung nach § 179 BGB hingegen *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 196; *Kornblum*, JA 1979, 393, 400; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 73 ff.; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 8.

²³¹ BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399; dem folgend *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 529.

²³² Der BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399 und die folgenden Literaturmeinungen sprechen insofern meist von dem Recht auf den gesetzlichen Richter, siehe etwa *Leipold*, ZZZP 1978, 479, 480; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 77; demgegenüber richtig, aber leicht zu verwechseln schreibt *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 529 vom „staatlichen Richter“. Stattdessen kommt es jedoch auf den allgemeinen staatlichen Justizgewährungsanspruch an, was jedoch im Ergebnis kaum einen Unterschied macht, siehe dazu noch ausführlich unten im 6. Teil unter B. I. und II. am Anfang.

²³³ BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399.

²³⁴ Zum Ziel eines angemessenen Interessenausgleichs im Rahmen von § 179 BGB (unabhängig von der Frage einer Schiedsbindung) auch *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 14.

²³⁵ *Leipold*, ZZZP 1978, 479, 480 etwa behauptet pauschal, § 179 BGB könne auf eine prozessual zu qualifizierende Schiedsvereinbarung keine Anwendung finden. Das ist indes schon deshalb nicht richtig, weil die allgemeinen vertraglichen Vorschriften des BGB anerkanntermaßen auf die Schiedsvereinbarung Anwendung finden, so auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 73; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; siehe dazu oben im 2. Teil unter B. II.

²³⁶ Vgl. BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399.

²³⁷ *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 149; BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399.

Jedoch kann in einer Schiedsbindung nicht pauschal eine Benachteiligung des Vertreters gesehen werden.²³⁸ Denn zunächst ist von einem den rechtsstaatlichen Standards genügenden Schiedsverfahren auszugehen, in dem beide Parteien dieselben Rechte und Pflichten haben.²³⁹ Außerdem können sich aus einer Schiedsbindung ebenfalls Vorteile für den Vertreter ergeben.²⁴⁰ Auch er kann die Einrede des § 1032 Abs. 1 ZPO erheben, wenn der Geschäftspartner sich hinsichtlich der Schiedsvereinbarung für Erfüllung entschieden hat.²⁴¹ Die bloße Behauptung, der Vertreter sei durch ein Schiedsverfahren benachteiligt, genügt mithin nicht, um dem Geschäftspartner das von ihm vereinbarte Schiedsverfahren vorzuenthalten.

Was für den Vertreter nämlich im Einzelfall eine Schiedsbindung unter Einschränkung seiner Vertragsfreiheit ist, ist gleichsam eine Garantie der Vertragsfreiheit des Geschäftspartners. Andernfalls träfe den Geschäftspartner einseitig das Risiko, dass die Verträge, die mit dem Vertreter abgeschlossen werden, letztlich keine Wirkung entfalten. Genau das soll durch § 179 Abs. 1 BGB aber verhindert werden.²⁴² Denn die Möglichkeit, einen Vertreter einzuschalten, kommt zunächst dem vermeintlichen Geschäftsherrn (und wegen des internen Verhältnisses wie einem Arbeitsvertrag oder Auftrag meist auch dem Vertreter) zugute. Daher ist es auch gerechtfertigt, das Risiko des Nichtzustandekommens in seine Sphäre – in dem Fall durch eine Bindung des Vertreters – zu verschieben, anstelle es dem Geschäftspartner aufzuerlegen.²⁴³

Teilweise wird gegen eine Schiedsbindung des Vertreters über § 179 Abs. 1 BGB auch eingewandt, dass er nicht Vertragspartei werde,²⁴⁴ sondern je nach Willen der anderen Partei auf Erfüllung oder Schadensersatz hafte. Das sei mit der Stellung eines schiedsrechtlich gebundenen Vertragspartners nicht vergleichbar.²⁴⁵ In der Tat wird der Vertreter auch kein Vertragspartner. Für eine Erfül-

²³⁸ Ebenso für die Bindung eines Geschäftsführers OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198, 199.

²³⁹ Siehe dazu auch noch unten im 6. Teil unter A.

²⁴⁰ OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313; siehe zu Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit etwa *Colberg*, Der Schutz der Schiedsvereinbarung, 2019, S. 29 ff.; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, Vorb. zu §§ 1025–1066 Rn. 6; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 13 ff.

²⁴¹ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 76; siehe zum grundsätzlichen Gedanken der Reziprozität der Bindung bei § 179 BGB auch *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 520 (dort in Fn. 7 speziell zu § 179 BGB).

²⁴² Vgl. *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 9.

²⁴³ Siehe auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53.

²⁴⁴ Dazu, dass der Vertreter im Falle des § 179 BGB nicht Vertragspartei wird, etwa *Dörner*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, § 179 Rn. 6; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 12.

²⁴⁵ *Leipold*, ZZZ 1978, 479, 480 (insbesondere wegen der gestuften Haftung); *Saenger*, in:

lungshaftung (§ 179 Abs. 1 Var. 1 BGB) muss allerdings die Position des Vertreters weitestgehend mit der eines unmittelbaren Vertragspartners gleichgestellt werden.²⁴⁶ Der Zweck der Erfüllungshaftung in § 179 Abs. 1 BGB ist gerade, dem Vertrag inhaltlich möglichst umfangreich nachzukommen, um den Vertragspartner interessengerecht zu kompensieren.²⁴⁷ Der Vertreter haftet bei der Erfüllungshaftung nach § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB daher auf das positive Interesse.²⁴⁸ Auf die Stellung als tatsächlicher Vertragspartner kommt es dabei nicht an.

Dafür spricht auch das Verständnis des § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB als Vertrauenshaftung.²⁴⁹ Bei der Vertrauenshaftung ist auf Rechtsfolgenrechtsposition zu gewähren, damit der Schutz des Vertrauens überhaupt eintreten kann.²⁵⁰ Dem kann nicht genügt werden, wenn der gebundene Vertreter nicht hinsichtlich der zentralen Pflichten in der gleichen Position wie der ansonsten gebundene Geschäftsherr stehen würde.²⁵¹ Daher kann der Rechtsgedanke des § 179 BGB bzw. eine analoge Anwendung dieser Norm als Grundsatz des Vertretungsrechts gleichermaßen eine Bindung an einen prozessual wirkenden Vertrag begründen.²⁵²

ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 23; BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53 hält demgegenüber explizit die gestufte Haftung hinsichtlich einer Schiedsbindung für unschädlich, da für den Fall der Erfüllungshaftung die Bindungswirkung ohne Weiteres eintreten könne.

²⁴⁶ Allgemein in diesem Sinne zu § 179 BGB *Dörner*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, § 179 Rn. 6; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 9 und wörtlich „Der Vertragsgegner hat alle Ansprüche, die er vertraglich gegen den Vertretenen hätte geltend machen können“, ebd. Rn. 14; mit der Folge der Schiedsbindung des Vertreters auch schon *Jacusiel*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1150; ebenso *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 8; für eine Bindung an Gerichtsstandsvereinbarungen aus diesem Grund OLG Hamburg, Urteil v. 4.11.1974, 8 U 107/74, BeckRS 1974, 535, 26; gegen eine Schiedsbindung aus diesem Grund aber BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1398. Siehe zu der insoweit vergleichbaren Situation auch noch unten in diesem Teil unter E. II.

²⁴⁷ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 15; aus diesem Grund für eine Schiedsbindung *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 8.

²⁴⁸ *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 13.

²⁴⁹ *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 502; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 179 Rn. 4.

²⁵⁰ *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 521.

²⁵¹ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 74; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53.

²⁵² *Kornblum*, JA 1979, 393, 400; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; differenzierend auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 73; eine entsprechende Anwendung wohl auch nicht gänzlich ablehnend *Leipold*, ZZP 1978, 479, 480; allgemein für die Anwendung der materiellen Vorschriften für

Teilweise wird auch für eine Schiedsbindung des Vertreters über § 179 BGB angeführt, dass die Schiedsvereinbarung eine Eigenschaft bzw. Modalität des Hauptanspruchs sei und daher mit auf den Vertreter übergehe, wenn er materiell-rechtlich in Anspruch genommen werde.²⁵³ Nach dieser Auffassung würde die Bindung über § 179 BGB parallel zur Bindung bei der Zession und dem Vertrag zugunsten Dritter verlaufen.²⁵⁴ Zwar hat der Vertreter hinsichtlich der materiellen Haftung keinen Willen besessen, so dass die Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter und zur Zession nicht ganz überzeugt.²⁵⁵

Jedoch bedarf es eines solchen Willens zum eigenen Vorteil nicht für eine schiedsrechtliche Annexbindung. Denn hinsichtlich der Einordnung der Schiedsvereinbarung als Eigenschaft des Hauptanspruchs ist die Parallele überzeugend: Die Schiedsvereinbarung sollte auch hier gerade zum Zwecke der Absicherung des Hauptvertrags geschlossen werden und bildet mit diesem eine inhaltliche Sinneinheit. So kann gegen die Schiedsbindung des Vertreters wie bei der Zession auch nicht eingewandt werden, dass Schieds- und Hauptvertrag juristisch eigenständige Verträge sind.²⁵⁶ Der Zweck dieser Trennung ist gerade die Wirkungserhaltung der Schiedsvereinbarung.²⁵⁷ Zur Wirkungserhaltung der Schiedsvereinbarung ist aber auch die Schiedsbindung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht nötig, da der Geschäftspartner sonst nicht gegen seinen materiellen Anspruchsgegner (der in der hier relevanten Konstellation gerade der Vertreter ist) vorgehen könnte. Der Geschäftspartner kann somit gemäß § 179 Abs. 1 BGB auch die Erfüllung der Schiedsvereinbarung von dem Vertreter verlangen, selbst wenn er hinsichtlich des Hauptvertrags Schadensersatz von dem Vertreter fordert.

das Zustandekommen von Verträgen auf Schiedsvereinbarungen *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 582 f.; siehe zu der Anwendbarkeit allgemeiner vertragsrechtlicher Prinzipien auf die Schiedsvereinbarung auch bereits oben im 2. Teil unter B. II.

²⁵³ *Jacusi*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1150; vgl. *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 74; vgl. auch BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1398.

²⁵⁴ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, 74 f.; a. A., aber ohne auf diese Parallele einzugehen, *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 529.

²⁵⁵ Eine Ausnahme kann bestehen, wenn der Vertreter materiell auf Erfüllung in Anspruch genommen wird, da ihm dann auch die Gegenleistung zusteht (über § 242 BGB ab eigener Leistung und vorher über §§ 320 ff. analog BGB), siehe *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 179 Rn. 7; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 15; ähnlich auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 75 m. w. N. In dieser Situation ist die Lage des Vertreters mit der des Zessionars und des Begünstigten vergleichbar, da der Vertreter dann zumindest in einem vertragsähnlichen Verhältnis zu dem Geschäftspartner steht. Das ändert aber nichts daran, dass er – anders als Zessionar und Begünstigter – auch nur einem Schadensersatz ausgesetzt sein kann, ohne entsprechende Gegenleistungen geltend machen zu können.

²⁵⁶ Siehe zum schiedsrechtlichen Trennungsprinzip bereits oben im 2. Teil unter B. I. Siehe zu diesem Argument im Rahmen der Bindung des Zessionars bereits oben in diesem Teil unter A. I.

²⁵⁷ Siehe oben im 2. Teil unter B. I.

Wegen des Wahlrechts aus § 179 Abs. 1 BGB wird gegen eine Schiedsbindung des Vertreters jedoch das Argument der Rechtsunsicherheit angeführt. Die Wahlmöglichkeit des § 179 Abs. 1 BGB könne dazu führen, dass der Vertragspartner für eine Kompensation durch Schadensersatz die staatliche Gerichtsbarkeit wählt und für den Fall der Erfüllung die Schiedsgerichtsbarkeit, was zu nicht hinnehmbarer Rechtsunsicherheit führe.²⁵⁸ Jedoch besteht bei § 179 BGB wegen des gesetzlich vorgesehenen Wahlrechts des Geschäftspartners immer eine Rechtsunsicherheit.²⁵⁹ Sie ist in dieser Norm angelegt. Der Vertreter weiß bis zur Geltendmachung durch den Geschäftspartner nicht einmal, ob er materiellrechtlich auf Schadensersatz, Erfüllung oder überhaupt in Anspruch genommen wird. Dann ist es ihm aber zuzumuten, dass er auch an die Schiedsvereinbarung gebunden werden kann, wenn der Geschäftspartner sich einmal entscheidet.

Erneut müssen bei der vorzunehmenden Interessenabwägung in diesem Punkt das Verhalten und die Schutzwürdigkeit des Vertreters Berücksichtigung finden. Wusste er von dem Mangel seiner Vertretungsmacht (§ 179 Abs. 1 BGB), ist es legitim, ihn einer größeren Unsicherheit auszusetzen. Der vollmachtlose Vertreter hat eher mit einer Schiedsbindung zu rechnen als der schutzwürdige Geschäftspartner mit einer Unwirksamkeit der abgeschlossenen Schiedsvereinbarung.²⁶⁰ So gilt bei § 179 BGB auch der Grundsatz, dass die Wahlfreiheit des Vertrauenden möglichst wenig einzuschränken ist.²⁶¹ Eine erhöhte Rechtsunsicherheit für den Vertreter kann damit nicht gegen seine Schiedsbindung sprechen, sofern der Geschäftspartner sein Wahlrecht zugunsten einer Erfüllungshaftung ausübt.

Abschließend ist auch hier wieder auf die Parallele bei der Bindung des Vertreters an Gerichtsstandsvereinbarungen hinzuweisen.²⁶² Eine ungleiche Behandlung von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarung in diesem Punkt ist nicht

²⁵⁸ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 67; BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977 1397, 1399; siehe auch die Wiedergabe dieser Ansicht bei *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, § 1029 Rn. 8, der die Rechtsunsicherheit aber wie hier für akzeptabel hält. Ebenso wie hier wohl auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53.

²⁵⁹ Vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 204.

²⁶⁰ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53 weist noch darauf hin, dass die Erfüllungshaftung in der Praxis die Regel ist. Das kann jedoch nur für die Fälle einer Schiedsbindung des Vertreters ein Argument sein, in denen er vollmachtlos die Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat, siehe zu dieser Konstellation auch oben in diesem Teil unter II. 1.

²⁶¹ *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 519.

²⁶² *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 2020, Rn. 1730; *Schilken*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2019, § 179 Rn. 14; OLG Hamburg, Urteil v. 4.11.1974, 8 U 107/74, BeckRS 1974, 535, 535; vgl. auch noch unten in diesem Teil unter E. II. am Ende.

einleuchtend. Daher muss der Vertreter gemäß § 179 BGB auch an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein.

3. Einschränkungen zum Schutz des Vertreters

Für einen gerechten Interessenausgleich sind zum Schutz des Vertreters neben § 179 Abs. 2 und 3 BGB²⁶³ zudem weitere Einschränkungen seiner Bindung zu fordern. Grundsätzlich gilt, dass durch § 179 BGB keine Verbesserung des Geschäftspartners entstehen soll gegenüber der Situation eines wirksamen Vertrags mit dem Geschäftsherrn.²⁶⁴ Daraus folgt, dass der Vertreter auch nicht an eine Schiedsvereinbarung gebunden werden kann, wenn der Geschäftsherr die Schiedsvereinbarung nicht hätte durchführen können oder müssen.

Ebenso wäre es unbillig, dass der Geschäftspartner den Vertreter nach seiner Wahl vor einem Schiedsgericht verklagen kann, sofern die Schiedsvereinbarung im Einzelfall nur wegen der Person des Geschäftsherrn abgeschlossen wurde.²⁶⁵ Zwar wird eine Schiedsbindung im Regelfall aus sachlichen und nicht persönlichen Gründen getroffen.²⁶⁶ So gehe es bei einer Schiedsvereinbarung nicht um die konkreten Personen oder ein spezielles Schiedsvertrauen ihnen gegenüber, sondern um den abstrakten Wunsch, die Streitigkeit den Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit zuzuführen.²⁶⁷ Wurde aber im Einzelfall die Schiedsvereinbarung nur wegen der Person des Geschäftsherrn abgeschlossen,²⁶⁸ muss sich ein Vertreter nicht an sie binden lassen, damit der Geschäftspartner nicht besser gestellt wird. Erfüllt der Vertreter hingegen gleichermaßen die Gründe, aus denen der Geschäftspartner eine Schiedsvereinbarung mit dem Geschäftsherrn wollte, spricht der Schutz des Geschäftspartners für eine Schiedsbindung des Vertreters.²⁶⁹

Zuletzt ist von einer selbstbindenden Wirkung der Entscheidung des Geschäftspartners auszugehen. Ab dem Zeitpunkt einer nach außen (auch konkludent) erklärten Wahl kann der Geschäftspartner seine Wahl nicht mehr auf das jeweils andere Recht umändern.²⁷⁰ Zusätzlich ließe sich diskutieren, ob das

²⁶³ Zum Haftungsschema des § 179 BGB *Dörner*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, § 179 Rn. 8 f.; *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, § 179 Rn. 5.

²⁶⁴ *Ellenberger*, in: Grüneberg (Hrsg.), Grüneberg, 2023, § 179 Rn. 2; *Schäfer*, in: Haul Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 1.8.2023, § 179 Rn. 22; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 179 Rn. 39; a. A. *Dörner*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, § 179 Rn. 5.

²⁶⁵ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 79, der dieses Ergebnis über § 139 BGB erreichen will.

²⁶⁶ *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 109.

²⁶⁷ So im Kontext der Abtretung bereits *Jacusi*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1144.

²⁶⁸ Freilich kann das im Einzelfall zu erheblichen Beweisproblemen führen.

²⁶⁹ Vgl. auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 79.

²⁷⁰ Allgemein zu dieser Forderung im Rahmen von § 179 BGB *Canaris*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 524.

Wahlrecht verwirken kann, wenn der Geschäftspartner sein Wahlrecht übermäßig lange hinauszögert.²⁷¹ Denn auch der Vertreter hat ein legitimes Bedürfnis an Rechtssicherheit. Für eine solche Verwirkung bedürfte es aber eines hinreichend konkreten Anhaltspunktes im Gesetz.

III. Zwischenergebnis

Bei der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 179 BGB handelt es sich um eine gesetzliche und damit objektiv-rechtliche Haftung des Vertreters auf materiell-rechtlicher Ebene.²⁷² Da Schiedsvereinbarung und Hauptvertrag juristisch zwei grundsätzlich getrennte Verträge sind, können sie auch getrennt durch einen Vertreter abgeschlossen werden. Dadurch ergibt sich eine Reihe an Konstellationen.²⁷³ Streitig kann dabei zum einen die Situation sein, in der ein vermeintlicher Vertreter einen Hauptvertrag und eine Schiedsvereinbarung jeweils ohne Vertretungsmacht abschließt. Hier ist jedoch davon auszugehen, dass der Geschäftspartner neben der Erfüllung des Hauptvertrags auch ohne Weiteres nach seiner Wahl Erfüllung der Schiedsvereinbarung durch den Vertreter verlangen kann, da die Grundsätze der Stellvertretung in Gänze getrennt auf die Schiedsvereinbarung angewandt werden können.²⁷⁴

Besonders umstritten ist zum anderen die Situation, in der der Vertreter die Schiedsvereinbarung wirksam für den Geschäftsherrn abgeschlossen hat, aber der Hauptvertrag ohne Vertretungsmacht geschlossen wurde. Die Frage, die sich hier stellt, ist, ob der Vertreter dann über § 179 Abs. 1 BGB bei einer materiell-rechtlichen Haftung für den Hauptvertrag an die eigentlich wirksam für den Geschäftsherrn abgeschlossenen Schiedsvereinbarung gebunden werden kann.

In diesem Fall ist eine schiedsrechtliche Bindung des Vertreters nach Wahl des Geschäftspartners gemäß § 179 Abs. 1 BGB zu befürworten. Die Schiedsbindung ist wie auch bei der Zession oder dem Vertrag zugunsten Dritter ein Annex zum Hauptanspruch, auf den sich der Geschäftspartner berufen kann. Vor allem aber sprechen entscheidende Wertungsgesichtspunkte zum Schutz des Geschäftspartners und der Rechtsgedanke des § 179 BGB für eine Schiedsbindung des Vertreters nach Wahl des Geschäftspartners gemäß § 179 Abs. 1 BGB.²⁷⁵ So ist die Schiedsbindung des Vertreters interessengerecht, da der Vertreter im Falle des § 179 Abs. 1 Var 1 BGB so umfänglich wie möglich in die Stellung eines Vertragspartners treten soll, obwohl er formal kein Vertragspartner wird. Eine umfängliche Vergleichbarkeit ist jedoch nur erreichbar, wenn eine wichtige Abrede wie eine Schiedsvereinbarung auch ihre Wirkung gegenüber dem vermeintlichen Ver-

²⁷¹ Allgemein im Kontext von § 179 BGB dafür *ders.*, in: Grigoleit/Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, 2012, Bd. 2, S. 519.

²⁷² Siehe oben in diesem Teil unter D. I.

²⁷³ Siehe oben in diesem Teil unter D. II. 1.

²⁷⁴ Siehe oben in diesem Teil unter D. II. 1.

²⁷⁵ Siehe oben in diesem Teil unter D. II. 2.

treter entfaltet. Dem Geschäftspartner die Schiedsvereinbarung bloß deshalb zu nehmen, weil der Vertreter kein Vertragspartner im eigentlichen Sinne ist, wäre reiner Formalismus, zumal in der parallelen Situation auch eine Gerichtsstandsvereinbarung den Vertreter ohne Vertretungsmacht bindet.²⁷⁶

Es ist aber über § 179 Abs. 2 und Abs. 3 BGB hinaus ein Ausgleich zum Schutze des Vertreters in bestimmten Fällen zu fordern, damit der Geschäftspartner nicht besser steht als bei einem wirksamen Vertrag mit dem Geschäftsherrn.²⁷⁷

E. Schiedsbindung der Gesellschafter bei einer Haftung nach § 128 HGB

Im folgenden Kapitel wird untersucht, ob im Falle einer materiellen Haftung nach § 128 HGB²⁷⁸ automatisch eine Schiedsbindung des Gesellschafters folgt. Diese Frage kann sich gleichermaßen im Kontext von Gruppenunternehmen stellen.²⁷⁹ Das ist insbesondere der Fall, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft ihrerseits juristische Personen oder andere Gesellschaften sind. Durch die Verschachtelung mehrerer Gesellschaften entsteht eine typische Gruppenkonstellation.

Zur Klärung der Frage, ob die persönlich haftenden Gesellschafter über § 128 HGB auch an Schiedsvereinbarungen zwischen Gläubiger und Gesellschaft gebunden sind, wird kurz die gesetzliche – und mithin objektiv-rechtliche – Natur der materiellen Haftung aus § 128 HGB dargestellt. Anschließend wird die Frage diskutiert, ob bei einer solchen materiell-rechtlichen Haftung als schiedsrechtliche Annexbindung eine Verpflichtung für den Gesellschafter zu einem Schiedsverfahren besteht, wenn der Gläubiger der Gesellschaft eine Schiedsvereinbarung mit der Gesellschaft des haftenden Gesellschafters hat.

I. Materielle Haftung nach § 128 HGB

Der Gesellschafter haftet nach § 128 HGB persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft akzessorisch,²⁸⁰ unbeschränkt,²⁸¹ primär und unmittel-

²⁷⁶ Siehe oben in diesem Teil unter D. II. 2.

²⁷⁷ Siehe oben in diesem Teil unter D. II. 3., dort in Fn. 264.

²⁷⁸ Gemäß Art. 51 Nr. 3 in Verbindung mit Art. 137 Satz 1 des Gesetzes vom 10.8.2021 (BGBl I S. 3436) wird das Zweite Buch Erster Abschnitt mit Wirkung vom 1.1.2024 neu gefasst. Dadurch wird unter anderem der alte § 128 HGB wortgleich zum neuen § 126 HGB. Eine andere Argumentation ergibt sich dadurch nicht. Die vorliegende Arbeit wurde vor Inkrafttreten der Neuerungen erstellt und nennt entsprechend wie fast alle zitierten Auflagen der verwendeten Werke die Normen nach der alten Rechtslage.

²⁷⁹ Sandrock, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 485.

²⁸⁰ Dazu etwa Kindler, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2019, § 10 Rn. 98;

bar.²⁸² Die Haftung der Gesellschaft und die der Gesellschafter als getrennte Rechtspersönlichkeiten sind dabei auch eigenständige Verbindlichkeiten (vgl. auch § 129 Abs. 4 HGB²⁸³), die sich getrennt einmal auf das Vermögen der Gesellschaft und einmal auf das Privatvermögen des Gesellschafters richten.²⁸⁴ So schafft § 128 HGB einen eigenständigen Anspruch²⁸⁵ und stellt dem Gläubiger

Roth, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2023, § 128 Rn. 8; *Schmidt/Drescher*, in: *Drescher/Fleischer/Schmidt* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 2022, § 128 Rn. 17 f.; siehe auch die Regelungen in § 129 HGB.

²⁸¹ *Kindler*, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2019, § 10 Rn. 101.

²⁸² *Klinke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), *BeckOK HGB*, 15.1.2022, § 128 Rn. 22 ff.; *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2023, § 128 Rn. 1; *Schmidt/Drescher*, in: *Drescher/Fleischer/Schmidt* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 2022, § 128 Rn. 1; *Steitz*, in: *Henssler/Strohn* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, 2021, § 128 Rn. 14 ff.; zur unmittelbaren bzw. primären Haftung, etwa *Kindler*, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2019, § 10 Rn. 99 f.; *Schmidt/Drescher*, in: *Drescher/Fleischer/Schmidt* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 2022, § 128 Rn. 21. Beachte, dass die Haftung der Gesellschafter untereinander gesamtschuldnerisch ist, im Verhältnis zu der Gesellschaftsschuld aber nicht, siehe etwa ebd. Rn. 17 und 19 f.

²⁸³ Ab dem 1.1.2024 § 129 Abs. 2 HGB.

²⁸⁴ *Klinke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), *BeckOK HGB*, 15.1.2022, § 128 Rn. 1; *Schmidt/Drescher*, in: *Drescher/Fleischer/Schmidt* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 2022, § 128 Rn. 1; im Ergebnis ebenso *Steitz*, in: *Henssler/Strohn* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, 2021, § 128 Rn. 1, der von einer „Haftung für fremde [...] Schulden“ und von „der Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft“ (ebd. Rn. 2) schreibt, andererseits aber von einer getrennten „Schuld des Gesellschafters aus § 128 HGB“ ausgeht, ebd. Rn. 19.

²⁸⁵ Dass eine Haftung der Gesellschafter über § 128 HGB entsteht, ist unumstritten. Un- einigkeit herrscht jedoch bei der Verwendung der Begriffe *Anspruch*, *Verbindlichkeit* und *Schuld* in diesem Kontext. *Kindler*, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2019, § 10 Rn. 111 etwa geht explizit nicht von einem eigenen Anspruch gegen die Gesellschafter aus. Da wegen der getrennten Rechtspersönlichkeiten von Gesellschaft und Gesellschafter auch zwei unterschiedliche Verbindlichkeiten bei verschiedenen Schuldnern entstehen (etwa *Boesche*, in: *Oetker* (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2021, § 128 Rn. 3; *Haas*, in: *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas u.a.* (Hrsg.), *HGB*, 2023, § 126 Rn. 4), müssen diesen auch zwei unterschiedliche Forderungen gegenüberstehen. Eine Forderung ist ein schuldrechtlicher Anspruch. Daher entsteht über § 128 HGB ein eigener Anspruch gegen den Gesellschafter; so wohl auch *Steitz*, in: *Henssler/Strohn* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, 2021, § 128 Rn. 2, der die Parallele in diesem Punkt zur Bürgenhaftung betont, bei der ein eigener Anspruch gegen den Bürgen vorliegt. Tatbestandsmerkmal des Anspruchs gegen den Gesellschafter ist wiederum ein Anspruch gegen die Gesellschaft, der nicht vertraglicher Natur sein muss, siehe etwa *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2023, § 128 Rn. 2; *Schmidt/Drescher*, in: *Drescher/Fleischer/Schmidt* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 2022, § 128 Rn. 2. Sie gehen davon aus, dass die über § 128 HGB erzeugte Haftung selbst keine „Schuld, sondern ein Zustand“ sei, ebd. Rn. 3; a. A. *Steitz*, in: *Henssler/Strohn* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, 2021, § 128 Rn. 19; und wohl auch *Kindler*, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2019, § 10 Rn. 103, der zwischen der Schuld der Gesellschaft und der der Gesellschafter differenziert. Doch auch die Einordnung als „Zustand“ muss einer Kategorisierung als Anspruch nicht widersprechen. Vgl. zum Vorliegen getrennter Ansprüche ferner OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313 (freilich noch zur alten Rechtslage).

nicht bloß weitere Haftungsmassen für einen Anspruch gegen die Gesellschaft zur Verfügung.²⁸⁶

Die Akzessorietät geht dabei nach der heute herrschenden Erfüllungstheorie²⁸⁷ so weit, dass nicht nur vom Umfang dasselbe geschuldet wird wie von der Gesellschaft, sondern dass auch inhaltlich der Gesellschafter bei Leistung der Schuld entsprechen muss.²⁸⁸ Insbesondere richtet sich auch die Durchsetzbarkeit der Ansprüche gegen den Gesellschafter nach der Durchsetzbarkeit der Haftung der Gesellschaft.²⁸⁹

Die Haftung des Gesellschafters entsteht nicht nach seiner Wahl bzw. seinem Willen durch einen Vertrag, sondern automatisch gemäß §§ 105 Abs. 1, 128 HGB, wenn er Gesellschafter wird und während der Zeit seiner Gesellschaft die Verbindlichkeit begründet wird.²⁹⁰ Das vertragliche Gesellschaftsverhältnis ist nur eine Tatbestandsvoraussetzung, aber nicht willentliche Grundlage für die persönliche Haftung. Die Haftung des Gesellschafters ist mithin eine gesetzliche.²⁹¹ Zweck des § 128 HGB ist der möglichst umfassende Gläubigerschutz.²⁹² Die Ak-

²⁸⁶ *Boesche*, in: Oetker (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2021, § 128 Rn. 3; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 2023, § 7 Rn. 11 f.; *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, § 128 Rn. 8; *Schmidt/Drescher*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 1.

²⁸⁷ Zu dem Theorienstreit etwa knapp *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 10 Rn. 103; ebenso *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, § 128 Rn. 8, der festhält, dass keine „konkrete[n] Ergebnisse“ aus der Entscheidung für die Erfüllungstheorie entstehen; *Schmidt/Drescher*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 25.

²⁸⁸ *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas u.a. (Hrsg.), HGB, 2023, § 126 Rn. 10; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 10 Rn. 103; zudem *ders.*, in: Koller/Kindler/Drüen u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, §§ 128, 129 Rn. 5: Erfüllung könne „in gleicher Weise wie von der Gesellschaft“ verlangt werden. Für denselben Inhalt auch *Klimke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 27; *Schmidt/Drescher*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 25; OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313: Es „handele sich um einen einheitlichen Anspruch, der, gleichgültig wer belangt werde, auch nur einen einheitlichen Inhalt haben könne.“

²⁸⁹ *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 10 Rn. 98; *Klimke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 1; KG, Urteil v. 22.12.2010, 26 U 232/09, NZG 2011, 102.

²⁹⁰ Diese Haftung ist der oHG wesenseigen, siehe etwa *Steitz*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 128 Rn. 1; *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, § 128 Rn. 1; vgl. auch *Klimke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Vorb.

²⁹¹ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 192; *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 486; *Schmidt/Drescher*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 2.

²⁹² *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 10 Rn. 103; *Klimke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 1; *Steitz*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 128 Rn. 1.

zessorität der Haftung nach § 128 HGB ist daher zudem zum Schutze der Gläubiger gemäß § 128 S. 2 HGB nicht abdingbar außer durch Individualabrede mit dem Gläubiger selbst.²⁹³

II. Bindung des nach § 128 HGB haftenden Gesellschafters an eine Schiedsvereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschaft

Nach der Rechtsprechung und der ganz überwiegenden Lehre entsteht bei der Haftung des Gesellschafters nach § 128 HGB auch eine Schiedsbindung zwischen ihm und dem Gläubiger der Gesellschaft, sofern der materielle Anspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft mit einer Schiedsvereinbarung versehen war.²⁹⁴ Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur stellen dabei auf eine objektivrechtliche Übertragung dieser Schiedsbindung auf den Gesellschafter ab,²⁹⁵ die

²⁹³ Siehe etwa *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 2022, S. 253; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 10 Rn. 109; *Klimke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 32 f.; *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, § 128 Rn. 37 f.; *Schmidt/Drescher*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 16.

²⁹⁴ Grundsätzlich dafür *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 119; *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195 f.; *Hillmann*, in: Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2020, § 128 Rn. 61; so auch bereits *Jacusiell*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1148; ebenso *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, §§ 128, 129 Rn. 6; *Klimke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 52; auch schon *Kornblum*, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, 1972, S. 167 und *ders.*, JA 1979, 393, 400; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 148 ff.; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 115 halten die Bindung abgesehen von der dogmatischen Begründung gar für „unstreitig“; *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, § 128 Rn. 40; *Schmidt*, Der Betrieb 1989, 2315, unter III. 1. d); *Schmidt/Drescher*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 23; *Sessler*, BB Beilage 1998, 21; *Steitz*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 128 Rn. 75; *Wagner*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 38 f.; *Wiegand*, SchiedsVZ 2003, 52, 57; BGH, Urteil v. 8.7.1981, VIII ZR 256/80, NJW 1981, 2644, 2646; OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312; grundsätzlich dagegen *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 508 ff.; *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 246; *ders.*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 165 f.

²⁹⁵ *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas u.a. (Hrsg.), HGB, 2023, § 126 Rn. 19; bereits *Jacusiell*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143, 1148; ebenso für eine gesetzliche Bindung *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, §§ 128, 129 Rn. 6; *Wagner*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 38; siehe schon RG, Urteil v. 13.11.1893, VI. 208/93, RGZ 32, 44, 45; BGH, Urteil v. 8.7.1981, VIII ZR 256/80, NJW 1981, 2644, 2646; OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312; OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198, 199; wohl ebenso dafür *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 196; *Hillmann*, in: Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2020, § 128 Rn. 61; *Schmidt/Drescher*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 23.

aber zwischen Gläubiger und Gesellschafter abbedungen werden kann.²⁹⁶ Nach einer anderen Ansicht in der Literatur muss sich eine Schiedsbindung des Gesellschafters in Fällen des § 128 HGB hingegen im Wege der Auslegung ermitteln lassen, sich mithin nach dem Willen der Parteien richten, der aber im Zweifel anzunehmen ist.²⁹⁷ Nur nach einer vereinzelt vertretenen Meinung bedarf es einer gesonderten Schiedsvereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschafter.²⁹⁸

Gegen eine gesetzliche Schiedsbindung der Gesellschafter über § 128 HGB wird zunächst die juristische Trennung von Haupt- und Schiedsvertrag eingewandt.²⁹⁹ Die materiell-rechtliche Haftungsnorm des § 128 HGB könne demnach keine Auswirkungen auf die prozessual wirkende Schiedsvereinbarung haben.³⁰⁰ Nach der heute herrschenden Erfüllungstheorie haben die Gesellschafter jedoch für die identischen Verpflichtungen der Gesellschaft einzustehen und nicht bloß eine reine Geldzahlung zu erbringen.³⁰¹ So haben die persönlich haftenden Gesellschafter über § 128 HGB für die oHG, über § 128 HGB analog für die GbR.³⁰²

²⁹⁶ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 504.

²⁹⁷ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erreichung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 121; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 152 f.; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 115; *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, § 128 Rn. 40, der von konkludenter Bevollmächtigung der unterzeichnenden Gesellschafter ausgeht, auch die anderen Gesellschafter verpflichten zu können; grundlegend *Schmidt*, Der Betrieb 1989, 2315, unter III. 2.; *Sessler*, BB Beilage 1998, 21; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 75; *Steitz*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 128 Rn. 75; unklar *Klimke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 52; gegen diese Ansicht *Wiegand*, SchiedsVZ 2003, 52, 57.

²⁹⁸ *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 246; *ders.*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 165.

²⁹⁹ Etwa *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 115; vgl. auch *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 532.

³⁰⁰ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erreichung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 120; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 147; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 115; grundlegend *Schmidt*, Der Betrieb 1989, 2315, unter III. 1. d); *Sessler*, BB Beilage 1998, 21.

³⁰¹ *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas u.a. (Hrsg.), HGB, 2023, § 126 Rn. 10; *Hillmann*, in: Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2020, § 128 Rn. 61; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 10 Rn. 103; *ders.*, in: Koller/Kindler/Drüen u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, §§ 128, 129 Rn. 5; *Klimke*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 27; *Wiegand*, SchiedsVZ 2003, 52, 57; OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313; vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erreichung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 120; *Schmidt/Drescher*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 25. Daher ist auch die unterschiedliche Rechtspersönlichkeit von Gesellschaft und Gesellschafter ebenso wenig ein Argument gegen eine Schiedsbindung der Gesellschafter über § 128 HGB, siehe statt vieler *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 193.

³⁰² *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 2022, S. 195; *Boesche*, in: Oetker (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2023, § 128 Rn. 40.

und für die KG über § 161 Abs. 2 i. V. m. § 128 HGB auch für alle Modifikationen der materiellen Ansprüche ohne zusätzliche Zustimmung im Einzelfall einzustehen.³⁰³ Eine gesonderte Schiedsbindung der Gesellschafter über eine Auslegung und Stellvertretung ist in dieser speziellen gesellschaftsrechtlichen Konstellation mit akzessorischer Haftung systematisch nicht passend.³⁰⁴

Wie bereits im Kontext der Zession diskutiert wurde,³⁰⁵ geht auch der Einwand fehl, Schiedsvereinbarungen seien keine Modalitäten des materiellen Anspruchs, da sie prozessuale Rechte betreffen.³⁰⁶ Denn auch prozessual wirkende Modifikationen – etwa hinsichtlich der Durchsetzbarkeit³⁰⁷ – können Eigen-

setzbuch, 2021, § 128 Rn. 3; *Schmidt/Drescher*, in: *Drescher/Fleischer/Schmidt* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 4.

³⁰³ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 192; BGH, Urteil v. 8.7.1981, VIII ZR 256/80, NJW 1981, 2644, 2646; a. A. *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 121.

³⁰⁴ Ebenso *Wiegand*, *SchiedsVZ* 2003, 52, 57. Das gilt umso mehr, da nicht (mehr) auf eine Doppelverpflichtung von Gesellschaft und Gesellschafter abzustellen ist, *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 192; siehe zu der überholten Doppelverpflichtungslehre etwa *Kindl*, *WM* 2000, 697 ff.; vgl. auch *Koch*, *Gesellschaftsrecht*, 2023, § 7 Rn. 12 f. Für eine Lösung im Wege der Auslegung und Stellvertretung aber noch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 121; ebenso etwa *Müller/Keilmann*, *SchiedsVZ* 2007, 113, 115; *Roth*, in: *Hopt/Kumpfan/Leyens u.a.* (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2023, § 128 Rn. 40; grundlegend *Schmidt*, *Der Betrieb* 1989, 2315, unter III. 2. a).

³⁰⁵ Siehe oben in diesem Teil unter B. I.

³⁰⁶ Im Kontext der Diskussion um § 128 HGB etwa *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 192; allgemein zur Schiedsvereinbarung als Eigenschaft oder „Qualität“ des Hauptanspruchs *Wagner*, *Prozeßverträge*, 1998, S. 307; gegen die Schiedsbindung als Modalität des Hauptanspruchs aber *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 119; *Haas/Oberhammer*, in: *Bitter/Lutter/Priester u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 508 f.; *Habersack*, in: *Schütze* (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 164; *Massuras*, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 147; *Retzbach*, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, S. 193 f.; grundlegend *Schmidt*, *Der Betrieb* 1989, 2315, unter III. 1. d). *Haas/Oberhammer*, in: *Bitter/Lutter/Priester u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 510 führen § 129 Abs. 4 HGB gegen eine Schiedsbindung an und argumentieren, dass demnach die Zwangsvollstreckung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft getrennt sein müsse. Das spricht jedoch nicht gegen die Einordnung der Schiedsvereinbarung als Modalität (zur Einordnung als Modalität siehe oben im 2. Teil unter B. I. 2.). Vielmehr gehen die prozessualen Wirkungen der Schiedsvereinbarung im Wege der gesellschaftsrechtlichen Akzessorietät nach § 128 HGB grundsätzlich mit dem materiellen Hauptanspruch auf den Gesellschafter über. § 129 Abs. 4 HGB regelt nur speziell für die Zwangsvollstreckung, dass diese prozessuale Frage getrennt zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu betrachten ist. Das spricht indes nicht dagegen, Gesellschafter und Gesellschaft für das Erkenntnisverfahren einheitlich der Schiedsvereinbarung zu unterwerfen.

³⁰⁷ *Kindler*, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2019, § 10 Rn. 98; *Klimke*, in: *Häublein/Hoffmann-Theinert* (Hrsg.), *BeckOK HGB*, 15.1.2022, § 128 Rn. 1; KG, Urteil v. 22.12.2010, 26 U 232/09, NZG 2011, 102; siehe auch schon oben in diesem Teil unter E. I.

schaften des Hauptanspruchs sein und bilden mit diesem eine Sinneinheit. Ohne einen Hauptanspruch kann eine Schiedsvereinbarung nicht sinnvoll bestehen. Konsequenterweise muss daher auch die Schiedsvereinbarung im Haftungsfall nach § 128 HGB für den Gesellschafter gelten.³⁰⁸ Daher spricht die spezielle gesellschaftsrechtliche Akzessorietät aus § 128 HGB für eine objektiv-rechtliche Schiedsbindung des Gesellschafters, obgleich der Haupt- und der Schiedsvertrag juristisch getrennte Verträge sind und unterschiedliche Rechte betreffen.³⁰⁹

Erneut spricht zudem gegen die Ansicht, die eine Bindung nur im Wege der Auslegung und mit vermutetem Bindungswillen annehmen will, dass über diesen Ansatz das Freiwilligkeitserfordernis nur zum Schein gewahrt würde.³¹⁰ In diesem Punkt sprechen dieselben Gründe gegen eine Schiedsbindung des Gesellschafters in Fällen der materiellen Haftung über § 128 HGB, wie sie auch bei einem Stellvertretungsansatz ohne hinreichende Anhaltspunkte und vor allem bei der ergänzenden Auslegung schon diskutiert wurden.³¹¹ Über einen vermuteten Bindungswillen der Gesellschafter im Falle des § 128 HGB kann keine rechtssichere Schiedsbindung entstehen.³¹² Zudem müsste in diesem Fall auch das Formerfordernis von § 1031 ZPO grundsätzlich eingehalten werden.³¹³

³⁰⁸ Im Ergebnis so wohl auch *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 64; für eine Schiedsbindung aus diesem Grund *Gross*, *SchiedsVZ* 2006, 194, 195; vgl. schon *Jacusiel*, *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 1930, 1143, 1148; für die gesetzliche Schiedsbindung nach § 128 HGB auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2022, § 1029 Rn. 51; *Niklas*, *Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen*, 2008, S. 192; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 2018, § 176 Rn. 44; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 50; *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2005, Kapitel 7 Rn. 35; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 2023, § 1029 Rn. 8; ebenfalls aus diesem Grund für die Bindung der Gesellschafter OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, *NJW* 1961, 1312, 1313; mit gleichem Ergebnis zu einer Gerichtsstandsvereinbarung und Verweis auf die Parallele bei Schiedsvereinbarungen BGH, Urteil v. 8.7.1981, VIII ZR 256/80, *NJW* 1981, 2644, 2646; dem zustimmend *Wiegand*, *SchiedsVZ* 2003, 52, 58. Dagegen etwa *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 120; *Massuras*, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 148, allerdings nur mit dem nicht überzeugenden Argument der Trennung des Anspruchs gegen die Gesellschafter von dem Anspruch gegen die Gesellschaft.

³⁰⁹ A. A. *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas u.a. (Hrsg.), *HGB*, 2023, § 126 Rn. 19, der gleichwohl eine Bindung aufgrund des Repräsentationsgedankens von § 126 HGB annimmt; gegen eine Bindung aufgrund der Akzessorietät auch *Massuras*, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 148.

³¹⁰ Vgl. auch bei *Müller/Keilmann*, *SchiedsVZ* 2007, 113, 115, die einen Parteiwillen zur Schiedsbindung annehmen wollen, wenn eine umfassende materielle gesetzliche Haftungsnorm wie § 128 HGB vorliegt.

³¹¹ Siehe oben im 3. Teil unter B. am Anfang und unter B. I. 4. b) sowie unter B. II. und C. II. 1. und 2.

³¹² Siehe auch *Massuras*, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 153; *Niklas*, *Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen*, 2008, S. 193; *Schmidt*, *Der Betrieb* 1989, 2315, unter III. 2. b) und d), der diese Schwäche der eigenen Lösung auch eingesteht.

Gegen die objektiv-rechtliche Schiedsbindung der Gesellschafter über § 128 HGB wird auch der Vergleich zur Bürgenhaftung angeführt, die ebenfalls akzessorisch erfolgt, gleichwohl ganz herrschend zu keiner Schiedsbindung des Bürgen führt.³¹⁴ Jedoch bestehen entscheidende Unterschiede zwischen dem Bürgen und dem Gesellschafter,³¹⁵ die von den Vertretern dieser Auffassung übersehen werden. Der Bürge geht in der Regel für ein konkretes Vertragsverhältnis eine einzelne vertragliche Verpflichtung ein, bei der es dem Gläubiger zugemutet werden kann, über eine gesonderte Vereinbarung eine Schiedsbindung auch mit dem Bürgen zu verhandeln. Der Geschäftsverkehr ist bei dem Gesellschafter hingegen auf eine umfassende Haftung für alle Verbindlichkeiten samt Nebenpflichten und Modalitäten angewiesen.³¹⁶ Daher gibt es für den Gesellschafter gerade die gesetzliche Haftungsnorm des § 128 HGB, während beim Bürgen eine solche fehlt.³¹⁷

So verdient der Bürge auch einen größeren Schutz als der Gesellschafter.³¹⁸ Der Bürge erlangt – abgesehen von einer gelegentlichen Gegenleistung des Schuldners – keinen Vorteil aus seiner Bürgschaft. Es handelt sich um einen einseitig verpflichtenden Vertrag.³¹⁹ Beim persönlich haftenden Gesellschafter ist

³¹³ *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 246; *ders.*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 166. Beachte, dass nach dessen Ansicht (ebd.) das Formerfordernis auch gegen eine gesetzliche Bindung über § 128 HGB spricht. Das kann indes nicht richtig sein, da die Form den freien Willen schützen soll, auf den es bei einer gesetzlichen Bindung gerade nicht ankommt, siehe auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 193 und oben im 3. Teil unter D. und im 5. Teil zu Beginn. *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 246 stellt hingegen richtig nur im Falle einer Schiedsbindung über die Auslegungslösung auf die Formanforderungen ab. Siehe zur Formproblematik bei einer Auslegungslösung ausführlich (allerdings noch zum alten Recht) auch *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 154 ff.; ebenso schon *Schmidt*, Der Betrieb 1989, 2315, unter III. 2. b) und c); siehe dazu auch oben im 3. Teil unter D. III.

³¹⁴ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 120; *Haas/Oberhammer*, in: *Bitter/Lutter/Priester* u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 508 ff.; *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 246; *ders.*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 163 ff.; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 148.

³¹⁵ *Wagner*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, S. 40; vgl. auch *Haas*, in: *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas* u.a. (Hrsg.), *HGB*, 2023, § 126 Rn. 10.

³¹⁶ Vgl. *Sandrock*, in: *Baums/Hopt/Horn* (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 485; siehe auch schon oben in diesem Kapitel unter I.

³¹⁷ *Wagner*, in: *Böckstiegel/Berger/Bredow* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, S. 40; vgl. auch *Habersack*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 163 und 165, der insoweit anerkennt, dass die Akzessorietät beim Gesellschafter „noch strikter ausgeformt“ sei. Ferner *Haas*, in: *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas* u.a. (Hrsg.), *HGB*, 2023, § 126 Rn. 10.

³¹⁸ So wird richtigerweise auch auf die berechtigten Interessen des Bürgen abgestellt, um dessen Bindung zu verneinen, siehe auch bei *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241, 246.

³¹⁹ Statt vieler *ders.*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker* u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2020, § 765 Rn. 2.

die Haftung ein fester Bestandteil eines größeren Regelungskomplexes (siehe insbesondere §§ 105, 129 HGB), der feststehende Vorteile und die persönliche Haftung als Ausgleich von diesen mit sich bringt.³²⁰ So kann der Gesellschafter etwa jederzeit Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen tätigen (§ 122 HGB) und soll mit seiner Haftung auch zu diesem Privileg ein Gegenstück beisteuern.³²¹ Dadurch erhält die jeweilige Gesellschaft ihre Kreditwürdigkeit, weshalb die umfassende Gesellschafterhaftung wesentlicher Anteil der wirtschaftlichen Konstruktion der Personengesellschaften ist.³²² Die umfassende Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter ist damit nicht nur ein Schutz für den Gläubiger der Gesellschaft, sondern kommt auch der Gesellschaft und damit letztlich auch ihren Gesellschaftern zugute.³²³ Eine vergleichbare Interessenlage ist bei der Bürgschaft nicht festzustellen.

Darüber hinaus gibt es für die persönlich haftenden Gesellschafter keine Einrede der Vorausklage, wie sie in § 771 BGB vorgesehen ist. So ist auf den Bürgen trotz akzessorischer Haftung sekundär zurückzugreifen.³²⁴ Die akzessorische Haftung des Gesellschafters ist hingegen eine umfassende, unmittelbare und primäre. Und auch hinsichtlich des Erfüllungsortes wird zum Gläubigerschutz bei der Gesellschafterhaftung der Erfüllungsort nach der Gesellschaftsverbindlichkeit bestimmt.³²⁵ Diese Einheitlichkeit besteht bei der Bürgenhaftung ebenfalls nicht. Es zeigt sich also, dass die Situation von Bürgen und persönlich haftenden Gesellschaftern grundlegend verschieden sind, auch wenn beide akzessorisch haften.³²⁶ Daher lässt sich die fehlende Schiedsbindung des Bürgen nicht über-

³²⁰ Haas, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas u.a. (Hrsg.), HGB, 2023, § 126 Rn. 3; vgl. auch Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 7 Rn. 11 f. und 14 ff.

³²¹ Klimke, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 1.

³²² Siehe etwa Haas, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas u.a. (Hrsg.), HGB, 2023, § 126 Rn. 10; Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 10 Rn. 103; Klimke, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 1; Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 192; Steitz, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 128 Rn. 1.

³²³ Klimke, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 1; vgl. auch Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2019, § 10 Rn. 103; Steitz, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 128 Rn. 1.

³²⁴ Etwas anderes gilt nur für die selbstschuldnerische Bürgschaft, vgl. *ders.*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 128 Rn. 16; a. A. Habersack, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 166, der anführt, dass die Einrede der Vorausklage für den kaufmännischen Bürgen gemäß § 349 HGB nicht gilt und im Übrigen meistens vertraglich ausgeschlossen werde. Das ändert aber nichts an der gesetzlich grundsätzlich anderen Regelung und Wertung für den Bürgen im Vergleich zum persönlich haftenden Gesellschafter. Dass es in einigen Situationen eine Abweichung von diesen grundsätzlich anderen Regelungen gibt, kann daher nicht als Argument gegen die Verschiedenheit der beiden akzessorischen Haftungen angeführt werden.

³²⁵ Klimke, in: Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.), BeckOK HGB, 15.1.2022, § 128 Rn. 30.

³²⁶ Vgl. auch Schmidt/Drescher, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kom-

zeugend als Argument gegen eine Schiedsbindung des Gesellschafters im Falle des § 128 HGB anführen.

Generell spricht der Schutzgedanke des § 128 HGB zugunsten der Gläubiger für die gesetzliche Schiedsbindung des persönlich haftenden Gesellschafters.³²⁷ Daher ist es auch gerechtfertigt, den Gesellschaftern die Obliegenheit aufzuerlegen, individualvertraglich die Schiedsbindung mit den Gläubigern auszuschließen, sofern sie diese nicht wünschen.³²⁸ Das scheint zwar das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlichen Gerichten umzukehren, ist vor dem Hintergrund der Wirkungsweise des § 128 HGB aber gerechtfertigt.³²⁹ Den professionell am Wirtschaftsleben teilnehmenden persönlich haftenden Gesellschaftern, die sich materiell durch die persönliche Haftung mitunter noch größeren Risiken aussetzen, ist diese Obliegenheit zuzumuten. Denn § 128 HGB schreibt gerade Gläubigerschutz vor und nicht Gesellschafterschutz. Außerdem bestünde sonst die Gefahr, dass durch eine unzureichend kapitalisierte Gesellschaft Gläubiger stets ihrer Schiedsvereinbarung beraubt werden könnten.³³⁰ Besteht bei der Gesellschaft nämlich von Anfang an keine Aussicht auf Tilgung etwaiger Verbindlichkeiten, müssen sich die Gläubiger faktisch ausschließlich an die Gesellschafter halten. Für eine Erhaltung der Schiedsvereinbarung müssen diese Gesell-

mentar zum HGB, 2022, § 128 Rn. 3 zu der ständigen Möglichkeit, dass neue Verbindlichkeiten dazukommen; siehe auch *Steitz*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 128 Rn. 2.

³²⁷ *Haas*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas u.a. (Hrsg.), HGB, 2023, § 126 Rn. 10 und 19; *Kornblum*, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, 1972, S. 167; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 189; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 35; *Wiegand*, SchiedsVZ 2003, 52, 57; BGH, Urteil v. 8.7.1981, VIII ZR 256/80, NJW 1981, 2644, 2646; vgl. auch *Sandroock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 485; letztlich auch für eine Bindung aufgrund der Wertungen bzw. des Zwecks des § 128 HGB *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 194 ff. mit einer Interessenabwägung zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen; für eine solche Interessenabwägung zur Bindung des Gesellschafters auch *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 511.

³²⁸ So auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 193.

³²⁹ Siehe auch *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 194; a. A. *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 148; auch *Habersack*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 165 f. der aus der Möglichkeit der individualvertraglichen Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Gesellschafter den Schluss zieht, das Verhältnis von Gläubiger zu Gesellschaft führe nicht zu einer schiedsrechtlichen Bindung des Gesellschafters.

³³⁰ So auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 121; ebenfalls *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 148, der diese Gefahr aber nicht für beachtlich hält; wie hier auch *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 35.

schafter daher unabhängig von ihrem Willen an die Schiedsvereinbarungen der Gesellschaft gebunden werden.

Zuletzt ist zu bedenken, dass das hier vertretene Ergebnis auch im Einklang zu der ganz herrschenden Meinung bei der Gerichtsstandsvereinbarung steht. Denn auch Gerichtsstandsvereinbarungen erstrecken sich auf Gesellschafter in Fällen des § 128 HGB.³³¹ Diese beiden Zuständigkeitsvereinbarungen sind konsequenterweise hinsichtlich der subjektiven Reichweite gleich zu behandeln.³³²

III. Zwischenergebnis zur Schiedsbindung über § 128 HGB

Auch im Falle einer Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB hat unabhängig von dem Willen der Gesellschafter eine Schiedsbindung zu erfolgen. Das ergibt sich aus der spezifisch gesellschaftsrechtlichen Akzessorietät der Haftung aus § 128 HGB.³³³ Zentral spricht auch der Gläubigerschutzgedanke hinter dieser Vorschrift und die mangelnde Tauglichkeit einer Bindung über einen vermuteten Willen für dieses Ergebnis. Ferner lässt sich die insoweit gleiche Bindung an eine Gerichtsstandsvereinbarung für die hier bevorzugte schiedsrechtliche Annexbindung entsprechend der gesetzlichen Haftung aus § 128 HGB anführen. Diese Bindung können die Gesellschafter nur individualvertraglich mit den Gläubigern ausschließen. Den Gläubigern steht es demgegenüber frei, bei Abschluss der Schiedsvereinbarung mit der Gesellschaft die Wirkung auf das Verhältnis zwischen sich zu beschränken.

F. Schiedsbindung Dritter bei Organhaftung in der Aktiengesellschaft

Im Folgenden werden mögliche Schiedsbindungen Dritter in Organhaftungsfällen von Aktiengesellschaften untersucht. Als Organe kommen vor allem der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung in Betracht. Daher wird

³³¹ *Hillmann*, in: Joost/Strohn (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2020, § 128 Rn. 61; *Kornblum*, *Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften*, 1972, S. 167; *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2023, § 128 Rn. 41; *Schmidt/Drescher*, in: *Drescher/Fleischer/Schmidt* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 2022, § 128 Rn. 23; *Schultzky*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer u.a.* (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 38 Rn. 13; BGH, Urteil v. 8.7.1981, VIII ZR 256/80, NJW 1981, 2644, 2646.

³³² *Hillmann*, in: Joost/Strohn (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2020, § 128 Rn. 61; *Roth*, in: Hopt/Kumpan/Leyens u.a. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2023, § 128 Rn. 40 f.; *Schmidt/Drescher*, in: *Drescher/Fleischer/Schmidt* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 2022, § 128 Rn. 23; *Schultzky*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer u.a.* (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, § 38 Rn. 13; BGH, Urteil v. 8.7.1981, VIII ZR 256/80, NJW 1981, 2644, 2646.

³³³ *Sandrock*, in: *Baums/Hopt/Horn* (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 485.

analysiert, in welchen Fällen einer materiellen Haftung dieser drei Organe auch eine Schiedsbindung der Gläubiger in Betracht kommen könnte. Als Ausgangspunkt dienen dabei jeweils gesetzliche Dritthaftungstatbestände des Aktienrechts.

I. Schiedsbindung im Falle der Vorstandshaftung

Nach dem Zweck der juristischen Person sind die Mitglieder und Organe getrennt von der juristischen Person zu betrachten, so dass eine Außenhaftung grundsätzlich nicht in Betracht kommt.³³⁴ Ausnahmen können unter Umständen in speziellen Fällen der Durchgriffshaftung bestehen,³³⁵ worauf noch gesondert im nächsten Kapitel eingegangen wird. Zudem besteht eine gesetzliche Ausnahme in § 93 Abs. 5 S. 1 AktG für die Haftung von Vorstandsmitgliedern. Demnach kann ein Gläubiger einer Gesellschaft auch die Ansprüche der Gesellschaft gegen ein Vorstandsmitglied geltend machen, wenn Ersatz durch die Gesellschaft nicht möglich ist.

Die Haftung des einzelnen Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft ergibt sich dabei aus § 93 Abs. 2 AktG. Konkret einschlägige Verstöße gegen das Aktienrecht werden in Abs. 3 aufgezählt. Dabei erhält der Gläubiger einen eigenen Anspruch, der den Inhalt des Anspruchs der Gesellschaft gegen den Schädiger hat.³³⁶ Teilweise wird wegen der inhaltlichen Identität und der prozessualen Wechselwirkungen der Ansprüche auch von einer beschränkten Akzessorietät gesprochen.³³⁷ Daher ähnelt die Situation einerseits der Zession, da der Gläubiger wechselt und der neue Gläubiger einen eigenen Anspruch geltend macht, wobei im Falle von § 93 Abs. 5 AktG der Anspruch des alten Gläubigers aber parallel bestehen bleibt. Andererseits ähnelt die Situation auch der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB, da eine gesellschaftstypische Akzessorietät besteht.

³³⁴ *Mansel*, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 2023, Vorb. § 21 Rn. 1; siehe dazu auch oben im 2. Teil unter C. I. und II.; siehe für die Haftungstrennung speziell von Vorstandsmitgliedern auch *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 354; *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143, 146.

³³⁵ Siehe auch *ders.*, SchiedsVZ 2009, 143, 147, die in diesen Fällen aber nicht von einer objektiv-rechtlichen Schiedsbindung ausgeht.

³³⁶ *Daumer-Lieb*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 93 AktG Rn. 48; *Fleischer*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 93 Rn. 357; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 156; *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 310; *Koch*, in: *ders.* (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 93 Rn. 170 f.; *Spindler*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 116 Rn. 214.

³³⁷ *Koch*, in: *ders.* (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 93 Rn. 173.

1. Schiedsrechtlicher Drittbindungswille von Vorstand und Gesellschaft im Falle von § 93 Abs. 5 AktG

Soweit ersichtlich, wurde in diesem Kontext eine Schiedsbindung des Gläubigers noch nicht diskutiert.³³⁸ Organhaftungsansprüche sind als vermögensrechtliche Streitigkeiten schiedsfähig,³³⁹ wie sich aus § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO ergibt.³⁴⁰ Es stellt sich mithin die Frage, ob der Gläubiger auch ohne seinen Willen an eine Schiedsvereinbarung zwischen Aufsichtsrat und Gesellschaft gebunden ist. Die ursprünglichen Parteien – also die Gesellschaft und der Vorstand bzw. das Vorstandsmitglied – müssen dazu zunächst die grundsätzliche Erstreckung ihrer Schiedsvereinbarung auch auf gesellschaftsexterne Gläubiger vorgesehen haben.

Anders als bei der Zession ist hier nicht davon auszugehen, dass eine solche Einbeziehung im Zweifel gewünscht ist.³⁴¹ Denn die Konstellation der Zession unterscheidet sich in zweifacher Hinsicht von der des § 93 Abs. 5 AktG: Zum einen tritt bei § 93 Abs. 5 AktG ein weiterer Gläubiger hinzu, so dass die Schiedsvereinbarung gegenüber dem alten Gläubiger (der Gesellschaft) erhalten bleibt. Zum anderen handelt es sich bei dem materiellen Anspruch (§ 93 Abs. 2 AktG) um einen gesellschaftsinternen Anspruch, bei dem im Ausgangspunkt nicht von einer Geltendmachung durch externe Gläubiger auszugehen ist.³⁴²

Gleichwohl ist ein solcher Drittbindungswille der Hauptparteien in einzelnen Situationen denkbar. Bezwecken die Gesellschaft und der Vorstand etwa die Geheimhaltung wichtiger Unternehmensgeheimnisse vor der Öffentlichkeit auch im Verfahren bei aufkommenden oder bereits entstandenen Konflikten,³⁴³ kann beiden an der Geltung einer Schiedsvereinbarung auch gegenüber Gläubigern

³³⁸ *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 336 nennen diese Möglichkeit lediglich und verneinen sie ohne Nachweise und Argumente; ebenso auch *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143, 145, jedoch mit Verweis auf BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399 zur Schiedsbindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Daraus ergibt sich indes nicht, dass der Gläubiger nach § 93 Abs. 5 AktG nicht auch ohne seinen Willen an eine Schiedsvereinbarung zwischen Gesellschaft und Vorstand gebunden sein kann.

³³⁹ *Fleischer*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 93 Rn. 383; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 193; *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 331; *Koch*, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 93 Rn. 184. Eine Entscheidung nach Billigkeit nach § 1051 Abs. 3 S. 1 ZPO soll aber ausgeschlossen sein, siehe *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 193.

³⁴⁰ *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143, 144.

³⁴¹ Siehe dazu bei der Zession oben in diesem Teil unter B. I.

³⁴² Das gilt umso mehr, da § 93 Abs. 5 AktG keine große Rolle in der Praxis spielt, siehe *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 152; *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 310; *Koch*, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 93 Rn. 170; *Spindler*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 116 Rn. 213.

³⁴³ Zu diesem recht häufig bestehenden Interesse auch *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 155; *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143, 144.

der Gesellschaft gelegen sein. Etwa in einem solchen Fall ist zu diskutieren, ob auch die Gläubiger der Gesellschaft über § 93 Abs. 5 AktG ohne ihren Willen an die Schiedsvereinbarung gebunden werden.

2. Schiedsbindung des externen Gläubigers ohne seinen Willen

Argumente, die bei der Zession, beim Vertrag zugunsten Dritter und bei einer Bindung nach § 128 HGB angeführt wurden, sprechen auch hier für die Bindung: Zum einen haben bei § 93 Abs. 5 AktG die Forderung der Gesellschaft und die Forderung des Gläubigers denselben Inhalt, wenngleich die Rechtsstellung punktuell angepasst wird.³⁴⁴ Zum anderen entspricht es auch dem Schuldnerschutzgedanken, dass das mit der Schiedsvereinbarung verfolgte Ziel (etwa Geheimhaltung) nicht schon deshalb umgangen wird, weil der Gläubiger der Gesellschaft den Anspruch geltend macht.³⁴⁵

Für den Gläubiger der Gesellschaft schafft § 93 Abs. 5 AktG ohnehin bereits eine Privilegierung,³⁴⁶ da er zusätzlich zu der Möglichkeit, seinen Anspruch gegen die Gesellschaft (weiter) zu verfolgen,³⁴⁷ einen weiteren, ursprünglich gesellschaftsinternen Anspruch erhält. Der eigentliche Zweck des § 93 Abs. 2 AktG ist jedoch der Schutz des Gesellschaftsvermögens.³⁴⁸ Im Ausgangspunkt hat der Gläubiger wissentlich mit einer haftungsbeschränkten Gesellschaft kontrahiert und muss mit einer unter Umständen weniger weitreichenden Haftung rechnen, als es etwa ein Vertragspartner einer Personengesellschaft muss. Wenn dem Gläubiger entgegen dem Grundsatz der beschränkten Haftung über § 93 Abs. 5 AktG eine Privilegierung zukommt, ist es legitim, diese Privilegierung zum Schutz der Gesellschaft und des Vorstands prozessual unter die Bedingung der Schiedsbindung zu stellen.

Andererseits ließe sich einwenden, dass im Falle von Art. 93 Abs. 5 AktG gerade ein Durchgriff auf den Vorstand normiert ist, so dass die ursprünglich

³⁴⁴ Koch, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 93 Rn. 170; zur selben Höhe der Ansprüche Fleischer, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 93 Rn. 357; Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 156; Hölter/Hölter, in: Hölter/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 316; siehe zu den Anpassungen bzw. Unterschieden der Ansprüche auch Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 157; Hölter/Hölter, in: Hölter/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 313; Spindler, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 116 Rn. 223; vgl. zum grundsätzlich selben Inhalt der Ansprüche sowohl bei der Zession, oben in diesem Teil unter B. I., als auch beim Vertrag zugunsten Dritter, oben in diesem Teil unter C. I., und bei einer Schiedsbindung über § 128 HGB, oben in diesem Teil unter E. II.

³⁴⁵ Vgl. insofern bei der Zession oben in diesem Teil unter B. I.

³⁴⁶ Daumer-Lieb, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 93 AktG Rn. 48; Fleischer, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 93 Rn. 356; Hölter/Hölter, in: Hölter/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 310; Koch, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 93 Rn. 170.

³⁴⁷ Hölter/Hölter, in: Hölter/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 311.

³⁴⁸ Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 1.

schützende „Hülle“ der Gesellschaft – mitsamt etwaigen Vereinbarungen zwischen Vorstand und Gesellschaft – wegfällt.³⁴⁹ Jedoch spricht die spezielle Teilakzessorität des Art. 93 Abs. 5 AktG³⁵⁰ für eine Schiedsbindung des Gläubigers. Er erhält keinen neuen Anspruch, den er sich selbst aussuchen und gestalten kann, sondern eine Ableitung von dem Gesellschaftsanspruch als eigenen Anspruch. So kann auch die Gesellschaft den Anspruch des Gläubigers aus § 93 Abs. 5 AktG durch Abtretung ihres Anspruchs gegen den Vorstand ohne Weiteres zunichtemachen.³⁵¹ Ist der Gesellschaft diese Möglichkeit gegeben, muss ihr erst recht die Möglichkeit zustehen, prozessuale Modalitäten des Anspruchs bindend zu regeln. Bei der Durchsetzung des Anspruchs durch den Gläubiger gelten dieselben Rechte wie auch bei einer Durchsetzung durch die Gesellschaft.³⁵²

Gegen eine Schiedsbindung des Gläubigers könnte sprechen, dass für eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern eine gesteigerte Pflichtverletzung entweder im Sinne von § 93 Abs. 3 AktG oder im Sinne eines grob fahrlässigen Verstoßes gegen die Sorgfaltspflichten des Vorstands vorliegen muss.³⁵³ Wegen dieser Notwendigkeit einer qualifizierten Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft lässt sich argumentieren, dass der Vorstand weniger schutzwürdig ist und daher auch nicht auf seine Schiedsvereinbarung vertrauen darf. Umgekehrt kann sich aus der Notwendigkeit einer qualifizierten Pflichtwidrigkeit aber ebenso ergeben, dass der Gläubiger nicht in jedem Fall, sondern nur eingeschränkt für besonders schwerwiegende Verstöße des Vorstands privilegiert werden soll.³⁵⁴ Die Beschränkung der eigenständigen Haftung gegenüber dem Gläubiger auf nur qualifizierte Sorgfaltspflichtverstöße spricht daher weder für noch gegen seine Schiedsbindung.

Jedoch sollte der Charakter des Verstoßes im internen Verhältnis nicht zu einer anderen Stellung des externen Gläubigers in schiedsrechtlicher Hinsicht führen. Das gilt umso mehr, wenn – wie etwa im Falle von Geschäftsgeheimnissen³⁵⁵ –

³⁴⁹ Vgl. *Spindler*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 116 Rn. 219, der insbesondere im Zweck des § 93 Abs. 5 S. 3 AktG eine reine Besserstellung des Gläubigers sieht.

³⁵⁰ Zu einer solchen Annahme auch *Koch*, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 93 Rn. 173; für eine Abhängigkeit der Ansprüche etwa hinsichtlich der Höhe des Anspruchs, siehe *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 316; zur wechselseitig befreienden Wirkung ebd. Rn. 318; *Koch*, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 93 Rn. 171; zur gleichsam für den Gläubiger geltenden Beweislastumkehr etwa *Fleischer*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 93 Rn. 361.

³⁵¹ *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 313.

³⁵² *Dies.*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 313.

³⁵³ Vgl. *Daumer-Lieb*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 93 AktG Rn. 50; *Fleischer*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 93 Rn. 361; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 154; *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, 2022, § 93 Rn. 315.

³⁵⁴ Dagegen tendenziell *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 155.

³⁵⁵ Siehe dazu auch *dies.*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 155; *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143, 144.

eine Schiedsbindung auch dem Gesellschaftsinteresse dient. Und wenn das Vorstandsmitglied und die Gesellschaft sogar zeitlich erst nach einem etwaigen Pflichtverstoß des Vorstandsmitglieds eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben,³⁵⁶ kann die Qualität des Verstoßes keinen Einfluss auf das Verhältnis zum gesellschaftsexternen Gläubiger und seine Drittbindung haben. Unabhängig von einer Differenzierung nach der Art des Sorgfaltspflichtverstoßes ist zudem der Insolvenzverwalter als Dritter an eine Schiedsvereinbarung gebunden.³⁵⁷ Zwar soll seine Bindung aus seiner besonderen Amtsstellung erwachsen, vom Grundsatz ist es aber auch eine willensunabhängige Schiedsbindung eines externen Dritten.

Damit gilt in dem wohl insgesamt seltenen Fall,³⁵⁸ dass die Gesellschaft mit dem Vorstand eine Schiedsvereinbarung (auch) für die Fälle einer Haftung im Sinne von § 93 Abs. 2 AktG abgeschlossen hat und deren Bindungswirkung auch für Gläubiger im Falle des § 93 Abs. 5 AktG vorsehen,³⁵⁹ dass der Gläubiger auch ohne seinen Willen an diese Schiedsvereinbarung gebunden wird, wenn er den Anspruch aus § 93 Abs. 2 AktG geltend macht. Diese Überlegungen gelten entsprechend für die Haftung nach § 317 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 i. V. m. § 309 Abs. 4 S. 3 AktG.

3. Keine Schiedsbindung zwischen Vorstand und Gläubiger bei Schiedsvereinbarung zwischen Gesellschaft und Gläubiger

Fraglich ist, ob sich der durch einen Gläubiger der Gesellschaft in Anspruch genommene Vorstand auch auf eine Schiedsvereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschafter berufen kann. Dafür spricht, dass der Vorstand dem Gläubiger auch das Nichtbestehen oder eine Verjährung des Anspruchs gegen die Gesellschaft entgegenhalten kann.³⁶⁰ Dagegen spricht aber, dass die Schiedsver-

³⁵⁶ Zu dieser Möglichkeit *Hölters/Hölters*, in: *Hölters/Weber* (Hrsg.), *Aktiengesetz, 2022*, § 93 Rn. 331; *Koch*, in: ders. (Hrsg.), *Aktiengesetz, 2023*, § 93 Rn. 184; *Umbeck*, *SchiedsVZ* 2009, 143, 144.

³⁵⁷ *Hölters/Hölters*, in: *Hölters/Weber* (Hrsg.), *Aktiengesetz, 2022*, § 93 Rn. 336; *Umbeck*, *SchiedsVZ* 2009, 143, 147; BGH, Urteil v. 19.7.2004, II ZR 65/03, *SchiedsVZ* 2004, 259.

³⁵⁸ § 93 Abs. 5 AktG spielt in der Praxis insgesamt keine große Rolle, siehe *Grigoleit/Tomasic*, in: *Grigoleit* (Hrsg.), *Aktiengesetz, 2020*, § 93 Rn. 152; *Hölters/Hölters*, in: *Hölters/Weber* (Hrsg.), *Aktiengesetz, 2022*, § 93 Rn. 310; *Koch*, in: ders. (Hrsg.), *Aktiengesetz, 2023*, § 93 Rn. 170; *Spindler*, in: *Henssler* (GesamtHrsg.), *BeckOGK – AktG, 1.7.2023*, § 116 Rn. 213.

³⁵⁹ Abseits einer solchen ausdrücklichen Vereinbarung muss, wie soeben dargestellt, ein besonderes Interesse des Vorstands – etwa zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen – festgestellt werden können.

³⁶⁰ Zur Verjährungseinrede siehe *Grigoleit/Tomasic*, in: *Grigoleit* (Hrsg.), *Aktiengesetz, 2020*, § 93 Rn. 157; zum Nichtbestehen oder Erlöschen des Anspruchs zwischen Gläubiger und Gesellschaft siehe *Hölters/Hölters*, in: *Hölters/Weber* (Hrsg.), *Aktiengesetz, 2022*, § 93 Rn. 313 sowie 318; beachte aber auch die Einschränkungen des § 93 Abs. 5 S. 3 AktG: kein Berufen auf Vergleich, Verzicht und Hauptversammlungsbeschluss.

einbarung ohne Beteiligung des Vorstands abgeschlossen wurde. Anders als bei der Berufung auf die Schiedsvereinbarung, die der Vorstand selbst mit der Gesellschaft abgeschlossen hat, würde sich der Vorstand in die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschaft „hineindrängen“. In dieser Situation ist der Gläubiger schützenswerter. Zwischen dem Anspruch aus § 93 Abs. 5 AktG und der Schiedsvereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschaft besteht kein Zusammenhang,³⁶¹ so dass die Schiedsvereinbarung diesen Anspruch schon von der objektiven Reichweite nicht erfasst. Daher kann der Vorstand nicht die Schiedsereinrede erheben, wenn er von einem Gläubiger der Gesellschaft gemäß § 93 Abs. 5 AktG in Anspruch genommen wird und nur zwischen Gesellschaft und Gläubiger eine Schiedsvereinbarung besteht.

II. Schiedsbindung bei der Haftung von Aktionären, Angestellten und Aufsichtsratsmitgliedern

Ähnliche Normen wie § 93 AktG finden sich auch in Bezug auf die Aktionäre (§ 62 Abs. 2 S. 1 AktG), den Aufsichtsrat (§ 116 AktG) und Angestellten der AG (§ 117 Abs. 5 AktG). Dabei findet sich für Mitglieder des Aufsichtsrats in § 116 AktG lediglich ein Verweis auf § 93 AktG, so dass hier keine weiteren Ausführungen erfolgen sollen. Gesondert wird im Folgenden hingegen noch auf eine mögliche Schiedsbindung von Angestellten der AG im Falle einer Haftung nach § 117 Abs. 5 AktG und von Aktionären im Falle einer Haftung nach § 62 Abs. 2 S. 1 AktG eingegangen.

1. Schiedsbindung bei Haftung nach § 117 Abs. 5 AktG

Der Haftungsgrund von § 117 Abs. 1 S. 1 AktG liegt darin, dass der Schädiger seinen Einfluss auf die Gesellschaft ausnutzt, um vorsätzlich die Entscheidungen der Gesellschaft in schädigender Weise zu ihren Lasten zu beeinflussen.³⁶² Es handelt sich um einen deliktischen Anspruch.³⁶³ Als Schädiger kommen neben den Organen auch Aktionäre, Angestellte und sogar gesellschaftsexterne Dritte in Betracht.³⁶⁴ Die praktische Bedeutung der Haftung ist jedoch sehr gering.³⁶⁵

³⁶¹ Sofern der Gläubiger der Gesellschaft mit dieser eine Schiedsvereinbarung treffen will, die auch Ansprüche gegen den Vorstand erfasst und damit auch den Vorstand bindet (und berechtigt), muss der Vorstand ebenfalls Vertragspartner sein, da es sich sonst um einen unzulässigen Vertrag zugunsten Dritter handelt.

³⁶² Koch, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 117 Rn. 1.

³⁶³ Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 117 Rn. 3; Henssler, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 117 AktG Rn. 1; Koch, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 117 Rn. 2; § 93 Abs. 2 AktG stellt hingegen keinen deliktischen Anspruch dar, Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 93 Rn. 110.

³⁶⁴ Dies., in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 117 Rn. 5 ff.; vgl. auch Koch, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 117 Rn. 2.

³⁶⁵ Henssler, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 117 AktG Rn. 1;

Gegen Organe und Aktionäre entfaltet die Norm besonders selten Wirkung, da die gesellschaftlichen Treuepflichten ebenfalls ein Schädigungsverbot umfassen und bereits bei Fahrlässigkeit einschlägig sind.³⁶⁶ Generell beschränkt das Vorsetzerfordernis den Anwendungsbereich von § 117 AktG weitgehend auf dieselben Fälle wie § 826 BGB.³⁶⁷

Theoretisch ist jedoch auch im Falle von § 117 Abs. 5 AktG eine willensunabhängige Schiedsbindung des Gläubigers denkbar. Dazu müsste zunächst wieder eine Schiedsvereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Schädiger bestehen. Diese Schiedsvereinbarung müsste von der objektiven Reichweite auch das vorsätzliche deliktische Verhalten gemäß § 117 Abs. 1 S. 1 AktG umfassen. Diese beiden Voraussetzungen sind für gesellschaftsexterne Schädiger wohl nur im Falle einer Ad-hoc-Schiedsvereinbarung anzunehmen. Zudem müssten Gesellschaft und Angestellter die Schiedsbindung von Gläubigern der Gesellschaft grundsätzlich ebenfalls beabsichtigen. Ein dahingehender Wille – insbesondere zum Schutz der Gesellschaft – ist bei Angestellten nicht so leicht anzunehmen wie bei Vorstandsmitgliedern, da sie nicht so unmittelbar für den Erfolg der Gesellschaft verantwortlich sind. Bei gesellschaftsexternen Dritten ist kaum davon auszugehen.

Im Grundsatz könnte wohl dieselbe Argumentation wie zur Bindung der Gläubiger bei § 93 Abs. 5 AktG auf eine schiedsrechtliche Gläubigerbindung im Falle von § 117 Abs. 5 AktG übertragen werden.³⁶⁸ Doch da die soeben aufgezählten Voraussetzungen für eine willensunabhängige Schiedsbindung der Gesellschaftsgläubiger über § 117 Abs. 5 AktG in der Praxis kaum vorkommen werden, soll auf eine solche willensunabhängige Schiedsbindung nicht näher eingegangen werden.

2. Schiedsbindung bei Haftung nach § 62 Abs. 2 S. 1 AktG

Bei einer Haftung der Aktionäre gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gemäß § 62 Abs. 2 S. 1 AktG sprechen die überwiegenden Gründe für eine

Koch, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 117 Rn. 2; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 117 Rn. 4 fordern sogar die Abschaffung; *Schall*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.1.2023, § 117 Rn. 2 spricht von einer „lückenhaft[en]“ Regelung.

³⁶⁶ *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 117 Rn. 6; differenzierend *Schall*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.1.2023, § 117 Rn. 2; vgl. auch *Koch*, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 117 Rn. 2; siehe aber zu der besonderen Haftungserstreckung aus § 117 Abs. 1 S. 2 AktG etwa *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 117 Rn. 9; *Koch*, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 117 Rn. 1.

³⁶⁷ *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 117 Rn. 1.

³⁶⁸ Vgl. zur materiell-rechtlich weitestgehenden Entsprechung von § 117 Abs. 5 AktG und § 93 Abs. 5 AktG *dies.*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 117 Rn. 24; *Koch*, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 117 Rn. 12; *Schall*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.1.2023, § 117 Rn. 32.

Schiedsbindung des Gläubigers. Bei § 62 Abs. 2 AktG ist umstritten, ob die Gläubiger – wie bei § 93 Abs. 5 und § 117 Abs. 5 AktG – einen eigenen Anspruch gegen die Aktionäre erhalten³⁶⁹ oder ob sie im Rahmen einer gesetzlichen Prozessstandschaft die Rechte der Gesellschaft geltend machen.³⁷⁰ Auf diesen Streit kommt es für die Schiedsbindung des Gläubigers jedoch nicht an. Sofern man einen eigenen Anspruch annimmt, greift dieselbe Argumentation wie sie bereits zu §§ 93 Abs. 5, 117 Abs. 5 AktG erfolgte.

Sofern man nur die Geltendmachung des Anspruchs der Gesellschaft im Wege der Prozessstandschaft annimmt, kann gleichwohl eine schiedsrechtliche Gläubigerbindung angenommen werden.³⁷¹ Denn nach deutschem Recht ist auch eine gewillkürte Prozessstandschaft für ein Schiedsverfahren zulässig,³⁷² sofern keine überwiegenden Gründe dagegen sprechen.³⁷³ Hier kann der Beklagte ohne seinen Willen an ein Schiedsverfahren mit einer anderen Partei gebunden werden. In Parallele dazu könnte auch bei einer gesetzlichen Prozessstandschaft im Einzelfall auf die Freiwilligkeit einer Partei hinsichtlich einer Schiedsbindung verzichtet werden. Demnach könnte also auch der Kläger bei der gesetzlichen Prozessstandschaft ohne seinen Willen gebunden sein. Entscheidend ist nicht die Art der Prozessstandschaft, sondern welche Gründe für eine Erstreckung der schiedsrechtlichen Bindungswirkung sprechen. Dafür spricht vor allem, dass bei der Geltendmachung des Anspruchs dem Aktionär auch dieselben Einwendungen zustehen, wie sie ihm gegenüber der Aktiengesellschaft zustehen.³⁷⁴

Zudem spricht der Schuldnerschutzgedanke dafür, dass der Gläubiger und Kläger auf Einrede des Aktionärs schiedsrechtlich gebunden wird. Anderenfalls wird der Aktionär im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zusätzlich belastet, da er sich gegen den Gläubiger verteidigen muss und ihm in dieser Situation zudem die Schiedsvereinbarung genommen würde. Das kann von § 62 AktG indes nicht bezweckt sein. Die Privatautonomie von Aktionär und Gesellschaft gebietet es vielmehr, dass sie die materiellen Ansprüche zwischen sich endgültig einer Schiedsvereinbarung unterwerfen können. Dieser Grundsatz kann nicht dadurch durchbrochen werden, dass dem Gläubiger materiell-recht-

³⁶⁹ *Cahn*, in: Henssler (GesamtHrsg.), BeckOGK – AktG, 1.7.2023, § 62 Rn. 32; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 62 Rn. 7.

³⁷⁰ *Bayer*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2019, § 62 Rn. 99; *Koch*, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 62 Rn. 15; *Paefgen*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2021, § 62 Rn. 12.

³⁷¹ Siehe zu der grundsätzlichen Möglichkeit, im Falle der Prozessstandschaft eine Schiedsbindung Dritter anzunehmen, *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 49.

³⁷² *Pfeiffer*, SchiedsVZ 2017, 135, 136; vgl. auch BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, 153.

³⁷³ *Pfeiffer*, SchiedsVZ 2017, 135, 138.

³⁷⁴ Etwa *Bayer*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2019, § 62 Rn. 99.

lich im Ausnahmefall die Geltendmachung der Gesellschaftsansprüche über § 62 Abs. 2 AktG eingeräumt wird. Schiedsvereinbarungen zwischen Aktionären und Gesellschaft gelten damit auch für die Gläubiger im Falle des § 62 Abs. 2 S. 1 AktG.

III. Zwischenergebnis

Somit ergibt sich ein differenziertes Bild. Der Vorstand kann den Gläubiger im Falle einer Haftung nach § 93 Abs. 5 AktG an die Schiedsvereinbarung binden, die zwischen Gesellschaft und Vorstand besteht. Umgekehrt kann sich der Vorstand jedoch nicht auf eine Schiedsvereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschaft berufen. In praktisch kaum vorkommenden Fällen ist bei einer Haftung nach § 117 Abs. 5 AktG in Parallele zu § 93 Abs. 5 AktG auch eine Schiedsbindung der Gläubiger denkbar. Ebenso können im Einzelfall Aktionäre bei einer Haftung nach § 62 Abs. 2 AktG eine Bindung der klagenden Gläubiger einfordern.

G. Schiedsbindung in Durchgriffsfällen

Der Durchgriffsbegriff ist vielfältig und nicht eindeutig geklärt.³⁷⁵ Neben dem Haftungsdurchgriff gibt es den Zurechnungsdurchgriff und einen Einwendungsdurchgriff.³⁷⁶ Bei einem Zurechnungsdurchgriff³⁷⁷ findet eine Zurechnung von Tatbestandsmerkmalen (Handlungen, Willen, Wissen, Verschulden etc.) zu einer Person statt, die diese Merkmale nicht unmittelbar selbst erfüllt, wenn ihre Bin-

³⁷⁵ Siehe etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 178 ff., verschiedene Durchgriffslehren ab S. 181; *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 32 ff.; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 208 ff.; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 199 ff.; zum Durchgriff im amerikanischen (Schieds-)Recht etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 168 ff.; zur Durchgriffsproblematik im internationalen Schiedsrecht etwa *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2020, S. 106; *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 475; siehe zu seit längerem strittigen Aspekten des materiellen Durchgriffs auch *Ehricke*, AcP 1999, 257 ff.; grundlegend *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht 1980, S. 221 ff.; zur materiellen Durchgriffshaftung zwischen Schwestergesellschaften im Konzern ferner *Winter*, Horizontale Haftung im Konzern, 2005, S. 197 ff.

³⁷⁶ Ein Einwendungsdurchgriff besteht bei § 359 BGB. Auf diesen speziellen Fall mit Verbraucherbeteiligung wird im Folgenden jedoch nicht eingegangen.

³⁷⁷ Zur Terminologie siehe auch *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 34 Fn. 19; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 199 f.

dung trotzdem interessengerecht ist.³⁷⁸ Das gewünschte Ergebnis kann oftmals über explizite Zurechnungsnormen³⁷⁹ oder Rechtsscheinsvollmachten erreicht werden.³⁸⁰ Der Zurechnungsdurchgriff umschreibt damit eine Vielzahl an Konstellationen, in denen innerhalb eines Bindungsansatzes einzelne Tatbestandsvoraussetzungen der zu bindenden Person zugerechnet werden, auch wenn sie selbst nicht im Vordergrund agiert.³⁸¹ Ein Zurechnungsdurchgriff ist kein eigenständiger Bindungsansatz.³⁸² Auf die subjektiv-rechtlichen Ansätze, bei denen eine solche Zurechnung diskutiert werden kann, wurde bereits oben eingegangen.³⁸³

Die folgende Untersuchung fokussiert sich nun auf Fälle des Haftungsdurchgriffs. Diese Form der Haftung stellt eine eigene Kategorie mit eigenen Haftungsvoraussetzungen dar.³⁸⁴ Die zentralen Fallgruppen des materiell-rechtlichen Haftungsdurchgriffs werden darauf untersucht, ob es gerechtfertigt ist, dass der materiellen Haftung auch eine willensunabhängige Schiedsbindung als Annex folgt.³⁸⁵ Es werden mithin der Durchgriff im Falle von Vermögensvermischung

³⁷⁸ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 185 f.; *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 33 und 293; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 208, 211, 214; *Winter*, Horizontale Haftung im Konzern, 2005, S. 207.

³⁷⁹ Beispiele sind etwa § 166 Abs. 1 oder § 278 BGB, *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 33.

³⁸⁰ Siehe etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 185; *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 33 Fn. 22; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 211 ff. Es ist jedoch nicht stringent, bei einer Bindung im Wege der Auslegung von einem Zurechnungsdurchgriff auszugehen, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil v. 29.1.1996, ASA Bulletin (14) 1996, 496, 504; *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 33 etwa spricht aber auch in diesem Fall von einem Durchgriff. Wird im Wege der Auslegung ein Bindungswille, ein nötiges Wissenselement oder Verschulden bei der betroffenen Person selbst festgestellt, handelt es sich nämlich nicht um eine *Zurechnung* dieser Tatbestandsmerkmale.

³⁸¹ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 185. Daher ist es nicht sinnvoll, (nur) die Fälle eines Haftungsdurchgriffs als solche einzuordnen, „in welchen der Dritte im Hintergrund geblieben ist“, so aber *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 293.

³⁸² Vgl. auch Schweizerisches Bundesgericht, Urteil v. 29.1.1996, ASA Bulletin (14) 1996, 496, 504.

³⁸³ Siehe oben im 3. Teil unter A. I. 5. sowie II. und B. I. 1. sowie 5.

³⁸⁴ Im Ergebnis ebenso *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 35.

³⁸⁵ Ähnlich auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 191 ff.; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 210. Ohne nähere Differenzierung hinsichtlich des materiell-rechtlichen Durchgriffsgrundes für eine Schiedsbindung in diesen Fällen *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 121; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 53; zurückhaltend dafür auch *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79; kritisch,

und im Falle von Unterkapitalisierung untersucht, die anders als die explizit in § 128 HGB, §§ 62, 93, 117 AktG³⁸⁶ normierten Dritthaftungstatbestände von der Rechtsprechung entwickelt und ausgestaltet wurden.³⁸⁷ Sofern in einem ersten Schritt (im Wege der Auslegung) festgelegt werden kann, dass die Schiedsvereinbarung zwischen Gläubiger und Untergesellschaft auch für Fälle der Durchgriffshaftung gelten soll,³⁸⁸ ist im zweiten Schritt zu untersuchen, ob die herrschende Gesellschaft (Durchgriffsschuldnerin) aufgrund objektiv-rechtlicher Überlegungen an diese Schiedsvereinbarung gebunden werden kann.

I. Schiedsbindung beim materiell-rechtlichen Haftungsdurchgriff

Teilweise wird eine Schiedsbindung in Fällen der Durchgriffshaftung wegen der unklaren Voraussetzungen des Durchgriffs pauschal abgelehnt.³⁸⁹ Befürchtet wird ein Mangel an Rechtssicherheit bei der Anwendung eines solchen Ansatzes in der Praxis. In der Tat ist der Haftungsdurchgriff gesetzlich nicht geregelt und wird auf materiell-rechtlicher Ebene zu Recht als restriktiv zu handhabende Ausnahme vom gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip angesehen.³⁹⁰ Allerdings

aber als „*ultimum remedium*“ (Hervorhebung im Original) dafür *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 211 und 215 f.; ebenso zurückhaltend für den materiellen Haftungsdurchgriff *Ehricke*, AcP 1999, 257, 261; strikt gegen eine Schiedsbindung in diesen Fällen etwa *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117; ebenfalls dagegen *Schwabl/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 7 Rn. 35, jedoch ohne nähere Begründung; unklar, aber wohl dagegen *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 72. Siehe zur Schiedsbindung in Durchgriffsfällen nach amerikanischem Recht etwa *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 475.

³⁸⁶ Siehe dazu in diesem Teil unter F.

³⁸⁷ Im Ergebnis gehen *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 180; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 192 ebenfalls nicht von einem Durchgriff aus, wenn eine gesetzliche Regelung der Haftung vorliegt; ebenso schon *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 1980, S. 221. Vgl. zu den verschiedenen Durchgriffstatbeständen auch *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 298. Teilweise wird auch die Haftung des § 128 HGB als ein Fall des Durchgriffs bezeichnet, siehe etwa *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 156; vgl. auch *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 220, der diese Einordnung aber zu Recht als „[m]issverständlich“ beschreibt.

³⁸⁸ Zur schiedsrechtlichen Bindung im Wege der Auslegung für materielle Durchgriffsfälle etwa *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195; siehe zu dieser Frage auch schon oben im 2. Teil unter A. I. 3.

³⁸⁹ Etwa *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117; jüngst auch BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 228 ff.; zu möglichen Rechtsunsicherheiten auch *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 216, der den Durchgriff im Schiedsrecht aber nicht gänzlich ablehnt. Siehe zu vielfältigen Problempunkten dieses Rechtsinstituts auch *Ehricke*, AcP 1999, 257 ff.

³⁹⁰ Etwa *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 30; *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195.

lassen sich die Fallgruppen des materiell-rechtlichen Durchgriffs heute recht gut eingrenzen,³⁹¹ so dass für sie einzeln untersucht und festgelegt werden kann, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Schiedsbindung des haftenden Durchgriffsschuldners in Betracht kommt.

Umfasst die Schiedsvereinbarung zwischen der Tochter und dem Gläubiger von ihrer objektiven Reichweite den Anspruch, für dessen Durchsetzung auf die Obergesellschaft materiell-rechtlich durchgegriffen werden soll,³⁹² könnte es gerechtfertigt sein, dass auch die Obergesellschaft von dieser Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung erfasst wird. Hinsichtlich einer objektiv-rechtlichen Schiedsbindung einer herrschenden Gesellschaft sind dann die Fallgruppen des Haftungsdurchgriffs bei einer Vermögensvermischung und bei qualifizierter Unterkapitalisierung genauer zu untersuchen.³⁹³ Die wirtschaftliche faktische Einheit allein genügt hierbei nie, um einen Durchgriff und eine Schiedsbindung zu rechtfertigen. Hinzu müssen weitere Elemente treten wie missbräuchliches oder widersprüchliches Verhalten der Obergesellschaft.³⁹⁴

Der BGH entschied erstmals im Jahr 2023, dass eine Schiedsbindung im Falle einer materiellen Durchgriffshaftung im faktischen Konzern nicht in Betracht komme.³⁹⁵ Dabei beruft er sich jedoch pauschal auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG³⁹⁶ und das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip. Dass diese beiden Aspekte den Grundsatz der willensgetragenen Schiedsgerichtsbarkeit für den Konzernkontext manifestieren, es hiervon aber auch Ausnahmen gibt, räumt der BGH dabei ein.³⁹⁷ Zudem könnten durchgreifende Interessen der Parteien unter Umständen eine Einbeziehung des Dritten rechtfertigen.³⁹⁸ Solche lagen in dem konkreten Fall aber nicht vor. In der Entscheidung erfolgt mithin keine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen auch bei einer Durchgriffshaftung eine solche Ausnahme von dem schiedsrechtlichen Freiwilligkeitserfordernis zu machen sein könnte. Gleichwohl macht der BGH Andeutungen,

³⁹¹ Siehe zu den Fallgruppen der materiell-rechtlichen Durchgriffshaftung bereits oben im 2. Teil unter C. II. und noch sogleich in diesem Teil unter G. II.; materiell-rechtlich wird teilweise auch nur auf die Vermögensvermischung und auf die Unterkapitalisierung abgestellt, siehe etwa die Übersicht bei *Ehricke*, AcP 1999, 257.

³⁹² Vgl. zu dieser vorgelagerten Frage auch *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195.

³⁹³ Ebenjene Einschränkung trifft auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213.

³⁹⁴ Siehe etwa *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 210; zu diesen Erfordernissen bei materiellen Durchgriff auch *Ehricke*, AcP 1999, 257, 260. Auch nach schweizerischem Recht bedarf es für die Durchgriffshaftung in der Regel eines missbräuchlichen Elements, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil v. 29.1.1996, ASA Bulletin (14) 1996, 496, 505 f.; siehe auch *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 105 f.

³⁹⁵ BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 234.

³⁹⁶ Dazu noch unten ausführlich im 6. Teil unter B. I.

³⁹⁷ BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 234 f.

³⁹⁸ BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 235.

dass auch die alternative staatliche Rechtsschutzmöglichkeit im konkreten Fall ausreiche und die Aufspaltung der Gerichtswege alleine kein hinreichendes Interesse an einem Dritteinbezug begründen könne.³⁹⁹

Da es in dem konkreten Fall materiell-rechtlich um eine streitige Durchgriffshaftung wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs ging,⁴⁰⁰ käme in diesem Fall auch nach vorliegend vertretener Ansicht keine schiedsrechtliche Drittbinding in Betracht. Denn nach anerkannter Meinung entsteht bei einem existenzvernichtenden Eingriff bereits lediglich eine Innenhaftung und keine Durchgriffshaftung im Sinne einer Außenhaftung zugunsten der gruppenexternen Gläubiger.⁴⁰¹ So ist auch nicht ganz absehbar, ob der BGH mit dieser Entscheidung endgültig und tatsächlich in der formulierten Pauschalität für alle denkbaren Durchgriffskonstellationen eine Schiedsbindung Dritter ablehnen wollte. Im Folgenden werden mögliche Ausnahmekonstellationen darauf untersucht, ob und wann im Einzelfall unter restriktiven Voraussetzungen eine Schiedsbindung auch im Falle einer materiellen Durchgriffshaftung angenommen werden kann.

1. Schiedsbindung beim Durchgriff wegen Vermögensvermischung

Gestützt auf das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens wird eine Schiedsbindung aufgrund von Vermögensvermischung angenommen.⁴⁰² Missachtet demnach eine Gesellschaft die materiell-rechtliche Trennung von Gesellschaftsvermögen, kann sie sich auch nicht auf die juristische Trennung der Gesellschaften berufen, wenn es um die Frage nach der Schiedsbindung geht.⁴⁰³ Jedoch bedarf es auch im Fall des materiell-rechtlichen Durchgriffs einer hinreichenden Begründung und Interessenabwägung, um den materiell-rechtlichen Durchgriff auf die Erstreckung der Schiedsvereinbarung zu übertragen.⁴⁰⁴

³⁹⁹ BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 235; siehe zu einer verfassungsrechtlichen Analyse dieser Aspekte noch ausführlich unten im 6. Teil unter B. II.

⁴⁰⁰ BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 229.

⁴⁰¹ Siehe dazu oben im 2. Teil unter C. II.

⁴⁰² Frank, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 310; zur restriktiven Anwendung eines solchen Ansatzes in der internationalen Rechtsprechung siehe Hanotiau, Complex Arbitrations, 2020, S. 85 ff.; siehe zur schweizerischen Rechtsprechung auch ebd. S. 106; Voser, in: Brekoulakis/Lew/Mistelis (Hrsg.), The Evolution and Future of International Arbitration, 2016, S. 168 f. Doch selbst das schweizerische Bundesgericht schließt eine schiedsrechtliche Bindung nicht aus, wenn ein Durchgriff die gesellschaftsrechtliche Trennung im Einzelfall umgeht, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil v. 29.1.1996, ASA Bulletin (14) 1996, 496, 504; siehe dazu auch Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 190; Voser, in: Brekoulakis/Lew/Mistelis (Hrsg.), The Evolution and Future of International Arbitration, 2016, S. 169.

⁴⁰³ Frank, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 310; Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213, der eine Haftung schon aus der Akzessorität der §§ 105, 128 HGB und ergänzend wegen der Durchgriffsgedanken annimmt.

⁴⁰⁴ Frank, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 293 f.

Zunächst ist bei einem Durchgriff von einer Identität des Durchgriffsanspruchs gegen die Obergesellschaft und dem Anspruch gegen die Untergesellschaft als ursprünglichen Schuldner auszugehen.⁴⁰⁵ Denn die Obergesellschaft, die die Vermögen mit ihrer Untergesellschaft vermischt, wird keinem neuen Anspruch ausgesetzt. Auf Schuldnerseite wird es wegen der Vermischung bloß unmöglich, das Haftungssubjekt abzugrenzen.⁴⁰⁶ Die Obergesellschaft tritt an die Stelle der Untergesellschaft.⁴⁰⁷ Der Anspruch des Gläubigers bleibt dabei derselbe. Da die Schiedsvereinbarung als Eigenschaft des materiellen Anspruchs aufgefasst wird,⁴⁰⁸ ist es konsequent, dass der Dritte – hier also die Obergesellschaft – an die Schiedsvereinbarung gebunden wird, welche mit dem materiellen Anspruch verbunden ist. Dabei kommt es dann nicht darauf an, ob die Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung im Einzelnen auf eine Analogie zu § 128 HGB gestützt wird,⁴⁰⁹ auf einer teleologischen Reduktion der jeweiligen Trennungsnorm beruht⁴¹⁰ oder eine dogmatische Grundlage in § 242 BGB zu sehen ist.⁴¹¹

⁴⁰⁵ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 1980, S. 222 f. diskutierte schon eine Übernahme der Schulden des ursprünglichen Haftenden bei einem Durchgriff, ohne aber klar zu benennen, ob dadurch ein eigener bzw. neuer Anspruch gegen die Obergesellschaft bzw. die Gesellschafter entsteht. *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 48 f. geht hingegen nicht von einer Schiedsbindung aus, da es sich um eine Haftung für fremde Schuld handle. Da er von einer Haftung für fremde Schuld ausgeht, scheint er aber ebenfalls von einer identischen Schuld auszugehen, die bloß gegen eine andere Person geltend gemacht wird. Er nimmt aber keine Differenzierung hinsichtlich des Durchgriffsgrundes vor. Siehe ergänzend auch ebd. Rn. 58.

⁴⁰⁶ Dazu auch *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 1980, S. 229 ff. als eigene Kategorie neben einer Durchgriffshaftung; siehe auch *Winter*, Horizontale Haftung im Konzern, 2005, 208 f., der darin eine bildliche Umschreibung und keine Rechtstechnik sieht.

⁴⁰⁷ Vgl. auch *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 229, die insofern von einer „Gleichstellung“ spricht.

⁴⁰⁸ Auch *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 295 spricht hier von einer „Zweckbindung“ des Schiedsvertrags an den ursprünglichen Anspruch. Siehe zum Aspekt der Schiedsvereinbarung als Eigenschaft des materiellen Anspruchs bereits oben im 2. Teil unter B. I. und im 5. Teil etwa unter A. I.

⁴⁰⁹ Siehe bei *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 184; *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 210; vgl. auch *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 233 f. Siehe zu der hinreichenden Verbindung zwischen dem Anspruch gegen die Gesellschaft und dem Anspruch gegen den Gesellschafter aus § 128 HGB oben in diesem Teil unter E. II.

⁴¹⁰ Zu diesem Ansatz etwa *Winter*, Horizontale Haftung im Konzern, 2005, 210 f. mit weiteren Nachweisen; dagegen etwa *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 1980, S. 229.

⁴¹¹ *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften, 1997, S. 126; *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 296 f.; *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 242 Rn. 25; dagegen unter Verweis auf die Notwendigkeit einer Sonderverbindung zwischen den Personen, zwischen denen der Durchgriffsanspruch bestehen soll, *Ahrens*, Die subjektive Reichweite inter-

Im Fall der Vermögensvermischung ist der Grundsatz des *venire contra factum proprium* parallel auf die prozessuale Ebene anzuwenden, so dass die Schiedsvereinbarung auch zulasten der Obergesellschaft eine Bindung im Verhältnis zu dem Durchgriffsgläubiger erzeugt.⁴¹² Die Durchgriffshaftung soll verhindern, dass derjenige, der entgegen dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip eine Vermögensvermischung vorgenommen hat, sich anschließend auf das Trennungsprinzip zu seinen Gunsten beruft, um sich einer Haftung zu entziehen.⁴¹³ Dieses Argument greift auch auf prozessualer Ebene durch, da sich die Obergesellschaft sonst in einer besseren Position befände als die Untergesellschaft, mit der die Schiedsvereinbarung getroffen wurde, und sich die Obergesellschaft mitunter sogar der Haftung entziehen könnte.⁴¹⁴ Insofern ist es unerheblich, ob sich

nationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 184; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 234. Eine Sonderverbindung kann jedoch auch in der indirekten Verbindung über die Untergesellschaft gesehen werden, siehe *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 301. Zudem ist anerkanntermaßen § 242 BGB auch in der Lage, ein neues Schuldverhältnis zu begründen, siehe etwa *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 242 Rn. 2; für § 242 BGB als Grundlage einer Durchbrechung des Trennungsprinzips allgemein siehe *König*, AcP 2017, 611, 616; ebenso schon *Winter*, Horizontale Haftung im Konzern, 2005, S. 212 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; zum grundsätzlich sehr weiten Anwendungsfeld von § 242 BGB in der Rechtsprechung etwa *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 242 Rn. 22–27. Vgl. auch *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 227; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 204.

⁴¹² Siehe auch *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 296; *Gross*, SchiedsVZ, 2006, 194, 195. So im Ergebnis auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213, der das treuwidrige Berufen auf die juristische Trennung gleichermaßen auf der schiedsvertraglichen und damit prozessualen Ebene sieht, da in beiden Fällen die „juristische[...] Person missbräuchlich verwendet“ werde. Vgl. auch *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 232; ferner BGH, Urteil v. 2.10.1997, III ZR 2/96, NJW 1998, 371, der in einem Zessionsfall bestätigt, dass es einer Partei im Einzelfall nach § 242 BGB versagt sein kann, sich auf das Fehlen einer Schiedsbindung zu berufen. Zum Grundsatz des *venire contra factum proprium* als eine Rechtsgrundlage des materiellen Durchgriffs siehe schon *Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, S. 100 f.

⁴¹³ *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 295 f.; vgl. zur ähnlichen Argumentation im internationalen Schiedsrecht, wo im Rahmen der *estoppel doctrine* auf „identische wirtschaftliche Interessen“ der Gruppenunternehmen abgestellt wird, etwa *Smith/Enron Cogeneration v. Smith Cogeneration Int'l*, 198 F 3d 88 (2nd Cir. 1999); siehe dazu auch *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, Rn. 4.26; ähnlich in *JLM Industries v. Stolt-Nielsen*, 387 F 3d 276 (2nd Cir. 2003), wo aber schon „enge wirtschaftliche Verbindungen“ (Übersetzung durch den Verfasser) ausreichten; dazu auch *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, Rn. 4.24; siehe zum widersprüchlichen Verhalten als Grundlage einer Schiedsbindung im amerikanischen Schiedsrecht auch *Sendlmeier*, IPRax 2021, 381, 387 und 389 m. w. N.

⁴¹⁴ Das gilt besonders, wenn anstelle des Schiedsgerichts ein staatliches Gericht eines

die Obergesellschaft auf die juristische Trennung hinsichtlich der prozessualen oder materiellen Ebene beruft. Denn bei der Durchgriffsfrage geht es auf prozessualer wie materieller Ebene um die Position desselben Durchgriffsschuldners. Diese Position ist einheitlich zu handhaben und kann folglich nicht vom Schuldner beliebig gewählt werden, da sonst Missbrauch droht.

Erneut spricht zudem eine Interessenabwägung zwischen Gläubiger und Durchgriffsschuldner für eine Schiedsbindung. Die ursprünglichen Schiedsparteien haben für den in Frage stehenden Anspruch eine Schiedsvereinbarung getroffen, um aufkommende Konflikte abschließend über ein Schiedsgericht zu klären. Dieses Interesse ist schützenswert⁴¹⁵ und soll nicht dadurch entwertet werden, dass die Obergesellschaft durch die Vermögensvermischung gewissermaßen die Unternehmensgruppe von der Schiedsvereinbarung lösen kann.⁴¹⁶ Die Obergesellschaft könnte mithin nach ihrer Willkür in die privatautonomen Vertragsverhältnisse zwischen der Untergesellschaft und dem Gläubiger eingreifen und die Schiedsvereinbarung zulasten des Gläubigers umgehen.⁴¹⁷ Das gilt es zum Schutze des Gläubigers zu verhindern. Das Interesse an einem staatlichen Gerichtsverfahren der Obergesellschaft als Verursacherin der Durchgriffssituation ist in dieser Situation weniger schützenswert.⁴¹⁸

Ebenfalls im Rahmen dieser Abwägung kann berücksichtigt werden, dass die Obergesellschaft eine besondere Machtposition innehat, kraft derer sie die Vermögensvermischung herbeiführen konnte.⁴¹⁹ Diese Machtposition, die mit ihrer Stellung als Obergesellschaft und beeinflussende Partei der Unternehmens-

Staates mit unzureichenden rechtsstaatlichen Standards zur Entscheidung berufen wäre, siehe auch *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 232; siehe zu diesem Argument im Kontext der Unterkapitalisierung *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 300; zu diesem Argument für eine Bindung von Strohmanngesellschaften *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften, 1997, S. 128.

⁴¹⁵ *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 294; *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195 f.; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 209.

⁴¹⁶ So würde es letztlich auf ein Wahlrecht der Obergesellschaft hinsichtlich der Schiedsbindung hinauslaufen, wenn diese Bindung nicht willensunabhängig entstünde. Denn dem Gläubiger bliebe nur ein Neuabschluss einer Schiedsvereinbarung gegenüber der Obergesellschaft mit deren Einverständnis. Die Obergesellschaft würde auf prozessualer Ebene letztlich für die Vermögensvermischung belohnt. Vgl. auch *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 295.

⁴¹⁷ So im Ergebnis auch *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 196; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 209.

⁴¹⁸ *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 195 f.; vgl. auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213.

⁴¹⁹ Der Rechtsverstoß, wegen dem der Durchgriff überhaupt in Betracht kommt, ist der Obergesellschaft zuzurechnen, siehe auch *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 295.

gruppe einhergeht, korrespondiert mit dem Organisationsrisiko, das ihr grundsätzlich aufzuerlegen ist. Nutzt die Obergesellschaft ihre Macht über die Gesellschaftsvermögen unzulässig aus, ist es legitim, sie vollumfänglich – also auch prozessual – an die Vereinbarung des vorherigen Schuldners zu binden.⁴²⁰ Sie trägt dann das Risiko, dass zum Schutze des Gläubigers im Wege einer Durchgriffshaftung vor einem Schiedsgericht gegen sie vorgegangen wird, sofern der Anspruch im Verhältnis zu ihrer Untergesellschaft auch mit einer Schiedsvereinbarung versehen war.

Eine anspruchshängige Schiedsbindung der Obergesellschaft im Einzelfall kann dazu führen, dass die Durchgriffsansprüche gegen die Obergesellschaft teilweise vor einem staatlichen Gericht oder vor einem Schiedsgericht durchzusetzen sind. Als Folge müssten dieselben Parteien mitunter vor unterschiedlichen Gerichten um ihre Ansprüche streiten. Das ist allerdings auch schon im Verhältnis zwischen dem Tochterunternehmen und dem Gläubiger so und bestimmt sich entsprechend danach, für welche Fälle die Parteien Schiedsvereinbarungen getroffen haben. Diese privatautonome Entscheidung setzt sich lediglich im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und der Obergesellschaft fort. Außerdem ist es entsprechend den gesetzlichen Sondergerichtsständen⁴²¹ kein ungewöhnlicher Umstand, dass zwischen denselben Parteien verschiedene Ansprüche vor unterschiedlichen Gerichten anhängig werden können.

Zuletzt ist zu beachten, dass der Gläubiger neben dem materiellen Vertrag auch keine Schiedsabrede mit der Untergesellschaft abgeschlossen hätte, wenn er von der Vermischung bzw. einem nicht klar zuordenbaren Vermögen auf Seiten des Gruppenunternehmens gewusst hätte.⁴²² Die Schiedsvereinbarung würde mithin ihren Zweck verfehlen, wenn der materielle Anspruch gegen die Untergesellschaft von vorne herein keine Aussicht auf Realisierung gehabt hätte.⁴²³ Der Gläubiger hätte die Schiedsvereinbarung im Umkehrschluss nur mit einer Partei abgeschlossen, die materiell auch einstandspflichtig ist. Hier treffen Durchsetzbarkeit, Solvenz und materieller Anspruch zusammen. Daher ist auch hinsichtlich der Schiedsvereinbarung von einer Bindung der Obergesellschaft auszugehen.⁴²⁴

⁴²⁰ *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 232; vgl. auch *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 295.

⁴²¹ Siehe §§ 20 bis 34 ZPO.

⁴²² *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 295.

⁴²³ *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213.

⁴²⁴ *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 296 erreicht dieses Ergebnis im Wege einer teleologischen Reduzierung des schiedsrechtlichen Trennungsprinzips. Das ist jedoch nicht nötig, da für die Schiedsvereinbarung im Falle eines materiellen Durchgriffs eine eigene Durchgriffsbindung aus den genannten Gründen anzunehmen ist. Es bleibt also bei der grundsätzlichen Trennung der beiden Verträge, doch erfolgt auf der jeweiligen Ebene eine eigene Drittbindung.

2. Keine Schiedsbindung beim Durchgriff wegen Unterkapitalisierung

Neben der Schiedsbindung in Fällen einer materiellen Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung wird teilweise auch eine Schiedsbindung in Fällen der Unterkapitalisierung⁴²⁵ diskutiert. Der Gesetzgeber hat sich bei den Kapitalerhaltungsvorschriften gerade für eine Pflicht im Innenverhältnis entschieden. Die externen Geschäfte im Außenverhältnis sind davon im Grundsatz unabhängig. Nur in engen Ausnahmen soll hiervon abgewichen werden, indem die Kapitalerhaltungsvorschriften analog auf das Außenverhältnis angewandt werden oder nach deliktischen Normen eine Außenhaftung der Obergesellschaft begründet wird. Nach der Rechtsprechung kommt ein materiell-rechtlicher Durchgriff wegen bloß objektiver Unterkapitalisierung dabei nicht in Betracht.⁴²⁶ Für eine Haftung müsse ein relevantes subjektives Element hinzukommen, so dass eine Haftung in diesen Fällen nur bei einem zusätzlichen missbräuchlichen Verhalten über § 826 BGB oder, sofern ein Schutzgesetz betroffen ist, auch über § 823 Abs. 2 BGB möglich ist.⁴²⁷

Teilweise wird in den Ausnahmefällen der Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung eine Bindung der herrschenden Gesellschaft einer Unternehmensgruppe an eine Schiedsvereinbarung diskutiert, die ursprünglich zwischen Gläubiger und Untergesellschaft bestand.⁴²⁸ Im Ausgangspunkt erstreckt sich die Reichweite der Schiedsvereinbarung aber nur auf die jeweils vereinbarten Geschäfte zwischen Gläubiger und Untergesellschaft und nicht auf die deliktischen Ansprüche gegen die Obergesellschaft oder ihre Pflicht, die Kapitalisierungsvorschriften einzuhalten.⁴²⁹ Es bedarf daher einer gesonderten Begründung, warum auch die Schiedsvereinbarung im Falle einer solchen Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung die Obergesellschaft bindet.⁴³⁰

⁴²⁵ Siehe dazu oben im 2. Teil unter C. II.

⁴²⁶ BGH, Urteil v. 4.5.1977, VIII ZR 298/75, NJW 1977, 1449; BGH, Urteil v. 28.4.2008, II ZR 264/06, NJW 2008, 2437.

⁴²⁷ Koch, Gesellschaftsrecht, 2023, § 35 Rn. 29; für die grundsätzliche Möglichkeit einer Außenhaftung nach Deliktsrecht (für die GmbH) etwa Drygal/Staakel/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 227 ff.; knapp auch Schmitz-Herscheidt/Coenen, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 155 und (für die AG) Dewald, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 594, 596.

⁴²⁸ Siehe etwa Ahrens, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 183, der sich letztlich dagegen stellt, ebd. S. 192; restriktiv Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 112, der im Falle einer Unterkapitalisierung einen materiellen Durchgriff auch nur auf dem Wege annimmt, dass ein Ausgleichsanspruch aus dem Innenverhältnis von dem Gläubiger gepfändet wird, ebd. S. 210.

⁴²⁹ Siehe zu der Möglichkeit, dass die objektive Reichweite der Schiedsvereinbarung nach dem Parteiwillen auch Durchgriffsansprüche gegen eine Obergesellschaft umfassen kann, Gross, SchiedsVZ 2006, 194, 195; ferner Frank, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 299; außerdem oben im 3. Teil unter A. I. 3.

⁴³⁰ Ders., Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 298. Teilweise wird für eine solche

Zunächst sind die Interessen der beteiligten Parteien zu untersuchen. So wird teilweise wegen der gesteigerten Gefahr der Gläubiger, ihre Ansprüche nicht durchsetzen zu können, eine Schiedsbindung der Obergesellschaft befürwortet.⁴³¹ Auf den ersten Blick scheint hier eine ähnliche Argumentation wie bei der Vermögensvermischung plausibel.⁴³² Denn die materiellen Ansprüche aus der schiedsrechtlich abgesicherten Geschäftsbeziehung haben nur dann einen wirtschaftlichen Gegenwert, wenn die Ansprüche auch mit ausreichend Kapital des Schuldners gedeckt sind.⁴³³ Durch die Unterkapitalisierung würde der materielle Anspruch der Gläubiger stark eingeschränkt, was es mit dem Durchgriffsanspruch zu kompensieren gelte. Dennoch ist die mangelnde Kapitalisierung im Ausgangspunkt nur über einen internen Ausgleichsanspruch zu kompensieren.⁴³⁴

Zudem führt eine einfache Unterkapitalisierung nicht zur vollständigen Entwertung des materiellen Anspruchs des Gläubigers, sondern nur zu einem gesteigerten Risiko, den Anspruch nicht in vollem Umfang durchsetzen zu können. Es verbleibt also weiterhin ein Anwendungsbereich für die Schiedsvereinbarung zwischen den ursprünglichen Schiedsvertragsparteien, da der Anspruch des Gläubigers weiterhin gegen die Untergesellschaft geltend gemacht werden kann. Damit die Schiedsvereinbarung ihren Zweck verliert, bedarf es der vollständigen Entziehung des Gesellschaftsvermögens bei der Untergesellschaft.⁴³⁵ Erst dann besteht für die Gläubiger keine Möglichkeit mehr, ihre Ansprüche gegen die Untergesellschaft durchzusetzen,⁴³⁶ so dass auch die Schiedsvereinbarung ihren Zweck in diesem Verhältnis verliert.⁴³⁷ Für diesen Extremfall könnte eine schieds-

Verbindung ein zu missbilligendes Fehlverhalten einer Partei gefordert, siehe etwa *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 189; differenzierend *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 207 ff., der bei einem Durchgriff nur wegen einer Unterkapitalisierung zurückhaltend ist.

⁴³¹ *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 310.

⁴³² Einheitliche Betrachtung auch bei *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213.

⁴³³ *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 299; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213.

⁴³⁴ Aus diesem Grund auch gegen eine Schiedsbindung *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 192.

⁴³⁵ Schon der materielle Durchgriff soll nur in diesen Fällen erlaubt sein, siehe *ders.*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 183; siehe auch schon oben im 2. Teil unter C. II.

⁴³⁶ *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 299; vgl. auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 214.

⁴³⁷ *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 299; vgl. auch *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften, 1997, S. 127. Eine solche Schiedsbindung kommt indes nicht in Betracht, wenn der Gläubiger von der Unterkapitalisierung wusste, siehe *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 301; vgl. im Kontext von Strohmanngesellschaften auch *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften, 1997, S. 129. Denn dann ist er nicht schützenswert, da er um die mangelnde Absicherung wusste.

rechtliche Drittbindung zur Kompensation des Gläubigers in Betracht kommen, da die ursprünglich im Innenverhältnis bestehende Kapitalerhaltungspflicht auch für das Außenverhältnis relevant wird.⁴³⁸

Die rein wirtschaftliche Argumentation greift indes zu kurz.⁴³⁹ Auch wenn ein Anspruch des Gläubigers gegen die Untergesellschaft wegen eines kompletten Kapitalentzugs ihren Wert verliert und dieser Anspruch mit einer Schiedsvereinbarung gesichert ist, besteht noch keine hinreichende Verbindung zwischen dieser Schiedsvereinbarung und dem Ersatzanspruch gegen die Obergesellschaft. Denn der Durchgriffsanspruch gegen die Obergesellschaft ist weder identisch mit dem Anspruch des Gläubigers gegen die Untergesellschaft,⁴⁴⁰ noch hängt er akzessorisch mit diesem zusammen. Anders als bei dem Durchgriff wegen Vermögensvermischung wird nicht der Anspruch gegen die Untergesellschaft auf die finanziell kaum noch zu unterscheidende Obergesellschaft erweitert. Stattdessen besteht ein getrennter Anspruch gegen die Obergesellschaft entweder aus Deliktsrecht oder aus einem Sondertatbestand, der im Kern in den Kapitalerhaltungsvorschriften der jeweiligen Gesellschaftsform fußt.⁴⁴¹ Ohne hinreichende Verbindung zwischen diesem Anspruch und der Schiedsvereinbarung folgt keine schiedsrechtliche Annexbindung im Falle einer materiellen Durchgriffshaftung bei Unterkapitalisierung.⁴⁴²

Teilweise wird für die Schiedsbindung auch auf einen Sanktionsgedanken zurückgegriffen,⁴⁴³ der zum Ausgleich von übermäßiger wirtschaftlicher Macht und ihres Missbrauchs bemüht wird.⁴⁴⁴ Die beherrschenden Gesellschafter oder Gesellschaften haben durch die Unterkapitalisierung die Ansprüche der Gläubiger

⁴³⁸ Siehe auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213 f.

⁴³⁹ So auch *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 211 allgemein für die Anwendung des Durchgriffs im Schiedsrecht.

⁴⁴⁰ Siehe zu diesem Aspekt auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 193, der hier weitgehend dem Schweizerischen Bundesgericht folgt; vgl. auch *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 300, der materiell-rechtlich einen Durchgriff über § 826 BGB favorisiert und entsprechend auf Rechtsfolgenebene zunächst nur einen Schadensersatz annimmt; Schweizerisches Bundesgericht, Urteil v. 29.1.1996, ASA Bulletin (14) 1996, 496, 505 f.

⁴⁴¹ Siehe zu den vertretenen Ansichten zum materiell-rechtlichen Durchgriff oben im 2. Teil unter C. II. Zu einem Durchgriffssondertatbestand entsprechend den Kapitalerhaltungsvorschriften *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 192.

⁴⁴² So auch *ders.*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 192; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 233.

⁴⁴³ *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 297.

⁴⁴⁴ Vgl. auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 213 f., der genau wie bei der Vermögensvermischung den Rechtsmissbrauchsgedanken auch bei der Unterkapitalisierung in den Vordergrund stellt.

in ihrer verwertbaren wirtschaftlichen Substanz gemindert.⁴⁴⁵ Dafür sollen sie auch in dem von den Gläubigern der Untergesellschaft vereinbarten Verfahren haften. Gegen eine solche Argumentation spricht jedoch entscheidend, dass es nicht Aufgabe des Schiedsrechts ist, einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften zu sanktionieren. Außerdem kann in einer Schiedsbindung nicht unbedingt eine Sanktion gesehen werden. Eine unfreiwillige Bindung würde die Obergesellschaft in ihren Justizgrundrechten einschränken, doch muss auch das Schiedsverfahren rechtsstaatlichen Standards genügen und gilt als gleichwertige Alternative.⁴⁴⁶ Eine wirksame Sanktion ist in einer Schiedsbindung daher bei identischer materiell-rechtlicher Lage nicht zu erkennen.

Damit erfolgt im Falle eines materiell-rechtlichen Durchgriffs wegen Unterkapitalisierung keine Bindung der Obergesellschaft an eine Schiedsvereinbarung, die zwischen Gläubiger und Untergesellschaft besteht. Zwar scheint eine solche Bindung zunächst interessengerecht. Jedoch mangelt es an einer hinreichenden Verbindung zwischen der Schiedsvereinbarung für einen einzelnen Anspruch im Außenverhältnis zwischen Gläubiger und Untergesellschaft und dem Anspruch gegen die Obergesellschaft wegen der Unterkapitalisierung. Die Obergesellschaft tritt insbesondere nicht in die Stellung der Untergesellschaft ein, sondern es bleibt insofern beim gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip.

3. Zwischenergebnis

Damit erfolgt eine Schiedsbindung einer Obergesellschaft im Falle eines Haftungsdurchgriffs wegen Vermögensvermischung, aber nicht bei einem Durchgriff wegen Unterkapitalisierung. In beiden Fallgruppen sprechen zwar das überwiegende Interesse des Gläubigerschutzes und eine wirtschaftliche Betrachtung für die Schiedsbindung. Bei einer Vermögensvermischung lässt sich zusätzlich aber entscheidend das widersprüchliche Verhalten der Obergesellschaft anführen. Denn sie selbst missachtet einmal das Trennungsprinzip, wenn es ihr zugutekommt, und beruft sich andererseits auf dieses Prinzip, um einer Haftung und Schiedsbindung zu entgehen. Auf der prozessualen Ebene ist es dasselbe Merkmal der gesellschaftsrechtlichen Trennung, hinsichtlich dessen sich die Obergesellschaft widersprüchlich verhält. Dieser Begründungsstrang fehlt bei einer Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung.

Das weitere wichtige Argument für die Schiedsbindung bei einer Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung ist die Identität des Anspruchs, der gegen die Unter- und Obergesellschaft geltend gemacht wird. Bei einer Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung besteht neben dem (vertraglichen) Anspruch zwischen Gläubiger und Untergesellschaft hingegen ein eigenständiger Anspruch. Mithin scheidet im Falle eines Haftungsdurchgriffs wegen Unterkapitalisierung eine unmittelbare schiedsrechtliche Annexbindung aus.

⁴⁴⁵ Frank, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 298.

⁴⁴⁶ Siehe dazu noch unten im 6. Teil unter A.

II. Sonderfälle der Durchgriffshaftung ohne Schiedsbindung

Im Folgenden werden noch in gebotener Kürze der Ansatz *Holewegs* für Konstellationen mit sogenannten Strohmannesellschaften und ein Fall der Geschäftsführerhaftung nach einem Urteil des OLG München untersucht.

1. Kein Schiedsdurchgriff bei Strohmannesellschaften

Holeweg macht den Vorschlag, dass eine Obergesellschaft auch dann schiedsrechtlich zu binden ist, wenn die vordergründig agierende Untergesellschaft eine sogenannte Strohmannesellschaft ist und eine Schiedsvereinbarung mit einem ihrer Gläubiger abschließt.⁴⁴⁷ Die Rechtfertigung der Bindung der herrschenden Obergesellschaft oder des kontrollierenden Gesellschafters sieht *Holeweg* darin, dass die Strohmannesellschaft nur eine missbräuchlich eingesetzte Hülle sei, damit sich der herrschende Teil einer Haftung entziehen kann.⁴⁴⁸ Ihm sei daher das Privileg der juristischen Haftungstrennung abzusprechen.⁴⁴⁹ Die Übertragung auf die schiedsrechtliche Ebene entsteht bei *Holeweg* dadurch, dass sie in dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung für einen materiell wertlosen Anspruch eine Schädigung des Gläubigers sieht.⁴⁵⁰

Nach diesem Konzept kommt es mithin entscheidend auf die Eigenschaft als Strohmannesellschaft an.⁴⁵¹ Eine solche Strohmannesellschaft soll dann vorliegen, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich und hinsichtlich ihrer Willensbildung von der Obergesellschaft oder einem Gesellschafter abhängig ist.⁴⁵² In diesem Merkmal liegt der primäre Schwachpunkt des Bindungsansatzes. Denn zum einen ist schwer zu definieren, wann eine Gesellschaft in der Willensbildung von einem Gesellschafter oder einer Obergesellschaft abhängig ist. Es bleibt unklar, ob ein starker Einfluss in entsprechenden Entscheidungsgremien reicht oder ob die alleinige Entscheidungsgewalt nötig ist.⁴⁵³ In den meisten Fällen wird in dem

⁴⁴⁷ *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmannesellschaften, 1997, S. 126 ff.; wohl auch dafür *Sandrock*, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, S. 468; ebenfalls dafür *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wic-zorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 58, der diese Fallgruppe aber nicht als Durchgriffshaftung begreift.

⁴⁴⁸ *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmannesellschaften, 1997, S. 28.

⁴⁴⁹ Zum Trennungsprinzip in diesem Kontext *dies.*, Schiedsvereinbarungen und Strohmannesellschaften, 1997, S. 28 f.

⁴⁵⁰ *Dies.*, Schiedsvereinbarungen und Strohmannesellschaften, 1997, S. 126 ff.; dazu kritisch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 192.

⁴⁵¹ *Holeweg*, Schiedsvereinbarungen und Strohmannesellschaften, 1997, S. 27 f., 30, 127 spricht insofern auch von einer „Briefkastenfirma“.

⁴⁵² *Dies.*, Schiedsvereinbarungen und Strohmannesellschaften, 1997, S. 27; dazu kritisch auch *Frank*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 289 f.

⁴⁵³ *Ders.*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag, 2000, S. 290; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79; vgl. *Holeweg*,

beherrschenden Einfluss jedoch kein zu missbilligendes Verhalten zu finden sein.⁴⁵⁴ Erst recht ist die bloße Gründung einer solchen Gesellschaft⁴⁵⁵ und der Abschluss einer Schiedsvereinbarung ein rechtmäßiger Akt.⁴⁵⁶

Zum anderen ist auch eine ausreichende wirtschaftliche Abhängigkeit schwer zu definieren.⁴⁵⁷ Die Strohmanngesellschaft hat im Endeffekt kein eigenes Vermögen.⁴⁵⁸ Mit dem Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit knüpft *Holeweg* letztlich an die eigenständige Kapitalisierung der Untergesellschaft an. Dadurch wird die Nähe ihres Ansatzes zu einem Durchgriff bei Unterkapitalisierung deutlich.⁴⁵⁹ Gleichzeitig ist aber fraglich, worin der Mehrwert der gesonderten Kategorie der Strohmanngesellschaften liegt. Außerdem muss eine Schiedsbindung im Falle einer materiellen Durchgriffshaftung bei Unterkapitalisierung wegen der soeben dargelegten Einwände abgelehnt werden. Im Kern greifen dieselben Einwände auch gegen die Schiedsbindung von Strohmanngesellschaften. Primär erfolgt auch beim Durchgriff in Konstellationen mit Strohmanngesellschaften eine wirtschaftliche Argumentation. Diese allein kann jedoch keine Schiedsbindung begründen.⁴⁶⁰ Daher wird dieser Vorschlag zu Recht überwiegend abgelehnt.⁴⁶¹

Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften, 1997, S. 27, die sich nicht genau festlegt. Es reicht wohl aber schon eine Mehrheitsbeteiligung.

⁴⁵⁴ Das gilt umso mehr, wenn nur eine gesetzlich erlaubte Mehrheitsbeteiligung vorliegt, was nach *Holeweg*, *Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften*, 1997, S. 27 wohl ausreichend ist.

⁴⁵⁵ Siehe auch *dies.*, *Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften*, 1997, S. 28 und 127. Was insofern eine „missbräuchliche Gründung“ (ebd. S. 126) sein soll, wird nicht hinreichend konkretisiert. Die bloße (gesetzeskonforme) Gründung in einem anderen Land kann hierfür nicht ausreichen, vgl. aber ebd. S. 127.

⁴⁵⁶ *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 192; *Jürschik*, *Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen*, 2011, S. 237.

⁴⁵⁷ *Frank*, *Der Durchgriff im Schiedsvertrag*, 2000, S. 290.

⁴⁵⁸ *Ders.*, *Der Durchgriff im Schiedsvertrag*, 2000, S. 290; *Holeweg*, *Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften*, 1997, S. 27.

⁴⁵⁹ *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 192; vgl. auch *Frank*, *Der Durchgriff im Schiedsvertrag*, 2000, S. 290.

⁴⁶⁰ Siehe bereits oben in diesem Teil unter G. I. 2.; ferner *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 192; *Frank*, *Der Durchgriff im Schiedsvertrag*, 2000, S. 290.

⁴⁶¹ *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 192; *Frank*, *Der Durchgriff im Schiedsvertrag*, 2000, S. 309; *Müller/Keilmann*, *SchiedsVZ* 2007, 113, 114; *Schlosser*, in: *Bork/Stein/Jonas u.a.* (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2014, § 1029 Rn. 79; dafür hingegen *Schütze*, in: *Gebauer/Schütze* (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1029 Rn. 58; unklar, aber wohl keine strikte Ablehnung auch bei *Sandrock*, in: *Baums/Hopt/Horn* (Hrsg.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, S. 468.

2. Kein Schiedsdurchgriff auf einen GmbH-Geschäftsführer kraft seiner Organstellung

In einem Einzelfall hat das OLG München eine Haftung des Geschäftsführers einer GmbH angenommen, obwohl er für die GmbH einen Vertrag mit Schiedsbindung abgeschlossen hatte und damit eigentlich nicht selbst verpflichtet wurde.⁴⁶² Als Hauptgrund für diese Bindung wird die Organstellung des Geschäftsführers angeführt.⁴⁶³ Daneben wird die Vermeidung von doppelten oder widersprüchlichen Verfahren⁴⁶⁴ und die Gefahr angeführt, dass der Geschäftspartner der Gesellschaft nur den Anspruch gegen den Geschäftsführer vor einem staatlichen Gericht geltend macht und damit letztlich die Schiedsvereinbarung umgehen könnte.⁴⁶⁵ Hingegen wird in der Entscheidung ausdrücklich für unerheblich erklärt, ob nach der Satzung die Schiedsbindung der Geschäftsführer oder Gesellschafter gewollt war.⁴⁶⁶ Es handelt sich mithin um einen objektiv-rechtlichen Durchgriff auf den Geschäftsführer.

Die Organstellung kann jedoch nicht für eine Schiedsverpflichtung des Geschäftsführers sprechen.⁴⁶⁷ Im Gegenteil gilt gerade das Trennungsprinzip, nach dem die juristische Person selbst und anstelle des handelnden Organs verpflichtet wird (vgl. für die GmbH § 13 GmbHG).⁴⁶⁸ Abseits einer besonderen Haftungs- oder Erstreckungsnorm⁴⁶⁹ für das Außenverhältnis kommt daher keine parallele Haftung und Bindung der handelnden Organe von juristischen Personen in Betracht.

Auch das Argument, der Geschäftspartner der Gesellschaft könne seinerseits die Schiedsklausel „umgehen“, wenn er nur einen etwaigen Anspruch gegen den Geschäftsführer geltend machte, geht fehl. Wenn für den Anspruch gegen die Gesellschaft und gegen die Geschäftsführung unterschiedliche Rechtsgrundlagen bestehen, ist es selbstverständlich, dass auch eigenständige Zuständigkeiten bzw. Verfahren gelten können. Insofern müsste zunächst etabliert werden, warum der Geschäftsführer materiell-rechtlich aus demselben Grund haften soll

⁴⁶² OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198.

⁴⁶³ Das OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198 f. Gegen diese Entscheidung ohne nähere Begründung *Busse*, SchiedsVZ 2005, 118, 119; klare Ablehnung der Entscheidung auch bei *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 116; mit umfangreicherer Begründung ebenso *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 23.

⁴⁶⁴ Die Vermeidung doppelter Verfahren wird zusammen mit der oftmals geringeren Dauer und Kostenintensität eines Schiedsverfahrens primär als Gegenargument gegen eine „Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zu Lasten Dritter“ angeführt, siehe OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198, 199.

⁴⁶⁵ OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198, 199.

⁴⁶⁶ OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198, 199; ebenso *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 22.

⁴⁶⁷ *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 22 unten.

⁴⁶⁸ Siehe dazu oben im 2. Teil unter C. I. und II.

⁴⁶⁹ Siehe für solche Fälle oben in diesem Teil unter F.; vgl. auch *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 22.

wie die Gesellschaft.⁴⁷⁰ Und auch dann bedarf es noch einer gesonderten Begründung für die einheitliche Schiedsbindung wegen des schiedsrechtlichen Trennungsprinzips. Bei getrennten materiellen Haftungsgründen von einer „Umgehung“ der Schiedsbindung zu sprechen, verdreht die rechtlichen Grundlagen juristischer Personen.⁴⁷¹

Zuletzt kann die Vermeidung paralleler und widersprüchlicher Verfahren ergänzend als Argument herangezogen werden, wenn es darum geht, (insbesondere verfassungsrechtlich) eine Drittbindung zu rechtfertigen.⁴⁷² Es handelt sich jedoch primär um ein Nützlichkeitsargument,⁴⁷³ das nicht der zivilrechtliche Grund – schon gar nicht der alleinige – für eine Drittbindung sein kann.⁴⁷⁴

3. Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass weder der Geschäftsführer einer GmbH mit der Argumentation des OLG München noch eine Obergesellschaft nach dem Strohmännchenmodell von *Holeweg* an eine Schiedsvereinbarung zwischen der jeweils kontrollierten Gesellschaft und einem Gläubiger gebunden werden kann. Innerhalb der Kategorie des Durchgriffs bleibt es damit bei einer Schiedsbindung einer Obergesellschaft nur im Falle des Haftungsdurchgriffs wegen Vermögensvermischung.

H. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Im Folgenden werden zunächst die Ergebnisse zu den einzelnen objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen in gebotener Kürze zusammengetragen, bevor anschließend eine Systematisierung der Bindungsvoraussetzungen erfolgt.

I. Zusammenfassung zu den untersuchten objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen

Wie gezeigt werden konnte, ist eine Reihe von objektiv-rechtlichen und damit willensunabhängigen Drittbindungen an Schiedsvereinbarungen möglich und im Einzelfall auch die rechtlich überzeugendste und interessengerechteste Lösung.

⁴⁷⁰ Vgl. auch *dies.*, BB Beilage 1998, 21 f.

⁴⁷¹ Das zeigt auch der in dieser Hinsicht verfehlt Hinweis auf die persönlich haftenden Gesellschafter der oHG, siehe OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198, 199. Die Gesellschafter der GmbH haften gerade nicht persönlich.

⁴⁷² Dazu noch unten im 6. Teil unter B. II. 3. b) cc).

⁴⁷³ Vgl. *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 211; *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 22.

⁴⁷⁴ *Ders.*, BB Beilage 1998, 21, 23; ferner *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 211 f.

In einigen Fällen entspricht eine solche Drittbindung der ganz herrschenden Meinung, in anderen Fällen ist die Bindung umstrittener. Bei der willensunabhängigen Schiedsbindung Dritter handelt es sich um – teils bereits anerkannte – Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz der Freiwilligkeit. Bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen entsteht die Bindung hierbei unabhängig von einem Bindungswillen der Parteien.

Bei der Zession haben es Zedent und Schuldner in der Hand, ob sich die Bindungswirkung einer mit dem Hauptanspruch verbundenen Schiedsvereinbarung auch auf den Zessionar erstrecken soll. Im Zweifel ist eine solche Erstreckung von den Hauptparteien gewollt. Damit wird der Zessionar auch ohne seinen Willen an die Schiedsvereinbarung gebunden.⁴⁷⁵ Dem Schuldner wird nach erfolgter Abtretung jedoch auch dann kein erneutes Wahlrecht hinsichtlich der Bindung des Zessionars eingeräumt, wenn er sich in einer wirtschaftlich schwächeren Position befindet, weil Zedent und Zessionar Mitglieder derselben Unternehmensgruppe sind.⁴⁷⁶

In Parallele zu diesem Ergebnis bestimmen auch die Hauptvertragsparteien bei einem Vertrag zugunsten Dritter, ob der Begünstigte an eine Schiedsvereinbarung gebunden werden soll, wenn ihm ein materiell-rechtlicher Vorteil zukommt. Der Begünstigte kann hingegen nicht wählen, ob er nur den materiellen Vorteil erlangen möchte, sondern muss die materielle Begünstigung zusammen mit einer Schiedsbindung anerkennen.⁴⁷⁷ Es entsteht mithin eine willensunabhängige schiedsrechtliche Annexbindung für den materiell Begünstigten.

Bei einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte stellt sich die Situation komplexer dar. Zwar können zunächst einige Argumente, die auch für eine Schiedsbindung des Begünstigten beim Vertrag zugunsten Dritter sprechen, auf die Schiedsbindung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte übertragen werden.⁴⁷⁸ Auch der schutzwürdige Dritte leitet seinen Anspruch aus dem schiedsrechtlich gesicherten Rechtsverhältnis zwischen den Hauptparteien her. Die Rechtsgrundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ist jedoch richtigerweise in einer richterlichen Rechtsfortbildung zu sehen, weshalb bereits materiell-rechtlich die Schutzwirkung für den Dritten objektiv-rechtlich eintritt.⁴⁷⁹ Daher können die Argumente für eine Schiedsbindung, die beim Vertrag zugunsten Dritter auf die privatautonome Entscheidung der Hauptparteien abstellen, beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nicht zur Anwendung kommen.⁴⁸⁰

Gerade von der Rechtsgrundlage unterscheiden sich Vertrag zugunsten Dritter und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte: Ersterer stellt eine echte vertragliche Drittbegünstigung dar, während Zweiterer die Drittbegünstigung nicht auf

⁴⁷⁵ Siehe oben unter A. I.

⁴⁷⁶ Siehe oben unter A. II.

⁴⁷⁷ Siehe oben unter B. I.

⁴⁷⁸ Siehe oben unter C. I.

⁴⁷⁹ Siehe oben unter C. II. 1.

⁴⁸⁰ Vgl. oben unter C. I.

den Willen der Parteien stützt. Jedoch folgt aus der materiellen Begünstigung des schutzwürdigen Dritten ohne den Willen der Hauptparteien nicht, dass die Hauptparteien auch schiedsrechtlich ohne ihren Willen gebunden werden.⁴⁸¹ Zwar greift zunächst das schiedsrechtliche Annexargument auch in umgekehrter Richtung, was für eine unfreiwillige Schiedsbindung auch der Hauptparteien spricht. Jedoch kann der schutzwürdige Dritte kein legitimes Interesse geltend machen, weshalb die Hauptparteien im Verhältnis zu ihm an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein sollten, sofern keine eigenständige Schiedsvereinbarung zwischen einer der Hauptparteien und dem Dritten besteht.⁴⁸²

Ebenfalls hat eine Schiedsbindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB zu erfolgen. Hier muss differenziert werden, welche Konstellation vorliegt.⁴⁸³ Grundsätzlich lässt sich § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB getrennt auf den Hauptvertrag und auf eine Schiedsvereinbarung anwenden. Dadurch kann bereits eine Schiedsbindung des Vertreters entstehen. Zudem ist aber auch von einer schiedsrechtlichen Annexbindung auszugehen, wenn der vermeintliche Vertreter im Wissen um eine Schiedsvereinbarung zwischen Geschäftsherrn und seinem Geschäftspartner einen Hauptvertrag ohne Vertretungsmacht abschließt.⁴⁸⁴ Denn der Vertreter tritt im Falle der Erfüllungshaftung in die Position des Geschäftsherrn ein.

Auch der persönlich haftende Gesellschafter gemäß § 128 HGB ist an eine Schiedsvereinbarung der Gesellschaft mit dem Gläubiger gebunden.⁴⁸⁵ Demgegenüber sind Organe juristischer Personen grundsätzlich nicht an Schiedsvereinbarungen der juristischen Personen mit deren Gläubigern gebunden. Ausnahmsweise kann jedoch der Gläubiger ohne seinen Willen auch an eine Schiedsvereinbarung zwischen Gesellschaft und Organ gebunden werden, wenn im Einzelfall das Aktienrecht dem Gläubiger einen gesetzlichen Anspruch (siehe etwa § 93 Abs. 5 AktG) gegen das Organ wegen dessen gesellschaftsinternen Fehlverhaltens zuspricht.⁴⁸⁶ Diese Fälle sind jedoch ausgesprochen selten, da bereits die materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage in der Praxis kaum eine Rolle spielt.⁴⁸⁷

Häufiger wird hingegen in der Praxis eine Durchgriffshaftung relevant. Untersucht wurde in diesem Kontext der Haftungsdurchgriff, bei dem die Trennung zwischen den einzelnen Gesellschaften einer Unternehmensgruppe im Einzelfall durchbrochen wird. Im Falle eines Haftungsdurchgriffs wegen Vermögensvermischung ist wegen des widersprüchlichen Verhaltens eine schiedsrechtliche Annexbindung zwischen Gläubiger und Obergesellschaft anzunehmen.⁴⁸⁸ Die rein

⁴⁸¹ Siehe oben unter C. II. 2.

⁴⁸² Siehe oben unter C. II. 2.

⁴⁸³ Siehe oben unter D. II. 1.

⁴⁸⁴ Siehe oben unter D. II. 2.

⁴⁸⁵ Siehe oben unter E. II.

⁴⁸⁶ Siehe oben unter F. I. 2. und II.

⁴⁸⁷ Siehe oben unter F. I. und II.

⁴⁸⁸ Siehe oben unter G. I. 1.

wirtschaftlichen und effizienzgetriebenen Argumente in der sehr umstrittenen Fallgruppe der Unterkapitalisierung können hingegen keine Schiedsbindung der Obergesellschaft ohne ihren Willen rechtfertigen.⁴⁸⁹ Ebenso ist eine Schiedsbindung von Obergesellschaften beim Einsatz von Strohmanngesellschaften abzulehnen⁴⁹⁰ und auch die Geschäftsführerhaftung, wie sie vom OLG München einmal konstruiert wurde.⁴⁹¹

II. Schlussfolgerungen: Voraussetzungen für eine objektiv-rechtliche Bindung

Aus den untersuchten objektiv-rechtlichen Bindungsansätzen lässt sich folgende Systematik herausarbeiten. So scheint eine objektiv-rechtliche Schiedsbindung als Annex zu einem materiell-rechtlichen Anspruch immer dann anzunehmen zu sein, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Zunächst handelt es sich bei Bindungsansätzen ohne Konsens, wie aufgezeigt, immer um Ausnahmen für besondere Konstellationen. Daher ist als erstes zu fordern, dass stets eine gesetzliche Rückbindung für einen solchen Ansatz vorliegt, wenn keine privatautonome Entscheidung die dogmatische Grundlage bildet. Diese Rückbindung kann im Einzelfall aber auch auf Generalklauseln (unter Umständen in Verbindung mit Rechtsstaatsgrundsätzen) gestützt sein.

Als Zweites ist zu fordern, dass ein hinreichendes verbindendes Element zwischen dem materiellen Anspruch gegen den Dritten und der Schiedsvereinbarung besteht.⁴⁹² *Münch* spricht insofern von einer „Identitätsnähe“⁴⁹³ des Anspruchs. Als drittes ist dann zu fordern, dass eine umfassende Interessenabwägung für eine schiedsrechtliche Drittbindung spricht. Für die bereits untersuchten Bindungsansätze ergibt sich sodann folgende Subsumtion.

1. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt

Die Schiedsbindung des Zessionars findet einen gesetzlichen Anhaltspunkt in den §§ 398 S. 2, 401, 404 BGB.⁴⁹⁴ Für die Bindung des Begünstigten beim Vertrag zugunsten Dritter besteht die gesetzliche Grundlage in § 328 Abs. 2 BGB.⁴⁹⁵ Beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte kann die gesetzliche Grundlage etwa in § 242 i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip gesehen werden.⁴⁹⁶ Das scheint zunächst wenig konkret, soll als erste Minimalvoraussetzung einer Schiedsbindung aber

⁴⁸⁹ Siehe oben unter G. I. 2.

⁴⁹⁰ Siehe oben unter G. II. 1.

⁴⁹¹ Siehe oben unter G. II. 2.

⁴⁹² Siehe auch BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1398.

⁴⁹³ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 52.

⁴⁹⁴ Siehe oben unter A. I.

⁴⁹⁵ Siehe oben unter B. I.

⁴⁹⁶ Siehe oben unter C. II. 1. c).

ausreichen, wenn darüber auch eine materiell-rechtliche Bindung zum Schutze des Dritten erreicht werden kann. Die gesetzliche Grundlage für die Schiedsbindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht findet sich in § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB⁴⁹⁷ und für die Bindung des persönlich haftenden Gesellschafters in § 128 HGB.⁴⁹⁸ Eine Bindung des Gläubigers im aktienrechtlichen Kontext kann aufgrund des Zwecks der §§ 93 Abs. 5, 117 Abs. 5, 62 Abs. 2 S. 1 AktG entstehen.⁴⁹⁹ Bei einer Schiedsbindung im Falle des Haftungsdurchgriffs wegen Vermögensvermischung lässt sich eine Grundlage entweder in einer Analogie zu § 128 HGB oder in § 242 BGB finden.⁵⁰⁰

In weiteren Fällen etwa bei einer Bürgenhaftung oder Firmenübernahme würden sich Anknüpfungspunkte in §§ 765 Abs. 1, 767 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 25 HGB finden.⁵⁰¹ Weitere Konstellationen sind denkbar, können im Rahmen dieser Arbeit aber nicht abschließend untersucht werden.

2. *Hinreichende inhaltliche Nähe zwischen dem materiell-rechtlichen Drittanspruch und der ursprünglichen Schiedsvereinbarung*

Als zweite Voraussetzung lassen die untersuchten objektiv-rechtlichen Bindungsansätze erkennen, dass eine hinreichende inhaltliche Nähe zwischen dem Drittanspruch und der Schiedsvereinbarung zwischen den ursprünglichen Parteien bestehen muss.

Bei der Zession und dem Vertrag zugunsten Dritter ist diese inhaltliche Nähe ohne Weiteres gegeben. Denn hier ist der mit der Schiedsvereinbarung versehene Anspruch inhaltlich identisch mit dem Drittanspruch. Ebenso wäre es im Falle einer Schuldübernahme. Bei der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht sind zwar der nicht zustande gekommene Anspruch gegen den Geschäftsherrn und der Anspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht aus § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB nicht identisch. Doch der Vertreter tritt umfassend in die Position des Geschäftsherrn ein und haftet daher derart auf Erfüllung, als wäre der Anspruch gegen den Geschäftsherrn zustande gekommen.⁵⁰² Eine hinreichende inhaltliche Nähe besteht damit zwischen der Schiedsvereinbarung und dem Anspruch aus § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Dieselbe Wertung ist auch beim Anspruch gegen den Gesellschafter im Fall von § 128 HGB und der Organhaftung gegenüber externen Gläubigern nach aktienrechtlichen Ausnahmenvorschriften zu treffen. Die Akzessorietät des An-

⁴⁹⁷ Siehe oben unter D. I. und II.

⁴⁹⁸ Siehe oben unter E. II.

⁴⁹⁹ Siehe oben unter F. I. 2. und II.

⁵⁰⁰ Siehe oben unter G. I. 1.

⁵⁰¹ Siehe zur Schiedsbindung bei Firmenübernahme etwa *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 177 f.; mit selbem Ergebnis, aber teilweise anderer Begründung auch *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 139 ff.

⁵⁰² Siehe oben unter D. II. 2.

spruchs gegen den Gesellschafter geht mit einer (weitgehenden) inhaltlichen Identität des Anspruchs einher. Sofern der Haftungsdurchgriff wegen Vermögensvermischung auf eine Analogie zu § 128 HGB gestützt wird,⁵⁰³ ergibt sich die inhaltliche Nähe in Parallele zur Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft. Auch wenn der Durchgriff auf § 242 BGB gestützt wird, bleibt das Grundprinzip dasselbe, da der ursprünglich mit einer Schiedsvereinbarung versehene Anspruch auf einen neuen Schuldner (die Obergesellschaft) erstreckt wird. Die notwendige inhaltliche Nähe ist daher unabhängig von dem gesetzlichen Anknüpfungspunkt einer Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung identisch.

Beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist die inhaltliche Nähe zwischen dem materiellen Drittanspruch und der ursprünglichen Schiedsvereinbarung vergleichsweise schwerer festzustellen. Denn der Anspruch entsteht durch eine richterliche Rechtsfortbildung,⁵⁰⁴ so dass fraglich sein könnte, ob er mit dem eigentlichen vertraglichen Anspruch zwischen den Hauptparteien hinreichend eng verbunden ist. Gleichwohl ist der Drittanspruch auch hier nicht losgelöst von dem schiedsrechtlich abgesicherten Hauptrechtsverhältnis, sondern leitet sich aus diesem ab.

Dabei können die Rechte des Dritten nicht weiter gehen als die aus dem ursprünglichen Verhältnis. Das Wesen und die Modalitäten des Hauptrechtsverhältnisses sind daher Ausgangspunkt und Begrenzung für die drittschützende Wirkung.⁵⁰⁵ Zum Wesen des Hauptverhältnisses gehört auch die schiedsrechtliche Absicherung der daraus entstehenden Ansprüche. Daher liegt auch in den meisten Fällen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte eine hinreichende inhaltliche Nähe zwischen der Schiedsvereinbarung und dem Drittanspruch vor. Letztlich bedarf es aber einer genauen Analyse des Einzelfalls der drittschützenden Wirkung.

3. Interessenabwägung zugunsten der Drittbindung

Zuletzt ist im Wege einer umfassenden Interessenabwägung zwingend festzustellen, dass im Einzelfall die objektiv-rechtliche Drittschiedsbindung auch der fairste Interessenausgleich zwischen den Parteien ist.⁵⁰⁶ Dafür ist im Detail die Schutzwürdigkeit aller beteiligten Parteien des Einzelfalls zu untersuchen. An dieser Stelle soll auf die jeweils erfolgte Untersuchung und Argumentation zu den einzelnen Bindungsansätzen verwiesen werden, um unnötige Doppelungen zu vermeiden.

⁵⁰³ Siehe dazu oben in diesem Teil unter G. I. 1.

⁵⁰⁴ Siehe oben unter C. II. 1.

⁵⁰⁵ Siehe oben unter C. I. und II. 1. c).

⁵⁰⁶ Siehe zu einem solchen Ansatz auch *Haas/Oberhammer*, in: Bitter/Lutter/Priester u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 511.

Neben den angesprochenen Aspekten wie einem wirtschaftlichen Machtgefälle, abweichenden Informations- und Einflussmöglichkeiten auf die zugrundeliegenden Transaktionen und Billigkeitserwägungen zum Ausgleich missbräuchlichen Verhaltens haben in dieser Abwägung auch verstärkt grundrechtliche Aspekte Berücksichtigung zu finden. Darauf wurde in den vorangegangenen Diskussionen nur oberflächlich eingegangen, da sich die zentralen verfassungsrechtlichen Fragen bei allen objektiv-rechtlichen – und teilweise auch bei extensiven subjektiv-rechtlichen – Bindungsansätzen stellen. Daher ist im Folgenden eine verfassungsrechtliche Überprüfung anzustellen, ob und wann die untersuchten Bindungsmechanismen auch verfassungsgemäß sind. In der Praxis wären diese Überlegungen jedoch im Einzelfall in dem Prüfungspunkt der Interessenabwägung einzubinden.

Verfassungsrechtliche Überprüfung unfreiwilliger Schiedsbindungen Dritter

Da eine wirksame Schiedsbindung dazu führt, dass die staatlichen Gerichte für das Erkenntnisverfahren nicht (mehr) zuständig sind, gehen die Wirkungen einer Schiedsvereinbarung über die einfachrechtliche Ebene hinaus und berühren verfassungsrechtliche Grundsätze. Der unfreiwillige Entzug des staatlichen Erkenntnisverfahrens könnte daher einen Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter darstellen. Im Folgenden soll nicht das deutsche Schiedsrecht in Gänze auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft werden,¹ sondern der

¹ Diese steht heute kaum noch in Frage, siehe jüngst BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 ff.; ebenso etwa *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 43 ff.; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, Vorb. zu §§ 1025–1066 Rn. 4; *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 33; facettenreich auch *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2; *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 76 m. w. N.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2018, Art. 92 Rn. 50; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 10; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 1 Rn. 1; *Steiner*, SchiedsVZ 2013, 15, 15; insbesondere enthält Art. 92 GG kein Verbot privater Gerichte, siehe *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 41; *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 28; siehe auch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 54; *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 3; zu einer eingehenden Analyse – allerdings noch des alten Schiedsrechts – etwa *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 113 ff.; siehe auch bereits *Zöllner*, ZJP 1970, 365, 380; zum neuen Schiedsrecht im Überblick kritisch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 14 ff., die als eines der zentralen Hindernisse für die Gleichwertigkeit eine mangelnde Garantie der Freiwilligkeit bei wirtschaftlicher Übermacht einer Partei ausmacht, vgl. ebd. S. 25 ff. und 211 f. Unbestritten ist die Freiwilligkeit aber die Grundvoraussetzung des Schiedsrechts und kann auch heute über § 1029 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 138 BGB geltend gemacht werden, wenn eine Partei zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung sittenwidrig gedrängt wird, *Schmidt*, ZHR 1998, 265, 282; vgl. zum Ansatz über § 138 BGB auch BGH, Urteil v. 26.1.1989, X ZR 23/87, JZ 1989, 588, 589; siehe auch *Haas/Hauptmann*, SchiedsVZ 2004, 175, 182. Diese Situation einer aus wirtschaftlicher Unterlegenheit resultierenden Unfreiwilligkeit mit der Möglichkeit, sich von der Schiedsbindung zu lösen, ist jedoch davon zu unterscheiden, dass im Einzelfall mit hinreichender rechtlicher Begründung eine Ausnahme vom Freiwilligkeitsgrundsatz gemacht wird, wie es bei einigen der objektiv-rechtlichen Schiedsbindungsmechanismen der Fall ist, siehe dazu jeweils oben im 5. Teil. Aus einer verfahrensrechtlichen Perspektive hält selbst *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 32 den Rechtsschutz durch Schieds-

Frage nachgegangen werden, ob und welche Verfassungsgüter bei Einschränkungen des Freiwilligkeitsgrundsatzes beeinträchtigt sind. Entsprechend wird nicht detailliert untersucht, ob die Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt vor allem wegen der weitreichenden objektiven Schiedsfähigkeit aus verfassungsrechtlicher Perspektive einer Einschränkung bedarf.²

Zur Erforschung der Problemlage, die bei einer unfreiwilligen Schiedsbindung entsteht, wird zunächst ein Blick auf die These geworfen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit und die staatliche Gerichtsbarkeit (im Erkenntnisverfahren) rechtlich gleichwertige Gerichtsbarkeiten sind.³ Unabhängig von der Freiwilligkeit einer Schiedsbindung gilt es hier also zu beleuchten, ob auch den Parteien eines Schiedsverfahrens ein rechtsstaatlichen Grundsätzen genügendes Verfahren zu-

gerichte für gleichwertig zu dem von staatlichen Gerichten. *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 29 hält es für bedenklich, wenn sich der Staat zu weitgehend aus dem Bereich der Rechtsprechung zurückzieht, was durch die neue Regelung des § 1025 ZPO schon eingetreten sein soll; vgl. in diese Richtung auch *Schwab*, in: Gerhardt/Diederichsen/Rimmelpacher u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, 1995, S. 814; ebenfalls kritisch noch *Voit*, JZ 1997, 120, 125. Eine Aushöhlung der staatlichen Gerichtsbarkeit durch die Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem derzeitigen Umfang soll hier jedoch nicht angenommen werden. Kritisch auch *Meyer*, in: Kämmerer/Kotzur (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 16, der das derzeitige Schiedsrecht insgesamt aber auch (noch) für verfassungsgemäß hält.

² Dazu eingehend *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 119 ff. sowie zu einer einfachgesetzlichen Umsetzung möglicherweise notwendiger Anpassungen ebd. S. 131 ff. und 163 ff.; dagegen *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 42; zu dieser Frage für die Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich der Betriebsjustiz *Zöllner*, ZJP 1970, 365, 385 ff.; allgemein zur weiten Schiedsfähigkeit *Schmidt*, ZHR 1998, 265, 270 f.

³ Zugunsten dieser Annahme auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 49; *Berger*, RIW 1994, 12, 17; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, S. 56; *Geimer*, in: *Schlosser* (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 171 und *ders.*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer* u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, § 1029 Rn. 97 sowie ebd. Vorb. zu §§ 1025–1066 Rn. 1; *Haas/Hauptmann*, SchiedsVZ 2004, 175, 176; *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 42; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteien-schiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 149; *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 22 und 25; *Plavec*, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 160; *Rehm*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009, S. 58; *Saenger*, in: *ders.* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, Vorb. zu §§ 1025–1066 Rn. 6; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, Rn. 1373; *Schütze*, in: *Gebauer/Schütze* (Hrsg.), Wiczonek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 10; vgl. auch *Schmidt*, JZ 1989, 1077, 1079; *Walter*, JZ 1989, 590, 591; zu dieser Annahme im amerikanischen Schiedsrecht *Wolf*, RabelsZ 1993, 643, 647; dagegen *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 19; einschränkend auch *Schwab*, in: *Gerhardt/Diederichsen/Rimmelpacher* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, 1995, S. 814, weil die objektive Schiedsfähigkeit zu weitgehend sei.

teilwird und wie die jeweiligen Rechte garantiert sind. Hier ist auf Aspekte wie die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter, die Chancengleichheit der Parteien, das rechtliche Gehör und die Öffentlichkeit des Verfahrens einzugehen.

Der anschließende Schwerpunkt dieses Teils liegt dann auf der Frage, welche Verfassungsgüter betroffen sind, wenn der Freiwilligkeitsgrundsatz der Schiedsparteien eingeschränkt wird. Dazu gilt es, die betroffenen Rechte herauszuarbeiten und sich im Anschluss mit einer etwaigen Rechtfertigung einer Grundrechtseinschränkung zu befassen.

A. Gleichwertigkeitsthese

In der Diskussion um Schiedsbindungen wird teilweise angeführt, dass Schiedsgerichte nicht in gleichem Maße wie staatliche Gerichte ein rechtsstaatliches Verfahren garantieren.⁴ Dieses Argument wird genutzt, um besonders bei Einschränkungen des Freiwilligkeitsgrundsatzes eine Schiedsbindung abzulehnen.⁵ Gleichzeitig wird damit die Frage nach den Anforderungen an ein Schiedsverfahren im Allgemeinen mit der Frage der Freiwilligkeit im Einzelfall vermischt.⁶ Die Frage nach dem rechtsstaatlichen Verfahren vor Schiedsgerichten zielt darauf, wie Schiedsverfahren generell verfassungsgemäß auszugestalten sind.⁷ Bei der Frage nach der Freiwilligkeit ist zu klären, ob ein Schiedsverfahren verfassungsgemäß vor einem Schiedsgericht durchgeführt werden kann, auch wenn die Freiwilligkeit mindestens einer Partei eingeschränkt ist.⁸

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich die Schiedsgerichtsbarkeit als gleichwertige Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit bezeichnet und das zehnte Buch der

⁴ Zu diesem Aspekt *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 10 f. Interessanterweise bejahte der BGH in einem Urteil die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1754, unter II. 3., bezweifelte aber in demselben Urteil wenige Absätze später, dass Schiedsverfahren hinsichtlich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter sowie hinsichtlich des Entscheidungsmaßstabs „objektiver Rechtmäßigkeit“ einem staatlichen Gericht entsprechen, BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1755, unter II. 6. a); dazu auch *Röhrich*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004, 2005, S. 23; für die grundsätzliche Gleichwertigkeit statt vieler *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 171; *Schwabl/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 1 Rn. 1.

⁵ Etwa jüngst BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2678 ff. für die Sportschiedsgerichtsbarkeit mit nichtöffentlichen Verhandlungen; siehe auch BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1755; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 27 f.

⁶ Vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2680 Rn. 51; kritisch zu diesem Aspekt auch *Kindt*, IPRax 2023, 243, 249.

⁷ Hiermit befasst sich das vorliegende Kapitel A.

⁸ Hierzu sogleich im nächsten Kapitel B.

ZPO gleichermaßen mit diesem Ziel und von dieser Annahme ausgehend gestaltet.⁹ Ebenso geht die Literatur mittlerweile ganz herrschend von einer Gleichwertigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber staatlicher Gerichtsbarkeit aus.¹⁰ Und auch die Rechtsprechung bejaht die Gewährleistung von Rechtsschutz durch Schiedsgerichte, wenn die Ausgestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens mit staatlichen Verfahren gleichwertig ist.¹¹

I. Rechtliches Gehör und staatliche Kontrolle

Für die Annahme gleichwertigen Rechtsschutzes durch Schiedsgerichte ist auch in einem Schiedsverfahren den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren.¹² An-

⁹ BT-Drs. 13/5274, S. 36; dazu etwa *Voit*, JZ 1997, 120, 121; siehe zu weiteren Nachweisen auch schon oben in Fn. 3 dieses Teils; dazu kritisch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 21, die aber gleichzeitig die Wichtigkeit dieser Grundannahme des Gesetzgebers betont, ebd. S. 10.

¹⁰ Siehe nur *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 49; *Berger*, RIW 1994, 12, 17; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, S. 56 mit internationalen Bezügen; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 16; *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 76; *Koch*, in: *ders.* (Hrsg.), Aktiengesetz, 2023, § 93 Rn. 184; *Koller*, Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren, 2009, S. 18; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 149 mit weiteren Nachweisen in Fn. 342; *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 7: „vollkommen ebenbürtiges Äquivalent“ zu staatlichen Gerichten, das „gleichwertigen Rechtsschutz“ bietet und „an die Stelle staatlicher Gerichte“ (ebd. Rn. 4) trete; ebenso *Gottwald/Adolphsen*, DStR 1998, 1017, 1019; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 9 Rn. 4; siehe auch *Epping*, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 1999, S. 190; siehe auch die weiteren Nachweise bei *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 25; vgl. auch *Smid*, DZWIR 1996, 52, 54.

¹¹ Die wesentlichen Entscheidungen des BGH zu diesem Aspekt sind die Entscheidungen, die häufig als „Schiedsfähigkeit I bis III“ bezeichnet werden. Siehe zur gleichwertigen Ausgestaltung der Verfahren schon in der ersten Entscheidung „Schiedsfähigkeit I“ BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1754, unter II. 3.; vgl. auch BGH, Urteil v. 6.4.2009, II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1964; zu diesen Entscheidungen auch *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 46 ff.; zur Notwendigkeit der Einhaltung rechtsstaatlicher Standards auch *Pfeiffer*, ZRP 2000, 378, 381; *Voit*, JZ 1997, 120, 121 fasst die Fragen des rechtsstaatlichen Verfahrens primär unter die Beurteilung der Gleichwertigkeit aus Perspektive der konkret betroffenen Parteien. Siehe richtungswesend am Beispiel der Sportschiedsgerichtsbarkeit auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677.

¹² *Classen*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 44; *Eslami*, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016, S. 419; dazu eingehend auch *Geimer*, in: *Schlosser* (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 123 ff. und 170; knapp auch *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 211; *Schwab/Wal-*

dernfalls kann das Schiedsverfahren nicht an die Stelle des staatlichen Erkenntnisverfahrens treten.¹³ Dieser in Art. 103 Abs. 1 GG garantierte Verfahrensmaßstab findet sich heute fast wortgleich in § 1043 Abs. 1 S. 2 ZPO und ist somit im Schiedsrecht abgesichert.¹⁴ Im Jahr 1964 hielt das BVerfG schon fest, dass die Anforderungen an private Gerichte weniger strikt zu fassen sind, wenn eine Kontrolle durch staatliche Gerichte erfolgt.¹⁵ Grundlegende rechtsstaatliche Verfahrensstandards müssen aber stets garantiert sein,¹⁶ auch wenn bei der staatlichen Kontrolle von Schiedsgerichten den Besonderheiten des Schiedsverfahrens Rechnung zu tragen ist. Mithin bedeutet Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens keine Gleichartigkeit.

ter, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 1 Rn. 1; BGH, Urteil v. 11.11.1982, III ZR 77/81, NJW 1983, 867; BGH, Urteil v. 14.5.1992, III ZR 169/90, NJW 1992, 2299.

¹³ Vgl. *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 42. Schiedsgerichte decken nur einen Teil des gesamten Rechtsschutzverfahrens ab, vgl. auch *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 170. Rechtliches Gehör und der Zugang zu effektivem Rechtsschutz sind den Parteien aber durch das gesamte Verfahren zu gewähren. Die Einschaltung des Staates in späteren Verfahrensschritten und damit einhergehende Kontrollmöglichkeiten führen daher zu anderen Maßstäben bei der Beurteilung der Schiedsgerichtsbarkeit, als wenn die Schiedsgerichtsbarkeit nicht in das staatliche System eingebettet wäre; dazu auch noch sogleich. Siehe zum Verhältnis und Zusammenspiel zwischen den Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten auch schon oben im 2. Teil unter B. IV.

¹⁴ Die Regeln richten sich streng genommen nur sekundär an ein Schiedsgericht, da deren Einhaltung letztlich nur von staatlichen Gerichten kontrolliert wird, siehe *Voit*, JZ 1997, 120, 122.

¹⁵ BVerfG, Beschluss v. 24.11.1964, 2 BvL 19/63, BVerfGE 18, 254; dazu auch *Zöllner*, ZJP 1970, 365, 385; ebenso für die Notwendigkeit staatlicher Kontrolle *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 182; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, Vorb. § 1025 Rn. 7. Ergänzend hält *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 135 f. fest, dass es bei der weniger strikten Kontrolle aber nur um „Nuancen“ gehe. Die weniger strikten Voraussetzungen gelten nach teilweise vertretener Meinung nicht für das Recht auf rechtliches Gehör, siehe BGH, Urteil v. 11.11.1982, III ZR 77/81, NJW 1983, 867; dagegen *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 134 f., da es keine Voraussetzung der Verfassung sei, die nationalen Schiedssprüche strenger zu kontrollieren als ausländische und für ausländische nur ein rechtsstaatlicher Mindeststandard in dieser Hinsicht gefordert wird. Letztlich sind aber natürlich inhaltlich eindeutige Verstöße gegen das rechtliche Gehör durch ein Schiedsgericht nicht zu akzeptieren, siehe auch ebd. S. 182. Ferner können die Parteien die genaue Umsetzung des rechtlichen Gehörs selbst noch stärker bestimmen als die Parteien im staatlichen Verfahren, siehe ebd. S. 131; zu der grundsätzlichen Möglichkeit, Aspekte staatlicher Rechtspflege auf Private zu verlagern, sofern hinreichende staatliche Kontrolle besteht, *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 29, der die derzeitige Ausgestaltung des § 1030 ZPO gegenüber § 1025 ZPO a. F. aber sehr kritisch sieht; ähnlich *Meyer*, in: Kämmerer/Kotzur (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 92 Rn. 16.

¹⁶ *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 183; vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2678 ff.

Das deutsche Schiedsrecht garantiert die zentralen prozessualen Verfassungsrechte einfachgesetzlich, wie sogleich noch im Einzelnen aufgezeigt wird. Zudem sieht es eine eingeschränkte staatliche Kontrolle von Schiedsgerichten vor,¹⁷ die auch nicht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden kann.¹⁸ Diese Kontrolle besteht vor allem an zwei Punkten eines Schiedsverfahrens: zum einen, wenn eine Partei vor einem staatlichen Gericht die Zuständigkeit des Schiedsgerichts anzweifelt (§ 1032 ZPO),¹⁹ zum anderen bei der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsurteilen durch die staatliche Gewalt (§§ 1059 ff. ZPO).²⁰

Die Zuständigkeitsfrage prüfen staatliche Gerichte im Rahmen des § 1032 ZPO umfassend.²¹ Daneben kann nach den Aufhebungsgründen des § 1059 ZPO ein Schiedsspruch aufgehoben werden, wenn die grundlegenden Verfahrensstandards nicht eingehalten werden oder eine Schiedsbindung verneint werden muss.²² Insofern ist davon auszugehen, dass das aktuelle deutsche Schiedsrecht die Geltung rechtsstaatlicher Verfahrensstandards durch die staatlichen Kontrollmöglichkeiten hinreichend absichert,²³ wobei insbesondere die folgenden Aspekte zu beachten sind.

¹⁷ Zur Rechtswegprüfung allgemein *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 632 ff.; zur staatlichen Kontrolle der Schiedsgerichte im Sinne einer Willkürkontrolle *Kahlert*, *SchiedsVZ* 2023, 2, 10; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 11; *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2005, Kapitel 1 Rn. 1; zu dem eingeschränkten Umfang dieser Kontrolle kritisch *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2021, Art. 92 Rn. 29.

¹⁸ *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz*, 2018, Art. 92 Rn. 27; zur Notwendigkeit dieser Kontrolle auch *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, 1994, Bd. 7, S. 170 ff.; *Kindt*, *IPRax* 2023, 243, 248; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Oktober 2019, Art. 19 Abs. 4 Rn. 17; *Wolf*, *Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 114; *ders.*, *RabelsZ* 1993, 643, 648.

¹⁹ Für eine umfassende Prüfung in diesem Stadium *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, 1994, Bd. 7, S. 162; zum Kontrollaspekt in dieser Hinsicht siehe auch *Wolf*, *Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 109 f.

²⁰ Zur verfassungsmäßigen Kontrolle im Anerkennungs- und Vollstreckungsstadium etwa *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, 1994, Bd. 7, S. 129 und 178 ff.

²¹ *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 165.

²² Noch zu der schiedsrechtlichen Vorgängerbestimmung § 1041 ZPO a. F. BAG, Urteil v. 23.8.1963, 1 AZR 469/62, NJW 1964, 268, 269.

²³ Siehe zum Aspekt der nachträglichen staatlichen Kontrolle schon *Zöllner*, *ZZP* 1970, 365, 385 f. Eine zu weitgehende staatliche Kontrolle würde freilich wesentliche Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit zunichtemachen, vgl. auch *Kahlert*, *SchiedsVZ* 2023, 2, 10; siehe auch *Wolf*, *Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 114.

II. Anforderungen an ein Schiedsverfahren

Der BGH und das BVerfG nennen allgemeine verfassungsrechtliche Voraussetzungen für die Gleichwertigkeit von Schiedsverfahren. Vor allem sind nach der Rechtsprechung des BGH die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter,²⁴ die Garantie eines förmlichen und öffentlichen Verfahrens²⁵ und eine Entscheidung nach Gesichtspunkten objektiver Rechtmäßigkeit wichtig.²⁶ Zudem fordert der BGH, dass alle Parteien des Schiedsverfahrens gleichermaßen auf die Wahl der Schiedsrichter Einfluss nehmen können. Einige dieser Rechtsstaatlichkeitsvoraussetzungen finden auch in dem zehnten Buch der ZPO ihren ausdrücklichen Niederschlag. Unmittelbare Geltung haben die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien hingegen nicht, da die Schiedsgerichte als private Institutionen keiner Grundrechtsbindung unterliegen.²⁷ Das BVerfG legt mit seiner jüngsten Entscheidung zur Sportschiedsgerichtsbarkeit einen Fokus auf das Recht auf öffentliche Verhandlungen und die Auswirkungen auf eine Schiedsbindung bei Ausschluss der Öffentlichkeit.²⁸

Heute ist über §§ 1036 f. ZPO die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter hinreichend gesichert.²⁹ Sofern die Anforderungen des § 1036 ZPO eingehalten sind, bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter. Denn den Parteien stehen im Rahmen dieser Vorschrift hinreichende Möglichkeiten zur Verfügung, für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter durch ihre Auswahl zu sorgen. Nötig ist aber, dass alle Parteien eines Schiedsverfahrens auch tatsächlich die Möglichkeit hatten, sich an der Auswahl der Schiedsrichter zu beteiligen.³⁰

²⁴ *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 44; BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1755; BGH, Urteil v. 6.4.2009, II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1966. Für die staatlichen Richter gilt diese Garantie gemäß Art. 97 Abs. 1 GG; siehe dazu auch *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 117 und 130; zu Objektivität und Unabhängigkeit der Richter siehe auch ebd. S. 137 ff. und zu den einzelnen Aspekten aus verfassungsrechtlicher Perspektive ebd. S. 172 ff.; siehe auch bereits *Zöllner*, ZZZ 1970, 365, 385.

²⁵ BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1755.

²⁶ BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1755; siehe zu den Anforderungen an das Schiedsverfahren auch *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 171.

²⁷ *Ders.*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 127 f.; in Betracht kommt aber eine Drittwirkung, der auch das Schiedsgericht dann unterliegt, ebd.

²⁸ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677.

²⁹ *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 44.

³⁰ BGH, Urteil v. 6.4.2009, II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1965; dazu *DuvelKeller*, NJW 2009, 1966, 1967; aus der neueren Rechtsprechung BGH, Beschluss v. 6.4.2017, I ZB 23/16, SchiedsVZ 2017, 194, 195; siehe auch *Röhricht*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004, 2005, S. 23; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kapitel 10 Rn. 14 sehen darin sogar ein „Grundrecht einer Partei im Schiedsverfahren“.

Diese Beteiligungsmöglichkeit ist explizit über § 1034 Abs. 2 S. 1 ZPO³¹ und den prozessualen Gleichbehandlungsgrundsatz in § 1042 Abs. 1 S. 1 ZPO³² abgesichert. Zentraler Bestandteil des heutigen Schiedsrechts ist damit die prozessuale Gleichbehandlung, wie sie auch in einem staatlichen Verfahren herrscht. Bedenken gegen das deutsche Schiedsrecht bestehen insofern nicht.³³

Problematisch könnte jedoch die Möglichkeit eines Schiedsgerichts sein, gemäß § 1051 Abs. 3 S. 1 ZPO einen Rechtsstreit allein nach Billigkeitserwägungen zu entscheiden.³⁴ Dafür bedarf es jedoch der ausdrücklichen Erlaubnis der Schiedsparteien und die grundsätzliche Möglichkeit von Billigkeitsentscheidungen gibt es auch vor staatlichen Gerichten.³⁵ Für die vorliegende Untersuchung soll daher auch davon ausgegangen werden, dass eine solche Vereinbarung nicht von den Schiedsparteien getroffen wurde oder dass sich der Dritte und die ursprüngliche Schiedspartei vor Beginn des Schiedsverfahrens auf eine Entscheidung nach Billigkeitsmaßstäben geeinigt haben. Praktisch kommt eine Ermächtigung nach § 1051 Abs. 3 S. 1 ZPO auch äußerst selten vor.³⁶ Die abstrakte Verfassungsmäßigkeit des § 1051 Abs. 3 S. 1 ZPO ist damit nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

³¹ § 1034 Abs. 2 S. 1 ZPO lautet: „Gibt die Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht, das die andere Partei benachteiligt, so kann diese Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsgrundlage zu bestellen.“

³² § 1042 Abs. 1 S. 2 ZPO lautet: „Die Parteien sind gleich zu behandeln.“

³³ Für eine Drittbeteiligung ist dann aber zu fordern, dass auch die dritte Partei hinreichenden Einfluss auf die Schiedsrichterauswahl und etwaige -ablehnung hat. Für die Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf Dritte, bevor ein Schiedsverfahren beginnt, ist die Frage nach der notwendigen Drittbeteiligung im anschließenden Verfahren aber nicht relevant. Denn die Einbindung der dritten Partei in alle relevanten Entscheidungen ist zu diesem Zeitpunkt noch ohne Weiteres möglich. Siehe zur Problematik bei einer Rechtsnachfolge während eines bereits laufenden Schiedsverfahrens *Wagner*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 21 ff.

³⁴ Der BGH verlangte in seiner Schiedsfähigkeit-I-Entscheidung, dass Schiedsgerichte ihre Entscheidung nach „objektiver Rechtmäßigkeit“ treffen, siehe BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1755; vgl. zu der gerichtlichen Überprüfung von schiedsrichterlichen Entscheidungen nach Billigkeit *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 181; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 30 erachtet diesen Aspekt auch für kritisch; siehe auch *Voit*, JZ 1997, 120, 123; zu weiteren kritischen Stimmen hinsichtlich dieses Aspekts siehe bei *Berger*, RIW 1994, 12, 14.

³⁵ *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 4, zurückhaltender jedoch ebd. § 1051 Rn. 54; mögliche Billigkeitsentscheidungen im BGB sind etwa § 253 Abs. 2 BGB oder §§ 315, 317, 319 BGB.

³⁶ Etwa *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1051 Rn. 4, dort in Fn. 18 m. N.; *Stauder*, SchiedsVZ 2014, 287, 293 betont hingegen die potenziellen Anwendungsvorteile beim Aufeinandertreffen verschiedener Rechtskulturen; zu strittigen Aspekten und Konkretisierungsversuchen siehe zudem ebd. 289 ff.; siehe zu diesem Aspekt im Falle eines Schiedszwangs am Beispiel der alten Verfahrensordnung des CAS auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677.

Problematisch könnte zuletzt der Aspekt der Öffentlichkeit von Schiedsverfahren sein.³⁷ Sofern die Parteien generell das staatliche Verfahren ausschließen können, spricht das grundsätzlich dafür, dass ihr Verfahren auch unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden kann. Ebenso besteht auch im staatlichen Gerichtsprozess die Möglichkeit, die Öffentlichkeit auszuschließen. Im Ausgangspunkt spricht daher die Möglichkeit eines privaten, nichtöffentlichen Verfahrens nicht gegen die Verfassungsmäßigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit.³⁸ Ob die Schiedsgerichtsbarkeit aus verfassungsrechtlicher Sicht in manchen Bereichen so verbreitet ist, dass der Rechtsfortbildung in diesen Feldern aufgrund der überwiegend nichtöffentlichen Verfahren und Urteile ein wesentlicher Bestandteil der Rechtsentwicklung vorenthalten wird,³⁹ kann vorliegend nicht beantwortet werden. Hier würde sich eine Reihe eigener Probleme ergeben.⁴⁰

Zu dem Aspekt der Öffentlichkeit hat im Jahr 2022 auch das BVerfG eine richtungweisende Entscheidung erlassen.⁴¹ Demnach sind bei der Rechtmäßigkeit einer Schiedsbindung auch das Machtgefälle zwischen den Parteien und rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien im vereinbarten Schiedsverfahren zu berücksichtigen.⁴² Das ergibt sich aus den Schutzpflichten des Staates.⁴³ So muss die Freiwilligkeit beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung insbesondere in einem angemessenen Ausgleich zu dem Öffentlichkeitsgrundsatz stehen.⁴⁴ Je geringer also die Freiwilligkeit der Schiedsbindung im Einzelfall ist, desto höhere Anforderungen sind auch an die Öffentlichkeit des Verfahrens als eine zentrale verfassungsrechtliche Verfahrensgarantie zu stellen.⁴⁵ Ist demnach umgekehrt die Öffentlichkeit in einem Verfahren vorgesehen, lässt sich ein Schiedszwang auch leichter rechtfertigen.

³⁷ Hierzu besonders *Eslami*, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016, S. 421 ff., die eine „anonymisierte, eingeschränkte und zeitverzögerte“ Veröffentlichungspflicht der Schiedssprüche vorschlägt; *Berger*, RIW 1994, 12, 16 wies schon Anfang der 1990er Jahre auf eine „zunehmende Veröffentlichung internationaler Schiedssprüche“ hin; siehe zur Problematik der Öffentlichkeit ferner *Voit*, JZ 1997, 120, 121 unter Hinweis auf das Rechtsbewusstsein, das durch die Öffentlichkeit geschärft wird.

³⁸ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 44.

³⁹ So etwa *Eslami*, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016, S. 423.

⁴⁰ Bereits der Maßstab, wie viele Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden dürfen, wäre schwer festzulegen. Zudem müssten empirische Erhebungen zu den tatsächlich stattfindenden Schiedsverfahren durchgeführt oder diese Zahl verlässlich geschätzt werden. Siehe für einen Lösungsvorschlag im Wege der systematischen Veröffentlichungspflicht aber *die.*, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016, S. 399 ff.

⁴¹ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677.

⁴² BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 41; *Kindt*, IPRax 2023, 243, 248 betont hier die grundsätzliche Schiedsfreiheit.

⁴³ Siehe auch *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2699.

⁴⁴ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 41 ff. und 2680 Rn. 49.

⁴⁵ *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2697.

Damit ist höchstrichterlich erstmals entschieden, dass die Möglichkeit einer Zwangsschiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich besteht.⁴⁶ Es ist jedoch noch nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang sich die Entscheidung auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit übertragen lässt.⁴⁷ Denkbar ist aber auch hier eine Berücksichtigung des Machtgefälles zwischen einzelnen Unternehmen hinsichtlich des Abschlusses der Schiedsvereinbarung.⁴⁸ Entscheidend bleibt, wie eine unfreiwillige Schiedsbindung gerechtfertigt sein kann; insbesondere welche Rechtsgüter der einen Partei im Einzelfall Vorrang vor dem Zugang zur staatlichen Gerichtsbarkeit der anderen Partei haben können und welche Aspekte bei einer umfassenden Abwägung zu berücksichtigen sind.

Methodisch lässt das Bundesverfassungsgericht die Frage der Ausgestaltung des konkreten Schiedsverfahrens darauf zurückwirken, ob eine Schiedsbindung bestehen kann.⁴⁹ Es werden also das Wie und das Ob einer Schiedsbindung miteinander verbunden.⁵⁰ Verfassungsrechtlich ist das vor dem Hintergrund der staatlichen Kontrolle der Verfahrensgarantien verständlich. Jedoch ist auch ein alternativer Ansatz denkbar und vor allem schiedsrechtlich weniger invasiv: Anstatt die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung insgesamt in Frage zu stellen, ließen sich die mangelbehafteten Verfahrensvorschriften durch verfassungskonforme ersetzen.⁵¹ Eine punktuelle Anpassung des jeweiligen Schiedsverfahrens im Einzelfall könnte den Willen der Parteien eher entsprechen und würde die grundsätzliche Wahl der Schiedsgerichtsbarkeit nicht zunichtemachen.⁵² So hat in dem

⁴⁶ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 40; siehe auch *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2698, 2700.

⁴⁷ Wohl eher skeptisch *Kindt*, IPRax 2023, 243, 248 f., der auf das spezielle Machtgefälle im professionellen Sport hinweist und hier die Notwendigkeit einheitlicher Normsetzung für internationale Wettkämpfe betont. So habe auch das BVerfG anerkannt, dass die unterschiedlichen Schiedsgerichtsbarkeiten auch zu unterschiedlichen Maßstäben bei der Geltung von Verfahrensvorschriften führen können.

⁴⁸ Siehe auch *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2700, der von einer generelleren Anwendbarkeit der verfassungsrechtlichen Grundsätze für die Schiedsgerichtsbarkeit ausgeht. Wie in dem Fall Pechstein hat er dabei aber die Situation vor Augen, dass sich die kleineren bzw. schwächeren Parteien/Unternehmen gegen eine Schiedsbindung stellen wollen und diese nicht geltend machen. Skeptisch hingegen *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 7.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2680 Rn. 51.

⁵⁰ Siehe auch *Thöne*, NJW 2022, 2650, 2651; vgl. auch *Kindt*, IPRax 2023, 243, 249, der die Rechtsfolge der Unwirksamkeit als zu weitgehend kritisiert, zumal es nach dem Beschluss des BVerfG recht pauschal nur auf die *ex ante* Betrachtung – sogar ohne Prognoseentscheidung für einen konkreten Verstoß – ankommt, ob eine Verfahrensgarantie bloß strukturell nicht ausreichend berücksichtigt ist.

⁵¹ *Thöne*, NJW 2022, 2650, 2651. Ablehnend gegenüber der weitreichenden Folge einer Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung in Ungleichgewichtslagen auch *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 7, der über andere – jedoch nicht näher spezifizierte – Wege praktische Konkordanz herstellen will.

⁵² *Thöne*, NJW 2022, 2650, 2651. *Kindt*, IPRax 2023, 243, 249 weist hier zurecht darauf hin, dass dadurch auch Missbrauchsgefahren bestehen, die eine grundsätzliche Schiedsfreundlichkeit zunichtemachen könnten.

konkreten Fall Frau *Pechstein* auch nicht originär den Zwang zum Schiedsverfahren, sondern die fehlende Öffentlichkeit gerügt.⁵³

Damit bleibt zunächst festzuhalten, dass sogar eine Zwangsschiedsgerichtsbarkeit in Ausnahmefällen rechtmäßig sein kann. Das tatsächlich vorliegende Maß an Freiwilligkeit hinsichtlich der Schiedsbindung muss dafür jedoch in einem angemessenen Ausgleich zu den zentralen verfassungsrechtlichen Verfahrensrechten des konkreten Schiedsverfahrens stehen.⁵⁴ Die durch dieses Wechselspiel geprägte Abwägung ermöglicht in erster Linie bei subjektiv-rechtlichen Ansätzen eine graduelle Entscheidung, während die objektiv-rechtlichen Ansätze am Extrempunkt der Freiwilligkeitsskala liegen, da sie von vorne herein nicht nach dem Willen der Parteien und der Freiwilligkeit fragen.⁵⁵ Bei objektiv-rechtlichen Ansätzen sind also immer hohe Anforderungen an die Verfahrensgrundsätze zu stellen.⁵⁶ Besondere Bedeutung kommt hierbei dem Öffentlichkeitsgrundsatz zu. Ein gänzlicher Ausschluss der Öffentlichkeit bei gleichzeitig fehlendem Einfluss auf die Schiedsbindung ist nicht möglich.⁵⁷ Es wird aber für sich betrachtet weder der Schiedsgerichtsbarkeit das mitunter bestehende Interesse an vertraulichen Verfahren und deren grundsätzliche Rechtmäßigkeit abgesprochen,⁵⁸ noch ein identisches Verfahren vor staatlichen und Schiedsgerichten verlangt.

III. Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass nach derzeitiger Ausgestaltung das deutsche Schiedsrecht grundsätzlich mit dem staatlichen Erkenntnisverfahren als gleichwertig anzusehen ist. Die maßgeblichen rechtsstaatlichen Verfahrensrechte werden durch

⁵³ Siehe BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2678 Rn. 31, 35.

⁵⁴ Siehe dazu auch noch unten in diesem Teil unter B. II. 3. b), insbesondere unter dd) (2).

⁵⁵ Siehe dazu auch oben im 2. Teil unter B. IV. 2.

⁵⁶ Siehe dazu noch unten in diesem Teil unter B. II. 3. b) dd) (2).

⁵⁷ Siehe auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2680 Rn. 47. Beachte zum Begriff der Freiwilligkeit, dass etwa der BGH in dem *Pechstein*-Verfahren noch eine Freiwilligkeit annahm, weil als Alternative zum Abschluss der Schiedsvereinbarung auch die Nichtteilnahme an den Wettbewerben in Betracht gekommen wäre, vgl. BGH, Urteil v. 7.6.2016, KZR 6/15, NJW 2016, 2266, 2271 Rn. 54 f.; kritisch dazu *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426, 428. Das BVerfG sah den Aspekt der Freiwilligkeit offensichtlich anders, ohne aber zu dem konkret vorliegenden oder für eine Schiedsbindung nötigen Grad der Freiwilligkeit explizite Ausführungen zu machen, siehe BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 40 f. und 2680 Rn. 47 f. Das wirft natürlich die grundlegenden Fragen nach dem (verfassungs-)rechtlichen Verständnis von Freiwilligkeit auf, die hier aber nicht abschließend beantwortet werden können. Zu einem gewissen Grad wird es eine Einzelfallentscheidung bleiben müssen, ab welchem Maß an Einflussmöglichkeit von Freiwilligkeit gesprochen werden kann.

⁵⁸ So auch ausdrücklich BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 44, 2680 Rn. 47.

das Schiedsrecht und dessen verfassungskonforme Auslegung gewahrt. Zudem bestehen hinreichende Überprüfungs- bzw. Kontrollmöglichkeiten durch staatliche Gerichte zur Einhaltung dieser Rechte.

B. Betroffene Justizgrundrechte

Im nächsten Schritt gilt es nun zu klären, welche Verfassungsgüter bei einer unfreiwilligen Schiedsbindung betroffen sind. Anschließend muss geklärt werden, ob und wie eine Schiedsbindung ohne Zustimmung einer gebundenen Partei verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Wie bereits erörtert, kommt der Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG eine zentrale Bedeutung für die Schiedsgerichtsbarkeit zu.⁵⁹ Die Vertragsfreiheit, die auch für die Schiedsvereinbarung besonders wichtig ist, nimmt einen wesentlichen Bestandteil der Privatautonomie ein.⁶⁰ So schützt Art. 2 Abs. 1 GG auch die negative Freiheit, etwas nicht zu tun und keinen Zwängen anderer Personen unterworfen zu werden.⁶¹ Dieses Grundrecht ist bei einer Schiedsbindung ohne Zustimmung einer Partei betroffen.⁶²

Spezieller als die allgemeine Handlungsfreiheit und damit vorrangig zu prüfen könnten bei einer Schiedsbindung ohne Zustimmung einer Partei jedoch verschiedene Justizgrundrechte sein. Vor allem könnten Einschränkungen des

⁵⁹ Dass im Wesentlichen der Parteiwille zum Verzicht auf staatliche Justiz vorliegen muss, wurde etwa bereits deutlich in BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399; siehe auch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 4; *Münch*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 4. Die Handelsschiedsgerichtsbarkeit nach den §§ 1025 ff. ZPO hat diese zentrale Voraussetzung der Freiwilligkeit in Form der Schiedsvereinbarung in § 1029 ZPO festgehalten. Siehe ferner oben im 2. Teil unter B. IV.

⁶⁰ Siehe hierzu *Berger*, RIW 1994, 12, 14; ohne den Bezug zur Schiedsgerichtsbarkeit auch *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1979, S. 5; *Mansel*, in: *Stürner* (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2023, Vorb. zu §§ 145–157 Rn. 8; *Papadimitropoulos*, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, 2007, S. 113; vgl. auch *Classen*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 41; *Scholz*, AÖR 1975, 80, 82, der die Wichtigkeit der Privatautonomie für das Verfahrensrecht hervorhebt.

⁶¹ Statt vieler *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2022, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101; *Mansel*, in: *Stürner* (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2023, Vorb. zu §§ 145–157 Rn. 8.

⁶² *Classen*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 41 sieht die Freiwilligkeit sogar als ausnahmslos zwingend an. Siehe zur Betroffenheit von Art. 2 Abs. 1 GG im Falle einer unfreiwilligen Schiedsbindung auch *Mansel*, in: *Grunewald/Westermann* (Hrsg.), *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 408; *Müller/Keilmann*, *SchiedsVZ* 2007, 113, 121; aus der Rechtsprechung siehe etwa BGH, Urteil v. 3.4.2000, II ZR 373/98, NJW 2000, 1713; auch OGH, Beschluss v. 20.4.2021, 4 Ob 43/21h, 2009, 1, 23.

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sowie der Justizgewährungsansprüche⁶³ vorliegen.⁶⁴ Eine auch mit der Verfassungsbeschwerde überprüfbare Einschränkung dieser Rechte könnte durch staatliche Gerichte erfolgen, wenn sie auf die Einrede der Schiedsvereinbarung (§ 1032 Abs. 1 ZPO) oder in einem Verfahren zur Prüfung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts (§ 1032 Abs. 2 ZPO) den Zugang zu staatlichen Gerichten aufgrund einer Schiedsbindung ablehnen.⁶⁵

I. Kein Eingriff in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bei unfreiwilliger Schiedsbindung

Oftmals wird vertreten, dass eine unfreiwillige Schiedsbindung einen Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bedeuten würde.⁶⁶ Daher ist zu klären, ob Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG den Zugang zu staatlichen Gerichten sichert oder ob der Zugang zu staatlicher Justizgewähr in einem anderen Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verortet ist.

In Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG werden zwei Appelle und damit Schutzrichtungen gesehen. Der erste Appell richtet sich an die Legislative und verlangt die Schaffung von Verfahrensvorschriften, die es insbesondere ermöglichen, den im Einzelfall zuständigen Richter abstrakt im Vorfeld zu bestimmen.⁶⁷ Der zweite Ap-

⁶³ Teilweise ist auch die Rede von Justizgewährleistungsansprüchen, siehe etwa *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 19; *Rehm*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009, Rn. 108; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2023, Vorb. zu §§ 1025–1066 Rn. 7; *Widdascheck*, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingtäters, 2018.

⁶⁴ *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 117; *Smid*, DZWIR 1996, 52, 54.

⁶⁵ *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 225; *Voit*, JZ 1997, 120.

⁶⁶ *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 78; *Mansel*, in: Grunewald/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 408; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 77 f.; *Sessler*, BB Beilage 1998, 21, 22; aus der neueren Literatur etwa *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, S. 23 und 196; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 10; *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143, 145; wohl auch für eine Einschränkung dieses Rechts *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 4; vgl. auch *Ahrendt*, Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren, 1996, S. 26; aus der Rechtsprechung etwa BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399; jüngst auch wieder BGH, SchiedsVZ 2023, 228, 234 f.; vgl. zum schweizerischen Recht auch BG, Urteil v. 7.2.1984, BGE 110 II 54, 69. Beachte, dass die schweizerische Verfassung in Art. 30 in ihrer damals maßgeblichen Fassung nur von einem „Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht“ spricht, *Sandrock*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 105.

⁶⁷ *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Januar 2022, § 90 Rn. 254; *Ipsen*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum

pell verlangt die Einhaltung dieser Vorschriften von den Gerichten selbst.⁶⁸ Daher können Verstöße gegen Normen des neunten Abschnitts des Grundgesetzes über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG subjektiv eingeklagt werden.⁶⁹ Gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG soll für staatliche Gerichtsverfahren gelten, dass der einzelne Richter vorherbestimmt ist und der Ausgang des Verfahrens nicht dadurch manipuliert werden kann, dass im Einzelfall ein Eingriff in die Zuständigkeit geschieht.⁷⁰ Ein privater Schiedsrichter ist aber kein gesetzlicher Richter in diesem Sinne,⁷¹ so dass Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine unmittelbaren Vorgaben für die private Schiedsgerichtsbarkeit macht.⁷²

So bedeutet „gesetzlich“ in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auch nicht, dass Rechtsprechung immer staatlich sein muss,⁷³ weshalb aus diesem Verfassungsrecht kein Anspruch auf einen staatlichen Richter für jeden Streitfall entsteht.⁷⁴ Denn Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG garantiert nicht den Zugang zu staatlichen Gerichten an sich,⁷⁵ sondern schützt die Zuständigkeitsordnung innerhalb der staatlichen Ge-

Grundgesetz, 2014, Art. 101 Rn. 49–52; siehe auch *Morgenthaler*, in: Epping/Hilgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 15.8.2023, Art. 101 Rn. 4f.

⁶⁸ BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 2003, 395, 407; vgl. auch *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2019, Art. 20 Rn. 142. Teile der Literatur richten diesen Appell an alle Gewalten, siehe etwa *Morgenthaler*, in: Epping/Hilgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 15.8.2023, Art. 101 Rn. 4; *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Januar 2022, § 90 Rn. 255.

⁶⁹ *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 5; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 101 Rn. 1 spricht von der „Grundnorm für die Gerichtsorganisation“.

⁷⁰ *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 165; vgl. auch *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426, 427.

⁷¹ *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 119; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 213; *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 46; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 4 m. w. N.; *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426, 427; demgegenüber hält *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 77 es zumindest für möglich, auch Schiedsrichter als gesetzliche Richter zu verstehen. Dem kann indes nicht gefolgt werden. Art. 92 und 97 GG befassen sich nur mit den staatlichen Richtern, *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 2018, Art. 92 Rn. 28.

⁷² *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 214; siehe auch *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 3.

⁷³ *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 123; insoweit falsch *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 113.

⁷⁴ *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 117 m. w. N.; *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 50; *Morgenthaler*, in: Epping/Hilgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 15.8.2023, Art. 101 Rn. 6; siehe auch BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1754.

⁷⁵ *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit,

richtsbarkeit.⁷⁶ Bei einer unfreiwilligen Schiedsbindung wird bereits der Erstzugang zu staatlichen Gerichten verhindert. Für diese Situation ist der Justizgewährungsanspruch spezieller,⁷⁷ er setzt an einem früheren Zeitpunkt an. Der Zugang zu staatlichen Gerichten insgesamt ist daher im allgemeinen Justizgewährungsanspruch enthalten.⁷⁸

Dieser Befund wird durch folgende Überlegungen gestützt. Art. 101 und 103 GG sind in dem gleichen – dem neunten – Abschnitt des Grundgesetzes geregelt. Art. 103 Abs. 1 GG setzt voraus, dass das Verfahren vor dem zuständigen Gericht bereits eröffnet ist. Aus Art. 103 Abs. 1 GG lässt sich damit der Rückschluss ziehen, dass innerhalb eines bereits eröffneten (staatlichen) Rechtswegs die im neunten Abschnitt garantierten Rechte einzuhalten sind.⁷⁹ Aus systematischer Sicht geht es daher im neunten Abschnitt des Grundgesetzes und damit auch in

2019, S. 50 f.; *Kressel*, Parteigerichtsbarkeit und Staatsgerichtsbarkeit, 1998, S. 26; *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 2017, S. 144.

⁷⁶ *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 101 Rn. 2; *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 117 und 119; *Rux*, in: Epping/Hilgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 15.8.2023, Art. 20 Rn. 198; ferner *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426, 427, die das Recht auf den gesetzlichen Richter gleichfalls wohl ergänzend als von einem Schiedszwang betroffen ansehen. Richtig auch BGH, Urteil v. 7.6.2016, KZR 6/15, NJW 2016, 2266, 2271 Rn. 52; vgl. auch BGH, Urteil v. 3.4.2000, II ZR 373/98, NJW 2000, 1713, wo der Zugang zu staatlichen Gerichten richtigerweise ausdrücklich im Rechtsstaatsprinzip verortet wird, gleichzeitig ohne nähere Begründung bei einem Schiedszwang aber auch eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter angenommen wird. Anders hingegen – und insoweit wohl falsch – *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 78; ebenso ohne nähere Begründung *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 73, 77; BGH, Beschluss v. 9.4.2023 – I ZB 33/22, NJW 2023, 228, 235.

⁷⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 2003, 395, 408; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 2023, Rn. 1304; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2019, Art. 20 Rn. 135; *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312, 313.

⁷⁸ *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 101 Rn. 2; *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 117 ff.; i. E. ebenso *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 214 f.; *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 60; *Morgenthaler*, in: Epping/Hilgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 15.8.2023, Art. 101 Rn. 6; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 4; *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 76; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2023, § 1029 Rn. 3; BGH, Urteil v. 7.6.2016, KZR 6/15, NJW 2016, 2266, 2271 Rn. 52; BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2678.

⁷⁹ Auch BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 befasst sich mit der Frage, ob in einem Verfahren Art. 103 Abs. 1 GG als Norm des neunten Abschnitts gewahrt wurde, siehe BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 403 ff., während der Zugang zu einem Verfahren in diesem Urteil ausdrücklich im Kontext der Justizgewährungsansprüche diskutiert wird, siehe BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 402.

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht um den Zugang zu einem Gericht, sondern um die Ausgestaltung eines bereits eröffneten Gerichtswegs.⁸⁰

Die Unfreiwilligkeit einer Schiedsbindung berührt demnach nicht das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Stattdessen sind die Justizgewährungsansprüche betroffen.⁸¹ Allerdings macht es für die grundrechtliche Abwägung keinen Unterschied, ob final auf die Justizgewährungsansprüche oder den gesetzlichen Richter abgestellt wird. Einer sorgfältigen Rechtmäßigkeitsprüfung bedarf es in jedem Fall. Im Folgenden sind nun die Justizgewährungsansprüche darauf zu untersuchen, welcher von ihnen durch eine unfreiwillige Schiedsbindung betroffen ist und wie sich ein solcher Eingriff verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt.

II. Anspruch auf staatliche Justizgewähr

Im Grundgesetz gibt es zwei zentrale Ansprüche auf staatliche Justizgewähr. Zunächst findet sich in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG die Rechtsweggarantie, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Daneben gibt es den allgemeinen Justizgewährungsanspruch, der überwiegend in Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG verortet wird. Der Justizgewährungsanspruch verpflichtet den Staat, durch eigene Organe Rechtsschutz zu garantieren.⁸²

I. Kein Eingriff in Art. 19 Abs. 4 GG

Es stellt sich mithin die Frage, welcher der beiden Rechtsschutzansprüche im Falle einer unfreiwilligen Schiedsbindung einschlägig ist. Der allgemeine Justizgewährungsanspruch ist weiter gefasst als der Justizgewährungsanspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG.⁸³ Art. 19 Abs. 4 GG verlangt in einschränkender Weise zur Eröffnung des Rechtswegs einen Akt der öffentlichen Gewalt.⁸⁴ Die Voraussetzung des Akts der öffentlichen Gewalt wird beim allgemeinen Justizgewährungsanspruch nicht angenommen, so dass sich daraus eine Justizgewähr auch für rein private Streitigkeiten ergibt.⁸⁵ Im Falle der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, die

⁸⁰ Vgl. auch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 214.

⁸¹ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2678 und 2680.

⁸² *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 2023, Rn. 1304; *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2019, Art. 20 Rn. 133; mit diesem Recht ist auch Art. 6 EMRK am ehesten vergleichbar, nicht jedoch mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, siehe *Degenhart*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 101 Rn. 3.

⁸³ *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Oktober 2019, Art. 19 Abs. 4 Rn. 16; siehe auch BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 2003, 395, 401.

⁸⁴ So auch *Geimer*, in: *Schlösser* (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 126; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 215; *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 19 Rn. 11 und 115; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312.

⁸⁵ BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 2003, 395, 406 f.; BVerfG,

sich mit zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen Privaten befasst, scheint daher der allgemeine Justizgewährungsanspruch einschlägig zu sein.

Jedoch handelt auch die (richterliche) öffentliche Gewalt, wenn ein staatliches Gericht eine fehlerhafte Entscheidung trifft und damit eine Partei in ihren Rechten verletzt.⁸⁶ Denkbar scheint daher auch ein Verstoß der Rechtsprechung gegen Art. 19 Abs. 4 GG, wenn ein Gericht den Rechtsweg verweigert, indem es einen Streit nicht entscheidet.⁸⁷ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist mit öffentlicher Gewalt in Art. 19 Abs. 4 GG aber nur die Exekutive gemeint, so dass die Rechtsverletzung,⁸⁸ wegen der der Rechtsweg angestrengt wird, durch die Exekutive erfolgt sein muss.⁸⁹ Damit fallen unter Art. 19 Abs. 4 GG keine Fälle, in denen ein Gericht in einer rein privatrechtlichen Angelegenheit den Rechtsweg zu staatlichen Gerichten zugunsten eines Schiedsgerichts verwehrt. Diese Einschränkung ist stattdessen am Maßstab des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs zu messen.⁹⁰

Für die Abwägung innerhalb der Rechtmäßigkeitsprüfung kommt es jedoch nicht entscheidend darauf an, ob der beeinträchtigte Rechtsschutzanspruch in Art. 19 Abs. 4 GG oder in einem sogleich noch näher zu beleuchtenden allgemeinen Justizgewährungsrecht zu sehen ist. Insbesondere ist der Schutzzumfang der beiden Rechte im Wesentlichen gleich⁹¹ und eine Beeinträchtigung muss in

Beschluss v. 28.4.2011, 1 BvR 3007/07, NJW 2011, 2276, 2277; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 101 Rn. 2; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 32; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 2023, Rn. 1304; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 19 Rn. 11.

⁸⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 2012, Rn. 1113; *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193, 2196; nur für gerichtliche Kontrolle von Verstößen gegen einfaches Prozessrecht *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 2023, Rn. 1307.

⁸⁷ Siehe zu dem Streit, ob auch gerichtliche Entscheidungen Akte der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG sein können, etwa *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 19 Rn. 120 f.

⁸⁸ Beachte, dass es sich nicht um eine Grundrechtsverletzung der Privatperson handeln muss, siehe statt vieler *ders.*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 19 Rn. 127.

⁸⁹ BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 2003, 395, 401; BVerfG, Beschluss v. 15.1.2009, 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 2009, 248, 270 f.; siehe auch *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 19 Rn. 118 m. w. N. und 121; *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 126. Zu der letztlich willkürlich anmutenden Zuordnung der verschiedenen Justizgewährungsansprüche kritisch *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193, 2196. Zu dem Berührungspunkt der Schiedsgerichtsbarkeit mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Oktober 2019, Art. 19 Abs. 4 Rn. 17.

⁹⁰ BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 2003, 395, 401; BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2678 ff.; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 101 Rn. 2; *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 126; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 32; vgl. auch *Schmidt*, JZ 1989, 1077, 1079, der von „Rechtsschutzgewährleistung“ und nicht vom staatlichen Richter schreibt.

⁹¹ *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193, 2196; BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2680 m. w. N.

jedem Fall verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Teilweise wird der allgemeine Justizgewährungsanspruch für rein privatrechtliche Streitigkeiten als flexibler angesehen, da die Interessen von zwei Privaten – also von zwei Grundrechtsträgern⁹² – in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind.

2. Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch

Die verfassungsrechtliche Verortung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs ist umstritten.⁹³ Überzeugende Argumente sprechen für eine Verortung in Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG.⁹⁴ Denn in diesen Artikeln wird eine Grundlage für eine funktionierende staatliche Justiz⁹⁵ und der Zugang zu ihr gesehen.⁹⁶ Für die Leistungsdimension dieses Rechts – also den Anspruch gegen den Staat⁹⁷ – wird Art. 2 Abs. 1 GG zitiert,⁹⁸ während die objektive Dimension der allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeit in Art. 20 Abs. 3 GG gesehen wird.⁹⁹

a) Eingriff bei einer Einrichtungsgarantie

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch ist eine Einrichtungsgarantie.¹⁰⁰ Daher ist zu entscheiden, ob durch eine hoheitliche Maßnahme eine legitime Ausgestaltung des Verfassungsguts vorgenommen wird oder ob ein Eingriff in dieses vorliegt.¹⁰¹ Der weite Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung wird

⁹² Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Oktober 2019, Art. 19 Abs. 4 Rn. 17.

⁹³ Voßkuhle/Kaiser, JuS 2014, 312, 313.

⁹⁴ Dies., JuS 2014, 312, 313; so auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2678; siehe dazu noch sogleich.

⁹⁵ Robbers, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2014, Art. 20 Abs. 3 Rn. 3314 m. w. N.

⁹⁶ BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 2003, 395, 408.

⁹⁷ Zur Leistungsdimension von Grundrechten etwa Kingreen/Poscher, Grundrechte, 2023, Rn. 179 ff.

⁹⁸ Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Januar 2022, §90 Rn. 275; Jahnke, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 63, 65, 68 m. N.; siehe auch Rehm, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009, Rn. 108; vgl. bzgl. der subjektiven Seite des eng mit dem effektiven Rechtsschutz verbundenen Rechts auf ein faires Verfahren Robbers, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2014, Art. 20 Abs. 3 Rn. 3364 und BVerfG, Beschluss v. 19.12.2007, 1 BvR 620/07, BVerfGE 119, 309, 324; siehe zu der Subjektivierung von Verfassungsrecht über Art. 2 Abs. 1 GG auch Scholz, AÖR 1975, 80, 84.

⁹⁹ Voßkuhle/Kaiser, JuS 2014, 312, 313; BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 2003, 395, 406 f.

¹⁰⁰ Epping, Grundrechte, 2021, Rn. 430 und ausdrücklich für das Rechtsschutzsystem Rn. 442; siehe zur Einrichtungsgarantie der Rechtswegeröffnung Kingreen/Poscher, Grundrechte, 2023, Rn. 111 und 167, ferner 1304 f.; zu Einrichtungsgarantien, deren Bezeichnung und Entwicklung generell ebd. Rn. 121 ff.

¹⁰¹ Zu der Differenzierung siehe grundlegend etwa Epping, Grundrechte, 2021, Rn. 433 ff.; zur Pflicht des Gesetzgebers zur Ausformung des Rechtsschutzsystems und dem weiten Spiel-

durch eine verfassungskonforme Auslegung der einfachgesetzlichen Normen korrigiert.¹⁰² Eine einfachgesetzliche Ausgestaltung, die ein Wesensmerkmal der verfassungsrechtlichen Garantie missachtet, ist als nichtverfassungskonforme Ausgestaltung unmittelbar verfassungswidrig.

Von der nichtverfassungskonformen Ausgestaltung abzugrenzen ist eine Beeinträchtigung einer verfassungsmäßigen einfachgesetzlichen Ausgestaltung, die den Wesensgehalt der jeweiligen Garantie einfachgesetzlich festschreibt bzw. wiedergibt. Bei einer solchen Beeinträchtigung ist immer ein Eingriff anzunehmen, der aber gerechtfertigt sein kann.¹⁰³ Bei einer unfreiwilligen Schiedsbindung handelt es sich um eine Einschränkung der §§ 1025 ff. ZPO – vor allem um eine Ausnahme von § 1029 ZPO. Die Voraussetzung einer einvernehmlichen Schiedsbindung in Form einer Schiedsvereinbarung ist – wie dargelegt – die einfachgesetzliche Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Freiwilligkeitsprinzips aus Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit.¹⁰⁴

Aus der Zusammenschau von Art. 20 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 GG ergibt sich, dass dem Einzelnen gegen seinen Willen nicht grundlos der Zugang zu staatlichen Gerichten verwehrt werden darf. Es soll mithin garantiert werden, dass ein freiwilliger Verzicht auf die staatliche Justiz vorliegt.¹⁰⁵ Erfolgt eine Schiedsbindung

raum hierbei etwa BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 2003, 395, 408 und 411.

¹⁰² *Epping*, Grundrechte, 2021, Rn. 431, 438; zum „Ob“ und „Wie“ der Ausgestaltung siehe auch *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 2023, Rn. 170 und 172 f.

¹⁰³ *Epping*, Grundrechte, 2021, Rn. 440; *Geimer*, in: Althammer/Feskorn/Geimer u.a. (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 2022, Vorb. zu §§ 1025–1066 Rn. 3; *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312, 313.

¹⁰⁴ Siehe oben im 2. Teil unter B. IV.; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 2; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 5 f. und 10; vgl. auch *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 119.

¹⁰⁵ *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 10; *Brach*, Die Verfassung als Grundlage und Grenze der Schiedsgerichtsbarkeit, 2013, S. 144; *Brosius-Gersdorf*, in: Arnald/Röhl/Wittreck u.a. (Hrsg.), Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Düsseldorf vom 1. bis 4. Oktober 2014, 2015, S. 177; *Epping*, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 1999, S. 62; *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 117; *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 171; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 4; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 15; *Steimer*, SchiedsVZ 2013, 15, 17; für einen partiellen Verzicht *Widdascheck*, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder, 2018, S. 141 ff.; siehe zu dem nötigen Grundrechtsverzicht, allerdings unter Berufung auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, auch *Ahrendt*, Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren, 1996, S. 26; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 113; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 10; BVerfG, Beschluss

einer Partei ohne ihren Willen, wird der Anspruch auf staatliche Justizgewähr eingeschränkt, was es zu rechtfertigen gilt. Da die Schiedsgerichte selbst als Private nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind, ist in ihrer Entscheidung einer unfreiwilligen Schiedsbindung kein Grundrechtseingriff zu sehen.¹⁰⁶ Ein Grundrechtseingriff ist aber in den folgenden zwei Fällen denkbar.

Erhebt ein Beklagter vor einem staatlichen Gericht die Schiedseinrede im Sinne von § 1032 Abs. 1 ZPO und wird dieser Einrede von dem staatlichen Gericht ohne Zustimmung des Klägers zu der streitigen Schiedsvereinbarung stattgegeben, liegt ein Eingriff in den Justizgewährungsanspruch des Klägers vor.¹⁰⁷ Ebenso kann durch eine ursprüngliche Schiedsvertragspartei gegen einen Dritten ein Schiedsverfahren angestrengt werden, gegen welches sich dieser nach § 1032 Abs. 2 ZPO vor staatlichen Gerichten zur Wehr setzt. Lehnt das staatliche Gericht in diesem Fall die eigene Zuständigkeit ab und bestätigt damit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, wird dem Dritten gleichermaßen das staatliche Gerichtsverfahren verwehrt. Kann auch in dieser zweiten Konstellation kein Schiedsbindungswille des Dritten festgestellt werden, liegt ebenfalls eine rechtfertigungsbedürftige Einschränkung des Anspruchs auf staatliche Justizgewähr vor.

b) Intensität des Eingriffs bei unfreiwilliger Schiedsbindung

Der Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch durch eine unfreiwillige Schiedsbindung ist als je geringfügigerer Eingriff anzusehen, desto mehr die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien im konkret vereinbarten Schiedsverfahren einem staatlichen Gerichtsverfahren entsprechen.¹⁰⁸ Dafür sprechen auch die folgenden Punkte, die aus den vorangegangenen Überlegungen folgen:¹⁰⁹ Zum einen verliert die unfreiwillig gebundene Partei nicht ihre Rechtsschutzmöglichkeit. Stattdessen wird sie lediglich für das Erkenntnisverfahren auf die Schiedsgerichtsbarkeit als im Grundsatz gleichwertige Alternative¹¹⁰ zum staatlichen Verfahren verwiesen.¹¹¹ Sofern diese Gleichwertigkeit verfassungsrechtlich

v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679; BGH, Urteil v. 5.5.1977, III ZR 177/74, NJW 1977, 1397, 1399; a. A. *Wächter*, Die Schiedseinrede bei Auslandsberührung, 2020, S. 93 ff.

¹⁰⁶ *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 122.

¹⁰⁷ *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 225; *Voit*, JZ 1997, 120.

¹⁰⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 40 f.; ferner *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2697; siehe zu diesem Aspekt schon oben in diesem Teil unter A. II.

¹⁰⁹ Siehe oben im 2. Teil unter B. IV. und in diesem Teil unter A.

¹¹⁰ Siehe hierzu oben in diesem Teil unter A.; vgl. auch *Wolf*, RabelsZ 1993, 643, 655.

¹¹¹ *Gottwald/Adolphsen*, DStR 1998, 1017, 1019; *Ramm*, ZRP 1989, 136, 143 hält sogar eine Überprüfung der Freiwilligkeit für „überflüssig“, wenn das Schiedsgericht rechtsstaatlichen Standards genügt. Teilweise werden Schiedsgerichte auch als Teile des (größeren) staatlichen Gerichtssystems gesehen, siehe zu diesem Aspekt *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 121, dort in Fn. 37.

auch im Einzelfall gesichert ist, erfährt die betroffene Partei zwar einen Grundrechtseingriff, da ihr das staatliche Verfahren verwehrt wird. Sie erhält aber gleichzeitig eine rechtsstaatlichen Standards genügende Alternative, die zusätzlich in einigen Bereichen sogar Vorteile hat.¹¹²

Zudem besteht für staatliche Gerichte insbesondere über § 1032 ZPO und § 1059 ZPO die Möglichkeit, eine Schiedsbindung zu kontrollieren. Eine Drittbindung ließe sich dabei anhand der Maßstäbe des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) und Nr. 2 lit. b) ZPO überprüfen.¹¹³ Die Entscheidung, ob eine unfreiwillige Schiedsbindung im Einzelfall erfolgt, geschieht demnach nicht abseits der staatlichen Gerichtsbarkeit oder ohne staatliche Kontrolle.¹¹⁴ Auch ein Schiedsverfahren aufgrund einseitig unfreiwilliger Schiedsbindung wäre also noch in das staatliche Gerichtssystem eingebettet. Damit lässt sich auch überprüfen, welches Maß an (Un-)Freiwilligkeit im Einzelfall tatsächlich vorliegt.

Hinsichtlich der Intensität des Eingriffs ist auch die Vorhersehbarkeit zu beachten. Denn im Sinne der Rechtssicherheit ist es einer betroffenen Partei zu ermöglichen, sich auf eine etwaige unfreiwillige Schiedsbindung vorzubereiten. Hier kann die erarbeitete Systematik¹¹⁵ dazu beitragen, eine Schiedsbindung im Wege der objektiv-rechtlichen Bindungsmechanismen nachvollziehbar und transparent zu gestalten. Die jeweiligen Maßstäbe werden dadurch vorhersehbarer sowie einheitlich anwendbar. Bei vielen subjektiv-rechtlichen Bindungsansätzen mangelt es hingegen an einer solchen Vorhersehbarkeit.¹¹⁶ Dafür kann in diesen Fällen aber mitunter von einem größeren Maß an Freiwilligkeit auszugehen sein.¹¹⁷

3. Rechtfertigung des Eingriffs in den Justizgewährungsanspruch

Durch eine unfreiwillige Schiedsbindung liegt mithin ein Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG vor, der eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung verlangt. Dazu bedarf es einer grundrechtlichen Abwägung der schützenswerten Interessen.¹¹⁸ Bei diesem Ein-

¹¹² *Gottwald/Adolphsen*, DStR 1998, 1017, 1019; siehe dazu auch noch sogleich unter 3. b) bb).

¹¹³ Siehe dazu auch *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 120; vgl. auch *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 1999, Rn. 437 ff.

¹¹⁴ *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 10. Siehe zu diesem Aspekt auch schon oben in diesem Teil unter A. I.

¹¹⁵ Siehe oben im 5. Teil unter H. II.

¹¹⁶ Siehe dazu oben im 3. Teil unter E.

¹¹⁷ Vgl. dazu oben in diesem Teil unter A. II.; zum graduellen Konzept der Freiwilligkeit schon oben im 2. Teil unter B. IV. 2.

¹¹⁸ *Hammer*, in: Schütze (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 172, der letztlich aber eine Einschränkung des Freiwilligkeitserfordernisses nicht für legitim hält, siehe ebd. S. 177; vgl. ferner zu der Abwägungsfrage bei der materiellen Haftung von Konzerngesellschaften *König*, AcP 2017, 611, 628.

griff kann es sich jedoch im Einzelfall um einen abgeschwächten Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch handeln, was die Rechtfertigungshürde gegenüber einem vollständigen und ersatzlosen Entzug eines Grundrechts senkt. Bei der Frage nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dieses Eingriffs muss nun untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen von dem grundsätzlichen Erfordernis der Freiwilligkeit der Schiedsbindung eine Ausnahme gemacht werden kann.

In einem ersten Schritt müssen dazu schützenswerte Güter von Verfassungsrang identifiziert werden, die grundsätzlich geeignet sind, eine Einschränkung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs zu rechtfertigen. Für den Fall der Sportschiedsgerichtsbarkeit stellte das Bundesverfassungsgericht hier auf die Notwendigkeit einer international einheitlichen Rechtsprechung zur Ermöglichung von internationalen Wettkämpfen ab.¹¹⁹ Das ist auch im Interesse der Sportler, um ihren Beruf auszuüben.¹²⁰ Eine rechtliche Anbindung dieses Interesses ließe sich über Art. 12 GG und die völkerrechtliche Verpflichtung Deutschlands begründen, den World-Anti-Doping-Code umzusetzen,¹²¹ ergänzend auch über die Verbandsautonomie der jeweiligen Sportverbände aus Art. 9 Abs. 1 GG.¹²² Diese Grundlage bietet jedoch für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit keine Anhaltspunkte, so dass eigene Rechtsgüter für eine Abwägung mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch ermittelt werden müssen.

a) Legitimer Zweck und Eignung zur Zweckerreichung

Als legitime schützenswerte Zwecke sind effektiver Rechtsschutz im Einzelfall, die Prozessökonomie bzw. Entlastung der staatlichen Justiz, die Vermeidung widersprechender Entscheidungen sowie das Interesse der ursprünglichen Schiedsvertragspartei am Fortbestand der Schiedsvereinbarung denkbar. Eine Schiedsbindung kann für diese Zwecke zum Teil zumindest förderlich sein, wie sogleich noch aufgezeigt wird.

¹¹⁹ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 40; siehe auch *Kindt*, IPRax 2023, 243, 248; zu diesem Aspekt schon *Pfeiffer*, SchiedsVZ 2014, 161, 165.

¹²⁰ *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426, 428 f.; *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2698; vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 43; ferner *Pfeiffer*, SchiedsVZ 2014, 161, 165.

¹²¹ Siehe zu diesem zweiten Punkt auch BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 40; ferner *Kindt*, IPRax 2023, 243, 248, der eine eigene „*lex sportiva*“ (Hervorhebung im Original) in diesem Zusammenhang anspricht.

¹²² BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2678 Rn. 34; *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2698. Wenig überzeugend wäre hier jedoch eine Abwägung des Justizgewährungsanspruchs der Sportler mit der Privatautonomie der Verbände. Denn die Verbände haben gerade keine schützenswerte privatautonome Position im Hinblick auf eine Schiedsvereinbarung, die sie einem Sportler aufzwingen. Ohne dies zu erläutern oder im Rahmen der späteren Abwägung darauf näher einzugehen, nennt das BVerfG jedoch an der zitierten Stelle auch die Vertragsfreiheit als abzuwägendes Gut, was missverständlich ist.

b) Erforderlichkeit und Angemessenheit

Wenn es gerade um die Schiedsbindung im Einzelfall geht, ist eine Streitbeilegung vor staatlichen Gerichten kein gleichgeeignetes Mittel, da die Schiedsgerichtsbarkeit eine Reihe von Besonderheiten aufweist. Insbesondere lässt sich nicht verlässlich ermitteln, warum im Einzelfall die Schiedsgerichtsbarkeit zwischen den ursprünglichen Schiedsparteien gewählt wurde. Zudem könnten derartige Gründe nicht ohne Weiteres in einem staatlichen Verfahren umgesetzt werden, wenn es etwa um die Auswahl der Schiedsrichter geht.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, welche Verfassungsgüter mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden können, um die unfreiwillige Schiedsbindung unter Umständen zu rechtfertigen.¹²³ Die teilweise pauschale Aussage, wegen der Einschränkung der staatlichen Justizgewähr sei eine unfreiwillige Schiedsbindung nicht möglich,¹²⁴ ist daher nicht zutreffend, wie die folgende Abwägung zeigen wird.¹²⁵

aa) Entlastung der Justiz

Als allgemeines Argument könnte zunächst wegen der schiedsfreundlichen Grundhaltung des deutschen Gesetzgebers¹²⁶ die Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit und damit einhergehend die Entlastung der staatlichen Justiz angeführt

¹²³ Vgl. auch *Ahrens*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 74.

¹²⁴ Siehe etwa *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 163; unter Bezugnahme auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auch *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 113; *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 5 f.; vgl. auch *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 4, 10 f. Allerdings weist *Geimer*, in: Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, Bd. 7, S. 164 auch darauf hin, dass der Einwand fehlender Freiwilligkeit im Anerkennungsverfahren vor dem deutschen staatlichen Richter etwa präkludiert sei, wenn die Rüge fehlender Freiwilligkeit von den Parteien im Ursprungsstaat des Schiedsspruchs nicht erhoben wurde. Durch die Präklusion liege nicht unmittelbar ein Verfassungsverstoß vor, sondern es sei vielmehr zu prüfen, welche Anforderungen an die Freiwilligkeit nach dem Grundgesetz im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren zu stellen seien, siehe ebd. S. 165. Diese Überlegung ist richtigerweise generell für Freiwilligkeitsdefizite anzustellen.

¹²⁵ Auch eine Bindung nach der *group of companies doctrine* durch ein ausländisches Schiedsgericht muss nicht gegen den deutschen *ordre public* verstoßen, wie der BGH klargestellt hat, siehe BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151; siehe auch *Hausmann*, in: Staudinger (Begr.) (Hrsg.), Staudinger BGB, 2021, Internationales Vertragsrecht 2 Rn. 524; *Kröll*, IPRax 2016, 43, 48. Bei diesem Ansatz ist die Freiwilligkeit der Bindung mitunter nicht nachvollziehbar, siehe auch oben im 4. Teil unter A. und C. Das spricht zusätzlich dafür, dass die Anforderungen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs im Einzelfall flexibel sind.

¹²⁶ BT-Drs. 13/5274, S. 36.

werden.¹²⁷ Dieses Ziel wird durch eine umfassendere Drittbindung gefördert und hat wegen des Sparsamkeitsgrundsatzes in Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich auch Verfassungsrang.¹²⁸

Gegen dieses Argument spricht aber, dass es originäre Aufgabe des Staates ist, für hinreichenden Rechtsschutz selbst zu sorgen und er diese Aufgabe auch nicht gegen den Willen einer Partei in einem Einzelfall auf Dritte auslagern kann.¹²⁹ Die Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit ist daher zwar ein legitimes Ziel des Staates, kann aber nicht gegen den Willen der Rechtssuchenden im Einzelfall umgesetzt werden. Bei einer Überlastung der staatlichen Gerichte hat der Staat im Zweifel mehr Mittel zur Verfügung zu stellen. Das Schiedsverfahren ersetzt einerseits das Erkenntnisverfahren vor staatlichen Gerichten. Es beeinflusst aber gleichzeitig die Überprüfbarkeit durch staatliche Gerichte und modifiziert damit den staatlichen Rechtsschutz an mehreren relevanten Stellen.¹³⁰

Aus diesem Grund kann auch nicht auf das Subsidiaritätsprinzip verwiesen werden, um damit unmittelbar eine unfreiwillige Schiedsbindung zu rechtfertigen.¹³¹ Zwar wird es durch die generelle Restriktion von staatlichen Verfahren dem Staat erst ermöglicht, mit staatlichen Mitteln dauerhaft ein Rechtssystem aufrechtzuhalten.¹³² Aus dem Grund finden im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung insbesondere bei den Sachurteilsvoraussetzungen detaillierte Abwägungen statt, ob der konkrete Streit zur Entscheidung zugelassen wird und welches Gericht am besten geeignet ist, den Streit einem sachgerechten und schnellen Ende zuzuführen. Sofern aber der staatliche Gerichtsweg grundsätzlich eröffnet ist, kann dieser nicht im Einzelfall zulasten einer Partei wegen reiner Wirtschaftlichkeitserwägungen des Gesamtrechtssystems abgeschnitten werden. Die Entlastung der Justiz und das Ziel der generellen Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit sind damit nicht geeignet, eine unfreiwillige Schiedsbindung zu rechtfertigen.

¹²⁷ BT-Drs. 13/5274, S. 35; zu diesem Aspekt *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 7; siehe auch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 7.

¹²⁸ Beachte, dass auch die Bindung von ursprünglich unbeteiligten Dritten im Wege der Drittwiderklage mit der Prozessökonomie gerechtfertigt wird, siehe *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 222, 229. Freilich besteht bei der Drittwiderklage der Unterschied, dass es sich um eine Konzentration der Gerichtsstände innerhalb des staatlichen Systems handelt.

¹²⁹ *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2019, Art. 20 Rn. 133; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 9; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 19 Rn. 11; vgl. auch *Rehm*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009, Rn. 232.

¹³⁰ Siehe dazu bereits oben im 2. Teil unter B. IV. und oben in diesem Teil unter A.

¹³¹ Siehe zu dieser Facette der Privatautonomie *ders.*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009, Rn. 419.

¹³² *Ders.*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009, Rn. 419.

bb) Potenzielle Vor- und Nachteile eines Schiedsverfahrens

Neben der ökonomischen Komponente zugunsten der Justiz als solcher könnte die zeitliche, ökonomische Komponente zugunsten der tatsächlich betroffenen Parteien im Einzelfall zu beachten sein. Verfassungsrechtlichen Rückhalt findet das Ziel eines effizienten Verfahrens im Beschleunigungsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG.¹³³ Mitunter können wichtige Verfahrensschritte effizienter vorgenommen werden und Sachverhalte mit speziellerer Expertise beurteilt werden, wenn zusammenhängende Streitfragen vor einem Schiedsgericht verhandelt werden.¹³⁴ Es muss aber zwischen dem allgemeinen Interesse an einem effizienten Prozess und dem mitunter divergierenden Interesse der Parteien im Einzelfall unterschieden werden.¹³⁵

Zwar kann eine Partei auch auf ein Verfahren vor einem Schiedsgericht angewiesen sein, damit ihre materiellen Rechte nicht gefährdet werden und durchsetzbar sind.¹³⁶ Denkbar ist ein Rechtsverlust innerhalb einer Rechtsordnung vor allem, wenn der zeitliche Aspekt von entscheidender Bedeutung ist.¹³⁷ Ein Schiedsverfahren kann hier mitunter deutlich schneller sein als ein über mehrere Instanzen verlaufendes Verfahren vor staatlichen Gerichten. Eine überlange Verfahrensdauer, die im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen ist, gilt auch als eine Verletzung des Justizgewährungsanspruchs.¹³⁸ Jedoch besteht bei einer Einschränkung des Justizgewährungsanspruchs wegen zu langer Verfahrensdauer kein Anspruch auf eine Einschränkung des Justizgewährungsanspruchs einer anderen Partei, indem diese Partei ohne ihren Willen an eine Schiedsvereinba-

¹³³ *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2014, Art. 20 Abs. 3 Rn. 3368; siehe parallel zum Anspruch auf ein zügiges Verfahren aus Art. 19 Abs. 4 GG auch *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 19 Rn. 144; siehe aus der Rechtsprechung etwa BVerfG, Beschluss v. 8.11.2006, 2 BvR 578, 796/02, BVerfGE 117, 71, 119 f.

¹³⁴ Vgl. auch *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 136.

¹³⁵ *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 134; vgl. auch *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 137; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 27; zu potenziellen Nachteilen, insbesondere möglichen Verzögerungen durch Schiedsverfahren, siehe auch *Berger*, RIW 1994, 12, 15.

¹³⁶ Siehe zur möglicherweise leichteren Rechtsdurchsetzung nach einem Schiedsverfahren etwa *Schütze*, in: Gebauer/Schütze (Hrsg.), Wiczeorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 13 ff.; siehe zur Realisierung materieller Rechte als Aspekt der Justizgewähr generell *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 2023, Rn. 1304 f.

¹³⁷ Siehe auch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 27; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 172. Für die Werthaltigkeit eines Anspruchs kann der Zeitpunkt der Durchsetzung insbesondere bei drohender Insolvenz entscheidend sein.

¹³⁸ BVerfG, Beschluss v. 8.11.2006, 2 BvR 578, 796/02, BVerfGE 117, 71, 119 f.; siehe aus dem Schrifttum statt vieler etwa *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2022, Art. 20 Rn. 141; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 19 Rn. 144.

rung gebunden wird. Es besteht vielmehr nur der Anspruch gegen den Staat, ein hinreichend schnelles Verfahren vor staatlichen Gerichten zu garantieren.¹³⁹

Das Argument eines zügigen Verfahrens kann also nur dann zur Rechtfertigung einer Einschränkung der Justizgewähr herangezogen werden, wenn das tatsächlich schnellere Schiedsverfahren (auch) der unfreiwillig gebundenen Partei zugutekommt.¹⁴⁰ Grundsätzlich muss es den Parteien aber freistehen, ob sie im Einzelfall einen Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit für sich in Anspruch nehmen wollen.¹⁴¹ Daher kann die Prozessökonomie nur als ein ergänzender Aspekt zur Rechtfertigung einer unfreiwilligen Bindung angeführt werden und auch nur dann, wenn der konkrete Vorteil der unfreiwillig gebundenen Partei nachweislich zugutekommt.

Umgekehrt können aufgrund der Schiedsbindung auch konkrete Belastungen – wie etwa höhere Verfahrenskosten als bei einem staatlichen Verfahren – für die unfreiwillig gebundene Partei entstehen.¹⁴² Bei unverhältnismäßiger finanzieller Belastung ist jedoch eine Kostendeckelung oder die teilweise Übernahme durch die andere Partei denkbar. Im Detail kann hier nicht auf alle potenziellen Vor- und Nachteile von Schiedsverfahren eingegangen werden. Sie müssten im Einzelfall gegeneinander abgewogen bzw. bestmöglich einem Ausgleich zugeführt werden. Erfolgt die Erstreckung der Schiedsvereinbarung in einer Situation, in der die meisten Aspekte hinsichtlich des Schiedsverfahrens noch bestimmt werden können – mithin vor Beginn oder ganz am Anfang des Schiedsverfahrens –, hat die gebundene Partei aber gleichermaßen Einfluss auf die Gestaltung und mithin die Kosten des Verfahrens. Theoretische Vor- und Nachteile können daher weder für noch gegen eine Schiedsbindung angeführt werden.

cc) Vermeidung widersprechender Entscheidungen und Erhöhung der Rechtssicherheit

Recht häufig wird auch die Gefahr der widersprechenden Entscheidungen angeführt, um eine Schiedsbindung zu rechtfertigen.¹⁴³ Eine einheitliche Bindung an

¹³⁹ Siehe zu der Leistungsdimension von Justizgewährungsansprüchen etwa *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2021, Art. 19 Rn. 12.

¹⁴⁰ Vgl. *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, 2005, Bd. 16, S. 133 f.; vgl. auch *Baumann*, in: *Wilhelmi/Stürner* (Hrsg.), *Mehrparteienschiedsverfahren*, 2021, S. 56.

¹⁴¹ *Hesselbarth*, *Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz*, 2005, S. 27; zu den möglichen Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit etwa *Geimer*, in: *Althammer/Feskorn/Geimer u.a.* (Hrsg.), *Zöller Zivilprozessordnung*, 2022, Vorb. zu §§ 1025–1066 Rn. 6; *Schütze*, in: *Gebauer/Schütze* (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2019, Bd. 11, § 1025 Rn. 13 ff.

¹⁴² *Hesselbarth*, *Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz*, 2005, S. 27; vgl. zum Nachteil aufgrund der Schiedsrichterhonorare *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, 2001, S. 71; siehe zu dem Kostenaspekt im Vergleich zum staatlichen Verfahren, das der Staat weitgehend finanzieren muss, *Rehm*, *Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem*, 2009, Rn. 232.

¹⁴³ *Ahrens*, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Er-*

ein Schiedsgericht kann zu einem Zugewinn an Rechtssicherheit führen und damit zu effektivem Rechtsschutz beitragen.¹⁴⁴ Umgekehrt würde die Herstellung von Rechtsfrieden verhindert, wenn zwei unterschiedliche Entscheidungen zu denselben Tatsachen- und Rechtsfragen ergingen und diese sich widersprächen. Rechtssicherheit ist dabei ein Verfassungsgut, welches ebenfalls Teil des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG ist.¹⁴⁵

Um mit der Vermeidung des Widerspruchs eine Einschränkung des Justizgewährungsanspruchs einer Partei zu rechtfertigen, müssten die widersprechenden Entscheidungen aber nur dadurch zu verhindern sein, dass durch beide Gerichte eine Schiedsbindung angenommen würde. Kann der Widerspruch hingegen auch dadurch aufgelöst werden, dass die Schiedsbindung einheitlich verneint wird, ergibt sich aus den widersprechenden Entscheidungen allein kein Argument für die unfreiwillige Schiedsbindung einer Partei. Das folgende Beispiel der Durchgriffshaftung soll das verdeutlichen, wobei sich die Argumentation auf die anderen untersuchten Bindungsmechanismen¹⁴⁶ übertragen lässt. Hinsichtlich des Widerspruchs ist dabei zu differenzieren: Er kann sich allein auf die Zuständigkeit beziehen oder auch hinsichtlich der materiellen Entscheidung bestehen.

Wird vor einem Schiedsgericht etwa gegen ein herrschendes Gruppenunternehmen wegen eines materiellen Durchgriffsanspruchs¹⁴⁷ geklagt, kann das Schiedsgericht von einer materiellen Durchgriffshaftung ausgehen und darauf eine schiedsrechtliche Annexbindung des herrschenden Unternehmens stützen. Das Schiedsgericht erklärt sich folglich für zuständig. Wird parallel dazu vor einem staatlichen Gericht geklagt, welches die Durchgriffshaftung ebenfalls an-

streckung in der Unternehmensgruppe, 2001, S. 129; *Jobst*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, 2020, S. 47; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 4; *Karrer*, in: Greiner/Berger/Güngerich (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, 2005, S. 52; vgl. auch *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 193; BGH, Urteil v. 29.3.1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1755; OLG München, Urteil v. 13.2.1997, 29 U 4891/96, NJW-RR 1998, 198, 199; aus diesem Grund für die Zusammenlegung von Schiedsverfahren *Hoffmann*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, Bd. 16, S. 133. Die Vermeidung widersprechender Entscheidungen liegt auch Art. 6 Brüssel-I-VO zugrunde, siehe ebd. S. 137. Nach US-Recht scheidet ein *joinder* häufig gerade daran, dass eine Partei der Zuständigkeit des Gerichts nicht unterworfen ist, siehe *Hay*, US-Amerikanisches Recht, 2020, S. 75.

¹⁴⁴ Siehe zu dem gewissermaßen vorgelagerten Aspekt der parallelen Verfahren etwa *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2022, § 1029 Rn. 51; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, S. 76 und 193; zur Vermeidung paralleler Verfahren als erstrebenswertes Ziel siehe auch OLG Köln, Urteil v. 9.11.1960, 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313 (dort im Kontext der Gesellschafterhaftung).

¹⁴⁵ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2022, Art. 20 Rn. 136.

¹⁴⁶ Siehe dazu im 5. Teil.

¹⁴⁷ Siehe dazu oben im 5. Teil unter G. II.

nimmt, aber daraus keine schiedsrechtliche Annexbindung ableitet, erklärt es sich seinerseits für zuständig und es entstehen widersprechende Entscheidungen hinsichtlich der Zuständigkeit. Dieser Widerspruch könnte zwar dadurch aufgelöst werden, dass das staatliche Gericht ebenfalls eine schiedsrechtliche Annexbindung annimmt und sich entsprechend für unzuständig erklärt. Doch ebenso könnte das Schiedsgericht die Schiedsbindung des herrschenden Unternehmens verneinen und der Widerspruch wäre aufgehoben. Daher kann die Gefahr widersprechender Entscheidungen nicht abstrakt für eine Schiedsbindung angeführt werden.

Entsteht der Widerspruch in anderen Konstellationen dadurch, dass das angerufene Gericht auch materiell unterschiedlich urteilt,¹⁴⁸ kann das jedoch für eine Schiedsbindung sprechen. Zwar ließe sich der Widerspruch auch durch eine einheitliche materiell-rechtliche Beurteilung des Streits durch beide Gerichte lösen. Das würde jedoch voraussetzen, dass das früher ergangene Urteil Präjudizwirkung für das spätere hätte oder sich die Gerichte abstimmen müssten. Beide Ansätze sprechen gegen die richterliche Unabhängigkeit bzw. die Unabhängigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit. Zudem ist ein solches Vorgehen auch nicht praktikabel, wenn das Schiedsverfahren etwa nicht öffentlich stattfindet. Eine einheitliche Schiedsbindung würde diesen Konflikt hingegen auflösen, so dass der Justizgewährungsanspruch der unfreiwillig gebundenen Partei mit dem Gebot der Rechtssicherheit aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuwägen wäre. Folgendes Beispiel soll den Konflikt verdeutlichen:

So könnte ein Schiedsgericht bei der Frage nach einer Durchgriffshaftung bereits den Anspruch gegen das beherrschte Unternehmen ablehnen, das mit dem Kläger eine Schiedsvereinbarung geschlossen hat. Nimmt ein staatliches Gericht in einem Verfahren wegen eines Durchgriffsanspruchs gegen das herrschende Unternehmen auch den Anspruch gegen das beherrschte Unternehmen als Voraussetzung für den Durchgriff an, setzt es sich damit in Widerspruch zur Entscheidung des Schiedsgerichts. Dieser Widerspruch ließe sich durch die Erklärung der Unzuständigkeit des staatlichen Gerichts ebenso vermeiden, wie durch eine einheitliche Beurteilung des materiellen Anspruchs.

Verfassungsrechtlich spricht für die Auflösung dieses Konflikts die Rechtssicherheit. Gleichzeitig spricht für die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts der Justizgewährungsanspruch des herrschenden Unternehmens. Ohne ein weiteres Verfassungsgut zum Schutz der schiedsgerichtlichen Entscheidungskompetenz scheint damit eine Aufhebung des Schiedsspruchs bzw. die (nachträgliche) Unzuständigkeitserklärung des Schiedsgerichts die verfassungsgemäße Lösung zu sein. Doch das entscheidende, zusätzlich zu beachtende Verfassungsgut ist in der Privatautonomie der Parteien der ursprünglichen Schiedsvereinbarung zu sehen, so dass die Schiedsbindung der ursprünglichen Schiedsparteien verfassungsrechtlich schützenswert ist. In einer solchen Konstellation kann mithin das In-

¹⁴⁸ Etwa wenn das staatliche Gericht schon den materiellen Durchgriffsanspruch ablehnt.

teresse an der Vermeidung widersprechender Entscheidung (Rechtssicherheit) zusammen mit der Privatautonomie der ursprünglichen Schiedsparteien den allgemeinen Justizgewährungsanspruch überwiegen.

Im Rahmen dieser Abwägung ist dann eine Vielzahl an Argumenten im Einzelfall zu berücksichtigen. Allein wegen des Risikos widersprechender Entscheidungen ist aber noch keine Ausnahme von der ansonsten bestehenden staatlichen Zuständigkeit zu machen.¹⁴⁹ Stattdessen sind die jeweiligen Interessen der betroffenen Parteien bei dieser Argumentation sorgfältig gegeneinander abzuwiegen, wobei auch die Privatautonomie der ursprünglichen Schiedsparteien zu beachten ist. Wie im Folgenden gezeigt wird, kommt auch in weiteren Konstellationen bei der Rechtfertigung einer Einschränkung des Justizgewährungsanspruchs der Privatautonomie der ursprünglichen Schiedsparteien als Verfassungsgut eine wichtige Bedeutung zu.

dd) Privatautonomie einer der ursprünglichen Schiedsvertragsparteien als kollidierendes Verfassungsgut

Verfassungsrechtlich kann für eine unfreiwillige Schiedsbindung mitunter entscheidend sprechen, dass ohne sie die Schiedsvereinbarung der ursprünglichen Schiedsvertragsparteien ihre Wirkung verlöre.¹⁵⁰ Darin läge ein Eingriff in die Vertragsautonomie der Partei, die eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat und in ihrem Vertrauen auf den Bestand dieser Vereinbarung schützenswert ist. Denn auch der Bestand von Verträgen ist durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.¹⁵¹ Konstellationen, in denen ohne eine Schiedsbindung des Dritten eine Einschränkung der Privatautonomie einer ursprünglichen Schiedspartei entstehen kann, werden im Folgenden untersucht.

(1) Schützenswerte Privatautonomie bei dem jeweiligen Bindungsansatz

Etwa bei der Zession würde ohne eine Schiedsbindung des Zessionars dem Schuldner die Schiedsvereinbarung mit dem Zedenten dadurch faktisch genommen, dass der Zedent den Hauptanspruch an den Zessionar abtritt.¹⁵² Denn ohne den Hauptanspruch wäre eine Schiedsvereinbarung nutzlos, die nur gegen den

¹⁴⁹ Ebenso *Baumann*, in: *Wilhelmi/Stürner* (Hrsg.), *Mehrparteischiedsverfahren*, 2021, S. 56 mit weiteren Beispielskonstellationen. In vergleichbarer Weise wird auch keine Pflicht zum Aussetzen eines Verfahrens bei § 148 ZPO angenommen, wenn bloß die Gefahr widersprechender Entscheidungen besteht, BGH, Beschluss v. 9.3.2021, II ZB 16/20, NJW-RR 2021, 638, 12.

¹⁵⁰ Siehe auch *Gebauer*, in: *Geimer/Kaassis/Thümmel* (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO*, 2015, S. 104f.; *Hammer*, in: *Schütze* (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, 2017, S. 173 f.

¹⁵¹ Siehe statt vieler *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2022, Art. 2 Abs. 1 Rn. 102; zur Privatautonomie zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen siehe *Berger*, RIW 1994, 12, 14.

¹⁵² Siehe dazu oben im 5. Teil unter A.

Zedenten wirkt. Vergleichbar ist die Situation beim Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB. Ohne die automatische Schiedsbindung des Dritten für Ansprüche, die sich aus der materiellen Begünstigung ergeben, würde die Vertragsfreiheit der Hauptparteien eingeschränkt. Sie müssen aber kraft ihrer Privatautonomie bestimmen können, ob und in welchem Umfang sie dem Begünstigten Rechte zukommen lassen wollen. Könnte der Begünstigte hingegen auch die Wirksamkeit der Bedingungen der Hauptparteien frei wählen, würde ihm die Möglichkeit gegeben, über die Rechte der Hauptparteien zu bestimmen.

Ähnlich ist es bei der Bindung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB, der Gesellschaft nach § 128 HGB, des Gläubigers nach §§ 93 Abs. 5 und 62 Abs. 2 S. 1 AktG und der Obergesellschaft beim Haftungsdurchgriff wegen Vermögensvermischung. Als Alternative zur Schiedsbindung des jeweiligen Dritten kommt nur in Betracht, dass die ursprüngliche Schiedsvereinbarung ihre Wirkung verliert. Mithin würde jeweils in die Vertragsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG der ursprünglichen Schiedsvertragsparteien eingegriffen,¹⁵³ wenn keine Schiedsbindung der weiteren Partei angenommen würde.

Beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist eine getrennte Abwägung für die Schiedsbindung des schutzwürdigen Dritten und für die unfreiwillige Schiedsbindung des Schuldners gegenüber dem Dritten vorzunehmen. Sofern die Hauptparteien abschließend und umfassend alle Ansprüche aus ihrem Vertragsverhältnis schiedsrechtlich regeln wollten, besteht bei ihnen das berechtigte Vertrauen, wegen dieser privatautonomen Entscheidung keinen Ansprüchen vor einem staatlichen Gericht ausgesetzt zu sein.¹⁵⁴ Wird aus dem entsprechenden Vertragsverhältnis objektiv-rechtlich ein besonderer Anspruch zum Schutze eines Dritten abgeleitet, würde die haftende Hauptpartei doppelt – nämlich materiell und prozessual – in ihren Interessen bzw. Rechten unfreiwillig zugunsten eines Dritten eingeschränkt, obwohl sie nicht deliktisch gehandelt hat.

Die Einschränkung der jeweils haftenden Hauptpartei in ihrer Privatautonomie auch auf prozessualer Ebene durch Wegfall der Schiedsvereinbarung ist im Verhältnis zum Dritten aber nicht gerechtfertigt.¹⁵⁵ Dem Dritten kommt die materielle Begünstigung zulasten der Hauptpartei bereits zugute, so dass ihm auf der anderen Seite für diesen konkreten Anspruch eine Einschränkung des Justizgewährungsanspruchs zuzumuten ist. Denn die Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte stellt eine gesetzlich nicht geregelte Ausnahme dar. Damit ist grundsätzlich jede über die bereits begründungspflichtige materiellrechtliche Belastung der Hauptpartei hinausgehende Einschränkung ihrer Rechte gesondert zu rechtfertigen. An einer gesonderten Rechtfertigung der prozessualen Einschränkung der jeweiligen Hauptpartei in ihrem von der Privatautonomie umfassten Schiedsinteresse fehlt es aber gerade. Die Hauptpartei ist in

¹⁵³ Siehe zum hohen Stellenwert dieses Grundrechts für die Schiedsgerichtsbarkeit etwa *Berger*, RIW 1994, 12, 14.

¹⁵⁴ Siehe oben im 5. Teil unter C. I. und unter H. I.

¹⁵⁵ Siehe oben im 5. Teil unter C. I.

dieser Situation mithin schützenswerter als der Dritte, so dass eine Einschränkung seines Justizgewährungsanspruchs gerechtfertigt sein kann.

Eine Schiedsbindung der Hauptparteien im Verhältnis zu dem Dritten kommt ohne ihren Willen hingegen nicht in Betracht.¹⁵⁶ Auch sie können sich – wie der Dritte in der soeben erörterten umgekehrten Situation – auf den Justizgewährungsanspruch berufen. Dem steht jedoch kein schützenswertes Interesse des Dritten an einem Schiedsverfahren gegenüber. Denn der Dritte hat selbst keinen (Schieds-)Vertrag mit den Hauptparteien und weiß unter Umständen zunächst nicht einmal von einer Schiedsvereinbarung zwischen den Hauptparteien. Der Dritte kann sich mithin nicht auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen, um eine Schiedsbindung gegenüber den Hauptparteien geltend zu machen. Denn zu seinen Gunsten muss weder eine Schiedsvereinbarung noch ein Vertrauen auf eine solche geschützt werden. Eine unfreiwillige Schiedsbindung der beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte haftenden Hauptpartei ist daher verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

(2) Zu berücksichtigende Aspekte bei der Abwägungsentscheidung

In den genannten Konstellationen, in denen eine Einschränkung des Justizgewährungsanspruchs der unfreiwillig gebundenen Partei aufgrund der kollidierenden Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG einer anderen Partei in Betracht kommt, gilt es jeweils, einen angemessenen Interessenausgleich zu erreichen. Für einen solchen Ausgleich kann sodann eine Vielzahl an Aspekten Berücksichtigung finden.¹⁵⁷ Innerhalb dieser Abwägung können beispielsweise die Gefahr widersprechender Entscheidungen und die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit auch für die unfreiwillig gebundene Partei angeführt werden.¹⁵⁸ Beide Aspekte müssen aber im Einzelfall hinreichend konkretisiert werden.

Mitunter könnte durch die einheitliche Schiedsbindung auch eine prozessuale Waffengleichheit (wieder) hergestellt werden. Lag wirtschaftlich ein Missbrauch der Unternehmens- oder Konzernstruktur vor¹⁵⁹ – etwa im Falle einer Vermögensvermischung¹⁶⁰ – kann auch auf prozessualer Ebene durch eine Schiedsbin-

¹⁵⁶ Siehe oben im 5. Teil unter C. II. 2. und unter H. I.

¹⁵⁷ Siehe dazu auch die verschiedenen Argumentationen der Bindungsansätze im 5. Teil. Ebenfalls die notwendige Abwägung im Einzelfall betonend *Kindt*, IPRax 2023, 243, 249; ebenso mit stärkerer verfassungsrechtlicher Perspektive *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2698 ff.

¹⁵⁸ Siehe dazu soeben unter bb) und cc).

¹⁵⁹ Im Ausgangspunkt ist die Aufteilung von Haftung und Steuerung im Recht der Kapitalgesellschaften aber gerade gewollt. Durch die Möglichkeit, das Haftungsrisiko auf das Kapital der Gesellschaft zu beschränken, werden Investitionsanreize gesetzt. Die bloße Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe mit aufgeteiltem Haftungsrisiko kann mithin kein Argument für eine besondere Bindung sein. Siehe dazu im Einzelnen im 5. Teil unter G.

¹⁶⁰ Auch könnten materielle Ansprüche innerhalb einer Unternehmensgruppe abgetreten werden, um sich einer Schiedsvereinbarung zu entledigen. Sofern ein entsprechender Missbrauch der einheitlichen Steuerung innerhalb der Gruppe nachgewiesen werden kann, ließe sich dieser Aspekt ebenfalls berücksichtigen.

derung der herrschenden Gesellschaft ein Ausgleich erreicht werden.¹⁶¹ Im Einzelfall kann es dem externen Unternehmen etwa nicht zuzumuten sein, dass es gegen die verschiedenen Konzernunternehmen unterschiedliche Prozesse führt, wenn die herrschende Obergesellschaft die einzelnen Untergesellschaften missbräuchlich eingesetzt hat. Der Gedanke prozessualer Waffengleichheit basiert auf dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG und ist damit auch verfassungsrechtlich fundiert.¹⁶² Dass grundsätzlich der Aspekt eines Machtgefälles zwischen den Parteien eine Rolle bei der Abwägung um eine Schiedsbindung spielen kann, hat auch das BVerfG entschieden.¹⁶³

Ebenso muss in die Abwägung einfließen, in welchem Ausmaß das konkrete Schiedsverfahren verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien beachtet bzw. rechtsstaatlichen Standards genügt.¹⁶⁴ Je geringer der Einfluss einer Partei auf eine Schiedsbindung – und damit auch ihre Freiwilligkeit hinsichtlich dieser – ist, desto umfassender müssen die verfassungsmäßigen Verfahrensgarantien gewahrt sein. So sind insbesondere höhere Anforderungen an die Öffentlichkeit des Verfahrens zu stellen, wenn ein Schiedszwang vorliegt.¹⁶⁵ Werden bei der Abwägung ein etwaiges Machtgefälle zwischen den Parteien ebenso wie die verfassungsrechtlichen Verfahrensstandards berücksichtigt, könnten im Einzelfall herrschende Obergesellschaften von marktmächtigen Unternehmensgruppen leichter an Schiedsvereinbarungen ihrer Töchter gebunden werden als abhängige Einzelunternehmen wie etwa Zulieferbetriebe.¹⁶⁶

Ein Automatismus zulasten von Gruppenunternehmen ist hier jedoch in jedem Fall als zu pauschal und damit rechtsfehlerhaft abzulehnen. So darf hier nicht bloß auf die generelle Marktmacht der Unternehmen abgestellt werden. Stattdessen ist der Einfluss bzw. die Einflussmöglichkeit auf den Abschluss der Schiedsvereinbarung im Einzelfall zu beurteilen. Dafür ist zunächst nicht unbedingt die Größe der Unternehmen entscheidend. Stattdessen müssen Abhängigkeiten, Informationsmöglichkeiten und weitere wirtschaftliche Faktoren berücksichtigt werden. Ebenso muss in jedem Einzelfall ermittelt werden, in welchem Ausmaß ein tatsächlicher Einfluss etwa der Obergesellschaft auf die Vertragsabschlüsse ihrer Tochtergesellschaften vorlag. Erst dann könnte auch bei einer ob-

¹⁶¹ Siehe oben im 5. Teil unter G. I. 1.; siehe zu der umgekehrten Möglichkeit nach altem Schiedsrecht, dass die wirtschaftliche Überlegenheit einer Partei gegen eine Schiedsbindung spricht, wenn die unterlegene Partei zur Schiedsvereinbarung gedrängt wurde, *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2005, S. 8 f.

¹⁶² *Rux*, in: Epping/Hilgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 15.8.2023, Art. 20 Rn. 198.

¹⁶³ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 41, 2680 Rn. 48; insbesondere zu den Auswirkungen eines solchen Machtgefälles aus verfassungsrechtlicher Perspektive auch *Wannagat*, BB 2022, 2697 ff.

¹⁶⁴ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 Rn. 40.

¹⁶⁵ BVerfG, Beschluss v. 3.6.2022, 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677, 2679 f.

¹⁶⁶ In diese Richtung auch *Wannagat*, BB 2022, 2697, 2697 und 2700; im Zweifel zugunsten einer Schiedsbindung auch *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 6 f.

ektiv-rechtlichen Schiedsbindung der Obergesellschaft argumentiert werden, dass sie auf den Abschluss der ursprünglichen Schiedsvereinbarung ihrer Tochter hätte Einfluss nehmen können und insofern nicht vollkommen unfreiwillig gebunden wird.¹⁶⁷ Sofern aber die rechtsstaatlichen Verfahrensstandards alle in einem Schiedsverfahren gewahrt sind, ist eine Schiedsbindung in solchen Fällen umso leichter anzunehmen.¹⁶⁸ Bei einer objektiv-rechtlichen Bindung sind hohe Anforderungen an rechtsstaatliche Verfahrensstandards für das Schiedsverfahren zu stellen.

Es gilt jedoch im Rahmen der Interessenabwägung weiter zu berücksichtigen, welche Partei eine Wahl hat in Bezug auf die einer Schiedsbindung jeweils zugrundeliegenden materiellen Ansprüche.¹⁶⁹ Etwa beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte besteht nur für den Dritten eine Wahl hinsichtlich der Geltendmachung des Anspruchs, für die haftende Hauptpartei hingegen nicht. Der Dritte kann mithin eine Abwägungsentscheidung treffen, ob er die materielle Begünstigung unter Einschränkung des staatlichen Rechtswegs geltend machen will. Insofern deckt sich die Überlegung mit der Argumentation zur Zession und zum Vertrag zugunsten Dritter,¹⁷⁰ so dass die Privatautonomie der Hauptparteien den Justizgewährungsanspruch des Dritten einschränken kann, wenn dieser die Erweiterung seiner Rechte einklagt.

Es kann mithin im Einzelfall eine Vielzahl an Aspekten dafür sprechen, dass der Justizgewährungsanspruch einer Partei einzuschränken ist. Sofern dem die Privatautonomie einer ursprünglichen Schiedspartei gegenübersteht und die Interessenabwägung zugunsten der ursprünglichen Schiedspartei ausfällt,¹⁷¹ ist eine unfreiwillige Schiedsbindung auch verfassungsrechtlich möglich. Wie gesehen, bedarf es dafür aber stets einer differenzierten Analyse und Abwägung im konkreten Fall. Hierbei können neben den rechtsstaatlichen Verfahrensstandards wirtschaftliche Überlegungen gleichermaßen berücksichtigt werden wie Überlegungen zum Ausmaß der Freiwilligkeit und zum Einfluss auf Vertragspartner und -abschluss je nach Konstellation.

¹⁶⁷ Vgl. dazu auch die Ansicht des BGH im Fall Pechstein, nach der ein sehr weiter Freiwilligkeitsbegriff angelegt wurde, BGH, Urteil v. 7.6.2016, KZR 6/15, NJW 2016, 2266, 2271 Rn. 54. So scheidet eine Freiwilligkeit nur bei physischer oder psychischer Gewalt sowie bei Drohung, Täuschung und mangelndem Bewusstsein hinsichtlich Tragweite und Bedeutung der Erklärung aus. Kritisch dazu *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426, 428. Freilich stellen sich hier weitergehende – rechtliche und psychologische – Fragen zur Definition der Freiwilligkeit. Auch *Kindt*, IPRax 2023, 243, 250 weist auf die wünschenswerte Klärung zu der Frage der Freiwilligkeit in diesem Kontext hin. Vgl. ferner *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 7.

¹⁶⁸ Vgl. auch *Kindt*, IPRax 2023, 243, 249, der hier eine grundsätzlich schiedsfreundliche Haltung anmahnt.

¹⁶⁹ Siehe auch *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 7, der darüber jedoch eine freiwillige Schiedsbindung annehmen will.

¹⁷⁰ Siehe zudem oben im 5. Teil unter B. I.

¹⁷¹ Siehe dazu jeweils die Abwägungen in den einzelnen Kapiteln im 5. Teil.

ee) Zwischenergebnis

In vielen der vorliegend untersuchten Konstellationen steht dem Justizgewährungsanspruch der unfreiwillig gebundenen Partei die Vertragsfreiheit einer anderen Partei wegen des schutzwürdigen Vertrauens auf eine bereits abgeschlossene Schiedsvereinbarung gegenüber. Bei der Abwägung dieser beiden verfassungsrechtlich geschützten Positionen hat eine umfassende Analyse der einzelnen Aspekte für die jeweilige Fallgestaltung zu erfolgen. Die rechtsstaatlichen Verfahrensstandards im konkreten Schiedsverfahren sind dabei zu berücksichtigen und den zivilrechtlichen Abwägungen des 5. Teils dieser Arbeit ist ebenso weitreichend Rechnung zu tragen.

Im Einzelfall kann auf verfassungsrechtlicher Ebene so auch die Gefahr widersprechender Entscheidungen berücksichtigt werden, um zu einem angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der Parteien zu gelangen und einen Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch zu rechtfertigen. Ergänzend ist bei den jeweiligen Interessenabwägungen mitunter auch der Vorteil eines zügigeren Schiedsverfahrens heranzuziehen, sofern es der unfreiwillig gebundenen Partei im Einzelfall selbst zugutekommt. Kein tauglicher Rechtfertigungsgrund ist hingegen die Entlastung der staatlichen Justiz, da dieses grundsätzlich legitime Ziel nicht auf Kosten einer betroffenen Partei im Einzelfall verfolgt werden darf.

C. Zusammenfassung zu den verfassungsrechtlichen Aspekten einer unfreiwilligen Schiedsbindung

Eine unfreiwillige Schiedsbindung führt nicht zu einer Einschränkung des Rechts auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, da mit diesem Recht nicht der Zugang zu staatlichem Rechtsschutz garantiert wird, sondern die Zuständigkeitsordnung innerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit.¹⁷² Einschränkungen in der Freiwilligkeit bei einer Schiedsbindung führen aber zu einem Eingriff in Justizgewährungsansprüche. Verneint ein staatliches Zivilgericht seine Zuständigkeit aufgrund einer Schiedsbindung, die im Einzelfall nicht auf einer Zustimmung einer Partei beruht, liegt kein Eingriff in den Justizgewährungsanspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG vor. Dieser Artikel gilt für eingreifende hoheitliche Maßnahmen der Exekutive, bei denen dem Bürger anschließend die staatliche Justizgewähr verwehrt bleibt.¹⁷³

So ist im Falle einer unfreiwilligen Schiedsbindung – die von staatlichen Gerichten ausgesprochen wird – von einem Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG auszugehen.¹⁷⁴

¹⁷² Siehe oben in diesem Teil unter B. I.

¹⁷³ Siehe oben in diesem Teil unter B. II. 1.

¹⁷⁴ Siehe oben in diesem Teil unter B. II. 2.

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch erfährt einfachgesetzlich dadurch seine Ausgestaltung, dass grundsätzlich die staatlichen Zivilgerichte entsprechend der Zuständigkeitsordnung für zivilrechtliche Streitigkeiten zuständig sind. Private Gerichte sind gemäß § 1029 ZPO grundsätzlich nur auf freiwilliger Basis zuständig. Durch die Missachtung von § 1029 ZPO bei einer unfreiwilligen Schiedsbindung liegt ein Eingriff in eine verfassungsmäßige Ausgestaltung der Justizgewähr vor.¹⁷⁵

Dieser Eingriff stellt keinen vollständigen Entzug der Justizgewähr dar. Denn das Schiedsverfahren ist zum einen mittlerweile als gleichwertige Alternative zum staatlichen Erkenntnisverfahren anerkannt,¹⁷⁶ da auch Schiedsverfahren grundsätzlich rechtsstaatlichen Standards genügen und die zentralen Verfahrensrechte der Parteien garantiert werden müssen.¹⁷⁷ Hier ist in jedem Einzelfall das Maß an Freiwilligkeit mit den im konkreten Schiedsverfahren bestehenden verfassungsrechtlichen Verfahrensstandards in Verhältnis zu setzen. Zudem bestehen vielfältige staatliche Kontrollmöglichkeiten vor allem über §§ 1032, 1059 ZPO und der Eingriff wird durch die in dieser Arbeit vorgenommene Systematisierung von objektiv-rechtlichen Schiedsbindungen nachvollziehbarer und vorhersehbarer.¹⁷⁸

Der Eingriff kann gerechtfertigt werden, sofern andere Verfassungsgüter für eine unfreiwillige Schiedsbindung im Einzelfall sprechen. Eine verfassungsmäßige Rechtfertigung einer unfreiwilligen Schiedsbindung kann sich vor allem daraus ergeben, dass eine der ursprünglichen Schiedsparteien ein berechtigtes Interesse an dem Bestand der Schiedsvereinbarung hat. Dieses Interesse ist regelmäßig gemäß Art. 2 Abs. 1 GG schützenswert.¹⁷⁹ Mithin ist im Einzelfall der allgemeine Justizgewährungsanspruch der unfreiwillig gebundenen Partei mit der Privatautonomie der ursprünglichen Schiedspartei abzuwägen. Bei dieser Abwägung kann eine Vielzahl an rechtlichen Aspekten Berücksichtigung finden.¹⁸⁰ Gerade die zivilrechtlichen Abwägungen des 5. Teils dieser Arbeit sollten hier weitreichende Berücksichtigung finden.

¹⁷⁵ Siehe oben in diesem Teil unter B. II. 2. a).

¹⁷⁶ Siehe oben in diesem Teil unter A.

¹⁷⁷ Siehe oben in diesem Teil unter A. I. und II.

¹⁷⁸ Siehe oben in diesem Teil unter B. II. 2. b).

¹⁷⁹ Siehe oben in diesem Teil unter B. II. 3. b) dd).

¹⁸⁰ Siehe oben in diesem Teil unter B. II. 3. b).

7. Teil

Ergebnisse und Ausblick

Im Folgenden werden zunächst die wichtigsten Erkenntnisse der einzelnen Teile dieser Arbeit zusammengefasst. Anschließend folgt eine kurze Darstellung der zentralen Ergebnisse, bevor abschließend ein kurzer Ausblick auf mögliche weitere Entwicklungen gegeben wird.

A. Zusammenfassungen der einzelnen Teile im Überblick

Die Schiedsbindung Dritter an Schiedsvereinbarungen, die sie nicht selbst unterzeichnet haben, wirft eine Reihe komplexer Rechtsfragen auf. Es stellt sich dabei vor allem die Frage, wie weit die ursprünglich abgeschlossene Schiedsvereinbarung in subjektiver Hinsicht reichen kann, also ob und wie ihre Bindungswirkung über die ursprünglichen Vertragsparteien hinaus auf Dritte erstreckt werden kann.

I. Zusammenfassung des 1. Teils

Schiedsrechtliche Drittbindungskonstellationen kommen besonders häufig vor, wenn Gruppenunternehmen an einem Streit beteiligt sind. Denn zum einen agieren Unternehmensgruppen typischerweise in demselben wirtschaftlichen Bereich, in dem auch Schiedsvereinbarungen regelmäßig verwendet werden: im internationalen, professionellen, arbeitsteiligen Geschäftsverkehr. Zum anderen sind auch Unternehmen derselben Gruppe wegen der juristischen Trennung als rechtlich selbstständige Unternehmen anzusehen.¹ Haben von den streitbeteiligten Unternehmen nur zwei eine Schiedsvereinbarung getroffen, stellt sich die Frage, ob auch prozessual eine Drittbeteiligung – also eine Schiedsbindung des Dritten – rechtlich möglich oder gar geboten ist.

Neben dieser Überschneidung der Verbreitung von Schiedsvereinbarungen und von Unternehmensgruppen legen auch spezifisch gesellschaftsrechtliche Bindungsgründe nahe, die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen besonders im Kontext von Unternehmensgruppen zu untersuchen. So können spezifisch gesellschaftsrechtliche Normen und Wertungen dafür sprechen, dass eine Drittbindung entsteht. Denn die rechtliche Trennung von Gesellschaftern und

¹ Siehe dazu auch oben im 1. Teil unter A. und im 2. Teil unter C.

Gesellschaftsvermögen oder auch die Aufteilung in verschiedene Gruppenunternehmen geht zum Teil mit besonderen Haftungsvorschriften einher. Neben speziellen Haftungsnormen des Gesellschafts- und Aktienrechts ist vor allem noch die Durchgriffshaftung zu nennen. Doch auch Stellvertretungskonstellationen, Abtretungen und Verträge zugunsten Dritter kommen unter Gruppenunternehmen oft vor.² Mithin sind es zum einen häufig Konstellationen mit Unternehmensgruppen, in denen sich die Drittbindungsproblematik im Schiedsrecht stellt. Zum anderen bestehen besondere Bindungstatbestände und -gründe bei der Beteiligung von Gruppenunternehmen.

II. Zusammenfassung des 2. Teils

Die Gründe, Normen und Konstellationen materieller Dritthaftung können jedoch nicht ohne Weiteres auf die schiedsrechtliche Drittbindung übertragen werden. Denn im Grundsatz stützt sich die Kompetenz eines Handelsschiedsgerichts auf die rechtlich gesonderte, privatautonome Parteivereinbarung, das konkrete Schiedsgericht für den Streitfall für zuständig zu erklären und gleichzeitig auf die staatlichen Gerichte zu verzichten.³ Dieser Verzicht bei gleichzeitiger Zuständigkeitsbegründung manifestiert sich in der Schiedsvereinbarung (§ 1029 ZPO). Anders als die objektive Reichweite einer Schiedsvereinbarung ist die subjektive Reichweite grundsätzlich restriktiv zu betrachten.⁴ Denn durch die Bindung an eine Schiedsvereinbarung wird nicht nur die Privatautonomie im Bereich der gerichtlichen Zuständigkeit eingeschränkt, sondern auch der staatliche Justizgewährungsanspruch.⁵

Die Schiedsvereinbarung stellt eine prozessuale, rechtlich getrennte Vereinbarung von einem etwaigen Hauptvertrag dar, aus dem sich materielle Rechte und Pflichten ergeben können. Trotz dieser grundsätzlichen juristischen Trennung besteht eine enge Beziehung zwischen den beiden Vereinbarungen.⁶ Denn ohne ein Rechtsverhältnis oder einen Anspruch kann auch keine Schiedsvereinbarung bestehen. Umgekehrt kann eine Schiedsvereinbarung wesentliche Auswirkungen auf das jeweilige materielle Recht haben und sogar dessen Entstehen und Durchsetzbarkeit erheblich bestimmen. Daher ist die Schiedsvereinbarung eine Modalität oder Eigenschaft eines Hauptanspruchs.⁷ Nach überzeugender Ansicht sind Schiedsvereinbarungen als prozessuale Vereinbarung anzusehen, wobei die Rechtsnatur für die Frage der Drittbindung aber nicht entscheidend

² Siehe auch oben im 1. Teil unter B. und C.

³ Siehe dazu oben im 2. Teil unter B. IV.

⁴ Siehe oben im 2. Teil unter B. IV. 2. und im 3. Teil unter A.

⁵ Siehe ausführlicher oben im 6. Teil unter B.

⁶ Siehe oben im 2. Teil unter B. I.

⁷ Siehe oben im 2. Teil unter B. I. 2.

ist. Anerkannt ist in jedem Fall, dass die Vorschriften des allgemeinen Vertragsrechts aus dem BGB auf die Schiedsvereinbarung Anwendung finden.⁸

In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gibt es häufig eine Vielzahl an Rechten, die eine Rolle spielen. Hauptvertrag, Schiedsvereinbarung, das allgemeine Schiedsverfahrensrecht und die jeweils anwendbaren prozessualen Schiedsverfahrensregeln können nach unterschiedlichen Rechtsordnungen zu beurteilen sein.⁹ Die Frage der schiedsrechtlichen Drittbindung richtet sich jedoch nicht nach dem Schieds- oder Hauptvertragsstatut, sondern ist stattdessen eigenständig an das Recht des jeweils materiell-rechtlichen Haftungsgrunds, auf den sich eine Partei für eine Drittbindung beruft, anzuknüpfen.¹⁰

III. Zusammenfassung des 3. Teils

Eine Schiedsbindung kann sich zunächst über einen subjektiv-rechtlichen Ansatz ermitteln lassen. Dabei werden die Verhaltensweisen und Rechtsverhältnisse der Parteien darauf untersucht, ob in zurechenbarer Weise im Rechtsverkehr der Eindruck entstand, dass die Parteien eine Schiedsbindung wollten.¹¹ Im Vordergrund steht dabei die Auslegung von Willenserklärungen und Verhalten der Personen, bei denen eine Schiedsbindung in Betracht kommt.¹² Wird ein Schiedsbindungswille der streitigen Parteien festgestellt, besteht – abseits von Willensmängeln – kein Konflikt mit dem Freiwilligkeitserfordernis der Schiedsgerichtsbarkeit und es kann eine Mehrparteienschiedsvereinbarung zustande kommen.¹³ Der restriktive Maßstab bei der Interpretation der subjektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen ist hier stets zu beachten.

Häufig werden auch Stellvertretungskonstellationen verwendet, um eine Partei schiedsrechtlich zu binden.¹⁴ Jedoch bestehen hier verschiedene Bedenken insbesondere beim Offenkundigkeitsprinzip und bei Rechtsscheinsvollmachten. Zwar sind im Einzelfall in den Konstellationen des Geschäfts für den, den es angeht, und beim unternehmensbezogenen Geschäft Ausnahmen vom Offenkundigkeitsprinzip denkbar.¹⁵ Oftmals scheidet hieran jedoch die wirksame Stellvertretung beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung. Eine wirksame Vertretungsmacht zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen kann sich aus einer eigenständigen Vollmacht ebenso wie aus etwaigen Unternehmens- und Rahmenverträgen ergeben.¹⁶ Zudem besteht die Möglichkeit einer Genehmigung von

⁸ Siehe oben im 2. Teil unter B. II.

⁹ Siehe oben im 2. Teil unter B. III. 1.

¹⁰ Siehe oben im 2. Teil unter B. III. 2.

¹¹ Siehe oben zu Beginn des 3. Teils.

¹² Siehe oben im 3. Teil unter A.

¹³ Siehe dazu oben im 3. Teil unter A. I. 1.

¹⁴ Siehe dazu oben im 3. Teil unter B.

¹⁵ Siehe dazu oben im 3. Teil unter B. I. 1.

¹⁶ Siehe dazu oben im 3. Teil unter B. I. 2. und 3.

vollmachtlos abgeschlossenen Schiedsvereinbarungen.¹⁷ Lassen sich diese Vollmachten oder Genehmigungen eindeutig feststellen, besteht bei einer Bindung des Geschäftsherrn jeweils kein Problem mit dem Freiwilligkeitserfordernis.

Größere Schwierigkeiten treten hingegen in dem Bereich der Rechtsscheinsvollmachten auf.¹⁸ Auch eine Bindung des Geschäftsherrn im Wege der Rechtsscheinsvollmachten ist als eine subjektiv-rechtliche Bindung zu werten. Denn der Vertragspartner geht davon aus, dass der Geschäftsherr gebunden sein will.¹⁹ Im Einzelfall müssen an die Umstände, aus denen sich eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ergibt, aber strenge Anforderungen gestellt werden, um das Freiwilligkeitserfordernis nicht im Wege der Stellvertretung zu umgehen. Die restriktive Interpretation der subjektiven Reichweite einer Schiedsbindung ist damit auch bei den Stellvertretungs- vor allem bei Rechtsscheinskonstellationen zu beachten. Insbesondere muss gerade der Rechtsschein einer Vollmacht zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen bestehen.²⁰

In Fällen unter Beteiligung von Unternehmensgruppen können die Anforderungen an den Scheintatbestand gesenkt sein. Jedoch verbietet sich eine pauschale Betrachtung. Weder kann aus der bloßen Gruppenzugehörigkeit eine Rechtsscheinsvollmacht hergeleitet werden, noch kann dieser Umstand gänzlich unberücksichtigt bleiben. Denn die Gruppenunternehmen sind zum einen Teilnehmer des Handelsverkehrs, der in erhöhtem Maße auf Schnelligkeit und besonderen Vertrauensschutz angewiesen ist. Zum anderen tragen sie das Organisationsrisiko der Gruppe, da sie auch viele Vorteile aus dieser Organisation ziehen.²¹ Mithin muss im Einzelfall ermittelt werden, wann eine Schiedsbindung aufgrund von Rechtsscheinsvollmachten anzunehmen ist. Meistens müssen dazu Fallgestaltungen vorliegen, die neben der organisatorischen Struktur auf Seiten des Vertretenen eine gewisse Regelmäßigkeit und Routine beinhalten, da sonst kein Scheintatbestand entsteht, auf den legitimerweise vertraut werden kann.²²

Eine Schiedsbindung im Wege der ergänzenden Auslegung ist demgegenüber nicht möglich.²³ Zwar kann die ergänzende Auslegung noch als subjektiv-rechtlicher Bindungsansatz eingeordnet werden, da der Grund der Bindung der – wenn auch hypothetische – Wille der Parteien ist.²⁴ Doch zum einen enthält die ergänzende Auslegung ein wesentliches objektives Element, da ein tatsächlicher Konsens gerade nicht besteht. Der hypothetische Wille, der zu der Schiedsbindung führen würde, ist mithin eine Fiktion. Damit besteht die Gefahr, dass unter scheinbarer Wahrung des Freiwilligkeitserfordernisses eine Schiedsbindung ent-

¹⁷ Siehe dazu oben im 3. Teil unter B. I. 4.

¹⁸ Siehe dazu oben im 3. Teil unter B. I. 5.

¹⁹ Siehe dazu oben im 3. Teil unter B. I. 5. a).

²⁰ Siehe oben im 3. Teil unter B. I. 5. b).

²¹ Siehe oben im 3. Teil unter B. I. 5. b) aa).

²² Siehe dazu oben im 3. Teil unter B. I. 5. b).

²³ Siehe oben im 3. Teil unter C. III.

²⁴ Siehe oben im 3. Teil unter C. I.

steht, bei der die Folgeprobleme einer unfreiwilligen Bindung ausgeblendet werden. Entscheidend spricht aber letztlich gegen die Ergänzung, dass die Parteilstellung, um die es bei der subjektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen geht, ein Aspekt der *essentialia negotii* ist, welche der ergänzenden Auslegung nicht zugänglich sind.

Auch auf der Ebene der Form gemäß § 1031 ZPO bestehen Bedenken gegen eine extensive subjektiv-rechtliche Schiedsbindung.²⁵ Zwar sieht § 1031 ZPO einige Erleichterungen der Form vor und verlangt letztlich nach verbreiteter Anwendung nur irgendeine Fixierung der Einigung. Doch ganz ohne Nachweis der jeweils gebundenen Parteien ist eine willensgetragene Schiedsbindung wegen § 1031 ZPO kaum möglich. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit dem Zweck des § 1031 ZPO, der primär vor voreiligem Abschluss einer Schiedsvereinbarung schützen soll. Daher ist bei objektiv-rechtlichen Schiedsbindungsansätzen auch auf das Formerfordernis zu verzichten, da es eines Schutzes vor unüberlegten Bindungen bei einer gerechtfertigten unfreiwilligen Bindung nicht bedarf.

IV. Zusammenfassung des 4. Teils

Die *group of companies doctrine* lässt sich nicht eindeutig in die hier erfolgte Einteilung in subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Bindungsmechanismen einfügen.²⁶ Das liegt daran, dass zwei Interpretationen dieser *doctrine* denkbar sind und vertreten werden. Je nachdem, welche Urteile zugrunde gelegt werden, treten die einen oder anderen Argumente stärker in den Vordergrund und scheinen die Bindung zu rechtfertigen. Die eine Ansicht stützt sich dabei auf den Konsens der Parteien, der sich aus einer extensiven Interpretation der gesamten Umstände des jeweiligen Falls ergibt, wobei die Gruppenzugehörigkeit der Parteien ein wesentlicher Aspekt ist.²⁷ Die andere Ansicht nimmt ohne den Zwischenschritt eines Bindungswillens und damit unmittelbar wegen des objektiven Umstands der Gruppenzugehörigkeit eine Schiedsbindung von weiteren Gruppenunternehmen an.²⁸

Unabhängig davon, welche Ansicht im Einzelnen überzeugender ist, kann die *group of companies doctrine* keine Anwendung im bzw. Übertragung ins deutsche Recht erfahren. Zwar mag eine Anerkennung eines Urteils aufgrund dieser *doctrine* nicht dem deutschen *ordre public* widersprechen,²⁹ doch für eine Anwendung durch deutsche Gerichte fehlt es gleichermaßen an einer hinreichenden dogmatischen Grundlage wie auch an hinreichend konkreten Voraussetzungen.³⁰ Vor

²⁵ Siehe oben im 3. Teil unter D.

²⁶ Siehe oben im 4. Teil unter A. und D.

²⁷ Siehe oben im 4. Teil unter A.

²⁸ Siehe oben im 4. Teil unter B.

²⁹ BGH, Urteil v. 8.5.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, Rz. 26 ff.

³⁰ Siehe dazu oben im 4. Teil unter C.; zu möglichen Voraussetzungen für diese *doctrine* siehe oben im 4. Teil unter A.

allem aber entfernt sich jede der beiden Interpretationen von dem Grundsatz der Freiwilligkeit, ohne diese Ausnahme hinreichend zu begründen oder sich mit den Folgeproblemen auch auf verfassungsrechtlicher Ebene auseinanderzusetzen. Mit der ganz herrschenden Meinung ist die *group of companies doctrine* daher für das deutsche Recht abzulehnen.³¹

V. Zusammenfassung des 5. Teils

Objektiv-rechtliche Bindungsansätze sind solche, die bereits vom dogmatischen Ansatz auf einen Schiedsbindungswillen mindestens einer Partei und damit auf das allseitige Freiwilligkeitserfordernis verzichten. Eine solche Schiedsbindung bedarf mithin stets einer entsprechend ausführlichen Begründung bzw. Rechtfertigung. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass eine unfreiwillige Schiedsbindung in verschiedenen Konstellationen in Betracht kommt, in denen materiell-rechtlich eine Haftung und/oder Begünstigung einer weiteren Partei als der ursprünglichen Vertragsparteien vorliegt. Dabei haben es die Hauptparteien bei Abschluss des jeweiligen Hauptvertrags meist in der Hand, ob sie die Möglichkeit schiedsrechtlicher Bindung auch auf den Dritten erstrecken wollen. Denn sie können eine Schiedsbindung im Ausgangspunkt auch ausdrücklich auf sich beschränken.

Zunächst wurde die Zession untersucht, bei der willensunabhängig eine Schiedsbindung des Zessionars entsteht, wenn die abgetretene Hauptforderung mit einer Schiedsvereinbarung zwischen Schuldner und Zedenten verbunden war.³² Ebenso ist der begünstigte Dritte beim materiellen Vertrag zugunsten Dritter unabhängig von seinem Willen an eine Schiedsvereinbarung gebunden, die die Hauptparteien für Streitfälle gegen den Dritten im Kontext seiner Begünstigung vereinbart haben.³³

Eine andere Situation liegt hingegen beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte vor. Denn der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte beruht auf einer richterlichen Rechtsfortbildung,³⁴ so dass die Hauptvertragsparteien von keiner Drittbegünstigung ausgehen. Da sich die Drittberechtigung aber aus dem Hauptvertrag ableitet, kann eine zwischen den Hauptparteien umfassend vereinbarte Schiedsbindung auch die Ansprüche des Dritten umfassen. Ein materiell schutzwürdiger Dritter, der seine aus dem Hauptvertrag abgeleiteten Rechte geltend macht, kann damit in Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter auch willensunabhängig an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein.³⁵ Die Hauptparteien können hingegen nicht unfreiwillig von dem materiell-rechtlich schutzwürdigen Dritten

³¹ Siehe oben im 4. Teil unter D.

³² Siehe dazu oben im 5. Teil unter A. I.

³³ Siehe oben im 5. Teil unter B. I.

³⁴ Siehe oben im 5. Teil unter C. II. 1.

³⁵ Siehe oben im 5. Teil unter C. I.

vor dem Schiedsgericht verklagt werden, welches nur die Hauptparteien im Verhältnis zueinander vereinbart haben.³⁶

Des Weiteren kann auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht willensunabhängig an eine Schiedsvereinbarung gebunden werden, die eigentlich seinen Geschäftsherrn binden sollte.³⁷ Es kommen verschiedene Konstellationen in Betracht, in denen entweder § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB auf die Schiedsvereinbarung selbst angewandt wird oder eine Schiedsbindung als Annex zu einer Haftung hinsichtlich des materiellen Hauptvertrags über § 179 Abs. 1 Var. 1 BGB entsteht.³⁸ Zudem sind die persönlich haftenden Gesellschafter gemäß § 128 HGB in der Regel an Schiedsvereinbarungen gebunden, die die Gesellschaft mit ihren Gläubigern abschließt.³⁹

Aufgrund §§ 93 Abs. 5 AktG, 117 Abs. 5 AktG und 62 Abs. 2 S. 1 AktG kommen zudem unfreiwillige Drittbindungen in Betracht.⁴⁰ In diesen Vorschriften ist normiert, dass die Gläubiger einer Gesellschaft interne Ansprüche gegen Organe oder Mitglieder der Gesellschaft geltend machen können. Tun sie dies und besteht für diese Ansprüche zwischen der Gesellschaft und dem jeweils konkret haftenden Organ oder Mitglied eine Schiedsvereinbarung, muss sich auch der Gläubiger diese entgegenhalten lassen, wenn er die Rechte der Gesellschaft gegen das jeweilige Organ oder Mitglied geltend macht.

Zuletzt ist auch eine unfreiwillige Schiedsbindung in manchen Fällen der materiell-rechtlichen Durchgriffshaftung anzunehmen.⁴¹ Dabei ist jedoch nach den Arten des Haftungsdurchgriffs zu differenzieren. Nur in der Fallgruppe eines Haftungsdurchgriffs wegen Vermögensvermischung ist die unfreiwillige Schiedsbindung der herrschenden Gesellschaft einer Unternehmensgruppe gerechtfertigt.⁴² Eine unfreiwillige Schiedsbindung kann hingegen weder angenommen werden, wenn eine Unternehmensgruppe sogenannte Strohmanggesellschaften verwendet, noch wenn ein Geschäftsführer für eine GmbH auftritt.⁴³

Die untersuchten Konstellationen lassen sich dahingehend systematisieren, dass für eine objektiv-rechtliche Schiedsbindung stets drei Voraussetzungen erfüllt sein müssen: Zunächst muss ein Anknüpfungspunkt im Gesetz für die jeweilige Drittbindung bestehen.⁴⁴ Sodann muss eine hinreichende inhaltliche Nähe zwischen dem materiell-rechtlichen Drittanspruch und der Schiedsvereinbarung bestehen.⁴⁵ Zuletzt muss eine Interessenabwägung zwischen den Interes-

³⁶ Siehe oben im 5. Teil unter C. II. 2.

³⁷ Siehe oben im 5. Teil unter D. II.

³⁸ Siehe oben im 5. Teil unter D. II. 1.

³⁹ Siehe oben im 5. Teil unter E. II.

⁴⁰ Siehe oben im 5. Teil unter F.

⁴¹ Siehe oben im 5. Teil unter G. I.

⁴² Siehe oben im 5. Teil unter G. I. 1.

⁴³ Siehe oben im 5. Teil unter G. II.

⁴⁴ Siehe dazu oben im 5. Teil unter H. II. 1.

⁴⁵ Siehe dazu oben im 5. Teil unter H. II. 2.

sen der unfreiwillig gebundenen Partei und den widerstreitenden Interessen der anderen Partei ergeben, dass die unfreiwillige Schiedsbindung einer Partei gerechtfertigt ist.⁴⁶ Diese Abwägung schließt eine verfassungsrechtliche Prüfung mit ein, die in der vorliegenden Arbeit aus Gründen der Übersichtlichkeit getrennt vorgenommen wurde.⁴⁷

VI. Zusammenfassung des 6. Teils

Das deutsche Schiedsrecht ist heute als grundsätzlich verfassungsgemäß anzusehen, solange die wesentlichen rechtsstaatlichen Verfahrensstandards eingehalten werden.⁴⁸ Diese Standards sind vielfach einfachgesetzlich in den §§ 1025 ff. ZPO festgehalten.⁴⁹ Zudem bestehen ausreichende Kontrollmöglichkeiten durch staatliche Gerichte.⁵⁰ Insgesamt ist das Schiedsverfahren damit als eine gleichwertige Alternative zum staatlichen Erkenntnisverfahren anzusehen.

Wird eine Partei jedoch unfreiwillig an ein Schiedsverfahren gebunden, wird sie gleichwohl in ihren verfassungsmäßigen Rechten eingeschränkt. Häufig wird in diesem Fall fälschlich auf das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG abgestellt.⁵¹ Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gewährt jedoch keinen Zugang zur staatlichen Gerichtsbarkeit, um die es bei einer Schiedsbindung aber geht. Den Zugang zu staatlichen Gerichten garantieren demgegenüber die Justizgewährungsansprüche. Für Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt – vor allem der Exekutive – ist dieses grundlegende rechtsstaatliche Recht in Art. 19 Abs. 4 GG garantiert.⁵² Für rein private Streitigkeiten garantiert der allgemeine Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG den Zugang zu staatlichen Gerichten. Um rein private Streitigkeiten handelt es sich in aller Regel bei Streitigkeiten vor Handelsschiedsgerichten.

Sofern ein staatliches Gericht angerufen wird, um die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts anzugreifen, greift dieses staatliche Gericht in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch der Partei ein, deren unfreiwillige Schiedsbindung es annimmt.⁵³ Eine solche Einschränkung ist jedoch noch kein Verfassungsverstoß, da auch ein Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch gerechtfertigt sein kann. Zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs sind andere Verfassungsgüter zu identifizieren, die ohne eine unfreiwillige Schiedsbindung der einen Partei zulasten der anderen Partei eingeschränkt würden. Die Entlastung der staatlichen Justiz, ein unter Umständen effizienteres, günstigeres oder schnelleres Ver-

⁴⁶ Siehe dazu oben im 5. Teil unter H. II. 3.

⁴⁷ Siehe oben im 6. Teil.

⁴⁸ Siehe oben im 6. Teil unter A.

⁴⁹ Siehe oben im 6. Teil unter A. II.

⁵⁰ Siehe oben im 6. Teil unter A. I.

⁵¹ Siehe dazu oben im 6. Teil unter B. I.

⁵² Siehe oben im 6. Teil unter B. II. 1.

⁵³ Siehe oben im 6. Teil unter B. II. 2.

fahren vor dem Schiedsgericht und die Vermeidung widersprechender Entscheidungen sind für sich genommen jedoch keine tauglichen Verfassungsgüter für eine solche Abwägung.⁵⁴

Jedoch kann die Einschränkung der Privatautonomie einer anderen Schiedspartei im Einzelfall eine unfreiwillige Schiedsbindung rechtfertigen. Sofern ohne die unfreiwillige Schiedsbindung einer Partei durch eine frei gewählte Entscheidung dieser Partei einer anderen Partei ihre privatautonom vereinbarte Schiedsvereinbarung genommen würde, kann die unfreiwillige Schiedsbindung der ersten Partei das interessengerechtere Ergebnis sein.⁵⁵ Im Rahmen der Abwägung zwischen Privatautonomie der einen und Justizgewährungsanspruch der anderen Partei ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung eine Vielzahl an Aspekten zu berücksichtigen, bei der die zahlreichen Aspekte der Diskussionen des 5. Teils dieser Arbeit, das Ausmaß der Freiwilligkeit im Einzelfall und die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien zu berücksichtigen sind.⁵⁶

B. Zentrale Ergebnisse

Das Freiwilligkeitserfordernis ist ein zentrales Element der verfassungsgemäßen Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland. Im Ausgangspunkt muss die Grundlage einer Schiedsbindung daher konsensual sein. Gleichwohl kann entsprechend der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre auch der zurechenbare Anschein eines Bindungswillens genügen. Zudem gibt es Ausnahmen von dem Freiwilligkeitsgrundsatz, die aber entsprechend gerechtfertigt sein müssen. Folglich unterteilen sich Schiedsbindungsansätze zivilrechtlich in zwei Kategorien: subjektiv-rechtliche Bindungsansätze, die an einen Konsens der Parteien oder einem zurechenbaren Anschein dessen anknüpfen, und objektiv-rechtliche, bei denen die Bindung nicht mit dem Willen der Schiedsparteien, sondern durch objektive Wertungen begründet wird. Eine tatsächliche Freiwilligkeit der Parteien kann in beiden Kategorien problematisch sein.

Eine Schiedsbindung ist wegen der betroffenen Verfassungsgüter der Privatautonomie und des Justizgewährungsanspruchs grundsätzlich restriktiv anzunehmen. Das hat zur Folge, dass innerhalb der subjektiv-rechtlichen Bindungsansätze die Voraussetzungen streng einzuhalten sind und ohne entsprechend ausreichende Anhaltspunkte für einen Bindungswillen im Geschäftsverkehr nicht von einer Bindung der Parteien auszugehen ist. Andernfalls besteht die Gefahr, dass unter scheinbarer Wahrung der Freiwilligkeit eine Partei einem Schiedsgericht unterworfen wird, ohne dass eine hinreichende Rechtfertigung dieser Bindung erfolgt. Objektive-rechtliche Bindungsansätze machen demgegenüber von

⁵⁴ Siehe oben im 6. Teil unter B. II. 3. b) aa) bis cc).

⁵⁵ Siehe oben im 6. Teil unter B. II. 3. b) dd).

⁵⁶ Siehe oben im 6. Teil unter B. II. 3. b) ee).

vorne herein eine Ausnahme von dem Erfordernis des allseitigen Einverständnisses. Die Notwendigkeit einer ausgiebigen Rechtfertigung einer solchen Schiedsbindung im Einzelfall tritt damit offen zutage. Doch auch bei subjektiv-rechtlichen Ansätzen kann im Einzelfall ein Mangel an Freiwilligkeit und ein faktischer Schiedszwang aufgrund der Umstände des Einzelfalls bestehen. Dann bedarf auch die subjektiv-rechtliche Schiedsbindung einer umfassenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, wie sie bei objektiv-rechtlichen Bindungsansätzen stets zu erfolgen hat.

Bei der dann notwendigen Abwägung kann im Einzelfall die Privatautonomie einer ursprünglichen Schiedsvertragspartei mit dem Justizgewährungsanspruch einer unter Einschränkung der Freiwilligkeit gebundenen weiteren Partei in einen Ausgleich zu bringen sein. Dazu sind die jeweiligen zivilrechtlichen und verfassungsrechtlichen Aspekte umfassend zu berücksichtigen. Für die subjektiv-rechtlichen Bindungen können keine klar abgrenzbaren Fallgruppen gebildet werden, da potenzielle Anhaltspunkte für einen Bindungswillen im Geschäftsverkehr zu vielfältig sind. Der 3. Teil dieser Arbeit hat aber einige Hürden und Problemfelder aufgezeigt, die einer extensiven Schiedsbindung nach subjektiv-rechtlichen Ansätzen im Wege stehen.

Für die objektiv-rechtlichen Bindungen konnten hingegen im 5. Teil dieser Arbeit klare Fallgruppen ausgemacht werden, die besonders häufig im Kontext von Unternehmensgruppen auftreten. In diesen Fallgruppen lässt sich ein Ausgleich dadurch herbeiführen, dass ausnahmsweise eine unfreiwillige Schiedsbindung einer Partei angenommen wird. Zudem lassen sich die objektiv-rechtlichen Bindungsansätze systematisieren, so dass eine solche Bindung unter drei Voraussetzungen anzunehmen ist. Demnach muss neben einem gesetzlich normierten Anhaltspunkt für die Drittbindung eine hinreichende Nähe zwischen materiellem Drittanspruch und der Schiedsvereinbarung bestehen und eine umfassende Interessenabwägung unter Beachtung der zivil- und verfassungsrechtlichen Aspekte für die Bindung sprechen.

C. Ausblick

Die vorliegende Arbeit legt das System der subjektiv- und objektiv-rechtlichen Drittbindung dar, anhand dessen die Einteilung verschiedener Bindungsansätze im Schiedsrecht erfolgen kann. Dieses System wird durch verschiedene Konstellationen mit Beteiligung von Gruppenunternehmen vertieft aufbereitet und die zivilrechtliche Einordnung des jeweiligen Bindungsgrunds mit der Erörterung verfassungsrechtlicher Konsequenzen zusammengeführt. Dabei konnten nicht alle denkbaren Konstellationen und Bindungsansätze berücksichtigt werden. Da die vorliegende Arbeit im Kern keine rechtsvergleichende ist, wurde insbesondere auf eine vertiefte Darstellung von Bindungsmechanismen nach ausländischen Rechtsordnungen verzichtet. Eine eigenständige Arbeit könnte darin bestehen, auf rechtsvergleichender Grundlage ausländische Drittbindungsansätze in das

hier zugrunde gelegte System aus der Perspektive des deutschen Rechts einzuordnen.

Ein in neuerer Zeit international vereinzelt vertretener *jurisdictional approach*, der anstelle von materiell-rechtlich konkreten Voraussetzungen eine schiedsrechtliche Drittbindung aufgrund einer rechtlichen Abhängigkeit zwischen den Rechtsverhältnissen der ursprünglichen Schiedsvertragsparteien und des Dritten annimmt,⁵⁷ kann indes keine Schiedsbindung erzeugen.⁵⁸ Die Fallgruppen, die im Einzelnen für diesen Ansatz gebildet werden,⁵⁹ sind wertungsmäßig plausibel. Sie überzeugen aber nicht nach der Dogmatik des deutschen Rechts, da sie keine hinreichend konkreten Voraussetzungen⁶⁰ und rechtlichen Anknüpfungspunkte für die jeweilige Drittbindung aufstellen.⁶¹ Zudem bleibt unklar, ob die Grundlage für eine derartige Schiedsbindung im Endeffekt die Zustimmung aller Parteien ist oder eine spezielle Kompetenz des Schiedsgerichts vorliegt, um in den insgesamt uneinheitlichen Fallkonstellationen die Schiedsbindung objektiv-rechtlich zu begründen.⁶² Große Rechtsunsicherheit und unvorhersehbare Schiedsbindungen wären die Folge.

Für das deutsche Schiedsrecht scheint zunächst eine Konkretisierung von objektiv-rechtlichen Bindungsansätzen durch den Gesetzgeber wünschenswert, um die Schiedsbindung im Einzelfall vorhersehbarer zu machen. Jedoch wäre es kaum hilfreich, die in dieser Arbeit analysierten Bindungsansätze im deutschen

⁵⁷ *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, Rn. 7.45; die Wahrscheinlichkeit eines ausreichenden Zusammenhangs der Beziehungen und Ansprüche zwischen den Parteien soll steigen, wenn sie gesellschaftsrechtlich verbunden sind, ebd. Rn. 7.48. Damit ähnelt der *jurisdictional approach* der *group of companies doctrine*, vgl. oben im 4. Teil. Aber auch der wiederholte Abschluss ähnlicher Geschäfte oder die Einmischung in Verträge der anderen Parteien sollen Anhaltspunkte für eine ausreichende Abhängigkeit der Rechtsverhältnisse sein, um eine einheitliche Schiedsbindung anzunehmen, siehe *ders.*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, Rn. 7.46 f.; sehr zurückhaltend für eine Schiedsbindung gestützt auf einen Durchgriffsgedanken in solchen Fällen *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79. Damit enthält der Ansatz Aspekte, die nach deutschem Verständnis der Anscheinsvollmacht (siehe oben im 3. Teil unter B. I. 5. b)) und nach schweizerischem Verständnis der Einmischungsthese nahestehen, vgl. auch *ders.*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79.

⁵⁸ So auch *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 136 f.; *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79.

⁵⁹ Etwa arglistiges Verhalten einer Partei oder der Eingriff in die Rechte einer anderen Partei, die eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat, sollen zu einer Schiedsbindung der arglistigen oder eingreifenden Partei führen können, siehe *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 135.

⁶⁰ *Ders.*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 137.

⁶¹ Die Rechtsgrundlage des *jurisdictional approach* ist zudem unklar, siehe etwa *Schlosser*, in: Bork/Stein/Jonas u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2014, § 1029 Rn. 79, könnte aber an das umstrittene Konzept der *lex mercatoria* angelehnt sein; dazu sehr kritisch *Gottwald*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 136.

⁶² *Ders.*, in: Schütze (Hrsg.), Fairness Justice Equity, 2017, S. 136.

Schiedsrecht zu normieren. Zwar könnte eine gesetzliche Regelung einige der (noch) sehr umstrittenen Ansätze als mögliche Fälle objektiv-rechtlicher Bindungen auflisten. Aber eine solche Liste wäre kaum abschließend, so dass eine gesetzliche Regelung nur in Einzelfällen für mehr Rechtssicherheit sorgen würde.

Vor allem aber müssen bei einer objektiv-rechtlichen Schiedsbindung die rechtlichen Interessen der betroffenen Parteien wie dargelegt abgewogen und in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Diese Aufgabe ist gerade originär im Einzelfall von den Gerichten wahrzunehmen. Eine gesetzliche Regelung könnte hier nur festhalten, dass eine solche Abwägung insbesondere für eine objektiv-rechtliche Bindung im Einzelfall vorzunehmen ist. Zudem kann das auslegungsbedürftige Merkmal der hinreichenden inhaltlichen Nähe zwischen dem materiell-rechtlichen Drittanspruch und der ursprünglichen Schiedsvereinbarung zwar anhand der hier aufgezeigten Beispiele ausgestaltet werden. Das kann sinnvollerweise aber nicht im Wege einer starren Norm, sondern nur über eine sich entwickelnde Rechtsprechung geschehen. Daher richtet sich der Appell an die Gerichte, zu der Frage einer schiedsrechtlichen Drittbindung in jedem Einzelfall eine kritische Prüfung der Parteiwillen und gegebenenfalls der objektiv-rechtlichen Bindungsansätze vorzunehmen.

Literaturverzeichnis

- Ahrendt, Achim*, Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren, Tübingen 1996.
- Ahrens, Jan-Michael*, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, Frankfurt a.M. 2001.
- Althammer, Christoph/Feskorn, Christian/Geimer, Reinhold/Greger, Reinhard/Herget, Kurt/Heßler, Hans-Joachim/Lorenz, Arndt/Lückemann, Clemens/Schultzky, Hendrik/Seibel, Mark/Vollkommer, Gregor* (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung, 34. Aufl., Köln 2022.
- Altmeyen, Holger*, Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 24.6.2002 – II ZR 300/00, ZIP 2002, 1553–1563.
- Anliker, Gerhard*, Die internationale Zuständigkeit bei gesellschaftlichen Streitigkeiten im Rechtsrahmen des europäischen Binnenmarktes, Köln 2018.
- Badura, Peter*, Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., München 2018.
- Baumann, Antje*, Die Beteiligung Dritter am Schiedsverfahren – ein Praxistest, in: Wilhelm, Rüdiger/Stürner, Michael (Hrsg.), Mehrparteienschiedsverfahren, Heidelberg 2021, 45–56.
- Baur, Fritz*, Betriebsjustiz, JZ 1965, 163–167.
- ders.*, Rechtshängig – Schiedshängig, in: Holzhammer, Richard/Jelinek, Wolfgang/Böhm, Peter (Hrsg.), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, 81–92.
- Bauwens, Kathrin*, Religiöse Paralleljustiz – Zulässigkeit und Grenzen informeller Streit-schlichtung und Streitentscheidung unter Muslimen in Deutschland, Berlin 2016.
- Bayer, Walter*, Der Vertrag zugunsten Dritter, Tübingen 1995.
- Berger, Klaus Peter*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit – Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schieds-praxis, Berlin 1992.
- ders.*, Schiedsrichterbestellung in Mehrparteienschiedsverfahren, RIW 1993, 702–709.
- ders.*, „Sitz des Schiedsgerichts“ oder „Sitz des Schiedsverfahrens“?, RIW 1993, 8–12.
- ders.*, Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschafts-schiedsgerichtsbarkeit, RIW 1994, 12–18.
- ders.*, Germany adopts the UNCITRAL Model Law, International Arbitration Law Re-view 1998, 121–126.
- ders.*, Vom praktischen Nutzen der Rechtsvergleichung – Die „international brauchbare“ Auslegung nationalen Rechts, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, 49–64.
- Bernard, Karl-Heinz*, Formbedürftige Rechtsgeschäfte – Inhaltsermittlung, Umfang und Fassung der Urkundenerklärung, Berlin 1979.
- Bernstein, Herbert*, Durchgriff bei juristischen Personen, insbesondere Gesellschaften in Staatshand – Kollisionsrechtliche und neuere materiellrechtliche Erkenntnisse im Rückblick auf den chilenischen Kupferstreit, in: Bernstein, Herbert/Drobnig, Ulrich/

- Kötz, Hein (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981, 37–58.
- Binder, Jens-Hinrich*, Gesetzliche Form, Formnichtigkeit und Blankett im bürgerlichen Recht, AcP 2007, 155–197.
- Bitter, Georg/Heim, Sebastian*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., München 2022.
- Blackaby, Nigell/Partasides, Constantine/Redfern, Alan/Hunter, Martin*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. Aufl., Oxford 2015.
- Böckstiegel, Karl-Heinz*, Einführende Überlegungen zur Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Bd. 16, Köln 2005, 1–6.
- Bork, Reinhard/Stein, Friedrich/Jonas, Martin/Schlosser, Peter* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 10, 23. Aufl., Tübingen 2014.
- Born, Gary*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn 2021.
- Böttcher, Leif*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7.10.2009 – Xa ZR 8/08, DNotZ 2010, 188–193.
- Brach, Bianka Manuela*, Die Verfassung als Grundlage und Grenze der Schiedsgerichtsbarkeit – Eine amerikanische Perspektive, Berlin 2013.
- Breitenstein, Detlev von*, Rechtsordnung und „Lex Mercatoria“ – Zur vergeblichen Suche nach einem „anationalen“ Recht für die internationale Arbitrage, in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, 111–135.
- Brekoulakis, Stavros*, Third Parties in International Commercial Arbitration, Oxford 2010.
- Brosius-Gersdorf, Frauke*, Dritte Gewalt im Wandel: Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, in: Arnould, Andreas/Röhl, Hans Christian u.a. (Hrsg.), Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Düsseldorf vom 1. bis 4. Oktober 2014, Berlin 2015, 170–223.
- Brox, Hans*, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, JA, 1984, 549–557.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl., München 2022.
- dies.*, Allgemeines Schuldrecht, 47. Aufl., München 2023.
- Bryant, Jennifer*, Anmerkung zu Schiedsfähigkeit III, SchiedsVZ, 2017, 196–197.
- Busse, Daniel*, Die Bindung Dritter an Schiedsvereinbarungen, SchiedsVZ 2005, 118–123.
- Butler, Petral/Herbert, Campbell*, Access to Justice vs Access to Justice for Small and Medium-Sized Enterprises: The Case for a Bilateral Arbitration Treaty, New Zealand Universities Law Review 2014, 186–221.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, 475–482.
- ders.*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht – Unveränderter Nachdruck 1981, in: Grigoleit, Hans Christoph/Neuner, Jörg (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris – Gesammelte Schriften, Bd. 2, Berlin 2012, 1–552.
- Castendiek, Marc*, „Vertragliche“ Ansprüche Dritter im internationalen Privatrecht, IPRax 2022, 449–455.
- Colberg, Lukas*, Der Schutz der Schiedsvereinbarung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des Schiedsvertrags, Baden-Baden 2019.
- Dahm, Henning*, Die dogmatischen Grundlagen und tatbestandlichen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte – unter besonderer Berücksichtigung des vorvertraglichen Bereichs, Köln 1988.

- ders.*, Vorvertraglicher Drittschutz, JZ 1992, 1167–1172.
- Dawirs, Philipp*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, Berlin 2014.
- Dewald, Marc*, § 6 Recht der Kapitalgesellschaften, in: Saenger, Ingo/Aderhold, Lutz u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht – Praxishandbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, 594–650.
- Di Pietro, Domenico*, Arbitrability under the New York Convention, in: Mistelis, Loukas/Brekoulakis, Stavros (Hrsg.), Arbitrability – International and Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn 2009, 85–98.
- Diallo, Ousmane*, Le Consentement des Parties à l'Arbitrage International, Presses universitaires de France 2010.
- Doerner, Ruth*, Die Abstraktheit der Vollmacht, Berlin 2018.
- Dražozal, Christopher*, Chapter 32: The State of Empirical Research on International Commercial Arbitration: 10 Years Later, in: Brekoulakis, Stavros/Lew, Julian/Mistelis, Loukas (Hrsg.), The Evolution and Future of International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2016, 453–458.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl., Tübingen 2018.
- Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl., München 2022.
- Drygala, Tim/Staake, Marco/Szalai, Stephan*, Kapitalgesellschaftsrecht – Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, Berlin 2012.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München 2022.
- Dutta, Anatol*, Das Statut der Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, IPRax 2009, 293–299.
- Duve, Christian/Keller, Moritz*, Anmerkung zu BGH, Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlussmängelstreitigkeiten – Schiedsfähigkeit II, NJW 2009, 1966–1967.
- Ebke, Werner*, Abschlußprüfer, Bestätigungsvermerk und Drittschutz, JZ 1998, 991–997.
- Ehricke, Ulrich*, Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht, AcP 1999, 257–304.
- Elsing, Siegfried*, Streitverkündung und Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2004, 88–94.
- ders.*, Zur Auslegung von Schiedsvereinbarungen, in: Genzow, Christian/Grunewald, Barbara/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, Berlin 2010, 109–126.
- Epping, Manja*, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, München 1999.
- Epping, Volker*, Grundrechte, 9. Aufl., Berlin 2021.
- Epping, Volker/Hilgruber, Christian* (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 56. Aufl., München 2023.
- Eslami, Nassim*, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, Tübingen 2016.
- Fleischer, Holger*, Konzernrechtliche Vertrauenshaftung, ZHR 1999, 461–485.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG, 4. Aufl., München 2022 (Bd. 1 und 3)/2023 (Bd. 2).
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Bd., Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979.
- Frank, Christian*, Der Durchgriff im Schiedsvertrag – Rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung des französischen und des US-amerikanischen Rechts, Berlin 2000.

- Gaier, Reinhard*, Schiedsgerichtsbarkeit vs. staatliche Justiz, in: *Wilhelmi, Rüdiger/Stürner, Michael* (Hrsg.), *Post-M&A-Schiedsverfahren*, Wiesbaden 2019, 61–71.
- Gaillard, Emmanuel*, La Jurisprudence de la Cour de Cassation en Matière d'Arbitrage International, *Revue de l'Arbitrage* 2007, 697–720.
- Gebauer, Martin*, Zur Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen bei Vertragsketten, *IPRax* 2001, 471–477.
- ders.*, Zur subjektiven Reichweite von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen – Maßstab und anwendbares Recht, in: *Geimer, Reinhold/Kaassis, Athanassios/Thümmel, Roderich C.* (Hrsg.), *ARS AEQUI ET BONI IN MUNDO – Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag*, München 2015, 95–108.
- Gebauer, Martin/Schütze, Rolf* (Hrsg.), *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze – Großkommentar*, 5. Aufl., Berlin 2019.
- Gebele, Alexander/Scholz, Kai-Steffen* (Hrsg.), *Beck'sches Formularhandbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht*, 14. Aufl., München 2022.
- Geimer, Reinhold*, Zuständigkeitsvereinbarungen zugunsten und zu Lasten Dritter, *NJW* 1985, 533–534.
- ders.*, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: *Schlosser, Peter* (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz – Die Organisation der Rechtsberatung, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht*, Bd. 7, Bielefeld 1994, 113–199.
- ders.*, Beteiligung weiterer Parteien im Schiedsgerichtsverfahren, insbesondere die Drittwiderklage, in: *Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens* (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, Bd. 16, Köln 2005, 71–91.
- ders.*, Das Schiedsvereinbarungsstatut in der Anerkennungsperspektive, *IPRax* 2006, 233–236.
- ders.*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8. Aufl., Köln 2020.
- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf/Garber, Thomas/Geimer, Ewald/Geimer, Gregor* (Hrsg.), *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 4. Aufl., München 2020.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 1, 5. Aufl., München 2019.
- Gottlieb, Benjamin*, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit 2016/2017, *Jusletter* 2018, 1–23.
- Gottwald, Peter*, Zur Bindung Dritter an internationale Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, in: *Schütze, Rolf* (Hrsg.), *Fairness Justice Equity – Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München 2017, 131–137.
- Gottwald, Peter/Adolphsen, Jens*, Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht, *DStR* 1998, 1017–1025.
- Grigoleit, Hans*, Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, *AcP* 1999, 379–420.
- ders.* (Hrsg.), *Aktiengesetz – Kommentar*, 2. Aufl., München 2020.
- Grohmann, Nicole*, Internationalisierung der Handelsgerichtsbarkeit – Eine Frage des Managements, *Tübingen* 2022.
- Gross, Detlev*, Zur Inanspruchnahme Dritter vor Schiedsgerichten in Fällen der Durchgriffshaftung, *SchiedsVZ* 2006, 194–196.
- Grüneberg, Christian* (Hrsg.), *Grüneberg – Bürgerliches Gesetzbuch*, 82. Aufl., München 2023.
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (GesamtHrsg.), *BeckOGK – BGB*, München 2023.
- Haas, Ulrich/Hauptmann, Markus*, Schiedsvereinbarungen in „Ungleichgewichtslagen“ – am Beispiel des Sports –, *SchiedsVZ* 2004, 175–187.

- Haas, Ulrich/Oberhammer, Paul*, „Drittwirkung“ von Schiedsvereinbarungen einer Personenhandelsgesellschaft gegenüber ihren persönlich haftenden Gesellschaftern?, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, 493–521.
- Habersack, Mathias*, Die Personengesellschaft und ihre Mitglieder in der Schiedsgerichtspraxis, *SchiedsVZ* 2003, 241–247.
- ders.*, Schiedsvereinbarung und akzessorische Haftung, in: Schütze, Rolf (Hrsg.), *Fairness Justice Equity – Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München 2017, 163–168.
- ders.*, Anhang § 317, in: Emmerich, Volker/Habersack, Mathias/Schürnbrand, Jan (Hrsg.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar*, 10. Aufl., München 2022, 1–30.
- Habscheid, Walter*, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, *JZ* 1998, 445–450.
- Hamann, Hartmut/Lennarz, Thomas*, Parallele Verfahren mit identischem Schiedsgericht als Lösung für Mehrparteienkonflikte?, *SchiedsVZ* 2006, 289–297.
- Hammer, Gottfried*, Das Prinzip der Freiwilligkeit als Fundamentalsatz der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, in: Schütze, Rolf (Hrsg.), *Fairness Justice Equity – Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München 2017, 169–177.
- Hanotiau, Bernard*, *Complex Arbitrations – Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A Comparative Study*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2020.
- Häsemeyer, Ludwig*, Die Bedeutung der Form im Privatrecht, *JuS* 1980, 1–9.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 67. Aufl., München 2023.
- Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland* (Hrsg.), *BeckOK HGB*, 36. Aufl., München 2022.
- Hausmann, Rainer*, § 7 Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, in: Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht*, 9. Aufl., Köln 2022, 7.1–7.503.
- ders.*, 8. Teil Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen – B. Schiedsvereinbarungen, V. Wirkungen der Schiedsvereinbarungen, 4. Drittwirkungen der Schiedsvereinbarung, in: Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht*, 9. Aufl., Köln 2022, 8.401–8.403.
- Hay, Peter*, *US-Amerikanisches Recht*, 7. Aufl., München 2020.
- Heermann, Peter*, Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen in der Sportgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2014, 66–79.
- Heiss, Helmut*, Gerichtsstandsvereinbarungen zulasten Dritter, insbesondere in Versicherungsverträgen zu ihren Gunsten, *IPRax* 2005, 497–500.
- Henckel, Wolfram*, Die ergänzende Vertragsauslegung, *AcP* 1960/1961, 106–126.
- Henssler, Martin* (GesamtHrsg.), *BeckOGK – AktG*, München 2023.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht – BGB, PartGG, HGB, GmbHG, AktG, DCGK, GenG, UmwG, InsO, AnfG, IntGesR*, 6. Aufl., München 2023.
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus* (Hrsg.), *juris Praxiskommentar BGB – Bd. 1*, 10. Aufl., Köln 2023.
- Hesselbarth, Franziska*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz – (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts, *Lichtenberg* 2005.
- Hindermann, Philomena*, Die Einbeziehung Dritter in das Verfahren vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten, *Bucerius Law Journal* 2020, 48–55.
- Hoffmann, Bernd von*, Schiedsgerichtsbarkeit in mehrstufigen Vertragsbeziehungen, insbesondere in Subunternehmerverträgen, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, Bd. 16, Köln 2005, 131–150.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat – Verantwortungsteilung und Zusammenarbeit von Staat und Privaten im Bereich der Justiz, JZ 1999, 421–430.
- Höhne, Christiane/Kühne, Aline*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter – Anspruchsgrundlage und Anspruchsumfang, JuS 2012, 1063–1069.
- Holeweg, Annette*, Schiedsvereinbarungen und Strohmanngesellschaften – Die Erstreckung von Schiedsvereinbarungen auf Dritte, Heidelberg 1997.
- Hölters, Wolfgang/Weber, Markus* (Hrsg.), Aktiengesetz – Kommentar, 4. Aufl., München 2022.
- Hopt, Klaus/Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick/Merkt, Hannol/Roth, Markus* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 42. Aufl., München 2023.
- Jacusiel, Alfred*, Der persönliche Geltungsbereich des Schiedsvertrags, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, 1143–1150.
- Jahnke, Hans-Peter*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2019.
- Jobst, Simon*, Das gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren zwischen Privatautonomie und Verfahrensgarantien, Tübingen 2020.
- Joost, Detlev/Strohn, Lutz* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Bd. 1, §§ 1–342e, 4. Aufl., München 2020.
- Jürschik, Corina*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen – „Group of Companies“-Doktrin und nationale Ausdehnungsinstitute, Hamburg 2011.
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt in 25 Ordnern, Heidelberg 2023.
- Kähler, Heiner*, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2023, 2–20.
- Kamanabrou, Sudabeh*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen – auf der Grundlage eines Vergleichs der Auslegung und Fortbildung von Gesetzen mit der Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften, Berlin 1997.
- Kämmerer, Jörn-Axell/Kotzur, Markus* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., München 2021.
- Karrer, Pierre A.*, Verrechnung und Widerklage vor Schiedsgericht, in: Greiner, Monique/Berger, Bernhard/Güngerich, Andreas (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung – Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Bern 2005, 49–54.
- Kindl, Johann*, Abschied von der Doppelverpflichtungstheorie bei der BGB-Gesellschaft, WM, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2000, 697 ff.
- Kindler, Peter*, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? – Die „Überseering“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 2003, 1073–1079.
- ders.*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., München 2020.
- Kindt, Torsten*, Der Pechstein-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – Eher mahrender Fingerzeig denn schallende Ohrfeige Richtung Lausanne, IPRax 2023, 243–251.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, Grundrechte – Staatsrecht II, 39. Aufl., Heidelberg 2023.
- Kleinschmidt, Jens*, Die Widerklage gegen einen Dritten im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2006, 142–150.
- Klement, Dorothee*, Rechtskraft des Schiedsspruchs – Die Gewährleistung der Einmaligkeit von Entscheidungen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit zwischen individuellem Rechtsschutz und öffentlichen Interessen, Baden-Baden 2018.

- Koch, Jens*, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., München 2023.
- ders.* (Hrsg.), Aktiengesetz – Kommentar, 17. Aufl., München 2023.
- Köckert, Ulrike*, Die Beteiligung Dritter im internationalen Zivilverfahrensrecht, Berlin 2010.
- Kohler, Josef*, Ueber prozeßrechtliche Verträge und Kreationen., in: Gruchot, Julius Albert (Hrsg.), Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts – Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 31, Hamm 1887, 481–534.
- Kölbl, Angela*, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, Berlin 2004.
- Koller, Christian*, Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren – Unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsorts Österreich, Wien 2009.
- ders.*, 3. Kapitel – Die Schiedsvereinbarung, in: Liebscher, Christoph/Oberhammer, Paul/Rechberger, Walter (Hrsg.), Schiedsverfahrensrecht – Bd. I, Wien 2012, 1–395.
- Koller, Ingo/Kindler, Peter/Drüen, Klaus-Dieter/Huber, Stefan/Stelmaszczyk, Peter/Bach, Nina* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar, 10. Aufl., München 2023.
- König, Carsten*, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, 611–686.
- König, Ute*, Zur Bestimmung des Schiedsvertragsstatuts bei fehlender Gesetzesgrundlage nach Inkrafttreten der Rom I-Verordnung, SchiedsVZ 2012, 129–133.
- Kornblum, Udo*, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Frankfurt a.M. 1972.
- ders.*, Aktuelle Probleme der privaten Schiedsrechtsgeschäfte – Schiedsverträge, -klauseln und -verfügungen, JA 1979, 393–401.
- Kramer, Ernst*, Grundfragen der vertraglichen Einigung – Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme der österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts, München 1972.
- Kressel, Dietrich*, Parteigerichtsbarkeit und Staatsgerichtsbarkeit, Berlin 1998.
- Kröll, Stefan*, Die Schiedsvereinbarung im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche, ZZP 2004, 453–486.
- ders.*, Die schiedsrechtliche Rechtsprechung des Jahres 2009, SchiedsVZ 2010, 144–151.
- ders.*, Die Entwicklung des Schiedsrechts 2011–2012, NJW 2013, 3135–3141.
- ders.*, Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Schiedsvereinbarungen – Rechtsfragen der subjektiven Reichweite, IPRax 2016, 43–48.
- ders.*, National Report for Germany – 2007 through 2021, in: Bosman, Lise (Hrsg.), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Bd. 114, Alphen aan den Rijn 2020, 1–70.
- Lachmann, Jens-Peter*, Klippen für die Schiedsvereinbarung, SchiedsVZ 2003, 28–33.
- ders.*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Köln 2008.
- Landbrecht, Johannes*, Reichweite und Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen bezüglich Haftung aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen in M&A-Sachen, in: Wilhelmi, Rüdiger/Stürner, Michael (Hrsg.), Post-M&A-Schiedsverfahren, Wiesbaden 2019, 237–260.
- Lansnicker, Frank/Schwirtzek, Thomas*, Rechtsverhinderung durch überlange Verfahrensdauer – Verletzung des Beschleunigungsgebots nach Art. 6 I 1 EMRK, NJW 2001, 1969–1974.
- Larenz, Karl*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 25.4.1956 – VI ZR 34/55, NJW 1956, 1194.
- Laufenberg, Christoph von*, Kartellrechtliche Konzernhaftung, Berlin 2018.
- Leible, Stefafn/Müller, Michael*, Die Anknüpfung der Drittwirkung von Forderungsabtretungen in der Rom I-Verordnung, IPRax 2012, 491–500.
- Leipold, Dieter*, Anmerkung zu BGH Urt. v. 5.5.1977, ZZP 1978, 479–485.

- Lew, Julian/Mistelis, Loukas/Kröll, Stefan*, Comparative International Commercial Arbitration, The Hague 2003.
- Lorenz, Stefan*, Grundwissen – Zivilrecht: Die Vollmacht, JuS 2010, 771–774.
- Lorenz, Werner*, Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch, AcP 1958/1959, 265–302.
- Lüke, Wolfgang*, Zivilprozessrecht I – Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 11. Aufl., München 2020.
- Lüke*, Zivilprozessrecht II – Zwangsvollstreckung, 11. Aufl., München 2021.
- Magnus, Ulrich*, Sonderkollisionsnorm für das Statut von Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsvereinbarungen?, IPRax 2016, 521–531.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 7. Aufl., München 2018.
- Mankowski, Peter*, Eine Gerichtsstandsvereinbarung im Haftpflichtversicherungsvertrag entfaltet keine Derogationswirkung gegen den geschädigten Direktkläger – (zu EuGH, Urteil v. 13.7.2017 – Rs. C-368/16 – Assens Havn ./ Navigators Management (UK) Ltd.), IPRax 2018, 233–238.
- ders.*, Anmerkung zu EuGH Rs. C-803/18, VersR 2020, 712–714.
- Mansel, Heinz-Peter*, Vertretungs- und Formprobleme bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung – zur subjektiven Reichweite von Schiedsklauseln in Konzernsituationen, in: Grunewald, Barbara/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, München 2010, 407–423.
- Mansel, Heinz-Peter/Thorn, Karsten/Wagner, Rolf*, Europäisches Kollisionsrecht 2020: EU im Krisenmodus!, IPRax 2021, 1–36.
- Martens, Frank*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, Frankfurt a.M. 2005.
- Martens, Klaus-Peter*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 1977, 113–188.
- Martiny, Dieter*, Pflichtenorientierter Drittschutz beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte — Eingrenzung uferloser Haftung, JZ 1996, 19–25.
- Massuras, Konstadinos*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt a.M. 1998.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Aufl., München 2021.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*, Bürgerliches Recht, 28. Aufl., München 2021.
- Meier, Andrea*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Zürich 2007.
- Micha, Marianne*, Der Direktanspruch im europäischen Internationalen Privatrecht – Das kollisionsrechtliche System des Art. 18 Rom II-VO vor dem Hintergrund des materiellen Rechts der Mitgliedsstaaten, Tübingen 2010.
- Mistelis, Loukas*, Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to „Lex Arbitri“, American Review of International Arbitration 2006, 155–181.
- Mohs, Florian*, Drittwirkung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur subjektiven Reichweite von Zuständigkeitsvereinbarungen bei Forderungsabtretung in der Schweiz, in Deutschland und in den USA, München 2006.
- Mörsdorf-Schulte, Juliana*, Vermögensschutz beim One-Night-Stand?, NJW 2007, 964–969.
- Moser, Melanie*, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen – Haftet eine Muttergesellschaft auch zivilrechtlich für ihre Töchter?, Baden-Baden 2017.
- Müller, Werner/Keilmann, Annette*, Beteiligung am Schiedsverfahren wider Willen?, SchiedsVZ 2007, 113–121.

- Müller-Freienfels, Wolfram, Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 1957, 522–543.
- Musiak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), Grundkurs ZPO, 16. Aufl., München 2022.
- dies., Zivilprozessordnung – mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 20. Aufl., München 2023.
- Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Köln 2020.
- Neuner, Jörg, Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ 1999, 126–136.
- dies., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023.
- Niedermaier, Tilman/Weiler, Marcus, Anmerkung zu BGH vom 9.3.2023 – I ZB 33/22, SchiedsVZ 2023 238–240.
- Niklas, Boris, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, Tübingen 2008.
- Oetker, Hartmut (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar, 7. Aufl., München 2021.
- Olshausen, Eberhard von, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, Köln 1988.
- Papadimitropoulos, Antonios, Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter – Ein Erklärungsmodell für die Entstehung von Schutzpflichten gegenüber Dritten, Berlin 2007.
- Pfeiffer, Thomas, Rechtsprechungs begriff, richterliche Neutralität und hessische Wahlprüfung, ZRP 2000, 378–386.
- dies., Flucht ins schweizerische Recht? – Zu den AGB-rechtlichen Folgen der Wahl schweizerischen Rechts, in: Genzow, Christian/Grunewald, Barbara/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, Köln 2010, 555–567.
- dies., Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen – Bemerkungen zum Pechstein-Urteil des Landgerichts München I vom 26. Februar 2014, SchiedsVZ 2014, 161–165.
- dies., Gewillkürte Prozessstandschaft im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2017, 135–141.
- Pfisterer, Stefanie, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Zürich 2011.
- Picker, Eduard, Gutachterhaftung – Außervertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung, in: Beuthin, Volker/Fuchs, Maximilian u.a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus – Zum 70. Geburtstag, Köln 1999, 397–447.
- Pieroth, Bodol/Schlink, Bernhard, Grundrechte Staatsrecht II, 28. Aufl., Heidelberg 2012.
- Pika, Maximilian, Third-Party Effects of Arbitral Awards – Res Judicata Against Privies, Non-Mutual Preclusion and Factual Affects, Aphen aan den Rijn 2019.
- dies., Schiedsvereinbarungsstatut und konkludente Rechtswahl, Anmerkung zu BGH, 26.11.2020 – I ZR 245/19, IPRax 2021, 508.
- Plavec, Katharina, Auslegung von Schiedsvereinbarungen, Tübingen 2021.
- Plötner, Michael, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, Berlin 2003.
- Pohlmann, Petra, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., München 2022.
- Raesche-Kessler, Hilmar/Berger, Klaus Peter, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl., Köln 1999.
- Ramm, Thilo, Schiedsgerichtsbarkeit, Schlichtung und Rechtsprechungslehre, ZRP 1989, 136–145.
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Aufl., München 2020/2022.

- Rehbinder, Eckhard*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Bad Homburg v.d.H. 1969.
- Rehm, Florian*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, Baden-Baden 2009.
- Retzbach, Philip-René*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, Berlin 2020.
- Rieder, Markus/Kreindler, Richard*, The Arbitration Agreement, in: Kreindler, Richard/Wolff, Reinmar/Rieder, Markus (Hrsg.), Commercial Arbitration in Germany, Oxford 2016, 2.1–2.212.
- Rieländer, Frederick*, Subjektive Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen im Internationalen Versicherungsprozessrecht, EuZW 2020, 664–670.
- Röhricht, Volker*, Die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004 – Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Köln 2005, 1–35.
- Röhricht, Volker/Graf von Westphalen, Friedrich/Haas, Ulrich/Mock, Sebastian/Wöstmann, Heinz* (Hrsg.), HGB – Kommentar, zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderen Handelsverträgen und internationalem Vertragsrecht (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 6. Aufl., Köln 2023.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.
- Ruckteschler, Dorotheel/Piroutek, Christian*, Die Bindung Dritter an Schiedsklauseln: Erkenntnisse aus der (internationalen) Praxis, in: Wilhelmi, Rüdiger/Stürner, Michael (Hrsg.), Mehrparteienschiedsverfahren, Wiesbaden 2021, 69–84.
- Sachs, Michael*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl., Berlin 2017.
- ders.*, (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., München 2021.
- Sachs, Michael/Schmitz, Heribert/Stelkens, Ulrich* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl., München 2023.
- Sachs, Klaus/Niedermaier, Tilman*, Zur Group of Companies Doctrine und der Auslegung der subjektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen – Welches Recht ist anwendbar?, in: Ebke, Werner/Olzen, Dirk/Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, Frankfurt a.M. 2015, 475–491.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8./9. Aufl., München 2020/2021/2022.
- Saenger, Ingo*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., München 2023.
- ders.*, (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 10. Aufl., Baden-Baden 2023.
- Sandrock, Otto*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht – Methodologische Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht, Wiesbaden 1966.
- ders.*, Ein Amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, *RabelsZ* 1978, 227–267.
- ders.*, The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: An Enigma Still Unresolved, in: Baums, Theodor/Hopt, Klaus/Horn, Norbert (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law – Liber Amicorum Richard Buxbaum, Baden-Baden 2000, 461–487.
- ders.*, Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr – Das Schweizer Bundesgericht erlässt ein befremdliches Urteil, *SchiedsVZ* 2005, 1–10.
- ders.*, Wirkungen von Schiedsvereinbarungen im Konzern, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Bd. 16, Köln 2005, 93–108.

- Sareika, Wieland*, Zu den Begriffen der Schiedsgerichtsbarkeit, ZZZ 1977, 285–299.
- Schack, Haimo*, Internationales Zivilverfahrensrecht – mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht, 8. Aufl., München 2021.
- Schlosser, Peter*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit – Systematische Darstellung, Tübingen 1975.
- ders.*, Zuständigkeit für Drittberechtigte aus einem Versicherungsvertrag – zu EuGH, 27.2.2020 – Rs. C-803/18 – AAS „Balta“ / UAB „Grifs AG“, IPRax 2020, 519–520.
- Schlüter, Maximilian*, Schiedsbindung von Organmitgliedern – Entstehung und Reichweite von Schiedsanordnungen und Schiedsvereinbarungen in GmbH, AG und SE, Berlin 2017.
- Schmidt, Claudia*, Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht – Eine systematische Untersuchung des direkten und des umgekehrten Haftungsdurchgriffs im internationalen Privatrecht Deutschlands, der Schweiz und Österreichs, Tübingen 1993.
- Schmidt, Jürgen*, Rezension zu Schuldrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, Teilbd. 2: Vertragshaftung, Schadensersatz, Personenmehrheit im Schuldverhältnis, 5. völlig neu bearbeitete Aufl. von Josef Esser und Eike Schmidt, AcP 1978, 98–105.
- Schmidt, Karsten*, Die Bindung von Personengeschaftern an vertragliche Schiedsklauseln – Zur Bedeutung der §§ 1027 Abs. 2, 1048 ZPG im Personengesellschaftsrecht, Der Betrieb 1989, 2315–2319.
- ders.*, Statutarische Schiedsklauseln zwischen prozessualer und verbandsrechtlicher Legitimation – Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des § 1048 ZPO, JZ 1989, 1077–1084.
- ders.*, Neues Schiedsverfahrensrecht und Gesellschaftsrechtspraxis – Gelöste und unge löste Probleme bei gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsprozessen, ZHR 1998, 265–289.
- ders.*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.
- ders.*, Gesellschafterstreitigkeiten vor Schiedsgerichten, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2009 – Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Köln 2010, 97–133.
- Schmidt-Bleibtreu, Brunol/Klein, Franz/Bethge, Herbert* (Hrsg.), Bundesverfassungsgesetz – Kommentar, 62. Aufl., München 2022.
- Schmitz-Herscheidt, Stephan/Coenen, Tilman*, § 6 Recht der Kapitalgesellschaften, in: Saenger, Ingo/Aderhold, Lutz u.a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht – Praxishandbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, 118–500.
- Schnyder, Anton/Grolimund, Pascal*, „Opting in“ oder „Opting out“?, in: Schwenzer, Ingeborg/Hager, Günter (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem – zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, 395–411.
- Scholz, Rupert*, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (I. Teil), AöR 1975, 80–130.
- Schricker, Gerhard*, Zur Geltung von Schiedsverträgen bei Anspruchsabtretung, in: Westermann, Harm/Rosener, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, Berlin 1991, 99–109.
- Schulz, Markus/Niedermaier, Tilman*, Unwirksame Schiedsklausel in Franchiseverträgen durch Wahl des Tagungsortes im Ausland? – Besprechung von drei OLG-Entscheidungen in Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren, SchiedsVZ 2009, 196–203.
- Schulze, Reiner* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2022.
- Schütze, Rolf*, Kollisionsrechtliche Probleme der Schiedsvereinbarung, insbesondere der Erstreckung ihrer Bindungswirkung auf Dritte, SchiedsVZ 2014, 274–278.

- Schwab, Karl Heinz*, Wandlungen der Schiedsfähigkeit, in: Gerhardt, Walter/Diederichsen, Uwe u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, Berlin 1995, 803–816.
- Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Basel 2005.
- Sendlmeier, Kilian*, Formlose Schiedsbindung Dritter – Lockerung des Freiwilligkeitserfordernisses in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit?, IPRax 2021, 381–390.
- Serick, Rolf*, Rechtsform und Realität juristischer Personen – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person, Tübingen 1955.
- Sessler, Anke*, Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 13.02.1997 (29 U 4891/96), BB Beilage 1998, 21–23.
- Smid, Stefan*, Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte und Autorität des Schiedsrichters, DZWIR 1996, 52–59.
- Soergel, Hans Theodor* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, 13. Aufl., Stuttgart 2010.
- Stauder, Clemens*, Die Billigkeitsentscheidung in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit – Rechtliche und tatsächliche Probleme des § 1051 Abs. 3 ZPO, SchiedsVZ 2014, 287–293.
- Staudinger (Begr.)*, *Julius von* (Hrsg.), Staudinger BGB – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 1898.
- Steiner, Udo*, Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2013, 15–19.
- Steingruber, Andrea Marco*, Consent in International Arbitration, Oxford 2012.
- Stürner, Michael/Wendelstein, Christoph*, Das Schiedsvertragsstatut bei vertraglichen Streitigkeiten, IPRax 2014, 473–480.
- Stürner, Rolf* (Hrsg.), Jaurnig, Bürgerliches Gesetzbuch – mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO, 19. Aufl., München 2023.
- Thorn, Karsten/Hoffmann, Bernd von*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2007.
- Thorn, Karsten/Lasthaus, Caroline*, Das Pechstein-Urteil des BGH – ein Freibrief für die Sportschiedsgerichtsbarkeit?, IPRax 2016, 426–431.
- Thöne, Meik*, Der „Fall Pechstein“ – eine Schiedsklausel auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, NJW 2022, 2677–2681.
- Timmerbeil, Sven/Jakob, Reinhard*, Grundriss des Konzern- und Umwandlungsrechts, Köln 2012.
- Umbeck, Elke*, Managerhaftung als Gegenstand schiedsgerichtlicher Verfahren, SchiedsVZ 2009, 143–149.
- Voit, Wolfgang*, Privatisierung der Gerichtsbarkeit, JZ 1997, 120–125.
- Vorwerk, Volker/Wolf, Christian* (Hrsg.), BeckOK ZPO, 50. Edition, München 1.9.2023.
- Voser, Nathalie*, The Swiss Perspective on Parties in Arbitration – „Traditional Approach With a Twist regarding Abuse of Rights“ or „Consent Theory Plus“, in: Brekoulakis, Stavros/Lew, Julian/Mistelis, Loukas (Hrsg.), The Evolution and Future of International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2016, 161–182.
- Voßkuhle, Andreas*, Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003, 2193–2200.
- Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der allgemeine Justizgewährungsanspruch, JuS 2014, 312–314.
- Wächter, Vincent*, Die Schiedseinrede bei Auslandsberührung, Tübingen 2020.
- Wagner, Gerhard*, Prozeßverträge – Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998.
- ders.*, Bindung des Schiedsgerichts an Entscheidungen anderer Gerichte und Schiedsgerichte, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Köln 2005, 7–53.

- Walter, Gerhard*, Anmerkung zu BGH, 26. 1. 1989 — X ZR 23/87., JZ 1989, 590–592.
- Wannagat, Simon*, Mehr Grundrechte wagen – auch in der Schiedsgerichtsbarkeit, BB 2022, 2697–2700.
- Weller, Matthias*, Keine Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen bei Vertragsketten – (zu EuGH, 7.2.2013 – Rs. C-543/10, Refcomp SpA ./ Axa u.a.), IPRax 2013, 501–505.
- Westermann, Harm*, Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 2008, 141–181.
- Widdascheck, Mirko*, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder, 2018.
- Wiedemann, Herbert*, Gesellschaftsrecht – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Bd. 1, München 1980.
- Wiegand, Wolfgang*, Die „neue“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2003, 52–58.
- Windbichler, Christine*, Gesellschaftsrecht – Ein Studienbuch, 24. Aufl., München 2019.
- Winter, Michael*, Horizontale Haftung im Konzern, Köln 2005.
- Wohltmann, Franziska*, Lieferbeziehungen und unternehmerische Sorgfaltspflichten im englischen Deliktsrecht, in: Krajewski, Markus/Oehm, Franziska/Saage-Maaß, Miriam (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, Berlin 2018, 147–174.
- Wolf, Christian*, Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, München 1992.
- ders.*, Zwischen Schiedsverfahrensfreiheit und notwendiger staatlicher Kontrolle, RabelsZ 1993, 643–663.
- Zado, Julian*, Privatisierung der Justiz – Zur Bedeutung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Privatisierungen in Rechtsprechung, Strafvollzug, Zwangsvollstreckung und Handelsregister, Berlin 2013.
- Zeiler, Gerold*, Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 17.1.2018 – 6 Ob 195/17w, SchiedsVZ 2018, 321–324.
- Zenner, Andreas*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter – Ein Institut im Lichte seiner Rechtsgrundlage, NJW 2009, 1030–1034.
- Zimmermann, Jennifer*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften – Unter Zuhilfenahme einer vergleichenden Betrachtung zur Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Kapitalgesellschaften, Berlin 2020.
- Zöllner, Wolfgang*, Betriebsjustiz, ZZP 1970, 365–393.
- Zugehör, Horst*, Berufliche „Dritthaftung“ – insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare – in der deutschen Rechtsprechung, NJW 2000, 1601–1609.

Stichwortverzeichnis

- abstrakte Zuständigkeitsregeln 291
- Aktionärhaftung 253
- akzessorische Haftung 244
- Andeutungstheorie 156, 164
- Anknüpfungspunkt der Schiedsbindung 71
- Anscheinsvollmacht 120
- anwendbares Recht 32
- Arzthaftung 212
- Auftreten als vermeintlicher Vertreter 111
- Auseinanderfallen materieller und prozessualer Wirkung 55
- Auslegung von Schiedsvereinbarungen 86
- Ausschluss staatlicher Gerichte 62
- Autonomie der Schiedsvereinbarung 24

- Bauprojekt 135, 202, 218
- Befriedungsfunktion der Justiz 63
- Begünstigung, materielle 199
- Beitritt zu einem Unternehmen 101
- Beratervertrag 209 f.
- Beschleunigungsgebot 303
- beschränkte Akzessorität 247
- Beschränkung des staatlichen Rechtswegs 70
- Beteiligung am Hauptvertragsverhältnis 177
- Beweisfunktion 156
- Beweisprobleme 133
- bilateral arbitration treaties* 7
- Billigkeitsentscheidung 38, 286
- Billigkeitsüberlegungen 176
- Bindungswille im Rechtsverkehr 81
- Bindungswille, vermuteter 175
- Bürgenhaftung 243

- culpa in contrahendo* 99

- deklaratorische Schiedsvereinbarung 92

- Dritter 21
- Duldungsvollmacht 118
- Durchgriff 94, 255

- effektiver Rechtsschutz 305
- Eigenschaften des Hauptanspruchs 26
- Eingriffsintensität 298
- einheitliche Anknüpfung 59
- Einrichtungsgarantie 296
- Einwendungsdurchgriff 255
- Empfängerperspektive 123, 144
- Entlastung staatlicher Justiz 69, 301
- Erfüllungshaftung 122, 230
- Erfüllungstheorie 238
- ergänzende Auslegung und konkludente Erklärung 148
- ergänzende Auslegung 139, 208
- essentialia negotii* 148, 153, 161
- existenzgefährdende Einflussnahmen 73
- existenzvernichtender Eingriff 77, 259

- Formerleichterungen 157
- Formvorschriften 185
- Freiwilligkeitserfordernis 4, 17, 69, 71, 81
- Freiwilligkeitsfiktion 152
- Fremdbestimmung 195

- gemeinsame Beurkundung 156
- gemeinsame Verhandlung 131
- Genehmigung 115
- Gerichtsstandsvereinbarung 192, 233, 236, 246
- Geschäft für den, den es angeht 109, 164
- Gesellschafterhaftung 58
- Gesellschaftsstatut 49, 57
- gesetzliche Rückbindung 274
- gesetzlicher Richter 291
- Gewaltmonopol 63
- Gläubigerprivilegierung 249

- Gläubigerschutz 73, 245, 262
 Gleichbehandlung 286
 Gleichlauf zwischen der materiellen Haftung und prozessualen Bindung 59
 Gleichwertigkeitsthese 68, 281, 298
group of companies doctrine 8, 115, 171
 Grundrechte als Grenzen der Schiedsgerichtsbarkeit 64
 Grundrechtseingriff 298
 Grundrechtsverzicht 66, 70, 297
 Gutachtervertrag 202, 209, 219
- Haftungsbeschränkungen 206
 Haftungsdurchgriff 75, 255
 Handelsbrauch 150, 153, 158, 178, 181
 Hauptvertragsstatut 37, 42, 56
 hypothetischer Wille 141, 147, 209 f., 213
- Identität der Forderung 190
 Identitätsnähe 275
 Informationsgefälle 192, 194
 Innenhaftung 74, 259
 Interessenabwägung 217, 229, 233, 259, 274, 299, 307
 Interessenausgleich 153, 207, 225, 262, 265, 309
- Justizgewährungsanspruch 229, 293 f.
 Justizgrundrechte 290
- Kapitalerhöhung 211
 kaufmännisches Bestätigungsschreiben 162
 Kernbereich staatlicher Justiz 68
 Kognitionsbefugnis 5
 Kompetenz-Kompetenz 24
 konkludente Stellvertretung 108
 konkludente Vollmacht 113
 Konsens aus Kontext 172
 konsensunabhängige Bindung 176
 Kontrolle durch staatliche Gerichte 283
 Konzern 22
 Konzernrechtliche Grundlagen 73
- Legitimationsgrundlage der Schiedsgerichtsbarkeit 69
 Leistungsnähe 218
lex causae 50, 59, 61
lex loci arbitri 39, 42
lex mercatoria 47, 183
 Lücke im Vertrag 214
 Lückenschließung 141
- Machtgefälle 262, 287, 309
 Massengeschäfte 131, 159, 164
 Mehrparteienschiedsverfahren 92
 missbräuchliches Verhalten 258, 266
 Modalität 27, 190, 197, 206, 232, 260
- Nichtunterzeichner 21
- objektiv-rechtliche Bindung 6, 17
 objektive Reichweite 15
 objektive Schiedsfähigkeit 18
 Offenkundigkeit 108, 159, 163
 öffentliche Gewalt 295
 öffentliche Verhandlung 285, 310
 Organhaftung 246
 Organisationsrisiko 122, 127, 263
- persönliche Vorwerfbarkeit 122
 Pflichtverletzung, qualifizierte 250
piercing the corporate veil 9
 Privatautonomie 4, 66, 69, 81, 150, 200 f., 290, 307
 Prozessökonomie 304
 Prozessstandschaft 254
 prozessuale Verfahrensregeln 37
 Prozessvertrag 28
- Recht der Drittbindung 46
 Recht der engsten Verbindung zur Schiedsvereinbarung 42
 rechtliches Gehör 282
 Rechtsnachfolge 187
 Rechtsnatur der Rechtsscheinsvollmachten 118
 Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung 28
 Rechtsnatur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte 207, 217
 Rechtsprechungsakt 31
 Rechtsprechungsmonopol 65
 Rechtsscheinsvollmacht 116
 Rechtssicherheit 104, 257, 305
 Rechtsstaatsprinzip 310
 Rechtswahl als Nachteil 53

- Rechtswahl 36, 44, 52
 Regress 98, 153, 163
 restriktive Auslegung der subjektiven Reichweite 86
 richterliche Unabhängigkeit 306
 Risikodiversifizierung durch Unternehmensgruppen 2
 Rom I-VO 41
 rügeloses Einlassen 157

 Schadensersatz des Vertreters 226
 Schadensersatzanspruch 204
 scheinbarer Schiedsbindungswille 148, 151
 Scheintatbestand 120, 126
 Schiedsabrede 18, 20
 Schiedsbindung der Geschäftsführung 99, 270
 Schiedsbindung des persönlich haftenden Gesellschafters 236, 239
 Schiedsbindung des Stellvertreters 137
 Schiedsfähigkeit 18
 Schiedsgerichte als Rechtsprechung 63
 Schiedsgerichte und Grundgesetz 64
 Schiedsklausel 19
 Schiedsklauseln in Unternehmensverträgen 88
 schiedsrechtliche Drittbindungsnorm 50, 60
 Schiedsvereinbarung als Annex 196
 Schiedsvereinbarung durch Bezugnahme 91, 160
 Schiedsvereinbarung in Unternehmensverträgen 96
 Schiedsvereinbarung mit mehreren Parteien 90
 Schiedsvereinbarung zugunsten Dritter 95, 138, 140
 Schiedsvereinbarungsstatut 37, 45
 Schiedsverfahrensregeln 46
 Schiedsverfahrensstatut, allgemeines 37, 45
 Schiedsverfahrensvereinbarungen 19
 Schiedsvertrag 18
 Schriftform 155
 Schuldnerschutz 194, 249, 254
 Schutz des Vertreters 234
 Schutzbedürftigkeit 221
 Schutzpflicht 204

 Schutzwürdigkeit 125
separability 20, 24
 Servicefunktion der Justiz 67
 Sicherung der Schiedsvereinbarung 190
 Sportschiedsgerichtsbarkeit 300
 staatliche Durchsetzung 30
 staatliche Kontrolle 299
 Statutenpluralismus 53, 57
 Stellvertretung 105
 Strohmanngesellschaft 268
 subjektiv-rechtliche Bindung 16, 84
 subjektive Reichweite 15, 183
 subjektive Schiedsfähigkeit 18
 Subsidiarität der ergänzenden Auslegung 145
 Subunternehmer 91

 Territorialitätsprinzip 45
 Trennungsprinzip, gesellschaftsrechtliches 2, 75, 174, 179, 257 f.
 Trennungsprinzip, schiedsrechtliches 24, 51, 182, 190, 240

 Übergang kraft Gesetzes 189
 Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter 285
 Ungleichgewichtslage 153
 Unterkapitalisierung 76, 257, 264
 unternehmensbezogenes Geschäft 110, 164
 Unternehmensgruppe 22, 72
 Unterstellung eines Willens 146, 183

venire contra factum proprium 121, 177, 199, 259
 Verfahrensdauer 303
 Verfahrensgarantien 310
 Verfahrenskosten 304
 Verfassungsmäßigkeit 279
 verfassungsrechtlichen Grundlagen 17
 verfassungsrechtlicher Schutz privater Streitbeilegung 66
 Verhältnis zu staatlicher Gerichtsbarkeit 63
 Verkehrsanschauung 123
 Verkehrssitte 104
 Vermögensvermischung 76, 256
 Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte 204
 Vertrag zugunsten Dritter 149, 196

- Vertrag zulasten Dritter 86, 93, 104, 192 f.
- Vertragsanpassung 145
- Vertragserfüllung durch Tochtergesellschaft 129
- Vertragsketten 91, 96
- Vertrauen im Rechtsverkehr 83
- Vertrauensschutz 128
- Vertreter ohne Vertretungsmacht 223
- Vertreterwille 224
- Vertretungsstatut 49
- Vollmacht in Unternehmensverträgen 114
- Vollmacht 113
- Vollmachtserteilung 107
- Vorstandshaftung 247

- Wahl der Schiedsrichter 285
- Wahlrecht des Begünstigten 201
- Wahlrecht des Schuldners 193
- Weisungsmacht 73
- widersprechende Entscheidungen 304
- widersprechende Ergebnisse 55
- Wille des Vertretenen 120
- Willensbildung 70
- Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung 52
- Wirkung der Schiedsvereinbarung 62
- wirtschaftliche Abhängigkeit 269
- wirtschaftliche Einheit 177

- Zession 187
- Zugang zu staatlichen Gerichten 291 f.
- Zurechnungsdurchgriff 255
- Zwangsschiedsgerichtsbarkeit 289