



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2006

§ 37h WpHG (Schiedsabreden)

Sethe, Rolf

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-35145>

Book Section

Originally published at:

Sethe, Rolf (2006). § 37h WpHG (Schiedsabreden). In: Assmann, Heinz-Dieter; Schneider, Uwe H. Wertpapierhandelsgesetz: WpHG: Kommentar (4. Aufl.). Köln, Germany: Schmidt, 1-32.

Abschnitt 9 Schiedsvereinbarungen

Schiedsvereinbarungen

37h

Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebdienstleistungen oder Finanztermingeschäften sind nur verbindlich, wenn beide Vertragsparteien Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind.

In der Fassung des 4. FFG vom 21. 6. 2002 (BGBl. I S. 2010).

Schrifttum: Zu § 37h: *Berger*, Schiedsgerichtsbarkeit und Finanztermingeschäfte – Der „Schutz“ der Anleger vor der Schiedsgerichtsbarkeit durch § 37h WpHG, ZBB 2003, 77; *Kröll*, Schiedsverfahren bei Finanzgeschäften – Mehr Chancen als Risiken, ZBB 1999, 367; *Lehmann*, Wertpapierhandel als schiedsfreie Zone – zur Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen nach § 37h WpHG, SchiedsVZ 2003, 219; *Loritz*, Schiedsgerichtsbarkeit bei Kapitalanlagen, in: FS Geimer, 2002, S. 569; *Oberhammer*, Reformen des Schiedsverfahrens, in: Fischer (Hrsg.), Moderne Zivilrechtsreformen und ihre Wirkungen – Familienrecht, Schiedsverfahrensrecht, Schuldrecht, (im Erscheinen); *Samtleben*, Das Börsentermingeschäft ist tot – es lebe das Finanztermingeschäft?, ZBB 2003, 69; *Schäfer/Lang*, Zur Reform des Rechts der Börsentermingeschäfte, BKR 2002, 197.

Zu § 28 BörsG a.F.: *Bork/Stöve*, Schiedsgerichtsbarkeit bei Börsentermingeschäften, 1992; *Ebbing*, Zur Schiedsfähigkeit von Börsengeschäften und Börsentermingeschäften, WM 1999, 1264; *Kowalke*, Die Zulässigkeit von internationalen Gerichtsstands-, Schiedsgerichts- und Rechtswahlklauseln bei Börsentermingeschäften, 2002; *Kronke*, Entwicklungen des internationalen Kapitalmarktrechts und Schiedsgerichtsbarkeit, in: FS Böckstiegel, 2000, S. 431; *Raeschke-Kessler*, AGB-Schiedsvereinbarungen über Börsentermingeschäfte – Zugleich ein Beitrag zu AGB-Schiedsverträgen mit Verbrauchern, WM 1998, 1205; *Samtleben*, Börsentermingeschäfte, in: Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997, S. 469; *Samtleben*, Zur Wirksamkeit von Schiedsklauseln bei grenzüberschreitenden Börsentermingeschäften, ZEuP 1999, 974; *Weber/Weber-Rey*, Fragen der Börsenschiedsfähigkeit bei gekorener Börsentermingeschäftsfähigkeit, JPS 1989, 149 ff.

Inhaltsübersicht

I. Entstehungsgeschichte	1	2. Allgemeine Regelungsphilosophie	5
II. Zweck der Norm	3	3. Notwendigkeit und Reichweite eines zusätzlichen Schutzes der Anleger?	7
1. Schutz des Kunden eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens	3		

III. Persönlicher Anwendungsbereich	10	3. Geltendmachung der Unwirksamkeit bei ausländischem Schiedsgericht	45
1. Systematische Einordnung	10	VII. Die AGB-Kontrolle von Schiedsvereinbarungen	47
2. Kaufleute	12	1. Einbeziehung von Schiedsvereinbarungen	47
3. Juristische Personen des öffentlichen Rechts	27	a) Überblick	47
4. Zahl der Beteiligten	28	b) Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern	49
IV. Sachlicher Anwendungsbereich	29	c) Schiedsvereinbarungen mit Kaufleuten	50
1. Privatrechtliche Streitigkeiten	29	d) Schiedsvereinbarungen im internationalen Rechtsverkehr	51
2. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten	32	2. Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen	52
V. Zeitpunkt der Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit	33	a) Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern	52
1. Künftige Streitigkeit	33	b) Schiedsvereinbarungen mit Kaufleuten	54
2. Unterwerfung nach Entstehung des Streitfalls	35	VIII. Konkurrenzen	57
3. Rügeloses Einlassen	38	IX. Übergangsrecht	61
VI. Rechtsfolgen des § 37h	39		
1. Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung	39		
2. Geltendmachung der Unwirksamkeit bei inländischem Schiedsgericht	40		

I. Entstehungsgeschichte

- 1 Die Vorschrift wurde durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz¹ in das WpHG eingefügt. Sie war bereits im Diskussionsentwurf vom 4. 9. 2001² enthalten und passierte unverändert das Gesetzgebungsverfahren. Die Norm ersetzt die in § 28 BörsG a.F. enthaltene Regelung über die Schiedsfähigkeit vor Börsenschiedsgerichten. Die Übernahme der Regelungsmaterie in das WpHG ist dem Umstand geschuldet, dass der Gesetz-

¹ Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) v. 21. 6. 2002 (BGBl. I S. 2010, berichtet 2316), dazu ausführlich oben Einl. Rz. 39 m.w.N.

² DiskE zum 4. FFG, ZBB 2001, 398, 432.

geber die bisherige fehlplatzierte Regelung der Börsentermingeschäfte in §§ 50–70 BörsG a.F. durch die nun in §§ 37d–37g WpHG geregelten Finanztermingeschäfte ersetzt hat¹. Denn der Anlegerschutz bei derartigen Geschäften betrifft nicht ein im eigentlichen Sinne börsenrechtliches Problem, sondern das Rechtsverhältnis zwischen Finanzintermediär und Kunden, so dass die nun erfolgte Ansiedlung der Materie im WpHG sachlich zutreffend ist².

§ 37h unterscheidet sich in mehrfacher Hinsicht von § 28 BörsG a.F. Sein Anwendungsbereich erstreckt sich nicht nur auf Streitigkeiten aus Finanztermingeschäften, sondern auch auf Streitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen. Er erfasst die Unterwerfung unter jede Form der Schiedsgerichtsbarkeit und nicht nur die unter Börsenschiedsgerichte³. Ein weiterer Unterschied betrifft den persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift. § 28 BörsG a.F. enthielt über den Verweis auf § 53 I BörsG a.F. eine eigenständige börsenrechtliche Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs. Demgegenüber knüpft § 37h nun allein an den Status als Kaufmann bzw. juristische Person des öffentlichen Rechts an und nimmt damit Bezug auf das HGB bzw. das öffentliche Recht. Diese Vereinfachung erleichtert den Umgang mit § 37h deutlich, denn bei der Vorläufernorm waren aufgrund des Auseinanderfallens der Kaufmannsbegriffe nach § 53 I BörsG a.F. und §§ 1 ff. HGB einige Abgrenzungen umstritten⁴. Schließlich wurde § 37h im Vergleich zu § 28 BörsG a.F. kürzer gefasst, da die dort enthaltene Formulierung über die Gültigkeit einer nach Entstehung des Streitfalls geschlossenen Schiedsvereinbarung nicht in § 37h übernommen wurde. Diese Modifikation schränkt den materiellen Regelungsgehalt der neuen Vorschrift aber nicht ein (s. unten Rz. 33), da § 37h sich ausdrücklich nur auf *künftige* Rechtsstreitigkeiten bezieht und daher nach Entstehung des Streitfalls geschlossene Schiedsvereinbarungen gerade unberührt lässt.

1 Vgl. dazu die Kommentierung oben von *Mülbert*, §§ 37d–37g sowie *Schäfer/Lang*, BKR 2002, 197; *Casper*, Das neue Recht der Termingeschäfte, WM 2003, 161; *Samtleben*, ZBB 2003, 69; *Lenenbach*, Rz. 6.130 ff., 10.107.

2 Ebenso *Samtleben*, ZBB 2003, 69, 73.

3 Begründung zum DiskE des 4. FFG, ZBB 2001, 398, 434 sowie zum RegE des 4. FFG, BT-Drucks. 14/8017, S. 96; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 4 Rz. 10. Es war streitig, ob § 28 BörsG a.F. eine allgemeine Einschränkung der subjektiven Schiedsfähigkeit darstellte oder ob sich sein Anwendungsbereich allein auf Börsenschiedsgerichte beschränkte, vgl. dazu im Einzelnen *Samtleben*, Börsentermingeschäfte, S. 469, 522 f.; *Berger*, ZBB 2003, 77, 80, 82 f.

4 So war insbesondere streitig, in welchen Fällen der zu Unrecht ins Handelsregister Eingetragene aufgrund von § 5 HGB Kaufmann i.S.d. §§ 28, 53 I BörsG a.F. war, vgl. unten Rz. 15 m.w.N.

II. Zweck der Norm

1. Schutz des Kunden eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens

- 3 Schiedsfähig sind alle vermögensrechtlichen Ansprüche. Darüber hinaus kann sich eine Schiedsvereinbarung auch auf nicht vermögensrechtliche Ansprüche beziehen, soweit die Parteien berechtigt sind, über sie einen Vergleich zu schließen (§ 1030 I ZPO). Voraussetzung eines Schiedsverfahrens ist der Abschluss einer Schiedsvereinbarung (dazu unten Rz. 33 ff.). Die Vorschrift des § 37h versagt Schiedsvereinbarungen über künftige Streitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenendienstleistungen und Finanztermingeschäften die Wirksamkeit (dazu Rz. 39), wenn nicht beide Beteiligten Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind (dazu Rz. 10 ff.). In der bisherigen Praxis waren es die Finanzintermediäre, die versuchten, Schiedsvereinbarungen über Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenendienstleistungen oder Finanztermingeschäfte mit ihren Kunden zu vereinbaren¹. Die Finanzintermediäre sind regelmäßig Kaufleute, erfüllen also den Tatbestand der Vorschrift. Wenn das Gesetz auch für den anderen Vertragsteil die Kaufmannseigenschaft (oder den vergleichbaren Status als juristische Person des öffentlichen Rechts) verlangt, zielt es auf den Schutz der Kunden der Wertpapierdienstleistungsunternehmen ab. Dieser Personenkreis überschaut häufig nicht, dass die Unterwerfung unter einen Schiedsvertrag den Verzicht auf den gesetzlichen Richter bedeutet. Vielfach sind den Betroffenen die mit dem **Verzicht** auf den staatlichen Rechtsweg **verbundenen Rechtsfolgen unklar**.
- 4 Der dem Anleger durch § 37h gewährte Schutz wirkt **präventiv**, indem einer Schiedsvereinbarung von vornherein die Wirksamkeit versagt wird, wenn eine an der Schiedsvereinbarung beteiligte Person nicht zum Personenkreis der Kaufleute oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehört. Diese Lösung ist – wenn man denn das Vorgehen des Gesetzgebers überhaupt billigt (dazu sogleich Rz. 5 ff.) – nur konsequent, denn sie ist einem Ex-post-Regelungsansatz überlegen. Bei diesem würde dem Anleger erst über eine Aufhebungsklage gegen einen inländischen Schiedsspruch (§ 1059 ZPO) oder im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs Schutz durch staatliche Gerichte gewährt (§§ 1060 ff. ZPO), wobei diese Rechtsbehelfe nur eine eingeschränkte inhaltliche Kontrolle ermöglichen².

¹ Anschaulich zur Praxis *Raeschke-Kessler*, WM 1998, 1205.

² Vgl. etwa BGH v. 21. 4. 1998 – XI ZR 377/97, BGHZ 138, 331, wonach der Termin- und Differenzinwand (§§ 53, 58 BörsG a.F.) bei im Ausland geschlossenen Termingeschäften nicht zum *ordre public international* zählt.

2. Allgemeine Regelungsphilosophie

Während bislang die kundenbezogenen Regelungen des WpHG stets als anlegerschützend qualifiziert worden waren, woran die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf zum Vierten Finanzmarktförderungsgesetz festhielt¹, ordnete der Finanzausschuss die in § 37d geregelte Pflicht zur Unterrichtung über die Risiken der Finanztermingeschäfte nun als **verbraucherschützend** ein². Damit reagiert der Gesetzgeber auf die an der bisherigen Regelung der Börsentermingeschäftsfähigkeit geübte Kritik³, wonach eine Anknüpfung allein an den Status als Kaufmann wenig Sinn mache, denn sie berücksichtige nicht, ob der Kaufmann in derartigen Geschäften tatsächlich erfahren sei. Diese Kritik ist überzeugend, denn die Koppelung der Termingeschäftsfähigkeit an die Kaufmannseigenschaft in § 53 BörsG a.F. beruhte gerade nicht auf vermuteter Geschäftserfahrung. Vielmehr galt die Termingeschäftsfähigkeit als Standeseigenschaft der Kaufleute⁴. Wollte man die Geschäftserfahrung berücksichtigen, müsste man auf die Fähigkeiten und Kenntnisse des Anlegers im Einzelfall, also den Grad seiner Professionalität, abstellen⁵. Eine solche Lösung geht allerdings mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit einher, da die Institute nie sicher sein können, ob die Rechtsprechung im konkreten Einzelfall die Einschätzung des Instituts über die Professionalität des Anlegers teilt. Außerdem benötigt man aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität bei standardisierten Geschäften, wie einer Risikoaufklärung, ein griffiges Anknüpfungskriterium. Damit scheidet ein Abstellen allein auf die individuellen Fähigkeiten des Anlegers aus. Als dritter Weg bietet sich die jetzt erfolgte Anknüpfung an den Verbraucher- und Unternehmerbegriff an. Ob dieser jedoch eine wirklich überzeugende Alternative zur Anknüpfung an den

1 Begr. RegE des 4. FFG, BT-Drucks. 14/8017, S. 95 re. Sp. (zu § 37d IV) und S. 97 li. Sp. (zu § 37h).

2 Bericht des Finanzausschusses zum RegE des 4. FFG, BT-Drucks. 14/8601, S. 20 (zu § 37d).

3 Vgl. statt vieler *Assmann*, in: FS Heinsius, 1991, S. 1, 10 ff. m.w.N.

4 Zur Geschichte des § 53 BörsG a.F. *Waclawik*, Die Verbindlichkeit von Devisentermingeschäften, 2000, S. 166 m.w.N.

5 Bezeichnend ist die frühzeitige Regelung dieser Frage in Art. 11 I 2, III der Wertpapierdienstleistungs-Richtlinie. Grad und Umfang der aus dieser Norm folgenden Pflichten sind nicht starr festgelegt, sondern richten sich nach der Professionalität des Anlegers, also seinen Vorerfahrungen und Kenntnissen über Wertpapierdienstleistungen. Das Konzept einer Differenzierung nach dem Grad der Professionalität der Anleger findet im europäischen Kapitalmarktrecht zunehmende Verwendung, vgl. nur die Beispiele bei *Elster*, Europäisches Kapitalmarktrecht – Recht des Sekundärmarktes, 2002, S. 327 f.

Kaufmannsbegriff darstellt¹, scheint auf den ersten Blick fraglich, denn die Einordnung als Unternehmer bzw. Verbraucher orientiert sich ebenfalls an starren Kriterien. Selbst eine in geschäftlichen Dingen sehr erfahrene Person, wie der Vorstand einer großen Aktiengesellschaft, gilt als schutzwürdiger Verbraucher, wenn er private Anlagegeschäfte vornimmt. Die jetzt gewählte Lösung einer Anknüpfung an den Unternehmerbegriff beseitigt also einige, wenn auch nicht alle regulatorischen Unschärfen des bisherigen Rechts. Sie ist aber in jedem Fall überzeugender als das Abstellen auf die Kaufmannseigenschaft, da der Unternehmerbegriff tätigkeitsbezogen und nicht rein statusbezogen definiert wird. Zudem ist das Abstellen auf den Kaufmannsbegriff auch unter rechtsvergleichenden Aspekten wenig überzeugend, weil ausländische Rechtsordnungen sehr häufig keine dem Kaufmannsbegriff vergleichbare rechtliche Kategorie kennen.

- 6 Derartige allgemeine Überlegungen zur Regelungsphilosophie scheint der Gesetzgeber – zumindest ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien – bei § 37h nicht angestellt zu haben. Da § 37h auch die Finanztermingeschäfte erfasst, hätte es nahe gelegen, dass das veränderte Schutzkonzept des § 37d auch bei § 37h zum Tragen kommt. Der Finanzausschuss änderte jedoch nur § 37d, nicht aber auch § 37h, der weiterhin von der schematischen Unterscheidung zwischen schutzwürdigen Laien einerseits und gesetzlich als nicht schutzwürdig angesehenen **Kaufleuten** andererseits ausgeht. Überzeugender wäre eine Anknüpfung an den Unternehmer- und Verbraucherbegriff gewesen (s. oben Rz. 5)². Diese Lösung hätte ebenfalls das im Bereich des Prozessrechts notwendige Maß an Rechtssicherheit geboten. Die Rechtsprechung hat private Anleger beim Abschluss von Finanztermingeschäften stets als Verbraucher eingeordnet³. Das in § 1031 V ZPO niedergelegte Erfordernis einer schriftlichen Schiedsvereinbarung, die in einer separaten Urkunde enthalten ist, bietet eine ausreichende Warnfunktion und schützt Anleger vor Abschluss übereilter Schiedsvereinbarungen. Im Übrigen hat der Gesetzgeber auch bei dieser Regelung der subjektiven Schiedsfähigkeit das statusbezogene (§ 1027 ZPO a.F.) durch ein tätigkeitsbezogenes Schutzkon-

1 Zur Zurückdrängung des Kaufmannsbegriffs, bei dem an einen Status angeknüpft wird, durch den tätigkeitsbezogenen Unternehmerbegriff vgl. *Kindler*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost, HGB*, 2001, Vor § 1 Rz. 27.

2 Ebenso *Samtleben*, Börsentermingeschäfte, S. 469, 525; *Samtleben*, ZBB 2003, 69, 77.

3 BGH v. 15. 6. 1987 – II ZR 124/86, WM 1987, 1153, 1155; BGH v. 23. 5. 1993 – XI ZR 45 und 59/91, WM 1993, 1215 f.; BGH v. 26. 10. 1993 – XI ZR 42/93, BGHZ 123, 380, 384 ff.; ebenso das Schrifttum, vgl. etwa *Samtleben*, Börsentermingeschäfte, S. 469, 513; *Samtleben*, ZBB 2003, 69, 75; *Berger*, ZBB 2003, 77, 79.

zept ersetzt (§ 1031 V ZPO n. F.). Vor diesem Hintergrund erweist sich die Regelung des § 37h als **anachronistisch**¹. Wenn man überhaupt ein absolutes Verbot von Schiedsvereinbarungen mit privaten Anlegern für sinnvoll hält (dazu sogleich Rz. 7 ff.), hätte man anstelle des Kaufmannsbegriffs besser an den Unternehmerbegriff des § 14 BGB angeknüpft.

3. Notwendigkeit und Reichweite eines zusätzlichen Schutzes der Anleger?

Der im Vergleich zu § 1031 V ZPO zusätzliche Regelungsgehalt von § 37h erschließt sich nur, wenn man die besondere Risikoträchtigkeit der von § 37h erfassten Geschäfte² einbezieht. Eine erhöhte Schutzbedürftigkeit der Anleger ergibt sich zudem aus dem Umstand, dass in der Vergangenheit Finanzintermediäre versucht haben, die inländischen Anlegern offen stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten durch Vereinbarung eines ausländischen Gerichtsstands oder einer Schiedsvereinbarung zu verkürzen³. Da Gerichtsstandsvereinbarungen ohnehin nur in engen Grenzen zulässig sind (vgl. §§ 38–40 ZPO, Art. 17, 23 V EuGVO), bedurfte es insoweit keines eigenständigen wertpapierhandelsrechtlichen Schutzes der Anleger. Anders ist die Ausgangslage bei Schiedsvereinbarungen, durch die selbst zwingende, zum Schutze von Verbrauchern bestehende Gerichtsstände abbedungen werden können (vgl. §§ 1026, 1031 V, 1032 ZPO sowie Art. 1 II lit. d EuGVO)⁴. Zudem kann das Schiedsverfahren selbst aufgrund seiner Besonderheiten die Rechtsschutzmöglichkeiten eines Anlegers im Einzelfall beeinträchtigen, denn das Verfahren ist im Vergleich zu staatlichen Gerichtsverfahren weniger formalisiert, eine Regelung über Prozesskostenhilfe fehlt und die Entscheidungen der Schiedsgerichte unterliegen nur einer sehr eingeschränkten inhaltlichen Kontrolle (s. oben Rz. 4 m.w.N.). Diesen Nachteilen des Schiedsverfahrens stehen aber auch zahlreiche gewichtige Vorteile gegenüber, die auch dem Anleger zugute kommen⁵. Hierzu gehört der Umstand, dass die Parteien im Bereich der Kapitalanlagen sachkundige Personen zu Schieds-

1 Kritisch deshalb auch *Samtleben*, ZBB 2003, 69, 77; *Lehmann*, SchiedsVZ 2003, 219, 221 f.

2 Dieser Umstand scheint auch der Begründung zum RegE des 4. FFG, BT-Drucks. 14/8017, S. 96 zugrunde zu liegen, da die Begründung gerade auf die Schutzbedürftigkeit des Anlegers abstellt.

3 *Samtleben*, Börsentermingeschäfte, S. 469, 523; *Berger*, ZBB 2003, 77, 78 f.

4 *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2002, Art. 1 Rz. 40 ff.

5 Allgemein zu Vor- und Nachteilen des Schiedsverfahrens *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 1 Rz. 8 f.

richtern bestellen können¹. Zudem ist das Verfahren flexibler und zumeist schneller. Auch das Fehlen von Prozesskostenhilfe wirkt sich im Ergebnis nicht zum Nachteil der mittellosen Partei aus, da diese sich auf die Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung berufen kann, wenn der Gegner nicht bereit ist, die Kosten des Verfahrens und einer notwendigen anwaltlichen Vertretung vorzuschießen². Schiedssprüche lassen sich zudem im Ausland auf Grund der hohen Zahl von Ratifizierungen des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958 (UNÜ)³ häufig einfacher vollstrecken als staatliche Urteile⁴. Wegen dieser Vorteile hat sich der Gesetzgeber bei der zum 1. 1. 1998 in Kraft getretenen Reform des Schiedsverfahrensrechts⁵ dazu entschlossen, das Schiedsverfahren als dem staatlichen Rechtsweg grundsätzlich gleichwertige Verfahrensart einzuordnen und es sogar Verbrauchern zur Verfügung zu stellen (§ 1031 V ZPO)⁶. Auch hob der Gesetzgeber § 91 I GWB a.F. auf, da diese Bestimmung „angesichts der heute unbestrittenen Anerkennung der Schiedsgerichtsbarkeit als eine der staatlichen Gerichtsbarkeit äquivalente Rechtsschutzmöglichkeit nicht mehr zeitgemäß ist“⁷.

- 8 Dass der Gesetzgeber die überkommene Vorschrift des § 28 BörsG a.F. nun in neuem Gewande übernommen hat, verwundert. Diese Vorschrift wurde zu einer Zeit erlassen, als das deutsche Schiedsverfahrensrecht noch keinen gesonderten Schutz der Verbraucher enthielt und daher ein Schutz vor den beim Vertrieb von Kapitalanlagen aufgetretenen Missständen notwendig erschien. Der Gesetzgeber sah die Bestimmung bei der Reform des Schiedsverfahrensrechts nur deshalb als nicht aufhebungsbedürftig an, weil ihr Anwendungsbereich gerade auf Börsenschiedsgerichte begrenzt war⁸. Dass der Gesetzgeber des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes sich nun veranlasst sah, den Anwendungsbereich des § 37h gegenüber der Vorläuferregelung noch zu erweitern und nicht nur Börsen-, sondern sämtliche Schiedsvereinbarungen im Anwendungsbereich des

¹ Dies betont *Loritz*, in: FS Geimer, S. 569, 574; vgl. auch *Kröll*, ZBB 1999, 367, 371, 376.

² BGH v. 12. 11. 1987 – III ZR 29/87, BGHZ 102, 199, 202.

³ BGBl. II 1961, S. 121.

⁴ *Berger*, ZBB 2003, 77, 92.

⁵ Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrens v. 22. 12. 1997, BGBl. I S. 3224, geändert durch BGBl. I 1998, S. 1481, 1583.

⁶ Kritisch zur Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit *Oberhammer* (im Erscheinen).

⁷ Begründung des RegE zum Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, BT-Drucks. 13/5274, S. 36.

⁸ Begründung des RegE zum Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, BT-Drucks. 13/5274, S. 35 f.

WpHG nur unter Kaufleuten zuzulassen, hat er mit dem pauschalen Hinweis auf eine Verbesserung des Anlegerschutzes und Schaffung von Rechtsklarheit begründet¹. Warum der Anlegerschutz in diesem Bereich aber verbesserungsbedürftig gewesen sein soll, hat er nicht dargelegt. Man wird diese Entscheidung als Ausdruck eines **überschießenden Anlegerschutzes** einordnen müssen², denn das Schiedsverfahrensrecht selbst bietet zahlreiche Möglichkeiten, um einen angemessenen Schutz einer benachteiligten Partei sicherzustellen³. Auch zeigt ein Vergleich mit anderen Rechtsordnungen, dass diese im Bereich des Kapitalmarktrechts wesentlich schiedsgerichtsfreundlicher sind⁴.

Aus Sicht des Wertpapierhandelsrechts bedenklich stimmt darüber hinaus die mit § 37h zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Entscheidung, nicht nur die Finanztermingeschäfte, sondern nun auch noch **alle Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen als prinzipiell risikoträchtig einzustufen**. Der sachliche Anwendungsbereich des § 37h geht damit deutlich über den der Vorläuferregelung des § 28 BörsG a.F. hinaus, ohne dass dies überzeugend begründet worden wäre⁵. Einziger Vorteil dieser Lösung ist, dass man im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung keine Abgrenzung zwischen Finanztermingeschäften und Wertpapierdienstleistungen vornehmen muss⁶. Dieser Vorteil ist jedoch ein nur scheinbarer, da die Eingrenzung der Finanztermingeschäfte spätestens bei der Beurteilung des materiellen Rechts gemäß § 37d erfolgen muss. Bei der Konzeption des § 37h hat der Gesetzgeber zudem die jüngere Entwicklung in der Rechtsprechung zum Schiedsverfahrensrecht und die Schiedsrechtsreform des Jahres 1998 unberücksichtigt gelassen⁷. Die Rechtsprechung hatte die Anleger zunächst sehr weitgehend vor Schiedsvereinbarungen geschützt, das Maß des Schutzes in den 90er Jahren dann aber deutlich reduziert und die Eigenverantwortung der Anleger betont⁸. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung kann man daher fest-

9

1 Begründung zum DiskE des 4. FFG, ZBB 2001, 398, 434; wortgleich übernommen in die Begründung zum RegE des 4. FFG, BT-Drucks. 14/8017, S. 97.

2 So auch *Berger*, ZBB 2003, 77, 85 ff.; enger aber *Samtleben*, ZBB 2003, 69, 77 Fn. 88.

3 Ausführlich *Berger*, ZBB 2003, 77, 85 ff. m.w.N.

4 Nachweise bei *Berger*, ZBB 2003, 77, 83 f.; *Kröll*, ZBB 1999, 367, 376 f.

5 Weder die Begründung zum DiskE des 4. FFG, ZBB 2001, 398, 434, noch diejenige zum RegE des 4. FFG, BT-Drucks. 14/8017, S. 97, enthalten hierzu Erwägungen. Sie verweisen schlicht darauf, dass dies dem Anwendungsbereich des WpHG entspreche.

6 Dies betont *Samtleben*, ZBB 2003, 69, 77.

7 So auch *Lehmann*, SchiedsVZ 2003, 219, 222; vgl. auch *Zimmer*, in: Schwark, § 37h WpHG Rz. 1, unter Hinweis auf die Reform des Kartellrechts.

8 Einen Überblick über diese Entwicklung gibt *Berger*, ZBB 2003, 77, 80 f.

halten, dass der durch das Schiedsverfahrensrecht und insbesondere durch § 1031 V ZPO vermittelte Schutz in jedem Fall ausreichend gewesen wäre.

III. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Systematische Einordnung

- 10 § 37h ist Bestandteil des deutschen Schiedsverfahrensrechts, in das er über § 1030 III ZPO einbezogen ist. § 37h regelt dabei die subjektive Schiedsfähigkeit¹ und begrenzt diese auf Kaufleute und juristische Personen des öffentlichen Rechts. Ist die Wirksamkeit der Schiedsabrede² nach deutschem Recht zu beurteilen (vgl. § 1025 I ZPO), ist mithin § 37h zu prüfen, wenn die Schiedsvereinbarung Streitigkeiten über Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäfte betrifft. Da die Wertpapierdienstleistungsunternehmen in den allermeisten Fällen Kaufleute sind, hat die Norm regelmäßig nur Bedeutung für die Frage, ob der Kunde die Schiedsvereinbarung wirksam unterzeichnen konnte. Zur Bestimmung der subjektiven Schiedsfähigkeit knüpft das deutsche Schiedsverfahrensrecht nicht an das Statut der Schiedsvereinbarung, sondern an das Personalstatut (Art. 7 EGBGB) an³, also an das Recht, das für die betreffende Person maßgeblich ist (§ 1059 II Nr. 1 Buchst. a ZPO)⁴. Die subjektive Schiedsfähigkeit von Deutschen bestimmt sich damit nach den §§ 1029 ff. ZPO, die sogar Schiedsvereinbarungen unter Beteiligung eines Verbrauchers i.S.d. § 13 BGB zulassen (§ 1031 V ZPO). Der deshalb grundsätzlich weite Anwendungsbereich wird durch § 37h begrenzt⁵.
- 11 Von der Regel, dass sich die subjektive Schiedsfähigkeit nach dem Personalstatut bestimmt, macht § 37h keine Ausnahme. Damit wären, wenn man allein dem Wortlaut der Norm folgt, nur deutsche Anleger von ihr

1 So jetzt auch ausdrücklich *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 4 Rz. 10.

2 Die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung ist unabhängig vom Hauptvertrag über die Wertpapierdienstleistung, Wertpapiernebenleistung oder das Finanztermingeschäft zu beurteilen, *Geimer*, in: *Zöller*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1029 Rz. 1.

3 *Geimer*, in: *Zöller*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1025 Rz. 15; *Berger*, ZBB 2003, 77, 82, 93.

4 Ebenso verfährt Art. V Abs. 1 lit. a des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958, BGBl. II 1961, S. 121.

5 Skeptisch gegenüber solchen Spezialregelungen außerhalb des eigentlichen Schiedsverfahrensrechts *Oberhammer* (im Erscheinen).

erfasst¹. Dieses wenig überzeugende Ergebnis, das auch europarechtlichen Bedenken unterliegt², lässt sich vermeiden, wenn man an den **gewöhnlichen Aufenthalt des Anlegers im Inland** anknüpft. *Samtleben* begründet dies mit einer Analogie zu Art. 29 EGBGB³. Näher liegt es, die Analogie auf eine Vorschrift des WpHG, hier also § 37d VI, zu stützen⁴. Mit einer solchen Lösung wird der Intention des Finanzausschusses, der den Verbraucherbegriff gerade zur Verbesserung des Anlegerschutzes einführte, Rechnung getragen und ein Auseinanderfallen von prozessuaalem und materiellem Schutz des Anlegers vermieden. Ist also der im Inland ansässige Ausländer bereits nach deutschem Recht Kaufmann, erfüllt die Schiedsvereinbarung die Voraussetzungen des § 37h⁵.

Problematisch ist, wie die Kaufmannseigenschaft einer ausländischen natürlichen Person mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland oder einer ausländischen juristischen Person zu bestimmen ist. Im Anwendungsbereich des § 37h kann diese Frage nur für den Kunden eines Wertpapierhandelsunternehmens relevant werden. Denn das Wertpapierhandelsunternehmen selbst ist zwingend Inländer. Dies ergibt sich zum einen aus § 33 I 1 Nr. 6 KWG i.V.m. § 2 IV, wonach das vom WpHG erfasste Institut seinen Sitz im Inland haben muss. Darüber hinaus führt auch ein Umkehrschluss aus § 1 II zu diesem Ergebnis. Diese Vorschrift erklärt nur bestimmte Bereiche des WpHG auf reine Auslandssachverhalte für anwendbar, zu denen § 37h gerade nicht gehört. Bei der Beantwortung der Frage, ob die ausländische Person die Kaufmannseigenschaft erfüllt, ist funktional auf die Wertungen des deutschen Rechts abzustellen und zu prüfen, ob der ausländische Sachverhalt unter das inländische Tatbestandsmerkmal „Kaufmann“ subsumiert werden kann (Substitution). Die Kaufmannseigenschaft liegt dann vor, wenn die ausländische Person, hätte sie ihren Aufenthalt bzw. ihren Hauptsitz im Inland, als Kaufmann einzutragen wäre⁶. Auf die fehlende Registereintragung kommt es nicht

11a

1 So in der Tat *Berger*, ZBB 2003, 77, 82, 93.

2 *Berger*, ZBB 2003, 77, 93; *Samtleben*, ZBB 2003, 69, 77.

3 *Samtleben*, ZBB 2003, 69, 77.

4 So auch *Zimmer*, in: Schwark, § 37h WpHG Rz. 3, unter zusätzlicher Bezugnahme auf § 31 III.

5 *Zimmer*, in: Schwark, § 37h WpHG Rz. 9, lehnt ein Abstellen auf den Aufenthalt ab und will stets die funktionale Vergleichbarkeit (dazu sogleich Rz. 11a) prüfen. Bei einem im Inland ansässigen und gewerblich tätigen Ausländer ist aber das Vergleichsobjekt fraglich.

6 Ebenso *Zimmer*, in: Schwark, § 37h WpHG Rz. 9; zum Funktionsvergleich (in anderem Zusammenhang) OLG München v. 25. 2. 1988 – 29 U 2759/86, IPRax 1989, 42, 43; ausführlich *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, Vor § 1 Rz. 113 ff.; *Rehberg*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 5 Rz. 14.

an, wie der Gesetzgeber mit § 53 I 1 Nr. 3 BörsG a.F. zu erkennen gegeben hat¹. Ihm ging es um eine materielle Gleichstellung von Inländern und Ausländern². Da die Vorschrift des § 53 BörsG a.F. auch für § 28 BörsG a.F. galt, die nun in das Wertpapierhandelsgesetz überführt wurde, hat sich an dieser gesetzlichen Wertung nichts geändert.

2. Kaufleute

- 12 Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten sind nur verbindlich, wenn die Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung Kaufleute sind. Die nachträgliche Erlangung der Kaufmannseigenschaft ist nicht ausreichend³. Im Unterschied zur Regelung des § 28 BörsG i.V.m. § 53 BörsG a.F. verlangt das Gesetz nicht mehr, dass der Kaufmann in das Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragen ist. Maßgeblich ist daher allein der Kaufmannsbegriff des HGB.
- 13 **Istkaufmann:** Kaufmann ist zunächst, wer ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 IHGB). Der ein Handelsgewerbe Betreibende ist selbst dann Kaufmann, wenn er nicht in das Handelsregister eingetragen ist, da die Eintragung bei einem Istkaufmann nach § 1 HGB nicht konstitutiv ist⁴. Ausgenommen vom Kaufmannsbegriff des § 1 I HGB sind nur Kleinstgewerbetreibende (§ 1 II HS 2 HGB).
- 14 **Kannkaufmann:** Nach § 2 und § 3 II HGB gelten weiterhin solche Personen als Kaufleute, die als Kleinstgewerbetreibende oder als land- und forstwirtschaftliche Unternehmer nicht unter § 1 I HGB fallen, sich aber ins Handelsregister haben eintragen lassen.
- 15 Auf Grund von § 5 HGB gilt auch die **zu Unrecht ins Handelsregister eingetragene** natürliche Person oder Gesellschaft als Kaufmann. § 5 HGB dient nicht dem Schutz gutgläubiger Dritter, sondern der Schaffung von Rechtssicherheit⁵, da die Grenze zwischen bloßem Gewerbe und Handelsgewerbe nicht immer leicht zu ziehen ist. Es handelt sich damit um eine objektive Einordnung. Diese übernimmt § 37h durch seine Anknüp-

1 Diese Vorschrift gab nach Ansicht von *Assmann*, in: *Großkomm. AktG*, Einl. Rz. 599 Fn. 259, einen verallgemeinerungsfähigen Grundsatz wieder. Ebenso *Kindler*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, 2001, Vor § 1 Rz. 104.

2 *Assmann*, in: *FS Heinsius*, 1991, S. 1, 14.

3 *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 19; a.A. OLG Düsseldorf v. 30. 1. 1998 – 16 U 182/96, NJW 1998, 2978, 2980 f. (in Bezug auf eine Existenzgründungsgesellschaft).

4 *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, § 1 HGB Rz. 51; *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 19.

5 *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, § 5 HGB Rz. 1.

fung an das HGB. Dem zu Unrecht Eingetragenen verbleibt allerdings der **Einwand**, er betreibe überhaupt kein Gewerbe, weshalb dieses auch nicht als Handelsgewerbe gelten könne¹. Vor Einführung des § 37h bestand eine Kontroverse, ob dieser Einwand auch im Rahmen der §§ 28, 53 I BörsG a.F. zu berücksichtigen sei. Die herrschende Meinung² ging davon aus, der Einwand greife nicht, weil § 53 I 1 Nr. 1 BörsG a.F. allein auf die Eintragung ins Handelsregister abstelle und so eine von den §§ 1 ff. HGB unabhängige Anknüpfung enthielt. Dieses Argument ist mit § 37h nun überholt, so dass der Einwand des Eingetragenen, er betreibe gar kein Gewerbe, bei § 37h beachtlich sein muss. Denn die Norm koppelt die Schiedsfähigkeit ausnahmslos an die Tatbestände der §§ 1 ff. HGB. Sie verzichtet auf einen eigenständigen Kaufmannsbegriff als Anknüpfung für die Schiedsfähigkeit. Auf diese Weise stellt sie einen (weitgehenden) Gleichlauf der Tatbestandsmerkmale von Schiedsvereinbarungen und Gerichtsstandsvereinbarungen nach § 38 ZPO³ her.

Eine Person, die sich, ohne ein Handelsgewerbe zu betreiben und ohne 16
ins Handelsregister eingetragen zu sein, als Kaufmann ausgibt (**Schein-
kaufmann**⁴), ist ebenfalls als Kaufmann i.S.d. § 37h anzusehen. Während
die §§ 28, 53 I 1 Nr. 1 BörsG a.F. verlangten, dass der Kaufmann ins Han-
delsregister eingetragen war⁵, hat der Gesetzgeber auf dieses eigen-
ständige Tatbestandsmerkmal nunmehr verzichtet und greift in § 37h auf
den handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff in seiner ganzen Bandbreite
zurück. Damit ist auch der Scheinkaufmann erfasst. Dieses systemati-
sche Argument ließe sich nur dadurch entkräften, dass man eine beson-

1 BGH v. 19. 5. 1960 – II ZR 72/59, BGHZ 32, 307, 313 f.; BAG v. 17. 2. 1987 – 3 AZR 197/85, ZIP 1987, 1446, 1447; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, § 5 HGB Rz. 5; a.A. *K. Schmidt*, ZHR 163 (1999), 87, 97.

2 *Assmann*, in: FS Heinsius, 1991, S. 1, 13 f.; *Baumbach/Hopt*, 30. Aufl. 2000, § 53 BörsG Rz. 3; *Irmen*, in: Schäfer, § 53 BörsG Rz. 6; *Häuser/Welter*, in: *Assmann/Schütze*, § 16 Rz. 201; im Ergebnis auch *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 53 BörsG Rz. 3; a.A. *Schwark*, 2. Aufl. 1994, § 53 Rz. 5 (jeweils zu § 53 BörsG a.F.).

3 Auch dort gilt der zu Unrecht Eingetragene als Kaufmann, vgl. *Patzina*, in: MünchKomm. ZPO, 2. Aufl. 2000, § 38 Rz. 15; *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 38 Rz. 10; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 18; *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 38 Rz. 17.

4 Dazu *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, § 5 HGB Rz. 9 ff.

5 Deshalb wurde die Einordnung des Scheinkaufmanns als börsentermingeschäftsfähig überwiegend abgelehnt, vgl. BGH v. 16. 3. 1981 – II ZR 110/80, WM 1981, 711, 712; BGH v. 12. 3. 1984 – II ZR 10/83, WM 1984, 1245, 1246 (zu § 53 BörsG a.F.); *Assmann*, in: FS Heinsius, 1991, S. 1, 13; *Baumbach/Hopt*, 30. Aufl. 2000, § 53 BörsG Rz. 3; *Irmen*, in: Schäfer, § 53 BörsG Rz. 5; *Schwark*, 2. Aufl. 1994, § 53 Rz. 5; a.A. *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 53 BörsG Rz. 3, der aber verkennt, dass der Scheinkaufmann gerade nicht in das Handelsregister eingetragen ist (jeweils zu § 53 BörsG a.F.).

dere Schutzbedürftigkeit des Scheinkaufmanns bejaht, die es ausnahmsweise rechtfertigt, ihn nicht für schiedsfähig zu erklären. Für eine solche besondere Schutzbedürftigkeit bestehen jedoch keinerlei Anhaltspunkte, denn der Scheinkaufmann setzt selbst den Rechtsschein, an dem er sich festhalten lassen muss. Hinzu kommt, dass der durch § 37h gewährte Schutz ohnehin zu weit bemessen ist (s. oben Rz. 7 ff.). Die Ausnahmenvorschrift des § 37h ist daher eng und infolge dessen der Kaufmannsbegriff weit auszulegen. Gestützt wird dieses Ergebnis schließlich durch einen Vergleich mit § 38 ZPO. Auch dort sieht die ganz herrschende Meinung den Scheinkaufmann als erfasst an¹; auch ein Rechtsscheintatbestand bietet die erforderliche Rechtssicherheit für eine prozessuale Anknüpfung.

- 17 **Formkaufmann:** Nach § 6 I HGB gelten alle Handelsgesellschaften als Kaufleute. § 6 II HGB stellt klar, dass diese Einordnung unabhängig davon ist, ob sie tatsächlich ein Handelsgewerbe betreiben. Als Formkaufleute gelten die OHG und die KG (§§ 105, 161 II HGB), die AG (§ 3 I AktG) und die KGaA (§ 278 III i.V.m. § 3 I AktG), die GmbH (§ 13 III GmbHG) sowie die deutsche EWIV (§ 1 HS 2 EWIV-Ausführungsg). Nicht unter § 6 HGB fallen die GbR, die PartG (vgl. § 1 I 2 PartGG), der Verein, der VVaG (beachte aber § 16 VAG), die Stiftung, die stille Gesellschaft und die eingetragene Genossenschaft (Letztere ist nur Kaufmann i.S.d. HGB, nicht aber i. S. anderer Gesetze, vgl. § 17 II GenG). Vorgesellschaften sind ebenfalls keine Formkaufleute i.S.d. § 6 HGB. Sie können aber gemäß §§ 105, 1 HGB im Einzelfall Handelsgesellschaften sein, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben².
- 18 Ob die **persönlich haftenden Gesellschafter** einer OHG, KG oder KGaA als Kaufleute gelten können, ist umstritten. Rechtsprechung und herrschende Lehre bejahen pauschal die Kaufmannseigenschaft³, da die Personenhandlungsgesellschaft von der Persönlichkeit der Gesellschafter nicht zu trennen sei. Dementsprechend ordnete diese Ansicht die persönlich

1 OLG Frankfurt v. 30. 9. 1974 – 5 W 13/74, BB 1974, 1366, 1367; Patzina, in: MünchKomm. ZPO, 2. Aufl. 2000, § 38 Rz. 15; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 18; a.A. Bork, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 38 Rz. 10; unklar Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 38 Rz. 17.

2 Hopt, in: Baumbach/Hopt, § 6 HGB Rz. 3, 6; anders noch Schwark, 2. Aufl. 1994, § 53 Rz. 3 a.E. (zu § 53 BörsG a.F.).

3 BGH v. 16. 2. 1961 – III ZR 71/60, BGHZ 34, 293, 296 f.; BGH v. 2. 6. 1966 – VII ZR 292/64, BGHZ 45, 282, 284; BGH v. 5. 5. 1960 – II ZR 128/58, NJW 1960, 1852, 1853; BGH v. 28. 6. 1968 – I ZR 142/67, BB 1968, 1053; A. Hueck, Das Recht der OHG, 4. Aufl. 1971, § 3 III, S. 27 ff.

haftenden Gesellschafter bei § 38 ZPO¹ und bei §§ 28, 53 I BörsG a.F.² als Kaufleute ein. Diese undifferenzierte Gleichsetzung von Personenhandels-gesellschaft und Person des Gesellschafters wird im handels- und gesellschaftsrechtlichen Schrifttum zunehmend bezweifelt³. Entscheidend sei der jeweilige Schutzzweck der Norm, die an den Kaufmannsbegriff anknüpfe. Trotz dieses abweichenden Ansatzes kommt diese Ansicht vorliegend zu dem gleichen Ergebnis wie die herrschende Meinung. Die Kaufmannseigenschaft wird bejaht, da der Geschäftsverkehr ein Interesse an Verlässlichkeit habe und die persönlich haftenden Gesellschafter geschäftserfahren seien⁴.

Unerheblich ist, ob es sich bei der Wertpapierdienstleistung, Wertpapierneben-dienstleistung oder dem Finanztermingeschäft um ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB handelt. Auch die für **private Zwecke** vorgenommenen Anlagegeschäfte eines Kaufmanns oder eines persönlich haftenden Gesellschafters einer OHG oder KG gelten als die eines Kaufmanns⁵, da es allein auf seinen Status und nicht auf den Zweck der Geschäfte ankommt. Aus Sicht der Vertragspartner macht eine solche weite Auslegung des Kaufmannsbegriffs deshalb Sinn, weil der Vertragspartner oft nicht erkennen kann, zu welchem Zweck der mit ihm kontrahierende Kaufmann tätig wird. Diesem wird zudem die Möglichkeit genommen, nachträglich zu behaupten, das Geschäft sei nicht für die kaufmännische Tätigkeit erfolgt, sondern für private Zwecke⁶.

19

1 Bork, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 38 Rz. 10; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 38 Rz. 17; Patzina, in: MünchKomm. ZPO, 2. Aufl. 2000, § 38 Rz. 15; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 18.

2 OLG Frankfurt v. 18. 1. 1996 – 16 U 24/95, WM 1997, 2164, 2168; Irmen, in: Schäfer, § 53 BörsG Rz. 8.

3 Statt vieler Hopt, in: Baumbach/Hopt, § 105 HGB Rz. 19 (zu OHG und KG); Assmann/Sethe, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2001, § 278 Rz. 13 (zur KGaA), jeweils m.w.N.

4 Baumbach/Hopt, 30. Aufl. 2000, § 53 BörsG Rz. 3 (zu § 53 I BörsG a.F.).

5 Assmann, in: FS Heinsius, 1991, S. 1, 13; Baumbach/Hopt, 30. Aufl. 2000, § 53 BörsG Rz. 3; Schwark, 2. Aufl. 1994, § 53 Rz. 4 (jeweils zu § 53 BörsG a.F.); Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 38 Rz. 17 (zur Gerichtsstandsvereinbarung).

6 Allerdings führt diese weite Auslegung zu Verwerfungen an anderer Stelle, denn der Kaufmann kann deshalb bei privaten Geschäften zugleich Verbraucher sein, vgl. unten Rz. 48.

- 20 Im Gegensatz zu den persönlich haftenden Gesellschaftern gelten **Kommanditisten** nicht als Kaufleute¹. Die **Organmitglieder einer juristischen Person** sind ebenfalls keine Kaufleute, selbst wenn die juristische Person als Formkaufmann gilt².
- 21 Durch die Schiedsvereinbarung gebunden sind nicht nur Kaufleute und persönlich haftende Gesellschafter, sondern auch deren **Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolger**, auch wenn diese nicht zum Kreis der Kaufleute gehören und daher selbst keine Schiedsvereinbarung hätten schließen können³. Denn für das Vorliegen der Schiedsfähigkeit kommt es nur auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung an. Spätere Änderungen lassen eine einmal begründete Schiedsfähigkeit nicht wieder entfallen. Damit sind durch die Schiedsvereinbarung der Erbe, der Zessionar, der Insolvenzverwalter und der Pfändungsgläubiger eines Kaufmanns gebunden. Die von einer OHG oder KG geschlossene Schiedsvereinbarung bindet auch die nach §§ 161 II, 128 HGB persönlich haftenden Gesellschafter, nicht aber auch die Kommanditisten⁴. Die Bindung der Schiedsvereinbarung erstreckt sich dagegen nicht auf **Schuld(mit)übernehmer**⁵ oder **Garanten**⁶, da ihre Schuld selbstständig neben der Hauptschuld besteht und ihr ein eigenes rechtliches Schicksal zukommt. Dasselbe gilt auch für akzessorisch Haftende, wie z.B. Bürgen⁷. Auch der nach § 179 I BGB haftende **Vertreter ohne Vertretungsmacht** ist nicht an die Schiedsvereinbarung gebunden⁸.
- 22 Nach § 53 I 2 BörsG a.F. galten auch solche Personen als Kaufleute, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses oder früher gewerbsmäßig oder berufsmäßig Börsentermingeschäfte betrieben haben oder zur Teilnahme am Börsenhandel dauernd zugelassen waren (**Börsenleute**). Diese Personen

1 BGH v. 2. 6. 1966 – VII ZR 292/64, BGHZ 45, 282, 285; *Baumbach/Hopt*, § 105 HGB Rz. 19, § 53 BörsG Rz. 3 (zu §§ 28, 53 I BörsG a.F.); a.A. aber *Ballerstedt*, JuS 1963, 253, 259.

2 *Assmann*, in: FS Heinsius, 1991, S. 1, 13; *Baumbach/Hopt*, 30. Aufl. 2000, § 53 BörsG Rz. 3; *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 53 BörsG Rz. 3; *Schwark*, 2. Aufl. 1994, § 53 Rz. 4 (jeweils zu § 53 BörsG a.F.).

3 BGH v. 5. 5. 1977 – III ZR 177/74, BGHZ 68, 356, 359; BGH v. 20. 3. 1980 – III ZR 151/79, BGHZ 77, 32, 35; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 10.

4 BGH v. 31. 1. 1980 – III ZR 83/78, NJW 1980, 1797; BGH v. 8. 7. 1981 – VIII ZR 256/80, NJW 1981, 2644, 2646; BGH v. 12. 11. 1990 – II ZR 249/89, WM 1991, 384, 385; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, § 128 HGB Rz. 40; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 18 jeweils m.w.N.

5 *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 10 jeweils m.w.N.

6 BGH v. 5. 5. 1977 – III ZR 177/74, BGHZ 68, 356, 359.

7 *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 10.

8 BGH v. 5. 5. 1977 – III ZR 177/74, BGHZ 68, 356, 360 ff.

wurden aufgrund ihrer Geschäftserfahrung einbezogen. Von einer vergleichbaren Regelung hat der Gesetzgeber in § 37h abgesehen. Da der Verweis auf die §§ 1 ff. HGB abschließend zu verstehen ist, kommt keine erweiternde Auslegung des § 37h auf Börsenleute oder **sonstige geschäftserfahrene Personen** (wie Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater etc.) in Betracht¹.

Der **Vertreter eines Kaufmanns** kann für diesen – bei Vorliegen einer entsprechenden Vertretungsmacht – eine Schiedsvereinbarung abschließen. Der Vertreter muss selbst kein Kaufmann sein². 23

Tätigt ein Kaufmann Finanzdienstleistungen und schließt dabei eine Schiedsvereinbarung, stellt sich die Frage, ob sein Ehegatte oder Lebenspartner im Wege der **Schlüsselgewalt** (§§ 1357 I BGB, 8 II LPartG) mitverpflichtet wird. Der Abschluss einer Schiedsvereinbarung als Prozessvertrag³ einerseits und eines materiellrechtlichen Hauptgeschäfts andererseits werden selbstständig beurteilt (§ 1040 I 2 ZPO)⁴. Eine Mitverpflichtung aufgrund der Schlüsselgewalt ist schon deshalb abzulehnen, weil Schiedsvereinbarungen nicht zu den Geschäften zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs gehören⁵. Aber selbst wenn man den Umstand einbezieht, dass die Schiedsvereinbarung typischerweise Bestandteil eines Hauptvertrags ist, und man deshalb beide Vereinbarungen einheitlich beurteilen wollte⁶, ändert dies nichts an dem gefundenen Ergebnis. Es ist schon fraglich, ob die Schlüsselgewalt jede Nebenabrede mit umfasst oder nur übliche Nebenabreden⁷. Außerdem müsste die Hauptleistung des Vertrags, also die Wertpapierdienstleistung, Wertpapiernebenleistung oder das Finanztermingeschäft, zu den Geschäften zur Deckung des Lebensbedarfs gehören. Die Anlage von Kapital dient nicht der unmittelbaren Deckung des 24

1 Ebenso für § 38 ZPO *Patzina*, in: MünchKomm. ZPO, 2. Aufl. 2000, § 38 Rz. 17; *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 38 Rz. 11.

2 *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 38 Rz. 13; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 6 f.

3 BGH v. 3. 12. 1986 – IVb ZR 80/85, BGHZ 99, 143, 147; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1029 Rz. 15.

4 *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1040 Rz. 3; zu § 1027 I 1 ZPO a.F. bereits BGH v. 22. 9. 1977 – III ZR 144/76, BGHZ 69, 260, 264.

5 AG München v. 16. 1. 1962 – 1 C 1778/61, MDR 1962, 572; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 7; a.A. LG Düsseldorf v. 3. 11. 1965 – 11a S 53/65, NJW 1966, 553 (jeweils zu § 38 ZPO).

6 Diesen Ansatz wählt das LG Düsseldorf v. 3. 11. 1965 – 11a S 53/65, NJW 1966, 553 (zu § 38 ZPO).

7 Das AG München v. 16. 1. 1962 – 1 C 1778/61, MDR 1962, 572 f. will nur die üblichen Nebenabreden als erfasst ansehen (zu § 38 ZPO), wozu keine Gerichtsstandsvereinbarungen gehören; im Ergebnis a.A. LG Düsseldorf v. 3. 11. 1965 – 11a S 53/65, NJW 1966, 553.

Lebensbedarfs, sondern allenfalls der Vermögensbildung für die Zukunft. Eine Anwendung des § 1357 I BGB auf derartige Geschäfte scheidet aus. Dies gilt selbst für den Fall, dass sich die Vermögensbildung im Rahmen des regelmäßig verfügbaren Einkommens bewegt¹. Neben diesem wortlautbezogenen Argument spricht auch der Sinn der Vorschrift gegen eine Ausdehnung auf Finanzdienstleistungen. Die Schlüsselgewalt soll in erster Linie die Gläubiger von Ehegatten schützen, indem sie ihnen einen zusätzlichen Schuldner verschafft, der für Schulden aus tagtäglichem Einkäufen mithaftet². Verfügen nicht beide Ehegatten über eigene Einkünfte, würde die Durchsetzbarkeit der Forderungen des Gläubigers davon abhängen, mit welchem Ehegatten er das jeweilige Geschäft getätigt hat, obwohl beide Ehegatten von dem Geschäft profitierten. Daher soll dem Gläubiger die Solvenz beider Ehegatten zugute kommen. Ein solcher Schutz ist bei der Vermögensbildung aber gerade nicht nötig, denn bei dieser schließt der Finanzdienstleister das Geschäft typischerweise mit dem *jeweiligen* Anleger ab. Sollte ein Mithandeln für den anderen Ehegatten gewollt sein, lassen sich die Finanzdienstleister schon auf Grund der Vorgaben des Geldwäschegesetzes und des § 154 AO eine Vollmacht des anderen Ehegatten vorlegen. Des mit §§ 1357 I BGB, 8 II LPartG bezweckten Schutzes der Gläubiger von Eheleuten und Lebenspartnern bedarf es daher von vornherein nicht. Da die Schlüsselgewalt nicht einschlägig ist, gilt die Schiedsvereinbarung nur für den handelnden Ehegatten, der Kaufmann ist. Eine Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf den anderen Ehegatten im Wege der **Stellvertretung** scheidet ebenfalls aus. Denn der vertretene Ehegatte ist kein Kaufmann und damit nicht subjektiv schiedsfähig. Die Schiedsvereinbarung bindet also allein den kaufmännischen Ehegatten.

- 25 Schließt nicht der Kaufmann einen Vertrag mit Schiedsvereinbarung ab, sondern sein nicht kaufmännischer Ehegatte, hilft die Schlüsselgewalt ebenfalls nicht weiter. Die vom nicht kaufmännischen Ehegatten geschlossene Schiedsvereinbarung ist nach § 37h unwirksam. Zur Beurteilung der Wirksamkeit des Geschäfts und zur Bestimmung seiner Konditionen kommt es allein auf die Person des Handelnden an. Ihm **fehlende persönliche Eigenschaften** können nicht über § 1357 I BGB durch Eigenschaften ersetzt werden, die der nicht handelnde Ehegatte besitzt. Die Schlüsselgewalt knüpft allein an die vom handelnden Ehegatten geschaffene Situation an³; die fehlende Kaufmannseigenschaft dieses Ehegatten

1 Wacke, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2000, § 1357 Rz. 24; Lange, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1989, § 1357 Rz. 15.

2 Wacke, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2000, § 1357 Rz. 3; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, § 19 IV, S. 195.

3 So auch Bork, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 38 Rz. 13; Diederichsen, BB 1974, 379 Fn. 19.

führt zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung. Auf die Tatsache, dass § 1357 I BGB zudem keine Geschäfte zur Vermögensbildung erfasst, kommt es damit in dieser Fallgestaltung gar nicht mehr an.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass eine einheitliche, beide Ehegatten erfassende Schiedsvereinbarung bei den unter § 37h fallenden Geschäften nur möglich ist, wenn beide Ehegatten Kaufleute sind. 26

3. Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Mit juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts nach Bundes- oder Landesrecht gemeint. Soweit diese ein Handelsgewerbe betreiben, sind sie zugleich Kaufleute. Dies gilt etwa für die Deutsche Bundesbank und die öffentlich-rechtlichen Sparkassen¹. 27

4. Zahl der Beteiligten

Nach dem Wortlaut der Norm müssen *beide* Teile Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sein. Diese Formulierung ist zu eng. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift müssen *alle* Beteiligten diesen Status besitzen, so dass die Norm auch Anwendung findet, wenn es sich um eine mehrseitige Schiedsvereinbarung über Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften handelt. Fehlt einem der Beteiligten zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung die subjektive Schiedsfähigkeit, ist wie folgt zu unterscheiden: Bei Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft ist die Schiedsvereinbarung auch zwischen den übrigen Beteiligten unwirksam². Im Übrigen gilt sie nur zwischen den Beteiligten, die subjektiv schiedsfähig waren. 28

IV. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Privatrechtliche Streitigkeiten

Die in § 37h enthaltene spezielle Regelung der subjektiven Schiedsfähigkeit bezieht sich nur auf Streitigkeiten über **Wertpapierdienstleistungen**, **Wertpapiernebenleistungen** und **Finanztermingeschäfte**. Unter den Begriff der Wertpapierdienstleistungen fallen die in § 2 III genannten 29

¹ Hopt, in: Baumbach/Hopt, § 1 HGB Rz. 27.

² Geimer, in: Zöllner, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1029 Rz. 42.

Tätigkeiten. Wertpapierneben dienstleistungen sind in § 2 IIIa, Finanztermingeschäfte in § 2 IIa definiert¹.

- 30 Die Vorschrift des § 37h grenzt den Begriff der **Streitigkeit** nicht näher ein. Es ist daher auf die prozessrechtliche Definition zurückzugreifen. Dort wird unter einer Streitigkeit jede **konkrete Meinungsverschiedenheit** zwischen den Parteien über eine rechtliche Sachfrage verstanden². Die Streitigkeit ist damit ein Mehr im Vergleich zur abstrakten Äußerung einer Rechtsansicht, da sie sich auf das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis beziehen muss. Sie geht auch über eine allgemeine Meinungsäußerung hinaus, weil die Meinungsunterschiede gerade in Bezug auf eine rechtlich relevante Frage bestehen müssen.
- 31 Die Vorschrift des § 37h erfasst **privatrechtliche** Streitigkeiten. Sie erstreckt sich dagegen nicht auf das Verfahren vor dem Ombudsmann, da dieses anderenfalls der Sache nach abgeschafft würde und zudem gar nicht als Schiedsverfahren zu qualifizieren ist³. Im Übrigen wird der Kreis der Streitigkeiten durch § 1030 I ZPO begrenzt. Schiedsfähig sind danach alle vermögensrechtlichen Ansprüche sowie alle nicht vermögensrechtlichen Ansprüche, soweit die Parteien berechtigt sind, über sie einen Vergleich zu schließen.

2. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten

- 32 Wie die §§ 168 I Nr. 5, 173 S. 2, 187 I VwGO zeigen, können auch **öffentlich-rechtliche** Streitigkeiten, an denen Hoheitsträger beteiligt sind, zum Gegenstand einer Schiedsvereinbarung gemacht werden⁴. Auf die Frage, ob es sich bei den Parteien um gleichrangige Rechtssubjekte oder um ein Über-/Unterordnungsverhältnis handelt, kommt es nicht an⁵. Zulässig

1 Vgl. zu den Begriffen daher die Kommentierung bei *Assmann*, § 2 Rz. 41 ff., 68 ff., 40a ff.

2 Vgl. *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 33; *Thomas/Putzo*, ZPO, 26. Aufl. 2004, § 38 Rz. 17; a.A. *Patzina*, in: MünchKomm. ZPO, 2. Aufl. 2000, § 38 Rz. 35 (Bestehen einer konkreten Meinungsverschiedenheit reicht aus); noch weiter gehend *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 38 Rz. 34 (irgendeine Unsicherheit genügt).

3 *Hoeren*, NJW 1992, 2727, 2731; so im Ergebnis auch *Zimmer*, in: Schwark, § 37 WpHG Rz. 8, wenn auch mit anderer Begründung (teleologische Reduktion des § 37h).

4 Zum Folgenden *Kopp/Schenke*, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 40 Rz. 56 i.V.m. § 106 Rz. 12 ff.; *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 8. EL, Stand 1/2003, § 40 Rz. 718 ff., § 106 Rz. 42; v. *Oertzen*, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, 14. Aufl. 2004, § 40 Rz. 78 ff.

5 *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 8. EL, Stand 1/2003, § 40 Rz. 723; a.A. *Schwark*, 2. Aufl. 1994, § 28 Rz. 2 (zu § 28 BörsG a.F.).

sind Schiedsvereinbarungen vielmehr, soweit die Parteien über die öffentlich-rechtliche Beziehung verfügen können. Eine Verfügungsbefugnis ist nur gegeben, wenn nicht zwingende gesetzliche Regelungen oder allgemeine Grundsätze des öffentlichen Rechts entgegenstehen. Der Streitgegenstand muss in die Kompetenz der an der Schiedsvereinbarung beteiligten Behörde fallen; diese muss örtlich und sachlich zuständig sein. Die Verfügungsbefugnis ist u.a. dann zu bejahen, wenn die Behörde über einen Ermessensspielraum verfügt¹, nicht aber wenn es um die bloße Anwendung zwingenden Rechts oder die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen geht². Die Verfügungsbefugnis ist auch dann anzunehmen, wenn über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen eines Verwaltungsakts erhebliche, auf andere Weise nicht behebbare Zweifel bestehen³. Einer Schiedsvereinbarung zugänglich sind daher auch Streitigkeiten zwischen einer Aufsichtsbehörde und einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen über **aufsichtsrechtliche Fragen** im Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften, soweit die Beteiligten befugt sind, über den Streitgegenstand zu verfügen⁴.

V. Zeitpunkt der Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit

1. Künftige Streitigkeit

Die Vorschrift beschränkt sich auf den präventiven Schutz des Anlegers (s. oben Rz. 4), indem sie nur die Schiedsvereinbarungen über **künftige** 33

1 BVerwG v. 29. 10. 1963 – VI C 198.61, BVerwGE 17, 87, 93 (zu § 106 VwGO).

2 OVG Münster v. 6. 3. 1952 – II B 839/51, DÖV 1953, 94.

3 BVerwG v. 28. 3. 1962 – V C 100.61, BVerwGE 14, 103 und 105; BVerwG v. 29. 10. 1963 – VI C 198.61, BVerwGE 17, 87, 93, 94 (jeweils zu § 106 VwGO); Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 106 Rz. 12 f.

4 Geimer, in: Zöllner, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1030 Rz. 23; a.A. Schwark, 2. Aufl. 1994, § 28 Rz. 2 m.w.N. (zu § 28 BörsG a.F.).

Rechtsstreitigkeiten erfasst¹. Sie findet daher keine Anwendung auf Schiedsvereinbarungen, die nach Entstehung der Streitigkeit geschlossen werden. Zu diesem Zeitpunkt kann der Anleger die Tragweite einer Schiedsvereinbarung besser abschätzen als bei Begründung des Rechtsverhältnisses mit der anderen Partei, weil er nun durch den entstandenen Konflikt auf der Hut sein dürfte.

- 34 Eine Streitigkeit gilt als **entstanden**, wenn zwischen den Parteien eine konkrete Meinungsverschiedenheit über eine rechtliche Sachfrage besteht und ein Rechtsstreit unmittelbar bevorsteht². Ist streitig, ob die Schiedsvereinbarung zu einem Zeitpunkt geschlossen wurde, als der Konflikt bereits bestand, ist die Person beweispflichtig, die sich auf die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung beruft. Der Beweislast zur Frage, ob es sich um eine künftige oder um eine schon bestehende Streitigkeit gehandelt hat, wird in der Praxis kaum Bedeutung zukommen. Denn Schiedsvereinbarungen werden, wenn überhaupt, üblicherweise zu Beginn der Vertragsbeziehung abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt dürfte keine Streitigkeit bestanden haben; ansonsten käme es nicht zum Vertragsschluss. Wird die Vereinbarung dagegen im Hinblick auf eine konkrete Streitigkeit abgeschlossen, wird jede Seite schon aufgrund der Streitigkeit darauf achten, dass die Beweislage eindeutig ist. Der dritte denkbare Fall, dass nach Begründung einer Vertragsbeziehung, aber ohne Vorliegen einer konkreten Streitigkeit eine Schiedsvereinbarung geschlossen wird, dürfte nur höchst selten vorkommen.

¹ Gerade wegen der Erfassung künftiger Streitigkeiten hält *Lehmann*, SchiedsVZ 2003, 219, 224 f., § 37h für einen Verstoß gegen das UNÜ, welches in seinem Art. II Abs. 1 die Diskriminierung von Schiedsverfahren gegenüber staatlichen Gerichten verbietet. Er sieht in § 37h nicht nur eine Regelung der subjektiven Schiedsfähigkeit, sondern zugleich eine Regelung der objektiven Schiedsfähigkeit für künftige Streitigkeiten. Daher will er den Anwendungsbereich der Vorschrift im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung einschränken und die Anerkennung aller im Ausland gefällten Schiedssprüche zulassen. Diese Aufspaltung des einheitlichen § 37h erscheint jedoch künstlich, da die gesamte Regelung eine solche der subjektiven Schiedsfähigkeit darstellt. Auch *Lehmans* Vergleich mit § 91 I GWB a.F., den er ebenfalls als Verstoß gegen Art. II Abs. 1 UNÜ einordnet (so auch *Mezger*, *RabelsZ* 29 [1965], 231, 246) überzeugt nicht, da diese Vorschrift gerade nur die Schiedsfähigkeit künftiger Streitigkeiten regelte, nicht aber die subjektive Schiedsfähigkeit.

² *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 38 Rz. 33; *Thomas/Putzo*, ZPO, 26. Aufl. 2004, § 38 Rz. 17 f.; a.A. *Patzina*, in: *MünchKomm. ZPO*, 2. Aufl. 2000, § 38 Rz. 35; *Zimmer*, in: *Schwark*, § 37h WpHG Rz. 7 (Bestehen einer konkreten Meinungsverschiedenheit reicht aus); noch weiter gehend *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 38 Rz. 34 (irgendeine Unsicherheit genügt).

2. Unterwerfung nach Entstehung des Streitfalls

Da eine Schiedsvereinbarung, die nach Eintritt der Rechtsstreitigkeit geschlossen wurde, nicht der Einschränkung des § 37h unterliegt, finden auf sie allein die Regeln der §§ 1025 ff. ZPO Anwendung. Danach bedarf die Schiedsvereinbarung einer speziellen Form (§ 1031 I bis V ZPO).

- Handelt es sich bei dem Anleger um einen Verbraucher i.S.d. § 13 BGB, bedarf die Schiedsvereinbarung nach § 1031 V ZPO der Schriftform des § 126 BGB oder der elektronischen Form des § 126a BGB. Zudem muss die Schiedsvereinbarung – außer im Falle der notariellen Beurkundung – in einer eigenständigen Urkunde enthalten sein. 36
- Ist das Streitgegenständliche Geschäft dagegen der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit des Anlegers zuzurechnen, handelt es sich nicht mehr um einen Verbraucher, so dass der Nachweis des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung durch ein von beiden unterzeichnetes Schriftstück, den Austausch von Schreiben, Telegrammen, Faxen etc. genügt (§ 1031 I ZPO)¹. Die Schiedsvereinbarung kann auch durch Schweigen auf ein Schriftstück, insbesondere auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, geschlossen werden (§ 1031 II ZPO). Schließlich kann die Schiedsvereinbarung auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein, wenn auf diese in dem Schriftstück Bezug genommen wurde (§ 1031 III ZPO). Gleiches gilt für die Begebung eines Konnossements (§ 1031 IV ZPO). Ausgeschlossen sind nach neuem Recht Schiedsvereinbarungen durch mündliche Abrede, durch Handelsbrauch oder in Form eines konkludenten Abschlusses². 37

3. Rügeloses Einlassen

Da § 37h sich nur auf künftige Rechtsstreitigkeiten bezieht, findet er keine Anwendung auf ein rügeloses Einlassen nach Schiedshängigkeit. Die Wirkungen des rügelosen Einlassens auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache beurteilen sich allein nach § 1031 VI ZPO. Es heilt – wie die systematische Stellung des Absatzes zeigt – die fehlende Form der Schiedsvereinbarung, selbst wenn einer der Beteiligten Verbraucher ist. 38

¹ Die Form des Hauptvertrages muss hierbei nicht gewahrt werden, BGH v. 22. 9. 1977 – III ZR 144/76, BGHZ 69, 260.

² Basedow, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2003, § 307 Rz. 330.

VI. Rechtsfolgen des § 37h

1. Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung

- 39 Schließt ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung, einer Wertpapiernebenleistung oder einem Finanztermingeschäft eine Schiedsvereinbarung ab, beurteilt sich deren Wirksamkeit danach, ob der Kunde zum Personenkreis der Kaufleute oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehört. Ist dies nicht der Fall, ist die Schiedsvereinbarung nur wirksam, wenn sie nach Entstehung des Streitfalls geschlossen wurde. Fehlt es auch an dieser Voraussetzung, ist die Schiedsvereinbarung (endgültig) unwirksam, da dem Anleger die subjektive Schiedsfähigkeit fehlt. Die Schiedsvereinbarung wird nicht dadurch wirksam, dass der Kunde später die Kaufmannseigenschaft erlangt (s. oben Rz. 12).

2. Geltendmachung der Unwirksamkeit bei inländischem Schiedsgericht

- 40 Dem Kunden stehen mehrere Wege offen, die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung geltend zu machen.
- 41 Erhebt das beklagte Wertpapierdienstleistungsunternehmen vor einem staatlichen Gericht die Einrede des § 1032 I ZPO, wonach die streitige Angelegenheit Gegenstand einer Schiedsvereinbarung und daher das staatliche Gericht unzuständig sei, hat das staatliche Gericht die fehlende subjektive Schiedsfähigkeit des Klägers zu beachten.
- 42 Auch im umgekehrten Fall, wenn das Wertpapierdienstleistungsunternehmen Klage gegen den Anleger vor einem Schiedsgericht erhebt, ist der Anleger geschützt. Mit dem Argument der fehlenden subjektiven Schiedsfähigkeit kann er – bis zur Bildung des Schiedsgerichts – vor dem staatlichen Gericht Klage auf Feststellung der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens nach § 1032 II ZPO erheben.
- 43 Ist das Schiedsgericht bereits gebildet, ist der Weg über § 1032 II ZPO verschlossen. In diesem Fall ist die Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts spätestens mit der Klagebeantwortung zu erheben. Das Schiedsgericht hat die fehlende Schiedsfähigkeit zu beachten (§ 1040 I ZPO). Hält sich das Schiedsgericht dennoch für zuständig und erlässt einen entsprechenden Zwischenentscheid, kann der Anleger gegen diesen Entscheid nach § 1040 III 2 ZPO eine Entscheidung des staatlichen Gerichts bean-

tragen. Versäumt er dies, ist der Einwand der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts präkludiert¹.

Hat das Schiedsgericht keinen Zwischenentscheid erlassen, kann der Anleger die fehlende subjektive Schiedsfähigkeit im Wege der Aufhebungsklage nach § 1059 II Nr. 1 Buchst. a ZPO geltend machen. 44

3. Geltendmachung der Unwirksamkeit bei ausländischem Schiedsgericht

Sieht die Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht mit Sitz im Ausland vor, kann der Anleger die fehlende Schiedsfähigkeit durch eine Klage vor einem deutschen Gericht nach §§ 1025 II, 1032 II ZPO geltend machen. Das deutsche Gericht beurteilt in diesem Fall die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung nach dem Recht, das für die betreffende Person maßgeblich ist (§ 1059 II Nr. 1 Buchst. a ZPO). Entscheidend ist damit das Personalstatut der jeweiligen Partei, das auf Grund der Kollisionsnormen der lex fori des staatlichen Gerichts zu ermitteln ist. Aber auch ein nicht kaufmännischer Anleger mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland (s. oben Rz. 11) kann sich auf § 37h und die nach deutschem Recht fehlende Schiedsfähigkeit berufen. 45

Ebenso entscheidet Art. V Abs. 1 lit. a des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958², der über § 1061 I ZPO für die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs maßgebend ist. Der Anleger kann sich auf die nach deutschem Recht (§ 37h) fehlende Schiedsfähigkeit berufen. 46

§ 37h gehört nicht zum deutschen ordre public. Diese Frage wird in Konstellationen relevant, bei denen es um die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs gegen eine Person geht, deren subjektive Schiedsfähigkeit sich nicht nach deutschem Recht bestimmt. Denn der Betroffene kann sich nicht auf Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ i.V.m. § 37h berufen. Denkbar ist allein der Einwand, dass § 37h über § 1061 ZPO, Art. V Abs. 2 lit. b zu berücksichtigen sei, weil er zum ordre public zähle. Diesen Einwand muss man im Ergebnis zurückweisen, denn der deutsche Gesetzgeber wollte mit der Schiedsreform das Schiedswesen generell erleichtern. Aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber des 4. FFG die Schiedsreform übersehen zu haben scheint und sich damit 46a

¹ Geimer, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1040 Rz. 12, § 1059 Rz. 39.

² BGBl. II 1961, S. 121.

selbst widerspricht (s.oben Rz. 9), sollte man der Vorschrift keine allzu große Bedeutung beimessen. Die Rechtsprechung hat zudem die Eigenverantwortung der Anleger betont und festgestellt, dass der Termin- und Differenzeinwand nicht zum *ordre public international* gehört¹. Auch dies spricht dafür, den lediglich flankierenden § 28 BörsG a.F. und damit jetzt auch § 37h nicht zum Kernbestand desjenigen zwingenden Rechts zu zählen, welches die Grundlagen des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens berührt und aus staats-, sozial- oder wirtschaftspolitischen Erwägungen erlassen wurde. Vielmehr ist die Norm gerade Ausdruck eines falsch verstandenen Anlegerschutzes (s.oben Rz. 8). Hinzu kommt der Gesichtspunkt, dass der *ordre public international* enger zu verstehen ist als der *ordre public interne*².

VII. Die AGB-Kontrolle von Schiedsvereinbarungen

1. Einbeziehung von Schiedsvereinbarungen

a) Überblick

- 47 § 37h regelt nur die subjektive Schiedsfähigkeit, ohne Aussagen darüber zu enthalten, wie Schiedsvereinbarungen zum Bestandteil der Vereinbarungen der Parteien werden. Diese Frage beurteilt sich nach § 1031 V ZPO einerseits und den §§ 305 ff. BGB andererseits. Mit anderen Worten: Eine Schiedsvereinbarung kann entweder unwirksam sein, weil einer Partei nach § 37h die subjektive Schiedsfähigkeit fehlte oder weil die Schiedsvereinbarung nach § 1031 V ZPO nicht wirksam vereinbart wurde (dazu s.oben Rz. 36) bzw. die Schiedsvereinbarung nach §§ 307 ff. BGB unwirksam ist.
- 48 Die Anwendung der §§ 305 ff. BGB und insbesondere die Dichte der AGB-Kontrolle sind abhängig von der Unterscheidung in Verbraucher und Unternehmer. Ein Kaufmann wird in den allermeisten Fällen auch Unternehmer und damit kein Verbraucher sein. Durch das Auseinanderfallen des statusbezogenen Schutzkonzepts von Kaufmann/Nichtkaufmann und der tätigkeitsbezogenen Unterscheidung von Verbrauchern und Unternehmern kommt es jedoch zu Überschneidungen beider Konzepte: Die für private Zwecke vorgenommenen Anlagegeschäfte eines Kaufmanns oder eines persönlich haftenden Gesellschafters einer OHG oder KG gelten als Geschäfte eines Kaufmanns (s. oben Rz. 19). Dieser ist daher nach § 37h auch für seine Privatgeschäfte subjektiv schiedsfähig.

¹ BGH v. 21. 4. 1998 – XI ZR 377/97, BGHZ 138, 331.

² Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, 2003, S. 19 m.w.N.

Zugleich ist er aber Verbraucher, da er das Geschäft nicht für seine gewerbliche oder selbständige Tätigkeit abgeschlossen hat. In dieser besonderen Konstellation **ist der Kaufmann also Verbraucher**. Aus diesem Grund ist im Folgenden sowohl auf die Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern als auch auf solche mit Kaufleuten einzugehen.

b) Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern

Schiedsvereinbarungen gegenüber Verbrauchern sind nur wirksam, wenn sie in einer separaten Vertragsurkunde enthalten sind (s. oben Rz. 36). Derartige Urkunden sind trotz ihrer Trennung keine eigenständigen Verträge, sondern Teil des Hauptvertrags (§ 305 I 2 BGB). Die Schiedsvereinbarung stellt daher eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar, es sei denn, sie wurde individuell ausgehandelt (§ 305 I 3 BGB) oder vom Verbraucher gestellt (§ 310 III Nr. 1 BGB). Da die Schiedsvereinbarung in einer separaten, eigenhändig unterschriebenen Urkunde enthalten sein muss, um überhaupt wirksam zu sein (§ 1031 V ZPO), wird sie auf jeden Fall Vertragsbestandteil; auf die Kriterien des § 305 II BGB zur Einbeziehung von AGB kommt es nicht an. Eine derartige Schiedsvereinbarung ist keineswegs mehr überraschend i.S.d. § 305c I BGB, wenn der Verbraucher sie separat unterzeichnet hat¹. Damit sind die AGB-Kontrollmaßstäbe auf Schiedsvereinbarungen gegenüber Verbrauchern grundsätzlich anwendbar.

49

c) Schiedsvereinbarungen mit Kaufleuten

Die Einbeziehung der Schiedsvereinbarung in Verträge mit Kaufleuten kann nach wie vor im Wege einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen (s. oben Rz. 37). Die Schiedsvereinbarung muss weder in einer separaten Urkunde enthalten sein noch drucktechnisch hervorgehoben werden. Da § 305 II BGB bei der Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern keine Anwendung findet (§ 310 I BGB), kommt es allein auf die Frage an, ob die Klausel überraschend ist (§ 305c I BGB). Kaufleute müssen regelmäßig mit Schiedsvereinbarungen rechnen². Nur wenn Schiedsvereinbarungen in der entsprechenden Branche unüblich sind, läge eine überraschende Klausel vor. Da im Bereich der Finanztermingeschäfte und der Wertpapierdienstleistungen solche Klauseln häufig vorkommen, was gerade Anlass zur Schaffung des § 37h war (s. oben Rz. 7), wird man eine Unüblichkeit schwerlich annehmen können.

50

¹ So jetzt auch BGH v. 13. 1. 2005 – III ZR 265/03, DB 2005, 495, 497.

² Ebenso BGH v. 26. 6. 1986 – III ZR 200/85, Juris Dokument Nr. KORE 558479015; Basedow, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2003, § 307 Rz. 331.

d) Schiedsvereinbarungen im internationalen Rechtsverkehr

- 51 Im internationalen Rechtsverkehr ist die Einbeziehung von Schiedsklauseln in Übereinkommen geregelt, die das autonome nationale Recht weitgehend verdrängen. Am bedeutendsten ist das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958¹. Es regelt die Einbeziehung in Art. II Abs. 1. Danach bedarf die Schiedsvereinbarung, worunter eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine (separate) Schiedsabrede zu verstehen sind, der Schriftform. Die Schiedsklausel oder Schiedsabrede muss von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten sein, die diese ausgetauscht haben (Art. II Abs. 2).

2. Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen**a) Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern**

- 52 Da spezielle Klauselverbote fehlen, unterliegen Schiedsvereinbarungen im nationalen Rechtsverkehr² mit Verbrauchern der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Eine Schiedsvereinbarung stellt als solche keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners dar³. Die Rechtsprechung hatte zunächst offen gelassen, ob diese Aussage nur für Schiedsvereinbarungen mit Kaufleuten oder auch für solche mit Verbrauchern gilt. Die zum 1. 1. 1998 erfolgte Reform des Schiedsverfahrensrechts lässt jetzt ausdrücklich Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern zu (§ 1031 V ZPO). Damit ist klargestellt, dass allein der Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit einem Verbraucher nicht schon eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners darstellen kann⁴.
- 53 Eine unangemessene Benachteiligung wird erst dann anzunehmen sein, wenn die Ausgestaltung der Schiedsvereinbarung den Verbraucher bei der Wahl der Schiedsrichter oder hinsichtlich der vorgesehenen Verfahrensre-

1 BGBl. II 1961, S. 121.

2 Zum internationalen Rechtsverkehr *Basedow*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2003, § 307 Rz. 332 m.w.N.

3 BGH v. 26. 6. 1986 – III ZR 200/85, Juris Dokument Nr. KORE558479015; BGH v. 10. 10. 1991 – III ZR 141/90, BGHZ 115, 324 f.

4 So jetzt auch BGH v. 13. 1. 2005 – III ZR 265/03, DB 2005, 495, 497 f.; a.A. *Brandner*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, ●9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9–11 Rz. 622, der die „Versperrung“ des ordentlichen Rechtswegs als bedenklich ansieht und deshalb eine Schiedsvereinbarung nur für zulässig hält, wenn ein besonderes schutzwürdiges Interesse des Verwenders vorliege. A.A. auch *Raeschke-Kessler*, WM 1998, 1205, 1207 ff., für den Fall der Verletzung von Aufklärungspflichten und für den Fall, dass auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung von der Schiedsvereinbarung umfasst seien.

geln benachteiligt¹. Nr. 1q des Anhangs der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen² bestimmt, dass eine Schiedsvereinbarung, die den Verbraucher auf ein „nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallendes Schiedsverfahren“ verweist, missbräuchlich ist. Solange die Schiedsvereinbarung inhaltlich also mit dem nationalen Schiedsverfahrensrecht in Einklang steht, ist sie unbedenklich³. Zum Teil wird angenommen, dass auch vom nationalen Schiedsverfahrensrecht abweichende Regeln wirksam seien⁴; der Verbraucher habe schließlich diese Regeln wegen § 1031 V ZPO separat unterschrieben, und die Nrn. 11 und 12 des § 309 BGB verdeutlichten einen Grundsatz, wonach die Unwirksamkeit nicht solche Klauseln erfasse, die der Verbraucher ausdrücklich gebilligt habe. Dies gelte nicht, wenn die Klauseln unklar oder einseitig ausgestaltet seien. Diese Argumentation kommt über die Einschränkung, einseitige oder unklare Klauseln seien nicht wirksam, sicherlich zu interessengerechten Ergebnissen. Sie ist jedoch in ihrem Argumentationsansatz bedenklich. Bei § 309 Nrn. 11 und 12 BGB handelt es sich um Ausnahmeregelungen, die keineswegs generalisiert werden dürfen. Gegen deren Verallgemeinerung spricht insbesondere die Vorschrift des § 305 I 3 BGB, wonach eine individuelle Vereinbarung nur dann vorliegt, wenn die Parteien die Klausel individuell ausgehandelt haben. Das wiederum setzt voraus, dass der Verwender tatsächlich verhandlungsbereit war. Durch die Verallgemeinerung des § 309 Nrn. 11 und 12 BGB würde die Schutzbestimmung des § 305 I 3 BGB aber indirekt unterlaufen. Ein nicht verhandlungsbereiter Verwender könnte den Kunden besonders problematische Bestimmungen einzeln durch Unterschrift bestätigen lassen und sie auf diese Weise der AGB-Kontrolle entziehen. Im Ergebnis muss sich der Inhalt der Schiedsvereinbarung daher an den Vorgaben der §§ 1025 ff. ZPO orientieren und darf keine einseitige Benachteiligung des Verbrauchers enthalten.

b) Schiedsvereinbarungen mit Kaufleuten

Schiedsvereinbarungen mit Kaufleuten unterliegen auf Grund von § 310 I 54 BGB ebenfalls nur dem Kontrollmaßstab des § 307 BGB. Die Angemessenheit der Schiedsklausel ist für sich genommen und im Rahmen einer

1 *Brandner*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG*, ●9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9–11 Rz. 621.

2 Richtlinie 93/13/EG des Rates v. 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95 v. 21. 4. 1993, S. 29 ff.

3 OLG Düsseldorf v. 23. 5. 1996 – 6 U 114/95, NJW-RR 1997, 372, 374; *Basedow*, in: *MünchKomm. BGB*, 4. Aufl. 2003, § 307 Rz. 329.

4 *Basedow*, in: *MünchKomm. BGB*, 4. Aufl. 2003, § 307 Rz. 329.

Gesamtbetrachtung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu würdigen:

- 55 – Enthält bereits die Schiedsklausel eine einseitige Begünstigung des Verwenders, ist sie gemäß § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam. Dabei hat die Rechtsprechung allein den Umstand, dass nur der Verwender sich die Möglichkeit der Anrufung eines Schiedsgerichts vorbehält, noch nicht als unangemessene Benachteiligung der anderen Partei eingeordnet, denn die Unabhängigkeit des Schiedsgerichts wird dadurch nicht beeinträchtigt¹. Der Verwender darf sich nicht vorbehalten, noch während des staatlichen Gerichtsverfahrens auf ein Schiedsgericht auszuweichen, sondern muss sich vorher entscheiden, ob er das Schiedsgericht wählt². Erst wenn die Regelungen in den Geschäftsbedingungen in den geordneten Ablauf des Schiedsverfahrens eingreifen, ist die Grenze der Unangemessenheit überschritten. Unzulässig wäre auch die Vereinbarung eines ausländischen Schiedsgerichts bei reinen Inlandsgeschäften³.
- 56 – Enthält die Schiedsklausel als solche keine einseitige Begünstigung des Verwenders, kann jedoch eine Gesamtbetrachtung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine unangemessene Benachteiligung der anderen Partei ergeben. Eine solche kann aus dem Zusammenspiel der Schiedsvereinbarung mit anderen Klauseln oder aus der Häufung benachteiligender Klauseln resultieren. Dies hat zur Folge, dass auch die Schiedsklausel nach § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam ist⁴. Gleiches gilt für den Fall, dass die ernsthafte Gefahr besteht, dass das Schiedsgericht von den Garantien der §§ 305 ff. BGB abweicht⁵.

VIII. Konkurrenzen

- 57 Mit § 37h ordnet der Gesetzgeber jeden Anleger, der nicht zum Kreis der Kaufleute oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehört, als schutzwürdigen Laien ein, der regelmäßig die Bedeutung von Schiedsvereinbarungen nicht einschätzen könne. Über § 1030 III ZPO ist diese

1 BGH v. 10. 10. 1991 – III ZR 141/90, BGHZ 115, 324, 325.

2 BGH v. 24. 9. 1998 – III ZR 133/97, NJW 1999, 282.

3 *Basedow*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2003, § 307 Rz. 331.

4 BGH v. 10. 10. 1991 – III ZR 141/90, BGHZ 115, 324, 325 ff.

5 BGH v. 10. 10. 1991 – III ZR 141/90, BGHZ 115, 324, 325; zustimmend *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Einl. Vor § 1 HGB Rz. 89; *Basedow*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2003, § 307 Rz. 331; kritisch *Brandner*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, ●9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9–11 Rz. 621; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1031 Rz. 33; *Schumann*, NJW 1992, 2065.

Bestimmung im Rahmen des Schiedsverfahrensrechts zu berücksichtigen.

Das institutionelle Aufsichtsrecht über Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute enthält in § 53 III KWG und in § 138 II InvG weitere Regelungen zum Schutze inländischer Anleger. Um deren Verhältnis zu § 37h bestimmen zu können, muss ihr Anwendungsbereich näher untersucht werden: 58

§ 53 III KWG verbietet den vertraglichen Ausschluss des Gerichtsstands der Niederlassung nach § 21 ZPO. Die Norm bezieht sich auf Zweigstellen von Instituten aus Nicht-EU- oder Nicht-EWR-Staaten und erfasst alle Klagen mit Bezug zum Geschäftsbetrieb. Der Gerichtsstand des § 21 ZPO ist also für diese Zweigstellen zwingend, soweit nicht ein von Deutschland ratifiziertes zwischenstaatliches Übereinkommen i.S.d. § 53 IV KWG eine solche Vereinbarung zulässt. Umstritten ist, ob § 53 III KWG auch Schiedsvereinbarungen erfasst. Ein Teil des Schrifttums will nur Schiedsvereinbarungen zulassen, bei denen der Ort der inländischen Zweigstelle als Schiedsort vorgesehen ist¹; die Vereinbarung eines ausländischen Schiedsorts wäre danach unzulässig. Die mittlerweile herrschende Gegenauffassung will Schiedsvereinbarungen generell zulassen, da § 53 III KWG sich seinem Wortlaut nach nur auf Gerichtsstandsvereinbarungen beziehe². Eine vermittelnde Ansicht³ will nach Schutzzwecken differenzieren. Danach sollen Schiedsvereinbarungen grundsätzlich unter § 53 III KWG fallen. Ausgenommen seien sie aber dann, wenn keine Beeinträchtigung der Anleger zu befürchten sei. Dies sei beispielsweise bei internationalen Bankgeschäften unter Beteiligung mehrerer Institute der Fall, da diese auf einen einheitlichen Gerichtsstand angewiesen seien. Der BGH hat ausdrücklich offen gelassen, ob die Vorschrift des § 53 III KWG nur Gerichtsstandsvereinbarungen oder auch Schiedsvereinbarungen umfasst⁴, denn seine Entscheidung bezog sich auf eine Fallgestaltung, bei der ein staatliches Übereinkommen i.S.d. § 53 IV KWG vorlag. Der herrschenden Meinung, wonach § 53 III KWG sich nicht auf Schiedsvereinbarungen bezieht und deren Zulässigkeit daher unberührt lässt, ist zuzustimmen. Denn gerade die §§ 38 ff. ZPO einerseits und § 37h andererseits sind Belege dafür, dass der Gesetzgeber sehr wohl scharf zwischen Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen unter- 59

¹ Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, 6. Aufl. 1997, § 53 Rz. 33.

² Beck/Samm, KWG, 97. EL, Stand 4/2003, § 53 Rz. 56; Bähre/Schneider, KWG, 3. Aufl. 1986, § 53 Anm. 7; Reischauer/Kleinhaus, § 53 Rz. 34; Prölss, VAG, 10. Aufl. 1989, § 109 Rz. 3 (zur parallelen Vorschrift in § 109 VAG a.F.).

³ Marwede, in: Boos u.a., KWG, 2. Aufl. 2004, § 53 Rz. 72 ff.

⁴ BGH v. 20. 3. 1980 – III ZR 151/79, BGHZ 77, 32, 40.

scheidet¹. Wenn er daher die in § 53 III KWG enthaltene Beschränkung ausdrücklich nur auf den Gerichtsstand bezieht, kann die Vorschrift nicht im Wege eines Erstrecht-Schlusses erweiternd ausgelegt werden. Die Kunden eines Instituts bleiben bei Schiedsvereinbarungen nicht rechtlos, da die §§ 1025 ff. ZPO einen ausreichenden Schutz gewähren. Im Ergebnis bestehen zwischen § 37h und § 53 KWG keine inhaltlichen Überschneidungen, so dass § 53 III KWG in seinem Anwendungsbereich die Vorschrift des § 37h **nicht verdrängt**.

- 60 Eine vergleichbare Auslegung nimmt das Schrifttum bei § 138 II InvG (= § 6 II AuslInvestmG a.F.) vor². Auch diese Vorschrift erfasst nur Gerichtsstandsvereinbarungen, nicht aber auch Schiedsvereinbarungen. Damit besteht auch insoweit kein Spezialitätsverhältnis.

IX. Übergangsrecht

- 61 § 37h trat gemäß Art. 23 S. 1 des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes am 1. 7. 2002 in Kraft. Gleichzeitig trat das Börsengesetz alter Fassung und damit dessen § 28 außer Kraft (Art. 23 S. 2). Die subjektive Schiedsfähigkeit und damit die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen beurteilen sich ab diesem Stichtag nach neuem Recht. Da dem Gesetz keine Rückwirkung zukommt, behalten alle zuvor wirksam geschlossenen Schiedsvereinbarungen ihre Gültigkeit³.

¹ Vgl. auch *Lehmann*, SchiedsVZ 2003, 219, 223 f.

² *Baur*, Investmentgesetze, 2. Aufl. 1997, § 6 AuslInvestmG Rz. 29; wohl auch *Pfiffer*, in: Brinkhaus/Scherer, AuslandsinvestmentG, 2003, § 6 Rz. 19 (dort ist nur von Gerichtsstandsvereinbarungen die Rede).

³ So jetzt auch BGH v. 13. 1. 2005 – III ZR 265/03, DB 2005, 495, 498.