BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 255/08

Verkündet am:
6. April 2009
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja
BGHR : ja

"Schiedsfähigkeit II"

AktG 1965 §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1; ZPO § 1055; BGB § 138

Beschlussmängelstreitigkeiten im Recht der GmbH sind auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung der Wirkungen der §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG grundsätzlich kraft einer dies analog im Gesellschaftsvertrag festschreibenden Schiedsvereinbarung oder einer außerhalb der Satzung unter Mitwirkung aller Gesellschafter und der Gesellschaft getroffenen Individualabrede "schiedsfähig", sofern und soweit das schiedsgerichtliche Verfahren in einer dem Rechtsschutz durch staatliche Gerichte gleichwertigen Weise - d.h. unter Einhaltung eines aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Mindeststandards an Mitwirkungsrechten und damit an Rechtsschutzgewährung für alle ihr unterworfenen Gesellschafter - ausgestaltet ist (Fortführung von BGHZ 132, 278 - "Schiedsfähigkeit I").

BGH, Urt. v. 6. April 2009 - II ZR 255/08 - OLG Köln
LG Aachen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. April 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Caliebe und Dr. Drescher

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 20. März 2008 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist seit der Gründung der beklagten GmbH im Jahr 1989 an deren Stammkapital zu 50 % als Gesellschafter beteiligt; die beiden weiteren Gesellschafter - Witwe und Sohn des verstorbenen zweiten Gründungsgesellschafters - halten jeweils 25 % des Gesellschaftskapitals. Die Mitgesellschafterin fungiert zugleich als Geschäftsführerin der Beklagten. Zwischen dem Kläger und seinen Mitgesellschaftern bestehen seit Jahren erhebliche Differenzen.

2 Die Gesellschafterversammlung der Beklagten beschloss am 9. Oktober 2006 mit den Stimmen der beiden anderen Gesellschafter in Anwesenheit des Klägers, seinen Geschäftsanteil aus wichtigem Grund einzuziehen. Nachdem

der Kläger die Gesellschafterversammlung verlassen hatte, beschlossen die Mitgesellschafter außerdem, dessen Geschäftsanteil auf sich zu übertragen, stellten die Jahresabschlüsse 2003 und 2004 fest und entlasteten die Geschäftsführerin der Beklagten für die Geschäftsjahre 2003 und 2004.

3 Der Kläger hat sämtliche Beschlüsse vor dem Landgericht mit dem Antrag angegriffen, ihre Nichtigkeit festzustellen bzw. sie hilfsweise für nichtig zu erklären. Die Beklagte hat innerhalb der Klageerwiderungsfrist unter Verweis auf den Gesellschaftsvertrag die Einrede des Schiedsvertrages erhoben und diese in der abgesonderten Verhandlung des Landgerichts über die Zulässigkeit der Klage wiederholt.

4 Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten aus dem Jahr 1989 enthält insoweit folgende Schiedsklausel:

> "Rechtsstreitigkeiten in Angelegenheiten der Gesellschaft zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern oder von Gesellschaftern untereinander in Angelegenheiten der Gesellschaft sollen - soweit gesetzlich zulässig - unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges durch ein aus zwei Beisitzern und einem Vorsitzenden bestehendes Schiedsgericht entschieden werden, von dem, jeweils durch eingeschriebenen Brief an den anderen Teil, die das Schiedsgericht anrufende Partei den einen und die andere Partei binnen zwei Wochen den anderen Beisitzer bestimmt; der Vorsitzende, welcher die Befähigung zum Richteramt besitzen muss, wird durch die Beisitzer binnen zwei Wochen nach Benennung des zweiten Beisitzers bestimmt; benennt die andere Partei ihren Beisitzer oder benennen die Beisitzer den Vorsitzenden nicht frist- und ordnungsgemäß, so werden der zweite Beisitzer bzw. der Vorsitzende auf Antrag einer Partei durch den Präsidenten des für den Gesellschaftssitz zuständigen Landgerichts bestellt; bei Wegfall eines Schiedsrichters - gleichgültig aus welchem Grund - ist ein anderer Schiedsrichter zu bestellen; insoweit gelten die vorstehenden Bestimmungen entsprechend. Mehrere Beteiligte auf Seiten des Klägers oder des Beklagten gelten im Sinne der vorstehenden Regelungen als die eine bzw. die andere Partei; sie treffen die Entscheidungen innerhalb ihrer Partei mit einfacher Mehrheit der vorhandenen Beteiligten nach Köpfen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

> Die gesetzlichen Bestimmungen über das Schiedsverfahren im 10. Buch der Zivilprozessordnung bleiben im Übrigen und auch insoweit, als sie zwingendes Recht darstellen, unberührt."

5 Im Zusammenhang mit der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen nimmt der Gesellschaftsvertrag zusätzlich auf die Schiedsklausel Bezug. Er macht die Anfechtung von einer Beanstandung des Beschlusses gegenüber der Gesellschaft innerhalb einer vierwöchigen Frist abhängig, die bei Anwesenheit des Anfechtenden mit der Beschlussfassung und für in seiner Abwesenheit gefasste Beschlüsse mit dem Tag der Absendung der Mitteilung über das Abstimmungsergebnis anlaufen soll. Im Übrigen legt er fest, dass - soweit nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen - die Gesellschafter nur dann zur Anfechtung berechtigt sind, wenn sie allein oder zusammen mindestens 25 % des Gesellschaftskapitals repräsentieren.

6 Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Dagegen richtet sich die - von dem erkennenden Senat zugelassene - Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

8 I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, Streitigkeiten über die Wirksamkeit von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen seien grundsätzlich schiedsfähig. Voraussetzung der Wirksamkeit einer solche Streitigkeiten umfassenden Schiedsklausel sei allerdings, dass alle Gesellschafter nicht nur die Möglichkeit hätten,

sich am Schiedsverfahren zu beteiligen, sondern auch auf die Auswahl des Schiedsgerichts Einfluss nehmen könnten, sofern nicht eine neutrale Stelle als Schiedsgericht bestimmt sei. Außerdem müssten alle Streitigkeiten bei einem Schiedsgericht konzentriert sein. Im konkreten Fall seien diese Bedingungen für eine wirksame Schiedsvereinbarung nicht vollständig erfüllt, weil nicht gewährleistet sei, dass alle denselben Beschluss betreffenden Streitigkeiten in einem Schiedsverfahren erledigt würden; zudem sei nicht sichergestellt, dass alle Gesellschafter die Besetzung des Schiedsgerichts mit beeinflussen könnten.

9 II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

10 Beschlussmängelstreitigkeiten im Recht der GmbH sind - wie nunmehr auch der Senat unter Aufgabe seines früheren, in BGHZ 132, 278, 285 ff. - Schiedsfähigkeit I - vertretenen ablehnenden Standpunkts in Übereinstimmung mit der jetzt herrschenden Meinung im Schrifttum (vgl. aus der Kommentarliteratur zum GmbHG nur: Roth in Altmeppen/Roth, GmbHG 5. Aufl. § 47 Rdn. 153 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG 18. Aufl. Anh. § 47 Rdn. 36 f.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 16. Aufl. Anh. § 47 Rdn. 77 ff.; Michalski/Römermann, GmbHG Anh. § 47 Rdn. 557 ff.; Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG 4. Aufl. § 47 Rdn. 143 a.E.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 10. Aufl. § 45 Rdn. 150; Raiser in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG Anh. § 47 Rdn. 233 ff.; Wicke, GmbHG Anh. § 47 Rdn. 21) annimmt - auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung der Wirkungen der §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG grundsätzlich kraft einer dies analog im Gesellschaftsvertrag festschreibenden Schiedsvereinbarung oder einer außerhalb der Satzung unter Mitwirkung aller Gesellschafter und der Gesellschaft getroffenen Individualabrede "schiedsfähig", sofern und soweit das schiedsgerichtliche Verfahren in einer dem Rechtsschutz durch staatliche Gerichte gleichwertigen Weise - d.h. unter Einhaltung eines aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Mindeststan-

dards an Mitwirkungsrechten und damit an Rechtsschutzgewährung für alle ihr unterworfenen Gesellschafter (vgl. dazu schon BGHZ 132, 278, 282 - Schiedsfähigkeit I) - ausgestaltet ist (A). Die im Gesellschaftsvertrag der Beklagten enthaltene Schiedsklausel genügt aber nicht diesen an eine solche Vereinbarung zu stellenden Mindestanforderungen, so dass im konkreten Fall die von der Beklagten erhobene Schiedseinrede nicht durchgreift (B).

11 A. 1. Eine Schiedsklausel im Gesellschaftsvertrag einer GmbH kann - wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen ist - die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten auch dann gültig anordnen, wenn sich - wie hier die aus dem Jahr 1989 stammende streitige Schiedsklausel - ihre Wirksamkeit gemäß § 33 Abs. 1 EGZPO noch nach dem bis zum Inkrafttreten des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3224) geltenden alten Recht richtet (Senat, BGHZ 160, 127, 130; 144, 146, 147; BGH, Urt. v. 10. Mai 2001 - III ZR 262/00, ZIP 2001, 1694, 1695; insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 147, 394 ff.).

12 2. Aus der Anwendung des am 31. Dezember 1997 geltenden Rechts ergibt sich keine Vorentscheidung gegen die Zulässigkeit der Anordnung des schiedsrichterlichen Verfahrens. Wie der Senat bereits entschieden hat (BGHZ 160, 127, 132 ff.; 132, 278, 282 f. - Schiedsfähigkeit I), steht § 1025 ZPO a.F. - wie auch § 1030 ZPO n.F. - der grundsätzlichen Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten im Recht der GmbH nicht entgegen (so zutr. auch Baumbach/Hueck/Zöllner aaO Anh. § 47 Rdn. 34; Scholz/K. Schmidt aaO § 45 Rdn. 45; Bayer, ZIP 2003, 881, 884; K. P. Berger, RIW 2001, 7, 13).

13 3. Soweit der Senat in seinem Urteil vom 29. März 1996 (BGHZ 132, 278 ff. - Schiedsfähigkeit I) ausgesprochen hat, dass mangels ausdrücklicher Regelung durch den Gesetzgeber eine Schiedsfähigkeit von Beschlussmängel-

streitigkeiten im Hinblick auf die Wirkungen der §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht auf dem Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu eröffnen sei, hält er daran nicht mehr fest. Da der Gesetzgeber im Rahmen des zwischenzeitlich verabschiedeten und in Kraft getretenen Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes von einer diesbezüglichen gesetzlichen Regelung bewusst Abstand genommen und im Anschluss an die Entwurfsbegründung die Problematik "angesichts ihrer Vielschichtigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht weiterhin der Lösung durch die Rechtsprechung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls überlassen" hat (vgl. RegE Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz, BT-Drs. 13/5274, S. 35), greift der Senat die ihm solchermaßen überantwortete Aufgabe auf und hält - nach nochmaliger Prüfung im Lichte des zwischenzeitlich erreichten Diskussionsstandes in der gesellschaftsrechtlichen (vgl. u.a.: Roth in Altmeppen/Roth aaO § 47 Rdn. 153 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner aaO Anh. § 47 Rdn. 36 f.; Lutter/Hommelhoff aaO § 47 Rdn. 77 ff.; Michalski/Römermann aaO Anh. § 47 Rdn. 557 ff.; Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff aaO § 47 Rdn. 143 a.E.; Scholz/K. Schmidt aaO § 45 Rdn. 150; Raiser in Ulmer/Habersack/Winter aaO Anh. § 47 Rdn. 233 ff.; Wicke aaO Anh. § 47 Rdn. 21) und zivilprozessualen (vgl. u.a.: Münch in MünchKommZPO, 3. Aufl. § 1030 Rdn. 35 f.; Saenger, ZPO 2. Aufl. § 1030 Rdn. 10; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO 22. Aufl. § 1034 Rdn. 22 ff.; Zöller/Geimer, ZPO 27. Aufl. § 1030 Rdn. 9 ff.) Literatur - seine früheren Bedenken gegen die grundsätzliche Zulässigkeit einer analogen Herbeiführung der Wirkungen aus §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG durch Schiedssprüche auf der Grundlage gesellschaftsvertraglicher Schiedsklauseln nicht mehr aufrecht. Dies gilt freilich nur unter der bereits früher vom Senat mit Rücksicht auf das auch hier geltende Rechtsstaatsprinzip geforderten (BGHZ 132, 278, 282 - Schiedsfähigkeit I) Voraussetzung einer dem Rechtsschutz durch staatliche Gerichte gleichwertigen Ausgestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens, die für sämtliche ihm unterworfenen Gesellschafter einen am

Maßstab des § 138 BGB zu messenden (vgl. BGHZ 106, 336, 338 f.) Mindeststandard an Mitwirkungsrechten und damit Rechtsschutzmöglichkeit sicherstellen muss.

14 a) Bei der Begründung der Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in dem hier zu beurteilenden Recht der GmbH handelt es sich - wie in der Literatur zutreffend hervorgehoben worden ist (vgl. nur K. Schmidt, BB 2001, 1857, 1859) - nicht um eine allein vom Gesetzgeber zu lösende Aufgabe; vielmehr kann sie auch durch die beteiligten Gesellschafter privatautonom - d.h. primär durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, ggfs. auch auf der Basis eines ad hoc zustande gebrachten Einvernehmens - gelöst werden.

15 Denn genauso wie die Gesellschafter einen von ihnen mit satzungsmäßiger Mehrheit gefassten Beschluss durch allseitigen Vertrag aufheben können, können sie auch in allseitigem Einvernehmen einem Schiedsgericht unter den genannten "Gleichwertigkeitskautelen" die Befugnis verleihen, den Beschluss nach den Maßstäben des objektiven Gesellschaftsrechts zu prüfen und ggfs. mit den aus den §§ 248, 249 AktG ersichtlichen Wirkungen für nichtig zu erklären. Dabei ist entscheidend, dass diese Aufgabe vor Beginn eines Prozesses gelöst wird und dass die oben genannten vom Senat mit Urteil vom 29. März 1996 (BGHZ 132, 278, 282 f. - Schiedsfähigkeit I) eingeforderten Verfahrensgarantien - das ist das Ergebnis der zwischenzeitlichen wissenschaftlichen Diskussion (vgl. dazu Röhricht in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung [Hrsg.], Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004 [2005], S. 1, 23) - mittels einer entsprechenden kautelarjuristischen vertraglichen Gestaltung gewährleistet werden. Im Übrigen beruht die Rechtskraftwirkung gemäß §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG, soweit sie Beschlussmängelstreitigkeiten im Recht der GmbH betrifft, selbst auf einer richterlichen Rechtsfortbildung, neben der einer analogen Anwendung dieser Vorschriften auf Schiedssprüche keine die Grenzen richterli-

cher Rechtsfortbildung sprengende Qualität zukommt (dazu Bergmann, RWS-Forum 20 [2001], 227, 236 f.). Immerhin ist die analoge Anwendung der §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG - eine wirksame Schiedsvereinbarung vorausgesetzt - zwingende Folge der Eröffnung des schiedsrichterlichen Verfahrens.

16 b) Die mit einer Schiedsklausel getroffene Anordnung des schiedsrichterlichen Verfahrens auch für Beschlussmängelstreitigkeiten muss sich allerdings an § 138 Abs. 1 BGB messen lassen:

17 Die Schiedsvereinbarung unterliegt nach altem wie nach neuem Recht als Unterfall des Prozessvertrages (BGHZ 99, 143, 147) materiellen Gültigkeitsgrenzen (MünchKommZPO/Münch, 3. Aufl. § 1029 Rdn. 15 ff.), die durch § 138 Abs. 1 BGB - der neben § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. Anwendung findet - gezogen werden. Nach § 138 Abs. 1 BGB (dazu BGHZ 106, 336, 338 f.) sind Schiedsvereinbarungen nichtig, wenn sie eine übermäßige Einschränkung des Rechtsschutzes zum Gegenstand haben. § 138 Abs. 1 BGB hat die Funktion, den wesentlichen Grundsätzen und grundlegenden Maßstäben der Rechtsordnung - zu denen auch das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes gehört - gegenüber einem Missbrauch der Vertragsfreiheit Achtung zu verschaffen. Aus dem Rechtsstaatsprinzip ist für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten.

18 Wegen seiner für den Bestand der Rechtsordnung wesentlichen Bedeutung kann der Rechtsschutz durch Parteivereinbarung allenfalls in einzelnen konkreten Ausgestaltungen, nicht aber in seiner Substanz abbedungen werden. Führt die Vereinbarung einer Schiedsklausel dazu, dass eine Partei - hier im weiten Sinne als von der Rechtskraftwirkung eines stattgebenden Schiedsspruchs Betroffenen verstanden - benachteiligt bzw. dass ihr der notwendige

Rechtsschutz entzogen wird, ist die Schiedsvereinbarung mit den guten Sitten unvereinbar und daher nichtig.

19 c) Danach setzt, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, die Wirksamkeit einer Schiedsklausel zu Beschlussmängelstreitigkeiten - am Maßstab des § 138 BGB gemessen - die Erfüllung folgender Mindestanforderungen (vgl. nur Wicke aaO Anh. § 47 Rdn. 21 m.w.Nachw.) voraus:

20 Die Schiedsabrede muss grundsätzlich mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter in der Satzung verankert sein; alternativ reicht eine außerhalb der Satzung unter Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter und der Gesellschaft getroffene Absprache aus. Jeder Gesellschafter muss - neben den Gesellschaftsorganen - über die Einleitung und den Verlauf des Schiedsverfahrens informiert und dadurch in die Lage versetzt werden, dem Verfahren zumindest als Nebenintervenient beizutreten (vgl. Art. 103 Abs. 1 GG: dazu Senat, BGHZ 172, 136 Tz. 15 - AG; BVerfGE 21, 132, 137 f.; 60, 7, 14). Sämtliche Gesellschafter müssen an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken können, sofern nicht die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolgt; im Rahmen der Beteiligung mehrerer Gesellschafter auf einer Seite des Streitverhältnisses kann dabei grundsätzlich das Mehrheitsprinzip zur Anwendung gebracht werden (vgl. dazu auch: Sen.Urt. v. 24. November 2008 - II ZR 116/08, ZIP 2009, 216 - Schutzgemeinschaftsvertrag II, z.V.b. in BGHZ). Schließlich muss gewährleistet sein, dass alle denselben Streitgegenstand betreffenden Beschlussmängelstreitigkeiten bei einem Schiedsgericht konzentriert werden.

21 B. Trotz der solchermaßen grundsätzlich eröffneten Möglichkeit, Beschlussmängelstreitigkeiten im Recht der GmbH nach Maßgabe näherer Anordnung einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Schiedsklausel dem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen, genügten - wie das Berufungs-

gericht ebenfalls zutreffend erkannt hat - die Verfahrensvorgaben der konkreten Schiedsklausel nicht, um der von der Beklagten nach § 1032 ZPO n.F., § 33 Abs. 3 EGZPO rechtzeitig (Senat, BGHZ 160, 127, 131; außerdem BGHZ 147, 394, 396) erhobenen Schiedseinrede zum Erfolg zu verhelfen. Die Schiedsklausel ist vielmehr nach § 138 BGB jedenfalls insoweit nichtig, als sie Beschlussmängelstreitigkeiten in ihren Anwendungsbereich einbezieht.

22 1. Der Senat geht allerdings mit dem Berufungsgericht davon aus, dass die im Gesellschaftsvertrag der Beklagten enthaltene Schiedsklausel das Rechtsschutzbegehren des Klägers trotz der Wendung "*soweit gesetzlich zulässig*" mit umfasst, obwohl zur Zeit ihrer Einführung im Jahr 1989 die damalige höchstrichterliche Rechtsprechung (vgl. Sen.Urt. v. 4. Juli 1951 - II ZR 117/50, LM Nr. 1 zu § 199 AktG 1937; v. 11. Juli 1966 - II ZR 134/65, WM 1966, 1132, 1133; BGH, Urt. v. 28. Mai 1979 - III ZR 18/77, NJW 1979, 2567, 2569) Beschlussmängelstreitigkeiten für nicht schiedsfähig erachtete. Die Revision greift diese Auslegung des Berufungsgerichts als ihr günstig nicht an. Für die Richtigkeit dieses Auslegungsergebnisses spricht der Umstand, dass der Gesellschaftsvertrag im Zusammenhang mit der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen auf die Schiedsklausel Bezug nimmt.

23 2. Am Maßstab des § 138 BGB gemessen ist die Schiedsklausel jedenfalls insoweit unwirksam, als sie Beschlussmängelstreitigkeiten - zur Wirksamkeit im Übrigen bzw. zur Anwendung des § 139 BGB auf die gesamte Schiedsklausel muss der Senat nicht Stellung nehmen - einbezieht. Denn sie sichert die Belange der von der Rechtskraftwirkung analog §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG potentiell berührten Gesellschafter nicht in einer den Geboten des Rechtsstaatsprinzips genügenden Weise.

24 a) Da - wie bereits oben unter II A 3 a) ausgeführt - eine wirksame Schiedsvereinbarung zu Beschlussmängelstreitigkeiten die analoge Anwendung der §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG zur Folge hat, gehört zu dem von § 138 Abs. 1 BGB geschützten Mindeststandard eines rechtsstaatlichen Schiedsverfahrens eine den Mechanismen des § 246 Abs. 3 AktG entsprechende Zuständigkeitskonzentration. Diesen Mindeststandard verfehlt die hier vereinbarte Schiedsklausel schon deshalb, weil sie nicht die notwendige Zusammenfassung sämtlicher einen Beschluss betreffenden Schiedsverfahren bei einem Schiedsgericht gewährleistet.

25 Die Schiedsklausel legt nicht - was im Sinne des Regelungszwecks des § 246 Abs. 3 Satz 1 AktG zur gebotenen Erledigung sämtlicher Beschlussmängelstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht führen würde - eine neutrale Person oder Stelle ex ante als Schiedsgericht fest. Sie sichert die Befassung nur eines ex post bestimmten Schiedsgerichts auch nicht mittels der - dann erforderlichen - Vorgabe, der erste bei der Geschäftsleitung der Gesellschaft eingegangene Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, entfalte im Sinne einer Verfahrenskonzentration "Sperrwirkung" in Bezug auf spätere Anträge.

26 Die Schiedsklausel enthält zudem keine - zur Sicherung der Beteiligungsmöglichkeit für sämtliche Gesellschafter unerlässliche - Bestimmung dahingehend, dass der Verfahrenseinleitungsantrag ohne Festlegung des Antragstellers auf einen Schiedsrichter bei der Gesellschaft einzureichen und von dort aus sämtlichen Mitgesellschaftern mit der Aufforderung zuzustellen sei, binnen einer bestimmten Frist über einen Beitritt auf Seiten des Antragstellers oder der Gesellschaft zu entscheiden.

27 Damit bleiben die allgemeinen Vorgaben der Klausel so weit hinter dem Standard eines Verfahrens vor den staatlichen Gerichten zurück, dass sie am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB scheitert.

28 b) Die Annahme der Revision, es reiche für die Wirksamkeit der Schiedseinrede aus, wenn aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls gewährleistet sei, dass ein von den Gesellschaftern der Beklagten gefasster Beschluss nur von *einem* Gesellschafter und damit nur in *einem* Verfahren angegriffen werde, trifft schon deswegen nicht zu, weil die gesellschaftsvertragliche Klausel im GmbH-Recht objektiv auszulegen ist. Die Sittenwidrigkeit einer Schiedsklausel ist - wie die anderer Rechtsgeschäfte - nach den Verhältnissen im Zeitpunkt ihrer Einführung in den Gesellschaftsvertrag zu beurteilen, nicht hingegen nach den Verhältnissen in dem Zeitpunkt, in dem sie ihre Rechtswirkungen entfaltet (BGHZ 125, 206, 209; 120, 272, 276; 107, 92, 96 f.; 100, 353, 359). Ob eine Schiedsklausel wirksam ist oder nicht und damit die Schiedseinrede eröffnet ist oder nicht, darf nicht nachträglich von Fall zu Fall entschieden werden. Deshalb spielt es auch keine Rolle, dass der Kläger als Initiator eines Schiedsverfahrens auf die Bestimmung des Schiedsgerichts in einem konkreten, von ihm in Gang gesetzten Schiedsverfahren hätte Einfluss nehmen können.

29 c) Dass die Beklagte bei ihrer Gründung lediglich zwei Gesellschafter hatte und gegenwärtig auch nur drei Gesellschafter hat, mithin aus einem überschaubaren Personenkreis besteht, ist in diesem Zusammenhang unerheblich, zumal der Gesellschaftsvertrag eine Erweiterung des Kreises der Gesellschafter schon bei seinem Abschluss vorgezeichnet hat. Die Entscheidung über die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindeststandards und damit über die Wirksamkeit der Schiedsklausel darf nicht von Zufallskriterien abhängen (anders OLG Düsseldorf, GmbHR 2004, 572, 577), zu denen auch gehört, ob sämtliche Gegner einer Beschlussanfechtung - wie im Falle der Beklagten freilich nicht - zugleich

organschaftliche Vertreter der Gesellschaft sind und damit notwendig Kenntnis von der Auseinandersetzung haben. Die Zahl der Gesellschafter der Beklagten ist an keiner Stelle auf die Höchstzahl drei festgeschrieben. Diese Höchstzahl wäre im Übrigen völlig zufällig gewählt. Eine Schiedsklausel kann - vom Systembruch im Hinblick auf die § 138 Abs. 1 BGB sonst beherrschenden Grundsätze ganz abgesehen - nicht jeweils in Abhängigkeit vom aktuellen Bestand der Gesellschafter als wirksam oder als unwirksam behandelt werden.

30 d) Die von der Revision zitierten statutarischen Erschwernisse einer Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen führen zu keinem anderen, für die Beklagte günstigeren Ergebnis, weil sie nicht auszuschließen vermögen, dass gerade über ihre Wirksamkeit zugleich und denselben Beschluss betreffend vor verschiedenen Schiedsgerichten gestritten wird. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass die verbindliche statutarische Vorgabe eines von der Revision so bezeichneten gesellschaftsinternen Vorschaltverfahrens bei Übertragung der Grundsätze der Senatsrechtsprechung zur Verkürzung der Frist des § 246 Abs. 1 AktG (Senat, BGHZ 104, 66, 72; Urt. v. 13. Februar 1995 - II ZR 15/94, ZIP 1995, 460, 461) nicht dem Mindeststandard an Rechtsschutzgewährung entspricht. Zwar lässt der Gesellschaftsvertrag für die Erhebung der Anfechtungsklage selbst mehr als einen Monat Zeit. Er gibt aber weitergehend - der Anfechtungsmöglichkeit vorgeschaltet - eine zusätzliche Obliegenheit zur Beanstandung des Beschlusses innerhalb einer Vierwochenfrist vor, durch die nicht nur der zur sachgerechten Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte erforderliche Überlegungszeitraum gegenüber der Mindestanfechtungsfrist unzulässig verkürzt, sondern weitergehend im Falle ihrer Nichtbeachtung sogar das Anfechtungsrecht völlig ausgeschlossen wird.

31 e) Über die mangelhafte Sicherung der Verfahrenskonzentration hilft auch nicht hinweg, dass nach verbreiteter Auffassung das Ermessen des Schiedsge-

richts, weitere Gesellschafter im Verlaufe des schiedsrichterlichen Verfahrens als streitgenössische Nebenintervenienten nach § 69 ZPO zuzulassen, trotz § 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO n.F., § 33 Abs. 3 EGZPO auf Null reduziert ist (so bereits österreichischer OGH, NZG 1999, 307, 308; OLG Karlsruhe, ZIP 1995, 915, 917; Ebenroth/Bohne, BB 1996, 1393, 1396 f.; K. P. Berger, aaO S. 14). Denn diese allein das Schiedsgericht treffende Verpflichtung vermag nicht die Einleitung paralleler Schiedsverfahren zu verhindern.

32 Durch eine analoge Anwendung des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO lässt sich die Unzulänglichkeit der Schiedsklausel nicht korrigieren. Ein Rückgriff auf § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO zugunsten des zuerst befassten Schiedsgerichts (Bayer, aaO S. 887; Bender, DB 1998, 1900, 1903; Chr. Berger, ZHR 164 [2000], 295, 310 f.; Bork, ZHR 160 [1996], 374, 380; Ebbing, Private Zivilgerichte, S. 182; Papmehl, Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, S. 95; Schulze, Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO, S. 128 Fn. 634; Vetter, DB 2000, 705, 707) hülfe nur dann weiter, wenn Beschlussmängelstreitigkeiten per definitionem stets denselben Streitgegenstand beträfen. Dies ist indessen nicht der Fall, weil der zur Begründung vorgetragene Lebenssachverhalt in verschiedenen Verfahren differieren kann und es sich daher bei den vor verschiedene Schiedsgerichte gebrachten Streitigkeiten nicht notwendig um denselben Streitgegenstand handelt (Korff, Beschlussmängelstreitigkeiten der Kapitalgesellschaft im Schiedsverfahren, 2004, S. 196; Lüke/ Blenske, ZGR 1998, 253, 283; gesehen auch von Papmehl, aaO S. 96).

33 f) Lückenhaft ist die Schiedsklausel auch insofern, als sie eine Einflussnahme aller von der Rechtskraft eines Schiedsspruchs nach §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG potentiell Betroffenen auf die Besetzung des Schiedsgerichts nicht sichert. Diese Sicherung ist als Kompensation für den Verlust des unabhängigen staatlichen Richters als Entscheidungsträger mit po-

tentiell inter omnes wirkender Entscheidungsmacht unverzichtbar. Die Schiedsklausel verfehlt diese Sicherung, weil sie die Bestimmung der Parteischiedsrichter nicht von einer Vorabunterrichtung sämtlicher Gesellschafter abhängig macht. Die in der Schiedsklausel festgelegten und von der Revision wiederholten Vorgaben für die Benennung der Parteischiedsrichter lassen diesen Gesichtspunkt außer Betracht. Dass sich mehrere Streitgenossen auf einer Seite nach näherer Vorgabe der Schiedsklausel auf einen Schiedsrichter zu einigen haben, bedeutet nicht, dass die Schiedsklausel eine Einbindung sämtlicher Gesellschafter auf der einen oder anderen Seite voraussetzt. Auch insoweit hilft eine Ermessenreduktion im Sinne einer Verpflichtung des Schiedsgerichts nicht weiter, nachträglich Gesellschafter als streitgenössische Nebenintervenienten zuzulassen, weil dann die Bestimmung der Schiedsrichter bereits erfolgt ist.

34 g) Dass die Gründer der Beklagten bei Einführung der Schiedsklausel nicht verwerflich handelten und sie den rechtlichen Schluss von der Lückenhaftigkeit der Klausel auf § 138 Abs. 1 BGB nicht gezogen haben, ist für die Anwendung der Vorschrift unerheblich. Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ist nicht davon abhängig, dass den Erklärenden ein sittlicher Vorwurf trifft (BGHZ 94, 268, 272 f.).

35 3. Die Lücken der Schiedsklausel lassen sich auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung mit der Folge einer Unanwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB schließen.

36 Die ergänzende Vertragsauslegung findet ihre Grenze dort, wo sie in eine - unzulässige - freie richterliche Rechtsschöpfung umschlägt (Staudinger/Roth, BGB [2003] § 157 Rdn. 37 ff.). Sie ist deshalb insbesondere ausgeschlossen, wenn verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung einer vertraglichen Regelungslücke in Betracht kommen, aber kein Anhaltspunkt dafür be-

steht, welche dieser Regelungen die Parteien getroffen hätten (BGH, Urt. v. 10. Dezember 1998 - IX ZR 262/97, ZIP 1999, 234, 236; Bamberger/Roth/ Wendtland, BGB 2. Aufl. § 157 Rdn. 42).

37 Das ist hier der Fall. Die Schiedsklausel stammt aus einer Zeit, zu der die Vorgaben des Senats für eine rechtsstaatliche Gestaltung des Schiedsverfahrens in Beschlussmängelstreitigkeiten noch nicht entwickelt waren. Diesen Vorgaben kann auf verschiedene Weise Rechnung getragen werden. Welche der den Erfordernissen rechtsstaatlicher Ausgestaltung des schiedsrichterlichen Verfahrens genügende Variante die Parteien gewählt hätten, ist ungewiss. Dementsprechend lässt sich ein hypothetischer Parteiwille, die Lücken in der einen oder der anderen Weise auszufüllen, nicht ermitteln.

38 4. Die Schiedseinrede der Beklagten greift trotz der Unwirksamkeit der Schiedsklausel nicht etwa deshalb durch, weil der Kläger aus dem Gesichtspunkt der gesellschafterlichen Treuepflicht daran gehindert wäre, ihre Nichtigkeit geltend zu machen.

39 Zwar wird in der Literatur die Ansicht vertreten, die Gesellschafter seien, sofern der Gesellschaftsvertrag eine unwirksame, weil lückenhafte Schiedsklausel enthalte, aus dem Gesichtspunkt der gesellschafterlichen Treuepflicht gehalten, die Schiedsklausel anzupassen (mit unterschiedlichem Ansatz im Einzelnen: Asmussen, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelkonflikten in Körperschaften, S. 107; Bayer aaO S. 890 f.; K. P. Berger aaO S. 15; Bergmann aaO S. 249; Lutter/Hommelhoff aaO Anh. § 47 Rdn. 84; Reichert, FS Ulmer 2003, 511, 533; ders./Harbarth, NZG 2003, 379, 381; Scholz/K. Schmidt aaO § 45 Rdn. 150; ders., BB 2001 aaO S. 1862; B. Schneider, GmbHR 2005, 86, 87; Michalski/Römermann aaO Anh. § 47 Rdn. 561 a.E.). Eine etwaige Verpflichtung des Klägers, an einer Anpassung der unwirksamen Schiedsklausel

mitzuwirken, könnte aber nicht dazu führen, im Rahmen eines bereits rechthängigen Prozesses einer lückenhaften Vereinbarung zum Erfolg zu verhelfen. Der Senat kann deshalb offen lassen, ob eine solche Verpflichtung tatsächlich besteht und mit welcher Mehrheit eine Änderung des Gesellschaftsvertrages herbeizuführen wäre.

Goette Kurzwelly Kraemer

Caliebe Drescher

Vorinstanzen:
LG Aachen, Entscheidung vom 22.05.2007 - 41 O 121/06 -
OLG Köln, Entscheidung vom 20.03.2008 - 18 U 98/07 -