



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die objektive Schiedsfähigkeit nach
Österreichischem Recht“

Verfasser

Magister Ulrich Voit

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften

Wien, 9. April 2009

Studienkennzahl lt.

A 083 101

Studienblatt:

Dissertationsgebiet lt.

Rechtswissenschaften

Studienblatt:

Betreuer:

o. Univ. Prof. Dr. Dr. h.c. Walter H. Rechberger

Vorwort

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, die heikle Frage der Abgrenzung staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, die durch den Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit zum Ausdruck kommt, näher zu beleuchten.

Motiviert wurde ich zu meinem Thema durch ein Urteil des OGH, welches sich mit der objektiven Schiedsfähigkeit von mietrechtlichen Streitigkeiten beschäftigte und noch zur Rechtslage vor dem Schiedsrechtsänderungsgesetz 2006 erging. In diesem Spannungsfeld gab es einen guten Nährboden, Abgrenzungsfragen aufzuwerfen und nach Möglichkeit zu beantworten.

Das Schiedsrechtsänderungsgesetz 2006 brachte durch die Änderung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen auch tiefgreifende Auswirkungen auf das materielle Recht mit sich, da nunmehr jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann. Diese Änderung der objektiven Schiedsfähigkeit kann auch mitentscheidend dafür sein, ob Österreich als Schiedsstandort seine Bedeutung beibehalten kann.

Besonderen Dank schulde ich für seine Geduld und Mühe o. Univ. Professor Dr. Dr. h.c. Walter H. Rechberger, der mir in einer wohlwollenden Art und Weise viele Anhaltspunkte für meine Arbeit lieferte.

Dank gilt auch der Zweitbegutachterin o. Univ. Professorin Dr. Ena-Marlis Bajons und nicht zuletzt meinem Freund, Assistenten Dr. Christian Koller, mit dem ich sehr viele Fragestellungen diskutieren durfte.

Viel Verständnis wurde mir von Seiten meiner Arbeitgeber entgegengebracht, hier möchte ich Notar-Partner Dr. Harald Festl und Notar Mag. Michael Raeser erwähnen und mich geziemend bedanken.

Zuletzt danke ich meiner Familie, meinem Vater Günter und meiner Mutter Erika und eine Widmung gilt auch meiner am 25.12.2007 verstorbenen Großmutter Maria Voit.

Wien, im April 2009

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	II
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	VIII
Einleitung.....	1
I. Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich	4
1. Schiedsgerichtsbarkeit und ordentliche Gerichtsbarkeit.....	5
2. Verfassungsrechtliche Grundlagen	8
3. Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich	10
4. Spannungsfelder der Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich.....	11
5. Änderungen der schiedsrichterlichen Bestimmungen in der ZPO.....	15
a. Zusammenfassung der wichtigsten Änderungen durch die Neuregelung....	15
b. Auswirkungen der Reform.....	17
II. Die Schiedsvereinbarung.....	19
1. Inhalt der Schiedsvereinbarung.....	19
2. Rechtsnatur und Auslegung der Schiedsvereinbarung	23
3. Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht	28
4. Erlöschen der Schiedsvereinbarung.....	30
III. Die objektive Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht.....	31
1. Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit	32
2. Die objektive Schiedsfähigkeit als Eingriffs- und Kontrollinstrument des Staates	33
a. Schiedsfähigkeit und ordre public	36
b. Objektive Schiedsfähigkeit und der Verbraucherschutz.....	39
c. Die internationalrechtliche Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit..	43
3. Die Zulässigkeit des Schiedsweges	44
4. Die objektive Schiedsfähigkeit vor dem SchiedsRÄG 2006	46
a. Vereinbarung.....	47
b. Rechtsstreitigkeit.....	47
c. Begriff der Vergleichsfähigkeit	48
c.1 Die prozessuale Theorie	49
c.2 Die streng materiellrechtliche Theorie.....	51
c.3 Theorie der objektiven Verfügbarkeit des Streitgegenstandes.....	52
c.4 Sukkus für die österreichische Rechtslage	53
c.5 Zusammenfassung.....	57

IV. Das neue Recht der objektiven Schiedsfähigkeit	58
1. Vermögensrechtliche Ansprüche	59
2. Folgen der Neuregelung	63
3. Abgrenzung des vermögensrechtlichen Anspruches vom nicht vermögensrechtlichen Anspruch	65
4. Ausnahmen	67
5. Die objektive Schiedsfähigkeit nach deutschem Recht	69
6. Die objektive Schiedsfähigkeit nach schweizerischem Recht	70
7. Die subjektive Schiedsfähigkeit	77
a. Begriff der subjektiven Schiedsfähigkeit	77
b. Abgrenzung zur objektiven Schiedsfähigkeit	78
c. Folgen des Fehlens der subjektiven Schiedsfähigkeit	79
V. Die objektive Schiedsfähigkeit außerstreitiger Rechtssachen	80
1. Das Außerstreitgesetz	81
a. Die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges	82
b. Die Abgrenzung zwischen außerstreitigem und streitigem Verfahren	83
c. Die außerstreitigen Gegenstände	84
2. Die objektive Schiedsfähigkeit von wohnrechtlichen Gegenständen	84
3. Die objektive Schiedsfähigkeit von Miteigentumsstreitigkeiten	89
4. Die objektive Schiedsfähigkeit des Verlassenschaftsverfahrens	89
5. Die objektive Schiedsfähigkeit von personen- und familienrechtlichen Verfahren	94
6. Die objektive Schiedsfähigkeit von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach deutschem Recht	95
7. Die objektive Schiedsfähigkeit von familien- und erbrechtlichen Streitgegenständen nach schweizerischem Recht	97
8. Ergebnis	99
VI. Die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage	101
1. Problemlage	102
2. Die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage	107
a. Bestandsinteressen gesellschaftsfremder Dritter	110
b. Bestandsinteressen der Gesellschafter	111
c. Bestandsinteresse der GmbH	112
d. Zwischenergebnis	112
3. Verfahrensrechtliche Fragen zur Anfechtungsklage – Der Drittschutz, ein Problem außenwirkender Beschlüsse	113
4. Möglichkeiten des Drittschutzes im Anfechtungsverfahren	114
5. Die objektive Schiedsfähigkeit des gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsstreites	117

a.	Urteilswirkungen als Grund für die fehlende objektive Schiedsfähigkeit	118
b.	Mangel der Vergleichsfähigkeit: Der Streitstoff sei nicht vergleichsfähig	120
c.	Nicht alle Parteien haben der Schiedsvereinbarung zugestimmt	122
d.	Die neue Rechtslage zur objektiven Schiedsfähigkeit des gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsstreites	122
e.	Zusammenfassung - Ergebnis	123
f.	Die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage nach deutschem Recht	125
g.	Die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage nach schweizerischem Recht	127
6.	Sonstige gesellschaftsvertragliche Schiedsgerichte	128
7.	Ergebnis	132
8.	Möglichkeiten und Grenzen der schiedsrichterlichen Streiterledigung in der Stiftung	133
a.	Allgemeines zur Privatstiftung	133
b.	Möglichkeiten der schiedsrichterlichen Streiterledigung	134
c.	Grenzen der schiedsrichterlichen Streiterledigung	136
d.	Ergebnis	136
VII.	Die objektive Schiedsfähigkeit exekutionsrechtlicher Streitigkeiten	137
1.	Das Exekutionsverfahren	137
2.	Rechtsmittel und Rechtsbehelfe	139
a.	Die Oppositionsklage	139
b.	Die Impugnationsklage	140
c.	Die Exszindierungsklage	142
3.	Die objektive Schiedsfähigkeit der exekutionsrechtlichen Klagen	143
a.	Der Meinungsstand	143
b.	Die objektive Schiedsfähigkeit der Oppositionsklage	146
c.	Die objektive Schiedsfähigkeit der Impugnationsklage	149
d.	Die objektive Schiedsfähigkeit der Exszindierungsklage	151
4.	Ergebnis	152
VIII.	Die fehlende objektive Schiedsfähigkeit	154
1.	Die Lehre vom Nichturteil	154
2.	Der Nicht-Schiedsspruch	157
3.	Rechtsfolgen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit	160
a.	Alte Rechtslage	161
b.	Neue Rechtslage - Ergebnis	162
	Anhang	168
	Lebenslauf	170

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AktienG	Aktiengesetz
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
AußStrG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen
Bd	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
B-VG	Bundesverfassungsgesetz in der Fassung von 1929
bzw.	beziehungsweise
dh	das heißt
f	folgende
ff	und die folgenden
FN	Fußnote
GkoärsG	Gerichtskommissärsgesetz
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IPRG	Schweizerisches Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987
JAP	Juristische Ausbildung und Praxis
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
KSG	(Schweizerisches) Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969
leg cit	legis citatae
lit	littera (Buchstabe)
MRG	Mietrechtsgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NYÜ	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (New York Convention) vom 10. Juni 1958
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
Rz	Randzahl
Rdnr	Randnummer
S	Seite
s	siehe
SchiedsVZ	SchiedsVZ - Zeitschrift für Schiedsverfahren German Arbitration Journal (German Arb.J.) Jg. I (2003) ff
SchKG	Bundesgesetz über Schuldeintreibung und Konkurs
ua	unter anderem, und andere
UNCITRAL Model Law	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 21. Juni 1985 (with amendments as adopted in 2006)

uvm	und viele mehr
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
wobl	wohnrechtliche Blätter
Z	Ziffer, Zahl
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZPO	Zivilprozessordnung
zT	zum Teil

Literaturverzeichnis

In der nachfolgenden Aufstellung sind jene Schriften verzeichnet, auf die mehrfach Bezug genommen wird. Sie sind in den Fußnoten entweder bloß mit dem Namen des Verfassers oder einem Kurztitel angeführt. Artikel, auf die Bezug genommen wird, sind vollständig in den einzelnen Fußnoten angeführt.

- Albers, Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen / begr. von Adolf Baumbach. Fortgef. von Wolfgang Lauterbach. Nunmehr verf. von Jan Albers; Peter Hartmann, 58. Aufl. (2000)
Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008)
Backhausen, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts, LBI X (1990)
Berger/Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (2006)
Deixler-Hübner, Zivilverfahren: Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts / von Astrid Deixler-Hübner und Thomas Klicka, 3. Aufl. (2003)
Dittrich, Robert [Hrsg.]: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, 22., völlig neu bearb. Aufl. (Stand: 1.1.2007)
Dittrich/Tades, Arbeitsrecht (2008)
Dirnbacher, Das Mietrechtsgesetz idF der WRN 2006 (2007)
Dirnbacher, Wohnungseigentumsgesetz idF der WRN 2006 (2006)
Fasching Hans W., Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen: [in fünf Bänden] / von Hausmaninger, Christian [Bearb.] : §§ 577 bis 618 ZPO 2.Aufl. (2007)
Fasching Hans W., Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht (1973)
Feil, Verfahren außer Streitsachen (2005)
Feldt, Der Director der englischen Limited (2008)
Haas (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit im Sport (2003)
Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht - Gesellschaften, Genossenschaften, Unternehmensverbindungen, 3. Aufl. (1978)
Heller, Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (1996)
Henn, Schiedsverfahrensrecht (1986)
Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht, 2.Auflage (1976)
Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil (1958)
Kalss-Doralt-Nowotny, Gesellschaftsrecht (1990)
Kalss-Nowotny-Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)
Kletecka, Bürgerliches Recht –Band I Sachenrecht¹³ (2006)
Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Das neue Schiedsrecht, ecolex spezial (2006)
Koppensteiner, Hans-Georg/Rüffler, Friedrich: GmbH-Gesetz, 3. aktualisierte und erw. Aufl. (2007)
Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005)
Lörcher, Gino: Das Schiedsverfahren – national, international - nach deutschem Recht, von Gino Lörcher; Heike Lörcher; Torsten Lörcher, 2. Aufl. (2001)
Mayr/Fucik, Das neue Verfahren außer Streitsachen (2004)
Müller, Die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes (1997)
Münchener Kommentar der ZPO², Bd 3 (2001)

Münzberg, Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit (1970)
 Neuteufel, Schiedsrechtliche Entscheidungen 1898-1998 (2000)
 Oberhammer, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts, LBI XXVII (2002)
 Pammer, Probleme des Schiedsverfahrens in Österreich und Lösungsvorschläge im Hinblick auf die internationale Staatengemeinschaft (2004)
 Petschek-Stagel, Der österreichische Zivilprozess - eine systematische Darstellung (1963)
 Rechberger, Kommentar zum Außerstreitgesetz¹ (2006)
 Rechberger/Melis in Rechberger, Kommentar² zu §§ 577-599 (2000) bzw. in Rechberger, Kommentar³ zu §§ 577 -618 (2006)
 Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁴ (2005)
 Rechberger/Oberhammer/Bogensberger, Der vollstreckbare Notariatsakt (1994)
 Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht - Erkenntnisverfahren⁶ (2003)
 Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH Recht ², Band 1 (1997)
 Reiner, Das neue österreichische Schiedsrecht (2006)
 Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht² (1993)
 Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit² (1989)
 derselbe in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung²² Band 9 (2002)
 Schütze – Tscherning - Weis, Deutsches und internationales Schiedsverfahrensrecht² (1990)
 Thöni, Rechtsfolgen fehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse (1998)
 Umfahrer, GmbH Handbuch für die Praxis (2008)
 Wagner/Knechtel, Kommentar zur Notariatsordnung (2006)
 Walker, Österreichisches Exekutionsrecht⁴ (1932)
 Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960)
 Wünsch, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen (1968)
 Zeiler, Schiedsverfahren (2006)

Einleitung

Die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes ist als Begrifflichkeit ein wesentlicher, spannender und gegenwärtig einer Wandlung unterworfenen Aspekt der Schiedsgerichtsbarkeit. Sie steht in einem Spannungsfeld zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, welches von der Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges geprägt und daher von mannigfaltigen Abgrenzungs- und Auslegungsfragen bestimmt ist.

Mein Thema selbst beschäftigt sich mit der objektiven Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht. Die vorliegende Arbeit soll erforschen, was den Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht ausmacht, was er für eine Rolle für den Staat zur Begrenzung des Anwendungsbereiches der Schiedsgerichtsbarkeit spielt, welche unklaren Bereiche die legislative Neugestaltung mit sich bringt, beispielsweise hinsichtlich der Frage der Vergleichsfähigkeit eines Anspruches oder der Abgrenzung vermögensrechtlicher und nicht-vermögensrechtlicher Ansprüche. Besonderen Platz wird die Frage nach den Rechtsfolgen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit einnehmen.

Im Zuge dessen wird zu untersuchen sein, wie sich die Auswirkungen auf die einzelnen Rechtsmaterien des österreichischen Rechts darstellen, da der jeweilige Streitgegenstand Auswirkungen für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges hat, und zuletzt, welche Fragen die Normierung der objektiven Schiedsfähigkeit als Aufhebungsgrund mit sich bringt.

Begleitende Umstände bei der Bearbeitung des Themas waren die Änderung der schiedsrechtlichen Bestimmungen der ZPO mit 1.7.2006, auf die schwerpunktmäßig einzugehen sein wird. Das österreichische Schiedsverfahrensrecht findet sich nunmehr in den §§ 577 – 618 öZPO nF.¹ Grundlage dafür war der Bericht einer Arbeitsgruppe, initiiert von Univ.-Prof. Dr. Walter H. Rechberger und geleitet von Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer.² Davor bestand – abgesehen von den Änderungen

¹ Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich stets auf die öZPO RGBL. 1895/113

² Vgl. Rechberger (Hrsg.), Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts mit Erläuterungen von Paul Oberhammer, Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XXVII (2002) (im Folgenden: Oberhammer, Entwurf, (2002) Seite)

durch die Gesetzesnovelle 1983³ – das österreichische Schiedsverfahrensrecht seit der Einführung der ZPO 1895 auf Basis der Arbeit von Franz Klein.

Dieser und weitere Umstände machten eine Reform notwendig. Bei der Zivilverfahrensnovelle 1983 wurde unter anderem § 577 hinsichtlich der Schriftformerfordernisse an Art II Abs 2 UNÜ angepasst. Es wurden die Aufhebungsgründe des § 595 neu geregelt.

Die Vorschriften zur objektiven Schiedsfähigkeit wurden bei dieser großen Reform 1983 nicht geändert. Demgegenüber wurde bei der nun vorliegenden Reform des Schiedsverfahrensrechts ein sehr großer und dazu überaus notwendiger Schritt im Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit gesetzt.

Ein ganz wesentlicher Bestandteil der Orientierung bei der Neuregelung bildete das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, sodass nunmehr mit internationalen Standards mitgehalten werden kann.

Die Aktualität des Themas „Die objektive Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht“ wird zusätzlich durch den Umstand evident, dass die alte Rechtslage weiterhin Gültigkeit für Schiedsverfahren besitzt, die vor dem 1.7.2006 durch Abschluss einer Schiedsvereinbarung initiiert wurden. Es ist also naheliegend, dass sowohl die alte als auch die neue Rechtslage weiterhin in Schiedsverfahren Anwendung finden, wobei die Parteien insofern Einfluss darauf nehmen können, als sie jederzeit die alte Schiedsvereinbarung aufheben und eine neue Schiedsvereinbarung abschließen können.

Nun zur Gliederung der Arbeit:

Der erste Teil soll einen kurzen Überblick über den Ablauf eines Schiedsverfahrens bieten. Dabei möchte ich näher auf die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung eingehen. Im zweiten Teil steht die Begrifflichkeit der objektiven Schiedsfähigkeit unter Berücksichtigung der alten und neuen Rechtslage im Mittelpunkt. Daneben wird sich der zweite Teil mit der Auswirkung auf das materielle Recht unter besonderer

³ BGBl 1983/135 Zivilverfahrensnovelle 1983

Berücksichtigung ausgewählter Rechtsbereiche beschäftigen. Dazu werde ich stellenweise auf die korrespondierende rechtliche Situation in Deutschland und der Schweiz eingehen. Der dritte und letzte Teil wird die spannende Frage der Rechtsfolgen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit behandeln.

I. Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist nach der in Österreich herrschenden Meinung ein Sonderverfahren des Privatrechtes kraft Besonderheit des Entscheidungsorgans. Sie ist daher keine reine Einrichtung der privaten Rechtsverfolgung, keine privatautonome Rechtsgestaltung, da dem Schiedsspruch die Wirkungen eines gerichtlichen Hoheitsaktes zukommen, schon gar keine Ausformung der Selbstjustiz, sondern vielmehr eine staatlich geordnete Form der Geltendmachung von Rechten vor nichtstaatlichen Entscheidungsorganen.⁴ Die Schiedsgerichtsbarkeit ist eine Alternative zur Zivilgerichtsbarkeit.⁵

Walter hat sich, was die österreichische Rechtslage anbelangt, ausführlich mit dem Begriff der Gerichtsbarkeit unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen auseinandergesetzt.⁶ Danach ist Gerichtsbarkeit im materiellen Sinn die Entscheidung eines zivilen Rechtsstreites auf Grund des geltenden Rechts.⁷ Die Schiedsgerichtsbarkeit ist sachlich betrachtet Rechtsprechung im materiellen Sinn, da ein Schiedsspruch die Sachentscheidung eines Zivilrechtsstreits ist.⁸ Die Unterwerfung unter die Gerichtstätigkeit bzw. Rechtsprechung eines Schiedsgerichtes bedeutet den Verlust der Rechtsprechung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit. Dort, wo es den Parteien lieber ist bzw. vorteilhafter erscheint - welche Gründe auch immer sie dazu bewegen (dazu siehe unten I 4.) - und wo der Staat dagegen keine Einwände hat, soll die Möglichkeit offen stehen, einen Streit vor einem Schiedsgericht auszutragen.

Die Durchsetzung eines in einem Schiedsspruch festgestellten Anspruches bedarf der Mithilfe der ordentlichen Gerichte. Dass Parteien unter Ausnutzung der ihnen zukommenden Privatautonomie und unter Umgehung von verfahrens- und materiellrechtlichen Vorschriften ein „freies“ Schiedsgericht einrichten, ist zwar

⁴ Fasching, Schiedsgericht 1; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 Vor § 577 ZPO Rz 1; Rechberger-Simotta, Rz 92; Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 2 zu Vor § 577 ZPO

⁵ Bajons in FS Kralik, 10

⁶ Für die deutsche Rechtslage ua Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil, 6ff. Er fragt nach dem Begriff des Zivilgerichtes im Zusammenhang mit der Frage nach der Wirksamkeit eines Zivilurteils.

⁷ Walter, Gerichtsbarkeit, 18 mwN

⁸ OGH 14.12.1994, 7 Ob 604/94

denkbar, in der Praxis wird ein solches Vorgehen de facto nicht vorkommen.⁹ Ein unter Außerachtlassung sämtlicher verfahrens- und materiellrechtlicher Normen ergangener Schiedsspruch ist ein Nichtschiedsspruch und kann jedenfalls vor ordentlichen Gerichten nicht durchgesetzt werden

1. Schiedsgerichtsbarkeit und ordentliche Gerichtsbarkeit

Das ordentliche Gericht darf gemäß § 578 in Angelegenheiten der Schiedsgerichtsbarkeit nur insofern tätig werden, als es die schiedsrichterlichen Bestimmungen der öZPO gem. §§ 577 – 618 vorsehen. Staatliche Gerichte sollen folglich die Rechtsprechungstätigkeit der Schiedsgerichte bloß unterstützen.¹⁰ Walter spricht davon, dass den Schiedsgerichten bloß eine eingeschränkte Befugnis zukommt und es notwendigerweise zu einer Einmündung in die ordentliche Gerichtsbarkeit kommt.¹¹ Wie diese bloß „eingeschränkte“ Befugnis sich tatsächlich darstellt, lässt er an dieser Stelle offen. In diesem Zusammenhang nehme ich vorweg, dass die Überprüfung eines Schiedsspruches und insbesondere die Vollstreckung zu dieser „eingeschränkten“ Befugnis zählen.

Bei der Gegenüberstellung der Schiedsgerichtsbarkeit und der ordentlichen Gerichtsbarkeit muss man zunächst einmal den Begriff der Gerichtsbarkeit beschreiben. Unter Gerichtsbarkeit versteht Walter die Vollziehung von Gesetzen, gleich in welcher Form, keinesfalls darf man darunter die Schaffung von Gesetzen verstehen.¹² Schiedsgerichte sind ebenfalls mit der Vollziehung von Gesetzen betraut, jedoch ist die Tätigkeit von Schiedsgerichten auf bestimmte Rechtsbereiche eingeschränkt und unterscheidet sich diese daher schon aus diesem Grund von der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Unter Gerichtsbarkeit versteht Walter aber auch die Vollziehung gewisser individueller Akte.¹³ Auf Verfassungsebene kommt der Gerichtsbarkeit die Vollziehung von den Erkenntnissen des VfGH gemäß Art 146 Abs. 1 B-VG zu. In Zivilsachen ist die Gerichtsbarkeit zur Vollziehung individueller Akte, nämlich von gerichtlichen Urteilen und Beschlüssen berufen. Auch auf dieser

⁹ Münzberg 65 mwN

¹⁰ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 578 Rz 1

¹¹ Walter, Gerichtsbarkeit, 96

¹² Walter, Gerichtsbarkeit, 32

¹³ Walter, Gerichtsbarkeit, 33

Ebene ist zwischen Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit zu unterscheiden, weil es dem Schiedsgericht nicht möglich ist, Schiedssprüche zu vollstrecken.

Wie kommt es nun zur Begründung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes? Die erste Hürde, gleichermaßen der erste Schritt auf dem Weg zur Vereinbarung eines Schiedsgerichts, bildet die Zuständigkeitsvereinbarung durch die Parteien. Die Schiedsgerichtsbarkeit in ihrer Gesamtheit kann daher als Ausfluss der Privatautonomie, durch die den Parteien zukommende, prozessuale Dispositionsbefugnis über einen Streitgegenstand, bezeichnet werden.¹⁴ Die Grenzen der Privatautonomie und damit der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit im Falle der Überschreitung dieser Grenze werden unter anderem durch die objektive Schiedsfähigkeit gezogen.¹⁵ Der Gesetzgeber engt die Vollziehung von Gesetzen durch Schiedsgerichte dadurch ein, dass er gewisse Rechtsmaterien, für die in der Schiedsgerichtsbarkeit kein Raum bestehen soll, von der objektiven Schiedsfähigkeit ausnimmt. (siehe unten III.2).

Der Schiedsspruch – unabhängig davon, ob er angefochten wird oder nicht – bewirkt Rechtskraft wie das Urteil des ordentlichen Gerichts und bildet einen Exekutionstitel gemäß § 1 Z 16 EO. Zur Vollstreckung bedarf der Schiedsspruch wie bereits eingangs erwähnt der Mitwirkung ordentlicher Gerichte.¹⁶ Dem Staat kommt nämlich, was die Anwendung von Zwang anbelangt, eine monopolartige Stellung zu, insofern kommt es tatsächlich auf dieser Ebene zu einer Einmündung der Schiedsgerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit. Eingedenk dieser Tatsache wird klar, dass es in jedem Schiedsverfahren, genauer gesagt, einem Schiedsverfahren nachfolgend, zu einer Beteiligung des staatlichen Gerichtes kommen kann, und es kommt dadurch der ordentlichen Gerichtsbarkeit auch bei Nichtanfechtung des Schiedsspruches ein Kontrollmechanismus zu, allerdings nicht, was den Inhalt des Schiedsspruches anbetrifft. Damit steht zweifelsfrei fest, dass dem Schiedsgericht nicht jede Ausformung der Gerichtsbarkeit zur Verfügung steht.¹⁷ Die Frage, ob die Schiedsvereinbarung rein materiellrechtlicher oder rein prozessualer Natur ist, erhält durch diesen Umstand zusätzlich Nahrung. Die fehlende Möglichkeit der

¹⁴ Heller, Rahmen 31f

¹⁵ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 577 ZPO Rz 6

¹⁶ Fasching¹ § 577 öZPOaF Anm 1; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 Vor § 577 ZPO Rz 3

¹⁷ Rechberger-Simotta, Rz 90/1

Vollstreckung des Schiedsspruches durch das Schiedsgericht könnte auf die materiellrechtliche Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung schließen lassen. Durch den Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die Unterwerfung unter den Schiedsspruch und die autoritative Entscheidung überwiegen aber mE eindeutig die prozessualen Aspekte bei der Auslegung der Schiedsvereinbarung (siehe unten II.2).¹⁸

Die großteils erheblichen Änderungen der schiedsrichterlichen Bestimmungen durch das SchiedsRÄG 2006, insbesondere was den Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit anbelangt, zeigen einerseits die Notwendigkeit der Anpassung und Weiterentwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit. Andererseits wird dadurch die große Bedeutung des klaren, möglichst genau umschriebenen Verhältnisses zwischen der Schiedsgerichtsbarkeit und der ordentlichen Gerichtsbarkeit evident. Wie Fasching treffend bemerkte, ist es die Pflicht des Gesetzgebers, genau festzulegen, wo die Trennlinie der Zuständigkeit zwischen ordentlichen Gerichten und Schiedsgerichten zu verlaufen hat, um Abgrenzungsprobleme hinsichtlich der Frage nach der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Schiedsvereinbarungen und nachfolgenden Schiedsverfahren zu vermeiden. Ein Postulat, welches zweifelsfrei nicht immer einfach zu erfüllen ist, aber im Sinne der Schaffung transparenter Bestimmungen und der damit verbundenen Steigerung der Attraktivität des Schiedsstandortes Österreich große Bedeutung hat.

Dazu hat der Gesetzgeber Mindestgarantien für die Objektivität der Schiedsrichter, die Organisation des Verfahrensablaufes und die Schiedssprüche zu sichern.¹⁹

Im Falle einer Anfechtung des Schiedsspruches stehen auch nach den Änderungen durch das SchiedsRÄG 2006 wiederum drei Instanzen staatlicher Gerichtsbarkeit für die Anfechtung offen. Das für die Schiedsgerichtsbarkeit so wichtige Argument der Verfahrensökonomie lässt sich in diesem Zusammenhang nicht erkennen. Das ursprüngliche Ziel, einen zweigliedrigen Instanzenzug nach deutschem Vorbild einzuführen, scheiterte.²⁰ Die Konzentration der Erstzuständigkeit beim

¹⁸ Böhm, Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten, ZfRV 1968, 264; Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 5 zu § 581 ZPO; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 581 ZPO Rz 92

¹⁹ Fasching, Schiedsgericht 3; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 Vor § 577 ZPO Rz 9 ff

²⁰ Oberhammer, Der Weg zum neuen Österreichischen Schiedsverfahrensrecht, SchiedsVZ 2006, 64

Handelsgericht Wien bringt aus meiner Sicht keine nennenswerte Vereinfachung. Gerade in letzter Zeit ist dieser Umstand ins Zentrum der Kritik gerückt. Offensichtlich legt der Gesetzgeber großen Wert auf die Beibehaltung der drei Instanzen, die ursprünglichen Überlegungen eines direkten Rechtszug vom Erstgericht an den OGH wurden verworfen, weil sie nicht durchsetzbar waren.²¹ Obwohl dem Gesetzgeber bewusst war, dass die dem Schiedsgericht nachfolgenden Instanzen keine Inhaltskontrolle mehr ausüben, dh keine Entscheidung in der Sache selbst herbeiführen können. Vielmehr ist eine Anfechtung nur unter sehr eingeschränkten Gründen möglich, wie die Bestimmung des § 611 Abs 2 mit ihrer taxativen Auflistung deutlich macht.²² In dem ausdrücklichen Festhalten an dem dreigliedrigen Instanzenzug lässt sich mE durchaus ein gewisses Maß an Misstrauen gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit ableiten.

Das rechtliche Verhältnis zwischen Schiedsgericht und staatlichem Gericht wurde durch die Aufnahme einer echten Schiedshängigkeit erweitert. Das staatliche Gericht kann nicht angerufen werden, außer es wird im Schiedsverfahren die Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes eingewendet und es zeigt sich, dass in angemessener Zeit kein Schiedsspruch zu erwarten ist. Oder aber eine Partei erhebt Klage vor einem ordentlichen Gericht und die beklagte Partei lässt sich in das Verfahren vor dem staatlichen Gericht ein (§ 584).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit vor einem staatlichen Gericht derart releviert werden kann, dass entweder das staatliche Gericht über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu entscheiden, den Schiedsspruch wegen mangelnder Schiedsfähigkeit aufzuheben oder die Vollstreckung aus demselben Grund auszusetzen hat.

2. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Der Verfassungsgesetzgeber hat die Schiedsgerichtsbarkeit im B-VG 1920 nicht erwähnt.²³ Sie fällt jedenfalls nicht unter den Begriff der Gerichtsbarkeit des

²¹ Stellungnahme der RAK Zl.13/1 05/87, 12; Reiner, 24

²² Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 611 ZPO Rz 12

²³ Heller, Rahmen 9 unter Bezugnahme auf Walter, Gerichtsbarkeit, 96

Art 82 B-VG, da die darin angeführten Kriterien nicht auf Schiedsrichter, sondern nur auf Berufsrichter zutreffen. Es gibt aber auch keinen Autor, welcher die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit in Zweifel zieht. Walter drückt sich indes eher vorsichtig aus, wenn er schreibt, dass Schiedsgerichte, gegen die zwar seitens der Verfassung keinerlei Bedenken bestehen, da sie der Verfassungsgesetzgeber von 1920 nicht ausdrücklich abgeschafft hat, nicht als eigene Gerichte erscheinen.²⁴ ME handelt es sich aber bei der Schiedsgerichtsbarkeit jedenfalls um eigene Gerichte bzw. Gerichtsbarkeit in den vom Gesetzgeber übertragenen Rechtsbereichen, weil dem Schiedsgericht wie dem ordentlichen Gericht die Vollziehung der Gesetze obliegt. Es war dem Verfassungsgesetzgeber die Einrichtung von Schiedsgerichten gleichermaßen bekannt wie selbstverständlich, sodass er in den Artikeln der Bundesverfassung keine Bestimmung über sie aufgenommen hat, die in der österreichischen Lehre vorherrschenden historischen Begründungen sind daher einleuchtend.²⁵

Schiedsrichter genießen im Gegensatz zum staatlichen Rechtsprechungsorgan an sich keine richterlichen Garantien. Der Richter hat ausgehend vom Beamtenstatus die richterlichen Garantien, er ist unabhängiges, unversetzbares und unabsetzbares Organ.²⁶ Schiedsrichter können aber gemäß § 588 abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, welche berechtigte Zweifel an ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit begründen.

Nach Heller stellt die Verfassung Anforderungen an die Schiedsvereinbarung. Es muss aus ihr klar hervorgehen, dass ein Schiedsgericht an Stelle des grundsätzlich zur Entscheidung berufenen Organs entscheidet. Die Schiedsvereinbarung muss als Verzicht auf den gesetzlichen Richter freiwillig abgeschlossen werden. Die Schiedsvereinbarung darf nicht alle denkbaren Streitfälle einem Schiedsgericht zur Entscheidung zuweisen, vielmehr muss sie an bestimmte, ausgewählte Rechtsbeziehungen der Parteien anknüpfen.²⁷

²⁴ Walter, Gerichtsbarkeit, 96

²⁵ Backhausen, Schiedsvertragsrecht 5 mwN

²⁶ Walter, Gerichtsbarkeit, 52 ff; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 Vor § 577 ZPO Rz 3

²⁷ Heller, Rahmen 27

Ein verfassungsrechtliches Gebot, Schiedsgerichtsbarkeit anzuerkennen, ist aus dem verfassungsrechtlichen Schutz der Privatautonomie nicht abzuleiten.²⁸

3. Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich

Die schiedsrichterlichen Bestimmungen der öZPO nehmen in deren Rahmen eine nachgeordnete Stellung ein. Durch diese Nachordnung kommt zum Ausdruck, dass ihr gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein gewisser Nachrang zuzumessen ist. Sie wird von der herrschenden Meinung in Österreich auch als „besondere“ Verfahrensart bezeichnet.²⁹

Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit in der Praxis zu analysieren ist schwierig, wie meines Erachtens Backhausen richtig schreibt.³⁰ Sie lässt sich nur sehr schwierig in Zahlen fassen, da das Geheimhaltungsinteresse der Streitparteien häufig sehr groß ist. Große Schiedsinstitutionen halten sich in der Folge sehr bedeckt über die von ihnen abgewickelten Verfahren. Weil zwischen Parteien oftmals ein derartiges Interesse besteht, betrauen sie ein Schiedsgericht mit der Lösung eines anstehenden bzw. konkret schon feststehenden Rechtsstreites.

Das führt dazu, dass die Verfahrensergebnisse für die juristische Aus- und Fortbildung nur in einem sehr beschränkten Ausmaß nutzbar sind. Ganz im Gegensatz zur Judikatur der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die in einem großen Ausmaß zur Rechtsfortbildung genutzt wird.³¹

Zweifelsfrei ist die Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich von großer Bedeutung. Nicht zuletzt ist dies durch die Rolle, die Österreich im Spannungsfeld der Interessen der ehemaligen Sowjetunion und der Vereinigten Staaten und deren Einflussphären eingenommen hat, zu begründen. Österreich ist ein sehr wichtiger Schiedsstandort in Zentral- und Osteuropa. Für die heimische Wirtschaft ist diese Stellung von großer Bedeutung. Bestes Beispiel dafür ist das Internationale Schiedsgericht der

²⁸ Heller, Rahmen 32

²⁹ Rechberger-Simotta, Rz 92

³⁰ Backhausen, Schiedsvertragsrecht 181

³¹ Duve/Keller, Privatisierung der Justiz – bleibt die Rechtsfortbildung auf der Strecke? SchiedsVZ 2/2005, 170

Wirtschaftskammer Österreich, welches bevorzugt in Verträgen zwischen Unternehmen aus West- und Osteuropa aufgenommen wird. Sowohl im nationalen wie im internationalen Geschehen steigt der Stellenwert der Schiedsgerichtsbarkeit stetig.

Durch die große internationale Vernetzung ist es wichtig, die schiedsrichterlichen Bestimmungen laufend einer Überprüfung und gegebenenfalls einer Änderung zu unterziehen, um mit den internationalen Entwicklungen Schritt halten und so die Vollstreckungsmöglichkeiten durch das New Yorker Übereinkommen (NYÜ)³² nutzen zu können, welches die objektive Schiedsfähigkeit im Falle des Fehlens als Anerkennungshindernis ansieht.³³

4. Spannungsfelder der Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich

Der Schiedsgerichtsbarkeit wird von unterschiedlichen Seiten mit einer gewissen Reserviertheit begegnet. Nicht umsonst stellt Reiner die Frage, ob es sich bei dem Verhältnis von staatlicher Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit um Konkurrenz oder Kooperation handelt.³⁴ Er hält fest, dass von Gesetzes wegen keine Konkurrenzsituation besteht, was aber nicht ausschließt, dass es nicht ein gewisses Konkurrenzdenken gibt.³⁵ Dieser Umstand mag sich durchaus – wie Wünsch meint – aus unterschiedlichen Ansichten zu Grundfragen der Gestaltung der staatlichen Gemeinschaft ergeben.³⁶ Immer wieder begegnet man dazu dem Hinweis, dass die Schiedsgerichtsbarkeit nicht nur Vorteile mit sich bringen würde.³⁷ Daraus und aus den Stellungnahmen des BMJ bei der Reform des österreichischen Schiedsrechts darf man mE diesen Schluss ziehen, obwohl Oberhammer als Leiter der Arbeitsgruppe anderer Ansicht zu sein scheint bzw. sich zu diesem Punkt nur sehr vorsichtig äußert.³⁸

³² New Yorker Übereinkommen vom 10.6.1958, BGBl 1961/200

³³ Art V Abs 2 lit b NYÜ

³⁴ Reiner, Staatliche Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit: Konkurrenz oder Kooperation 9

³⁵ Reiner, Staatliche Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit: Konkurrenz oder Kooperation 10

³⁶ Wünsch, 19

³⁷ Vgl. Tageszeitung "Die Presse", Rechtspanorama vom 17.10.2005

³⁸ Oberhammer, Der Weg zum neuen Österreichischen Schiedsverfahrensrecht SchiedsVZ, 2/2006, 64

Auch der damals scheidende OGH Präsident Dr. Johann Rzeszut kritisiert in der Wiener Zeitung vom 30. Dezember 2006 die schrittweise Privatisierung der Rechtspflege. Insbesondere, dass in diesem Bereich ein ausgeprägter Instanzenzug fehlt. Die Schiedsgerichtsbarkeit gewährleistet seiner Meinung nach den Schutz in jenen Rechtsbereichen, deren zwingende Bestandteile der Parteidisposition entzogen sind, nicht ausreichend. Als Beispiele werden das Arbeits-, Konsumentenschutz- und Mietrecht angeführt.

Von Seiten der Wirtschaftskammer Österreich als Trägerin des Wiener Internationalen Schiedsgerichts wurde der Entwurf mit Ausnahme der Bestimmungen zum Konsumentenschutz begrüßt. Die Konsumenten seien nach Meinung der Körperschaft ohnehin durch § 6 Abs 2 Zif 7 KSchG geschützt.³⁹

Das Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen begrüßte dagegen die Verbesserung der Rechtsposition der Konsumenten durch die Möglichkeit, Schiedsvereinbarungen nur für bereits entstandene Streitigkeiten abzuschließen. Grundsätzlich besteht darüber hinausgehend die Forderung nach der Unzulässigkeit von Schiedsvereinbarungen im Verbrauchergeschäft aufgrund des Umstandes, dass das Schiedsverfahren an sich für komplexe Streitigkeiten des inländischen und internationalen Rechtsverkehrs vorgesehen ist. Für Verbraucher würde die Schiedsgerichtsbarkeit keine Vorteile bringen, vielmehr würden für sie höhere Kosten anfallen als bei einem staatlichen Verfahren. Auch Geheimhaltungsinteressen des Verbrauchers sind allgemein nicht anzunehmen und könnten daher auch nicht als Grund für die Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen ins Treffen geführt werden.

Das BMSG erhebt sogar die Forderung, Verbraucherstreitigkeiten generell von der objektiven Schiedsfähigkeit auszunehmen, auch, weil weitgehend zwingende Rechtsvorschriften in Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen zur Anwendung kommen, um Übervorteilungen durch Ausnützung stärkerer Rechtspositionen zu vermeiden.⁴⁰

³⁹ Stellungnahme WKÖ zum SchiedsRÄG vom 13.6.2005 3f Quelle: www.parlinkom.gv.at

⁴⁰ Stellungnahme des BMSG zum SchiedsRÄG vom 20.6.2005 2f Quelle: www.parlinkom.gv.at

Der Schutz der Verbraucher ist im österreichischen Rechtsbereich vielfach sehr stark ausgeprägt. Auch im Schiedsverfahren besteht offenbar das ausgeprägte Bedürfnis des Gesetzgebers, Verbraucher zu schützen. Gemäß § 617 können Schiedsvereinbarungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher nur für bereits entstandene Streitigkeiten wirksam vereinbart werden. Ob es sich dabei allerdings nach der derzeitigen Rechtslage um eine Frage der objektiven Schiedsfähigkeit handelt, wird im Verlauf der Arbeit noch zu überprüfen sein. Auch was die Einhaltung von Formvorschriften anbelangt, wird ein sehr strenger Maßstab an die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung angelegt. Sie muss eigenhändig vom Verbraucher unterzeichnet sein. Auch Belehrungspflichten treffen den Unternehmer uvm.

Blickt man auf die ausschnittsweise angeführten Begleitumstände der Neuregelung der schiedsrichterlichen Bestimmungen der öZPO, so wird deutlich, dass sich die Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich in einem gewissen Spannungsfeld befindet. Darum ist es auch immer wieder aufs Neue wichtig, aufgrund der Sensibilität der Thematik, sich die Aspekte, die für oder gegen die Zulässigkeit der Einrichtung eines Schiedsgerichtes sprechen, vor Augen zu führen.⁴¹

Die Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit bestehen darin, dass fachkundige Experten für Verfahren beigezogen werden können. Das Verfahren kann von den Parteien weitgehend frei gestaltet werden. Ob ein Schiedsverfahren kostengünstiger abgeführt werden kann als ein Verfahren vor ordentlichen Gerichten, lässt sich nur schwer beurteilen.⁴² Verfahrensökonomie spricht in manchen Fällen für, in manchen Fällen auch gegen die Schiedsgerichtsbarkeit. Ein Verfahren vor einem Schiedsgericht muss nicht zwingend effizienter sein als ein Verfahren vor einem ordentlichen Gericht, speziell, wenn man an den nachfolgenden dreigliedrigen Instanzenzug denkt.

Die vertrauliche Handhabung des Streites, oftmals im Interesse der Streitparteien gelegen, ist ein Vorteil des Schiedsverfahrens. Die Entlastung der staatlichen Gerichte ist auch eine zweifelsfrei positive Begleiterscheinung.⁴³ Dazu handelt es sich zumeist um ein weniger formgebundenes Verfahren, und man kann davon ausgehen, dass

⁴¹ Wünsch, 21ff

⁴² Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 Vor 577 ZPO Rz 4

⁴³ Backhausen, Schiedsvertragsrecht 181

durch ein gemeinsames Vorgehen bei der Festlegung des Verfahrensablaufes auch zumeist in der Folge eine interessengerechte Entscheidung ergeht, oder sehr häufig die Streitparteien von der Möglichkeit Gebrauch machen, einen Vergleich abzuschließen. Auch Billigkeitsgrundsätze finden eine stärkere Berücksichtigung.⁴⁴ Ein nicht zu übersehender Nachteil kann der Mangel der Objektivität der Schiedsrichter sein. Die jeweils von den Parteien bestellten Schiedsrichter könnten versucht sein, jener Partei mehr Sympathie entgegen zu bringen, von der sie ausgewählt wurden. Eine weitere Problemlage kann im Falle einer wirtschaftlichen Ungleichgewichtung zweier Streitparteien entstehen. Wird dieses wirtschaftliche Übergewicht ausgenutzt, ist eine Benachteiligung einer Streitpartei nicht auszuschließen.⁴⁵

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Österreich, was bestimmte Bereiche anbelangt, als liberal und schiedsfreundlich zu bezeichnen, in manchen Hinsichten aber wenig Bewegung bzw. Reformwille erkennbar ist. Als Ausdruck der Schiedsfreundlichkeit kann im Rahmen der Reform des Schiedsverfahrensrechts die Möglichkeit des Schiedsgerichtes der positiven oder negativen Zuständigkeitsentscheidung gemäß § 584 Abs 2 angesehen werden. Diese Entscheidungen nehmen den Rang eines Schiedsspruches ein und sind mit Aufhebungsklage gemäß § 611 Abs 2 Zif 1 bekämpfbar.⁴⁶ Auch die Neuregelung der objektiven Schiedsfähigkeit mit der damit verbundenen Ausweitung der Streitgegenstände, die nunmehr schiedsfähig sind, kann man als großen Fortschritt ansehen. Dem steht die wenig schiedsfreundliche Möglichkeit, einen Schiedsspruch über drei weitere Instanzen anzufechten, und insbesondere, die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit nur dann als gegeben anzusehen, wenn ein Schiedsverfahren schnell und zur Zufriedenheit aller Parteien, dh vom wahren Parteiwillen getragen, abgewickelt wird. Dies mutet insofern seltsam an, als Gegenstand eines Schiedsverfahrens wie eines staatlichen Verfahrens ein Streitgegenstand ist, also zwischen den Streitparteien Streit besteht. Eine Zielsetzung, die, sieht man von der Möglichkeit eines Vergleiches einmal ab, sehr unwahrscheinlich herbeizuführen ist, weil es zumeist eine Partei gibt, die mit dem ergangenen Schiedsspruch nicht

⁴⁴ Straube in Straube, HGB Einführung Rz 52

⁴⁵ Fasching, Schiedsgericht, 3; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 Vor § 577 ZPO Rz 4

⁴⁶ Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 3 zu § 584 ZPO; Oberhammer, Entwurf (2002) 12

zufrieden ist. Die Schiedsgerichtsbarkeit darf ebenso wenig wie die staatliche Gerichtsbarkeit davon abhängig sein, ob die Parteien des Verfahrens mit der ergangenen Entscheidung zufrieden sind, die obsiegende Partei wird wohl in aller Regel zufrieden sein, die unterliegende Partei eben nicht. Daraus lässt sich also für die Schiedsgerichtsbarkeit in Gegenüberstellung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit kein qualitativer Unterschied ableiten.

5. Änderungen der schiedsrichterlichen Bestimmungen in der ZPO

Vor der Änderung der schiedsrichterlichen Bestimmungen durch das SchiedsRÄG 2006 wurden die Bestimmungen des schiedsrichterlichen Verfahrens im 4. Abschnitt zusammengefasst, der im Vergleich zur Novellierung deutlich weniger Bestimmungen enthielt (§§ 577-599 öZPOaF). Die Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit finden sich nunmehr aufgliedert in zehn Titeln in den §§ 577 bis 618. Nach der Änderung der schiedsrichterlichen Bestimmungen durch das SchiedsRÄG 2006⁴⁷ stellen sich die rechtlichen Grundlagen, die auf Schiedsverfahren anzuwenden sind, die ab dem 1. Juli 2006 anhängig werden, wie folgt dar.

a. Zusammenfassung der wichtigsten Änderungen durch die Neuregelung⁴⁸

Die objektive Schiedsfähigkeit von Ansprüchen wurde neu geregelt. Alle vermögensrechtlichen Ansprüche, welche vor ein ordentliches Gericht gehören, können gemäß § 582 Abs 1 Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Die bisherige gesetzliche Regelung, die auf die Vergleichsfähigkeit des Streitgegenstandes abstellte, wurde nur für nicht-vermögensrechtliche Ansprüche beibehalten.⁴⁹ Folgende Ansprüche wurden gemäß § 582 Abs 2 unmittelbar ex lege ausgenommen: Familienrechtliche Ansprüche sowie Ansprüche aus dem Mietrechtsgesetz, dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz – selbst dann, wenn die Ansprüche auch nur teilweise diesen Gesetzen unterliegen – und alle wohnungseigentumsrechtlichen Ansprüche können nicht Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein.⁵⁰

⁴⁷ Zivilprozessordnung, RGBl 113 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten idF des SchiedsRÄG 2006, BGBl I 2006/7

⁴⁸ Hahnkamper, Neue Regeln für Schiedsvereinbarungen, SchiedsVZ 2/2006, 69

⁴⁹ § 577 öZPOaF

⁵⁰ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 52

Die Form der Schiedsvereinbarung wurde gemäß § 583 in Anlehnung an das Modellgesetz geregelt, nicht nur ein gemeinsam unterfertigtes Schriftstück, sondern auch zwischen den Parteien gewechselte Schriftstücke entsprechen den Formerfordernissen, wobei jede Form der Nachrichtenübermittlung zulässig ist. Die Änderung der Formerfordernisse stellt neben dem Aufhebungsprozess über drei Instanzen den - wenn man es in Relation zu den großen Errungenschaften der Reform betrachtet - größten Schwachpunkt der Reform dar, vor allem weil eine Liberalisierung aufgrund der strengen Judikatur des OGH angebracht gewesen wäre.⁵¹ In Bezug auf die Formerfordernisse erhebt Oberhammer den Vorwurf, dass die dementsprechenden Bestimmungen oftmals an den Bedürfnissen der Praxis vorbeizielen. Dem kann man entgegenhalten, dass Formvorschriften der Beweisbarkeit umstrittener Umstände dienlich sind und ihnen aus diesem Grund Berechtigung zukommt.

Das Verhältnis zwischen Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten wurde in § 584 neu geregelt, es kommt nun zu einer echten Schiedshängigkeit, das Gericht muss nunmehr die Klage zurückweisen, wenn die bestehende Schiedsvereinbarung eingewendet wird. Zu einer gerichtlichen Entscheidung kann es nur kommen, wenn die Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes gerügt wird und in angemessener Zeit kein Schiedsspruch zu erwarten ist. Klar ist, dass das Schiedsgericht seinerseits nur über die Zuständigkeit entscheiden kann, nicht aber darüber, ob ein Streitgegenstand schiedsfähig ist, oder nicht, da diese Frage der Disposition des Schiedsgerichtes entzogen ist.⁵² Die Entscheidung des Schiedsgerichtes über die Zuständigkeit erfolgt mit einem selbständig anfechtbaren Schiedsspruch.

Daneben wurde in § 585 die Möglichkeit der Anordnung vorläufiger oder sichernder Maßnahmen durch das Schiedsgericht aufgenommen.⁵³

Die Aufhebungsgründe wurden gemäß § 611 neu geregelt. Neben dem Fehlen einer Schiedsvereinbarung, der Überschreitung der Befugnisse des Schiedsgerichts, dem

⁵¹ Oberhammer, Der Weg zum neuen Österreichischen Schiedsverfahrensrecht, SchiedsVZ 2/2006, 63f; dazu auch Neuteufel, Das neue Österreichische Schiedsrecht, ÖJZ 2006, 26

⁵² Rüede/Hadenfeldt², 236

⁵³ Kloiber, Vorläufige oder sichernde Maßnahmen durch Schiedsgerichte, Zak 2006/427ff

Fehlen der subjektiven Schiedsfähigkeit, Verstößen gegen das rechtliche Gehör, gegen Grundsätze eines fairen Verfahrens oder Fehlern bei der Konstituierung des Schiedsgerichtes wurde auch der verfahrensrechtliche ordre public aufgenommen.

Das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit und der materiellrechtliche ordre public wurden ebenfalls als Aufhebungsgründe konstruiert. Eine Besonderheit besteht darin, dass diese von Gerichten und Behörden amtswegig wahrgenommen werden müssen (§ 613).

Das Verbot für Richter, auch Aufträge als Schiedsrichter entgegenzunehmen, wurde durch die Neuregelung entfernt, da eine Verletzung dieser Vorschrift an der Wirksamkeit des Schiedsspruches nichts ändert.⁵⁴ Der Richter hat vielmehr dienstrechtliche Konsequenzen nach dem Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz zu befürchten, der Schiedsspruch bleibt in seiner Wirksamkeit davon völlig unberührt. In § 63 f RDG ist festgelegt, dass Nebentätigkeiten nur ausgeübt werden dürfen, wenn sie keine Dienstpflicht berühren. Dabei hat jeder Hinweis auf die Richtereigenschaft zu unterbleiben. Indes sind die Nebenbeschäftigungen unverzüglich der Dienstbehörde zu melden und von dieser zu genehmigen.⁵⁵

b. Auswirkungen der Reform

Über den Reformbedarf der schiedsrichterlichen Bestimmungen in der ZPO muss man nicht viele Worte verlieren, ein Großteil der Bestimmungen stammte noch aus der Stammfassung der Zivilprozessordnung von 1895. Eine Ausnahme bildet nur die Zivilverfahrensnovelle 1983, die ebenfalls eine Sicherung der Stellung Österreichs als internationaler Schiedsstandort zum Ziel hatte, durch die aber der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit von Streitgegenständen nicht weiterentwickelt wurde.

Die Auswirkungen der Reform lassen sich nach derzeitigem Stand nur sehr schwierig beurteilen. Erst in geraumer Zeit wird es dazu Aufschlüsse geben, vor allem durch höchstgerichtliche Judikatur. Festzustellen ist aber vielmehr, dass die Reform durch

⁵⁴ § 578 öZPOaF: „Richterliche Beamte dürfen, solange sie im richterlichen Dienste stehen, die Bestellung als Schiedsrichter nicht annehmen.“

⁵⁵ Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz BGBl. Nr. 305/1961 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2007

das SchiedsRÄG 2006 eine weitere Verstärkung der Attraktivität des Schiedsstandortes Österreich bewirkt. Es war ausdrücklich Ziel der Arbeitsgruppe des LBI bei der Ausarbeitung des Entwurfes, Österreich als Wirtschaftsstandort zu stärken und die Beschäftigung in Österreich zu unterstützen.⁵⁶ Die Formvorschriften wurden an die Erfordernisse der Gegenwart angepasst, nunmehr können Schiedsvereinbarungen auch durch E-Mails abgeschlossen werden. Dazu wird ein Formmangel durch Einlassung in die Sache geheilt. Allerdings muss die Vollmacht für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung eine Spezialvollmacht sein und in der Form vorliegen, die für die Schiedsvereinbarung vorgeschrieben ist.⁵⁷ Ein weiterer positiver Effekt ist, dass die Anpassung an das UNCITRAL Modellgesetz, trotz der fehlenden Verbindlichkeit desselben, vorangetrieben wurde.⁵⁸ Weiterhin unklar bleibt die Frage der Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten hinsichtlich des Anfechtungstreits, es wird bspw. von Reiner die Meinung vertreten, dass eine ausdrückliche Regelung zu diesem Themenbereich wünschenswert gewesen wäre.⁵⁹

Durch die Festlegung, dass Streitigkeiten aus dem MRG nicht mehr Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein können, wurde Klarheit hinsichtlich einer Frage geschaffen, die unterschiedliche Senate des Höchstgerichtes in der Vergangenheit beschäftigt hatte.⁶⁰ Positiv zu bemerken ist, dass es durch die Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit in Zukunft schwer möglich sein wird, durch Einreden bezüglich der objektiven Schiedsfähigkeit und deren Fehlen Verfahren zu verzögern. Mit August des Jahres 2008 liegt keine höchstgerichtliche Entscheidung zur Rechtsnorm des § 582 vor.⁶¹ Daraus lässt sich aber aufgrund der oftmals Jahre dauernden Schiedsverfahren nicht ableiten, dass der Intention, eine klar erkennbare Trennung zwischen Bereichen, für die wirksam eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen werden kann oder nicht, tatsächlich Rechnung getragen werden kann.

⁵⁶ Oberhammer, Entwurf (2002) 1

⁵⁷ Neuteufel, Das neue Österreichische Schiedsrecht, ÖJZ 2006, 27f

⁵⁸ UNCITRAL Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.6.1985

⁵⁹ kritisch dazu: Reiner, Anmerkungen zum Entwurf eines Schiedsrechtsänderungsgesetzes, *ecolex* 2005, 523; derselbe Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, *GesRZ* 2007, 151 ff; Tageszeitung „Der Standard“ vom 18.7.2005; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 39

⁶⁰ Oberhammer, Entwurf (2002), 42; OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03d; OGH 13.7.1999, 5 Ob 186/99k; demgegenüber OGH 8.6.2000, 2 Ob 158/00 k

⁶¹ Abfrage unter <http://www.ris.bka.gv.at/jus/> am 9. Dezember 2008, wobei die Entscheidung 3 Ob 139/08 z gesondert zu behandeln ist, da die Entscheidung zwar zeitlich betrachtet nach dem SchiedsRÄG 2006 ergangen ist, aber noch § 577 öZPOaF zum Gegenstand hat.

II. Die Schiedsvereinbarung

Die Schiedsvereinbarung, geregelt in § 581 Abs 1, ist eine formgebundene Vereinbarung durch übereinstimmende Willenserklärung zwischen zwei oder mehreren Parteien, dass alle oder einzelne Streitigkeiten in Ansehung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, dh Streitgegenstände, vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, sei es, dass sie bereits entstanden sind, oder künftig entstehen, durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen.⁶² Der Regelungsinhalt des § 577 öZPOaF umfasste auch die objektive Schiedsfähigkeit. Dadurch war deutlich erkennbar, dass der Abschluss der Schiedsvereinbarung mit dieser eng verknüpft ist. Nach der neuen Rechtslage wurden diese Regelungsinhalte getrennt voneinander normiert.

1. Inhalt der Schiedsvereinbarung

Der Streitgegenstand ist nach herrschender Meinung materiell betrachtet das Recht und der daraus abgeleitete Anspruch.⁶³ Im materiellen Recht findet man in § 1391 ABGB eine Bestimmung, die sich auf den Schiedsvertrag bezieht. Hier wird die Schiedsvereinbarung als Vertrag, durch den Parteien zur Entscheidung streitiger Rechte einen Schiedsrichter bestellen und der von der Gerichtsordnung bestimmt wird, festgelegt. Gegenstand der Schiedsvereinbarung ist daher nicht das streitige Rechtsverhältnis selbst, sondern nur die Regelung des Verfahrens. Sie bildet die Grundlage jeder schiedsrichterlichen Entscheidungsbefugnis.

Eine Schiedsvereinbarung kann gemäß § 581 Abs 2 als selbständige Vereinbarung oder als Vertragsklausel abgeschlossen werden. Sie kann auch durch letztwillige Verfügung, zum Beispiel in der Form, dass potenzielle Erben durch ein dementsprechendes Testament verpflichtet werden, für den Fall von Streitigkeiten eine Schiedsvereinbarung abzuschließen, andere nicht auf Parteienvereinbarung beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten vorgesehen werden. Im Zweifel begründet die Schiedsvereinbarung die ausschließliche Zuständigkeit des

⁶² Petschek-Stagel, 241

⁶³ Backhausen, Schiedsvertragsrecht 108 mwN

Schiedsgerichtes.⁶⁴ Der notwendige Inhalt einer Schiedsvereinbarung umfasst die Bezeichnung der Parteien, der zu entscheidenden Streitigkeit und die Festlegung, dass diese Streitigkeit durch ein Schiedsgericht entschieden werden soll.

Die Bestimmtheit der Vereinbarung ist dabei Voraussetzung. Unbestimmte Erklärungen sind unwirksam, zum Beispiel die allgemeine Vereinbarung, dass alle Streitigkeiten, welche sich jemals zwischen zwei oder mehr natürlichen oder juristischen Personen ergeben könnten, vor einem Schiedsgericht geltend zu machen sind.⁶⁵ Das Fehlen eines notwendigen Inhaltsbestandteiles hat die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung zur Folge.

Fakultative Schiedsklauseln sind ebenso möglich, dh es kann die Wahl, ob man einen Rechtsstreit vor einem ordentlichen Gericht oder einem Schiedsgericht geltend macht, bei Abschluss der (Schieds-)Vereinbarung offen bleiben. Allerdings müssen sich die Parteien sehr gut überlegen, wie es zu einer sinnvollen Einbeziehung der Wahlmöglichkeit zwischen einem staatlichen und einem ordentlichen Gericht kommen kann. Auch eine fakultative Klausel muss, nachdem sie gemäß §§ 914f ABGB ausgelegt wurde, auf ihre ausreichenden Bestimmtheit geprüft werden. Sinnvoll könnte eine fakultative Schiedsklausel speziell dann sein, wenn nicht ganz klar ist, ob jeder Anspruch, der sich aus einem vertraglichen Verhältnis ergibt, objektiv schiedsfähig ist.⁶⁶

Der Anspruch, über den eine Schiedsvereinbarung gültig abgeschlossen werden soll, muss überdies objektiv schiedsfähig sein.⁶⁷ Aus § 582 lassen sich mittelbar die Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit entnehmen. Vermögensrechtliche Ansprüche können danach grundsätzlich Gegenstand einer Schiedsvereinbarung, dh objektiv schiedsfähig sein. Nicht-vermögensrechtliche Ansprüche sind es nur dann, wenn die Parteien über den Streitgegenstand wirksam einen Vergleich abschließen können.

⁶⁴ Fasching¹ § 577 öZPOaF, Anm 1

⁶⁵ Fasching¹ § 577, Anm. 6; Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 4 zu § 577 ZPO; Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 2,3 zu § 581 ZPO; Zeiler, Schiedsverfahren § 581 Rz 48; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 581 ZPO Rz 34 f

⁶⁶ Oberhammer, Fakultative Schiedsklauseln, RdW 2000, 106

⁶⁷ Fasching, Schiedsgericht, 15; Rechberger-Simotta, Rz 957; Zeiler, Schiedsverfahren § 581 Rz 22

Ob eine Schiedsvereinbarung wirksam ist oder nicht, ist im Zusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit differenziert zu beurteilen. Nach der alten Rechtslage bzw. wohl eher nach der bisherigen Rspr. gab es zwischen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit und der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung insofern einen Unterschied, als unterschiedliche Fehlerfolgen ausgelöst wurden. Letztere führte bloß zur Anfechtbarkeit des Schiedsspruches, während die fehlende objektive Schiedsfähigkeit einen Nicht-Schiedsspruch zur Folge hatte.⁶⁸ Nach der neuen Rechtslage haben die fehlende objektive Schiedsfähigkeit und die mangelnde Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung ebenso unterschiedliche Fehlerfolgen. Die Frage, ob ein Streitgegenstand objektiv schiedsfähig ist, ist von der Frage zu trennen, ob eine Schiedsvereinbarung von einem bestimmten Personenkreis wirksam abgeschlossen wurde.

Zusätzlich zum zwingenden Inhalt können die Parteien noch genauere Regelungen in der Schiedsvereinbarung hinsichtlich des Verfahrensablaufes vorsehen, insbesondere dann, wenn sie sich nicht den Regeln einer institutionellen Schiedsorganisation unterwerfen, oder für ein ad hoc Verfahren die UNCITRAL Arbitration Rules vereinbaren. Dieser fakultative Inhalt ist aber nicht ausschlaggebend für die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung.

Die Schiedsvereinbarung musste schon nach der bisherigen Rechtslage entweder auf einem von den Parteien gemeinsam unterzeichneten Schriftstück vorliegend sein oder in auf verschiedene Weise übermittelbaren Schriftstücken (Schreiben, Telefaxen, E-Mails oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung) vorliegen.

§ 611 Abs 2 Z 1 sieht vor, dass Anfechtungsklage gegen einen Schiedsspruch erhoben werden kann, wenn eine formgültige Schiedsvereinbarung nicht vorhanden ist. Darunter ist das Nichteinhalten von Formerfordernissen zu subsumieren.

⁶⁸ Fasching, Schiedsgericht 134 f; Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 2 zu § 606 ZPO; Chiwitt-Oberhammer 105, 170; Schuhmacher, Ein Schiedsspruch und was nun?, SchiedsVZ 2/2006, 78; Oberhammer, Kein Schiedsgericht in Bestandssachen nach § 37 MRG, wobl 2001/114; derselbe gemeinsam mit Chiwitt-Oberhammer, (Nicht-)Schiedssprüche in außerstreitigen Mietrechtssachen, wobl 2005/65

Gegen einen Schiedsspruch wegen Nichteinhaltung der Form kann folglich Anfechtungsklage auf Aufhebung des Schiedsspruches erhoben werden (§ 611 Abs 2 Z 1). Die Frist für die Geltendmachung beträgt gemäß § 611 Abs 4 drei Monate.

Bei der Aufhebung eines Schiedsspruches wegen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit gilt zwar die Anfechtungsfrist von 3 Monaten. Nachdem dieser Aufhebungsgrund aber von Amts wegen wahrzunehmen ist (§ 613), ist die Wirkung dieser Anfechtungsfrist begrenzt. Es ist letztthin offen, ob die Aufhebung eines Schiedsspruches im Falle der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit zeitlich unbegrenzt erfolgen kann oder ausschließlich innerhalb der Frist des § 611 Abs 4, sohin innerhalb von 3 Monaten.⁶⁹

Was die Heilung eines Formmangels im Rahmen der alten Rechtslage anbelangt, so legte sich die Rechtsprechung in sehr strenger Art und Weise darauf fest, dass man sich bei einem Formmangel nicht wirksam - ohne ausdrückliche Erklärung - auf das Schiedsverfahren einlassen konnte. In einer dazu ergangenen Entscheidung wurde eine Schiedsvereinbarung nur durch einen von zwei Gesellschaftern einer GesbR unterfertigt. Da dieser Unterfertigung weder eine Spezialvollmacht gem. § 1008 ABGB noch ein Vertretungsrecht aufgrund der fehlenden Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft zu Grunde gelegen ist, war die Schiedsvereinbarung unwirksam und der Unzuständigkeitseinrede stattzugeben. Der OGH ging dabei von den Entscheidungen des Erst- und Rekursgerichtes ab, die im wesentlichen daran anknüpften, dass die GesbR im Geschäftsverkehr als Außengesellschaft anzusehen ist und einer von zwei Gesellschaftern als quasi organschaftlicher Vertreter wirksam eine Schiedsvereinbarung abschließen könne.⁷⁰

Wenn das Schiedsverfahren bereits in Gang war, konnten sich die Parteien dem Schiedsverfahren nur durch ihre ausdrückliche Zustimmung unterwerfen und dadurch den Mangel einer an sich formungültigen Schiedsvereinbarung sanieren. Eine schlichte Einlassung in das Schiedsverfahren war demnach nicht möglich, was dazu führte, dass eine Partei, der die Formungültigkeit der Schiedsvereinbarung womöglich

⁶⁹ Schuhmacher, Ein Schiedsspruch und was nun?, SchiedsVZ 2/2006, 78

⁷⁰ OGH 7.11.2002, 6 Ob 67/02z

sogar bewusst war, das Schiedsverfahren abwarten konnte, ohne diese Formungültigkeit einzuwenden und dann nach Ende des Prozesses die Aufhebung des Schiedsspruches begehren konnte.⁷¹

2. Rechtsnatur und Auslegung der Schiedsvereinbarung

Schiedsvereinbarungen sind an sich unstrittig Verträge. Der seit je her bestehende Theorienstreit befasste sich darauf aufbauend mit der Frage, ob Schiedsvereinbarungen materiellrechtliche oder prozessuale Verträge sind. Dabei wurde die zentrale Frage gestellt, auf welchem Gebiete denn Schiedsvereinbarungen ihre Wirkungen zu erzeugen vermögen. Nach der herrschenden Meinung in Österreich sind diese allerdings keine materiellrechtlichen Verträge, sondern vielmehr Verträge rein prozessualer Natur. Im Unterschied zu zivilrechtlichen Verträgen entfalten Prozessverträge ihre Wirkungen hauptsächlich auf dem Gebiet des Prozessrechtes.⁷²

Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung und die damit verbundene Auslegung sind, wie bereits erwähnt, seit jeher umstritten. Die gesetzlichen Bestimmungen des § 1391 ABGB und des § 582 intendieren nach ihrem Wortsinn die prozessuale Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung.⁷³ Böhm hat in einer Auseinandersetzung mit dieser Problematik unter spezieller Bezugnahme auf die Rechtsnatur des Schiedsvertrages die materiellrechtliche, die prozessrechtliche Theorie und dazwischen stehende „vermittelnde“ Theorien gegenübergestellt. Dabei hat er aufgezeigt, dass der Vertrag seinem Wesen und seiner Funktion nach eine gemeinsame, das gesamte Recht beherrschende Rechtsform darstellt.⁷⁴ Indes hat der Schiedsvertrag unmittelbare prozessuale Rechtsfolgen. Die Parteien verfügen nicht über das materielle Recht, bei Abschluss des Schiedsvertrages ist dieser nicht auf die Herbeiführung materiellrechtlicher Wirkungen gerichtet. Die Parteien sind durch

⁷¹ Hahnkamper, Neue Regeln für Schiedsvereinbarungen, SchiedsVZ 2/2006, 69

⁷² Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 581 ZPO Rz 261; Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 9 zu § 581 ZPO; Zeiler, Schiedsverfahren § 581 Rz 18f

⁷³ OGH 3.9.1986, 1 Ob 545/86; OGH 21.2.1996, 7 Ob 502/96; OGH 7.11.2002, 6 Ob 67/02 z: „Die prozessrechtliche Auslegung der Schiedsvereinbarung führt zu dem Ergebnis, dass die subjektive Schiedsfähigkeit sich nach Prozessrecht bestimmt und daher die subj. Schiedsfähigkeit eines Gesellschafters einer GesBR zu verneinen ist.“

⁷⁴ Böhm, Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten, ZfRV 1968, 265 f

Abschluss einer Schiedsvereinbarung weder zu einer herkömmlichen Leistung verpflichtet, noch ist der genaue Anwendungsbereich einer Klage auf Erfüllung oder Schadenersatz ersichtlich. Der Wille der Parteien geht auch nicht, wie Walker richtig schreibt, auf die materielle Regelung eines Rechtsverhältnisses, vielmehr ist dieser darauf gerichtet, ein Schiedsgericht zur Entscheidung eines (materiellrechtlich determinierten) Rechtsverhältnisses zu berufen.⁷⁵

Die Aufgliederung der Wirkungen, die mit einem Vertrag verbunden sind, ist deshalb möglich, weil der Vertrag ein allgemeiner Bestandteil des Rechtes ist, der nicht alleine dem Zivilrecht zuzuordnen ist.⁷⁶

Argumente, die für die prozessuale Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung sprechen, sind der Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches. Sie münden sohin in einer prozessualen Dispositionsbefugnis, dh einer Derogation der staatlichen Gerichtsbarkeit durch Prorogation.⁷⁷ Da nach der herrschenden Meinung in Österreich alleine von der prozessrechtlichen Auslegung der Schiedsvereinbarung auszugehen ist, muss man zunächst hinterfragen, ob diese tatsächlich nur durch prozessuale Aspekte determiniert ist. Böhm hält dazu fest, dass der Schiedsvertrag keine einzige der typischen Rechtsfolgen materiellrechtlicher Verträge auszulösen vermag.⁷⁸ Bei der Frage, ob die Diskussion über die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung überhaupt Auswirkungen zu entfalten vermag, ist erkennbar, dass die Abgrenzung zwischen materieller und prozessualer Auslegung der Schiedsvereinbarung keineswegs eine bloß akademische Diskussion ist. Nicht nur, was die Auslegung der Schiedsvereinbarung, die Rechtsnatur des Schiedsspruches⁷⁹, oder die materiellrechtliche oder prozessrechtliche Auslegung der Vergleichsbefugnis gemäß § 577 öZPOaF anbelangt. Besonders ist darauf hinzuweisen, dass gerade bei Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung tatsächlich unterschiedliche Rechtsfolgen entfaltet. Von der Art der Auslegung hängt ab, ob für den Anspruch, mit welchem aufgerechnet wird, eine

⁷⁵ Walker, Die freie Gestaltung, 8

⁷⁶ Böhm, Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten, ZfRV 1968, 262, insbesondere 265

⁷⁷ Böhm, Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten, ZfRV 1968, 266; Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 15

⁷⁸ Rechberger in Rechberger-Simotta, Rz 955; Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 9 zu § 581 ZPO; Fasching, Schiedsgericht, 29f; Backhausen, Schiedsvertragsrecht 109f; Böhm, Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten, ZfRV 1968, 277 f

⁷⁹ Chiwitt-Oberhammer, 46 ff

eigene Schiedsvereinbarung abgeschlossen werden muss, bzw. ob eine für diesen Anspruch separat abgeschlossene Schiedsvereinbarung der Aufrechnung entgegen steht.⁸⁰ Indes sind in allen genannten Bereichen mit der jeweiligen Art der Auslegung auch entsprechend unterschiedliche Konsequenzen verbunden, die in der Folge dargestellt werden sollen, weil sie insbesondere für die objektive Schiedsfähigkeit im Rahmen der Auslegung der Vergleichsbefugnis von Bedeutung sind. Eine ausschließlich prozessrechtlich ausgeprägte Auslegung der Schiedsvereinbarung ist mit einer im Gegensatz dazu materiellrechtlich ausgebildeten Auslegung der Vergleichsbefugnis – im Übrigen relevant für die alte und die neue Rechtslage – unvereinbar.⁸¹

Die Kernfrage ist nun, ob die Schiedsvereinbarung materiellrechtlich oder prozessual auszulegen ist, wobei die herrschende Meinung in Österreich, wie bereits erwähnt, von einer prozessualen Auslegung ausgeht, oder ob es sich dabei um einen Vertrag sui generis handelt, der sowohl materiellrechtliche als auch prozessrechtliche Wirkungen aufweist.⁸² Speziell Wunsch weist darauf hin, dass viele Autoren, die sich mit dieser Frage auseinandersetzen, facettenreiche Ansätze zu dieser Thematik anbieten. Er selbst bildet drei Gruppen von Schiedsvertragstheoretikern. Die Anhänger der materiellrechtlichen Auslegung, die Befürworter der prozessualen Deutung und als dritte Gruppe diejenigen, die in einer Zusammenschau einen Vertrag sui generis annehmen.⁸³

Vertreter der vor allem in Deutschland verbreiteten materiellrechtlichen Theorie begründen die Auslegung nach materiellem Recht damit, dass es sich bei der Schiedsvereinbarung um ein privatrechtliches Geschäft handelt. Die Schiedsvereinbarung wird außerhalb des Prozesses abgeschlossen und sie begründet materiellrechtliche Rechte und Pflichten zwischen den Parteien. Sie ist eine Vereinbarung, die auf die Beilegung eines Streites gerichtet ist und den Parteien eine Verfahrensförderungspflicht auferlegt.⁸⁴ Daraus ergibt sich, dass aus ihr auch

⁸⁰ Heger, Widerklage und Aufrechnung - Zur Interpretation des Art 7 a der Wiener Regeln, ZfRV 2003, 33 ff mwN

⁸¹ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 107ff

⁸² Münchener Kommentar², Band 3 § 1029 Rz 6; Walker, Die freie Gestaltung, 11

⁸³ Wunsch, 28

⁸⁴ Albers in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung § 1029 Rz 10; Münchener Kommentar², Band 3 § 1029 Rz 6

Schadenersatzansprüche abgeleitet bzw. geltend gemacht werden können. Darüber hinaus würde der Schiedsspruch auf der Privatautonomie der Parteien und nicht auf der Souveränität des Staates beruhen.⁸⁵ Konsequenterweise wird von den Vertretern dieser Theorie geleugnet, dass der Schiedsspruch urteilsgleiche Wirkungen aufweist. Die Rechtskraft eines Schiedsspruches sei nicht mit der Rechtskraft des Urteils eines ordentlichen Gerichtes gleichzusetzen. Indes könne sich die Rechtskraft eines Schiedsspruches nicht auf Dritte erstrecken. Damit sei die Schiedsvereinbarung eindeutig materiellrechtlich auszulegen.⁸⁶

Dieser Auslegung ist entgegenzuhalten, dass eine derartige Auslegungsvariante in der österreichischen Rechtslage keine Deckung findet. § 607 normiert eindeutig, dass dem Schiedsspruch die Wirkungen eines staatlichen Urteiles zukommen. Daher erlangt ein Schiedsspruch unter denselben Voraussetzungen wie das Urteil eines staatlichen Gerichtes die formelle und materielle Rechtskraft. Der Schiedsspruch entfaltet Feststellungs-, Gestaltungs- und Tatbestandswirkung und ist sowohl der materiellen als auch der formellen Rechtskraft zugänglich.⁸⁷

Für die prozessuale Theorie wird von deren Vertretern ins Treffen geführt, dass durch die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes die ordentliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen, dem Schiedsgericht das Recht zur autoritativen Entscheidung übertragen wird und die Parteien dem nachfolgenden Schiedsspruch unterworfen sind. Weiters werden die Streitanhängigkeit und die dem Schiedsspruch zukommende Rechtskraftwirkung von den Vertretern der prozessualen Theorie als Argumente ins Treffen geführt.

Für die Auslegung der rein prozessrechtlich auszulegenden Schiedsvereinbarung bleiben die Bestimmungen des ABGB hinsichtlich der Auslegung von Erklärungen anwendbar, da es sich um allgemein gültige, auch auf das Prozessrecht anwendbare Vorschriften handelt. Folgende Grundsätze des allgemeinen Vertragsrechts muss man gemäß §§ 6f ABGB bei der Auslegung berücksichtigen: Der Ausgangspunkt ist der

⁸⁵ aa mE völlig richtig Bajons in FS Kralik, 10, wonach die Schiedsgerichtsbarkeit eine Alternative zur Zivilgerichtsbarkeit bzw. Rechtsprechung, nicht aber privatautonome Rechtsgestaltung der (Streit-)Parteien ist.

⁸⁶ Fasching, Schiedsgericht 30 mwN

⁸⁷ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 607 ZPO Rz 18

Wortsinn, daneben ist der Wille der Parteien zu erforschen.⁸⁸ Darüber hinaus lässt sich die Willensäußerung entsprechend der Übung des redlichen Verkehrs verstehen bzw. an Hand des hypothetischen Parteiwillens und in Ausnahmefällen anhand der natürlichen Rechtsgrundsätze deuten. Vorschriften bürgerlichen Rechts dürfen immer nur unter der Voraussetzung des § 7 ABGB auf die Schiedsvereinbarung angewendet werden.⁸⁹

Lässt der Wortlaut der Erklärung zwei gleichwertige Auslegungsergebnisse zu, so ist indes jener der Vorzug zu geben, welche die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung begünstigt.⁹⁰

Auch muss man zugestehen, dass zur Auslegung beispielsweise von Schiedsklauseln in materiellrechtlichen Verträgen im Wege der Analogie die Regelungen des allgemeinen Vertragsrechts (§ 914 ABGB), also materiellrechtliche Bestimmungen, herangezogen werden müssen, da das Prozessrecht keine eigenen Regelungen zur Vertragsauslegung beinhaltet.⁹¹ Stößt man daher bei der Auslegung der Schiedsvereinbarung in prozessualer Hinsicht an Grenzen bzw. würde sie ein anderes Ergebnis bringen, so sind subsidiär die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts anwendbar.⁹²

Irrtum, Zwang, List und Sittenwidrigkeit führen zur Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung, dabei handelt es sich um rein materiellrechtliche Konsequenzen. Es ist aber gleichzeitig nicht möglich, aus der Schiedsvereinbarung auf Erfüllung, Schadenersatz oder Gewährleistung zu klagen.⁹³

Die Schiedsvereinbarung wird mE von der herrschenden Meinung zu Recht als Prozessvertrag gesehen, insbesondere durch das Überwiegen der ihr eigenen, prozessualen Wirkungen. Böhm hat gezeigt, dass es sich bei einem Vertrag um eine

⁸⁸ OGH 29.4.2003, 1 Ob 22/03 x; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 22ff

⁸⁹ Fasching¹ § 577 öZPOaF Anm 22; Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 2 zu § 577 öZPOaF

⁹⁰ OGH 28.11.2000, 1 Ob 126/00 m mwN

⁹¹ Zeiler, Schiedsverfahren § 582 ZPO Rz 10; Fasching, Schiedsgericht, 31; Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 2 zu § 577 öZPOaF

⁹² OGH 28.11.2000, 1 Ob 126/00 m; OGH 29.4.2003, 1 Ob 22/03 x; OGH 3.9.1986, 1 Ob 545/86, OGH 21.6.2000, 1 Ob 31/00s; Zeiler, Schiedsverfahren § 581 Rz 19

⁹³ Fasching¹ § 577 öZPOaF Anm 27

allgemeine, rechtliche Kategorie handelt, die nicht alleine dem materiellen Recht zuzuweisen ist. Der streitentscheidende Charakter des Schiedsspruches und die Disposition über die Inanspruchnahme von staatlichen Rechtsschutzinstitutionen macht das Überwiegen der prozessualen Aspekte deutlich.⁹⁴ Allerdings muss man sich vor Augen führen, dass eine rein dogmatisch geprägte Sichtweise nicht durchgehalten werden kann.⁹⁵

Darin liegt mE auch die Bedeutung für die Vergleichsfähigkeit eines Streitgegenstandes im Rahmen der objektiven Schiedsfähigkeit. Die subjektive und die objektive Schiedsfähigkeit bestimmen sich nach Prozessrecht.⁹⁶ Jedoch wird das im Zentrum der objektiven Schiedsfähigkeit stehende Merkmal der Vergleichsbefugnis materiellrechtlich ausgelegt. In diesem Sinne ergibt sich, dass durch das Vorhandensein sowohl prozessualer als auch materiellrechtlicher Aspekte auf Grund des Überwiegens der prozessualen Aspekte diese Auslegungsvariante den Vorzug verdient, vor allem, wenn man die Schiedsvereinbarung ihrem Inhalt und ihren Wirkungen nach beurteilt.

3. Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht

Mit Erhebung der Schiedsklage entsteht Streitanhängigkeit gemäß § 584 Abs 3. Darin besteht die positive Wirkung der Schiedsvereinbarung. Das Prozesshindernis für Verfahren vor staatlichen Gerichten stellt ihre negative Wirkung dar.

Das staatliche Gericht hat die Klage über einen Streitgegenstand, für den eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen wurde, gemäß § 584 Abs 1 zurückzuweisen. Allerdings trifft dabei den Beklagten die Pflicht, das Bestehen einer Schiedsvereinbarung einzuwenden, ansonsten ist die Schiedsvereinbarung den

⁹⁴ Böhm, Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten, ZfRV 1968, 267

⁹⁵ Walker, Die freie Gestaltung, 10 weist darauf hin, dass die Versuche einer strikten Abgrenzung auf eine gewaltsame Durchsetzung einer einheitlichen Lösung mit der Zielsetzung eine saubere Systematik zu erlangen, beruhen. Er beruft sich dabei auf weitere Autoren, die beide Theorien für sich genommen als nicht überzeugend erachten und verweist insbesondere auf die Inkonsistenz der Rechtsprechung.

⁹⁶ OGH 21.2.1996, 7 Ob 502/96

Streitgegenstand betreffend aufgehoben und der ordentliche Rechtsweg zulässig. Stellt das Gericht fest, dass die Schiedsvereinbarung nicht vorhanden oder undurchführbar ist, so ist das Verfahren vor dem staatlichen Gericht fortzusetzen. Ein Schiedsverfahren kann, wenn ein solches Verfahren bei einem Gericht anhängig ist, dennoch eingeleitet werden, und es kann ein Schiedsspruch ergehen.

Das Schiedsgericht kann auch – wie bisher - über seine Zuständigkeit entscheiden und zwar mit einem eigenen Schiedsspruch, der in der Folge gesondert nach § 611 Abs 2 Z 1 anfechtbar ist. Verneint das Schiedsgericht rechtskräftig im Rahmen seiner Entscheidungskompetenz über seine Zuständigkeit diese, so darf das Gericht die Klage nicht mit der Begründung zurückweisen, dass ein Schiedsgericht zuständig sei.

Die Streitanhängigkeit endet damit, dass sich das Schiedsgericht für unzuständig erklärt, dh, dass es eine Entscheidung in der Sache ablehnt, indem es einen Unzuständigkeitsschiedsspruch fällt oder durch eine den Schiedsspruch aufhebende Entscheidung eines ordentlichen Gerichtes.⁹⁷

Eine wirksam abgeschlossene Schiedsvereinbarung kann nicht verhindern, dass eine Partei vor einem Schiedsverfahren bei einem Gericht einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stellt. Das entsprechende Gericht hat – wenn der Antrag zu Recht gestellt wurde – eine solche zu erlassen. Auch das Schiedsgericht kann vorläufige oder sichernde Maßnahmen gegen eine Partei der Schiedsvereinbarung anordnen, sofern es die Durchsetzung eines Anspruches erfordert oder die Entstehung eines unwiederbringlichen Schadens droht.

Der Vollzug einer solchen Anordnung obliegt dem zuständigen Bezirksgericht, bei dem der Gegner der gefährdeten Partei zum Zeitpunkt der ersten Antragstellung seinen Sitz oder Wohnsitz hat. Das dazu berufene Gericht hat den Vollzug abzulehnen, wenn die beschlossene Maßnahme an einem Mangel leidet, der zu einer Aufhebung des Schiedsspruches gemäß §§ 611 Abs 2, 617 Abs 6 oder § 618 führen würde.

⁹⁷ Fasching¹, § 577 öZPOaF Anm. 25; Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 15 zu § 577 öZPOaF; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 581 ZPO Rz 122

4. Erlöschen der Schiedsvereinbarung

Die Schiedsvereinbarung kann unter anderem durch Fällung eines Schiedsspruches, eines Teilschiedsspruches mit einem Vergleich für den restlichen Streitgegenstand, durch einen vollen Vergleich oder durch Zurückziehung der eingebrachten Klage unter Anspruchsverzicht erlöschen, dh durch Erfüllung des Schiedsvertragszweckes.⁹⁸ Im Falle der Anfechtung des Schiedsspruches gemäß § 611 Abs 2 erlischt diese mit der rechtskräftigen Feststellung, dass der Schiedsspruch unwirksam ist. Weitere Möglichkeiten des Erlöschens sind der Ablauf der vereinbarten Gültigkeitsdauer, das Eintreten oder Nichteintreten einer Bedingung und die einvernehmliche Auflösung der Schiedsvereinbarung.

Die einseitige Kündigung der Schiedsvereinbarung durch die Parteien ist unzulässig, dh sogar, dass weder die fehlende Benennung eines Schiedsrichters noch ganz allgemein verfahrensverzögerndes Verhalten die (einseitige) Kündigung rechtfertigen können.⁹⁹

⁹⁸ Fasching, Schiedsgericht, 36

⁹⁹ Fasching, Schiedsgericht, 38; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 581 ZPO Rz 121ff

III. Die objektive Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht

Der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit ist ein nicht allzu erforschter Bereich mit diversen Abgrenzungsproblematiken, Fragen der (streng) materiellrechtlichen, der prozessrechtlichen Auslegung der Vergleichsbefugnis und der Theorie der objektiven Verfügbarkeit des Streitgegenstandes. Dazu stellen sich komplexe Fragestellungen in Bezug auf die Rechtsfolgen, die das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit auszulösen vermag. Parallel dazu ist die objektive Schiedsfähigkeit oft im Mittelpunkt von Diskussionen über die Schiedsgerichtsbarkeit per se (siehe oben I.4.). Backhausen meint dazu mE völlig zutreffend, dass dieser Frage zu wenig Raum in der österreichischen Lehre gewidmet wird, obwohl sie im Grunde diejenige ist, über die man bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung in erster Linie nachdenken müsste.¹⁰⁰

Wenn man den Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit einer Analyse unterziehen möchte, so muss man sich zunächst einmal darüber Gedanken machen, was denn im Zentrum der Beurteilung zu stehen hat. Blickt man auf den Gesetzeswortlaut des § 582, so ist zunächst auf den vermögensrechtlichen Anspruch abzustellen.

Die Rechtsprechung zur alten Rechtslage zeigt, dass in der Vergangenheit Abgrenzungsprobleme vorhanden waren und nicht immer klar von vornherein getrennt werden konnte, welche Streitgegenstände objektiv schiedsfähig waren und welche dieses Kriterium nicht erfüllten.¹⁰¹ Die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit und die damit verbundene notwendige Klarheit war und ist mE sehr wichtig, um Parteien, welche die Schiedsgerichtsbarkeit anstreben, bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung Rechtssicherheit zu vermitteln. Obwohl beispielsweise die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen nach derzeitiger Rechtsprechung schiedsfähig ist, gibt es auch nach der Neuregelung dazu divergierende Ansichten.¹⁰²

¹⁰⁰ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 107

¹⁰¹ OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03d

¹⁰² Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 2 zu § 582 ZPO; Reiner, Anmerkungen zum Entwurf eines Schiedsrechtsänderungsgesetzes, *ecolx* 2005, 523; OGH 29.6.2006, 6 Ob 145/06a unter Verweis auf Thöni, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungstreits, *WBl* 1994, 298ff

Es ist daher mit Sicherheit auch im Sinne der Attraktivität der Schiedsgerichtsbarkeit gelegen, sowohl generell als auch in dieser Spezialfrage Abgrenzungsproblematiken für Rechtsstreitigkeiten zwischen Parteien zu vermeiden.

1. Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit

Die objektive Schiedsfähigkeit bildet ganz allgemein ausgeführt einen Prüfungsmaßstab dafür, ob man einen Streitgegenstand vor ein Schiedsgericht bringen kann bzw. ob Parteien durch Vereinbarung ein Schiedsgericht zur Entscheidung eines Rechtsstreites über einen Streitgegenstand wirksam für zuständig erklären können.

Anders ausgedrückt wird danach gefragt, ob ein vermögensrechtlicher Anspruch bzw. ein Streitgegenstand die Eignung besitzt, vor einem Schiedsgericht verhandelt zu werden. Die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit haftet gewissermaßen dem Streitgegenstand an, ist somit durch diesen determiniert und von diesem ausgehend zu beantworten. Aus der Sicht auf diesen ist zu beurteilen, ob das Recht und der daraus abgeleitete Anspruch objektiv schiedsfähig sind und daher der Schiedsweg zulässig ist oder nicht.

§ 582 Abs 1 regelt mittelbar, ob eine Rechtsmaterie objektiv schiedsfähig ist, sei es, weil ein vermögensrechtlicher Anspruch vorliegt, der generell Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, oder weil ein nicht-vermögensrechtlicher, aber vergleichsfähiger Anspruch gegeben ist. § 582 Abs 2 hingegen nennt konkrete Rechtsbereiche, die einer (wirksamen) Schiedsvereinbarung nicht zugänglich sind. Eine weitere Auslegung ist in diesem Fall nicht notwendig. Man unterscheidet daher zwischen einem unmittelbaren gesetzlichen Ausschluss durch § 582 Abs 2, weiteren Regelungen dazu in anderen Gesetzen und zwischen einem mittelbaren Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit kraft Auslegung des Begriffes des vermögensrechtlichen Anspruches bzw. der Vergleichsfähigkeit. In beiden Fällen kann immer nur in Ansehung des jeweiligen Streitgegenstandes beurteilt werden, ob dieser objektiv schiedsfähig ist oder nicht.

Die ausdrücklichen Regelungen in anderen Gesetzen, dh der unmittelbare Ausschluss, bleiben von der Neuregelung unberührt. § 124 KartellG aF¹⁰³, der vorsah, dass von den Parteien trotz Vorliegens einer Schiedsvereinbarung die ordentlichen Gerichte im Falle einer Rechtsstreitigkeit angerufen werden konnten, wurde in das neue Kartellgesetz nicht übernommen.

Die prozessualen Grenzen sind durch den Begriff der bürgerlichen Rechtssache abgesteckt. Es kann nur eine bürgerliche Rechtssache vor einem Schiedsgericht verhandelt werden und daher schiedsfähig sein.¹⁰⁴

2. Die objektive Schiedsfähigkeit als Eingriffs- und Kontrollinstrument des Staates

„Die Privatautonomie räumt dem Einzelnen weitgehend die Möglichkeit ein, seine rechtlichen Beziehungen zur Umwelt nach seinem eigenen Willen frei zu gestalten. Diese Gestaltungsmöglichkeit heißt Privatautonomie (Selbstbestimmung).“¹⁰⁵ Diese begriffliche Umschreibung ist eingangs anzuführen, wenn man Überlegungen dazu anstellt, warum der Staat ein die Schiedsgerichtsbarkeit begrenzendes Institut schafft. Die angeführte Privatautonomie steht dieser Begrenzung gegenüber.

Informationsgefälle und Zwangslagen beschneiden bisweilen den Spielraum einer freien Gestaltung der Vertragsinhalte. Schutz vor gröblich benachteiligenden Vertragsinhalten erfahren Parteien durch Schutzmechanismen der Rechtsordnung, wie zum Beispiel durch die Bestimmungen des ABGB betreffend Wucher (§ 879 Abs 2 Zif 4), der Verkürzung über die Hälfte, laesio enormis (§ 934) oder durch Verbraucherschutzbestimmungen.¹⁰⁶ Rechtsgeschäfte, die der Rechtsordnung bzw. ihren Grundwerten widersprechen, sind nichtig (§ 879 Abs. 1 ABGB). Die Parteien können in materiellrechtlicher Hinsicht nicht über zwingende Rechtsnormen disponieren. Aus dieser Darstellung der Privatautonomie und ihren Begrenzungen

¹⁰³ KartellG 2005 (BGBl I 2005/61)

¹⁰⁴ Fasching,¹ IV § 577 öZPOaF Anm 7; Rechberger/Melis in Rechberger² Rz 4 zu § 577 öZPOaF; Zeiler, Schiedsverfahren § 581 ZPO Rz 10

¹⁰⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ (2006) I 89

¹⁰⁶ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ (2006) I 130

heraus kann man die Frage nach der Privatautonomie im Schiedsverfahren und ihren Grenzen aufwerfen. Folgt man diesem Gedanken, so stößt man unweigerlich auf den Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit als ein die Privatautonomie begrenzendes Element.¹⁰⁷ Im Gegensatz zu der zivilrechtlichen Dogmatik, dass die Parteien über zwingendes Recht nicht disponieren können sollen, scheint es auf den ersten Blick so zu sein, dass sie bei der Begründung eines Schiedsverfahrens durch die Geltendmachung eines auf einer Schiedsvereinbarung beruhenden Anspruches die Möglichkeit besitzen, über zwingendes Recht in prozessualer Hinsicht zu disponieren. Auf die Gründe, die dafür gegeben sind, dass eine Bestimmung zwingender Natur nicht automatisch die Vergleichsbefugnis, damit die objektive Schiedsfähigkeit und daher die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit ausschließt, wird später eingegangen. Das Schiedsgericht hat indes zwingende Rechtsvorschriften anzuwenden. Ein Vergleich zwischen den Parteien kann aber vor einem Schiedsgericht wohl auch unter Verletzung zwingender Rechtsvorschriften abgeschlossen werden, im Gegensatz zu einem vor Gericht geschlossenen prätorischen Vergleich.¹⁰⁸ Daraus folgt mE, dass die materiellrechtliche Gestaltungsfreiheit der Parteien erst nach der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit zu prüfen ist.¹⁰⁹

Bejaht man die Möglichkeit der Parteien, über zwingendes Recht im Rahmen einer Schiedsvereinbarung disponieren zu können, so bedeutet das, dass die Privatautonomie einerseits sowohl ein Instrument des Verfahrensrechts als auch des materiellen Rechts ist und andererseits, dass diese - zuerst einmal im Prozessrecht betrachtet – anders ausgeprägt ist, als im materiellen Recht.¹¹⁰ Mit der Schiedsvereinbarung wird das Schiedsgericht hinsichtlich eines Streitgegenstandes für zuständig erklärt, wie es aber in der Folge über den materiellrechtlichen Anspruch entscheidet, bleibt offen. Es wird im Rahmen der Prüfung der objektiven Schiedsfähigkeit zuerst auch nicht über den Anspruch selbst, sondern über die Zulässigkeit des Schiedsweges befunden. Das Schiedsgericht hat aber in jedem Fall

¹⁰⁷ Heller, Rahmen 32

¹⁰⁸ § 433 ZPO räumt potenzielle Streitparteien die Möglichkeit ein, vor Einbringung einer Klage einen prätorischen Vergleich abzuschließen. Dieser ist gemäß § 1 Abs 1 Z 5 EO ein Exekutionstitel.

¹⁰⁹ Thöni, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, wbl 1994, 298

¹¹⁰ Münzberg, 83 f

zwingende Normen im Rahmen des Verfahrens zu ermitteln, zu prüfen und gegebenenfalls anzuwenden.¹¹¹

Bei einem zivilrechtlichen Rechtsgeschäft dagegen, einem Vertrag des materiellen Rechts, sind bei dem Vorliegen von übereinstimmenden Willenserklärungen materiellrechtliche Rechtswirkungen an die Erklärungen geknüpft. Die Schiedsvereinbarung hingegen weist eine Tatbestandswirkung hinsichtlich der Zuständigkeit auf, wie Böhm mE völlig zu Recht schreibt. Die bloße Zuständigerklärung eines Schiedsgerichtes löst folglich „nur“ prozessrechtliche Folgen aus. Man gelangt unweigerlich zu dem Ergebnis, dass der Schiedsvertrag durch das Überwiegen prozessualer Merkmale – wie bereits unter II.2. näher betrachtet – ein Prozessvertrag ist.¹¹²

Für den Staat bedeutet die Schiedsfähigkeit ein wichtiges Eingriffs- und Kontrollinstrument, um die Möglichkeit zu begrenzen, eine Streitsache vor einem Schiedsgericht geltend zu machen. Die Kontrollinstrumente des Staates können zu verschiedenen Zeitpunkten in den Mechanismus der Schiedsgerichtsbarkeit eingreifen. Einerseits kann der Staat durch die ordre public - Kontrolle, was die nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit anbelangt, den Inhalt eines Schiedsspruches kontrollieren, andererseits kann er in seinem Drang zur Kontrolle so weit gehen, gewisse Teilbereiche überhaupt der Schiedsgerichtsbarkeit zu entziehen. Schlosser stellt die These auf, dass, je liberaler sich ein Staat bei der Regelung der objektiven Schiedsfähigkeit verhalten möchte, umso stärker die nachträgliche Inhaltskontrolle ausgeprägt ist. Häufig ist sich der Gesetzgeber des Regelungszusammenhangs gar nicht bewusst, den die Frage der Zulässigkeit einer Schiedsvereinbarung über einen Streitgegenstand und die Frage der Anfechtbarkeit haben.¹¹³ Mit Blick auf die österreichische Rechtslage erkennt man sofort, dass durch § 611 eine deutliche Liberalisierung der schiedsrichterlichen Bestimmungen

¹¹¹ Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit 209f; Bajons/Böhm, Stellungnahme zum SchiedsRÄG 2006, Anm. 4, die am damaligen Entwurf für ein SchiedsRÄG Kritik dahingehend äußerten, dass Parteien ein (materielles) Recht, welches sie nicht haben, auch nicht Dritten übertragen können

¹¹² Fasching, Schiedsgericht 29; OGH 3.9.1986, 1 Ob 545/86; Böhm, Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten, ZfRV 1968, 262 ff: „Die Schiedsvereinbarung ist nur Tatbestandswirkung für die Zuständigkeitsnorm.“

¹¹³ Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit 208

stattgefunden hat, weil der Schwerpunkt auf die nachfolgende Kontrolle von Schiedssprüchen gelegt wurde. Ob das auch für den Anfechtungstatbestand der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit gilt, sei nun einmal dahingestellt.

Zusammenfassend festgehalten erscheint es sinnvoller, den Schutz der Parteien durch Beschränkungen der subjektiven und objektiven Schiedsfähigkeit zu gewährleisten, als eine Bestimmung nach dem Muster des § 1025 dZPOaF in die öZPO aufzunehmen, welche die Anfechtungsmöglichkeit des Schiedsspruches bei Verstoß gegen die guten Sitten vorsieht. Damit wird gleichzeitig der Schiedsfähigkeit, ob in subjektiver oder objektiver Hinsicht eine große Bedeutung beigemessen, vor allem zur Abdeckung eines Rechtsschutzbedürfnisses.¹¹⁴ Es wird dadurch mit Sicherheit eine gewisse Spezifikation und Eingrenzung erreicht, im Gegensatz zu einer weitschweifigen und wiederum auslegungsbedürftigen Bestimmung, die nach den guten Sitten fragt, subjektiv und aus diesem Grund schwierig festzumachen ist.

Trotzdem ist es mE sehr schwierig, speziell was die alte Rechtslage anbelangt, eine dogmatisch saubere Abgrenzung des Begriffes der objektiven Schiedsfähigkeit und ihrer Rechtsfolgen zu erreichen, wie sich im weiteren Verlauf noch zeigen wird. Vor allem die Verquickung von prozessrechtlichen und materiellrechtlichen Auslegungsversuchen erschwert dieses Vorhaben.

a. Schiedsfähigkeit und ordre public

Obwohl sich der ordre public national/international nach der Systematik der schiedsrichterlichen Bestimmungen der öZPO außerhalb der objektiven Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht befindet und daher prima facie getrennt davon zu beurteilen ist, steht der Begriff des ordre public in einem engen inneren Regelungszusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit.

Beide Begriffe bilden Kontrollmöglichkeiten des Staates. Im Falle des ordre public kontrolliert der Staat den Inhalt eines in einem nationalen oder internationalen Schiedsverfahren ergangenen Schiedsspruches dahingehend, ob er nicht in grobem

¹¹⁴ Matscher, Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit im Österreichischen Recht, JBl 414

Widerspruch zu den Grundwertungen der staatlichen Rechtsordnung steht, das heißt, ob er gegen tragende Grundsätze des Strafrechts, des Privatrechts, des Prozessrechts oder des öffentlichen Rechts verstößt. Im Gegensatz zu der fälschlicherweise oft unter dem Deckmantel der objektiven Schiedsfähigkeit praktizierten Inhaltskontrolle ist die objektive Schiedsfähigkeit kein deckungsgleiches Instrument dafür. Überschneidungen sind dennoch zweifellos vorhanden.

Für den internationalen Schiedsspruch gilt: Grundsätzlich ist aufgrund der Verweisungsnormen berufenes Recht im Inland anzuwenden, ungeachtet seines Inhaltes. Der *ordre public international* zieht eine Grenze der zulässigen Anwendung des fremden Rechtes. Er ist ein Maßstab dafür, ob das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der korrespondierenden Regelung der innerstaatlichen Rechtsordnung und den darin innewohnenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es für unerträglich gehalten wird, den Schiedsspruch im Inland durchzusetzen.¹¹⁵ Der *ordre public international* darf folglich nur bei offenkundiger Unvereinbarkeit mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung als Schranke gezogen werden.

Nicht alle Normen der österreichischen Rechtsordnung sind davon umfasst, vielmehr ausschließlich diejenigen, die die Grundwertungen der Rechtsordnung darstellen.¹¹⁶ Gegenstand des Schutzes ist in der Konsequenz nur die spezifische Rechtsordnung selbst.

Der *ordre public* hat zwei Seiten, eine positive (§ 1 IPRG), das heißt er umfasst Sachnormen, die wegen ihrer großen Bedeutung das Kollisionsrecht ausschließen, und eine negative (§ 6 IPRG), welche die Anwendung einer ausländischen Sachnorm ausschließt.¹¹⁷

In Frankreich scheint es so zu sein, dass der *ordre public* eine zentrale Rolle bei der Abgrenzung des Begriffes der objektiven Schiedsfähigkeit spielt („*interessant l'ordre*

¹¹⁵ OGH 26.1.2005, 3 Ob 221/04 b

¹¹⁶ OGH 8.6.2000, 2 Ob 158/00 z

¹¹⁷ Gamauf, Aktuelle Probleme des *ordre public* im Schiedsverfahren ZfRV 2000, 41f

public“). Es sind in Angelegenheiten, in denen der ordre public berührt wird, keine Schiedsvereinbarungen möglich.¹¹⁸

In Österreich wie in der Schweiz stehen die Anfechtungsgründe des ordre public und der Mangel der objektiven Schiedsfähigkeit nebeneinander.¹¹⁹

Das bedeutet mE einerseits, dass der Gesetzgeber die objektive Schiedsfähigkeit keinesfalls als Sammelbecken für Anfechtungsversuche aus Gründen der Verletzung des ordre public oder zwingenden Rechts – nicht alle zwingenden Regelungen des österreichischen Rechts bilden den österreichischen ordre public - allgemein verstanden wissen will. Trotzdem gibt es großflächige Überschneidungen, das heißt, ein Schiedsspruch über einen Streitgegenstand, der nicht objektiv schiedsfähig ist, wird in der Regel auch ordre public - widrig sein. Es ist aber meines Erachtens unzulässig, aus dieser Überschneidung zwingend den Schluss zu ziehen, dass ein Verstoß gegen zwingendes Recht grundsätzlich dem Streitgegenstand die objektive Schiedsfähigkeit benimmt, da diese zu einem gänzlich anderen Zeitpunkt und anhand von anderen Kriterien zu bewerten ist. Es geht bei der Schiedsfähigkeit wie bereits erwähnt um die prozessuale Verfügungsbefugnis, nicht darum, ob Streitparteien über den Streitgegenstand in materiellrechtlicher Hinsicht verfügen können. Daraus folgt, dass ein Verstoß gegen zwingende Normen nicht zwangsläufig das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit mit sich bringt, weil bei Abschluss der Schiedsvereinbarung gar kein Verstoß gegen zwingendes Recht möglich ist.¹²⁰ Nach der alten Rechtslage war der Verstoß gegen zwingende Vorschriften des materiellen Rechts ein Aufhebungsgrund gem. § 595 Abs 1 Z 6 öZPOaF. Der ordre public ist mE weit näher daran, gravierende Verstöße gegen zwingendes Recht zu sanktionieren, als das die (fehlende) objektive Schiedsfähigkeit sein könnte.

¹¹⁸ Holzner, 34, Art 2059f CC

¹¹⁹ Vgl. Berger/Kellerhals, 91f, wonach die mangelnde objektive Schiedsfähigkeit die materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung verhindert, damit die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes nicht gegeben ist. Die daraus möglicherweise resultierenden Beschwerden gegen Zuständigkeits- oder Unzuständigkeitsentscheide gem. Art 190 Abs 2 lit b IPRG prüft das Bundesgericht frei, andere Anfechtungsgründe, dh auch die Missachtung des Ordre public, nur mit eingeschränkter Kognition. Daraus ergibt sich, dass die Missachtung des ordre public auf eine andere Weise wahrgenommen wird, als das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit.

¹²⁰ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 169

Obwohl es weitgehende Überschneidungen zwischen dem ordre public und der (fehlenden) objektiven Schiedsfähigkeit gibt, zeigt sich, dass die Prüfung, ob ein Streitgegenstand objektiv schiedsfähig ist oder ein Verstoß gegen den materiellrechtlichen ordre public vorliegt, zu unterschiedlichen Zeitpunkten stattfindet.

b. Objektive Schiedsfähigkeit und der Verbraucherschutz

Die objektive Schiedsfähigkeit, die gleichsam wie eine Trennlinie die Zulässigkeit einer Schiedsvereinbarung darstellt, und der Verbraucherschutz verfolgen eine ähnliche Zielsetzung. Der Verbraucher wird durch das KSchG¹²¹ in seiner Rechtsposition geschützt. Besteht zwischen der objektiven Schiedsfähigkeit und dem Verbraucherschutz ein Zusammenhang? Die Überschrift in einem Beitrag zu diesem Thema lautet provokant: “Sind Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch möglich?”¹²² In solch einem wichtigen Gebiet wie dem Gesellschaftsrecht soll der Abschluss von Schiedsvereinbarungen nicht mehr möglich sein? Meine bisherigen Ausführungen zum Stellenwert der Schiedsgerichtsbarkeit für Unternehmen verblissen.

Grundsätzlich wird die Begrenzung der Zulässigkeit, ein Schiedsgericht mit einer Streitsache zu befassen, in den zentralen Verbraucherschutzbestimmungen evident. § 6 Abs 2 Zif 7 KSchG schreibt fest, dass eine Vertragsbestimmung, wonach ein Rechtsstreit, der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden soll, im Einzelfall ausgehandelt sein muss. Den Unternehmer trifft dabei zusätzlich auch immer die Beweislast. Es sind all jene Verbraucher, die unselbständig erwerbstätig sind, folglich ist auch der Geschäftsführer einer GmbH, der nicht Gesellschafter ist, oder aber einzelnen Gesellschafter selbst von diesem Begriff erfasst.¹²³ Schiedsvereinbarungen zwischen

¹²¹ BGBl I 2006/92

¹²² Öhlberger, Sind Schiedsklauseln in GmbH - Gesellschaftsverträgen noch möglich?, ecolex 2008, 51ff

¹²³ Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 166f, der mit der jüngeren Rechtsprechung zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise neigt. Jedenfalls der geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter wird als Unternehmer zu qualifizieren sein.

der GmbH und dem Geschäftsführer können nur in Ansehung eines bestimmten Rechtsstreites getroffen werden.¹²⁴

Daneben ist die Bestimmung des § 617 zu erwähnen, die besagt, dass eine Schiedsvereinbarung zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher nur für bereits entstandene Streitigkeiten möglich sein soll. Darüber hinaus muss die Schiedsvereinbarung in einem eigenhändig unterzeichneten Dokument enthalten sein, in dem sonst keine weiteren Bestimmungen enthalten sein dürfen.

Der Unternehmer muss dem Verbraucher auch die Unterschiede zwischen einem ordentlichen Verfahren und einem Schiedsverfahren zur Kenntnis bringen, der Sitz des Schiedsgerichtes muss bestimmt sein, und wenn der Verbraucher keinen Wohnsitz an dem bestimmten Ort hat, so ist die Schiedsvereinbarung nur zu beachten, wenn sich der Verbraucher darauf beruft. Auf die diversen Sonderaufhebungstatbestände möchte ich später eingehen. Dies mutet – lässt man den angesprochenen Problembereich des Gesellschaftsrechts bei Seite – insofern seltsam an, als der Unternehmer als Streitpartei dem Verbraucher gegenübersteht und eine gänzlich andere Interessenslage hat. Er muss also trotz eines Interessenskonfliktes den Verbraucher über die Merkmale eines Schiedsverfahrens belehren. Unterlässt er diese Belehrung, so ist der Schiedsspruch aufzuheben.

Bei dieser Regelungsfülle muss man eingangs davon ausgehen, dass es in der Vergangenheit große Probleme gegeben haben muss, wenn ein Verbraucher mit einem Unternehmer eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat, sodass ein wirklicher Regelungsbedarf gegeben war und es aus diesem Grund dem Verbraucher verwehrt bleiben soll, über einen vermögensrechtlichen Anspruch prozessual zu verfügen. Aus der Formulierung des Gesetzes, dass eine Schiedsvereinbarung nur über bereits entstandene Streitigkeiten wirksam abgeschlossen werden kann, ergibt sich im Umkehrschluss, dass für künftige Streitigkeiten, mögen sie auch vermögensrechtlicher Natur sein, die objektive Schiedsfähigkeit fehlt.

¹²⁴ Reich-Rohrwig, 247, derselbe Rz 2/150

Im EB zur RV heißt es, dass zur Vermeidung von Risiken für Verbraucher, die ja unter dem besonderen Schutze des Gesetzes stehen, aufgrund der Beseitigung wesentlicher Schutzvorschriften ein erhöhtes Augenmaß auf deren Rechtsposition zu legen ist.¹²⁵ Worin liegt nun das die Schiedsgerichtsbarkeit begrenzende Element? In Frage kommt dafür einerseits der vermögensrechtliche Anspruch, wie oben bereits durch die Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut angedeutet.

Auf den ersten Blick hat die Frage, ob es sich bei einer Partei des Schiedsverfahrens um einen Verbraucher handelt, nichts mit den Merkmalen der objektiven Schiedsfähigkeit gemein. Bei näherer Betrachtung der Bestimmung des § 617 ist festzustellen, dass ein Streitgegenstand, für den in einer Schiedsvereinbarung zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes vereinbart werden soll, wohl nur dann objektiv schiedsfähig sein kann, wenn die Streitigkeit bereits entstanden ist.

Die Eigenschaft, ob jemand Verbraucher ist oder nicht, könnte an sich nur im Bereich der subjektiven Schiedsfähigkeit zu bestimmen sein, die objektive Schiedsfähigkeit scheint davon unberührt zu bleiben. Die Frage ist, ob die objektive Schiedsfähigkeit als Begrifflichkeit so weit zu verstehen ist, dass damit nicht nur ein Streitgegenstand zu analysieren ist, sondern davon auch bspw. zeitliche Momente in einem Rechtsverhältnis zwischen zwei Parteien oder gar die Eigenschaften der Parteien umfasst sind.

Dafür spricht, dass die prozessuale Verfügungsmöglichkeit über den Streitgegenstand dem Verbraucher erst gegeben ist, wenn der Streit bereits entstanden ist. Dagegen spricht, dass, ob ein Anspruch schiedsfähig ist oder nicht, davon abhängt, ob er vermögensrechtlicher Natur ist und dazu nicht ex lege vom Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit ausgenommen ist. Der Anspruch selbst ist im Bereich des Verbraucherschutzes aber, streng genommen, nicht von der objektiven Schiedsfähigkeit ausgenommen. Die Ausgestaltung der (zusätzlichen) Aufhebungsgründe in § 617 Abs 6 und 7 ergänzen den Aufhebungsgrund des § 611 Abs 2 Z 7.

¹²⁵ Oberhammer, Entwurf (2002) 34

Die objektive Schiedsfähigkeit des vermögensrechtlichen Anspruches müsste streng dogmatisch betrachtet trotz der Verbrauchereigenschaft je nach Ausprägung des Streitgegenstandes gegeben sein. Es gibt zwar Kriterien, die über die Eigenschaft des vermögensrechtlichen Anspruches bzw. der Vergleichsfähigkeit der nicht-vermögensrechtlichen Ansprüche hinaus die objektive Schiedsfähigkeit ausschließen. Die Verbrauchereigenschaft zählt prima vista keineswegs dazu.¹²⁶ Offenkundig ist aber die Eigenschaft des Geschäftes selbst das darüber hinausgehende Kriterium, das die prozessuale Verfügungsbefugnis ausschließt. Im Bereich des Verbraucherschutzes steht damit interessanterweise die objektive Schiedsfähigkeit in einer speziellen Ausformung im Vordergrund. Der Staat wollte diesen Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit entziehen und räumt einem Verbraucher die prozessuale Dispositionsbefugnis erst in dem Zeitpunkt ein, in welchem der Streit bereits entstanden ist.

Sohin stehen die Aufhebungsgründe des § 617 neben dem Aufhebungsgrund des § 611 Abs 2 Z 7 iVm § 613. Ein trotzdem ergangener Schiedsspruch ist jedenfalls von Amts wegen nicht zu beachten.

Das Ausmaß der geschaffenen Regelungen über den § 6 Abs 2 Z 7 KSchG hinaus, dem nach Reiner durch § 617 derogiert wurde, ist enorm.¹²⁷ Der Verbraucherschutz war offenkundig für den Gesetzgeber ein so großes Anliegen, dass die möglichen Konsequenzen für das Gesellschaftsrecht dabei übersehen wurden. Dabei ist fraglich, ob die Schutzgesetzgebung nicht ohnehin durch § 6 Abs 2 Z 7 leg. cit. in einem überaus ausreichenden Ausmaß gewährleistet ist.

ME ist die Schiedsgerichtsbarkeit im Verhältnis Verbraucher - Unternehmer von nicht allzu großer Bedeutung, dies gilt allerdings nur abseits der gesellschaftsrechtlichen Themenbereiche, sodass eine Bestimmung wie der neue § 617 nicht oft angewendet werden wird. Die Tragweite für die angesprochenen, insbesondere rechtsgeschäftlichen Schiedsvereinbarungen im Bereich des Gesellschaftsrechts ist

¹²⁶ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 113

¹²⁷ Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 167f

groß, da es in der Folge in diesem Bereich nur mehr sehr schwer möglich sein wird, Schiedsvereinbarungen abzuschließen.¹²⁸

c. Die internationalrechtliche Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit

Die Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit kann sich entweder nach der *lex causae*, dh nach dem auf die Streitsache anwendbarem Recht, nach der *lex fori*, dh dem Recht des Sitzes des Schiedsgerichtes, oder nach dem Recht der *lex arbitri*, dh nach dem Schiedsrecht des Ortes des Schiedsgerichtes, richten.

Nach der überwiegenden hM richtet sie sich grundsätzlich nach dem Sitz des Schiedsgerichtes, der *lex fori*, dh nur dann, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz in Österreich hat bzw. wenn der Sitz des Schiedsgerichtes noch nicht feststeht und eine Partei ihren Sitz in Österreich hat, ist die Bestimmung des § 582 heranzuziehen und der Streitgegenstand danach zu beurteilen. Im Gegensatz dazu erfahren auf der einen Seite das Zusammenspiel der ordentlichen Gerichtsbarkeit mit der Schiedsgerichtsbarkeit und andererseits die Form der Schiedsvereinbarung eine besondere Regelung in § 577 Abs 2. Sie sind auch anzuwenden, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz nicht in Österreich hat. Der Grund dafür ist, dass mit diesen Bestimmungen nicht das Verfahren an sich, sondern vielmehr das Zusammenwirken der ordentlichen Gerichte und der Schiedsgerichte geregelt wird und diese daher sowohl für inländische wie ausländische Schiedsverfahren von Bedeutung sind.¹²⁹

Stellt man die Formvorschriften und die objektive Schiedsfähigkeit als den Zugang zu einem Schiedsverfahren begrenzende Regelungen gegenüber, so sind Erstere nicht Gegenstand der Überprüfung, wenn ein ausländischer Schiedsspruch in Österreich vollstreckt werden soll.

Obwohl der *ordre public* in § 577 Abs 2 ebenso keine Erwähnung findet, kann dieser bei den Betrachtungen nicht ausgeklammert werden, vielmehr muss jedes ordentliche Gericht darauf achten, dass er nicht verletzt wird. In materiellrechtlicher wie in

¹²⁸ Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 168

¹²⁹ Oberhammer, Entwurf (2002) 5

verfahrensrechtlicher Hinsicht. Insofern muss man auf das von Schlosser herausgearbeitete Zusammenfallen der objektiven Schiedsfähigkeit mit dem ordre public verweisen.¹³⁰ Entweder es wird der Zugang zum Schiedsgericht durch die objektive Schiedsfähigkeit begrenzt, oder es wird der ergangene Schiedsspruch einer nachträglichen (Inhalts-)Kontrolle unterzogen. Ein Schiedsspruch über einen nach autonomen österreichischem Recht objektiv nicht schiedsfähigen Gegenstand wird in aller Regel – wie bereits erwähnt – auch ordre public - widrig sein. Obwohl §§ 582 iVm 611 Abs 1 Z 7 auf Schiedsverfahren gemäß § 577 Abs 2 nicht anzuwenden sind, die ihren Sitz nicht in Österreich haben, kann die fehlende objektive Schiedsfähigkeit trotzdem dazu führen, dass einem ausländischen Schiedsspruch die Vollstreckung versagt werden muss.

3. Die Zulässigkeit des Schiedsweges

Das österreichische System der Jurisdiktionsnorm unterscheidet zwischen dem allgemeinen (§§ 65ff JN) und dem besonderen (§§ 76ff JN) Gerichtsstand. Was letzteren anbelangt, so wird in der Folge zwischen dem ausschließlichen Gerichtsstand und dem Wahlgerichtsstand unterschieden. Bei den ausschließlichen Gerichtsständen unterscheidet man zwischen prorogablen und unprorogablen Gerichtsständen. Das bedeutet, dass es hier Bereiche gibt, in denen eine Prorogation, dh eine Gerichtsstandsvereinbarung zwischen Streitparteien, nicht zulässig ist, sog. Zwangsgerichtsstände. Die ausschließlichen Gerichtsstände schließen den allgemeinen Gerichtsstand aus.¹³¹

Es stellt sich die Frage, ob diese Prorogationsverbote Auswirkungen auf die Schiedsgerichtsbarkeit haben, ob jene Streitgegenstände, für die ein solches absolutes Prorogationsverbot (§§ 83a, 83b JN) besteht, folglich ex lege nicht objektiv schiedsfähig sind, die Schiedsvereinbarung hier prozessualen Grenzen unterliegt.

Fasching verneint das mit der Begründung, dass die die Schiedsfähigkeit regelnde Bestimmung (§ 577 öZPOaF) von einem anderen Dispositionsbereich ausgeht als die

¹³⁰ Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit 289

¹³¹ Rechberger-Simotta, Rz 110

JN.¹³² Diese betrifft nur Rechtssachen, welche vor ein ordentliches Gericht gehören. Die Ausschließlichkeit eines Gerichtsstandes steht einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht im Weg. Folglich bewirken die Prorogationsverbote nicht das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit.

Für die Möglichkeit des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung ist lediglich ausschlaggebend, dass es sich (je nach alter oder neuer Rechtslage) um einen vermögensrechtlichen bzw. nicht-vermögensrechtlichen, aber vergleichsfähigen Anspruch gemäß § 582 Abs 1 öZPOnF (§ 577 öZPOaF) handelt.

Das Argument Faschings ist mE zu hinterfragen, denn dass die JN nur Rechtssachen betrifft, die vor ein ordentliches Gericht gehören, sagt mE nichts darüber aus, ob der Dispositionsbereich, von dem man auszugehen hat, nicht aus den gleichen Gründen der Parteiendisposition entrückt und damit ein Streitgegenstand weder objektiv schiedsfähig bzw. prorogabel ist. Vielmehr ist es durchaus zulässig, Parallelen festzustellen, beispielsweise was die Argumente für den Zwangsgerichtsstand des ASG angeht.¹³³ Bei der Definition, was denn eine Rechtsstreitigkeit sei, die vor ein Schiedsgericht gelangen könne, wird ebenfalls auf die JN zurückgegriffen.

Die angeführten Zwangsgerichtsstände haben jedoch nicht den Zweck, einer Partei Rechtsschutz zu gewähren. Matscher vertritt die Ansicht, dass sie lediglich dazu dienen, einheitliche Gerichtsentscheidungen für ähnliche Rechtsstreitigkeiten zu bewirken. Aus diesem Grund dürften sie der Vereinbarung eines Schiedsgerichtes nicht entgegenstehen.¹³⁴

Die Frage der Zulässigkeit zwischen ordentlichen Gerichten und Sondergerichten erfolgt nach den Regeln der prorogablen sachlichen Zuständigkeit.¹³⁵ Das ordentliche Gericht kann daher den Mangel der Zuständigkeit nur von Anbeginn an, nach dem Einlangen der Klage oder der rechtzeitigen Einrede des Beklagten wahrnehmen.

¹³² Fasching, Schiedsgericht 19

¹³³ § 7 ASGG: “Für die im § 65 Abs. 1 Z 1, 2, 4bis 6 und 8 genannten Rechtsstreitigkeiten ist nur das örtliche Gericht zuständig, in dessen Sprengel der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt des Versicherten liegt.”

¹³⁴ Matscher, 414f; Wünsch, 83

¹³⁵ Rechberger-Simotta, Rz 93

Ist bereits ein Schiedsverfahren anhängig, so darf nach der neuen Rechtslage kein weiterer Rechtsstreit vor einem ordentlichen Gericht oder vor einem anderen Schiedsgericht anhängig gemacht werden. Es liegt damit gemäß § 584 Abs 3 eine Situation der echten Schiedshängigkeit vor.

4. Die objektive Schiedsfähigkeit vor dem SchiedsRÄG 2006

Eine Analyse der alten Rechtslage ist mE wichtig, weil dadurch einerseits dokumentiert werden kann, inwieweit sich die Rechtslage zur objektiven Schiedsfähigkeit verändert hat, bzw. weil die Ausführungen über die Vergleichsfähigkeit zumindest für die nicht-vermögensrechtlichen Ansprüche nach der neuen Rechtslage weiterhin Gültigkeit und Relevanz besitzen. Interessantes Detail ist die Entwicklung der objektiven Schiedsfähigkeit; ein kurzer Blick in die Bestimmung des § 577 öZPOaF genügt, um festzustellen, dass diese Bestimmung im Gegensatz zu § 582 öZPOnF nicht mit der Überschrift der objektiven Schiedsfähigkeit versehen ist.

Dadurch wird deutlich, dass die objektive Schiedsfähigkeit eine gänzlich eigene Voraussetzung für die Möglichkeit des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung bildet und getrennt von anderen Voraussetzungen zu prüfen ist. Diese ist nämlich völlig isoliert davon zu betrachten, ob etwa ein Verstoß gegen den ordre public vorliegt, wenngleich es durchaus Überschneidungen gibt, ob eine Schiedsvereinbarung überhaupt formgerecht abgeschlossen wurde, oder ob eine Person eine Schiedsvereinbarung überhaupt abschließen konnte. Reiner ist der Ansicht, dass die objektive Schiedsfähigkeit der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zuzurechnen ist und nicht dem Schiedsverfahren.¹³⁶

Petschek vermeidet demgegenüber zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt überhaupt den Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit, er nennt vielmehr die Dispositionsbefugnis über ein bestimmtes Recht als entscheidendes Kriterium.¹³⁷

¹³⁶ Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 169

¹³⁷ Petschek-Stagel, 241

Daraus ist meines Erachtens erkennbar, dass mit einem wachsenden Stellenwert der Schiedsgerichtsbarkeit auch dem Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit eine eigene Stellung zugbilligt wurde, zugleich aber auch eine genaue Abgrenzung durch die Weiterentwicklung des Begriffes anzustreben ist.

a. Vereinbarung

Vor der Novellierung der schiedsrichterlichen Bestimmungen der öZPO war § 577 öZPOaF die für die objektive Schiedsfähigkeit maßgebliche Norm:

Diese Bestimmung sah vor, dass eine Schiedsvereinbarung über die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch ein Schiedsgericht insofern rechtliche Wirkung hat, als die Parteien fähig sind, über diese Rechtsstreitigkeit einen Vergleich abzuschließen. Die in § 577 öZPOaF gewählte Formulierung scheint auf den ersten Blick eine durchaus klare zu sein, sie lässt aber bei näherer Betrachtung viele Fragen offen, da sie als Abgrenzungskriterium die Vergleichsfähigkeit des Anspruches in ihr Zentrum stellt.¹³⁸

Die Entscheidung eines Rechtsstreites durch das Schiedsgericht erfolgt durch die sachliche Erledigung eines Parteienantrages. Für diese sind die in der ZPO vorgegebenen Rahmenbedingungen maßgeblich, vor allem hinsichtlich der Entscheidungsformen.

b. Rechtsstreitigkeit

Rechtsstreitigkeit bedeutet, dass sich Parteien mit widerstreitenden Rechtspositionen gegenüberstehen. Diese müssen überhaupt vor einem staatlichen Gericht geltend gemacht und entschieden werden können, folglich eine bürgerliche Rechtssache iSd § 1 JN sein.¹³⁹ Diese sind vor einem ordentlichen Gericht geltend zu machen, sofern der geltend gemachte Anspruch nicht einer bestimmten Behörde zugewiesen ist. Daraus könnte die Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens resultieren.

¹³⁸ Matscher, Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit im österreichischen Recht, JBl 1973, 414

¹³⁹ Rechberger/Melis, in Rechberger², Rz 4 zu § 577 öZPO aF;
Zeiler, Schiedsverfahren § 582 ZPO Rz 8

Entgegen der Ansicht Faschings bin ich nicht der Auffassung, dass Schiedsvereinbarungen, die eine nicht auf den Rechtsweg gehörende Streitsache vor ein Schiedsgericht bringen wollen, unwirksam und Schiedssprüche daher anfechtbar sind. Richtigerweise mangelt es einer Streitsache, die nicht vor ein Schiedsgericht gehört, an der objektiven Schiedsfähigkeit. Wenn die Streitsache nicht vor einem ordentlichen Gericht entschieden werden kann, so kann sie unmöglich vor einem Schiedsgericht entschieden werden. Folglich waren trotzdem ergangene Schiedssprüche nach der alten Rechtslage Nicht-Schiedssprüche. Nach der neuen Rechtslage sind sie demnach gemäß § 611 Abs 2 Z 7 anfechtbar.

Nicht-Schiedssprüche bedurften nach der alten Rechtslage keiner Anfechtung bzw. Aufhebung, da es den Parteien verwehrt sein musste, Schiedssprüche, die aufgrund von Schiedsvereinbarungen gefällt wurden, für die der Schiedsweg unzulässig ist, in Rechtskraft erwachsen zu lassen.¹⁴⁰

Ausdrücklich ist darauf hinzuweisen, dass auch künftige Rechtsstreitigkeiten nach alter und neuer Rechtslage objektiv schiedsfähig sind.¹⁴¹

c. Begriff der Vergleichsfähigkeit

Wie in der dZPO bestimmte sich die objektive Schiedsfähigkeit lange Zeit nach der objektiven Vergleichsfähigkeit eines Streitgegenstandes.¹⁴²

Gegenstand des Streites ist das Recht und der daraus abgeleitete Anspruch.¹⁴³ Bei der Frage nach den objektiv schiedsfähigen Streitgegenständen beschränkte sich die österreichische Lehre mehrheitlich darauf, Ansprüche herauszufiltern, die nicht vergleichsfähig sein sollen. Eine eigene Auslegung der Vergleichsfähigkeit findet sich nur selten.¹⁴⁴ Die Vergleichsfähigkeit als Kriterium der objektiven Schiedsfähigkeit kann aber mit der Möglichkeit verglichen werden, einen Anspruch durch einen vollstreckbaren Notariatsakt gem. § 3 Abs 1 NO iVm § 1 Z 17 EO vollstreckbar zu

¹⁴⁰ aA Fasching¹ IV § 577 öZPOaF Anm 7; Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 ZPO Rz 22

¹⁴¹ Fasching¹ IV § 577 öZPOaF Anm 8

¹⁴² § 1025 dZPOaF; § 577 öZPOaF

¹⁴³ Fasching, Schiedsgericht 17

¹⁴⁴ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 107 ff; Thöni, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, Wbl 1994 301

machen. Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann daher wohl sein, was auch Gegenstand eines vollstreckbaren Notariatsaktes sein kann.¹⁴⁵ Gemäß § 3 lit c NO muss über die Verpflichtung ein Vergleich zulässig sein.¹⁴⁶ In einem vollstreckbaren Notariatsakt können aber im Gegensatz zu Teilen der alten hM und im Gegensatz zur neuen Rechtslage vollstreckbare Räumungsverpflichtungen aufgenommen werden. Diese Verpflichtung kann nur bei anderen Räumlichkeiten als Wohnungen oder Wohnungsbestandteilen, wie Geschäftsräumlichkeiten oder Garagen vollstreckbar gemacht werden.¹⁴⁷

Es stellt sich zunächst die Frage, wie der Begriff der objektiven Vergleichsfähigkeit im österreichischen Recht zu verstehen bzw. auszulegen ist.

Dazu wurden in der schiedsrechtlichen Dogmatik Theorien entwickelt, bei denen allerdings mE fragwürdig ist, inwieweit sie tatsächlich im Ergebnis haltbar sind und ob sie tatsächlich Unterschiede bei der Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit bewirken können.

c.1 Die prozessuale Theorie

Die prozessuale Theorie sieht ein Rechtsprechungsmonopol des Staates in von ihm beanspruchten Bereichen vor. Dieses staatliche Rechtsschutzmonopol soll sich ausschließlich aus Verfahrensvorschriften, dh aus Prozessrecht, ergeben. Sie knüpft nahezu nahtlos an diejenigen an, welche die Schiedsvereinbarung als reinen Prozessvertrag ansehen und begründet so die prozessrechtliche Auslegung der Vergleichsbefugnis. Backhausen hat weiters gezeigt, dass der Aufhebungsgrund des *ordre public* iSd § 595 Z 6 aF öZPO überflüssig wäre, wenn die Vergleichsfähigkeit an der Disposition über zwingende materiellrechtliche Normen zu messen sei.¹⁴⁸ Unter den von ihm gebildeten prozessrechtlich ausgelegten Begriff der Vergleichsbefugnis fallen nicht Verfahren, in denen der Untersuchungsgrundsatz gilt,

¹⁴⁵ Rechberger/Oberhammer/Bogensberger, Vollstreckbarer Notariatsakt 24

¹⁴⁶ NO idF RGBL. Nr. 75/1871 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2008

¹⁴⁷ Wagner/Knechtel, Kommentar⁶ § 3 Rz 3

¹⁴⁸ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 110

die von Amts wegen eingeleitet werden, oder in denen es Gruppenrechtsverhältnisse zu regeln gilt.¹⁴⁹

Danach sind nur jene Fälle strittig, in denen es materiellrechtliche Beschränkungen der Vergleichsbefugnis gibt, allerdings setzt sich die prozessuale Theorie darüber hinweg, indem sie überhaupt nur prozessrechtliche Beschränkungen wahrnimmt. Zwingende Rechtsvorschriften stehen daher der Vergleichsbefugnis nicht entgegen. Die aufgeworfene Frage, ob zwingende Rechtsvorschriften die objektive Vergleichsbefugnis und damit die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes ausschließen, muss daher von Anhängern der prozessualen Theorie konsequenterweise verneint werden.

Dem folgend hat Backhausen als einer der Wenigen versucht, einen eigenen bzw. eigenständigen Begriff der objektiven Vergleichsfähigkeit für das österreichische Recht zu entwickeln. Grundsätzlich ist nämlich die Scheu vor einer Klassifizierung spürbar, da es sich um Auslegungsmöglichkeiten handelt, die beide gewisse Gründe für sich haben.

Backhausens Begriff der Vergleichsbefugnis beruht auf der Ansicht, dass in Verfahren mit einem dominierenden öffentlichen Interesse oder in Verfahren, in denen die Dispositionsmaxime beschränkt ist, keine objektive Schiedsfähigkeit vorliegt (Ehe- und Abstammungsverfahren).

Gleiches gilt für Verfahren, in denen das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Verlassenschaftsverfahren, Todeserklärungsverfahren); zuletzt mangelt es an der objektiven Schiedsfähigkeit, wenn es um die Einwirkung auf einen Hoheitsakt geht (Nichtigkeits- und Wiederaufnahmeverfahren).¹⁵⁰ Auch Exekutionssachen sind davon in einem bestimmten Ausmaß betroffen.

ME ist der Ansatz von Backhausen nach wie vor überzeugend. Wie sich im weiteren Verlauf noch zeigen wird, kann mit einer (streng) materiellrechtlichen Auslegung

¹⁴⁹ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 113

¹⁵⁰ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 113; Kastner Jbl 50, 566; OGH 29.4.2003, 1 Ob 22/03x; OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03 d; OGH 13.7.1999, 5 Ob 186/99 k

nach der Neuregelung der objektiven Schiedsfähigkeit nicht das Auslangen gefunden werden.

Auch Böhm hat sich im Zusammenhang mit der Beurteilung offener Fragen des internationalen Schiedsrechts damit auseinandergesetzt und dabei Auffassungen beschrieben, die die Schiedsgerichtsbarkeit in all ihren Ausformungen einzig und allein vom Parteiwillen getragen sehen. Dabei haben deren Vertreter eine rein vertragliche Deutung des „Schiedsrechtsverhältnisses“ vor Augen. Die dieser Ansicht innewohnende Sachwidrigkeit begründet auch Böhm damit, dass das Schiedsverfahren prozessuale Wirkungen erzeugt. Als Beweis führt er das Verhältnis des Schiedsrechts zum ordentlichen Zivilverfahren und der Beteiligung staatlicher Gerichte an Schiedsverfahren an und verweist völlig zu Recht auf die Wirkungen, die der Schiedsspruch auszulösen vermag, insbesondere die materielle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit.¹⁵¹

c.2 Die streng materiellrechtliche Theorie

Bei der streng materiellrechtlichen Theorie wird - neben der soeben dargestellten Sichtweise, das gesamte „Schiedsrechtsverhältnis“ rein materiellrechtlich zu beurteilen - auf die Wirksamkeit eines hypothetischen Vergleiches in einem konkreten Fall und weiters darauf abgestellt, ob zwingendes Recht durch den Vergleich verletzt ist. Gibt es im materiellen Recht Vertragsverbote, so ist der Streitgegenstand in diesem Bereich nicht objektiv schiedsfähig.¹⁵² In Ansehung der streng materiellrechtlichen Theorie führt jeder Verstoß gegen zwingende Rechtsvorschriften zur fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit. Prozessuale Grenzen erfahren dabei keine Berücksichtigung. In Österreich ist diese Meinung vorzufinden, nämlich dergestalt, dass auf die Vergleichsfähigkeit nach materiellem Recht abgestellt wird.¹⁵³

¹⁵¹ Böhm in FS Fasching, 129f, insb. 132, der unter Berufung auf eine in Deutschland vertretene Rechtsansicht, wonach der Schiedsvertrag ein materiellrechtlicher Vertrag über prozessuale Beziehungen darstellt, festhält, dass dies eine unzulässige Vermengung des Hauptvertrages, der materielle Wirkungen hat, mit der Schiedsabrede, die ihre Wirkungen auf prozessuaalem Gebiet äußert, ist.

¹⁵² Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 ZPO Rz 16

¹⁵³ Fasching, Schiedsgericht 17; Holzhammer, 364

Die streng materiellrechtliche Theorie ist vorwiegend in Deutschland zu finden, wie an dieser Stelle der Hinweis darauf keinesfalls fehlen darf, dass in Deutschland der Theorienstreit mit einer wesentlich größeren Leidenschaft geführt wurde als in Österreich und in manchen Fragen dieser in Österreich gänzlich fehlt¹⁵⁴. Dabei wird aber die streng materiellrechtliche Auslegung in der Literatur eher mit der prozessrechtlichen Auslegung vermengt. Beide Aspekte finden daher bei der Beurteilung, ob ein Streitgegenstand schiedsfähig ist, Berücksichtigung, ähnlich wie in der österreichischen Lehre, speziell, was die Beschlussmängelstreitigkeiten anbetrifft.¹⁵⁵

c.3 Theorie der objektiven Verfügbarkeit des Streitgegenstandes

Die Theorie von der objektiven Verfügbarkeit sieht vor, dass geprüft werden muss, ob der Streitgegenstand einer rechtsgeschäftlichen Verfügung überhaupt zugänglich ist, dh ob den Parteien alternativ zu einer gerichtlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses auch die rechtsgeschäftliche Ausgestaltung möglich ist. Diese Theorie wird durch den in der Folge der Änderung der ZPO 1983 geänderten Aufhebungsgrund der ordre public - Widrigkeit begründet. Dadurch komme nämlich zum Ausdruck, dass Verstöße gegen zwingendes Recht nur ab einem gewissen Ausmaß zu einer Aufhebung des Schiedsspruches führen.¹⁵⁶ Es wurde schon besprochen, dass der ordre public vor allem durch die neue Rechtslage, in deren Rahmen er eine Regelung als ein von der objektiven Schiedsfähigkeit unabhängiger Aufhebungsgrund erhält, erkennbar neben der objektiven Schiedsfähigkeit steht, daher die Vermischung beider Aspekte nicht per se möglich ist und aus diesem Grunde die Theorie der objektiven Verfügbarkeit für die österreichische Rechtslage nicht angenommen werden kann.

Der OGH hat in einer Entscheidung, in deren Rahmen der Kläger geltend gemacht hatte, dass die Nichtigkeitserklärung eines Gesellschafterbeschlusses und die Anfechtung eines Notariatsaktes nicht schiedsfähig wären, im Gegensatz zur Theorie der

¹⁵⁴ Gaul, ÖJZ 2003, 54

¹⁵⁵ Insbesondere Schmidt, BB 2001, 37, wendet sich dagegen, dass gläubigerschützende Bestimmungen im GmbH-Gesetz, die zwingender Natur sind, Schiedsprozessverbote darstellen. Die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage ist seiner Meinung nach daher eindeutig schiedsfähig; siehe dazu auch BHZ 132, 278

¹⁵⁶ Thöni, 232ff

objektiven Verfügbarkeit ausgesprochen, dass bei der Frage der objektiven Schiedsfähigkeit nicht auf die jeweils intendierten Urteilstwirkungen abzustellen ist, sondern nur auf die Vergleichsfähigkeit des Anspruches, dh ob die Parteien über den Gegenstand ihres Streites in materiellrechtlicher Hinsicht einen Vergleich abzuschließen fähig sind. Aus diesem Ansatz ergibt sich eindeutig, dass von der Rechtsprechung auf die Auslegung im materiellen Sinn zurückgegriffen wurde, obwohl durch das Überwiegen prozessualer Aspekte der Schiedsvereinbarung diese Art der Auslegung bevorzugt werden sollte und durchaus zu überprüfen wäre, ob den Parteien eine prozessuale Verfügungsbefugnis über den in Rede stehenden Anspruch zukommt.¹⁵⁷

c.4 Sukkus für die österreichische Rechtslage

In der österreichischen Lehre wird trotz der prozessualen Qualifikation der Schiedsvereinbarung zur Auslegung der Vergleichsbefugnis stark auf das materielle Recht zurückgegriffen. Das äußert sich darin, dass man in der älteren Lehre zumeist eine Aufstellung von materiellem Recht bzw. Rechtsgebieten findet, die nicht objektiv schiedsfähig sein sollen.¹⁵⁸ Auch die Judikatur begründet die fehlende objektive Schiedsfähigkeit in manchen Rechtsgebieten mit deren starker Prägung durch zwingende Rechtsvorschriften.¹⁵⁹

Die Frage nach der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung wurde durch die inhaltliche Darstellung der verschiedenen Theorien dahingehend beantwortet, dass sie prozessualer Natur ist, dh primär nach prozessualen Grundsätzen und nur subsidiär nach materiellem Recht auszulegen ist. Was ihre Auslegung anbelangt, so ist es letztthin unmöglich, sich auf die Auslegung durch Heranziehung prozessualer Auslegungsgrundsätze im Wege der analogen Anwendung der §§ 6f ABGB zu beschränken. Man muss auf die materielle Auslegung, beispielsweise die Vertragsauslegung gemäß § 914 ABGB zurückgreifen. Dabei handelt es sich jedoch mehr um allgemeine Rechtsgrundsätze und leitet sich daraus keinesfalls zwingend die materiellrechtliche Natur der Schiedsvereinbarung ab. Die Vergleichsfähigkeit als

¹⁵⁷ OGH 3.4.2001, 4 Ob 37/01 x

¹⁵⁸ Fasching, Schiedsgericht 16ff

¹⁵⁹ OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03d

zentrales Merkmal für die alte Rechtslage und als Bestandteil der neuen Rechtslage hingegen ist - zumindest der OGH sah und judizierte es so – rein materiellrechtlich auszulegen.¹⁶⁰

Diese Durchbrechung der prozessrechtlichen Auslegung der Vergleichsbefugnis durch das Abstellen auf materiellrechtliche Grundsätze bei der Auslegung dessen, was sich im Zentrum der Schiedsvereinbarung befindet, nämlich der Vergleichsfähigkeit des Streitgegenstandes, führt mE zu der Frage, ob man es bei der Schiedsvereinbarung nicht doch mit einem Vertrag *sui generis* zu tun hat. Einerseits ist sie klar ein Instrument des Prozessrechts und damit prozessual auszulegen, andererseits wird ihr Gegenstand bei der Überprüfung der Vergleichsfähigkeit materiellrechtlich ausgelegt.

Durch die in der österreichischen Lehre vorgenommenen Auflistungen der Streitgegenstände kann auf die Auslegung der Vergleichsbefugnis in streng materiellrechtlichem Sinn geschlossen werden, da *prima facie* danach gefragt wird, ob materiellrechtliche Beschränkungen oder zwingendes Recht dem Vergleich entgegenstehen. Dabei darf nicht vergessen werden, dass prozessrechtliche Beschränkungen daneben ebenso unübersehbar bestehen. Daher ist es unzulässig, von einer streng materiellrechtlichen Auslegung auszugehen.

Schon zuvor habe ich dargelegt, dass der Verstoß gegen zwingendes Recht zur Anfechtbarkeit des Schiedsspruches, nicht zum Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit und damit nicht zu einem Nicht-Schiedsspruch führt. Es kann folglich nicht aus dem zwingenden Recht die fehlende objektive Schiedsfähigkeit geschlossen werden. Nach der streng materiellrechtlichen Theorie führt jeder Verstoß gegen zwingendes Recht zur fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit. Sie ist somit auf die Vergleichsfähigkeit nach österreichischem Recht scheinbar nicht anwendbar, da nach österreichischem Recht ein Verstoß gegen zwingendes Recht nicht zur fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit führt, weil diese im Rahmen des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung zu prüfen ist. Ob in der Folge bei der Durchführung eines Verfahrens gegen zwingende Rechtsvorschriften verstoßen wird, begründet keineswegs das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit, sondern nur, wenn die

¹⁶⁰ OGH 14.8.1993, ÖJZ 1993, 636f

Parteien des Verfahrens nicht in der Lage waren, die alte Rechtslage betreffend, über den Streitgegenstand einen Vergleich abzuschließen, weil dieser Anspruch nicht vergleichsfähig ist. Dabei darf man aber nicht verhehlen, dass es Beispiele dafür gibt, dass bei der Begründung, warum ein Streitgegenstand nicht objektiv schiedsfähig ist, auf die zwingende Ausgestaltung desselben hingewiesen wird.

In der jüngeren österreichischen Lehre wurde das Kriterium der Vergleichsbefugnis prozessual oder im Sinne einer objektiven Verfügungsbeschränkung verstanden.¹⁶¹

Auch diese Ansätze haben eine gewisse Berechtigung, aber auch sie verkürzen die Diskussion über die objektive Schiedsfähigkeit insofern, als sie meiner Meinung nach stark auf ein gewünschtes Ergebnis gerichtet sind und sich daher über dogmatische Problematiken hinwegsetzen. Auch diese Theorien überzeugen isoliert betrachtet nicht völlig.

Die streng materiellrechtliche Auslegung der Vergleichsbefugnis durch die Rechtsprechung harmoniert zwar nicht mit der Auffassung der prozessrechtlichen Qualifikation der Schiedsvereinbarung, die indes prozessual auszulegen ist. Im Ergebnis bestimmt sich die objektive Schiedsfähigkeit dennoch überwiegend nach prozessualen Aspekten.¹⁶²

Für den Begriff der Vergleichsbefugnis gilt meiner Ansicht nach, dass dieser sowohl prozessual als auch materiellrechtlich auszulegen ist, je nachdem, ob man den Streitgegenstand als Recht oder das Rechtsverhältnis bzw. den daraus abgeleiteten Anspruch bzw. prozessrechtlich als verfahrenseinleitendes Begehren ansieht.¹⁶³ Es kommt folglich zu einem mittelbaren Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit im Wege der Auslegung der Vergleichsbefugnis in Ansehung des jeweiligen Streitgegenstandes, wobei mE auch hier ein Überwiegen der prozessualen Aspekte bei der Auslegung im Sinne Backhausens festzustellen ist. Es geht im Ergebnis um die Wahrung des Rechtsschutzbedürfnisses der Bevölkerung des Staates. Sowohl die materiellrechtliche als auch die prozessuale Verfügungsbefugnis spielen bei diesem

¹⁶¹ Thöni, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, wbl 1994, 301, später WBl

¹⁶² OGH 7.11.2002, JBl 2003, 327; OGH 21.2.1996, 7 Ob 502/96; Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 1 zu § 577 ZPO

¹⁶³ Fasching¹ IV § 577 öZPOaF Anm 9,10

Bedürfnis des Staates, ein effektives Rechtsschutzsystem zu gewährleisten, eine wesentliche Rolle. In erster Linie ist eine Überprüfung, welche sich speziell auf prozessrechtliche Hindernisse konzentriert, durchzuführen. Nachfolgend muss das materielle Recht auf Beschränkungen untersucht werden. Nur durch eine gemeinsame Betrachtungsweise kommt man zu dem vom Gesetzgeber intendierten Ergebnis.

ME wollte der Gesetzgeber, was die objektive Vergleichsbefugnis anbelangt, nicht, dass man unter Anwendung entweder der materiellrechtlichen oder der prozessrechtlichen Qualifikation der Vergleichsbefugnis zu einem unterschiedlichen Ergebnis kommt und deswegen die eine oder andere Auslegungsvariante präferiert. Die Judikatur hat sich dem ureigentlichen Ansinnen des Gesetzgebers angeschlossen und je nach Ausprägung des Streitgegenstandes mittelbar unter Heranziehung von Prozessvorschriften oder materiellem Recht das Rechtsschutzmonopol des Staates bejaht oder verneint.¹⁶⁴ Beispiele für prozessuale Beschränkungen sind Fälle, in denen der Untersuchungsgrundsatz oder die Amtswegigkeit wesensgemäß sind. Materiellrechtliche Beschränkungen liegen aus Sicht der Judikatur zum Beispiel im MRG, das großteils von zwingenden Bestimmungen geprägt ist, wobei diese weniger dogmatisch betrachtet als mit Wertungen, wie zum Beispiel Mieterschutz, versehen werden. Beide Auslegungsvarianten der Vergleichsbefugnis lassen sich objektiv festmachen und daher nicht leugnen, somit stehen sie nebeneinander und sind einer gemeinsamen Betrachtungsweise zu unterziehen.

Insofern muss man Backhausen einerseits mit seiner durchaus gelungenen Bildung eines eigenständigen prozessrechtlichen Begriffs der Vergleichsbefugnis sicherlich zustimmen, andererseits ist diese Aufstellung nicht ausreichend, um alle Facetten der Vergleichsbefugnis und der immanenten Begrenzungen zu erklären, was vor allem durch die praktizierte streng materiellrechtliche Sichtweise der Rechtsprechung deutlich wird. Generell sind bei der Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit von Streitgegenständen wenig Bestrebungen ersichtlich, sich einer gewissen dogmatischen Betrachtungsweise zu verschreiben, vielmehr hat man den Eindruck, dass die

¹⁶⁴ Oberhammer, Keine Schiedsfähigkeit von Bestandssachen nach § 37 MRG, wobl 2001, 114; Reiner, Zur objektiven Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus dem MRG unterliegenden Mietverträgen, wobl 2001, 161; 6 Ob 16/84; 5 Ob 123/03 d

Theorien herangezogen werden, um im Hinblick auf ein gewünschtes Ergebnis Argumente vorweisen zu können.

c.5 Zusammenfassung

Für die alte Rechtslage steht fest, dass zwingendes Recht nicht automatisch das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit bedeutet. Die Judikatur anerkennt einerseits diese sich aus dem Gesetz ergebende Folgerung. Andererseits wird zur Begründung der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit ebenso ins Treffen geführt, dass Rechtsbereiche, welche größtenteils von zwingenden Rechtsvorschriften geprägt sind, nicht objektiv schiedsfähig sind und daher ein Schiedsspruch über einen dementsprechenden Streitgegenstand ein Nicht-Schiedsspruch ist.¹⁶⁵

Daher steht fest, dass sowohl prozessuale als auch materiellrechtliche Aspekte sowohl bei der Auslegung der Schiedsvereinbarung als auch bei der Auslegung der Vergleichsbefugnis Beachtung finden können. Die prozessuale Qualifikation der Vergleichsbefugnis verdient aber mE den Vorzug, da die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung rein prozessual ist.¹⁶⁶ Insofern überzeugt Böhm mit seiner Ansicht, dass die eindeutige Qualifikation eine Zerlegung in Teilfragen erfordert. Der Hintergrund seiner Untersuchung, die Rechtsschutzformen im Spannungsfeld von *lex fori* und *lex causae*, ist hervorragend geeignet, die der Anknüpfung zugrunde liegende Frage nach der Rechtsnatur der Schiedsabrede zu begründen.¹⁶⁷ Sowohl die Schiedsvereinbarung als auch die im Zentrum stehende Vergleichsbefugnis erzeugen ihre Hauptwirkungen, das sind der Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichtes und die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches, im Bereich des Prozessrechtes.¹⁶⁸ Die materiellrechtlichen Wirkungen betreffen demgegenüber „nur“ die Wirksamkeit des Inhaltes der Schiedsvereinbarung, wählt man diese für die Auslegung der Vergleichsbefugnis, so steht fest, dass das Vorhandensein zwingender Rechtsvorschriften die fehlende objektive Schiedsfähigkeit begründet. Zumindest für die österreichische Rechtslage kann unter Zugrundelegung der oben angeführten Argumente diese Deutungsweise eindeutig verneint werden.

¹⁶⁵ OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03 d; OGH 21.6.2005, 5 Ob 125/05 a

¹⁶⁶ Böhm, FS Fasching, 130

¹⁶⁷ Böhm, FS Fasching, 137f

¹⁶⁸ Backhausen, Schiedsvertrag, 15

IV. Das neue Recht der objektiven Schiedsfähigkeit

Wie oben bereits in I.5. dargestellt, erfolgte die Änderung der schiedsrichterlichen Bestimmungen in der ZPO, weil die bis dahin bestehenden Vorschriften die Anforderungen an ein zeitgemäßes Schiedsrecht nicht mehr erfüllen konnten und eine Anpassung an das UNCITRAL Modellgesetz erfolgen sollte. Dabei wurde nicht nur Bezug auf die internationalen Übereinkommen, sondern auch auf die Rechtslage der Nachbarländer, speziell auf die Rechtslage in Deutschland und in der Schweiz, Bezug genommen.

Die objektive Schiedsfähigkeit von Ansprüchen wurde neu geregelt. Die neue Bestimmung des § 582 ZPO ist nun fast wortgleich mit der Bestimmung des § 1030 dZPO, der da lautet (abgeleitet von § 177 I schweizerisches IPRG):

„(1) Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen.

2) Gesetzliche Vorschriften außerhalb dieses Buches, nach denen Streitigkeiten einem schiedsrichterlichen Verfahren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden dürfen, bleiben unberührt.“

Das UNCITRAL Modellgesetz hingegen nimmt lediglich in Art 1 Abs 5 und Art 34 auf das Thema der objektiven Schiedsfähigkeit Bezug:

Art 1 Abs 5: „This law shall not affect any other law of this state by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this law.“

Art 34: “ ...”

Durch die Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit dahingehend, dass nunmehr jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, wurde erreicht, dass sich nunmehr weniger Abgrenzungsfragen durch Auslegung der Vergleichsbefugnis auftun, als dies bisher der Fall war. Daneben wurde die fehlende objektive Schiedsfähigkeit nunmehr als Aufhebungsgrund geregelt.

Offensichtlich soll durch die Neuregelung das Hauptaugenmerk schwerpunktmäßig auf der nachfolgenden Inhaltskontrolle eines ergangenen Schiedsspruchs liegen.¹⁶⁹ Ob das durch die Neuregelung bewirkt werden konnte, wird sich im Verlauf der Arbeit noch zeigen.

Auch in anderen Staaten finden sich vergleichbare Regelungen. In Tschechien sind ebenso vermögensrechtliche Ansprüche grundsätzlich objektiv schiedsfähig, nicht-vermögensrechtliche, wenn über sie ein gerichtlicher Vergleich abgeschlossen werden kann.¹⁷⁰ In Polen kann jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein, nicht-vermögensrechtliche Ansprüche nur, wenn sie vergleichsfähig sind. Unterhaltsansprüche sind explizit ausgenommen.¹⁷¹ In Kroatien wird ähnlich wie in der Schweiz zwischen nationalen und internationalen Verfahren differenziert. In nationalen Verfahren ist die Schiedsfähigkeit vorhanden, wenn die Parteien über den Streitgegenstand frei verfügen können.¹⁷²

1. Vermögensrechtliche Ansprüche¹⁷³

Nunmehr sind gemäß § 582 Abs 1 alle vermögensrechtlichen Ansprüche, die dem Privatrecht zuzurechnen sind und vor ein ordentliches Gericht gehören, schiedsfähig, dh sie können Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Daher ist auf den ersten Blick erkennbar, dass vermögensrechtliche Ansprüche grundsätzlich objektiv schiedsfähig sind.

¹⁶⁹ Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit 208

¹⁷⁰ Svoboda - Mascher, Schiedsgerichtsbarkeit in Tschechien, eastlex 2007, 35

¹⁷¹ Brockhuis - Wildenauer, Schiedsgerichtsbarkeit in Polen, eastlex 2006, 70

¹⁷² Liebscher, Schiedsgerichtsbarkeit in Kroatien, eastlex 2005, 148

¹⁷³ Oberhammer, Entwurf (2002), 8

Feststeht, dass es durch die Einführung des Kriteriums des vermögensrechtlichen Anspruches zu einer Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit in einem sehr großen Ausmaß kommt.¹⁷⁴ Damit soll in der Konsequenz speziell für inländische und ausländische Rechtsanwender eine klare und transparente Regelung geschaffen werden.

Ob ein Anspruch rein vermögensrechtlicher Natur ist, beurteilt sich – als Vorfrage für die objektive Schiedsfähigkeit im Sinne einer prozessualen Verfügungsbefugnis - nach seinem materiellrechtlichen Inhalt.¹⁷⁵ Die objektive Schiedsfähigkeit bestimmt sich nach der neuen Rechtslage dennoch nicht allein nach materiellem Recht. Prozessuale Vergleichs-, Verfügungs- und Verzichtsverbote würden nämlich sonst, wenn man diesem Ansatz folgt, der Vereinbarung eines Schiedsgerichtes nicht mehr entgegenstehen.¹⁷⁶

Als Beispiel für einen vermögensrechtlichen Anspruch kann man das Eigentumsrecht nach §§ 353f ABGB anführen. Alles, was jemandem zugehört, körperliche oder unkörperliche Sachen, sind kraft Privatrecht sein Eigentum. Es ist weiters festgelegt, dass das Recht auf Eigentum die anspruchsberechtigten Personen dazu berechtigt, mit einer Sache oder einem Recht willkürlich umzugehen, dh es zu gebrauchen, zu zerstören, aufzugeben und jeden anderen davon auszuschließen. Diese sich nur auf das Eigentumsrecht stützende materiellrechtliche Näherung deutet schon an, dass man hier ein sehr weites Feld vorfindet. Vermögensrechte finden sich ausufernd viele, und auf den ersten Blick ist man sehr stark versucht zu glauben, dass den nicht-vermögensrechtlichen Ansprüchen kein nennenswertes Aufgabengebiet mehr zufällt. Der Begriff des vermögensrechtlichen Anspruches wurde im Gesetz nicht definiert, vermutlich auf Grund des weiten Verständnisses, das ihm beigemessen wird.

Aus dem Bericht der Arbeitsgruppe des Ludwig Boltzmann - Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen unter der Leitung von Univ. -Prof. Dr. Paul

¹⁷⁴ Zeiler, Schiedsverfahren § 582 ZPO Rz 12

¹⁷⁵ OGH 28.4.1998, 1 Ob 113/98 v; OGH 14.1.1999, 2 Ob 361/98 x; OGH 23.3.1999, 1 Ob 56/99 p; OGH 10.6.1999, 2 Ob 158/99 w; OGH 22.2.2000, 1 Ob 15/00 p; OGH 26.9.2001, 7 Ob 220/01 f; OGH 3.11.2005, 6 Ob 252/05 k; OGH 24.11.2005, 3 Ob 284/05 v

¹⁷⁶ Koller, Das neue Österreichische Schiedsrecht, JAP 3/2005/2006, 184

Oberhammer ergibt sich zusätzlich und korrespondierend, dass dem Terminus des vermögensrechtlichen Anspruches ein weites Verständnis zu Grunde gelegt wurde.¹⁷⁷

Alle Ansprüche sind dazu zu zählen, welche auf einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis beruhen bzw. alle auf Geld oder geldwerte Sachen gerichtete Ansprüche. Zweck der Vermögensrechte ist die Verfolgung der Befriedigung materieller Interessen. Zu ihnen zählen die dinglichen Rechte (Eigentum, Pfandrecht und Dienstbarkeiten), die Immaterialgüterrechte, die Forderungsrechte auf Erbringung einer Leistung (Gewährleistung, Schadenersatz, Irrtum) und das Erbrecht.¹⁷⁸ Wichtig ist, dass durch die Klagsführung ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Im Mittelpunkt von vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften stehen in aller Regel Gegenstände, die einen wirtschaftlichen Wert darstellen.¹⁷⁹

Auch in einem anderen Zusammenhang wird auf den Terminus des vermögensrechtlichen Anspruches zurückgegriffen. Bei der Frage der Zulässigkeit eines Revisionsrekurses im Außerstreitverfahren hinsichtlich einer nicht erheblichen Rechtsfrage wird zwischen nicht rein vermögensrechtlichen Ansprüchen und vermögensrechtlichen Ansprüchen unterschieden, eine Unterscheidung, die eine weitreichende Kasuistik bewirkt hat.¹⁸⁰

Trotz des folglich großen Spektrums von Ansprüchen, die objektiv schiedsfähig sein sollen – auch vermögensrechtlich determinierte Rechtsgestaltungs- und Feststellungsbegehren fallen darunter¹⁸¹ –, stellt sich die Frage, welche Ansprüche nicht vermögensrechtlicher Natur sind und daher vergleichsfähig sein müssen (siehe unten IV.3.), und darüber hinausgehend, welche vermögensrechtlichen Ansprüche nicht vergleichsfähig sind.

¹⁷⁷ Oberhammer, Entwurf (2002), 8; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 29; NZ 1994, 234

¹⁷⁸ Koziol/Welser¹³ Bürgerliches Recht (2006) I 46; Metzler, Die Anerkennung des Erbrechts, ÖJZ 2006 31ff ist der Ansicht, dass man sich über das Bestehen eines Erbrechts nicht vergleichen kann, da damit jemand Erbe auf Grund eines Titels würde, welcher erst nach dem Ableben des Erblassers überhaupt entstanden ist. Folgt man seiner Ansicht, wäre ein Vergleich unzulässig und die Parteien könnten folglich erst im Rahmen der Aufteilung des Vermögens unter Berücksichtigung von steuerauslösenden Konstruktionen disponieren.

¹⁷⁹ OGH 21.7.2004, 3 Ob 88/04v; OGH 29.10.1998, 6 Ob 258/98d; OGH 2.4.1952, 2 Ob 852/51

¹⁸⁰ Mayr/Fucik, § 13 Rz 1

¹⁸¹ Rechberger/Melis in Rechberger³ Rz 2 zu § 582 ZPO

Es steht nämlich zweifelsfrei fest, dass es vermögensrechtliche Ansprüche gibt, die weiterhin nicht vergleichsfähig sind. Es sind dies zum einen die durch einen unmittelbaren gesetzlichen Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit in § 582 Abs 2 ausgenommenen Bereiche. Zum anderen ist dort, wo ein Schiedsspruch über einen Streitgegenstand Rechtskraftwirkungen auf nicht am Schiedsverfahren beteiligte Dritte hat - wie dies bspw. bei Beschlussmängelstreitigkeiten der Fall sein kann -, das Vorhandensein der objektiven Schiedsfähigkeit eines an sich natürlich objektiv schiedsfähigen Streitgegenstandes fragwürdig.¹⁸² Das führt in der Konsequenz dazu, dass die Auswirkungen eines Schiedsspruches auf Dritte als Bewertungsmaßstab für die objektive Schiedsfähigkeit, diese also nicht nur in Ansehung des Streitgegenstandes, sondern auch in Ansehung der davon betroffenen Personen beurteilt werden müsste. Dies mutet insofern seltsam an, als im Grunde davon Fragestellungen berührt sind, die entweder die *ratione personae*, die subjektive Schiedsfähigkeit oder im Bereich der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit die wirksame Schiedsvereinbarung selbst betreffen und daher auf einer anderen Ebene zu bewerten sind.

Auch was Verbraucherstreitigkeiten anbelangt, besteht diese Problematik. Obwohl die Eigenschaft, ob jemand Verbraucher ist oder nicht, nicht damit in Zusammenhang steht, ob ein Streitgegenstand schiedsfähig ist oder nicht, schränkt der Gesetzgeber die objektive Schiedsfähigkeit bei Verbrauchergeschäften sehr stark ein, teilweise auch zu Lasten einer klaren Regelung im Gesellschaftsrecht.¹⁸³

Das führt zu dem Ergebnis, dass auch die Eigenschaft des Verbrauchergeschäftes als solches einen Teilaspekt der objektiven Schiedsfähigkeit für die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit als Alternative und Verzicht zur bzw. auf die ordentliche Gerichtsbarkeit bildet. Das Verbrauchergeschäft ist ein rein objektiver Begriff, der an sich mit der subjektiven Schiedsfähigkeit nichts zu tun hat, obwohl man versucht sein könnte, über die Eigenschaft des Verbrauchers eine Brücke zur subjektiven Schiedsfähigkeit zu schlagen.

¹⁸² Oberhammer, Entwurf (2002), 9; Kloiber/Haller in Kloiber/Haller/Rechberger/Oberhammer, 20; Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 2 zu § 582 ZPO

¹⁸³ Vgl. zuletzt unter anderem Unzeitig in *ecolex* 2008, 920

Was die Frage einer teilweisen Schiedsunfähigkeit anbelangt, dh dass eine Klage erhoben wird, die mehrere Begehren enthält, von denen einige nicht schiedsfähig sind bin ich der Meinung, dass hier die Schiedsfähigkeit nicht gänzlich zu verneinen ist. Das Schiedsgericht muss vielmehr die Arbitrabilität der einzelnen Streitgegenstände einer Bewertung unterziehen und eine Entscheidung über die Zuständigkeit fällen.

2. Folgen der Neuregelung

So ambitioniert die Ausweitung schiedsfähiger Streitgegenstände vorangetrieben wurde, so detailreich muss man sich mit dem Inhalt und den Folgen der einschlägigen Bestimmungen auseinandersetzen. Meiner Ansicht nach handelt es sich bei den gesetzlichen Regelungen zur objektiven Schiedsfähigkeit vermögensrechtlicher Ansprüche um einen zunächst unbestimmten Gesetzesbegriff, der einer näheren Auslegung zu unterziehen ist. Das Gesetz regelt ganz grundsätzlich, dass vermögensrechtliche Ansprüche schiedsfähig sind, eine bloß demonstrative Aufzählung ist naturgemäß nicht möglich bzw. tunlich. In aller Regel wird es sich bei den Streitgegenständen, für die eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen wird, um vermögensrechtliche Ansprüche handeln. In weiterer Folge stellt sich aber darüber hinaus die Frage, ob tatsächlich jeder vermögensrechtliche Anspruch fähig ist, Gegenstand einer Schiedsvereinbarung zu sein. Für mich kommt dieser Fragstellung auch durch die „kann“ Bestimmung, die der Gesetzgeber gewählt hat, Berechtigung zu. Es wird dadurch gezeigt, dass es sich zwar im Grunde so verhält, aber eben nicht so sein muss, dass ein vermögensrechtlicher Anspruch objektiv schiedsfähig ist.

Ein weiteres Argument dafür ist die Festlegung von Rechtsmaterien in § 582 Abs. 2, die hauptsächlich durch zwingende Rechtsvorschriften determiniert sind und daher ex lege ausgenommen wurden, selbst, wenn die sich daraus ergebenden Ansprüche vermögensrechtlicher Natur sind. Dies deshalb, weil der ordentlichen Gerichtsbarkeit in diesen Zusammenhängen eindeutig ein Rechtsprechungsmonopol offen stehen soll.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Kritisch dazu: Oberhammer/Chiwitt-Oberhammer, (Nicht-)Schiedssprüche in außerstreitigen Mietrechtsangelegenheiten, wobl 2005, 181

Der Entwurf des LBI sieht dies mE indirekt auch so, indem er schreibt: „So sollen zum einen nur Angelegenheiten des Privatrechts objektiv schiedsfähig sein, zum anderen aber auch vermieden werden, dass durch die objektive Schiedsfähigkeit von Gegenständen, welche zwar einen vermögensrechtlichen Anspruch darstellen, aber im wesentlichen zwingendem Recht unterworfen werden, im Wege der Schiedsfähigkeit eine Flucht aus dem materiellen Recht möglich ist.“¹⁸⁵

Im Umkehrschluss steht aber nicht zuletzt durch die Bestimmung des § 611 Abs 2 Zif 8 fest, dass Verstöße gegen zwingende Rechtsvorschriften nur dann einen Aufhebungsgrund bilden, wenn sie in den Bereich des materiellrechtlichen ordre public fallen.¹⁸⁶

Im Ergebnis könnte man trotz der sinnvollen Neuregelung das Kriterium der Vergleichsfähigkeit auch für vermögensrechtliche Ansprüche argumentieren, und trotz der praktikablen Umschreibung wird die Rechtsprechung Beiträge zur Abgrenzung leisten müssen. Eine Entscheidung dazu ist aber bislang noch nicht ergangen.

Inhalt der objektiven Schiedsfähigkeit ist es, vor allem Streitgegenstände, an denen ein öffentliches Interesse besteht, der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuzuweisen und zwar von allem Anfang an. Dieser prozessuale Zweck wird durch die Einschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit, ihr nämlich gewisse Streitgegenstände zu entziehen, evident.

Es kann mE daher letzthin nicht ausgeschlossen werden, dass es weitere Rechtsgebiete gibt, denen es aufgrund ausgeprägter öffentlicher Interessen trotz ihrer vermögensrechtlichen Qualifikation auf mittelbare Art und Weise an der objektiven Schiedsfähigkeit mangelt, unter Umständen auch unter Heranziehung des Argumentes der mangelnden Vergleichsfähigkeit. Beispiele dafür sind der Beschlussmängelstreit gemäß § 41 GmbHG¹⁸⁷, das Verlassenschaftsverfahren oder zumindest teilweise die exekutionsrechtlichen Klagen, nämlich dort, wo es sich der Rechtsnatur nach um

¹⁸⁵ Oberhammer Entwurf, (2002), 9

¹⁸⁶ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 611 Rz 202; Oberhammer Entwurf (2002) 136

¹⁸⁷ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 67

keine Feststellungsklage handelt oder andere Konstellationen die prozessuale Verfügungsbefugnis nicht zulassen.¹⁸⁸

Der von Backhausen entwickelten Theorie von der prozessrechtlichen Auslegung der Vergleichsbefugnis kommt daher auch im Rahmen der neuen Rechtslage eine starke Bedeutung zu.

3. Abgrenzung des vermögensrechtlichen Anspruches vom nicht vermögensrechtlichen Anspruch

Welcher Anspruch ist nicht-vermögensrechtlicher Natur? Eine zweifellos schwierige Frage fußend auf einer Neuregelung, die, obwohl sie die Frage nach der Vergleichsfähigkeit eines Anspruches zurückdrängt, durch die Gliederung in vermögensrechtliche und nicht-vermögensrechtliche Ansprüche neue Abgrenzungsfragen aufwirft, da sie ja nicht festlegt, welche Ansprüche auf welche Weise zuzuordnen sind.

Generell sind nicht-vermögensrechtliche Ansprüche weiterhin nur dann objektiv schiedsfähig und können daher nur dann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein, wenn die Parteien über den Gegenstand einen Vergleich abschließen können, dh ihnen eine sich aus dem materiellen und dem prozessualen Recht ergebende Vergleichsbefugnis zukommt und nicht zusätzliche Kriterien wie dominierendes öffentliches Interesse hinzutreten.¹⁸⁹

Damit ist die schon vor dem SchiedsRÄG vorhandene Voraussetzung der Vergleichsfähigkeit beibehalten worden. Die Beibehaltung des Merkmales bzw. der Voraussetzung der Vergleichsfähigkeit führt dazu, dass trotz der Neufassung des objektiven Schiedsfähigkeit die Probleme bei der Abgrenzung des Begriffes der Vergleichsfähigkeit zumindest für den Bereich der nicht-vermögensrechtlichen Ansprüche gegeben bleiben, wobei allerdings die Bedeutung wesentlich geringer als früher ist. Es ist – wie die zum Teil auch divergierende Judikatur des OGH zeigt – nicht immer leicht festzustellen, ob eine Rechtssache vergleichsfähig ist. Im

¹⁸⁸ Rechberger/Melis in Rechberger³ Rz 2 zu § 582 ZPO

¹⁸⁹ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 107f

Gegensatz zu der in Bezug auf vermögensrechtliche Ansprüche gängigen Praxis, Streitgegenstände anzuführen, die objektiv schiedsfähig sind, findet sich in der Literatur so gut wie keine Aufstellung von nicht-vermögensrechtlichen und auf Grund ihrer Vergleichsfähigkeit trotzdem objektiv schiedsfähigen Ansprüchen.¹⁹⁰

Nicht-vermögensrechtliche Ansprüche sind in erster Linie Ansprüche, welche nicht sachenrechtlich oder schuldrechtlich geprägt sind, zB familienrechtliche Ansprüche, wie eherechtliche Streitigkeiten, der Bestand oder die Auflösung einer Ehe. Für nicht-vermögensrechtliche Ansprüche bleibt die Konstruktion, dass nämlich die Parteien fähig sein müssen, über den Gegenstand einen Vergleich zu schließen, ex lege bestehen, demgegenüber steht die grundsätzliche Schiedsfähigkeit vermögensrechtlicher Ansprüche.

Im außerstreitigen Verfahren tritt der Begriff des nicht rein vermögensrechtlichen Anspruchs auf. Ein außerordentlicher Revisionsrekurs ist dabei gemäß § 62 Abs 4 AußStrG immer zulässig, wenn es sich nach Ansicht des Rekursgerichtes um eine erhebliche Rechtsfrage handelt, der Streitwert spielt bei einem solchen Anspruch keine Rolle. Dabei ist der Entscheidungsgegenstand der Hauptsache maßgeblich.¹⁹¹ Wiederum fehlt die Festlegung, wann ein nicht-vermögensrechtlicher Anspruch vorliegt und wird zu diesem Zweck nur auf die Definition eines rein vermögensrechtlichen Anspruches zurückgegriffen. Die ZPO legt – abgesehen von § 582 Abs 2 durch einen unmittelbaren Ausschluss – nicht fest, welche nicht-vermögensrechtlichen Ansprüche das Kriterium der Vergleichsfähigkeit erfüllen. Die generelle Frage, die sich stellt, ist mE, ob für den Bereich der nicht-vermögensrechtlichen Ansprüche überhaupt ein Anwendungsbereich vorhanden bleibt.¹⁹²

¹⁹⁰ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 Rz 47f

¹⁹¹ Fucik/Kloiber, Kommentar¹ zum AußStrG, § 62 Rz 4

¹⁹² Die Erläuternden Bemerkungen zum neuen Schiedsverfahrensrecht befassen sich naturgemäß mehr mit der Frage, wie vermögensrechtliche Ansprüche zu definieren sind und nicht mit der Frage, wie man einen nicht-vermögensrechtlichen Anspruch festlegt, weil der Anwendungsbereich Ersterer ein ungleich wichtigerer ist. Auch Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 Rz 48 führt als Beispiel dafür unter Bezugnahme auf Fremuth-Wolf nur Ansprüche aus dem Bereich der Persönlichkeitsverletzungen an.

Es drängt sich daher die Vermutung auf, dass die Normierung der Voraussetzung der Vergleichsfähigkeit des Streitgegenstandes im Rahmen der nicht-vermögensrechtlichen Ansprüche in der Praxis fast keine Auswirkungen haben wird. Denn bei näherer Betrachtung ist nicht ersichtlich, welcher Anwendungsbereich für die nicht-vermögensrechtlichen, aber schiedsfähigen Ansprüche bleibt, insbesondere durch das sehr weite Verständnis des Begriffes des vermögensrechtlichen Anspruches und der ausdrücklichen Ausnahme der wohn- und familienrechtlichen Ansprüche.

4. Ausnahmen

Der Ausweitung der Schiedsfähigkeit stehen Anliegen des Staates entgegen. Er hat, wie Fasching treffend bemerkt, mit dem Einbau der Schiedsgerichte in das staatliche Rechtssystem die Verpflichtung übernommen, den Bereich der Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen genau festzulegen und Mindestgarantien für die Objektivität, die Organisation, das Verfahren und die Erkenntnisse des Schiedsgerichtes einzurichten.¹⁹³

Diesen Anliegen und Verpflichtungen versucht der Gesetzgeber unter anderem durch die Bestimmung des § 582 Abs 2 gerecht zu werden. Er zieht Bereiche, in denen er ein Rechtsschutzmonopol des Staates für notwendig erachtet, heran und legt fest, dass diese in jedem Fall nicht objektiv schiedsfähig sind. Darunter fallen familienrechtliche Ansprüche, selbst dann, wenn sie vermögensrechtlicher Natur sind (Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder, Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse). Dazu werden Ansprüche aus dem Bereich des Mietrechtsgesetzes, des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes und des Wohnungseigentumsgesetzes 2002 ausdrücklich von der Schiedsfähigkeit ausgenommen.¹⁹⁴

In diesen Bereichen wird die nachträgliche Inhaltskontrolle des Schiedsspruches durch ordentliche Gerichte als nicht ausreichend angesehen.¹⁹⁵

¹⁹³ Fasching, Schiedsgericht, 3; Oberhammer, Entwurf, (2002), 8

¹⁹⁴ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 49ff

¹⁹⁵ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 49

Wie ich bereits oben dargelegt habe, ist die Bestimmung des § 582 Abs 2 keineswegs als abschließend anzusehen, weil der Staat sich überall dort, wo er Wert auf ein Rechtsschutzmonopol legt, die Entscheidung über Streitsachen vorbehält.

Diesen Vorbehalt normiert der Gesetzgeber auch für arbeitsrechtliche Streitigkeiten. In Arbeitsrechtssachen können Schiedsvereinbarungen gemäß § 9 Abs 2 ASGG iVm § 50 Abs 2 ASGG und darüber hinaus in Sozialrechtssachen nicht wirksam abgeschlossen werden. Im Bereich des individuellen Arbeitsrechtes können Schiedsvereinbarungen nur für bereits entstandene Streitigkeiten wirksam abgeschlossen werden (§ 50 Abs 1 ASGG).¹⁹⁶ Diese Bestimmung ist deckungsgleich mit der Bestimmung des § 617, wonach für Streitigkeiten aus Verbrauchergeschäften Schiedsvereinbarungen nur für bereits entstandene Streitigkeiten abgeschlossen werden können. § 9 Abs 2 leg.cit. nimmt individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern von Kapitalgesellschaften mit der betreffenden Gesellschaft ausdrücklich davon aus.¹⁹⁷ Im Gegensatz zum Verbrauchergeschäft besteht hier offenbar kein ausdrückliches Schutzbedürfnis.

Die im ASGG vorhandenen Bestimmungen wurden dadurch bekräftigt, dass gem. § 618 die Bestimmungen für Konsumenten, nämlich § 617 Abs 2 bis Abs 7 sinngemäß anzuwenden sind, sodass dessen rigorose Einschränkungen auch in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gelten.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 582 Rz 56

¹⁹⁷ Zeiler, § 582, Rz 20; Peschek, Neue Möglichkeiten für Schiedsverfahren im Arbeitsrecht? RdW 2003, 131

¹⁹⁸ Rechberger/Melis in Rechberger, ZPO³ § 618 Rz 2

5. Die objektive Schiedsfähigkeit nach deutschem Recht

Lange Zeit bestimmte sich die objektive Schiedsfähigkeit in Deutschland wie auch die objektive Schiedsfähigkeit in Österreich nach der objektiven Vergleichsfähigkeit des Streitgegenstandes (§ 1025 dZPOaF). Nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts kann heute gemäß § 1030 Abs 1 dZPO jeder vermögensrechtliche Anspruch – darunter ist ein prozessrechtlicher Grundbegriff, der nicht auf materiellrechtliche Ansprüche beschränkt ist – zu verstehen, Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Nicht - vermögensrechtliche Ansprüche können dann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein, wenn sie vergleichsfähig sind. Soweit sind die deutsche und die österreichische Rechtslage identisch.¹⁹⁹

Nach Abs 2 leg. cit. sind Schiedsvereinbarungen über den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum unwirksam, darüber hinaus bleiben Beschränkungen der objektiven Schiedsfähigkeit nach anderen Gesetzen unberührt.

Das ursprüngliche Konzept dieser Bestimmung, die zuerst für das deutsche Recht und schließlich für das österreichische Recht als Vorbild diente, stammt aus der Bestimmung des Art 177 schweizerisches IPRG.

Hintergrund der Gesetzesänderung von § 1025 dZPOaF zu § 1030 dZPOnF auf Basis des Art 177 IPRG waren Erfahrungswerte, die wie in Österreich ergaben, dass der Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit auch im Sinne staatlicher Mindestgarantien möglichst klar zu definieren ist. Damit sollte verhindert werden, dass durch die Behauptung des Fehlens der objektiven Schiedsfähigkeit Argumentationsketten aufgebaut werden, mit denen versucht werden könnte, ein Schiedsverfahren zu Fall zu bringen, wenn einer Partei das Ergebnis des Schiedsverfahrens nicht gelegen kommt.²⁰⁰

Indem man sich nämlich nach der alten Rechtslage auf die Vergleichsfähigkeit und in der Folge auf die Auslegung derselben nach prozessualen bzw. materiellrechtlichen

¹⁹⁹ Albers in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, dZPO²² IX § 1030 Rz 1ff

²⁰⁰ Schlosser in Stein/Jonas, dZPO²² IX § 1030 Rdnr. 1 ff

Kriterien berufen konnte, wurde diese Möglichkeit oft als dementsprechendes Mittel zur Bekämpfung des Schiedsspruches eingesetzt.

Schlosser ist im Gegensatz zu Lörcher der Meinung, dass die Vereinfachung weit weniger Konsequenzen nach sich zieht, als man auf den ersten Blick glauben könnte.²⁰¹

Die Schiedsgerichtsbarkeit soll in Deutschland überall dort zulässig sein, wo sie in Gegenüberstellung zur staatlichen Gerichtsbarkeit eine gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit bietet. Zentrales Kriterium dafür ist, ob ein Anspruch vermögensrechtlich ausgeprägt ist.

Zwingende Rechtsvorschriften stehen nach der deutschen Rechtslage der Möglichkeit einer Schiedsvereinbarung nicht per se entgegen. Ob die Streitparteien selbst Garant für die Wahrnehmung ihrer ureigensten Interessen sind, wenn ihnen die Verletzung zwingender Rechtsvorschriften ein geeignetes Mittel zur Anfechtung des Schiedsspruches bietet, kann wohl nur in Ansehung des Einzelfalles beurteilt werden.²⁰² Im Hinblick auf ein effektives Rechtssystem ist dieses Argument mE eher fragwürdig.

Besonders im Hinblick auf den Begriff und den Anwendungsbereich der Vergleichsfähigkeit, die gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelklage, die wohnrechtlichen Streitigkeiten und die Vollstreckungsgegenklage gibt es signifikante Unterschiede zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage.

6. Die objektive Schiedsfähigkeit nach schweizerischem Recht

Eine Analyse der Rechtslage in der Schweiz ist für die objektive Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht insbesondere deshalb von Interesse, weil zum einen bei der Neuregelung durch das SchiedsRÄG 2006 Anleihen bei der Bestimmung des Art 177 IPRG genommen wurden und weil zum anderen die derzeit in der Schweiz

²⁰¹ Schlosser in Stein Jonas, dZPO²² IX § 1030 Rdnr. 2, aA Lörcher, Schiedsverfahren, 11, Rz 38, Lörcher: „...in bedeutsamer Weise erweitert....“

²⁰² Schlosser in Stein Jonas, dZPO²² IX, § 1030, Rdnr. 1

geltende Rechtslage im Konkordat und im IPRG die alte und die derzeit geltende Rechtslage in Österreich enthält und sich daraus gewisse Schlüsse ziehen lassen.

Im schweizerischen Schiedsgerichtsrecht findet sich die Besonderheit, dass zwischen Streitsachen, die ausschließlich landesinterne Verhältnisse, und Streitsachen, die grenzüberschreitende Beziehungen betreffen, unterschieden wird. Die schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit folgt damit einem dualen Regelungssystem, welches für beide Konstellationen unterschiedliche Regelungen vorsieht.²⁰³ Konkret gilt das Konkordat vom 27. März 1969 für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit und das 12. Kapitel des Bundesgesetzes vom 18.12.1987 über das internationale Privatrecht (kurz IPRG) für Schiedsgerichte mit Auslandsbezug. Es ist davon auszugehen, dass dieses duale System in Zukunft auf Grund einer gewissen Praktikabilität beibehalten wird, obwohl das Konkordat ungefähr 2010 im Rahmen der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts durch die eidgenössische ZPO abgelöst werden soll.²⁰⁴

Worin ist nun der Unterschied zwischen dem IPRG und dem Konkordat zu erblicken? Letzteres wurde eingeführt, um eine einheitliche und übersichtliche Kodifikation zu erreichen. Aus der Tradition der bis dahin vorhandenen unterschiedlichen Gesetze der einzelnen Kantone ergaben sich verständlicherweise bisweilen Schwierigkeiten durch die unübersichtliche Regelungsvielfalt. Aus heutiger Sicht steht fest, dass – obzwar das Konkordat eine einheitliche Regelung bewerkstelligt – durch den realpolitischen Einfluss der Kantone realiter nur sehr schwer Änderungen des Konkordates herbeizuführen sind.

Kriterien, für welche Fälle es heranzuziehen ist, liegen einerseits darin, dass der Sitz des Schiedsgerichtes in der Schweiz ist (Art I Abs 1 Konkordat) und dass keine der am Verfahren beteiligten Streitparteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hat.²⁰⁵ Für die Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft gilt Entsprechendes. Die Staatsangehörigkeit spielt keine Rolle für die Beurteilung, ob das Konkordat anwendbar ist oder nicht. Art 1 Abs 3 KSG legt fest, welche Vorschriften zwingend anzuwenden sind. Innerhalb des Konkordates wird

²⁰³ Berger/Kellerhals, 27

²⁰⁴ Berger/Kellerhals, 28

²⁰⁵ Berger/Kellerhals, 30

zwischen zwingenden und dispositiven, dh durch Parteienvereinbarung abänderbaren Bestimmungen unterschieden. Art 5 leg. cit. betrifft die objektive Schiedsfähigkeit und ist ein Beispiel für eine zwingende Konkordatsbestimmung.

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als Teil des schweizerischen internationalen Privatrechtes, eingefügt im 12. Kapitel des IPRG, ist eine eigene Verfahrensordnung, der ein liberaleres Konzept zu Grunde gelegt wurde.²⁰⁶ Mit Bezug auf die objektive Schiedsfähigkeit ist es liberaler als das NYÜ.²⁰⁷ Es sind weniger zwingende Regelungen als im Konkordat vorhanden, generell umfasst das 12. Kapitel weniger Bestimmungen. Die eigenverantwortliche, parteiautonome Festlegung des Verfahrens ist daher zweifellos in einem größeren Ausmaß möglich. Eine allenfalls subsidiäre Geltung des Konkordates ist im Anwendungsbereich des IPRG ausgeschlossen.

Diese Gegenüberstellung zeigt mit Bezug auf die objektive Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht, dass der Gesetzgeber unterschiedliche Grundhaltungen zu einem Regelungssystem einnehmen und den Stellenwert der parteiautonomen Regelung eines Schiedsverfahrens unterschiedlich ausmessen kann.²⁰⁸ Es wurde bei der Neufassung der schiedsrichterlichen Bestimmungen in Österreich ein wesentlich liberaleres Konzept herangezogen, dh dem schweizerischen Konzept angenähert. Dabei ist nun sicherzustellen, dass dieser Bereich nicht durch eine einschränkende Interpretation des § 582 wieder verengt wird, indem er mit Fragestellungen verbunden wird, die andere Themenbereiche betreffen.

Für die Anwendbarkeit des IPRG ist es maßgeblich, dass zumindest eine Partei ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hat. Der Sitz des Schiedsgerichtes muss von den Parteien in der Schweiz festgelegt sein.²⁰⁹

Das zuständige Schiedsgericht kann von Gesetzes wegen maximal über die in der gesetzlichen Rahmenregelung enthaltenen Kompetenzen verfügen. Dazu definiert diese Rahmenkompetenz den Bereich, der durch ein Schiedsgericht nicht entzogen

²⁰⁶ Berger/Kellerhals, 34

²⁰⁷ Berger/Kellerhals, 594

²⁰⁸ ME hat der Gesetzgeber in einem Zusammenhang der Parteiautonomie einen zu geringen Stellenwert eingeräumt, und zwar durch die Vollaussnahme der wohnrechtlichen Materien gemäß § 582 Abs 2

²⁰⁹ Berger/Kellerhals, 37

werden kann, dh die Grundsätze, die zur Durchführung eines fairen Verfahrens essentiell sind. In diesem Bereich ist die Privatautonomie beschränkt.²¹⁰

Die objektive Schiedsfähigkeit nach schweizerischem Recht ist die Tragweite der Parteiautonomie bei der Bestimmung der Rechtsansprüche, die der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt werden können.²¹¹ Es wird anders als nach der hM in Österreich an die Privatautonomie im weiten Sinne angeknüpft, bzw. spielt die Begrenzung der Privatautonomie bei der Bestimmung der objektiven Schiedsfähigkeit eine große Rolle. Konkrete Rechtsbereiche, an deren Entscheidung ein öffentliches Interesse besteht, sind der ausschließlichen Zuständigkeit staatlicher Gerichte vorzubehalten. Staatliche Gerichte treten allerdings erst dann mit einem Schiedsverfahren in Berührung, wenn es um die Anfechtung oder Vollziehung eines Schiedsspruches geht.²¹²

Im Übrigen handelt es sich bei Art 177 IPRG, was die Rechtsnatur anbelangt, um eine materielle Bestimmung des schweizerischen internationalen Privatrechts.²¹³

Die Schiedsfähigkeit ist nach der überwiegenden Meinung nach der lex fori zu prüfen.²¹⁴ Es wurde aber von Poudret/Besson die Meinung vertreten, dass das anwendbare Recht der lex arbitri jenes ist, nach welchem das Schiedsgericht die objektive Schiedsfähigkeit beurteilen soll, und dass erst dann, wenn dieses nicht ermittelbar ist, auf das Recht der lex fori zurückgegriffen werden soll.²¹⁵

Nach Art 5 Konkordat kann jeder Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt und für den die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichtes nicht zwingend normiert ist. Die Verfügbarkeit korrespondiert mit dem Begriff der Verzichtsfähigkeit. Einerseits geht die Bestimmung insofern weiter, weil sie auch nicht-vermögensrechtliche Ansprüche mit umfasst, andererseits ist sie enger, weil auch rein vermögensrechtliche Ansprüche auf

²¹⁰ Müller, Zuständigkeit, 26f

²¹¹ Berger/Kellerhals, 65; Müller, Zuständigkeit, 73

²¹² Berger/Kellerhals, 65

²¹³ Berger/Kellerhals, 72

²¹⁴ Schlosser, N 299; Schwab/Walter, 44 N 1 aus Berger/Kellerhals, 68; insbes. auch Böhm, FS Fasching, 137f

²¹⁵ Poudret/Besson N 336

ihre Disponibilität hin untersucht werden müssen. Jedenfalls richtet sie sich - anders als nach österreichischem Recht – ausschließlich nach materiellem Recht.²¹⁶ Es gibt aber – wie in Österreich auch – wenig Bereiche, in denen die Verfügbarkeit des Streitgegenstandes nicht gegeben ist. Dazu zählen familienrechtliche Statusfragen und Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in denen Eintragungen in öffentliche Bücher erforderlich sind.²¹⁷ Im Entwurf zur schweizerischen Zivilprozessordnung wird an dem Regelungssystem des Art 5 KSG jedenfalls festgehalten.

Art 177 IPRG legt fest, dass jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann. Darunter fallen in jedem Fall alle geldwerten, beispielsweise in Geld messbaren oder auf Geld gerichteten Ansprüche der Parteien. Jedenfalls muss mit der Klage ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt werden.²¹⁸ Im Vergleich zu Art 5 Konkordat – eine Regelung, die auf die Disponibilität des Streitgegenstandes gerichtet ist – findet sich hier eine ausgedehntere objektive Schiedsfähigkeit.²¹⁹ In der Regel sind vermögensrechtliche Ansprüche auch disponibel, was aber umgekehrt nicht bedeutet, dass sich die objektive Schiedsfähigkeit nach IPRG nach der Verfügbarkeit des Streitgegenstandes beurteilt.²²⁰ Dies vor allem deshalb, um durch einen möglichst breiten Anwendungsbereich die Rekursmöglichkeiten wegen allfälliger Nichtarbitrabilität des Streitgegenstandes nicht ausufern zu lassen. Die Begrenzung durch den vermögensrechtlichen Anspruch ist nach der hM ein materiellrechtliches Kriterium, um die Einrede der Unzuständigkeit eines schweizerischen Schiedsgerichtes nicht aufgrund der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit begründen zu können.²²¹

Ein vermögensrechtlicher Anspruch ist dann vorliegend, wenn mit der Klage im weitesten Sinn wirtschaftliche Interessen verfolgt werden.²²² Davon sind nicht nur schuldrechtliche Gegenstände vertraglicher oder deliktischer Natur umfasst, sondern auch auf Geldleistung gerichtete Ansprüche des Familien-, Erb-, oder

²¹⁶ Berger/Kellerhals, 84

²¹⁷ Berger/Kellerhals, 86

²¹⁸ Müller, Zuständigkeit, 77

²¹⁹ Müller, Zuständigkeit, 74ff

²²⁰ Berger/Kellerhals, 73

²²¹ Müller, Zuständigkeit, 76 mit Hinweis darauf, dass diese Definition der Schiedsfähigkeit nur relativ, sohin in Ansehung des jeweiligen Forums beurteilt werden kann, eine Ansicht, die sich auch mit der in Österreich geltenden Rechtslage deckt, vgl. insbesondere Böhm, FS Fasching, 138

²²² Berger/Kellerhals, 72ff

Sachenrechtes.²²³ Die Verfügbarkeit des Anspruches ist für Art 177 IPRG kein Kriterium, selbst dann nicht, wenn er nach dem anzuwendenden Recht nicht frei verfügbar ist, jedoch ist dann eine möglich ordre public – Widrigkeit zu prüfen.

Grundsätzlich soll nach Berger/Kellerhals bei der Beurteilung der Schiedsfähigkeit die Schiedsvereinbarung immer nach dem Grundsatz „in favorem validitatis“ geprüft werden.²²⁴ Für die österreichische Rechtslage ergibt sich dieser Grundsatz mE nicht, trotz der Ausweitung der Schiedsfähigkeit wird, soweit überschaubar, dieser von der herrschenden Meinung nicht vertreten, vielmehr ergibt sich daraus, dass die Schiedsvereinbarung nach anderen Grundätzen beurteilt wird und dass insoweit die Schiedsfähigkeit nicht nach dem Grundsatz in favorem validitatis geprüft werden kann.

Wenn man sich überlegt, zu welchem Zeitpunkt die fehlende objektive Schiedsfähigkeit eingewendet werden muss, so stellt man fest, dass nach der herrschenden Meinung in Österreich diese zu jeder Zeit des Verfahrens eingewendet werden kann. Demgegenüber ist in der Schweiz die fehlende objektive Schiedsfähigkeit nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wie jede andere Zuständigkeitseinrede zu erheben.²²⁵ Das bedeutet, dass sie vor der Einlassung in die Hauptsache geltend gemacht werden muss. Dieser Umstand gilt aber zugleich nur für Schiedsverfahren, in denen nach Beendigung um Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches in der Schweiz ersucht wird. Im entgegengesetzten Fall kann die Einrede der fehlenden Schiedsfähigkeit auch erstmalig erhoben werden, wenn der Schiedsspruch in einem anderen Staat vollstreckt werden soll. Art 177 IPRG liegt damit der Grundgedanke zu Grunde, dass die Parteien die Gefahr, dass der Schiedsspruch in einem anderen Staat nicht vollstreckbar ist, tragen müssen.²²⁶ Die Schiedsfähigkeit beurteilt sich ja dann nicht mehr nach der lex arbitri, sondern nach der lex fori.

Auf Grund des vorhandenen dualen Regelungssystems kann man das Verhältnis zu den jeweiligen Vorschriften vergleichen. Berger/Kellerhals vertreten die Auffassung,

²²³ Berger/Kellerhals, 73

²²⁴ Berger/Kellerhals, 74

²²⁵ BGE 4P.217/1992 vom 15. März 1993

²²⁶ Berger/Kellerhals, 89

dass Art 177 IPRG nicht unverzichtbar ist, obwohl es sich dabei um eine Rechtsvorschrift von zwingender Natur handelt. Folgt man dieser Ansicht, so hätte das Schiedsgericht die Schiedsunfähigkeit, im Gegensatz zu Art 5 KSG, nicht von Amts wegen zu prüfen.²²⁷ Die Gründe dafür kann man darin erblicken, dass der Gesetzgeber mit dem 12. Kapitel eine Ordnung schaffen wollte, in der möglichst viel Freiraum für Parteiautonomie gegeben sein soll und dass eben die Bestimmung des Art 5 KSG den Kontrast dazu bildet.²²⁸ Denn im Gegensatz zu Berger/Kellerhals, die die Forderung erheben, dass dies auch für Art 5 KSG Geltung haben soll, möchte ich in Zweifel ziehen, dass dieser Umstand auch für den Anwendungsbereich von Art 5 KSG gelten soll, denn darin kann man nicht mit dem Willen des Gesetzgebers, den Parteien einen möglichst großen Gestaltungsspielraum einzuräumen, argumentieren, da die Bestimmung an sich von einem weitaus engeren Kreis an schiedsfähigen Streitgegenständen ausgeht als Art 177 IPRG.

Zusammenfassend kann man feststellen, dass zwischen der schweizerischen und österreichischen Rechtslage ein veritabler Unterschied hinsichtlich der Rechtsfolgen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit erkennbar ist.

Während man auf der einen Seite vor Einlassung in den Streit den Umstand der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit geltend machen muss und nur bei einem Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsverfahren allenfalls die Möglichkeit der Geltendmachung gegeben ist, besteht auf der anderen Seite die Möglichkeit, das Fehlen in jeder Lage des Verfahrens einzuwenden. In letzterem Fall wird das Schiedsgericht in jedem Fall amtswegig das Vorliegen der objektiven Schiedsfähigkeit überprüfen müssen, dh es kommt diesem eine besondere Verantwortlichkeit zu. ME haben beide Systeme gewisse Nachteile.

Während im Falle der Unterlassung der Geltendmachung ein nicht objektiv schiedsfähiger Streitgegenstand jedenfalls wirksam von einem Schiedsgericht entschieden werden kann, was vorteilhaft in Bezug auf die Rechtssicherheit und die Raschheit des Verfahrens ist, zweifellos aber im Hinblick auf das möglicherweise bestehende Rechtsprechungsmonopol des Staates nicht unproblematisch ist, kann bei

²²⁷ Berger/Kellerhals, 88

²²⁸ So auch das schweizerische Bundesgericht in der Entscheidung 4 P.217/1992 vom 15. März 1993

der laufenden Möglichkeit der Geltendmachung des Mangels zwar ein Schiedsspruch letztendlich unwirksam sein, dieser Umstand bedeutet aber nicht unbedingt Rechtssicherheit für die Parteien. Die objektive Schiedsfähigkeit nach schweizerischem Recht ist mE ein besonderer Ausdruck für das Maß an Autonomie, Ansehen und Stellenwert, die der Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz zukommt.

7. Die subjektive Schiedsfähigkeit

Die subjektive Schiedsfähigkeit bestimmt sich in logischer Konsequenz nach der von der herrschenden Meinung gebildeten prozessualen Qualifikation der Schiedsvereinbarung (siehe oben II.2.) nach Prozessrecht.²²⁹

a. Begriff der subjektiven Schiedsfähigkeit

Der Begriff der subjektiven Schiedsfähigkeit (*ratione personae*) beschäftigt sich mit den persönlichen Eigenschaften der Parteien. Er bildet einen Prüfungsmaßstab dafür, ob die Eigenschaften von Personen derart ausgeprägt sind, dass sie rechtswirksame Erklärungen abgeben können, welche die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes begründen. Da der Schiedsvertrag als Prozessvertrag zu qualifizieren ist, setzt die wirksame Erklärung, sich einer Schiedsklausel oder einem Schiedsvertrag zu unterwerfen, Prozessfähigkeit gemäß §§ 1-3 voraus.²³⁰ Das bedeutet, dass geschäftsfähige natürliche Personen fähig sind, eine Schiedsvereinbarung abzuschließen, ebenso juristische Personen des privaten wie des öffentlichen Rechts.

Ein mündiger Minderjähriger kann ebenfalls über gewisse Rechtsstreitigkeiten eine Schiedsvereinbarung abschließen, die Gegenstände betrifft, bei denen er die Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters nicht benötigt, wobei dieser Fall praktisch nicht allzu oft vorkommen wird.²³¹ Sollen minderjährige Personen an einer Schiedsvereinbarung beteiligt sein, dann bedarf es neben der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter auch noch der Zustimmung des jeweils zuständigen

²²⁹ Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 1 zu § 577 ZPO; OGH 21.2.1996, 7 Ob 502/96;

²³⁰ Fasching, Schiedsgericht 14; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 58

²³¹ § 151 Abs. 2 ABGB: „Nach erreichter Mündigkeit kann es jedoch über Sachen, die ihm zur freien Verfügung überlassen worden sind und über sein Einkommen aus eigenem Erwerb so weit verfügen und sich verpflichten, als dadurch nicht die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse gefährdet wird.“

Pflegschaftsgerichtes.²³² Einen durchaus realistischen Fall in der Praxis stellt es dar, dass ein minderjähriges Kind durch das Ableben eines Elternteils plötzlich an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft beteiligt ist. Die konkrete Gesellschaft könnte bereits mit Dritten Schiedsvereinbarungen abgeschlossen haben, an die der Minderjährige gebunden sein könnte. Sollte in der Zukunft beabsichtigt sein, in Zukunft Schiedsvereinbarungen abzuschließen, so wird es erforderlich sein, die Zustimmung des Pflegschaftsgerichtes einzuholen. Das Problem, ob ein Gesellschafter als Verbraucher zu qualifizieren ist und damit eine Schiedsvereinbarung nur für bereits entstandene Streitigkeiten abgeschlossen werden kann, ist daneben zu berücksichtigen. Im internationalen Schiedsverfahren kommt die subjektive Schiedsfähigkeit von Staaten und staatlichen Unternehmen als Problembereich, der an dieser Stelle aber nicht einer weiteren Untersuchung unterzogen werden soll, hinzu. Eine Rechtswahl ist im Bereich der subjektiven Schiedsfähigkeit nicht möglich, diese beurteilt sich ausschließlich nach dem Personalstatut einer natürlichen Person bzw. nach dem Gesellschaftsstatut.²³³

b. Abgrenzung zur objektiven Schiedsfähigkeit

Im Gegensatz zur subjektiven Schiedsfähigkeit befasst sich der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit mit dem Streitgegenstand (*ratione materiae*) und ist daher nicht unter Bezugnahme auf eine natürliche oder juristische Person, sondern in Ansehung eben des Streitgegenstandes zu beurteilen, was aber bei der Frage nach den Wirkungen eines Schiedsspruches auf an sich an der Schiedsvereinbarung nicht beteiligte Personen ein Problem darstellen kann.²³⁴ Diese Abgrenzung ist insofern von Bedeutung, als es eine klare Trennung zwischen der objektiven und der subjektiven Schiedsfähigkeit gibt. Als Beispiel dafür lässt sich der Verbraucher bzw. das Verbrauchergeschäft heranziehen. Die Eigenschaft, ob jemand im Sinne des KSchG als Verbraucher zu qualifizieren ist, darf mit der Frage, ob ein vermögensrechtlicher Anspruch der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen ist, nicht vermengt werden. Die Geltendmachung von Ansprüchen aus Verbrauchergeschäften ist der

²³² Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 58

²³³ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 581/2 ZPO Rz 278; Fasching, Schiedsgericht, 32; Zeiler, Schiedsverfahren § 581 ZPO Rz 127

²³⁴ Siehe dazu insbesondere oben unter Punkt 3.2.b. zur Frage, ob im Bereich des Verbraucherschutzes ein Mangel nach § 611 Abs 2 Zif 7 oder § 611 Abs 2 Zif 1 anzufechten ist

Schiedsgerichtsbarkeit, aufgrund der Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit in diesem Bereich, nur sehr eingeschränkt zugänglich. Der Gesetzgeber möchte die Zulässigkeit von Schiedsverfahren für Verbraucher dadurch beschränken, dass die objektive Schiedsfähigkeit für noch nicht entstandene Streitigkeiten bei Verbrauchergeschäften fehlt. Das führt dazu, dass die Tatsache, dass jemand ein Verbrauchergeschäft abschließt (und dadurch die geschützte Position eines Verbrauchers erhält) und damit keine Schiedsvereinbarung für zukünftige Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis vorab abzuschließen vermag, die fehlende objektive Schiedsfähigkeit nach sich ziehen kann. Dem Verbraucher fehlt aber jedenfalls nicht die für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung nötige subjektive Schiedsfähigkeit. Diese Beurteilung macht mE den Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Schiedsfähigkeit deutlich.

Was die deutsche Rechtslage anbelangt, so ist Schlosser der Auffassung, dass die objektive Schiedsfähigkeit dort nicht gegeben sein soll, wo der Schutz schwächerer Personen umgangen werden soll, was darauf hindeutet, dass sehr wohl Eigenschaften einer Person als Gradmesser der objektiven Schiedsfähigkeit herangezogen werden.²³⁵

c. Folgen des Fehlens der subjektiven Schiedsfähigkeit

Das Fehlen der persönlichen Voraussetzungen für den wirksamen Abschluss einer Schiedsvereinbarung erfüllt einen Aufhebungstatbestand nach § 611 Abs 2 Zif 1. Die Rechtslage hat sich durch das SchiedsRÄG nicht verändert. Schon vor der Novellierung bildete das Fehlen der subjektiven Schiedsfähigkeit einen Aufhebungsgrund.²³⁶ § 611 Abs 2 Zif 7 bezieht sich hingegen nach dem Gesetzeswortlaut nur auf die objektive Schiedsfähigkeit.

Dieser Aufhebungsgrund der fehlenden subjektiven Schiedsfähigkeit gem. § 611 Abs 2 Z 1 iVm § 611 Abs 4 ist innerhalb einer Frist von 3 Monaten geltend zu machen. Ein trotzdem ergangener Schiedsspruch ist von Gerichten und Behörden jedenfalls beachtlich.

²³⁵ Schlosser in Baumbach-Lauterbach § 1025 dZPO Rz 6

²³⁶ § 595 Abs 1 Z 1 öZPOaF: „Der Schiedsspruch ist aufzuheben, wenn ein dem § 577 entsprechender Schiedsvertrag nicht vorhanden ist, der Schiedsvertrag vor Fällung des Schiedsspruches außer Kraft getreten oder für den einzelnen Fall unwirksam geworden ist oder wenn eine Partei nach ihrem Personalstatut zur Eingehung des Schiedsvertrages nicht fähig war.“

V. Die objektive Schiedsfähigkeit außerstreitiger Rechtssachen

Als Ausgangspunkt, wenngleich auch unter einer gewissen Rückschau auf die alte Rechtslage, insbesondere was die außerstreitigen Bestimmungen des MRG anbelangt, dient bei der Bearbeitung dieses Abschnittes die Neufassung des Außerstreitgesetzes in Querverbindung mit dem SchiedsRÄG 2006.

Nach der alten Rechtslage beurteilte sich die objektive Schiedsfähigkeit außerstreitiger Rechtssachen danach, ob es sich um eine streitige Rechtssache im Gewande des außerstreitigen Verfahrens handelte. Diese waren jedenfalls vergleichs- und daher objektiv schiedsfähig.

Nach neuer Rechtslage ist es für die Schiedsfähigkeit eindeutig unerheblich, ob es sich bei dem im Zentrum stehenden Anspruch um eine streitige oder eine außerstreitige Rechtssache handelt.²³⁷

Durch die starke Auffüllung des außerstreitigen Rechts mit Materien, welche sehr unterschiedlich ausgeprägt sind, oftmals auch streitiger Natur, gab es immer wieder Abgrenzungsprobleme und es ließ sich, wie bereits erwähnt, nicht alleine durch die Feststellung, dass eine Materie eine Außerstreitmaterie ist, auf die (fehlende) objektive Schiedsfähigkeit schließen.²³⁸

Es hing bereits in der Vergangenheit immer von der Ausprägung des jeweiligen, im Außerstreitrecht angesiedelten (Streit-)Gegenstandes ab, ob der betreffende (Streit-)Gegenstand objektiv schiedsfähig ist.²³⁹ Insofern wurden von Lehre und Rechtsprechung immer wieder Differenzierungen getroffen.²⁴⁰

²³⁷ Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 ZPO Rz 89; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 582 Rz 38

²³⁸ Rechberger in Rechberger, AußStrG § 1 Rz 8,9,10 unter speziellem Hinweis, dass diese Aufzählung das große Feld an außerstreitigen Angelegenheiten deutlich macht

²³⁹ Mayr/Fucik, Rz 46

²⁴⁰ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 8

Die eigentlich streitigen Sachen der außerstreitigen Gerichtsbarkeit, die ihrer Natur nach in das streitige Verfahren gehören und vergleichsfähig sind, waren objektiv schiedsfähig.²⁴¹ Nun sind es nach dem Gesetzeswortlaut des § 582 Abs 1 ganz allgemein alle vermögensrechtliche Streitgegenstände, unabhängig davon, in welcher Verfahrensart sie angesiedelt sind. Für die nicht-vermögensrechtlichen Streitgegenstände im Außerstreitverfahren gilt weiterhin, dass sie vergleichsfähig sein müssen.²⁴² Zeiler und Hausmaninger vertreten die Auffassung, dass keine große praktische Bedeutung damit verbunden ist.²⁴³

Könnte man vor dem SchiedsRÄG sagen, dass sich die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit nach dem hinter den Streitgegenständen stehenden öffentlichen Interessen richtete, so kann man auch gegenwärtig feststellen, dass die neue Rechtslage darin nur scheinbar Änderungen bewirkt hat. Dieses öffentliche Interesse findet seinen Platz nach wie vor bei der Frage, ob es Parteien offen stehen soll, über eine Streitsache einen Vergleich abschließen zu können. Die neue Rechtslage, die nur auf das Vorliegen eines vermögensrechtlichen Anspruches abstellt, bewirkt hier eine bestimmte Änderung, da das öffentliche Interesse im Rahmen der Vergleichsfähigkeit eine größere Bedeutung hatte, als dies beim vermögensrechtlichen Anspruch der Fall ist. Wenn der Gesetzgeber nun will, dass ein Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen ist, dann muss er dies durch eine entsprechende gesetzliche Regelung bewerkstelligen. ME bewirkt aber die neue Rechtslage nicht so sehr eine faktische Änderung der Rechtslage als vielmehr eine Änderung der Begründung für oder gegen das Vorliegen der objektiven Schiedsfähigkeit, als Beispiel dient dafür die nunmehr ausdrücklich festgelegte fehlende objektive Schiedsfähigkeit wohnrechtlicher Streitigkeiten gemäß § 582 Abs 2.

1. Das Außerstreitgesetz²⁴⁴

Bei den Gegenständen, die durch dieses Gesetz behandelt werden, handelt es sich genauso wie im streitigen Verfahren oder im Schiedsverfahren um bürgerliche

²⁴¹ OGH 6.9.1984, 6 Ob 16/84 unter Bezugnahme auf Rechberger/Melis in Rechberger² Rz 9 zu §577 ZPO

²⁴² Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 ZPO Rz 3

²⁴³ Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 ZPO Rz 8; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 Rz 38

²⁴⁴ Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, AußStrG BGBl I 2003/111

Rechtssachen. Charakteristisch für diese Verfahrensart sind eine geringere Formstrenge, Hilfeorientiertheit und die Betonung einer gemeinsamen Verantwortung der Gerichte und der Parteien, um ein möglichst rasches und effizientes Verfahren zu ermöglichen.²⁴⁵ Das Vorliegen der Zulässigkeit des Rechtsweges ist für die Anwendung des Außerstreitgesetzes absolute Verfahrensvoraussetzung.

Außerstreitmaterien finden sich auch in anderen Gesetzen, so zum Beispiel im Grundbuchgesetz, im Firmenbuchgesetz, im Unterbringungsgesetz, im Todeserklärungsgesetz, im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch und in den drei großen Wohnrechtsmaterien, dem Mietrechtsgesetz, dem Wohnungseigentumsgesetz und dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz.²⁴⁶

Trotz der Trennung zwischen Justiz und Verwaltung gibt es im Außerstreitrecht in den §§ 39ff MRG eine sukzessive Kompetenz. Diese sieht vor, dass vor der Anrufung des Gerichtes zuerst der Gegenstand vor einer Schlichtungsstelle verhandelt werden muss, bevor die ordentlichen Gerichte mit diesem befasst werden können.

a. Die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges

Gemäß § 40a JN richtet sich die Zulässigkeit des Rechtsweges nach dem Inhalt des gestellten Begehrens. Die in der Folge entstehenden Konflikte sind entweder durch Zurückweisung der Klage oder Weiterleitung an das tatsächlich zuständige Gericht zu lösen.

Die hL fordert die Anwendung des § 40a JN aus Gründen der Verfahrensökonomie auch für den Fall, dass das Gericht die fehlerhafte Verfahrensart erst aufgrund von Erhebungen erkennt.²⁴⁷

In jedem Fall muss das Gericht bei Zweifeln über die Zuständigkeit mit Beschluss darüber absprechen. Eine Klage in einer Rechtssache, die im streitigen Verfahren zu behandeln wäre, ist gemäß § 44 JN von Amts wegen an das örtlich zuständige

²⁴⁵ Rechberger in Rechberger, AußStrG § 1 Rz 2; Stögner/Perscha, 15

²⁴⁶ Mayr/Fucik, Rz 40

²⁴⁷ Rechberger-Simotta, Rz 96

Außerstreitgericht zu überweisen. Im umgekehrten Fall ist ein Antrag vom örtlich unzuständigen streitigen Gericht zurückzuweisen.

b. Die Abgrenzung zwischen außerstreitigem und streitigem Verfahren

Die Bezeichnung des Gesetzes als Außerstreitgesetz bedeutet im Grunde nicht, dass es bei den dabei anhängigen Verfahren zu keinen Streitigkeiten kommt. Daher ist die Frage, vor welches Gericht ein Streitgegenstand gehört, nur dort leicht feststellbar, wo es einerseits im Außerstreitgesetz selbst ausdrücklich steht bzw. es in entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen ausdrückliche Verweisungen gibt. Bei der Reform des Außerstreitgesetzes hat sich der Gesetzgeber davor gescheut, eine Materiendiskussion loszutreten, weil er fürchtete, die Reform als solche würde dadurch gefährdet.²⁴⁸

Gemäß § 1 Abs 2 AußStrG ist das Außerstreitgericht dann für einen Streitgegenstand zuständig, wenn es sich dabei um eine bürgerliche Rechtssache handelt, für die die Zuständigkeit im Gesetz angeordnet ist, dh es kommt ihm gleichsam eine subsidiäre Kompetenz gegenüber dem streitigen Gericht zu. Dazu kommen Materien, die schlüssigerweise in einem sehr starken oder gar untrennbaren Zusammenhang mit einer gesetzlich angeordneten Außerstreitmaterie stehen. Als Beispiel kann man hier das Heiratsgut gemäß § 1221 ABGB anführen.²⁴⁹

Das Außerstreitgesetz ist über die Jahre seiner Anwendung zu einem Sammelbecken für viele, bisweilen sehr unterschiedliche Materien geworden, ein Umstand, der nicht immer positiv zu sehen ist.

Im Gegensatz zur alten Rechtslage wurden durch die Neuregelung gemäß § 114 JN alle gesetzlichen Unterhaltsansprüche, alle Miteigentumsstreitigkeiten, Abstammungsverfahren und Streitigkeiten über das Erbrecht in das Außerstreitverfahren verwiesen.

²⁴⁸ Mayr/Fucik, Rz 32

²⁴⁹ SZ 19/35, kritisch 6 Ob 281/01v und Frauenberger-Pfeiler, JAP 2002/03, 113

Die Grenzen zwischen den Verfahrensarten sind zwingend und daher weder durch eine Vereinbarung noch durch rügeloses Einlassen abänder- bzw. umgebar.

c. Die außerstreitigen Gegenstände²⁵⁰

Im AußerstreitG finden sich Angelegenheiten des Ehe-, Kindschafts- und Sachwalterschaftsrechts, die Abhandlung von Verlassenschaften, Beurkundungen geregelt.

Außerhalb des Gesetzes geregelt sind Grundbuchsangelegenheiten (§ 75 Abs 2 GBG nF), Firmenbuchsachen (§§ 15ff FBG), Gewährung von Unterhaltsvorschüssen (§ 10 UVG), Miteigentumsstreitigkeiten (§§ 833ff, 838a ABGB), verschiedene wohnrechtliche Angelegenheiten (§ 37 MRG, § 52 WEG, § 22 WGG), Verfahren nach dem AktienG (§§ 14, 225e), Verfahren nach dem GmbHG (§ 102).²⁵¹

2. Die objektive Schiedsfähigkeit von wohnrechtlichen Gegenständen

Außerstreitige Rechtssachen finden sich in den großen wohnrechtlichen Materiengesetzen, wie dem MRG, dem WEG und dem WGG. Gemäß § 37 Abs 1 MRG werden eine Reihe von mietrechtlichen Angelegenheiten in das Außerstreitrecht verwiesen, darunter die Überprüfung der Angemessenheit des vereinbarten oder begehrten Hauptmietzinses bzw. des Untermietzinses.²⁵² Auch wenn nur ein Teil der Materien im außerstreitigen Rechtsweg geltend zu machen ist, und der unmittelbare gesetzliche Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit gleichermaßen für außerstreitige und streitige Rechtssachen gilt, wird in dem Kapitel über die objektive Schiedsfähigkeit außerstreitiger Rechtssachen darauf eingegangen.

Als Ausgangspunkt ist es in diesem Fall dienlich, sich die Rechtsprechung in diesem Bereich anzusehen. Die Judikatur hinsichtlich der Vergleichsfähigkeit und damit der objektiven Schiedsfähigkeit des § 37 Abs 1 Zif 8 iVm § 12a Abs 1 MRG war

²⁵⁰ Mayr/Fucik Rz 39, 40

²⁵¹ GBG BGBl 1955/39 idF BGBl I 2001/98; FBG BGBl 1991/10 idF BGBl I 2000/142; MRG, BGBl 1981/520 idF BGBl I 124/2006; WEG, BGBl 1975/417 idF BGBl I 124/2006; WGG, BGBl 191/1999

²⁵² § 37 MRG, § 22 WGG, § 52 WEG

divergierend, wahrscheinlich mit ein Grund dafür, warum man sich dazu entschloss, eine zwar kritikwürdige, aber dennoch eindeutige Regelung für derartige Ansprüche zu schaffen.

Einerseits sprach der OGH aus, dass außerstreitige Angelegenheiten objektiv schiedsfähig sind, wenn es sich dabei um kontradiktorische Rechtsstreitigkeiten, dh eigentliche Streitsachen im Gewande des außerstreitigen Verfahrens handelt.²⁵³ Andererseits sprach er aus, dass außerstreitige Mietrechtssachen nicht objektiv schiedsfähig sind, obwohl es sich dabei gerade um eigentliche Streitsachen im Gewande des außerstreitigen Verfahrens handelt.²⁵⁴

Die Verweisung dieser Materien in das Außerstreitverfahren bildet prima facie betrachtet für den OGH naturgemäß nicht den Grund, weshalb die objektive Schiedsfähigkeit nicht gegeben sein sollte. Vielmehr wurden die Einrichtung von Schlichtungsstellen im Wege der sukzessiven Kompetenz und der große Anteil von zwingenden Bestimmungen innerhalb der Gesetzesmaterien als Begründungen herangezogen.²⁵⁵ Dabei wurde übersehen, dass gem. § 577 öZPOaF auch für die im außerstreitigen Recht geltend zu machenden Ansprüche einzig und alleine die Vergleichsfähigkeit ein Kriterium für die objektive Schiedsfähigkeit bildete.²⁵⁶

Diese Begründungen wurden vor allem deswegen in der Lehre kritisiert, weil es zum einen nicht an jedem Ort die Einrichtung einer Schlichtungsstelle gibt, dh der Staat hier aus diesem Grund keine prinzipielle Monopolisierung dieses Bereiches für sich argumentieren und in Anspruch nehmen kann. Dazu ist anzufügen, dass ein Anspruch auf die Zahlung von Mietzins und der daraus entstehende Streitgegenstand jedenfalls vergleichsfähig sein müssen.²⁵⁷ Parteien, die sich in einem Verfahren gegenüberstehen, können jedenfalls durch Verzicht oder Vergleich über den

²⁵³ OGH 8.6.2000, 2 Ob 158/00z; OGH 6 Ob 16/84, 6 Ob 16/84; Wunsch, 124 unter Berufung auf Kastner, JBl.1950, S 565

²⁵⁴ OGH 13.7.1999, 5 Ob 186/99 k; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 8 mwN

²⁵⁵ OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/05 d; Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 ZPO Rz 8

²⁵⁶ Feil, Verfahren außer Streitsachen, 17

²⁵⁷ Oberhammer, Keine Schiedsfähigkeit von Bestandssachen nach § 37 MRG, wobl 2001, 185; Oberhammer/Chiwitt-Oberhammer, (Nicht-)Schiedssprüche in außerstreitigen Rechtssachen, wobl 2005, 181f

Streitgegenstand verfügen. Gerade nach der neuen Rechtslage wäre das geradezu ein Parafall eines vermögensrechtlichen Anspruches.

Obwohl es sich also in diesen Fällen um kontradiktorische Rechtsstreitigkeiten im Gewande des außerstreitigen Verfahrens handelt, bei denen sich die Streitparteien in gleichen bzw. gleichwertigen Rechtspositionen gegenüberstehen, wurde von der Judikatur die objektive Schiedsfähigkeit in einem Fall bejaht und in zwei anderen Fällen verneint.²⁵⁸

Die Ansicht Zeilers, dass aufgrund des Überwiegens zwingender Gesetze in diesem Bereich schon bisher die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen war, ist zumindest diskussionswürdig.²⁵⁹ Vor allem, wenn man aufgrund des Überwiegens der prozessualen Aspekte Befürworter der prozessualen Auslegung der Vergleichsbefugnis ist. Dann wird das Argument des Vorhandenseins zwingender Vorschriften nur sehr eingeschränkt einsetzbar sein, weil im Rahmen der prozessualen Auslegung der Vergleichsbefugnis das Vorhandensein zwingender Vorschriften kein Gradmesser für die objektive Schiedsfähigkeit ist.²⁶⁰ Das Überwiegen zwingender Vorschriften ist mE als Argument für die (fehlende) objektive Schiedsfähigkeit nicht durchschlagend. Für mich ist eindeutig, dass zwingende Vorschriften alleine, die ja sowohl vom ordentlichen Gericht als auch vom Schiedsgericht uneingeschränkt anzuwenden sind, ohne das Hinzutreten weiterer prozessrechtlicher Hindernisse, wie sie bspw. Backhausen herausgearbeitet hat, nicht Grund für die fehlende objektive Schiedsfähigkeit sein können.²⁶¹ Ein Verstoß gegen zwingende Rechtsvorschriften müsste demnach einen Aufhebungsgrund gemäß § 611 Abs 2 Z 5,8 nach sich ziehen. ME ist hier auch nach der zeitlichen Abfolge zu differenzieren. Beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung wird in prozessualer Hinsicht durch den Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit über den Streitgegenstand disponiert. Der in einem

²⁵⁸ Rechberger/Melis in Rechberger² Rz 6 zu § 577 öZPOaF; Kovanyi, Schiedsvereinbarung als Prozesshindernis für Mietzinsüberprüfung, immolex, 2000/66, 105; derselbe, Schiedsfähigkeit von Bestandssachen, immolex 2001/8,10; Reiner, Zur objektiven Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus dem MRG unterliegenden Mietverträgen, wobl 2001/162, Oberhammer, Keine Schiedsfähigkeit von Bestandssachen nach § 37 MRG, wobl 2001/183

²⁵⁹ Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 ZPO Rz 8

²⁶⁰ Vgl. OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03 d; demgegenüber OGH 8.6.2000, 2 Ob 158/00 z

²⁶¹ Backhausen, Schiedsvertrag, 113: Verfahren mit dominierendem öffentlichen Interesse; Verfahren, in welchen der Untersuchungsgrundsatz im Vordergrund steht; Verfahren, in denen es um die Einwirkung oder Beseitigung eines Hoheitsaktes geht.

Erkenntnisverfahren vor einem Schiedsgericht geltend gemachte Anspruch beurteilt sich nachfolgend nach materiellem Recht, in einem Verfahren vorkommende zwingende Bestimmungen sind, wie erwähnt, anzuwenden. Das zeigt, dass auch in einer zeitlichen Dimension die prozessuale Auslegung der Schiedsvereinbarung vorrangig ist.

Um aber die bisher angeführten Unklarheiten und die daraus resultierenden Streitpunkte gänzlich zu vermeiden, wurde in § 582 Abs 2 die Festlegung getroffen, dass Materien des MRG, des WEG und des WGG jedenfalls nicht objektiv schiedsfähig sind, selbst dann, wenn die sich daraus ergebenden Konflikte nur zu einem Teil den genannten Gesetzen unterliegen. Es handelt sich dabei um einen unmittelbar durch das Gesetz angeordneten Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit trotz eindeutiger Merkmale für das Vorliegen derselben. Die Bestimmung des § 582 Abs 2 gilt im Übrigen für alle Bereiche, dh nicht nur für die dem Außerstreitrecht zugewiesenen. Dirnbacher hält fest, dass für Schiedsgerichtsvereinbarungen somit kein Raum verbleibt.²⁶²

Im Ergebnis bleibt aber die Begründung, warum wohnrechtliche Streitigkeiten nicht objektiv schiedsfähig sein sollen, dass weite Teile der einschlägigen Bestimmungen von zwingenden Rechtsvorschriften geprägt sind. Diese Begründung reicht dafür mE keineswegs aus. Für mich ist die fehlende objektive Schiedsfähigkeit wohnrechtlicher Streitigkeiten, insbesondere des § 37 MRG, Ausdruck der Skepsis des Gesetzgebers gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit. Die Schutzgesetzgebung durch das MRG bedeutet für den Mieter ohnehin einen gewichtigen Vorteil. Die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes bedeutet zwar keinesfalls, dass er die ihn begünstigenden Bestimmungen des MRG auch nur annähernd einbüßt, sofern das Schiedsgericht diese Bestimmungen auch tatsächlich zur Anwendung bringt. Er müsste sich aber bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung voll und ganz darüber im Klaren sein, dass er sich dem Schutz des staatlichen Rechtsschutzsystems fast vollständig begibt. Außerdem kommt einem Verbraucher der Vorteil zu, Schiedsvereinbarungen wirksam nur für bereits entstandene Streitigkeiten abzuschließen. Auf der anderen Seite erscheint es sachgerecht, einen Rechtsbereich, in dem die einer Schiedsvereinbarung

²⁶² Dirnbacher, 427

zu Grunde liegende Privatautonomie durch einen übermächtigen Gegner möglicherweise eingeschränkt ist, der Schiedsgerichtsbarkeit zu entziehen. Allerdings besteht ein Unterschied, ob ein Verbraucher oder ein Unternehmer vor einer mietrechtlichen Problematik steht.

Entgegen der Meinung, dass dies für die Schiedsgerichtsbarkeit kein großer Verlust sei, steht mE fest, dass gerade bei Streitigkeiten zwischen Unternehmern, die aus vielschichtigen vertraglichen Beziehungen entstehen können und für die aus Geheimhaltungsinteressen ein Schiedsgericht vereinbart wurde, diesen Interessen nicht voll Rechnung getragen werden kann. Es kann nämlich nicht gänzlich ausgeschlossen sein, dass Ergebnisse eines Schiedsverfahrens Grundlagen für mietrechtliche Verfahren vor den ordentlichen Gerichten bilden, dadurch Querverbindungen zwischen Verfahren entstehen und den möglicherweise vorhandenen Geheimhaltungsinteressen so nicht Rechnung getragen werden kann.

ME sollte in Streitigkeiten zwischen Unternehmern in Mietrechtssachen, zumindest über solche, die Geschäftsräumlichkeiten betreffen, jedenfalls die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes zulässig sein. Oftmals ist es ohnehin nur für Unternehmer von Bedeutung, ob eine Schiedsvereinbarung über einen mietrechtlichen Streitgegenstand abgeschlossen werden kann, ein schutzwürdiges Interesse, dass sich der Staat in diesem Bereich ein Rechtsschutzmonopol vorbehalten muss ist, nicht ersichtlich.

Fasching schreibt in diesem Zusammenhang, dass Materien ins außerstreitige Verfahren verwiesen wurden, die die Ausnützung eines offenbar wirtschaftlichen Ungleichgewichtes zwischen den Streitparteien hintanhaltend sollen.²⁶³

Hausmaninger hält unter anderem fest, dass allgemein für die bisherige Lehre und Rechtsprechung zur Schiedsfähigkeit von Außerstreitsachen kein Raum verbleibt.²⁶⁴

Für die wohnrechtlichen Materien gilt dies durch die eindeutige, wenn auch diskussionswürdige gesetzliche Regelung sohin ausdrücklich. Fragwürdig erscheint auf den ersten Blick, warum wohnrechtliche Streitigkeiten, die nicht dem MRG,

²⁶³ Fasching, Schiedsgericht, 22

²⁶⁴ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 38

sondern dem ABGB unterliegen, objektiv schiedsfähig sind. Beispielsweise unterliegen Mietverhältnisse in Gebäuden mit nicht mehr als zwei selbständigen Wohneinheiten gem. § 1 Abs 2 Z 5 MRG nicht dem Mietrechtsgesetz. In weiterer Folge ist danach eine Unterscheidung zu treffen, ob ein Verbraucher an dem Mietverhältnis beteiligt ist. Diesfalls kann eine wirksame Schiedsvereinbarung nur für bereits entstandene Streitigkeiten abgeschlossen werden. Ist kein Verbraucher Vertragspartner, so kann mE ohne jede weitere Einschränkung eine wirksame Schiedsvereinbarung abgeschlossen werden.

3. Die objektive Schiedsfähigkeit von Miteigentumsstreitigkeiten

§ 838a ABGB verweist Streitigkeiten einer Miteigentumsgemeinschaft betreffend die Benützung und Verwaltung von Sachen gemäß §§ 833-838 ABGB, Streitigkeiten aus einer Benützungsregelung, den Anspruch auf Rechnungslegung, die Verteilung des Erlöses (§ 830 ABGB) und die Verteilung des Aufwandes und Nutzens gemäß § 839 ABGB, in das außerstreitige Verfahren. Die dabei aufgezählten Aufgaben sind objektiv schiedsfähig sowohl nach neuer als auch nach alter Rechtslage.

Einerseits handelt es sich bei ihnen nämlich allesamt um vermögensrechtliche Ansprüche, die nicht das Merkmal der Vergleichsfähigkeit aufweisen müssen. Andererseits bezieht sich das ABGB selbst in § 835 auf die Möglichkeit der Einrichtung eines Schiedsgerichtes, und die Streitparteien haben darüber hinaus die Möglichkeit, eine vertragliche Benützungsregelung ohne Beiziehung des Gerichtes zu erzielen.²⁶⁵

4. Die objektive Schiedsfähigkeit des Verlassenschaftsverfahrens

Das Verlassenschaftsverfahren ist durch eine weitestgehende amtswegige Verfahrenseinleitung bzw. -abwicklung gekennzeichnet²⁶⁶ (§ 143 Abs 1 AußStrG).

²⁶⁵ Fasching, Schiedsgericht, 21

²⁶⁶ Bittner in Rechberger, AußStrG, vor § 143 Rz 1,3; Mayr/Fucik, Rz 574 f; Stögner/Perscha, 25

Es dient einer konfliktschonenden Abwicklung der Rechtsnachfolge nach dem Ableben einer natürlichen Person.²⁶⁷ Für die Zukunft sollen potenzielle Konflikte unter den Parteien des Verfahrens möglichst vermieden werden.

In seinem Rahmen kommt dem Notar als Gerichtskommissär eine überragende Stellung zu. Von einer Ausgliederung der Entscheidungsbefugnis an den Notar über streitige privatrechtliche Ansprüche wurde aber seit jeher aus verfassungsrechtlichen Bedenken ausdrücklich Abstand genommen.²⁶⁸

Ohne, dass es ausdrücklich im Gesetz angeordnet ist, ist für den Bereich des obligatorischen Gerichtskommissariates, welches zum Beispiel die Todesfallsaufnahme, die Abhandlung der Verlassenschaft (§ 1 Abs 1 Z 1 GkoärG) und die freiwillige Feilbietung von Liegenschaften (§ 1 Abs 2 Z 2 GkoärG) umfasst, die objektive Schiedsfähigkeit dieser besonderen Verfahrensart zu verneinen.²⁶⁹ Es handelt sich dabei um ein klares Beispiel, dass nicht nur materielles Recht einer Prüfung hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit zu unterziehen ist, sondern auch prozessrechtliche Vorschriften bzw. Verfahrensarten.²⁷⁰ Dem Schiedsgericht fehlt jedenfalls der von der hM vorausgesetzte behördliche Charakter, deshalb lassen sich diese Rechtssachen bis zu einer Beendigung des Verfahrens nicht einem Schiedsgericht übertragen.²⁷¹ Das Verlassenschaftsgericht entscheidet materiell über das Erbrecht, es entscheidet durch einen gesonderten Beschluss oder durch einen Einantwortungsbeschluss. Mit dem Einantwortungsbeschluss tritt Universalsukzession des Erben ein. Durch den Untergang des ruhenden Nachlasses und den Übergang auf den Erben gehen alle Besitz-, Eigentums- und sonstigen

²⁶⁷ Fucik/Kloiber, Kommentar¹ zum AußStrG Vor § 143: „Das Verlassenschaftsverfahren ist Ausfluss des im § 797 ABGB verankerten Einantwortungsprinzips, wonach niemand eine Erbschaft von selbst erwirbt, sondern erst die Verhandlung des Erbrechts vor Gericht und die Übergabe in den rechtlichen Besitz („Einantwortung“) das Eigentum an der Verlassenschaft vermittelt.“

²⁶⁸ Walter/Kucsko-Stadlmayer, Verfassungsrechtliche Grenzen notarieller Befugnisse, ÖJZ 1997, 281, wonach die Grenze des Art 82 Abs 1 B-VG durch die notariellen Befugnisse nicht überschritten wird, aber dieser Verfassungsbestimmungen bei hinkünftigen Gesetzesänderungen Bedeutung beigemessen werden müsse.

²⁶⁹ Anders offenbar Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 Rz 29, der richtigerweise festhält, dass die Abweisung eines Antrages auf Einantwortung zumindest zum Teil einen vermögensrechtlichen Anspruch darstellt, der aber mE fälschlich davon auszugehen scheint, dass es sich dabei immer um einen prinzipiell objektiv schiedsfähigen Anspruch handelt

²⁷⁰ Fasching¹ IV/2 § 577 ZPO, Anm 10

²⁷¹ Bittner in Rechberger, AußStrG, Vor 143, Rz 1, der auf den Wunsch des Gesetzgebers verweist, das Einantwortungsprinzip außer Streit zu stellen; Wünsch, 124

Rechte, sowohl rein vermögens- als auch nicht-vermögensrechtliche, über.²⁷² Durch eine Schiedsvereinbarung kann aber nur ein bestimmtes Rechtsverhältnis zuständigkeitshalber einem Schiedsgericht übertragen werden.

Überall dort, wo es zu einer amtswegigen Einleitung des Verfahrens kommt, war schon bisher die objektive Schiedsfähigkeit von Verfahrensgegenständen zu verneinen.²⁷³

Durch die Neuregelung der objektiven Schiedsfähigkeit muss die mögliche Einwirkung auf diese Ansicht einer Überprüfung unterzogen werden. Denn nunmehr kann jeder vermögensrechtliche Gegenstand objektiv schiedsfähig sein. Daher müssten im Grunde auch Gegenstände des Verlassenschaftsverfahrens objektiv schiedsfähig sein, wenn man den Standpunkt einnimmt, dass nach dem Wegfall des Kriteriums der Vergleichsfähigkeit und der damit verbundenen materiellrechtlichen oder prozessrechtlichen Auslegung derselben auch materiellrechtliche bzw. prozessrechtliche Beschränkungen weggefallen sind und nur das schiedsunfähig ist, was sich für den Bereich der nicht - vermögensrechtlichen Ansprüche aus der fehlenden Vergleichsfähigkeit oder eines eindeutigen, unmittelbaren Ausschlusses durch eine entsprechende gesetzliche Regelung ergibt.²⁷⁴ Wie erwähnt ist auch Hausmaninger dieser Auffassung, wenn er schreibt, dass für die zum alten Schiedsrecht vertretene Auffassung kein Raum mehr besteht.

Die Schiedsfähigkeit vermögensrechtlicher Ansprüche bestimmt sich nach materiellem Recht, würden prozessuale Hindernisse dabei außer acht bleiben, so würde grundsätzlich und bei diesem speziellen Verfahren im Besonderen die amtswegige Verfahrenseinleitung bei einem vermögensrechtlichen Gegenstand die objektive Schiedsfähigkeit nicht hindern.

²⁷² Welser in Koziol/Welser¹³ II 528

²⁷³ Fasching, Schiedsgericht, 22; Backhausen, Schiedsvertragsrecht 109; aA Wünsch, 125, der die Meinung vertritt, dass das Prinzip der Amtswegigkeit kein Hindernis dafür ist, den Anspruch vor einem Schiedsgericht geltend zu machen.

²⁷⁴ Vgl. Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, 118f, der einerseits erklärt, dass vermögensrechtliche Unterhaltsansprüche praktikablerweise nicht objektiv schiedsfähig sind, im gleichen Atemzug aber pauschal festhält, dass seiner Meinung nach das Verlassenschaftsverfahren vor einem Schiedsgericht durchgeführt werden können soll

Bei den im Rahmen der Neufassung des Schiedsrechts publizierten Werken findet man – soweit ersichtlich – keine wirkliche Diskussion dieser Thematik.

ME darf man aber grundsätzlich - trotz einer an sich richtigen, weiten Auslegung des Begriffes des vermögensrechtlichen Anspruches - nicht so weit gehen, den Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit in solch einem Ausmaß auszudehnen und prozessrechtliche Hindernisse zu leugnen.²⁷⁵

Wünsch vertritt in diesem Zusammenhang die Meinung, dass man das Merkmal der Amtswegigkeit nicht heranziehen darf, um die objektive Schiedsfähigkeit auszuschließen.²⁷⁶ Wird jedoch das Gericht bzw. der Gerichtskommissär im Rahmen der Amtswegigkeit von sich aus tätig, wie bspw. im Verlassenschaftsverfahren, dann ist die Möglichkeit einer Schiedsvereinbarung zu verneinen. Man denke darüber hinaus neben der Erlassung eines Einantwortungsbeschlusses nur an die Freigabe von Begräbniskosten zur Begleichung eines einfachen Begräbnisses gem. § 148 AußStrG oder die Bestellung eines Verlassenschaftskurators zur Vertretungsvorsorge gem. § 156 AußStrG uvm. Allesamt behördliche Akte, die einem Schiedsgericht daher nicht übertragbar sind.

Ein weiterer Grund, weshalb die objektive Schiedsfähigkeit für vermögensrechtlich ausgeprägte Ansprüche im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens fehlt, ist die Integration des Erbrechtsstreits in das Verlassenschaftsverfahren. Danach hat das Gericht während des Verfahrens über das Erbrecht zu entscheiden. Es wird folglich nicht mehr in das Zivilverfahren ausgewichen, wie das nach dem AußStrGaF der Fall war, sondern das Gericht stellt das Erbrecht des Berechtigten fest und weist alle übrigen Erbantrittserklärungen ab. Ob das Gericht die Entscheidung in den Einantwortungsbeschluss aufnimmt, oder zwei getrennte Beschlüsse erlässt, bleibt seinem Ermessen überlassen.²⁷⁷

Bei Gegenständen bzw. Verfahrensarten zur Klärung von Ansprüchen, in denen es wichtige öffentliche Interessen wahrzunehmen gilt, wobei nur das staatliche Gericht

²⁷⁵ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 113

²⁷⁶ Wünsch, 127

²⁷⁷ Fucik/Kloiber, Kommentar¹ zum AußStrG, § 143 Rz 6,7

mit der entsprechenden Autorität dazu im Stande ist, wo es um den Schutz minderjähriger Personen geht und wo der Gesetzgeber durch Zuweisung in das außerstreitige Verfahren die Ausnützung des materiellen Übergewichtes eines Teiles verhindern wollte, ist die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen, selbst wenn es Bereiche gibt, die vermögensrechtlich ausgeprägt sind, aber nicht ausdrücklich von der objektiven Schiedsfähigkeit ausgenommen sind. Gesetzten Falles der Erblasser ordnet an, dass für den Fall von Streitigkeiten ein Schiedsgericht zur Entscheidung derselben zuständig sein soll. Dadurch entstehen gewisse Probleme, bei denen aber fraglich ist, ob sie mit der objektiven Schiedsfähigkeit tatsächlich in Zusammenhang stehen. In der Folge stellt sich nämlich die Frage, ob der Erblasser wirksam per letztwillige Verfügung dieses Schiedsgericht anordnen kann, oder ob die miteinander streitenden Erben gesondert eine Schiedsvereinbarung abschließen müssen. Und zusätzlich kann man die Frage stellen, ob der unter Umständen pflichtteilsberechtigte Erbe, der einen gesetzlichen Anspruch auf einen Anteil des Reinnachlasses hat, überhaupt zu einer solchen Schiedsvereinbarung verhalten werden kann. Und wird dann ein Schiedsverfahren abgeführt, ergibt sich daraus wiederum das Problem, dass der Anspruch einer dritten Person von dem Obsiegen einer Partei abhängen kann, diese aber dem Verfahren nicht beitreten möchte. Im Schiedsverfahren wäre ein Beitritt oder aber die Zuerkennung einer Parteistellung undenkbar bzw. nur schwer zu bewerkstelligen. Die dritte Partei wartet auf den Verfahrensausgang, wenn dieser ihr nicht genehm ist, so klagt sie vor dem ordentlichen Gericht. Mit der dort erhobenen Unzuständigkeitseinrede gem. § 584 wird die beklagte Partei nicht durchdringen, da die dritte Partei ja keine Schiedsvereinbarung geschlossen hat. Es handelt sich dabei aber um Konstellationen, die unter dem Gesichtspunkt der vorhandenen bzw. nicht vorhandenen Schiedsvereinbarung zu sehen sind und mit der Frage der objektiven Schiedsfähigkeit unmittelbar nichts zu tun haben.

Das Verlassenschaftsverfahren selbst ist daher mE aufgrund von prozessrechtlichen Hindernissen, im Speziellen die Prägung durch die amtswegige Verfahrenseinleitung, das Einantwortungsprinzip, dh die Gesamtrechtsnachfolge, die durch behördlichen Akt übertragen wird, nicht von einem Schiedsgericht durchführbar, daher ausgehend vom Bereich des obligatorischen Gerichtskommissariates mE nicht objektiv schiedsfähig. Die sich aus dem Verlassenschaftsverfahren ergebenden Ansprüche wiederum, sind, soweit sie vermögensrechtlicher Natur sind, jedenfalls objektiv

schiedsfähig. Die Feststellung des Erbrechtes nach Rechtskraft des Einantwortungsbeschlusses durch die Erbschaftsklage gemäß § 823 ABGB kann durch übereinstimmende Willenserklärung einem Schiedsgericht übertragen werden. Ein derartiger Anspruch ist daher objektiv schiedsfähig, weil es sich dabei um die Geltendmachung eines rein vermögensrechtlichen Anspruches handelt, der auf Grundlage einer entsprechenden Schiedsvereinbarung durch ein Schiedsgericht entschieden werden kann.

5. Die objektive Schiedsfähigkeit von personen- und familienrechtlichen Verfahren

Personen- und familienrechtliche Gegenstände sind nicht objektiv schiedsfähig, und zwar nicht einmal dann, wenn es sich dabei um vermögensrechtliche Ansprüche bzw. nicht - vermögensrechtliche Gegenstände handelt, die unter Umständen über den Prüfungsmaßstab der Vergleichsfähigkeit doch objektiv schiedsfähig sein können. Beispiele dafür sind die Forderung auf Zahlung von Unterhalt für minderjährige und volljährige Personen, die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse. § 582 Abs 2 nimmt diese Art von Gegenständen explizit von der objektiven Schiedsfähigkeit aus.²⁷⁸ Schon nach der alten Rechtslage war es den Parteien verwehrt, im Rahmen der prozessualen Dispositionsbefugnis diese Streitgegenstände einem Schiedsgericht zu übertragen.²⁷⁹

Die Eheschließung, die Anerkennung der Vaterschaft, die Adoption oder die Ehescheidung berühren familienrechtliche Statusfragen, die, selbst wenn damit im weitesten Sinn vermögensrechtliche Interessen verbunden sind, nicht schiedsfähig sind.

Diese Herausnahme ist, berücksichtigt man die Argumente für den unmittelbaren Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit bei den drei großen wohnrechtlichen Materien auch hier, besonders dienlich, weil man sonst einerseits die eine oder andere, Unterhaltsansprüche betreffende Rechtssache, vor ein Schiedsgericht bringen

²⁷⁸ Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 4 zu § 582 ZPO

²⁷⁹ Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 5 zu § 577 ZPO; Fasching, Schiedsgericht, 22; Wunsch, 124

könnte und damit Abgrenzungsschwierigkeiten, ob ein Schiedsverfahren möglich ist oder nicht, verbunden wären.²⁸⁰

Man denke hier nur an vermögensrechtliche Unterhaltsansprüche, die nach deutscher Rechtslage einer Schiedsvereinbarung zugänglich sind, im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage.²⁸¹

6. Die objektive Schiedsfähigkeit von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach deutschem Recht

Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage wurde in Deutschland auf die gesetzliche Regelung, dass familienrechtliche Ansprüche, selbst dann, wenn sie vermögensrechtlicher Natur sind, nicht objektiv schiedsfähig sind, verzichtet.

Dadurch wird mE die Bedeutung der Abgrenzung zwischen vermögensrechtlichen und nicht - vermögensrechtlichen Ansprüchen aufrechterhalten und in dieser Hinsicht der Konstellation des § 1030 Abs 1 dZPO eine gewisse Berechtigung eingeräumt.

Nicht - vermögensrechtliche Ansprüche im familienrechtlichen Bereich sind daher nur dann einer Schiedsvereinbarung zugänglich, wenn sie das Kriterium der Vergleichsfähigkeit erfüllen. Die Begründung für die fehlende objektive Schiedsfähigkeit nicht - vermögensrechtlicher familienrechtlicher Ansprüche ist die fehlende Vergleichsbefugnis der Parteien.

Bestes Beispiel dafür ist der Bestand einer Ehe, ein diesbezügliches Verfahren ist in erster Linie ein nicht - vermögensrechtliches. Da die Vergleichsfähigkeit nicht vorhanden ist, kann es nicht Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Weitere Beispiele sind generell Statusstreitigkeiten in Ehe- und Kindschaftssachen oder Entscheidungen über das Sorgerecht.²⁸²

²⁸⁰ Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller 118 f

²⁸¹ Albers in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, dZPO²² IX § 1030 Rz 2

²⁸² Albers in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, dZPO²² IX § 1030 Rz 3

Ein weiterer damit in Verbindung stehender Unterschied ist, dass vermögensrechtliche Ansprüche, die sich aus familienrechtlichen Umständen ergeben, von der hM in Deutschland für objektiv schiedsfähig gehalten werden.²⁸³ Auch das liegt an dem gewählten Gesetzeswortlaut, in Österreich wurden gem. § 582 Abs 2 1. Satz familienrechtliche Ansprüche ex lege vom Schiedsverfahren in ihrer Gesamtheit ausgenommen, in Deutschland hingegen nicht. Das bedeutet, dass Ansprüche vermögensrechtlicher Natur, beispielsweise solche auf Unterhalt, objektiv schiedsfähig sind. Auch nach der alten Rechtslage wurden vermögensrechtliche Ansprüche gemäß § 1614 BGB für objektiv schiedsfähig gehalten.²⁸⁴

Zu den wohnrechtlichen Ansprüchen hat der Gesetzgeber der dZPO gegenüber seinem österreichischen Pendant einen etwas anderen Weg gewählt. Er hat Ansprüche (prozessrechtlicher Begriff) über den Wohnraum von der objektiven Schiedsfähigkeit ausgenommen. Darunter fallen die Feststellungen, ob der Mietvertrag noch besteht, ob er weiter besteht oder ob er als gekündigt anzusehen ist; dazu gehören ferner solche Klagen, für die das Bestehen oder Nichtbestehen Vorfrage ist, wie Räumungs- oder Herausgabeklagen. Dieser Begriff erfasst aber nicht wohnrechtliche Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit. Über Leistungen, die einen Mietvertrag betreffen, wie beispielsweise die Zahlung des Mietzinses oder die Leistung von Schadensersatz, kann wirksam eine Schiedsvereinbarung geschlossen werden.²⁸⁵

Damit bietet sich hier ein größeres Feld für die objektive Schiedsfähigkeit als in Österreich.²⁸⁶

Die Konstellation erscheint mir auch durchaus praktikabel, denn warum sollen sich zwei Unternehmer nicht über mietrechtliche Streitfragen zu einem Geschäftslokal vor einem Schiedsgericht treffen können, wenn sie das möchten und auch allen sonstigen Formalkriterien entsprochen haben. Ihnen wird man wohl kein besonderes Schutzbedürfnis unterstellen können. Gerade für Unternehmer bietet die Schiedsgerichtsbarkeit eine Möglichkeit zur Geheimhaltung. Oft gibt es vielschichtige Vertragsbeziehungen und daraus resultierend verschiedene Streitpunkte.

²⁸³ Schlosser in Stein/Jonas, dZPO²¹, 413, Rdnr 2; Schwab/Walter⁴ Kap.4 Rdnr 6

²⁸⁴ Bork, ZZP 100/1987

²⁸⁵ Albers in Baumbach, dZPO⁶⁵ § 1030 Rz 6

²⁸⁶ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 19

Deshalb kann es ein Nachteil sein, in einem mietrechtlichen Streit zwischen Unternehmen vor ein staatliches Gericht ziehen zu müssen, in dem vielleicht die Ergebnisse von bereits stattgehabten Schiedsverfahren als Vorfrage hineinspielen können. Hingegen hat der Mieter einer Wohnung demgegenüber ganz sicher ein größeres Rechtsschutzbedürfnis, welchem mit der Bestimmung des Abs 2 leg cit aber ausreichend Rechnung getragen ist.

In diesem Punkt kann man festhalten, dass wiederum – was wohnrechtliche Thematiken anbelangt – die deutsche und die österreichische Gesetzgebung sich für Regeln entschlossen haben, die zumindest von einem gesetzessystematischen Blickwinkel aus möglich und richtig sind, das Feld, das sich für die Schiedsgerichtsbarkeit eröffnet, in Österreich etwas eingeschränkter ist, und in Deutschland dadurch noch mehr zum Ausdruck kommt, dass es sich bei der Schiedsgerichtsbarkeit um eine äquivalente Rechtsschutzmöglichkeit für die angesprochenen Rechtsbereich handelt, da der Gesetzgeber weniger Einschränkungen vornimmt.²⁸⁷

Das oben beschriebene deutsche Modell ist mE sohin etwas schiedsfreundlicher, da es der Schiedsgerichtsbarkeit größeren Raum einräumt, als dies in Österreich der Fall ist, wenn man noch dazu in Betracht zieht, dass sehr weit greifende Verbraucherbestimmungen mit der Bestimmung des § 617 eingeführt wurden.

7. Die objektive Schiedsfähigkeit von familien- und erbrechtlichen Streitgegenständen nach schweizerischem Recht

Bereiche, die familienrechtliche Statusfragen betreffen, wie Adoption, Vaterschaft, Heirat, Scheidung, sind ohne Unterschied zur österreichischen Rechtslage nach schweizerischem Recht auch dann nicht objektiv schiedsfähig, wenn dahinter wirtschaftliche Interessen gelegen sind.²⁸⁸

²⁸⁷ Geimer in Zöller, ZPO²⁶ § 1030 Rz 10a

²⁸⁸ Rüede/Hadenfeldt², 49

Hingegen ist die Klage auf güterrechtliche Vermögensauseinandersetzung nach Rechtskraft des Scheidungsurteils einer Schiedsvereinbarung zugänglich, weil die Statusfrage bereits antizipiert ist.²⁸⁹ Die Unterhaltsklagen sind ihrer Natur nach vermögensrechtlich und daher objektiv schiedsfähig. Dies stellt im Vergleich zur österreichischen Rechtslage einen gravierenden Unterschied dar, weil Unterhaltsklagen von der objektiven Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht keinesfalls umfasst sind, nicht einmal, was den Unterhalt volljähriger Personen anbelangt.

Erbrechtliche Streitigkeiten sind vermögensrechtlicher Natur und daher möglicher Gegenstand einer Schiedsvereinbarung.²⁹⁰ Eine Differenzierung in verfahrensrechtlicher Hinsicht wird nicht getroffen. ME dürfte aber an sich kein Unterschied zur österreichischen Rechtslage bestehen, die ausschließliche Zuständigkeit des Abhandlungsgerichtes wird wohl auch nach schweizerischem Recht gegeben und erst nachfolgend ein Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines erbrechtlichen Anspruches vor einem Schiedsgericht durchführbar sein.

Der direkte Vergleich macht mE deutlich, dass die objektive Schiedsfähigkeit vor allem nach IPRG weiter verstanden wird als die objektive Schiedsfähigkeit der ÖZPO und der Anschein erweckt wird, weniger durch dogmatische Ansätze Rückschlüsse auf die objektive Schiedsfähigkeit ziehen zu wollen, sondern vielmehr auf die liberale Ausprägung des Regelungswerks abzustellen. Insofern ist mE erkennbar, dass Aspekten wie Privatautonomie ein höheres Gewicht beigemessen wird, als den Eingriffsrechten des Staates zur Sicherung eines effektiven Rechtsschutzsystems.

Bei der Miete von Wohnräumen kann die Zuständigkeit der Schlichtungsstellen und des staatlichen Richters nicht einem Schiedsgericht übertragen werden (Art 274c OR). Anders, im Unterschied zur österreichischen Rechtslage, verhält es sich bei der Miete von Geschäftsräumlichkeiten (Art 274a Abs 1 lit. e OR).

Die Frage, ob die Schiedsfähigkeit nach Art 177 IPRG ebenfalls zu verneinen ist, ist etwas heikel, da im Falle des Verneinens das Grundkonzept der Bestimmung in Frage

²⁸⁹ Berger/Kellerhals, 76

²⁹⁰ Mauerhofer, ZBJV 2006, 385f

gestellt wäre. Dies im Hinblick darauf, dass plötzlich ein Streitgegenstand eindeutig vermögensrechtlicher Prägung nicht mehr objektiv schiedsfähig und daher in Anknüpfung an das oben Gesagte ein verengter Anwendungsbereich des Art 177 IPRG gegeben wäre, in dem die Disponibilität des Streitgegenstandes plötzlich doch Berücksichtigung findet. Im Anwendungsbereich des Art. 177 IPRG wird man daher von der Arbitrabilität der Streitgegenstände betreffend Miete von Wohnräumen ausgehen müssen.²⁹¹

Die Rechtslage in Österreich ist insofern anders, als derartige Streitgegenstände ex lege von der objektiven Schiedsfähigkeit ausgenommen sind. Daher besteht in diesem Zusammenhang nicht die Notwendigkeit, dass man den Grundsatz der Schiedsfähigkeit vermögensrechtlicher Streitgegenstände extra durchbrechen und die fehlende objektive Schiedsfähigkeit aus der mangelnden Verfügbarkeit ableiten müsste. In Bezug auf das Konkordat verhält es sich natürlich anders. Hier könnte über das Abgrenzungsmerkmal der Vergleichsfähigkeit des Streitgegenstandes unter Umständen die Nichtarbitrabilität abgeleitet werden, ähnlich, wie dies nach der alten Rechtslage in Österreich der Fall war.²⁹²

8. Ergebnis

Durch die Neufassung der schiedsrichterlichen Bestimmungen kommt es zu Auswirkungen auf die objektive Schiedsfähigkeit außerstreitiger Rechtssachen. Allerdings nicht insofern, als nunmehr mehr Streitgegenstände objektiv schiedsfähig sind, sondern vielmehr unter der Zielsetzung, dass bei einer fast identen Rechtslage Abgrenzungsproblematiken vermieden werden. Die Klarheit, welcher Streitgegenstand vor einem Schiedsgericht verhandelbar ist und das Umgehen von Abgrenzungsschwierigkeiten ist sicher mehr im Sinne der Schiedsgerichtsbarkeit gelegen, als der eine oder andere zusätzliche objektiv schiedsfähige Streitgegenstand. Insofern führt die Neuregelung der objektiven Schiedsfähigkeit, was den Bereich der Außerstreitsachen angeht, zu einer gewissen Verbesserung. Nunmehr braucht es keiner Abgrenzungstreitigkeiten, da durch die eindeutige Festlegung in § 582 Abs 2 bisher problematische Bereiche eindeutig geregelt wurden. Es besteht dazu auch kein

²⁹¹ Berger/Kellerhals, 82

²⁹² § 577 öZPOaF; OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03d

großes praktisches Bedürfnis, die dem Außerstreitrichter zugewiesenen mietrechtlichen Angelegenheiten vor einem Schiedsgericht verhandeln zu können, da das Außerstreitgesetz selbst ein rasches und einfaches Verfahren bewirken soll und die Geheimhaltungsinteressen mit Sicherheit nicht so überragend ausgeprägt sind, dass die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes daraus argumentierbar wäre.

Trotz dieses aufgrund der eindeutigen Gesetzeslage nicht angreifbaren Umstandes kann man dennoch dem Gesetzgeber nicht die Frage ersparen, warum zwei Aktiengesellschaften einen Streit über die Angemessenheit eines Mietzinses, oder den Anspruch auf Zahlung des Mietzinses nicht vor ein Schiedsgericht bringen können sollen. Möglicherweise war diese Konstruktion meinem Gefühl nach auch ein bisschen der Preis, welchen man für die Neuregelung der schiedsrichterlichen Bestimmungen zu entrichten hatte. Ausdrücklich festhalten muss man, dass für mietrechtliche Streitigkeiten zwischen Unternehmern, für die das Mietrechtsgesetz nicht anzuwenden ist, sondern die Bestimmungen des ABGB heranzuziehen sind, Schiedsvereinbarungen ohne jede Einschränkungen abgeschlossen werden können und in der Folge wirksam sind.

Im Ergebnis kann die Schiedspraxis aber sicher damit leben, vor allem, weil eine eindeutige Regelung für alle Beteiligten die wünschenswerteste Konstellation bildet. Schiedsverfahren sind in echten Streitverfahren des Außerstreitverfahrens jedenfalls zulässig, ausgenommen es gibt eine anderslautende gesetzliche Bestimmung, dh einen unmittelbaren Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit. Ein Schiedsverfahren kann aber dort nicht abgeführt werden, wo es mittelbare, durch Auslegung zu ermittelnde großteils prozessrechtlich gelagerte Ausschlussgründe gibt, dh nicht in Verfahren in denen der Grundsatz der Amtswegigkeit gilt, wie beispielsweise im Verlassenschaftsverfahren. Der aus dem Verfahren entstehende, sich ergebende Anspruch ist zumindest zum Teil vermögensrechtlicher Natur, daher ex ante betrachtet objektiv schiedsfähig. Der Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit ist in diesem Fall ein mittelbarer, da er sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, sondern durch Auslegung zu ermitteln ist.

VI. Die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage

Die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage ist generell, sogar etwas mehr als die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit des Anspruches auf einen angemessenen Mietzins, diskutiert, dazu ist es eine Thematik mit einer – im Vergleich dazu betrachtet – für die Schiedsgerichtsbarkeit wichtigeren Bedeutung mit einer ungleich höheren Problematik.²⁹³ Dieser Umstand wird schon allein durch die Anmerkung Koppensteiners, dass die möglichen Anfechtungsgründe unübersehbar sind, deutlich.²⁹⁴ Als Beispiele nennt er bei den Verfahrensmängeln die nicht gehörige Einberufung der Versammlung oder das Vorliegen von Fehlern bei der Ankündigung der Tagesordnung. Inhaltliche Mängel, die zur Erhebung einer Beschlussmängelklage führen, können in der Verletzung einer Norm durch den Beschluss selbst liegen. Jede Gesetzes-, Satzungs- oder Gesellschaftsvertragsverletzung ist dabei von Bedeutung. Auch Verstöße gegen den Gesellschaftszweck können durch eine Beschlussanfechtung aufgegriffen werden. Eine materiellrechtliche Auslegung des Streitgegenstandes im Rahmen der objektiven Schiedsfähigkeit ist daher mE unmöglich, weil nur der Einzelfall einer Prüfung unterzogen werden könnte, aber nicht a priori feststeht, ob ein Streitgegenstand schiedsfähig ist oder nicht.

In Österreich wird die objektive Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage von der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung bejaht, aber bisweilen mit Einschränkungen versehen und hinterfragt.²⁹⁵

²⁹³ Oberhammer, Keine Schiedsfähigkeit in Bestandssachen nach § 37 MRG, wobl 2001, 185; SZ 23/184

²⁹⁴ Koppensteiner/Rüffler³, § 41 Rz 12

²⁹⁵ OGH SZ 23/184; 6 Ob 145/06a; differenzierend Thöni, WBl 301, ders., Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH Beschlüsse, 224ff; Rechberger/Melis in Rechberger² Rz 5 zu § 577 ZPO; Fasching¹ IV zu § 577 ZPO Anm.8; Kloiber/Haller, ecolex spezial 20; Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 ZPO Rz 13; Kastner-Doralt-Nowotny, 420, OGH HS 2218; Schönherr in FS Fetzner 239 ff (=GesRZ 1980, 84ff); Reich-Rohrwig, 397; Wünsch, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen 82ff; Koppensteiner/Rüffler³, § 42 Rz 6; Kloiber/Haller in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, 20; Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht³ 439ff; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 Rz 40; Reiner, „Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht“, GesRZ 2007, 151ff; Öhlberger, „Sind Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch möglich?“ ecolex 2008, 51 ff; Terlitza/Weber, „Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006“, ÖJZ 2008, 2ff; Unzeitig, Schiedsklauseln und GmbH-Gesellschaftsvertrag, ecolex 2008, 915

Was die Rechtslage in Deutschland anbelangt, so wird die objektive Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelklagen durch die Rechtsprechung verneint.²⁹⁶ Nur die jüngere deutsche Lehre bejaht die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage.²⁹⁷

Böcker weist darauf hin, dass dieser Unterschied in der Betrachtungsweise in Österreich nicht besonders diskutiert wird. Er lässt dadurch mE durchblicken, dass man in Österreich die Probleme sehenden Auges nicht diskutieren und trotzdem die Möglichkeit der Vereinbarung eines Schiedsgerichtes ermöglichen will. Auch Hausmaninger vermerkt ausdrücklich, dass die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit bewusst offen gelassen wurde.²⁹⁸ Besonders von Reiner wird dieser Umstand seit längerer Zeit gerügt, offenbar immer in Ansehung der Tragweite, die eine Regelungslücke für das Gesellschaftsrecht haben kann.²⁹⁹

In Italien wird die Schiedsfähigkeit von Anfechtungen von Gesellschafterbeschlüssen sogar ausdrücklich vom Gesetzgeber vorgesehen, was die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit deutlich erleichtert.³⁰⁰

1. Problemlage

Betrachtet man die Auswirkungen dieser Ansicht, dass nämlich die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage nach österreichischem Schiedsverfahrensrecht objektiv schiedsfähig ist, so muss man konsequenterweise festhalten, dass im Falle der Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses dritte Personen, ohne je einer Schiedsvereinbarung zugestimmt bzw. ohne Schiedsrichter im ad hoc Verfahren ausgesucht zu haben und ohne am Schiedsverfahren beteiligt gewesen zu sein, von dem Schiedsspruch und seinen urteilsgleichen Wirkungen, die gemäß § 607 öZPO ex lege unter den Parteien vorliegen, betroffen sein können.

²⁹⁶ BGH 29.3.1996=II ZR 124/95; Schmidt, 1858

²⁹⁷ Vgl etwa Schlosser in Stein-Jonas(Auflage), § 1034 ZPO Rdnr. 22; Schmidt, 1864

²⁹⁸ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 ZPO Rz 39

²⁹⁹ Reiner, in letzter Zeit unter anderem in Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 151

³⁰⁰ Carrara, Die italienische Reform der Schiedsgerichtsbarkeit bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, SchiedsVZ 06, 254

Das für die Wirksamkeit des Schiedsverfahrens konstitutive Element der Schiedsvereinbarung kann also unter Umständen fehlen. Das kann der Fall sein, wenn neu eintretende Gesellschafter beispielsweise als Verbraucher angesehen werden müssen und sie der Schiedsvereinbarung in der Satzung nicht ausdrücklich zugestimmt haben, oder weil die Schiedsvereinbarung gar nicht in die Satzung aufgenommen wurde, obwohl § 617 bestimmte Formerfordernisse statuiert.

Die Schiedsvereinbarung in der Satzung bindet zusätzlich auch nur die Mitglieder der Gesellschaft. Ein Schiedsgericht, welches zwischen Mitgliedern und Nicht-Mitgliedern der Gesellschaft in der Satzung angeordnet wird, ist unwirksam.³⁰¹

Eine Problemlage, an der man zwar zum einen nicht ohne Weiteres vorübergehen kann, die aber doch zum anderen auf den ersten Blick verwundert. Es wird nämlich im weiteren Verlauf die Frage einer näheren Betrachtung zu unterziehen sein, ob man die dahinter stehende Problematik in ihrer Gesamtheit überhaupt unter dem Deck- bzw. Schutzmäntelchen der objektiven Schiedsfähigkeit diskutieren kann. Denn bei dieser geht es ja, wie bereits beschrieben, um eine Begrenzung der Zugangsmöglichkeit zu einem Schiedsgericht. Es wurde bereits gezeigt, dass diese eingangs, dh vor Beginn eines Schiedsverfahrens zu prüfen und nicht an den Wirkungen einer Entscheidung zu messen ist. Die objektive Schiedsfähigkeit am Ergebnis eines Schiedsverfahrens, also an den Wirkungen eines Schiedsspruches zu prüfen, ist an sich nicht vorgesehen. Eine ergebnisorientierte Prüfung ist wohl nur dann zulässig, wenn es um die Frage nach der Vereinbarkeit mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung geht.³⁰² Dabei handelt es sich aber um eine Frage des ordre public und nicht der objektiven Schiedsfähigkeit und ist eine derartige Prüfung unter Heranziehung des § 611 Abs 2 Z 8 zu bewerkstelligen.

Auch dogmatisch begegnet man in der Folge weiteren Problemen, vor allem, die materiellrechtliche, die prozessrechtliche und - wenn man beide nebeneinander betrachtet - die gemeinsame Auslegung der Vergleichsfähigkeit als Grundlage der objektiven Schiedsfähigkeit betreffend. Müssen vermögensrechtliche Ansprüche nun

³⁰¹ Wünsch, 81

³⁰² 4 Ob 37/01x; Reiner, wobl 2000, 162

doch unter gewissen Kriterien vergleichsfähig sein? Hat die Reform Änderungen der objektiven Schiedsfähigkeit der Beschlussmängelstreitigkeiten bewirkt?

Zusätzlich muss man über die Rechtsfolgenproblematik nachdenken. Im selben Ausmaß wie es bei der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage diskutiert wird, ob es – entgegen dem Gesetzeswortlaut – Fehler bei der Beschlussfassung gibt, welche die absolute Nichtigkeit bewirken, muss man bei der objektiven Schiedsfähigkeit diskutieren, ob es Mängel gibt, die – entgegen dem Gesetzeswortlaut – die absolute Nichtigkeit oder besser, einen Nicht-Schiedsspruch nach sich ziehen.³⁰³

Auffällig ist, betrachtet man die bisherigen Ausführungen dazu, dass, obwohl die Neuregelung der objektiven Schiedsfähigkeit in Österreich im Vergleich zu Deutschland erst geraume Zeit später erfolgte, man aber in Österreich im Hinblick auf die Meinung zur objektiven Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Anfechtungsklagen, je nach Betrachtungsweise schiedsfreundlicher oder schiedsfeindlicher sich dieser Frage stellt, ohne, dass diese Problematik im Rahmen der Reform durch eine eindeutige Regelung einen Niederschlag gefunden hat. Insofern muss man diese Frage natürlich im Zusammenhang mit der durchgeführten Reform betrachten.

Thöni hat sich der Problemlage unter Aufarbeitung vieler Bedenken, die gegen die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage ins Treffen geführt werden, angenommen. Erst im Jahre 2006, dh zu einem Zeitpunkt, in welchem das SchiedsRÄG 2006 noch nicht in Kraft war, schloss sich der OGH Thöni an.³⁰⁴ Drei Probleme werden von ihm beleuchtet, jenes der Gestaltungswirkung, der gesetzlich angeordneten Rechtskrafterstreckung gem. § 42 Abs 6 GmbHG und das Kriterium – natürlich noch unter Berücksichtigung der alten Rechtslage – der Vergleichsfähigkeit.³⁰⁵ Dabei werden von ihm Lösungsansätze diskutiert, welche darauf hindeuten, dass diese Klage an sich objektiv schiedsfähig ist. Allerdings mit Einschränkungen, nämlich dass der Streitgegenstand objektiv verfügbar ist und auch nach einer Beschlussfassung verfügbar bleibt, dh dass diese durch einen contrarius

³⁰³ Kastner-Doralt-Nowotny, 420f; Koppensteiner/Rüffler³ § 41 Rz 7

³⁰⁴ OGH 29.6.2006, 6 Ob 145/06a

³⁰⁵ Thöni, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, WBl 1994, 298 ff

actus ex tunc wieder rückgängig gemacht werden kann. Dies ist bei einem Verschmelzungsbeschluss nach § 220 AktienG wie auch bei Zustimmungsbeschlüssen zum Abschluss konzernbildender Unternehmensverträge (Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge) der Fall. Nicht hingegen bei Beschlüssen, die Angelegenheiten der Geschäftsführung betreffen. Eine weitere Voraussetzung ist, dass die von den prozessrechtlichen Wirkungen der Entscheidung betroffenen Personen der Schiedsvereinbarung zugestimmt haben.³⁰⁶ Wie aber kann die objektive Schiedsfähigkeit an dem Abschluss bzw. der Zustimmung zu einer Schiedsvereinbarung gemessen werden? In Schiedsverfahren ist das Kriterium der Schiedsvereinbarung in beide Richtungen zu verstehen. Ein Schiedsverfahren kann nur zwischen Parteien, die einer Schiedsvereinbarung zugestimmt bzw. eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben, durchgeführt werden. Desgleichen kann eine Partei nur mit Zustimmung aller Parteien einem Schiedsverfahren, nicht jedoch nach dem Konzept der §§ 17ff von sich aus - auf Grund eines rechtlichen Interesses - als Nebenintervenient beitreten. Es ist mE nicht anzunehmen, dass die Bestimmung des § 17 Abs 2 iVm § 42 Abs 5 GmbHG³⁰⁷ - wonach, sofern es gesetzlich angeordnet ist, Personen die Berechtigung zur Nebenintervention haben - das Erfordernis der Schiedsvereinbarung außer Kraft zu setzen vermag.

Der OGH hat sich diesen Argumenten gemeinsam mit der überwiegenden hM angeschlossen.³⁰⁸

Man könnte also meinen, dass, wenn die überwiegende Lehre und die Rechtsprechung damals kein Problem darin finden konnten, auch die Neuregelung der objektiven Schiedsfähigkeit keine Änderung dieser Rechtsansicht mit sich bringen konnte; im Gegenteil, bedeutet sie ja gerade bzw. soll sie ja gerade eine Ausweitung und eine

³⁰⁶ Thöni, ebenda, 301; derselbe in Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH Gesellschafterbeschlüsse, 229; Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 155; OGH 3.4.2001, 4 Ob 37/01x (Kraft/Dallago); OGH 3.06.1950, SZ 23/184; 6 Ob 145/06 a

³⁰⁷ Fucik in Rechberger³, Rz 5 zu § 17 ZPO; § 42 Abs 5 GmbHG: „Jeder Gesellschafter kann dem Rechtsstreit auf seine Kosten als Nebenintervenient beitreten.“

³⁰⁸ 7 Ob 221/98w; 4 Ob 37/01x; Rechberger/Melis² in Rechberger Rz 5 zu § 577 ZPO; Fasching, Kommentar¹ IV zu § 577 ZPO Anm.8; Kloiber/Haller, Das neue Schiedsrecht, ecolex spezial, 20; Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 Rz 13; Kastner-Doralt-Nowotny, 420, OGH HS 2218; Reich-Rohrwig, 397; Wünsch, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen 82ff.; Koppensteiner/Rüffler³, § 42, Rz 6

Klarstellung der objektiven Schiedsfähigkeit durch die Festlegung, dass vermögensrechtliche Streitgegenstände schiedsfähig sind, bewirken.³⁰⁹

In den Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf des neuen Schiedsverfahrensrechts wird auf den Adressatenkreis einer Entscheidung hingewiesen. Ob eine Sache objektiv schiedsfähig ist oder nicht, sagt über den Personenkreis, der beteiligt sein muss, um die Sache tatsächlich vor einem Schiedsgericht austragen zu können, nichts aus. Deshalb ist nach den Erläuternden Bemerkungen durch die Neuregelung des § 582 noch nichts über die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, insbesondere über die Frage der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen gesagt, weil sie davon abhängt, inwiefern ein Schiedsspruch rechtsgestaltend auf an sich unbeteiligte Dritte wirken kann.³¹⁰ Weil der Schiedsspruch gem. § 607 nur Wirkungen unter den Parteien hat, kann dieser keine rechtsgestaltende Wirkungen auf Dritte entfalten und soll sich offenbar die Rechtskraft gem. § 42 Abs 6 GmbHG nicht auf diese erstrecken.³¹¹

Diese Feststellung wirft mE grundlegende Probleme auf. Auf der einen Seite wurde durch die objektive Schiedsfähigkeit vermögensrechtlicher Gegenstände diese enorm ausgeweitet und die Begrenzung des Zuganges zum Schiedsgericht wesentlich praktikabler ausgestaltet. Auf der anderen Seite sollen nun Beschlüsse einer Gesellschafter- bzw. einer Hauptversammlung, die wohl Gegenstände als Grundlage haben, die in der Regel vermögensrechtlicher Natur sind, nicht objektiv schiedsfähig sein, weil Personen davon betroffen sind, die der Schiedsvereinbarung nicht zugestimmt haben?

Die Ansicht, dass der Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsstreit nur dann objektiv schiedsfähig sein soll, wenn die Schiedsvereinbarung in der Satzung aufscheint, ist mA nicht als abschließend anzusehen, denn wenn ein Gesellschafter als Verbraucher anzusehen wäre, dann wäre die Schiedsvereinbarung in der Satzung gemäß § 617 nicht ausreichend, um ein Schiedsgericht wirksam zu begründen.

³⁰⁹ aA Schlosser in Stein Jonas(Auflage), § 1030 ZPO Rdnr. 1

³¹⁰ Oberhammer, Entwurf (2002), 9

³¹¹ Kloiber/Haller in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Das neue Schiedsrecht, 51

Das bedeutet in der Folge eine gewisse, vor allen Dingen unklare und dogmatisch schwer begründbare Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit, aus der sich, würde man sich dieser Ansicht anschließen, entnehmen lässt, dass es weiterhin in jedem Fall zumindest prozessrechtlich ausgeprägte Abgrenzungskriterien gibt oder gar geben muss, die den Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit begrenzen.

Ein Widerspruch, den man aufgreifen und einer näheren Betrachtung zuführen muss.

2. Die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage³¹²

Die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage gemäß §§ 41f GmbHG³¹³, korrespondierend im AktienG³¹⁴ §§ 195-198, gibt den Gesellschaftern die Möglichkeit, durch ein mitgliedschaftliches, dh an die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft gebundenes, subjektives Recht, die Gesetzmäßigkeit und die Satzungsmäßigkeit der gesellschafterlichen Beschlüsse in formeller oder in materieller Hinsicht zu überprüfen. Ein formeller Mangel kann auftreten, wenn ein Beschluss nach dem GmbHG oder dem Gesellschaftsvertrag nicht zustande gekommen ist. Materiellrechtlich kann ein Beschluss bei einem Verstoß gegen zwingende Rechtsvorschriften mangelhaft sein.

Bei der Anfechtungsklage handelt es sich gem. § 42 Abs 6 GmbHG um eine Rechtsgestaltungsklage, dh es wird durch sie die prozessuale und materielle Rechtslage konstitutiv umgestaltet, obwohl ihre Bezeichnung eher den Charakter als Feststellungsklage andeutet, die nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses feststellt. Die Gestaltungswirkung wirkt inter omnes; jede Person muss – selbst dann, wenn sie nicht am Verfahren beteiligt war - die Urteilswirkungen hinnehmen. Die Rechtskraftwirkung wird dadurch erweitert; es handelt sich somit um eine Ausnahme von dem Grundsatz der inter partes Wirkung der materiellen Rechtskraft.³¹⁵ Die Frage ist, ob Dritte wirklich die inhaltliche Unrichtigkeit des Urteiles hinnehmen müssen. Klicka sieht diese Konstellation als ein

³¹² Koppensteiner/Rüffler³, § 41 Rz 44ff; Reich-Rohrwig, GmbH Gesetz 28,Rz 1/58; Umfahrer, GmbH Handbuch(2008), 247f; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer((2008) Rz 4/299 zur GmbH und Kalss Rz 3/647ff aaO zur AG

³¹³ Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGBI 1906/58 idF BGBl 2001/98

³¹⁴ Bundesgesetz über die Aktiengesellschaften BGBl 1965/98 idF BGBl 2001/42

³¹⁵ Rechberger in Rechberger³, Rz 28 zu Vor § 390 ZPO

Problem der materiellen Rechtskraft einer Entscheidung an und bejaht unter Berufung auf Fasching grundsätzlich die Anfechtungsmöglichkeit Dritter. Die dritte Person soll nicht von einer Entscheidung betroffen sein, wenn sie nicht zu dieser gehört wurde.³¹⁶ Im Hinblick auf Art 6 EMRK, wonach jedermann Anspruch darauf hat, über zivilrechtliche Streitigkeiten vor einem unabhängigen und auf einem Gesetz beruhenden Gericht gehört zu werden, ist diese Konstellation nicht unproblematisch.

Die Anfechtungsklage ist fristgebunden und kann nur von einem ausgewählten Personenkreis überhaupt erhoben werden, dh nicht von Dritten, obwohl bisweilen in deren Rechtsposition gestaltend eingegriffen wird. Zur Erhebung der Klage ist gem. § 41 Abs 2 leg.cit. jeder Gesellschafter berechtigt, der unberechtigtweise nicht zur Versammlung zugelassen, der durch einen Einberufungsmangel an der Teilnahme gehindert wurde oder der in der Gesellschafterversammlung einen Widerspruch zu Protokoll gegeben hat.³¹⁷

§ 41 Abs 4 GmbHG schränkt durch das Erfordernis des Widerspruches und durch die Einmonatsfrist die Kontrollmöglichkeiten der anfechtungsberechtigten Personen ein. Diese Einmonatsfrist ist nicht verkürzbar, sie ist dahingehend einzuschränken, dass sie erst mit Kenntnis des Beschlussinhaltes zu laufen beginnt.³¹⁸ Hinter dieser fristmäßigen Einschränkung steht als Begründung mit dem Begriff des öffentlichen Interesses (gemeint das volkswirtschaftliche Interesse) - an dem Bestand der Gesellschaften und dem zu Grunde liegend an einer gesetzmäßigen Vorgangsweise - ein etwas abgrenzungsbedürftiger Begriff. Darüber hinaus sind gem. § 41 Abs 3 leg. cit. die Geschäftsführer, der Aufsichtsrat als Kollegialorgane und jedes einzelne Mitglied dieser Organe zur Anfechtung berechtigt. Die Erhebung einer Anfechtungsklage schiebt die Wirksamkeit der entsprechenden Beschlüsse nicht hinaus, es sei denn, diese wird durch einstweilige Verfügung angeordnet.

Bei der Frage nach den Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse war strittig, ob es Fehler gebe, die den Beschluss absolut nichtig machen und daher auch nicht durch die

³¹⁶ Rechberger in Rechberger³, Rz 27 zu Vor § 390 ZPO

³¹⁷ Koppensteiner/Rüffler², 447, Rz 45

³¹⁸ Vgl. Kastner-Doralt-Nowotny, 418f, Koppensteiner/Rüffler³, § 41 Rz 33

Unterlassung der Klagsführung nach § 41 GmbHG konvaleszieren können.³¹⁹ Der Gesetzeswortlaut des Abs 4 der Bestimmung lässt nicht auf die Existenz nichtiger Beschlüsse schließen, ganz im Gegensatz zum Aktienrecht gemäß § 199 AktienG, auf diese Bestimmung kann jedoch nach GmbH-Recht nicht zurückgegriffen werden. Jedoch mutet die Vorstellung, dass die Gesellschafter durch Kollusion wirksam jegliche Gesetzesbestimmungen brechen können, seltsam an. Der OGH hat eher dazu tendiert, im Anlassfall keine absolute Nichtigkeit anzunehmen, bspw. im Falle des Stimmrechtsmissbrauchs.³²⁰

Insofern lässt sich hier eine Parallele zu den Rechtsfolgen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit ziehen. Danach sollen Streitparteien nach der Rechtsprechung nicht über Streitgegenstände, die der Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichtes entzogen sind, durch den Verzicht auf die Anfechtung disponieren können.

Bejaht man daher die Existenz absolut nichtiger Beschlüsse bei Gesellschafterbeschlüssen - so wie die hM – so kann man die fehlerhaften Beschlüsse in drei Gruppen gliedern; dies auch ohne zunächst zu wissen, welcher Fehler die entsprechende Fehlerfolge nach sich zieht;³²¹ danach kann man unterscheiden:

Den Scheinbeschluss, der so gravierende Fehler aufweist, dass er rechtlich nicht existent und daher ganz und gar wirkungslos ist³²², den absolut nichtigen Beschluss, der mit weniger schweren Mängeln behaftet und anfechtbar ist, allerdings ohne zeitliche Befristung, und den bloß fehlerhaften Beschluss, der an einem sonstigen Mangel leidet, der innerhalb der zeitlichen Grenze des § 41 GmbHG anfechtbar ist.³²³

³¹⁹ Eine Aufstellung des Meinungsstandes findet man unter anderem bei Kastner-Doralt-Nowotny, 421 bzw. aktuell bei Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/299ff, insbes. Rz 4/305

³²⁰ OGH 10.04.2008, 6 Ob 37/08 x

³²¹ Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht³ 439 mwN

³²² OGH 27.5.2008, 3 Ob 32/08 a, wonach ein Scheinbeschluss insbesondere dann anzunehmen ist, wenn die Beschlussfassung unter Außerachtlassung der Bestimmung des § 34 GmbHG, dh nicht in einer Generalversammlung erfolgt ist; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, 4/306

³²³ Umfahrer, GmbH-Handbuch (2008) Rz 487 ff

Der Gesetzeswortlaut für sich genommen sieht keine derartige Differenzierung vor, sondern nur ganz allgemein die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen.³²⁴

Die Aufzählung von Beispielen aus der Praxis, in welchen es zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen kommt, ist naturgemäß sehr schwierig, da die Beschlussfassung in einer Gesellschaft sehr oft vorkommt und die Inhalte der Beschlüsse sehr unterschiedlich sind, sie darf dennoch am Ende der Ausführungen zur Anfechtungsklage nicht fehlen.

Ein Beispiel ist die Beschlussfassung über die Bestellung eines Geschäftsführers. Daneben kommt es ebenso regelmäßig zur Beschlussfassung über die Verteilung des Gewinnes der Gesellschaft. Sofern im Gesellschaftsvertrag nur festgehalten ist, dass die Verwendung des im Vorjahr erzielten Reingewinnes durch die Hauptversammlung zu erfolgen hat, kann die Thesaurierung der Gewinne nur einstimmig erfolgen. Ein Minderheitsgesellschafter kann daher erfolgreich einen Mehrheitsbeschluss, der die Thesaurierung der Gewinne der Gesellschaft zum Inhalt hat, anfechten.³²⁵

In weiterer Folge stellt sich die vieldiskutierte Frage, sofern in der Folge tatsächlich auf eine Schiedsvereinbarung Bezug genommen wird, ob der Streit auch tatsächlich vor einem Schiedsgericht ausgetragen werden kann.

a. Bestandsinteressen gesellschaftsfremder Dritter

Gesellschaften sind im Wirtschaftsleben eng mit Arbeitnehmern, Geldgebern, Kunden, Auftraggebern und vielen anderen Personenkreisen verknüpft. Diese Personengruppen haben vielfach verschiedene Interessenslagen, die es zu berücksichtigen gilt. Gläubiger haben Interesse an der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung, Arbeitnehmer sind an der Erhaltung ihres Arbeitsplatzes und unter Umständen an einer Gewinnbeteiligung interessiert. Ihnen ist gemeinsam, dass sie – im Falle der Gesetz- oder Satzungswidrigkeit eines auf sie wirkenden

³²⁴ Umfahrer, GmbH-Handbuch (2008) Rz 487

³²⁵ 3 Ob 59/07 h, OGH 23.5.2007 (NZ 2008/50)

Gesellschafterbeschlusses - keine wie immer gearteten Anfechtungsmöglichkeiten dagegen zur Verfügung haben.

Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung entfalten Außenwirkungen gegenüber gesellschaftsfremden Dritten, diese Wirkungen können nicht in jedem Fall durch die Gesellschafterversammlung alleine rückgängig gemacht werden.

Das gilt allerdings nur für Beschlüsse, die selbst aufgrund des Gesetzes oder durch Vertrag Tatbestandsmerkmal für die Rechtsstellung Dritter gegenüber der Gesellschaft sind und ihnen gegenüber Rechtswirkung entfalten (§§ 221, 234 Abs 2 AktienG, § 96 GmbHG).

Dritte werden von der Gestaltungswirkung der Anfechtungsklage nur dann berührt, wenn in ihre Rechtsposition eingegriffen wird.

Die Frage ist, ob Dritte diesen Eingriff hinnehmen müssen, im ordentlichen Verfahren wie im Schiedsverfahren. Es muss ihnen die Möglichkeit gegeben werden, sich daran zumindest als Nebenintervenient zu beteiligen, wobei sich dadurch ein weiteres Problem auftut, nämlich, dass sich Personen - die gar keine Schiedsvereinbarung mit den anderen Streitparteien abgeschlossen haben - plötzlich in einem Schiedsverfahren befinden, obwohl der Abschluss derselben eine konstitutive Voraussetzung darstellt.³²⁶ Im ordentlichen Verfahren besteht die Möglichkeit der Nebenintervention, aber im Schiedsverfahren wird ohne Einvernehmen zwischen den Streitparteien, ob ein Gesellschafter oder eine dritte Person beitreten darf, eine Nebenintervention nicht möglich sein.

b. Bestandsinteressen der Gesellschafter

Neueintretende Gesellschafter können sich vor dem Anteilskauf über die Gesellschafterbeschlüsse informieren, da dieser unverzüglich in das Firmenbuch einzutragen ist.

³²⁶ Rechberger in Rechberger³, Rz 28 zu Vor § 390 ZPO unter Berufung auf Oberhammer, der fordert, dass Dritten, die keine Kenntnis vom Verfahren haben, die Möglichkeit eröffnet werden muss, als einfacher Nebenintervenient am Verfahren beizutreten.

Das gilt nur beschränkt für den Erwerb von GmbH - Anteilen, da hier nur satzungsändernde Beschlüsse einzutragen sind. Der Erwerber muss sich hier vielmehr aufgrund von culpa in contrahendo an den Verkäufer halten; durch die Notariatsaktpflicht ist der Anteilserwerb nicht sehr mobil, im Gegensatz zum Aktienhandel.

83 % der österreichischen GmbHs haben Vinkulierungsklauseln³²⁷, 60% der Gesellschafter haften persönlich – de facto gibt es also kein Haftungsprivileg der Gesellschafter.³²⁸

c. Bestandsinteresse der GmbH

Die Anfechtungsklage soll auch dem Bestandsinteresse der Gesellschaft dienen. Dem setzt Thöni entgegen, dass es für die Gesellschaft kein von Gesellschafterinteressen unterscheidbares Interesse geben kann.³²⁹ Es ist generell in Frage zu stellen, ob die Gesellschaft überhaupt ein von den Gesellschaftern zu unterscheidendes Interesse haben kann. Das Interesse der Gesellschaft wird nämlich von den Gesellschaftern bestimmt, dazu ist die Gesellschaft an die im Gesellschaftsvertrag festgelegten Inhalte gebunden. Aus diesem Grund bedarf es auch keines zusätzlichen Abschlusses einer Schiedsvereinbarung durch die Gesellschaft.³³⁰

d. Zwischenergebnis

An Beschlüssen einer Gesellschaft und deren Auswirkungen bestehen aus verschiedenen Gesichtspunkten erhebliche Interessen der Gesellschaft, der Gesellschafter und unbeteiligter Dritter, die es wahrzunehmen gilt. Das Anfechtungsrecht soll daher die Funktion eines institutionellen Kontrollrechtes erfüllen und so vielfältige Interessen wahren.

³²⁷ Reich-Rohrwig in FS Kastner (1992), 376

³²⁸ Reich-Rohrwig in FS Frotz (1993), 386

³²⁹ Thöni, Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse, 21

³³⁰ Unzeitig, Schiedsklauseln und GmbH-Gesellschaftsvertrag, ecolex 2008, 916f

Für die Frage, ob die objektive Schiedsfähigkeit zu bejahen ist, könnte es auf die Auswirkungen eines Schiedsspruches auf nicht am Schiedsverfahren beteiligte Personen ankommen.

3. Verfahrensrechtliche Fragen zur Anfechtungsklage – Der Drittschutz, ein Problem außenwirkender Beschlüsse³³¹

Zu den Urteilstwirkungen zählen die Rechtskraft, die Vollstreckungswirkung, die Gestaltungswirkung und die Tatbestandswirkung. Die Vollstreckungswirkung ist eine Wirkung, die nur Leistungsentscheidungen anhaftet. Sie ist ein im Urteil enthaltener Leistungsbefehl, der gegebenenfalls mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt wird. Sie kann daher bei der in Rede stehenden Problematik außer Acht gelassen werden.

Die materielle Rechtskraft bewirkt die Maßgeblichkeit der Entscheidung für die Parteien, es wird durch sie eine neuerliche Entscheidung der Streitsache verhindert. Die Gestaltungswirkung ist nur den Rechtsgestaltungsurteilen zu Eigen. Gegenüber allen Parteien wird durch die mögliche Rechtskrafterstreckung eine Änderung der Rechtslage herbeigeführt. Die materielle Rechtskraft des Gestaltungsurteils wirkt, was die persönlichen Grenzen anbelangt, nur inter partes, dh es wird durch ein Gestaltungsurteil eine problematische Situation heraufbeschworen, denn Personen, die nicht Parteien sind und dennoch von der Gestaltungswirkung betroffen sind, haben kein Anfechtungsrecht. Die Rechtskrafterstreckung bleibt trotz der Rechtfertigung, dass man entweder selbst klagen oder dem Verfahren als Nebenintervenient beitreten hätte können, problematisch, ist aber in manchen Bereichen gesetzlich angeordnet.³³²

Dritte werden von der Gestaltungswirkung des Anfechtungsurteils im konkreten Fall nur dann berührt, wenn der Gesellschafterbeschluss Tatbestandsmerkmal für ihre Rechtsstellung gegenüber der Gesellschaft ist; so zum Beispiel, wenn ein zustimmender Gesellschafterbeschluss Voraussetzung für die Wirksamkeit der

³³¹ Beispiele dafür sind: AktienG: §§ 45 Abs 1, 221 Abs 1, 233 Abs 1, § 234 Abs 2, 238, GmbHG: Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages, Beherrschungsvertrages, Kapitalerhöhung unter Ausschluss eines Bezugsrechts

³³² Rechberger in Rechberger³, Rz 28 zu Vor § 390 ZPO: § 34 EO, § 234 ZPO, §§ 60 Abs 3, 61 Abs 2 GBG, § 42 GmbHG, § 199 AktienG, § 112 KO, §§ 128 Abs 4, 232 Abs 2, 310 EO

Vertretungshandlung des Vorstandes ist; hingegen dann nicht, wenn es sich dabei um einen gesellschaftsinternen Akt handelt, der nicht Voraussetzung für die Vertretungshandlung der Geschäftsführer ist, dh wenn man den Geschäftsführer nur gesellschaftsintern zur Verantwortung ziehen könnte, das Geschäft aber nach außen wirksam zustande gekommen ist.³³³

Müssen gesellschaftsfremde Dritte, die in ihrer Rechtsstellung betroffen sind, diese Gestaltungswirkung hinnehmen? Muss also ein Arbeitnehmer, dessen Beteiligung am Gewinn sich am Gesellschafterbeschluss orientiert, die Aufhebung desselben hinnehmen, wenn er der Auffassung ist, dass das Anfechtungsurteil materiell unrichtig ist? Er ist dabei voll auf die prozessführende Partei angewiesen, die durch Vergleich, Verzicht, Anerkenntnis, Zugestehen oder Säumnis ein materiell unrichtiges Urteil herbeiführen kann. Der Dritte, in diesem Fall ein Arbeitnehmer, hat keine prozessuale Handhabe gegen den Ausgang dieses Prozesses, womöglich nur einen Anspruch gemäß § 1295 Abs 2 ABGB. Diese Bestimmung versagt jedoch bei Ansprüchen nicht-vermögensrechtlicher Natur.³³⁴

Das Anfechtungsurteil bewirkt, dass der Beschluss ex tunc vernichtet wird, er ist von allem Anfang an als nichtig anzusehen. Der Drittschutz ist somit ein Problem außenwirksamer Beschlüsse im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation zur Anfechtung. Zu prüfen ist, ob dieses Problem die fehlende objektive Schiedsfähigkeit des gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsstreites bewirkt oder damit nicht in Verbindung steht.

4. Möglichkeiten des Drittschutzes im Anfechtungsverfahren

Grundsätzlich sollten nur die von der Rechtskraftwirkung umfassten Personen verhalten sein, einem unrichtigen Urteil ausgesetzt zu sein und nach ihrem Gutdünken dieses zu bekämpfen. Thönis Lösung für den Drittschutz besteht darin, uneingeschränkt die Rechtskraftwirkung für jedermann anzunehmen.

³³³ Thöni, Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse, 201ff

³³⁴ Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 61 zu § 1295; Koziol, Öst. Haftpflichtrecht I, S 348ff, 355, 356 ff

Das zur Wahrung des Rechtsschutzes gesellschaftsfremder Dritter geeignete Instrumentarium ist die Nebenintervention. Das Interesse für die Nebenintervention ist gemäß §§ 17 ff wie folgt zu argumentieren.³³⁵ Der Arbeitnehmer kann ein rechtliches Interesse daran haben, dass eine Partei obsiegen soll, wenn sich das Ergebnis des Verfahrens auf seine Rechtsposition auswirken, er also in der Folge einem Anspruch ausgesetzt sein könnte. Ein bloß wirtschaftliches Interesse alleine, bspw. wenn sein Einkommen von dem Ausgang des Anfechtungsurteils abhängt, ist für die Möglichkeit der Nebenintervention gem. § 17 nicht ausreichend.³³⁶ Prozessual lässt es sich durch die Rechtskraftwirkung argumentieren, jeder, der von der Rechtskraftwirkung betroffen ist, hat ein Recht auf die Gewährung von rechtlichem Gehör.³³⁷ Im Anfechtungsstreit ist das Recht zur Nebenintervention zwar dem gesellschaftsfremden Dritten nicht selbst eingeräumt (wohl aber dem von der Rechtskraft erfassten Gesellschafter), jedoch verlangt § 17 Abs 1 auch nicht, dass es ihm durch das Gesetz ausdrücklich eingeräumt sein muss. Der Gesellschafterbeschluss muss, argumentiert man damit bei Erhebung einer Nebenintervention, unmittelbare Außenwirkung auf den gesellschaftsfremden Dritten entfalten.

Dann bleibt nur noch die Frage zu beantworten, wie die gesellschaftsfremde Partei davon verständigt wird. Eine denkmögliche Variante wäre, ihr das angefochtene Urteil zuzustellen. Eine weitere Möglichkeit, Drittschutz zu gewährleisten, wäre die Einführung des Untersuchungsgrundsatzes zugunsten der Rechtsbeständigkeit nach außen wirkender Gesellschafterbeschlüsse.

Die soeben getroffenen Ausführungen betreffen sowohl das ordentliche Verfahren wie das Schiedsverfahren und können zunächst einmal mit Sicherheit nicht dazu herangezogen werden, um die objektive Schiedsfähigkeit zu bejahen oder zu verneinen, geschweige denn, um einen Bezug zu dem Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit herzustellen. Jedoch gibt es im Schiedsverfahren nicht die prinzipielle Möglichkeit zur Nebenintervention, die Möglichkeit der

³³⁵ § 17 Abs 1: „Wer ein rechtliches Interesse hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Person obsiege, kann dieser Partei im Rechtsstreite beitreten (Nebenintervention).“ Abs 2: „Zu solchem Beitritte sind ferner alle Personen befugt, welchen durch gesetzliche Vorschriften die Berechtigung zur Nebenintervention eingeräumt ist.“

³³⁶ Rechberger/Simotta Rz 215 ff

³³⁷ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 607 ZPO Rz 38

Verfahrensbeteiligung bleibt der Disposition der Parteien überlassen. Vielmehr wird auch im Schiedsverfahren weiter zu diskutieren sein, wie man Dritte am Schiedsverfahren beteiligen kann.³³⁸

Die Gestaltungswirkung und die Rechtskraftwirkung reichten schon nach alter Rechtslage nicht aus bzw. können gegenwärtig als Kriterium nicht herangezogen werden, um die objektive Vergleichsfähigkeit oder die vermögensrechtliche Ausprägung und damit die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen.

Kommt ein Problem sowohl im ordentlichen Verfahren als auch im Schiedsverfahren vor, so kann zur Lösung dieses Problems nicht alleinig die Drittwirkung der Anfechtungsklage für die Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens als Abgrenzungskriterium herangezogen werden. Die Vergleichsfähigkeit wurde auch nicht in Zweifel gezogen, da prima vista keine prozessualen oder materiellrechtlichen Hindernisse dem Vergleich entgegenstehen.

Nach der neuen Rechtslage für die vermögensrechtlichen Streitgegenstände können aber meiner Auffassung nach Kriterien einer prozessualen Verfügungsbefugnis herangezogen werden, um die objektive Schiedsfähigkeit zumindest zu überprüfen.

Denn es heißt in § 582, dass vermögensrechtliche Ansprüche schiedsfähig sein können, nicht, dass sie es auch tatsächlich sein müssen.

Aufgrund des Entfallens des Kriteriums der Vergleichsfähigkeit für vermögensrechtliche Ansprüche ist es möglich, dass Kriterien der prozessualen Verfügungsbefugnis in der Zukunft stärkere Berücksichtigung finden.

³³⁸ Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, 132

5. Die objektive Schiedsfähigkeit des gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsstreites

Die objektive Schiedsfähigkeit des gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsstreits wird von der überwiegenden herrschenden Meinung³³⁹ und Rechtsprechung³⁴⁰ in Österreich bejaht. Dies ganz im Gegensatz zu der deutschen Rechtsprechung.

Durch die bisherigen Ausführungen ist klar, dass es schon zur grundsätzlichen, nicht ausschließlich die Schiedsgerichtsbarkeit betreffenden Thematik einige, vielschichtige Probleme gibt. Durch die Verlagerung einer diesbezüglichen Streitigkeit vor ein Schiedsgericht ergeben sich zusätzliche Schwierigkeiten.

Nach der alten Rechtslage wurden viele Bedenken diskutiert, darunter die mögliche Rechtskrafterstreckung des ergehenden Schiedsspruches und die Vergleichsfähigkeit des Anfechtungsstreites.

Dazu wurde die Frage releviert, ob das Schiedsverfahrensrecht den prozessualen Anforderungen des Beschlussmängelstreites entspricht, weil das Anfechtungsrecht ja ein institutionalisiertes Kontrollrecht im Interesse der Allgemeinheit darstellt.

Und zuletzt genannt die Frage, ob nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand, der ja der Sitz der Gesellschaft ist, die Möglichkeit der Vereinbarung eines Schiedsgerichtes ausschließt.

³³⁹ Backhausen, Schiedsvertragsrecht 129; Fasching, Lehrbuch Rz 2176; Rechberger in Rechberger², Rz 9 zu § 577 ZPO; Reich Rohrwig, 28, Rz 1/58f, 397; Schönherr, GesRZ 1980, 184; Wünsch, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen 82 ff; differenzierend Thöni, wbl, 301; derselbe, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH Gesellschafterbeschlüsse, 229; aM Koppensteiner/Rüffler³, § 42 Rz 6, der die Rechtskrafterstreckung gemäß § 42 Abs 6 als nicht vereinbar mit den §§ 594 Abs 1 alt/607 neu ansieht. Dazu stellt er fest, dass dieses Problem vom SchiedsRÄG 2006 bewusst außer acht gelassen wurde. Zu hinterfragen sei auch, wie in einem Mehrparteienschiedsverfahren das wichtige Recht auf Schiedsrichterbestellung gewahrt bleiben soll.

³⁴⁰ OGH SZ 23/184; OLG Innsbruck EvBl 1989/159; 7 Ob 221/98w, RdW 299, 206 f; 4 Ob 27/01x

a. Urteilstwirkungen als Grund für die fehlende objektive Schiedsfähigkeit

Die Gleichstellung des Schiedsspruches in § 607 mit einem gerichtlichen Urteil bewirkt, dass der Schiedsspruch unter den (Streit-)Parteien im gleichen Umfang wie ein gerichtliches Urteil materiell rechtskräftig wird. Die gesetzlich angeordnete Erstreckung der Rechtskraftwirkung gem. § 42 Abs 6 GmbHG, wonach das die Nichtigkeit erklärende Urteil für und gegen sämtliche Gesellschafter wirkt, im Falle des Obsiegens der Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage, gilt für ein Urteil gleichermaßen wie für einen Schiedsspruch.³⁴¹

Dadurch können Personen von der Rechtskraftwirkung erfasst sein, die der Schiedsvereinbarung nicht zugestimmt haben, und es stellt sich die Frage, ob in solch einem Fall die objektive Schiedsfähigkeit gegeben ist, wenn sich durch den Schiedsspruch Drittwirkungen ergeben. Rechtsgestaltungsklagen sind sicherlich nicht in ihrer Gesamtheit von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgenommen. Im Bereich des Gesellschaftsrechts gibt es weitere Bestimmungen (§§ 117, 127, 133, 140 UGB), die ebenso durch die Gestaltungswirkung ausgeprägt sind.³⁴²

Die gesetzliche materielle Rechtskrafterstreckung stellt in Deutschland das Hauptbedenken gegen die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage dar.³⁴³

Dabei kommen bei näherer Betrachtung Bedenken auf, denn diese konstitutive Ausprägung der Schiedsvereinbarung steht oftmals im Zentrum aller Überlegungen, dass nämlich die Schiedsgerichtsbarkeit eine Ausformung der Privatautonomie ist. Für mich stellen sich zwei Szenarien, die man zuerst unterscheiden und anschließend in einen Zusammenhang bringen muss.

³⁴¹ Hausmaninger in Fasching/Konecny², ZPO IV/2, § 607 Rz 18

³⁴² Thöni, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, WBl 1994, 301

³⁴³ BGH WM 1996, 856 ff.

Ist die Frage der Wirkung eines Schiedsspruches auf unbeteiligte Dritte eine Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes aufgrund einer formal voll wirksamen Schiedsvereinbarung, mit der Konsequenz, dass ausschließlich nur jene, die der Schiedsvereinbarung zugestimmt haben, an den Schiedsspruch gebunden sein können, **oder** handelt es sich dabei um eine Frage der objektiven Schiedsfähigkeit, dh muss dieses Problem auf dieser Ebene geklärt und gelöst werden, mit der Konsequenz, dass man dogmatisch in eine Zwickmühle kommt, weil dann nicht leicht begründbar ist, warum jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann - und somit objektiv schiedsfähig ist.

Man muss daher abstrakte Überlegungen anstellen, ob und wenn ja, warum nicht jeder vermögensrechtliche Anspruch objektiv schiedsfähig ist. Unter Umständen kommt man dadurch zu einer Begründung, dass der Begriff des vermögensrechtlichen Anspruches gem. § 582 weiter auslegungsbedürftig ist, und zu diesem weitere Kriterien, welche die fehlende objektive Schiedsfähigkeit bedeuten, hinzutreten können.

Darüber hinaus sind auf Basis der Überlegungen von Fasching und Backhausen prozessuale Grenzen der möglichen Schiedsvereinbarung diskutierbar, die die an sich praktikable Ausprägung der den vermögensrechtlichen Streitgegenständen immanente objektive Schiedsfähigkeit begrenzen.

Nach der öZPO hat ein Schiedsspruch unter den Parteien dieselben Wirkungen wie ein Urteil. Damit ist jede Person von der Gestaltungswirkung betroffen, die materielle Rechtskraft kommt aber nur inter partes zu. In der Folge kann nur jemand anfechtungsberechtigt sein, der Partei des Verfahrens war.

Meines Erachtens können die materielle Rechtskraft und die damit verbundenen Rechtskraftwirkungen keinesfalls bewirken, dass die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage nicht objektiv schiedsfähig ist. Die bisher angeführten Bedenken sind zugegebenermaßen sehr stichhaltig. Jedoch wird der Inhalt bzw. der Prüfungsmaßstab der objektiven Schiedsfähigkeit verkannt. Nicht am Ergebnis und den Wirkungen eines Schiedsspruches ist diese zu messen, sondern vielmehr an den

Eigenschaften des Streitgegenstandes. Nur mit Blick auf diesen ist zu beurteilen, ob er objektiv schiedsfähig ist oder nicht.

Das Argument, dass die Bindungswirkung für am Verfahren nicht beteiligte Personen hingenommen werden kann, „*weil die Entscheidung durch von den Parteien unabhängige, unparteiliche staatliche Richter in einem streng förmlichen, öffentlichen Verfahren ausschließlich nach Gesichtspunkten objektiver Rechtmäßigkeit des streitigen Beschlusses getroffen wird*“³⁴⁴, kann nur im Wege einer prozessualen Auslegung der objektiven Schiedsfähigkeit Berücksichtigung finden und zwar mE nur dann, wenn es prozessrechtliche Beschränkungen im Rahmen der objektiven Schiedsfähigkeit gibt.

Die Schiedsunfähigkeit von Streitgegenständen ist nicht auf den Gestaltungscharakter, sondern vielmehr auf die ausdrückliche Ausnahme durch Gesetz bzw. auf die fehlende Vergleichsfähigkeit aller bzw. der nicht-vermögensrechtlichen Streitgegenstände zurückzuführen. Urteilstwirkungen können mE nicht als Grund für die fehlende objektive Schiedsfähigkeit gelten. Der Zeitpunkt, in welchem die objektive Schiedsfähigkeit zu prüfen ist, ist ein völlig anderer als der Zeitpunkt, in welchem die Wirkungen eines Schiedsspruches einer Betrachtung unterzogen werden müssen, dh in dieser wie in inhaltlicher Hinsicht ist die objektive Schiedsfähigkeit davon zu trennen.

b. Mangel der Vergleichsfähigkeit: Der Streitstoff sei nicht vergleichsfähig

Nach der alten Rechtslage war der Streitstoff einerseits vergleichsfähig, weil nach Thöni der Streitgegenstand objektiv verfügbar ist, dh die Parteien darüber disponieren können. Thöni zieht folglich eine Grenze insofern, dass die objektive Schiedsfähigkeit dann fehlt, wenn die Parteien das Ergebnis des Anfechtungsstreites nicht ohne Hilfe des Gerichtes ex tunc wiederherstellen können, der Gesellschafterbeschluss also nicht durch sie beseitigt werden kann.³⁴⁵ Er knüpft damit an die Theorie der objektiven Verfügbarkeit des Streitgegenstandes an, wonach den

³⁴⁴ BGH 29.3.1996=II ZR 124/95

³⁴⁵ Thöni, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, WBl 1994, 301

Streitparteien die (rechtsgeschäftliche) Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand zukommen muss und nicht an die prozessuale Theorie, die darauf abstellt, ob auf dem Gebiet des Prozessrechts liegende Hindernisse die Vergleichsfähigkeit verhindern.

Der Streitgegenstand des gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsstreites wird wohl in der Regel inter partes, dh zwischen den Parteien eines Schiedsverfahrens, einer (rechtsgeschäftlichen) Disposition zugänglich sein. Die Vergleichsfähigkeit im Bereich der Schiedsfähigkeit soll verhindern, dass Streitparteien über einen Streitstoff eine Entscheidung herbeiführen, die der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorbehalten sein soll. Ob die Gesellschafter einen bloß nach innen wirkenden Beschluss im Gegensatz zu einem möglicherweise außenwirksamen Beschluss wieder ex tunc aufheben können, ist für die objektive Schiedsfähigkeit ohne Belang. Die Vergleichsfähigkeit liegt dann vor, wenn die Streitparteien über den Streitgegenstand in prozessualer Weise disponieren können. Dass sie als Gradmesser für die Vergleichsfähigkeit in der Lage sein müssen, das Rechtsgeschäft bzw. die daraus resultierende Streitigkeit wieder ex tunc rückgängig zu machen, ist mE kein zulässiges Kriterium.

Der Streitgegenstand einer Beschlussmängelstreitigkeit wird wohl in aller Regel auch vergleichsfähig sein.³⁴⁶ Die Parteien können folglich in prozessualer Hinsicht über den Streitgegenstand disponieren. An dieser Stelle sei ausdrücklich festgehalten, dass die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis damit nicht in Zusammenhang steht. Es stehen der Vergleichsfähigkeit keine zwingenden Rechtsvorschriften entgegen, obwohl § 41 GmbHG in allen Teilen zwingendes Recht darstellt.³⁴⁷ Der Gesellschaftsvertrag kann weder in Bezug auf den Personenkreis der Klagslegitimierten noch auf die Gründe, deretwegen eine Klage erhoben wird, wirksam Einfluss nehmen.

Darüber hinaus gibt es auch keine begründbaren prozessrechtlichen Hindernisse, die die Vergleichsfähigkeit pauschal ausschließen.

³⁴⁶ Koppensteiner/Rüffler³, § 42 Rz 6, hält fest, dass ungeachtet der Gesetzesänderung durch das SchiedsRÄG 2006 die objektive Schiedsfähigkeit zu hinterfragen ist, obwohl der Einwand der mangelnden Vergleichsfähigkeit nicht mehr möglich ist.

³⁴⁷ Koppensteiner/Rüffler³, § 41 Rz 3

c. Nicht alle Parteien haben der Schiedsvereinbarung zugestimmt

Falls es Parteien gibt, die sich nicht der Schiedsvereinbarung unterworfen haben, so ist für diese zu fordern, dass sich aus dem Schiedsverfahren auch keine Rechtswirkungen für sie ergeben können.³⁴⁸ Es müssen also alle, die von der erweiterten Rechtskraftwirkung betroffen sind, Parteien im Schiedsverfahren sein, nicht aber jene, die von der Gestaltungswirkung berührt werden. Die Berührung einer Person durch die Wirkungen eines Schiedsspruches, der auf Grundlage einer Schiedsvereinbarung gefällt wurde, die diese gar nicht abgeschlossen hat, stellt ein Problem der fehlenden Schiedsvereinbarung und in weiterer Folge eines der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit dar.

Grundsätzlich ist es zu der Vermeidung mannigfaltiger Probleme wichtig, dass die Schiedsvereinbarung in der Satzung der Gesellschaft enthalten ist oder vor einem Schiedsverfahren gesondert zwischen den Streitparteien abgeschlossen wird. Nur so ist sichergestellt, dass der Schiedsspruch volle Wirksamkeit erlangt.

Umso mehr handelt es sich dabei nicht um eine Frage des Vorhandenseins bzw. Nichtvorhandenseins der objektiven Schiedsfähigkeit eines Streitgegenstandes und daher ist der gesellschaftsrechtliche Anfechtungsstreit schon nach der alten Rechtslage eindeutig objektiv schiedsfähig.

d. Die neue Rechtslage zur objektiven Schiedsfähigkeit des gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsstreites

Genausowenig wie im Rahmen der alten Rechtslage - die Argumente gelten uneingeschränkt auch hier - die objektive Schiedsfähigkeit durch die Wirkungen des Schiedsspruches oder die Vergleichsfähigkeit in Frage gestellt werden konnte, kann man dadurch gegenwärtig das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit nach der neuen Rechtslage begründen.

³⁴⁸ Fasching, Schiedsgericht, 18; Thöni, Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse, 229

Die objektive Schiedsfähigkeit ist an dem Vorliegen eines vermögensrechtlichen Streitgegenstandes, an dem Nichtvorliegen unmittelbarer gesetzlicher Ausschlüsse und, wie oben bereits aufgezeigt, mit Blick auf etwaige prozessrechtliche Beschränkungen zu messen. Die Frage, wer an einem Schiedsverfahren beteiligt sein muss, steht mit der Frage der Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens im Rahmen einer Eingangsprüfung der objektiven Schiedsfähigkeit nicht in Zusammenhang.

e. Zusammenfassung - Ergebnis

Zusammenfassend kann man festhalten, dass die objektive Schiedsfähigkeit des gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsstreites weder mit der Gestaltungswirkung bzw. der (erweiterten) Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches noch mit der fehlenden Vergleichsfähigkeit oder dem Zwangsgerichtsstand des § 83 JN begründbar ist. Die durchaus begründeten Zweifel an der Zulässigkeit der erweiterten Rechtskraftwirkung im Schiedsverfahren sind mE nicht unter den Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit zu subsumieren. Verfolgt man konsequent die Linie der fehlenden Schiedsfähigkeit überall dort, wo es zu einer erweiterten Rechtskraftwirkung kommen kann, muss man sich die Frage stellen, ob es sich am Ende doch so verhält, dass es sich bei der Bestimmung des § 582 um ein keineswegs als abschließend zu wertendes Kriterium der objektiven Schiedsfähigkeit handelt. Meiner Auffassung nach ja, die materiellrechtliche Betrachtungsweise des vermögensrechtlichen Anspruches und die daraus womöglich resultierenden Hindernisse müssen - teleologisch interpretiert - durch die Heranziehung prozessualer Kriterien zur Deutung des Begriffes der objektiven Schiedsfähigkeit ergänzt werden. Demgemäß ist die objektive Schiedsfähigkeit überall dort zu verneinen, wo, wie es Backhausen mE richtig fordert, Amtswegigkeit gegeben ist, beispielsweise im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens, in welchem vermögensrechtliche Ansprüche geprüft und festgestellt werden, welches aber nicht vor einem Schiedsgericht abgehandelt werden kann; auch dort, wo der Untersuchungsgrundsatz gefordert ist, Gruppenrechtsverhältnisse geregelt werden usw. Die Wirkungen eines im Anfechtungsstreit ergehenden Schiedsspruches und das Merkmal der Vergleichsfähigkeit können hingegen zur Verneinung der objektiven Schiedsfähigkeit nicht herangezogen werden, weil zum einen die Feststellung, dass der Schiedsspruch

nur Wirkungen unter den Parteien entfalten kann, nur eine Klarstellung bedeutet, dass die sich gegenüberstehenden Streitparteien eine wirksame Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben müssen. Zum anderen, dass Dritte die Möglichkeit haben könnten, über die Nebenintervention die inhaltliche Unrichtigkeit der Entscheidung geltend zu machen, allerdings nur im Einvernehmen mit den Streitparteien. Diese Problematik muss viel eher unter dem Problemkreis Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit oder den Folgen der fehlenden bzw. unwirksamen Schiedsvereinbarung diskutiert und beantwortet werden.³⁴⁹ Gegen die rechtsgestaltenden Wirkungen eines Schiedsspruches über eine Anfechtungsklage ist grundsätzlich nichts einzuwenden.³⁵⁰ Wünsch beispielsweise untersucht, wie die Schiedsklausel in der Satzung auszusehen hat und wen sie binden kann. Im Falle eines außervertraglichen Schiedsgerichtes prüft er, wer sich – insbesondere für die alte Rechtslage ist das von Bedeutung - vergleichen kann und kommt dabei zu dem Ergebnis, dass bei korrekter Zuständigkeitsvereinbarung die Anfechtung von General- bzw. Hauptversammlungsbeschlüssen vor einem Schiedsgericht durchgeführt werden kann.³⁵¹

Die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage ist sowohl nach alter wie auch nach neuer Rechtslage objektiv schiedsfähig. Eine gegenteilige Ansicht ist nur durch – allerdings gegenwärtig nicht vorhandene - eindeutige gesetzliche Regelung zu erreichen. Dann könnte man von einem Fall des unmittelbaren gesetzlichen Ausschlusses der objektiven Schiedsfähigkeit durch eine gesetzlich angeordnete Beschränkung der Privatautonomie sprechen. Man kann hier also Reiner sicherlich zustimmen, der festhält, dass eine eindeutige Regelung, wie am Beispiel der wohnrechtlichen Materiengesetze bereits aufgezeigt wurde, auch hier wünschenswert gewesen wäre.³⁵² Eine Angelegenheit einem Schiedsgericht zu übertragen, ohne dabei die Rechtssicherheit zu haben, dass die Zuständigkeitsbegründung möglich ist, ist weder im Sinne der Parteien noch im Sinne der Schiedsgerichtsbarkeit gelegen, der große Vorteil der schnellen Abwicklung eines Schiedsverfahrens im Rahmen größtmöglicher Verfahrensökonomie ließe sich hier nicht mehr argumentieren, wenn

³⁴⁹ Oberhammer, Entwurf (2002), 9; Kloiber/Haller in Kloiber/Haller/Rechberger/Oberhammer, 20; Zeiler, § 607 Rz 2 ff insbesondere Rz 6

³⁵⁰ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 582 ZPO Rz 40

³⁵¹ Wünsch, 85 f

³⁵² Reiner, Anmerkungen zum Entwurf eines Schiedsrechts-Änderungsgesetzes 2005, ecolex 2005, 523

es zu einem Meinungsstreit bzw. sogar zu einer Richtungsänderung der herrschenden Meinung kommen würde.

Aus praktischen Erwägungen muss daher bei Implementierung einer Schiedsvereinbarung im Gesellschaftsvertrag die bestehende Problemlage berücksichtigt werden. Eine dahingehende Änderung des Gesellschaftsvertrages ist ohne Zustimmung sämtlicher Beteiligten undenkbar, nur so kann letztthin eine allfällige Rechtskrafterstreckung gerechtfertigt werden.³⁵³ Dabei ist letztendlich nicht entscheidend, ob alle Gesellschafter an dem Schiedsverfahren teilgenommen haben, vielmehr muss ihnen auf vertraglicher Grundlage die Möglichkeit offenstehen, sich am Schiedsverfahren durch Intervention zu beteiligen.

f. Die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage nach deutschem Recht

Interessant gestaltet sich der Bereich der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage. Vorausschicken möchte ich, dass mE nach deutschem wie nach österreichischem Recht diese Klage objektiv schiedsfähig ist, da sich die Gesetzeslage diesbezüglich nicht unterscheidet.

Kurz sei auf die Kernproblematik, wie bereits ausführlich dargestellt wurde, hingewiesen.

Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse einer Hauptversammlung bzw. Anfechtungsklagen gegen Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH können nach der Rechtsprechung in Deutschland nicht Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein.³⁵⁴ Nur die jüngere deutsche Lehre bejaht die objektive Schiedsfähigkeit dieser Klagen.³⁵⁵ Ein Schiedsspruch kann ohne gesetzliche Grundlage (gemeint ist wohl, ohne dass es ein Gesetz gibt, welches ausdrücklich sagt, ein Schiedsspruch über gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklagen ist möglich) keine Wirkungen zwischen

³⁵³ Koppensteiner/Rüffler³, GmbHG, § 49 Rz 12

³⁵⁴ Albers in Baumbach-Lauterbach, Kommentar zur dZPO § 1030 Rz 8f; Wais in Schütze/Tscherning/Wais, 23

³⁵⁵ Vgl. Schlosser in Stein-Jonas, § 1034 ZPO Rdnr. 22; Schmidt, 1864

am Verfahren nicht beteiligten Personen, sondern nur zwischen den Parteien des Verfahrens haben.

Das kann mE nicht die wahre Begründung sein, denn es gibt zur objektiven Schiedsfähigkeit eine konkrete Bestimmung, nämlich § 1030 dZPO, die festhält, dass Gegenstand der Schiedsvereinbarung ein vermögensrechtlicher Anspruch sein kann. Daraus ist zu ersehen, welcher Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann. Und da Ansprüche aus Klagen auf Aufhebung eines Gesellschafterbeschlusses meistens vermögensrechtlicher Natur sein werden, sind sie mE objektiv schiedsfähig.

Schmidt ist der Ansicht, dass sich das Grundlagenurteil des BGH³⁵⁶ nicht gegen die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage an sich ausspricht, sondern nur die Frage in den Raum stellt, wer an dem Verfahren beteiligt sein muss, um es wirksam über die Bühne bringen zu können. Es beschäftigt sich seiner Meinung nach nur mit den an ein Schiedsgericht zu stellenden Legitimationsanforderungen.³⁵⁷ Anfügen möchte ich dazu noch, dass es sich bei den aufgeworfenen Problemstellungen mE nicht um Aspekte handelt, die unter der Begrifflichkeit der objektiven Schiedsfähigkeit behandelt werden können.

Zunächst lassen sich auf dieser Grundlage die den Beschlussmängelstreitigkeiten immanenten Probleme nicht lösen, es fehlen, wenn man nicht will, dass Beschlussmängelstreitigkeiten vor einem Schiedsgericht verhandelt werden, entsprechende gesetzliche Bestimmungen, die dies versagen. Darüber hinaus kann die Fragestellung, wer an einem Schiedsverfahren beteiligt sein muss, nicht Gradmesser für die objektive Schiedsfähigkeit sein.

Eine Einwirkung durch einen Schiedsspruch auf eine gerichtliche Entscheidung, wie dies teilweise bei Exekutionsklagen der Fall ist, wo es sich nicht um Feststellungsklagen handelt, findet hier nicht statt. Wirkungen auf Parteien bzw. auf Dritte wird ein Schiedsspruch wohl haben dürfen, ja sogar müssen.

³⁵⁶ BGH 29.3.1996

³⁵⁷ Schmidt, Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht als prozessuale Legitimationsprobleme – Ein Beitrag zur Verzahnung von Gesellschafts- und Prozessrecht, BB 2001, 1857ff, 1864

Das Problem der Möglichkeit der Nebenintervention zur Wahrung des rechtlichen Gehörs steht, wie bereits gezeigt, mit der objektiven Schiedsfähigkeit nicht in Zusammenhang.

ME ist daher in dieser Frage der hM in Österreich zu folgen und die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage zu bejahen.

g. Die objektive Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage nach schweizerischem Recht

Müller beschäftigt sich zwar nicht ausdrücklich mit dem Thema der Beschlussmängelstreitigkeit, er vertritt generell die Ansicht, dass das Schiedsgericht keinerlei Kompetenz gegenüber Drittpersonen hat, es verfügt seiner Ansicht nach weder über prozessuale noch über materielle Kompetenz.³⁵⁸ Abseits der Beschlussmängelstreitigkeit verweist Müller auf die mögliche Bindung von Unternehmungen an Schiedsvereinbarungen und hält fest, dass trotz Hinzutreten qualifizierter Beziehungen, etwa in Konzernrechtsverhältnissen, der Abschluss der Schiedsvereinbarung konstitutives Element dafür ist, dass Wirkungen auf Drittpersonen entstehen können. Anders formuliert ist Konzernmitgliedschaft für sich genommen kein Tatbestand, der die Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung mit sich bringen kann.³⁵⁹ Der Ordnung halber darf der Hinweis darauf nicht fehlen, dass Müller seine Betrachtung bei der Frage nach der Zuständigkeit von Schiedsgerichten anstellt. Dennoch decken sich die von ihm angeführten Gründe mit der durch die Beschlussmängelstreitigkeiten entstehenden Problemlage und führen die oben dargestellten Betrachtungen letztendlich wieder zu dem eindeutigen Ergebnis, dass es sich dabei vielmehr um ein Problem der wirksamen Schiedsvereinbarung als um ein Problem der objektiven Schiedsfähigkeit handelt. Nach Wunsch - er weist in einer Fußnote darauf hin - ist für das schweizerische Recht allgemein anerkannt, dass die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einem Schiedsgericht übertragen werden kann, entweder durch einen besonderen Schiedsvertrag zwischen den anfechtenden Aktionären und der Gesellschaft oder durch eine in der Satzung der

³⁵⁸ Müller, Zuständigkeit, 101f

³⁵⁹ Müller, Zuständigkeit, 103

Gesellschaft enthaltene allgemeine Schiedsklausel.³⁶⁰ Rüede/Hadenfeldt schließen sich dieser Meinung explizit an, schränken jedoch dahingehend ein, dass nur die Generalversammlung die Zustimmung zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung erteilen kann, nicht aber die Verwaltung, weil diese, obwohl sie die Gesellschaft vertritt, nicht über die Generalversammlung und deren Beschlüsse verfügen kann.³⁶¹

Auf Grund der liberalen Ausprägung der schweizerischen Schiedsgerichtsbarkeit kann es mE keinen Zweifel geben, dass der gesellschaftsrechtliche Anfechtungsstreit objektiv schiedsfähig ist.

6. Sonstige gesellschaftsvertragliche Schiedsgerichte

Im Zuge der Neuregelung ist weiters zu hinterfragen, ob die bisherigen Rechtsmeinungen zu der Möglichkeit der Einrichtung von gesellschaftsvertraglichen Schiedsgerichten weiterhin Gültigkeit besitzen bzw. dazu Änderungen argumentierbar sind. Die Einteilung erfolgt (nach der derzeit herrschenden Meinung der Lehre und des OGH) in unzulässige und zulässige Schiedsgerichtsvereinbarungen für verschiedene Gegenstände.³⁶²

In Bezug auf Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter auf die Aufbringung der Stammeinlage besteht gemäß den §§ 10 Abs 1 iVm 63 Abs 1,3 GmbHG die Verpflichtung zur Leistung einer Stammeinlage. Diese kann entweder durch Bar- oder Sacheinlagen geschehen. Diese Verpflichtung ist zwingend. Deshalb wurde nach der bisherigen hM und Rechtsprechung davon ausgegangen, dass dieser Anspruch der GmbH gegen die Gesellschafter nicht objektiv schiedsfähig sei.³⁶³ Die Begründung dafür liegt in einer materiellrechtlichen Auslegung der Vergleichsbefugnis. Sobald zwingendes Recht vorliegt, ist es den Parteien nicht möglich, sich darüber zu vergleichen. Daher wurde die objektive Schiedsfähigkeit

³⁶⁰ Wünsch, 87 FN 35

³⁶¹ Rüede/Hadenfeldt², 50

³⁶² Reich-Rohrwig, Rz 1/60f

³⁶³ OGH, ecolex 1994, 819; Koppensteiner/Rüffler², 123, Rz 2a, 573, Rz 4, 271, Rz 28 derselbe in der 3. Auflage § 63 Rz 4; OGH EvBl SZ 51/148=1979/55; Rechberger/Melis, in Rechberger² Rz 5 zu § 577 ZPO; Fasching, Kommentar¹ IV § 577 ZPO Anm 8; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 582 Rz 39

verneint, durchaus im Gegensatz zur eigentlich prozessrechtlichen Auslegung der Schiedsvereinbarung.

Durch die Neuregelung ist diese Ansicht nur mehr schwer haltbar, die objektive Schiedsfähigkeit ist dann gegeben, wenn im Zentrum des Streitgegenstandes ein vermögensrechtlicher Anspruch steht, was im konkreten Fall wohl feststeht.³⁶⁴

Daher ist nunmehr der Anspruch der GmbH auf Aufbringung der Stammeinlage objektiv schiedsfähig.³⁶⁵ In diesem Fall kann man also von einer der wenigen echten Erweiterungen der objektiven Schiedsfähigkeit sprechen.³⁶⁶

Zu beachten ist auch die Frage, ob ein Schiedsgericht für die Entscheidung im Falle einer Meinungsverschiedenheit des Aufsichtsrates berufen werden kann. Ganz grundsätzlich handelt der Aufsichtsrat als Kollegialorgan durch Beschlüsse.³⁶⁷ Diese Beschlüsse können – ähnlich den Gesellschafterbeschlüssen, die in einer GmbH gefasst werden – fehlerhaft sein, weil sie durch ihren Inhalt das Gesetz oder die Satzung verletzen oder an einem Verfahrensmangel leiden. Verstoßen derartige Beschlüsse gegen zwingendes Recht, so sind diese uneingeschränkt nichtig, sodass deren Nichtbestehen gemäß § 228 ZPO durch eine Feststellungsklage geltend gemacht werden kann.³⁶⁸

Im Falle einer Meinungsverschiedenheit des Aufsichtsrates soll nach der bisher herrschenden Meinung ein Schiedsgericht deswegen nicht eingerichtet werden können, weil dies aus der Verantwortung des Aufsichtsrates für die Erledigung der ihm zugeordneten Aufgaben heraus nicht möglich sein soll.³⁶⁹

Obgleich die Relevanz dieser Sichtweise fraglich ist, sei doch angemerkt, dass eine weitergehende Begründung für diese Meinung nicht ersichtlich ist. Auch wenn die

³⁶⁴ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 582 ZPO Rz 39

³⁶⁵ BGH II ZR 65/03

³⁶⁶ Koppensteiner/Rüffler^{2,3}, § 10 Rz 2a, der ebenso auf Grund des Wegfalles des Kriteriums der Vergleichsfähigkeit die objektive Schiedsfähigkeit bejaht; Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 153

³⁶⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer (2008) Rz 3/556

³⁶⁸ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer (2008) Rz 3/567

³⁶⁹ Koppensteiner/Rüffler^{2,3}, § 30 g RZ 7: Dies sei aus der Verantwortung des Aufsichtsrates für die Erledigung der ihm zugewiesenen Angelegenheiten abzuleiten.

Konstellation, dass ein Aufsichtsrat ein Schiedsgericht überhaupt einrichtet, nicht relevant erscheint, so ist zumindest inhaltlich nicht begründbar, warum ihm diese Möglichkeit nicht zur Verfügung stehen soll. Der je nach dem in Rede stehende Streitgegenstand kann mE jedenfalls vor einem Schiedsgericht geltend gemacht werden, sofern er objektiv schiedsfähig ist.

Es ist ja durch die Festlegung eines Aufgabenbereiches noch nichts darüber gesagt, worüber sich der Aufsichtsrat als Kollegialorgan streiten wird bzw. ob diesem Streitgegenstand die Fähigkeit immanent ist, objektiv schiedsfähig zu sein. Da die objektive Schiedsfähigkeit nur in Ansehung eines konkreten Streitgegenstandes beurteilt werden kann, muss man an dieser Stelle darauf verweisen, dass eine eindeutige Festlegung nicht möglich, sondern vielmehr auf den Einzelfall abzustellen sein wird, prima vista aber nicht ersichtlich ist, warum derartige Streitigkeiten nicht vor Schiedsgerichten ausgetragen werden könnten.

Zulässig ist nach der bisher herrschenden Meinung und Rechtsprechung, dass für die Abberufungsklage gegen den Geschäftsführer ein Schiedsgericht wirksam vereinbart werden kann. Ein Geschäftsführer kann durch einen entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung gemäß § 16 Abs 1 GmbHG jederzeit abberufen werden. Er kann aus wichtigem Grund auch durch das Gericht abberufen werden, insbesondere, wenn er zugleich Gesellschafter der GmbH ist. Die Klage auf Abberufung des Geschäftsführers gem. § 16 Abs 2 GmbHG ist objektiv schiedsfähig, sowohl nach alter wie mE auch nach neuer Rechtslage.³⁷⁰ Die nach dem Zweck der Regel zwingende Vorschrift spricht nicht gegen die objektive Schiedsfähigkeit, ein weiterer Aspekt, warum man nicht ausschließlich von der (streng) materiellrechtlichen Auslegung der objektiven Schiedsfähigkeit ausgehen kann.

Ein Schiedsgericht kann ebenso eingesetzt werden, wenn es darum geht, durch einen Beschluss Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen. Gemäß § 30 d Abs 1 GmbHG können zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates Mitglieder unter gewissen Voraussetzungen durch eine gerichtliche Entscheidung bestellt werden. Dann nämlich, wenn die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder unter die für die

³⁷⁰ Kastner-Doralt-Nowotny, 377, Reich Rohrwig, JBl 1981, 196; Koppensteiner/Rüffler², 184, Rz 26, derselbe in der 3. Auflage, § 16 Rz 26

Beschlussfassung erforderliche Anzahl gefallen ist und die Gesellschafter innerhalb von 3 Monaten nicht die erforderliche Anzahl von Mitgliedern bestellen.³⁷¹ Bei Gesellschaften mit einem gesellschaftsvertraglich oder gesetzlich obligatorischen Aufsichtsrat hat das Gericht unter den genannten Voraussetzungen eine Bestellung auch von Amts wegen vorzunehmen.

Eine diesbezügliche Entscheidung kann an sich durch ein Schiedsgericht vorgenommen werden, zumindest gilt das meiner Ansicht nach für Gesellschaften, in denen ein fakultativer Aufsichtsrat konstituiert ist. Reich-Rohrwig vertritt die Ansicht, dass die Zuständigkeit des Firmenbuchgerichtes gem. § 102 GmbHG nicht der Grund dafür sein kann, dass hier keine objektive Schiedsfähigkeit gegeben sein soll.³⁷² ME ergibt sich aber dadurch, dass das Firmenbuchgericht in manchen Bereichen von Amts wegen zu handeln hat, die fehlende objektive Schiedsfähigkeit.

In Bezug auf die Auflösung der Gesellschaft bzw. Entziehung der Geschäftsführung gilt folgendes: Personengesellschaften bzw. Kapitalgesellschaften, können gemäß §§ 133 Abs 1, 140 Abs 1, 2 UGB auf Antrag eines Gesellschafters durch eine gerichtliche Entscheidung aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.³⁷³ Damit impliziert ist die mögliche Zulässigkeit der Vereinbarung eines Schiedsgerichtes für eine eventuell notwendige Auflösung. Dieses Antragsrecht des Gesellschafters kann nicht abbedungen werden (Abs 3 leg. cit).

Ebenso kann für die Rechtsgestaltungsklagen nach §§ 117, 127 HGB ein Schiedsgericht vereinbart werden.

Für die Entscheidung von Streitigkeiten, die Übertragung von Geschäftsanteilen betreffend, kann ebenso wirksam ein Schiedsgericht vereinbart werden. Dabei ist natürlich zu beachten, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen selbst grundsätzlich der Form des Notariatsaktes bedarf.³⁷⁴

³⁷¹ Umfahrer, GmbH⁶, Rz 391ff

³⁷² Reich-Rohrwig, 641, Rz 4/92

³⁷³ Zu den Gründen siehe § 133 Abs 2 HGB

³⁷⁴ Umfahrer, GmbH⁶, Rz 714ff

Grundsätzlich sind die Geschäftsanteile übertragbar und vererblich gemäß § 76 Abs 1 GmbHG. Streitigkeiten aus der Übertragung von Geschäftsanteilen sind vermögensrechtlicher Natur und daher objektiv schiedsfähig. In diesem Zusammenhang kommt aber die wichtige Frage danach auf, ob der Erwerber an eine zwischen der Gesellschaft und dem Veräußerer abgeschlossenen Schiedsvereinbarung gebunden ist. Diese Frage ist generell sehr umstritten.³⁷⁵ In Österreich tendiert die herrschende Meinung dazu, dass § 128 UGB keine unmittelbare Bindung des Gesellschafters bewirkt.³⁷⁶

Es steht eindeutig fest, dass ob ein Erwerber oder ein Erbe, die beide die Schiedsvereinbarung nicht selbst abgeschlossen haben, an eine Schiedsvereinbarung, die von den vormaligen Gesellschaftern abgeschlossen wurde, gebunden sind oder nicht, für die Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit nicht von Bedeutung ist.

Daraus folgt mE, dass in diesem Fall der Einwand der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit von einem Erwerber oder einem Erben nicht erfolgreich erhoben werden kann, insbesondere dann nicht, wenn die Schiedsvereinbarung bereits Bestandteil des Gesellschaftsvertrages ist, weil durch den Erwerb der Anteile sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag übernommen werden müssen.

7. Ergebnis

Der Bereich der sonstigen gesellschaftsvertraglichen Auseinandersetzungen ist einer der wenigen Bereiche, in denen das SchiedsRÄG 2006 hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit gewisse Änderungen bewirkt hat, beispielsweise - wie bereits angeführt - bei der Aufbringung der Stammeinlage durch die Gesellschafter, die mE nach der Neuregelung Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, weil keine prozess- oder materiellrechtlichen Hindernisse diesem Umstand entgegenstehen, oder bei der Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten des Aufsichtsrates.

³⁷⁵ Koppensteiner/Rüffler³ § 76 Rz 12 unter Berufung auf BGH BB 1997, 2447

³⁷⁶ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer (2008) Rz 2/548; aA Reiner, GesRZ 2007, 156f

8. Möglichkeiten und Grenzen der schiedsrichterlichen Streiterledigung in der Stiftung

Auch die Stiftung und damit verbundene Auseinandersetzungen sind Tätigkeitsgebiet für Schiedsgerichte. Die Schiedsgerichtsbarkeit empfiehlt sich als alternative Streitbeilegung im Rahmen von Stiftungen, vor allem aufgrund des weniger konfrontativen Charakters des Schiedsverfahrens. Ein Umstand, der in Bezug auf Familienstiftungen eine Rolle spielen dürfte.³⁷⁷ Dennoch ist nicht festgelegt, welche damit in Zusammenhang stehende Streitgegenstände tatsächlich vor einem Schiedsgericht verhandelt werden können. Die Stiftung selbst unterscheidet sich in einigen Punkten von den Kapitalgesellschaften, sie ist eine juristische Person, aber keine Gesellschaft, daher ist ein Rückgriff auf die dort aufgestellten Thesen nicht per se möglich und bedarf einer weitergehenden Überprüfung. Es ist daher zu untersuchen, inwiefern die Unterschiede, welche es zwischen der Stiftung und den Kapital- und Personengesellschaften gibt, Folgen bei der Beurteilung der Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit stiftungsrechtlich relevanter Streitgegenstände hervorrufen. Soweit überschaubar gibt es dazu bis dato keine Aufschlüsselung stiftungsrechtlicher Streitgegenstände, rein materiellrechtlich betrachtet, mit der Möglichkeit der Vereinbarung eines Schiedsgerichtes.

a. Allgemeines zur Privatstiftung

Privatstiftungen gem. § 1 PSG³⁷⁸ sind Vermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit, welches durch die Anordnung eines Stifters durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines bestimmten Zweckes gewidmet wird, ohne dabei eine gewerbsmäßige Tätigkeit auszuüben. Der Stifter kann mit seiner Stiftung auch nur einen eigennützigen Zweck verfolgen.³⁷⁹ Der Privatstiftung muss gemäß § 4 PSG ein Vermögen von mindestens 70.000 € gewidmet werden. Die Stiftung ist aufzulösen, wenn kein Vermögen mehr vorhanden ist. Für die ganze Dauer ihrer Existenz unterliegt sie der öffentlich-rechtlichen

³⁷⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 7/20

³⁷⁸ PSG idF BGBl 1993/694, BGBl I 2001/98 und BGBl I 2005/120.

³⁷⁹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 7/10

Aufsicht der Stiftungsbehörde. Privatstiftungen entstehen erst mit Eintragung ins Firmenbuch.³⁸⁰

Die Begünstigten sind in der Stiftungserklärung als solche zu bezeichnen (§ 5 PSG).

Die Privatstiftung wird durch die Stiftungserklärung errichtet und entsteht mit der Eintragung in das Firmenbuch (§ 7 PSG). Auffällig ist, dass dem Gericht im Vergleich zum Recht der GmbH eine stärkere Aufgabe - zwar nicht quantitativ, aber qualitativ - zukommt. Als Beispiel kann man hier die Gründungsprüfung nach § 11 PSG anführen, in deren Rahmen das Gericht die Gründungsprüfer bestellt, wie im § 25 AktienG. Diese ist bei der GmbH nur unter bestimmten Umständen überhaupt durchzuführen, nämlich nur dann, wenn Stammeinlagen nach dem Gesellschaftsvertrag nicht bar zu leisten sind.³⁸¹

b. Möglichkeiten der schiedsrichterlichen Streiterledigung

Auch bei Stiftungen wird man in der Praxis von einem erhöhten Geheimhaltungsinteresse der involvierten Personen ausgehen können. Deshalb ist für den Stifter, die in der Stiftung tätigen Personen und für die Begünstigten die Möglichkeit, mit einem Streitgegenstand vor ein Schiedsgericht zu ziehen, wahrscheinlich von erhöhtem Interesse.

Grundsätzlich besteht die Möglichkeit der Streiterledigung durch ein Schiedsgericht wie bei Kapitalgesellschaften im Rahmen der objektiven Schiedsfähigkeit vermögensrechtlicher Ansprüche. Auch die Stiftung als juristische Person für sich genommen kann nicht den Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit begründen.

Arnold vertritt die Ansicht, dass die Zuständigkeitsbestimmung des § 40 PSG, dass nämlich der zur Ausübung der Handelssachen zuständige Gerichtshof erster Instanz am Sitz der Privatstiftung für Angelegenheiten nach dem PSG zuständig ist, die fehlende objektive Schiedsfähigkeit bewirkt.³⁸² Eine dieser Tatsache

³⁸⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 7/17

³⁸¹ § 6a GmbHG, der auf die dann anzuwendenden Bestimmungen im AktienG verweist

³⁸² N. Arnold, PSG Kommentar § 40 Rz 4; aA Matscher, Probleme der Österreichischen Schiedsgerichtsbarkeit, JBl 1975, 414f

entgegenstehende Schiedsvereinbarung sei wegen mangelnder Schiedsfähigkeit unwirksam.

Die Tatsache, dass das Verfahren außer Streitsachen anzuwenden ist, bewirkt die fehlende objektive Schiedsfähigkeit an sich ebenso nicht, weil, wie bereits angeführt wurde, streitige Gegenstände, die sich im Gewande des außerstreitigen Verfahrens befinden, objektiv schiedsfähig sind. Wo es keine zwingende Zuständigkeit des Firmenbuchgerichtes gibt, im streitigen Verfahren, ist nach Maßgabe der zivilprozessualen Bestimmungen die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes möglich, weil es sich bei der Stiftungserklärung um Statuten handelt und daher eine Unterwerfungserklärung des Stiftungsvorstands oder der Begünstigten nicht erforderlich ist.³⁸³

ME sind Ansprüche aus der Einzahlung des Stiftungsvermögens gemäß § 4 PSG und aus der Begünstigtenstellung gemäß § 5 PSG objektiv schiedsfähig, da es sich dabei in der Regel um vermögensrechtliche Ansprüche handelt. Ähnlich wie bei Kapitalgesellschaften stellt sich die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit des Anspruches der Stiftung auf Einzahlung des Mindestvermögens (§ 4 PSG).

In Analogie zu dem Anspruch der GmbH auf Einzahlung der Stammeinlage gemäß § 10 GmbHG ist mE die objektive Schiedsfähigkeit auch hier zu bejahen, weil es keinen ersichtlichen Grund gibt, der hier eine unterschiedliche Behandlung anzeigen würde.³⁸⁴

Was die Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrates, sofern einer zu bestellen ist, anbelangt, so wird diese Bestellung ebenfalls von einem Schiedsgericht durchgeführt werden können. Im Unterschied zur GmbH ist der erste Aufsichtsrat gem. § 24 iVm § 27 PSG vom Gericht zu bestellen. An sich dürfte es sich bei diesen Regelungen um totes Recht handeln, da es fast keine Stiftungen gibt, die über einen Aufsichtsrat verfügen.³⁸⁵

³⁸³ N. Arnold, PSG Kommentar § 40 Rz 4

³⁸⁴ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 582 Rz 4

³⁸⁵ Czapka, 10 Jahre Privatstiftung in Österreich, 65

Auch Streitigkeiten, die aus der Haftung der Mitglieder von Stiftungsorganen (§ 29) entstehen, sind vermögensrechtlicher Natur und können vor einem Schiedsgericht verhandelt werden.

c. Grenzen der schiedsrichterlichen Streiterledigung

Natürlich gibt es aber auch Grenzen der schiedsrichterlichen Streiterledigung im Rahmen der Privatstiftung. Ganz allgemein kann eine Schiedsvereinbarung nicht auf das amtswegige Tätigwerden des ordentlichen Gerichtes erstreckt werden. Daher kann ein Schiedsgericht die Zuständigkeit nicht für sich reklamieren, wo das Gericht von sich aus von Amts wegen tätig wird.³⁸⁶ Eine Anordnung der Sonderprüfung durch das Gericht (§ 31) kann nur von einem ordentlichen Gericht vorgenommen werden. Das kommt für mich dadurch zum Ausdruck, dass das Schiedsgericht gegenüber Dritten keine Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung hat.

Genau das bräuchte sie aber, denn § 31 Abs 2 sieht vor, dass das Gericht die Sonderprüfung anordnen kann. Diese Anordnung wird ein Schiedsgericht nicht ohne staatliche Gerichtsbarkeit durchsetzen können, was aber wiederum keinen Sinn machen würde, da so die nötige Schnelligkeit und Flexibilität dieses Verfahrensschrittes nicht gewährleistet ist.

d. Ergebnis

Die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit stiftungsrechtlicher Streitigkeiten ist mE vielschichtig und kann wiederum viel weniger durch Theorien als durch den Blick auf den einzelnen Streitgegenstand beantwortet werden. Es ist festzustellen, dass, die Frage privatstiftungsrechtlicher Streitigkeiten betreffend, eine große Überschneidung mit der Frage der Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten existiert. Dies gilt auch für den Bereich, in welchem es um Registerangelegenheiten geht. Dazu zeigt sich sehr deutlich, dass nur eine nach dem Zweck der Erledigung fragende teleologische Interpretation des Streitgegenstandes darüber Aufschluss geben kann, ob ein Streitgegenstand objektiv schiedsfähig ist.

³⁸⁶ N. Arnold, PSG Kommentar § 40 Rz 4

VII. Die objektive Schiedsfähigkeit exekutionsrechtlicher Streitigkeiten³⁸⁷

1. Das Exekutionsverfahren

Im Rahmen des Exekutionsverfahrens geht es in erster Linie um die Befriedigung eines Anspruches, der zumeist in einem Exekutionstitel verbrieft ist. Das Verfahren selbst teilt sich in Bewilligungs- und Vollzugsverfahren.

Während ein großer Teil der in diesem Verfahren zu bewältigenden Aufgaben von Rechtspflegern ausgeführt wird, bleiben manche Bereiche Richtern vorbehalten. Dazu zählt die Vollstreckbarerklärung ausländischer Exekutionstitel oder die Verhängung von Haft. Zuständig für die Bewilligung und den Vollzug ist immer ein Bezirksgericht.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Ort des Exekutionsobjekts, jenem der ersten notwendigen Exekutionshandlung oder dem Wohnsitz des Verpflichteten. Zuständigkeitsvereinbarungen der Parteien sind nicht erlaubt.³⁸⁸ Sonder- und Schiedsgerichten kommt keinerlei Vollstreckungsgewalt zu.³⁸⁹

Die Grundsätze des Zivilverfahrens gelten wohl auch – wenn auch in etwas abgewandelter Form – im Exekutionsverfahren, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs bspw. wird in manchen Bereichen nur im Rechtsmittelverfahren verwirklicht. Der Öffentlichkeitsgrundsatz gilt im Exekutionsverfahren nicht.

Große Bedeutung hat hingegen der Spezialitätsgrundsatz, der besagt, dass nur gewisse Gegenstände, aber nicht das gesamte Vermögen des Schuldners - wie im Konkursverfahren - der Exekution unterzogen werden kann. Gewisse Schranken erfährt das Exekutionsverfahren dahingehend, dass Mietrechte, für die Ausübung

³⁸⁷ Fasching¹ IV § 577 ZPO, Anm. 8 Rechberger/Melis in Rechberger³, § 582 ZPO Rz 2; Zeiler, Schiedsverfahren, § 582 ZPO Rz 15; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 582 Rz 45

³⁸⁸ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁴, Rz 14 ff

³⁸⁹ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁴, Rz 10

eines Berufes notwendige Gegenstände, das Existenzminimum der Exekution entzogen sind.³⁹⁰

Die Titel, die zu einer Exekution führen können, sind taxativ in § 1 EO festgelegt.³⁹¹ Dazu zählen unter anderem Urteile und Beschlüsse von Zivilgerichten, Zahlungsbefehle, Entscheidungen von Verwaltungsbehörden, Prozessvergleiche, Schiedssprüche und vollstreckbare Notariatsakte.³⁹² Ein Schiedsspruch muss grundsätzlich gemäß § 606 die Unterschrift aller Schiedsrichter tragen, daneben muss der Vorsitzende nach Vorliegen der Voraussetzungen die Vollstreckbarkeitsbestätigung erteilen.

Das Verfahren wird eingeleitet durch einen Exekutionsantrag, welcher gemäß § 54 Abs 1 EO die Partei, gegen die sich der Antrag richtet, eine Ausfertigung des Exekutionstitels, die Exekutionsmittel und die Exekutionsobjekte enthalten muss. Voraussetzungen für die Erteilung einer Vollstreckbarkeitsbestätigung – das ist die amtliche Beurkundung, dass der Exekutionstitel vollstreckbar ist – sind, dass die Entscheidung ordnungsgemäß zugestellt werden muss und kein Rechtsmittel mehr dagegen zur Verfügung steht.

Die weiteren Voraussetzungen werden erst im Rahmen der Exekutionsbewilligung geprüft.

In der Folge erlässt das Gericht einen Exekutionsbewilligungsbeschluss, der gemäß § 67 Abs 1 EO sogleich in Vollzug gesetzt wird. Sein Inhalt entspricht im Wesentlichen dem Exekutionsantrag.³⁹³ Obwohl im Exekutionsverfahren an sich der Grundsatz gilt, dass die Rechtsrichtigkeit des Exekutionstitels nicht zu prüfen ist, durchbricht die Bestimmung des § 613 diesen. Sofern der Streitgegenstand nicht schiedsfähig ist, hat das Exekutionsgericht diesen von Amts wegen nicht zu beachten.³⁹⁴

³⁹⁰ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁴, Rz 35 ff

³⁹¹ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁴, Rz 77ff

³⁹² In Bezug auf Schiedsspruch und Notariatsakt zu beachten sind insbesondere die ausführlichen Darstellungen von Jakusch in Angst² § 1 zu 16,17

³⁹³ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁴, Rz 105; Jakusch in Angst² § 63 Rz 1

³⁹⁴ Jakusch in Angst² § 1 Rz 92a

2. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe

Gegen den Exekutionsbewilligungsbeschluss steht als Rechtsmittel der Rekurs zur Verfügung. Dieser kann einseitig innerhalb einer Frist von 14 Tagen erhoben werden, sofern es sich dabei nicht um Bagatellbeschlüsse iSd § 517 handelt. Legitimiert zur Erhebung des Rekurses sind die Parteien, sonstige Beteiligte, denen das Rekursrecht ex lege zukommt, und Dritte, soweit in ihre Rechtsposition eingegriffen wird.

Im vereinfachten Bewilligungsverfahren kann der Verpflichtete Einspruch erheben, in manchen Fällen kann auch ein Widerspruch gegen die Exekution erhoben werden.

Da, wie bereits oben erwähnt, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Exekutionsverfahren nur eine nachgeordnete Rolle spielt, können die exekutionsrechtlichen Klagen, das sind die Oppositions-, die Impugnations- und die Exszindierungsklage im streitigen Zivilverfahren mit dem Ziel geltend gemacht werden, die zumindest vorübergehende Einstellung der Exekution zu erreichen, gleichsam als Ausgleich des Rechtsschutzdefizits des Exekutionsverfahrens.³⁹⁵

Bevor auf die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit der genannten Klagen eingegangen wird, muss man sich den jeweiligen Inhalt derselben vor Augen führen.

a. Die Oppositionsklage

Die Oppositionsklage gemäß § 35 EO ist eine Klage, die sich, weil für die Exekution nur das Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen relevant ist, auf eine anspruchsaufhebende Tatsache stützt, beispielsweise, dass der im Wege der Exekution geltend gemachte Anspruch bereits erfüllt wurde, dass die betreibende Partei auf den dem Exekutionstitel zu Grunde liegenden Anspruch bereits verzichtet hat, oder, dass der rechtskräftig festgestellte Anspruch gestundet wurde.³⁹⁶

³⁹⁵ Jakusch in Angst, § 35 EO Rz 2

³⁹⁶ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁴ Rz 196; Jakusch in Angst, § 35 EO Rz 3

Ob es sich dabei um eine Rechtsgestaltungsklage, eine negative Feststellungsklage oder beides zugleich handelt, ist umstritten, für die Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit aber wesentlich.³⁹⁷

Die in der Klage geltend gemachten anspruchsaufhebenden oder anspruchshemmenden Tatsachen dürfen erst nach der erstinstanzlichen Entscheidung eingetreten sein, sie sind daher nova producta.³⁹⁸ Die Oppositionsklage wird nach Schluss einer mündlichen Verhandlung und Rechtskraft der Entscheidung erhoben, wenn eine Partei des Verfahrens aufbauend auf ein Urteil oder einen Schiedsspruch ein Exekutionsverfahren anstrengt.

Der Verpflichtete behauptet in diesem, dem Titelverfahren nachgeordneten Verfahren die Existenz einer anspruchsaufhemmenden Tatsache für die gesamte oder zumindest für einen Teil der Forderung.

Zuständig für die Oppositionsklage ist jenes Gericht, welches die Exekution bewilligt hat.

b. Die Impugnationsklage

Die Impugnationsklage ist gemäß § 36 EO zu erheben, wenn die für die Fälligkeit oder die Vollstreckbarkeit maßgeblichen Tatsachen nicht eingetreten sind, zum Beispiel wenn der Schuldner behauptet, dass der Gläubiger auf die Einleitung einer Exekution überhaupt oder für einen bestimmten Zeitraum verzichtet hat.³⁹⁹ Sie stellt zur Oppositionsklage ein aliud dar und ist daher jedenfalls gesondert zu bewerten.⁴⁰⁰

Das bedeutet, dass sich die Impugnationsklage nicht auf den materiellrechtlichen Anspruch selbst bezieht, sondern darauf, dass die Vollstreckung derzeit nicht möglich

³⁹⁷ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁴ Rz 197; Walker, Österreichisches Exekutionsrecht⁴, 120; OGH 26.2.1969, 3 Ob 21/69: „Die Oppositionsklage begehrt die Feststellung, dass der Anspruch, zu dessen Durchsetzung die Exekution bewilligt wurde, erloschen oder gehemmt ist“; aM Dolinar, Das Rechtsschutzziel der Oppositionsklage, JBl 1979, 528ff

³⁹⁸ Walker, Österreichisches Exekutionsrecht⁴, 119

³⁹⁹ Walker, Österreichisches Exekutionsrecht⁴, 121

⁴⁰⁰ OGH 26.2.1969, 3 Ob 21/69

ist, weil formelle Voraussetzungen, die für eine Exekution notwendig wären, nicht erfüllt sind. Es fehlt damit der Anspruch auf Vollstreckung.⁴⁰¹

Darunter fallen taxativ das Fehlen der Fälligkeit oder der Vollstreckbarkeit des Anspruches, das Fehlen der angenommenen Rechtsnachfolge, das Nichtvorliegen einer Wertsicherungsklausel, der Exekutionsverzicht und die Exekutionsstundung oder das Fehlen der Exekutionskraft eines Notariatsaktes.⁴⁰² Es hätte also die Exekution nicht zu diesem Zeitpunkt, auf diese Art und Weise oder nicht gegen den konkreten Schuldner bewilligt werden dürfen.

Es besteht dabei im Gegensatz zur Oppositionsklage keine Beschränkung auf nova producta.⁴⁰³ Die Impugnationsklage ist gegenüber der Oppositionsklage keinesfalls ein minus, sondern ein aliud, mit dem Ziel, die bewilligte Exekution für unzulässig zu erklären.⁴⁰⁴ Die Impugnationsklage ist zur Bekämpfung der Vollstreckbarkeit des Titels der wichtigste Rechtsbehelf.⁴⁰⁵

Sie ist nach der herrschenden Meinung eine prozessuale Rechtsgestaltungsklage, sie bewirkt rechtsgestaltend die Unzulässigkeit der Anlassexekution.⁴⁰⁶ Sie kann aber auch, wie die Oppositions- bzw. Exszindierungsklage als negative Feststellungsklage gedeutet werden. Damit wird das Nichtbestehen des Vollstreckungsanspruches aus formellen Mängeln erreicht. Eine Deutung, die prima facie für die objektive Schiedsfähigkeit dieser Klage zu sprechen scheint.

Das Klagebegehren lautet auf Unzulässigkeitserklärung der geltend gemachten Exekution.

Gegenstand der Impugnationsklage ist damit alleine die Unzulässigkeit einer Exekution aus formellen Gründen.⁴⁰⁷

⁴⁰¹ Jakusch in Angst, § 36 EO Rz 2

⁴⁰² Jakusch in Angst, § 36 EO Rz 11

⁴⁰³ Rechberger/Oberhammer⁴, Rz 214f

⁴⁰⁴ OGH 26.2.1969, 3 Ob 21/69

⁴⁰⁵ Rechberger/Oberhammer⁴, Rz 213

⁴⁰⁶ Rechberger/Oberhammer⁴, Rz 212; Jakusch in Angst, § 36 EO Rz 57

⁴⁰⁷ Jakusch in Angst, § 36 EO Rz 50; Walker, Österreichisches Exekutionsrecht⁴, 121

c. Die Exszindierungsklage

Die Exszindierungsklage kann gemäß § 37 EO durch eine dritte Person eingebracht werden, wenn diese an einem durch die Exekution betroffenen Gegenstand, an Teilen davon oder an einzelnen Gegenständen, die Zubehör einer Liegenschaft sind, Rechte behauptet, die der Vornahme der Exekution entgegenstehen.⁴⁰⁸ Die Exszindierungsklage richtet sich gegen die Exekution in eine bestimmte Sache. Daher ist gegen jede Exekutionsführung eine eigene Exszindierungsklage zu erheben.

Es wird folglich durch die Vollstreckung in die Rechtssphäre eines an sich unbeteiligten Dritten eingegriffen. Die sich daraus möglicherweise ergebende materiellrechtliche Rechtswidrigkeit muss von der dritten Person aufgegriffen werden.⁴⁰⁹

Aus dem Umstand, dass eine dritte Person diese Klage erhebt, ergibt sich, dass systematisch ein Schiedsverfahren jedenfalls nur dann begründet werden könnte, wenn diese dritte Person mit den beiden ursprünglichen Parteien des Schiedsverfahrens eine eigene Schiedsvereinbarung abschließt. Diese kann sich unter Umständen zugleich auch gegen den Verpflichteten als Streitgenossen richten. Ob diese Konstellation tunlich ist, lässt sich nur sehr schwer beurteilen. An sich handelt es sich bei einem Exszindierungsprozess jedenfalls um ein Streitiges Zivilverfahren.

In Bezug auf die Rechtsnatur gibt es auch bei der Exszindierungsklage unterschiedliche Auffassungen. Während es sich bei ihr nach Jakusch um eine prozessuale Rechtsgestaltungsklage handelt, sieht Rechberger darin eine auf Feststellung des Rechtes, dass ein Exszindierungsgrund vorliegt, gerichtete Feststellungsklage.⁴¹⁰

Das in der Exszindierungsklage geltend gemachte Recht bildet im Exszindierungsverfahren eine Vorfrage. Von Burgstaller/Holzer wird die Ansicht

⁴⁰⁸ Walker, Österreichisches Exekutionsrecht⁴, 126

⁴⁰⁹ Rechberger/Oberhammer⁴, Rz 221; Jakusch in Angst, § 37 EO Rz 2f

⁴¹⁰ Rechberger/Simotta, Rz 374; Rechberger/Oberhammer⁴ Rz 222; Jakusch in Angst, § 37 Rz 51

vertreten, dass die Exszindierungsklage bereits im Rahmen des Bewilligungsverfahrens, aus prozessökonomischen Gründen daher bereits vor Erlass einer Exekutionsbewilligung, erhoben werden kann, dh sobald der Exekutionsantrag gerichtsanhängig ist.⁴¹¹ Sie ist zeitlich insofern begrenzt, als die Exekution noch nicht eingestellt wurde.⁴¹²

Ist die Exszindierungsklage erfolgreich, so ist die Exekution von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien einzustellen.

Mit der Einstellung der Exekution erlischt das Befriedigungsrecht des Gläubigers an der Sache.⁴¹³

3. Die objektive Schiedsfähigkeit der exekutionsrechtlichen Klagen

a. Der Meinungsstand

Im Exekutionsverfahren stellt sich die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit vor allem bei den exekutionsrechtlichen Streitigkeiten. Das Bewilligungs- bzw. Vollzugsverfahren ist jedenfalls von dieser Fragestellung auszunehmen.

Was die exekutionsrechtlichen Streitigkeiten anbelangt, so stellt sich der Meinungsstand zur alten und zur neuen Rechtslage wie folgt dar:

Fasching ist der Meinung, dass die Klagen des Exekutionsrechts, beispielsweise die Oppositionsklage, nicht objektiv schiedsfähig sind. Als Begründung führt er an, dass gerichtliche Verfahrensschritte bzw. Entscheidungen nicht von Schiedsgerichten aufgehoben werden können (§§ 35-37, 233, 258 EO). Er legt aber nicht ganz eindeutig fest, ob aufgrund der Zwischenschaltung von gerichtlichen Verfahrensschritten im Exekutionsverfahren die Vergleichsfähigkeit nicht gegeben

⁴¹¹ Burgstaller/Holzer in Burgstaller/Deixler-Hübner § 37 Rz 5; aA Jakusch in Angst², § 37 Rz 47, wonach die Klage erst zulässig ist, wenn tatsächlich ein Vollzugsakt gesetzt wird

⁴¹² Rechberger/Oberhammer⁴ Rz 227

⁴¹³ Jakusch in Angst § 37 EO Rz 71

sein soll. Rechberger/Melis sind, was die alte Rechtslage anbelangt, ebenfalls gegen die objektive Schiedsfähigkeit, sie begründen dies, im Gegensatz zu Fasching eindeutig mit der mangelnden Vergleichsfähigkeit der exekutionsrechtlichen Klagen.⁴¹⁴ Backhausen ist der Ansicht, dass diese Ansprüche nicht objektiv schiedsfähig sind, weil die Rechtskraft der Entscheidung eines ordentlichen Gerichtes der Parteiendisposition entrückt ist.⁴¹⁵ Zeiler schließt sich auch für die neue Rechtslage der Meinung Faschings an und hält insbesondere unter Bezugnahme auf Backhausen die objektive Schiedsfähigkeit exekutionsrechtlicher Ansprüche durch prozessrechtliche Hindernisse für ausgeschlossen.⁴¹⁶

Rechberger differenziert – was die neue Rechtslage anbelangt – danach, ob Entscheidungen über exekutionsrechtliche Klagen direkte Auswirkungen auf gerichtliche Entscheidungen bzw. Gerichtsverfahren haben. Dort, wo das der Fall ist, habe sich auch durch die Neuregelung an der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit nichts geändert. Da aber die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines vermögensrechtlichen Anspruches auch vor ein Schiedsgericht gebracht werden kann, wenn dieser Anspruch bereits durch einen Exekutionstitel verbrieft ist, ist nach der Meinung Rechbergers die objektive Schiedsfähigkeit der Oppositionsklage nach § 35 EO gegeben.⁴¹⁷

Hausmaninger schließt sich der Meinung Rechbergers an und hält fest, dass gegen die Schiedsfähigkeit der Oppositionsklage an sich nichts einzuwenden ist. Für die Impugnationsklage ist eine eigene Schiedsvereinbarung erforderlich und gegen die generelle Schiedsfähigkeit der Widerspruchsklage spricht die Rechtskrafterstreckung.⁴¹⁸ Gerade die Formulierung, dass „an sich nichts einzuwenden ist“, zeigt meines Erachtens, dass es sich bei der Schiedsfähigkeit der exekutionsrechtlichen Klagen um eine sehr schwierige Frage handelt, die, selbst für die Oppositionsklage, in der Lehre eher vorsichtig bejaht, oder gar in Frage gestellt wird.

⁴¹⁴ Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 5 zu § 577 ZPO

⁴¹⁵ Backhausen, Schiedsvertragsrecht, 113

⁴¹⁶ Zeiler, Schiedsverfahren § 582 ZPO Rz 15

⁴¹⁷ Rechberger/Melis in Rechberger³ Rz 2 zu § 582 ZPO; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 582 ZPO Rz 45; Schlosser in Stein/Jonas²², ZPO, Rz 2 zu § 1030

⁴¹⁸ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 582 ZPO Rz 45

Was die deutsche Rechtslage anbelangt, legt die hM in Deutschland zur Vollstreckungsgegenklage fest, dass exekutionsrechtliche Ansprüche, die im Wege einer Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden, Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein können.⁴¹⁹ Der Intention und der Tendenz des deutschen Gesetzgebers entspricht es, den Terminus des vermögensrechtlichen Anspruches weit auszulegen. Daher sind die Abwehrklagen der §§ 772 und 767 dZPO objektiv schiedsfähig.

In der Schweiz, für die man unzweifelhaft festhalten kann, dass ein Vollstreckungsverfahren nicht Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, ist das Bundesgesetz über Schuldeintreibung und Konkurs (SchkG) Rechtsgrundlage für die Erhebung exekutionsrechtlicher Einwendungen auf dem Klageweg.

Nach dem Bundesgesetz über Schuldeintreibung und Konkurs (SchkG), welches der österreichischen Exekutionsordnung entspricht, ist zu unterscheiden, ob eine betreibungsrechtliche Klage oder eine materiellrechtliche Klage nach dem SchKG vorliegt.⁴²⁰

Grundsätzlich gilt, dass nur ein Erkenntnisverfahren, aber keinesfalls ein Vollstreckungsverfahren vor einem Schiedsgericht durchgeführt werden kann. Daraus ergibt sich, dass betreibungsrechtliche Klagen, obwohl zweifellos vermögensrechtlicher Natur, keinesfalls objektiv schiedsfähig sind.⁴²¹

Dass materiellrechtliche Klagen, die ja Zivilsachen darstellen, schiedsfähig sind, selbst wenn sie Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht sind, ist nach der schweizerischen Rechtslage unstrittig, und es dürfte darin eine weitaus liberalere Grundhaltung zum Ausdruck kommen.

Demgemäß sind die Anerkennungsklage (Art 77 Abs 4 SchkG), die Aberkennungsklage (Art 83 SchkG), die Klage auf Einstellung oder Aufhebung der

⁴¹⁹ Schlosser in Stein-Jonas²² § 1030 ZPO Rz 2

⁴²⁰ aM Truog, Schiedsgericht in privatrechtlichen Angelegenheiten, 26 der unter Bezugnahme auf Guldener offenbar stellvertretend für die ältere Rechtslage, festhält, dass das SchKG, die freiwillige Gerichtsbarkeit und das summarische Verfahren öffentlichrechtlich und daher mit dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung unvereinbar sind.

⁴²¹ Rüede/Hadenfeldt², 51

Betreibung (Art 85a SchkG), die Rückforderungsklage (Art 86 SchkG), die Klage auf Rückschaffung von Retentionsgegenständen (Art 284 SchkG) uvm objektiv schiedsfähig.⁴²²

b. Die objektive Schiedsfähigkeit der Oppositionsklage

Zur Frage der objektiven Schiedsfähigkeit der Oppositionsklage muss man zuerst einmal die Vorfrage klären, was für eine Rechtsnatur die Oppositionsklage hat. Handelt es sich dabei um eine Rechtsgestaltungsklage mit dem Ziel, den Vollstreckungsanspruch des Betreibenden zu vernichten, um eine Feststellungsklage mit dem Ziel festzustellen, dass ein Anspruch nicht besteht, oder sowohl um eine Rechtsgestaltungs- als auch eine Feststellungsklage, dh eine Kombination aus beiden?

Die Judikatur tendiert dazu, eine Kombinationstheorie anzunehmen. Danach ist der sich aus dem Exekutionstitel ergebende materiellrechtliche Anspruch Streitgegenstand des Oppositionsverfahrens. Ein stattgebendes Urteil wirkt daher nicht nur gegen die Anlassexekution, sondern gegen alle statthabenden Exekutionsversuche.⁴²³ Jakusch schreibt, dass kaum eine Frage so umstritten ist, wie die Rechtsnatur der Oppositionsklage.⁴²⁴ Seiner Meinung nach erfüllt die Kombinationstheorie die Bedürfnisse der Praxis am Besten.⁴²⁵

Die dagegen angenommene Einzelwirkungstheorie besagt, dass sich die Oppositionsklage auf die Anlassexekution beschränkt. Nur der Verpflichtete wird in seiner materiellen Rechtsposition beeinträchtigt. Nach der Gesamtwirkungstheorie soll dem Exekutionstitel die Vollstreckbarkeit überhaupt genommen und der Vollstreckungsanspruch des anspruchsberechtigten Gläubigers vernichtet werden. Die Rechtskraft würde in der Folge die amtswegige Einstellung der Exekution zur Folge haben. Beide Theorien werden in der genannten Kombinationstheorie vereint. Zum Einen wird rechtskräftig festgestellt, dass der vollstreckbare Anspruch erloschen ist, andererseits wird der Vollstreckungsanspruch rechtsgestaltend vernichtet. Die Judikatur bekräftigt in ständiger Rechtsprechung die Kombinationstheorie. Der sich

⁴²² Berger/Kellerhals, 81 mwN

⁴²³ OGH 14.5.1976, JBl 1977, 43

⁴²⁴ Jakusch in Angst, § 35 Rz 5

⁴²⁵ Jakusch in Angst, § 35 Rz 6

aus der Exekution ergebende materiellrechtliche Anspruch ist Streitgegenstand, weshalb das Urteil gegen alle bezüglichen Exekutionen wirkt.⁴²⁶

Rechberger sieht die praktikabelste Deutung in der einer negativen Feststellungsklage, mit der geltend gemacht wird, dass ein Anspruch erloschen oder gehemmt ist.⁴²⁷ Der OGH hat in einer Entscheidung ebenso festgehalten, dass mit der Oppositionsklage die Feststellung begehrt wird, dass der Anspruch, zu dessen Durchsetzung die Exekution bewilligt wurde, erloschen oder gehemmt ist, ein Umstand, der wiederum für die Deutung als negative Feststellungsklage spricht.⁴²⁸

Mit dieser Sichtweise wird man auch der Meinung gerecht, dass die Oppositionsklage objektiv schiedsfähig ist. Die bloße Feststellung, dass ein Anspruch nicht besteht, wirkt sich auf die Rechtskraft des ergangenen Hoheitsaktes eines ordentlichen Gerichtes in seinem Bestand nicht aus.⁴²⁹ Es erfolgt somit keine Durchbrechung der Rechtskraft des der Exekution zu Grunde liegenden Titels. Dieser bleibt bestehen, wodurch evident wird, dass eine Vernichtung des Titels nicht der Fall ist. Insofern kommt es nicht zur Rechtsgestaltung, sondern zur Feststellung, dass ein Anspruch gehemmt ist oder nicht besteht, unter Umständen deshalb, weil er bereits erfüllt wurde. Je nachdem, welche Theorie zur Rechtsnatur der Oppositionsklage herangezogen wird, muss man konsequenterweise die objektive Schiedsfähigkeit bejahen oder verneinen, da, wie bereits festgestellt wurde, ein Schiedsspruch auf eine hoheitliche Entscheidung grundsätzlich nicht rechtsgestaltend einwirken kann. Nach der alten Rechtslage und teilweise zur neuen Rechtslage wurde bzw. wird die Ansicht vertreten, dass die Einwirkung auf einen Hoheitsakt die objektive Schiedsfähigkeit ausschließt. Wirkt die erfolgreich erhobene Oppositionsklage rechtsgestaltend auf das der Exekution zu Grunde liegende Urteil ein, wäre die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen.

In einem Verfahren, welches mE beispielhaft ist, hatte das Erstgericht festgehalten, dass es für die Beurteilung der Frage, ob der der Exekution zu Grunde gelegte Anspruch bereits erloschen ist oder nicht, aufgrund des Vorliegens einer

⁴²⁶ OGH 14.5.1976, JBl 1977,43

⁴²⁷ Rechberger/Oberhammer⁴, Rz 197

⁴²⁸ OGH 26.2.1969, 3 Ob 21/69; zuletzt OGH 11.7.2008, 3 Ob 139/08 z

⁴²⁹ Jakusch in Angst, § 35 Rz 7

Schiedsvereinbarung unzuständig sei. Das Rekursgericht bestätigte den Ausspruch des Erstgerichtes und hielt fest, dass die objektive Schiedsfähigkeit sich nicht nach der Möglichkeit, abweichende Parteienvereinbarungen abzuschließen, sondern nach der Vergleichsfähigkeit des Streitgegenstandes beurteilt. Dies umso mehr deshalb, weil der Schiedsvertrag vor dem 1. Juli 2006 abgeschlossen wurde. Entgegen der zu § 577 öZPOaF vertretenen herrschenden Meinung vertrat das Rekursgericht die Auffassung, dass mit einem stattgebenden Urteil nicht in die Rechtskraft des Exekutionstitels eingegriffen wird, sondern nur die Feststellung des Erlöschens bzw. der Hemmung des Anspruches begehrt wird und daher eine Schiedsvereinbarung zulässig ist. Ausdrücklich weist das Rekursgericht darauf hin, dass diese Meinung im Schrifttum zur neuen Rechtslage auch vertreten wird. Der OGH verwarf die Ausführungen des Rekursgerichtes und sprach aus, dass es durch die Oppositionsklage nicht zu einem Eingriff in die Rechtskraft des Exekutionstitels kommt. Dennoch muss ein solches Urteil als Eingriff auf einen Hoheitsakt angesehen werden. Unter Bezugnahme auf Fasching wird ausgeführt, dass ein Schiedsspruch aufgrund einer nachträglichen Veränderung des Sachverhaltes zwar ergehen kann, dieser aber nicht die Oppositionsklage ersetzen kann.⁴³⁰ Für die Feststellung eines Oppositionsgrundes kann zwar ein Schiedsgericht vereinbart werden, die Entscheidung über den Vollstreckungsanspruch könne aber nur das ordentliche Gericht entscheiden.⁴³¹

Diese Entscheidung und die davor angestellten Überlegungen zeigen, dass die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit der Oppositionsklage weiter offen ist. ME steht zwar fest, dass bei der Auslegung der Oppositionsklage als negative Feststellungsklage diese objektiv schiedsfähig ist, dennoch deutet das oben dargelegte Urteil des OGH in eine gänzlich andere Richtung. Einzig der Feststellungsanspruch, dass der betriebene Anspruch erloschen ist, sei objektiv schiedsfähig. Der Vollstreckungsanspruch, dass die Exekution unzulässig ist, darf nur von einem ordentlichen Gericht entschieden werden. Der OGH nimmt nicht Bezug auf die neue Rechtslage, er spricht damit natürlich nicht aus, dass dies auch für die neue Rechtslage Geltung hat. Er widerspricht aber dem Rekursgericht, welches unter

⁴³⁰ Fasching, Kommentar¹ zur ZPO Band IV, 721

⁴³¹ OGH 11.7.2008, 3 Ob 139/08 z

Bezugnahme auf die hM zur neuen Rechtslage die objektive Schiedsfähigkeit der Oppositionsklage ausdrücklich bejaht hat.

c. Die objektive Schiedsfähigkeit der Impugnationsklage

Die Impugnationsklage kann ebenso als negative Feststellungsklage interpretiert werden, was für die objektive Schiedsfähigkeit derselben spricht. Jedoch ist durch diese Interpretation die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit keineswegs beantwortet, da mit dieser Klage in einem streitigen Zivilverfahren die formellen Voraussetzungen einer Exekutionsbewilligung auf den Prüfstand gestellt werden. Das Schiedsgericht wurde durch die Schiedsvereinbarung für einen konkret benannten Rechtsstreit für zuständig erklärt.

Nach Beendigung des Rechtsstreits durch Schiedsspruch müsste es wohl eigens zur Klärung, ob alle formellen Voraussetzungen für eine Exekution vorliegen, zuständig gemacht werden. Das würde, wie Hausmaninger richtig festhält, eine eigene Schiedsvereinbarung erfordern, weil die ursprüngliche Schiedsvereinbarung ja nur den materiellrechtlichen Anspruch beinhaltet.⁴³² Die prozessuale Verfügungsbefugnis ist bei einem materiellrechtlichen Anspruch, der vermögensrechtlicher Rechtsnatur ist, in aller Regel gegeben.

Für die Schiedsfähigkeit der Impugnationsklage tritt eine weitere Voraussetzung hinzu, nämlich die objektive Verfügungsbefugnis der Streitparteien über den formellen Anspruch, der als Mangel behauptet wird und der die Unzulässigkeit des Vollstreckungstitels feststellen soll. Dieser formelle Anspruch ist kein materiellrechtlicher, vermögensrechtlicher Anspruch, sodass der einfache Schluss, dass er schiedsfähig ist, unzulässig ist.

Sollen Streitparteien darüber disponieren können, ein Schiedsgericht für die Beurteilung der Frage zuständig zu machen, dass im Zuge einer Vollstreckung die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Exekution fälschlicherweise bejaht wurden?

⁴³² Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV § 582 ZPO Rz 45

Als Anhaltspunkt muss man meines Erachtens auf die in der alten Rechtslage vorhandene Konstruktion zurückgreifen, wonach ein Anspruch dann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein konnte, wenn er vergleichsfähig war.

Es ist daher meines Erachtens zu untersuchen, ob die Streitparteien über die eben gestellt Frage einen Vergleich abschließen können. Nicht im Sinne einer materiellrechtlichen, sondern im Sinne einer prozessualen Verfügungsbefugnis. Als Prüfungsmaßstab möchte ich die im Verlauf der Arbeit diskutierten Kriterien heranziehen. Eine prozessuale Verfügungsbeschränkung ist generell dann vorliegend, wenn der Staat sich in einem bestimmten Bereich ein Rechtsprechungsmonopol vorbehalten möchte.

Ob das im Hinblick auf die Impugnationsklage der Fall ist, ist nicht festgelegt. Aus Prozessvorschriften ergibt sich hier nicht, dass der Abschluss einer Schiedsvereinbarung darüber unzulässig sein soll. Es gibt keine amtswegige Verfahrensführung, es gilt der Untersuchungsgrundsatz nicht und es kommt nicht zur Regelung von Gruppenrechtsverhältnissen.

Werden formelle Verfahrensvoraussetzungen einer hoheitlichen Entscheidung einer Überprüfung unterzogen, lässt sich eine Einwirkung auf diese Entscheidung nicht leugnen.

In diesem Falle bleibt der zu Grunde liegende materiellrechtliche Anspruch jedenfalls unberührt, es wird vielmehr die Zulässigkeit der Exekution bekämpft.

Daraus folgt, dass die Einwirkung auf einen Hoheitsakt durch eine Impugnationsklage auch dann stattfindet, wenn man diese als negative Feststellungsklage interpretiert.

Denn es wird das Fehlen eines formellen Anspruches untersucht, der vorhergehend Voraussetzung einer Exekutionsbewilligung war.

Damit wird mE die Grenze der zulässigen Disposition überschritten.

Im Lichte dieser Auslegung drängt sich der Schluss auf, dass die prozessuale Verfügungsbefugnis der Streitparteien über die Impugnationsklage nicht vorhanden ist und diese daher in der Konsequenz nicht Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, selbst für den Fall, dass die Streitparteien über die Überprüfung des formellen Anspruches eine gesonderte Schiedsvereinbarung abschließen.

d. Die objektive Schiedsfähigkeit der Exszindierungsklage

Wie bereits festgestellt wurde, wird die Exszindierungsklage durch eine dritte, am Schiedsverfahren nicht beteiligte Person erhoben. Mit ihr wird ein materiellrechtlicher Anspruch geltend gemacht, der seinerseits verhindert, dass eine Sache oder ein Recht in Exekution gezogen wird. Die Klage des Dritten ist ein Rechtsmittel, das sich gegen die Exekutionsführung richtet.

Auch hier wäre der Abschluss einer neuerlichen Schiedsvereinbarung erforderlich, wenn man denn die objektive Schiedsfähigkeit grundsätzlich bejahen würde.

Die Frage ist indes, ob die Beurteilung, ob der Anspruch eines Dritten auf Aussonderung einer Sache aus dem Exekutionsverfahren berechtigt geltend gemacht wurde – zwar außerhalb des Bewilligungsverfahrens, aber mit einer direkten Auswirkung auf eine Entscheidung des Bewilligungsgerichtes – einem Schiedsgericht übertragen werden kann.

Gegen die objektive Schiedsfähigkeit der Exszindierungsklage wird die notwendige Rechtskrafterstreckung ins Treffen geführt.⁴³³

Wie sieht es in der Folge mit den Auswirkungen eines allenfalls ergehenden Schiedsspruches auf die Entscheidung des Bewilligungsgerichtes aus? Es muss wohl danach gefragt werden, welche Prägung die Hauptfrage in einem allfälligen Schiedsverfahren besitzen würde. In der Weise nämlich, ob der im Zentrum stehende Anspruch ein rein prozessualer oder ein materiellrechtlicher Anspruch ist. Diese Frage ist dahingehend zu beantworten, dass die Hauptsache des Verfahrens rein prozessualer Natur ist.

⁴³³ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2, § 582 ZPO Rz 45

Gemäß § 607 hat ein Schiedsspruch zwischen den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Es kommen daher dem Schiedsspruch die gleichen Wirkungen, wie sie einem Urteil innewohnen, zu. Dieser würde daher die Entscheidung des Exekutionsgerichtes auf eine bestimmte Art und Weise präjudizieren, nämlich dergestalt, dass im Falle des Obsiegens des klagenden Dritten die Exekution von Amts wegen einzustellen ist, weil das Gesetz die Einstellung der Exekution als Tatbestandsfolge normiert.

Daraus ergibt sich meines Erachtens, dass eine Exszindierungsklage nicht vor einem Schiedsgericht geltend gemacht werden kann, da das Gesetz eindeutig gemäß § 37 Abs 4 EO als Tatbestandsfolge des stattgebenden Exszindierungsurteils die Einstellung der Exekution anordnet.

Eine Einstellung der Exekution kann daher nur durch das Exekutionsgericht selbst erfolgen.⁴³⁴

Daher ist auch dann die objektive Schiedsfähigkeit der Exszindierungsklage – im Gegensatz zur objektiven Schiedsfähigkeit der Oppositionsklage – zu verneinen, wenn man diese als negative Feststellungsklage charakterisiert.

4. Ergebnis

Dort, wo es durch eine Rechtsmittelklage oder eine exekutionsrechtliche Klage zu einer direkten Einwirkung auf die Entscheidung eines ordentlichen Gerichtes kommt, hat sich an der mangelnden objektiven Schiedsfähigkeit auch nach der neuen Rechtslage nichts geändert.⁴³⁵ Exekutionsrechtliche Ansprüche sind einer Schiedsvereinbarung dann nicht zugänglich, daher nicht objektiv schiedsfähig, wenn sie auf die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung einwirken.

Daraus ergibt sich, dass die Oppositionsklage objektiv schiedsfähig ist, wenn man sie als negative Feststellungsklage deutet und damit durch sie lediglich festgestellt wird,

⁴³⁴ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁴ Rz 229

⁴³⁵ Rechberger/Melis in Rechberger³, § 582 ZPO, Rz 2

dass ein vollstreckbarer Anspruch nicht besteht, ohne dass es dadurch zu einer rechtsgestaltenden Einwirkung auf einen Hoheitsakt kommt.

Bei der Impugnationsklage verhindert die fehlende Befugnis der Parteien, die Zuständigkeit zur Entscheidung, ob das Exekutionsgericht die formellen Voraussetzungen richtig geprüft hat, einem Schiedsgericht zu übertragen.

Für die Exszindierungsklage schließlich ist die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen, da die Hauptsache dieser Klage nicht materiellrechtlicher, sondern rein prozessualer Natur ist und für den Fall des rechtskräftigen Stattgebens die Anordnung der Einstellung der Exekution erfolgt. Die Hauptfrage eines Schiedsverfahrens wäre daher, ob die Exekution unzulässig ist und der Streitgegenstand unzulässigerweise in Exekution gezogen wurde. Diese Frage kann aus den genannten Gründen nicht einem Schiedsgericht übertragen werden.

VIII. Die fehlende objektive Schiedsfähigkeit

Durch die Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit auf alle vermögensrechtlichen Ansprüche ist die Bedeutung der Frage nach den Rechtsfolgen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit zurückgedrängt worden. Je kleiner dieser Bereich ist und umso klarer die gesetzlichen Rahmenbedingungen dahingehend ausgestaltet sind, desto weniger Probleme können auftreten.

Getrennt nach alter und neuer Rechtslage bieten sich verschiedene Gesichts- bzw. Ansatzpunkte an, die es aufzuarbeiten gilt. Zum einen die alte Rechtslage mit der nicht ganz unumstrittenen Lehre vom Nichtschiedsspruch und zum anderen die neue Rechtslage, die die Konstellation Anfechtbarkeit und - mit den Aufhebungsgründen gem. § 611 Abs 2 Zif 7,8 in Verbindung stehend - als Fehlerfolge die Nichtbeachtung eines Schiedsspruches über einen nicht objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand von Amts wegen vorsieht. Die zentrale Frage ist, was für eine Auswirkung die bloße Nichtbeachtung auf den Schiedsspruch zu erzeugen vermag, nämlich dergestalt, ob ein wirksamer Akt oder ein Nichtakt vorliegt.

1. Die Lehre vom Nichturteil

Da dem Schiedsspruch die gleichen Wirkungen wie einem Urteil zukommen, liegt es nahe, sich mit der Frage nach der Ausprägung eines Nichturteils zu beschäftigen und den Versuch zu unternehmen, dieses dem Nicht-Schiedsspruch gegenüberzustellen.

Nach Jauernig ist ein Nichturteil dann gegeben, wenn sogar der Tatbestand des Urteils fehlt.⁴³⁶ Nach Jauernig hängt die Existenz eines Urteiles bzw. die Nichtexistenz eines Urteiles von der Zurechenbarkeit desselben ab. Objekt der Zurechnung sei die Entscheidung, Subjekt der Zurechnung das Gericht.⁴³⁷

Rechberger vertritt die Auffassung, dass es zur Bestimmung des Nichturteils zunächst einer Urteilsdefinition bedarf und aus der Vielzahl der Merkmale des Urteiles in der

⁴³⁶ Jauernig, Zivilurteil, 3

⁴³⁷ Jauernig, Zivilurteil 17

Folge zwischen wesentlichen und unwesentlichen Fehlertypen zu unterscheiden ist.⁴³⁸ Daraus folgt, dass man zunächst den Urteilsbegriff näher definieren müsste, will man zu einer sachgerechten Definition des Nichturteils gelangen. Dabei hält Rechberger fest, dass eine teleologische Methode, die sich Rechenschaft über den Zweck eines Urteils gibt, ergänzend dazu in Betracht zu ziehen ist.⁴³⁹ Er unterscheidet in der Folge zwischen Urteils- und Prozesszweck, wobei der Urteilszweck hervortritt und ein Tatbestand eines Urteils nur dann vorliegt, wenn „in ihm die Möglichkeit zur Entfaltung dieser Wirkungen zum Ausdruck kommt“.⁴⁴⁰

Fasching definiert das Urteil als eine Sachentscheidung, die durch ein Gericht, dh ein entscheidungsbefugtes Organ über einen Parteienantrag gefällt wird.⁴⁴¹ Er bildet vier Gruppen der Nichturteilstypen. Das Urteil, welches von Subjekten gefällt wird, denen es an der Gerichtsgewalt mangelt, von einem zur Urteilsfällung nicht geschäftsfähigen Richter, wenn ein Urteil mündlich verkündet, nicht schriftlich dargelegt und nicht rekonstruierbar ist, oder wenn ein Urteil ohne Antrag der Parteien ergeht. Diese Akte lösen keinerlei Urteilswirkungen aus. Die Parteien sollen aber aus Rechtsschutzüberlegungen die Möglichkeit haben, die Nichtexistenz eines Aktes feststellen zu lassen.

Rechberger definiert das Urteil als eine aufgrund eines Zivilprozesses gefällte Sachentscheidung über einen Urteilsantrag der Parteien und er unterscheidet zwischen Wirksamkeit und Gültigkeit des Urteiles. Die Gültigkeit wird durch den äußeren Tatbestand einer Entscheidung bewirkt, die Wirksamkeit bedarf zu ihrem Vorliegen auch, dass der Akt seinen Zweck erfüllt. Ein Urteilstatbestand liegt nur vor, wenn die Grundlage für die Erreichung des Urteilszweckes erfüllt ist. Der äußere Tatbestand der Entscheidung bedarf der materiellen Rechtskraft, der Vollstreckbarkeit und der Gestaltungswirkung. Dazu kommt, dass das Prozessgericht an seinen eigenen Akt gebunden ist und dass kein Rechtsmittel mehr dagegen ergriffen werden kann. Im Unterschied zu Fasching billigt Rechberger einem Nichturteil die Urteilsqualität zu, wenn die Interessen der Parteien als schützenswert anzusehen sind, insbesondere dann, wenn der Mangel in der Richtereigenschaft und damit in der Staatssphäre

⁴³⁸ Rechberger, Exekution, 22

⁴³⁹ Rechberger, Exekution 23f

⁴⁴⁰ Rechberger, Exekution 23

⁴⁴¹ Fasching Kommentar¹ III 548, 56; JBl 1975, 325f

gelegen ist.⁴⁴² Aus der Notwendigkeit des Funktionierens des gerichtlichen Rechtsschutzes ergibt sich ein schwerwiegendes Bedürfnis der Parteien nach Vertrauensschutz.⁴⁴³ Dies gelte vor allem dann, wenn dem Staat die Ursache für das Auftreten einer Person im Rahmen der Rechtsprechung zuzurechnen ist, eine Partei hat kaum die Möglichkeit, die Richtereigenschaft zu beurteilen.

Ein Nichturteil (und dem folgend ein Nichtschiedsspruch) soll also folglich dann vorliegen bzw. anders formuliert, ein Urteil (bzw. ein Schiedsspruch) soll dann nicht existent sein, wenn es so mangelhaft ausgestaltet ist, dass es nach dem äußeren Tatbestand nicht als gerichtliche Entscheidung anzusehen ist. Eine Feststellung, die es von Grund auf zu untersuchen gilt.

Ein Nichturteil ist demnach dann anzunehmen, wenn ein Urteil ohne Antrag einer Partei gefällt wird oder wenn das Urteil nicht von einem befugten Entscheidungsorgan gefällt wird. Das Urteil braucht nämlich nicht nur einen Grund für seinen Eintritt in die rechtliche Existenz, sondern auch ein Rechtssubjekt, welches befugt ist, dessen Existenz zu begründen, indem es abspricht. Damit fehlt dem Urteil die subjektbezogene absprechende Begründung und es liegt ein Nichturteil vor.

Dazu stellt das Urteil, welches eine nicht existente Partei binden will, ein wirkungsloses Urteil dar, denn es ist einem Adressaten nicht zurechenbar und kann auch gar nicht vollzogen werden.

Weiters ein Urteil ohne Spruch, das bedeutet, dass das Urteil nach seinem Inhalt nicht vollzogen werden kann, weil es keine Urteilstwirkungen zeitigen kann (materielle Rechtskraft, Gestaltungswirkung und Vollstreckbarkeit).

Es gibt also im Ergebnis nach der herrschenden Meinung, wenngleich unter Heranziehung verschiedener begrifflicher Komponenten, das Nichturteil als einen Akt, der keine Wirkungen mit sich bringt.

⁴⁴² Vgl. Rechberger, Exekution 31ff

⁴⁴³ Rechberger, Exekution 33

Offen bleibt an dieser Stelle die Übertragbarkeit auf die Schiedsgerichtsbarkeit, die Fragen, gibt es einen Nichtschiedsspruch, durch welchen Mangel wird er bewirkt, kann er angefochten werden und, wenn ja, durch wen und in welcher Form. Dazu ist zu problematisieren, wie die amtswegige Wahrnehmung nach neuer Rechtslage (§ 613) mit den Fragen nach einem Nichtschiedsspruch verbunden ist.

2. Der Nicht-Schiedsspruch

Die Frage nach der Existenz von Nicht-Schiedssprüchen ist auf den ersten Blick schon eindeutig zu klären. Analog zu den Ausführungen zum Nichturteil ist auch die Existenz von Nicht-Schiedssprüchen unzweifelhaft. Aus dem Schluss, dass es Nichturteile gibt, lässt sich durchaus ohne größere Umschweifung ableiten, dass es auch Nicht-Schiedssprüche gibt.

Jedoch ist mit dem Typus des Nicht-Schiedsspruchs eine zusätzliche Problematik verknüpft. Der Gesetzgeber will sich nämlich gewisse Rechtsbereiche ausschließlich vorbehalten und folglich nicht der Entscheidung eines Schiedsgerichtes überlassen. Das Institut eines Nicht - Schiedsspruchs bei Grenzfällen zur Anwendung zu bringen, kommt der Rechtsprechung mitunter sehr gelegen, wie die Vergangenheit zeigte. Generell bildete die Frage, ob ein Streitgegenstand objektiv schiedsfähig ist und damit ein Nicht - Schiedsspruch verbunden ist bzw. die amtswegige Wahrnehmung des Fehlens der objektiven Schiedsfähigkeit einen willkommenen Anfechtungsgrund. Dieser war nach der alten Gesetzeslage nicht geregelt, weshalb die Rechtsfolge des Nicht - Schiedsspruches im Falle des Fehlens der objektiven Schiedsfähigkeit Konsequenz sein konnte. Willkommen auch deshalb, weil eine dementsprechende Geltendmachung die Möglichkeit zu ausufernden Argumentationen bot.⁴⁴⁴

Fasching schließt aus den dargelegten Erfordernissen für Urteile auf Nicht-Schiedssprüche vor allem mit der Begründung, dass ex lege Schiedssprüche mit staatlichen Urteilen gleichgesetzt sind. Interessant ist sein Abgrenzungskriterium, er nennt das öffentliche Interesse, welches gegenüber dem Parteiinteresse hervorragt, ein

⁴⁴⁴ Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Das neue Schiedsrecht 139

Ansatz, der durch die Anwendung prozessualer Beschränkungen die objektive Schiedsfähigkeit zu begrenzen sucht.⁴⁴⁵

Rechberger/Melis wenden sich dem äußeren Tatbestand zu und bezeichnen als Nicht-Schiedsspruch einen Akt, der nicht die Tatbestandsvoraussetzungen eines wirksamen Schiedsspruches erfüllt.⁴⁴⁶ Für die alte Rechtslage legen sie fest, dass ein Akt als Nichturteil anzusehen sei, wenn er nicht in Schriftform ergeht, wenn keine Sachentscheidung vorliegt, wenn die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nicht gegeben ist, wenn es den vermeintlichen Richtern an der Schiedsrichtereigenschaft fehlt oder wenn es keinen Parteienantrag gibt.⁴⁴⁷

Zeiler will einen Nicht-Schiedsspruch dann annehmen, wenn Mindestvoraussetzungen eines Schiedsspruches nicht erfüllt sind. Dabei nennt er den Fall, dass das Schiedsgericht nicht gänzlich meritorisch über einen Fall abgesprochen hat, wenn ohne das Vorliegen von Parteienanträgen ein Schiedsspruch gefällt wurde oder wenn die Schiedsrichter nicht geschäftsfähig waren. Es ist letztlich strittig, ob ein Nicht-Schiedsspruch vorliegt, wenn ein Schiedsspruch ohne Antrag gefällt wird. Analog zu den Ausführungen über das Nichturteil steht fest, dass ausgehend von der Urteilsdefinition ein solcherart ergangenes Urteil fehlerhaft ist. Dennoch ist damit noch nicht Rechenschaft darüber abgelegt, ob es sich dabei um ein Nichturteil oder ein anfechtbares Urteil handelt. Für das Vorliegen eines Nichturteils spricht, dass der Urteilsantrag nur dann Tatbestandsmerkmal des Urteils ist, wenn man es dementsprechend bei der Festlegung derselben annimmt. Nimmt man dagegen nicht an, dass der Urteilsantrag Tatbestandsmerkmal des Urteils ist, liegt bloß ein anfechtbarer Akt vor.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ Fasching, Schiedsgericht, 134

⁴⁴⁶ Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 3 zu § 595 ZPO; Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 2 zu § 606 ZPO; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 606 Rz 46

⁴⁴⁷ Rechberger/Melis in Rechberger², Rz 3 zu § 595 ZPO

⁴⁴⁸ Vgl. Rechberger, Exekution 42 mwN: "In Österreich kann man davon ausgehen, dass ein ohne jeden Antrag gefälltes Urteil als Nichturteil anzusehen ist. Die herrschende Auffassung in Deutschland nimmt dagegen an, dass ein Urteil, das ohne Vorliegen eines Begehrens gefällt wurde, bloß wirkungslos ist, der Tatbestand des Urteils also nicht beeinträchtigt ist."

Nach Zeiler liegt jedenfalls kein Nicht – Schiedsspruch vor, wenn die objektive Schiedsfähigkeit fehlt, eine Ansicht, die auf den ersten Blick der neuen Rechtslage entspricht.⁴⁴⁹

Der daraus resultierende Nicht - Schiedsspruch ist nach der alten Rechtslage ipso iure unwirksam und es bedarf keinerlei rechtsgestaltender Geltendmachung durch eine Partei, welche sich durch den Schiedsspruch benachteiligt fühlt. In Frage käme allenfalls ein Feststellungsbegehren, dass ein Schiedsspruch über einen allfälligen Anspruch nicht existent ist. Petschek ist in diesem Zusammenhang der Meinung, dass auch den Nicht - Entscheidungen eine Anfechtungseignung zukommt, insbesondere für den Fall, dass die jeweilige Nicht - Entscheidung ihrer äußeren Form nach eine wirkliche Entscheidung zu sein scheint. Trotzdem sollen diese Nicht - Entscheidungen nicht durch Unterlassung der Anfechtung zu einem Staatsakt werden können.⁴⁵⁰ Ebenso liegt nach neuer Rechtslage ein wirkungsloser Nicht - Schiedsspruch vor, wenn die genannten Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.⁴⁵¹

Die Partei muss folglich einerseits keine Aufhebungsklage erheben, sondern sie kann vielmehr eine Feststellungsklage einbringen, dass ein gewisses Dokument kein Schiedsspruch sei.⁴⁵² Zeiler vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass ein Nicht - Schiedsspruch nicht aufgehoben werden kann.⁴⁵³

Diese systematische Ausformung stellte eine Besonderheit dar, insbesondere was die Handhabung durch die Rechtsprechung anbelangt. Hintergrund ihrer Sichtweise ist die Gefahr der Präklusion. Durch Abwarten der Frist wird der Schiedsspruch sonst unaufhebbar, dh durch Zusammenwirken könnten Streitparteien ein von der Rechtsordnung nicht gewolltes Ergebnis herbeiführen.

Dieser Ansatz stand schon bisher im Zentrum der bisherigen ständige Rechtsprechung des Höchstgerichtes, damit verknüpft war die Intention, den Parteien eben nicht diese

⁴⁴⁹ Zeiler, Schiedsverfahren, § 606 ZPO Rz 17ff mwN

⁴⁵⁰ Petschek-Stagel, 361

⁴⁵¹ Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 2 zu § 606 ZPO; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 606 ZPO Rz 46

⁴⁵² Fasching, Schiedsgericht 135f

⁴⁵³ Zeiler, Schiedsverfahren, § 611 ZPO Rz 3 unter Hinweis auf OGH 23.7.1987, 6 Ob 601/87

Möglichkeit zu geben, über die Unterlassung der Anfechtung einen nicht objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand trotzdem rechtskräftig werden lassen zu können.⁴⁵⁴

„Weil ein Schiedsspruch die in Schriftform durch Schiedsrichter gefällte Sachentscheidung über einen objektiv schiedsfähigen Gegenstand aufgrund eines Parteiantrages ist, hat das Fehlen einer dieser Grundvoraussetzungen zur Folge, dass kein Schiedsspruch, also ein Nicht-Schiedsspruch vorliegt, der ipso facto wirkungslos ist, ohne dass es der Aufhebung nach § 595 öZPO aF bedürfte. Weil es sich in allen Fällen um zwingendes Recht im öffentlichen Interesse geordneter Rechtsprechung handelt, muss es den Parteien verwehrt sein, solche Nicht-Schiedssprüche durch Unterlassung der Anfechtung zu wirksamen Schiedssprüchen werden zu lassen. Die Anfechtbarkeit setzt die Wirksamkeit voraus, die in solchen Fällen fehlt“.⁴⁵⁵

Dieses Zitat aus einem OGH – Urteil zeigt, dass der Einhaltung der objektiven Schiedsfähigkeit in Österreich eine sehr große Bedeutung zukommt. Die Parteien sollen über gewisse Bereiche auf keinen Fall disponieren können. Die Wirkungen des Urteils, materielle Rechtskraft, Vollstreckbarkeit und Gestaltungskraft sollen sich - nach der Rechtsprechung - bei Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit keinesfalls entfalten können.

3. Rechtsfolgen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit

Nachdem nun die grundsätzliche Existenz von Nicht - Schiedssprüchen feststeht und daher von diesem Umstand auszugehen ist, müssen die Folgen der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit damit in Verbindung gesetzt einer näheren Untersuchung unterzogen werden. Zweifelsfrei können Parteien in jedem Fall durch einen privatrechtlichen Vertrag einen Dritten zur Entscheidung über einen sie verbindenden Rechtsstreit über einen nicht objektiv schiedsfähigen Anspruch zuständig machen; wird der Spruch dieses Dritten auch erfüllt, so besteht an sich kein Problem.

⁴⁵⁴ OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03d, Koller, JAP 4/2005/2006, 247

⁴⁵⁵ Zitat aus OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03d

Nur im Falle der Nichterfüllung, die aber nicht den Regelfall bilden wird, unter Umständen, weil die verpflichtete Partei nicht erfüllen kann oder nicht erfüllen will, treten Probleme auf, und es gilt zu prüfen, ob der Spruch des Schiedsgerichtes aufgrund des zu Grunde liegenden Streitgegenstandes überhaupt durchsetzbar ist.

a. Alte Rechtslage

Nach der alten Rechtslage, die sehr stark durch die Rechtsprechung geprägt war, bedeutete die fehlende objektive Schiedsfähigkeit einen Mangel, der einen Nicht - Schiedsspruch nach sich zog.⁴⁵⁶ Denn es musste – wie bereits oben ausführlich dargestellt - den Parteien verwehrt bleiben, durch Nichtanfechtung des Schiedsspruches einen nach alter Rechtslage nicht objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand rechtskräftig werden zu lassen.⁴⁵⁷

Dabei gab es im Wesentlichen zwei Aspekte, an welche diese Sichtweise angeknüpft wurde. Einerseits war es durch die Voraussetzung der Vergleichsfähigkeit nicht immer einfach, festzulegen, welcher Streitgegenstand nicht objektiv schiedsfähig war, andererseits ist das Rechtsinstitut des Nicht - Schiedsspruches analog zum Nichturteil nicht unumstritten. Im Falle eines Rechtsstreites, der vor einem Schiedsgericht ausgetragen wird, war die objektive Schiedsfähigkeit nach alter Rechtslage ein geeigneter Nährboden für ausufernde Argumentationen gegen die Existenz des Schiedsspruches. Man konnte, geprägt durch die Interessenslage, je nach Interpretationsweise unter Anführung materiellrechtlicher oder prozessrechtlicher Begrenzungen, sehr viel in dieses Kriterium hineininterpretieren. In der Prozesssituation ist das für eine beklagte Partei mit Sicherheit eine große Verlockung. So wurden dadurch auch durchaus vermögensrechtliche Streitgegenstände (§ 37 MRG) der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen und das Betätigungsfeld derselben nicht unerheblich eingengt bzw. war dieses in der Folge mit Abgrenzungsfragen beschäftigt, die eine gewisse Unsicherheit nach sich zogen.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ OGH 13.1.2004, 5 Ob 123/03d; JBI 2004, 586

⁴⁵⁷ Fasching, Schiedsgericht 134,149; Matscher, JBI 1975 464; Backhausen, Schiedsvertragsrecht 114; Rechberger/Melis in Rechberger² Rz 3 zu § 595 ZPO

⁴⁵⁸ OGH 13.7.1999, 5 Ob 86/99 k

b. Neue Rechtslage – Ergebnis

Inwiefern unterscheidet sich nun die Rechtslage aufgrund der Neuregelung der schiedsrichterlichen Bestimmungen durch das SchiedsRÄG 2006 von der zuvor geltenden Rechtslage?⁴⁵⁹

Für die neue Rechtslage wurde das oben angesprochene Problem durch die ausdrückliche Nennung der objektiven Schiedsfähigkeit als Aufhebungsgrund *prima vista* gelöst.

Ähnlich der Bestimmung des § 595 öZPOaF besteht nunmehr durch § 611 Abs 1 die Möglichkeit für die Parteien, einen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruches zu stellen. Die Gründe, welche zu einer Aufhebung des Schiedsspruches führen, sind in Absatz 2 *leg. cit.* geregelt. Nunmehr ist das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit ein Anfechtungsgrund, wenngleich dieser mit einer besonderen Ausprägung versehen wurde. Ein Schiedsspruch ist gemäß § 611 Abs 2 Zif 7 anfechtbar, wenn der Gegenstand des Streites nach inländischem Recht nicht schiedsfähig ist.⁴⁶⁰ Diese Bestimmung ist dem Art 34 UNCITRAL Model Law (siehe oben 5.2.) nachgebildet. Nach § 613 ist dieser Aufhebungsgrund darüber hinaus von Amts wegen wahrzunehmen und daher insofern in Gegenüberstellung zu den Aufhebungsgründen Z 1 – Z 6 ein besonderer Aufhebungsgrund. Es wird dadurch scheinbar das wirksame Zustandekommen eines Schiedsspruches nicht mehr gehindert.

Ein Nicht-Schiedsspruch ist an sich nur aus folgenden Gründen anzunehmen, nämlich, wenn die Schriftform nicht erfüllt ist, wenn der Schiedsspruch keine Sachentscheidung enthält, wenn der Schiedsspruch nicht durch Schiedsrichter gefällt wurde, wenn dem Schiedsspruch kein Antrag zugrunde liegt oder wenn bei der Fällung des Schiedsspruches ein Schiedsrichter mitgewirkt hat, der nicht geschäftsfähig war.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Rechberger/Melis in Rechberger³ Rz 2 zu § 606; Zeiler, Schiedsverfahren, § 606 ZPO Rz 19; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 606 Rz 46

⁴⁶⁰ Rechberger/Melis in Rechberger³, Rz 12 zu § 611 ZPO; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 611 ZPO Rz 194ff

⁴⁶¹ Zeiler, Schiedsverfahren § 606 ZPO Rz 17f

Auf den ersten Blick aber dann nicht mehr, wenn der Streitgegenstand nicht objektiv schiedsfähig ist. Das bedeutet, dass im Unterschied zur alten Rechtslage bzw. besser formuliert, zu der hM vor der Neuregelung die fehlende objektive Schiedsfähigkeit nunmehr *prima vista* keinen Nicht - Schiedsspruch bewirkt. Sie ist aber von Amts wegen wahrzunehmen, vor allem in anderen Verfahren und auch nach Ablauf der Frist des § 611 Abs 3. Daher können die Parteien nur bedingt über den Streitgegenstand disponieren.

Selbst, wenn der Schiedsspruch nicht angefochten wird, ist dieser von Gerichten oder Behörden, im Besonderen in einem Exekutionsverfahren gemäß § 613 öZPO nicht zu beachten. Diese gesetzliche Regelung soll das Rechtsprechungsmonopol des Staates schützen.⁴⁶² Einerseits trägt dieses Ansinnen eine gewisse Berechtigung in sich, denn die objektive Schiedsfähigkeit ist zweifelsfrei ein Schutzinstrument dafür, andererseits muss man dem folgend eine Begrifflichkeit finden, welche diesen Zustand beschreibt. Parallele Regelungen in Deutschland, der Schweiz oder Frankreich sind nicht vorhanden.⁴⁶³ Dahinter steht die Frage, ob es den Nicht-Schiedsspruch, wenngleich nur bedingt im Falle der Nichtbeachtung durch staatliche Gerichte, andere Schiedsgerichte und Behörden, weiterhin gibt, oder nicht. Es soll dadurch sichergestellt werden, dass, obwohl die fehlende objektive Schiedsfähigkeit einen Aufhebungsgrund darstellt, ein inländischer Schiedsspruch, der dagegen verstößt, keine Wirkungen entfaltet.⁴⁶⁴ Rechberger stellt bei dem Zweck des Urteils darauf ab, dass die Rechtslage autoritativ festgestellt wird, sowohl für Behörden (Gerichte) als auch Parteien, (bindende) Leistungsbefehle erlassen werden bzw. eine nicht durch Parteiwillen erreichbare Gestaltung der Rechtslage bewirkt wird.⁴⁶⁵ Der Urteilszweck führt unmittelbar zu dem Tatbestand des Urteils.

Die Nichtbeachtung eines Schiedsspruches durch Gericht und Behörden legen den Schluss nahe, dass ein mit einem derartigen Mangel behafteter Schiedsspruch diesen in die Nähe eines Nichtaktes rückt. Ein entsprechender Aufhebungsgrund wegen der Nichtbeachtung des (Nicht-)Schiedsspruches wurde aber nicht festgelegt. Meiner

⁴⁶² Kloiber/Haller in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, 59

⁴⁶³ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 613 ZPO Rz 5ff

⁴⁶⁴ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 613 ZPO Rz 2

⁴⁶⁵ Rechberger, Exekution 24

Ansicht nach könnte man daher sogar soweit gehen, im Falle der Nichtbeachtung durch Gerichte und Behörden, einen Nicht - Schiedsspruch annehmen zu müssen.

Obwohl der Schiedsspruch rechtskräftig ist, entfaltet er insbesondere im Exekutionsverfahren keine Wirkungen, wenn das Exekutionsgericht den Mangel als solchen identifiziert und dementsprechend den Schiedsspruch nicht beachtet.

Praktisch könnte dies folgendermaßen aussehen. Eine Partei geht mit einem rechtskräftigen Schiedsspruch als Titel zu einem ordentlichen Gericht und bringt dort einen Antrag auf Vollstreckung des Schiedsspruches ein. Das Gericht sieht, dass es sich um einen Schiedsspruch über einen unmittelbar oder mittelbar nicht objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand handelt - entweder weil er über einen vermögensrechtlichen Anspruch, der ex lege nicht objektiv schiedsfähig ist, einen nicht - vermögensrechtlichen Anspruch, der im Wege der Auslegung der Vergleichsbefugnis nicht objektiv schiedsfähig ist, oder über einen vermögensrechtlichen Anspruch, der aufgrund prozessrechtlicher Hindernisse als nicht schiedsfähig anzusehen ist, gefällt wurde. Folglich kommt dem Schiedsspruch keine Wirkung zu, er muss nicht angefochten werden, ist aber auch nicht vollstreckbar.

Ein Schiedsspruch über einen objektiv nicht schiedsfähigen Streitgegenstand, der durch Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist scheinbar rechtskräftig geworden ist, muss von staatlichen Stellen, die mit einem solchen Schiedsspruch befasst werden, schlichtweg ignoriert werden. Das bedeutet, dass das Vollstreckungsgericht, welches mit der Vollstreckung eines rechtskräftigen Schiedsspruches über einen nicht schiedsfähigen Streitgegenstand konfrontiert wird, diesen ignorieren muss. Die obsiegende Partei hat keine Chance, erkennt das Vollstreckungsgericht die fehlende objektiven Schiedsfähigkeit, dass der Schiedsspruch seine Wirkungen entfaltet. Der Schiedsspruch könnte, unter der Voraussetzung, dass man keinen Nicht-Schiedsspruch annehmen würde, auch nicht mehr aufgehoben werden, da er rechtskräftig wurde. Die (Streit-)Sache selbst könnte in diesem Fall nicht noch einmal geltend gemacht werden, da sie bereits entschieden wurde, es gilt ja der Grundsatz „ne bis in idem“.

Diese beschriebene Konstruktion ist im Unterschied zu den anderen Anfechtungstatbeständen problematisch, weil trotz Obsiegens und Eintretens der Rechtskraft es den Parteien in diesem Fall verwehrt wäre, entweder zu ihrem Recht zu kommen oder durch die eindeutige gesetzliche Festlegung, dass ein Nicht-Schiedsspruch vorliegt, die Möglichkeit der neuerlichen Geltendmachung vor dem ordentlichen Gericht zu haben. Zieht man an dieser Stelle die Rechtsprechung zur alten Rechtslage, welche die Existenz von Nicht - Schiedssprüchen in manchen Fällen bejaht hat, heran, so wird deutlich, dass dieser seine Bedeutung auch nach der neuen Rechtslage nicht eingebüßt hat.

Die Lösung könnte darin zu finden sein, dass, für den Fall, dass das Exekutionsgericht § 613 in Anwendung bringt, weil ein Schiedsspruch über einen objektiv nicht schiedsfähigen Anspruch gefällt wurde, einen Nicht - Schiedsspruch anzunehmen, dh der Schiedsspruch als nicht existent anzusehen ist. Durch Ausspruch des Exekutionsgerichtes wird festgestellt, dass der Streitgegenstand nicht objektiv schiedsfähig, daher der Schiedsspruch ein Nicht - Schiedsspruch ist. Die Parteien können in der Folge den Rechtsstreit vor einem staatlichen Gericht austragen. Im Vorfragenbereich muss man also von der Möglichkeit einer echten Nichtigkeit in Form eines Nicht- Schiedsspruches im Falle des Fehlens der objektiven Schiedsfähigkeit ausgehen, denn nur ein nicht existenter bzw. unwirksamer Akt kann unbeachtlich sein.⁴⁶⁶

Das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit als Aufhebungsgrund zu normieren erscheint auf den ersten Blick durchaus sinnvoll, weil damit in der Folge die Gefahr eines Nicht - Schiedsspruches, der ja an sich nicht erstrebenswert ist und im Grunde nur den von Chiwitt - Oberhammer erarbeiteten Mängeln folgen soll, gebannt scheint.⁴⁶⁷ Danach würde ein Nicht - Schiedsspruch sinnvollerweise nur dann vorliegen, wenn – nicht ausschließlich unter Heranziehung der Tatbestandsmerkmale des Schiedsspruches – die Schiedsrichterqualifikation fehlt, es an der Gerichtsgewalt mangelt, der Parteienantrag fehlt bzw. wenn der Urteilsinhalt nicht mehr rekonstruierbar ist. Nach neuer Rechtslage aber nicht, wenn die objektive

⁴⁶⁶ Vgl Bajons/Böhm, Stellungnahme zum SchiedsRÄG 2006, Anm.17a

⁴⁶⁷ Chiwitt - Oberhammer, Der fehlerhafte Schiedsspruch, 261ff

Schiedsfähigkeit fehlt, da für diesen Fall ein eigener Anfechtungsbehelf zur Verfügung steht.

Jedoch zeigt sich die Schwierigkeit dieser Regelung vor allem darin, dass das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit von Amts wegen durch Behörden und Gerichte wahrzunehmen ist. Im Bewusstsein dessen könnte man sich leicht, wenn auch natürlich durchaus rechtsmissbräulich auf einen Rechtsstreit vor einem Schiedsgericht einlassen, wenn man glaubt, zu wissen oder begründen zu können, insbesondere durch eine enge Auslegung des Begriffes der objektiven Schiedsfähigkeit, dass der geltend gemachte Anspruch nicht objektiv schiedsfähig ist und daher die betreibende Partei im Exekutionsverfahren keine Chance auf Erfüllung ihres im Schiedsverfahren festgestellten Anspruches hat.

Fraglich ist, ob man diesen Nichtakt als einen Mangel der Gerichtsgewalt im Rahmen der Nichtentscheidungsfälle einordnen kann. Dafür spricht, dass ein Schiedsgericht trotz der Regelung der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit als Aufhebungsgrund aufgrund der Bestimmung des § 613 nicht dazu berufen ist, über einen nicht objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand abzusprechen. Dagegen spricht, dass es sich bei einem Schiedsgericht ebenfalls um eine besondere Ausformung von Gerichtsbarkeit handelt, da den Entscheidungen die gleichen Wirkungen wie einem staatlichen Urteil zukommen. Generell beschäftigte sich die Lehre mit der Frage, ob bspw. ein Zivilurteil eines Strafgerichtes ein Nichturteil sein kann.⁴⁶⁸

Rechberger hat dazu angemerkt, dass trotz des einheitlichen Begriffes der Gerichtsbarkeit nur im Falle der Entscheidungstätigkeit des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes, die ja von Richtern im Sinne des B-VG ausgeübt wird, die Grenze der Zuständigkeit zur Entscheidung einer Rechtssache durchaus überschritten werden kann.⁴⁶⁹ Diese vorgenommene Abgrenzung führt mE auch dazu, dass in einem Fall, in welchem ein Schiedsgericht über einen nicht objektiv schiedsfähigen Anspruch abspricht, im Ergebnis mangelnde Gerichtsgewalt vorliegt, da es sich bei Schiedsrichtern nicht um Richter im Sinne des B-VG handelt.

⁴⁶⁸ Vgl. Rechberger, Exekution 26f mwN

⁴⁶⁹ Rechberger, Exekution 27

Man wird daher wohl weiterhin von einem Nicht - Schiedsspruch im Falle der Entscheidung eines Schiedsgerichtes trotz fehlender objektiven Schiedsfähigkeit ausgehen müssen. Dieser Schiedsspruch, der an sich, ohne diesen Mangel, gemäß § 1 Z 16 EO vollstreckbar wäre, wird auch ohne Anfechtung nicht zu einem Rechtsakt, der einem Anspruch die Vollstreckbarkeit überhaupt ermöglicht. Dieser Schluss mutet gewiss seltsam an, da dieser Mangel auf den ersten Blick ein anfechtbarer Mangel und damit nicht mit der Konsequenz der Nichtexistenz belegt ist, doch lässt die Bestimmung des § 613 meines Erachtens keinen anderen Schluss zu, ist doch mit der ausdrücklichen Anordnung der Nichtbeachtung des Schiedsspruches auch die Nichtbeachtung aller vom Schiedsspruch erzeugten Wirkungen untrennbar verbunden.

Dagegen steht zunächst logisch betrachtet, kein Rechtsbehelf zur Verfügung. Dennoch vertritt die herrschende Meinung die Ansicht, dass eine beschlussmäßige Feststellung begehrt werden kann, dass ein Nichturteil bzw. ein Nicht- Schiedsspruch vorliegt.⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ Rechberger, Exekution 52; Jauernig, 90 f

Anhang

Schiedsgerichtsbarkeit

Schiedsgerichtsbarkeit ist für einen Staat wie Österreich von essentieller Bedeutung. Durch die zentrale Lage im Herzen Mitteleuropas ist Österreich ein gefragter Standort für die Durchführung von Schiedsverfahren, insbesondere für internationale Unternehmen, die ihr Tätigkeitsfeld über ganz Europa oder gar über die ganze Welt erstrecken.

Das Thema der objektiven Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht setzt sich intensiv mit einer Standortbestimmung der Schiedsgerichtsbarkeit auseinander. Wo verläuft denn die Grenze der Zulässigkeit ordentlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit genau? Gibt es eine Generalklausel, die für jeden Rechtsbereich die gleichen Auswirkungen hat, oder gibt es weitere Kriterien, nach denen sich der Staat ein Rechtsprechungsmonopol vorbehält? Für die Bedeutung Österreichs als Schiedsstandort ist diese präzise Ausgestaltung der objektiven Schiedsfähigkeit von eminent wichtiger Bedeutung. Nur wenn für potenzielle Streitparteien klar erkennbar ist, für welchen Streitgegenstand sie ein Schiedsgericht mit der Lösung eines Rechtsstreites betrauen können, werden sie die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens in Betracht ziehen. Fasching hat treffend festgehalten, dass es eine grundlegende Aufgabe des Gesetzgebers ist, festzulegen, wo die Trennlinie zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit verläuft.⁴⁷¹

Durch das SchiedsRÄG 2006, welches am 1.7.2006 in Kraft getreten ist, wurde, gerade was den Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit anbelangt, eine Weiterentwicklung des österreichischen Schiedsverfahrensrechts geschafft.

Schiedsverfahren

Das Schiedsverfahren stellt grundsätzlich eine staatlich geordnete Form der Rechtsverfolgung dar. Es werden privatrechtliche Streitigkeiten auf Grund einer Schiedsvereinbarung einem Schiedsgericht, dh einem nichtstaatlichen Entscheidungsorgan zur Entscheidung übertragen.

Die ergehende Sachentscheidung in Form des Schiedsspruches ist dem Urteil eines staatlichen Gerichtes gleichgestellt. Es kommen diesem daher die gleichen Urteilswirkungen, ds die Feststellungswirkung, bei einem Rechtsgestaltungsschiedsspruch Gestaltungswirkung und natürlich in der Folge Vollstreckbarkeit zu.

Objektive Schiedsfähigkeit

Die objektive Schiedsfähigkeit ist Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung und in der Folge für die Durchführung eines Schiedsverfahrens. Sie bestimmt, welcher Streitgegenstand die Eignung besitzt, vor einem Schiedsgericht verhandelt und (wirksam) entschieden zu werden. Gemäß § 582 Abs 1 ZPO kann jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein, über den von ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist. Nicht vermögensrechtliche Ansprüche können dann Gegenstand einer

⁴⁷¹ Fasching, Schiedsgericht, 17

Schiedsvereinbarung sein, wenn sie vergleichsfähig sind. Ex lege ausgenommen sind familienrechtliche Ansprüche, sowie Ansprüche, die dem Mietrechtsgesetz oder dem Wohnungseigentumsgesetz auch nur teilweise unterliegen. Eine an sich klare Bestimmung, doch gibt es in manchen Bereichen trotzdem Probleme der Abgrenzung, die ich in meiner Dissertation bearbeitet habe.

Die gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage⁴⁷²

Als Beispiel möchte ich die gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelklage anführen. Durch die in § 42 Abs 6 GmbHG gesetzlich angeordnete Rechtskrafterstreckung steht die Schiedsfähigkeit vermögensrechtlicher Streitgegenstände von Beschlussmangelstreitigkeiten in Frage, weil ein allenfalls ergehender Schiedsspruch für und gegen alle Gesellschafter wirkt. Auch für jene Mitgesellschafter, die möglicherweise gar keine Schiedsvereinbarung abgeschlossen und sich an dem Schiedsverfahren gar nicht beteiligt haben. Dieses, meines Erachtens pointierte Beispiel macht deutlich, dass es über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Beschränkungen der objektiven Schiedsfähigkeit gibt und § 582 ZPO so zu verstehen ist, dass es sich dabei um eine praktikable gesetzliche Vermutung handelt, dass ein vermögensrechtlicher Anspruch grundsätzlich Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, nicht aber, dass es nicht doch hinzutretende prozessuale Kriterien gibt, die einem materiellrechtlichen Anspruch die Fähigkeit entziehen, objektiv schiedsfähig und damit Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein zu können. Besonders im Bereich des Verlassenschaftsverfahrens oder des Exekutionsverfahrens, insbesondere im Bereich der exekutionsrechtlichen Klagen habe ich diese Problematik diskutiert und bin zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt.

Die Rechtsfolgen eines Schiedsspruches über einen nicht objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand

Ein weiterer Themenbereich, welchem ich mich gewidmet habe, waren die Rechtsfolgen, die ein Schiedsspruch über einen nicht objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand auszulösen vermag. Grundsätzlich ist ein Schiedsspruch über einen nicht objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand anfechtbar gemäß § 611 Abs 2 Z 7 ZPO.⁴⁷³ An dieser Stelle muss man aber auch auf die Bestimmung des § 613 ZPO verweisen, wonach ein Schiedsspruch über einen nicht objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand von Gerichten oder Behörden von Amts wegen nicht zu beachten ist. Das führt dazu, dass die Frage zu stellen ist, ob es sich in solch einem Fall um einen – wie nach alter Rechtslage – Nicht - Schiedsspruch, der rechtlich nicht existent ist, oder vielmehr um einen unwirksamen Schiedsspruch handelt, der ebenso keine Wirkungen entfaltet, aber im Gegensatz zum Nicht-Schiedsspruch angefochten werden muss. Im Falle der Annahme eines Nichtschiedsspruches käme allenfalls ein Feststellungsbegehren der Parteien in Frage, mit dem Inhalt, dass eben kein Schiedsspruch vorliegt und die Sache vor einem ordentlichen Gericht geltend gemacht werden kann. Meines Erachtens muss man in solch einer Konstellation vom Vorliegen eines Nicht-Schiedsspruches ausgehen, wie es im Übrigen der OGH nach alter Rechtslage sah und judizierte.⁴⁷⁴

⁴⁷² Koppensteiner³, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 42 Rz 13; besonders auch Thöni, wbl 1994, 298ff; zuletzt Reiner, GesRZ 2007, 151ff

⁴⁷³ Rechberger/Melis in Rechberger³, § 611 Rz 10

⁴⁷⁴ Oberhammer/Chiwitt-Oberhammer, (Nicht-)Schiedssprüche in außerstreitigen Mietrechtsangelegenheiten, Überlegungen aus Anlass von OGH 5 Ob 123/03d, wobl 2005, 181 (185)

Lebenslauf

Name: Ulrich Voit

Geboren: 24. März 1981 in Wien,
Vater Dkfm. Günter, Mutter Erika, Geschwister Regine, Mag.
Isabella, Angelika, Ing. Nikolaus und Ing. Sebastian

Volksschule: 1120 Wien, Hermann Broch Gasse

Gymnasium: 1010 Wien, Schottengymnasium der Benediktiner
Reifeprüfung mit gutem Erfolg 1999

Präsenzdienst: Oktober 1999 – Mai 2000

Studium: Rechtswissenschaften an der Universität Wien
Oktober 2000 – Februar 2005 (Magister iuris)

Seit Mai 2001 Mitglied der Meidlinger Bezirksvertretung, Mitglied des Bau- und
Finanzausschusses.

Gerichtspraxis: Mai 2005 – Jänner 2006 (Bezirksgericht Meidling,
Landesgericht für Strafsachen Wien, Handelsgericht Wien)

Freizeitaktivitäten: Politik, (Studenten-)Geschichte, Theater, Fußball (Gewinn der
Europameisterschaft 2007 mit der Nationalmannschaft der
österreichischen Notare in Gent, Belgien)

Internationale Sommerhochschule der Universität Wien 2001 mit Erfolg
abgeschlossen, daneben Dissertantenseminare bei Professor Rechberger, Professor
Konecny und Prof. Schrammel. Seit Oktober 2006 Notariatskandidat in Wien –
Ottakring. Ablegung der 1. Teilprüfung zur Notariatsprüfung im Juni 2008, laufend
Besuch von Seminaren an der Notariatsakademie. Vortragender im Rahmen der WKÖ
Fachtagung der Gärtner und Floristen 2008 zum Thema „Unternehmensnachfolge“.